

Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft
Van't-Hoff-Straße 8, 14195 Berlin

**Fachbereich Rechtswissenschaft
Wissenschaftliche Einrichtung**

Strafrecht (WE 02)

Arbeitsbereich Strafrecht, Strafprozess-
recht, Wirtschafts- und
Umweltstrafrecht

Univ.-Prof. Dr. Klaus Rogall

Van't-Hoff-Straße 8
14195 Berlin

Telefon 030-8385-4063

Fax 030-8385-3887

e-Mail: lehrstuhlogall@rewiss.fu-berlin.de

persönlich: krogall@zedat.fu-berlin.de

Bearbeiter-Zeichen:

Berlin, den 11.09.2007

Stellungnahme

zum

- a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006724/EG – BT-Drucks. 16/5846

- b) Gesetzentwurf der Abgeordneten Jerzy Montag, Hans-Christian Ströbele, Wolfgang Wieland, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Telekommunikationsüberwachung (... Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung) – BT-Drucks. 16/3827

- c) Antrag der Abgeordneten Jörg van Essen, Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, Mechthild Dyckmans, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP
Reform der Telefonüberwachung zügig umsetzen – BT-Drucks. 16/1421

Zu der geplanten Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen äußere ich mich wie folgt:

Grundsatzfragen:

Das Vorhaben, die Telekommunikationsüberwachung und die verdeckten Ermittlungsmaßnahmen im Strafprozess zu überarbeiten und einer Neuregelung zu unterziehen, ist

nachdrücklich zu begrüßen. Die Notwendigkeit einer Reform ist hinreichend belegt und dürfte in der fachlichen Diskussion auch unumstritten sein.¹ Damit steht aber natürlich noch nicht fest, dass die zu einer solchen Reform geplanten Schritte auch sämtlich Zustimmung verdienen. Tatsächlich sind hier einige Bedenken anzumelden.

Ein erster Einwand ist gegen die Systematik des Regierungsentwurfs (RegE) zu erheben. Es ist bedauerlich, dass versäumt worden ist, eine Gesamtkonzeption zu entwerfen, die zur Bildung eines eigenen Gesetzesabschnitts über die verdeckten Ermittlungsmaßnahmen hätte führen können und müssen. Eine solche Systembildung hat z.B. der österreichische Gesetzgeber unternommen.² Das projektierte deutsche System zeichnet sich dagegen durch verstreute Vorschriften aus, die zum einen bei den Zeugnisverweigerungsrechten (§ 53b StPO-E), dann im Abschnitt über Beschlagnahme und Durchsuchung (u.a. § 101 StPO-E) und schließlich im Abschnitt über die Vorbereitung der öffentlichen Klage zu finden sind. Aus dieser Dissonanz resultieren nicht ganz unerhebliche Probleme,³ die leicht hätten vermieden werden können. Besonders misslich ist der Fehlgriff, der bei der Platzierung des § 53b StPO-E unterlaufen ist. Wegen der Einzelheiten verweise ich insoweit auf die Ausführungen zu dieser Vorschrift. Es ist ferner versäumt worden, die Anordnungs Kompetenzen und die Subsidiaritätsklauseln neu zu ordnen und besser aufeinander abzustimmen. Auch insoweit beziehe ich mich auf bereits geäußerte Kritik,⁴ die eine Vertiefung an dieser Stelle entbehrlich macht.

Beim Schutz des sog. Kernbereichs privater Lebensgestaltung war die (aus meiner Sicht grundsätzlich verfehlte⁵) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁶ zu berücksichtigen. In dieser Hinsicht ist es zu begrüßen, dass der RegE feststellt (RegE S. 52), dass die Vorgaben von BVerfGE 109, 279 ff. nicht pauschal auf andere verdeckte Ermittlungsmaßnahmen zu übertragen sind.⁷ Es hätte auch gerade noch gefehlt, dass man die Kernbereichsmetapher in extensiver Weise auslegt und damit noch mehr Verwirrung als notwendig schafft.⁸ Es besteht jedenfalls kein Anlass für den Vorwurf, dass im RegE zu wenig an Kernbereichsschutz enthalten sei.⁹

1 Vgl. dazu statt aller *Löffelmann* ZStW 118 (2006), 358 ff.

2 §§ 109 ff., 129 ff., 144 ff. öStPO.

3 Zur Kritik vgl. näher *Glaser/Gedeon* GA 2007, 415 ff., auf deren ausführlichen Beitrag und sorgfältige Analyse hier verwiesen sei, auch wenn den Autoren nicht in jeder Beziehung Recht zu geben ist. Eine ausführliche Kritik des Entwurfs findet sich auch bei *Wolter* GA 2007, 183 ff., die ich mir jedoch überwiegend nicht zu eigen machen kann.

4 *Glaser/Gedeon* GA 2007, 420 ff.

5 Ausführlich dazu *Rogall* ZG 2005, 164 ff.

6 Insbesondere BVerfGE 109, 279 ff.

7 Ebenso *Löffelmann* ZStW 118 (2006), 387.

8 Inwieweit der Beschluss der 3. Kammer des 2. Senats des BVerfG vom 11.05.2007 – 2 BvR 543/06 auf ein Umdenken des Gerichts schließen lässt, ist hier nicht zu beurteilen.

9 So aber *Glaser/Gedeon* GA 2007, 430, 431; *Wolter* GA 2007, 188 ff., 195 ff.

Wahr ist, dass über die Bedeutung und den Umfang des Begriffs „Kernbereich privater Lebensgestaltung“ eine heillose Verwirrung herrscht. Eine kürzlich erschienene Dissertation¹⁰ über das Thema ist zwar durchaus verdienstlich, aber in Ansehung der dort gemachten Vorschläge zur Erhellung des Kernbereichs für die Praxis kaum tauglich.¹¹ Auch dem Bundesgerichtshof¹² ist es in einer neueren Entscheidung nicht gelungen, für Klarheit zu sorgen. Vielmehr hat er das allein mögliche Ergebnis verfehlt.¹³ Er hätte gut daran getan, sich an allerdings schon länger zurückliegende Äußerungen von *Detlef Krauß*¹⁴ zu erinnern, der eine Funktionalisierung der Intimsphäre vom öffentlichen Interesse her vorgenommen hat. Eine Äußerung des Verdächtigen, auch wenn sie per Selbstgespräch im Zimmer einer Rehabilitationsklinik fällt und in sehr nachvollziehbarer trichterlicher Interpretation Bedauern darüber zum Ausdruck bringt, es im Sinne einer Minimierung des Entdeckungsrisikos nicht mit einer anderen Tötungsart versucht zu haben, kann nie und nimmer zum Kernbereich gezählt werden.

Selbst gesetzliche Vorschriften, die – wie § 100a Abs. 4 StPO-E – den Begriff des „Kernbereichs privater Lebensgestaltung“ enthalten, sind notwendig unpräzise.¹⁵ Das gilt ganz ungeachtet der schon früher in § 100c Abs. 4 StPO getroffenen Regelung und ebenso ungeachtet der vom Bundesverfassungsgericht¹⁶ unternommenen Präzisierungsversuche.

Gesetzgeberisch betrachtet sollte also mit dem Kernbereich vorsichtig umgegangen werden, was immer hierzu auch geäußert werden mag.

Für einen absoluten Missgriff halte ich die im RegE erfolgte durchgängige Ersetzung des Begriffs „Informationen“ durch den Begriff „Daten“. Die StPO ist inzwischen zu einem regelrechten Datenschutzgesetz avanciert, was sie aber der Sache nach nicht ist. Man kann derzeit nur resignierend feststellen, dass daran leider wohl nichts mehr zu ändern ist. Es wäre dem Gesetzgeber von 1877 niemals in den Sinn gekommen, eine Maßnahme der Sachverhaltserforschung als Datenerhebung zu bezeichnen. Das liegt gewiss nicht daran, dass der Computer noch nicht erfunden war. Warum also beschränkt man die datenrechtlichen Begrifflichkeiten¹⁷ nicht auf Fälle, in denen das sachlich angebracht ist – wie z.B. beim computergestützten Datenabgleich?

10 *Warntjen*, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung, 2007.

11 Näher dazu *Warntjen*, S. 73 ff., 86 ff. mit dem Versuch einer typologischen Begriffsbildung.

12 BGHSt 50, 206 ff.

13 Zu dieser Entscheidung, die merkwürdigerweise auch auf Zustimmung stößt, vgl. etwa *Ellbogen* NSTZ 2006, 180 ff.; *Kolz* NJW 2005, 3248 ff.; *Lindemann/Reichling* StV 2005, 650; *Lindemann* JR 2006, 191 ff.

14 FS Gallas 1973, S. 365 ff.

15 Das erkennt auch das BVerfG an, vgl. Fußn. 8, Rdn. 45.

16 BVerfGE 109, 314 ff.

17 Der Datenbegriff setzt doch mindestens voraus, dass Informationen auf einem Datenträger gespeichert sind.

Zu Art. 1 Nr. 1 des Entwurfs (§ 53b StPO-E)

Gegen Stellung und Fassung des § 53b StPO-E bestehen grundsätzliche Bedenken.¹⁸ Es ist m.E. erforderlich, die gesamte der Regelung zugrunde liegende Konzeption neu zu überdenken und eine von der bisherigen Lösung abweichende Entscheidung zu treffen.

Die systematische Stellung der Vorschrift ist offensichtlich fehlerhaft.¹⁹ Die §§ 48 ff. StPO regeln die Rechte und Pflichten von Zeugen bei Vernehmungen. Die §§ 53, 53a StPO betreffen das Recht der Berufsgeheimnisträger, ihrer Hilfskräfte sowie ihrer Ausbildungsbefohlenen, das Zeugnis im Hinblick auf berufsbezogene Kenntnisse und Wahrnehmungen zu verweigern. § 53b StPO-E schränkt die Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden bei der Durchführung von offenen oder verdeckten Strafverfolgungsmaßnahmen ein bzw. untersagt derartige Maßnahmen gänzlich. Eine solche Regelung muss systematisch bei den §§ 161, 163 StPO eingestellt (zentrale Lösung) oder aber als Annex zu den einzelnen Ermittlungsmaßnahmen²⁰ (dezentrale Lösung) konstruiert werden.²¹ Dort, wo sie steht, kann und darf sie jedenfalls nicht bleiben.

§ 53b StPO-E befasst sich mit der bislang noch nicht vollständig geklärten Frage, wie sich anerkannte prozessuale Schweigerechte, die ihren Ursprung in einer auf Vertrauen angelegten Sonderbeziehung haben, auf die Zulässigkeit von strafprozessualen Exekutivmaßnahmen auswirken. Wenn man diese Frage erörtert und einer gesetzlichen Regelung näher tritt, muss man freilich wissen, dass das Gesetz die Sicherung der jeweiligen Arkanosphäre in das Belieben der zeugnisverweigerungsberechtigten Person stellt. Sie kann sich auch – sogar um den Preis einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit – zur Aussage entschließen. Auf die Verwertbarkeit ihrer Aussage hat das – übrigens zu Recht – keinerlei Auswirkungen.²² Die geheimnisgeschützte Person kann ihrerseits den Berufsgeheimnisträger von seiner prozessualen Verschwiegenheitsverpflichtung entbinden; allerdings gilt das nur bei den in § 53 Abs. 1 S. 1 Nrn. 2, 3, 3a, 3b StPO genannten Berufsgeheimnisträgern. Das Zeugnisverweigerungsrecht ist also kein absolutes Konstrukt.

18 § 53b StPO-E ist bereits in der Literatur einer grundsätzlichen Kritik unterzogen worden (vgl. nur *Glaser/Gedeon* GA 2007, 418 ff. Selbst wenn man unterstellt, dass diese Kritik allenfalls zu fünfzig Prozent berechtigt ist, wäre ein Überdenken der Entwurfsfassung geboten. Auch *Wolter* (GA 2007, 186 ff.) äußert erhebliche Bedenken, die sich aber mit dem hier eingenommenen Standpunkt nicht decken.

19 Dass sich der Entwurf auf einen entsprechenden Vorschlag des Arbeitskreises Strafprozessrecht und Polizeirecht (vgl. *Wolter/Schenke* [Hrsg.], *Zeugnisverweigerungsrechte bei verdeckten Ermittlungsmaßnahmen*, 2002) stützen kann, ist zwar richtig, ändert aber leider nichts an dem schon vom Arbeitskreis begangenen systematischen Konstruktionsfehler. Wie es zu diesem – ersichtlichen – Fehler kommen konnte, ist mir rätselhaft und jedenfalls kaum nachzuvollziehen.

20 Das ist die Lösung des geltenden Rechts, vgl. etwa §§ 97, 100c Abs. 6, 100h Abs. 2 StPO.

21 Ich schließe nicht aus, dass das die einzig zutreffende Lösung ist, weil man nur so die Besonderheiten der einzelnen Ermittlungsmaßnahmen berücksichtigen kann.

22 Ausführlich dazu *SK/StPO-Rogall* (Stand: 2002), § 53 Rdn. 12 ff.

Die Berufsgeheimnisträger sind nicht von der deutschen Strafgerichtsbarkeit befreit, sofern und solange sie nicht Immunität genießen. Im Falle eines Straftatverdachts ist ihre Strafverfolgung nach dem Legalitätsprinzip zwingend geboten.²³ Es gibt also kein „Befassungsverbot“, das zur Errichtung eines prozessualen „Sanktuariums“ für Berufsgeheimnisträger führen müsste. Wollte man § 53b StPO so verstehen, dass sich schon die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens²⁴ gegen einen Berufsgeheimnisträger verböte, müsste das als eine willkürliche Form der Gesetzgebung betrachtet werden, die nicht mit dem Rechtsstaatsprinzip in Einklang zu bringen ist. Eine andere Frage ist es, wie in diesen Fällen der Schutz der Mandanten-, Patienten- oder Klientengeheimnisse zu gewährleisten ist. Dies geschieht über ein Verwertungsverbot, so wie das auch in § 108 Abs. 2 StPO zum Ausdruck gebracht ist.

Wenn man nach einer Antwort auf die Frage nach einer „Verlängerung“ der Zeugnisverweigerungsrechte auf strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen sucht, ist es naheliegend, sich an der in § 97 StPO gewählten, vom Verfassungsgeber vorgefundenen und von ihm keineswegs verworfenen Lösung zu orientieren, wobei es natürlich im Auge zu behalten gilt, dass § 97 StPO ein spezielles Beschlagnahmeproblem regelt.²⁵ In diesem Sinne lassen sich der Norm einige allgemeine Grundsätze abgewinnen, die von Einfluss auf die hier zu behandelnde Problematik sein können.

Zunächst beruht § 97 StPO auf dem Gedanken eines Schutzes vor Umgehung der Zeugnisverweigerungsrechte. Was „Umgehung“ bedeutet, ist zweifellos interpretationsbedürftig und wird von § 97 StPO auch in ganz bestimmter Weise implementiert. Der Gedanke selbst ist jedenfalls verallgemeinerungsfähig, was sich schon daran zeigt, dass er in der österreichischen StPO im 8. Hauptstück über „Ermittlungsmaßnahmen und Beweisaufnahme“ umgesetzt worden ist (§ 144 öStPO). Der hier vorliegende Entwurf reicht indes wesentlich weiter. Zweitens zeigt § 97 Abs. 2 S. 3 StPO, dass ein Teilnahmeverdacht pp. den Beschlagnahmeschutz entfallen lässt, was aber gerade nicht bei Parlamentariern gilt (§ 97 Abs. 3 StPO).²⁶ Auch hierüber geht der Entwurf hinaus. § 97 StPO erstreckt den Beschlagnahmeschutz im Übrigen nur auf ganz bestimmte Dokumente und Unterlagen, jeweils unterschieden nach der Art des geschützten Vertrauensverhältnisses. Des Weiteren besteht ein grundsätzliches Gewahrsamserfordernis, das gerade beim Zeugnisverweigerungsberechtigten vorliegen muss. Beim Beschuldigten ist die Beschlagnahme prin-

23 Leider wenig schönes Beispiel: Natürlich darf gegen einen Geistlichen bei einer entsprechenden Verdachtslage ein Ermittlungsverfahren wegen sexuellen Mißbrauchs von Kindern eingeleitet werden.

24 Schon das ist ja eine „Ermittlungsmaßnahme“ i.S.d. § 53b Abs. 1 S. 1 StPO-E.

25 S. dazu auch BGHSt 33, 347 ff.

26 Zur Unanwendbarkeit bei Verteidigern im Falle einer Tü BGHSt 33, 347 ff. Diese Entscheidung schließt es aber de lege ferenda nicht aus, beim Verteidiger eine Kollisionsklausel einzuführen.

zipiell stets zulässig, sofern nicht besondere gesetzliche Wertungen wie z.B. § 148 StPO zu beachten sind.²⁷ Nicht geschützt ist schließlich auch der Übertragungsweg.²⁸

Daraus sind m.E. im Ergebnis folgende Thesen abzuleiten:²⁹

1. Ermittlungsmaßnahmen gegen Zeugnisverweigerungsberechtigte, die als Beschuldigte verfolgt werden, müssen im Rahmen des gesetzlich Vorgesehenen weiterhin unbeschränkt zulässig sein. Werden Berufsgeheimnisse bekannt, sind diejenigen, auf die sich das Geheimnis bezieht, durch ein Verwertungsverbot zu schützen.
2. Bei Teilnahmeverdacht bzw. bei Verdacht einer Anschlussstraftat bleiben Ermittlungsmaßnahmen zulässig. Allerdings können (und müssen ggf.) Einschränkungen dieser Rechtslage vorgenommen werden (wie im geltenden Recht bei § 97 Abs. 3 StPO).
3. Unzulässig ist es, ein ausgeübtes³⁰ Zeugnisverweigerungsrecht zu umgehen, d.h. gezielt Informationen zu ermitteln, die sonst nicht zu bekommen wären, weil der zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigte schweigt und weiterhin schweigen will und auch nicht von seiner Verschwiegenheitspflicht entbunden ist.
4. Allerdings darf an der Quelle „Beschuldigter“ stets angesetzt werden. Auch der Übertragungsweg selbst ist nicht geschützt. Eine andere Wertung gilt nur in den Fällen des § 148 StPO.

Für die Beurteilung des Entwurfs ergibt sich danach folgendes:

Die in § 53b Abs. 1 StPO-E erfolgte Privilegierung der Personengruppen aus § 53 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1, 2 und 4 ist für Geistliche angebracht³¹ und für Verteidiger zwingend. Für Parlamentarier ist sie auch in Ansehung der ihnen zustehenden Immunität vertretbar, wobei § 53b Abs. 4 StPO-E für sie immerhin eine Verschärfung der Rechtslage (im Vergleich zu § 97 Abs. 3 StPO) enthält. Die gegen ein „Splitting“ beim Zeugnisverweigerungsrecht erhobenen Bedenken³² sind daher insgesamt nicht begründet; sie gehen auch am geltenden Recht vorbei.

27 Zum Verbot der Beschlagnahme von Aufzeichnungen, die der Beschuldigte zur Vorbereitung seiner Verteidigung angefertigt hat, vgl. BGHSt 44, 46 ff.

28 SK/StPO-Rudolphi (Stand: 1994), § 97 Rdn. 15.

29 Eine ausführliche Begründung kann an dieser Stelle schon aus Raumgründen nicht erfolgen. Sie würde eine eigene Darstellung erfordern.

30 Vgl. dazu BGH, Urteil v. 26.07.2007 – 3 StR 104/07, betr. die Befugnisse eines Verdeckten Ermittlers gegenüber einem Beschuldigten, der sich bereits auf sein Schweigerecht berufen hatte.

31 Relativierend Wolter GA 2007, 189 ff. Wichtig ist aber, dass die Privilegierung bei Beteiligungsverdacht entfällt (§ 53b Abs. 4 StPO-E). Einen derartigen, in concreto einen „Geistlichen“ betreffenden Fall hatte die Entscheidung BGH NSTz 2007, 275 (s. dazu auch BVerfG NJW 2007, 1865 ff.) zum Gegenstand.

32 Vgl. dazu etwa Rüping DStR 2007, 1182 ff.

Der Begriff der „Ermittlungsmaßnahme“ in § 53b Abs. 1 S. 1 StPO-E ist m.E. nicht hinreichend bestimmt und kann jedenfalls zu Missverständnissen Anlass geben. Die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen den Berufsgeheimnisträger selbst kann, wie bereits ausgeführt, unmöglich verboten sein. Es kann auch nicht verboten sein, einen flüchtigen Beschuldigten festzunehmen, der seinen Verteidiger aufsucht. Es muss ferner auch möglich sein, dem Verteidiger, der offenbar seinen flüchtigen Mandanten kontaktieren will, observierend zu folgen, um letzteren dann festnehmen zu können. Man mag das alles im Wege der Auslegung erreichen können. Bei einer abstrakten Vorschrift wie § 53b StPO-E ist dieses Verfahren jedoch fehleranfällig. M.E. empfiehlt es sich, auf § 53b StPO-E ganz zu verzichten und eine dezentrale Lösung anzustreben, für die es ja in den §§ 97, 100c Abs. 6, 100h Abs. 2 StPO schon Vorbilder gibt.

Unklar ist die Tragweite der Prognose über das voraussichtliche Erbringen von Erkenntnissen über Berufsgeheimnisse in § 53b Abs. 1 S. 1 StPO-E. Ist „voraussichtlich nur“ oder „voraussichtlich auch“ gemeint? Wonach soll sich die Prognose richten? Ausschließen kann man derartige Erkenntnisse („auch“) jedenfalls nicht. Dann begründet man aber Straffreiheitsreservate anhand von unsicheren Erkenntnissen.

Das Verwertungsverbot in § 53b 1 S. 2 StPO-E geht zu weit; abgesehen von der Frage der Fernwirkung müßte auch der Fall einer Verwertung zugunsten des Beschuldigten und einer Verwertung gegen Dritte bedacht werden. Will man sich insoweit auf die allgemeinen Grundsätze der Beweisverbotslehre verlassen, wäre eine Erläuterung in der Gesetzesbegründung angemessen.

§ 53b Abs. 1 S. 5 StPO-E ist äußerst kryptisch formuliert oder – anders ausgedrückt – kaum verständlich und in der Praxis nur schwer zu handhaben. Die Bestimmung reicht m.E. auch zu weit, weil sie nicht auf Umgehungssachverhalte beschränkt ist und nicht nach der Art der Ermittlungsmaßnahme differenziert.

Zu bedenken ist im Übrigen, dass der Beschuldigte nicht der Mandant, Klient etc. des Berufsgeheimnisträgers sein muss. Dies kann auch eine dritte Person sein, die dann als Zeuge in Betracht kommt. Es ist nicht klar, ob S. 5 auch diesen Fall betrifft.

Die Regelung in § 53b Abs. 2 StPO-E ist als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes rein deklaratorisch und von daher ebenso überflüssig wie unschädlich.

Zu § 53b Abs. 4 StPO-E ist zunächst auf die Bemerkungen zu § 97 StPO-E zu verweisen. Im Übrigen sollte im Gesetz klargestellt werden, dass Maßnahmen zulässig sind, wenn der Berufsgeheimnisträger seine Schweigepflicht nicht wahrnimmt oder ein Fall wirksamer Entbindung seitens des Geheimnisgeschützten vorliegt.

Zu Art. 1 Nr. 3 des Entwurfs (§ 97 StPO-E)

Die Fassung der Verstrickungsklausel (§ 97 Abs. 2 S. 3 StPO-E) sollte noch einmal überdacht werden. Zu empfehlen ist zunächst die Aufnahme des Tatbestandes der Geldwäsche nach § 261 StGB.³³ Angesichts der restriktiven Rechtsprechung des BVerfG zum Tatbestand der Geldwäsche³⁴ würde sich diese systemgerechte Ausweitung nicht unangemessen auf die Rechtsstellung von Berufsheimnisträgern, insbesondere von Rechtsanwälten, auswirken.

Von dem neu in die Verstrickungsklausel aufgenommenen Erfordernis, dass gegen den zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten ein Strafverfahren ... eingeleitet ist, sollte – in Übereinstimmung mit den vom Bundesrat vorgetragene zutreffenden Argumenten³⁵ – abgesehen werden. Bereits der Antrag auf Erlass eines Beschlagnahme- und Durchsuchungsbeschlusses ist per se inculpativ und versetzt den Betroffenen in den Beschuldigtenstand.³⁶ Ergeht der Beschluss, so kann er vollstreckt werden, ohne dass Beschlagnahmebeschränkungen bestehen. Daran würde sich durch die Neufassung nichts ändern.³⁷ Bei der Beurteilung des für die Inculpation erforderlichen Tatverdachts steht den Strafverfolgungsbehörden im Übrigen ein Beurteilungsspielraum zu, der jedoch gerichtlicher Kontrolle unterliegt.³⁸ Missbrauch ist nicht zu besorgen und bisher auch nicht hervorgetreten.

Aus dem Cicero-Urteil des BVerfG³⁹ ergibt sich aus meiner Sicht keine andere Beurteilung. Dort wird nur die Voraussetzung eines auf bestimmte Tatsachen gestützten Tatverdachts bestätigt, der in concreto mangels Anhaltspunkten für eine beihilfefähige Haupttat nicht vorgelegen haben soll.⁴⁰ Dass der beschuldigte Journalist im Zeitpunkt des exekutiven Zugriffs aber bereits Beschuldigter war, lässt sich nicht bestreiten.

33 Vgl. dazu schon *Rogall* ZG 2005, 164 (176); ebenso jetzt der Bundesrat in seiner Stellungnahme zu Art. 1 Nr. 3 (RegE S. 198 f.) sowie die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung (RegE S. 225).

34 BVerfGE 110, 226 ff.

35 RegE S. 198 f.

36 *Rogall* NStZ 1997, 399 (400) – Anm. zu BGH NStZ 1997, 398.

37 Anders offenbar *Glaser/Gedeon* GA 2007, 428.

38 BGH NStZ-RR 2004, 368; BGH, Urt. v. 03.07.2007 – 1 StR 3/07, zur Veröffentlichung in der Amtl. Slg. bestimmt.

39 NJW 2007, 1117 ff.

40 Das ist anfechtbar. Denn der Möglichkeit, dass die Haupttat im Zeitpunkt der Veröffentlichung bereits beendet war, steht die Möglichkeit gegenüber, dass die Tat vollendet, aber noch nicht beendet war. Dies aufzuklären gebietet aber das Legalitätsprinzip. Die Möglichkeit, dass der Informant die Unterlagen nur als Hintergrundmaterial angeliefert hat, ist jedenfalls nicht weniger theoretisch als die Möglichkeit, dass er eine Veröffentlichung durch den Journalisten angestrebt oder zumindest mit ihr gerechnet hat.

Gegen das Erfordernis des Vorliegens von Strafantrag oder Ermächtigung (Änderung von § 97 Abs. 5 S. 2 StPO) bestehen keine Bedenken, auch wenn eine Verpflichtung zu einer entsprechenden Änderung sicher nicht besteht.

Zu Art. 1 Nr. 4 des Entwurfs (§ 98 StPO-E)

In ausschließlich redaktioneller Sicht wird empfohlen, § 98 Abs. 2 S. 4 StPO-E wie folgt zu fassen:

„Ist die öffentliche Klage erhoben, entscheidet das Gericht, bei dem die Anklage eingereicht ist.“⁴¹

Zu Art. 1 Nr. 7 des Entwurfs (§ 100a StPO-E)

Die Aufstellung eines Katalogs schwerer und auch im Einzelfall schwer wiegender Straftaten als Voraussetzung für Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung verdient Zustimmung und ist einem allgemeinen Kriterienkatalog eindeutig vorzuziehen. Dadurch wird die Bestimmtheit und Berechenbarkeit der Maßnahme gewahrt und einer Ausdehnung ihres Anwendungsbereichs vorgebeugt.

Der Katalog sollte jedoch im weiteren Gesetzgebungsverfahren noch einmal überprüft werden, um festzustellen, ob Straftaten zusätzlich aufzunehmen oder aus ihm zu entfernen sind. Beispielhaft sei hier nur die Abgeordnetenbestechung nach § 108e StGB genannt (§ 100a Abs. 2 Nr. 1b), deren Nachweis per Tü schon an § 53b Abs. 1 S. 1 StPO-E scheitern dürfte. Aufnehmen könnte man demgegenüber – vorbehaltlich näherer Prüfung – Verstöße gegen das Vereinsgesetz (§ 20 Abs. 1 Nrn. 1-4).⁴²

Die in Absatz 4 des § 100a StPO-E enthaltene Vorschrift über den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung ist eine Konsequenz der (nochmals: verfehlten) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.⁴³ Es ist sicher in einigen Fällen unvermeidlich, dass bei einer Tü Informationen ausgetauscht und dementsprechend dann auch mitgehört oder mitgeschnitten werden, die höchstpersönlichen Charakter haben. Es ist dann aber schon zweifelhaft, ob diese im Wege der Telekommunikation ausgetauschten Informationen überhaupt zum Kernbereich gehören. Sie gehören jedenfalls dann nicht dazu, wenn das Gespräch strafrechtlich relevante Gegenstände zum Inhalt hat. Es würde daher nach meiner Ansicht genügen, für beiläufig gewonnene Kernbereichsinformationen ein Verwendungsverbot mit Löschungs- und Vernichtungsregelungen vorzusehen. Der Fall,

41 Die Wendung „das damit befasste Gericht“ erscheint untunlich und sollte in Anlehnung an § 209 Abs. 1 StPO umformuliert werden.

42 Vgl. dazu das Petitum des Bundesrates, RegE S. 200.

43 Näher dazu die Bemerkungen zu den Grundsatzfragen, auf die hier zu verweisen ist.

dass *allein* Erkenntnisse aus dem Kernbereich anfallen könnten, dürfte ein rein theoretischer und damit zu vernachlässigender Fall sein. Wie sollte das auch festgestellt werden? Das Maßnahmeverbot des § 100a Abs. 4 S. 1 StPO-E ist danach überflüssig; es ergibt sich im Übrigen schon aus den §§ 160, 161 StPO, die eine Sachverhaltserforschungspflicht nur für solche Umstände vorsehen, die strafrechtlich relevant und damit auch für das Strafverfahren von Belang sind. Das ist bei Kernbereichsinformationen richtigerweise schon per definitionem nicht der Fall. Eine Echtzeitüberwachung ist bei der Tü nicht geboten.⁴⁴ Eine Regelung für unvermeidbar betroffene Dritte halte ich gegen den Bundesrat,⁴⁵ aber mit der Bundesregierung⁴⁶ für entbehrlich.

Zu Art. 1 Nr. 7 des Entwurfs (§ 100b StPO-E)

Der Entwurf begibt sich in § 100b Abs. 1 S. 3, 2. Hs. StPO-E mit der Statuierung eines Verwertungsverbotes auf ein heikles Pflaster.⁴⁷ Es ist zunächst festzuhalten, dass der Entwurf insoweit über das geltende Recht, so wie es in der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁴⁸ interpretiert wird, hinausgeht. Die Regelung differenziert nämlich nicht danach, ob der Richtervorbehalt bewusst und missbräuchlich durch Annahme von Gefahr im Verzug umgangen wurde oder ob das nicht der Fall war. Eine derartige Differenzierung nimmt der Bundesgerichtshof aber vor. Gewiss ist der Gesetzgeber de lege ferenda in der Lage, eine andere Rechtslage festzuschreiben, doch sind m.E. keine Gründe ersichtlich, die das rechtfertigen könnten.

Die stringente Anordnung eines Verwertungsverbotes ist m.E. schon deshalb unangemessen, weil fehlende Gefahr im Verzug damit einhergehen kann, dass die Anordnungsvoraussetzungen tatsächlich vorliegen und die Maßnahme bereits verwertbare (und vielleicht schon verwertete!) Ergebnisse erbracht hat, so dass es nicht mehr zu einer richterlichen Bestätigung kommt. Selbst wenn das Gericht eine Anordnung bestätigt, kann es an Gefahr im Verzug gefehlt haben, mit der Folge, dass sich die Verwertbarkeit auf Erkenntnisse beschränken müsste, die erst nach der richterlichen Bestätigung gewonnen worden sind. Das vom Entwurf postulierte Verwertungsverbot könnte jedenfalls nur den Zweck einer Disziplinierung der Strafverfolgungsorgane haben und damit einen Zweck verfolgen, der in Beweisverbotslehre ansonsten keine Anerkennung findet.⁴⁹

44 BVerfG (Fußn. 8), Rdn. 62.

45 RegE, S. 201.

46 RegE, S. 226 f.

47 Bedenken dagegen auch bei *Glaser/Gedeon* GA 2007, 431 ff.

48 BGH NJW 2007, 2269 ff.

49 Vgl. BGHSt 32, 345 (356); 33, 283 (284); *Rogall*, Grundsatzfragen der Beweisverbote, in: *Höpfel/Huber* (Hrsg.), Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen (1999), S. 119 ff. (131 f.).

Im Ergebnis ist von der geplanten Regelung dringend abzuraten und davor zu warnen, insoweit die Büchse der Pandora zu öffnen. Gegenüber Bemerkungen aus der Gesetzesbegründung sei bei dieser Gelegenheit darauf hingewiesen, dass das Verwertungsverbot für den Angeklagten disponibel sein muss und vom erkennenden Gericht nur auf dessen Widerspruch und vom Revisionsgericht nur nach Maßgabe einer ordnungsgemäßen Verfahrensrüge überprüft wird.⁵⁰

Eine Beschränkung der Überwachungsdauer auf höchstens zwei Monate (§ 100b Abs. 1 S. 4 StPO-E) ist mit dem Bundesrat (RegE S. 202 f.) abzulehnen. Warum nach Ablauf von sechs Monaten das übergeordnete Gericht (§ 100b Abs. 1 S. 6) oder gar das Oberlandesgericht zur Entscheidung berufen sein sollte, ist angesichts vorhandener – auch nachträglicher – Beschwerdemöglichkeiten nicht recht ersichtlich. Die Entscheidung sollte bei dem Gericht belassen werden, das mit der Sache am besten vertraut ist.⁵¹

Die Unterrichtung des anordnenden Gerichts über Verlauf und Ergebnisse der Maßnahme nach deren Beendigung (§ 100b Abs. 4 S. 2 StPO-E) vermag keinen sinnvollen Zweck zu erfüllen.⁵² Selbst wenn die Maßnahme situativ keinen Erfolg hatte, ergibt sich daraus ja noch nicht, dass sich in vergleichbaren Fällen künftig nicht doch ein Erfolg einstellen könnte. Auch den weiteren Änderungswünschen des Bundesrates zu § 100b Abs. 2 S. 2 Nr. 2⁵³ und Absatz 3 S. 1⁵⁴ StPO-E ist zuzustimmen.

Eine Veröffentlichung von Maßnahmen im Internet ist abzulehnen. Das Ermittlungsverfahren im Strafprozess ist grundsätzlich nichtöffentlich, und dabei sollte es auch bleiben. Für eine Veröffentlichung gibt es ersichtlich weder ein strafprozessuales noch ein datenschutzrechtliches Kontrollinteresse.

Zu Art. 1 Nr. 10 des Entwurfs (§ 100e StPO-E)

Zu der Frage einer Veröffentlichung im Internet ist auf die vorstehenden Ausführungen zu verweisen.

50 Zur neuesten Rechtsprechung des BGH vgl. BGHSt 51, 1ff.; BGH, Beschluss v. 07.03.2006 – 1 StR 534/05.

51 So mit Recht die Gegenäußerung des Bundesrates, RegE S. 203 f.

52 Zutr. der Bundesrat, RegE S. 205 f.

53 RegE S. 204 f.

54 RegE S. 205.

Zu Art. 1 Nr. 11 des Entwurfs (§ 100f StPO-E)

Das Fehlen eines Kernbereichsschutzes ist nicht zu beanstanden. Wegen der Einzelheiten wird auf die einleitenden Bemerkungen verwiesen.

Zu Art. 1 Nr. 11 des Entwurfs (§ 100g StPO-E)

Die Konzeption des § 100g StPO-E als Befugnisnorm für die (auch in Echtzeit mögliche) Erhebung von Verkehrsdaten ist grundsätzlich zu begrüßen. Das gilt unabhängig von der Frage, welche Entscheidungen bei der sog. Vorratsdatenspeicherung getroffen werden. Es ist aus Sicht der Strafverfolgung sinnvoll und letztlich auch unverzichtbar, Zugriff auf gespeicherte Verkehrsdaten nehmen zu können. Voraussetzung dafür sind natürlich ausreichende Schutzvorkehrungen im Hinblick auf die Grundrechte der Betroffenen.

Was zunächst die Einsatzschwelle anbelangt, lässt der Entwurf die Verkehrsdaterhebung zum einen bei Straftaten von – auch im Einzelfall – erheblicher Bedeutung (§ 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO-E) und zum anderen bei Straftaten zu, die mittels Telekommunikation begangen worden sind (§ 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO-E). Für die zuletzt genannten Fälle stellt der Entwurf ein strenges Subsidiaritätserfordernis auf und betont nachdrücklich das Erfordernis, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren (§ 100g Abs. 1 S. 2 StPO-E). Außerdem schließt der Entwurf für diese Fälle die Möglichkeit einer Standortdatenerhebung in Echtzeit aus.

Diese die Straftatbegehung per Telekommunikation betreffenden Anforderungen genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen.⁵⁵ Eine ganz andere Frage ist es, ob die in § 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO-E vorgesehene Anknüpfung an eine „Straftat von erheblicher Bedeutung“, zu denen insbesondere Straftaten nach § 100a Abs. 2 StPO-E zu zählen sein sollen, richtlinienkonform (Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie über die Vorratsspeicherung von Daten) ist. Das, was in der Gesetzesbegründung dazu ausgeführt worden ist (RegE S. 128 ff.), scheint in zumindest vertretbarer Weise zu belegen, dass eine Schwelle gewählt worden ist, die nicht unterhalb des „serious crime“ liegt. Insgesamt erscheint es jedenfalls nicht geboten, die Einsatzschwelle weiter anzuheben und eine vollständige Synchronisation mit § 100a StPO herbeizuführen.

Ob die Bezugnahme der Vorschrift auf Verkehrsdaten (§§ 96 Abs. 1, 113a TKG) bestehen bleiben oder geändert werden sollte, lässt sich nicht isoliert bestimmen. Darüber kann sinnvollerweise erst entschieden werden, wenn die Rahmenbedingungen der Vorratsdatenspeicherung bekannt und festgelegt sind. Soweit in der Literatur angeregt worden, die sog. Zielwahlsuche aus Bestimmtheitsgründen in § 100g StPO-E ausdrücklich zu

55 BVerfG NJW 2006, 3197 ff.

erwähnen (zu regeln) und es nicht bei der Verweisung auf § 113a Abs. 2 Nr. 1 TKG zu belassen,⁵⁶ so ist dies zwar erwägenswert, aber gewiss nicht notwendig.⁵⁷ Für ebenfalls nicht geboten halte ich es, für personenbezogene Berechtigungskennungen ein Sonderregime einzuführen.⁵⁸ Die Tatsache, dass mit solchen Kennungen auf Kommunikationsinhalte zugegriffen werden kann, trifft zu, ändert aber nichts daran, dass die Kenntnisnahme vom Inhalt der Kommunikation immer einer eigenständigen Rechtsgrundlage bedarf (auf die es dann ankommt).

Die Mitwirkungspflichten der Dienstleister werden vom Entwurf so geregelt, dass § 100g Abs. 2 S. 1 StPO-E u.a. auf § 100b Abs. 3 StPO-E verweist. Dieser wiederum nimmt das TKG und die TKÜV in Bezug, aus denen sich ergeben soll, ob und in welchem Umfang der Dienstleister Vorkehrungen für seine Mitwirkung zu treffen hat. Es wird hier davon ausgegangen, dass TKG und TKÜV entsprechende Maßgaben enthalten oder dass diese Rechtsinstrumente demnächst geschaffen werden.

In Übereinstimmung mit der Gegenäußerung des Bundesrates⁵⁹ ist im Übrigen anzulegen, die Funkzellenabfrage auch zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten bei ansonsten ausermitteltem Sachverhalt zuzulassen.

§ 100g Abs. 3 StPO-E hat nur die Bedeutung einer Klarstellung. Als solche ist sie ebenso überflüssig wie unschädlich. Die Einstellung der Vorschrift in das Recht der Beschlagnahme ist weder aus Gründen der Systematik noch der besseren Lesbarkeit geboten.⁶⁰ Auch bedarf es keiner Ergänzung der Bestimmung dahingehend, dass die §§ 94 ff. StPO ausdrücklich genannt werden.⁶¹ Der Mehrwert solcher Änderungen wäre jedenfalls gering.

§ 100g Abs. 4 StPO-E ist unglücklich formuliert und sollte so gefasst werden, wie das der Bundesrat vorgeschlagen hat (RegE S. 10). Im Übrigen mag es bei den anzugebenden Daten gemäß RegE bleiben. Wegen der Veröffentlichung im Internet vgl. die Bemerkungen zu § 100b StPO-E.

Zu Art. 1 Nr. 11 des Entwurfs (§ 100i StPO-E)

Die gegenüber Vorläuferentwürfen erweiterte Fassung des § 100i StPO-E ist nachdrücklich zu begrüßen, da sie den Belangen der Strafverfolgung – bei gleichzeitig angemess-

56 Vgl. dazu Zöller GA 2007, 393 ff., 397 ff. (399).

57 Der Gesetzgeber ist natürlich nicht gehindert, eine ausreichend bestimmte Vorschrift noch bestimmter zu machen.

58 Sp aber Zöller GA 2007, 399 f.

59 RegE S. 206 f.

60 Abw. Zöller GA 2007, 405.

61 Wiederum abw. Zöller GA 2007, 405.

sener Berücksichtigung der Grundrechtspositionen Dritter – in dem erforderlichen Umfang Rechnung trägt.

Zu Art. 1 Nr. 11 des Entwurfs (§ 101 StPO-E)

Zunächst ist wegen der Bedenken gegen die Stellung der Vorschrift im Gesetz noch einmal auf die eingangs gemachten grundsätzlichen Bemerkungen zu verweisen.

Abgesehen von diesen Bedenken sollte jedenfalls erwogen werden, den Inhalt des § 101 StPO-E nach Sachbereichen (z.B. Benachrichtigung, Rechtsschutz, Aktenführung etc.) auf mehrere Vorschriften zu verteilen, um die Lesbarkeit des Gesetzes zu verbessern. Eine derart monströse Gesetzgebungstechnik, die leider auch schon im geltenden Recht vorfindlich ist (§ 100d StPO), muss sich kein Gesetzgeber leisten.

Zur Frage der praktischen Handhabbarkeit des § 101 StPO-E und der ggf. zu erwartenden Belastungen für die Praxis kann von hier aus kein kenntnisreicher Beitrag geleistet werden. Fest steht aber, dass eine weitere Verrechtlichung und Komplizierung der Materie aller Voraussicht nach nicht dazu führen wird, das gewünschte Ziel zu erreichen. Man sollte auch einmal überlegen, woran es wohl liegt, dass über mangelnde Benachrichtigungen etc. in der Praxis geklagt wird.

Die Vorschriften über die Benachrichtigungspflicht (§ 101 Abs. 4, 5 StPO-E) gehen m.E. über das verfassungsrechtlich Gebotene hinaus. Grundsätzlich hängt ja das Bestehen einer Benachrichtigungspflicht von einer Abwägung ab, für die es wesentlich auf die Intensität des Grundrechtseingriffs,⁶² aber auch auf die Beurteilung der Frage ankommt, welches sinnvolle Rechtsschutzziel ein Benachrichtigter überhaupt noch erreichen kann.⁶³ Der Gesetzgeber hat hier m.E. einen weiten Spielraum, den er konsequent nutzen sollte. So wäre beispielsweise zu überlegen, auf die Regelung in § 101 Abs. 4 Nrn. 1 und 10 StPO-E völlig zu verzichten. Die Benachrichtigungspflicht, die – was hier nicht verkannt wird – dem geltenden Recht entspricht, ist nicht systemkonform (vgl. § 163a Abs. 1 StPO). Sie setzt jedenfalls wesentlich zu früh ein. Auch die anderen Kandidaten für eine Benachrichtigung sollten noch einmal auf den Prüfstand gestellt werden.

Der Gesetzentwurf verwendet bei der Umschreibung des zu benachrichtigenden Personenkreises verschiedene Bezeichnungen, von denen die der „erheblich mitbetroffenen Person“ in der Praxis voraussichtlich die meisten Schwierigkeiten bereiten wird. Hier ist weiteres Nachdenken angebracht.⁶⁴

62 BVerfGE 109, 365.

63 Vgl. BVerfGE 104, 220 (232).

64 Bei § 100h StPO-E darf sich die Maßnahme gegen „andere Personen“ richten (§ 100h Abs. 2 S. 2 StPO-E); von ihr können auch „Dritte“ mitbetroffen werden. Die „anderen Personen“ dürften „Zielper-

Die zentrale Bestimmung über die Benachrichtigungspflicht ist im Übrigen § 101 Abs. 4 S. 4 StPO-E, die aber leider an dem Mangel der Beschränkung auf die Fälle der Nrn. 2, 3 und 6 des § 101 Abs. 4 StPO-E leidet. In Wahrheit wird hier nämlich der „kernel“ des Benachrichtigungskomplexes verlautbart: Zu benachrichtigen sind Personen, die in einem wirklichen Privatheitsinteresse (nicht bloß in ihrer datenmäßigen Selbstbestimmung) betroffen sind und die ein verständliches Rechtsschutzziel verfolgen können. Die Heimlichkeit einer Maßnahme allein kann niemals eine Benachrichtigung rechtfertigen.

Für die Arbeit am Gesetz folgt daraus, dass die Begriffe des „erheblichen Mitbetroffenseins“ und der „unerheblichen Betroffenheit“ aufzulösen und neu zu generieren sind. Der Umstand, dass voraussichtlich kein Interesse an einer Benachrichtigung besteht, sollte darauf bezogen werden, dass kein sinnvolles Rechtsschutzziel verfolgt werden könnte; was sollte ein Gericht in solchen Fällen auch prüfen?

Bedenklich sind demnach auch die in § 101 Abs. 9 und 10 StPO-E eingeführten Spezialregelungen über die Anfechtbarkeit der Maßnahmen. § 101 Abs. 9 S. 1 StPO-E gibt das Anfechtungsrecht allen in Absatz 4 S. 1 StPO-E genannten Personen – und damit auch denjenigen, die nach Absatz 4 S. 4 nicht benachrichtigt werden müssen. Erfahren sie dennoch von der Maßnahme, sind sie anfechtungsberechtigt und brauchen kein Rechtsschutzinteresse nachzuweisen: ein völlig ungereimtes Ergebnis. Auf das Rechtsschutzinteresse sollte niemals verzichtet werden! Das Problem stellt sich dann nicht, wenn man den Kreis der zu Benachrichtigenden zutreffend umschreibt, wie das zuvor dargelegt worden ist.

Letztlich stellt sich die Frage, ob die Absätze 9 und 10 nicht schon deshalb dysfunktional sind, weil sie das vorhandene Rechtsschutzsystem noch weiter komplizieren.⁶⁵ In der Tat könnte man – wenn schon eine Regelung getroffen werden soll – darüber nachdenken, ob nicht sogleich die sofortige Beschwerde zu gewähren ist.⁶⁶ § 81 Abs. 4 StPO bildet dafür ein Beispiel.

Zu Art. 1 Nr. 12 des Entwurfs (§ 110 Abs. 3 StPO-E)

Ein Beschlagnahme- und Durchsuchungsbeschluss (§§ 94 ff., 102 ff. StPO), der zur Auffindung von Daten dient, die auf elektronischen Medien gespeichert sind, wird sich in aller Regel auf sämtliche Datenträger erstrecken, die sich vermutlich in den zu durchsu-

sonen“ i.S.d. § 101 Abs. 4 S. 1 Nr. 7 StPO-E sein. „Dritte“ sind „unvermeidbar mitbetroffen“ (§ 100h Abs. 3 StPO-E). Wie können diese Dritten „erheblich mit betroffene Personen“ sein (§ 101 Abs. 4 S. 1 Nr. 7 StPO-E)?

65 Glaser/Gedeon GA 2007, 433, 434.

66 Glaser/Gedeon GA 2007, 434.

chenden Räumlichkeiten befinden.⁶⁷ Die Durchsicht der Speichermedien ist rechtlich von dem Durchsuchungsbeschluss gedeckt.⁶⁸ Wer zu der Durchsicht befugt ist, ergibt sich aus § 110 Abs. 1 StPO. Diese Vorschrift betrifft ihrem Wortlaut nach nur „Papiere“, jedoch sind darunter auch Datenträger zu verstehen.⁶⁹ Das ergibt sich jetzt auch aus dem neuen Absatz 3, der ja nur die Reichweite der Durchsicht bestimmt, also voraussetzt, dass ein durchzusehender Ausgangsbestand vorhanden ist. Gleichwohl erscheint es empfehlenswert, den Wortlaut des § 110 Abs. 1 StPO an die Rechtslage anzupassen und außer Papieren weitere Objekte zu benennen, die Gegenstand der Durchsicht sein können. Dazu wären jedenfalls elektronische Speichermedien zu zählen. Im Sinne möglicher Folgeänderungen sollte sodann auch der Wortlaut des § 110 Abs. 2 StPO überdacht werden.

Grundsätzlich ist es zu begrüßen,⁷⁰ dass der Entwurf die Durchsichtskompetenz auf Speichermedien erstreckt, die sich zwar nicht in den zu durchsuchenden Räumlichkeiten befinden, auf die der Betroffene⁷¹ aber per Datenleitung oder Internet Zugriff hat und diesen Zugriff auch „zu gewähren berechtigt ist“ (§ 110 Abs. 3 S. 1 StPO-E). Angesprochen sind damit Speicherplätze (virtuelle Laufwerke), die Nutzern z.B. von einem Internet-Provider zur Verfügung gestellt werden und die regelmäßig passwortgesichert sind. Zweck dieser Technik ist im Wesentlichen die Daten- und Materialsicherung (vergleichbar einem gemieteten Tresor in einer Bank), wobei der Hervorhebung bedarf, dass der Provider das vergebene Passwort im Normalfall nicht kennt, so dass nur der Nutzer an seine Daten herankommt. Vergisst er das Passwort, so ist ein Zugriff im Grundsatz nicht mehr möglich.

Die im Gesetz in § 110 Abs. 3 S. 1 StPO-E vorgesehene Formulierung: „auf die der Betroffene den Zugriff zu gewähren berechtigt ist“, ist jedoch missglückt. Es kann nicht um eine (berechtigte) *Zugriffsgewährung* gehen, sondern allein darum, dass der Betroffene rechtmäßigen Zugriff auf Daten hat, die er oder ein Dritter extern abgespeichert hat.

Der Begriff der „Zugriffsberechtigung“ ist der Anlage zu § 9 BDSG entlehnt. Dort steht aber nicht die „Gewährung“ des Zugriffs auf Daten in Rede; angesprochen sind schlicht Daten, die der *Zugriffsberechtigung* eines Nutzers unterliegen. § 110 Abs. 3 StPO-E muss

67 Das gilt etwa für an den PC angeschlossene externe Festplatten oder Speichersticks sowie für Festplatten, die im Heimnetzwerk verfügbar sind.

68 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des 2. Senats v. 18.12.2002, 2 BvR 1910/02, Rdn. 14.

69 Vgl. BGH NStZ 2003, 670; zu Daten, die auf Notebooks gespeichert sind, vgl. BVerfG NJW 2002, 1410.

70 Der Entwurf setzt damit bekanntlich die Verpflichtung aus Art. 19 Abs. 2 des Übereinkommens des Europarates über Computerkriminalität (Cybercrime-Konvention) um. Entgegen hier und da zu vernehmenden Stimmen geht der Entwurf nicht über Art. 19 Abs. 2 der Konvention hinaus. § 110 Abs. 3 StPO-E ist ja nicht isoliert zu sehen, sondern standortkonform – eben systematisch – zu interpretieren.

71 Der Entwurf knüpft insoweit an den Begriff des „von der Durchsuchung Betroffenen“ in § 110 Abs. 1 StPO an und ist damit auch hinreichend bestimmt.

daher anders formuliert werden.⁷² Das ist auch schon deshalb notwendig, um zu verhindern, dass der Begriff des „Betroffenen“ etwa im Sinne des Betreibers oder Eigentümers der Datenverarbeitungsanlage missverstanden wird. Auf eine arbeitsrechtliche Berechtigung zur *Zugangsgewährung*, auf die der Entwurf in der Begründung am Beispiel der Telearbeit abstellt,⁷³ kann es jedenfalls nicht ankommen. Wortlaut und Begründung des Entwurfs klaffen auseinander. Das muss berichtigt werden.

Technisch setzt die Durchsicht ausgelagerter Speichermedien voraus, dass der Zugriffscode bekannt ist oder jedenfalls ermittelt werden kann. Davon wird hier ausgegangen. Missverständlich ist indessen der Hinweis in der Gesetzesbegründung (S. 156), es handle sich auch bei diesem Teil der Durchsuchung um eine gegenüber dem Betroffenen mit Zwang durchsetzbare Maßnahme. Richtigerweise kann damit nur gemeint sein, dass der Betroffene die Maßnahme zu dulden hat; zur Angabe des Passworts oder zur Mitwirkung beim Auslesen der Daten kann er, wenn er Beschuldigter ist, nicht gezwungen werden. Nur soweit er Dritter (§ 103 StPO) ist und damit als Zeuge in Betracht kommt, ist er – vorbehaltlich von Zeugnisverweigerungsrechten – zur Mitwirkung verpflichtet (vgl. § 95 StPO).

Rechtlich ist des Weiteren zu bedenken, dass das ausgelagerte Speichermedium Eigentum eines Dritten sein und sich in dessen Räumlichkeiten (oder denen eines weiteren Dritten) befinden kann. Im Hinblick auf die Zugriffsberechtigung ist in Rechnung zu stellen, dass diese dem Beschuldigten entweder allein oder in Gemeinschaft mit einem Dritten oder aber auch allein einem Dritten, der dem Beschuldigten die Einspeicherung erlaubt, zustehen kann.

Diese rechtliche Problematik ist aber ohne weiteres zu bewältigen, weil die der Maßnahme zugrunde liegenden Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlüsse, wie bereits angedeutet, a priori so gefasst werden können und ggf. auch so gefasst werden müssen, dass sie sich gleichermaßen gegen Dritte richten.⁷⁴

Ein weiteres grundsätzliches Problem ist der Zugriff auf Speicherplätze, die sich im Ausland befinden. Die damit verbundenen – insbesondere völkerrechtlichen – Fragen sind auch unter Berücksichtigung der Cybercrime-Konvention des Europarates⁷⁵ noch weitgehend ungeklärt.⁷⁶ Indessen ergibt sich daraus kein eigenständiger Regelungsbedarf. Denn wenn den Strafverfolgungsbehörden in concreto bekannt sein sollte, dass Daten im Aus-

72 Beispielhaft: „Die Durchsicht ... darf auf räumlich getrennte Speichermedien erstreckt werden, bei denen der Betroffene die Berechtigung zum Zugriff besitzt.“

73 Zugangs- und Zugriffsberechtigung sind zu unterscheiden, vgl. Nrn. 2, 3 der Anlage zu § 9 Satz 1 BDSG.

74 Vgl. §§ 94, 95, 103 StPO.

75 Vgl. dazu den einschlägigen, aber für die Problematik nicht nützlichen Art. 32 der Konvention mit den dazu ergangenen Erläuterungen aus dem Explanatory Report, in dem hilfsweise auf die Unberührtheitsklausel des Art. 39 Abs. 3 der Konvention hingewiesen wird.

land abgelegt sind, können sie den Rechtshilfeweg beschreiten. Ist ihnen das nicht bekannt, so stellt sich später nach Bekanntwerden dieses Umstandes die Frage einer Verwertung der unwissentlich – und damit vielleicht überhaupt nicht unter Verstoß gegen die Gebietshoheit des fremden Staates – aus dem Ausland „abgesaugten“ Daten. Die Beurteilung dieser Frage würde ich einstweilen getrost der Rechtsprechung überlassen.⁷⁷

Angemerkt sei noch, dass die hier vorgesehene Regelung auch für die geplante sog. „online-Durchsuchung“ relevant ist, ihr gewissermaßen voranschreitet.

Weitere Änderungen oder Ergänzungen des Entwurfs sind aus hiesiger Sicht derzeit nicht erforderlich. Soweit auf elektronische Speichermedien zugegriffen wird, auf denen Kommunikationsinhalte (z.B. Emails) oder Verbindungsdaten abgelegt sind, ergeben sich keine Besonderheiten. Es gilt „normales“ Beschlagnahme- und Durchsuchungsrecht.⁷⁸

Zu Art. 1 Nr. 14 des Entwurfs (§ 161 Abs. 2 StPO-E):

§ 161 Abs. 2 S. 1 StPO-E beruht auf dem Gedanken des hypothetischen Ersatzeingriffs und hat zum Ziel, den datenschutzrechtlichen Grundsatz der Zweckbindung zu garantieren. Dadurch soll einer möglichen Umgehung von enger gefassten strafprozessualen Anordnungsvoraussetzungen vorgebeugt werden (RegE S. 157, 158). Der RegE (S. 158) verweist zur Begründung der Regelung auf die Urteile des BVerfG zum G10 (BVerfGE 100, 313 [360]) und zur akustischen Wohnraumüberwachung (BVerfGE 109, 279 [375 ff.]). Die vom RegE in Bezug genommene Wendung aus dem Urteil zur akustischen Wohnraumüberwachung (BVerfGE 109, 377) scheint in der Tat den Gedanken des hypothetischen Ersatzeingriffs und das Verbot der Umgehung von Eingriffsbefugnissen zu stützen. Jedoch ist diese Annahme bei genauem Hinsehen nicht mit dem G10-Urteil vereinbar, das eine Verwendung von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen zur Gefahrenabwehr oder zu Strafverfolgungszwecken auch dann für zulässig hält, wenn die angewendeten nachrichtendienstlichen Eingriffsbefugnisse im Strafverfahren oder im Polizeirecht gar nicht hätten geschaffen werden dürfen. Wegen dieser Unklarheit ist es deshalb in der Literatur streitig, ob das BVerfG den Grundsatz des hypothetischen Ersatzeingriffs anerkannt und von Verfassungs wegen gefordert hat oder nicht.⁷⁹ Richtigerweise existiert gar keine Regel des Inhalts, dass die Zweckänderung von Daten verboten ist, wenn diese nicht

76 Zur Problematik näher und mit plausibler Argumentation *Ger mann*, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet (1999), S. 644 ff., 653 f.; ferner *Bär*, Der Zugriff auf Computerdaten im Strafverfahren (1992), S. 234 ff., 236 Fußn. 254; *Böckenförde*, Die Ermittlung im Netz (2003), S. 206 ff.

77 Der Beschuldigte kann nach gegenwärtigem Stand der Dinge aus einem gegenüber einem anderen Staat verübten Völkerrechtswidrigkeit keine strafprozessualen Vorteile für sich herleiten, vgl. BGHSt 34, 334 ff. und 37, 30 ff.; *Meyer-Goßner*, StPO, 50. Aufl. 2007, Einl. Rdn. 56d.

78 Vgl. BVerfGE 115, 166 ff.; offen gelassen von BVerfG MMR 2007, 169.

79 Dafür etwa *R. P. Schenke*, FG Hilger 2003, S. 211 (219); dagegen *Schrader* DuD 1999, 650 (653).

auch zu dem geänderten Zweck erhoben werden dürften.⁸⁰ Allerdings ist der Gesetzgeber keineswegs gehindert, den Gedanken des hypothetischen Ersatzeingriffs als rechtspolitisches Gestaltungsmittel zu verwenden. Es muss dann nur sichergestellt sein, dass die Regelung nicht zu unbeabsichtigten Folgen führt und den Erkenntnistransfer zwischen Polizei und Nachrichtendiensten auf der einen und den Strafverfolgungsbehörden auf der anderen Seite stärker als rechtlich unabdingbar behindert. Eine Identität der korrespondierenden Eingriffstatbestände („Maßnahme nach diesem Gesetz“, „entsprechende Maßnahme nach anderen Gesetzen“) ist jedenfalls nicht zu fordern.⁸¹

Unklar ist in diesem Zusammenhang, wie die Zulässigkeitshypothese genau zu bilden ist, und zwar namentlich, ob sie abstrakt oder konkret zu fassen ist. Der Gesetzgeber sollte genau festlegen, wie weit der Rechtsanwender bei der Subsumtion zu gehen hat. Vorzugswürdig erscheint eine Lösung, die es bei einer abstrakten Vergleichbarkeit belässt.

Unklar ist des Weiteren der Begriff der „Verwendung zu Beweis Zwecken“. Das hängt einerseits damit zusammen, dass in der Dogmatik des Strafprozessrechts und insbesondere in der Beweisverbotslehre keine Einigkeit darüber besteht, wie die Begriffe der „Verwendung“ von Daten und des „Verwendungsverbots“ aufzufassen sind.⁸² Betrachtet man das Verwendungsverbot als ein umfassendes allgemeines „Umgangsverbot“ mit Daten, so reicht es weiter als das traditionelle Verwertungsverbot. Es hat dann auch Fernwirkung und verbietet auch eine Verwendung für weitere Ermittlungen zur Gewinnung neuer Beweismittel.⁸³ Dieses Verständnis hat sich der RegE aber offenbar nicht zu eigen gemacht (RegE S. 158 unter Berufung auf BVerfG NJW 2005, 2766 ff.). Dann aber ist die Benutzung des Begriffs „zu Beweis Zwecken“ nicht ungefährlich, denn auch dieser Begriff ist unterschiedlicher Deutung zugänglich. Die Verwendung als Spurenansatz für die Aufnahme von Ermittlungen stellt in der Theorie des Beweisrechts eine Verwendung zu „Beweis Zwecken“ dar. Das Gesetzgebungsverfahren sollte deshalb dazu genutzt werden, für begriffliche Klarheit zu sorgen, wobei hier nicht verkannt wird, dass dann auch in anderen Bestimmungen der StPO, in denen von einer „Verwendung zu Beweis Zwecken“ die Rede ist, eine Bereinigung des Sprachgebrauchs erfolgen müsste.

§ 161 Abs. 2 S. 1 StPO-E enthält keine Äußerung zu der Frage, ob die erlangten Daten verwertbar sein müssen; dass ein Gegenschluss erforderlich ist, folgt aber aus dem Einwilligungsvorbehalt und aus § 161 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO-E, der ausdrücklich von „verwertbaren“ personenbezogenen Daten spricht. Es wird hier davon ausgegangen, dass dies gewollt ist.

80 Zutr. SK/StPO-Weßlau (Stand: 2005), § 483 Rdn. 12; Meyer-Goßner, § 483 Rdn. 4.

81 Vgl. dazu auch Wolter ZStW 107 (1995), 793 (818).

82 Vgl. Dencker, FS Meyer Goßner 2001, S. 237 ff.; Rogall, FS Kohlmann 2003, S. 465 ff.

83 Rogall, FS Kohlmann 2003, S. 481 ff.

Unter Gesichtspunkten der Gesetzestechnik ist vorzuschlagen, § 161 Abs. 2 S. 2 StPO-E in einen eigenen Absatz einzustellen oder ihn als S. 1 des neuen § 161 Abs. 3 StPO-E zu formulieren. Für das Letztere spricht, dass es in beiden Fällen um Exekutivmaßnahmen in Wohnungen geht.

Zu Art. 1 Nr. 15 des Entwurfs (§ 162 StPO-E)

Die Neufassung des § 162 StPO-E verdient in der Form der Gegenäußerung der Bundesregierung (RegE S. 232) grundsätzliche Unterstützung. Auf weitere Vorgaben gerichtsverfassungsrechtlicher Art ist nach meiner Einschätzung zu verzichten. Solche Fragen gehören, wenn überhaupt, in das GVG oder können doch den für die Justiz zuständigen Ländern überlassen werden.

Zu Art. 1 Nr. 20 des Entwurfs (§ 477 Abs. 2 StPO-E):

Zu der in § 477 Abs. 2 S. 2 StPO-E vorgesehenen Regelung sind zunächst dieselben Bemerkungen wie zu § 161 Abs. 2 S. 1 StPO-E angebracht.⁸⁴ Soweit der Entwurf § 100d Abs. 5 für unberührt bleibend erklärt (§ 477 Abs. 2 S. 4 StPO-E), führt dies dazu, dass bei Erkenntnissen aus der akustischen Wohnraumüberwachung der Gedanke des hypothetischen Ersatzeingriffs uneingeschränkt gilt (was ja bei § 477 Abs. 2 S. 2 StPO-E wegen der – freilich zweifelhaften – Beschränkung auf „Beweiszwecke“ nicht der Fall ist). Letzteres ist verfassungsrechtlich nicht geboten, hat doch das BVerfG den alten § 100d Abs. 5 S. 2 StPO für verfassungskonform erklärt (BVerfGE 109, 279 [375]). Es besteht daher an sich die Möglichkeit, § 100d Abs. 5 Nr. 1 StPO-E (= § 100d Abs. 6 Nr. 1 StPO) aufzuheben, so dass insgesamt ein Gleichklang der Verwendungsregelungen erreicht wäre.⁸⁵ Es mögen aber gute Gründe dafür sprechen, bei Erkenntnissen aus der akustischen Wohnraumüberwachung strengere Maßstäbe anzulegen. Dann ist die in § 477 Abs. 2 S. 4 StPO-E getroffene Regelung vertretbar. Allerdings bedürfte sie einer Ergänzung um § 100i Abs. 2 S. 2 StPO-E, denn es handelt sich auch insoweit um eine *lex specialis* zu § 477 Abs. 2 S. 2 StPO-E.⁸⁶

84 Der Schlussteil von § 477 Abs. 2 S. 2 StPO-E sollte richtigerweise wie folgt gefasst werden: „..., zu deren Aufklärung eine solche Maßnahme *ebenfalls* hätte angeordnet werden dürfen.“ Zu Begründung ist anzuführen, dass es sich zwar jeweils um verschiedene Strafverfahren, jedoch um ein und dasselbe Gesetz – nämlich die StPO – handelt. Die Wendung „nach diesem Gesetz“, die in Satz 2 zweimal vorkommt, wirkt auf den ersten Blick missverständlich.

85 Näher dazu *Glaser/Gedeon* GA 2007, 435 f.

86 *Glaser/Gedeon* GA 2007, 436.

Sonstige Bemerkungen:

Wegen des Sachzusammenhangs, der an der Regelung des § 110 Abs. 3 StPO-E zu Tage tritt, bietet es sich an, den vorliegenden Gesetzentwurf mit Vorschriften über die online-Durchsuchung anzureichern, sofern in dieser Beziehung ein rechtspolitischer Konsens erzielt wird.

Eine Vorschrift über die online-Durchsuchung könnte als Sonderregelung in das Durchsuchungs- und Beschlagnahmerecht (§§ 94, 97, 102 ff. StPO) eingestellt werden, wenn es im vorliegenden Entwurf nicht zur Bildung eines eigenständigen Abschnitts über verdeckte Ermittlungsmaßnahmen kommt. Die Festplatte eines Computers oder andere angeschlossene Speichermedien, auf denen der Beschuldigte Daten ablegt, sind strafprozessual nicht anders zu behandeln als Aufzeichnungen, die sich der Beschuldigte auch sonst anfertigen mag. Eine Festplatte ist kein Gehirn und kein Beichtstuhl. Sie mag allerdings ein „Schlafzimmer“ enthalten. Die diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Fragen sind indessen geklärt. Sollte das Speichermedium persönlichkeitsnahe Aufzeichnungen enthalten, so gilt ganz einfach das, was in BVerfGE 80, 367 ff. festgehalten ist.⁸⁷



(Univ.-Prof. Dr. Klaus Rogall)

⁸⁷ Zur Frage, ob die online-Durchsuchung eine Verfassungsänderung erfordern könnte, wird hier nicht Stellung bezogen.