

Berlin, im Januar 2005
Stellungnahme Nr. 07/2005
www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Strafrechtsausschuss

zur

**Notwendigkeit einer Gesetzesänderung in der StPO
auf der Grundlage der Entscheidung des BVerfG vom 03.03.2004
(BVerfGE 109, 279 ff.) und dem Regierungsentwurf vom 24.09.2004
für ein Gesetz zur Umsetzung des Urteils bei der Regelung der
„akustischen Wohnraumüberwachung“ (RegE)**

Mitglieder des Ausschusses:

Rechtsanwalt Eberhard Kempf, Frankfurt a.M.(Vorsitz)
Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt a.M. (Berichterstatter)
Rechtsanwalt Dr. h.c. Rüdiger Deckers, Düsseldorf
Rechtsanwalt Rainer Endriß, Freiburg
Rechtsanwältin Dr. Gina Greeve, Frankfurt a.M.
Rechtsanwältin Gabriele Jansen, Köln
Rechtsanwalt Dr. Stefan König, Berlin
Rechtsanwalt Georg Prasser, Stuttgart
Rechtsanwalt Michael Rosenthal, Karlsruhe
Rechtsanwältin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam
Rechtsanwalt Dr. Rainer Spatscheck, München

Zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Tanja Brexl, Berlin

Verteiler:

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz
- Rechtsausschuss, Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Vorsitzender des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, Andreas Schmidt
- Vorsitzende des Innenausschusses des Deutschen Bundestages, Dr. Cornelia Sonntag-Wolgast
- Landesjustizverwaltungen
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft

- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
- Vorsitzende des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV
- Vorsitzender des Forums Junge Anwaltschaft des DAV

- Deutscher Strafverteidiger e.V., Frau Regina Michalke
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen

- Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Deutscher Richterbund

- Strafverteidiger-Forum (StraFo)
- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NStZ
- Strafverteidiger

- Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
- ÖTV, Abteilung Richterinnen und Richter
- Deutscher Juristentag (Präsident und Sekretär)
- Prof. Dr. Schöch, LMU München

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 60.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I. Die Ausgangslage und der derzeitige Diskussionsstand

Der Deutsche Anwaltverein hatte sich auf der Grundlage der Beratungen seines Strafrechtsausschusses im Vorfeld der Verfassungsänderung nachdrücklich gegen die Einführung des „großen Lauschangriffs“ ausgesprochen. Eine überzeugende argumentative Bestätigung der damaligen Einwände findet sich in dem Sondervotum der Richterinnen des Bundesverfassungsgerichts Jaeger und Hohmann-Dennhardt zu der BVerfG-Entscheidung. Die beiden Richterinnen tragen weite Teile der Senatsmehrheit mit, sind jedoch der Auffassung, dass auf dieser Grundlage die richtige Konsequenz gewesen wäre, die Verfassungswidrigkeit des Art. 13 Abs. 3 GG festzustellen. Der Deutsche Anwaltverein teilt diese Auffassung, ohne zu verkennen, dass der Gesetzgeber sich bei seinen weiteren Arbeiten an den Vorgaben der Senatsmehrheit ausrichten darf. Dabei wird andererseits zu berücksichtigen sein, dass die in der Entscheidung aufgestellten Grundsätze lediglich die verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen an eine rechtsstaatsverträgliche Regelung heimlicher, die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen tangierende Ermittlungsmethoden markieren.

Die Senatsmehrheit hat in der ungewöhnlich ausführlich begründeten Entscheidung zwar – insoweit gegen die Sondervoten - eine „Verfassungswidrigkeit der Verfassung“ verneint, d.h. Art. 13 GG für vereinbar mit dem Rechtsstaatsprinzip und der Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG erklärt, aber den Gesetzgeber aufgefordert, bis zum 30.6.2005 durch Änderung zumindest der §§ 100 c, d, f, 101, StPO einen verfassungsgemäßen Rechtszustand auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts herzustellen.

Die Kernaussagen der Entscheidung sind treffend in den folgenden **Leitsätzen** zusammengefasst.

1. *Art. 13 Abs.3 GG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 13) vom 26. März 1998 (BGBl 15.610) ist mit Art.79 Abs.3 GG vereinbar.*
2. *Zur Unantastbarkeit der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG gehört die Anerkennung eines absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung. In diesen Bereich darf die akustische Überwachung von Wohnraum zu Zwecken der Strafverfolgung (Art. 13 Abs.3 GG) nicht eingreifen. Eine*

Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwischen der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art.13 Abs.1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und dem Strafverfolgungsinteresse findet insoweit nicht statt.

3. *Nicht jede akustische Überwachung von Wohnraum verletzt den Menschenwürdegehalt des Art. 13 Abs. 1 GG.*
4. *Die auf die Überwachung von Wohnraum gerichtete gesetzliche Ermächtigung muss Sicherungen der Unantastbarkeit der Menschenwürde enthalten sowie den tatbestandlichen Anforderungen des Art.13 Abs.3 GG und den übrigen Vorgaben der Verfassung entsprechen.*
5. *Führt die auf eine solche Ermächtigung gestützte akustische Wohnraumüberwachung gleichwohl zur Erhebung von Informationen aus dem absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung, muss sie abgebrochen werden und Aufzeichnungen müssen gelöscht werden; jede Verwertung solcher Informationen ist ausgeschlossen.*
6. *Die Vorschriften der Strafprozessordnung zur Durchführung der akustischen Überwachung von Wohnraum zu Zwecken der Strafverfolgung genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen im Hinblick auf den Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), den vom Rechtsstaatsprinzip umfassten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art.19 Abs.4 GG) und den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art.103 Abs. 1 GG) nicht in vollem Umfang.*

Bereits aus dieser klaren Zusammenfassung der Kernaussagen der Urteilsbegründung wird deutlich, dass die Bedeutung der Entscheidung über den engen und in der Praxis der Strafverfolgung auch quantitativ eher marginalen Anwendungsbereich des „großen Lauschangriffs“ hinausgeht (MPI-Gutachten zur Rechtswirklichkeit und Effizienz der akustischen Wohnraumüberwachung („großer Lauschangriff“) nach § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO <http://www.bmj.de/media/archive/786.pdf>), weil jener absolut geschützte Kernbereich privater Lebensgestaltung, in dessen Bereich eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit dem Strafverfolgungsinteresse zu unterbleiben hat, nicht nur durch akustische Wohnraumüberwachung, sondern auch durch andere strafprozessuale Zwangsmaßnahmen und heimliche Ermittlungsmethoden verletzt werden kann.

Der Paradigmenwechsel des BVerfG:

Nachdem es noch in der Tagebuchentscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 80, 367) dem damaligen Sondervotum der „überstimmten“ vier Senatsmitglieder vorbehalten war, den unantastbaren Kern privater Lebensgestaltung als „abwägungsfesten“ Anspruch des Grundrechtsträgers auf Respektierung seiner Intimsphäre zu postulieren, um ihm insoweit einen absoluten Schutz zuzubilligen, hat dies jetzt die Senatsmehrheit von 6 Richtern sich

zu eigen gemacht (vgl. dazu LR-Schäfer In der 29. Lieferung (§§ 94 – 111p) zur 25. Auflage Rnr. 1* bis 107* vor Rnr. 1 zu § 100c StPO).

Neu an der Entscheidung ist auch, dass nicht mehr in erster Linie die berufsspezifischen und an strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechten (§§ 52, 53 StPO) orientierten Kommunikationszusammenhänge, sondern die Äußerungsinhalte darüber entscheiden, ob eine Lebensäußerung zum verfassungsrechtlich gegen jegliche staatliche Beobachtung geschützten Kernbereich der Privatsphäre oder zu der einer Abwägung gegen die Belange der Strafverfolgung zugänglichen „halböffentlichen“ Persönlichkeitssphäre gehört.

Während in der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG die sog. 3-Sphären-Theorie wirklich nur „in der Theorie“ existierte, weil noch in keiner Entscheidung die Zugehörigkeit der konkret zu prüfenden Lebensäußerung zu jenem innersten Kernbereich bejaht wurde (LR-Schäfer aaO Rnr. 10*), definiert die jetzige Entscheidung jenen Bereich – bezogen auf die Wohnung - durchaus nicht eng und ordnet ihm grundsätzlich alle Verhaltensweisen der privaten Lebensgestaltung zu:

*„Zur Entfaltung der Persönlichkeit im Kernbereich privater Lebensgestaltung gehört die Möglichkeit, innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art zum Ausdruck zu bringen, und zwar ohne Angst, daß staatliche Stellen dies überwachen. Vom Schutz umfaßt sind auch Gefühlsäußerungen, Äußerungen des unbewußten Erlebens sowie Ausdrucksformen der Sexualität. Die Möglichkeit entsprechender Entfaltung setzt voraus, daß der Einzelne über einen dafür geeigneten Freiraum verfügt. Auch die vertrauliche Kommunikation benötigt ein räumliches Substrat jedenfalls dort, wo die Rechtsordnung um der höchstpersönlichen Lebensgestaltung willen einen besonderen Schutz einräumt und die Bürger auf diesen Schutz vertrauen. Das ist regelmäßig die Privatwohnung, die für andere verschlossen werden kann. Verfügt der Einzelne über einen solchen Raum, kann er für sich sein und sich nach selbst gesetzten Maßstäben frei entfalten. Die Privatwohnung ist als "letztes Refugium" ein Mittel zur Wahrung der Menschenwürde. Dies verlangt zwar nicht einen absoluten Schutz der Räume der Privatwohnung, wohl aber absoluten Schutz **des Verhaltens** in diesen Räumen, soweit es sich als individuelle Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung darstellt“. (BVerfGE 109, 314)*

Daraus wird aber auch deutlich, dass die lokale Zuordnung einer vertraulichen Kommunikation zur Wohnung des betreffenden Grundrechtsträgers weder eine hinreichende noch eine notwendige Bedingung für die Zugehörigkeit zum

absolut gegen staatliche Beobachtung geschützten Intimbereich sein soll und kann.

Damit ist das gegen jegliche Beobachtung durch den Staat geschützte Verhalten letztlich unabhängig davon zu schützen und vor jedlichem staatlichen Eingriff zu bewahren, wo es stattfindet, ob es Gesprächspartner gibt und wer gfls. die Gesprächsteilnehmer sind. Dass der Ort der von den Strafverfolgungsbehörden beabsichtigten Beobachtung die Wohnung ist und/oder dass dem Gesprächspartner eine berufliche oder familiäre Vertrauensstellung zukommt, diese Umstände sind nach der verfassungskonformen Anpassung des geltenden Strafprozessrechts nur noch (freilich sehr gewichtige und deshalb bereits im Stadium der Prüfung der Zulässigkeit der Beobachtungsmaßnahme zu beachtende) Indizien dafür, dass die Inhalte der Lebensäußerungen des Grundrechtsträgers dem absolut geschützten Kernbereich angehören. Dies wird dann (wenn auch widerleglich) vermutet. Die individuelle Innenbezogenheit der Persönlichkeitsentfaltung kann aber auch unabhängig davon außerhalb der Wohnung und auch ganz ohne oder mit Gesprächsteilnehmern, für die §§ 52, 53 StPO kein Zeugnisverweigerungsrecht bereithält, gegeben sein.

Folgerichtig hat das BVerfG erstmals auch solche technischen Beobachtungsmittel in den Anwendungsbereich des Art. 13 GG einbezogen, die von außerhalb der Wohnung eingesetzt werden (BVerfGE 109, 309). Gemeint sind Richtmikrophone oder ähnliche Geräte, mit deren Hilfe Gespräche im Haus belauscht oder etwa Schwingungen der Fensterscheiben aufgefangen und so der Inhalt im Hause geführter Gespräche abgehört werden kann. Dasselbe wird man dann aber auch für den umgekehrten Fall annehmen müssen, dass etwa innerhalb einer Wohnung Abhörinstrumente in Behältnissen angebracht werden, die vom Wohnungsinhaber außerhalb der Wohnung mitgeführt werden (z.B. Aktentasche, Notebook oder Fahrzeuge).

II. Der Regierungsentwurf vom 24.9.2004 (RegE)

1. Allgemeine Stellungnahme

Der Regierungsentwurf beschränkt sich auf die Umsetzung der Grundsätze des BVerfG in dem engen Bereich, der Gegenstand des Verfahrens war: dem „großen Lauschangriff“ des Art. 13 GG und der §§ 100c ff. StPO, nur soweit sie sich auf die Überwachung innerhalb von Wohnungen beziehen.

Erfreulich ist, dass der Entwurf sich durchweg bemüht, die Grundsätze des Bundesverfassungsgerichts in die geplante neue Gesetzesfassung zu trans-

ponieren und dass abweichend von dem ursprünglich vorgelegten Referentenentwurf jetzt davon abgesehen werden soll, den Straftatenkatalog auf dem Umweg über Strafrahmenerhöhungen im Strafgesetzbuch (§ 129 StGB) zu erweitern. Erfreulich ist weiterhin, dass - wiederum abweichend vom Referentenentwurf - nunmehr für alle Angehörigen der Vertrauensberufe im Sinne des § 53 StPO die akustische Wohnraumüberwachung auf die Fälle beschränkt wird, in denen die zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten einer Beteiligung oder einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei verdächtig sind (§ 100c Abs. 6 des Entwurfs).

Dem Vorschlag des Bundesrates, insoweit wieder zu der Fassung des Referentenentwurfs zurückzukehren (BR-Drucks. 722/04), ist nachhaltig zu widersprechen, zumal kaum Fälle denkbar sind, in denen bei Gesprächen zwischen dem Angehörigen eines mit gesetzlichen Zeugnisverweigerungsrechten ausgestatteten Vertrauensberufes und seinen Klienten, Mandanten und Probanden, die Vermutung der absoluten Privatheit der Gesprächsinhalte widerlegt sein könnte, ohne dass gleichzeitig tatsächliche Anhaltspunkte für ein kollusives Zusammenwirken bestehen. Das ist im Verhältnis zwischen Beschuldigten und ihren Strafverteidigern von besonderer Bedeutung, weil hier der schmale Grenzbereich zwischen zweifelsfreier Zugehörigkeit der Gespräche zur verfassungsrechtlich verschlossenen Tabuzone einerseits und den strafbaren Teilnahmeformen andererseits eine an der neueren Rechtsprechung des BVerfG zur Stellung des Strafverteidigers (NJW 2004, 1305) orientierten Zurückhaltung der Strafverfolgungsbehörden erfordert.

Kritisch sieht der Deutsche Anwaltverein die in § 100c Abs. 7 RegE durchweg verwendete Methode des Entwurfs, unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln auch insoweit in die neue Gesetzesfassung gleichsam „eins zu eins“ aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu übernehmen, als sie dort nur dazu dienen sollten, die Verfassungswidrigkeit der bisherigen Gesetzesfassung zu begründen, ohne dass damit auch ein Formulierungsvorschlag für ein verfassungskonformes Gesetz verbunden gewesen sein konnte.

Auch in Fällen, in denen das Bundesverfassungsgerichts eine Strafnorm wegen nicht hinreichender Bestimmtheit, also wegen eines Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG für verfassungswidrig und damit nichtig erklärt, wird es stets negative Formulierungen verwenden, um zu beschreiben, welche Merkmale der beanstandeten Norm fehlen, um hinreichend bestimmt zu sein. Diese Merkmale und Kriterien darf das Verfassungsgericht auch abstrakt und unter Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe benennen. Die begriffliche Ausfüllung der vom Verfassungsgericht beanstandeten Tatbestandslücken durch klar

konturierte Merkmale ist in diesen Fällen gerade nicht seine Aufgabe, sondern die des Gesetzgebers selbst. Daraus folgt, dass der dann zur „Nachbesserung“ aufgerufene Gesetzgeber bei dem Versuch, die nichtige Strafnorm durch eine hinreichend bestimmte zu ersetzen, sich seinerseits nicht auf allgemeine Formulierungen beschränken darf.

Dies gilt auch für die „Nachbesserung“ von verfahrensrechtlichen Normen, die – wie hier – das Bundesverfassungsgericht als zu unbestimmt und zu weit beanstandet hat. Zwar ist das Urteil des BVerfG den Bedenken der Richterinnen Jaeger und Hohmann-Dennhardt gegen die Vereinbarkeit des Art. 13 GG nicht gefolgt, wonach es mit Art. 79 Abs. 3 GG unvereinbar sei, einen Eingriff in den absolut geschützten Privatbereich zu dem Zwecke zuzulassen, „festzustellen, was darin passiert“, d.h., ob auch inhaltlich die Gespräche und Äußerungen dem höchstpersönlichen Lebensbereich zuzuordnen sind (BVerfGE 109, 383). Diese Bedenken behalten aber ihre Bedeutung, wenn sich der einfachrechtliche Gesetzgeber der Aufgabe unterzieht, die Verdachts- und Beweis(last)regeln und das Verfahren festzulegen, das dann zu gelten hat, wenn sich die Ermittlungsbehörden der kritischen Grenzzone zwischen dem nach Auffassung der Senatsmehrheit verfassungsrechtlich hinnehmbaren „Probe-lauschen“ und dem auch nach übereinstimmender Auffassung aller Senatsmitglieder unzulässigen „Beweislauschen“ im Kernbereich nähern.

Um diese „Schaltstelle“ mit der erforderlichen gesetzlichen Bestimmtheit zu markieren, genügt es nicht, dass der Gesetzgeber die Anforderungen an eine solche Grenzregelung, also die ihm gestellte Aufgabe sprachlich nahezu unverändert auf die mit dem konkreten Fall befassten Behörden und Gerichte weiterdelegiert.

Außerdem muss das neu zu schaffende Recht sich streng an die Regel-Ausnahme-Architektur der BVerfG-Entscheidung halten und der Praxis klare Vorgaben an die Hand geben, damit die zuständigen Gerichte ebenso wie die mit dem Eingriff befassten Ermittlungsbeamten jeweils wissen, unter welchen Voraussetzungen die Anordnung zulässig ist und wann trotz Bestehens einer ursprünglich rechtmäßigen Anordnung die Maßnahme zu beenden und welche bis dahin erlangten Informationen für das künftige Strafverfahren unverwertbar und deshalb zu vernichten sind.

Dabei müssen alle Überlegungen, Entscheidungen und Prüfungen ihren Ausgang von dem Verbot nehmen, die dem Kernbereich der Persönlichkeit zuzurechnende Kommunikation nicht einmal einer Abwägung gegen die Strafverfolgungsinteressen zu unterziehen. Da prinzipiell innerhalb von Privatwohnun-

gen von Verfassungswegen vermutet wird, dass die Kommunikation der dort wohnenden Personen diesem Kernbereich angehört, muss das künftige Recht eindeutig klarstellen, dass schon die richterliche Anordnung der Abhörmaßnahme an die Widerlegung der Vermutung geknüpft wird. Das ist nur dann der Fall, wenn Tatsachen vorliegen, die offenbaren, dass die Kommunikationsinhalte sich gerade nicht auf die Privatsphäre, sondern auf besonders schwere Straftaten (mit Strafdrohungen von mehr als 5 Jahren Freiheitsstrafe) beziehen. Dasselbe gilt für Gespräche außerhalb des engen Wohnbereichs zwischen Personen, die typischerweise in einem besonders engen Vertrauensverhältnis stehen und über dem absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit zugehörige Inhalte kommunizieren. Eine Umkehr der Vermutung für die Zugehörigkeit zum Kernbereich darf der Gesetzgeber für die Fälle vorsehen, in denen eine Wohnung gleichzeitig Geschäftsräume enthält und die Kommunikation darin mit Kunden oder Geschäftspartnern stattfindet. Einer weiteren Ausnahme für Fälle, in denen Gründe für die Annahme bestehen, dass die Gesprächsinhalte Straftaten betreffen, bedarf es nicht, weil dies ja (unter der weiteren Voraussetzung, dass es um besonders schwere Straftaten geht) bereits die Grundvoraussetzung für die Anordnung der Überwachung überhaupt ist.

2. Zu einzelnen Regelungen

Zu § 100c Abs. 1 RegE:

Der Zusammenhang zwischen Abs. 1 Nr. 1 und 2 einerseits und Nr. 3 andererseits sollte in Nr. 3 besser zum Ausdruck gebracht werden, indem der vorgesehene Text

(„3. aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass durch die Überwachung Äußerungen des Beschuldigten erfasst werden, die für die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Mitbeschuldigten von Bedeutung sind“)

wie folgt neu gefasst wird:

3. aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass durch die Überwachung Äußerungen des Beschuldigten erfasst werden, die für die Erforschung des Sachverhalts einer solchen Tat oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Mitbeschuldigten von Bedeutung sind.

Durch die Ersetzung des sehr schwachen Merkmals „tatsächliche Anhaltspunkte“ durch das auch in Nr. 1 verwendete der „bestimmten Tatsachen“ wäre

besser zum Ausdruck gebracht, dass es nur um extreme Ausnahmefälle gehen kann, in denen trotz der Kernbereichsvermutung innerhalb einer Wohnung abgehört werden dürfen soll. Dem gleichen Ziel dient der Zusatz „einer solchen Tat“. Damit wäre klargestellt, dass der Verdacht einer Katalogtat nicht schon dann die Abhörmaßnahmen rechtfertigt, wenn durch sie nur Erkenntnisse über irgendwelche (auch außerhalb der besonders schweren i.S. des Katalogs nach Abs. 2 liegende) Delikte aufgeklärt werden könnten, was mit den strengen Maßstäben der BVerfG-Entscheidung unvereinbar wäre.

Zu § 100c Abs. 4 RegE:

Hier soll die nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts maßgebliche Grenze zwischen dem absolut geschützten und aus jedem Lauschangriff auszunehmenden Kernbereich privater Lebensgestaltung und dem der Abwägung zugänglicher Äußerungen und Gesprächsinhalte markiert werden. Die vorgeschlagene Regelung

„Die Maßnahme darf nur angeordnet werden, soweit aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte, insbesondere zu der Art der zu überwachenden Räumlichkeiten und dem Verhältnis der zu überwachenden Personen zueinander anzunehmen ist, dass durch die Überwachung Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, nicht erfasst werden. Gespräche in Betriebs- oder Geschäftsräumen sind in der Regel nicht dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen. Das Gleiche gilt für Gespräche über begangene Straftaten und Äußerungen, mittels derer Straftaten begangen werden.“

ist aus verschiedenen – oben bereits genannten - Gründen bedenklich:

Es kann zwar rechtsstaatlichen geboten sein, Eingriffsbefugnisse an das Vorliegen „tatsächlicher Anhaltspunkte“ (besser: „bestimmte Tatsachen“) zu koppeln. Die Eingriffsbegrenzende Funktion eines solchen Merkmals geht jedoch verloren, wenn es sich auf eine negativ formulierte Bedingung bezieht:

(„Die Maßnahme darf nur angeordnet werden, soweit aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte ... Äußerungen, die dem Kernbereich ... zuzurechnen sind, nicht erfasst werden.“)

Diese Formulierung würde einer Auslegung Vorschub leisten, wonach es erst noch zusätzlicher „tatsächlicher Anhaltspunkte“ bedürfe, um die Vermutung der Zugehörigkeit einer Kommunikation zum Kernbereich zu aktivieren. Diese

Vermutung muss jedoch bereits widerlegt sein, um die richterliche Anordnung überhaupt zu rechtfertigen.

Es kann also an dieser Stelle nur darum gehen, die Vermutung und die Abwägungsfestigkeit erst einmal auch einfachgesetzlich klarzustellen, um erst daran anschließend die Voraussetzung für die Widerlegung der Vermutung und der Rückausnahme für den Fall des Mischcharakters der Räume (Wohn- / Geschäftsräume) zu bestimmen. Es wird deshalb vorgeschlagen, Absatz 4 wie folgt zu fassen.

„Die Maßnahme darf nicht angeordnet werden, soweit den Umständen nach anzunehmen ist, dass durch die Überwachung Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, erfasst werden. Dies gilt in der Regel bei Äußerungen von Einzelpersonen in ihrer Privatwohnung oder dort geführten Gespräche zwischen sich familiär oder freundschaftlich nahe stehenden Personen, soweit es sich bei der Wohnung nicht (gleichzeitig) um Betriebs- oder Geschäftsräume handelt.“

Der im letzten Satz von § 100c Abs. 4 des Entwurfs zum Ausdruck kommende Rechtsgedanke, wonach „Gespräche über begangene Straftaten und Äußerungen mittels derer (zu ergänzen wäre hier: besonders schwere i.S. des Abs. 2) Straftaten vorbereitet oder begangen werden, ... von den Beschränkungen gemäß Satz 1 und 2 ausgenommen“ sind, würde die Vorschrift zirkulär machen, weil die Erwartung solche Gesprächsinhalte ja bereits nach Abs. 1 die Grundvoraussetzung für die akustische Wohnraumüberwachung überhaupt ist. Sollte es gerade der Zweck der Regelung des Entwurfs sein, dass auch die Vorbereitung von Straftaten erfasst werden kann, ohne dass bereits Ermittlungen wegen des Verdachts bereits begangener Taten laufen und sich zumindest auch darauf die tatsächlichen Anhaltspunkte beziehen, wäre sie wegen des rein polizeirechtlich präventiven Charakters im Rahmen einer strafprozessualen Norm abzulehnen. Sollte es die Absicht der Entwurfsverfasser sein, hier auch Gesprächsinhalte über jedwede Straftaten in die Rückausnahme einzubeziehen (die Erwägung auf Seite 25 der Entwurfsbegründung, Beleidigung zwischen Eheleuten sei nicht gemeint, deutet darauf hin), widerspräche dies den verfassungsrechtlich gebotenen Beschränkungen des Absatz 1.

Zu § 100c Abs. 7 i. V. m. Abs. 5 RegE:

Hier wirkt sich der methodische Fehler, dass der Entwurf die allgemeinen Formulierungen des BVerfG schlicht übernehmen und die daraus folgende

Konkretisierungsaufgabe an die Praxis weitergeben will, besonders negativ aus, weil sich damit die bereits bei Abs. 4 abzeichnende Umkehr der Darlegungslast in dem Programm für die verfassungsrechtlich gebotenen Beweisverwertungsverbote institutionell verfestigen würde. Der Entwurf sieht folgende Formulierung vor:

(5) Das Abhören und Aufzeichnen ist unverzüglich zu unterbrechen, soweit sich während der Überwachung Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, erfasst werden. Aufzeichnungen über solche Äußerungen sind unverzüglich zu löschen. Erkenntnisse über solche Äußerungen dürfen nicht verwertet werden. Die Tatsache der Erfassung der Daten und ihrer Löschung ist zu dokumentieren. Ist eine Maßnahme nach Satz 1 unterbrochen worden, so darf sie unter den in Absatz 4 genannten Voraussetzungen fortgeführt werden. Im Zweifel ist über die Unterbrechung oder Fortführung der Maßnahme unverzüglich eine Entscheidung des Gerichts herbeizuführen...

(6) ...

(7) Soweit ein Verwertungsverbot nach Absatz 5 in Betracht kommt, hat die Staatsanwaltschaft unverzüglich eine Entscheidung des anordnenden Gerichts über die Verwertbarkeit der erlangten Erkenntnisse herbeizuführen. Soweit das Gericht eine Verwertbarkeit verneint, ist dies für das weitere Verfahren bindend.

Es ist unschwer vor auszusehen, dass die Praxis diese Bestimmungen dahin auslegen würde, die Entscheidung, ob „Anhaltspunkte“ für die Kernbereichsbetroffenheit bestehen, setze voraus, dass erst einmal das „Probelauschen“ stattgefunden hat. Auch bliebe bei dieser Gesetzesformulierung völlig offen, auf welcher Tatsachen- und Informationsbasis das nach Abs. 5 Satz 5 „im Zweifel“ (?) einzuschaltende Gericht seine Entscheidung über die Wiederaufnahme der zuvor ohne seine Mitwirkung unterbrochenen Maßnahme zu treffen hätte. Dasselbe gilt für die Befassung des Gerichts nach Abs. 7 Satz 1 für all jene Fälle, in denen (nach wessen Beurteilung?) ein Verwertungsverbot nach Abs. 5 „in Betracht kommt“.

Der DAV schlägt demgegenüber vor, eine Regelung vorzusehen, die eine stärkere Anbindung der Unterbrechungs- und Löschungspflicht sowie des Verwertungsverbots an die Entscheidungshoheit des Gerichts und an die für dieses geltenden Anordnungs- und Begründungsvoraussetzungen (§ 100d Abs. 3 RegE) sicherstellt. Der Sache nach geht es nämlich hier jeweils darum, dass sich die richterliche Prognose, die Maßnahme betreffe trotz der grundsätzlichen Vermutung für die Zugehörigkeit eines Äußerungszusammenhangs zum absolut geschützten Bereich ausnahmsweise nicht den innersten Kern des Persönlichkeitsrechts, nachträglich als verfehlt herausstellt. In diesen Fäl-

len bedarf es eines sofortigen Außerkrafttretens der richterlichen Anordnung mit der Folge, dass die Maßnahme erneut unter qualifiziertem Richtervorbehalt steht und erst wieder unter den gleichen Voraussetzungen wie bei der ursprünglichen richterlichen Anordnung (neue bestimmte Tatsachen) wieder aufgenommen werden kann.

Nur mit dieser ebenso verfassungskonformen wie eindeutigen Lösung lassen sich auch die von den Kritikern der BVerfG-Entscheidung geltend gemachten praktischen Schwierigkeiten überwinden, die in der Stellungnahme des Bundesrates zu der polemischen Bemerkung geführt hat, die Verwirklichung des vom BVerfG vorgegebenen Konzepts müsse *„annähernd hellseherische Fähigkeiten der Ermittlungsbeamten vor Ort erfordern, zu entscheiden, wann die Fortsetzung der Überwachung wieder zulässig wäre“*.

Hierbei wird nämlich übersehen, dass bereits die Vereinbarkeit des Art. 13 mit Art. 79 Abs. 3 GG auch nach Auffassung der Senatsmehrheit nur unter der Voraussetzung gegeben ist, dass ein richterlicher Spruchkörper aufgrund von konkreten Tatsachen eine Prognose trifft, welche nicht den Persönlichkeitskern betreffenden Gesprächsinhalte zu erwarten sind. Wer dieses Erfordernis mit dem Hinweis auf die Unmöglichkeit einer solchen („hellseherischen“) Prognose ad absurdum führen will, darf nicht erst den mithörenden Ermittlungsbeamten wegen der Zumutung einer unmöglichen Leistung bedauern, sondern er muss – wie es die Senatsminderheit konsequent getan hat – das Eindringen in den Wohnbereich insgesamt für unzulässig halten. Folgt man dagegen der Senatsmehrheit, muss zwingend die Richtigkeit der richterlichen Prognose permanent personell und „in Echtzeit“ überprüft werden, um beim Wegfall ihrer Entscheidungsgrundlagen die damit automatische eingetretene Unwirksamkeit zu erkennen und die Maßnahme sofort zu beenden. Die vom Bundesrat vorgeschlagene ausdrückliche Zulassung der (unbewachten) „weiteren Aufzeichnung durch technische Hilfsmittel“ wäre mit der Entscheidung des BVerfG schlechterdings nicht vereinbar.

Es versteht sich von selbst, dass die richterliche Prognose, in der Wohnung oder in dem sonstigen für den Kernbereich der Persönlichkeit sprechenden Kommunikationszusammenhang werde in Wahrheit über Straftaten gesprochen, nicht schon dann widerlegt ist, wenn die Gesprächspartner, bevor sie „zur Sache kommen“, allgemeine Höflichkeiten oder sonstige Belanglosigkeiten austauschen. Aber sobald sich abzeichnet, dass das prognostisch einem schwer kriminellen Zweck zugerechnete Gespräch tatsächlich privaten oder gar intimen Charakter hat, muss auch auf die Gefahr hin, dass sich dies später noch einmal ändert, das Verbot des weiteren Lauschens oder Aufzeichnens

und das Gebot des Löschens der bis dahin erfassten Inhalte sofort eingreifen, ohne dass eine andere Person oder Stelle als der für eine Neuordnung zuständige richterliche Spruchkörper die Maßnahme wieder aktivieren dürfte.

Daraus folgt, dass es für die Entscheidung, die Maßnahme wegen Wegfalls der Anordnungsgrundlagen zu beenden und das bisher entstandene Material als unverwertbar zu vernichten, prinzipiell keiner richterlichen Begleitung oder Überprüfung bedarf. Dagegen bedarf die (weitere) Durchführung der Maßnahme und die Annahme der Ermittlungsbeamten ihrer fortbestehenden Zulässigkeit einer dichten richterlichen Kontrolle. Der Gesetzgeber sollte deshalb anstelle des im Entwurf vorgesehenen § 100c Abs. 7 Satz 1 eine im Rahmen der Praktikabilitätsgrenzen zeitlich dichte Unterrichtungspflicht über die im Laufe der Maßnahme gewonnenen Erkenntnisse und Bestätigungen der ursprünglichen Prognose gegenüber der Strafkammer vorschreiben, damit auch bei abweichender Beurteilung der Zulässigkeit auch die richterliche Alleinkompetenz für den schweren Grundrechtseingriff gewahrt bleibt.

Zur qualifizierten Begründungspflicht nach § 100d RegE

Zutreffend leitet der Entwurf aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Notwendigkeit her, insbesondere in den Fällen, in denen der Grenzbereich zur absolut geschützten Persönlichkeitssphäre tangiert wird, eine qualifizierte Begründungspflicht für die Maßnahme zu statuieren. Auch insoweit schlägt der Deutsche Anwaltverein eine Anpassung an die oben vorgeschlagene geänderte Fassung des § 100c Abs. 4 vor, die jedoch nicht nur redaktionellen Charakter haben kann.

Da in § 100d Abs. 3 Ziff. 1 vorgeschrieben werden soll, dass in der Begründung der Anordnung oder Verlängerung zur Stützung der wesentlichen Abwägungsgesichtspunkte insbesondere auch einzelfallbezogen die „bestimmten Tatsachen“ anzugeben sind, die den Verdacht begründen, sollte dieser Sprachgebrauch erst recht übernommen werden hinsichtlich der besonders sensiblen Gründe, die zu der Annahme geführt haben, dass die Voraussetzungen für das absolute Überwachungsverbot nach Abs. 4 nicht bestehen. Es wird deshalb vorgeschlagen, § 100d Abs. 3 Ziff. 3 wie folgt zu fassen:

„3. In der Begründung der Anordnung oder Verlängerung sind deren Voraussetzungen und die wesentlichen Abwägungsgesichtspunkte darzulegen. Insbesondere sind einzelfallbezogen anzugeben:

1. ...
2. ...

3. *die bestimmten Tatsachen, die der Anwendbarkeit des Abs. 4 Satz 1 und 2 entgegenstehen.“*

Da in der hier vorgeschlagenen Fassung des Abs. 4 nicht mehr von „tatsächlichen Anhaltspunkten“ die Rede ist und als Voraussetzung für die Durchbrechung der Grenzen zum absolut geschützten Bereich „Anhaltspunkte“ zu schwach wären, sollte auch hier auf die Angabe bestimmter Tatsachen nicht verzichtet werden.

III. Bedeutung der BVerfG-Entscheidung über die akustischen Wohnraumüberwachung hinaus

Das Bundesverfassungsgericht war durch die Begrenzung des Verfahrensgegenstandes auf die Thematik des Art. 13 GG und der §§ 100c StPO festgelegt und hat sicher gut daran getan, nicht auch noch alle notwendigen Folgeentscheidungen des Gesetzgebers für andere Eingriffsbefugnisse der Strafverfolgungsbehörden zu programmieren.

Andererseits lassen sich aus einer Reihe von allgemeinen Grundsätzen, wie sie in der Entscheidung formuliert sind, Konsequenzen ableiten, deren Nichtbeachtung durch den Gesetzgeber für künftige Beschwerdeführer aussichtsreiche Anrufungen des BVerfG nach sich ziehen müsste.

Der DAV spricht sich deshalb dafür aus, in die Planungen zur Umsetzung des BVerfG-Urteils alle heimlichen Ermittlungsmethoden, aber auch die Beweiserhebungsregeln der StPO im Übrigen daraufhin zu überprüfen, inwieweit über den Anwendungsbereich des Art. 13 GG hinaus Änderungen mit dem Ziel geboten sind, den Kernbereich des Persönlichkeitsrechts auch dort und insoweit einem Zugriff des Staates zu entziehen, wo das Rechtsstaatsprinzip und der Vorrang der Menschenwürde dies nach Maßgabe der Gründe der Entscheidung gebietet.

Für solche Folgeänderungen kommen namentlich in Betracht:

1. Die heimliche Gesprächsüberwachung und -aufzeichnung außerhalb von Wohnungen gemäß § 100c Abs. 1 Nr. 2 StPO wird sicherlich nicht in demselben Maße wie bei der Wohnraumüberwachung mit einer Vermutung für die Zugehörigkeit der Inhalte zum Kernbereich, aber durchaus auch im Einzelfall aus der Natur der personalen Beziehung der Gesprächspartner einem ähnlichen abwägungsfesten Schutz zu unterstellen sein.
2. Dasselbe gilt für eine Anpassung des § 100a StPO an die Forderung des Bundesverfassungsgerichts, Gesprächsinhalte, die dem absolut ge-

geschützten Bereich der Persönlichkeitsrechte angehören, gegen jeglichen Zugriff durch den Staat zu schützen.

3. Das Recht der Durchsuchung wäre ebenfalls mit einer Eingriffsschranke zu versehen, die sicherstellt, dass solche Aufzeichnungen oder sonstige Dokumente, in denen „Gefühlsäußerungen, Äußerungen des unbewussten Erlebens sowie Ausdrucksformen der Sexualität“ (BVerfGE 109, 313) festgehalten sind, dem staatlichen Zugriff entzogen sind.
4. Soweit das Bundesverfassungsgericht nunmehr die Inhalte der Gespräche mit Geistlichen und Strafverteidigern mit der Vermutung versehen hat, jenem absolut geschützten Kernbereich anzugehören, sollte auch eine gesetzliche Klarstellung erfolgen, dass nicht nur diese Berufsträger selbst, sondern auch die jeweiligen Gesprächspartner in der Rolle des Zeugen insoweit ein Schweigerecht haben.
5. Weiterhin ist zu prüfen, ob nicht die Regelung der §§ 52, 55 StPO dahin zu ergänzen ist, dass auch solchen Zeugen, die nicht in einem Verwandtschaftsverhältnis zum Beschuldigten stehen, mindestens ein Auskunftsverweigerungsrecht insoweit zusteht, als sie nach Gesprächsinhalten gefragt werden, für welche die Definition des Bundesverfassungsgerichts des Kernbereichs der Persönlichkeitsrecht zutrifft. In diese Richtung weist der Hinweis des Bundesverfassungsgerichts, wonach auch dann eine Kommunikation dem Kernbereich der privaten Lebensgestaltung zuzuordnen ist, wenn sie in der Wohnung eines Freundes des Beschuldigten stattfindet (BVerfGE 109, 352, s.a. S. 322).

Der DAV erinnert im Übrigen auch an seine umfangreiche und durchweg zustimmende Stellungnahme zu dem vom Bundesministerium der Justiz in Auftrag gegebenen Vorschlag des Arbeitskreises Strafprozessrecht und Polizeirecht (ASP) für ein StPO-Änderungsgesetz (§§ 53b, 97 Abs. 3, 100d Abs. 3, 100h Abs. 2 StPO-E) vom Mai 2002. Die darin nachdrücklich geforderte und mit einem Regelungsvorschlag versehene Bereinigung des Rechts der Beweis- und Verwertungsverbote für alle Formen heimlicher Ermittlungsmethoden zur Sicherung der Vertrauenssphäre gegen Umgehung der Zeugnisverweigerungsrechte durch heimliche Ermittlungsmaßnahmen sollte möglichst gleichzeitig mit der Erfüllung der Auflagen des Bundesverfassungsgerichts zur Neuregelung der akustischen Wohnraumüberwachung in Kraft treten.