Berlin, Juni 2009

Stellungnahme Nr. 38/2009

abrufbar unter www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Verfassungsrechtsausschuss

zu den Verfassungsbeschwerden des

Rechtsanwalts Dr. M. u.a.

- 2 BvR 236/08 -

Studienrats R.

- 2 BvR 237/08 -

Rechtsanwalts Dr. H. u.a.

- 2 BvR 422/08 -

Verfassungsrechtsausschuss:

Rechtsanwalt Prof. Dr. Thomas Mayen (Vorsitzender)
Rechtsanwältin und Notarin Mechtild Düsing, Münster (Mitberichterstatterin)
Rechtsanwalt Roland Gerold, München
Rechtsanwalt Dr. Peter Hamacher, Köln (Mitberichterstatter)
Rechtsanwalt Dr. Rainard Menke, Stuttgart
Rechtsanwalt Dr. Frank Rottmann, Leipzig
Rechtsanwältin Dr. Birgit Spießhofer, Berlin (Mitberichterstatterin)
Rechtsanwalt Dr. Thomas Schröer, Frankfurt am Main (Mitberichterstatter)
Rechtsanwalt Priv.-Doz. Dr. Christian Winterhoff, Hamburg

zuständiger DAV-Geschäftsführer:
Rechtsanwalt Dr. Nicolas Lührig, Berlin

Verteiler:

- Bundesverfassungsgericht
- An die Mitglieder des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages
- Bundesministerium der Justiz
- An die Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Steuerberaterverband
- An die Mitglieder des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins e.V.
- An die Vorsitzenden der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins e.V.
- An die Vorsitzenden der Fach- und Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins e.V.
- Forum Junge Anwaltschaft
- Redaktion NJW
- Redaktion DVBL
- Redaktion DÖV

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit circa 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

A. Vorbemerkung

Die Verfassungsbeschwerden richten sich – mit unterschiedlicher Ausrichtung – gegen zahlreiche Vorschriften des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung vom 21.12.2007 (BGBl I S. 3198).

Die Zahl der im Einzelnen angegriffenen Bestimmungen mag geeignet sein, den Blick für wesentliche Kernfragen, die dieses Gesetz aufwirft, zu verstellen. Es erscheint deshalb angezeigt, vorab auf Folgendes hinzuweisen:

- Eine im allgemeinen Kontext der Probleme der Telekommunikationsüberwachung vereinzelte Vorschrift ist diejenige des § 160a StPO. Sie ist thematisch gar nicht auf Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung bezogen und erhält in den Verfassungsbeschwerden auch einen eher untergeordneten Stellenwert eingeräumt.

- Für die betroffenen anwaltlichen Berufsverbände gebührt dieser Vorschrift hingegen besondere Aufmerksamkeit. Sie steht deshalb auch im Zentrum der Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins. § 160a StPO erlaubt in seinem Absatz 2 den Strafermittlungsbehörden schwerwiegende Eingriffe in das verfassungsrechtlich geschützte und für die Berufsausübung der Rechtsanwälte ebenso wie den Rechtsschutz der Mandanten unerlässliche Vertrauensverhältnis zwischen den Mandanten und den für sie tätigen Anwälten. Die in § 160a Abs. 1 StPO vorgesehene Ausnahme für die Strafverteidiger ist nicht nur unzureichend; sie differenziert willkürlich zwischen verschiedenen Gruppen von Rechtsanwälten; dies ist in gleicher Weise verfassungsrechtlich unhaltbar wie angesichts der tatsächlichen Umstände anwaltlicher Berufsausübung sachlich nicht durchführbar.

- Die verfahrensrechtliche Abtrennung der Verfassungsbeschwerden, soweit sie sich gegen die in das Telekommunikationsgesetz neu eingefügten §§ 113a und 113b TKG richten, birgt die Gefahr in sich, dass das besondere Zusammenwirken dieser Regelungen mit den vorliegend verfahrensgegenständlichen Vorschriften zur Änderung der Strafprozessordnung in den Hintergrund tritt. Dieses Zusammenwirken erst aber vermittelt der Neuregelung ihre besondere Dynamik.

- § 113a TKG verpflichtet die Telekommunikationsdiensteanbieter zur sog. Vorratsdatenspeicherung. Diese Pflicht bezieht sich zwar nicht auf Telekommunikationsinhalte, aber auf nicht minder sensible Daten, nämlich die Verkehrsdaten aller Endnutzer (Verbraucher). Bei Kenntnis solcher Daten können beispielsweise lückenlose Bewegungsprofile der Nutzer und ihrer Kommunikationspartner erstellt werden. Die Vorratsdatenspeicherung erfolgt ohne Verdacht oder Anlass. Die Strafermittlungsbehörden werden durch den neu eingefügten § 100g StPO i.V.m. § 113b TKG ermächtigt, auf den durch die Vorratsdatenspeicherung erzeugten Datenbestand bei den Telekommunikationsunternehmen zuzugreifen.

  Dies erlaubt eine derart weitreichende Überwachung der Bürger, wie dies bisher ohne Beispiel ist. Auch die sie vertretenden Rechtsanwälte werden hiervon – über die Hebelwirkung des Begriffs "Ermittlungsmaßnahme" in § 160a StPO – in schwerwiegender Weise betroffen.

- Die Überwachung der Telekommunikation trägt der besonderen Bedeutung Rechnung, welche die Telekommunikation in den letzten Jahrzehnten eingenommen hat. Die Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte und die steigende Entwicklung der Umsatzerlöse der Telekommunikationsunternehmen (vgl. dazu etwa Scheurle, in: Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, 2. Auflage 2008, Einführung Rdnr. 4) sind nur Ausdruck und Folge der besonderen Bedeutung, welche Telekommunikation für Gesellschaften und für die Ausübung privater, wirtschaftlicher und beruflicher Betätigung heute hat. Dem entspricht das zunehmende Gewicht, das Eingriffen in die Nutzung von Telekommunikation heute zukommt (so auch BVerfG, NJW 2003, 1787, 1791).

- Dies gilt auch für die heutigen Bedingungen anwaltlicher Betätigung. Selbstverständlich ist unter den heutigen wirtschaftlichen und technologischen Bedingungen anwaltliche Betätigung nicht ohne den Einsatz von Telekommunikation (Sprachtelefonie, Fax, Internet) denkbar. Dies gilt auch für den Kontakt mit den Mandanten. Spätestens mit der Aufhebung des Lokalisationsgebots sind Rechtsanwälte heute allgemein bundesweit tätig. Die Bedingungen anwaltlicher Berufsausübung machen den effektiven Einsatz von Telekommunikation im Kontakt mit dem Mandanten erforderlich. Der anwaltliche Kontakt mit dem Mandanten ist schon seit längerer Zeit nicht auf das persönliche Gespräch in der Kanzlei beschränkt, sondern wird zunehmend und mit immer größerer Geschwindigkeit durch den Kontakt via Telefon, Fax und E-Mail ersetzt. Die elektronische Einreichung von Schriftsätzen mittels elektronischem Signaturstempel ist nur ein Ausdruck dieser Entwicklung.

Dies bedeutet auch: Jegliche Beeinträchtigung des Kontakts zwischen Anwalt und Mandant mittels Telekommunikation beeinträchtigt die effektive Ausübung des Anwaltsberufs unter den heutigen technologischen Bedingungen – und aus Sicht des Mandanten die Effektivität der Wahrnehmung seiner Interessen durch den von ihm ausgewählten Rechtsanwalt. Kann der Mandant nicht sicher sein, dass der Kontakt mit seinem Anwalt mittels Telekommunikation nicht überwacht wird, so wäre das persönliche Gespräch in der Kanzlei die einzige Form, in der Mandant und Anwalt vertrauensvoll zusammenarbeiten können. Die Effektivität der Wahrnehmung des anwaltlichen Mandats – zumal unter den heutigen Bedingungen bundesweiter Tätigkeit – wäre hierdurch entscheidend beeinträchtigt.

B. Verfassungsrechtliche Würdigung

Nach einstimmiger Auffassung des Verfassungsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins tragen die in den Verfassungsbeschwerden angegriffenen Bestimmungen des Telekommunikationsüberwachungsgesetzes diesen Entwicklungen respektive der damit verbundenen Auswirkung von Telekommunikationsüberwachung auf die Wahrnehmung grundrechtlicher Freiheit sowohl der Bürger als auch speziell im Verhältnis Mandant – Anwalt nicht hinreichend Rechnung. Jedenfalls die in den Verfassungsbeschwerden angegriffenen Bestimmungen des § 160a Abs. 2, des § 100a Abs. 2 und Abs. 4 sowie des § 101 Abs. 4 bis Abs. 6 StPO sind verfassungswidrig.

I. § 160a Abs. 2 StPO

§ 160a StPO bezweckt „ein harmonisiertes System zur Berücksichtigung der von den Zeugnisverweigerungsrechten der Berufsgeheimnisträger geschützten Interessen außerhalb der Vernehmungssituation“ (BT-Drucks.16/5846, S. 2, 25; Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Auflage 2008, § 160a Rdnr. 1). Der wie es heißt, flankierende Schutz von Zeugnisverweigerungsrechten soll die Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts (sc. in der Vernehmung) durch verdeckte Ermittlungsmaßnahmen verhindern.

Die Vorschrift ist konzeptionell ganz neu. Sie enthält für offene und verdeckte Ermittlungsmaßnahmen gegenüber Zeugnisverweigerungsberechtigten ein abgestuftes "Zwei-Klassen-System":

- Ermittlungsmaßnahmen, die sich gegen Geistliche, Verteidiger und Abgeordnete (§ 53 Abs.1 Nrn. 1, 2, 4 StPO) richten, sind unzulässig (§ 160a Abs.1 Satz 1 StPO); für dennoch erlangte Erkenntnisse gilt ein absolutes Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot (§ 160a Abs. 1 Satz 2 StPO).

- Alle weiteren Rechtsanwälte und anderen Berufsträger (§ 53 Abs.1 Nrn. 3 bis 3b und 5 StPO) sind hingegen nach Maßgabe von § 160a Abs. 2 StPO gegenüber strafprozessualen Ermittlungsmaßnehmen nur relativ geschützt: Sofern durch Ermittlungsmaßnahmen gegen solche Personen voraussichtlich Erkenntnisse erlangt würden, über die diese Person das Zeugnis verweigern dürfte, ist dies lediglich "im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit besonders zu berücksichtigen". Dies wird in § 160a Abs. 2 Satz 1, Halbsatz 2, Satz 2 StPO wie folgt konkretisiert:

> "[…]; betrifft das Verfahren keine Straftat von erheblicher Bedeutung, ist in der Regel nicht von einem Überwiegen des Strafverfolgungsinteresses auszugehen. Soweit geboten, ist die Maßnahme zu unterlassen oder, soweit dies nach der Art der Maßnahme möglich ist, zu beschränken".

Die hierin liegende unterschiedliche Ausgestaltung des Schutzes anwaltlicher Tätigkeit gegenüber strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen der Behörden ist nach einstimmiger Auffassung der Mitglieder des Verfassungsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins verfassungswidrig. Sie verletzt sowohl die Grundrechte der durch § 160a Abs. 2 StPO betroffenen Rechtsanwälte aus Art. 12 Abs. 1, 10 Abs. 1, 13 Abs. 1 und 3 Abs. 1 GG als auch die Rechte der Mandanten auf effektive Wahrnehmung ihrer rechtlichen Interessen durch Anwälte ihres Vertrauens. Im Einzelnen:

1. <u>Grundrechtseingriff</u>

Die durch § 160a Abs. 2 StPO ermöglichte Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen gegenüber Rechtsanwälten, die nicht Strafverteidiger sind, betrifft sowohl die Grundrechte der solchen Maßnahmen ausgesetzten Anwälte aus Art. 12 Abs. 1 GG sowie – je nach Art der Ermittlungsmaßnahme – gegebenenfalls Art. 10, 13 GG als auch die Grundrechte ihrer Mandanten auf effektiven Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG).

b) <u>Art. 12 Abs. 1 GG</u>

Die durch § 160a Abs. 2 StPO grundsätzliche zugelassene Durchführung von strafrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen jeglicher Art gegenüber Rechtsanwälten, die nicht Strafverteidiger sind, greift in deren durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit ein.

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts umfasst der Schutz der anwaltlichen Berufsausübung durch Art. 12 Abs. 1 GG auch das für die anwaltliche Tätigkeit in gleicher Weise wesensprägende wie unerlässliche Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant, durch das sich die anwaltliche Tätigkeit von der Tätigkeit sonstiger rechtsberatender Berufe unterscheidet.

In der Entscheidung zum Geldwäschegesetz hat der 2. Senat dies wie folgt konkretisiert:

> "Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet dem Einzelnen die Freiheit der Berufsausübung als Grundlage seiner persönlichen und wirtschaftlichen Lebensführung. Die Norm konkretisiert das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich individueller beruflicher Leistung und Existenzerhaltung […] und zielt auf eine möglichst unreglementierte berufliche Betätigung ab […].
> Die durch den Grundsatz der freien Advokatur gekennzeichnete anwaltliche Berufsausübung unterliegt unter der Herrschaft des Grundgesetzes der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des einzelnen Rechtsanwalts […]. Der Schutz der anwaltlichen Berufsausübung vor staatlicher Kontrolle und Bevormundung liegt dabei nicht allein im individuellen Interesse des einzelnen Rechtsanwalts oder des einzelnen Rechtssuchenden. Der Rechtsanwalt ist Organ der Rechtspflege" (vgl. §§ 1 und 3 BRAO) und dazu berufen, die Interessen seines Mandanten zu vertreten […]. Sein berufliches Tätigwerden liegt im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege […]. Unter der Geltung des Rechtsstaatsprinzips des Grundgesetzes müssen dem Bürger schon aus Gründen der Chancen- und Waffengleichheit Rechtskundige zur Seite stehen, denen er vertrauen und von denen er erwarten kann, dass sie seine Interessen unabhängig, frei und uneigennützig wahrnehmen […]. Dem Rechtsanwalt als berufenem unabhängigen Berater und Beistand obliegt es, seinem Mandanten umfassend beizustehen.
> *Voraussetzung für die Erfüllung dieser Aufgabe ist ein Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant. Integrität und Zuverlässigkeit des einzelnen Berufsangehörigen […] sowie das Recht und die Pflicht zur Verschwiegenheit […] sind die Grundbedingungen dafür, dass dieses Vertrauen entstehen kann.* Die Verschwiegenheitspflicht rechnet daher von jeher zu den anwaltlichen Grundpflichten […]. *Als unverzichtbare Bedingung der anwaltlichen Berufsausübung hat sie teil am Schutz des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG.* Diesem Schutz dient eine Reihe gesetzlicher Vorschriften (vgl. § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB; *§ 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO*, § 97 StPO), deren Ziel es ist, das Verhältnis zwischen Anwalt und Mandant gegen Störungen abzusichern."
>
> (BVerfGE 110, 226 (252) – Hervorhebungen nicht im Original).

Schon in der Entscheidung zum Geldwäschegesetz, die nach Lage des Falles nur Strafverteidiger betraf, hat das Bundesverfassungsgericht deutlich gemacht, dass dieser grundrechtliche Schutz alle Rechtsanwälte ohne jede Ausnahme betrifft. So heißt es dort wörtlich:

> "Der Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG umfasst *auch* die Strafverteidigung, die zu den wesentlichen Berufsaufgaben eines Rechtsanwalts zählt".
>
> (BVerfG, a.a.O. – Hervorhebung nicht im Original).

Auch in nachfolgenden Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht diesen alle Rechtsanwälte einschließenden Ansatz stets betont. Besonders deutlich wird dies in den beiden Kammer-Entscheidungen betreffend die Telefonüberwachung eines Strafverteidigers aus dem Jahr 2007 (BVerfG, NJW 2007, 2749 und BVerfG, NJW 2007, 2752). Das BVerfG stützt diese Entscheidungen sowohl auf Art. 10 Abs. 1 GG als auch auf Art. 12 Abs. 1 GG. Während es im Kontext seiner Prüfung des Art. 10 GG auf die Besonderheiten gerade der Betroffenheit des Beschwerdeführers als Strafverteidiger abstellt (a.a.O., S. 2750), formuliert es im Rahmen der Verletzung der Berufsfreiheit betont allgemein, d.h. bezogen auf das Verhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant und ohne jede Beschränkung auf die Besonderheiten der Strafverteidigung (obwohl dies der Fall nahegelegt hätte, wenn das Gericht hier einen Unterschied hätte betonen wollen).

> "Dem Rechtsanwalt als berufenem unabhängigen Berater und Beistand obliegt es, im Rahmen seiner freien und von Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Berufsausübung seinen Mandanten umfassend beizustehen. Voraussetzung für die Erfüllung dieser Aufgabe ist ein Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant […]. Von Bedeutung ist hierbei, dass das von dem Datenzugriff berührte Tätigwerden des Anwalts auch im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und geordneten Rechtspflege liegt […]. Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach die fundamentale objektive Bedeutung der "freien Advokatur" hervorgehoben […]."
>
> (BVerfG, NJW 2007, 2749, 2751).

In der Entscheidung betreffend die Telefonüberwachung des Anwalts X. spricht das BVerfG insoweit sogar von der "herausgehobenen Bedeutung der unkontrollierten Berufsausübung eines Rechtsanwalts".

> BVerfG, NJW 2007, 2752 (2753).

Damit hat das BVerfG dem einfachgesetzlichen Konzept des Schutzes des Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Mandant verfassungsrechtlichen Schutz verliehen. Dieses Konzept beruht auf dem Recht des Bürgers zur Selbstbehauptung und zur Gestaltung seiner Angelegenheiten, auf dem grundlegenden Recht auf ein faires Verfahren in öffentlichen Angelegenheiten und vor Gericht, auf den Zeugnisverweigerungsrechten des Rechtsanwalts, sowie auf der Anordnung in den Berufsgesetzen, dass der Rechtsanwalt ein unabhängiges Organ der Rechtspflege und für jedermann der berufene und unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten sei. Zum Konzept gehört in der Sicht auf die Praxis, dass der Rechtsanwalt im Interesse des Mandanten und der Allgemeinheit seine Arbeit an den kategorischen Berufspflichten (§ 43 a BRAO), insbesondere dem Gebot der Verschwiegenheit, das für das Vertrauensverhältnis zum Mandanten konstituierend ist, ausrichtet, in der Erkenntnis, dass die Verletzung der Berufspflichten im Interesse des Mandanten und der Allgemeinheit straf- und berufsrechtlich sanktioniert ist. Die Zusammenschau der genannten Elemente qualifiziert die Tätigkeit des Rechtsanwalts als frei, selbstbestimmt und unreglementiert im Interesse der Freiheits- und Teilhaberechte des Bürgers, ihn begleitend und überdies vor Fehlentscheidungen durch Behörden und Gerichte sowie gegenüber rechtswidriger Beeinträchtigung und staatliche Machtüberschreibung bewahrend (vgl. § 1 BORA).

bb) Aus den vorstehend zitierten Entscheidungen folgt zugleich, dass es einen Eingriff in die Berufsfreiheit des Rechtsanwalts – und nicht nur des Strafverteidigers – darstellt, wenn der Rechtsanwalt Ermittlungsmaßnahmen ausgesetzt ist, die sich auf Informationen aus dem anwaltlichen Mandat beziehen. Es handelt sich in solchen Fällen sogar um einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff. Dies hat das Bundesverfassungsgericht gerade in Bezug auf die Telefonüberwachung eines Rechtsanwalts deutlich herausgestellt:

> "Diese objektiv-rechtliche Bedeutung der anwaltlichen Tätigkeit und des rechtlich geschützten Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant wird jedenfalls dann berührt, wenn wegen der Gefahr von Abhörmaßnahmen ein Mandatsverhältnis von Anfang an mit Unsicherheiten hinsichtlich seiner Vertraulichkeit belastet wird. Mit dem Ausmaß potentieller Kenntnis staatlicher Organe von vertraulichen Äußerungen wächst die Gefahr, dass sich auch Unverdächtige nicht mehr den Berufsgeheimnisträgern zur Durchsetzung ihrer Interessen anvertrauen.

> Es besteht zudem die Gefahr, dass Mandanten, welchen der Zugriff der Strafverfolgungsbehörden bekannt wird, das Mandatsverhältnis zu ihrem Rechtsanwalt kündigen. Damit hat die Abhörmaßnahme beschränkende Auswirkungen auf die wirtschaftliche Entfaltung des Beschwerdeführers (vgl. BVerfGE 98, 218 <259>). Abhörmaßnahmen im Hinblick auf das Mobiltelefon eines Strafverteidigers, das dieser auch für geschäftliche Telefonate benutzt, *beeinträchtigen in schwerwiegender Weise* das für das jeweilige Mandatsverhältnis vorausgesetzte und rechtlich geschützte Vertrauensverhältnis zwischen den Mandanten und den für sie tätigen Berufsträgern.
>
> (BVerfG, NJW 2007, 2749, 2751 – Hervorhebung nicht im Original).

Ein derart schwerwiegender Eingriff "*gebietet die besonders sorgfältige Beachtung der Eingriffsvoraussetzungen und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit*".

> BVerfG, NJW 2007, 2752 (2753) – Hervorhebung nicht im Original.

b) <u>Art. 10 Abs. 1 GG, Art. 13 Abs. 1 GG</u>

Während aufgrund der vorstehenden Besonderheiten des grundrechtlichen Schutzes der Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Mandant alle nach § 160a Abs. 2 StPO zugelassenen Ermittlungsmaßnahmen, die Rechtsanwälte betreffen, in deren Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG eingreifen, ist die Betroffenheit des Anwalts in weiteren Grundrechten abhängig von der Art der Ermittlungsmaßnahme.

Maßnahmen der Telefonüberwachung zum Nachteil von Rechtsanwälten betreffen diese auch in deren Grundrecht auf Wahrung des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 Abs. 1 GG).

> Dazu BVerfG, NJW 2007, 2749 (2750); NJW 2007, 2752 (2752 f.).

Sofern die Ermittlungsmaßnahmen auch die persönliche Wohnung des Rechtsanwalts betreffen, liegt auch ein Eingriff in sein Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG vor.

c) Art. 3 Abs. 1 GG

Schließlich betrifft § 160a Abs. 2 GG, indem er Ermittlungsmaßnahmen nur zum Nachteil der "sonstigen" Rechtsanwälte zulässt, nicht hingegen zu Lasten von Strafverteidigern, auch den Anspruch auf Gleichbehandlung von gleichen Sachverhalten (Art. 3 Abs. 1 GG).

2. Rechtfertigung?

Eingriffe in den grundrechtlichen Schutzbereich sind nicht per se unzulässig. Sie bedürfen jedoch der besonderen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

Nach diesen Maßstäben ist § 160a Abs. 2 StPO nicht verfassungsgemäß. Die hierdurch zugelassenen Ermittlungsmaßnahmen zum Nachteil von Rechtsanwälten, die nicht Strafverteidiger sind, benachteiligen diese ohne sachlich gerechtfertigten Grund gegenüber den Strafverteidigern und verstoßen deshalb gegen das Gebot der Folgerichtigkeit (unten a); hiervon abgesehen sind die Voraussetzungen, von denen diese Ermittlungsmaßnahmen abhängig gemacht werden, unverhältnismäßig (unten b). Im Einzelnen:

a) Unzulässige Differenzierung zwischen Strafverteidigern und sonstigen Rechtsanwälten

Aus den vorstehend wiedergegebenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wurde deutlich, dass das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant für jeden Rechtsanwalt verfassungsrechtlichen Schutz genießt. Der grundrechtliche Schutz durch Art. 12 Abs. 1 GG knüpft an die besondere Stellung als Rechtsanwalt an. Dieser verfassungsrechtliche Schutz schließt die Gleichwertigkeit der Rechtsanwälte, die ihn erfahren, ein. Vor dem Hintergrund des Art. 12 Abs. 1 GG gibt es abstrakt keine unterschiedliche Schutzwürdigkeit anwaltlicher Funktionen. Strafverteidiger sind insoweit eine zwar wichtige, aber keineswegs verfassungsrechtlich bevorzugte Gruppe innerhalb der Anwaltschaft. Jegliche Differenzierung hinsichtlich der rechtlichen Gewährleistung dieses Schutzes zwischen verschiedenen Arten von Rechtsanwälten bedarf vor diesem Hintergrund der besonderen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

Eine solche Rechtfertigung ist im Falle des § 160a Abs. 2 StPO nicht zuerkennen. Die unterschiedliche Behandlung des "einfachen" Rechtsanwalts gegenüber den Geistlichen, den Strafverteidigern und den Abgeordneten ist sachfremd und mit vernünftigen Gründen nicht zu rechtfertigen.

aa) Der Umstand, dass § 53 Abs. 1 StPO zwischen "Verteidigern des Beschuldigten" (§ 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StPO) und "Rechtsanwälten" (§ 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO) unterscheidet, erlaubt eine solche Differenzierung nicht. Die Unterscheidung von "Verteidigern" und "Rechtsanwälten" dient lediglich dazu, in der Gruppe der Verteidiger auch solche Personen als zur Zeugnisverweigerung berechtigt zu erfassen, die – ohne Rechtsanwälte zu sein – mit Verteidigungen betraut sind (namentlich Hochschullehrer). Das Zeugnisverweigerungsrecht der Rechtsanwälte soll hierdurch hingegen nicht relativiert werden. Eine Differenzierung zwischen Verteidigern, die Rechtsanwälte sind, und sonstigen Rechtsanwälten findet gerade nicht statt. Vielmehr wird das Recht der Rechtsanwälte, die nicht Verteidiger sind, das Zeugnis zu verweigern, nicht infrage gestellt.

Damit spricht § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO – genau besehen – sogar gegen die in § 160a Abs. 1 und Abs. 2 StPO nunmehr vorgenommene Differenzierung. Denn das hierdurch auch den Rechtsanwälten, die nicht Strafverteidiger sind, von der Rechtsordnung zugebilligte Zeugnisverweigerungsrecht läuft mit der Zulassung von Ermittlungsmaßnahmen, welche auch Informationen aus dem Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant betreffen, ins Leere. Denn der Zeugnisverweigerungsberechtigte, dessen Aussage im Rahmen der Ermittlungsmaßnahmen bereits aufgenommen wurde, hat aufgrund der Zulassung dieser Ermittlungsmaßnahme keine Möglichkeit mehr zur Verweigerung seines Zeugnisses.

> So ausdrücklich für die akustische Wohnraumüberwachung BVerfG, NJW 2007, 2753 (2756).

Insoweit verstößt es daher gegen das Gebot der Widerspruchsfreiheit und Folgerichtigkeit, wenn der Gesetzgeber den Rechtsanwälten, die nicht Strafverteidiger sind, einerseits das Zeugnisverweigerungsrecht zugesteht, andererseits aber ihnen gegenüber Ermittlungsmaßnahmen zulässt, die eben diesem Zeugnisverweigerungsrecht unterliegen.

bb) Auch der – möglicherweise vom Gesetzgeber herangezogene – Gedanke, dass der Beschuldigte nicht zum bloßen Objekt im Strafverfahren gemacht werden dürfe,

> dazu etwa BVerfGE 109, 279 (322, 329); NJW 2007, 2749 (2750),

rechtfertigt die dem § 160a StPO zugrunde liegende Differenzierung nicht. Sie mag zwar eine Unterscheidung zwischen der Betroffenensituation des Mandanten im Strafverfahren und in anderen Verfahren (Verwaltungsverfahren; zivilgerichtliches Verfahren) rechtfertigen (sofern dies mit dem auch in diesen Verfahren geltenden Menschenwürdegebot *überhaupt* vereinbar ist), nicht aber nach den Funktionen des Rechtsanwalts, die ihn beraten und vertreten.

Denn die Gefahr, dass ein Mandant infolge von staatlichen Ermittlungsmaßnahmen, die sein Verhältnis mit seinem Rechtsanwalt betreffen, zum Objekt eines Strafverfahrens gemacht wird, ist nicht auf die Überwachung seines Verhältnisses mit seinem Strafverteidiger beschränkt. Sie besteht in gleicher Weise auch, wenn sein mündlicher oder schriftlicher Kommunikationsverkehr mit seinem Rechtsanwalt, der nicht sein Strafverteidiger ist, durch die Strafermittlungsbehörden überwacht wird. Entscheidend ist insofern nicht die Funktion oder das Fachgebiet des jeweiligen Rechtsanwalts, sondern die strafrechtliche Relevanz der Informationen, die im Verhältnis zwischen Mandant und seinem Rechtsanwalt ausgetauscht werden. Derartige strafrechtliche Bezüge aber sind keineswegs auf das Verhältnis Mandant – Strafverteidiger beschränkt. In vielen Rechtsgebieten hat auch die „gewöhnliche“ Beratungstätigkeit oft – vielfach auch unerwartet – strafrechtliche Bezüge. Dies ist Folge der Verflechtung der verschiedenen Rechtsdisziplinen. So können sich strafrechtliche Implikationen ergeben bei der Beratung von gesellschaftsrechtlichen Beratung (mit Blick auf den Untreuetatbestand), die Beratung im Vergaberecht (Korruption), im Steuerrecht (Steuerhinterziehung), im Kartellrecht (verbotene Absprachen) oder im Umweltrecht (ungenehmigter Anlagenbetrieb). Auch wenn in diesen Bereichen der auf das nicht-strafrechtliche Fachgebiet spezialisierte Anwalt Ermittlungsmaßnahmen nach § 160a Abs. 2 StPO unterworfen wird, widerspricht dies der durch die Menschenwürdegarantie gebotenen Funktion, dass der Mandant nicht Objekt eines Strafverfahrens wird. Diese Notwendigkeit ist weder an die Stellung des Mandanten als Beschuldigter eines Strafverfahrens gekoppelt

noch daran, dass sein Rechtsanwalt gerade in der Funktion als Strafverteidiger durch die strafrechtlichen Ermittlungsbehörden überwacht wird.

cc) Hiervon abgesehen – und damit eng zusammenhängend – ist die vom Gesetzgeber in § 160a Abs. 1 und Abs. 2 StPO vorgesehene Differenzierung auch in der praktischen anwaltlichen Arbeit nicht durchzuhalten. Sie führt vielmehr zu vielfältigen, theoretisch wie praktisch nicht lösbaren Widersprüchen. So werden Mandanten in Sozietäten vielfach auch in strafrechtlichen Verfahren nicht allein von Strafverteidigern, sondern auch von anderweitig spezialisierten Anwälten beraten und vertreten. Dies gilt namentlich in solchen Verfahren, in denen die eigentlich strafrechtlichen Fragen eng verwoben sind mit Fragen aus dem jeweiligen materiellen Sondergebiet. Auch hier sei an die oben genannten Beispiele aus dem Umweltstrafrecht, dem Kartellstrafrecht oder dem Insolvenzstrafrecht erinnert. Da hier die materiellen Strafnormen akzessorisch auf dem jeweiligen materiellen Fachrecht aufsetzen, ist hier eine Unterscheidung zwischen der Funktion des eigentlichen Strafverteidigers und dem des "sonstigen" Rechtsanwalts ebenso wenig möglich wie eine Trennung der für die Verteidigung des Mandanten erforderliche fachliche Expertise des Anwalts.

dd) Auch die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts rechtfertigt keine Unterscheidung in der Schutzwürdigkeit zwischen verschiedenen Gruppen von Rechtsanwälten, namentlich zwischen den Strafverteidigern auf der einen und den "Nicht-Verteidigern" auf der anderen Seite.

- Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum sog. "Großen Lauschangriff" die besondere Bedeutung des Zeugnisverweigerungsrechts des Seelsorgers und des Strafverteidigers für die Wahrung der Menschenwürde des Beschuldigten betont.

  BVerfGE 109, 279 (326).

  Es hat auf der anderen Seite aber ausdrücklich offen gelassen, ob die Einbeziehung der übrigen Rechtsanwälte in den Kreis der nach § 53 Abs. 1 StPO zur Zeugnisverweigerung berechtigten Personen geboten ist.

  BVerfGE 109, 279 (326).

  Hiervon abgesehen wäre es auch im Falle einer Unterscheidung sachlich nicht nachvollziehbar, weshalb der Gesetzgeber in § 160a Abs. 1

StPO die Parlamentsabgeordneten einem absoluten Schutz unterwirft, nicht hingegen die Anwälte, die nicht Strafverteidiger sind, obwohl die Parlamentsabgeordneten keinen unmittelbaren Bezug zum Kernbereich privater Lebensgestaltung aufweisen.

So ausdrücklich BVerfGE 109, 279 (326).

- Auch in den nachfolgenden Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht keinen Anhaltspunkt für einen höheren verfassungsrechtlichen Schutz der Vertraulichkeit des Mandatsverhältnisses gerade zum Strafverteidiger gegeben. Im Gegenteil: Die bereits zitierten Entscheidungen aus dem Jahr 2007 betonen, obwohl sie jeweils Ermittlungsmaßnahmen gegen Strafverteidiger betrafen – das allgemein zwischen Mandant und Rechtsanwalt bestehende Vertrauensverhältnis und dessen besonderen Schutz, der aus der Funktion des Rechtsanwalts als einem Organ der Rechtspflege folgt.

  BVerfG, NJW 2007, 2749 (2750); NJW 2007, 2752 (2752 f.).

- Auch die Entscheidung vom 27.07.2005 zu § 33a Nds. SOG (BVerfGE 113, 348), auf die der Gesetzgeber ausdrücklich hinweist (BT-Drucks. 16/5846, S. 22), hat keine Relevanz für eine Unterscheidung zwischen Strafverteidigern und Nicht-Verteidigern.

  Diese Entscheidung des BVerfG differenziert nach der Art der Überwachungsmaßnahme (und der damit betroffenen Grundrechte), nicht aber nach der Funktion, in welcher der Rechtsanwalt Gegenstand staatlicher Überwachungsmaßnahmen wird. Sie mag allenfalls einen höheren Schutz des (mündlichen) Gesprächs zwischen Anwalt und Mandant in dessen Wohnung (statt in der Kanzlei oder im telefonischen Kontakt) rechtfertigen, nicht aber einen höheren Schutz des Strafverteidigers. Ob die seinerzeit vom BVerfG vorgenommene Differenzierung angesichts der dramatisch gestiegenen Bedeutung von Telekommunikation und der Integrität elektronischer Informationssysteme noch gerechtfertigt ist, kann deshalb im vorliegenden Zusammenhang dahinstehen.

b) Unzureichende materielle Eingriffsvoraussetzungen (§ 160a Abs. 2 Satz 1, Halbsatz 2 StPO)

§ 160a Abs. 2 Satz 1 StPO macht die Zulässigkeit der Ermittlungsmaßnahmen gegen Rechtsanwälte, die nicht Strafverteidiger sind, zudem von materiellen Voraussetzungen abhängig, die nicht die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs sicherstellen. Nach Satz 1 Halbsatz 2 dieser Vorschrift ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung "in der Regel" (nur dann) nicht von einem Überwiegen des Strafverfolgungsinteresses auszugehen, wenn das Verfahren keine Straftaten von erheblicher Bedeutung betrifft.

Jedenfalls bei Ermittlungsmaßnahmen, die den Rechtsanwalt in seinem Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG und/oder Art. 13 Abs. 1 GG betreffen oder gar in seinem Kernbereich privater Lebensgestaltung (auch diese werden durch § 160a Abs. 2 Satz 1 StPO grundsätzlich zugelassen), genügt dies nicht den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an die Verhältnismäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme.

aa) So hat das Bundesverfassungsgericht für schwerwiegende Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG) entschieden, dass diese nur zulässig sind, wenn die betreffende Ermittlungsmaßnahme der Verfolgung einer Straftat von erheblicher Bedeutung dient *und* wenn darüber hinaus ein konkreter Tatverdacht gegen den Beschuldigten besteht; darüber hinaus muss eine hinreichend sichere Tatsachenbasis die Annahme rechtfertigen, dass der durch die Ermittlungsmaßnahme Betroffene als Nachrichtenmittler tätig wird.

BVerfGE 107, 299 (316) = NJW 2003, 1787 (1791).

Nach Auffassung des Verfassungsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins müssen vergleichbar hohe Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme auch bei Eingriffen durch Ermittlungsmaßnahmen in das anwaltliche Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Rechtsanwalt gelten. Dies entspricht der auch vom BVerfG anerkannten "herausgehobenen Bedeutung der unkontrollierten Berufsausübung eines Rechtsanwalts"

BVerfG, NJW 2007, 2752 (2753).

und der sich hieraus ergebenden Wertung, dass ein Eingriff in dieses Vertrauensverhältnis ein besonders schwerwiegender Grundrechtseingriff ist.

BVerfG, NJW 2007, 2749 (2751).

Die gesetzlichen Voraussetzungen des § 160a Abs. 2 Satz 1 StPO stellen nicht sicher, dass diese Anforderungen eingehalten werden. Sie beschränken sich darauf, dass in den Fällen, in denen das Verfahren keine Straftat von erheblicher Bedeutung betrifft, von einem Überwiegen der Strafverfolgungsinteressen nicht auszugehen sei. Zudem soll diese Vermutung auch nur "in der Regel" gelten. Die zusätzlichen Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts werden nicht aufgeführt. Damit ist in einem besonders sensiblen Bereich gesetzlich nicht sichergestellt, dass diese Maßgaben beachtet werden.

bb) In den Fällen, in denen die Maßnahme den Kernbereich privater Lebensgestaltung des Rechtsanwalts betrifft, wäre eine Ermittlungsmaßnahme ebenfalls unzulässig. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zum großen Lauschangriff insoweit unmissverständlich klargestellt, dass dieser durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Bereich "absoluten Schutz" genießt und auch nicht durch Abwägung mit den Strafverfolgungsinteressen nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes relativiert werden darf.

BVerfGE 109, 279.

Zwar betrifft diese Entscheidung unmittelbar nur die Überwachung in der Wohnung des Rechtsanwalts. Da es sich hier aber um eine Folge des Menschenwürdekerns handelt, muss sich dieser absolute Schutz auch dort durchsetzen, wo die Ermittlungsmaßnahme nicht den Kernbereich privater Lebensgestaltung in der Wohnung des Rechtsanwalts betrifft, sondern wo dieser Bereich durch Abhören seiner Telefongespräche betroffen ist.

cc) Soweit Ermittlungsmaßnahmen die private Wohnung des Rechtsanwalts betreffen, sind schließlich auch außerhalb des Kernbereichs privater Lebensgestaltung erhöhte Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung zu beachten, die § 160a Abs. 2 StPO nicht einhält.

So verlangt die Zulässigkeit eines Eingriffs hier gemäß Art. 13 Abs. 3 GG, dass sich der Verdacht auf eine durch Gesetz einzeln bestimmte besonders schwere Straftat beziehen muss. Nach der Entscheidung des BVerfG zum Großen Lauschangriff darf dieser *verfassungsrechtliche* Begriff der beson-

ders schweren Straftat nicht mit dem strafprozessualen Begriff einer Straftat von erheblicher Bedeutung gleichgesetzt werden.

BVerfGE 109, 279.

Diesen Anforderungen trägt § 160a Abs. 2 StPO, der nicht nur für Telekommunikations-Überwachungsmaßnahmen gilt, ebenfalls nicht hinreichend Rechnung.

II. § 100a Abs. 2 StPO

Die Beschwerdeführer M. (u.a.) (2 BvR 236/08) und R. (2 BvR 237/08) sehen in der Ausweitung der Katalogstraftaten nach § 100a Abs. 2 StPO eine Verletzung des Wesensgehalts des Art. 10 Abs. 1 GG. Sie sehen die in der Erweiterung des Straftatenkatalogs genannten Vergehen nicht als hinreichend schwerwiegend an, um den Eingriff zu rechtfertigen. Zudem fehle auch ein besonderer Bezug zu der Telekommunikation, welche ausnahmsweise eine Überwachung im Falle von Vergehen erwägenswert machen könnte.

Nach Auffassung des Verfassungsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins verstoßen die in § 100a Abs. 2 StPO neu eingeführten Katalogtatbestände gegen Art. 10 GG, soweit sie über den in § 100c Abs. 2 StPO enthaltenen Katalog besonders schwerer Straftaten hinausgehen, da sie die Anforderungen der Verhältnismäßigkeit nicht erfüllen.

1. Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG

Das Fernmeldegeheimnis umfasst zum einen den Kommunikationsinhalt, unabhängig davon, mit welchen Mitteln und Kommunikationsdiensten er ausgetauscht wird. Zum anderen umfasst der Grundrechtsschutz ebenso die Kommunikationsumstände, d.h. insbesondere, ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Fernmeldeanschlüssen Fernmeldeverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist.

Vgl. BVerfGE 67, 157 (172); 85, 386 (396); 100, 313 (358); 113, 348 (364 f.).

Indem das Grundrecht die einzelnen Kommunikationsvorgänge grundsätzlich dem staatlichen Zugriff entzieht, will es zugleich die Bedingungen einer freien Telekommunikation überhaupt aufrechterhalten. Mit der grundrechtlichen Verbürgung der Unverletzlichkeit des Fernmeldegeheimnisses soll vermieden werden, dass der Meinungs- und Informationsaustausch mittels Fernmeldeanlagen deswegen unterbleibt oder nach Form und Inhalt verändert verläuft, weil die Beteiligten damit rechnen müssen, dass

staatliche Stellen Erkenntnisse über die Kommunikationsbeziehungen oder Kommunikationsinhalte gewinnen. Die freie Telekommunikation, die Art. 10 GG sichert, leidet ferner, wenn zu befürchten ist, dass der Staat Kenntnisse von Fernmeldeumständen und -inhalten in anderen Zusammenhängen zum Nachteil der Kommunikationspartner verwertet.

Vgl. insgesamt BVerfGE 65, 1 (42 f.); 93, 181 (188); 100, 313 (359); 113, 348 (365).

Daher entfaltet Art. 10 GG seinen Schutz nicht nur gegenüber staatlicher Kenntnisnahme von Fernmeldekommunikation, die die Kommunikationspartner für sich behalten wollten. Vielmehr erstreckt sich seine Schutzwirkung auch auf den Informations- und Datenverarbeitungsprozess, der sich an die Kenntnisnahme von geschützten Kommunikationsvorgängen anschließt, und den Gebrauch, der von den ernannten Kenntnissen gemacht wird.

So schon für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung BVerfGE 65, 1 (46); 100, 313 (359); 113, 348 (365).

2. <u>Eingriff in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG</u>

Ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis liegt vor. Aufgrund der angegriffenen Normen können sich staatliche Stellen ohne Zustimmung der Beteiligten Kenntnis von dem Inhalt und den Umständen eines fernmeldetechnisch vermittelten Kommunikationsvorgangs verschaffen.

Vgl. BVerfGE 100, 313 (366); 107, 299 (313); 113, 348(365).

Nach § 100a Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 StPO können Inhalte der Telekommunikation und Verbindungsdaten, nach § 100i Abs. 1 i.V.m. § 100a Abs. 2 StPO die Standortkennung von Mobilfunkendeinrichtungen und nach § 100g Abs. 1 i.V.m. § 100a Abs. 2 StPO dürfen Verkehrsdaten erhoben werden. Die Vielzahl der im Rahmen der modernen Telekommunikation erfassbaren Daten führt zu einer besonderen Intensität der mit den verschiedenen Überwachungsmaßnahmen verbundenen Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis.

vgl. BVerfGE 107, 299 (318); 113, 348 (369).

Der Eingriff kann durch Überwachung und (zusätzliche) Aufzeichnung der Telekommunikationsdaten erfolgen.

3. Rechtfertigung des Eingriffs in das Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 GG

Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses sind zwar gemäß Art. 10 Abs. 2 GG möglich. Sie bedürfen aber nicht nur, wie jede Grundrechtsbeschränkung, einer gesetzlichen Regelung, die einen legitimen Gemeinwohlzweck verfolgt und im Übrigen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt. Vielmehr ergeben sich aus Art. 10 GG auch besondere Anforderungen an den Gesetzgeber, die gerade die Verarbeitung personenbezogener Daten betreffen, welche mittels Eingriffen in das Fernmeldegeheimnis erlangt worden sind. Insoweit lassen sich die Maßgaben, die das Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entwickelt hat,

Vgl. BVerfGE 65, 1 (44 ff.)

weitgehend auf die speziellere Garantie in Art. 10 GG übertragen.

BVerfGE 100, 313 (359).

a) Bestimmtheit

Das Bestimmtheitsgebot soll sicherstellen, dass der betroffene Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen kann, dass die gesetzesausführende Verwaltung für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können

Vgl. BVerfGE 110, 33 (52 ff.).

Der Anlass, der Zweck und die Grenzen des Eingriffs müssen in der Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden

BVerfGE 100, 313 (359 f., 372); 110, 33 (53); 113, 348 (375).

Für Ermächtigungen zu Überwachungsmaßnahmen verlangt das Bestimmtheitsgebot, dass die betroffene Person grundsätzlich erkennen kann, bei welchen Anlässen und unter welchen Voraussetzungen ein Verhalten mit dem Risiko der Überwachung verbunden ist. Hinreichend bestimmte Voraussetzungen des staatlichen Eingriffs kommen auch Personen zugute, denen die konkreten Handlungsvoraussetzungen nicht bekannt sein können, weil sie den Anlass nicht geschaffen haben und eher zufällig betroffen sind.

BVerfGE 113, 348 (376).

Dem Gesetz kommt im Hinblick auf den Handlungsspielraum der Exekutive eine begrenzende Funktion zu, die rechtmäßiges Handeln des Staates sichern und dadurch auch die Freiheit der Bürger schützen soll. Dieser Aspekt der Bindung der Verwaltung ist bei einer Telekommunikationsüberwachungsmaßnahme besonders wichtig, da der Betroffene von ihr nichts weiß und daher keine Möglichkeit hat, in einem vorgeschalteten Verfahren Einfluss auf das eingreifende Verhalten der Verwaltung zu nehmen. Der Schutz durch begrenzende Maßstäbe erhält zusätzlich besondere Bedeutung dadurch, dass auch betroffene Dritte wie andere Kommunikationsteilnehmer oder die in § 100a Abs. 3 StPO genannten Kontaktpersonen des Beschuldigten mit einer staatlichen Überwachung nicht rechnen und sich deshalb vor einem Einblick in ihren Privatbereich nicht schützen können.

Vgl. BVerfGE 110, 33 (54); 113, 348 (376).

Nach diesen Kriterien entspricht zwar die Erweiterung der Katalogstraftaten in § 100a Abs. 2 StPO den Anforderungen an die Bestimmtheit und Normenklarheit, da sie auf konkrete Tatbestände verweist, die in anderen Gesetzen normiert sind. Allerdings knüpft § 100a Abs. 1 Nrn. 2 und 3 StPO die Zulässigkeit der Überwachungsmaßnahme an weitere Voraussetzungen, nämlich dass die Tat auch im Einzelfall schwer wiegt und die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wird. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, entzieht sich dem Erkenntnisbereich des von der Überwachungsmaßnahme Betroffenen. Sie sind abhängig von Vorgängen im Innenbereich der Ermittlungsbehörden, deren Vorliegen sich der Kenntnis und der Überprüfung durch den Bürger entzieht.

b) <u>Verhältnismäßigkeit</u>

Bestimmte der in § 100a Abs. 2 StPO neu eingeführten Katalogstraftaten erfüllen nicht die Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Er verlangt, dass die Einbußen an grundrechtlich geschützter Freiheit nicht in unangemessenem Verhältnis zu den Gemeinwohlzwecken stehen, denen die Grundrechtsbeschränkung dient. Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person führen zwar dazu, dass der Einzelne Einschränkungen seiner Grundrechte hinzunehmen hat, wenn überwiegende Allgemeininteressen dies rechtfertigen.

Vgl. BVerfGE 65, 1, 44 m.w.N.

Der Gesetzgeber muss aber zwischen Allgemein- und Individualinteressen einen angemessenen Ausgleich herbeiführen. Dabei spielt auf grundrechtlicher Seite eine Rolle, unter welchen Voraussetzungen welche und wie viele Grundrechtsträger wie intensiven Beeinträchtigungen ausgesetzt sind. Kriterien sind die Gestaltung der Einschreitschwellen, die Zahl der Betroffenen und die Intensität der Beeinträchtigungen. Diese hängt wiederum davon ab, ob die Gesprächsteilnehmer als Personen anonym bleiben, welche Gespräche und welche Inhalte erfasst werden können und welche Nachteile den Grundrechtsträgern aufgrund der Überwachungsmaßnahmen drohen oder von ihnen nicht ohne Grund befürchtet werden.

BVerfGE 100, 313, 376; 113, 348, 382.

Auf Seiten der Gemeinwohlinteressen ist das Gewicht der Ziele und Belange maßgeblich, denen die Telekommunikationsüberwachung dient. Es hängt unter anderem davon ab, wie bedeutsam die Rechtsgüter sind, die mit Hilfe der Maßnahme geschützt werden sollen, wie groß die Gefahren sind, die mit Hilfe der Telekommunikationsüberwachung erkannt werden sollen, und wie wahrscheinlich der Eintritt einer Rechtsgutverletzung ist.

Vgl. BVerfGE 100, 313, 375 f.; 113, 348, 382.

aa) Für alle neu eingeführten Katalogstraftaten gilt, dass die Überwachung der Telekommunikation auf der Grundlage des § 100a Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 StPO, § 100g Abs. 1 i.V.m. § 100a Abs. 2 und § 100i Abs. 1 i.V.m. § 100a Abs. 2 StPO einen schwerwiegenden Eingriff in das Fernmeldegeheimnis darstellt und das Vorliegen einer Katalogstraftat den Anwendungsbereich der jeweiligen Eingriffsnorm grundsätzlich eröffnet.

Nach diesen Vorschriften können Kommunikationsinhalte, Verkehrs- und Verbindungsdaten und Standortkennung Gegenstand der Datenerhebung sein. Ziel sämtlicher Maßnahmen ist die Erhebung von konkreten personenbezogenen Daten. Diese lassen Einblicke insbesondere in das Kommunikationsverhalten, das soziale Umfeld sowie persönliche Angelegenheiten und Gewohnheiten zu.

Der Zugriff auf den Inhalt der Telekommunikation ermöglicht die Erfassung der Gespräche. Erfasst werden die ermittelten Informationen, die ausgesprochenen Gedanken sowie die Art der Interaktionen am Telefon. Möglich wird der Zugriff auf Bilder und Zeichen sowie auf Inhalte, die aufgrund neuer

Kommunikationsformen wie etwa E-Mail über das Internet ausgetauscht werden. Die Erhebung der Verbindungsdaten der Telekommunikation und die Standortkennung betreffen zwar zunächst nur die technische Abwicklung des Telekommunikationsvorgangs. Der Eingriff wiegt aber ebenfalls schwer. Verbindungsdaten lassen erhebliche Rückschlüsse auf das Kommunikationsverhalten zu.

Vgl. BVerfGE 107, 299, 318 ff.; 113, 348, 383.

Die Standortkennung eingeschalteter Mobilfunkendeinrichtungen kann zur Erstellung eines Bewegungsbildes führen, über das ggf. auf Gewohnheiten der betroffenen Personen oder auf Abweichungen hiervon geschlossen werden kann.

Grundrechtlich bedeutsam ist ferner die große Streubreite der Eingriffe. Das Abhören und die Aufzeichnung der Gesprächsinhalte und die Erhebung der Verbindungsdaten können eine große Zahl von Personen treffen. Erfasst sind nicht nur die potentiellen Straftäter, sondern alle, mit denen diese in dem betreffenden Zeitraum Telekommunikationsverbindungen nutzen. Dazu können nach § 100a Abs. 3 StPO Personen gehören, die in keiner Beziehung zu einer möglichen Straftat stehen, wie die Personen, von denen aufgrund bestimmter Tatsachen lediglich anzunehmen ist, dass sie für den Beschuldigten bestimmte oder von ihm herrührende Mitteilungen entgegen nehmen oder weitergeben oder dass der Beschuldigte auch nur ihren Anschluss benutzt (§ 100a Abs. 3 StPO).

Vgl. BVerfGE 113, 348, 383.

Hinsichtlich der Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung im vorliegenden Fall fällt ins Gewicht, dass jeder Teilnehmer am Telekommunikationsverkehr den Überwachungsmaßnahmen ausgesetzt ist, ohne dass dies mit seinem Verhalten in irgend einer Weise in Beziehung gebracht werden könnte oder durch ihn veranlasst wäre. Inhaltlich werden Kommunikationsbeiträge jeder Art in vollem Umfang erfasst. Zudem ist die fehlende Anonymität der Kommunikationsteilnehmer zu berücksichtigen.

BVerfGE 100, 313, 380 f., 381.

bb) Den in § 100a Abs. 2 StPO neu eingeführten Katalogstraftaten ist schon, entgegen der Intention des Gesetzgebers (vgl. BT-Drucks. 16/5846 Seiten 39, 40), ein auf die Besonderheiten der Telekommunikationsüberwa-

chung zugeschnittenes gesetzgeberisches Konzept, das sich auf den Schutz besonders hochrangiger Rechtsgüter bezieht und beschränkt, nicht zu entnehmen.

Ebenso wenig ist erkennbar, warum bei Maßnahmen der Wohnraumüberwachung nach § 100c StPO eine „besonders schwere Straftat“ nach § 100c Abs. 2 StPO vorliegen muss, während bei den unterschiedlichen Möglichkeiten der Überwachung der Telekommunikation (§ 100a StPO), der Erhebung von Verkehrsdaten (§ 100g StPO) und bei Maßnahmen bei Mobilfunkendgeräten (§ 100i StPO) jeweils der deutlich weitergehende Straftatenkatalog des § 100a Abs. 2 StPO, der lediglich an „schwere Straftaten“ anknüpft, ausreichend sein soll. In der Gesetzesbegründung wird nur darauf Bezug genommen, dass die Tatbestände, die in § 100c Abs. 2 StPO als „besonders schwere Straftaten“ aufgeführt sind, auch in § 100a Abs. 2 StPO aufgenommen werden sollen, da ansonsten ein Wertungswiderspruch zwischen beiden Normen besteht.

cc) Hinsichtlich des Tatbestandes der *Abgeordnetenbestechung* (§ 100a Abs. 2 Nr. 1b) StPO/§ 108e StGB) ist die Verhältnismäßigkeit einer Telekommunikationsüberwachung nicht gegeben, weil die Gefahr besteht, dass sich ein derartiger Tatverdacht gegen einen Volksvertreter im Zusammenhang mit völlig legitimen und legalen Formen des Lobbyismus leicht formulieren lässt und so Grundlage für Ermittlungen bis hin zu politischen Ausforschungen sein kann. Diese Erleichterung der Telekommunikationsüberwachung bei Abgeordneten steht im Widerspruch zu dem ansonsten für Parlamentarier vorgesehenen absoluten Schutz im Rahmen des Zeugnisverweigerungsrechts. So führte der Gesetzentwurf der Bundesregierung *[RegE S. 50]* aus:

> „Einbezogen in dieses absolute Erhebungs- und Verwertungsverbot werden auch die Parlamentsabgeordneten. Deren Zeugnisverweigerungsrecht weist zwar nach den Darlegungen des Bundesverfassungsgerichts keinen unmittelbaren Bezug zu dem aus der Menschenwürde resultierenden Kernbereich privater Lebensgestaltung auf. Die Kommunikation mit Abgeordneten unter einem besonderen, Erhebungen ohne Billigung des Abgeordneten ausschließenden Schutz zu stellen, rechtfertigt sich indessen aus Art. 47 GG, der für diese Berufsgruppe ein Zeugnisverweigerungsrecht und ein dieses flankierendes Beschlagnahmeverbot ausdrücklich vorgibt. Sind aber bereits diese offenen Ermittlungsmaßnamen gegenüber Abgeordneten von deren Einverständnis (Nichtausübung des Zeugnisverweigerungsrechts) abhängig, so spricht

> der damit vom Grundgesetzgeber intendierte weitreichende Schutz der Abgeordneten dafür, auch andere, insbesondere verdeckte Ermittlungsmaßnahmen zu untersagen, soweit das Zeugnisverweigerungsrecht der Abgeordneten reicht."

Zudem könnten die engen Voraussetzungen des Art. 46 Abs. 2 und 3 GG für die strafrechtliche Verfolgung von Parlamentsabgeordneten unterlaufen werden und damit der dadurch bezweckte Schutz ihrer Unabhängigkeit.

dd) Hinsichtlich *§ 100a Abs. 2 Nr. 1e) StPO* (Fälschung von Zahlungskarten, Schecks und Wechseln und Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion und Vordrucken für Euroschecks) ist nicht dargetan, welches das überragend wichtige Gemeinschaftsgut ist, zu dessen Gunsten der schwerwiegende Eingriff in das Fernmeldegeheimnis gerechtfertigt ist. Geschützt werden durch die in Bezug genommenen Straftatbestände in erster Linie private Vermögenswerte, darüber hinaus die Sicherheit des Zahlungsverkehrs. Es mag nachvollziehbar sein, dass es sich, wie in der Gesetzesbegründung ausgeführt, dabei um Straftaten handeln kann, die, jedenfalls teilweise, dem Bereich der organisierten Kriminalität zuzurechnen sind und für die (dann) auch ein hohes öffentliches Aufklärungsinteresse besteht. Allerdings ist dies nicht tatbestandliche Voraussetzung; zudem werden diese Darlegungen der Rechtsgutabwägung, die von Art. 10 GG gefordert wird, nicht gerecht. Nicht dargetan wird, inwieweit gerade eine Telekommunikationsüberwachung ein geeignetes und erforderliches Mittel ist, um diese Straftatbestände aufzuklären. Reine Nützlichkeit genügt nicht.

ee) Ähnliches gilt für die in *§ 100a Abs. 2 Nr. 1n), o), p), q) und r) StPO* genannten Straftaten des Betrugs und Computerbetrugs, Subventionsbetrugs, Bankrotts, der Urkundenfälschung und der Straftaten gegen den Wettbewerb. Zuzugeben ist, dass eine Telekommunikationsüberwachung einer „effektiveren Verfolgung von Straftaten aus dem Bereich der Wirtschafskriminalität" dienen kann (vgl. BT-Drucks. 16/5846, 42). Es mag auch sein, dass es sich dabei um Delikte handelt, die typischerweise von in organisierten Strukturen handelnden Personen begangen werden und die Telekommunikationsüberwachung die Möglichkeit bietet, in diese organisierten und meist abgeschotteten Strukturen einzudringen. Allerdings sind dies unbelegte Behauptungen in der Gesetzesbegründung. Auch wenn die Tatbestände auf die besonders schweren Ausführungsformen und die Qualifikationstatbestände begrenzt sind, fehlt doch jegliche Rechtsgüterabwägung mit dem durch Art. 10 GG geschützten Fernmeldegeheimnis. Dies gilt insbesondere

für den explizit in der Gesetzesbegründung aufgeführten organisierten Kfz-Diebstahl.

ff) Auch für die in *§ 100a Abs. 2 Nr. 2 StPO* neu aufgenommenen Straftatbestände aus der Abgabenordnung fehlt jede Rechtsgüterabwägung. Es mag sein, dass es insbesondere für die Verfolgung sog. Umsatzsteuerkartelle ein erhebliches praktisches Bedürfnis gibt, auf die Telekommunikationsüberwachung zurückzugreifen (BT-Drucks. 16/5846, 42). Allerdings geht es bei den Straftatbeständen aus der Abgabenordnung um die Finanzierung der öffentlichen Hand durch Steuern und Abgaben, die mit dem Eingriff in das Fernmeldegeheimnis abgewogen werden muss. Bzgl. der Einbeziehung von Schmuggel wird insbesondere das Beispiel des Zigarettenschmuggels angeführt. Insoweit ist nicht ersichtlich, inwiefern die durch diese Tatbestände geschützten Rechtsgüter gegenüber dem die Privat- und Vertraulichkeitssphäre schützenden Fernmeldegeheimnis vorrangig sein sollen.

gg) Dies gilt auch für die nach *§ 100a Abs. 2 Nr. 3 StPO* besonders schweren Fälle einer Dopingstraftat. Insoweit ist nicht ersichtlich, inwiefern derartige, einzelne Individualpersonen betreffende Straftaten gegenüber dem Fernmeldegeheimnis vieler derart vorrangig sein sollen, dass sie den weitreichenden Eingriff einer Telekommunikationsüberwachung rechtfertigen.

Hinzu kommt, dass empirische Daten darüber, in welchem Umfang schon die bisherigen Regelungen den Erfordernissen einer wirksamen Strafrechtspflege genügen, dem Gesetzgeber wohl nicht vorlagen. Die Studie des Freiburger Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht zur „Rechtswirklichkeit der Auskunftserteilung über Telekommunikationsverbindungsdaten“ lag den Abgeordneten offensichtlich nicht vor. Damit ist im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens die Geeignetheit und Erforderlichkeit der neu eröffneten Eingriffsbefugnisse aufgrund des erweiterten Straftatenkatalogs in § 100a Abs. 2 StPO nicht ermittelt und nachgewiesen worden. Es fehlt mithin auch insoweit an einer hinreichenden Rechtfertigung für die deutliche Ausweitung des Straftatenkatalogs in § 100a Abs. 2 StPO auf Tatbestände der leichten bis mittelschweren Kriminalität.

III. § 100a Abs. 4 StPO

Nach Auffassung des Verfassungsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins verstößt auch § 100a Abs. 4 Satz 1 StPO gegen Art. 10 GG. Hinsichtlich des Eingriffs in das Grundrecht aus Art. 10 GG kann auf die Ausführungen oben II. verwiesen werden. Dieser Eingriff

ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Denn die Regelung lässt eine Telekommunikationsüberwachung auch dann noch zu, wenn durch eine Maßnahme nach Absatz 1 nicht „allein“ Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden. Dies gewährleistet nicht hinreichend den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung innerhalb des Grundrechts des Telekommunikationsgeheimnisses.

So im Ergebnis: Nöding, StraFo 2007, 456 ff., 458: „Mogelpackung“; Roggan, NVwZ 2007, 1238 ff., 1239 f. für wortgleiche Bestimmung des § 23a IV a ZFdG; kritisch auch Zöller, StraFo 2008, 21.

Ausweislich seines Wortlautes soll ein Erhebungsverbot nur dann in Betracht kommen, wenn eine anzustellende Prognose ergeben würde, dass „allein“ Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung durch die Telekommunikationsüberwachung erlangt werden würden.

Wie der Gesetzesentwurf selbst feststellt, wird eine solche Konstellation in der täglichen Praxis der Strafverfolgungsbehörden kaum vorkommen (BT-Drucks. 16/5846, S. 44 f.). Denn bei den Gesprächsinhalten wird es sich – auch bei Telekommunikationsvorgängen – fast ausschließlich um eine Gemengelage unterschiedlicher Inhalte handeln.

BVerfG, NJW 2004, 999, 1006; Beck`scher Online-Kommentar, a.a.O., § 100a, Rn. 52; Glaser/Gedeon, GA 2007, 414 ff. 430; Wolter, GA 2007, 183 ff., 196 f.

Wenn man sich zudem noch die Dauer einer Telekommunikationsüberwachung von derzeit bis zu 3 Monaten (§ 100b Abs. 1 Satz 4 StPO) deutlich macht, wird man sich überhaupt keine Konstellationen vorstellen können, die über diesen Zeitraum ausschließlich kernbereichsrelevante Daten enthalten wird.

§ 100a Abs. 4 Satz 1 StPO besitzt damit hinsichtlich des statuierten Erhebungsverbots keinen Anwendungsbereich, so dass er als „überflüssige Regelung“ bezeichnet werden muss, die demnach auch keinen Schutz für den Kernbereich privater Lebensgestaltung vermitteln kann. Hinsichtlich der Nutzung von PC und Laptops werden sich auf den Festplatten immer auch Daten aus dem Bereich der Sozialsphäre finden lassen, da die Vorstellung einer Separierung von Daten auf verschiedene Festplatten/PC’s etc. nach einer Einteilung in Intimsphäre und Sozialsphäre wirklichkeitsfremd ist. Es kann verfassungsrechtlich nicht hingenommen werden, dass eine der stärksten strafprozessualen Eingriffsbefugnisse keinerlei wirkungsvolle Begrenzung für Eingriffe in den Kernbereichsschutz enthält.

Vielmehr nimmt eine solche Normierung sehenden Auges die Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung für den kurzfristigen Vorteil einer praktikablen Strafverfolgungsmaßnahme in Kauf (siehe auch: BT-Drucks. 16/5846, S. 44, re. Sp., vorletzter Abs. a. E.).

Dies ist nicht akzeptabel. Zum einen werden damit generell Daten erfasst, die zum Kernbereich privater Lebensgestaltung gehören. Diese müssen zwar nach § 100a Abs. 4 Satz 2 und 3 StPO nicht verwertet und auch unverzüglich gelöscht werden. Jedoch erscheint ein alleiniges Verwertungsverbot und Löschungsgebot ohne flankierendes und auch wirkungsvolles Erhebungsverbot nicht ausreichend, um den Kernbereich zu schützen.

So auch: Minderheitsvotum im Lauschangriffurteil von Jaeger und Hohmann-Dennhardt, NJW 2004, 999 ff., 1020 f.; Kutscha, LKV 2008, 481 ff., 486; ähnlich: Denninger, ZRP 2004, 101 ff. 102.

Zu oft werden die Strafverfolgungsbehörden die löschungsbedürftigen Informationen zur Kenntnis nehmen und sie für weitere Ermittlungsansätze benutzen. So können bestimmte Daten „intern aufbewahrt“ werden und mit anderen legalen Datensätzen zusammengeführt werden, was durchaus auch auf herkömmlichem Wege in einer Art Kartei etc. geschehen kann. Gerade wenn – wie der Gesetzesbegründung aufzeigt (BT-Drucks. 16/5846, S. 44, re. Sp. 1. Abschnitt) – eine „Live-Überwachung“ aus personellen und finanziellen Gründen nicht durchgeführt werden kann, wird die Löschung nicht sofort vor Ort erfolgen, sondern erst nach eigener Kenntnisnahme der Information und eventuell erst nach Rücksprache mit der Staatsanwaltschaft. Probleme bei der praktischen Umsetzung dürfen nicht auf die Betroffenen übertragen werden, sondern sind von den Strafverfolgungsbehörden zu lösen. Der Gesetzesentwurf selbst ist der Auffassung, dass ein Mithören in Echtzeit die Erfassung von kernbereichsrelevanten Daten weitgehend abwenden könnte (BT-Drucks. a.a.O.). Es ist allgemein anerkannt, dass die Argumentation über die Kosten (Personal, Technik) ein geringeres Maß an Grundrechtsschutz nicht begründen darf.

Nöding, Strafo 2007, 456 ff., 459 m.w.N.; Roggan, NVwZ 2007, 1238 ff., 1239, 1241.

Folgt man der Auffassung der Bundesregierung, würde man damit einer Anhäufung von riesigen Datenmengen den Weg ebnen, die durch die Strafverfolgungsbehörden ohne Einschränkung erhoben werden dürften. Dabei kann es nicht darum gehen, dass es bezüglich § 100a Abs. 4 StPO auf eine „Entweder-Oder-Entscheidung“ ankommt. Der Gesetzgeber muss sich aber bemühen, die Vorgaben der Verfassung weitestmöglich, zu beachten. Zu verlangen ist daher, dass in den Fällen, in denen eine „Live-Überwachung“ technisch und personell (auch unter Einstellung neuen Personals) möglich ist, diese auch durchgeführt

werden sollte. Die Erwägungen der Gesetzesbegründungen lesen sich aber eher so, dass niemals eine Live-Überwachung durchgeführt werden könnte oder von Verfassung wegen auch nicht müsste.

Um einem solchen Datenmissbrauch entgegen zu wirken, müssen die Erhebungsverbote wirksam sein. Der Gesetzgeber muss den Strafverfolgungsbehörden sowohl praktikable als auch den Kernbereich privater Lebensgestaltung ausreichend schützende Normen vorgeben.

IV. § 101 Abs. 4 bis 6 StPO

Die Beschwerdeführer rügen durch die Neuregelung des § 101 Abs. 4 Satz 3 - 5, Abs. 5 und Abs. 6 StPO die Verletzung ihre Grundrechte aus Art. 1 Abs.1, Art. 2 Abs. 1, Art. 19 Abs. 4 und Art. 103 Abs. 1 GG. Nach Auffassung des Verfassungsrechtsausschusses ist auch diese Rüge begründet. Das Absehen von der Benachrichtigungspflicht in den genannten Bestimmungen verletzt die Beschwerdeführer in ihren Grundrechten Aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG sowie aus Art. 19 Abs. 4 GG.

1. <u>Eingriff in den grundrechtlichen Schutzbereich</u>

a) <u>Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG</u>

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die enge persönliche Lebenssphäre des Menschen sowie die Erhaltung der Grundbedingungen der privaten Sphäre.

BVerfG E 54, 148, (153).

Durch die Rechtssprechung ist das Allgemeine Persönlichkeitsrecht konkretisiert worden. Geschützt ist die Privatsphäre, die Selbstdarstellung des Einzelnen, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das Recht auf Geheimhaltung durch informationstechnische Systeme und der soziale Geltungsanspruch (vgl. zum Ganzen: Murswiek a.a.O., Art. 2 Rn. 68 ff.)

Der Gewährleistungsbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung umfasst auch verfahrensrechtliche Vorkehrungen des Gesetzgebers zum Schutz vor Missbrauch. Hierzu gehören neben dem Gebot der Zweckbindung der erhobenen Daten ein - amtshilfefester - Schutz gegen Zweckentfremdung durch Weitergabeverbote und Verwertungsverbote sowie als weitere verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen Aufklärungspflichten, Auskunftspflichten und Löschungspflichten.

So BVerfGE 65, 1 (Juris Rdnr. 156)

In diesen Schutzbereich wird eingegriffen, wenn ein Gesetz Eingriffe in das Grundrecht durch Gestattung von Ermittlungsmaßnahmen zulässt, ohne zugleich entsprechende Aufklärungspflichten der Ermittlungsbehörden vorzuschreiben.

b) Art. 19 Abs. 4 GG

Darüber hinaus ist auch der Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 GG betroffen. Wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zum „großen Lauschangriff“ vom 3.3.2004 festgestellt hat, beinhaltet Art. 19 Abs. 4 GG einen Anspruch der Grundrechtsträger auf Kenntnis von Maßnahmen, die die akustische Wohnraumüberwachung betreffen.

BVerfG NJW 2004, 999 (1015).

Ein solcher Benachrichtigungsanspruch besteht hinsichtlich aller in § 100 Abs. 1 StPO genannten Maßnahmen der verdeckten Ermittlung. Bezüglich aller Maßnahmen besteht ein Interesse der Grundrechtsträger, nachträglich Rechtsschutz gegen die Maßnahme zu erlangen. Dies impliziert ein Recht darauf, von der verdeckten Maßnahme überhaupt Kenntnis zu erlangen. Anders ist effektiver Rechtsschutz nicht zu gewährleisten.

Dieses Recht auf Benachrichtigung steht nicht nur der eigentlichen Zielperson zu, sondern auch mittelbar betroffenen Dritten; auch diese sind von der Überwachungsmaßnahme zu unterrichten.

BVerfG NJW 2004, 999, (1016).

Auch hier muss der Benachrichtigungsanspruch eines betroffenen Dritten konsequent auf die übrigen Maßnahmen ausgeweitet werden. Eine Reduzierung des Rechtes auf die Wohnraumüberwachung ist nicht geeignet, die Effektivität des Rechtsschutzes zu garantieren, da ein umfassendes Interesse auf Wahrnehmung von nachträglichem Rechtsschutz besteht.

c) Eingriff

Die Regelungen des § 101 Abs. 4 Sätze 3 bis 5, Abs. 5 und Abs. 6 greifen in diese Grundrechte ein, weil sie die Mitteilungspflicht der Ermittlungsbehörden gegenüber den Betroffenen begrenzen. Damit sind die Eingriffsanforderungen erfüllt.

BVerfG NJW 2000, 55, (58); NJW 2004,999, (1015).

2. Rechtfertigung

Die Eingrenzung der Benachrichtigungspflicht ist nicht gerechtfertigt. Im Einzelnen:

a) § 101 Abs. 4 Satz 3 bis 5 StPO

Die in § 101 Abs. 4 Satz 3 bis 5 StPO genannten Gründe für ein Absehen von der Benachrichtigung aufgeführten Gründe sind zwar für sich geeignet, den grundrechtlich geschützten Anspruch auf Benachrichtigung einzuschränken.

- Abs. 4 Satz 3 stellt mit dem Kriterium der „schutzwürdigen Belange“ auf einen Begriff ab, der im Zusammenhang mit der Datenerhebung / -speicherung in anderen Rechtsvorschriften verwendet wird (vgl. § 8 IFG; § 32 BDSG). Dort wird die Verfassungsmäßigkeit nicht beanstandet. Dem Grundrechtsschutz wird entsprochen, weil danach im Einzelfall kollidierende Interessen der Beteiligten abzuwägen sind, wobei das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen und das Interesse an der Offenlegung der Information zu berücksichtigen ist (BGH NJW 1984, 1889, 1890). Für den Fall des § 101 StPO ist insbesondere das Interesse der Zielperson an einer geringen Publizität der Strafverfolgungsmaßnahme zu berücksichtigen (Hegmann in: Graf/Volk, Beck`scherOK StPO, § 101 Rn. 25).

- Abs. 4 Satz 4 wurde nach der amtlichen Begründung eingeführt, da von den entsprechenden Maßnahmen quantitativ viele Grundrechtsverletzungen (insbesondere umfangreiche Verletzung von Art. 10 GG) ausgehen, die aber oft von geringer Eingriffsqualität sind (BT-Drucks. 16/5846 S. 59f.). Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner „G–10 Entscheidung“ festgestellt, dass Gründe der Verwaltungspraktikabilität einen weitgehenden Ausschluss der Mitteilungspflicht nicht rechtfertigen können. Es hält aber für denkbar, dass bei einer großen Zahl von Erfassungen und bei Irrelevanz der ermittel-

ten Daten ein Ausschluss der Information möglich sei, deutet aber an, dass zu berücksichtigen sei, dass bereits in der Ermittlung der Daten ein Eingriff in die Grundrechte liege, der einen Rechtsschutz grundsätzlich ermöglichen müsse.

> BVerfG NJW 2000, 55, (67); so auch BVerfG NJW 2000, 55, (67), das deshalb nur dann ein Unterbleiben der Benachrichtigung gerechtfertigt sieht, wenn die irrelevanten Daten sofort vernichtet werden.

Um derart geringfügige Eingriffe geht es bei Abs. 4 Satz 4.

- Abs. 4 Satz 5 trägt der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichtes zum „großen Lauschangriff“ Rechnung (so auch: BT-Drucksache 16/5846 S. 59). Dort hat das BVerfG festgestellt, dass bei Unkenntnis der Identität eines mittelbar betroffenen Dritten hinsichtlich der Nachforschung zu berücksichtigen ist, dass dadurch eine Vertiefung des Grundrechtseingriffes drohe. Deshalb soll die Intensität des Eingriffs und der Aufwand, der zur Feststellung der Identität des unbekannten Dritten erforderlich ist, im Rahmen einer Abwägung berücksichtigt werden.

> BVerfG NJW 2004, 999, (1016); dies entspricht auch der Intention der Bundesregierung, die den Gesetzentwurf mit ähnlichen Erwägungen begründet: BT-Drucks. 16/5846 S. 60.

Die Regelung begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Sie setzt die Vorgaben des BVerfG um und rechtfertigt eine Beschränkung des Rechts auf Benachrichtigung aus Art. 19 Abs. 4 GG.

Das Gesetz sieht aber keine gerichtliche Kontrolle hinsichtlich der Einhaltung dieser Voraussetzungen vor. Dies genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Nach § 101 Abs. 6 StPO ist die Behörde im Fall der Zurückstellung der Benachrichtigung zur Vorlage der Entscheidung an ein Gericht verpflichtet. Nur das Gericht kann die Zurückstellung über den Zeitraum von einem Jahr hinaus beschließen. Im Fall des § 101 Abs. 4 StPO existiert eine solche Kontrolle nicht. Deshalb behauptet die Verfassungsbeschwerde, die Regelung sei unwirksam.

Im Urteil zum „großen Lauschangriff“ stellt das BVerfG fest, dass die Befassung unabhängiger Stellen mit den Gründen für die Geheimhaltung dem Grundrechtsschutz des Betroffenen dient.

BVerfG NJW 2004, 999, (1016); MVerfG LKV 2000, 345, (355).

Es wird ausdrücklich eine in Zeitabständen wiederkehrende gerichtliche Überprüfung gefordert. Das Bundesverfassungsgericht führt aus, dass für den Rechtsschutz des Betroffenen erforderlich sei, dass eine Entscheidung über die Zurückstellung gerichtlich kontrolliert werde.

BVerfG NJW 2004, 999, (1016).

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts befasst sich zwar explizit nur mit der Zurückstellung der Benachrichtigung. Für die Ausnahmetatbestände muss diese Feststellung aber in entsprechender Form gelten. Die Ausnahmetatbestände sind ähnlich offen formuliert wie die Gründe für eine Zurückstellung. Wie bei der Zurückstellung ist bei den Ausnahmetatbeständen ein endgültiges Ausbleiben der Benachrichtigung denkbar. Erforderlich ist dazu nur eine entsprechende Ermessensentscheidung der Behörde.

Eine Pflicht der Behörde zur Überprüfung einer solchen Entscheidung lässt sich aus dem Regelungstext nicht entnehmen. Ohne eine neutrale gerichtliche Kontrolle der Entscheidung kann es deshalb zu einem Unterlassen der Benachrichtigung kommen. Dem Gebot der kontinuierlichen gerichtlichen Kontrolle der Entscheidung über das Ausbleiben der Benachrichtigung wird so nicht genügt. Die Regelung des § 101 Abs. 4 S. 3 – 5 StPO ist aus diesem Grunde verfassungswidrig.

b) <u>§ 101 Abs. 5 StPO</u>

Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit bestehen in Hinblick auf § 101 Abs. 5, soweit hiernach der weitere Einsatz eines verdeckten Ermittlers nicht gefährdet werden darf.

Insoweit hat das Bundesverfassungsgericht zur Vorgängerregelung, in der von einem „nicht offen ermittelnden Beamten“ die Rede war, entschieden, dass eine Zurückstellung aus diesem Grunde ein Unterlassen der Benachrichtigung nicht rechtfertige. Begründet wurde dies damit, dass sich der weitere Einsatz des Beamten auf andere Ermittlungsvorgänge beziehe. Ermittlungstaktische Erwägungen würden so eine Wahrnehmung des effektiven Rechtsschutzes sperren können. Dies widerspreche dem Anliegen der Gewährung effektiven Rechtsschutzes und vermöge eine Beeinträchtigung des Grundrechtes nicht zu rechtfertigen.

BVerfG NJW 2004, 999, (1016).

Die Bundesregierung beruft sich in der amtlichen Gesetzesbegründung auf die Unterschiede zwischen „nicht öffentlich ermittelndem Beamten“ und „verdecktem Ermittler“. Sie begründet die Regelung damit, dass Akquise und Ausbildung eines verdeckten Ermittlers aufwändig (finanziell und auf Planungen bezogen) seien. Ferner seien die Grundrechtseingriffe durch verdeckte Ermittler im Vergleich zu der bei der akustischen Wohnraumüberwachung vergleichsweise gering. Bei einer Abwägung zwischen dem Interesse des Betroffenen an einer Benachrichtigung und dem Interesse der Behörde an der Geheimhaltung überwiege deshalb letzteres (BT-Drucksache 16/5846 S. 60).

Die Erwägungen der Bundesregierung vermögen nicht zu überzeugen. Auch beim Einsatz eines verdeckten Ermittlers drohen erhebliche Grundrechtseingriffe. Die gegenteilige Auffassung in der amtlichen Begründung ist unsubstantiiert. Da sich auch ein weiterer Einsatz eines verdeckten Ermittlers auf einen anderen Ermittlungsvorgang bezieht und auch hier ermittlungstaktischen Erwägungen der Behörde Rechnung getragen werden soll, gelten die Bedenken des Bundesverfassungsgerichts gegen die Vorgängerregelung auch gegen die aktuelle Fassung. Die vorgenommenen Veränderungen vermögen nicht zu einer Verfassungskonformität der Regelung zu führen.

c) <u>§ 101 Abs. 6 StPO</u>

Im Urteil zum „großen Lauschangriff“ stellt das BVerfG fest, dass die Befassung unabhängiger Stellen mit den Gründen für die Geheimhaltung dem Grundrechtsschutz des Betroffenen diene. Das Bundesverfassungsgericht konstatiert verfassungsrechtliche Einwände gegen die Einmaligkeit der gerichtlichen Überprüfung auch bei lang andauernder Zurückstellung. Gegen die Frist, bis zu der ohne das Gericht über eine Rückstellung der Benachrichtigung entschieden werden kann, bestehen demgegenüber keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

BVerfG NJW 2004, 999, (1016).

Es wird ausdrücklich eine in Zeitabständen wiederkehrende gerichtliche Überprüfung gefordert. Das Bundesverfassungsgericht führt dazu aus, dass für den Rechtsschutz des Betroffenen erforderlich sei, dass eine Entscheidung über die Zurückstellung gerichtlich kontrolliert werde. Da die Entscheidung über die Zurückstellung nach § 101 Abs. 6 StPO in der ersten Befassung des Gerichtes getroffen werden kann und eine richterliche Kontrolle danach nie wieder erfolgt, wird

der effektive Rechtsschutz des Betroffenen eingeschränkt. Zu diesem Rechtsschutz gehört auch die kontinuierliche Kontrolle der Zurückstellungsentscheidung. Das von der Bundesregierung vorgebrachte Argument der Entlastung der Gerichte vermag kein anderes Ergebnis zu begründen. Gründe der Prozessökonomie sind nicht geeignet, eine Beeinträchtigung des effektiven Rechtsschutzes zu begründen.

> Eine entsprechende Feststellung trifft BVerfG NJW 2004, 999, (1017) für die Beeinträchtigung des Rechtes auf rechtliches Gehör.

Die Norm ist somit verfassungswidrig.