

Ein Allheilmittel?

Der »sogenannte Lauschangriff« auf dem rechtsstaatlichen Prüfstand*

Einwände von Heribert Ostendorf

Die politischen Würfel über die gesetzliche Ermächtigung zum sog. Lauschangriff, neutraler ausgedrückt zur elektronischen Wohnraumüberwachung, scheinen gefallen. Die CDU/CSU ist seit langem dafür, Bundesinnenminister Kanther will noch »draufsatteln«, will auch die Videoüberwachung in Wohnungen erlauben; die SPD hat sich lange schwergetan, schließlich aber im Verbund mit anderen kriminalpolitischen Forderungen zur Vermögensbeschlagnahme nachgegeben; die FDP ist nach einer Mitgliederbefragung, in deren Folge die Bundesjustizministerin zurückgetreten ist, ebenfalls umgeschwenkt. Trotzdem ist die Diskussion nach wie vor wichtig, ja notwendig. Dies aus drei Gründen:

- Die konkreten Bedingungen, unter denen der sog. Lauschangriff – ich bleibe bei dem Begriff, weil er sich so eingebürgert hat – erlaubt sein soll, müssen erst noch ausgehandelt werden.
- Gerade wir Praktiker in der Strafverfolgung sollten uns schon ein eigenes Urteil bilden. Es ist das eine, Gesetze zu akzeptieren und zu befolgen, es ist das andere, sie persönlich als vernünftig, falsch oder gar gefährlich einzustufen. Dies kann für die Anwendung eines solchen Gesetzes praktische Folgen haben. Der Einsatz soll wie bei der Telefonüberwachung an die Bedingung geknüpft werden, daß »die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre«. Wer rechtspolitisch kritisch oder ablehnend zum Lauschangriff eingestellt ist, wird zurückhaltender diese Voraussetzungen annehmen; umgekehrt gilt das gleiche.
- Als Rechtsanwender müssen wir immer überprüfen, ob die Gesetze verfassungsgemäß sind oder gegen Grundrechte bzw. Verfassungsprinzipien verstoßen. Wir haben nicht selbst die Entscheidungskompetenz über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen, diese steht dem Bundesverfassungsge-

richt zu. Da die Anordnung des sog. Lauschangriffs den Richtern vorbehalten bleiben wird, ist dann das konkrete Normenkontrollverfahren durchzuführen, d. h. das Bundesverfassungsgericht anzurufen. Es ist zu erwarten, daß das Bundesverfassungsgericht – wie auch immer das Gesetz ausfallen wird – alsbald über die Verfassungskonformität entscheiden muß.

Bevor ich in diese verfassungsrechtliche Prüfung einsteige, will ich drei möglichen Irrtümern entgegentreten:

- Wer ohne Vorkenntnisse den geltenden § 100 c Strafprozeßordnung liest, wie er mit dem Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität vom 15. Juli 1992 in Kraft getreten ist, wer diesen Paragraphen liest, könnte dem Irrtum erliegen, daß der Lauschangriff bereits heute erlaubt sei. In dem Gesetz – § 100 c Abs. 1 Nr. 2 StPO – heißt es: »Ohne Wissen des Betroffenen darf das nicht öffentlich gesprochene Wort mit technischen Mitteln abgehört und aufgezeichnet werden, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, daß jemand eine in § 100 a bezeichnete Straftat begangen hat, und die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.« In § 100 a StPO sind bekanntlich die Voraussetzungen für die Telefonüberwachung formuliert. Es heißt generell »... darf das nicht öffentlich gesprochene Wort mit technischen Mitteln abgehört und aufgezeichnet werden«. Trotzdem ist es fast einhellige Meinung, daß damit keine Abhörmaßnahmen in Wohnungen erlaubt sind. Dies folgt einmal aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Ursprünglich hieß es: »... darf das in einer Wohnung nicht öffentlich gesprochene Wort mit technischen Mitteln abgehört und aufgezeichnet werden.« Aufgrund der kontroversen öffentlichen Diskussion und

aufgrund des Widerstandes der FDP wurde diese Voraussetzung »in einer Wohnung« gestrichen. Zum anderen und vor allem fußt diese Rechtsauffassung auf Artikel 13 Grundgesetz – Unverletzlichkeit der Wohnung –. Im Absatz 3 dieses Artikels heißt es: »Eingriffe und Beschränkungen dürfen im übrigen nur zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen, aufgrund eines Gesetzes auch zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutze gefährdeter Jugendlicher vorgenommen werden.« Es fehlt die Möglichkeit, Eingriffe in die Unverletzlichkeit der Wohnung zum Zwecke der Strafverfolgung vorzunehmen. Deshalb ist es herrschende Meinung, daß die Einführung des sog. Lauschangriffs nur auf dem Wege einer Grundgesetzänderung zulässig ist, und zwar sowohl für den sog. großen als auch für den sog. kleinen Lauschangriff. Als kleiner Lauschangriff wird das Abhören und Aufzeichnen im Beisein eines verdeckten Ermittlers verstanden.

- Der zweite Irrtum könnte darin bestehen, daß heute, nach geltendem Recht der Lauschangriff generell unzulässig sei. Nach den Polizeigesetzen der Länder ist aber zum Zwecke der Gefahrenabwehr, zu präventiven Zwecken also, der Lauschangriff bereits heute zulässig. Dies deckt sich mit der zitierten Einschränkungsbefugnis gem. Art. 13 Abs. 3 Grundgesetz. Die Voraussetzungen, unter denen dieser Lauschangriff erlaubt ist, sind allerdings sehr unterschiedlich. Die geringsten Voraussetzungen werden in Bayern, Thüringen, Brandenburg, Rheinland-Pfalz und – bis vor kurzem – in Sachsen verlangt. So sind in Bayern folgende Anlässe für Lauschangriffe auf Wohnungen vorgesehen:

»Unmittelbar bevorstehende Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für das Leben,

Gesundheit oder Freiheit einer Person oder für Sachen, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten erscheint, oder über Personen, soweit Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß diese Personen ein Verbrechen oder gewerbs-, gewohnheits- oder bandenmäßig ein in Artikel 30 Abs. 5 genanntes Vergehen begehen wollen.»

Artikel 30 Abs. 5 lautet:

»(5) Straftaten von erheblicher Bedeutung sind insbesondere Verbrechen sowie die in § 138 des Strafgesetzbuchs genannten Vergehen, Vergehen nach § 129 a des Strafgesetzbuchs und gewerbs- oder bandenmäßig begangene Vergehen nach

1. den §§ 243, 253, 260, 263 a, 265 b, 266, 283, 283 a, 302 a oder 324 bis 330 a des Strafgesetzbuchs,

2. § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 2 des Waffengesetzes,

3. § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 oder Nr. 4 des Betäubungsmittelgesetzes,

4. § 47 a des Ausländergesetzes.»

- In Sachsen hat der dortige Verfassungsgerichtshof die Voraussetzungen am 14. Mai 1996 erheblich verschärft; so dürfen Lauschangriffe nicht mehr »im Vorfeld konkreter Gefahrensituationen« unternommen werden. Andere Länder verlangen die strengere Voraussetzung »zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person« (so in Berlin, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen). Die restriktivsten Regelungen bestehen in Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern und im Saarland, wonach von der Polizei personenbezogene Daten in oder aus Wohnungen verdeckt nur erhoben werden dürfen, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben einer Person unerlässlich ist. Der Hinweis auf diese polizeilichen Möglichkeiten des Abhörens von Gesprächen innerhalb von Wohnungen ist deshalb besonders wichtig, weil nach einer neueren, höchst umstrittenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Beschluß vom 07.06.1995, Neue Juristische Wochenschrift 1996, S. 405) Erkenntnisse, die aus einem polizeilich wirksamen und nicht offensichtlich fehlerhaften Lauschangriff gewonnen worden sind, im Ermittlungsverfahren verwertet werden dürfen. Der Strafrechtsprofessor Köhler aus Hamburg schreibt hierzu (Strafverteidiger 1996, S. 186, 187): »Indem der BGH die polizeiliche Weitergabebefugnis als strafprozessuale Verwertungsbefugnis akzeptiert, werden (abgesehen von der fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Landes auf dem Felde des Strafprozeßrechts) zugleich die prozessualen Eingriffsgrenzen niedergelegt. ... Macht die

Justiz diesen Absturz weiter mit, ist ihr nicht mehr zu helfen. Denn unter dem Grundsatz, daß der Zweck die Mittel heilige, wird sie nicht mehr benötigt.« Die Verwertbarkeit von Daten, die zunächst allein für polizeilich-präventive Zwecke ermittelt wurden, die zum Zwecke der Strafverfolgung so auch nicht ermittelt werden durften, in einem anschließenden strafrechtlichen Ermittlungsverfahren ist aber ein Sonderproblem, das ich hier ausklammern muß.

- Der dritte mögliche Irrtum, dem ich vorbeugend begegnen will, ist der Glaube an die umfassende Wirksamkeit derartiger Ermittlungsmethoden. Der Lauschangriff wird von manchem, insbesondere in der Politik, aber auch in der Publizistik, geradezu als Allheilmittel für die Strafverfolgung angesehen, ihm wird geradezu eine Wunderkraft bei der Eindämmung der Organisierten Kriminalität zugeschrieben. Dies ist sicherlich überzogen. In den USA, dem Land mit einer vergleichbar mit uns erheblich höheren, ja exorbitanten Kriminalitätsrate, wird der dort zulässige Lauschangriff durchschnittlich in ca. 100 Fällen pro Jahr eingesetzt, wobei die Erfolgsquote relativ niedrig ist: Von 1987 – 1989 führte dies in 33,1 % der Fälle zu Verhaftungen und in 25,1 % der Fälle zu Verurteilungen. Bereits diese geringe Anzahl zeigt, daß damit die Auseinandersetzung mit der Organisierten Kriminalität nicht entscheidend gewonnen werden kann. Die italienischen Staatsanwälte, die in der Bekämpfung der Mafia und ähnlicher verbrecherischer Organisationen eingesetzt sind, haben auch die Telefonüberwachung als wenig effektives Mittel herausgestellt. Ein Zitat aus einem Beitrag (Deutsche Richterzeitung 1992, S. 356) des früheren BKA-Präsidenten Zachert, der ein Befürworter des Lauschangriffs ist: »Organisierte Straftäter stellen sich erfahrungsgemäß schnell auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden ein.«

Damit gehe ich über zur verfassungsrechtlichen Prüfung. Als erstes ist zu fragen: Wäre eine Grundgesetzänderung überhaupt zulässig? Eine Änderung des Grundgesetzes muß sowohl formellen als auch materiellen Anforderungen entsprechen. Die formellen – insbesondere das Erfordernis einer 2/3-Mehrheit – sollen hier nicht weiter interessieren. Ein absolutes Verbot im Hinblick auf Art. 79 Abs. 3 Grundgesetz – eine Änderung des Grundgesetzes ist danach unter anderem unzulässig, wenn die in Art. 1 und Art. 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden –, ein absolutes Verbot wird man insoweit nicht begründen können, zumal Einschränkungen in Art. 13 Abs. 3 sowie in Abs. 2 bereits vom Grundgesetzgeber vorgenommen wurden. Eine weitere absolute Grenzziehung ist mit Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz erfolgt, wonach ein Grundrecht in keinem Fall in seinem

Wesensgehalt angetastet werden darf. Die Konkretisierung des Wesensgehalts ist naturgemäß schwierig. Die Substanz – hier die Unverletzlichkeit der Wohnung – muß erhalten bleiben. In der Literatur gibt es Auffassungen, wonach mit dem heimlichen Abhören von Gesprächen in den Kernbereich des Art. 13 Grundgesetz i. V. m. dem Schutz der Privatautonomie gem. Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz eingegriffen werde: Damit werde die räumliche Privatsphäre prinzipiell aufgehoben. Es gibt auch höchstrichterliche Entscheidungen, die zumindest in diese Richtung gehen. So hat der BGH in seinem Urteil vom 16. März 1983 (BGHSt 31, 299) ausgeführt: »Nach Ansicht des Senats berührte die Aufzeichnung des 'Raumgesprächs' den unantastbaren Bereich der privaten Lebensgestaltung, der unter dem absoluten Schutz des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz steht und auf den daher die öffentliche Gewalt nicht einwirken darf. ... Selbst überwiegende Interessen der Allgemein-

»Es ist das eine, Gesetze zu akzeptieren und zu befolgen, es ist das andere, sie persönlich als vernünftig, falsch oder gar gefährlich einzustufen.«

heit können einen Eingriff in den geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen.« Ich habe Zweifel, ob mit Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz der richtige Prüfungsort gewählt ist, ob man sagen kann, das Freiheitsrecht »Unverletzlichkeit der Wohnung« werde mit Einführung des sog. Lauschangriffs in seinem Wesensgehalt angetastet. Einmal geschieht dies nicht generell, sondern nur für bestimmte Situationen, die gesetzgeberisch vorherbestimmt werden und über die letztlich richterlich zu entscheiden ist. Zum anderen müßte dann der Wesensgehalt auch bei den anderen bereits vom Verfassungsgesetzgeber erlaubten Einschränkungen tangiert sein. Ich will mich aber hieran nicht »festbeißen«. Immer muß eine Grundrechtsbeschränkung sich der Verhältnismäßigkeitsprüfung stellen, d. h., die Grundrechtseinschränkung muß notwendig, geeignet und angemessen sein.

Zur Notwendigkeit des Lauschangriffs. Mit dem Lauschangriff soll vor allem das organisierte Verbrechen – wie es heute heißt – bekämpft werden. Das Ziel ist nicht nur legitim, es ist ein vordringliches Ziel. Ich habe mich seit meinem Amtsantritt für eine Schwerpunktsetzung in der Strafverfolgung auf die »Kriminalität der Mächtigen« eingesetzt. Ein wesentlicher Teil dieser Kriminalität der Mächtigen ist die Organisierte Kriminalität. Die Notwendigkeit der Strafverfolgung gerade dieser Kriminalität steht außer Frage. Die Frage ist nur, ob es andere, weniger eingriffsintensive Ermittlungsmaßnahmen gibt. Ich denke hierbei an die Observation, an die Durchsuchung, an die Beschlagnahme, an Telefonabhörmaßnahmen, an die Untersuchungshaft. Es gibt viele, gerade auch aus dem Kreis der Strafverfolger der Organisierten Kriminalität, die sagen, diese Mittel reichen nicht aus.

»Wir sollten mit Argumenten streiten und nicht mit Stimmungen. In einem Rechtsstaat sind wir aber einer rationalen Kriminalpolitik verpflichtet.«

Diese Straftäter würden so organisiert und abgeschottet operieren, daß mit dem herkömmlichen Instrumentarium man da nicht »rankomme«. Man wird sicherlich in manchen Fällen mit dem Lauschangriff leichter zur Überführung kommen, und es wird vermutlich auch Fälle geben, die man sonst nicht lösen könnte. Ob diese Fälle nicht nur Einzelfälle sind, sondern in einer Vielzahl vorkommen, die das Notwendigkeitskriterium erfüllen, muß ich hier offenlassen. Im Grunde müßte hier im Wege der Rechtstatsachenforschung anhand einzelner Ermittlungsverfahren diese Behauptung überprüft werden. Letztlich hängt die Entscheidung über dieses Prüfungskriterium davon ab, welchen Bedrohungsgrad man der Organisierten Kriminalität zuerkennt. Auch darüber gibt es Streit, auch dazu habe ich mich wiederholt geäußert (Juristenzeitung 1991, S. 62 ff; Deutsche Polizei, Landesjournal Schleswig-Holstein, 1996, Heft 2 ff). Im Ergebnis wird man dem Gesetzgeber hier ei-

nen Beurteilungsfreiraum einräumen müssen, wenngleich Zweifel nicht ausgeräumt sind. Wie lange haben wir auf die Überwachung der Mobilfunknetze D und E gewartet? *Hier* besteht ein kriminalistischer Bedarf, der Jahre lang von der Politik nicht befriedigt worden ist. Neue Probleme zeigen sich bei der strafrechtlichen Kontrolle des Internet sowie für die Fernmeldeüberwachung satellitengestützter persönlicher Kommunikationsdienste. *Hier* darf die Strafverfolgung nicht abgehängt werden, weil diese modernen Kommunikationsmittel gerade auch von der Verbrecherseite genutzt werden. Im Jahresbericht 1995 zur Rauschgiftkriminalität in Schleswig-Holstein des LKA heißt es: Der Vorsprung in der Kommunikationstechnik der Täter ist teilweise erheblich. Wie wir heute bei neuen technischen Anlagen eine Umweltverträglichkeitsprüfung vornehmen, so brauchen wir auch eine Sicherheitsverträglichkeitsprüfung gerade bei neuen Kommunikationstechniken. *Hier* entstehen neue Sicherheitsprobleme, die kaum diskutiert werden.

Wenn man somit mit mir diese Notwendigkeitshürde überspringt, so fragt sich, ob der Lauschangriff geeignet ist, Ermittlungserfolge herbeizuführen. Hier gibt es im wesentlichen zwei Einwände. Einmal habe ich bereits das Ausweichverhalten erwähnt. Straftäter, die mit einem Lauschangriff rechnen, können und werden sich darauf einstellen. Zum anderen gibt es Gegenmaßnahmen, vom Störsender anfangen bis zum Aufdrehen des Wasserhahns, um in der Geräuschkulisse das Abhören unmöglich zu machen. Auf der anderen Seite bringt uns die Telefonüberwachung nach wie vor Ermittlungserfolge, obwohl diese Ermittlungsmaßnahmen in Ganovenkreisen durchaus bekannt sind. Man wundert sich immer wieder, was alles am Telefon geplaudert wird und wie leichtsinnig sich Straftäter verhalten. Auch die Eignung wird man somit dem Lauschangriff nicht generell absprechen können, wenngleich die Ermittlungserfolge, wie für die USA dargestellt, nicht überwältigend sind. Hierbei wird die Eignung abnehmen, je weiter sich die elektronische Kommunikation ausbreitet, auch unter Verbrechern. Ein Kennzeichen der Organisierten Kriminalität ist gerade die Internationalität. In diesen Konzernen der Kriminalität wird das Verbrechen nicht im Wohn- oder Schlafzimmer, sondern auf internationalen Kommunikationswegen organisiert. In mehr als 2/3 der 787 OK-Verfahren in der Bundesrepublik Deutschland aus dem Jahre 1995 lagen internationale Tatbezüge vor. Setzen wir nicht mit dem Lauschangriff schon auf ein veraltetes Instrumentarium?

Entscheidend ist für mich die Angemessenheitsprüfung, die dritte Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Ist der Lauschangriff vor dem Hintergrund einer zweifelhaften Notwen-

digkeit, einer fragwürdigen Geeignetheit angemessen im Hinblick auf die Einschränkungen der Unverletzlichkeit der Wohnung? Vor- und Nachteile sind hiergegenüber abzuwägen. Wenn die Nachteile überwiegen, ist die Einschränkung unangemessen. Hierbei sind nicht nur die Nachteile im Falle einer tatsächlichen Lauschooperation zu bewerten. Auch die Ängste, daß man möglicherweise abgehört wird, sind Nachteile, die mit der Einführung des Lauschangriffs verbunden sein können. »My home is my castle« gilt dann nur noch sehr beschränkt. Ja, ich meine, die Ängste vor einem Lauschangriff sind gewichtiger als das Eindringen in die Privatsphäre selbst. Es ist fraglich, ob dann der Spruch des Biedermanns »Ich habe nichts zu befürchten« noch gilt. Natürlich hängt der Eintritt solcher möglichen Folgewirkungen ab von den Voraussetzungen des Lauschangriffs, von den justitiellen Bedingungen. Bei welchen Tatbeständen darf er eingesetzt werden, wie lange, wer entscheidet hierüber, muß der Abgehörte später informiert werden? Kautelen wie in den USA werden wir aber sicherlich nicht erhalten. Jeder Lauschangriff wird dort in einem Report aufgelistet mit Einzelangaben über Dauer, Erfolg, finanzielle Kosten, vor allem auch mit Namensnennung des Richters, der die Maßnahme angeordnet hat. Vorschläge, eine solche Handhabung bei uns zu übernehmen, sind rigoros abgelehnt worden. Aber auch bei hohen Hürden für den Einsatz dieser Überwachungsmethode sind meine Einwände nicht ausgeräumt. Das Eindringen in die räumliche Privatsphäre ist das eine. Das andere und für mich noch Gravierendere sind die strafprozessualen Auswirkungen. Der Bundesgerichtshof hat vor nicht allzulanger Zeit entschieden, daß Geständnisse nicht verwertet werden dürfen, wenn eine Belehrung im Sinne des § 136 StPO ausgeblieben ist, daß man also nicht aussagen muß, daß man einen Verteidiger hinzuziehen darf (BGHSt 38, 214). Im Standardkommentar der Praxis, in Kleinknecht/Meyer-Goßner (42. Aufl.) heißt es hierzu in der Kommentierung zu § 136 Rdnr. 20: »Auch der BGH hat sich nun endlich dieser seit langem in der Literatur nahezu einhellig vertretenen Ansicht angeschlossen und auf erneute Vorlegung der Rechtsfrage durch das OLG Celle seine frühere entgegenstehende Rechtsprechung aufgegeben.« Wenn gezielt gegen einen Beschuldigten ein Lauschangriff gefahren wird, wird dann nicht diese Belehrungspflicht umgangen? Bedenken Sie folgenden konstruierten Fall: Der Beschuldigte soll vernommen werden. Er verweigert nach Belehrung die Aussage. Der Beschuldigte fährt zurück in seine Wohnung, wo er sich mit einem verdächtigen Komplizen trifft. Jetzt wird anschließend die Wohnung abgehört. Ist das nicht in Wahrheit eine mittelbare Vernehmung? Das Recht zur Verteidigerkonsultation steht dann ebenfalls nur auf dem Papier. Und wie

steht es mit dem Grundsatz (Art. 14 III g des Paktes über staatsbürgerliche und politische Rechte), daß sich niemand selbst belasten muß. Natürlich muß sich der Beschuldigte auch in seinen Privatgesprächen nicht selbst belasten. Es macht aber einen Unterschied, ob Sie als Polizeibeamte, wir als Staatsanwälte zufällig etwas mitbekommen, z. B. in der Kneipe, oder ob staatliche Ermittlungsbehörden gezielt im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens gegen einen konkret Beschuldigten so vorgehen. Hier liegt für mich die eigentliche Crux des Lauschangriffs, die faktische Aushebelung prozessualer Rechte des Beschuldigten. Zumindest müssen diese rechtsstaatlichen Nachteile mitbedacht werden bei der Prüfung der Angemessenheit. Wie sieht es aus mit den Zeugnisverweigerungsrechten der Ehefrau, der Verlobten? Wie wird der freie Verkehr des Verteidigers mit dem Beschuldigten im Sinne des § 148 Strafprozeßordnung gewährleistet, wenn dieser mehr oder weniger zufällig in der Wohnung des Überwachten anwesend ist? Der sächsische Verfassungsgerichtshof hat in seiner bereits erwähnten Entscheidung zum dortigen Polizeigesetz ausdrücklich für verfassungswidrig erklärt, personenbezogene Daten aus Vertrauensverhältnissen zu erheben, die durch Amts- und Berufsgeheimnisse gesetzlich geschützt sind. Daß dann – wie bei der Telefonüberwachung – ein Verwertungsverbot einsetzt, beseitigt nicht die Nachteile völlig. Verteidigungsstrategien sind damit möglicherweise offengelegt. Ich habe es angedeutet und will es noch deutlicher sagen: Die Abwägung von Vor- und Nachteilen fällt negativ zu Lasten des Lauschangriffs aus. Der Lauschangriff fällt bei mir auf dem rechtsstaatlichen Prüfstand nach wie vor durch. Und damit stehe ich nicht allein. So hat z. B. der sächsische Verfassungsgerichtshof in dem bereits mehrfach erwähnten Urteil vom 14. Mai 1996 zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des polizeilichen Lauschangriffs in besonderer Weise, ja entscheidend auf die Gefahrenlage für die bedeutenden Rechtsgüter abgestellt. Hierbei hat der Gerichtshof den Schutz von Wohnungen nochmals betont: »Es gibt Räume innerhalb von Wohnungen, die zu diesem absolut geschützten Bereich privater Lebensführung gehören. Es muß Räume geben, in die sich der einzelne so zurückziehen kann, daß er unangestastet von jeglicher staatlichen Einmischung seine Vorstellung von Leben nach seinem Belieben verwirklichen kann und in denen er über sein Verhalten keiner staatlichen Stelle Rechenschaft schuldet und von der Obrigkeit völlig in Ruhe gelassen werden muß. In diesem Bereich vermögen auch schwerstwiegende Interessen der Allgemeinheit oder gar einzelner einen staatlichen Eingriff nicht zu rechtfertigen« (Urteil S. 87, 88). Da nach Auffassung des Gerichts dieser Schutz nicht generell abstrakt vom Gesetzgeber geregelt werden kann,

verlangt es eine besondere Gefahrenlage. Der Lauschangriff wird rechtlich abhängig gemacht von einer gegenwärtigen Gefahr; es genügt nicht eine dringende Gefahr, schon gar nicht bloße Erwartungen. Damit wurde auch der Lauschangriff zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten im Rahmen von Vorfeldermittlungen für verfassungswidrig erklärt. Im Bereich der Strafverfolgung ist Eingriffsermächtigung grundsätzlich nicht eine Gefahr für Rechtsgüter, sondern ein Verdacht für bereits erfolgte Verletzungen von Rechtsgütern. Wenn wir Straftäter verfolgen, so weil sie schon mal gefährlich waren. Sie mögen zum Teil auch für die Zukunft gefährlich sein; nur prüfen wir das – von Ausnahmen abgesehen – gar nicht bei unseren Ermittlungen. Es erscheint von daher zweifelhaft, ob ein Lauschangriff zum Zwecke der Strafverfolgung, ohne daß eine gegenwärtige Gefahr für neue erhebliche Rechtsgutverletzungen vorliegt, den Anforderungen des sächsischen Verfassungsgerichtshofs gerecht wird. Hierin könnte denn auch der kompromißhafte Ausweg liegen: Wie wir den Haftgrund der Wiederholungsgefahr kennen (§ 112 a StPO), wie wir Verdeckte Ermittler – auch – einsetzen, wenn die Wiederholungsgefahr besteht (§ 110 a Abs. 1 Satz 2 StPO), so könnte ein Lauschangriff zu Strafverfolgungszwecken gerechtfertigt sein, wenn gleichzeitig eine gegenwärtige Gefahr für bedeutende Rechtsgüter vorliegt, also auch aus präventiven Gründen vorgegangen wird.

Mir war wichtig, die Vor- und Nachteile des sog. großen Lauschangriffs aufzuzeigen, wobei bei mir die Nachteile überwiegen. Hierbei bin ich mir im klaren, daß man über die von mir vorgenommene Wertung streiten kann. Lassen Sie uns aber mit Argumenten streiten und nicht mit Stimmungen. In der Bundesrepublik wird mir zuviel Kriminalpolitik aus dem »hohlen Bauch« gemacht, wird aktuellen Stimmungslagen nachgegeben. In einem Rechtsstaat sind wir aber auf eine rationale Kriminalpolitik verpflichtet. Ich plädiere für eine rationale Kriminalpolitik; nur eine rationale Kriminalpolitik ist gleichzeitig effektiv und human.

*Prof. Dr. Heribert Ostendorf
ist Generalstaatsanwalt
in Schleswig-Holstein und
Mit-Herausgeber dieser Zeitschrift*

Anmerkungen:

- * Der Beitrag stellt die schriftliche Fassung eines Vortrages dar, den der Ver. am 4. Juni 1996 in der Fachhochschule für Verwaltung, Polizei und Steuerwesen in Kiel-Altenholz gehalten hat.

Birgit Hoffmann

Sterilisation geistig behinderter Erwachsener

Betreuungsrechtliche Behandlung und strafrechtliche Sanktionierung

Im Vorfeld der Reform des Rechts der Vormundschaft und der Pflegschaft über Volljährige durch das Betreuungsgesetz zählte die Regelung einer Sterilisation einwilligungsunfähiger Menschen zu den strittigsten Fragen.

Die Autorin interpretiert die in § 1905 BGB aufgestellten materiell- und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen einer Sterilisation vor dem Hintergrund der bisherigen Praxis und der Intention des Reformvorhabens. Zudem wird dargestellt, wie sich Anwendungsfehler im materiellen oder formellen Bereich auf eine eventuelle strafrechtliche Sanktionierung der an der Entscheidungsfindung beteiligten Personen auswirken können. Die Verfasserin vertritt die Ansicht, daß die Neuregelung im Ergebnis für den betroffenen Personenkreis mehr Rechtssicherheit bedeutet.

Die Darstellung wendet sich an alle Personen, die sich – sei es als Angehörige, Vormundschaftsrichter, bestellte Betreuer oder Ärzte – mit der Frage einer Sterilisation eines nicht selbst einwilligungsfähigen Menschen befassen.

Sie erhalten dabei im Fall einer konkreten Sterilisationsentscheidung wertvolle Hinweise auf die verfahrensrechtlichen Besonderheiten und werden über die im Gesetz aufgestellten materiellrechtlichen Kriterien für den Einzelfall anschaulich informiert.

Die Arbeit entstand während der Tätigkeit der Verfasserin im Referat Recht und Medizin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau.

1996, 233 S., brosch., 78,- DM, 569,- öS,
71,- sFr, ISBN 3-7890-4231-5
(Medizin in Recht und Ethik, Bd. 32)

 **NOMOS Verlagsgesellschaft**
76520 Baden-Baden