

# Kommentare

Maximilian Warntjen

## Der Kernbereich privater Lebensgestaltung und die Telekommunikationsüberwachung gemäß § 100a StPO –

Folgerungen aus dem Lauschangriffs-Urteil des Bundesverfassungsgerichts

### I. Einführung

Das Strafprozessrecht spiegelt als »Seismograph der Staatsverfassung«<sup>1</sup> die gesellschaftlichen und politischen Grundkonflikte unserer Zeit wider. Es handelt sich um das schwierige Verhältnis von Sicherheit und Freiheit bzw., auf das Strafrecht bezogen, das Verhältnis zwischen dem kollektiven Interesse der Allgemeinheit an einer effektiven Strafverfolgung und dem gegenläufigen Interesse des Individuums an einer von Ausforschung und Bespitzelung freien Privatsphäre. Dieser Grundkonflikt tritt am deutlichsten im strafprozessualen Ermittlungsverfahren zutage, in welchem der Einzelne mit dem Ermittlungsarsenal der polizeilichen Strafverfolgungsbehörden in Konflikt gerät.

Innerhalb der letzten Jahre und Jahrzehnte hat nun ein kontinuierlicher Abbau von Beschuldigtenrechten und damit einhergehend eine ständige Ausweitung von polizeilichen Kompetenzen stattgefunden.<sup>2</sup> Begründet wird diese Entwicklung mit vorgeblichen kriminalpolitischen Bedürfnissen wie der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität<sup>3</sup> oder des internationalen Terrorismus<sup>4</sup>, befördert wird sie durch den technischen Fortschritt, welcher das Spektrum der rein technisch möglichen Ermittlungsmethoden erweitert und geeignet erscheint, polizeiliche Begehrlichkeiten zu wecken.

Die Aufgabe, dem Gesetzgeber und der Exekutive gelegentlich Einhalt zu gebieten, kommt somit der dritten Gewalt, der Judikative, zu.<sup>5</sup> Besonders in jüngerer Zeit finden sich Urkate des Bundesverfassungsgerichts und auch der Landesverfassungsgerichte zur Konkretisierung des Schutzes vor staatlichen

1 Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, S. 9.

2 Hassemer, DRiZ 1992, 357; ders., StV 1995, 483; Albrecht, StV 2001, 416; Bergemann, Lisken-GS 2004, 69; Frommel, KritV 1990, 279; Kühne, JZ 2001, 1148 spricht von einem »rasanten Weg in einen Überwachungsstaat.«

3 Zum Begriff der Organisierten Kriminalität (OK) vgl. aus neuerer Zeit v. a. Kinzig, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, 2004, insbes. S. 771 ff., der darlegt, dass der OK ein gegenüber herkömmlichen Kriminalitätsfeldern deutlich gesteigertes Bedrohungspotential nicht oder allenfalls vereinzelt zukommt. Außerdem kritisch zum Phänomen der OK Albrecht, Kriminologie, 2. Aufl. 2002, S. 377; Hassemer, StV 1995, 483 (487); ders., DRiZ 1992, 357; Luczak, Organisierte Kriminalität im internationalen Kontext, Diss. 2004.

4 Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus vom 9.1.2002, BGBl. I, S. 361, dazu Denninger, StV 2002, 96; Rublack, DuD 2002, 202.

5 Eindringlich Albrecht, KritV 2004, 123 (127): »Von der Judikative ist zu erhoffen, dass sie der Politik den eingeläuteten Abschied von der Unverfügbarkeit der Menschenwürde und anderer rechtsstaatlicher Grundprinzipien möglichst schwer macht.«

Maßnahmen im Bereich der Informationserhebung und -verarbeitung.<sup>6</sup> In diese Reihe von Entscheidungen fügt sich nun das Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 ein, welches die gesetzlichen Regelungen der Strafprozessordnung über den sogenannten »großen Lauschangriff«, die akustische Wohnraumüberwachung<sup>7</sup> also, für in weiten Teilen mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt.<sup>8</sup>

Das Bundesverfassungsgericht konstatiert in der Entscheidung, es existiere ein »Kernbereich privater Lebensgestaltung«, welcher absolut geschützt sei.<sup>9</sup> In diesem menschenwürderelevanten und daher unantastbaren Bereich sei eine akustische Überwachung unzulässig, eine gleichwohl erfolgende Wohnraumüberwachung somit ein Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG. Die Existenz dieses Kernbereichs privater Lebensgestaltung ist nun keine »Erfindung« des *Lauschangriffs*-Urteils. Bereits in früheren Entscheidungen, nämlich zuerst im *Elfes*-Urteil<sup>10</sup> und später beispielsweise in der *Tagebuch*-Entscheidung,<sup>11</sup> hat sich das Gericht mit diesem letzten Rückzugsbereich des Einzelnen beschäftigt. Besondere Beachtung verdient die Entscheidung zur akustischen Wohnraumüberwachung zunächst vor allem deshalb, weil der oben erwähnte, absolut geschützte Rückzugsraum des Menschen, zum ersten Mal in einer Fallkonstellation auch als tatsächlich einschlägig beurteilt wurde.<sup>12</sup> Daneben ist das Urteil aber auch insofern als überaus bedeutsam einzustufen, als es in aller Deutlichkeit der Informationserhebung des Staates Grenzen setzt und mit »beispielhafter Konsequenz den (...) Leitgedanken des »absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung« und damit ein tragendes Element des freiheitlichen Rechtsstaates (...) zur Geltung bringt.«<sup>13</sup>

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts befasst sich indes »nur« mit der akustischen Wohnraumüberwachung im Rahmen der Strafverfolgung nach § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO und deren verfassungsrechtlicher Problematik. Die Vorstellung eines unantastbaren Kernbereichs privater Lebensgestaltung lässt sich gedanklich nun aber auch auf andere Konstellationen übertragen, in welchen der Einzelne den Ermittlungen der Polizei gegenübersteht. Konkret: Wenn das höchstpersönliche Gespräch unter engsten Vertrauten in der eigenen Wohnung absoluten Schutz erfährt, wie steht es dann beispielsweise um die per Telefon geführte vertrauliche Unterredung? Damit ist die Frage angesprochen, ob sich nicht auch die Überwachung der Telekommunikation gemäß § 100a StPO an den Urteilerwägungen messen lassen muss und ob sie, bejahendenfalls, den

6 BVerfGE 100, 313 (»elektronische Rasterfahndung«); E 107, 299 (»Handyüberwachung«); E 110, 33 (§39 AWG) sowie LVerfG MV, LKV 2000, 345 (Verfassungsrechtliche Überprüfung des sog. »großen Lauschangriffs«); LVerfG MV, DÖV 2000, 71 (Verdachtsunabhängige Identitätsfeststellung durch die Polizei); BbgVerfG, LKV 1999, 450 (Verfassungsrechtliche Prüfung des Brandenburgischen Polizeigesetzes); SächsVerfGH, JZ 1996, 957 m. Anm. Götz (Verfassungsrechtliche Überprüfung des Sächsischen Polizeigesetzes, u. a. Annahme der Verfassungswidrigkeit des sog. großen Lauschangriffs zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung).

7 Vgl. §§ 100c ff. StPO. Der Terminus »großer Lauschangriff« wird im Folgenden synonym zum Begriff »akustische Wohnraumüberwachung« verwendet. Zum Streit um die Begrifflichkeiten vgl. *Bludovsky*, Rechtliche Probleme bei der Beweiserhebung und Beweisverwertung im Zusammenhang mit dem Lauschangriff nach § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO, Diss. 2002, S. 21 ff.

8 BVerfG, 1 BvR 2378/98 vom 3. 3. 2004 = BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999 = StV 2004, 169. Besprechungen u. a. von *Gusy*, JuS 2004, 457; *Denninger*, ZRP 2004, 101; *Haas*, NJW 2004, 3082; *Rutbig*, GA 2004, 587; *Geis*, CR 2004, 338; *Mushoff*, Forum Recht 2004, 88; *Sachs*, JuS 2004, 522; *Petersen*, KJ 2004, 316; *Kutscha*, NJW 2005, 20.

9 BVerfGE 109, 279 (313).

10 BVerfGE 6, 32 (41).

11 BVerfGE 80, 367.

12 *Denninger*, ZRP 2004, 101; *Rutbig*, GA 2004, 587 (597).

13 *Denninger*, ZRP 2004, 101, sowie *ders.*, Liskén-GS, 2004, 13.

Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung gerecht wird. Der vorliegende Beitrag will daher untersuchen, welche Konsequenzen sich aus der Lauschangriffs-Entscheidung für die strafprozessuale Überwachung der Telekommunikation ergeben.

## II. Der Kernbereich privater Lebensgestaltung und die Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO

### 1. Der unantastbare Kernbereich privater Lebensgestaltung

Zum absolut geschützten Kernbereich bemerkt das Bundesverfassungsgericht im grundlegenden *Elfes-Urteil*, dass »dem einzelnen Bürger eine Sphäre privater Lebensgestaltung verfassungskräftig vorbehalten ist, also ein letzter unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit besteht, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist.«<sup>14</sup> Dabei ist die Rechtsgrundlage, auf welchen der Kernbereich privater Lebensgestaltung gestützt wird, nicht immer einheitlich und dezidiert festgelegt. Zumeist werden vom Bundesverfassungsgericht Art. 19 Abs. 2 GG und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gemeinsam herangezogen.<sup>15</sup> Das Bundesverfassungsgericht sah den Kernbereich privater Lebensgestaltung lange dadurch gekennzeichnet, dass der Einzelne in ihm »sich selbst besitzen« und »ein Recht auf Einsamkeit« genießen solle.<sup>16</sup> Er ist so ein Raum, in welchem die innere Daseinsbewältigung, die Auseinandersetzung mit sich selbst und die Rechenschaftsablegung gegenüber sich selbst stattfindet und geschützt wird.<sup>17</sup> Bei Vorliegen eines *Sozialbezugs* einer menschlichen Handlung hingegen sollte die Intimsphäre grundsätzlich nicht einschlägig sein.<sup>18</sup> Der Kernbereich war in dieser Interpretation des Bundesverfassungsgerichts ausschließlich ein Bereich der »Nichtkommunikation,« ein forum internum.<sup>19</sup> Überzeugend führt das Bundesverfassungsgericht dann im *Tagebuch-Urteil* in aller Klarheit aus, der unantastbare Kernbereich privater Lebensgestaltung könne nicht nur betroffen sein, wenn der Einzelne mit sich allein sei, sondern auch dann, wenn er mit anderen kommuniziere: »Der Mensch als Person, auch im Kernbereich seiner Persönlichkeit, verwirklicht sich notwendig in sozialen Bezügen«. Entscheidend ist demnach nicht, »ob eine soziale Bedeutung oder Beziehung überhaupt besteht, sondern welcher Art und wie intensiv sie ist.«<sup>20</sup> In der Entscheidung zum Lauschangriff konkretisiert das Bundesverfassungsgericht sodann, dass auch und vor allem Gespräche grundsätzlich in den Kernbereich privater Lebensgestaltung fallen können. Allerdings sei nicht jedes menschliche Gespräch absolut geschützt.<sup>21</sup> Damit stellt sich die Frage, wie die

14 BVerfGE 6, 32 (41), seitdem st. Rspr. vgl. BVerfGE 6, 389 (433); 27, 344 (351); 32, 373 (379); 34, 238 (245); 35, 35 (39); 38, 316 (320); 54, 143 (146); 65, 1 (46); 80, 367 (373); 89, 69 (83); 109, 279 (314). Auch die Literatur folgt dem BVerfG weitgehend in der Anerkennung eines unantastbaren Kernbereichs, ohne dass damit allerdings Einigkeit über die erfassten Verhaltensweisen bestünde, vgl. nur *Rohlf*, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre, Diss. 1980, S. 225 ff.; *Duttge*, Der Begriff der Zwangsmaßnahme im Strafprozessrecht, Diss. 1995, S. 173 ff.; *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen im Strafprozess, Diss. 1992, S. 70 f.; *Wolter*, in: SK-StPO, Vor § 151 Rn. 29; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, 39. Lfg. (Stand: Juli 2001), Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 162; a. A. aber *Lorenz*, GA 1992, 254 (263 f.); *Lesch*, StV 1995, 612 f.

15 BVerfGE 6, 32 (41); 27, 344 (350 f.); 34, 238 (245); 80, 367 (373 f.). Vgl. *Duttge* (Fn. 14), S. 173.

16 BVerfGE 27, 1 (6).

17 LG Saarbrücken, StV 1988, 480.

18 BVerfGE 6, 389 (433).

19 BVerfGE 33, 367 (377). *Dalakouras*, Beweisverbote bezüglich der Beachtung der Intimsphäre, Diss. 1988, S. 50 ff.; *Lammer* (Fn. 14), S. 76.

20 BVerfGE 80, 367 (374). Hervorhebung im Original.

21 BVerfGE 109, 279 (319 ff.).

kernbereichszugehörigen Gespräche von jenen abzugrenzen sind, denen die absolute Schutzwirkung nicht zukommt. Das Bundesverfassungsgericht führt hierzu aus, dass der *Inhalt* des Gesprächs maßgeblich sei und dieser nach seinem Charakter *höchstpersönlich* sein müsse, um eine Kernbereichszugehörigkeit zu begründen. Dass schließlich der Kernbereich betroffen sei, soweit es um »Gefühlsäußerungen, Äußerungen des unbewussten Erlebens sowie Ausdrucksformen der Sexualität« gehe, vermag auch jenseits der Kategorie menschlicher Gespräche einen Eindruck der geschützten Handlungen zu vermitteln. Es geht also um den Schutz höchstpersönlicher, vertraulicher und letztlich menschenwürdiger Kommunikation und Handlungen.<sup>22</sup>

## 2. Die Indikatoren des Bundesverfassungsgerichts für eine kernbereichsrelevante Situation

Um sich der Bedeutung der *Lauschangriffs*-Entscheidung weiter anzunähern, ist ein Blick auf das »Dilemma« der akustischen Wohnraumüberwachung in der polizeilichen Praxis zu werfen. Die Frage, ob die Maßnahme den Voraussetzungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerecht wird, also geeignet, erforderlich und angemessen ist, die Frage, ob sie gar in den absolut geschützten Bereich eingreift und so per se rechtswidrig ist, all das ergibt sich ja erst *bei* Durchführung der Überwachung.<sup>23</sup> Plastisch geschildert: Ob ein intimes Gespräch, welches seinem Inhalt nach »höchstpersönlich« ist, zwischen den Eheleuten in der Wohnung geführt wird, erfährt die Polizei erst dann und erst dadurch, dass die Mikrofone angeschaltet sind, obwohl sie doch gerade jetzt ausgeschaltet sein sollten. Während die dissentierenden Richterinnen *Jaeger* und *Hohmann-Dennhart* in ihrem Sondervotum zur *Lauschangriffs*-Entscheidung an dieser Stelle die Konsequenz ziehen, da Art. 13 Abs. 3 GG nicht die erforderlichen Vorkehrungen gegen eine Verletzung des unantastbaren Kernbereichs privater Lebensgestaltung enthalte, sei er, am Maßstab des Art. 79 Abs. 3 GG gemessen, verfassungswidrig,<sup>24</sup> geht die Mehrheit des Ersten Senats einen anderen Weg. Das Verdikt der Verfassungswidrigkeit des Art. 13 Abs. 3 GG wird vermieden, indem im Wege »systematischer Interpretation«<sup>25</sup> der durch eine Verfassungsänderung eingefügten Norm weitere, ungeschriebene Anforderungen entnommen werden, welche sicherstellen sollen, dass die akustische Wohnraumüberwachung nicht zu einer Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung führt.<sup>26</sup> Zu diesen Anforderungen gehören nun auch die sogenannten Indikatoren, welche das Bundesverfassungsgericht entwickelt. Diese Indikatoren sind tatsächliche Anhaltspunkte, welche Aufschluss über die *Wahrscheinlichkeit* einer kernbereichszugehörigen Situation geben sollen. So soll der *räumlichen Situation* ebenso wie der Anwesenheit von Personen des höchstpersönlichen *Vertrauens* eine solche indizierende Wirkung zukommen. Anhand dieser beiden Anhaltspunkte wird es für die Strafverfolgungsbehörden im Vorhinein einer Maßnahme möglich, eine Prognose darüber anzustellen, ob das Abhören mit

22 BVerfGE 109, 279 (313 f.).

23 Vgl. dazu das Sondervotum von *Jaeger* und *Hohmann-Dennhart*, BVerfGE 109, 279 (383): »Gewissheit (...) bekommt man jedoch erst, wenn man die Abgeschlossenheit der Wohnung durchdringt und sich Kenntnis von dem verschafft, was in ihr passiert. Damit kann man aber schon in einen Bereich eingreifen haben, der (...) gerade absoluten Schutz erfahren soll.«

24 BVerfGE 109, 279 (387).

25 Hierzu kritische Bedenken, auch in methodischer Hinsicht, beim Sondervotum, BVerfGE 109, 279 (386 ff.).

26 BVerfGE 109, 279 (318 f.).

Wahrscheinlichkeit zu einer Kernbereichsverletzung führt und somit grundsätzlich, wenn nicht konkrete Anhaltspunkte dagegen sprechen, zu unterbleiben hat. Die Orientierung an diesen Indikatoren bedeutet dabei letztendlich, dass eine Verletzung des Kernbereichs durch Überwachungsmaßnahmen zwar weniger wahrscheinlich wird, jedoch noch immer möglich ist.

#### a) Die räumliche Situation

Der erste, im Folgenden in den Blick zu fassende Indikator des Bundesverfassungsgerichts zieht aus der räumlichen Situation Schlüsse auf die Wahrscheinlichkeit einer kernbereichszugehörigen Situation. So sei bei Gesprächen in *Betriebs- oder Geschäftsräumen* bei typisierender Betrachtung ein Sozialbezug anzunehmen, wohingegen die *Privatwohnung* typischerweise als Rückzugsbereich diene und insofern eine Vermutung für kernbereichsrelevante Gespräche bestehe. Solchen Räumen hingegen, die sowohl zum Arbeiten als auch zum Wohnen genutzt würden und solchen, welche der Ausübung von Berufen dienen, die ein höchstpersönliches Vertrauensverhältnis voraussetzen, komme keine Aussage bezüglich des Kernbereichs zu; sie sind insofern als »neutral« anzusehen.<sup>27</sup> Für die Strafverfolgungspraxis bedeutet dies, dass im Regelfall ein Abhören der Privatwohnung unzulässig ist, wenn nicht tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass es im Einzelfall entgegen der Vermutung nicht zu höchstpersönlichen Gesprächen kommt.

#### b) Das Vertrauensverhältnis der Kommunizierenden

Ein enges Vertrauensverhältnis der Kommunizierenden stellt einen weiteren Indikator für eine kernbereichsrelevante Situation dar. Insbesondere die Kommunikation des Betroffenen mit dem Ehepartner und anderen engsten Familienangehörigen, etwa Geschwistern und Verwandten in gerader Linie, aber auch sonstigen »Personen des besonderen Vertrauens« wie etwa engen persönlichen Freunden oder aus dem Kreis der nach § 53 StPO Zeugnisverweigerungsberechtigten der Geistliche, der Strafverteidiger und im Einzelfall der Arzt, ist ein Indiz für einen zum Kernbereich zu zählenden Sachverhalt.<sup>28</sup> Hervorzuheben ist hierbei, dass die »Personen des besonderen Vertrauens« nicht etwa identisch sind mit den Zeugnisverweigerungsberechtigten nach §§ 52, 53 StPO. Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung knüpft insoweit nicht an das formale Kriterium des Verwandtschaftsverhältnisses an, sondern erfordert ein tatsächlich vorhandenes Vertrauensverhältnis.<sup>29</sup> Konkret bedeutet dies, dass ein Abhören von Gesprächen, welche der Betroffene mit engsten Vertrauten führt, in Zukunft grundsätzlich unzulässig ist. Nur dann, wenn ausnahmsweise tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, es werde zu nicht kernbereichszugehöriger Kommunikation kommen, ist die Überwachung möglich.

### 3. Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung – weitere Konsequenzen für die Strafverfolgungspraxis

Das Bundesverfassungsgericht entwickelt noch weitere Vorgaben, welche zum Teil (Indikatoren) eine Verletzung des unantastbaren Kernbereichs privater

<sup>27</sup> BVerfGE 109, 279 (321).

<sup>28</sup> BVerfGE 109, 279 (321 ff.).

<sup>29</sup> Ebd.

Lebensgestaltung durch Überwachungsmaßnahmen im Vorhinein verhindern sollen, zum Teil aber auch bei dennoch erfolgter Berührung des Kernbereichs den sofortigen Abbruch der Maßnahme sicherstellen sollen und die weitere Verwendung der (rechtswidrig) erhobenen Daten regeln.

Die bereits dargestellten Indikatoren ermöglichen es, vor Durchführung der Maßnahme die einschlägige Situation daraufhin zu beurteilen, ob ein Abhören überhaupt zulässig ist. Ob ein Indikator vorliegt, ist durch »geeignete Vorermittlungen« festzustellen, keinesfalls aber durch das Abhören selbst. Sind die Indikatoren in der konkreten Situation jedoch nicht einschlägig bzw. ist ihre Vermutungswirkung durch konkrete Anhaltspunkte, es werde zu nicht kernbereichszugehöriger Kommunikation kommen, widerlegt, so ist ein Abhören im Sinne einer ersten »Sichtung«, eines Probehörens sozusagen, zulässig.<sup>30</sup>

Weitere Vorgaben betreffen die Phase *während* der Überwachung. Denn diese ist nicht etwa uneingeschränkt zulässig, sondern vielmehr ist »größtmögliche Zurückhaltung« geboten, welche nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts dazu führen »kann«, dass auf das (in der Praxis übliche) automatische Aufzeichnen mit anschließender Durchsicht der Ergebnisse zugunsten des »Live-Mithörens« verzichtet werden muss.<sup>31</sup> Diese Vorgabe soll sicherstellen, dass die Überwachung bei Berührung des Kernbereichs sofort abgebrochen und die (rechtswidrig) erhobenen Daten umgehend gelöscht werden können. Das umfassende Verwertungsverbot, nach welchem auch die Verwendung der (rechtswidrig) erhobenen Daten als Spurenansätze in weiteren Ermittlungsverfahren nicht zulässig ist,<sup>32</sup> und welches zudem verfahrensrechtlich abzusichern ist, betrifft schließlich die Phase nach der Durchführung der Überwachungsmaßnahme.<sup>33</sup>

#### 4. Übertragung auf die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation gemäß § 100a StPO

Die Beschäftigung mit der Übertragbarkeit von Erwägungen aus der Lauschangriffsentscheidung auf die Telekommunikationsüberwachung führt zu zwei Fragen: Zum einen ist zu klären, ob es überhaupt denkbar ist, dass auch die menschliche Kommunikation, welche sich der von § 100a StPO tangierten Kommunikationshilfsmittel bedient, grundsätzlich als »höchstpersönlich« eingestuft werden kann und damit ebenfalls dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zugeordnet werden muss. Zum anderen ist daran anschließend

<sup>30</sup> BVerfGE 109, 279 (323).

<sup>31</sup> BVerfGE 109, 279 (323 f.). Allerdings bleibt unklar, nach welchen Kriterien die vom BVerfG ausgemachte etwaige »Erforderlichkeit« des Live-Mithörens beurteilt werden soll. Auf das Verhältnis von kernbereichsrelevanter zu sonstiger Kommunikation abzustellen (so *Brocker/Zartmann*, DRiZ 2005, 108 [109]; *Perne*, DRiZ 2004, 286 [288]) überzeugt jedenfalls nicht, da sich dieses ja erst durch die Maßnahme selbst feststellen lässt, also erst dann, wenn der Modus der Überwachung (live oder nicht) bereits feststeht. Sinnvoller erscheint es dagegen, nach Maßgabe der Indikatoren wie folgt zu differenzieren: Ist in der konkreten Ermittlungssituation kein Indikator einschlägig, so ist grundsätzlich auch eine automatische Aufzeichnung zulässig. Darf dagegen trotz Vorliegen eines Indikators allein deshalb abgehört werden, weil konkrete Anhaltspunkte bestehen (Vorermittlungen!), es werde entgegen der Indizwirkung zu nicht absolut schutzwürdigen Gesprächen kommen, so muss die Überwachung live durchgeführt werden. Nur so ist es möglich, ständig zu überprüfen, ob die Vermutungswirkung der Indikatoren tatsächlich widerlegt ist. Ausführlich hierzu *Wartjen*, Die verdeckten Ermittlungsmaßnahmen der StPO im Anschluss an das Urteil des BVerfG zum großen Lauschangriff – BVerfGE 109, 279, Diss. (vorauss. 2006).

<sup>32</sup> Dies bedeutet, dass zumindest auf die aus *Menschenwürdegründen* rechtswidrige Beweiserhebung bezogen, in Zukunft ein Verwertungsverbot mit Fernwirkung i. S. d. »fruit of the poisonous tree«-Doktrin anzunehmen ist, vgl. *Bergemann*, Lisken-GS 2004, 69 (81).

<sup>33</sup> BVerfGE 109, 279 (324).

zu untersuchen, ob die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Indikatoren und die weiteren Vorgaben gegebenenfalls dann auch auf den Bereich der Telekommunikationsüberwachung übertragen werden können.

Vor der Beantwortung der ersten Frage ist indes ein kurzer Blick auf die Ermittlungsmaßnahme Telekommunikationsüberwachung zu werfen. Voraussetzung für die Maßnahme ist das Vorliegen eines Tatverdachts hinsichtlich einer Straftat aus dem Katalog des § 100a StPO, die Beachtung der Subsidiaritätsklausel und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.<sup>34</sup> Unter Telekommunikation i. S. v. § 100a StPO ist neben dem Fernsprechverkehr und dem Fernschreibverkehr (z. B. Telefax) jede weitere Form der Datenübermittlung unter Überwindung räumlicher Entfernungen bei nicht körperlicher Übertragung, insbesondere auf elektronischem oder optischem Weg, zu verstehen.<sup>35</sup> Im Folgenden wird sich, nicht zuletzt der Anschaulichkeit halber, die Darstellung auf den Fall der Kommunikation mittels eines Telefons beschränken.

Als Ausgangspunkt bei der Untersuchung, ob unter Verwendung eines Telefons stattfindende Kommunikation grundsätzlich auch dem Kernbereich zugeordnet werden kann, soll festgehalten werden, dass sich bei einem Telefongespräch die »Direktheit« und damit der Charakter der menschlichen Kommunikation ändert. So vermag der Sprechende bei einem Gespräch unter physischer Anwesenheit des Gesprächspartners die Reaktion des Gegenübers in vielfältiger Weise wahrzunehmen, nämlich durch Körpersprache, Blicke usw. Demgegenüber ist der Sprechende am Telefon ausschließlich auf die Stimme des Gesprächspartners als Reaktion angewiesen. Dementsprechend wird die Ansicht vertreten, durch die technische Vermittlung sei ein Telefongespräch grundsätzlich ein »wesentlich personenfernere Kommunikationsmodus«, den der Bürger schon rein technisch nicht beherrschen könne.<sup>36</sup> Es fände insofern keine im selben Maße direkte Kommunikation wie beispielsweise bei einer Unterredung in der durch Art. 13 GG geschützten Wohnung statt, vielmehr werde eine technische Einrichtung quasi »dazwischen geschaltet«. Dabei wisse der Bürger um die technischen und rechtlichen Überwachungsmöglichkeiten ebenso wie um die Gefahr von ungewollten technischen Fehlern und dadurch bedingter unbeabsichtigter Kenntnisnahme durch Außenstehende. Dadurch, dass die Kommunikationspartner sich dennoch des Telefons bedienen, öffneten sie nun den absolut geschützten Geheimbereich und verließen ihn zugleich, woran auch das Vertrauen auf eine nicht erfolgende Kenntnisnahme bzw. die Hoffnung darauf nichts ändere.<sup>37</sup>

Die so ausgemachte unterschiedliche Sicherheit von Gesprächen am Telefon vor der Kenntnisnahme durch Dritte mag indes sicherlich *auch* dazu führen, dass Menschen Gespräche mit vertraulichem oder intimen Inhalt vorzugsweise persönlich denn unter Zuhilfenahme eines Telefons führen. Damit ist aber keinesfalls gesagt, dass die Feststellung, das verwendete Kommunikationsmedium sei nicht in gleichem Maße »sicher« vor unerbetener Anteilnahme wie etwa das Gespräch mit einem physisch Anwesenden, etwas an der rechtlichen Schutzwürdigkeit fernmündlicher Kommunikation ändert. Mit anderen Worten: Kann die rein tatsächliche Möglichkeit der Kenntnisnahme von bestimmten Geheimberei-

34 Ausführlich zu den einzelnen Voraussetzungen Schäfer, in: Löwe/Rosenberg, 25. Auflage (Stand: Oktober 2003), § 100a StPO; Rn. 39 ff.

35 Schäfer (Fn. 34), Rn. 29 m.w.N.

36 Lammer (Fn. 14), S. 122.

37 Lammer (Fn. 14), S. 122 f. Ebenso de Lazzar/Rohlf, JZ 1977, 207 (211); Rohlf (Fn. 14), 169; wohl auch Küpper, JZ 1990, 416 (423 f.).

chen den Schutzzumfang derselben bestimmen und sogar begrenzen? Diese Ansicht führt letztendlich zu der fragwürdigen Konsequenz, dass – überspitzt dargestellt – staatliche Organe nur genügend »Druck« auf ein grundrechtsgeschütztes Handeln ausüben müssten, um den Schutzbereich zu begrenzen. Diese Argumentation zieht methodisch den Eingriff zur Bestimmung des Schutzbereichs heran. Wenn dennoch zuzugeben ist, dass für persönliche und vertrauliche Unterredungen zumeist wohl eher das direkte Gespräch gesucht werden wird, so liegt dies wohl nur nachrangig in der unter Umständen erhöhten Sicherheit beispielsweise des häuslichen Zwiegesprächs begründet,<sup>38</sup> sondern ist eher auf den bereits erwähnten unterschiedlichen Charakter des persönlichen Gesprächs zurückzuführen, welches durch die Einbeziehung auch von Reaktion, Körpersprache und Blickkontakt eine ungleich intensivere Kommunikation ermöglicht. Damit ist allerdings noch nicht entschieden, ob es nicht ungeachtet dieses unter Umständen weniger intensiven Gesprächsmodus bei Verwendung eines Telefons dennoch zu höchstpersönlicher Kommunikation kommen kann. Den richtigen Weg weist hier das Postulat des Bundesverfassungsgerichts aus der *Lauschangriffs*-Entscheidung, entscheidend für die Zuordnung eines Gesprächs zum Kernbereich sei der *Inhalt* des Gesprächs.<sup>39</sup> Diese entscheidende Bedeutung des Inhalts menschlicher Kommunikation muss nun aber auch für solche Gespräche gelten, welche unter Verwendung eines Telefons statt finden, denn es ist in der Tat kein Grund ersichtlich, welcher die Annahme stützen würde, höchstpersönliche Kommunikation finde etwa nur in der Wohnung statt und nicht in Telefongesprächen. Zu denken ist insbesondere auch an solche Situationen, in denen es Menschen aus tatsächlichen Gründen, beispielsweise einer großen räumlichen Entfernung, nicht möglich ist, direkt bei gleichzeitiger physischer Anwesenheit miteinander zu kommunizieren. Das Wissen um die Bedeutung von »höchstpersönlichen Gesprächen, »ohne die kein Mensch überleben kann«, für den Kern der menschlichen Persönlichkeit verlangt, dass auch in diesen Situationen der Schutz der Menschenwürde konsequent umgesetzt wird. Damit steht fest, dass auch bei Verwendung eines Kommunikationsmittels höchstpersönliche, dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zugehörige Gespräche denkbar sind, welche dann durch Überwachungs- und Aufzeichnungsmaßnahmen nach § 100a StPO tangiert sind.

Daher gilt das Interesse im Folgenden der zweiten aufgeworfenen Frage, nämlich inwieweit die zum Schutz des Kernbereichs vor der akustischen Wohnraumüberwachung entwickelten Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts auch auf die Telekommunikationsüberwachung übertragbar sind und ob die Regelung der §§ 100a ff. StPO diesen Anforderungen bejahendenfalls gerecht wird. Vergleichsweise problemlos stellt sich dabei die Situation hinsichtlich derjenigen Vorgaben dar, welche *im Anschluss* an eine rechtswidrige Datenerhebung aus dem Kernbereich Geltung beanspruchen: Auch für solche Informationen, die bei einer Überwachung der Telekommunikation nach § 100a StPO unzulässigerweise erhoben worden sind, gilt das Gebot einer sofortigen Löschung der Informationen ebenso wie das umfassende Verwertungsverbot, welches einer verfahrensrechtlichen Absicherung bedarf. § 100b Abs. 6 StPO enthält zwar eine Vernichtungsregel, jedoch ist diese insofern nicht ausreichend, als sie zum einen keine *sofortige* Löschungspflicht enthält, sondern nur eine Vernichtungsanord-

<sup>38</sup> Dass auch dieses nicht absolut sicher ist, zeigt ja die Existenz und der tatsächliche Einsatz des Ermittlungsinstrumentes der akustischen Wohnraumüberwachung gemäß § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO.

<sup>39</sup> BVerfGE 109, 279 (320).

nung für den Fall, dass die Unterlagen zur Strafverfolgung nicht mehr erforderlich seien. Zum anderen ist § 100b Abs. 6 StPO vom Bundesverfassungsgericht für nicht verfassungskonform erklärt worden, da er mit der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG nicht in Einklang steht.<sup>40</sup> Ebenso ist das umfassende Beweisverwertungsverbot nicht in ausreichender Weise normiert. Zwar enthält § 100b Abs. 5 StPO eine Regelung betreffend die sog. Zufallsfunde, jedoch wird sie den Anforderungen aus dem *Lauschangriffs*-Urteil insofern nicht gerecht, als diese eine Verwendung von Daten als Spurenansätze gerade ausschließen.

Auch die Vorgaben, welche für die Phase *während* der Datenerhebung gelten, lassen sich auf die Situation der Telekommunikationsüberwachung übertragen. Dies betrifft zunächst die Abbruchpflicht, falls unerwartet der Kernbereich privater Lebensgestaltung verletzt wird. Hier könnte aber § 100b Abs. 4 S. 1 StPO eine ausreichende Regelung darstellen. Danach ist die Maßnahme abzubrechen, wenn die Voraussetzungen des § 100a StPO nicht mehr vorliegen. Die Umsetzung der erforderlichen, sogleich zu behandelnden, Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in § 100a StPO vorausgesetzt, kann die Regel in § 100b Abs. 4 S. 1 StPO als verfassungskonforme Normierung der Abbruchpflicht gesehen werden. Problematischer erscheint jedoch die Übertragbarkeit des unter Umständen bezüglich der akustischen Wohnraumüberwachung bestehenden Gebots der Live-Überwachung. Jedenfalls in rechtlicher Hinsicht sind keine Gesichtspunkte erkennbar, die eine unterschiedliche Behandlung von akustischer Wohnraumüberwachung und Telekommunikationsüberwachung fordern. Die in zahlenmäßig weitaus größerem Umfang erfolgende Telekommunikationsüberwachung würde durch ein solches Gebot der Live-Überwachung vor weitaus größere Probleme gestellt als die akustische Wohnraumüberwachung mit ihrer vergleichsweise geringeren quantitativen Relevanz.<sup>41</sup> Die Kriterien, welche für das Erfordernis der Live-Überwachung ausschlaggebend sein sollen, sind im *Lauschangriffs*-Urteil nicht ausdrücklich benannt. Nach hier vertretener Ansicht ist danach zu differenzieren, ob die Überwachungsmaßnahme zulässig ist, weil schon von vornherein kein Indikator einschlägig ist (automatische Aufzeichnung möglich) oder ob in der konkreten Situation eine erhöhte Kernbereichswahrscheinlichkeit besteht, eine Überwachung aufgrund konkreter Anhaltspunkte, es werde zu nicht absolut geschützten Gesprächen kommen, dennoch erlaubt ist (Live-Mithören erforderlich). Eine solche Regelung ist in den §§ 100a ff. StPO nicht enthalten.

Als Letztes gilt das Augenmerk nunmehr den Indikatoren des Bundesverfassungsgerichts, welche bereits *vor* Durchführung der akustischen Wohnraumüberwachung Aufschluss über die Wahrscheinlichkeit einer kernbereichszugehörigen Situation geben sollen und so die Zulässigkeit der Maßnahme in der Strafverfolgungspraxis wohl in Zukunft determinieren werden. Fraglich ist dabei, ob sich die beiden Indikatoren *räumliche Situation* und *Vertrauensverhältnis* der Kommunizierenden auf die Situation der Telekommunikationsüberwachung übertragen lassen und daran anschließend, ob nicht weitere tatsächliche Sachverhalte denkbar sind, denen ebenfalls Relevanz in Hinsicht auf die Wahrscheinlichkeit einer kernbereichszugehörigen Situation zukommt. Die dem Indikator *räumliche Situation* zugrunde liegende Erkenntnis, dass in der »Vertrautheit und Geborgenheit der Privatwohnung« höchstpersönliche Kommunikation eher stattfinden wird als in Räumen mit »geschäftlichem Charakter

<sup>40</sup> BVerfGE 109, 279 (380 f.).

<sup>41</sup> Nachweise bei Schäfer (Fn. 36), Rn. 26.

ter«,<sup>42</sup> lässt sich derart auf die Telekommunikationsüberwachung übertragen, dass auch hier die Räumlichkeit, dargestellt durch den entsprechenden Telefonanschluss, Bedeutung erlangt. Einleuchtend ist, dass insofern der private, häusliche Telefonanschluss stärker auf den Kernbereich deutet als ein Geschäftsanschluss. Dagegen kann einem Mobiltelefon, welches ja typischerweise ortsungebunden genutzt wird, keine Aussage in Bezug auf den Kernbereich entnommen werden, so dass in Fällen der Überwachung eines Mobiltelefons dem Merkmal der räumlichen Situation keine Bedeutung zukommt. Damit erhält der Umstand, von welchem Anschluss aus telefoniert wird, vor allem eben seine Zuordnung zum privaten oder zum öffentlichen/geschäftlichen Bereich, eine wichtige Bedeutung in Hinblick auf die Bestimmung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung. Die Ermittlungsbehörden müssen demnach durch geeignete Vorermittlungen prüfen, ob der zu überwachende Anschluss privater oder nicht-privater Natur ist. Ein Abhören des Privatanschlusses des Betroffenen ist demnach in Zukunft nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr zulässig, es sei denn, es liegen im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für nicht kernbereichszugehörige Gespräche vor.

Als zweitem Indikator ist dem *Vertrauensverhältnis* der Kommunizierenden Beachtung zu schenken. Auch diesbezüglich bereitet eine Übertragung des in Hinblick auf den großen Lauschangriff entwickelten Indikators auf die Situation der Telekommunikationsüberwachung augenscheinlich keine Probleme. Denn ungeachtet des Modus der Kommunikation (fernmündlich oder gleichzeitige physische Anwesenheit) bleibt die Bedeutung von beispielsweise Ehe und Familie oder engsten Vertrauten für die höchstpersönliche Kommunikation bestehen.<sup>43</sup> Wann immer also ein mit Hilfe der Telekommunikation geführtes Gespräch zwischen dem Beschuldigten und den Zeugnisverweigerungsberechtigten nach § 52 StPO, engsten Freunden und bestimmten Berufsheimlichkeitsgeheimnisträgern nach § 53 StPO zu beurteilen ist, besteht eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für einen kernbereichszugehörigen Sachverhalt, so dass grundsätzlich ein Abhören unzulässig ist.<sup>44</sup> Auch hier sind die Strafverfolgungsorgane gehalten, entsprechende Vorermittlungen zu führen, aus welchen sich das Vertrauensverhältnis ergibt.<sup>45</sup> Die gesetzliche Regelung in § 100a StPO enthält das erforderliche Beweiserhebungsverbot, welches an die beiden Indikatoren anknüpft, nicht.

Den beiden Indikatoren *räumliche Situation* und *Vertrauensverhältnis* kommt somit auch im Rahmen der Telekommunikationsüberwachung gemäß § 100a StPO Bedeutung zu. Der sich daran anschließend stellenden Frage, inwieweit sonstigen denkbaren tatsächlichen Konstellationen, wie z. B. einer großen Anzahl an Kommunikationsteilnehmern Aussagekraft für den Kernbereich zukommt, kann und muss in Bezug auf die Telekommunikationsüberwachung nicht nachgegangen werden, denn diesbezüglich sind ja zumeist nur zwei Personen tangiert. Gerade in Hinblick auf die weiteren heimlichen Ermittlungsmetho-

42 BVerfGE 109, 279 (320 f.)

43 Vgl. BVerfGE 109, 279 (321 f.). Ebenso Bergemann, in: Lisken-GS 2004, 69 (80).

44 Ebenso Bergemann, in: Lisken-GS 2004, 69 (80): »Stellt das Bundesverfassungsgericht bei der Suche nach Anhaltspunkten für die Menschenwürderelevanz auf die Anwesenheit von Personen des höchstpersönlichen Vertrauens ab, so muss die Teilnahme engster Vertrauter an der Telekommunikation ebenfalls als Anhaltspunkt hierfür gesehen werden.«

45 Bergemann, Lisken-GS 2004, 69 (80): »Vorermittlungen, ob ein bestimmter Anschluss, von dem aus regelmäßig eine Verbindung zum Anschluss des Betroffenen hergestellt wird, einem »engsten Vertrauten« zuzurechnen ist.«

den der StPO<sup>46</sup> und die Problematik, inwieweit diese etwa den Kernbereich privater Lebensgestaltung mit seinen Neuerungen durch das *Lauschangriffs-Urteil* tangieren, tritt die Notwendigkeit einer Untersuchung weiterer möglicher Indikatoren und einer vertieften Beschäftigung mit der dogmatischen Konstruktion der Indikatoren deutlich zutage.<sup>47</sup>

### III. Fazit

Höchstpersönliche menschliche Kommunikation findet nicht nur in der Wohnung statt.<sup>48</sup> Sie ist ebenso denkbar, wenn die Sprechenden ein Telefon oder vergleichbare technische Hilfsmittel verwenden. Auch in solchen Situationen die Unversehrtheit des unantastbaren Kernbereichs privater Lebensgestaltung gegenüber Überwachungsmaßnahmen zu gewährleisten, gebietet der vom Bundesverfassungsgericht angemahnte konsequente Schutz der menschlichen Würde. An den Gesetzgeber ist daher zu appellieren, die aus dem insofern grundlegenden *Lauschangriffs-Urteil* sich ergebenden Vorgaben nicht nur bei den »Reparaturarbeiten« betreffend die akustische Wohnraumüberwachung zu beachten, sondern auch, wie aufgezeigt, die gebotene Anpassung der Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO und sodann gegebenenfalls auch der weiteren heimlichen Ermittlungsmaßnahmen der StPO vorzunehmen.

46 Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Wortes, § 100c Abs. 1 Nr. 2 StPO; Einsatz Verdeckter Ermittler, § 110a StPO; Photos und Videoaufnahmen, § 100c Abs. 1 Nr. 1 a StPO; längerfristige Observation, § 163 f StPO u. a.

47 Hierzu ausführlich *Wartjen* (Fn. 31).

48 Prägnant *Hirsch*, *Lisken-GS*, 2004, 87 (97): »Die Menschenwürde endet nicht an der Wohnungstür.«