

# Ausweitung der Eingriffsbefugnisse – staatliche Hilflosigkeit oder weitere Schritte zu einem Überwachungsstaat?

– eine Analyse am Beispiel der Telekommunikationsüberwachung und der „verdeckten Online-Durchsuchung“

■ Susanne Wollmann, Alexander Otto

Ob „verdeckte Online-Durchsuchung“, „großer Lauschangriff“, Rasterfahndung, längerfristige Observation und Reihengentests Gesetzgebung und Strafverfolgungsbehörden tendieren dazu, die strafprozessualen Eingriffsbefugnisse auszuweiten und unablässig tiefer in die Grundrechte der betroffenen Mitbürger einzugreifen<sup>1</sup>. Einhalt – so scheint es – kann dem oft nur der Bundesgerichtshof<sup>2</sup> oder das Bundesverfassungsgericht<sup>3</sup> bieten. Auch wenn es zur Aufgabe der Ermittlungsbehörden gehört, neue Methoden und Arbeitsweisen zur Kriminalitätsbekämpfung anzuwenden, bedarf es hierzu einer ausgewogenen gesetzlichen Ermächtigung<sup>4</sup>. Bei der „verdeckten Online-Durchsuchung“ fehlt eine solche. Nach einer Äußerung des Bundesinnenministers Schäuble wird es jedoch nicht lange dauern bis eine entsprechende Regelung erlassen wird<sup>5</sup>. Zunächst will der Gesetzgeber jedoch erneut Regelungen treffen, die eine Ausweitung der Telekommunikationsüberwachung, nach der Ausdehnung auf Waffenhandels- und Drogenhandelsdelikte, in weitere Märkte<sup>6</sup> – hier Wirtschaftsmärkte – mit sich bringen. Insbesondere Korruptionsdelikte, bandenmäßiger Betrug und schwere Steuerdelikte sollen mittels Telekommunikationsüberwachung verfolgt werden können. Angesichts der Tatsache, dass die meisten Verfahren, in denen die Telekommunikationsüberwachung angeordnet wird, sowie so auf klassische Weise – mittels gleichzeitiger Zeugenvernehmung – geführt werden, fragt man sich nach dem Sinn einer solchen Kriminalpolitik. Sie widerspricht unserem liberalen Verständnis von den Grundrechten und ihrem Schutz und kann weit reichende Folgen in unserem Alltag haben.

## A. Netter abgehört<sup>7</sup> – auch bei Wirtschaftsbossen?

Laut Statistik der Bundesnetzagentur zu den strafprozessualen Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen wurden im Jahr 2005 insgesamt 42.508 Anordnungen zur Überwachung der Telekommunikation getroffen<sup>8</sup>. Im Mobilfunkbereich gab es 35.015 solcher Anordnungen, was im Ver-

gleich zum Vorjahr einen Zuwachs um ca. 17 Prozent bedeutet<sup>9</sup>. Dabei werden die meisten Anordnungen (fast 60 %) wegen Delikten aus dem Bereich der Betäubungsmittelkriminalität getroffen<sup>10</sup>. In Anbetracht des betroffenen Grundrechtes aus Art. 10 GG des Post- und Fernmeldegeheimnisses hat die Zahl der Anordnungen von Überwachungen der Telekommunikation auf den ersten Blick erschreckende Ausmaße angenommen. Allerdings muss hierbei auch die Entwicklung auf dem Mobilfunkmarkt beachtet werden<sup>11</sup> und die Tatsache, dass viele Täter wechselnde Mobilfunkanschlüsse benutzen, um Telefonüberwachungen zu umgehen<sup>12</sup>.

Um die Zahl der Anordnungen von Telefonüberwachungen zu verringern und die Rolle der Justiz sowie die Grundrechte der von einer Telefonüberwachung Betroffenen gegenüber den Ermittlungsbehörden zu stärken, stellte die Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen im Oktober/November 2006 einen Gesetzesentwurf zur Reform der Telekommunikationsüberwachung vor<sup>13</sup>, den Sie am 13. Dezember 2006 in den Bundestag einbrachte<sup>14</sup>. Im gleichen Zeitraum hat auch das Bundesministerium der Justiz (im Folgenden BMJ) einen Referentenentwurf zur Regelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen vorgelegt. Ziel dieses Gesetzesentwurfs ist die Harmonisierung der verfahrensrechtlichen Voraussetzungen aller verdeckten Ermittlungsmaßnahmen und die Umsetzung europarechtlicher Vorgaben sowie der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

Bei der Umsetzung der genannten Ziele weichen beide Gesetzesentwürfe teilweise voneinander ab. Die größten Unterschiede werden jedoch bei der Konzeption der Anordnungsvoraussetzungen und der Ausgestaltung des Berufsgeheimnisträgerschutzes deutlich. Hierauf soll im Einzelnen eingegangen werden. Dabei soll auch ein Blick auf die aktuelle Diskussion um die Pressefreiheit geworfen werden<sup>15</sup>.

Zunächst wird jedoch die aktuelle Rechtslage betrachtet, um die aufgeworfenen Fragen analysieren zu können.

## B. Welche Befugnisse bieten die bisherigen gesetzlichen Regelungen? – Eine Bestandsaufnahme

Die Überwachung der Telekommunikation ist in den §§ 100a, b, g, h und i StPO geregelt, wobei sich die §§ 100a, b StPO auf die Überwachung der Telekommunikation selbst und die §§ 100g, h StPO auf die Auskunft über Telekommunikationsverbindungsdaten<sup>16</sup> beziehen. Die sog. IMSI-Catcher<sup>17</sup> fallen unter § 100i StPO.

Gemäß § 100a StPO darf bei bestimmten Tatsachen, die den Verdacht begründen, dass jemand eine in dem Katalog genannte Straftat als Täter oder Teilnehmer begangen, versucht bzw. vorbereitet hat, die Telekommunikationsüberwachung angeordnet werden, wenn die Ermittlungen auf andere Weise wesentlich erschwert wären. Liegt eine Katalogtat vor, kann erst nach Feststellung der Schwierigkeit der Erlangung von Beweismitteln auf anderem Wege, die Telekommunikationsüberwachung angeordnet werden. Des Weiteren ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Die angeordnete Maßnahme darf nicht außer Verhältnis zum erstrebten Zweck stehen. Das bedeutet, auch im konkreten Einzelfall muss es sich um eine Straftat von erheblicher Bedeutung handeln<sup>18</sup>.

Da der Straftatenkatalog des § 100a StPO abschließend ist, ist es unvermeidbar, dass Gesetzeslücken auftreten und auch bemängelt werden<sup>19</sup>. Ursprünglich sollten nur schwerste Straftaten bzw. Staatsschutzdelikte mittels Telekommunikationsüberwachung verfolgt werden<sup>20</sup>. Der Katalog wurde daher in Anlehnung an § 138 StGB geschaffen<sup>21</sup>. Im Laufe der Existenz der Regelung wurde sie jedoch den jeweiligen kriminalpolitischen Bedürfnissen an-

gepasst, sei es dass es um die Bekämpfung der Betäubungsmittelkriminalität<sup>22</sup> oder der Organisierten Kriminalität<sup>23</sup> ging. Dem Straftatenkatalog liegen folglich verschiedene Motive des jeweiligen Gesetzgebers zugrunde, nämlich die Schwere der Straftat, die erhöhte Aufklärungschance bei und das kriminalpolitische Interesse an der Verfolgung bestimmter Delikte<sup>24</sup>. Der Katalog wurde immer mehr ausgeweitet, ohne dass überflüssige Straftatbestände aus ihm gestrichen worden sind<sup>25</sup>. Grundsätzlich kann allerdings davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber mit Hilfe des Katalogs dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung tragen will<sup>26</sup>. Das heißt es sollen nur schwere Straftaten erfasst werden, bei denen aufgrund ihrer Struktur die Ermittlungen schwieriger sind, weil sich der Kreis der Täter nach außen hin abschottet. Bei Betrachtung des Straftatenkataloges fällt auf, dass auch „leichtere“ Delikte, wie Fahrlässigkeitsdelikte, von ihm erfasst werden<sup>27</sup>. Die Kritik an dessen Uneinheitlichkeit ist demnach nicht unberechtigt<sup>28</sup>. Es treten auch Wertungswidersprüche auf, wenn beispielsweise die Raubdelikte wie §§ 249 bis 251 sowie die räuberische Erpressung nach § 255 StGB erfasst sind, der räuberische Diebstahl gemäß § 252 StGB dagegen nicht enthalten ist, obwohl der Täter „gleich einem Räuber“ bestraft wird. Insgesamt kann festgestellt werden, dass sich der Ermittlungsansatz der Strafverfolgungsbehörden ändert, weil der Straftatenkatalog gerade Delikte mit banden- und gewerbsmäßiger Begehungsweise enthält. Es geht nicht allein um die Verfolgung bereits begangener Straftaten, sondern auch um die Unterbindung zukünftiger strafbarer Handlungen. Dadurch wandelt sich die auf repressive Strafverfolgung angelegte Struktur der Strafprozessordnung<sup>29</sup>.

Eine weitere Frage ist die strafprozessuale Behandlung von Zufallserkenntnissen<sup>30</sup>. Grundsätzlich ist die Verwertung von Zufallserkenntnissen in § 100b V StPO geregelt. Beziehen sich die Erkenntnisse auf eine Katalogtat des § 100a StPO, so sind sie auch in anderen Strafverfahren verwertbar. Ansonsten kommt es darauf an, ob sie eine einheitliche strafprozessuale Tat mit der Katalogtat bilden. Ist das auch nicht der Fall, können sie Anlass zu neuen Ermittlungen geben, dürfen jedoch nicht in dem anderen Strafverfahren als Beweismittel verwertet werden<sup>31</sup>.

Ein Beweisverwertungsverbot soll erst bei völliger Umgehung des § 100a StPO bestehen oder wenn die Anordnung unter Überschreitung der gesetzlichen Befugnisse ergangen ist, weil kein Tatverdacht einer Katalogtat vorgelegen

hat<sup>32</sup>. Auch bei Missachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes oder der Überwachung der Kommunikation mit dem Verteidiger besteht ein Verwertungsverbot für die aus der Telekommunikationsüberwachung erlangten Beweismittel<sup>33</sup>.

Nicht gerade ausführlich kann eine Bestandsaufnahme des geltenden Rechts mit Blick auf den Schutz von Berufsgeheimnisträgern ausfallen. Im Bereich der Telekommunikationsüberwachung gemäß § 100a StPO ist ein Berufsgeheimnisträgerschutz nicht ausdrücklich normiert. Überhaupt ist im Bereich der strafprozessualen Zwangsmaßnahmen an nur drei Stellen eine ausdrückliche Regelung gefunden worden:

So regelt § 97 StPO, dass bestimmte Gegenstände, die dem Verhältnis „Beschuldigter-Berufsgeheimnisträger“ zuzuordnen sind, einem Beschlagnahmeverbot unterliegen. Dabei knüpft § 97 StPO an die Regelungen der §§ 52, 53, 53a StPO an und stuft das Schutzniveau personengebunden ab<sup>34</sup>.

Derselben Konzeption entspringt im Wesentlichen auch die im Bereich der verdeckten Ermittlungsmaßnahmen neben § 100h einzige Regelung, die einen Berufsgeheimnisträgerschutz bezweckt: § 100c VI StPO. Diese Norm knüpft auch an § 53 StPO an. Eine akustische Wohnraumüberwachung gegen eine in dieser Norm genannte Person ist nicht zulässig, dennoch erlangte Erkenntnisse sind in entsprechender Anwendung von § 100c V 2-4 StPO unverwertbar und unverzüglich zu löschen.

Für Berufshelfer (§ 53a StPO) und Personen im Sinne des § 52 StPO gilt anderes: Gegen sie geführte akustische Wohnraumüberwachungen sind nicht per se unzulässig. Hier ist das Interesse der in §§ 52, 53a StPO genannten Personen am Schutz des betroffenen Vertrauensverhältnis mit dem Interesse an der Sachverhaltserforschung und der Erforschung des Aufenthaltsortes abzuwägen. Fällt das Ergebnis zu Gunsten des Strafverfolgungsinteresses aus, ist die Maßnahme grundsätzlich zulässig. Diese Frage wird jedoch erst nach Durchführung der Maßnahme zu klären sein. § 100c VI 2 StPO schwächt den Schutz der Betroffenen insoweit ab, als für Personen aus den §§ 52, 53a StPO kein Beweiserhebungsverbot hinsichtlich einer akustischen Wohnraumüberwachung besteht, sondern unter den Voraussetzungen des § 100c VI 2 StPO nur ein Beweisverwertungsverbot, soweit die Abwägung zu Gunsten des Betroffenen ausfällt. Mit anderen Worten: Die Strafverfolgungsbehörden dürfen das in § 100c VI 2 StPO gerade unter

Schutz gestellte Vertrauensverhältnis zunächst einmal dadurch verletzen, dass sie mittels eines „großen Lauschangriffs“ verdeckt in diese Sphäre eindringen, um dann anschließend festzustellen, dass das Vertrauensverhältnis zwischen den Betroffenen doch derart schutzwürdig ist, dass die daraus gewonnenen Erkenntnisse nicht verwertet werden dürfen. Eine „*contradictio in adjecto*“?

Auffällig ist an dieser Stelle auch das extrem auseinander fallende Schutzniveau bei Berufsgeheimnisträgern und ihren „Helfern“. Während für die Berufsgeheimnisträger sowohl ein Beweiserhebungsverbot, als auch ein Beweisverwertungsverbot gilt, werden deren Berufshelfer nur durch ein Verwertungsverbot – und das, obwohl das Zeugnisverweigerungsrecht der Berufshelfer gemäß § 53 a StPO gerade zur „Verhinderung der Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts nach § 53 I 1 Nr. 1-4 StPO dient“<sup>35</sup> – geschützt.

Ist in einem ersten Schritt – in den Fällen des § 53 bei der Anordnungsprüfung und in den Fällen der §§ 52, 53a, 53 i.V.m. 100c V 2-4 StPO nach Abschluss der Wohnraumüberwachung – ein Beweisverwertungsverbot bejaht worden, bedeutet dies allerdings nicht, dass es absolut ist. § 100c VI StPO kennt eine Verstrickungsregel, die das möglicherweise bestehende Verwertungsverbot durchbricht. Besteht gegen einen der Normadressaten der Verdacht einer Tat gemäß §§ 257, 258, 259 StGB, ist die akustische Überwachung des Wohnraumes bei Vorliegen der sonstigen Anordnungsvoraussetzungen zulässig.

Als dritte und letzte Vorschrift im Bereich der verdeckten Ermittlungsmaßnahmen konstituiert die Strafprozessordnung in § 100h II StPO einen Berufsgeheimnisträgerschutz. Anders als § 100c VI StPO knüpft diese Vorschrift nicht an die §§ 52, 53, 53a StPO an, sondern schränkt den Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Personen bei der Auskunftserteilung von Telekommunikationsverbindungen weiter ein. Nur für Personen im Sinne des § 53 I 1 Nr. 1, 2 und 4 StPO entfaltet § 100h II StPO seine schützende Wirkung in Form eines Beweiserhebungs- und -verwertungsverbotes. Damit sind auch und vor allem Angehörige (§ 52 StPO)<sup>36</sup> und Journalisten von § 100h II StPO nicht erfasst. Gerade der Ausschluss letzterer lässt einen Willkürverdacht<sup>37</sup> hinsichtlich der Auswahl derer, die in den „Genuss“ des Schutzes aus § 100h II StPO kommen sollen, aufkommen<sup>38</sup>. Außer bei Verstrickung – es gilt die sehr niedrige Teilnahmegrenze und alternativ daneben der Verdacht einer Täterschaft des Berufsgeheimnisträgers für Taten i.S.d. §§ 257,

258 und 259 StGB – ist es unzulässig, Auskunft über solche Verbindungsdaten zu verlangen, die von einem der in § 53 I 1 Nr. 1, 2 und 4 StPO genannten Person stammen. Dennoch erlangte Daten sind, wie schon bei §§ 97, 100c VI StPO unverwertbar.

Betrachtet man ausschließlich den Wortlaut der Normen im 8. Abschnitt des ersten Buches der Strafprozessordnung, fällt nicht nur auf, dass sich der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Berufsgeheimnisträgerschutzes auf die §§ 97, 100c VI, 100h II StPO beschränkt hat, sondern auch, dass sich dieser Schutz in den meisten Fällen nicht oder nur stark abgeschwächt auf die Helfer von Berufsgeheimnisträgern erstreckt. Lediglich § 97 IV und § 100c VI 1 StPO beziehen die Berufshelfer in den Anwendungsbereich der Norm mit ein. Einen Ausschluss der Erteilung von Auskünften über Telekommunikationsverbindungen von Berufshelfern sieht § 100h II StPO hingegen nicht vor. Warum Berufshelfer gerade an dieser Stelle nicht erfasst werden, ist unverständlich<sup>39</sup>, ist doch an den anderen beiden Stellen eine ausdrückliche Regelung für die Behandlung der Berufshelfer gefunden worden. Warum nicht auch bei § 100h StPO?

Bei allen Regelungsbemühungen im Bereich des Berufsgeheimnisträgerschutzes hat der Gesetzgeber keine Normierung im Bereich der Telefonüberwachung gemäß § 100a StPO vorgenommen: Trotz mangelnder Vorschriften in der StPO wird vereinzelt jedoch angenommen, dass zumindest die Anordnung einer Telekommunikationsüberwachung gegen Personen i.S.d. § 53 I StPO unzulässig ist<sup>40</sup>. Dies gilt vor allem für den Verkehr zwischen Verteidiger und Mandanten<sup>41</sup>. § 148 StPO<sup>42</sup> gibt eine Rechtsgarantie des unüberwachten mündlichen Verkehrs zwischen Verteidiger und Beschuldigtem, eine Telekommunikationsüberwachung würde zu dieser Garantie folglich in einem unlöslichen Widerspruch stehen<sup>43</sup>. Grundsätzlich ist eine Telekommunikationsüberwachung gegen einen Verteidiger nach diesen Grundsätzen unzulässig. Dennoch aus dieser geschützten Sphäre gewonnene Beweise unterliegen einem Beweisverwertungsverbot<sup>44</sup>. Eine Einschränkung erfährt dieses Beweisverwertungsverbot allerdings dort, wo gewichtige Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Verteidiger sich selbst an der Tat beteiligt hat, die dem Beschuldigten zur Last gelegt wird<sup>45</sup> (sog. Verstrickungsregeln) und als Katalogtat im Sinne des § 100a S. 1 StPO Anordnungsvoraussetzung für die Telekommunikationsüberwachung ist.

Im Übrigen wird mit Hilfe einer Analogie zu

anderen Geheimnisschutz- und Vertrauensschutzregelungen<sup>46</sup> versucht, die Lücke<sup>47</sup> beim Berufsgeheimnisträgerschutz im Bereich der Telefonüberwachung zu schließen. Ausnahmen wollen einige Vertreter in der Literatur dabei allerdings die Zeugnisverweigerungsberechtigten des § 53 StPO, die lediglich bei der Anordnung unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten Beachtung finden sollen<sup>48</sup>. Demgegenüber wird der Schutz von Berufsgeheimnisträgern im Sinne des § 53 StPO von einigen Stimmen in der Literatur durchaus bejaht<sup>49</sup>. Danach soll eine Überwachung der Telekommunikation gemäß § 100a StPO nur dann gegen Geheimnisträger des § 53 StPO zulässig sein, wenn die Voraussetzungen des § 97 II 3 StPO erfüllt sind<sup>50</sup>. Ein solcher Ansatz verdient zwar Beifall, kann aber nur als Übergangslösung bis zu einer dringend notwendigen Harmonisierung und umfassenden Ausgestaltung des Berufsgeheimnisträgerschutzes aufgefasst werden.

Letztlich bleibt festzuhalten: Das geltende Recht konstituiert einen unzureichenden, mit Wertungswidersprüchen gespickten und zudem konfusen Schutz von Berufsgeheimnisträgern vor Maßnahmen im Bereich der Überwachung jeglicher Kommunikation, sei es durch einen „großen Lauschangriff“, durch die Überwachung von Telefonaten oder die Einholung von Auskünften über Telekommunikationsverbindungsdaten.

Gemäß § 101 StPO sind die von der Telekommunikationsüberwachung Betroffenen zu benachrichtigen, sobald eine solche ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks oder aus anderen Gründen geschehen kann. Aufgrund dieser Benachrichtigung besteht für die Überwachten die Möglichkeit, die verdeckte Maßnahme hinsichtlich ihrer Rechtmäßigkeit gerichtlich überprüfen zu lassen. Studien ergaben jedoch, dass nur in den wenigsten Fällen (3%) der von der verdeckten Maßnahme Betroffene ausdrücklich benachrichtigt wurde<sup>51</sup>. Bei einem Viertel der Fälle fand keine Benachrichtigung statt. Immerhin erhielten in etwa 50% der Fälle die Betroffenen auf andere Weise Kenntnis von der Telekommunikationsüberwachung, zum Beispiel durch Akteneinsicht in die Ermittlungsakten. Ohne Benachrichtigung erhalten die Beteiligten jedoch keine Kenntnis von der verdeckten Maßnahme. Auf diese Weise wird ihnen die Möglichkeit zur gerichtlichen Prüfung genommen, insbesondere ob die Anordnungsvoraussetzungen überhaupt vorlagen. Daran schließt sich die Frage an, warum die Strafverfolgungsorgane in einem Rechtsstaat, in dem grundsätzlich da-

von ausgegangen werden kann, dass die Ermittlungsmethoden im Einklang mit den einschlägigen Gesetzen angewendet werden, die gerichtliche Überprüfung dieser Maßnahmen fürchten<sup>52</sup>.

## C. Die Gesetzesvorschläge auf dem Prüfstand

### I. Beibehaltung des Straftatenkataloges?

Der Straftatenkatalog hat sich in der Praxis bewährt und wird auch von den Praktikern akzeptiert<sup>53</sup>. Teilweise wird ein Kombinationsmodell vorgeschlagen, dass einerseits aus einem Katalog bezüglich der „traditionellen“ Kriminalität bestehen soll. Andererseits an die banden- oder gewerbsmäßige Tatbegehung anknüpfen, Netzwerkstrukturen verlangen oder allgemein an marktförmige, kommunikative Begehungsformen unter Voraussetzung einer abstrakten Schwereandrohung anschließen soll<sup>54</sup>.

Der Entwurf des BMJ will den Straftatenkatalog beibehalten<sup>55</sup>. Er wird jedoch an den Katalog des § 100c II StPO angepasst und übersichtlicher gestaltet. Das heißt allein Delikte schwerer und schwer ermittelbarer Kriminalität bleiben im Straftatenkatalog bestehen. Das sind Delikte, die in ihrem Höchstmaß mindestens mit fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind. Delikte, die mit einem geringeren Höchstmaß bestraft sind, sollen gestrichen werden<sup>56</sup>. Damit sollen Wertungswidersprüche mit § 100c II StPO aufgehoben und in Anbetracht des betroffenen Grundrechts aus Art. 10 GG dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung getragen werden<sup>57</sup>. Neu eingefügt in den Katalog werden allerdings Wirtschaftsstraftaten, wie Korruptions-, Betrugs- oder Steuerdelikte. Auf diese Weise sollen beispielsweise sog. Umsatzsteuerkarusselle und andere Wirtschaftsdelikte, die gewisse Organisations- und Kommunikationsstrukturen voraussetzen, besser bekämpft werden<sup>58</sup>. Weiterhin erfährt der Katalog eine Ausweitung hinsichtlich verschiedener Delikte der organisierten Kriminalität<sup>59</sup>. Hauptsächlich handelt es sich also um Delikte, deren Struktur eine banden- oder gewerbsmäßige Begehungsweise voraussetzen und bei denen man davon ausgeht, dass der Täterkreis sich nach außen abschottet, so dass allein über die Telekommunikationsüberwachungen eine Aufklärung der Straftaten zu erwarten ist<sup>60</sup>. Die Voraussetzungen der Telekommunikationsüberwachung werden demzufolge wieder so gestaltet, wie sie ursprünglich gedacht waren. Das heißt, die Telekommunikation darf nur bei

den Delikten angeordnet werden, die solche Organisationsstrukturen aufweisen, so dass es auf andere Weise nicht möglich ist, an den Täterkreis heranzukommen. Nichtsdestotrotz werden aufgrund der Existenz des Straftatenkataloges Lücken bestehen bleiben. So wurde § 227 StGB nicht in den Katalog aufgenommen. In Anbetracht des hohen Wertes des geschützten Rechtsgutes von § 227 StGB und im Vergleich zu §§ 211, 212 StGB bleibt auf den ersten Blick ein Wertungswiderspruch bestehen. Zu Bedenken ist jedoch, dass die fahrlässige Herbeiführung der schweren Folge bestraft wird. Die fahrlässige Tötung (§ 222 StGB) wird auch nicht im Straftatenkatalog aufgeführt. Insofern liegt kein wesentlicher Wertungswiderspruch vor. Bezieht man noch das Ziel und den Zweck einer Telekommunikationsüberwachung mit in die Betrachtung ein, entfällt der Wertungswiderspruch gänzlich. Bei § 227 StGB handelt es nicht um ein Delikt, das typischerweise durch Konspiration zwischen den Tätern begangen wird.

Der Entwurf der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen geht im Gegensatz zu dem Straftatenkatalog des § 100a StPO einen anderen Weg. Danach soll die Telekommunikationsüberwachung angeordnet werden, wenn verschiedene Kriterien erfüllt sind. Eingangskriterium ist, dass es sich bei der vorgeworfenen Straftat um eine solche ab einer Straferwartung von einem Jahr Freiheitsstrafe oder um eine Straftat mit einer Mindesthöchststrafe von 5 Jahren Freiheitsstrafe handelt. Auf diese Weise wird elegant das Problem der Lücken eines Straftatenkataloges umschifft. Auch treten keine Wertungswidersprüche auf, da es sich bei diesen Straftaten bereits um schwere Straftaten handelt. Veränderungen können so leichter aufgefangen werden<sup>61</sup>. Die Struktur des § 100a StPO könnte sich jedoch in dem Sinne ändern, dass es nicht mehr darauf ankommt, dass es einen Täterkreis gibt, der sich nach außen hin abschottet. Allein die Subsidiaritätsklausel wird dem nicht abhelfen können, da die meisten Ermittlungsverfahren, in denen die Überwachung der Telekommunikation angeordnet werden, offen (ca. 51%) – das heißt es finden Zeugenvernehmungen oder Durchsuchungen statt – bzw. in einer Kombination aus offenen und verdeckten Maßnahmen (37%) geführt werden<sup>62</sup>.

## II. Mehr Einzelfallgerechtigkeit bei der Anordnung der Telekommunikationsüberwachung durch Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Eine weitere Einschränkung, außer der des

Vorliegens einer Katalogtat, macht der Entwurf des BMJ insofern, als dass auch im konkreten Einzelfall die Tat schwer wiegen muss (§ 100a I Nr. 2 StPO-E). Diesbezüglich wird nochmals der Maßstab der Verhältnismäßigkeit angelegt, bezogen auf den vorliegenden Einzelfall. Damit trägt der Entwurf der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Rechnung, welche eine Straftat von erheblicher Bedeutung auch im konkreten Fall verlangt<sup>63</sup>. Eine solche soll vorliegen, wenn sie dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzurechnen und geeignet ist, den Rechtsfrieden empfindlich zu stören oder das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen<sup>64</sup>. Damit soll die Anordnung der Telekommunikationsüberwachung für die Fälle ausgeschlossen werden, in denen diese bezogen auf den konkreten Einzelfall nicht gerechtfertigt erscheinen würde, da die Tat selbst nicht so schwer wiegt<sup>65</sup>.

Der Entwurf von Bündnis 90/Die Grünen wird dagegen genauer und konkretisiert den Begriff der „Straftat von erheblicher Bedeutung“ in § 100a III StPO-E. Danach richtet sich das Vorliegen einer Straftat von erheblicher Bedeutung nach der Schutzwürdigkeit des verletzten Rechtsgutes, dem Grad der Bedrohung der Allgemeinheit oder des angerichteten Schadens. Hinzukommen muss außerdem, dass auch im konkreten Fall anhand der äußeren Umstände mindestens eine Freiheitsstrafe von einem Jahr zu erwarten ist (§ 100a II Nr. 1, 2 StPO-E). Durch letzteres erhofft sich die Bundestagsfraktion eine Begrenzung der Delikte mit einer Mindesthöchststrafe von 5 Jahren Freiheitsstrafe (§ 100a II Nr. 2 StPO-E). Gleichzeitig wird noch einmal das Verhältnismäßigkeitsprinzip bezogen auf den konkreten Einzelfall gesetzlich geregelt.

Inwieweit der anordnende Richter in einem solch frühen Zeitpunkt wie dem Anfangsverdacht in der Lage ist, einzuschätzen, ob eine Freiheitsstrafe von einem Jahr in Betracht kommt, ist jedoch fraglich. Er muss eine Prognose für die Straferwartung, also im Hinblick auf die Verurteilung, abgeben, die in diesem frühen Zeitpunkt oft so nicht möglich ist<sup>66</sup>. Gerade am Anfang der Ermittlungen ist das Ausmaß eines Schadens oder die Bedrohung für die Allgemeinheit durch die Straftat nicht abzusehen. Im Gegensatz zur Untersuchungshaft, bei der man gerade verhindern will, dass allein von der Höhe der Strafandrohung auf die Fluchtgefahr geschlossen wird, ist ein anderer Verdachtsgrad gegeben. Dort ist der dringende Tatverdacht notwendig (§ 112 I 1 StPO). Das heißt, nach dem gegenwärtigen

Stand der Ermittlungen besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit der Verurteilung des Beschuldigten<sup>67</sup>. Der Sachverhalt wird dort im Zeitpunkt des Erlasses des Haftbefehls für weitestgehend ausermittelt gehalten<sup>68</sup>. Dies kann bei Bestehen eines Anfangsverdachts, bei dem nur bestimmte Tatsachen den Verdacht für das Vorliegen einer Straftat begründen, gerade nicht angenommen werden. In dem Fall wird durch bestimmte Tatsachen erst der Anlass gegeben die Ermittlungen, auch mittels Überwachung der Telekommunikation, aufzunehmen. Es handelt sich demnach um eine vorläufige Subsumtion des mutmaßlichen Gesamtsachverhalts unter die einschlägigen Strafgesetze<sup>69</sup>. Zumal die Telekommunikationsüberwachung ein taugliches Mittel gerade gegenüber Tätern darstellt, die sich nach außen hin abschotten<sup>70</sup>. Ferner muss Berücksichtigung finden, dass die Telekommunikationsüberwachung unter anderem dazu genutzt wird, um andere Beweismittel zu erlangen, die die Telekommunikationsüberwachung selbst überflüssig machen würden<sup>71</sup>. Ob die äußeren Umstände eine Prognose für eine in Betracht kommende Freiheitsstrafe von einem Jahr zulassen, ist daher fraglich. In praktischer Hinsicht stellt sich weiter die Frage, was der Richter machen soll, wenn er zu der Ansicht gelangt, dass eine Freiheitsstrafe von „nur“ 11 Monaten in Betracht käme. Nach dem Gesetzentwurf der Bundestagsfraktion käme eine Anordnung der Telekommunikationsüberwachung nicht in Frage. Aber ist die Anordnung der Telekommunikationsüberwachung bei einer in Aussicht stehenden Freiheitsstrafe von 11 Monaten unverhältnismäßiger als bei 12 Monaten Freiheitsstrafe? Dass die Bundestagsfraktion den Praktikern eine Regelung an die Hand geben will, mit deren Hilfe die Verhältnismäßigkeit der einzelnen Maßnahme bestimmt werden kann, ist zu begrüßen. Die Frage ist nur, ob diese in Anbetracht der oben genannten Umstände so konkret sein muss. Der die Telekommunikationsüberwachung anordnende Richter hat im Einzelfall zu entscheiden, ob diese noch verhältnismäßig ist. Diese Freiheit muss dem Richter gegeben werden. Er hat seine Entscheidung jedoch ausführlich zu begründen. Die Lösung des Problems liegt daher, in der Erhöhung der Anforderungen an die Begründung der Telekommunikationsüberwachungsanordnung. Der Richter wird auf diese Weise gezwungen, sich mit den Kriterien auseinanderzusetzen, die für oder gegen die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme sprechen<sup>72</sup>. Torpediert wird diese Sichtweise erst, wenn der Richter in der Anordnung der Telekom-

munikationsüberwachung wortwörtlich den Antrag der Staatsanwaltschaft übernimmt, ohne sich selbst erkennbar Gedanken über die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme zu machen<sup>73</sup>.

Ferner stellt sich die Frage, ob die durch die Telekommunikationsüberwachung erhaltenen Informationen einem Beweisverwertungsverbot in der Hauptverhandlung unterliegen, wenn der anordnende Richter irrtümlich eine Straferwartung von einem Jahr Freiheitsstrafe angenommen hat. Die Festschreibung eines ausdrücklichen Beweisverwertungsverbotes in der Strafprozessordnung würde deren Struktur verändern, da diese bislang nur wenige Beweisverwertungsverbote kennt<sup>74</sup>. Für die Lösung der aufgeworfenen Frage kann jedoch auf die bisherige Rechtsprechung verwiesen werden. Demzufolge wird erst die grob unrichtige Annahme einer Straferwartung von einem Jahr Freiheitsstrafe ein Beweisverwertungsverbot in der Hauptverhandlung auslösen. Dafür spricht auch der Wortlaut von § 100a II Nr. 1, 2 StPO, nach dem auf die „äußeren Umstände“ abgestellt werden soll. Ob die Freiheitsstrafe von einem Jahr falsch beurteilt worden ist, muss vom Standpunkt eines nachträglichen Beobachters, dem die im Zeitpunkt der Anordnung wesentlichen Umstände bekannt sind, objektiv ermittelt werden (objektivnachträgliche Prognose).

### III. Keine Abkehr von der Subsidiarität der Anordnung der Telekommunikationsüberwachung

Ferner soll die Telefonüberwachung nach beiden Gesetzesvorlagen – wie bisher – nur subsidiär angewandt werden, das heißt die Erhebung der Beweise darf nicht auf anderem Wege einfacher sein. Damit wird nochmals dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Hinblick auf das Grundrecht aus Art. 10 GG Rechnung getragen. Die Klausel soll deutlich machen, dass die Telekommunikationsüberwachung ultima ratio ist und erst in Betracht kommt, wenn die Erlangung von Beweismitteln auf konventionellem Wege gescheitert ist<sup>75</sup>.

### IV. Wessen Geheimnisse bleiben wirklich geheim?

Die Ausgestaltung des Schutzes von Berufsgeheimnisträgern macht deutlich, wie stark das Konzept des BMJ und der Entwurf der Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen auseinander fallen.

#### 1. „Komplettpaket“ versus maßnahmenbezogene Schutzausgestaltung - Umfang des Be-

#### rufsgeheimnisträgerschutzes und strafprozessuale Einordnung

Betrachtet man das geltende Recht betritt das BMJ mit seinem Referentenentwurf gesetzgeberisches Neuland und gibt das ursprüngliche, maßnahmenbezogene Konzept auf. Mit einem neuen § 53b StPO-E will das BMJ im Kontext der Zeugnisverweigerungsrechte „ein harmonisiertes System zur Berücksichtigung der von den Zeugnisverweigerungsrechten der Berufsgeheimnisträger geschützten Interessen“<sup>76</sup> schaffen. Dabei hat sich das BMJ inhaltlich an einem Vorschlag des Arbeitskreises Strafprozessrecht und Polizeirecht (ASP) beim Mannheimer Institut für deutsches und europäisches Strafprozessrecht und Polizeirecht (ISP)<sup>77</sup> orientiert, aber ein „zum Teil deutlich abweichendes Konzept der Begründung von Erhebungs- und Verwertungsverböten bei zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsgeheimnisträgern“<sup>78</sup> verfolgt.

Mit § 53b StPO-E verabschiedet sich das BMJ von der Methode, maßnahmenbezogen abzuwägen, inwieweit der Schutz von Berufsgeheimnisträgern erforderlich ist und an welche Voraussetzungen er geknüpft werden soll. § 53b StPO-E soll nun in fünf Absätzen den Schutz von Berufsgeheimnisträgern für alle Ermittlungsmaßnahmen (Absätze 1 und 2) regeln. Der Begriff der Ermittlungsmaßnahme wird dabei jedoch nicht definiert. Durch die Verortung im ersten Buch („Allgemeine Vorschriften“) wird aber schnell klar, dass der Begriff weit verstanden und für alle relevanten Ermittlungsmaßnahmen, die die Strafprozessordnung kennt, gelten muss. Zur Folge hat das nunmehr auch die Einbeziehung aller verdeckten Ermittlungsmaßnahmen in den Schutz von zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsgeheimnisträgern.

Das BMJ beabsichtigt, Umfang und Voraussetzungen des Schutzes abzustufen und unterteilt deshalb alle Berufsgeheimnisträger in zwei Gruppen: § 53b I StPO-E gilt ausschließlich für Personen im Sinne des § 53 I 1 Nr. 1, 2 und 4 StPO, im Wesentlichen also für Geistliche, Verteidiger und Abgeordnete. Absatz 2 regelt den Schutz von Berufsgeheimnisträgern im Sinne des § 53 I 1 Nr. 3-3b und 5 StPO, also insbesondere auch für Medienangehörige.

§ 53b I StPO-E konstituiert für die in diesem Absatz abschließend aufgezählten Berufsgeheimnisträger einen Schutz vor jeglichen Ermittlungsmaßnahmen, die „voraussichtlich Erkenntnisse erlangen würden, über die diese Person das Zeugnis verweigern dürfte“. Diese auf den Umfang des Zeugnisverweigerungs-

rechtes bezogene Reichweitenklausel hat das BMJ dem § 100h StPO nachgebildet. Ein Berufsgeheimnisträger dieser Gruppe genießt also nur soweit Schutz vor Ermittlungsmaßnahmen, wie sein Zeugnisverweigerungsrecht reicht. Die für die Anordnung zuständige Stelle, sei es die Staatsanwaltschaft, der Ermittlungsrichter oder ein Gericht, hat in einer Prognose festzustellen („voraussichtlich... erlangt würden“), ob eine Betroffenheit möglicherweise besteht. Bejaht sie es, ist die Ermittlungsmaßnahme unzulässig.

Im Zweifel hat die Staatsanwaltschaft eine Entscheidung des Gerichts über die Verwertbarkeit herbeizuführen (Absatz 1 Satz 5), die dann für das weitere Verfahren (Satz 6) bindend ist.

Entgegen dem Erhebungsverbot erlangte Erkenntnisse unterliegen einem Beweisverwertungsverbot, Aufzeichnungen darüber sind unverzüglich zu löschen. § 53b I 4 StPO-E sieht für diese Fälle Dokumentationspflichten vor.

Geistliche, Verteidiger und Abgeordnete genießen also unter Beachtung der Reichweitenklausel absoluten Schutz vor Ermittlungsmaßnahmen in Form eines Erhebungs- und Verwertungsverbotes<sup>79</sup>. Durchbrochen wird der absolute Schutz nach dem Konzept des BMJ allerdings in den Fällen der Verstrickung. Besteht der Verdacht der Beteiligung an der Tat oder einer Tat i.S.d. §§ 257, 258, 259 StGB gilt der Schutz vor Ermittlungsmaßnahmen nicht.

Für alle weiteren Berufsgeheimnisträger des § 53 I StPO regelt § 53b II StPO-E einen Schutz vor Ermittlungsmaßnahmen. Dieser ist jedoch bei weitem nicht so umfassend, wie der des Absatzes 1. Während das BMJ in § 53b II StPO-E ein „im Rahmen der so genannten Abwägungslehre im Grundsatz anerkanntes Erhebungs- und Verwertungsverbot“<sup>79</sup> erblickt, geht dies nicht unbedingt aus dem Wortlaut in dieser Deutlichkeit hervor. Unter Beachtung der Reichweiteklausel soll wiederum prognostiziert werden, ob Erkenntnisse erlangt werden, über die der von Absatz 2 erfasste Berufsgeheimnisträger das Zeugnis verweigern dürfte. Bejahendenfalls soll im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung das Zeugnisverweigerungsrecht gewürdigt werden, wobei die „Würdigung des öffentlichen Interesses an den von dieser Person wahrgenommenen Aufgaben und des Interesses an der Geheimhaltung der dieser Person anvertrauten oder bekannt gewordenen Tatsachen besonders zu berücksichtigen“<sup>80</sup> sind. Daraus ergibt sich zwar inzident eine Möglichkeit, zur Unzulässigkeit einer Ermittlungsmaßnahme zu kommen, faktisch also zu einem Erhebungsverbot zu gelangen.

Wie aber mit Erkenntnissen zu verfahren ist, die in Ansehung der Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme dennoch erlangt worden sind, bleibt bedauerlicherweise offen. Der Systematik halber müsste man auch für diese Fälle ein Verwertungsverbot annehmen. Eine ausdrückliche Regelung dieses Kontextes ist, um Unklarheiten und Wertungswidersprüche zu vermeiden, geboten.

Sprachlich unglücklich wirkt § 53b II 2 StPO-E, wonach, soweit es nach der Verhältnismäßigkeitsprüfung geboten, die Maßnahme zu unterlassen ist oder, soweit dies nach der Art der Maßnahme möglich ist, zu beschränken ist. Inhaltlich spiegelt sie das Problem der Abschiebung des Schutzniveaus bei Berufsgeheimnisträgern wieder: Während Absatz 1 einen verhältnismäßig effektiven Schutz vor Ermittlungsmaßnahmen gegen zeugnisverweigerungsberechtigte Berufsgeheimnisträger bietet, vertypt Absatz 2 (in Klarstellungsfunktion) das, was die Rechtsprechung schon seit geraumer Zeit praktiziert, erreicht damit aber bei weitem nicht einen auch nur annähernd an das Schutzniveau des Absatzes 1 reichenden Schutz. Offenbar um dieses Defizit auszugleichen, ist man zu der Formulierung des § 53b II 2 StPO gelangt. Doch das Gebot, die Ermittlungsmaßnahme zu unterlassen oder zu beschränken, ist zu ungenau formuliert und öffnet Tür und Tor zur Umgehung dieser Formel. Dem BMJ ist es mit § 53b II StPO-E nicht gelungen, die im Ansatz verfolgte Abwägungslehre effektiv zu normieren. Grundsätzlich, worauf aber später noch einzugehen sein wird, ist es geboten, eine Unterscheidung der zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsgeheimnisträger zu unterlassen. Gerade Journalisten (§ 53 I 1 Nr. 5 StPO) bedürfen eines effektiven Schutzes vor Ermittlungsmaßnahmen.

Das hat offenbar auch die Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen erkannt und in Anknüpfung an die §§ 52, 53, 53a StPO-E ein einheitliches Schutzniveau vorgesehen.

Konzeptionell beschreitet dieser Entwurf offenbar einen ganz anderen Weg als der Referentenentwurf des BMJ: Hier wird die „Technik“ der maßnahmenbezogenen Regelung des Berufsgeheimnisträgerschutzes gewählt. Da es sich bei dem Entwurf der Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen allerdings nur um einen Gesetzentwurf zur Reform der Telekommunikationsüberwachung handelt, sind nur Vermutungen darüber möglich, wie die Regelung des Berufsgeheimnisträgerschutzes insgesamt gestaltet werden soll. Die Lozierung entsprechender Vorschriften im Kontext der ein-

zelnen Ermittlungsmaßnahmen, hier § 100a StPO-E, lässt aber vermuten, dass keine allgemeine Vorschrift für alle Ermittlungsmaßnahmen vorgesehen ist.

Der Kreis derer, die vor einer Telekommunikationsüberwachung (unter weiteren Voraussetzungen) geschützt werden, ist weiter gefasst, als es § 53b StPO-E des BMJ-Referentenentwurfes vorsieht: Nicht nur Berufsgeheimnisträger und ihre Helfer, sondern auch aus § 52 StPO Zeugnisverweigerungsberechtigte sollen Schutz vor Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen genießen. Ähnlich dem Referentenentwurf wird für Berufshelfer und Angehörige i.S.d. § 52 StPO unter Einbeziehung des Reichweitenkriteriums die besondere Beachtung und Würdigung des vom Zeugnisverweigerungsrecht geschützten Interesses im Rahmen der gemäß § 100a III StPO-E erforderlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung angeordnet. Soweit die Abwägung es ergibt, sind Telekommunikationsüberwachungen möglichst weit zu beschränken (§ 100a VII StPO-E). § 100a VII StPO-E konstituiert insoweit auch ein Beweisverwertungsverbot. Entgegen der erforderlichen und möglichen Beschränkung erlangte Erkenntnisse sind unverwertbar. So sollen auch Erkenntnisse unverwertbar sein, bei denen sich erst nach der Überwachungsmaßnahme ergibt, dass sie das Zeugnisverweigerungsrecht betreffen und deren Verwertung im Verhältnis zur Bedeutung der Sache außer Verhältnis stünden. Aufzeichnungen über solche Äußerungen müssen gemäß § 100a VII 3, V 2-4 StPO-E gelöscht, Erlangung und Löschung in den Akten dokumentiert werden.

Absoluten Schutz vor Telekommunikationsüberwachungen genießen nach § 100a VI StPO-E ausnahmslos alle nach § 53 StPO zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsgeheimnisträger, wenn sich die Überwachungsmaßnahme nach Absatz 4 Nr. 2 nicht gegen den Beschuldigten selbst richtet. Mit Ausnahme der Verstrickung, Absatz 5 Satz 4, – Verdacht der Tatbeteiligung, hinsichtlich einer Straftat aus §§ 257, 258, 259 StGB und ein Strafantrag gestellt ist oder bei erteilter Ermächtigung, wenn die Tat nur auf Antrag oder nur mit Ermächtigung verfolgbar ist – sind alle Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen, die sich direkt gegen eine in § 53 StPO genannte Person richten unzulässig. Auch hier gilt für dennoch erlangte Erkenntnisse ein Beweisverwertungsverbot. Auch hier gelten sowohl eine Pflicht zur Löschung als auch damit verbundene Dokumentationspflichten.

Für Überwachungsmaßnahmen, die sich direkt gegen den Beschuldigten richten gilt hin-

gegen kein Erhebungsverbot, sondern ein umfassendes Beweisverwertungsverbot: Sobald ein Telefonat mit dem zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsgeheimnisträger abgehört wird, unterliegen die daraus gewonnenen Erkenntnisse gemäß § 100a V StPO-E unter Beachtung der Reichweitenklausel einem Beweisverwertungsverbot. Die Vorschriften über Verstrickung, Löschungs- und Dokumentationspflichten gelten, zudem ist § 97 V 2 HS 2 StPO entsprechend anwendbar.

## 2. Wie viel ist die Presse dem Gesetzgeber wert? oder Welche Lehren zieht man aus „Cicero“, „WAZ“ und ähnlich gelagerten Fällen?

„Da das Vertrauensverhältnis zwischen der Presse und ihren Mitarbeitern und Informanten eine wesentliche Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit eines Presseorgans bildet und eine Gefährdung dieses Vertrauensverhältnisses geeignet sein kann, über den vorliegenden Einzelfall hinaus nachteilige Auswirkungen auf andere Presseorgane und damit für die Pressefreiheit überhaupt nach sich zieht, besteht hier zwangsläufig ein Konflikt zwischen dem Interesse an der Strafverfolgung und dem Schutz der Pressefreiheit, der mit Hilfe der in der [...] Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten Güterabwägung zu lösen ist.“<sup>81</sup> Mit diesen Worten hat das Bundesverfassungsgericht am 05. August 1966 im Rahmen der sog. „Spiegel“-Entscheidung in einem Satz Bedeutung und Gefahren unbegrenzter Ermittlungszugriffe auf Presseorgane auf den Punkt gebracht.

Mit Blick auf die sich zurzeit in aller Munde befindlichen Verfahren „Cicero“, „Frontal 21“, „Wolfsburger Allgemeine Zeitung“, „El Masri“ oder andere, macht sich der Eindruck breit, dass die vom Bundesverfassungsgericht geforderte Güterabwägung zu Lasten der Pressefreiheit aus den Fugen geraten ist. Die immer wieder formulierte „Vermutung, dass insbesondere dann, wenn im nahen oder weiteren Umfeld der Bekämpfung des Terrorismus Ermittlungsmaßnahmen ergriffen werden, die gebotene Sensibilität bei manchen Strafverfolgungsbehörden auf der Strecke bleibt“<sup>82</sup>, wird gerade durch die genannten Verfahren genährt. So titelte der Spiegel<sup>83</sup> jüngst sogar „Massiv mitgeschnitten – [...] Beim Lauschen kennen Fahnder kaum Tabus.“ Auch wenn es sich dabei um einige wenige – besonders öffentlichkeitswirksame – Verfahren handelt, wird deutlich, dass es nicht ausreicht, auf die Sorgfalt der Strafverfolgungsbehörden, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechend nach sorgfältiger Abwägung zu entscheiden,

zu vertrauen. Es bedarf dringend einer gesetzlichen Regelung, inwieweit Journalisten von (insbesondere heimlichen) Ermittlungsmaßnahmen betroffen werden dürfen.

Bei einer gesetzlichen Regelung darf auch nicht, was der Referentenentwurf so vorsieht, zwischen Berufsgeheimnisträgern unterschieden werden. An dieser Stelle soll allerdings nicht eingehend auf die unterschiedlichen dogmatischen Anknüpfungspunkte der Zeugnisverweigerungsrechte von Journalisten und anderen Berufsgeheimnisträgern eingegangen werden<sup>84</sup>, sondern lediglich einige Denkanstöße geliefert werden.

Gelegentlich wird dem Verhältnis von Journalisten zu ihren Informanten die Qualität eines Vertrauensverhältnisses abgesprochen, häufig mit der Begründung, dass hier keine Kernbereichsrelevanz bestünde<sup>85</sup>. Kernbereichsrelevant dürfte die Kommunikation in dieser Sphäre tatsächlich selten sein. Dennoch darf man nur deshalb dem Vertrauensverhältnis zwischen Journalisten und ihren Informanten nicht die Qualität absprechen. Genauso konstituierend wie die Arbeit von Abgeordneten für die Demokratie ist, so wichtig ist eine freie Presse. Gerade der investigative Journalismus ist in einer „freien Presselandschaft“ unabdingbar. Er ist darauf angewiesen, Informationen aus schwer zugänglichen Sphären zu erhalten. Wird das kommunikative Verhältnis in dieser vielleicht nach außen hin abgeschotteten Sphäre durch Zugriff der Strafverfolgungsbehörden, z.B. in Form einer Überwachung der Telekommunikation, empfindlich gestört, ist die Gefahr groß, dass die Quelle versiegt. Wie sollen die Medien dann noch effektiv arbeiten und ihrer für den Meinungsbildungsprozess nicht unwichtigen Kontrollfunktion nachkommen?

Der Gesetzgeber trägt dem Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse an der Strafverfolgung und der Pressefreiheit jedenfalls nicht ausreichend Genüge, wenn er gesetzlich die sowieso schon erforderliche Güterabwägung normiert. Werden daran keine effektiven Folgen geknüpft, erhält eine solche Vorschrift den Charakter einer bloßen „Hinweisvorschrift“.

## V. Stärkung des Rechtsschutzes der Betroffenen – die Einführung einer Benachrichtigungspflicht

Der Rechtsschutz des von der Telekommunikationsüberwachung Betroffenen soll durch beide Gesetzesentwürfe dadurch gestärkt werden, dass die Pflicht zur Benachrichtigung gesetzlich festgeschrieben wird und zwar ist nach

zeitlichem Aufschub der Benachrichtigung eine gerichtliche Entscheidung einzuholen<sup>86</sup>. Das heißt, in jedem Fall hat eine Benachrichtigung zu erfolgen. Auf diese Weise bekommt der von der verdeckten Maßnahme Betroffene die Möglichkeit, im Nachhinein die Rechtmäßigkeit der Anordnung der Telekommunikationsüberwachung gerichtlich überprüfen zu lassen. Dass erst der Gesetzgeber eine solche Pflicht festschreiben muss, ist deprimierend für einen Rechtsstaat.

## D. Bewertung und rechtspolitischer Ausblick

Letztlich wäre eine Mischung aus beiden Konzepten des Berufsgeheimnisträgerschutzes vermutlich die beste Lösung. Zu begrüßen ist die umfassende, nicht normbezogene Regelung des Berufsgeheimnisträgerschutzes im Referentenentwurf des BMJ. Andererseits ist es nicht sachgerecht, wie es der Referentenentwurf vorsieht, den absoluten Schutz vor einer Telekommunikationsüberwachung nur einem begrenzten Kreis an Berufsgeheimnisträgern zuteil werden zu lassen.

Zu dieser Entscheidung ist offensichtlich auch die Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen gelangt: § 100a V, VI des Entwurfes nimmt eben keine Unterscheidung beim Schutz der Berufsgeheimnisträger vor, sondern statuiert unter Bezugnahme auf § 53 StPO einen absoluten Schutz.

Dem Inhalt nach und in Anbetracht der ausgewogenen Abstufung des Schutzes von zeugnisverweigerungsberechtigten Personen i.S.d. § 53 StPO und solcher im Sinne der §§ 52, 53a StPO verdient der Entwurf von Bündnis 90/Die Grünen Beifall. Unklar ist derzeit allerdings noch, ob eine entsprechende Regelung auch für weitere Maßnahmen geplant ist oder ob bei der Telekommunikationsüberwachung eine Ausnahme gemacht worden ist. Die Lozierung des Berufsgeheimnisträgerschutzes in einer alle Ermittlungsmaßnahmen übergreifenden Regelung ist sachgerechter.

Dagegen könnte man mit Blick auf die Abwägung im Bereich der Pressefreiheit aus Art. 5 I 2 GG einwenden, dass eine ermittlungsmaßnahmenbezogene Regelung interessengerechter ist. Je nach Schwere des Eingriffes durch das in Frage stehende Ermittlungsinstrument, könnte eine interessengerechte Entscheidung durch den Gesetzgeber getroffen werden: Ist ein Berufsgeheimnisträgerschutz an dieser Stelle interessengerecht und bejahendenfalls welche Berufsgeheimnisträger sind einzubeziehen?

Das ist – ohne eine unübersichtliche Regelung zu schaffen – nicht möglich, wenn man den Berufsgeheimnisträgerschutz in einem § 53b StPO verortet und einheitlich ordnet.

Grundsätzlich begrüßenswert ist es auch, dass sich sowohl das BMJ darauf besonnen hat, den Schutz von Berufshelfern nicht nur in § 53a StPO zu regeln, sondern auch auf Ermittlungsmaßnahmen zu beziehen, so auch die Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen im Bundestag. Auf Unverständnis stößt allerdings, dass in beiden Entwürfen Berufsgeheimnisträger und deren Helfer unterschiedlich behandelt werden, Berufshelfer einen geringeren Schutz genießen. Das Unverständnis ist darin begründet, dass beide Gruppen mit denselben Gegenständen in Berührung kommen, sogar in dasselbe Vertrauensverhältnis integriert sind. Eine unterschiedliche Gestaltung des Schutzes ist hier verfehlt.

Bei einer Gesamtbetrachtung beider Entwürfe bleibt der Referentenentwurf in Teilbereichen hinter den Anforderungen des Entwurfs der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen zurück<sup>87</sup>. Grundsätzlich wollen jedoch beide umfassend die Telefonüberwachung regeln, um der Bedeutung dieses Eingriffs dem betroffenen Grundrecht aus Art. 10 GG gerecht zu werden<sup>88</sup>. Bedenken ergeben sich dann, wenn die Telekommunikationsüberwachung zur Gefahrenabwehr eingesetzt wird und ihr auf diese Weise eine Ausforschungsfunktion zukommt<sup>89</sup>.

Die SPD drängt bei der ganzen Diskussion um die Telefonüberwachung allerdings zur Eile, damit in Zukunft die Telefonüberwachung verstärkt in Fällen von Wirtschaftskriminalität, wie Steuerhinterziehung, angewandt werden kann<sup>90</sup>. Bleibt zu hoffen, dass in diesem sensiblen Bereich der verdeckten Ermittlungsmaßnahmen in Anbetracht der betroffenen Grundrechte mit Sorgfalt vorgegangen und ein Gesetz verabschiedet wird, das möglichst allen Seiten gerecht wird.

*Wissenschaftliche Mitarbeiterin Susanne Wollmann (LL.M.), Universität Kiel*

*Wissenschaftlicher Mitarbeiter Alexander Otto, Universität Bremen*

## Literaturverzeichnis:

Albrecht H.-J. / Dorsch, Claudia / Krüpe, Christine, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, 2003.

Allgayer, Peter, Die Verwendung von Zufallser-



kenntnissen aus Überwachungen der Telekommunikation gem. § 100a f. StPO (und anderen Ermittlungsmaßnahmen), NStZ 2006, 603.

*Backes, Otto / Gusy, Christoph / Begemann, Maik / Doka, Siiri / Finke, Anja*, Wirksamkeitsbedingungen von Richtervorbehalten bei Telefonüberwachungen (Kurzfassung des Abschlussberichts, 2002. Die Kurzfassung ist abrufbar unter: [http://www.uni-bielefeld.de/Universitaet/Aktuelles/pdf/backes\\_kurzfassung\\_telefonueberwachung.pdf](http://www.uni-bielefeld.de/Universitaet/Aktuelles/pdf/backes_kurzfassung_telefonueberwachung.pdf)).

*Eisenberg, Ulrich*, Beweisrecht der StPO, 5. Auflage 2006.

*Hilger, Hans*, Über den flankierenden Schutz von Zeugnisverweigerungsrechten – Zugleich Besprechung von BVerfG, Urteil vom 12.03.2003, GA 2003, 482.

*Kugelman, Dieter*, Pressefreiheit ohne Informantenschutz?, ZRP 2005, 260.

*Löffelmann, Markus*, Die Übertragbarkeit der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung auf die Telekommunikationsüberwachung und andere verdeckte Ermittlungsmaßnahmen, ZStW 118 (2006), 358.

*Meyer-Göfner, Lutz*, Strafprozessordnung, 49. Auflage 2006.

*Nelles, Ursula*, Grundrechte und Ermittlungsverfahren, NK 2006, S. 69.

*Neuhaus, Ralf*, Die strafprozessuale Überwachung der Telekommunikation (§§ 100a, 100b, 101 StPO) in Festschrift für Peter Riess 2002, 375.

*Niehaus, Holger*, Katalogsysteme als Beschränkungen strafprozessualer Eingriffsbefugnisse, 2001.

*Pfeiffer, Gerd*, Strafprozessordnung, 5. Auflage 2005.

*Derselbe*, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Auflage 2003.

*Rudolphi, Hans-Joachim*, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Stand: Januar 2007.

*Steinberg, Georg*, Verdacht als quantifizierbare Prognose?, JZ 2006, 1045.

*Wolter, Jürgen* (Hrsg.), Zeugnisverweigerungsrechte bei (verdeckten) Ermittlungsmaßnahmen, 2002.

## Fußnoten

- 1 Bereits *Nelles* kritisierte, dass Ermittlungsbehörden zu „vorbeugender Kriminalitätsbekämpfung“ greifen, trotz fehlendem Anfangsverdachts bzw. gesetzliche Eingriffsermächtigungen in ihrer Anwendung überdehnen in NK 2006, S. 68, 69f.

- 2 Erst vor kurzem entschied der Bundesgerichtshof, dass es für eine „verdeckte Online-Durchsuchung“ keine Rechtsgrundlage gibt, siehe Beschluss vom 31. Januar 2007 – StB 18/06. Bei einer „verdeckten Online-Durchsuchung“ können mit Hilfe eines speziell entwickelten Computerprogramms, welches dem Beschuldigten zur Installation zugespielt wird, die auf dessen Computer in den einzelnen Speichermedien abgelegten Dateien kopiert und zum Zweck der Durchsicht an die Ermittlungsbehörden übertragen werden. Der BGH lehnte die Anordnung einer Online-Durchsuchung ab, da es sich um eine heimliche Maßnahme handele und die Regelungen der (offen durchgeführten) Durchsuchung nach §§ 102 ff. StPO keine Anwendung fänden. Es läge aber auch keine Telekommunikation zwischen dem Tatverdächtigen und einem Dritten vor, die überwacht werde und andere Ermächtigungen der StPO kämen nicht in Betracht.
- 3 So musste erst das Bundesverfassungsgericht darauf hinweisen, dass es einen „unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung“ gibt, in den der Staat selbst bei Verfolgung schwerster Straftaten nicht eingreifen darf, vgl. BVerfGE 109, 279; 113, 348. Zur Anforderung, dass bei Einleitung einer Rasterfahndung eine konkrete Gefahr für hochrangige Rechtsgüter gegeben sein muss, BVerfGE 115, 320. Auch fragwürdige Durchsuchungsanordnungen standen im letzten Jahr beim Bundesverfassungsgericht auf dem Prüfstand, vgl. StraFo 2006, 369; 449; 450.
- 4 Vgl. zur „verdeckten Online-Durchsuchung“ auch die kleinen Anfragen der FDP und der Linksfraktion an die Bundesregierung und deren Beantwortung in BT-Drucks. 16/3972, 16/3973, 16/3883 sowie 16/3787.
- 5 Laut Bericht von Spiegel-Online vom 05. Februar 2007 soll die StPO entsprechend geändert werden, dass „verdeckte Online-Durchsuchungen“ zulässig werden. Der Bericht ist abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,464405,00.html>.
- 6 Zur bisherigen Ausdehnung des Straftatenkatalogs siehe *Albrecht, Dorsch, Kriipe*, S. 18f.
- 7 So die Schlagzeile des Spiegel Online am 08. November 2006 zum Referentenentwurf der Bundesregierung, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,447249,00.html>.
- 8 Siehe hierzu die Pressemitteilung der Bundesnetzagentur vom 27. April 2006 abrufbar unter: <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archiv/5814.pdf>.
- 9 Im Vergleich zum Jahr 2003 (ca. 25.000 Anordnungen der Telekommunikationsüberwachung im Mobilfunkbereich) ist sogar eine Steigerungsrate um 40 Prozent zu verzeichnen.
- 10 Das ergab die Untersuchung zur Telekommunikationsüberwachung von *Albrecht, Dorsch, Kriipe*, S. 31f, 53ff.
- 11 Vgl. hierzu die Studie von *Albrecht, Dorsch, Kriipe*, S. 38f.
- 12 So auch *Albrecht, Dorsch, Kriipe*, S. 461 und der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zur Regelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, S. 83. Er ist abrufbar unter: [http://www.humanistische-union.de/fileadmin/hu\\_upload/doku/vorratsdaten/de-recht/bmj\\_2006.11.pdf](http://www.humanistische-union.de/fileadmin/hu_upload/doku/vorratsdaten/de-recht/bmj_2006.11.pdf).
- 13 Der Entwurf von Bündnis 90/Die Grünen ist abrufbar unter: [http://www.gruenebundestag.de/cms/innen\\_recht/dokbin/153/153565.pdf](http://www.gruenebundestag.de/cms/innen_recht/dokbin/153/153565.pdf).
- 14 BT-Drucks. 16/3827.
- 15 Siehe hierzu insbesondere die laufenden Verhandlungen vor dem BVerfG wegen der Durchsuchung der Redaktionsräume der Zeitschrift „Cicero“ und des Wohnhauses des Journalisten Bruno Schirra sowie der Beschlagnahme von Computerdaten.
- 16 Diese Verbindungsdaten werden eigentlich aus Gründen der ordnungsgemäßen Buchführung bei den Telekommunikationsanbietern über einen längeren Zeitraum gespeichert, siehe *Nelles* in NK 2006, S. 69.
- 17 Die IMSI (International Mobil Subscriber Identity) wird weltweit einmal vergeben. Sie dient der eindeutigen Identifizierung der Netzteilnehmer. Mit dem sog. IMSI-Catcher kann die IMSI ausgelesen und der Standort eines Mobiltelefons innerhalb einer Funkzelle eingegrenzt werden. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 22. August 2006 (2 BvR 1345/03) den Einsatz eines solchen IMSI-Catchers zur Ermittlung der Geräte- und Kartennummer sowie des Standortes von Mobiltelefonen für verfassungsgemäß erklärt. Die Entscheidung kann unter [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20060822\\_2bvr134503.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20060822_2bvr134503.html) abgerufen werden. Zu den Möglichkeiten und der daraus resultierenden Gefahr für die Grundrechte der Betroffenen durch den eingesetzten IMSI-Catcher siehe *Nelles* in NK 2006, S. 69.
- 18 Diesen Gesichtspunkt führt auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zu den Regelungen zur vorbeugenden Telekommunikationsüberwachung des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung an, BVerfGE 113, 348, 385.
- 19 So auch im Gesetzentwurf der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, S. 2.
- 20 Staatsfeinde und Verbrecher der Schwerekriminalität sollten mittels Telekommunikationsüberwachung gefasst werden können, siehe BT-Drucks. 5/1880, S. 7.
- 21 *Albrecht, Dorsch, Kriipe*, S. 17.
- 22 Durch das Gesetz zur Neuordnung des Betäubungsmittelrechts (BtMRNOG), BGBl. I 1981, 681 wurden die Betäubungsmitteldelikte in § 100a StPO eingefügt.
- 23 Eingefügt wurden bspw. die §§ 244, 244a, 260 StGB durch das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität



- (OrgKG), BGBl. I 1992, 1302 sowie durch das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität (OrgKVerbG), BGBl. I 1998, 845.
- 24 Vgl. Niehaus, S. 40.
- 25 So auch der Vorwurf der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, S. 2.
- 26 Meyer-Goßner, § 100a Rn. 4.
- 27 Z.B. §§ 97 Abs. 2, 109e Abs. 5 StGB.
- 28 Kritik an der Uneinheitlichkeit des Straftatenkataloges üben insbesondere Neuhaus, 375, 386f; Niehaus, S. 91f.
- 29 Niehaus, S. 74. Zur Änderung der Telekommunikationsüberwachung in Richtung proaktiver Ermittlungstätigkeit, Albrecht, Dorsch, Krüpe, S. 465f.
- 30 Vgl. den zuletzt zu diesem Thema veröffentlichten Aufsatz von Allgayer in NSTz 2006, 603.
- 31 Vgl. BGH NSTz 1996, 200, 201; 1998, 426, 427. Sowohl der Gesetzentwurf der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen als auch der Entwurf des BMJ enthalten im Hinblick auf Zufallserkenntnisse eine Regelung, nach der ohne Einwilligung der von der Maßnahme betroffenen Person nur bei Erfüllung einer Katalogtat des § 100a StPO eine Beweisverwertung in der Hauptverhandlung möglich ist (§ 100b V StPO-E im Entwurf der Bundestagsfraktion und § 161 II StPO-E im Entwurf des BMJ).
- 32 BGHSt 31, 304, 308f.
- 33 Meyer-Goßner, § 100a Rn. 21.
- 34 Da es für den Bereich der Telekommunikationsüberwachung nur indirekte Bedeutung hat, wie Voraussetzungen und Schutzniveau bei § 97 StPO ausgestaltet sind, soll an dieser Stelle nicht weiter darauf eingegangen werden. Vgl. dazu nur die Kommentierungen von Meyer-Goßner, StPO, Rn. 9 ff oder von Rudolphi, SK-StPO, § 97, Rn. 7 ff.
- 35 Meyer-Goßner, § 53 a Rn. 1.
- 36 Auf die Frage, inwieweit die Ausklammerung von Angehörigen i.S.d. § 52 StPO sachgerecht ist, soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden.
- 37 Hilger in GA 2003, 482, 485.
- 38 Vgl. zum Problem der Einbeziehung von Journalisten in den Schutzbereich von § 100h II StPO eingehend Hilger in GA 2003, 482, Welp in GA 2002, 546 und Kunert in NSTz 2002, 169.
- 39 So auch Wolter in SK-StPO, § 100h Rn. 6.
- 40 Meyer-Goßner, § 100a Rn. 10.
- 41 Meyer-Goßner, § 100a Rn. 13; Pfeiffer, StPO, § 100a Rn. 7; Nack, KK-StPO, § 100a Rn. 28 f., Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2492.
- 42 Zur Frage der Telekommunikationsüberwachung von Rechtsanwälten siehe auch den Aufsatz bzw. die Anmerkung von Kühne, Telefonüberwachung von Rechtsanwälten – Fall Kopp (Schweiz) – EGMR-Urteil vom 25. März 98 (13/1997/797/1000), in StV 1998, 683. Kühne kommt unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des EGMR zu der Auffassung, dass § 148 StPO Art. 8 II EMRK nicht gerecht wird und einen nur unzureichenden Schutz konstituiert.
- 43 BGHSt 33, 347, 349 f.
- 44 BGHSt 33, 347, 352.
- 45 Nack, KK-StPO, § 100a Rn. 29 m.w.N., BGHSt 33, 347.
- 46 Rudolphi in SK-StPO, 100a Rn. 17 ff.
- 47 Diese Regelungslücke bezweifelt Werle in JZ 1991, 482.
- 48 Rudolphi in SK-StPO, § 100a Rn. 21 m.w.N.
- 49 So zum Beispiel Nack, KK-StPO, § 100a Rn. 31, der eine einschränkende Auslegung des § 100a StPO für geboten hält, wenn dem Betroffenen zugehende Mitteilungen solche sind, die nach § 53 StPO dem Berufsgeheimnis unterliegen und will diese einschränkende Auslegung unter das Erfordernis des § 97 II 3 StPO stellen.
- 50 Nack in KK-StPO, § 100a Rn. 131.
- 51 Ein solch erschreckendes Ausmaß der Nichtbenachrichtigung der von der Maßnahme Betroffenen offenbarte die Untersuchung von Backes, Gusy, Begemann, Doka, Finke, S. 6. Zu ähnlichen Ergebnissen kommt auch die Studie von Albrecht, Dorsch, Krüpe, S. 451.
- 52 Ist es die Angst vor der gerichtlichen Überprüfung, weil dann herauskommt, dass die gesetzlichen Ermächtigungen zu großzügig ausgelegt wurde? Zu dieser Tendenz der Strafverfolgungsorgane und der Kritik hieran, Nelles in NK 2006, S. 70.
- 53 Vgl. Albrecht, Dorsch, Krüpe, S. 464.
- 54 Vgl. Albrecht, Dorsch, Krüpe, S. 464f.
- 55 Den Versuch mit Hilfe eines Straftatenkataloges die Grundrechtseingriffe zu beschränken, sieht Nelles in NK 2006, S. 71 als gescheitert an.
- 56 Darunter fallen z.B. §§ 86 StGB, 20 VereinsG.
- 57 Referentenentwurf, S. 86f.
- 58 Referentenentwurf, S. 90f.
- 59 Zum Beispiel § 232 Abs. 1 StGB.
- 60 Referentenentwurf, S. 90f.
- 61 Vgl. Albrecht, Dorsch, Krüpe, S. 465.
- 62 Zu diesem Ergebnis kommt die Studie von Albrecht, Dorsch, Krüpe, S. 299.
- 63 Referentenentwurf, S. 85f. bzgl. BVerfGE 107, 299, 329; 109, 279, 346; 113, 348, 385f. Die Schwammigkeit des Begriffs „Straftat von erheblicher Bedeutung“ kritisiert Nelles in NK 2006, S. 71. Die Eingriffsermächtigung enthalte aufgrund dieses Begriffs keine Grenze, welche ein Richter demzufolge auch nicht kontrollieren kann. Die Kritik ist jedoch unberechtigt, da die Rechtsprechung und auch der Gesetzgeber den unbestimmten Rechtsbegriff der „Straftat von erheblicher Bedeutung“ mehrfach ausgelegt haben und dem Richter damit eine flexible Handhabe zur Verfügung steht.
- 64 So der Referentenentwurf, S. 85.
- 65 Referentenentwurf, S. 86.
- 66 Diese Zweifel äußert auch Holger Niehaus, S. 237.
- 67 Steinberg in JZ 2006, 1045, 1049.
- 68 So auch das BVerfG bezüglich der Wohnraumüberwachung nach § 100c StPO, BVerfGE 109, 279, 351f.
- 69 So Nelles in der NK 2006, S. 69.
- 70 Vgl. Albrecht, Dorsch, Krüpe, S. 463.
- 71 Vgl. Albrecht, Dorsch, Krüpe, S. 464.
- 72 Nur der Entwurf der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen enthält in § 100b IV StPO-E erhöhte Anforderungen an die Begründungspflicht des die Telekommunikationsüberwachung anordnenden Beschlusses. Der Richter muss danach auch die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme selbst begründen.
- 73 Die Studie von Backes, Gusy, Begemann, Doka, Finke, ergab, dass 90% der staatsanwaltschaftlichen Anträge wortwörtlich vom Richter übernommen werden, S. 4.
- 74 Solche sind beispielsweise in den §§ 136a III 2, 100c V 3, 108 II, 252 StPO normiert.
- 75 Albrecht, Dorsch, Krüpe, S. 20.
- 76 Referentenentwurf, S. 74.
- 77 Wolter, Schenke, S. 3 ff.
- 78 Referentenentwurf, S. 54.
- 79 Referentenentwurf S. 77.
- 80 § 53b II 1 StPO.
- 81 BVerfGE 20, 162, 187.
- 82 Kugelman, S. 262.
- 83 Spiegel, Ausgabe 50/2006 vom 11.12.2006, S. 61.
- 84 Vgl. dazu nur Löffelmann in ZStW 118 (2006), 358, 373 ff., eingehend Kugelman, S. 260, Hilger in GA 2003, 482, 485 und Kunert in NSTz 2002, 169.
- 85 Löffelmann, S. 374.
- 86 In den Entwürfen der Bundestagsfraktion und des BMJ findet sich eine entsprechende Regelung jeweils in § 101 StPO-E.
- 87 Z.B. beim Schutz der Berufsgeheimnisträger und der Aufschiebung der Benachrichtigung an den Betroffenen.
- 88 Eine Generalrevision bezüglich des Rechtsschutzes des von Verfolgungsmaßnahmen Betroffenen mahnt Nelles in der NK 2006, S. 68 an.
- 89 Vgl. Niehaus, S. 74. Zur Änderung der Telekommunikationsüberwachung in Richtung proaktiver Ermittlungstätigkeit, Albrecht, Dorsch, Krüpe, S. 465f.
- 90 Vgl. den Artikel der Frankfurter Rundschau vom 13. November 2006 abrufbar unter: [http://fr-aktuell.de/in\\_und\\_ausland/politik/aktuell/?em\\_cnt=1007897](http://fr-aktuell.de/in_und_ausland/politik/aktuell/?em_cnt=1007897).