

Rechtspolitisches Forum

Legal Policy Forum

33

Volker Krey

Der große Lauschangriff auf dem Prüfstand

Konsequenzen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 03.03.2004

Das Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier hat die wissenschaftliche Forschung und Beratung auf Gebieten der Rechtspolitik sowie die systematische Erfassung wesentlicher rechtspolitischer Themen im In- und Ausland zur Aufgabe. Es wurde im Januar 2000 gegründet.

Das *Rechtspolitische Forum* veröffentlicht Ansätze und Ergebnisse national wie international orientierter rechtspolitischer Forschung und mag als Quelle für weitere Anregungen und Entwicklungen auf diesem Gebiet dienen. Die in den Beiträgen enthaltenen Darstellungen und Ansichten sind solche des Verfassers und entsprechen nicht notwendig Ansichten des Instituts für Rechtspolitik.

Am 03.03.2004 verkündete das Bundesverfassungsgericht sein Urteil zum Großen Lauschangriff, in dem es die akustische Wohnraumüberwachung unter eng begrenzten Umständen für zulässig erklärte. Der Beitrag setzt sich, beginnend mit rechtsgleichenden Betrachtungen, eingehend mit dem Urteil auseinander und beleuchtet die Entscheidung ebenso wie die abweichenden Voten kritisch. Dabei zeigt der Autor Probleme auf, die sich bei der Anwendung des Urteils in der Praxis ergeben und plädiert für die Normierung auch des sog. kleinen Lauschangriffs.

Prof. Dr. Volker Krey ist seit 1975 ordentlicher Professor an der Universität Trier. Von 1978 bis 1998 war er zugleich Richter am Oberlandesgericht Koblenz im zweiten Hauptamt. Der Verfasser war 1988-1990 Mitglied der „Unabhängigen Regierungskommission zur Verhinderung und Bekämpfung von Gewalt“ sowie wiederholt Berater des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages für Gesetzentwürfe zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität. Er ist ständiger Referent an der Deutschen Richterakademie in Trier und Wustrau. Auch beim Bundeskriminalamt und an der Polizei-Führungsakademie in Münster-Hiltrup sowie wiederholt in den USA, Japan, Ungarn und anderen europäischen Ländern hat er über die Problematik Verdeckter Ermittlungen referiert.

Inhaltsverzeichnis

<i>I. Terminologie / Rechtsvergleichende Hinweise / Entwicklungsgeschichte des Lauschangriffs</i>	3
<i>II. Wesentlicher Inhalt der Lauschangriff- Entscheidung des BVerfG v. 03.03.2004</i>	10
1. <i>Zur Verfassungsmäßigkeit des Art. 13 Abs. 3 GG (Vereinbarkeit mit Art. 79 Abs. 3 GG)</i>	12
2. <i>Teilweise Verfassungswidrigkeit der Vorschriften der StPO zur Wohnraumüberwachung</i>	13
3. <i>Abweichende Meinung von Jaeger und Hohmann-Dennhardt</i>	14
<i>III. Kritische Stellungnahme zur Lauschangriff- Entscheidung des BVerfG vom 03.03.2004</i>	15
1. <i>Kritik im Allgemeinen</i>	15
2. <i>Zur Kritik im Einzelnen</i>	16
<i>IV. Gesetz zur Umsetzung des Urteils des BVerfG v. 03.03.2004</i>	21
<i>V. Der präventiv-polizeiliche Lauschangriff nach dem Urteil des BVerfG v. 03.03.2004</i>	24
1. <i>Ablehnung der Ansicht, das Urteil sei präventiv- polizeilich irrelevant</i>	24
2. <i>Signifikant geringere rechtsstaatliche Anfor- derungen an die präventiv-polizeiliche Wohn- raumüberwachung als an den strafprozessualen „Großen Lauschangriff“</i>	25
3. <i>Einzelfragen</i>	27
<i>VI. Resümee</i>	28

DER GROSSE LAUSCHANGRIFF AUF DEM PRÜFSTAND

*Konsequenzen aus dem Urteil des
Bundesverfassungsgerichts vom 03.03.2004*

PROF. DR. VOLKER KREY

- unter Mitarbeit von Ref. Theresa Wilhelmi -
Universität Trier*

Der in der rechtspolitischen Diskussion der 90er Jahre zunächst abwertend gemeinte, als „Kampfbegriff“ verwendete Terminus „Großer Lauschangriff“ hat sich inzwischen bei Gegnern und Befürwortern weitgehend durchgesetzt. Er meint den Einsatz technischer Mittel zur akustischen Überwachung von Wohnungen. Im Folgenden geht es in erster Linie um den „Großen Lauschangriff“ als strafprozessuales Ermittlungsinstrument (Art. 13 Abs. 3 GG); jedoch wird die akustische Wohnraumüberwachung als Mittel der Gefahrenabwehr (Art. 13 Abs. 4, 5 GG) einbezogen.

I. Terminologie / Rechtsvergleichende Hinweise / Entwicklungsgeschichte des Lauschangriffs

1. Im Jahre 1968 wurde in den USA als strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme die elektronische Überwachung von Wohnungen (Großer Lauschangriff) legalisiert, und zwar im Rahmen des Omnibus Crime Control and Safe Streets Act¹. Wichtige rechtsstaatliche Voraussetzungen i.S. des bei uns so genannten Verfassungsprinzips „Grundrechtssicherung durch Verfahren“ waren dabei namentlich das Zusammenwirken von

* Theresa Wilhelmi ist Assistentin an meinem Lehrstuhl.

¹ Dazu näher: *Böttger/Pfeiffer*, ZRP 1994, 7 ff; *Lützner*, Strafprozessuale Zwangs- und Überwachungsmaßnahmen im Recht der USA und der Bundesrepublik Deutschland, 1999, S. 167 ff; *Rohe*, Verdeckte Informationsgewinnung mit technischen Hilfsmitteln..., 1998, S. 87 ff, 91 ff.

Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht sowie Berichtspflichten des Richters². Dieser Große Lauschangriff – Bugging Operation – findet in den USA relativ selten Anwendung (rund 100 Maßnahmen pro Jahr)³, hat aber i.V.m. anderen verdeckten Strafverfolgungsmaßnahmen wie Telefonüberwachung, Einsatz von undercover agents etc. sowie der Kronzeugenregelung zu wichtigen Ermittlungserfolgen im Kampf gegen die Organisierte Kriminalität (OK) geführt.

Viel bedeutsamer als jener Große Lauschangriff ist in den USA jedoch das Instrument des Consensual Monitoring⁴ (kleiner Lauschangriff): Es geht dabei um die elektronische Überwachung von Wohnungen, in die man undercover agents oder cooperating individuals (police informer) eingeschleust hat. Diese, rund 6000 mal pro Jahr (!) durchgeführte⁵, gesetzlich nicht normierte polizeiliche Ermittlungsmaßnahme kann dabei ohne Zustimmung von Staatsanwaltschaft und Gericht erfolgen. Der US-Supreme Court vertritt nämlich die Ansicht, es fehle an einem Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung⁶ – ein durchaus fernliegender Standpunkt. Jenes Consensual Monitoring erinnert an den „kleinen Lauschangriff“, der im deutschen Entwurf eines OrgKG (1992) vorgesehen, aber im OrgKG selbst nicht mehr enthalten war, worauf zurückzukommen ist⁷.

In *Italien* ist der Lauschangriff auf Wohnungen seit der Strafprozessreform von 1988 als legale Ermittlungsmaßnahme an-

2 Hierzu: *Böttger/Pfeiffer* aaO, S. 8 ff, 13 ff; *Rohe* aaO, S. 97, 100 f.

3 *Böttger/Pfeiffer* aaO, S. 9.

4 Dazu: *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971); *Krey* in: *Kohlmann-FS*, 2003, S. 627, 631 f m.w.N.; *Lützner* in: *Gropp* (Hrsg.), *Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der OK*, 1993, *Länderbericht USA*, S. 799-801; *Ransiek*, *GA* 1995, 23 ff, 27, 28; *Rohe* aaO, S. 49, 50, 90 ff, 97 ff, 105 ff.

5 *Krey* aaO.

6 *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971).

7 Dazu im folgenden Text, unter 2. b) (1), (4).

erkannt⁸ und hat auch dort im Zusammenhang mit anderen verdeckten Ermittlungsmaßnahmen und einer effektiven Kronzeugenregelung bedeutsame Ermittlungserfolge im Kampf gegen die Mafia gezeitigt.

Bis 1997 erfolgte in *England* der Lauschangriff auf Wohnungen aufgrund von Richtlinien des Innenministers (Home Office Guidelines). Zuerst 1997 im Police Act und dann 2000 im Regulation of Investigatory Powers Act wurde dann diese Ermittlungsmaßnahme gesetzlich legitimiert⁹. Dies offensichtlich aufgrund der Rechtsprechung des *EGMR* in Straßburg, der bekanntlich als rechtliche Eingriffsermächtigung für das Common Law System neben Parlamentsgesetzen zwar auch case law anerkennt, nicht aber Richtlinien der Exekutive wie jene Guidelines¹⁰.

Österreich hat mit seiner gesetzlichen Normierung des Lauschangriffs auf Wohnungen offenbar eine gewisse Zeit auf die Legalisierung dieser intrikaten Ermittlungsmaßnahme in Deutschland gewartet, dann aber 1997 eine eigenständige Regelung getroffen. Dabei wurde – im Gegensatz zu Deutschland (unten, 2.) – neben dem Großen auch der kleine Lauschangriff normiert¹¹. Letzteren regelt § 149 d Abs. 1 Nr. 2 der österreichischen Strafprozessordnung (öStPO) n.F. mit der Formulierung: „...wenn sie [gemeint ist die optische bzw. akustische Überwachung von Personen mit technischen Mitteln] sich auf Vorgänge und Äußerungen beschränkt, die zur Kenntnisnahme einer von der Überwachung informierten Per-

8 Kühne, Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 6. Auflage 2003, Rn 1307.

9 Huber in: Gropp/Huber (Hrsg.), Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität, 2001, S. 203, 264 ff; Kühne aaO, Rn 1151, 1204; *EGMR* (Khan/UK), JZ 2000, 993 ff mit Anm. Kühne/Nash.

10 *EGMR* (Khan/UK), JZ 2000, 993 ff mit Anm. Kühne/Nash; Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (*EGMR*) in Straßburg, 2002, S. 150.

11 Hierzu Löschnig-Gspandl in: Gropp/Huber (Hrsg.) aaO, S. 549, 614 ff, 617 ff.

son [d.h. eines VE oder einer VP] bestimmt sind“. Dagegen enthält § 149 d Abs. 1 Nr. 3 öStPO n.F. diese Beschränkung nicht, regelt also den Großen Lauschangriff.

2. In *Deutschland* ist das Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Wortes mit technischen Mitteln (akustische Überwachung) im Wesentlichen in folgenden Schritten legalisiert worden:

a) Seit Beginn der 90er Jahre haben die neueren *Landespolizeigesetze* den Lauschangriff bis hin zur akustischen Überwachung von Wohnungen als Mittel der Gefahrenabwehr (Prävention) normiert¹². So lautete z.B. Art. 34 PAG Bayern seinerzeit:

„(1) Die Polizei kann durch den verdeckten Einsatz technischer Mittel in oder aus Wohnungen ... personenbezogene Daten erheben

1. über die für eine Gefahr Verantwortlichen und unter den Voraussetzungen des Art. 10 über die dort genannten Personen, wenn dies erforderlich ist zur Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr für ... Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person...“

Neben diesem allgemeinen präventiv-polizeilichen Lauschangriff wurde in jenen neueren Landespolizeigesetzen zusätzlich als *lex specialis* der *Lauschangriff zur Sicherung verdeckt operierender Personen* wie VE und VP normiert (sog. Abhören zur Eigensicherung). Als Beispiel für eine solche Landesregelung sei hier Art. 34 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 PAG Bayern genannt, wo – i.S. des heutigen Art. 13 Abs. 5 GG – von der *„Anordnung eines verdeckten Einsatzes technischer Mittel in oder aus Wohnungen ... zum Schutz der bei einem polizeilichen Einsatz tätigen Personen“* gesprochen wird.

b) Während man der Polizei den Großen Lauschangriff – und zusätzlich die optische Überwachung von Wohnungen – als Mittel der Gefahrenabwehr seit Anfang der 90er Jahre kraft

¹² Krey, Rechtsprobleme des strafprozessualen Einsatzes Verdeckter Ermittler einschließlich des „Lauschangriffs“ zu seiner Sicherung und als Instrument der Verbrechensaufklärung, BKA-Forschungsreihe 1993, Rn 56, 57, 297, 321, 322, 330 m.w.N.

Gesetzes erlaubte, zeigte der Gesetzgeber für den Bereich der *Strafverfolgung* noch lange größte Zurückhaltung:

(1) Vor 1998 wurde das Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Wortes als strafprozessuales Ermittlungsinstrument nur für den Fall legalisiert, dass kein Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) vorlag. Diesen *Lauschangriff außerhalb von Wohnungen* normierte das OrgKG v. 1992 in § 100 c Abs. 1 Nr. 2 (jetzt: § 100 f Abs. 2 StPO n.F.¹³). Er wird zu Unrecht inzwischen gelegentlich als „kleiner Lauschangriff“ bezeichnet; dies ist jedoch missverständlich, was der anschließende Text verdeutlicht.

Als „kleinen Lauschangriff“ in Anlehnung an das erwähnte US-consensual monitoring hatte der EOrgKG¹⁴ in § 100 c Abs. 2 StPO i.d.F. dieses Entwurfs folgende Regelung vorgesehen: *„Das in einer Wohnung nichtöffentlich gesprochene Wort darf ... abgehört und aufgezeichnet werden, soweit es im Beisein eines nicht offen ermittelnden Beamten geäußert wird...“*

Maßgebliche Überlegung hierfür war, dass bei einem solchen Abhören mit technischen Mitteln nur das festgehalten wird, was die verdeckt ermittelnde Person infolge ihrer zulässigen Anwesenheit in der Wohnung ohnehin wahrnehmen kann, so dass die Eingriffsintensität entschieden geringer ist als sonst beim Lauschangriff auf Wohnungen¹⁵. Dieser „kleine Lauschangriff“ ist jedoch durch das OrgKG v. 1992 nicht legalisiert worden.

Die Einführung des „kleinen Lauschangriffs“ sollte an sich ein politischer Kompromiss sein: Einerseits wollte man nach US-Vorbild wegen der Erfordernisse einer effektiven Bekämpfung schwerer Kriminalität, namentlich der OK, auch den Strafverfolgungsbehörden das Ermittlungsinstrument der akustischen Wohnraumüberwachung einräumen. Andererseits wollte man Verfassungsbedenken hiergegen durch enge Voraussetzun-

13 i.d.F. des Gesetzes v. 24.06.2005 zur Umsetzung des Urteils des BVerfG v. 03.03.2004 (akustische Wohnraumüberwachung), BGBl I, 1841.

14 Entwurf eines OrgKG v. 1992, BT-Drucksache 12/989.

15 BT-Drucksache aaO, S. 39 f.

gen (insbesondere die Anwesenheit verdeckt ermittelnder Beamter) begegnen¹⁶. Indes wurde die Normierung dieses Ermittlungsinstruments von vielen als „*fauler Kompromiss*“ bewertet und ist daher nicht Gesetz geworden¹⁷. Den Gegnern eines strafprozessualen Lauschangriffs auf Wohnungen ging auch dieser „kleine Lauschangriff“ zu weit. Die Befürworter hingegen strebten die Legalisierung der akustischen Wohnraumüberwachung ohne jene Einschränkung (Anwesenheit von VE) an, d.h. sie wollten den sog. „Großen Lauschangriff“.

(2) Die akustische Wohnraumüberwachung als strafprozessuales Ermittlungsinstrument im Kampf gegen OK, Terrorismus und andere schwere Kriminalität blieb in der Folge ein Hauptstreitpunkt in der rechtspolitischen Diskussion. Ihre Befürworter machten die erwähnten, erheblichen Ermittlungserfolge in Italien und den USA geltend und verwiesen auf die Anerkennung jenes Ermittlungsinstruments in anderen Rechtsstaaten¹⁸. Ihre Gegner vertraten dagegen den Standpunkt, auch durch Verfassungsänderung dürfe der „Große Lauschangriff“ nicht eingeführt werden; seine Legalisierung würde nämlich gegen die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG verstoßen (Menschenwürde, Kernbereich der Rechtsstaatlichkeit)¹⁹. Im Jahre 1998 wurde diese Auseinandersetzung durch Verfassungsänderung und Änderung der StPO entschieden: In Art. 13 Abs. 3 GG n.F. und § 100 c Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 mit § 100 d Abs. 2-6, §§ 100 e, 100 f StPO i.d.F. von 1998 wurde der „Große Lauschangriff“ als strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme legalisiert.

16 Krey aaO (Fn 12), Rn 34 ff, 36, 37.

17 Dazu Krey aaO, Rn 37, 369 m.w.N.

18 Siehe u.a.: Gesetzesentwurf der SPD v. 1994, BT-Drucksache 12/6784; Krey aaO (Fn 12), Rn 420-425 m.w.N.; Krey, Legal Problems in Using Undercover Agents Including Electronic Surveillance for their Backup and as Instrument of Crime Prosecution in Germany, in: *Revista de Direito Comparado Portugues e Brasileiro*, 2001, 209, 227; Sieber, JZ 1995, 758, 767; Zachert, DRiZ 1992, 355 f.

19 Eisenberg, NJW 1993, 1033, 1039; Hassemer, DRiZ 1992, 357, 358; Wolter, NSTz 1993, 1, 2 Anm. 20.

(3) Befürchtungen, damit sei der Rechtsstaat preisgegeben und die Tür zum Überwachungsstaat geöffnet, haben sich seither in keiner Weise bestätigt. Aus den Berichten der Bundesregierung (§ 100 e Abs. 2 StPO a.F.) ergibt sich, dass von 1998 bis 2003 nur knapp über 150 „Große Lauschangriffe“ durchgeführt worden sind²⁰. Dies beruht zum einen auf den sehr hohen rechtsstaatlichen Anforderungen, zum anderen auf dem enormen technischen und sonstigen Aufwand, den Vorbereitung, Durchführung und Absicherung der akustischen Wohnraumüberwachung erfordern.

Wichtiger ist jedoch die Einsicht, dass bisher kein Missbrauch dieses Ermittlungsinstruments erfolgte, sondern das geltende Recht offenbar durchgehend respektiert wurde²¹.

(4) Anders als der erheblich weitergehende „Große Lauschangriff“ ist der signifikant weniger eingriffsintensive „*kleine Lauschangriff*“ bis heute nicht legalisiert worden. Das ist sachwidrig und rechtlich bedenklich: Zum einen hat der Gesetzgeber hier den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vernachlässigt; denn er hat den schwereren Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung erlaubt, den milderen (kleiner Lauschangriff) dagegen nicht. Damit ist das Prinzip der Erforderlichkeit missachtet. Zum anderen wären die massiven Schranken für den Einsatz des „Großen Lauschangriffs“ wie

- *Anordnung durch einen Kollegialspruchkörper (Art. 13 Abs. 3 GG, § 100 d Abs. 1 StPO);*

- *Erfordernis einer „besonders schweren Straftat“ (Art. 13 Abs. 3 GG, § 100 c Abs. 2 StPO);*

- *Unzulässigkeit, soweit Berufsgeheimnisträger betroffen sind, §§ 53, 100 c Abs. 6 StPO,*

²⁰ Siehe nur BT-Drucksachen 14/2452, 14/3998, 14/6778, 14/9860, 15/1504 und 15/3699 (1998-2003).

²¹ *Meyer-Wieck* (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht), Rechtswirklichkeit und Effizienz der akustischen Wohnraumüberwachung („großer Lauschangriff“) nach § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO [a.F.], abrufbar unter: <http://www.bmj.bund.de/media/archive/787.pdf>

zumindest beim „kleinen Lauschangriff“ in diesem Umfang rechtsstaatlich nicht geboten. Denn bei letzterem geht es wegen des Erfordernisses der Anwesenheit eines VE nur darum, dass Informationen, die der Betroffene arglos dem VE mitteilt, zusätzlich elektronisch aufgezeichnet werden. Diese Informationen wären gemäß dem Prinzip „Plappern auf eigene Gefahr“²² aber ohnehin schon verwertbar, sei es durch Vernehmung jenes Beamten als Zeugen, sei es durch Beweissurrogate, wenn der Beamte als Zeuge gemäß §§ 96, 110 b Abs. 3 S. 2 StPO gesperrt wird²³. Es macht unter dem Aspekt der Eingriffsintensität einen gewaltigen Unterschied, ob die von einem Lauschangriff betroffenen Verdächtigen ohne Anwesenheit Fremder in ihrer Wohnung arglos reden, oder ob sie mit Fremden (z.B. VE) sprechen, die sie gutgläubig in ihre Wohnung eingelassen haben. In letzterem Fall greift der rechtliche Gesichtspunkt des „Plapperns auf eigene Gefahr“ sehr viel stärker ein als in ersterem.

II. Wesentlicher Inhalt der Lauschangriff-Entscheidung des BVerfG v. 03.03.2004

Ungeachtet des seltenen und bisher offensichtlich stets legalen Einsatzes des „Großen Lauschangriffs“²⁴ haben die Gegner dieses strafprozessualen Ermittlungsinstrumentes keine Ruhe gegeben, sondern das BVerfG angerufen. Dieses hat mit Urteil des 1. Senats v. 03.03.2004 entschieden²⁵:

22 Krey in: Miyazawa-Festschrift 1995, S. 595, 600; ebenso der Sache nach BGH St 42, 139 ff (GS).

23 Zu dieser Sperrung und den Beweissurrogaten (Zeugen vom Hörensagen und/oder Urkundenbeweis mittels Verlesung von Vernehmungsprotokollen) siehe u.a.: BGH St 33, 83, 88; 33, 178, 181; BGH JZ 2000, 363 mit Anm. Roxin; BVerfG E 57, 250, 290-292; BVerfG NStZ 1995, 600; BVerfG NJW 2001, 2245 f; Krey (Fn 4), S. 643-645 m.w.N.; Meyer-Goßner, StPO, 48. Aufl. 2005, § 250 Rn 5, 8 m.w.N.

24 Siehe oben, I. 2. b) (3).

25 NJW 2004, 999-1022.

Leitsatz 1: Art. 13 Abs. 3 GG i.d.F. von 1998 ist mit Art. 79 Abs. 3 GG vereinbar.

Leitsatz 2: Zur Unantastbarkeit der Menschenwürde gehört die Anerkennung eines absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung. In diesen Bereich darf die akustische Überwachung von Wohnraum zu Zwecken der Strafverfolgung nicht eingreifen. Eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwischen der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und dem Strafverfolgungsinteresse findet insoweit nicht statt.

Leitsatz 3: Nicht jede akustische Überwachung von Wohnraum verletzt den Menschenwürdegehalt des Art. 13 Abs. 1 GG.

Leitsatz 4: Die auf die Überwachung von Wohnraum gerichtete gesetzliche Ermächtigung muss Sicherungen der Unantastbarkeit der Menschenwürde enthalten sowie den tatbestandlichen Anforderungen des Art. 13 Abs. 3 GG und den übrigen Vorgaben der Verfassung entsprechen.

Leitsatz 5: Führt die auf eine solche Ermächtigung gestützte akustische Wohnraumüberwachung gleichwohl zur Erhebung von Informationen aus dem absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung, muss sie abgebrochen werden und Aufzeichnungen müssen gelöscht werden; jede Verwertung solcher Informationen ist ausgeschlossen.

Leitsatz 6: Die Vorschriften der StPO zur Durchführung der akustischen Überwachung von Wohnraum zu Zwecken der Strafverfolgung genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen im Hinblick auf den Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), den vom Rechtsstaatsprinzip umfassten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) und den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) nicht in vollem Umfang.

Ergänzend und vertiefend führt der 1. Senat des BVerfG in den Gründen aus:

1. *Zur Verfassungsmäßigkeit des Art. 13 Abs. 3 GG (Vereinbarkeit mit Art. 79 Abs. 3 GG)*

a) Art. 79 Abs. 3 GG verbiete Verfassungsänderungen, die den Schutz der Menschenwürde, das Bekenntnis zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten und grundlegende Elemente des Rechtsstaatsprinzips missachteten. Jedoch sei diese Verfassungsnorm eine eng auszulegende Ausnahmevorschrift: Das *BVerfG* habe das Recht des verfassungsändernden Gesetzgebers zu respektieren, „einzelne Grundrechte zu ändern, einzuschränken oder sogar aufzuheben“, sofern er dabei Art. 1 Abs. 1 GG und das Rechtsstaatsprinzip *nicht berühre*²⁶.

b) Art. 13 Abs. 3 GG verletze nicht den Menschenwürdegehalt von Art. 13 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, soweit sichergestellt sei, dass der unantastbare Kernbereich privater Lebensgestaltung gewahrt werde. Zu diesem Kernbereich gehöre die Möglichkeit, über innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle, Erlebnisse höchst persönlicher Art und Ausdrucksformen der Sexualität zu sprechen, und zwar ohne Angst vor Überwachung durch staatliche Stellen. Art. 13 Abs. 3 GG sei dahin zu verstehen, dass jene Wahrung des Kernbereichs von Verfassungs wegen geboten und in dieser Vorschrift garantiert sei. Allerdings gehörten nicht sämtliche Gespräche, die ein Einzelner mit seinen engsten Vertrauten in der Wohnung führe, zum Kernbereich privater Lebensgestaltung: *Gespräche über begangene Straftaten* seien ihrem Inhalt nach nicht Teil jenes unantastbaren Kernbereichs²⁷. Heimliche Ermittlungen des Staates wie akustische Wohnraumüberwachung als solche bedeuteten noch keinen Verstoß gegen Art. 13 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG, wobei Art. 13 Abs. 1 GG als *lex specialis* den Schutz der Menschenwürde konkretisiere.

c) Bei Gesprächen, die ein Einzelner mit seinen engsten Vertrauten in der Wohnung führe, spreche zwar eine Vermutung dafür, dass es um den Kernbereich privater Lebensgestaltung

²⁶ NJW aaO, S. 1001.

²⁷ NJW aaO, S. 1002-1004.

gehe. Diese Vermutung sei aber widerleglich. Gewissheit sei regelmäßig erst mit der Erhebung von Informationen durch Abhören zu erlangen („erste Sichtung“)²⁸. *Dabei könne es der Schutz von Art. 1 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1 GG erforderlich machen, auf eine nur automatische Aufzeichnung der abgehörten Gespräche zu verzichten, um jederzeit die Ermittlungsmaßnahme unterbrechen zu können.*

d) Ob es verfassungsrechtlich geboten war, sämtliche Berufsgeheimnisträger (§ 53 StPO) einem absoluten Überwachungsverbot zu unterstellen, könne dahinstehen. Jedoch gehörten der Schutz der Beichte, der Kontakt mit dem Strafverteidiger und, im Einzelfall, auch Arztgespräche dem unantastbaren Kernbereich an, dagegen nicht Kontakte mit Presseangehörigen und Abgeordneten²⁹.

2. *Teilweise Verfassungswidrigkeit der Vorschriften der StPO zur Wohnraumüberwachung*

Hier muss es mit wenigen Hinweisen sein Bewenden haben. Das Gericht rügt u.a.:

- Die Weite des Katalogs des § 100 c Abs. 1 Nr. 3 StPO i.d.F. von 1998. Eine besonders schwere Straftat (Art. 13 Abs. 3 GG) erfordere eine Höchststrafe von mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe³⁰.

- § 100 d Abs. 3 StPO a.F. (Angehörige) genüge nicht den dargelegten Ausführungen zum Schutz des unantastbaren Kernbereichs³¹.

Zur Anordnung der Wohnraumüberwachung durch die Staatschutzkammer (§ 100 d Abs. 2 StPO a.F., jetzt: § 100 d Abs. 1) hebt das Gericht noch ergänzend hervor: *Je nach den Umständen werde die Kammer Regelungen zu Art und Weise*

28 NJW aaO, S. 1003-1005.

29 NJW aaO, S. 1004 ff.

30 NJW aaO, S. 1010, 1011.

31 NJW aaO, S. 1006 ff.

des Vollzugs treffen müssen, auch zu Vorbereitungs- und Begleitmaßnahmen sowie ggf. zur technischen Durchführung ³².

3. *Abweichende Meinung von Jaeger und Hohmann-Dennhardt*

Das Urteil ist in der Frage der Verfassungsmäßigkeit des Art. 13 Abs. 3 GG mit 6 zu 2 Stimmen ergangen: Die genannten Richterinnen haben in einem Minderheitsvotum dargelegt, warum Art. 13 Abs. 3 GG der „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG widerspreche³³.

a) Das ist zum einen *in der Sache unzutreffend*, und zwar aus den folgenden Gründen:

- Auch andere Rechtsstaaten kennen das Ermittlungsinstrument „Großer Lauschangriff“ (oben, I. 1.); will man ihnen deswegen die Rechtsstaatlichkeit absprechen?

- Gemessen an der geringen Anzahl durchgeführter Wohnraumüberwachungen und den fehlenden Anhaltspunkten für Rechtsmissbrauch (oben, I. 2. b) (3)) lässt sich nicht sagen, jenes Instrument habe in Deutschland Menschenwürde, Wohnungsgrundrecht und Rechtsstaatlichkeit ernstlich berührt.

- Die engen Schranken des GG in Art. 13 Abs. 3 und weitere verschärfte Anforderungen durch das Urteil des *BVerfG* vom 03.03.2004 (oben, I. 2. b) (4), II.) haben die Bedenken gegen den „Großen Lauschangriff“ im Wesentlichen gegenstandslos gemacht.

b) Zum anderen hat jenes Urteil gemäß § 31 Abs. 2 *BVerfGG* die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Art. 13 Abs. 3 GG *mit Gesetzeskraft geklärt*; das dissenting vote von *Jaeger* und *Hohmann-Dennhardt* hat daher nur die Bedeutung rechtspolitischer Kritik.

³² NJW aaO, S. 1014.

³³ NJW aaO, S. 1020-1022.

III. Kritische Stellungnahme zur Lauschangriff- Entscheidung des BVerfG vom 03.03.2004

1. Kritik im Allgemeinen

a) Die Lektüre des Urteils ist frustrierend: Es ist in vielen Passagen unnötig weitschweifig, redundant. Schwerer wiegt jedoch, dass wichtige Passagen bedenklich diffus formuliert sind, was für die Frage ihrer Bindungswirkung gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG zu erheblichen Unklarheiten führt und damit die Rechtssicherheit gefährdet; hierauf ist zurückzukommen.

b) Angesichts der zentralen Bedeutung einer umfassenden Abwägung zwischen den Strafverfolgungsinteressen der Allgemeinheit und der Privatsphäre des Bürgers verwundert, dass der Senat zwar die Strafverfolgung im Bereich der OK in den Blick nimmt, den Terrorismus dagegen in den Entscheidungsgründen völlig vernachlässigt. Berücksichtigt man, dass der Große Lauschangriff gerade auch der präventiven und repressiven Bekämpfung des *Terrorismus* dient und dessen Gefahren die der OK überwiegen, ist jene Vernachlässigung unverständlich. Dieser Mangel reduziert die Überzeugungskraft des Urteils in den Passagen, denen eine offensichtliche Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG mangels hinreichend präziser Aussagen nicht zukommt, ganz erheblich und gebietet es, die fraglichen Anforderungen des Gerichts nicht noch extensiv zu interpretieren, sondern eher restriktiv.

c) Passagen über den möglichen Verzicht auf eine automatische Aufzeichnung der abgehörten Gespräche und deren Ersetzung durch eine Live-Überwachung (oben, II. 1. c)), über präzise Detailanweisungen der Staatsschutzkammer bei der Anordnung der Wohnraumüberwachung (oben, 2.) etc. haben zu dem berechtigten Vorwurf geführt, das Urteil beeinträchtigt die Strafverfolgung der OK und des Terrorismus erheblich. Damit wird zugleich die Möglichkeit der Bundesrepublik Deutschland zur *internationalen Kooperation* bei der Bekämpfung solcher Kriminalität massiv reduziert, weil das Gericht unser Instrumentarium zur Strafverfolgung signifikant einengt. Deutschland ist bei dieser Bekämpfung auf Informationen

durch befreundete Staaten angewiesen, kann sich aber weniger als bisher durch verdeckt gewonnene Informationen revanchieren. In der Folge könnten ausländische Staaten versucht sein, notfalls (illegal) *selbst* Lauschangriffe in Deutschland durchzuführen – wie schon vor Einführung des Großen Lauschangriffs im Jahre 1998. Das wäre ein erheblicher Rückschritt.

2. Zur Kritik im Einzelnen

a) Zu Recht betont das Gericht, der „Große Lauschangriff“ dürfe nicht den unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung (im Folgenden: Kernbereich) berühren. Dazu gehörten Gespräche mit engen Familienangehörigen und sonstigen engsten Vertrauten (im Folgenden: Tabu-Personen), *soweit nicht ein unmittelbarer Bezug zu Straftaten bestehe*³⁴. Diese richtige These wird jedoch an späterer Stelle durch die Formulierung ersetzt: *soweit nicht Anhaltspunkte für deren (Tabu-Person) Tatbeteiligung bestünden*³⁵. Hier verkennt das Gericht seine eigene frühere Einsicht, dass bereits durch das Ausplaudern von Straftaten (*Gespräche über begangene Straftaten*) der Kernbereich verlassen wird. Es ist keineswegs der Verdacht der Tatbeteiligung des Gesprächspartners erforderlich. Woran sollen sich Gesetzgeber und Praxis nun halten? Maßgeblich muss m.E. der Gegenstand des Gesprächs sein³⁶. Insoweit ist von jenen *widersprüchlichen* Aussagen des Gerichts die erstere verbindlich und letztere ein bedauerlicher lapsus linguae ohne Bindungswirkung.

b) Begrüßenswert ist die Feststellung des Gerichts, zu den Personen des besonderen Vertrauens zählten zwar *Beichtväter, Strafverteidiger* und „im Einzelfall“ – was immer das Gericht damit meint – auch *Ärzte*. Dagegen würden Gespräche mit anderen Berufsheimnisträgern wie Journalisten und Ab-

34 BVerfG NJW 2004, 999, 1003.

35 NJW aaO, S. 1006 (r. Spalte).

36 Richtig: BVerfG aaO, S. 1003 (r. Spalte), unter Berufung auf BVerfG E 80, 367, 375 (Tagebuch).

geordnete den Kernbereich nicht betreffen³⁷. Damit besitzt der Gesetzgeber in diesem Punkt einen rechtspolitischen Gestaltungsspielraum.

c) Im Zentrum des Urteils steht Leitsatz 5. Hier wirft die Formulierung, *der Lauschangriff müsse sofort abgebrochen und die Aufzeichnung gelöscht werden*, eine Fülle von Problemen auf, die der 1. Senat entweder nicht hinreichend bedacht oder jedenfalls nicht gelöst hat:

(1) Das Gericht lässt zunächst offen, unter welchen Bedingungen nach jenem Abbruch eine *Fortsetzung* des Lauschangriffs zulässig ist³⁸. Dies Versäumnis ist unverständlich und bedeutet für Legislative und Praxis größte Rechtsunsicherheit. Zu diesem Problem der Fortsetzung nach Abbruch sei nur so viel gesagt:

Es darf nicht sein, dass bei einer legalen Abhöraktion der Umstand, dass der Beschuldigte, der seiner Partnerin zunächst stolz von seinen letzten kriminellen Taten berichtet hat, unversehens mit Äußerungen wie „*ich liebe dich, lass uns ins Bett gehen*“, einen endgültigen Abbruch des Lauschangriffs erzwingen könnte. Vielmehr muss – nach einem vorübergehenden Abbruch – eine Fortsetzung der Wohnraumüberwachung möglich sein³⁹. Das gebietet die Natur der Sache. Denn jener „Ausflug der Gesprächspartner in den Kernbereich“ kann ja nach den Umständen ein sehr kurzfristiges Intermezzo sein, möglicherweise auch nur darauf beruhen, dass man in Kenntnis des Urteils des *BVerfG* etwaige „Lauscher“ zum Abbruch ihrer Ermittlungen nötigen will⁴⁰. Im Übrigen erlaubt und fordert das Gericht eine „*erste Sichtung*“, d.h. Überprüfung, ob der Kernbereich wirklich tangiert ist. Das impliziert die Zulässigkeit der weiteren Sichtung, ob er nach dem Abbruch noch immer betroffen ist. Fernliegend – und weder vom GG gefor-

37 Oben, II. 1. d).

38 Hierzu: *Haas*, NJW 2004, 3082, 3083 a.E., 3084; *Löffelmann*, NJW 2005, 2033, 2034.

39 So u.a.: *Haas* aaO; *Löffelmann* aaO.

40 *Meyer-Wieck* aaO (Fn 21), S. 22; *Meyer-Wieck*, NJW 2005, 2037, 2038.

dert noch vom Gericht postuliert – wäre es, für jene Fortsetzung *i.d.R.* einen erneuten Gerichtsbeschluss der Staatschutzkammer zu verlangen.

(2) Der folgende Punkt berührt sich mit dem vorstehenden: Das Gericht erklärt im Hinblick auf den Kernbereich, ein Verzicht auf automatische Aufzeichnung könne geboten sein (oben, II. 1. c)). Anstelle einer *automatischen Aufzeichnung mit anschließender Auswertung durch*

- Abhören der Tonbänder,
- typischerweise Übersetzen unter Einsatz von Dolmetschern,
- Fertigen einer Niederschrift der Tonbänder,
- gegebenenfalls Löschen unter Vernichtung der Aufzeichnungen bei Kernbereichsrelevanz,

müssten dann Strafverfolgungsbeamte, typischerweise unter Einsatz von Dolmetschern, *in Echtzeit ständig zuhören*⁴¹. Das Gericht verkennt mit jener These vom möglichen Gebotensein einer solchen Wohnraumüberwachung in Echtzeit unter Verzicht auf automatische Aufzeichnung weitgehend die Realität, insbesondere:

- die Personalnot bei Polizei, Zollfahndung, StA und Strafjustiz,
- die im Bereich von OK und Terrorismus typische Notwendigkeit der Anwesenheit von Dolmetschern (die Mehrzahl der Tatverdächtigen sind bei der OK und erst recht beim Terrorismus Ausländer),
- die beschränkte Möglichkeit, vorsorglich Dolmetscher für alle möglichen Sprachen ständig auf Vorrat beim Abhören mitwirken zu lassen, da sich oft erst während des Abhörens ergeben wird, welche Fremdsprachen oder sogar seltene Dialekte betroffen sind, und zudem die benutzte Sprache während des Gesprächs wechseln kann.

Im Übrigen tendiert die Bindungswirkung jener These des 1. Senats gegen Null, und zwar wegen mangelnder Bestimmtheit; die fragliche Formulierung lautet nämlich: „*So kann es der*

⁴¹ Das fordert in der Tat *Kempf*, AnwBl 2005, 247, der das *BVerfG* so versteht, freilich zu Unrecht. Insoweit zutreffend *Löffelmann* aaO, S. 2033.

Schutz des Art. 1 Abs. 1 GG erforderlich machen, auf eine nur automatische Aufzeichnung der abgehörten Gespräche zu verzichten, um jederzeit die Ermittlungsmaßnahmen unterbrechen zu können“⁴². In der Tat mag eine solche Situation denkbar sein, jedoch allenfalls in Ausnahmefällen. Der Rechtssicherheit ist mit derartigen Formulierungen nicht gedient.

Als Zwischenergebnis lässt sich also feststellen: Die Fortsetzung einer zunächst abgebrochenen Abhöraktion ist grundsätzlich ohne deren erneute richterliche Anordnung zulässig. Zwecks „Sichtung“ des Inhalts des Gesprächs im Hinblick auf eine etwaige Kernbereichsrelevanz sind auch dafür unverzichtbare kurze Eingriffe in den Kernbereich hinzunehmen⁴³, wobei Löschen und Unverwertbarkeit erforderlich sind, soweit der Kernbereich berührt ist. Ein Verzicht auf automatische Aufzeichnung unter Ersetzung durch persönliches Abhören in Echtzeit kann nur in Ausnahmefällen geboten sein.

(3) Ein weiteres ungelöstes Problem ist die intrikate Frage, wer eigentlich für die folgenschwere Entscheidung über Abbruch, Löschen und Unverwertbarkeit (Leitsatz 5) zuständig sein soll. Das führt zu dem von Praktikern vorgeschlagenen Instrument des sog. *Richterbands* (verschlüsselte Aufzeichnung nur zur Verfügung der nach § 100 d Abs. 1 StPO n.F. zuständigen Staatsschutzkammer)⁴⁴. Gemeint ist Folgendes: Gespräche, die (möglicherweise) den Kernbereich tangieren, werden zwar zunächst weiter aufgezeichnet. Jedoch wird das Tonband als Richterband verschlüsselt und der Staatsschutzkammer zur Entscheidung über (Teil-)Löschung oder (Teil-)Verwertbarkeit zugeleitet. Es spricht wenig dafür, dass gegen ein solches Vorgehen, das in Grenzfällen die Entscheidung in die Hand von drei unabhängigen Richtern legt, verfassungsrechtliche

42 *BVerfG NJW aaO*, S. 1005 (I. Spalte).

43 In diese Richtung gehen u.a. *BVerfG aaO*, S. 1004 f; *Gusy*, JuS 2004, 457, 458 a.E., 459; *Kutscha*, NJW 2005, 20, 21; *Meyer-Wieck*, NJW 2005, 2037, 2039. Kritisch *Denninger*, ZRP 2004, 101, 102.

44 Dieses Modell wurde bereits 2004 von Polizeipraktikern vorgestellt; siehe u.a. *Meyer-Wieck aaO* (Fn 21), S. 22 mit Fn 39.

Bedenken bestehen. Bereits *de lege lata* ist eine solche Lösung daher möglich.

d) Eher in einem *obiter dictum*, jedenfalls nicht klar als Teil der bindenden tragenden Entscheidungsgründe (§ 31 Abs. 1 BVerfGG), macht das Gericht noch überstrenge Ausführungen zum Umfang des Richtervorbehalts: Für gewisse Fälle scheint das Gericht detaillierte Regelungen über „*Art und Weise des Vollzugs, darunter auch zu Vorbereitungs- und Begleitmaßnahmen sowie gegebenenfalls zur technischen Durchführung*“ zu fordern⁴⁵.

Insoweit sollte sich die Praxis nicht verunsichern lassen: Extrem geheimhaltungsbedürftige kriminaltaktische und technische Details der Durchführung des Lauschangriffs wie

- Notwendigkeit einer längeren Observation der fraglichen Wohnung und der Bewohner, um zu ermitteln, wann sie zwecks Anbringung von Mikrofonen betreten werden kann,

- technische Details von Art und Weise des Eindringens (Einbrechens) in die Wohnung, des Installierens von Mikrofonen und deren Energieversorgung etc.,

- Details über das typischerweise sehr intrikate und geheimhaltungsbedürftige *Procedere* beim Abbau der Abhörtechnik, sind teils gerichtlich nicht regelbar, zumal typischerweise die Situation vor Ort flexibles Vorgehen verlangen wird, teils zu brisant und daher absolut geheimhaltungspflichtig⁴⁶; sie gehören im Kern zum eigenen Aufgabenbereich der Exekutive im System der Gewaltenteilung.

e) Dass wichtige Passagen des Lauschangriff-Urteils des *BVerfG* zu vage formuliert sind und/oder lebensfremd wirken, dass die Bindungswirkung gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG für eine Reihe von Aussagen des Gerichts fehlt oder zweifelhaft ist, dürfte zum einen an der außerordentlichen Komplexität der Problematik liegen. Zum anderen wird in der Entscheidung deutlich, wie sehr sie auf einem Kompromiss zwischen den unterschiedlichsten Standpunkten beruht. Um so wichtiger ist

⁴⁵ Siehe bereits oben, II. 2. a.E.

⁴⁶ Das Einschalten des Gerichts würde die Geheimhaltung weiter erschweren.

die Erkenntnis, dass jenes Urteil dem Gesetzgeber und der Praxis letztlich einen weiten Gestaltungs- bzw. Entscheidungsspielraum gelassen hat, was von vielen aus Unkenntnis oder wegen ideologischer Vorurteile verkannt wird.

IV. Gesetz zur Umsetzung des Urteils des BVerfG v. 03.03.2004 ⁴⁷

Von den Neuregelungen dieses Gesetzes (nachstehend: Lauschangriff-Gesetz 2005) seien hier nur die folgenden Punkte angesprochen:

1. Die akustische Wohnraumüberwachung darf gemäß § 100 c Abs. 4 StPO n.F. nur angeordnet werden, *soweit aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte ... anzunehmen ist, dass durch die Überwachung Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, nicht erfasst werden. Gespräche in Betriebs- oder Geschäftsräumen sind in der Regel nicht dem Kernbereich ... zuzurechnen. Das Gleiche gilt für Gespräche über begangene Straftaten und Äußerungen, mittels derer Straftaten begangen werden.*

Hierzu seien zwei kritische Anmerkungen erlaubt, die zu einer restriktiven Auslegung anregen sollen: Die Formulierung „in der Regel“ ist im Hinblick auf die Herausnahme von *Gesprächen über begangene Straftaten* aus dem Kernbereich eine unnötige Verwässerung. Dagegen ist das Korrektiv „in der Regel“ bezüglich *Äußerungen, mittels derer Straftaten begangen werden*, sachgerecht, weil man dadurch z.B. bloße beleidigende Äußerungen gegebenenfalls ausklammern kann.

Im Übrigen hat der Gesetzgeber zu Recht auf den *Gegenstand* der Gespräche, nicht etwa auf irgendwelche *Tatbeteiligung* der Gesprächspartner (dazu oben, III. 2. a)) abgestellt.

2. Gemäß § 100 c Abs. 5 S. 2 StPO n.F. sind Aufzeichnungen über Äußerungen, die den Kernbereich betreffen, *unverzüglich zu löschen*. Diese Formulierung erlaubt wegen der bekannten

⁴⁷ Gesetz zur Umsetzung des Urt. des BVerfG v. 03.03.04 (akustische Wohnraumüberwachung), v. 24.06.2005, BGBl I, 1841. Das Gesetz ist am 01.07.2005 in Kraft getreten.

Definition für „unverzüglich“ als „ohne schuldhaftes Zögern“ die hier im Anschluss an Postulate der Praxis vertretene Konzeption des Richterbandes⁴⁸: Es muss nicht etwa stets sofort seitens der Polizei die Löschung erfolgen; vielmehr ist die Einschaltung der Staatsschutzkammer zulässig. Den Weg zum Gericht als *schuldhaftes Zögern* zu bewerten, wäre fernliegend. Dieser Standpunkt ist jetzt offenbar auch der des Gesetzgebers. § 100 c Abs. 5 S. 6 StPO n.F. normiert nämlich: „Im Zweifel ist über die Unterbrechung oder Fortführung der Maßnahme unverzüglich eine Entscheidung des Gerichts herbeizuführen“.

Der Gegenstandspunkt würde, verfassungsrechtlich bedenklich, einen Vorrang der Polizei vor der unabhängigen Justiz verankern. Speziell die Staatsschutzkammer als *Kollegialgericht mit drei Richtern* hat im Übrigen größtes Vertrauen verdient, was bereits in Art. 13 Abs. 3 GG zum Ausdruck kommt.

3. Die Fortsetzung der Wohnraumüberwachung nach Abbruch (Unterbrechung) wegen Berührens des Kernbereichs lässt das Gesetz in § 100 c Abs. 5 S. 5 StPO n.F. zu, soweit der Kernbereich nicht mehr betroffen ist. Die erwähnte Regelung in S. 6 (*im Zweifel sei ... eine Entscheidung des Gerichts herbeizuführen*) darf freilich nicht dahin missverstanden werden, dass die Polizei *i.d.R.* nicht selbst über die Fortsetzung entscheiden dürfe; der Gegenstandspunkt wäre disfunktional, wenn – wie häufig⁴⁹ – ein Gespräch über Straftaten nur hin und wieder durch sehr private Dinge unterbrochen wird.

4. Ohne verfassungsrechtliche Notwendigkeit (oben, II. 1. d), III. 2. b)) werden in § 100 c Abs. 6 S. 1 StPO n.F. *alle Berufsgeheimnisträger* i.S. des § 53 StPO aus der akustischen Wohnraumüberwachung herausgenommen. Das bedeutet – sieht man von Beichtvätern und Strafverteidigern (sowie Ärzten) ab – eine sachwidrige, unnötige Erschwernis der Kriminalitätsbekämpfung⁵⁰.

48 Oben, III. 2. c) (3).

49 Dazu *Denninger* aaO (Fn 43), S. 103.

50 Kritisch (zu § 100 d Abs. 3 S. 1 StPO a.F.): *Krey* (Fn 4), S. 647; *Krey*, *Legal Problems...* (Fn 18), S. 227 f; kritisch zur erwähnten

5. § 100 d Abs. 2 StPO n.F. verlangt zu Recht keine technischen Detailregeln (oben, III. 2. d)) bei der richterlichen Anordnung der akustischen Wohnraumüberwachung.

6. Resümee: Das Lauschangriff-Gesetz 2005 hat trotz der erwähnten Mängel die Erwartung der Gegner des strafprozessualen Großen Lauschangriffs, der Gesetzgeber werde dieses Ermittlungsinstrument weitgehend leer laufen lassen, nicht erfüllt⁵¹.

7. Allerdings hat die Erste Gewalt beim Erlass jenes Gesetzes die Möglichkeit nicht genutzt, den „*kleinen Lauschangriff*“ als weniger eingriffsintensive Ergänzung zum „Großen Lauschangriff“ gesetzlich zu normieren. Worum es hierbei geht und welche Gründe für diese Einführung jenes milderen Ermittlungsinstruments sprechen, hat dieser Beitrag schon dargelegt (oben, I. 1. mit Fn 7, 2. b) (4)); ergänzend sei noch betont:

- Die verfassungsrechtliche Ermächtigung in Art. 13 Abs. 3 GG erfasst nicht nur den „Großen Lauschangriff“, sondern erst recht den gleichartigen, aber milderen „kleinen Lauschangriff“. Letzterer könnte also ohne Verfassungsänderung gesetzlich geregelt werden.

- Solange man auf eine Ergänzung des Art. 13 Abs. 3 GG, die für den „kleinen Lauschangriff“ wegen seiner erheblich geringeren Grundrechtsrelevanz etwas geringere Anforderungen aufstellen müsste, verzichtet, sind allerdings die dort genannten Anforderungen auch für den „kleinen Lauschangriff“ maßgeblich. Jedoch könnte man zumindest für Letzteren *einfachgesetzlich* einen wichtigen Punkt korrigieren: Die schon beim „Großen Lauschangriff“ verfassungsrechtlich nicht gebotene, sachwidrige *Herausnahme aller Berufsgeheimnisträger* (§ 100 c Abs. 6 StPO n.F.)⁵² müsste jedenfalls beim „kleinen Lauschangriff“ unbedingt durch *Beschränkung auf Beichtväter und Strafverteidiger* (u.U. auch *Ärzte*) ersetzt werden. Dies wä-

Neufassung des § 100 c Abs. 6 S. 1 StPO auch *Löffelmann* aaO (Fn 38), S. 2035.

51 Zu solchen Wunschvorstellungen siehe u.a.: *Kempf* aaO (Fn 41); *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZRP 2005, 1 ff.

52 Oben, II. 1. d), III. 2. b), IV. 4.

re beim „kleinen Lauschangriff“ rechtspolitisch evident leichter durchzusetzen.

- Anders als im EOrgKG vorgesehen, sollte man den „kleinen Lauschangriff“ nicht auf die Anwesenheit nicht offen ermittelnder *Beamter* beschränken⁵³, sondern auf nicht offen ermittelnde *Personen wie VP* ausweiten.

- Am sinnvollsten wäre freilich eine Ergänzung des Art. 13 Abs. 3 GG, um die dortigen strengen Anforderungen für das mildere Ermittlungsinstrument „kleiner Lauschangriff“ sachgerecht zu begrenzen.

V. *Der präventiv-polizeiliche Lauschangriff nach dem Urteil des BVerfG v. 03.03.2004*

Der 1. Senat hat sich weder ausdrücklich mit Art. 13 Abs. 4, 5 GG (i.V.m. den einschlägigen polizeirechtlichen Vorschriften)⁵⁴ befasst, noch sind diese verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Normen der Sache nach *Entscheidungsgegenstand*.

Gleichwohl wird von vielen geltend gemacht, das Urteil des *BVerfG* zur *strafprozessualen* akustischen Wohnraumüberwachung habe bedeutsame Auswirkungen auch auf den erwähnten präventiv-polizeilichen Lauschangriff⁵⁵.

1. *Ablehnung der Ansicht, das Urteil sei präventiv-polizeilich irrelevant*

a) *Haas* hat sich mit der provozierenden These, *die Zulässigkeit von polizeilichen Maßnahmen zur Verhinderung von Straftaten erfahre durch das Urteil des BVerfG keine Einschränkung*

⁵³ Oben, I. 2. b) (1).

⁵⁴ Hierzu oben, I. 2. a).

⁵⁵ *Denninger* (Fn 43), S. 104; *Graulich*, NVwZ 2005, 271, 272; *Gusy* (Fn 43), S. 461; *Gusy* in: *Schaar* (Hrsg.), *Folgerungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung*, 2005, S. 35, 38 f, 41 f; *Kutschka* (Fn 43), S. 21 a.E., 22; a.A. *Haas* (Fn 38), S. 3084.

kungen⁵⁶, sehr weit vorgewagt, m.E. zu weit: Bei allen noch darzulegenden Unterschieden zwischen präventiv-polizeilichen Grundrechtseingriffen auf der einen Seite und strafprozessualen auf der anderen (unten, 2.) lässt sich nicht bestreiten, dass ein Eindringen in den unantastbaren *Kernbereich* privater Lebensgestaltung auch beim Lauschangriff zur Gefahrenabwehr (grundsätzlich) ausgeschlossen sein muss⁵⁷.

b) Dies gilt allerdings nicht oder nur äußerst eingeschränkt bei der elektronischen Wohnraumüberwachung zum Schutz der bei einem Einsatz tätigen Personen wie VE oder VP gemäß Art. 13 Abs. 5 GG (Lauschangriff zur Eigensicherung)⁵⁸: Entsprechend unseren Ausführungen zum „kleinen Lauschangriff“⁵⁹ macht es einen entscheidenden Unterschied, ob die von einem Lauschangriff Betroffenen *ohne Anwesenheit Fremder (VE oder VP)* in ihrer Wohnung arglos reden, oder ob sie *mit Fremden bzw. in deren Anwesenheit* sprechen, die sie gutgläubig in ihre Wohnung eingelassen haben. Im letzteren Fall – und das ist gerade die Situation beim Lauschangriff zur Eigensicherung – greift der rechtliche Gesichtspunkt des „Plapperns auf eigene Gefahr“ sehr viel stärker ein. Wegen jener Anwesenheit ist auch bei höchstpersönlichen Privatgesprächen die Schutzbedürftigkeit in Richtung Null reduziert.

2. *Signifikant geringere rechtsstaatliche Anforderungen an die präventiv-polizeiliche Wohnraumüberwachung als an den strafprozessualen „Großen Lauschangriff“*⁶⁰

a) Bekanntlich sind die Staatsaufgaben *Gefahrenabwehr* und *Strafverfolgung* sowie die beteiligten Ressorts (Innenministe-

56 Haas aaO.

57 Gusy in: Schaar aaO (Fn 55), S. 38; Hufen in: Schaar aaO (Fn 55), S. 29.

58 Dazu oben, I. 2. a).

59 Oben, I. 2. b) (1), (4).

60 Die folgenden Ausführungen beruhen weitgehend auf meiner Sachverständigen-Stellungnahme im Rahmen der Anhörung zur Änderung des POG Rheinland-Pfalz (Mainz, 31.05.05).

rien/Justizministerien) abstrakt gleichwertig⁶¹. Gleichwohl ist anerkannt, dass der Staat im Rahmen der klassischen Gefahrenabwehr (Abwehr *konkreter* Gefahren) über schärfere Instrumente verfügen darf als bei der Strafverfolgung: Die *Gefahrenabwehr* dient unmittelbar der Garantie der inneren Sicherheit, insbesondere dem Rechtsgüterschutz, die *Strafverfolgung* letztlich nur mittelbar. Letztere bezweckt zwar mit der Verhängung von Strafe neben dem Schuldausgleich auch *General- und Spezialprävention*⁶², allerdings nur, wenn schon etwas passiert ist. Es ist stets vorrangig zu verhindern, dass „ein Kind in den Brunnen fällt“, statt sich nur nachträglich um die Bestrafung der Schuldigen zu kümmern. Mithin verfügt das Polizeirecht als Mittel der Gefahrenabwehr über Instrumente, die das Strafprozessrecht so nicht kennt oder nur unter strengeren Voraussetzungen.

(1) Finaler Rettungsschuss (gezielter Todesschuss)⁶³: Ein Schuss, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich wirken wird, wäre bei der Verfolgung fliehender Straftäter zur Ermöglichung der Strafverfolgung selbstredend unzulässig.

(2) § 14 Luftsicherheitsgesetz⁶⁴: Der Abschuss von Flugzeugen, um die Flucht von Straftätern zu verhindern, wäre naturgemäß nicht erlaubt.

(3) Wohnraumüberwachung zur Gefahrenabwehr (Art. 13 Abs. 4 GG): Die vergleichbare Norm für den Strafprozess (Art. 13 Abs. 3 GG) ist sehr viel enger formuliert; sie beschränkt sich auf die *akustische* Überwachung und fordert einen *qualifizierten Richtervorbehalt*.

b) Da das *BVerfG* den als problematischer empfundenen *strafprozessualen* „Großen Lauschangriff“ als verfassungsmäßig akzeptiert hat, ist zu erwarten, dass erst recht Art. 13

61 Krey, ZRP 1971, 224, 226 f m.w.N.; Krey/Meyer, ZRP 1973, 1, 2.

62 Dazu m.w.N. Krey, Deutsches Strafrecht, AT, Band 1, 2. Auflage 2004, Rn 118 ff, 139 ff, 146 ff.

63 Dazu u.a. *Würtenberger/Heckmann/Riggert*, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 2. Auflage 1994, Rn 500.

64 Gesetz vom 11.01.2005, BGBl I, 78.

Abs. 4, 5 GG (*Abwehr konkreter, schwerer Gefahren*) vom Gericht als mit Art. 79 Abs. 3 GG vereinbar angesehen wird. Zudem wären Einschränkungen des Normbereichs des Art. 13 Abs. 4, 5 GG durch das Gericht ein Eingriff in den Kernbereich der ohnehin schon dramatisch reduzierten Gesetzgebungskompetenzen der Ländern, den Art. 79 Abs. 3 GG auch schützt.

Im Übrigen sei höchst vorsorglich angemerkt: Verfassungsänderungen sind von höchster demokratischer Legitimation. Daher sollte man Abstand von der Vorstellung nehmen, die Senate des *BVerfG* könnten mit einfacher Mehrheit Verfassungsbestimmungen als verfassungswidrig verwerfen. Vielmehr wird man für Entscheidungen, mit denen Normen des GG vom *BVerfG* wegen Verstoßes gegen Art. 79 Abs. 3 GG als nichtig erklärt werden sollen, in Rechtsanalogie (Erst-Recht-Argument) zu § 15 Abs. 4 S. 1 mit § 13 Nr. 1, 2, 4, 9 *BVerfGG* eine 2/3-Mehrheit verlangen müssen⁶⁵. Anderenfalls würden die Höchstautorität des verfassungsändernden Gesetzgebers missachtet und das Demokratieprinzip vernachlässigt.

3. Einzelfragen

a) Jedenfalls bei der präventiv-polizeilichen Wohnraumüberwachung ist das generelle Festhalten an der automatischen Aufzeichnung verfassungsrechtlich unproblematisch⁶⁶.

b) Insbesondere bei der Wohnraumüberwachung zur Gefahrenabwehr i.S. des Art. 13 Abs. 4, 5 GG ist die Herausnahme *aller* Berufsgeheimnisträger weder verfassungsrechtlich geboten noch sachgerecht; nur Beichtväter und Strafverteidiger (u.U. auch Ärzte) sind hier „tabu“. Soweit Landespolizeigesetze diese Frage anders regeln⁶⁷, dürfte dies primär auf parteipolitischen Erwägungen beruhen.

⁶⁵ Krey, JR 1995, 265, 273.

⁶⁶ Ebenso der Gesetzesentwurf der Fraktionen von SPD und FDP zur Änderung des POG Rheinland-Pfalz, Drucksache 14/3936 (10.03.2005/21.03.2005) in § 29 Abs. 4; Begründung S. 7.

⁶⁷ Vorgesehen im genannten (Fn 66) Entwurf zur Änderung des POG Rheinland-Pfalz in § 29 Abs. 6.

VI. Resümee

Das *strafprozessuale* Ermittlungsinstrument der akustischen Wohnraumüberwachung hat der Überprüfung durch das *BVerfG* standgehalten. Manche Verfassungsschranken sind dabei deutlicher geworden, namentlich das Tabu des unantastbaren Kernbereichs. Jedoch hat das Urteil in anderen wichtigen Einzelfragen wenig Klarheit erbracht, sondern Gesetzgebung und Praxis eher verunsichert. Das Bundesgesetz vom 24.06.2005 zur Umsetzung des Urteils des *BVerfG* v. 03.03.2004 hat sich davon teils nicht beirren lassen und wesentliche Punkte präzisiert, ist aber in anderen Punkten (Berufsgeheimnisträger etc.) unbefriedigend und sollte nicht das letzte Wort der Legislative zum „Großen Lauschangriff“ sein. Im Übrigen erscheint es an der Zeit, den „kleinen Lauschangriff“ ergänzend zum schwerwiegenderen „Großen“ zu normieren.

Der „Große Lauschangriff“ als Mittel der *Gefahrenabwehr* war nicht Gegenstand jenes Urteils. Ob und wie weit das Gericht auch Art. 13 Abs. 4, 5 GG verfassungskonform beschränken wird, bleibt abzuwarten. Jedenfalls bei Abs. 4 gelten die Ausführungen des *BVerfG* zum unantastbaren Kernbereich im Wesentlichen entsprechend.

Impressum

Herausgeber

Prof. Dr. Bernd von Hoffmann, Prof. Dr. Gerhard Robbers

Unter Mitarbeit von

Maren Andres und Oliver Windgätter

Redaktionelle Zuschriften

Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier,
Im Treff 24, 54296 Trier, Tel. +49 (0)651 / 201-3443
Homepage: <http://www.irp.uni-trier.de>,
Kontakt: sekretariat@irp.uni-trier.de.

Die Redaktion übernimmt für unverlangt eingesandte Manuskripte keine Haftung und kann diese nicht zurückschicken. Namentlich gezeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Herausgeber/Redaktion wieder.

Bezugsbedingungen

Die Hefte erscheinen in unregelmäßigen Abständen mehrfach jährlich und können zum Stückpreis zuzüglich Porto im Abonnement oder als Einzelheft bei der Redaktion angefordert werden. Die zur Abwicklung des Abonnements erforderlichen Daten werden nach den Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes verwaltet.

© Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, 2005
ISSN 1616-8828