

**Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 16/2529**

An den
Innen- und Rechtsausschuss
des Schleswig-Holsteinischen Landtags

Vorlage für die Sitzung am 31.10.2007

Betreff: Neuregelung TKÜ und andere verdeckte Ermittlungsmaßnahmen

Von: <Elisabeth.Zimmermann@jumi.landsh.de>

Datum: Wed, 31 Oct 2007 12:48:31 +0100

An: <Innenausschuss@landtag.ltsh.de>

Hallo Frau Schönfelder,
sehr geehrte Damen und Herren,

anliegend übersende ich das Positionspapier des MJAE zum *Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG; BR-Drucksache 275/07*, den Herr Schmidt-Elsaëber in der heutigen Sitzung des Innen- und Rechtsausschusses übergeben wird.

Viele Grüße
Lisa Zimmermann

- Leiterin Koordinierungsstelle Bundesrat, Landtag, Kabinett -
Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa des Landes Schleswig-Holstein
App. 0431 988-3806
Fax. 0431 988-3804
mail: elisabeth.zimmermann@jumi.landsh.de

Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG; BR-Drucksache 275/07

I. Ziel der Reform

Der Gesetzentwurf verfolgt im Wesentlichen das Ziel, das Recht der verdeckten strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen zu harmonisieren und entsprechend den Vorgaben des *BVerfG* rechtsstaatlich auszugestalten, insbesondere den Rechtsschutz der von solchen Maßnahmen Betroffenen zu harmonisieren, die besondere Schutzwürdigkeit von Berufsgeheimnisträgern durch die Ausgestaltung insbesondere von Beweisverwertungsverböten zu regeln sowie die Vorgaben des Übereinkommens des Europarats über Computerkriminalität und der EU-Richtlinie zur sog. Vorratsdatenspeicherung von Verkehrsdaten umzusetzen.

II. Zur Zustimmungspflichtigkeit des Gesetzes

Das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG ist nicht zustimmungspflichtig. Eine Vorschrift des Grundgesetzes, welche für den vom Gesetzentwurf betroffenen Regelungsbereich eine Zustimmung des Bundesrates festlegte, ist nicht ersichtlich.

III. Europarechtliche Wirksamkeit der Richtlinie 2006/24/EG

Insbesondere das ULD geht in seiner Stellungnahme vom 27. Juni 2007 (vgl. Umbruck 16/2169) davon aus, dass die Richtlinie europarechtlich nicht wirksam sei. Die Maßnahme hätte nicht als Richtlinie, sondern vielmehr als Rahmenbeschluss der justiziellen Zusammenarbeit in der sog. „dritten Säule“ beschlossen werden müssen. Mit dieser Argumentation ist derzeit vor dem *EuGH* eine Klage Irlands rechtshängig (Rechtssache C-301/06), über welche jedoch noch nicht entschieden wurde. Wäre

die Klage erfolgreich, wäre die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung mit dem Urteilsspruch nichtig (vgl. Art. 231 EGV). Die Klage hat jedoch keinen Suspensiveffekt (vgl. Art. 242 EGV), sodass derzeit die Bundesrepublik Deutschland trotz der Klage aufgefordert ist, zur Vermeidung eines Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht die Richtlinie umzusetzen. Zudem könnte Deutschland für den Fall, dass die Richtlinie nichtig wäre, die Vorratsdatenspeicherung eigenständig regeln.

Zudem dürfte eine Regelung in der „ersten Säule“ den europarechtlichen Vorgaben entsprechen. Es handelt sich bei der Vorratsdatenspeicherung um ein Instrument zur Harmonisierung unterschiedlicher nationaler Rechtsregime innerhalb des Binnenmarktes, welche zur Zeit grenzüberschreitend tätige Diensteanbieter beeinträchtigen und daher um ein gemeinschaftsrechtliche Angelegenheit. Auch der Aspekt der Speicherung der Daten für Zwecke der Strafverfolgung dürfte hieran nichts ändern, wie sich aus der Rechtsprechung des *EuGH* in den Rechtssachen C-176/03 (Urteil vom 13. September 2005) und – jüngst - in der Rechtssache C-440/05 (Urteil vom 23. Oktober 2007) ergibt. In beiden Fällen argumentierte der *EuGH*, dass zwar das Strafrecht grundsätzlich ebenso wie das Strafprozessrecht nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft falle; doch könne der Gemeinschaftsgesetzgeber, wenn die Anwendung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender strafrechtlicher Sanktionen durch die zuständigen nationalen Behörden eine zur Erfüllung gemeinschaftsrechtlicher Aufgaben unerlässliche Maßnahme darstelle, die Mitgliedstaaten gleichwohl zur Einführung derartiger Sanktionen im Rahmen der „ersten Säule“ verpflichten, um die volle Wirksamkeit der von ihm in diesem Bereich erlassenen Rechtsnormen zu gewährleisten. In Bezug auf eine in einem originär gemeinschaftsrechtlichen Regelungsbereich enthaltene strafprozessuale Zweckbestimmung dürfte danach nichts Anderes gelten, zumal die Richtlinie es nicht ausschließt, dass die gespeicherten Daten auch für weitere Zwecke verwendet werden dürfen.

Die Darlegungen in der Stellungnahme des ULD, dass der Deutsche Bundestag die europarechtlichen Bedenken hinsichtlich der Rechtsgrundlage für die Verpflichtung der Vorratsdatenspeicherung teile, sind nicht vollständig: Der Deutsche Bundestag hat die Bundesregierung in seinem Beschluss vom 16. Februar 2006 (vgl. BT-Drs. 16/545, S. 4) ausdrücklich aufgefordert, alsbald den Entwurf eines Umsetzungsgesetzes vorzulegen.

IV. Inhaltliche Würdigung

Die genannte Zielsetzung dürfte mit dem Gesetzentwurf in verfassungskonformer Weise erreicht worden sein. Das Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa hatte zum Referentenentwurf insbesondere die staatsanwaltschaftliche und gerichtliche Praxis des Landes Schleswig-Holstein befragt. Auch auf Grundlage der dortigen Stellungnahmen sieht das Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den Gesetzentwurf.

In Anbetracht des Umfangs des Entwurfs beschränkt sich diese Stellungnahme auf die aus Sicht des Ministeriums für Justiz, Arbeit und Europa wichtigsten Punkte.

1. Zu den Änderungen in der Strafprozessordnung

Zu begrüßen sind insbesondere die in § 53 b StPO-E geregelten und nicht nur auf verdeckte Ermittlungsmaßnahmen beschränkten Beweiserhebungs- und -verwertungsverbote zu Gunsten zeugnisverweigerungsberechtigter Berufsgeheimnisträger (siehe dazu unten 3. lit. a)).

Der trichotomischen Ausgestaltung der Eingriffsvoraussetzungen in den Bereichen akustische Wohnraumüberwachung, Telekommunikationsüberwachung und Verkehrsdatenerhebung („besonders schwere Straftaten“, „schwere Straftaten“ und „Straftaten von erheblicher Bedeutung“) dürften verfassungsrechtlichen Bedenken - auf Grund der insoweit gefestigten Rechtsprechung hierzu insbesondere betreffend den Bestimmtheitsgrundsatz - nicht entgegenstehen.

Zudem ist es nach dem Gesetzentwurf nunmehr möglich, Verkehrsdaten in Echtzeit abzurufen (vgl. § 100 g StPO-E), was bislang nur über die Telekommunikationsüberwachung nach den §§ 100 a, 100 b StPO zulässig ist. Da nach den Vorgaben des *BVerfG* für die Beurteilung der grundrechtlichen Eingriffsintensität die Qualität der erlangten Daten maßgeblich ist - also die Differenzierung, ob Telekommunikationsinhalte (dann ist das Recht der Telekommunikationsüberwachung erheblich) o-

der äußere Umstände der Kommunikation (dann ist einschlägig das Recht der Verkehrsdatenerhebung) betroffen sind (vgl. nur BVerfGE 110, 33 (52 f.)) -, dürfte die Ermöglichung der Echtzeitüberwachung im Rahmen der Verkehrsdatenerhebung nach § 100 g StPO-E verfassungsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden sein.

Daneben ist zu begrüßen die Ausweitung des Anlasstatenkataloges des § 100 a Abs. 2 StPO-E insbesondere auf schwere Taten des (opferlosen) Wirtschafts- und Korruptionsstrafrechts. Gerade in diesen Fällen ist zu erwarten, dass die Ergebnisse von Telekommunikationsüberwachungen zur Erlangung von Beweismitteln führen werden, die im Ergebnis die Dauer von Ermittlungsverfahren verkürzen und den Nachweis entsprechender Taten in der Hauptverhandlung erleichtern dürften.

Auch dürfte die beabsichtigte Änderung in § 100 b Abs. 2 Nr. 2 StPO-E, die die auf das Endgerät gestützte Telefonüberwachung erlaubt, die Zahl erforderlicher Anordnungen für Telekommunikationsüberwachungen im Ergebnis verringern, da bislang jeweils neue Anträge gestellt werden müssen, wenn der Betroffene zwar mit demselben Mobiltelefon, aber mit wechselnden SIM-Karten telefoniert.

Zudem ist die Möglichkeit zur Sichtung räumlich getrennter Speichermedien gem. § 110 Abs. 3 StPO-E zu befürworten.

Zu erwarten ist des Weiteren, dass die Regelung des § 162 StPO-E, nach dem sich die Zuständigkeit des Ermittlungsrichters grundsätzlich nach dem Sitz der Staatsanwaltschaft richtet, allein wegen der erhöhten Fallzahlen zu einer besseren Qualifizierung der entsprechenden Amtsrichter führen wird.

2. Insbesondere zur sog. Vorratsdatenspeicherung

Die Entwurfsregelungen zur so. Vorratsdatenspeicherung dürften verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen.

Nach Auffassung des ULD liegt jedoch ein Verstoß gegen das Verbot der Speicherung „nicht anonymisierter Daten auf Vorrat zu unbestimmten oder noch nicht be-

stimmbaren Zwecken“ vor, wobei insbesondere auf BVerfGE 65, 1 (47) Bezug genommen wird.

Der Auffassung des ULD ist mit der Argumentation aus der Begründung des Gesetzesentwurfs (vgl. Begründung, S. 66) entgegenzuhalten, dass eine Vorratsdatenspeicherung zu unbestimmten oder noch nicht bestimmbaren Zwecken nicht Gegenstand des Entwurfs ist. So heißt es in BVerfGE 65, 1 (46) (ähnlich BVerfGE 100, 331 (360)): „Ein Zwang zur Angabe personenbezogener Daten setzt voraus, dass der Gesetzgeber den Verwendungszweck bereichsspezifisch und präzise bestimmt und dass diese Angaben für diesen Zweck geeignet und erforderlich sind“. Diese Voraussetzungen dürften angesichts des Bestimmungszwecks der Vorratsdatenspeicherung in § 113 b TKG-E und der Abrufbarkeit der Daten nur unter eng umgrenzten Voraussetzungen erfüllt sein.

Die Regelungen im Entwurf entsprechen dem Standard, der vom Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa im „Eckpunktepapier Vorratsdatenspeicherung“ vom 25. August 2006 (nachfolgend: EP; vgl. Umdruck 16/1153) dargelegt wurde.

Insbesondere:

a)

Die Forderung (vgl. EP, S. 7, 9 f.)), dass sich die Umsetzung der RL maßgeblich an den Vorgaben des Bundestages insoweit orientieren solle, als ein Konzept vorgelegt wird, welches die Richtlinie in ein Gesamtsystem der verdeckten strafprozessualen Ermittlungsbefugnisse einfügt und die Begrenzung der Speicherfristen auf sechs Monate vorsieht, ist erfüllt. Das Gesamtsystem sieht insbesondere in § 53 b StPO-E Beweiserhebungs- und -verwertungsverbote zu Gunsten zeugnisverweigerungsberechtigter Berufsheimnisträger vor (siehe dazu unten 3. lit. a)); die Speicherdauer von sechs Monaten wird eingehalten.

b)

Die Forderungen in Bezug auf die Verpflichtung der Diensteanbieter betreffend die Speicherfristen, die zu speichernden Datentypen, die Löschungspflicht sowie die Sicherung dahingehend, dass der unzulässige Zugang und Umgang mit den gespei-

cherten Daten verhindert wird (vgl. EP, S. 8 ff.), dürften durch die Einführung von Ordnungswidrigkeitentatbeständen (vgl. § 149 TKG-E) erfüllt sein.

c)

Die Forderungen in Bezug auf den Zu- und Umgang der Strafverfolgungsbehörden zu den Daten (vgl. EP, S. 13 ff.) sind insgesamt ebenfalls erfüllt:

- Der Gesetzentwurf belässt es hinsichtlich der Eingriffsbefugnis zwar im Grundsatz bei der gegenwärtigen Rechtslage (Straftaten von erheblicher Bedeutung und mittels Telekommunikation begangene Straftaten), sieht jedoch Einschränkungen vor: Die erhebliche Bedeutung muss „auch im Einzelfall“, also nicht nur abstrakt, gegeben sein; ferner ist die Anwendung der Fallgruppe der mittels Telekommunikation begangenen Straftaten durch eine enge Subsidiaritätsklausel eingeschränkt (Zulässigkeit nur dann, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsorts des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos wäre) und zudem muss insoweit die Datenerhebung in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache stehen. Zudem müssen die mittels Telekommunikation begangenen Straftaten vollendet sein (vgl. § 100 g Abs. 1 Satz Nr. 2 StPO-E: „(...) begangen hat“). Das EP sieht insoweit zwar vor, dass die Landesregierung im Bundesrat auf eine sorgfältige Prüfung hinwirken werde, ob und inwieweit der Anwendungsbereich des § 100 g StPO modifiziert werden müsse (vgl. EP, S. 16). Vor dem Hintergrund der oben dargelegten Einschränkungen bei den Eingriffsbefugnissen dürfte eine Nachbesserung insoweit nicht mehr notwendig sein.
- Der Gesetzentwurf lässt die bisherige Regelung des § 100 g Abs. 2 StPO zur sog. Zielwahlsuche – und die damit verbundene Subsidiaritätsklausel - entfallen, weil diese zukünftig nicht mehr erforderlich sein dürfte, da die Diensteanbieter nach dem Entwurf auch verpflichtet sind, die Rufnummern der anrufenden Anschlüsse zu speichern, es einer Zielwahlsuche mit der damit verbundenen erhöhten Streubreite also nicht mehr bedarf (vgl. Begründung, S. 121). Die Forderung nach einer Beibehaltung der Subsidiaritätsklausel bei der Zielwahlsuche (vgl. EP, S. 19) ist daher zwar nicht erfüllt, dürfte sich angesichts einer zukünftig geringen Bedeutung der Zielwahlsuche aber erledigt haben.

- Hinsichtlich des Richtervorbehalts ist die Forderung (vgl. EP, S. 18) erfüllt. Soweit im EP (vgl. S. 19) die Prüfung angeregt wird, ob eine vergleichbare Regelung wie in § 100 d Abs. 2 und 3 StPO (akustische Wohnraumüberwachung) erforderlich wäre, nach der der richterliche Beschluss in qualifizierter Form zu ergehen hat (zusätzliche Angaben insbesondere zu den verdachtsbegründenden Tatsachen und zu den Verhältnismäßigkeitserwägungen), so ergibt diese, dass die Rechtsprechung des *BVerfG* allein für den intensivsten Eingriff der akustischen Wohnraumüberwachung nach den §§ 100 c, 100 d StPO diese weitgehenden Voraussetzungen erfordert (vgl. *BVerfG* NJW 2004, 999 (1014); vgl. im Übrigen unten 3. lit. c)). Es kommt hinsichtlich des Anordnungsinhalts hinzu, dass die Vorschriften zur Befristung und Verlängerung der Anordnung verschärft worden sind: Statt - wie bisher - drei Monate sehen die §§ 100 g Abs. 2 Satz 1, 100 b Abs. 1 Satz 4 StPO-E nunmehr nur noch zwei Monate vor. Die Verlängerungsmöglichkeit ist auf jeweils nicht mehr als zwei Monate beschränkt worden (derzeit: drei Monate) (vgl. unten 4. lit. a), 1. Spiegelstrich).
- Hinsichtlich der Regelungen betreffend die Gewährung nachträglichen Rechtsschutzes sowie der Benachrichtigungs- und Belehrungspflichten sind die Forderungen ebenfalls erfüllt (vgl. EP, S. 24; dazu unten 4. lit. a), 3. und 4. Spiegelstrich).

d)

Die Forderung - entsprechend dem Beschluss des Bundestages vom 16. Februar 2006 (vgl. BT-Drs. 16/545, S. 4, und 16/690) - nach der Vorlage eines Gesetzentwurfs für eine angemessene Entschädigung der Telekommunikationsunternehmen für die Inanspruchnahme im Rahmen der Erfüllung hoheitlicher Ermittlungsmaßnahmen im Bereich der Telekommunikation (vgl. EP, S. 26) ist erfüllt: Ein entsprechendes Gesetzgebungsverfahren wird vorbereitet (vgl. Begründung, S. 73).

e)

Abweichungen im Gesetzentwurf insoweit im Vergleich zum Referentenentwurf ergeben sich im Wesentlichen in zweierlei Hinsicht:

- Zum Einen ist in § 113 b TKG-E der Verwendungszweck auch hinsichtlich der Abwehr von erheblichen Gefahren für die öffentliche Sicherheit sowie der Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Dienste erweitert worden. Bedenken gegen diese Ausweitung greifen jedoch nicht durch: Die betreffenden Behörden haben schon de lege lata das Recht der Verkehrsdatenerhebung (vgl. Landespolizei SH: § 185 a Abs. 1, 2 Nr. 2 LVwG, § 8 a Abs. 2 Nr. 4 und 5 BVerfSchG, § 2 a BNDG, § 4 a MADG). Würde es bei der Regelung des Referentenentwurfs bleiben, so könnten die genannten Behörden die gespeicherten Daten nicht abrufen. Damit sie aber nicht im Vergleich zur geltenden Rechtslage benachteiligt würden, müssten ihnen jedenfalls die Daten zur Verfügung stehen, die nicht unter die Vorratsdatenspeicherungspflicht fallen. Da solche jedoch nicht mehr gesondert neben den Speicherdaten, etwa zu Zwecken der Rechnungslegung, aufgeführt werden, dürfte die Ausweitung des Verwendungszwecks schon aus diesen praktischen Erwägungen unabdingbar sein.

- Zum Anderen ist § 150 Abs. 11 a TKG-RefE entfallen, nach dem die Anbieter von Internet-Zugangsdiensten, Diensten der elektronischen Post und Internet-Telefondiensten die sie treffenden Speicheranforderungen – entsprechend der von der Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 15 Abs. 3 der Richtlinie erklärten Aufschiebungsoption – erst ab dem 15. März 2009 zu erfüllen haben. Nunmehr ist in Art. 16 lediglich vorgesehen, dass das Gesetz am 01. Januar 2008 in Kraft treten soll. Des Weiteren sieht § 150 Abs. 12 b TKG-E vor, dass auf Verstöße gegen die Speicherpflicht § 149 TKG-E – hier sind die entsprechenden Ordnungswidrigkeitentatbestände normiert – erstmalig ab dem 01. Januar 2009 anzuwenden ist. Damit gilt für alle Speicherpflichten – auch betreffend die Anbieter von Internet-Zugangsdiensten, Diensten der elektronischen Post und Internet-Telefondiensten – das Umsetzungsdatum 01. Januar 2008. Lediglich die Anwendung der Ordnungswidrigkeitentatbestände nach § 149 TKG-E wird aufgeschoben, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die technische Umsetzung für die betroffenen Unternehmen nicht kurzfristig möglich sein wird. Die Aufgabe der Aufschiebung des Inkrafttretens der Vorratsdatenspeicherung betreffend die Anbieter von Internet-Zugangsdiensten, Diensten der elektronischen Post und Internet-Telefondiensten widerspricht jedoch nicht den Vorgaben des „Eckpunktepapiers

Vorratsdatenspeicherung“ des Ministeriums für Justiz, Arbeit und Europa vom 25. August 2006 (Umdruck 16/1153) und ist auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

3. Insbesondere zur Kritik des ULD

Im Einzelnen soll in diesem Rahmen Stellung genommen werden zu den insbesondere vom ULD in der Stellungnahme vom 27. Juni 2007 monierten Punkten des (angeblich unzureichenden) Schutzes der zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsgeheimnisträger, des (angeblich nicht ausreichenden) Kernbereichsschutzes und der angeblichen Notwendigkeit einer erhöhten Begründungspflicht für den richterlichen Beschluss im Bereich der Telekommunikationsüberwachung:

a) Schutz von Berufsgeheimnisträgern (§ 53 b StPO-E):

Das ULD ist der Auffassung, dass die Differenzierung zwischen Geistlichen, Strafverteidigern und Abgeordneten (absolutes Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot) sowie sonstigen Berufsgeheimnisträgern (nur relatives, von dem Ergebnis einer Güterabwägung abhängiges Verbot) grundlos sei; für die zweitgenannte Gruppe seien die im Entwurf genannten Abwägungskriterien (§ 53b Abs. 2 Satz 1 StPO-E: „Prüfung der Verhältnismäßigkeit unter 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“) ohne objektiv messbaren Maßstab.

Dem ist entgegen zu halten, dass sich die Notwendigkeit für einen absoluten Schutz der erstgenannten Gruppe aus der Rechtsprechung des *BVerfG* ergibt, welche für die Berufsgeheimnisträger der Geistlichen und Verteidiger eine Tätigkeit annimmt, die eine besondere Nähe zum Kernbereich privater Lebensgestaltung aufweist (vgl. *BVerfGE* 109, 279 (322 f.)). Die Erstreckung auf Abgeordnete dürfte sich aus Art. 47 GG ergeben. Der Einwand des ULD, die Abwägungsklausel für die zweite genannte Berufsgruppe ermögliche Willkür, ist aus strafprozessualer Sicht nicht haltbar: Es entspricht Jahrzehnte alter Rechtsprechung des *BVerfG* und des *BGH*, dass für die - reversible - Entscheidung, ob ein Verwertungsverbot besteht, auf eine Abwägung zurück zu greifen ist, welche insbeson-

dere die mit Verfassungsrang ausgestaltete Pflicht des Staates, für eine funktionsstüchtige (Straf-)Rechtspflege zu sorgen, zu berücksichtigen hat (vgl. nur *BVerfG NJW 2000, 3557*; *BGHSt 34, 39 (52)*). Diese Auffassung wird in der Literatur durch die so genannte Abwägungslehre abgesichert (vgl. nur *Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl. 2006, Einl. Rdnr. 55a*).

Der weitere Einwand des ULD, es sei nicht nachzuvollziehen, warum die noch im Referentenentwurf enthaltene Regelung, dass bei Zweifeln über die Verwertbarkeit eine gerichtliche Entscheidung (noch im Ermittlungsverfahren) eingeholt werden solle, widerspricht tragenden strafprozessualen Grundsätzen: Wie in der Gesetzesbegründung zu Recht ausgeführt, ist nach dem deutschen Prozesssystem die Rechtsfrage der Verwertbarkeit dem Tatgericht, welches die Beweisaufnahme nach eigenem Inquisitionsmaßstab in der Hauptverhandlung durchführt – und nicht dem Ermittlungsrichter – zugewiesen (vgl. § 244 Abs. 2 StPO); anderenfalls wäre zudem eine wirksame Revisionskontrolle über die betreffenden Verfahrensrechtsfragen nicht gewährleistet (siehe zur parallelen Problematik bei § 100 a Abs. 4 StPO-E unten 4. lit. b) aa), 1. Spiegelstrich) .

Aus § 53 b Abs. 1 Satz 5 StPO-E ergibt sich zudem, dass sich – wie in der Gesetzesbegründung ausdrücklich ausgeführt (vgl. Begründung, S. 76) – bei einer zufälligen Betroffenheit eines Berufsgeheimnisträgers (z.B. bei Maßnahmen gegen den Beschuldigten, der in Kommunikation zu einem Berufsgeheimnisträger tritt) wegen des dort geregelten Verwertungsverbotes im Falle einer Echtzeitüberwachung in Einzelfällen auch die Verpflichtung zum Abbruch der Maßnahmen ergeben kann.

b) Kernbereichsschutz:

Nach Auffassung des ULD hat sich der Kernbereichsschutz auch auf - neben der akustischen Wohnraumüberwachung und der Telekommunikationsüberwachung - weitere heimliche, insbesondere kommunikationsinhaltsbezogene Ermittlungseingriffe zu beziehen. Dem ist entgegen zu halten, dass der Rechtsprechung des *BVerfG*, welche sich bislang auf die beiden genannten Eingriffe beschränkt hat (vgl. *BVerfG NJW 2004, 999*; *2005, 2603*), eine solche Reichweite nicht entnommen werden kann. Einzelne Kriterien, die als Eingriffsindizien dafür in Betracht kommen könnten (vgl. *Löffelmann ZStW 2006, 358 (380 ff.)*): Aspekt der Heim-

lichkeit, Schwere des Eingriffs, Art der erfassten Kommunikation, Aspekt des Sozialbezugs) legen dies im Gegenteil nicht nahe.

Des Weiteren ist nach Auffassung des ULD der Kernbereichsschutz bei der Telekommunikationsüberwachung ungenügend gestaltet: Notwendig seien Vorschriften, die im Sinne der Rechtsprechung des *BVerfG* zur akustischen Wohnraumüberwachung ein gestuftes Vorgehen vorschreiben, welches jedenfalls ein ständiges Kontrollieren des Eingriffs erfordert, um diesen im Falle der Kernbereichsbetroffenheit sofort abbrechen und diesbezügliche Aufzeichnungen löschen zu können. Dem ist entgegen zu halten, dass das *BVerfG* in seinem Urteil zur präventiven Telekommunikationsüberwachung anerkannt hat, dass im Falle der Telekommunikationsüberwachung insoweit andere Maßstäbe anzulegen sind (NJW 2005, 2603 (2612: „Die Bürger sind zur höchstpersönlichen Kommunikation nicht in gleicher Weise auf Telekommunikation angewiesen wie auf eine Wohnung“)).

c) gesteigerte Begründungspflicht für den richterlichen Beschluss der Anordnung der Telekommunikationsüberwachung (§ 100 b Abs. 2 StPO-E):

Nach Auffassung des ULD müssen die qualifizierten Begründungspflichten, die für die akustische Wohnraumüberwachung bei den richterlichen Anordnungen vorgesehen sind, auch für die Telekommunikationsüberwachung gelten.

Dem ist entgegen zu halten, dass eine Übertragung der für die akustische Wohnraumüberwachung geltenden Grundsätze (vgl. § 100 d Abs. 3 und 4 StPO: insbesondere sind danach Abwägungs- und Verhältnismäßigkeitserwägungen anzugeben) auf die Telekommunikationsüberwachung deshalb nicht in Betracht kommt, weil die Grundrechtsbetroffenheit und somit die Eingriffsvoraussetzungen hier insgesamt geringer sind. Es kommt hinzu, dass die Gerichte schon auf Grund der Rechtsprechung des *BVerfG* zum notwendigen Inhalt von Durchsuchungsbeschlüssen (vgl. nur *BVerfGE* 107, 299 (325)) zur entsprechenden Sorgfalt angehalten sind.

4. Zur Kritik der justiziellen Praxis

Wesentliche Teile des Referentenentwurfs stießen bei der justiziellen Praxis auf Bedenken: Danach wurde kritisiert, dass einzelne Regelungen zu erheblicher Mehrbe-

lastung bei Staatsanwaltschaften und Gerichten führen würden, obwohl für die beabsichtigten Änderungen kein verfassungsrechtlich gebotener Anlass bestünde.

a)

Folgende Kritikpunkte werden, soweit sie sich auch gegen den Gesetzentwurf richten, vom MJAE nicht geteilt:

- Bedenken gegen die Verkürzung der Fristen in § 100 b Abs. 1 Satz 4 und 5 StPO-E sind insoweit zu relativieren, als ausweislich der vom Gesetzentwurf berücksichtigten empirischen Erkenntnisse diese hinreichen dürften.
- Soweit in § 100 g Abs. 1 Satz 2 StPO-E Einschränkungen im Anwendungsbereich des § 100 g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StPO-E, d.h. betreffend die „mittels Telekommunikation begangenen Straftaten“, vorgesehen sind (strenge Subsidiaritätsklausel und Notwendigkeit eines angemessenen Verhältnisses der Maßnahme zur Bedeutung der Sache als Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes), dürften diese vor dem Hintergrund des vorgelagerten Grundrechtseingriffs durch die sog. Vorratsdatenspeicherung erforderlich sein.
- Die Notwendigkeit der Gewährung nachträglichen Rechtsschutzes dürfte auch betreffend die Verkehrsdatenerhebung verfassungsrechtlich gefordert sein: Das *BVerfG* hat insbesondere für die Auskunft über Telekommunikationsdaten als heimliche Ermittlungsmaßnahme einen tief greifenden Grundrechtseingriff angenommen und ein Rechtsschutzinteresse für nachträglichen Rechtsschutz ausdrücklich bejaht (vgl. BVerfGE 107, 299 (338)). Da für das *BVerfG* schon einfachgesetzliche Richtervorbehalte auf einen tief greifenden Grundrechtseingriff hindeuten (a.a.O.), dürfte die Gewährung nachträglichen Rechtsschutzes mithin auch zu Gunsten der von den anderen in § 101 Abs. 1, Abs. 4 Satz 1 StPO-E genannten niedrig schwelligeren Maßnahmen Betroffenen angezeigt sein.
- Hinsichtlich der Benachrichtigungs- – und damit verbunden – auch der Belehrungspflichten dürfte eine ungerechtfertigte Mehrbelastung insbesondere in den Fällen der Verkehrsdatenerhebung (Funkzellenabfrage, Verbindungs-

nachweis für einen längeren Zeitraum mit einer Vielzahl „anonymer“ Anschlussdaten ohne jeglichen positiven Wert für die Strafverfolgungsbehörden) nicht zwingend zu befürchten sein. Es ist darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung des *BVerfG* – folgend aus der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG – nur grundsätzlich ein Benachrichtigungsanspruch besteht, wenn dies Voraussetzung für die Möglichkeit der Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes ist (vgl. zur akustischen Wohnraumüberwachung *BVerfG* NJW 2004, 999 (1015)). Eine Benachrichtigung wäre in den genannten Fällen auf Grund der Heimlichkeit der Maßnahme auch bei der Verkehrsdatenerhebung zwar grundsätzlich notwendig; die Grundsätze, die das *BVerfG* zur akustischen Wohnraumüberwachung aufgestellt hat, gelten also auch in diesem Bereich, zumal die Erhebung der Daten nach der Rechtsprechung des *BVerfG* einen tiefgreifenden Grundrechtseingriff bedeutet und dem Beteiligten daher (nachträglicher) Rechtsschutz zu gewähren sein dürfte. Allerdings hat das *BVerfG* dargelegt, dass der grundsätzliche Benachrichtigungsanspruch aus Art. 19 Abs. 4 GG begrenzt ist und im Zusammenhang mit der akustischen Wohnraumüberwachung insbesondere ausgeführt:

„Allerdings kann die Benachrichtigung weiterer Beteiligter den Grundrechtseingriff bei der in erster Linie betroffenen Zielperson der Maßnahme vertiefen. Das gilt insbesondere, wenn die Überwachung keine verwertbaren Ergebnisse erbracht hat. Außerdem kann die Benachrichtigungspflicht dort auf praktische Hindernisse stoßen, wo die Identität des Beteiligten im Rahmen der Maßnahme der Behörde nicht bekannt geworden ist. Auch die Nachforschung zur Feststellung der Identität sonstiger Beteiligter könnte den Grundrechtseingriff sowohl für die Zielperson wie für sonstige Beteiligte noch vertiefen. Das Bestehen von Benachrichtigungspflichten hängt unter diesen Umständen von einer Abwägung ab. Für sie ist zum einen die Intensität des Überwachungseingriffs bedeutsam, insbesondere in welchem Umfang und zu welchem Inhalt Kommunikation des unbekannt Betroffenen abgehört und aufgezeichnet worden ist, und zum anderen, welchen Aufwand die Feststel-

lung der Identität des Betroffenen fordert und welche Beeinträchtigungen mit ihr für die Zielperson und sonstige Beteiligte verbunden sein könnten“ (*BVerfG NJW 2004, 999 (1016)*).

Diese Vorgaben dürften durch § 101 Abs. 4 Satz 3 bis 5 StPO-E nunmehr auch im Gesetzestext berücksichtigt worden sein: Der Entwurf stellt insbesondere für die praxisrelevanten Eingriffe aus § 100 a StPO-E (Telekommunikationsüberwachung) und § 100 g StPO-E (Verkehrsdatenerhebung) auf die Erheblichkeit der Betroffenheit ab; auch wird der Aspekt der Grundrechtsrelevanz der Nachforschungen zur Identitätsfeststellung hervorgehoben.

b)

Das Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa teilte jedoch die Kritik der justiziellen Praxis am Referentenentwurf, soweit die Punkte der fehlenden Beschwerdemöglichkeit der Staatsanwaltschaft (§ 100 a Abs. 4 Satz 6 StPO-RefE), die Unterrichtspflicht gemäß § 100 b Abs. 4 Satz 2 StPO-RefE und der Umfang der Berichtspflicht gemäß § 100 b Abs. 6 Nr. 5, 6 StPO-RefE betroffen waren, da in diesen Bereichen in der Tat zu überdenken sein dürfte, ob die damit für die Praxis begründeten erheblichen Mehrbelastungen verfassungsrechtlich gefordert sind.

aa)

Der Gesetzentwurf ist dieser Kritik lediglich in zwei Punkten gefolgt:

- In § 100 a Abs. 4 StPO-E wurde von einer gerichtlichen Entscheidung über die Verwertbarkeit abgesehen mit der Begründung, dass insbesondere die Beurteilung zur Verwertbarkeit nicht im Ermittlungsverfahren getroffen werden sollte, sondern vielmehr dem erkennenden Gericht obliege. Dem ist aus den bereits zu § 53 b StPO-E genannten Gründen (vgl. oben 3. lit. a) zuzustimmen.
- In § 100 b Abs. 6 StPO-E ist die Übertragung der bislang gem. § 110 Abs. 8 TKG den Telekommunikationsbetreibern obliegende Verpflichtung zur statistischen Erhebung durchgeführter Telekommunikationsüberwachungen auf die Länder und den Generalbundesanwalt übertragen worden. Dies führt bereits zu einer erheblichen Mehrbelastung der Staatsanwaltschaften, da diese die

entsprechenden Maßnahmen zu erfassen und dem Landesjustizministerium zu berichten haben. Kaum überschaubar wird der Arbeitsaufwand jedoch, wenn sich die Berichtspflicht nicht auf rein statistische Erfassungen beschränke, sondern gem. § 100 b Abs. 6 Nr. 5 und 6 StPO-RefE auch inhaltlich für die Einzelfälle mitgeteilt werden sollte, ob die Telekommunikationsüberwachung zu verfahrensrelevanten Ergebnissen geführt habe. Welchen Wert entsprechende subjektive und durch den Empfänger der Berichte nicht zu überprüfende Einschätzungen haben würden, bleibt im Übrigen ebenso fraglich, wie die Möglichkeit des Empfängers, die Masse an Einzelfällen verlässlich auszuwerten. Der Gesetzentwurf ist dieser Kritik durch Streichung der Berichtserfordernisse insoweit gefolgt.

bb)

Hinsichtlich § 100 b Abs. 4 Satz 2 StPO-E ist der Gesetzentwurf der Kritik am Referentenentwurf nicht gefolgt:

Die vorgesehene Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, nach Beendigung einer Telekommunikationsüberwachung das anordnende Gericht über Verlauf und Ergebnisse zu unterrichten, ist mit einem erheblichen Mehraufwand verbunden. Der Ermittlungsrichter hat gem. § 162 Abs. 3 StPO (§ 162 Abs. 2 StPO-E) auf Anträge der Staatsanwaltschaft zur Anordnung bestimmter Ermittlungshandlungen lediglich zu prüfen, ob die Handlung nach den Umständen des Falles gesetzlich zulässig ist, also die Voraussetzungen der entsprechenden Ermittlungsmaßnahme vorliegen. Die begründete Erfolgsaussicht sieht das Gesetz als Zulässigkeitsvoraussetzung nicht vor. Allenfalls kann in Fällen ersichtlich aussichtsloser Maßnahmen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz der Zulässigkeit der Maßnahme entgegenstehen; ansonsten steht es dem Ermittlungsrichter grundsätzlich gerade nicht zu, die Zweckmäßigkeit und die Notwendigkeit der beantragten Ermittlungsmaßnahme bei der Entscheidung zu berücksichtigen, so dass er bei der Prüfung der Zulässigkeit der Maßnahme gerade nicht auf diesbezügliche vorherige Erfahrungen in anderen Fällen zurückzugreifen braucht. Die entsprechende Prüfung obliegt der Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens, die auch über die erforderliche Sachkunde verfügt, zu entscheiden, ob entsprechende Maßnahmen eine Aussicht auf Erfolg bietet oder nicht.