

Stellungnahme zum Fragenkatalog
im Rahmen der Anhörung zur Novellierung des Polizeiaufgabenge-
setzes
am Donnerstag, 17. März 2005

A. Allgemeines

A.I. Allgemein verfassungsrechtliche Fragen

A.I.1. Unterschied polizeiliche/straftprozessuale Maßnahmen

Hinsichtlich der Voraussetzungen, unter denen sie angeordnet werden können, unterscheiden sich präventive und repressive Maßnahmen naturgemäß: Während im letzteren Fall bereits eine Straftat begangen wurde, die es aufzuklären gilt, also ein konkreter und abgrenzbarer Lebenssachverhalt als Anknüpfungspunkt für die Maßnahme vorliegt, geht es im präventiven Bereich um die Abwehr einer dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit. Ungeachtet der unterschiedlichen Ausgangssituation und Zielrichtung der Maßnahmen ist hingegen die Eingriffsintensität für den Betroffenen in beiden Fällen die gleiche: Der Staat erhebt für ihn unbemerkt Informationen aus seiner privaten Sphäre, die im Falle der Wohnraumüberwachung unter den Schutz des Grundrechts aus Artikel 13 GG fällt. Für diesen Bereich hat das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen vom 3. März 2004 (1 BvR 2378/98 und 1 BvR1084/99) festgestellt, dass der Schutz der Menschenwürde, den es u.a. im Grundrecht aus Art. 13 GG konkretisiert sieht, es gebietet, dass der Staat einen Kernbereich privater Lebensgestaltung respektiert, in dem der Einzelne sich entfalten und darauf vertrauen kann, vor Beobachtungen geschützt zu sein. Daraus hat es hergeleitet, dass das Verhalten des Einzelnen in seinen Privaträumen absoluten Schutz genießen muss, soweit es sich als individuelle Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung darstellt (Rdnr. 120). Dieser Bereich ist bei allen heimlichen Maßnahmen des Staates unabhängig von ihren Voraussetzungen oder ihrem Ziel zu wahren, und an diesem Maßstab sind sie zu messen. Bereits jetzt sei darauf hingewiesen, dass der vorliegende Gesetzesentwurf zur Einführung der präventiven Wohnraumüberwachung den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht wird.

A.II.3. Normenklarheit/-bestimmtheit

Normenklarheit setzt voraus, dass Voraussetzungen und Umfang eines Eingriffs sich klar und eindeutig aus der Vorschrift, auf die er gestützt wird, ergeben; gerade in überaus sensiblen Bereichen wie der Wohnraumüberwachung muss der Eingreifende im polizeilichen Alltag der Norm ohne weiteres entnehmen können, was er unter welchen Umständen und in welchem Umfang darf und wo die Grenzen der Zulässigkeit erreicht sind. Dies kann bei einer Vorschrift wie Art. 34 PAG, dessen Inhalt sich aufgrund seines unübersichtlichen Aufbaus, seiner verschachtelten Sätze, seiner Regel-Ausnahme-Struktur und seiner Verweisteknik wenn überhaupt erst nach mehrmaligem Lesen erschließt, zweifelhaft sein.

Ein Musterbeispiel für einen Mangel an Klarheit ist Art. 34 Abs. 1 Nr. 2 a), der lautet:

"Eine Maßnahme nach Satz 1 ist nur zulässig, wenn und soweit (...) für den Fall, dass zu privaten Wohnzwecken genutzte Räumlichkeiten betroffen sind, in denen sich die Person, gegen die sich die Maßnahme richtet, allein oder ausschließlich mit engsten Familienangehörigen, mit in gleicher Weise Vertrauten oder mit Berufsheimnisträgern nach §§ 53, 53 a StPO aufhält,

a) tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass Gespräche geführt werden, die einen unmittelbaren Bezug zu den in Satz 1 Nrn. 1 und 2 genannten Gesprächen oder Straftaten haben, ohne dass über ihren Inhalt das Zeugnis als Geistlicher, Verteidiger, Rechtsanwalt, Arzt, Berater für Fragen der Betäubungsmittelabhängigkeit, Psychologischer Psychotherapeut oder Kinder- und Jugendpsychotherapeut nach §§ 53, 53a StPO verweigert werden könnte, oder

b) die Maßnahme sich auch gegen die Familienangehörigen, Vertrauten oder Berufsheimnisträger richtet, und

3. für den Fall, dass sich die Maßnahme gegen einen Berufsheimnisträger nach §§ 53, 53a StPO selbst richtet und die zu seiner Berufsausübung bestimmten Räumlichkeiten betroffen sind, die Voraussetzungen des Nr. 2 Buchst. a vorliegen "

Diese Regelung ist nicht nur ein Beispiel für mangelnde Klarheit, sondern auch für mangelnde Bestimmtheit: Unter welchen Umständen ist in der Vorausschau die Annahme gerechtfertigt, dass Gespräche geführt werden, die einen unmittelbaren Bezug zu relevanten Gefahren oder Straftaten haben? Was ist überhaupt unter einem "unmittelbaren Bezug" zu verstehen? Liegt er nur dann vor, wenn der direkte Gesprächsgegenstand die Gefahr oder Straftat ist? Oder schon, wenn sich aus dem Gespräch etwas entnehmen lässt, das erst im Zusammenhang mit Informationen aus anderen Quellen indirekt Rückschlüsse auf eine Gefahr oder Straftat erlaubt? Lässt sich nicht vielmehr stets, wenn man einmal die Voraussetzungen für die Maßnahme generell bejaht hat, stets irgendwie eine solche Annahme aus der ex-ante-Sicht rechtfertigen, auch wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass sie falsch war? Vor dem Hintergrund, dass es hier nicht nur um die Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs geht, sondern zudem noch um den besonders sensiblen Bereich des Gesprächs mit dem Verteidiger, Seelsorger, Arzt o.ä., das einen besonderen Schutz genießt, genügt die Regelung den Anforderungen an die Bestimmtheit nicht.

A.II.4. Übertragbarkeit der Feststellungen des BVerfG

Die Feststellungen des BVerfG in seinen Entscheidungen vom 03.03.04 sind auf die präventive WRÜ übertragbar.

Anlass der Entscheidungen war zwar eine Überprüfung der Vorschriften über die repressive Wohnraumüberwachung nach der StPO. Die Aussagen, die das Gericht zum verfassungsrechtlichen Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung getroffen hat, sind jedoch über das Strafprozessrecht hinaus auch bei anderen Maßnahmen, bei denen die Sicherheitsbehörden in die Privatsphäre des Bürgers eingreifen, zu berücksichtigen, mithin auch bei der präventiven WRÜ. Dies steht deshalb außer Zweifel, weil das BVerfG (wie bereits unter A.I.1. ausgeführt) einen unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung, der beim heimlichen Vorgehen des Staates gegen den Bürger zu wahren ist, aus Art. 1 GG, also dem Schutz der Menschenwürde, herleitet. Es hat ausdrücklich festgestellt, dass selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit einen Eingriff in diesen absolut geschützten Kernbe-

reich nicht rechtfertigen können, sein Schutz also nicht relativierbar ist und sich auch Verhältnismäßigkeitsüberlegungen entzieht (Rdnr. 118, 121). Somit ist eine Wertung, der Abwehr dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit Vorrang vor der Wahrung der menschlichen Würde der abgehörten Person zu geben, nicht zulässig. Erkenntnisse, die unter Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung erlangt worden sind, dürfen laut BVerfG (Rdnr. 183) keinerlei Verwendung finden, weder im Ermittlungsverfahren noch in anderen Zusammenhängen, also auch nicht zur Gefahrenabwehr.

Gleiches muss auch für die Wertungen gelten, die das BVerfG hinsichtlich der Schwere der Taten, die eine repressive WRÜ rechtfertigen, getroffen hat, nämlich dass es sich abstrakt um besondere schwere Straftaten handeln muss. Bei einer repressiven WRÜ beim Beschuldigten muss dieser einer nach den Maßstäben des BVerfG besonders schweren Straftat verdächtig sein. Angesichts der Bedeutung des Grundrechts aus Art. 13 als Konkretisierung der Menschenwürde darf auch bei einer Person, die keine Straftat begangen hat, sondern bei der lediglich die Annahme einer unter Umständen möglichen Begehung in der Zukunft besteht, also oftmals ein hoher Grad an Unsicherheit gegeben ist, kein geringerer Maßstab angelegt werden. Dies zumal da als wesentliche Begründung für die Notwendigkeit einer Regelung zur präventiven WRÜ die Bekämpfung der Organisierten Kriminalität und des internationalen Terrors angeführt wird (s. Vorwort S. 1, Begründung S. 13). Insoweit entspricht die geplante Regelung tatsächlich nicht den verfassungsgerichtlichen Anforderungen des BVerfG, da ihr Straftatenkatalog Delikte enthält, die nach der Definition des BVerfG keine besonders schweren Straftaten sind (und auffälligerweise andere vermissen lässt, die klassisches Betätigungsfeld der Organisierten Kriminalität sind, z.B. Geldwäsche).

B. I . 5.: Tatbestandsvoraussetzungen zum Einsatz WRÜ

Das BVerfG hat in seinen beiden Entscheidungen vom 03.03.2004 zur akustischen Wohnraumüberwachung (BVerfGE 109, 279 ff.) sowie zur Zulässigkeit der präventiven Brief- und Telefonüberwachung nach § 39 AWG (BVerfGE 110, 33 ff.) grundlegend zu den Voraussetzungen beider Überwachungsmaßnahmen Stellung genom-

men. Die akustische Überwachung von Wohnräumen zur Strafverfolgung ist danach nur beim Verdacht von

„ (...) im Gesetz einzeln bestimmten, besonders schweren Straftaten zulässig, wenn ein auf sie gerichteter Verdacht durch bestimmte Tatsachen begründet wird. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat dabei die vor allem Straftaten in den Blick genommen, die typischerweise durch organisiert vorgehende Banden, insbesondere durch zur sogenannten organisierten Kriminalität gehörende Täter, begangen werden (BVerfGE 109, 279, 315).“

Die akustische Wohnraumüberwachung stellt einen besonders intensiven Eingriff in das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG dar, unabhängig davon, ob dieser Eingriff aus Gründen der Strafverfolgung oder aus Gründen der Vorbeugung von Straftaten geschieht. Folgerichtig wird in Art. 13 Abs. 4 GG – angepaßt für die Frage der präventiven Wohnungsüberwachung – die gleiche hohe Gefahrenschwelle gesetzt. Vorausgesetzt wird eine dringende Gefahr drohender Beeinträchtigung für hochrangige Rechtsgüter (*Maunz-Dürig-Herzog (Papier), Art. 13, Rz. 95*). Der anerkannte Grundgesetzkommentar von Maunz-Dürig-Herzog in der Kommentierung des gegenwärtigen Präsidenten des BVerfG hat daher zu Art. 13 Abs. 4 GG gefolgert, dass mögliche Verstöße gegen Paragraphen der leichten oder mittleren Kriminalität selbst dann als Eingriffsvoraussetzungen für akustische Wohnungsüberwachung nicht in Betracht kommen, wenn sie gewerbs-, gewohnheits- oder bandenmäßig begangen werden (a.a.O. Rz. 97). Derselbe Autor moniert auch ausdrücklich, dass in einigen Landespolizei- und Verfassungsschutzgesetzen das Abhören in Privatwohnungen nicht davon abhängig gemacht wird, dass die Begehung der Straftat *unmittelbar bevorsteht oder gar schon in das Versuchsstadium eingetreten ist* (a.a.O.).

Unter diesem Maßstab ist der Straftatenkatalog des Art. 34 Abs. 1 Satz 1 Ziffer 2 i.V.m. Art. 30 Abs. 5 des PAG-Entwurfs der Staatsregierung zu prüfen. Ich komme dabei zum Ergebnis, dass die **Vorgaben des BVerfG in den beiden zitierten Entscheidungen in keiner Weise eingehalten sind**. Im einzelnen gilt folgendes:

1. Die Begründung des Gesetzentwurfs der Staatsregierung verweist auf die *Ereignisse des 11. September 2001 und die nachfolgenden weltweiten Terroranschläge*, auf die Notwendigkeit der *Bekämpfung grenzüberschreitend organisierter Banden* und darauf, dass *diese Erscheinungsformen der Kriminalität von einem hohen Maß an Konspirativität geprägt sind und auf einen technisch hoch entwickelten Unterstützungsapparat zurückgreifen können*. Derartig eingestimmt erwartet man, dass der Straftatenkatalog, der das präventive Abhören von Wohnungen erlauben soll, entsprechend der Ankündigung ausgeprägt wäre. Zu erwarten wären demnach Gefahrenlagen, die von unmittelbar bevorstehenden terroristischen oder der organisierten Kriminalität typischerweise zugerechneten Straftaten ausgehen würden. Diese Erwartung wird jedoch fast vollständig enttäuscht. Genannt werden 10 Straftatenfelder, von denen allenfalls die Ziffer 2, nämlich Straftaten gegen die öffentliche Ordnung, §§ 129 bis 129 b StGB solche sind, die typischerweise im terroristischen oder OK-Bereich spielen, die Ziffern 4 (Straftaten gegen das Leben), 5 (Straftaten gegen die persönliche Freiheit), 6 (gemeingefährliche Straftaten) und 10 (Bandenstraftaten nach dem BtmG) weisen Bezüge zum Terrorismus und zur OK auf, ohne dass man sagen könnte, dass sie typischerweise von Terroristen oder Angehörigen der organisierten Kriminalität verwirklicht würden. Die Ziffer 1 (Straftaten des Friedensverrats, Hochverrats etc.), Ziffer 3 (Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung), Ziffer 7 (Verbrechen gegen die Menschlichkeit), Ziffer 8 (Waffengesetz) und Ziffer 9 (Kriegswaffenkontrollgesetz) sind Deliktsbereiche, die typischerweise von Individualtätern verwirklicht werden oder, wie im Falle von Kriegsverbrechen, für die weder der Begriff der organisierten Kriminalität noch der des Terrorismus üblicherweise angewendet wird.

Wesentliche Bereiche, die üblicherweise der organisierten Kriminalität zugerechnet werden, die Geld- oder Wertpapierfälschung, schwere Bandendiebstähle, Raub oder räuberische Erpressung, Erpressung, gewerbsmäßige Hehlerei, Bandenhehlerei, Geldwäsche, Verstöße gegen das Außenwirtschaftsgesetz oder die sogenannte Schleuserkriminalität

finden sich merkwürdigerweise in der Aufzählung der Deliktsbereiche, die angeblich geschaffen wurden, um gegen die internationalen Formen von organisierter Kriminalität vorzugehen, nicht.

Es bleibt somit zunächst festzustellen, dass der Gesetzentwurf der Bayerischen Staatsregierung unter falscher Flagge segelt. Das, was er zu bekämpfen vorgibt, kann er nicht bekämpfen.

Des Rätsels Lösung findet sich in Art. 6 a des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes. Dort ist dem Bayerischen Landesamt für Verfassungsschutz seit einigen Jahren in Art. 3 die Beobachtung sowohl der terroristischer Bestrebungen wie auch Tätigkeiten der organisierten Kriminalität zur Aufgabe gemacht worden. In Art. 6 a wird der Lauschangriff in der Wohnung unter anderem unter der Voraussetzung gestattet, dass

- *tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht vorliegen, dass jemand Bestrebungen nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 3 oder 4 durch die Planung oder Begehung von Straftaten nach §§ 129, 129a, 129b, 130 oder 131 des StGB verfolgt oder*
- *tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht bestehen, dass jemand Bestrebungen oder Tätigkeiten nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 durch die Planung oder Begehung von Straftaten nach § 100a der StPO, §§ 261, 263 bis 265, 265b, 266, 267 bis 273, 331 bis 334 StGB oder §§ 92a, 92b des AuslG (...) verfolgt.*

Das heißt, der Verfassungsschutz hat in Bayern bereits seit einigen Jahren die Aufgabe und die Befugnis, Informationen über mutmaßliche Terroristen und mutmaßliche Angehörige der OK-Szene zu sammeln und auszuwerten. Hierbei dürfen auch Wohnungen abgehört werden. Nach Art. 14 des Landesverfassungsschutzgesetzes darf das Landesamt für Verfassungsschutz die erhobenen personenbezogenen Daten auch an diejenigen öffentlichen Stellen übermitteln, die diese für Zwecke der öffentlichen Sicherheit einschließlich der Strafverfolgung benötigen.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die von der Staatsregierung behauptete Sicherheitslücke bei der präventiven Beobachtung der organisierten Kriminalität und des internationalen Terrorismus in Wirklichkeit nicht besteht, sondern durch das Bayerische Verfassungsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 10.04.1997 bereits geschlossen ist. Ein Bedürfnis, eine parallele Kompetenz auch noch der Polizei zum Abhören von Wohnungen zur Vorbeugung gegen terroristische und Bestrebungen der organisierten Kriminalität zu schaffen, ist nicht erkennbar. Dies gilt erst recht, wenn man die offizielle Zahl von Verfahren mit Wohnraumüberwachungsmaßnahmen nach dem bisher geltenden § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO in Betracht zieht. Laut den offiziellen Jahresberichten der Bundesregierung gab es in den Jahren 1998 bis 2003 insgesamt 155 Verfahren mit Wohnraumüberwachungsmaßnahmen nach der StPO, das bedeutet rund 30 Verfahren im Jahr, und zwar in sämtlichen Bundesländern einschließlich der Verfahren in der Verantwortlichkeit des Generalbundesanwalts (*Quelle: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht: Rechtswirklichkeit und Effizienz der akustischen Wohnraumüberwachung nach § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO, eine rechtstatsächliche Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Oktober 2004*).

Die im Oktober vorgelegte rechtstatsächliche Studie des Max-Planck-Instituts hat sämtliche in den Jahren 1998 bis 2003 angeordneten Wohnraumüberwachungen ausgewertet. Sie ist zu dem Ergebnis gekommen, dass unter den Katalogtaten des § 100a StPO die Gruppen, Mord, Totschlag und Völkermord 45 % und Verstöße gegen das BtmG 33 % ausmachen, somit 78 % aller Wohnraumüberwachungen auf Ermittlungsverfahren wegen Kapitalverbrechen und Betäubungsmitteldelikte entfallen. Zu den anderen Deliktgruppen heißt es:

Die anderen Katalogtaten – eine Ausnahme bilden allenfalls noch Raubtaten, Geldwäsche und Vereinigungsdelikte – liegen kaum mehr in aussagekräftigen Verteilungen vor, sie beschränken sich geradezu auf Einzelfälle. Aus den Berichten der Bundesländer ergibt sich nach

der vorgelegten Untersuchung ein OK-Bezug in insgesamt 54 % der Fälle (Max-Planck-Institut, a.a.O. S. 29).

Wie ausgeführt, handelt es sich bei den ausgewerteten Fällen um Wohnraumüberwachungen nach der StPO. Eine im Rahmen der Untersuchung des Max-Planck-Instituts durchgeführte Länderumfrage ergab jedoch, dass sich auch die auf präventivpolizeilicher Grundlage durchgeführten Wohnraumüberwachungsmaßnahmen insgesamt auf Einzelfälle beschränkten (Max-Planck-Institut a.a.O., S. 337, Fußnote 448). In diesem Zusammenhang ist noch ein Ergebnis der zitierten Studie des Max-Planck-Instituts bedeutsam. Die Auswertung sämtlicher bisher erfolgter Wohnraumüberwachungsfälle hat keinen einzigen Fall ergeben, in dem es notwendig gewesen wäre, personenbezogene Daten aus einer präventiv angeordneten Wohnungsüberwachung in einem späteren strafrechtlichen Ermittlungsverfahren zu verwenden, wie das an sich nach § 100f Abs. 2 StPO möglich gewesen wäre. Keiner der interviewten Staatsschutzkammervorsitzenden wußte von Erfahrungen mit einem Anwendungsfall des § 100f Abs. 2 StPO zu berichten (Max-Planck-Institut, a.a.O., S. 140). Dies bedeutet auch, dass es nach den bisherigen 5-jährigen Erfahrungen mit der gesetzlich möglichen präventivpolizeilichen Wohnraumüberwachung in einigen Bundesländern keinerlei Anzeichen dafür gibt, dass sich die dort gewonnenen Informationen als relevant für spätere Strafverfahren erwiesen hätten.

2. Geht man den Straftatenkatalog des Art. 30 Abs. 5 des PAG-Entwurfs der Staatsregierung durch, so ergeben sich eine Fülle von Straftaten, bei denen offensichtlich kein Bezug zu den propagierten Zielen des Gesetzesentwurfs vorliegt bzw. deren strafrechtliche Relevanz so gering ist, dass eine akustische Wohnraumüberwachung verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen ist:

Aus dem Bereich der Staatsschutzdelikte ist etwa der pauschale Verweis auf § 129 StGB zu nennen, der auch das Werben für und das Unterstüt-

zen einer kriminellen Vereinigung unter Strafe stellt, wobei auch Geldstrafe als mögliche Sanktion vorgesehen ist. Die Rechtsprechung hat hier in der Vergangenheit beispielsweise das Tragen von T-Shirts mit den Buchstaben „RAF“ oder das Bemalen von Gebäuden mit „RAF“-Symbolen oder den Abdruck militanter Symbole auf Flugblättern oder Zeitschriften gesehen. Es wurden auch ausgesprochene Meinungsdelikte, wie die Propagierung von bestimmten Parolen, zum Beispiel „*Freiheit für alle politischen Gefangenen!*“ als Unterstützung bzw. Werbung von kriminellen oder terroristischen Vereinigungen angesehen. Nach geltendem Recht kommen hier allenfalls Freiheitsstrafen im unteren Bereich oder sogar Geldstrafen in Betracht. Es kann keine Rede davon sein, dass es mindestens um mittlere Kriminalität bzw. um dringende Gefahren für hochrangige Rechtsgüter geht. Entsprechend wies der durch das BVerfG aufgehobene § 100 c, Abs. 1 Ziffer 3d StPO auch eine Beschränkung im Rahmen des § 129 IV auf Rädelsführer und Hintermänner auf. Derartige Differenzierungen fehlen im Entwurf der Staatsregierung.

Ähnlich verhält es sich bei der undifferenzierten Aufzählung der Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung. Während bei Delikten des schweren Menschenhandels gemäß § 181 StGB immerhin ein Verbrechen vorliegt, handelt es sich beim einfachen Menschenhandel des § 180b StGB um eine Delikt, das auch mit Geldstrafe bestraft werden kann. Da es in diesen Fällen nicht um Gewalt oder Drohung geht und seit 2001 vertragliche Beschäftigungsverhältnisse zur Prostitutionsausübung rechtlich anerkannt sind, handelt es sich in diesen Fällen vielfach um eine Grauzone allenfalls leichter Kriminalität.

Abwegig, wenn auch vielleicht populär, ist die Aufnahme des Tatbestandes des sexuellen Mißbrauchs von Kindern gemäß § 176 StGB. Bestraft wird hier beispielsweise, wer sexuelle Handlungen an einer Person unter 14 Jahren vornimmt oder an sich vom Kind vornehmen läßt. Es ist schlechthin unerfindlich, welche Funktion im Vorbereitungsstadium hier eine Wanze in der Wohnung erfüllen soll, selbst wenn es möglich wäre, die Polizei mit hellseherischen Fähigkeiten auszustatten, so dass sie ei-

nen qualifizierten Verdacht bezüglich dieser meist im familiären Nahbereich stattfindenden Straftaten entwickeln könnte.

3. Zur Frage der Erforderlichkeit der präventiven Überwachungsmaßnahmen angesichts der strafprozessualen Befugnisnormen:

Hier kann ich zunächst Bezug nehmen auf unsere Ausführungen anlässlich der Anhörung im Bayerischen Landtag am 01.07.2003. Hier hatte der Vertreter der Staatsanwaltschaft München I, Herr Leitender Oberstaatsanwalt Schmidt-Sommerfeld, erklärt, dass er selbst keine Regelungslücke im geltenden Recht entdeckt habe, die ein präventives Tätigwerden der Polizei erforderlich machen würde. Er habe solche Lücken auch nicht bei einer Umfrage unter seinen Staatsanwaltskollegen erkennen können. Alle Problemfälle könnten mit den geltenden Bestimmungen der StPO gelöst werden. Auf deckungsgleiche Erfahrungen hatte ich in meinem Beitrag aus Sicht der Strafverteidiger verwiesen. Dieser vollständig übereinstimmenden Aussage kommt meiner Ansicht nach deshalb besonderes Gewicht bei, weil Staatsanwaltschaft und Verteidigung üblicherweise aus ihren entgegengesetzten Rollen in Strafverfahren auch unterschiedliche Erfahrungswerte beziehen, hier jedoch ausnahmsweise einmal vollständige Deckungsgleichheit der Erfahrungen besteht. Erhärtet wird diese Erfahrung durch die bereits zitierte empirische Untersuchung des Max-Planck-Instituts Ende 2004, die sämtliche bisher stattgefundenen Verfahrensakten bei Wohnraumüberwachungen nach der StPO ausgewertet hat. Die außerordentlich geringe Fallzahl von durchschnittlich 30 Fällen im ganzen Bundesgebiet spricht hierbei für sich, ebenso wie die Tatsache, dass keiner der befragten Richter sich erinnern konnte, dass Informationen aus präventiven Lauschaktionen, die nach Landesrecht bereits seit mehreren Jahren zulässig sind, auch nur in einem einzigen Fall in die späteren Ermittlungsverfahren eingeflossen wären.

Gleichwohl behaupteten bei der letzten Anhörung die Vertreter des Bayerischen Landeskriminalamts und des Polizeipräsidiums München ein Bedürfnis für die präventiven polizeilichen Abhörmaßnahmen. Die dabei

angeführten Beispiele waren jedoch bei genauerer Betrachtung so beschaffen, dass sie jederzeit mit den geltenden Instrumenten der StPO hätten gelöst werden können. Hinzu kommt, worauf ich bereits hingewiesen habe, dass es nach bayerischem Landesrecht bereits seit Jahren die Möglichkeit präventiver Abhöraktionen in Wohnungen durch das Landesamt für Verfassungsschutz gibt, und zwar gerade zugespielt auf die Abwehr von terroristischen und Bestrebungen der organisierten Kriminalität. Die Vertreter der Polizei konnten bereits bei der Anhörung am 01.07.2003 nicht deutlich machen, weshalb es angesichts der absolut geringen Fallzahlen auch noch des Aufbaus einer Doppelstruktur im PAG bedarf, zumal der Datenfluß zwischen Verfassungsschutz und Strafverfolgungsbehörden gesetzlich seit Jahren geregelt ist. Wenn er in der Praxis nicht so funktioniert, wie er funktionieren sollte, wofür nach den Stellungnahmen der Polizei einiges spricht, so ist dies ein Problem, das nicht mit neuen Befugnisnormen durch den Gesetzgeber zu lösen ist.

Dieser Befund aus dem Jahre 2003 besteht unverändert fort. Er wird noch verstärkt durch den Straftatenkatalog, wie er durch den neu gefaßten Art. 30 Abs. 5 des PAG-Änderungsentwurfs ausformuliert ist. Zum einen sind hier Straftaten aufgeführt, die selbst bereits Vorbereitungshandlungen unter Strafe stellen und damit strafprozessuale Eingriffsmöglichkeiten weit im Vorfeld der eigentlichen Kernstraftat eröffnen. Beispielhaft kann ich hier auf die §§ 129, 129a, 129b Bezug nehmen, die Vorbereitungshandlungen weit vor jeder Versuchshandlung bestrafen. Bereits wenn die kriminelle Gruppe zusammenkommt und ernsthaft die Begehung von Straftaten erörtert, setzt die Strafbarkeit ein und sind die strafprozessualen Eingriffsmöglichkeiten gegeben. Eine weitere Vorverlagerung, die ein präventives Tätigwerden eröffnet, ist unter rechtsstaatlichen Bedingungen kaum denkbar, es sei denn, man wollte reine Gesinnung verfolgen, die noch nicht einmal ansatzweise in Richtung praktischer strafrechtlich relevanter Konsequenzen steuert.

Ähnlich verhält es sich mit dem großen Bereich der Betäubungsmittelstrafbarkeit, die nach den bisherigen Erfahrungen ein Drittel der Abhörak-

tionen ausmacht. Auch hier ist bereits strafrechtlich relevant, wenn Käufer und Verkäufer sich ernsthaft über ein Geschäft unterhalten, ohne dass ein einziges Gramm den Besitzer wechselt. Werden entsprechende Gespräche angenommen und liegen die sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen vor, können nach der StPO sowohl Wohnräume verwandt als auch Telefongespräche abgehört werden. Auch hier scheidet eine weitere Vorverlagerung des Verdachts schon begrifflich aus, da man sonst auch unverbindliche Gespräche über Drogen in den Abhörbereich mit einbeziehen müßte. Dies wäre sicher mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht mehr in Übereinstimmung zu bringen.

Was nun die Straftaten gegen das Leben angeht, die nach den bisherigen Erkenntnissen den Großteil der Wohnungsüberwachungen ausmachen, so handelt es sich hierbei um Verbrechenstatbestände. Hier ist die Verabredung zu einem solchen Delikt sowohl auf Seiten desjenigen, von dem die Initiative ausgeht, als auch von Seiten desjenigen, der sich bereit erklärt, die Tat zu begehen, gemäß § 30 StPO strafbar und ermächtigt zu Abhörmaßnahmen nach § 100a StPO. Soweit Bestrebungen im Bereich der organisierten Kriminalität oder des Terrorismus in Rede stehen, kann der Bayerische Verfassungsschutz im Vorfeld präventiv tätig werden bis hin zur Wohnraumüberwachung (Art. 3 i.V.m. Art. 6a BayVerfSchG). Insofern besteht keine Regelungslücke. Soweit es sich um individuelle Tötungsdelikte ohne terroristischen oder OK-Bezug handelt, ist nach aller kriminalistischer Erfahrung davon auszugehen, dass hier das Mittel präventiver Überwachung nicht greift, da die Polizei derartige Delikte nicht voraussehen kann. Infolge dessen griff hier in der Vergangenheit Wohnraumüberwachung vor allem dann, wenn man sich von der Verwanzung der Wohnungen **nach begangener Straftat** bei schwieriger Beweislage Geständnisse der Beteiligten erhoffte (so jedenfalls die zitierte Untersuchung des Max-Planck-Instituts 2004).

4. In diesem Zusammenhang muß noch einmal auf den Straftatenkatalog des Art. 30 Abs. 5 PAG ÄE eingegangen werden. Wie bereits oben ausgeführt, läßt das BVerfG einen derartig schwerwiegenden Eingriff in das

Grundrecht des Art. 13, wie es die akustische Wohnraumüberwachung darstellt, nur zu, wenn besonders hochrangige Rechtsgüter bedroht sind. Für den Fall der akustischen Wohnraumüberwachung nach der StPO ist entschieden worden, dass der Katalog der Straftaten im bisherigen § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO den Anforderungen des Art. 13 Abs. 3 GG nicht genügt. Das BVerfG hat festgestellt, dass von der besonderen Schwere einer Straftat i.S.d. Art. 13 Abs. 3 GG nur auszugehen ist,

„wenn sie der Gesetzgeber jedenfalls mit einer höheren Höchststrafe als 5 Jahre Freiheitsstrafe bewehrt hat.“
(BVerfG 109, 279, 347, 348).

Nach diesem Maßstab hat das BVerfG aus dem alten Straftatenkatalog sämtliche Straftaten ausgesondert, die diesem Erfordernis nicht entsprechen. Darüber hinaus ist festgestellt worden, dass der Eingriff durch akustische Wohnraumüberwachung noch zusätzlich zur Voraussetzung hat,

„ dass der Verdacht einer abstrakt schweren Katalogtat auch im konkreten Fall besonders schwer wiegt.“ (a.a.O., 346)

Der Entwurf der Bundesregierung für eine Neufassung des § 100c StPO vom September 2004 sieht deshalb auch ausdrücklich vor, dass nicht nur der Verdacht einer Katalogtat vorliegen muß sondern darüber hinaus

„ die Tat auch im Einzelfall besonders schwer wiegt.“

Mit dieser Formulierung will der Regierungsentwurf den Anforderungen, die das BVerfG aufgestellt hat, entsprechen. Es gibt keinen Grund für die Annahme, dass das Verfassungsgericht die Schwelle für akustische Wohnraumüberwachungen in den präventiven Fällen niedriger ansetzen wollte. **Die beabsichtigte Regelung im Entwurf der Staatsregierung in Art. 34 Abs. 1 Satz 1 Ziffer 2 i.V.m. dem Straftatenkatalog des Art. 30 Abs. 5 PAG wird daher den Anforderungen des Verfassungsge-**

richts nicht gerecht. Zum einen sind in den Katalogtatbeständen zahlreiche Delikte enthalten, die nicht einmal mittlere Kriminalitätsstufe aufweisen, was sich dadurch ausdrückt, dass der Gesetzgeber Geldstrafen und Freiheitsstrafen bis zu 5 Jahren androht. Zum anderen findet nach dem Willen des Gesetzes keine Einzelfallprüfung mehr statt, ob auch im konkreten Fall der Erfüllung des Verdachts einer bevorstehenden Katalogtat diese auch im Einzelfall besonders schwer wiegt.

B.II. Erhebungsverbote bei der WRÜ

B.II.8. Berufsheimnisträger

Zu den Berufsheimnisträgern, die nach den Vorgaben des BVerfG einen besonderen Schutz genießen, zählt neben dem Arzt oder dem Seelsorger u.a. auch der Anwalt. Gerade dem Gespräch mit dem Strafverteidiger kommt laut BVerfG die zur Wahrung der Menschenwürde wichtige Funktion zu, darauf hinwirken zu können, dass der Beschuldigte nicht zum bloßen Objekt im Strafverfahren wird (Rdnr. 148). Geschützte Gespräche mit den Berufsheimnisträgern gehören zum unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung.

Der vorliegende Entwurf genügt den Vorgaben des BVerfG nicht, weil das besondere Vertrauensverhältnis, das den Berufsheimnisträger gerade auszeichnet, nicht hinreichend respektiert wird. So erlaubt Art. 34 Abs. 5 S. 3 des Entwurfs beispielsweise eine nach dem BVerfG unzulässige Abwägung. Stellt sich nämlich nach einer zunächst nur automatischen Aufzeichnung bei einer WRÜ im Rahmen der Auswertung heraus, dass die gewonnenen Daten das Vertrauensverhältnis mit einem Berufsheimnisträger betreffen, sollen sie dennoch verwertbar sein, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist. Dem Vertrauensverhältnis wird damit der Boden entzogen.

Ferner soll nach der bereits zitierten Regelung in Art. 34 Abs. 1 Satz 2 die Datenerhebung auch gegenüber Berufsheimnisträgern zulässig sein, wenn Gespräche ihrem Inhalt nach die Begehung schwerwiegender Straftaten zum Inhalt haben oder

wenn sich die Maßnahme zugleich gegen den Berufsträger richtet. Nun gehört es jedoch zum Berufsbild des Strafverteidigers, sich mit seinen Mandanten über Straftaten, auch solche schwerwiegender Art, zu unterhalten. Wenn der Staat künftig solche Mandantengespräch mithören dürfen, wird das Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Verteidiger obsolet, eine vernünftige Beratung nicht mehr möglich und die Ausübung des Berufs des Strafverteidigers in unerträglicher Weise eingeschränkt. Überhaupt wäre es nur noch ein kleiner Schritt zu der generellen und zweifelsohne auch begründeten Annahme, dass in den Räumlichkeiten eines Strafverteidigers regelmäßig Gespräche über schwerwiegende Straftaten zu erwarten sind - sollen daher Überwachungsmaßnahmen gegen ihn - als Störer oder als Nichtverantwortlicher im Sinne des PAG - grundsätzlich gerechtfertigt sein?

Gänzlich inakzeptabel ist die geplante Regelung in Art. 34 Abs. 5 Satz 3 Nr. 3, nach der Gespräche mit Inhalten, die unter das Berufsgeheimnis des Strafverteidigers fallen, über die ihm ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 StPO zusteht und die ohne jeden Bezug zu Gefahren oder Straftaten haben - also unter keinen Umständen hätten abgehört werden dürfen - dennoch verwendet werden dürfen, wenn dies zur Gefahrenabwehr notwendig ist. Hier wird nicht nur abgehört und ausgewertet, was nach der eigenen Lesart der Autoren des Entwurfs gar nicht für die Ohren des Staates bestimmt war, sondern diese massive Grundrechtsverletzung wird durch die zusätzliche Verwendung der unzulässig erlangten Daten auch noch fortgesetzt und intensiviert. Die Rechtsprechung des BVerfG hingegen schließt bei solchermaßen erlangten Daten jede Abwägung, Verhältnismäßigkeitsüberlegung und gar Datenverwendung eindeutig aus.

Fazit: Wer einen Rechtsanwalt - und dies gilt ebenso gut etwa für den Geistlichen - aufsucht, um sich ihm mit einem höchstpersönlichen Anliegen anzuvertrauen, muss sich auch dann darauf verlassen dürfen, dass dieses Vertrauensverhältnis "abhörsicher" ist, wenn der Gegenstand des Gesprächs eine Straftat ist; erst recht muss er sich darauf verlassen dürfen, dass völlig straf- und polizeirechtlich unverfängliche Gespräche nicht mitgehört und rechtswidrig gewonnene Daten nicht verwendet werden. Der einzige Weg, dies zu gewährleisten, ist ein generelles Erhebungsverbot für die Berufsgeheimnisträger.

Die Regelung zur Wohnung des Berufsgeheimnisträgers nach Art. 34 Abs. 3 dürfte hingegen für den Strafverteidiger keine große Rolle spielen, da Gespräche, die die Sicherheitsbehörden interessieren, wohl eher in seinen "zur Berufsausübung bestimmten Räumlichkeiten" stattfinden.

B.II.9. Erhebungsverbote

Erhebungsverbote sind auch dann erforderlich, wenn mit Personen des engsten Vertrauens Gespräche geführt werden, die einen unmittelbaren Bezug zu Gefahren für bedeutende Rechtsgüter oder zur Begehung von schwerwiegenden Straftaten haben. Nach der Rechtsprechung des BVerfG können nämlich auch Gespräche über solche Themen dem absolut geschützten Kernbereich angehören, wenn der Betroffene etwa ausschließlich innere Eindrücke und Gefühle zum Ausdruck bringt (Rdnr. 137).

Ein generelles Verbot der präventiven Wohnraumüberwachung, soweit Gespräche zwischen Familienangehörigen und/oder Vertrauenspersonen betroffen wären, erscheint nicht nur verfassungsrechtlich zulässig, sondern sogar geboten. Angesichts der überragenden Bedeutung, die dem Schutz des absoluten Kernbereichs privater Lebensgestaltung, zu dem die ungestörte Kommunikation mit den genannten Personengruppen gehört, zukommt, ist es Aufgabe des Gesetzgebers, dafür Sorge zu tragen, dass der Schutz auch effektiv ist und Kernbereichsverletzungen von vornherein vermieden werden. Deshalb sollte dem Staat der Zugriff auf Situationen, in denen nach der Natur des Verhältnisses zwischen den Betroffenen im Regelfall zu erwarten ist, dass die Gespräche gerade keinen Sozialbezug haben, generell ausgeschlossen sein. Da nach den Vorgaben des BVerfG in diesem Bereich eine nur automatische Aufzeichnung nicht in Betracht kommt und die von ihm geforderte situationsabhängige Unterbrechung der Maßnahme auf immense praktische Probleme stößt und stets die Gefahr in sich birgt, dass es doch zu einer Kernbereichsverletzung kommt, wäre ein generelles Erhebungsverbot die einzig "saubere" Lösung, die auch der Bedeutung des Schutzes der Menschenwürde gerecht würde.

B.III. Pflicht zur Unterbrechung der WRÜ

B.III.10. Automatische Aufzeichnung

Die Regelungen zur automatischen Aufzeichnung und Unterbrechung einer Maßnahme sind im Hinblick auf die Vorgaben des BVerfG nicht ausreichend. In den Entscheidungen vom 03.03.04 wird ausdrücklich eine zeitliche und räumliche "Rundumüberwachung" für regelmäßig unzulässig erachtet, weil die Wahrscheinlichkeit groß ist, dass dabei höchstpersönliche Gespräche abgehört werden und dadurch die Menschenwürde verletzt wird. Zudem könnten auf diese Weise erlangte Daten als Grundlage für ein Persönlichkeitsprofil verwendet werden (Rdnr. 150). Damit ist eine nur automatische Aufzeichnung praktisch durchweg unzulässig.

Dennoch hält der Entwurf in Art. 34 Abs. 2 daran für den Fall fest, dass bei Anordnung der Maßnahme abzusehen ist, dass keine Gespräche geführt werden, die dem Kernbereich der privaten Lebensgestaltung zuzurechnen sind. In der Praxis dürfte wohl kaum ein Fall denkbar sein, in dem sich dies so sicher voraussehen lässt, dass eine Kernbereichsverletzung mit der Sicherheit, die ein effektiver Grundrechtsschutz verlangt, ausgeschlossen werden kann. Ob die Prognose richtig war, wird sich regelmäßig erst beim nachträglichen Abhören der Aufzeichnungen herausstellen, also wenn die Grundrechtsverletzung bereits eingetreten ist. Statt jedoch unter diesen Umständen und vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG ganz von dieser Art des Abhörens abzusehen, geht der Entwurf noch einen Schritt weiter und erlaubt in Art. 34 Abs. 5 sogar die Verwertung der derart gewonnenen Daten zur Gefahrenabwehr. Hier wird also nicht nur die Verletzung der Menschenwürde durch die Maßnahme an sich toleriert, sondern sie soll durch die zusätzliche Verwendung der rechtswidrig erlangten Daten sogar noch intensiviert werden dürfen. Dies steht in eklatantem Widerspruch zur Rechtsprechung des BVerfG und kann so nicht hingenommen werden.

C. Themenkomplex Telekommunikationsüberwachung (TKÜ)

C.I. Erforderlichkeit der TKÜ im Sinne des Sicherheitsrechts

C.I.17. Notwendigkeit präventiver Befugnisse

Art. 34a des Entwurfes enthält keine Gefahrensituation, die nicht gleichzeitig strafprozessuale Befugnisse eröffnen würde. Die Verabredung von Verbrechen beispielsweise stellt an sich bereits eine Straftat nach § 30 StGB dar, die entsprechende repressive Maßnahmen auslösen kann. Außerdem kennt das StGB eine ganze Reihe von Unternehmensdelikten, bei denen die Strafbarkeit bereits in das Vorbereitungsstadium vorverlagert ist. Auch bei anderen Delikten (z.B. BtmG, Schleusungen) setzt die Strafbarkeit so früh ein, dass gar kein Raum für präventive Maßnahmen mehr bleibt: hier kann die rein verbale Absprache schon eine Straftat darstellen.

Zudem sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass nach Art. 3, 6 BayVSG der Verfassungsschutz weitreichende Befugnisse zum Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel hat, unter die auch WRÜ und TKÜ fallen, und zwar insbesondere im Bereich der Organisierten Kriminalität - der Bereich, für den nach den Begründungen zum PAG-Entwurf dringend eine Erweiterung der polizeilichen Befugnisse erforderlich ist.

Die präventive TKÜ ist daher jedenfalls zur Verhinderung von Straftaten überflüssig; das Arsenal an repressiven Maßnahmen, die der Polizei zur Verfügung stehen, deckt alle denkbaren Konstellationen ab.

Außerdem ist auch bei der TKÜ die geplante Datenerhebung gegenüber Berufsheimnisträgern, insbesondere Strafverteidigern, zu beanstanden. Nach Art. 34a Abs. 1 Nr. 2 kann die Polizei personenbezogene Daten über Personen erheben, soweit anzunehmen ist, dass sie Mitteilungen für oder von potentiellen Straftätern entgegennehmen oder weitergeben oder ihre Kommunikationseinrichtungen benutzt werden. "Person" im Sinne dieser Vorschrift kann auch der Strafverteidiger sein, der im Rahmen eines Mandats Mitteilungen entgegen nimmt oder weitergibt und durch solche für den Beruf nicht untypischen Tätigkeiten in die Gefahr gerät, selbst zur Zielperson einer TKÜ-Maßnahme zu werden, ohne ein "für die Gefahr Verantwortlicher" im Sinne des PAG zu sein. Die vermeintliche Ausnahmeregelung in Art. 34a Abs. 1 S. 3 erlaubt wiederum die Verwendung aller Daten, die durch einen Eingriff in ein

durch ein Berufsgeheimnis geschütztes Vertrauensverhältnis erlangt wurde, wenn die Maßnahme sich gegen den Berufsgeheimnisträger selbst richtet (der dazu nicht selbst "Störer" sein muss) oder zur Gefahrenabwehr erforderlich ist. Auch hier wird, wie bereits bei den Regelungen zur WRÜ, das durch ein Berufsgeheimnis geschützte Vertrauensverhältnis zur Makulatur.

Dass die spezielle polizeiliche Befugnisse unter dem Gesichtspunkt der Normenklarheit Vorteile bringen könnten, ist nicht ersichtlich, zumal - wie bereits ausgeführt - der Entwurf sich gerade nicht durch Klarheit auszeichnet.