

JAN-FRIEDRICH BRUCKERMANN

Neue Rechtsentwicklung zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 30



TENEA



Jan-Friedrich Bruckermann, Beginn des juristischen Studiums an der Philipps-Universität Marburg/Lahn im Wintersemester 1994, das mit dem ersten juristischen Staatsexamen 1999 abgeschlossen wurde. Im gleichen Jahr Annahme des Dissertationsthemas bei Prof. Dr. Meurer an der Philipps-Universität.

Absolvierung des Referendariates von 2000 bis 2002 mit der Wahlstation bei der hessischen Landesvertretung bei der EU in Brüssel. Anfang 2002 Ablegung der zweiten juristischen Staatsprüfung in Marburg/Lahn, gefolgt von dem Rigorosum an der Philipps-Universität Anfang 2003. Seit 2002 Tätigkeit als Rechtsanwalt.

In den letzten Jahren erfolgten erhebliche Veränderungen der hoheitlichen Befugnisse in der StPO und den Länderpolizeigesetzen zur Verfolgung organisiert begangener Straftaten mit zum Teil erheblichen Eingriffen in die Schutzbereiche der Grundrechte. Diese neuen Eingriffsbefugnisse werden auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin geprüft und mit ausländischen Rechtsordnungen verglichen, um die Risiken der Eingriffsbefugnisse für die Gesellschaft darzustellen. Vor dem Hintergrund der Feststellung struktureller Parallelen zur NS-Gesetzgebung wird der derzeitige Stand der Gesetzgebung analysiert und mögliche Gefahren weiterer Entwicklung diskutiert.

TENEA



Tenea (ἡ Τενέαι), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit [...]
Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly*. Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

JAN-FRIEDRICH BRUCKERMANN

Neue Rechtsentwicklung zur Bekämpfung
der organisierten Kriminalität

TENEA



Jan-Friedrich Bruckermann

Neue Rechtsentwicklung zur Bekämpfung
der organisierten Kriminalität

(Juristische Reihe TЕНEA/www.jurawelt.com; Bd. 30)

Zugleich Philipps-Universität Marburg
Dissertation 2003

© TЕНEA Verlag für Medien
Berlin 2003

Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.

Digitaldruck und Bindung:

Digital-Print-Service · 10119 Berlin

Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München

TЕНEA-Graphik: Walter Raabe, Berlin

Printed in Germany 2003

ISBN 3-936582-84-X

In Memoriam
Professor Dr. Dieter Meurer

Gewidmet
meinen Eltern

Vorwort

Die Untersuchung über die „Neuen Rechtsentwicklungen zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität“ wurde nach dem Tode Herrn Prof. Dr. Meurers von Prof. Dr. Rössner betreut. Er war immer gesprächsbereit und hat durch seine Anregungen meine Arbeit gefördert.

Bedanken möchte ich mich für die wertvollen Anregungen meines Freundes Hendrik Munsonius, dessen Ideen meine Arbeit wertvoll bereicherten. Die Arbeit wäre ohne die große Unterstützung durch Frau Carla Rücker und Frau Daniela Ziegler nicht zustande gekommen.

Wesel-Bislich, im Februar 2003

Jan-Friedrich Bruckermann

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis

Einführung - Inhalt der Arbeit	1
1. Genese und Inhalt der Neuregelungen	2
2. Rechtspolitischer Hintergrund	4

Kapitel 1:

Der Begriff „Organisierte Kriminalität“

A	Vorbemerkung	6
B	Begriff und Ausmaß der organisierten Kriminalität	6
I.	Kriminalistische Literatur	6
1.	Erste Strömung: Dauerhafte Struktur und Profitorientierung	6
2.	Zweite Strömung: Besondere Strukturmerkmale ...	7
a)	Kaiser und Falcone	7
b)	Schwindt	8
c)	Eisenberg	9
3.	Dritte Strömung: Organisierte Kriminalität: nur ein Surrogatsbegriff ? – Die Auffassung von Albrecht und Frommel	10
4.	Ausmaß	11
a)	Albrecht, Schwind et al.	12
b)	Mergen und Lorenz	13
5.	Zusammenfassung der Literaturmeinungen	14

II.	Repräsentanten der Strafverfolgungsorgane	14
1.	Begriffsdefinition	14
a)	Zachert	14
b)	Gegenstimmen	15
c)	Auswertung von Statistiken	17
d)	Bewertung	18
2.	Zusammenfassung	20
III.	Definitionen der Exekutive	21
1.	AG Kripo	21
2.	Arbeitskreis III	21
3.	AG Justiz/Polizei	22
4.	OrgKG	22
5.	Ergebnis	23
IV.	Praktische Untersuchungen	20
1.	Weschke	23
2.	Rebscher/ Vahlenkamp	24
3.	Zusammenfassung der Untersuchungen	26
V.	Analyse des Bildes der OK	26
1.	Vorbemerkung	26
2.	Analyse der Exekutivdefinitionen	26
3.	Praktische Untersuchungen	28
4.	Polizei und Innenressorts	29
5.	Kriminalisten	30
6.	Resultat	30
a)	Auswertung	30
b)	Fazit	33

Kapitel 2

Die neuen Regelungen - Ein Überblick über die wichtigsten Neuerungen

A	§§ 98a,b.....	35
I.	Entwicklung	35
II.	Durchführung	36
III.	Voraussetzungen	38

B	§ 98c	39
C	§§ 100c,d,e,f	40
	I. § 100c,d	40
	1. § 100c I Nr. 1,2	40
	2. § 100c I Nr. 3	41
	3. § 100c II, III	42
	II. § 100e	43
	III. § 100f	43
D	Verdeckter Ermittler : § 110a,b,c,d,e	44
	I. § 110 a,b,c	44
	II. § 110d,e	46
E	§ 163d: Schleppnetzfahndung	47
	I. Regelungsinhalt	47
	II. Procedere	47
	1. Vorbeurteilung der Relevanz	47
	2. Richterliche Anordnung	48
	III. Beispiel	48
F	Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung: § 163e	48
G	Polizeigesetzliche Neuregelungen	49
H	Die erweiterten Befugnisse des BGS und der Polizei	50
	I. BGS	50
	II. Länderpolizeigesetze	50
I	Zusammenfassung	51

Kapitel 3

Bewertung der Maßnahmen	51
A Straprozessuale Maßnahmen	51
I. Analyse von § 98a/163d	51
1. Vorbemerkung	51
2. Strafprozessuale Probleme	52
a) Verdachtserfordernisse	52
aa) Unterschiedliche Voraussetzung...	52
bb) Ausforschungsbeweise	53
b) Verdachtsumkehr	54
c) Richtervorbehalt	54
d) Benachrichtigungsermessen	55
e) Ergebnis	56
aa) Bewertung	56
bb) Ausblick	56
II. § 98c: Bindung der Daten	57
1. Befürworter einer Doppelverwertung	57
2. Gegenansicht	58
3. Ergebnis	59
III. § 100c, d	60
1. Einleitung	60
2. Strafprozessuale Probleme	61
a) Verdacht	61
b) Richtervorbehalt	62
aa) Verdachtserfordernis	62
bb) Kritik	63
c) Abhörausnahmen	64
d) Katalogtatenerfordernis	64
e) Ausweitungsgefahr	66
aa) Argumentationsweise	67
bb) Bewertung	68
f) Ergebnis	72

IV.	Verdeckter Ermittler: §§ 110ff.	73
1.	Vorbemerkung	73
2.	Offene Prozeßführung	73
3.	Gesinnungsprüfung durch Agent Provocateur	74
4.	Beweisverwertungsprobleme	75
5.	Ergebnis	77
V.	Subsidiaritätsklauseln.....	78
1.	§ 98a/98 c	78
2.	§ 100c I	78
3.	§ 110a I	78
4.	§ 163d I, 1	79
5.	Bewertung	79
	a) Erster Typus	79
	b) Zweiter Typus	81
6.	Ergebnis	82
B	Grundrechtseingriffe	82
I.	Informationelle Selbstbestimmung	82
1.	Inhalt	82
	a) Status in der Gesetzesstruktur	82
	b) Inhalt	83
	c) Ausstrahlung auf die Gesellschaft	84
	d) Ergebnis	87
2.	Eingriff	87
	a) Raster- und Schleppnetzfahndung	88
	aa) Kontrollverlust	88
	bb) Zweckentfremdung	88
	b) Großer Lauschangriff	90
	aa) Verletzung der Zweckbindung	91
	bb) Kontrollverlust	91
	c) Verdeckter Ermittler	91
	d) Polizeiliche Beobachtung	92
	e) Ergebnis	92

II.	Verletzung der Menschenwürde	92
1.	Großer Lauschangriff	92
	a) Vorbemerkung	92
	b) Eingriff in die Menschenwürde	93
	aa) Position im GG	93
	bb) Klassische Formel	94
	cc) Ergebnis	96
	c) Bejahung einer Kernbereichsverletzung	96
	aa) Literatur und Justiz	96
	(a) Literatur	97
	(b) BGH	100
	bb) Ergebnis	101
	cc) Wohnung als Kernbereich	101
	dd) Historische Entwicklung	102
	ee) Relative und absolute Verfassungsprinzipien	103
	(a) Verächtlichkeitselement	103
	(b) Gegenansicht	104
	ff) Gesamtergebnis	105
	d) Verneinung der Kernbereichsverletzung	105
	aa) Kommunikative Sphäre	106
	bb) Abwägung der Rechtsgüter	107
	e) Argumentationsstruktur der Befürworter und Gegner	111
	f) Ergebnis	112
	g) Lösungsvorschläge	113
	2. Raster- und Schleppnetzfangdung	114
	3. Polizeiliche Beobachtung	114
III.	Faires Verfahren	115

IV.	Nemo Tenetur	116
1.	Willensentschließungsfreiheit	116
a)	Rasterfahndung	117
aa)	Nichtbetroffene	118
bb)	Betroffene	118
b)	Verdeckter Ermittler	119
c)	Polizeiliche Beobachtung und Lauschangriff	121
d)	Ergebnis zur Willensentschließungsfreiheit ..	121
2.	Willensbetätigungsfreiheit	121
3.	Ergebnis	121
V.	Fazit	122
C	Verhältnismäßigkeit	122
I.	Einleitung	122
II.	Mittelbare und unmittelbare Ziele	123
III.	Geeignetheit	123
1.	Raster- und Schleppnetzfahndung	124
2.	Polizeiliche Beobachtung, Verdeckter Ermittler	125
3.	Kleiner und Großer Lauschangriff	125
a)	Auswertungshindernisse	125
b)	Vergleichsbefunde	127
c)	Ergebnis	128
IV.	Erforderlichkeit	128
1.	Raster- und Schleppnetzfahndung	128
2.	Polizeiliche Beobachtung und VE	129
3.	Großer Lauschangriff	130
a)	Kein Ultima Ratio	130
aa)	Überwachung öffentlicher Räume	130
bb)	OK - Keine Bedrohung	131
cc)	Alternativen	132
b)	Bejahung der Ultima Ratio	134
c)	Ergebnis	137

V.	Abwägung	137
1.	Raster- und Schleppnetzfahndung	138
a)	Rechtfertigung	138
b)	Endergebnis	140
2.	Polizeiliche Beobachtung und VE	141
3.	Großer Lauschangriff	142
a)	Contra Lauschangriff	142
aa)	Überwachung	142
bb)	Vertrauensverlust	142
cc)	Fehlende Kontrolle	143
b)	Pro Lauschangriff	143
aa)	Rechtspflege aufrechterhalten	143
bb)	Sicherheit für die Bevölkerung	143
c)	Abwägung	144
d)	Ergebnis	148
e)	Lösungsvorschlag	152
f)	Endergebnis	153
VI.	Endergebnis	153

Kapitel 4

	Rechtsvergleichende Betrachtung	153
A	Einleitung	153
B	Regelungen in Dänemark	154
I.	Rasterfahndung	154
II.	Polizeiliche Beobachtung	154
III.	Akustische Überwachung	155
IV.	Verdeckter Ermittler	156
C	England	156
I.	Rasterfahndung	156
II.	Polizeiliche Beobachtung	157
III.	Akustische Überwachung	158

IV.	Verdeckter Ermittler	158
D	Frankreich	158
I.	Rasterfahndung	159
II.	Polizeiliche Beobachtung	159
III.	Technische Mittel	159
IV.	Verdeckte Ermittler	160
E	Österreich	160
I.	Rasterfahndung	161
II.	Polizeiliche Beobachtung	161
III.	Technische Mittel	162
IV.	Verdeckter Ermittler	162
F	USA	162
I.	Rasterfahndung	162
	1. Computer Matching	163
	2. FinCEN	163
	3. Computer Profiling	163
	4. Rechtsgrundlage	163
II.	Polizeiliche Beobachtung	164
III.	Technische Mittel	164
IV.	Verdeckter Ermittler	165
G	Zusammenfassung und Vergleich	167
I.	Rasterfahndung	167
II.	Polizeiliche Beobachtung	167
III.	Technische Mittel	168
IV.	Verdeckter Ermittler	169
V.	Ergebnis	169

Kapitel 5

Präventivmaßnahmen: Polizei und Bundesgrenzschutz	170
--	-----

A	Vorbemerkung	170
B	Gefahrenabwehr	170
	I.	Lauschangriff bei Gefahr	170
	II.	Durchbrechung der Datenverwendung	171
		1. Präventiv gesammelt - repressiv verwandt	171
		2. Durchbrechung durch den BGH	172
		a) Fehlende Kompetenz	173
		b) Änderung des Verwendungszwecks	174
		c) Beweisverwertungsverbot	176
		3. Neue Normierungen	176
		a) Katalogtatenerfordernis	177
		b) Erfassung der Durchführungsvorschriften ..	178
		c) Ergebnis	178
		4. Zusammenfassung	179
C	Vorbeugende Abhörmaßnahmen	180
	I.	Einleitung	180
		1. Überblick	180
		a) Wohnraum	180
		b) Ausschluß von Wohnraum	180
	II.	Darstellung der Regelungen	181
		1. Präventive Wohnraumüberwachung	181
		a) Bayern	181
		b) Brandenburg	182
		c) Mecklenburg-Vorpommern	183
		d) Thüringen	184
		e) Altregelung in Sachsen	184
		2. Keine präventive Wohnraumüberwachung	185
		a) Baden-Württemberg	185
		b) Nordrhein-Westfalen	186
		c) Rheinland-Pfalz	186
		d) Neuregelung in Sachsen	187
		e) Sachsen-Anhalt	187
		f) Saarland	188

III.	Analyse der Regelungen	188
1.	Einleitung	188
2.	Rechtscharakter	189
	a) Formelle Unterscheidung	190
	aa) Weite Auslegung	190
	bb) Historische Entwicklung	191
	cc) BVerwG	192
	b) Materielle Unterscheidung	193
	aa) Dritte polizeiliche Aufgabe	193
	bb) Generelle Auffassung	194
	cc) Negativaussonderung	194
	dd) Doppelzuständigkeit	195
	c) Beurteilung	196
	aa) Praktische Auswirkungen	196
	bb) Kein Grundrecht auf Sicherheit.....	197
	cc) Ablehnung einer Doppelzuständigkeit	199
	dd) Trennung.....	200
	ee) Ergebnis.....	201
4.	Abgrenzungsprobleme	202
	a) Beurteilung der rezenten Lage	202
	aa) Grenzverwischung	202
	bb) Geheimdienstbefugnisse	203
	b) Ergebnis	204
5.	Nichtbeachtung der Verdachtsschwelle	205
	a) Entwicklung von Art. 13 IV GG	205
	aa) Altfassung	206
	bb) Neufassung	206
	b) Ergebnis	208
6.	Verhältnismäßigkeit	209
	a) Geeignetheit und Erforderlichkeit	209
	aa) Bejahung	209
	bb) Verneinung	210
	cc) Ergebnis	211

	b)	Abwägung	212
		aa) Mindestanforderungen	212
		bb) Ergebnis	213
D		Verdachtsunabhängige Kontrollen	214
	I.	Vorbemerkung	214
	II.	Rechtfertigungsgründe: Bundesgrenzschutzgesetz	214
		1. Vorbemerkung	214
		2. Verhältnismäßigkeitsprüfung	215
		a) Geeignetheit	215
		b) Erforderlichkeit	215
		c) Abwägung	218
	3.	Ergebnis	220

Kapitel 6

Konsequenzen der Entwicklung

A		Einleitung	221
B		Grundsätze der Gesetzgebung	222
	I.	Liberales Menschenbild	222
	II.	Konsequenz: Bürgerstrafrecht	223
	III.	Ergebnis	223
C		Veränderungen	226
	I.	Einleitung	226
	II.	Entwicklungsstufen	227
		1. Quantität	227
		2. Qualität	227
		3. Vorfeldmaßnahmen	227
		4. Verdachtsunabhängige Kontrollen	228
	III.	Beurteilung	228
		1. Erste Stufe	228
		2. Qualitative Steigerung	229

3.	Vorfeldmaßnahmen	230
a)	Konkretisierung	230
b)	Kein Verlust des Gefahrbegriffes	231
c)	Ergebnis: Unbestimmtheit	232
4.	Verdachtsunabhängige Kontrollen	232
5.	Zusammenfassung und Bewertung	233
IV.	Entstehung eines Überwachungsstaates ?	234
1.	Erstes Merkmal: Schwerpunktverschiebung	234
2.	Zweites Merkmal: Kontrollverlust über die Polizei	235
a)	Umgehung der StPO	236
b)	Verstoß gegen die Ratio des Polizeirechts...	238
aa)	Einleitung	238
bb)	Verselbständigung der Ermittlungen..	239
(a)	Polizeiliche Schwerpunkte....	239
(b)	Steigende Einsätze	242
(c)	Begriffsgebrauch	243
cc)	Schwerpunktänderung	245
dd)	Verwischungsgefahr	246
(a)	Staatsanwaltliche Leitung....	248
(b)	Abschottungsverbot	249
(c)	Ergebnis	249
3.	Drittes Merkmal: Umfassende Kontrolle des Bürgers	250
a)	Freiheitsbeschränkungen	250
b)	Kontrollausweitungen	251
c)	Ergebnis	252
4.	Menschenbild des Überwachungsstaates	253
D	Historischer Vergleich mit der NS- Gesetzgebung	255
I.	Untersuchung des Hochverratstatbestandes von 1934.....	255
1.	Darstellung	256
a)	Merkmal „öffentlich“ und „anreizen“	256
b)	Vergleich mit „Tatsachen“	258
c)	Typisierung	259
aa)	NS-Gesetzgebung	259

	bb) Neuorientierung	261
	cc) Resultat: Verhaltenssteuerung.....	263
	dd) Denunziantentum	264
	d) Inanspruchnahme Dritter	266
	2. Zusammenfassung	267
II.	Vergleich der NS- und neue Strafgesetzgebung	267
	1. NS-Zeit	268
	2. Entwicklungstendenz zum Sicherheitsstaat	269
	3. Abkehr vom Öffentlichkeitsgrundsatz	274
III.	Aktuelle Diskussion	275
	Schlußbetrachtung	276

Literaturverzeichnis

- Abraham, Hans-Jürgen/
Achterberg, Norbert/
Von Arnim, Herbert
(Hrsg.)
Bonner Kommentar zum Grundgesetz
1995
(Zitiert: BK-Bearbeiter, Randnummer)
- Ahlf, Ernst-Heinrich
Rechtsprobleme der polizeilichen Kriminalaktenführung
Kritische Vierteljahresschrift (KritV) 1988, S. 136
- Ahlf, Ernst-Heinrich
Der Begriff des „Eingriffes“ insbesondere bei
kriminalpolizeilicher Tätigkeit und die sog.
„Schwellentheorie“ zu § 163 I StPO
Die Polizei (DP) 1983, 41
- Alberts, Hans-Werner
Der Mittlere Weg
Computer und Recht (CR) 1997, S. 102
- Alberts, Hans-Werner
Der Nicht-Störer im bereichsspezifischen Datenschutz
Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1990, S. 147
- Albrecht, Peter-Alexis
Organisierte Kriminalität:
Das Kriminaljustizsystem und seine konstruierten
Realitäten
Kritische Vierteljahresschrift (KritV) 1997, S. 229
- Alexy, Robert
Theorie der Grundrechte
1. Auflage Baden-Baden 1985
- Amelung, Knut
Anmerkung zu Urteil BGH v. 16.3.1983 (JR 1984, S.
254)
Juristische Rundschau (JR) 1984, S. 256
- Arndt, Adolf
Der Rechtsstaat und sein polizeilicher Verfassungsschutz
Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1961, S. 897
- Arndt, Adolf
Umwelt und Recht
1. Verschleiß an Würde
2. Umstrittene Staatsanwaltschaft
Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1961, S. 1615

- Auernhammer, Herbert
Bundesdatenschutzgesetz
Kommentar
1. Aufl. Köln Berlin Bonn München 1981
- Aulehner, Josef
Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge
Berlin 1998
- Backes, Otto
Kriminalpolitik ohne Legitimität
Kritische Vierteljahresschrift (KritV) 1986, S. 315
- Badura, Peter
Staatsrecht
Systematische Erläuterungen des Grundgesetzes für die
Bundesrepublik Deutschland
München 1986
- Baumann, Jürgen
Forum: Wie bedürftig ist die Strafprozeßordnung?
Juristische Schulung (JuS) 1987, S. 681
- Bäumler, Helmut
Verfassungsrechtliche Prüfung des Sächsischen
Polizeigesetzes
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1996,
S.765
- Bäumler, Helmut
Datenschutz ist kein Täterschutz
Kriminalistik (Zeitschrift für die gesamte
kriminalistische Wissenschaft und Praxis) 1992, S. 75
- Becker, Dr. W.
Der Tätertyp in der strafrechtlichen Praxis- seine
Bedeutung für das Ermittlungsverfahren und die
Hauptverhandlung
Deutsche Justiz (DJ) 1942, 677
- Beier, Egbert
Geheime Überwachungsmaßnahmen zu
Staatssicherheitszwecken außerhalb des Gesetzes zur
Beschränkung von Art. 10 GG (G 10)
Berlin 1988
- Beinhofer, Paul
Europäischer Abbau der Grenzkontrollen und
polizeiliche Aufgabenerfüllung
Bayerische Verwaltungsblätter (BayVbl) 1995, S. 193

- Bethge, Herbert Staatszwecke im Verfassungsstaat
-40 Jahre Grundgesetz-
Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1989, S. 841
- Beulke, Werner/
Rogat, Stefan Anmerkung zu BGH-Urteil vom 7.3.1995
(JR 1996, S.515)
Juristische Rundschau (JR) 1996, S. 517
- Beulke, Werner Die Vernehmung des Beschuldigten- einige
Anmerkungen aus der Sicht der Prozeßwissenschaft
Der Strafverteidiger (StV) 1990, S. 180
- Behrendes, Udo Von der Eilzuständigkeit zur Allzuständigkeit
Die Polizei (DP) 1988, S. 220
- Binder, Detlev Rechtsprobleme des Einsatzes technischer Mittel gem.
§§ 100c, d StPO
Dissertation
Friedrich-Wilhelm-Universität Bonn 1996
- Bockelmann, Paul Studien zum Täterstrafrecht
I. Teil
Berlin 1939
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang Staat und Gesellschaft
Darmstadt 1976
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang Der verdrängte Ausnahmezustand
Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1978, S. 1881
- Bockemühl, Jan Zur Verwertbarkeit von präventiv-polizeilichen
Erkenntnissen aus „Lauschangriffen“ im Strafverfahren
Juristische Arbeitsblätter (JA) 1996, S. 695
- Boettcher, Otto Definition und Entwicklung des organisierten
Verbrechens in der Bundesrepublik
-Konsequenzen für die Bekämpfung

in:
Organisiertes Verbrechen
BKA-Vortragsreihe Wiesbaden 1975, S. 181

- Boll, Olaf
Rechtspolitik im Meinungsstreit
Kriminalistik (Zeitschrift für die gesamte
kriminalistische Wissenschaft und Praxis) 1992, S. 66
- Böttger, Andreas/
Pfeiffer, Christian
Der Lauschangriff in den USA und in Deutschland
Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1994, S. 7
- Braun, Karl-Heinz
Die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten als
polizeiliche Aufgabe im Zusammenhang mit der
Problematik der polizeilichen Kriminalakten und
erkennungsdienstlichen Unterlagen
Die Polizei (DP) 1989, S. 213
- Bryde, Brun-Otte
Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem
Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher
Staatsrechtslehrer (VDRStL) 46 (1988) S. 181
- Bull, Hans-Peter
Verfassungsrechtlicher Datenschutz
in:
Bieber, Roland/ Bleckmann, Albert/Capotorti, Francesco
Gedächtnisschrift für Christoph Sasse, S. 869
Band II
1. Aufl. Kehl am Rhein 1981
- Bull, Hans-Peter
(Hrsg.)
Sicherheit durch Gesetze?
1. Auflage Baden-Baden 1987
(Zitiert: Bull, Sicherheit)
- Burghard, Waldemar
Bilanz der Irrwege
Kriminalistik 1992, S. 595
- Burghard, Waldemar
Rauschgiftkriminalität: Der Reden sind genug
gewechselt
Kriminalistik 1989, S. 323
- Caesar, Peter
Das Gesetz gegen die Organisierte Kriminalität-
eine unendliche Geschichte?
Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1991, S. 241
- Caesar, Peter
Plädoyer gegen den „großen Lauschangriff“
(ZRP-Rechtsgespräch)
ZRP 1993, S. 67

- Callies, Rolf-Peter
Strafzwecke und Strafrecht
NJW 1989, S. 1338
- Cassaradt, Gunnar
Zur Aufklärung mit technischen Mitteln in Wohnungen
Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1997, S. 370
- Ciupka, Joachim/
Schmidt, Uwe
Beispiele gefällig?
Eine Situationsanalyse der Organisierten Kriminalität in
Berlin
Kriminalistik 1989, S. 199
- Cornils, Karin/
Kohls, Frank
Dänemark
(Gutachten) in:
Gropp, Walter (Hrsg.)
Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der
organisierten Kriminalität
Freiburg/Breisgau 1993
- Dagtoglou, Prodromos
Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art.
13 GG)
Juristische Schulung (JuS) 1975, S. 752
- Dahm, Georg
Der Tätertyp im Strafrecht
in:
Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Heinrich
Siber
Band I
Leipzig 1940
S. 183
- Datenschutzbeauftragter,
Berliner
(Hrsg.)
Jahresbericht des Datenschutzbeauftragten
Berlin 1997
- De Lazzer, Dieter/
Rohlf, Dietwald
Der „Lauschangriff“
Ist nachrichtendienstliches Abhören von Wohnungen
zulässig?
Juristenzeitung (JZ) 1977, S. 207
- Dencker, Friedrich
Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld?
Tendenzen der neueren Strafrechtsentwicklung
Der Strafverteidiger (StV) 1988, S. 262

- Denninger, Erhard
Lauschangriff-
Anmerkung eines Verfassungsrechtlers
Der Strafverteidiger (StV) 1998, S. 401
- Denninger, Erhard
Der Präventions-Staat
Kritische Justiz (KJ) 1988, S. 1
- Denninger, Erhard
Verfassungsrechtliche Grenzen polizeilicher
Datenverarbeitung insbesondere durch das
Bundeskriminalamt
Computer und Recht (CR) 1988, S. 51
- Denninger, Erhard
Zehn Thesen zum Ethos der Polizeiarbeit
Juristische Arbeitsblätter (JA) 1987, S. 131
- Denninger, Erhard
Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und
Innere Sicherheit
Kritische Justiz (KJ) 1985, S. 215
- Denninger, Erhard
Die Trennung von Verfassungsschutz und Polizei und
das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung
Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1981, S. 231
- Deutsch, Markus
Die heimliche Erhebung von Informationen und deren
Aufbewahrung durch die Polizei
Heidelberg 1992
- Dittrich, Joachim
Der Große Lauschangriff: Diesseits und jenseits der
Verfassung
Neue Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
(NStZ) 1998, S. 336
- Dörner, Bernhard
Gestapo und Heimtücke
Zur Praxis der Geheimen Staatspolizei bei der
Verfolgung von Verstößen gegen das „Heimtücke-
Gesetz“
in:
Paul, Gerhard/ Mallmann, Klaus-Michael (Hrsg.)
Die Gestapo- Mythos und Realität
Darmstadt 1995, S.325

- Dörrmann, Uwe/
Koch, Karl-Friedrich/
Risch, Hedwig/
Vahlenkamp, Werner
- Organisierte Kriminalität- Wie groß ist die Gefahr?
BKA-Forschungsreihe
Sonderband 31
Wiesbaden 1990
- Drews, Bill/
Wacke, Gerhard/
Vogel, Klaus/
Martens, Wolfgang
- Gefahrenabwehr
Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes
und der Länder
9. Auflage Köln- Berlin- Bonn- München 1986
- Dreier, Horst
- Erkennungsdienstliche Maßnahmen im Spannungsfeld
von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung
Juristenzeitung (JZ) 1987 S. 1009
- Ebert, Johannes
- Österreich
in:
Gropp, Walter
Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der
organisierten Kriminalität
Freiburg/Breisgau 1993
- Eisenberg, Ulrich
- Straf(Verfahrens-)rechtliche Maßnahmen gegenüber
„Organisiertem Verbrechen“
Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1993, S. 1033
- Eisenberg, Ulrich
- Kriminologie
4. Auflage München 1995
(Zitiert: Eisenberg, Kriminologie)
- Eisenberg, Ulrich/
Ohder, Claudius
- Über Organisiertes Verbrechen
Juristenzeitung (JZ) 1990, S. 574.
- Emmerig, Ernst
- Die Doppelfunktion der Polizei
Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 1958, S. 338
- Ermisch, Günter
- Die systematisierte Fahndung-
Rasterfahndung
in:
Kube, Edwin/Störzer, Hans-Udo/Brugger, Siegfried
(Hrsg.)
Wissenschaftliche Kriminalistik
Wiesbaden 1983

- Ernesti, Günter Staatsanwaltschaft, Polizei und die Zusammenarbeit mit den Nachrichtendiensten
Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1986, S. 57
- Ernesti, Günter Informationsverbund Justiz- Polizei
Neue Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (NStZ) 1983, S. 57
- Falcone, Giovanni Inside Mafia
München 1992
- Frister, Helmut Das Gesetzesvorhaben der Bundesregierung zur Einführung des großen Lauschangriffs
Der Strafverteidiger (StV) 1996, S. 454
- Frommel, Monika Zum Abbau der Bürgerrechte in der Strafprozessreform der Bundesrepublik Deutschland
Kritische Vierteljahresschrift (KritV) 1990, S. 279
- Gehm, Volker/
Link, Martina Organisierte Kriminalität
Das aktuelle Lagebild
Kriminalistik, 1992, S. 491
- Geis, Max-Emanuel Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts
Juristenzeitung (JZ) 1991, S. 112
- Gellately, Robert Allwissend und allgegenwärtig?
Entstehung, Funktion und Wandel des Gestapo-Mythos
In:
Paul, Gerhard/ Mallmann, Klaus-Michael (Hrsg.)
Die Gestapo- Mythos und Realität
Darmstadt 1995, S. 49
- Glauben, Paul J. Kann der „Große Lauschangriff“ zulässig sein?
Ein Überblick über die verfassungsrechtlichen Aspekte
Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1993, S. 41
- Göppinger, Hans Kriminologie
5. Aufl. München 1997

- Gössner, Rolf
Organisierung der Kriminalität per Gesetz?
Vorgänge (Zeitschrift für Bürgerrechte und
Gesellschaftspolitik) 115 (1992), S. 1
- Götz, Volkmar
Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht
11. Aufl. Göttingen 1993
- Götz, Volkmar
Die Entwicklung des allgemeinen Polizei- und
Ordnungsrechts (1987 bis 1989)
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)
1990, S. 725
- Grimm, Dieter
40 Jahre Grundgesetz
Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1989, S. 1305
- Grimm, Dieter
Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema
Prävention
Kritische Vierteljahresschrift (KritV) 1986, S. 38
- Gropp, Walter
(Hrsg.)
Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der
organisierten Kriminalität-
Ein rechtsvergleichendes Gutachten im Auftrag des
Bundesministers der Justiz und des bayerischen
Staatsministeriums der Justiz durch das Max-Planck-
Institut
Freiburg 1993
- Guttenberg, Ulrich
Zur verfassungsrechtlichen Problematik des § 9 II, III
BVerfSchG und verwandter Vorschriften
Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1993, S. 567
- Gusy, Christoph
Polizeirecht
Tübingen 1993
- Gusy, Christoph
Polizeiarbeit zwischen Gefahrenabwehr und
Strafverfolgung
Der Strafverteidiger (StV) 1993, S. 269

- Hess, Henner Rauschgiftbekämpfung und desorganisiertes Verbrechen
Über die Chancen verschiedener Maßnahmen gegen die
Drogenkriminalität
Kritische Justiz (KJ) 1992, S. 315
- Hesse, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik
Deutschland
20. Auflage Heidelberg 1995
- Hetzer, Wolfgang Vermögenseinziehung, Geldwäsche,
Wohnraumüberwachung
-Neue Ansätze zur Prävention und Repression der Mafia
Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (wistra)
1994, S. 176
- Hilger, Hans Neues Strafverfahrensrecht: 1. Teil
Neue Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
(NStZ) 1992, S. 457
- Hippel, Reinhard von\ Eingriffsqualität polizeilicher Observierungen
Weiß, Axel Juristische Rundschau (JR) 1992, S. 316
- Hofe, Gerhard Abschied vom weiten Wohnungsbegriff des Art. 13 GG?
Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1995, S. 169
- Hoffmann-Riem, Wolfgang Informationelle Selbstbestimmung in der
Informationsgesellschaft
-Auf dem Wege zu einem neuen Konzept des
Datenschutzes-
Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 1998, S. 513
- Hoffmann-Riem, Wolfgang Abbau von Rechtsstaatlichkeit durch Neubau des
Polizeirechts?
Juristenzeitung (JZ) 1978, S. 335
- Huber, Barbara/ England und Wales
Klumpe, Birgit (Gutachten)
in:
Gropp, Walter (Hrsg.)
Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der
organisierten Kriminalität
Freiburg 1993

- Hubmann, Heinrich
Das Persönlichkeitsrecht
2.Auflage 1967
- Hund, Horst
Polizeiliches Effektivitätsdenken contra Rechtsstaat
Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1991, S. 463
- Isensee, Josef
Das Grundrecht auf Sicherheit
Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen
Verfassungsstaates
Berlin 1983
- Isensee, Josef
Der Dualismus von Staat und Gesellschaft
in:
Böckenförde, Ernst-Wolfgang (Hrsg.)
Staat und Gesellschaft
Darmstadt 1976, S. 317
- Kaiser, Günther
Kriminologie
10. Auflage Heidelberg 1997
- Kaiser, Günther/
Kerner, Hans-Jürgen/
Sack, Fritz
et al.
Kleines kriminologisches Wörterbuch
3. Auflage Heidelberg 1993
- Kamlah, Ruprecht
Verfassungsmäßige Schranken der elektronischen
Überwachung von Gesprächen im deutschen und
amerikanischen Recht
Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1970, S. 44
- Keller, Rolf/
Griesbaum, Rainer
Das Phänomen der vorbeugenden Bekämpfung von
Straftaten
Neue Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
(NStZ) 1990, S. 416
- Kinkel, Klaus
Liberaler Rechtspolitik in der 12. Legislaturperiode
Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1991 S. 409
- Klein, Eckard
Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates
Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1989, S. 1633

- Kleinknecht
Meyer
Goßner
Kommentar zur StPO
43. Aufl.
München 1997
(Zitiert: KMG-§-Randnummer)
- Klose, Peter
„Ius puniendi“ und Grundgesetz
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
(ZStW) 86 (1974), S. 33
- Knemeyer, Franz-Ludwig
Polizei- und Ordnungsrecht
(Lehrbuch)
7. Auflage München 1998
- Knemeyer, Franz-Ludwig/
Müller, Wolfgang
Neues Polizeirecht in den jungen Bundesländern
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1993,
S.437
- Knemeyer, Ludwig
Datenerhebung und Datenverarbeitung im Polizeirecht
Zur Fortentwicklung des Polizeirechts durch einen
Ergänzungsentwurf zum Musterentwurf eines
einheitlichen Polizeigesetzes
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1988, S.
193
- Kniesel, Michael
Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im
juristischen Meinungsstreit-
eine unendliche Geschichte
Zeitschrift für Rechtspolitik(ZRP) 1992, S. 164
- Kniesel, Michael
Polizeiliche Gefahrenvorsorge im Spannungsfeld von
Freiheit und Sicherheit
Die Polizei (DP) 1991, S. 185
- Kniesel, Michael
Neue Polizeigesetze contra StPO?
Zum Regelungsstandort der vorbeugenden Bekämpfung
von Straftaten und zur Verfassungsmäßigkeit
polizeilicher Vorfeldaktivitäten
Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1987, S. 377
- Kniesel, Michael/
Vahle, Jürgen
Fortentwicklung des materiellen Polizeirechts
-Vorentwurf zur Änderung des Musterentwurfs eines
einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder
Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 1987, S. 953

- Krey, Volker/
Haubrich, Edgar
Zeugenschutz, Rasterfahndung, Lauschangriff,
Verdeckte Ermittler
Kritische Stellungnahme zu den strafprozessualen
Reformvorschlägen im Gesetzesentwurf des Bundesrates
Juristische Rundschau (JR) 1992, S. 308
- Kube, Edwin/
Störzer, Udo/
Timm, Jürgen
Kriminalistik
Handbuch für Praxis und Wissenschaft
Stuttgart 1994
Band 2
(Zit.: Kube, Handbuch, Kapitel, Randnummer)
- Kube, Erwin/Erhard, Elmar
Kriminalistisch-kriminologische Forschung als Beitrag
zur Bekämpfung der Rauschgiftkriminalität
Neue Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
(NStZ) 1991, S. 171
- Kube, Erwin
Die Logistik als Präventionsansatz
Ansätze für proaktive Maßnahmen
Kriminalistik 1990, S. 629
- Kühl, Christian
Neue Gesetze gegen terroristische Straftaten
Neue Juristische Wochenschrift NJW 1987, S. 737
- Kühl, Christian
Anmerkung zu Urteil BGH vom 9.5. 1986
Der Strafverteidiger (StV) 1986, S. 187
- Kühl, Christian
Freie Beweiswürdigung des Schweigens des
Angeklagten und der Untersuchungsverweigerung eines
angehörigen Zeugen
Kriminologie 1995, S. 769
- Kubica, Johann\
Leineweber, Heinz
Grundfragen zu den Zentralstellenaufgaben des BKA
Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1984, S. 2068
- Küster, Dieter
Das Lagebild der Organisierten Kriminalität in der
Bundesrepublik Deutschland, illustriert anhand
typischer Ermittlungsverfahren
in:
Organisierte Kriminalität in einem Europa durchlässiger
Grenzen, BKA-Vortragsreihe, Band 36, 1990, S.53

- Küster, Dieter
Organisierte Kriminalität
Mit den Augen eines Praktikers gesehen-
Ein Versuch, Durchblick zu schaffen
Kriminalistik 1990, S. 626
- Kutscha, Martin
„Schleierfahndung“ und Aufenthaltsverbot
Neue Polizeibefugnisse in Berlin, Brandenburg und
Sachsen
Landes- und Kommunalverwaltung (LKV) 2000, S. 134
- Kutscha, Martin
Polizeirecht auf dem Prüfstand der
Landesverfassungsgerichte
Neue Justiz (NJ) 2000, S. 63
- Kutscha, Martin/
Möriz, Marion
Lauschangriffe zur vorbeugenden
Straftatenbekämpfung?
Der Strafverteidiger (StV) 1998, S. 564
- Kutscha, Martin
Der Lauschangriff im Polizeirecht der Länder
Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1994, S. 85
- Kutscha, Martin
Die Aktualität des Trennungsgebotes für Polizei und
Verfassungsschutz
Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1986, S. 194
- Lammer, Dirk
Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß
Zugleich eine Studie zum Menschenwürdegehalt der
Grundrechte
Berlin 1992
- Lenhard, Karl-Heinz
Das organisierte Verbrechen
Eine wieder einmal nötige Standortbestimmung
Kriminalistik 1991, S. 223
- Lenhard, Karl-Heinz
Es ist fünf vor Zwölf
Kriminalistik (Zeitschrift für die gesamte
kriminalistische Wissenschaft und Praxis) 1989, S. 194
- Lemke, Michael\
Julius, Karl-Peter\
Krehl, Christoph
Heidelberger Kommentar zur StPO
2. Aufl. Heidelberg 1999
(Zitiert: HK-Bearb, §, Randnummer)

- Leutheusser-Schnarrenberger, Sabine
Der „Große Lauschangriff“- Sicherheit statt Freiheit
Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1998, S. 87
- Lincke, Wolf-Eckart
Das Delikt des Hochverrats im heutigen deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes vom 24. April 1934
Universitas-Archiv, Rechtswissenschaftliche Abteilung
Band 14
Münster 1937
- Lisken, Hans
Verdachts- und Ereignisunabhängige Personenkontrollen zur Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität?
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1998, S. 22
- Lisken, Hans
„Sicherheit“ durch „Kriminalitätsbekämpfung“?
Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP), 1994, S. 49
- Lisken, Hans
Befugnis zum Belauschen?
Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1993, S. 121
- Lisken, Hans
Auf dem Weg zu einer anderen Polizei?
Kritische Justiz (KJ) 1992, S. 472
- Lisken, Hans
Über Aufgaben und Befugnisse der Polizei im Staat des Grundgesetzes
Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1990, S. 15
- Lisken, Hans
Polizei zwischen Recht und Politik
Kritische Vierteljahresschrift (KritV) 1988, S. 314
- Lisken, Hans
Ein Alternativentwurf aus der Praxis zur Novellierung des Polizeigesetzes
in:
Bull, Hans-Peter (Hrsg.)
Sicherheit durch Gesetze?
1987, S. 191
- Lisken, Hans
Grundgesetz und neues Polizeirecht
Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1980, S. 145

- Lorenz, Frank Lucien Aktionismus, Populismus?- Symbolismus
Golddammers Archiv (GA) 1997, S. 51
- Lorenz, Frank Lucien Frankreich
(Gutachten)
in:
Gropp, Walter (Hrsg.)
Besondere Ermittlungsmethoden zur Bekämpfung der
organisierten Kriminalität
Freiburg/Breisgau 1993, S. 301
(Zitiert: Lorenz, OK)
- Lützner, Axel USA
(Gutachten)
in:
Gropp, Walter
Besondere Ermittlungsmaßnahmen zu Bekämpfung der
organisierten Kriminalität
Freiburg/Breisgau 1993, S. 721
- Mahr, Manfred Zurück zum Ordnungsstaat?
Vorgänge (Zeitschrift für Bürgerrechte und
Gesellschaftspolitik), Heft 117 (1992), S. 13
- Maunz, Theodor/
Herzog, Roman/
Dürig, Günter/ Kommentar zum Grundgesetz
Band IV, Art. 70-91b
1998
- Scholz, Rupert
Mergen, Armand Die Kriminologie
(Lehrbuch)
3. Auflage München 1995
- Merten, Karl-Heinz Die Zulässigkeit der langfristigen Videoüberwachung
Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1992, S. 345
- Merten, Karlheinz Das Abrufrecht der Staatsanwaltschaft aus polizeilichen
Dateien
Neue Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
(NStZ) 1987, S. 10
- Meyer, Karlheinz Anmerkung zu Urteil BGH 9.4.1986 (JR 1987, S. 212)
Juristische Rundschau (JR) 1987, S. 215

- Mezger, Edmund
Deutsches Strafrecht
Ein Grundriß
3. Auflage Berlin 1943
- Mezger, Edmund
Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im
Kriegsstrafrecht
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
(ZStW) 60 (1941), S. 353
- Mezger, Edmund
Die Straftat als Ganzes
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
(ZStW) 57 (1938), S. 688
- Möhn, Heinz-Josef
Ist der Begriff „Organisierte Kriminalität“ definierbar?
Kriminalistik 1994, S. 534
- Müller, Egon
Bemerkungen zu den Grundlagen der Reform des
Ermittlungsverfahrens
Anwaltblatt (AnwBl) 1986, S. 50
- Müller, Egon
Der Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren
Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1976, S. 1063
- Müller, Oswin
Der Abschied von der konkreten Gefahr als polizeiliche
Eingriffsbefugnis
Der Strafverteidiger (StV) 1995, S. 602
- Nelles, Ursula
Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der
Strafprozeßordnung
Berlin 1980
- Obermüller, Manfred
Gewinnaufspürung
Beteiligung der Kreditwirtschaft an der Bekämpfung
der Geldwäsche
Kriminalistik 1992, S. 361
- Ostendorf, Heribert
Organisierte Kriminalität- eine Herausforderung für die
Justiz
Juristenzeitung (JZ) 1991, S. 62.

- Ostendorf, Heribert Organisierte Kriminalität
Eine doppelte Herausforderung für die Justiz
Kriminalistik 1991, S. 509
- Pachmann, Christoph Gigantisches illegales und internationales Finanznetz
Kriminalistik 1985, S. 182
- Peitsch, Dietmar Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten und
Vorbereitung auf die Gefahrenabwehr als Aufgaben der
Polizei und ihre Beschreibung in den
Novellierungsentwürfen des Polizei- und
Strafverfahrensrechts
Die Polizei (DP) 1990, S. 213
- Pfeiffer, Christian Vorbereitung von Abhörmaßnahmen in den USA
(Diskussionsbeitrag zum Thema „Einsatz von
Abhörmaßnahmen in den USA“)
Forum Datenschutz, Baden-Baden 1993, Band 2, S. 64
- Pitschas, Rainer/
Aulehner, Josef Informationelle Sicherheit oder „Sicherheitsstaat“?
Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1989, S. 2353
- Poscher, Ralf Gefahrenabwehr
Berlin 1999
- Prantl, Heribert Polizei und Tarnkappe
Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1991, 69
- Preuß, Ulrich Prozeßsteuerung durch die Exekutive
-V-Männer, Verweigerung der Aussagegenehmigung-
Thesen
Der Strafverteidiger (StV) 1981, S. 312
- Rachor, Frederik Vorbeugende Straftatenbekämpfung und Kriminalakten:
Zur Aufbewahrung und Verwendung von Informationen
aus Strafverfahren durch die Polizei
1. Auflage Baden-Baden 1989
- Ransiek, Andreas Strafprozessuale Abhörmaßnahmen und
verfassungsrechtlicher Schutz der Wohnung- ein
rechtsvergleichender Blick
Goltdammers Archiv (GA) 1995, S. 23

- Raum, Bertram/
Palm, Franz
Zur verfassungsrechtlichen Problematik des „Großen
Lauschangriffs“
Juristenzeitung (JZ) 1994, S. 447
- Rebmann, Kurt
Der Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter im
Bereich der Strafverfolgung
Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1985 S. 1
- Rebscher, Erich/
Vahlenkamp, Werner
Organisierte Kriminalität in der Bundesrepublik
Deutschland
in:
BKA-Forschungsreihe, Sonderband 24
Wiesbaden 1988
- Reiß, Wolfram
Das Recht auf Privatheit und vorbeugenden Bekämpfung
der organisierten Kriminalität
in:
Nickel, Egbert/Roßnagel, Alexander/Schlink, Bernhard
Die Freiheit und die Macht- Wissenschaft im Ernstfall-
Festschrift für Adalbert Podlech
1. Auflage Baden-Baden 1994, S. 213
- Richterbund, Deutscher
Bekämpfung der Rauschgiftkriminalität
Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1990, S. 105
- Richterbund, Deutscher
DRB lehnt Musterentwurf ab
Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1986, S. 234
- Richterbund, Deutscher
In der Rechtspolitik Schwerpunkte setzen
Forderungen des DRB an Bundesregierung und
Bundestag
Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1987, S. 102
- Riegel, Reinhard
Rechtsprobleme der Rasterfahndung
Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1980, S. 300
- Riehle, Eckart
Verdacht, Gefahr und Risiko
Der V-Mann: Ein weiterer Schritt zu einer anderen
Polizei?
Kriminologisches Journal (KrimJ) 1985, S. 44

- Riehle, Eckart
Verrechtlichung verdeckter Polizeiarbeit
Zeitschrift für Bürgerrechte und Polizei (CILIP),
1984, S. 16
- Rieß, Peter
Über Subsidiaritätsverhältnisse und
Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren
in:
Geppert, Klaus/Dehnicke, Diether (Hrsg.)
Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer,
Berlin 1990, S. 367.
- Rieß, Peter/
Thym Jörg
Rechtsschutz gegen strafprozessuale Zwangsmaßnahmen
Goltdammers Archiv 1981, S. 189
- Rieß, Peter
(Hrsg.)
„Löwe-Rosenberg“: Kommentar zur StPO
2. Band
24. Aufl. Berlin 1989
(Zitiert: LR-Bearbeiter, §, Randnummer)
- Ring, Wolf-Michael
Die Befugnis der Polizei zur verdeckten Ermittlung
Der Strafverteidiger (StV) 1990, 372
- Robbers, Gerhard
Sicherheit als Menschenrecht
Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer
Grundrechtsfunktion
1. Auflage Baden-Baden 1987
- Robertson, Geoffrey
Freedom, the individual an the law
2. Aufl. Harmondsworth 1989
- Roewer, Helmut
Trennung von Polizei und Verfassungsschutzbehörden
Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1986, S. 205
- Rogall, Klaus
(Anmerkung zu Urteil)
Juristenzeitung (JZ) 1996, S. 260
- Rogall, Klaus
Strafprozessuale Grundlagen und legislative Probleme
des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren
Juristenzeitung (JZ) 1987, S. 847

- Rogall, Klaus
Moderne Fahndungsmethoden im Lichte gewandelten
Grundrechtsverständnisses
Goltdammers Archiv 1985, S. 1
- Rogall, Klaus
Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst
Berlin 1977
(Zitiert: Rogall, Beschuldigter, Seite)
- Roggan, Frerik
Verfassungswidrige Befugnisserweiterungen für die
Polizei- die Entscheidung zum Sächsischen Polizeigesetz
Kritische Justiz (KJ) 1997, S. 81
- Roll, Hans-Achim
Forum: Amtshilfe für den Verfassungsschutz?
Juristische Schulung (JuS) 1979, S. 239
- Roxin, Claus
Strafverfahrensrecht
25. Auflage München 1998
- Rudolphi, Hans-Joachim
Systematischer Kommentar zur StPO und zum GVG
Bände I, II
Stand: Mai 99
(Zitiert: SK-Bearb., §, Rn.)
- Rupprecht, Reinhard
(Hrsg.)
Polizei-Lexikon
Heidelberg 1986
- Sachs, Michael
Anmerkung zu Urteil MVVerfGH,
JuS (Juristische Schulung) 2000, S. 1113
- Salzwedel, Jürgen
Möglichkeiten und Grenzen einer rechtsstaatlichen
Kontrolle des Verfassungsschutzes
in:
Conrad, H; Jahrreiß H.; Mikat, P. (Hrsg.)
Gedächtnisschrift für Hans Peters
Berlin-Heidelberg 1967
S. 756

- Sax, Walter
Grundsätze der Strafrechtspflege
in:
Bettermann, Karl August/Nipperdey, Hans Carl/
Scheuner, Ulrich
Die Grundrechte III.Band, 2. Halbband
Berlin 1959
- Schäfer, Herbert
Die Prädominanz der Prävention
Ein Beitrag zu den Grundlagen der theoretischen
Kriminalstrategie
Goltdammers Archiv 1986, S. 49
- Schenke, Wolf-Rüdiger
Verfassungsrechtliche Probleme polizeilichen
Gewahrsams und polizeirechtliche Informationseingriffe
Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1996, S. 1393
- Schelter, Kurt
Verbrechensbekämpfung mit elektronischen Mitteln- ein
Tabu?
Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1994, 52
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno
Klein, Franz
Kommentar zum Grundgesetz
9. Auflage Neuwied 1999
(Zit.: SBK- Art, Randnummer)
- Schnarr, Karl-Heinz
Zur Verknüpfung von Richtervorbehalt,
staatsanwaltschaftlicher Eilanordnung und richterlicher
Bestätigung
Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 1991, S. 209
- Schneider, Hans-Joachim
Kriminologie
München 1992
- Schneider, Hans-Joachim
Das organisierte Verbrechen
Juristische Ausbildung (Jura) 1984, S. 169.
- Scholz, Rupert/
Pitschas, Rainer
Informationelle Selbstbestimmung und staatliche
Informationsverantwortung
Berlin 1984
- Schoreit, Armin
Bekämpfung der organisierten Kriminalität und anderer
neuer Formen von Straftaten aus der Sicht der Polizei
und der Staatsanwaltschaft (Strafverfolgung)
Der Strafverteidiger (StV) 1991, S. 535.

- Schoreit, Armin
Keine Rechtsgrundlagen der zentralen Datenverarbeitung
des Bundeskriminalamtes
Computer und Recht (CuR) 1986, S. 224
- Straß, Erich
Erfahrungen aus der Arbeit von Sonderkommissionen
des Bundeskriminalamtes gegen internationale
Verbrecherorganisationen
in:
Organisiertes Verbrechen
BKA-Vortragsreihe, Wiesbaden 1975, S. 103
- Schuster, Leo
OK- Eine Bestandsaufnahme
Die Polizei (DP) 1990, S. 25
- Schwabe, Jürgen
Die polizeiliche Datenerhebung in oder aus Wohnungen
mit Hilfe technischer Mittel
Juristenzeitung (JZ) 1993, S. 867
- Schwan, Eggert
Gehorsam gegenüber dem Bundesverfassungsgericht?
Datenverarbeitung im Recht (DVR) 1985, S. 255
- Schweckendieck, Helmut
Daten zur „vorbeugenden Verbrechensbekämpfung“ im
Lichte der Rechtsprechung zu § 81b Alt. 2 StPO
Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1989, S. 125
- Schwind, Hans-Dieter
Kriminologie
10. Aufl. Heidelberg 2000
- Schwind, Hans-Dieter/
Steinhilper, Gernot/
Kube, Edwin
(Hrsg.): Organisierte Kriminalität-
Beiträge zu einer Fachtagung der Deutschen
Kriminologischen Gesellschaft und zur Verleihung der
der Beccaria- Medaille 1986
Heidelberg 1987 (Zitiert: Schwind, OK, Seite)
- Schultz, Dietrich /
Leppin, Rudolf
Staatsanwaltschaft contra Polizei?
Juristische Ausbildung (Jura) 1981, S. 521
- Seebode, Manfred
Schweigen des Beschuldigten zur Person
Monatsschrift für deutsches Recht (MDR) 1970, S. 185

- Seifert, Jürgen
Vom Lauschangriff zum „Großen Lauschangriff“
Darf es eine totale Überwachung der Wohnung geben?
Kritische Justiz (KritJ) 1993, S. 355
- Selle, Dirk von
Die Vermögensstrafe- eine strafrechtsdogmatische
Annäherung
Zeitschrift für Wirtschaft- Steuer- Strafrecht (wistra)
1993, S. 216
- Siebrecht, Michael
Die polizeiliche Datenverarbeitung im Kompetenzstreit
zwischen Polizei- und Prozeßrecht
Juristenzeitung (JZ) 1996, S. 713
- Siebrecht, Michael
Ist der Datenabgleich zur Aufklärung einer Straftat
rechtmäßig?
Der Strafverteidiger (StV) 1996, S. 566
- Sielaff, Wolfgang
„Organisierte Kriminalität“
in:
Kube, E./Störzer, H.U./Tumm, K.J.
Kriminalistisches Handbuch für Praxis und Wissenschaft
Band 2, 1997, S. 501
(Zitiert: Sielaff, Handbuch)
- Sielaff, Wolfgang
Rauschgiftkriminalität
Neue Wege im Kampf gegen die Drogenkriminalität
Kriminalistik 1992, S. 749
- Sielaff, Wolfgang
Bis zur Bestechung leitender Polizeibeamter?
Erscheinungsformen und Bekämpfung der organisierten
Kriminalität in Hamburg
Kriminalistik 1983, S. 417.
- Simitis, Spiros
Konsequenzen des Volkszählungsurteils: Ende der
Übergangsfrist
Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1989, S. 21
- Simitis, Spiros
Daten dürfen nicht frei zirkulieren
Kriminalistik 1987, S. 305

- Simitits, Spiros
Die informationelle Selbstbestimmung-
Grundbedingung einer verfassungskonformen
Informationsordnung
Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1984, S. 398
- Staechlin, Gregor
Der „Große Lauschangriff“ in der dritten Gewalt
Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1996, S. 430
- Steinke, Wolfgang
Aufstiegschancen für den, der schweigt
Organisierte Kriminalität in Europa
Kriminalistik 1984, S. 353
- Steinke, Wolfgang
Die Rechtmäßigkeit von polizeilichen
Fahndungsmaßnahmen unter Berücksichtigung des
Datenschutzes
Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1980, S. 433
- Steinke, Wolfgang
§ 163 I StPO eine Generalermächtigung für polizeiliche
Eingriffe?
Monatsschrift für deutsches Recht (MDR) 1980, S. 456
- Stephan, Ulrich
Zur Verfassungsmäßigkeit anlaßunabhängiger
Personenkontrollen
Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1998, S. 81
- Stern, Klaus
Staatsrecht I
Band I
2. Auflage München 1984
- Stern, Klaus
Staatsrecht III, 2. Halbband
München 1994
- Stoiber, Edmund
Bekämpfung der Organisierten Kriminalität
in:
Politische Studien 1992, Heft Nr. 326, S. 15
- Strate, Gerhard
Stellungnahme des Strafrechtsausschusses des Deutschen
Anwaltvereins (DAV) zum „Entwurf eines Gesetzes zur
Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und
anderer Erscheinungsformen der organisierten
Kriminalität (OrgKG)“
Der Strafverteidiger (StV) 1992, S. 29

- Stümper, Alfred Die Polizei auf dem Weg in das Jahr 2000
Kriminalistik 1979, S. 249
- Stümper, Alfred Prävention und Repression als überholte Entscheidung?
Kriminalistik 1975, S. 49
- Sydow, Fritz Verbrechensbekämpfung nach neuem Recht
-Kritik am Musterentwurf eines einheitlichen
Polizeigesetzes-
Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1977, S. 119
- Thiele, Willi Neues Polizeirecht in Bund und Ländern?
Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1979, S. 705
- Tuchel, Johannes/
Schattenfroh, Reinhold Zentrale des Terrors. Prinz-Albrecht-Str. 8:
Hauptquartier der Gestapo
Berlin 1987
- Uhlig, Sigmar Anspruch der Polizei: Herrin des Strafverfahrens?
Probleme der rechtsstaatlichen Entwicklung im
Verhältnis der Polizei als Mitwirkende an der
Strafverfolgung
Der Strafverteidiger (StV) 1986, S. 117
- Ulber, Gerhard Europa-Paradies für Kriminelle
Kriminalistik 1992, S. 81
- Ugnade, Dieter Rechtliche Aspekte bei der Umsetzung des OrgKG und
des Geldwäschegesetzes in der Kreditwirtschaft
Teil 1
Wertpapier- Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts-
und Bankrecht (WM) 1993, S. 2069
- Walder, Hans Grenzen der Ermittlungstätigkeit
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
(ZStW) 95, (1983) S. 862
- Walter, Bernd Erweiterte Befugnisse der Polizei zur Bekämpfung der
illegalen Einreise und der grenzüberschreitenden
Kriminalität
Die Polizei (DP) 2\1999 S. 33

- Weber, Victor
Strafverfolgung um jeden Preis?
Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1990, S. 306
- Weichert, Thilo
Informationelle Selbstbestimmung und strafrechtliche
Ermittlung
Pfaffenweiler 1990
- Weizsäcker, Beatrice von
Der Sieg ist brüchig
Gastkommentar
Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1998, S. 178
- Welp, Jürgen
Anmerkung zu Urteil BGH 7.6.1995 (NStZ 95, S. 601)
Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 1995, S. 602
- Welp, Jürgen
Kriminalpolitik in der Krise
Der SPD-Entwurf eines zweiten Gesetzes zur
Bekämpfung der organisierten Kriminalität
Der Strafverteidiger (StV) 1994, S. 161
- Welp, Jürgen
Die strafprozessuale Überwachung des Post- und
Fernmeldeverkehrs
Heidelberg 1974
(Zit.: Welp, Überwachung)
- Werle, Gerhard
Justizstrafrecht und politische Verbrechensbekämpfung
im 3. Reich
Berlin 1989
- Weschke, Eugen
„Netzstrukturkriminalität“
Eine spezifische Form des Intensivtäterverhaltens
Kriminalistik 1986, S. 297
- Schrader, Hans-Hermann/
Werner, Ulrich
Anmerkung zu BayVerfGH JZ 1995, S. 299
- Werthebach, Eckart/
Droste-Lehnen, Bernadette
Organisierte Kriminalität
Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1994, S. 57

- Weßlau, Edda
Vorfeldermittlungen
Probleme der Legalisierung „vorbeugender
Verbrechensbekämpfung“ aus strafprozeßrechtlicher
Sicht
Berlin 1989
- Wolter, Jürgen
Datenschutz und Strafprozeß
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
(ZStW) Bd. 107 (1995), 792
- Wolter, Jürgen
Repressive und präventive Verwertung tagebuchartiger
Aufzeichnungen
–zugleich Besprechung der Tagebuch-Entscheidung des
BVerfG-
Der Strafverteidiger (StV) 1990, S. 175
- Wolter, Jürgen
Verfassungsrecht im Strafprozeß- und Strafrechtssystem
Neue Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
(NStZ) 1993, S. 1
- Wolter, Jürgen
Freiheitlicher Strafprozeß
Der Strafverteidiger (StV) 1989, S. 358
- Wolter, Jürgen
Heimliche und automatisierte Informationseingriffe
wider Datengrundrechtsschutz
-Gesamtanpassung vor Gesamtreform von Strafprozeß-
und Polizeirecht
-2.Teil-
Goltdammers Archiv 1988, S. 129
- Zachert, Hans-Ludwig
Strukturen, Bedrohungspotential, Bekämpfungsprobleme
Kriminalistik 1990, S. 622
- Zachert, Hans-Ludwig
Organisierte Kriminalität in der Bundesrepublik
Deutschland: Strukturen, Bedrohungspotential,
Bekämpfungsprobleme
in:
Organisierte Kriminalität in einem Europa durchlässiger
Grenzen, BKA-Vortragsreihe, Band 36,
Wiesbaden 1991, S. 37
- Zachert, Hans-Ludwig
Brauchen wir den „Großen Lauschangriff“?
Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1992, S. 355

Einführung -

Inhalt der Arbeit

Die vorliegende Arbeit untersucht die Tauglichkeit der im einzelnen dargelegten neuen verdeckten Ermittlungsmaßnahmen zur Verbrechensbekämpfung sowie deren verfassungsrechtliche und systematische Problematik. Es werden ausgewählte Schwerpunkte des neuen gesetzgeberischen Konzepts zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, das die Rasterfahndung, den großen Lauschangriff und die verdachtsunabhängigen Personenkontrollen sowohl im Strafprozeßrecht als auch in den Länderpolizeigesetzen beinhaltet, analysiert. Eine Begutachtung der Vorfeldermittlungsbefugnisse der Polizei erfolgt vor der Gesamtentwicklung der Sicherheitsgesetzgebung.

Das erste Kapitel beginnt mit der Darstellung der Definition des Begriffs der organisierten Kriminalität in Literatur und der Praxis. Eine Übersicht über die wichtigsten neuen strafprozessualen Ermittlungsmethoden und ihre Funktionsweise gibt das zweite Kapitel. Auch die Voraussetzungen für die verdachtsunabhängigen Kontrollen im BGSG und den Länderpolizeigesetzen sind Gegenstand der Darlegung. Die strafprozessualen und verfassungsrechtlichen Probleme, die die Neuregelungen mit sich bringen, werden im dritten Kapitel untersucht. Insbesondere sind hier die Raster- und Schleppnetzfangung sowie der große Lauschangriff von Interesse. Die Regelungen werden einer Analyse unterzogen und die prozessualen und verfassungsrechtlichen Probleme dargelegt. Schwerpunktmaßiger Prüfungsmaßstab ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Im vierten Kapitel werden nach der Analyse einer rechtsvergleichenden Untersuchung die deutschen Regelungen untersucht.

Die länderpolizeigesetzlichen Vorschriften zur Bekämpfung von organisierter Kriminalität sind Gegenstand der Untersuchung im fünften Kapitel. Eine Untersuchung der bisherigen Entwicklung der deutschen Sicherheitsgesetzgebung erfolgt im sechsten Kapitel. Die Beantwortung der Frage, ob die Neuregelungen die Möglichkeit bieten, effizient gegen etablierte Strukturen der organisierten Kriminalität eingesetzt zu werden, welche Auswirkungen sie auf die Struktur der StPO haben und wie die Neuerungen mit der Verfassung in Einklang zu bringen sind, ist Gegenstand dieses Kapitels. In diesem Rahmen wird auch ein Vergleich der Vorfeldmaßnahmen mit Regelungen des Dritten Reiches und deren Parallelen gezogen.

1. Genese und Inhalt der neuen Regelungen

Der Gesetzgeber ergriff zusammen mit den Ländern angesichts der hohen Kriminalitätsrate Anfang der 90er Jahre die Initiative, neue gesetzliche Maßnahmen zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität zu verabschieden, da nach der Auffassung des Gesetzgebers mit den bisherigen den staatlichen Sicherheitsorganen zur Verfügung stehenden Mitteln keine effektive Bekämpfung der Kriminalität möglich war.

Durch den Bundesgesetzgeber wurden die wichtigsten repressiven Instrumente, insbesondere die Raster- und Schleppnetzfahndung sowie der Einsatz des verdeckten Ermittlers mit dem am 22.09.1992 in Kraft getretenen „Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität“ (OrgKG) in die StPO eingeführt. Die erste Initiative für ein Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels ging am 30.01.1990 von Bayern im Bundesrat aus,¹ drei Tage später brachte Baden-Württemberg einen eigenen Gesetzesentwurf zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität in

¹ BR-DS 74/90.

den Bundesrat ein²; beide Länder einigten sich dann und legten noch vor den Ausschußberatungen eine gemeinsame Initiative vor. Dies führte zu einem am 11.5.1990 von allen Bundesländern gemeinsam getragenen Entwurf des Bundesrates.³ Er ging am 10.8.1990 dem Bundestag zu,⁴ scheiterte jedoch aufgrund der dort lautgewordenen Kritik.⁵

Am 26.4.1991 wurde erneut von den Ländern Baden-Württemberg und Bayern ein Gesetzesentwurf, der sich inhaltlich am ersten Entwurf orientierte, in den Bundesrat eingebracht.⁶ Die Initiative traf mit dem Entwurf der Bundesregierung für ein Strafverfahrensänderungsgesetz⁷ zusammen, der wie der Entwurf der beiden Bundesländer eine verbesserte Rechtsgrundlage für die Ermittlungsarbeit der Strafverfolgungsbehörden schaffen sollte.⁸ Die Verhandlungen wurden durch das 1992 verabschiedete OrgKG beendet.

Die relevantesten materiellen Gesetzesänderungen⁹ waren die

- Einführung einer Vermögensstrafe in das Strafgesetzbuch für Delikte der organisierten Kriminalität
- Strafverschärfungen bei der gewerbsmäßigen Hehlerei, Bandenhehlerei und beim Bandendiebstahl
- Strafbewehrung der Geldwäsche
- Umwandlung schwerer Rauschgiftkriminalitätsdelikte von Vergehen zu Verbrechen
- Mindeststrafe von fünf Jahren für Drogenbandenmitglieder
- Erweiterter Verfall von Vermögensgegenständen bei organisiert begangenen Delikten

² BR-DS 83/90.

³ BR-DS 299/90.

⁴ BT-DS 11/7663; Hermanski DRiZ 1990, 192; Prantl DRiZ 1991, 69; Weber, DRiZ 1990, S. 306.

⁵ BT-DS 11/7663, S. 49.

⁶ BR-DS 219/91.

⁷ BT-DS 12/989.

⁸ Text des Strafverfahrensänderungsgesetzes in StV 1989, S. 172.

⁹ BGBl. 1992, S. 1302-1312.

Die wichtigsten verfahrensrechtlichen Novellierungen waren die

- Normierung des Einsatzes verdeckter Ermittler
- Normierung der Rasterfahndung
- Normierung der polizeilichen Beobachtung
- Normierung der Beschlagnahmebefugnis von Gegenständen, die dem erweiterten Verfall unterliegen.

Darüber hinaus wurde der Zeugenschutz verbessert, denn

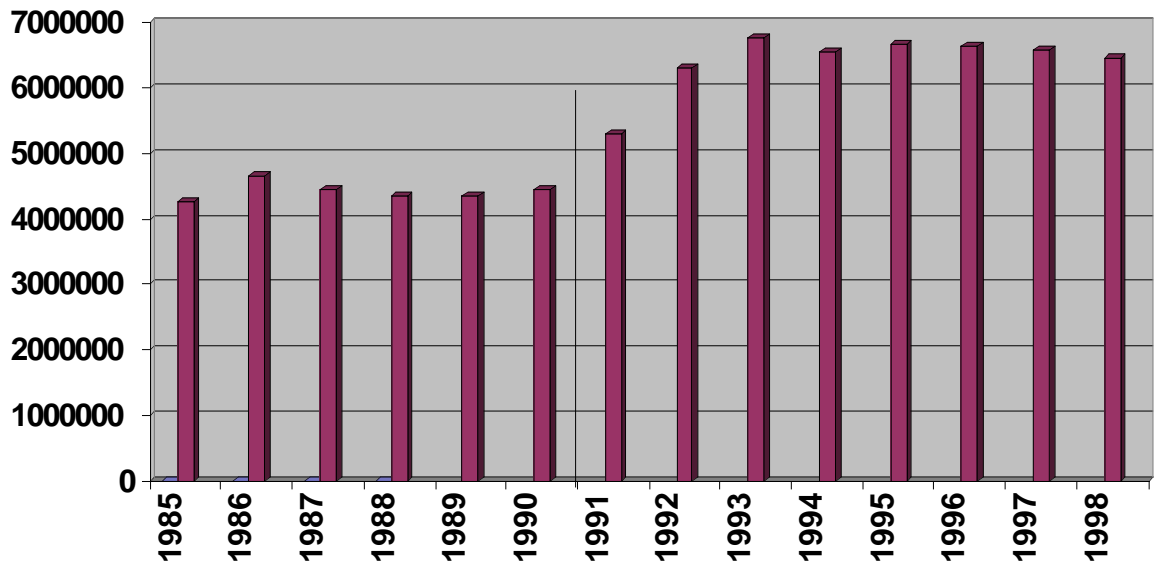
- die Identität eines Zeugen und dessen Aufenthaltsort kann geheimgehalten werden
- die Vorschriften über die Benennung von Beweismitteln und die Namhaftmachung von Zeugen wurden neugefaßt
- das Personenstandgesetz wurde geändert.

2. Rechtspolitischer Hintergrund für die gesetzlichen Neuregelungen

Diese Befugnisse wurden aber als nicht mehr ausreichend gegen die organisierte Kriminalität erachtet, so daß weitere Gesetzesänderungen erfolgen. Insbesondere ist dabei der sogenannte „Große Lauschangriff“ in der StPO zu nennen, der 1998 eingeführt wurde. Ebenfalls wurde 1998 die Möglichkeit der Vornahme von verdachtsunabhängigen Kontrollen in das BGSG eingeführt und neue durch neue polizeirechtliche Vorschriften die Möglichkeit geschaffen, Abhörmaßnahmen auch im Vorfeld von Gefahren einzusetzen.

Die treibende Kraft hinter der Verabschiedung dieser Gesetzesnovellen war die Höhe der Kriminalitätsraten in den Jahren vor und nach der deutschen Wiedervereinigung 1990. Die Entwicklung der Gesamtkriminalität in der Bundesrepublik wird

durch die Statistiken des BKA belegt,¹⁰ wobei nach der Zäsur die Kriminalitätsslage des gesamten wiedervereinigten Deutschlands dargestellt wird.



Im Vordergrund der Überlegungen der Gesetzesnovelle stand die Bekämpfung der organisierten Form der Kriminalität.¹¹ Als Lösung der Problematik wurde eine frühestmögliche Überwachung von organisierten Strukturen, möglichst schon bei der Verbrechensplanung, als erfolgsversprechend angesehen. Die effektivste Strategie wurde deshalb der Überwachung von Gesprächen zwischen den Beteiligten zugemessen.

Dies setzt das Abhören privater Gespräche in Wohnungen voraus, das durch den „Großen Lauschangriff“ in § 100c StPO eingeführt wurde. Deshalb wurde eine Verfassungsänderung von Art. 13 GG vorgenommen, um die Unverletzlichkeit der Wohnung für den Fall des Verdachtes einer besonders schweren Straftat zurückzustellen.¹²

¹⁰ Quelle: Kriminalstatistiken des BKA.

¹¹ Gropp, S. 3.

¹² HK-Lemke § 100c Rn. 15; KK-Nack § 100c Rn. 2.

Kapitel 1:

„Organisierte Kriminalität“

A Vorbemerkung

Die Bundesregierung hat mit dem „Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität“ vom 15.7.1992 einen Begriff verwandt, über dessen Merkmale weder in der Literatur noch in der Praxis ein Konsens herrscht.¹³

B Der Begriff und das Ausmaß der Organisierten Kriminalität

I. Kriminalistische Literatur

1. Erste Meinungsströmung: Dauerhafte Struktur und Profitorientierung

Die Merkmale der dauerhaften Organisationsstruktur und der Profitorientierung werden zum Teil als der entscheidende Aspekt angesehen. Die Autoren sehen das entscheidende Merkmal zur Feststellung Organisierter Kriminalität bei gemeinschaftlich begangenen Straftaten in einer nach ökonomischen Merkmalen

¹³ Albrecht, KritV 1997, S.229 (S. 231); Ciupka/Schmidt, Kriminalistik 1989, S. 199; Eisenberg, NJW 1993, S. 1033; Eisenberg/Ohder, JZ 1990, S. 574; Göppinger, Kriminologie S. 552; Gössner, Vorgänge 115 (1992) Heft 1 S. 1; Hetzer, wistra 1994, S. 176; Kaiser, Kriminologie, S. 188; Kube, Handbuch, § 41 Rn. 1; Küster, BKA-Vortragsreihe Band 36, S. 53 (S. 55); Leutheusser-Schnarrenberger, ZRP 1998, S. 87 (S.88); Liskén, DRiZ 92, S.350 (S. 351); Ostendorf Kriminalistik 1991, S. 509; Ders. JZ 1991, S. 62; Raum/Palm JZ 1994, S.447; Schaefer, NJW 1994, S. 774; Schoreit StV 1991, S.353; Schwind, Kriminologie § 29, Rn. 2; Weschke, Kriminalistik 1986 S. 297; Weßlau KritV 1997, S. 238 (S. 240).

durchgeführten kriminellen Betriebsorganisation.¹⁴ Ziel der Organisation sei immer die Erzielung von finanziellen Gewinnen durch die Begehung von Verbrechen.¹⁵ Deshalb prägten langzeitige und verfestigte personelle Strukturen die Erscheinungsform.¹⁶ Banden dagegen, die sich nur für kurze Zeit hielten und nach begangener Tat wieder auseinanderfielen, zählten nicht zum dazu.¹⁷ Die Delikte stünden insbesondere mit Prostitution, Drogenhandel, Erpressung und Schutzgeldeintreibung in Verbindung.¹⁸

2. Zweite Strömung: Besondere Strukturmerkmale

Diese Autoren stellen zur Konstatierung organisierter Begehungsform von Delikten eine „Checkliste“ auf, anhand derer das Vorliegen organisierter Strukturen festgestellt werden kann.

a) Kaiser und Falcone

Nach der Auffassung von Kaiser sei es charakteristisch, daß bei dieser Form der Kriminalität mehr als drei von folgenden Indikatoren zu finden seien:¹⁹

- Dauerhafter Zusammenschluß von mehr als drei Personen,
- Straffe Organisation und Disziplin bei gleichzeitiger Sorge für die soziale Sicherheit der Mitglieder; zumindest aber eine Straftäterverflechtung mit lockerem Führungsstil,²⁰
- Planmäßiges und arbeitsteiliges Vorgehen bei gleichzeitiger Abschottung nach außen,

¹⁴ Armand, Kriminologie S. 247.

¹⁵ Armand, Kriminologie S. 247; Mergen, Kriminologie, S. 247.

¹⁶ Göppinger, S. 553.

¹⁷ Armand, Kriminologie S. 247; Mergen, Kriminologie, S. 247; Göppinger, S. 552.

¹⁸ Armand, Kriminologie S. 247.

¹⁹ Kaiser, Kriminologie, S.188-190.

²⁰ So auch Eisenberg, Kriminologie, § 57 Rn. 69.

- Verknüpfung von legalen und illegalen Geschäften und kriminelle Nutzung von persönlichen und geschäftlichen Verbindungen,
- Konspirative Abschottung²¹ und Zeugeneinschüchterung,²²
- Flexible Technologien und Vielfalt der Verbrechensmethoden,
- Geldwäsche und die
- bewußte Ausnutzung von moderner Infrastruktur, wie Telekommunikation sowie grenzüberschreitende Aktivitäten.²³

Auch definiere sich die organisierte Kriminalität aus dem Blickwinkel des Kunden: Sie unterscheidet sich von der „normalen“ Gruppenkriminalität, da hier der „kriminelle Kunde“ die Art der Tatbegehung bestimmt und persönliche Beziehungen zwischen den Parteien nur eine untergeordnete Rolle spielen.²⁴ Strebe eine solche Organisation nach politischer und wirtschaftlicher Macht, ist nach Falcone eine klassische Mafiastruktur gegeben.²⁵

b) Schwind

Nach Schwinds Auffassung muß zur Bestimmung einer organisierten Form der Kriminalität die Organisationsstruktur und die von ihr verfolgte Zielsetzung analysiert werden.²⁶

Unterschieden wird zwischen der traditionellen Bande als unterster Stufe des organisierten Verbrechens, die nur kurzzeitig existiert,²⁷ der zweiten Form, der „Mittelstufe“, die keine „Mafia-Zielsetzung“ habe, und zuletzt zwischen der dritten Form, die die

²¹ So auch Zachert, DRiZ 1992, S. 355.

²² So auch Eisenberg, Kriminologie, § 57 Rn. 69.

²³ Kaiser, Kriminologie, S. 188; so auch Schneider, Jura 84, S.169; Vahle, Kriminalistik 1998, S. 378.

²⁴ Kaiser, Kriminologie, S. 188, 190.

²⁵ Falcone, S. 34.

²⁶ Schwind, OK S. 18.

²⁷ Schwind, OK S. 18.

Mafiaorganisation als höchste Ausprägung repräsentiere,²⁸ wie beispielsweise der Camorra. Allerdings sind alle diese strukturellen Merkmale einem dynamischen Entwicklungsprozeß unterworfen.²⁹

„*Generelle Merkmale*“ zur Abgrenzung der organisierten Kriminalität zur Bande seien die gewerbliche und geschäftsähnliche Struktur, der Gewalteinsetz und andere zur Einschüchterung geeignete Mittel und Einflußnahmeversuche auf Politik, Medien öffentlicher Verwaltung, Justiz und Wirtschaft.³⁰

„*Spezielles Merkmal*“ sei die bei organisierter Kriminalität vorliegende Kundenbestimmung der Delikte. Die Bande dagegen entscheide allein über ihre Deliktsbegehung.³¹ Diese sei auch nur kurzzeitig ohne Organisationsstruktur existent; daher gehe von ihr keine Gefahr für staatliche Institutionen durch Infiltration aus.³² Desweiteren spezialisieren sich das organisierte Verbrechen auf spezifisch opferlose Delikte wie Drogen- und Waffenschmuggel, oder auf Taten, an denen die Opfer selber mitwirken müssen, wie etwa Glücksspiel, Prostitution und Schutzgelderpressung.³³ Die personelle Struktur dieser Organisationen sei nicht mehr überschaubar. Die Organisation verlange absolute Loyalität; persönliche Beziehungen seien nicht mehr erforderlich.³⁴

c) Eisenberg

Nach der Definition von Eisenberg ist die organisierte Kriminalität durch Organisations-, Kompetenz- und Funktionsmerkmale geprägt.³⁵

²⁸ Schwind, OK S. 18.

²⁹ Schwind, Kriminologie § 29 Rn. 6.

³⁰ Schwind, Kriminologie § 29 Rn. 6.

³¹ Schwind, Kriminologie § 29 Rn. 7.

³² Schwind, Kriminologie § 29 Rn. 7.

³³ So auch Wolter, GA 1988, S. 49 (S. 51).

³⁴ Schwind, Kriminologie § 29 Rn. 7.

³⁵ Eisenberg/Ohder, JZ 1990, S. 574.

Organisationsmerkmale seien der dauerhafte Zusammenschluß mehrerer Personen mit einem hierarchischen bzw. zentralistischen Aufbau und einer arbeitsteiligen bzw. aufgabenorientierten Struktur sowie weitgehender Auswechselbarkeit der Mitglieder. Die Aufrechterhaltung einer inneren Ordnungsstruktur durch organisationseigene Regeln, die mit Initiations- und Aufnahme Ritualen verbunden seien, zählt ebenfalls dazu.³⁶

Die Kompetenzmerkmale fänden sich in einer weitgehenden Diversifizierung der Delikte und im Einsatz moderner technischer Mittel zur Straftatbegehung und Kommunikation, die die Koordination internationaler Aktivitäten ermöglichen. Die Aufrechterhaltung von Loyalität der Mitglieder und die Verhinderung von Kooperation mit Strafverfolgungsorganen werde durch gezielte Einschüchterung bewirkt.³⁷ Die Gewährung von sozialer und ökonomischer Sicherheit, die Neutralisierung von staatlicher Verfolgung durch Konspiration und Bestechung sowie die systematische Geldwäsche sei ein weiteres Merkmal.

Funktionsmerkmale seien die Ordnungsaufgabenwahrnehmung von bestimmten Örtlichkeiten innerhalb der illegalen Szene und die Verschaffung von illegalen Waren oder Dienstleistungen.³⁸

3. 3. Strömung:

Organisierte Kriminalität: Nur ein Surrogatsbegriff?

Die Auffassung von Albrecht und Frommel

Danach handelt es sich beim Begriff der Organisierten Kriminalität vor allem um einen „Surrogatsbegriff“ für als bedrohlich empfundene Strukturen in Wirtschaft und Gesellschaft, die politischen Zugriffen schwer zugänglich und die politische Ordnung selbst zu destabilisieren imstande seien.³⁹

³⁶ Eisenberg/Ohder, JZ 1990, S. 574 (S. 574, 575).

³⁷ Eisenberg/Ohder, JZ 1990, S. 575.

³⁸ Eisenberg/Ohder, JZ 1990, S. 575.

³⁹ Albrecht, KritV 1997, S. 229 (S. 232).

Im Gegensatz zu der Definition des Gesetzgebers stellten die Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts das Gros der Straftaten dar, die wegen ihrer Komplexheit schwer zu regulieren sei. Sie würden unlautere kapitalistische Methoden zur Gewinnmaximierung einsetzen, begleitet von Export von Diebesgut ins Ausland und Korruption von Beamten.⁴⁰

Der Gesetzgeber befürchte die Gefahr, daß wirtschaftliche und politische Entscheidungsflüsse durch illegales Kapital beeinflusst werden könnten.⁴¹ Dies mache den unscharfen Begriff der „Organisierten Kriminalität“ erst sichtbar, denn beispielsweise würden von Kartellabsprachen legaler Unternehmen nicht darunter subsumiert. Die Verwendung dieses Begriffs entbinde den Gesetzgeber darüber hinaus von der Verantwortung, risikobehaftete Strukturen auf demokratische Art und Weise zu reformieren, und reduziere damit die eigentliche Komplexität des Problems der Begriffsbestimmung.⁴² Ähnlich äußert sich Frommel zu diesem Thema. Nach ihrer Meinung ist die organisierte Kriminalität erst durch eine ständige Wiederholung in den Medien zu einer aufgebauchten Realität geworden. Es bleibe bei diesem Begriff im Ergebnis nur die Rauschgiftkriminalität als organisiertes Verbrechen übrig.⁴³

4. Ausmaß des organisierten Verbrechens

In der kriminologischen Literatur sind zwei Meinungsströmungen erkennbar. Die Vertreter der ersten Auffassung sehen keine unmittelbar existentielle Gefahr für den Rechtsstaat durch die organisierte Kriminalität, ihre Existenz wird aber nicht geleugnet. Die zweite Auffassung sieht dagegen die Gefahr der Übernahme des Staates durch die kriminellen Organisationen.

⁴⁰ Albrecht, KritV 1997, S. 229 (S. 233).

⁴¹ Albrecht, KritV 1997, S. 229 (S. 233).

⁴² Albrecht, KritV 1997, S. 229 (S. 233).

⁴³ Frommel, KritV 1990, 279 (S. 282).

a) **Albrecht, Kaiser, Schwind et al.**

Nach den Auffassungen von Albrecht, Eisenberg, Kerner, Kaiser, Schwind und Göppinger sind zwar organisierte kriminelle Strukturen in Deutschland und Europa vorhanden, diese bedrohten die Existenz nordeuropäischer Staaten aber nicht.⁴⁴ Über dieses Ergebnis waren sich auch die Teilnehmer der Internationalen Juristenkommission vom 19.-21.9.1997 in Karlsruhe einig.⁴⁵ Strukturen, wie die chinesischen Triaden, die japanischen Yakuza oder die nordamerikanische Cosa Nostra sind mit den in Deutschland vorhandenen Gruppierungen nicht identisch.⁴⁶ Die in Nordeuropa vorhandene Kriminalität richtet zwar erheblichen Schaden an, ist aber weit davon entfernt, eine verbrecherische Parallelgesellschaft zu etablieren. Es ist nach ihrer Auffassung keine Etablierung einer oder mehrerer dominierender Organisationen erfolgt.⁴⁷

Der Gebrauch des Begriffs „organisierte Kriminalität“ durch den Gesetzgeber wird daher von diesen Autoren scharf kritisiert. Nach ihrer Auffassung würden die Folgen der Organisierten Kriminalität für politische Zwecke durch den Gesetzgeber mit der Beschwörung einer globalen und totalen Bedrohung des Staates und seiner Bürger dramatisiert,⁴⁸ um die gerade für opportun gehaltenen Strafverfolgungsinstrumentarien durchzusetzen.⁴⁹

Schärfer noch wird der vom Gesetzgeber verwendete Begriff der organisierten Kriminalität von Albrecht bewertet. Nach seiner Auffassung werde die organisierte Kriminalität, die ohne jedwede

⁴⁴ Eisenberg, Kriminologie, § 57 Rn. 67; Göppinger, Kriminologie S. 554; Kaiser/Kerner, Wörterbuch, S. 377 (S. 380).

⁴⁵ Rechtspolitischer Korrespondent des Deutschland-Radios, Stephan Detjen, NJW 1998, 289 (S.290).

⁴⁶ Eisenberg, Kriminologie, § 57 Rn. 74; Göppinger Kriminologie S.553, 554; Schaefer NJW 1994, S. 774.

⁴⁷ Sielaff, Handbuch § 41 Rn.10.

⁴⁸ Gössner, Vorgänge 115, Heft 1, S.1,3; Hermanski, DRiZ 1990, S. 192; Krey/Haubrich, JR 1992, S. 309,310.

⁴⁹ Eisenberg./Ohder, JZ 1990, S. 574; Göppinger, Kriminologie, § 57 Rn. 77; Gössner, Vorgänge 115, Heft 1, S. 1 (S. 3).

historische, politische und soziale Verankerung in der deutschen kriminalpolitischen Rezeption sei, ausschließlich als abstrakte Bedrohungs-vokabel gebraucht. Das amerikanische Lösungsmodell der inneren Aufrüstung werde den Wählern im Wahlkampf schmackhaft gemacht, ohne daß eine Verankerung organisierter Kriminalität gegeben ist,⁵⁰ wie etwa in den USA und Süditalien, die dies rechtfertigen könnte. Zu beobachten sei, daß ohne empirische Begründung der Begriff von machtpolitischen Interessen bestimmt werde; dies sei vor allem in Politik, Polizei und Justiz der Ansatz,⁵¹ um auf strukturelle Gesellschaftsprobleme zu reagieren. Auf dem polizeilichen Sektor werde eine Ressourcenverteilung vorgenommen, die neue Finanzmittel erfordere.⁵²

b) Mergen und Lorenz

Von anderen Autoren wird eine massive gegenwärtige Bedrohung durch die organisierte Kriminalität befürchtet. Es habe sich mit dem Inkrafttreten des Schengener Abkommens neben der EWG auch eine „EKG“, eine „europäische kriminelle Gemeinschaft“, ausgebreitet.⁵³ Diese schicke sich an, in einer europäischen Union ohne Grenzkontrollen zu einer europäisch-kriminalgeographischen Parallelmacht zu wachsen. Dank einer Lobby habe sie sich zu einer großen verdeckten heimlichen Macht entwickelt und wuchere bereits in der Schattenwirtschaft. Sie scheue nicht davor zurück, zur Erreichung ihres Zieles Bestechung, Korruption und Erpressung in all ihren Formen zu nutzen, und sich in die Wirtschaft zu integrieren.⁵⁴ Diese spezielle Eurokriminalität sei bekannt, werde aber vertuscht, um Skandale zu vermeiden.⁵⁵

⁵⁰ Albrecht, KritV 1997, S. 229 (S. 231).

⁵¹ Albrecht, KritV 1997, S. 229 (S. 236); so auch Weber, DRiZ 1994, S. 186; Welp, StV 1994, S. 161.

⁵² Albrecht, KritV 1997, S. 229 (S. 236).

⁵³ Mergen, S. 250.

⁵⁴ Mergen, S. 250; so auch Lorenz GA 1997, 51 (S. 52, 54).

⁵⁵ Mergen, S. 250.

5. Zusammenfassung der Literaturmeinungen

Trotz unterschiedlicher Schwerpunktsetzung von einzelnen Merkmalen sind die Meinungen der Literatur grundsätzlich einheitlich. Wesentliches Merkmal ist durchgängig die dauerhafte Organisationsstruktur. Ebenfalls ist eine Übereinstimmung bei der Profitorientierung und der Spezialisierung auf bestimmte Deliktsbereiche festzustellen. Auch die Indikatoren für das Vorliegen von organisierter Kriminalität sind trotz kleiner Unterschiede von den Grundstrukturen her vergleichbar. Eine Abweichung von diesem Spektrum ist nur bei der Auffassung von Albrecht vorhanden.

Bei der Beurteilung des Ausmaßes des organisierten Verbrechens sind zwei sich gegenüberstehende Meinungen festzustellen. Beide leugnen die Existenz nicht, sehen aber unterschiedliche Bedrohungsstufen.

II. Repräsentanten der Strafverfolgungsorgane

1. Begriffsdefinition

a) Zachert

Nach seiner Beurteilung ist der Begriff der Organisierten Kriminalität sehr weit zu fassen. Gewinnstreben und Gewaltanwendung zur Sicherung von Machtansprüchen in allen Deliktsbereichen seien die Grundlage.⁵⁶ Aktivitäten existierten in allen legalen und illegalen Wirtschaftsbereichen, aus denen weitere Beziehungen geknüpft würden.⁵⁷ Die Planung von Verbrechen werde innerhalb der Führungsebenen wie in einem Unternehmen

⁵⁶ Zachert, BKA-Vortragsreihe, Bd. 36, (1991), S. 37(S. 39); Ders. Kriminalistik 1990, S.622 (S.623).

⁵⁷ Zachert, BKA-Vortragsreihe, Bd. 36, (1991), SS. 37 (S. 40); Ders. Kriminalistik 1990, S. 622 (S. 623).

durchgeführt.⁵⁸ In den untersten Ebenen dieser Strukturen spezialisierten sich die Straftäter und ihre Helfer auf bestimmte Tatbestände.⁵⁹

b) Gegenstimmen

So weit gehen andere Autoren in ihrer Einschätzung nicht.

Das in Deutschland vorhandene organisierte Verbrechen unterliege häufigen qualitativen, zeitlichen und örtlichen Veränderungen.⁶⁰ Jedoch sind auch sie der Meinung, daß die Bundesrepublik immer mehr zum Operationsfeld von Syndikaten auserkoren werde,⁶¹ ohne daß diese eine dominierende Stellung hätten. Die Tatausführung prägten subtile Praktiken und Techniken auf der Täterseite, wobei die Delikte den Bedürfnissen und der Nachfrage des Marktes angepaßt werden.⁶² Zur Bestätigung des Vorliegens von organisierter Kriminalität schlagen sie Indikatoren bzw. Typisierungen⁶³ mit generellen und spezifischen Merkmalen vor, bei deren Vorliegen das Delikt organisiert begangen worden sei:

Zunächst sollten „*allgemeine Indikatoren*“ geprüft werden, die auf eine Tatbegehung durch organisierte Kriminalität hinweisen: Diese seien zunächst die überlegte gemeinsame Tatplanung und Tatausführung einer Tätergruppe, desweiteren die Existenz einer hierarchischen Ordnung mit überregionalen Verbindungen. Gezielte Abwehrmaßnahmen gegen Strafverfolgung durch Abschottung nach außen und durch Einschüchterung von Zeugen, verbunden mit der Bestechung von Amtsträgern und hoher Kautionsangebote für einsitzende Mitglieder gehörten dazu; ebenso

⁵⁸ Werthebach/Droste-Lehnen, ZRP 1994, S. 60; Vahle, Kriminalistik 1998, S. 378; Zachert, Kriminalistik 1990, S. 622 (S.623).

⁵⁹ Zachert, Kriminalistik 1990, S. 622, (S. 623).

⁶⁰ Sielaff, Handbuch 41 Rn. 6.

⁶¹ Sielaff, Handbuch 41 Rn. 13.

⁶² Sielaff, Handbuch 41 Rn. 7.

⁶³ Möhn, Kriminalistik 1994, S. 534 (S.536).

die Betreuung während der Haft und die Versorgung von Angehörigen.⁶⁴

„Spezifische Indikatoren“ in Form einer „Checkliste“ kämen dann für die genauere Prüfung zum Einsatz,⁶⁵ insbesondere seien diese Merkmale die Begehung von organisationsverdächtigen Delikten wie Rauschgiftschmuggel, Falschgeldherstellung, illegaler Waffenhandel, auf Luxusgüter spezialisierte Eigentumskriminalität. Schutzgelderpressung sowie die in Verbindung mit Nachtleben begangenen Delikte wie Prostitution und Menschenhandel gehörten dazu.⁶⁶

Schwierigkeiten bereitet die Erfassung der sogenannten „White Collar Crimes“, denn auf diese Erscheinung paßt und zielt keine der bisherigen Definitionen ab.⁶⁷ Diese Kriminalität beinhaltet die Begehung von Straftaten, die im Zusammenhang mit legaler Wirtschaftsaktivität begangen werden, so etwa Umweltkriminalität und schwere Steuerhinterziehung. Vorgeschlagen werden verschiedene Merkmale, die auf eine kriminelle Organisation hinweisen: die Tätergruppierung bestünde aus höheren sozialen Schichten; die Sichtbarkeit dieser Kriminalitätsform sei gering und die unmittelbare Opfereigenschaft der Betroffenen ginge verloren.⁶⁸ Das kriminelle Verhalten werde in Ausübung des Berufes an den Tag gelegt, wobei Vertrauensmißbrauch als ein besonderes Tatmerkmal zu werten sei.⁶⁹ Welche und wieviele Indikatoren das Vorliegen von organisierter Kriminalität bestätigen

⁶⁴ Küster, BKA-Vortragsreihe Bd. 36, S. 53 (S. 54); Sielaff, Kriminalistik 1983, S. 417 (S. 418, 419); Sielaff, Handbuch 41 Rn.4.

⁶⁵ Boettcher, S. 194; Küster, Kriminalistik 1990, S. 626 (S. 627); Ders., BKA-Vortragsreihe, Bd. 36, S. 53 (S. 54); Sielaff, Kriminalistik 1983, S. 417 (S.419).

⁶⁶ Göppinger, S. 555; Möhn, Kriminalistik 1994, S. 534, 535; Küster Kriminalistik 1990, S. 626, 627; Sielaff, Handbuch 41 Rn.5.

⁶⁷ Möhn, Kriminalistik 1994, S. 534 (S. 536).

⁶⁸ Möhn, Kriminalistik 1994, S. 534 (S. 536).

⁶⁹ Möhn, Kriminalistik 1994, S. 534 (S. 536).

oder nahelegen, wird aber als nicht abschließend definierbar betrachtet.⁷⁰

c) Auswertung von Statistiken

Andere Autoren nähern sich der Bestimmung des Ausmaßes der organisierten Kriminalität über die Bezugnahme auf Kriminalstatistiken,⁷¹ die einen Anstieg insbesondere von Rauschgift-, Auto- und Erpressungsdelikten belegen sollen.

Veröffentlichungen von Lageberichten⁷² werden als Nachweis der Existenz dieser Kriminalität herangezogen. Die vorliegenden Berichte geben eine Übersicht der in den Bereichen der Wirtschafts- und Umweltkriminalität, der Schutzgelderpressung, des Diebstahls hochwertiger Waren und des Rauschgift-, Falschgeld- und Menschenhandels begangenen Taten.⁷³ Diese Delikte gelten als typische OK-Delikte, die eine Bedrohung für die Gesellschaft seien⁷⁴ und scharfe Bekämpfungsmittel erfordere.⁷⁵

Ihrer Auffassung nach ist der Nachweis der dauerhaften Etablierung hierarchisch organisierter Strukturen aus dem südeuropäischen Bereich in der Bundesrepublik Deutschland sowohl durch die 62 Verfahren gegen italienische Mafiaorganisationen in der BRD,⁷⁶ als auch durch die 205

⁷⁰ Eisenberg/Ohder, JZ 1990, S. 574 (S. 575).

⁷¹ Burghard, Kriminalistik 1989, S. 323; Ciupka/Schmidt, Kriminalistik 1989, S. 199; Gehm/Link, Kriminalistik 1992, S. 491 (S. 492, 493); Küster, Kriminalistik 1990, S. 626 (S. 626, 627); Lenhard Kriminalistik 1989, S. 194; Ders. Kriminalistik 1991, S. 223; Obermüller, Kriminalistik 1992 S. 361; Pachmann, Kriminalistik 1985 S. 182, 183; Steinke, Kriminalistik 1984, S. 353; Werthebach/Droste-Lehnen, ZRP 1994, S. 57 (S. 58).

⁷² Landtag NRW –Lagebild der OK in NRW 1992-; Vorlage 11/1196 und 11/2018.

⁷³ BT-DS 12/989, S. 20ff; LT-NRW –Lagebild OK in NRW-Vorlage 11/2018, S. 6.

⁷⁴ Gehm/Link, Kriminalistik 1992, S. 491 (S. 491, 496); Krey/Haubrich, JR 1992, S. 309, 310, Lenhard, Kriminalistik 1989, S. 194; Ders. Kriminalistik 1991, S. 223.

⁷⁵ Gehm/Link, Kriminalistik 1992, S. 491,(S. 496), Lenhard, Kriminalistik 1989, S. 194.

⁷⁶ Gehm/Link, Kriminalistik 1992, S. 491, (S. 494).

Verfahren erfolgt, in denen eine gewerbliche oder geschäftliche Struktur der Tatbegehung nachgewiesen wurde.⁷⁷ Es seien im Jahre 1991 insgesamt 369 „*eindeutig zur organisierten Kriminalität gehörende Verfahren mit durchschnittlich 285 Delikten pro Verfahren*“⁷⁸ erfaßt worden. Die Gesamtschadenssumme von rund 3,5 Mrd DM⁷⁹ für das Jahr 1991 zeige deutlich die Bedrohung der Gesellschaft durch dieses Phänomen, denn gegenüber dem im Jahre 1984 geschätzten Schaden von 1 Milliarde DM⁸⁰ handelt es sich um eine eklatante Steigerung. Querschnittsanalysen ergäben, daß die Erscheinungsformen organisierter Kriminalität in Deutschland in vielfacher Form vorlägen und an der Steigerung der Kriminalitätsrate beteiligt seien.⁸¹ Dabei stünden ausländische traditionelle und nichttraditionelle Gruppen in Kontakt mit hiesigen Führungspersonen im Rauschgifthandel, der Glücksspiel- und Bordellszene, KFZ-Verschiebungen und Falschgelddelikten.⁸²

Vor allem ermöglichten die in der Europäischen Union weggefallenen Binnengrenzen der Mafia wegen erleichterten Personen- und Warenaustauschs,⁸³ später im Gastland eigene Strukturen aufzubauen.⁸⁴ Der Loyalität der Mitglieder versicherte man sich durch Kontrolle, Einschüchterung und gut funktionierende Fürsorgemaßnahmen.⁸⁵

d) Bewertung des Ausmaßes des Organisierten Verbrechens durch die polizeilichen Autoren

Die Verfasser befürchten, daß die neue Form der Kriminalität die gesamte Gesellschaft bedrohe.

⁷⁷ Gehm/Link, Kriminalistik 1992, S. 491, (S. 493).

⁷⁸ Gehm/Link, Kriminalistik 1992, S. 491, (S. 492).

⁷⁹ Gehm/Link, Kriminalistik 1992, S. 491, (S. 492).

⁸⁰ Pachmann, Kriminalistik 1985, S. 182.

⁸¹ Küster, Kriminalistik 1990, S. 626.

⁸² Küster, Kriminalistik 1990, S. 626, (S. 627).

⁸³ Lenhard, Kriminalistik 1991, S. 223.

⁸⁴ Lenhard, Kriminalistik 1991, S. 223, (S. 225).

⁸⁵ Steinke, Kriminalistik 1984, S. 353, (S. 354).

Von Zachert wird die Organisierte Kriminalität als schwerwiegende Bedrohung für die gesamte Gesellschaft und den Staat bezeichnet.⁸⁶ Sie habe sich nicht allein im Rauschgifthandel, sondern auch in anderen profitträchtigen Bereichen fest etabliert. Das Ausmaß der organisiert begangenen Straftaten und wachsenden finanziellen Machtpotentials sei eine große Herausforderung für die Gesellschaft, dies sei vor allem vor dem Hintergrund der Mafiajägerattentate in Italien deutlich geworden. Diese Organisationen würden in letzter Konsequenz eine Gefahr für den Rechtsstaat darstellen.⁸⁷

Bei der Betrachtung der Bearbeiter, die sich auf die Statistiken berufen scheint es, daß die Zahlen für einen ideologischen Standpunkt genutzt werden sollen,⁸⁸ um den Gesetzgeber dazu zu bringen, der Polizei mehr Befugnisse einzuräumen. Entsprechend wird in der Argumentation sachliche Argumentation gegen emotionale Agitation auswechselt: Es wird gefordert, „Grenzen ab(zu)schaffen- aber alle!“⁸⁹, die „Brechtstange an beiden Enden(!) fest anzupacken“⁹⁰ und bei Geldwäschedelikten die „Umkehr der Beweislast (einzuführen)- alles andere ist Humbug!“⁹¹. Die Organisierte Kriminalität wird als Schlinge, die sich unserer Gesellschaft um den Hals lege,⁹² dargestellt, sie durchdringe „schleichendem Gift“ gleich durch Assimilation alle Lebensbereiche.⁹³ Die Warnung „Mafia ante portas“ beschwört analog zu Hannibals Eroberungszug jetzt (in umgekehrter Marschrichtung) die Mafia-Gefahr aus dem Süden. Süditalienische Mafiaverhältnisse werden allein aufgrund der Aussage eines einzelnen italienischen Fernsehreporters auf Deutschland projiziert,⁹⁴ ohne daß sachliche Fakten für solche Vermutungen

⁸⁶ Zachert, DRiZ 1992, S. 355.

⁸⁷ Zachert, DRiZ 1992, S. 355.

⁸⁸ So auch Hess, KJ 1992, S. 315, (S. 324).

⁸⁹ Gehm/Link, Kriminalistik 1991, S. 491, (S. 496).

⁹⁰ Burghard, Kriminalistik 1989, S. 323, (S.324).

⁹¹ Lenhard, Kriminalistik 1989, S. 194 (S.196).

⁹² Pachmann, Kriminalistik 1985, S. 182.

⁹³ Werthebach/Droste-Lehnen, ZRP 1994, S. 57 (S. 60).

⁹⁴ Lenhard, Kriminalistik 1991, S. 223.

vorgelegt werden. Vorausgesagt wird eine „Verstaatlichung“ von Unterweltdelikten, so daß zuletzt vom Rechtsstaat nur mehr eine „leere Hülle“ zurückbliebe.⁹⁵

Nachweise oder zumindest Indizien für die These, daß die Aktivitäten mit höchstem Maß an krimineller Energie, Professionalität und logistischen Ressourcen erbracht würden, sind nicht vorhanden. Damit ist das Szenario, daß die organisierte Kriminalität in Deutschland bereits durch einige wenige dominierende Syndikate beherrscht werde, nicht an Tatsachen orientiert. Das gleiche gilt für die Behauptung, daß die Syndikate durch Anpassung alle Lebensbereiche unterwanderten, um sich in die wirtschaftliche Landschaft einzuordnen und durch konspiratives Verhalten die illegalen mit legalen Tätigkeiten verwischen.⁹⁶ Die These, daß Syndikate gezielt auf die Übernahme des Staates abzielen,⁹⁷ ist weder nachgewiesen noch durch Indizien belegt, die auf eine solche umfassende Entwicklung hinweisen könnten. Für die Unsachlichkeit der Argumentation spricht desweiteren, daß Kritikern Komplizenschaft und Interessenwahrnehmung von Hintermännern vorgeworfen wird.⁹⁸

2. Zusammenfassung: Meinungen der polizeilichen Autoren

Die Lage der organisierten Kriminalität in Deutschland wird von den Praktikern nicht wesentlich anders als in der wissenschaftlichen Literatur bewertet. Sowohl die hierarchische Organisationsstruktur als auch die Typisierung von speziellen Delikten, werden von ihnen als Merkmale zusammenwirkenden Verbrechens angesehen. Auch die Indikatorlisten sind mit denen in der kriminalistischen Literatur vergleichbar. Fundierter als die Auffassungen der kriminalistischen Literatur allerdings sind die

⁹⁵ Werthebach/Droste-Lehnen, ZRP 1994, S. 57 (S. 60).

⁹⁶ Werthebach/Droste-Lehnen, ZRP 1994, S. 60.

⁹⁷ Pachmann, Kriminalistik 1985, S. 182; Werthebach/Droste-Lehnen, ZRP 1994, S. 60.

⁹⁸ Brandt, Der Spiegel 27/90, S. 13.

Interpretationen der Kriminalstatistiken. Aus den verschiedenen Parametern der Statistiken interpretieren die Autoren ein Bild der organisierten Kriminalität. Das Ausmaß wird durch die Praktiker allerdings als erheblich eingestuft. Die Masse dieser Erscheinung sei eine Bedrohung, die den Rechtsstaat in Frage stelle und die Gesellschaft überrollen werde.

III. Definitionen in gesetzgeberischen Verfahren

1. AG Kripo

Die Fachkommission der AG Kripo definierte erstmals den Begriff der organisierten Kriminalität 1974 als „Straftaten, die von mehr als zweistufig gegliederten Verbindungen oder mehreren Gruppen in nicht nur vorübergehendem arbeitsteiligen Zusammenwirken begangen werden, um materielle Gewinne zu erzielen oder Einfluß auf das öffentliche Leben zu nehmen“.⁹⁹ Sie siedele zwar oberhalb der Bandenkriminalität, das Niveau läge aber noch weit unterhalb des „organized crime“,¹⁰⁰ des Syndikatsystems.

Eine entsprechende Definition wurde zur Übernahme von Verfahren in die Zuständigkeit des BKA vorgeschlagen: Straftaten sollten organisiert begangen worden sein, wenn ein kriminelles Wirken mehrerer Täter erkennbar sei, die in der Form einer straff gegliederten und geführten Gruppe mit Aufgabenteilung auftreten und sich zur gemeinsamen arbeitsteiligen Begehung von Straftaten verbunden haben.¹⁰¹

2. Arbeitskreis II

Eine Erweiterung des Begriffs wurde durch den Arbeitskreis II der Innenministerkonferenz 1983 vorgenommen, nach der unter

⁹⁹ Sielaff, Kriminalistik 1983, S. 417.

¹⁰⁰ Eisenberg/Ohder, JZ 1990, S. 574 (S. 575).

¹⁰¹ Straß, BKA, 103 (S. 105).

organisierter Kriminalität nicht allein eine mafiaähnliche Parallelgesellschaft zu sehen sei, sondern arbeitsteiliges, bewußtes und gewolltes, auf Dauer angelegtes Zusammenwirken mehrerer Personen zur Begehung strafbarer Handlungen- mit dem Ziel, möglichst schnell hohe finanzielle Gewinne zu erzielen.¹⁰²

3. AG Justiz/Polizei

1990 einigte sich die gemeinsame Arbeitsgruppe Justiz/Polizei auf eine Legaldefinition des Begriffs:

Organisierte Kriminalität ist die von Gewinn- und Machtstreben bestimmte planmäßige Begehung von Straftaten, die einzeln oder in ihrer Gesamtheit von erheblicher Bedeutung sind, mehr als zwei Beteiligte auf längere oder unbestimmte Dauer arbeitsteilig unter Verwendung von gewerblicher oder geschäftsähnlicher Strukturen, unter Anwendung von Gewalt oder anderer zur Einschüchterung geeigneter Mittel oder unter Einflußnahme auf Politik, Medien, öffentliche Verwaltung, Justiz oder Wirtschaft zusammenwirken.¹⁰³

4. OrgKG

Für den 1992 vorgelegten Gesetzesentwurf des OrgKG vom Bundesrat wurde an den oben angeführten Begriff angeknüpft:

Danach ist Organisierte Kriminalität die von Gewinnstreben bestimmte planmäßige Begehung von Straftaten durch mehrere Beteiligte, die auf längere oder unbestimmte Dauer unter Verwendung von gewerblichen oder geschäftsähnlichen Strukturen, unter Anwendung von Gewalt oder anderer zur Einschüchterung geeigneter Mittel oder unter dem Bemühen, auf Politik, Medien, öffentliche Verwaltung, Justiz oder Wirtschaft Einfluß zu nehmen, zusammenwirken.¹⁰⁴

¹⁰² Zitiert nach Sielaff, Kriminalistik 1983, S. 417; Vorgänge 66 (1983), S.1.

¹⁰³ Zitiert nach Gehm/Link, Kriminalistik 1992, S. 491.

¹⁰⁴ BT-DS 12/989, S. 24.

5. Ergebnis

Die Definitionen der Exekutive erfassen das „klassische“ Bild der organisierten Kriminalität. Bestandteile dieser Definitionen sind, wie bei den kriminalistischen Autoren, die Merkmale der Dauerhaftigkeit und der Tatbegehung durch mehrere Personen, die eine Bandbreite von illegalen Methoden verwenden.

IV. Untersuchungen

1. Untersuchung von Eugen Weschke

In einer Untersuchung über organisierte Strukturen in West-Berlin wurde von Eugen Weschke eine Unterteilung der Erscheinungsformen organisierter Kriminalität in Gruppen und Banden vorgenommen.¹⁰⁵

Gruppen seien ein loser personeller Verbund, der durch hohe Fluktuation ohne besondere Über- und Unterordnungshierarchien gekennzeichnet ist.¹⁰⁶ Arbeitsteilige Organisation kennzeichneten die Gruppen, jedoch fehle eine zentralistische Strukturierung. Diese beruhe eher auf persönlichen Bekanntschaften und Bindungen,¹⁰⁷ als auf einer „vorgegebenen Verfassung“. Auch sei sie durch eine anlaßgeprägte Kooperation kurzzeitiger Art gekennzeichnet, die zwar einzelne Führungspersönlichkeiten nicht ausschließe, jedoch durch die Mitglieder grundsätzlich egalitär geführt werde.

Banden zeichneten sich sowohl durch hierarchische als auch egalitäre Züge aus, seien aber nicht auf Dauer hin ausgerichtet. Die Mitgliederanzahl halte sich mit bis zu zehn Personen in überschaubaren Grenzen.¹⁰⁸

Kooperationen stellten einen Verbund derartiger Banden und Straftätergruppen dar, diese Vernetzung von persönlichen

¹⁰⁵ Weschke, Kriminalistik 1986, S. 297, (S. 298).

¹⁰⁶ Weschke, Kriminalistik 1986, S. 297, (S. 298).

¹⁰⁷ Weschke, Kriminalistik 1986, S. 297, (S. 298).

¹⁰⁸ Weschke, Kriminalistik 1986, S. 297, (S. 315).

Bekanntschaften erst ermögliche die volle Ausnutzung von strafrechtlich relevanten Aktivitäten.¹⁰⁹ Solche Kontakte seien dann Grundlage von Abschottung und gemeinschaftlicher Unterstützung bei der Deliktsbegehung.¹¹⁰

Straftätergruppen und Banden verschiedener Größen kooperierten damit, wenn überhaupt, auf dieser Ebene und nicht innerhalb einer großen Organisation. Sich ergebende regionale wirtschaftliche Kontrolle von bestimmter Deliktsbereiche, wie der Prostitution, sei Resultat der gegenseitigen, gleichgeordneten Unterstützung.¹¹¹ Somit zeichne sich ein Bild ab, das anstatt von Syndikaten eine Struktur von Banden und Straftätergruppierungen erkennen lasse, die aufgrund ihrer Flexibilität und dadurch erreichten schwierigen Faßbarkeit nur schwer, eventuell nur punktuell zu bekämpfen sei.¹¹²

Das Vorhandensein solcher „Netzstrukturkriminalität“ von anlaßabhängigen Zusammenschlüssen wird als Erklärungsansatz herangezogen, warum von wenigen Ausnahmen einmal abgesehen, kein Nachweis einer ausgeprägten hierarchischen Strukturierung innerhalb von Straftäterkonglomeraten gegeben werden konnte.¹¹³

2. Studie von Erich Rebscher und Werner Vahlenkamp

Die Untersuchung von Rebscher/Vahlenkamp entspricht dem von Weschke festgestellten Bild der in Deutschland vorhandenen organisierten Kriminalität. Auch hier werden die vorhandenen Strukturen in zwei Formen unterteilt:

Eigenständige Gruppierungen bestehen aus einer festen Mitgliederstruktur nebst einer fluktuierenden Anzahl von Helfern sowie Personen in Führungspositionen.¹¹⁴

¹⁰⁹ Weschke, Kriminalistik 1986, S. 297, (S. 315).

¹¹⁰ Weschke, Kriminalistik 1986, S. 297, (S. 315).

¹¹¹ Weschke, Kriminalistik 1986, S. 297, (S. 316).

¹¹² Weschke, Kriminalistik 1986, S. 297, (S. 317).

¹¹³ Weschke, Kriminalistik 1986, S. 297, (S. 315).

¹¹⁴ Rebscher/Vahlenkamp, OK, S.22 ff.

Straftäterverflechtungen dagegen ergeben sich aus Kriminalität, die nicht das organisierte Niveau erreichten.¹¹⁵ Diese Verflechtungen sind das Produkt von Kooperationen zwischen der kriminellen Szene und einzelnen „Schlüsselfiguren“, die fließende Führungspositionen einnehmen. Die Zweckgemeinschaften sind nicht auf Dauer angelegt, sondern situationsabhängig temporär strukturiert. Merkmal sei im Gegensatz zu den Literaturmeinungen weder vertikale Abschottung, die die Führung von den einzelnen Mitgliedern trennt, noch eine horizontale Abschottung der Mitglieder gegeneinander. Da für eine Organisation im kriminellen Milieu jeder jeden kennen müsse, seien persönliche Bindungen von großer Wichtigkeit; dies führt so weit, daß selbst der örtlichen Polizei die Täter meist bekannt sind.¹¹⁶ Abschottungen qualifizieren sich mehr als „Quelleheimnisse“, die die einzelnen Gruppen untereinander halten, um sich vor Konkurrenten oder Neidern zu schützen.¹¹⁷

Wenn Beziehungen bestehen, dann dienen sie als soziales Netz zwischen und innerhalb der Gruppen und stellen sich als Garanten für die sich aus Loyalität und Verschwiegenheit ergebenden sozialen Vorteile, wie etwa Arbeits- und wirtschaftliche Absatzmöglichkeiten, dar.¹¹⁸ Der Eindruck der gezielten „Abschottung“ kommt nach dieser Untersuchung durch den Eindruck der Ermittler zustande, die in unbekanntem Milieu und mit unzureichenden Erkenntnissen operierten und deshalb keine Zugänge zu den Beteiligten bekämen.¹¹⁹ Konspiratives Verhalten durch „Testfahrten“ auf Schmuggelstrecken und Verstöße gegen die StVO, um Observanten abzuschütteln, scheinbares Nachgehen eines legalen Gewerbes und die Verwendung falscher Namen und Papiere seien bei den Tätern oft zu beobachten.¹²⁰

¹¹⁵ Rebscher/Vahlenkamp, OK, S.31 ff.

¹¹⁶ Rebscher/Vahlenkamp, OK, S.59 ff.

¹¹⁷ Rebscher/Vahlenkamp, OK, S.62 ff.

¹¹⁸ Rebscher/Vahlenkamp, OK in der BRD, S. 66, 67.

¹¹⁹ Rebscher/Vahlenkamp, OK, S.67 ff.

¹²⁰ Rebscher/Vahlenkamp, OK, S.74 ff.

3. Zusammenfassung der Untersuchungen

Die Untersuchungen zeigen, daß das Bild der organisierten Kriminalität von einer fluktuierenden Bandbreite verschiedener Deliktstypen geprägt ist und nicht, wie die Struktur von Syndikaten, einheitlich hierarchisch aufgebaut ist. Die Auswahl krimineller Methoden und Tattypen ist weit gefaßt und entbehrt einer festen Katalogisierung.

V. Analyse des Bildes der Organisierten Kriminalität

1. Vorbemerkung

Die Beurteilung der tatsächlichen quantitativen und qualitativen Ausmaße organisierter Kriminalität und der durch sie verursachten Bedrohung für Staat und Gesellschaft reduziert sich nicht allein auf eine rein akademische Frage. Von ihr hängt die Wahl der Bekämpfungsmittel und die Bestimmung der Verhältnismäßigkeit der Eingriffe zur Bekämpfung ab.¹²¹

2. Analyse der Exekutivdefinition

Beim Vergleich der Definitionen der Exekutive mit denen der Literaturstimmen ist zunächst festzustellen, daß durch die Exekutive die Perennität der Gruppenstruktur, die Abschottung und hierarchische Struktur, die Aufgabenteilung und Gewinnausrichtung als alleinige Merkmale des organisierten Verbrechens angesehen werden. Weder im Bundestag noch im Bundesrat fand eine intensive Auseinandersetzung mit den weiteren Phänotypen der Organisierten Kriminalität statt. Dem

¹²¹ Bäumler, Kriminalistik 1992, S. 75. Schoreit, StV 1991, S.535.

Gesetzeskonzept wurde mehr oder weniger der Begriff der „Organisierte Kriminalität“, der einen wissenschaftlich anerkannten und feststehenden Begriff suggeriert,¹²² zugrundegelegt. Jedoch wird damit die Netzstrukturkriminalität ausgeblendet. Es entsteht der Eindruck, daß sich organisierte Kriminalität in den „klassischen Syndikaten“ wie der sizilianischen Mafia oder Camorra, den chinesischen Triaden oder den japanischen Yakuza manifestiert. Solche Syndikate werden jedoch in Nordwesteuropa¹²³ und der BRD nicht vermutet.¹²⁴ Die dafür notwendigen gewachsenen sozialen Strukturen,¹²⁵ die die Zugehörigkeit zur Mafia als lohnens- und bewundernswertes Berufsziel erscheinen lassen, sind nicht vorhanden.¹²⁶ Voraussetzung dafür wäre, daß sich aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten ein kriminelles Reservoir mit diffuser, destruktiver Gewalttätigkeit entwickelt,¹²⁷ so daß eine Symbiose auf dem Nährboden von Protektoren, Komplizen, Informanten entstehen kann.¹²⁸

Der vom Arbeitskreis II verwendete Begriff trägt zur Klärung des Phänomens nicht viel bei. Denn die Merkmale arbeitsteiligen Vorgehens, der Gewaltanwendung und des Gewinn- und Machtstrebens sind bezeichnend für jede professionell durchgeführte Straftat, die nicht von einem Einzeltäter begangen wird.¹²⁹ Auch wird übersehen, daß Straftatbestände, die aufgrund von notwendigen Spezialkenntnissen organisiert begangen werden müssen, nicht automatisch nur von hierarchisch strukturierten Gruppen durchgeführt werden.¹³⁰

¹²² Ostendorf, JZ 1991, 62.

¹²³ Steinke, Kriminalistik 1984, S. 353.

¹²⁴ Dörmann, OK, S. 132; Eisenberg, Kriminologie § 57 Rn. 67; Göppinger, Kriminologie S. 553; Schoreit, StV 1991, S. 535; Sielaff, Handbuch § 41, Rn.10.

¹²⁵ Kollmar, Kriminalistik 1974, S. 1.

¹²⁶ Dörmann, OK, S. 133; Kollmar, Kriminalistik 1974, S. 1; Schoreit, StV 1991, S. 535.

¹²⁷ Hess, KritJ 1994, S. 26 (S. 29).

¹²⁸ Hess, KritJ 1994, S. 26 (S. 30).

¹²⁹ Albrecht KritV 1997, S.229 (S. 232).

¹³⁰ Eisenberg/Ohder, JZ 1990, S. 574 (S. 576).

Vor allem legale kommerzielle Organisationen können sich bei illegalen Aktivitäten schnell als kriminelle Syndikate darstellen,¹³¹ denn legale und illegale Aktivitäten sind vor allem nicht immer per se voneinander getrennt.¹³²

3. Analyse der Untersuchungen

Beide Arbeiten unterscheiden sich zwar in der Terminologie für die einzelnen Gruppierungen von Straftätern, geben hinsichtlich der in Deutschland vorhandenen kriminellen Strukturen jedoch ein in etwa übereinstimmendes Bild ab. Sie stellen das organisierte Verbrechen in Deutschland als eine Netzstrukturkriminalität dar, die, abgesehen von wenigen Ausnahmen, nicht durch eine oder mehrere hierarchisch organisierte syndikatähnliche Strukturen dominiert wird. Die Resultate dieser Untersuchungen lassen keine Verfestigung überregionaler und regionaler Straftäterstrukturen erkennen, die vom Gesetzgeber für die Schaffung weiterer Eingriffsbefugnisse der Strafverfolgungsbehörden herangezogen werden. Die Vorstellung, die organisierte Kriminalität würde sich die Verschwiegenheit der Mitwisser und Mittäter im Regelfall durch Gewalt und Drohungen massivster Art erhalten, ist danach falsch.¹³³ Ähnliche Erkenntnisse gelten für den illegalen Drogenmarkt: Dort herrscht kein Oligopol weniger Banden, sondern ein freier Wettbewerb verschiedener Dealergruppen.¹³⁴ Auch sind die in den Definitionen der Exekutive enthaltenen hierarchisch strukturierten Organisationen eher Einzelfälle, denn nur ausnahmsweise sind nach diesen Untersuchungen Führungspersonlichkeiten anzutreffen.¹³⁵

Desweiteren ist nach der Auswertung die Vorstellung, daß die organisierte Kriminalität von der Abschottung lebe, nach den

¹³¹ Eisenberg/Ohder, JZ 1990, S. 574 (S. 576).

¹³² Eisenberg/Ohder, JZ 1990, S. 574 (S. 576).

¹³³ So auch Eisenberg/Ohder JZ 1990, S. 574 (S. 578); Rebscher/Vahlenkamp, OK in der BRD, S. 67.

¹³⁴ Hess, KJ 1992, S. 315 (S. 322).

¹³⁵ Eisenberg/Ohder, JZ 1990, S. 574 (S. 578).

Untersuchungen als falsch zu qualifizieren. Gerade für die Netzstrukturkriminalität sind die sozialen Kontakte von vitalem Interesse.¹³⁶ Verschleierungsmaßnahmen werden primär aus dem Grund, die Geschäftskontakte gegen Konkurrenten zu schützen und ein „Quellengeheimnis“ aufrechtzuerhalten, vorgenommen. Die Abschottung der Gruppierungen erfolgt durch Abwehrmaßnahmen gegen „Strukturfremde“. Aus den Arbeiten läßt sich damit ein Bild von der in Deutschland aktiven Kriminalität ableiten, das diametral den Auffassungen der Exekutive entgegensteht.¹³⁷ Diese Überlegungen lassen erkennen, daß bisher die Diskussion über die Thematik in der Öffentlichkeit, den gesetzgebenden Organen und den Strafverfolgungsorganen nicht mit Fachinformationen verbunden wurde.

Diese beiden Arbeiten sind jedoch einseitig in ihren Erhebungsquellen,¹³⁸ weil sie nur von ausschnittsweisem Charakter sind. Darüber hinaus kann die Zahl zweier Arbeiten, seit deren Abschluß schon einige Zeit verstrichen ist,¹³⁹ nicht repräsentativ für die neuesten Kriminalitätstendenzen sein.

4. Literaturanalyse Polizei- und Innenressorts

Die Vertreter der Polizei- und Innenressorts vertreten die Auffassung, daß in den verschiedenen Kriminalstatistiken, die einen Anstieg der Kriminalität offenbarten, sich die Gefahr der organisierten Kriminalität zeige.

Jedoch sind die angebotenen Statistiken nur begrenzt aussagekräftig, denn sie erfassen zunächst nicht alle in der BRD erfolgten Verfahren.¹⁴⁰ Durch die 62 Verfahren gegen italienische Mafiaorganisationen in der BRD kann nicht abgeschätzt werden,

¹³⁶ Rebscher/Vahlenkamp, OK in der BRD, S. 59.

¹³⁷ Eisenberg/Ohder, JZ 1990, S. 574 (S. 576).

¹³⁸ Ostendorf, JZ 1991, S. 62 (S.64).

¹³⁹ Rebscher/Vahlenkamp 1988; Weschke 1986.

¹⁴⁰ Statistik bei Gehm/Link, Kriminalistik 1991, S. 491,(S. 492, 493).

wie hoch eine Bedrohung durch organisierte Kriminalität ist. Bewiesen werden kann nur die Existenz solcher Organisationen, jedoch nicht die durch sie ausgehende qualifizierte Bedrohung für den Rechtsstaat. Auch fehlt es an einem Beleg für die Bezeichnung von Straftaten als „eindeutig zur organisierten Kriminalität gehörend.“¹⁴¹ Absolute Zahlen werden bei der Darstellung des Anstieges von Gewaltdelikten herangezogen, ohne daß ein Gesamtvergleich mit allen in der BRD begangenen Straftaten erfolgt. Damit müssen diese ohne allgemeine Aussagekraft bleiben.

5. Kriminalisten

Bei den Kriminalisten bietet sich vergleichbares Meinungsspektrum wie bei den Praktikern. Es werden die Gewinnerzielungsabsicht und die Dauerhaftigkeit der Strukturen in den Mittelpunkt gestellt. „Merkmale“, die zur Feststellung von organisiertem Verbrechen dienen sollen, stimmen fast bis in Detail genau mit den „Indikatoren“ der Praktiker überein.

Hinsichtlich des Ausmaßes des organisierten Verbrechens sind zwei entgegengesetzte Strömungen erkennbar. Die Gefahr durch diese kriminelle Erscheinungsform wird von der überwiegenden Mehrheit nicht so groß gesehen, wie bei den Praktikern. Die Auffassungen stützen sich aber nicht auf Fakten, sondern stellen nur persönliche Einschätzungen dar.

6. Resultat

a) Auswertung

Das Ausmaß und die Bedrohung der Gesellschaft durch die organisierte Kriminalität wird von fast allen Autoren höchst unterschiedlich beurteilt.

¹⁴¹ Gehm/Link, Kriminalistik 1991, S. 491,(S. 492).

Nach den obigen Feststellungen ist die organisierte Kriminalität für sich genommen kein homogener Tatbestand, sondern stellt sich als eine qualifizierte Form der Begehung von Straftaten durch spezielle Taktiken und Techniken dar. Zur Bestimmung lassen sich somit nur variable Deliktstypen heranziehen, in denen eine Betätigung der organisierten Kriminalität erfahrungsgemäß zu erwarten ist. Entsprechend der Tendenz zur Verschleierung der Delikte ist eine feste Deliktszuordnung nicht möglich. Der Begriff stellt sich somit als eine offene Kategorie dar.

Für die Bestimmung des tatsächlichen Ausmaßes der in Deutschland aktiven organisierten Verbrechens werden verlässliche Zahlen benötigt, an denen es aber noch fehlt. Die Problematik ist darin begründet, daß Straftaten sowohl von einem Gelegenheitsstraftäter begangen werden können, als auch von einer Organisation; somit kann allein aus der bloßen Anzahl der Delikte nicht auf eine tatsächliche Existenz einer Struktur von Straftätern geschlossen werden. Daher findet die Art und das Ausmaß der Organisierten Kriminalität und damit letztendlich deren Bedrohungspotential in Deutschland unterschiedliche Bewertungen. Die Schätzungen des Anteils organisierten Verbrechens reichen von 2-55 % des Gesamtaufkommens.¹⁴²

Die Definitionen zielen allein auf die „klassischen Unterweltdelikte“ ab,¹⁴³ die aus internationalen Vorbildern abgeleitet werden.¹⁴⁴ Die typischen „White Collar Crimes“ werden nicht erfaßt.¹⁴⁵

Im Ergebnis müssen aber auch diejenigen, die eine massive Bedrohung durch die organisierte Kriminalität erkennen wollen, einräumen, daß keine Merkmalsbestimmung von organisierter Kriminalität möglich ist, und daß die Fallzahlen von „Kriminellen Vereinigungen“ nicht bestimmbar sind.

¹⁴² Vgl. Burghard, Kriminalistik 1990, 501.

¹⁴³ So Gössner, Vorgänge 115, Heft 1, S. 1 (S. 2).

¹⁴⁴ So Albrecht KritV 1997, S.229 (S. 230).

¹⁴⁵ So Möhn, Kriminalistik 1994, S. 534, (S. 536).

Das von der Kriminologie festgehaltene Ergebnis ist die Charakterisierung der organisierten Kriminalität in Kompetenz-Organisations- und Funktionsmerkmale, die Definition der Polizei enthält das gewollte, auf Dauer angelegte Zusammenwirken zur Erzielung hoher Gewinne. Damit reduziert sich der Begriff immer auf eine Tätigkeit mehrerer Personen, die kooperativ im Straftatbereich handeln. Diese Erkenntnis kann nicht als neu gelten und schon gar nicht eine Bestimmung von organisierter Kriminalität darstellen.

Desweiteren sind die Gruppierungen darauf ausgerichtet, möglichst schnell und möglichst viel Geld zu erwirtschaften; eine gezielte politische Machtübernahme durch das organisierte Verbrechen ist nicht gegeben und bis auf verschiedene Korruptionsfälle¹⁴⁶ auch nicht zu erwarten. Der tatsächliche Anteil der organisierten Kriminalität am Gesamtaufkommen des Verbrechens ist nicht genau festzustellen. Auch dies ist nicht als neue Erkenntnis zu werten. Kritisch wird dazu angemerkt, daß die Unklarheiten über die reale Kriminalitätslage den Gesetzgeber dazu einladen, sich aus der Vielgestaltigkeit der Phänomene gerade die Merkmale herauszugreifen, die als organisierte Kriminalität gesehen werden sollen.¹⁴⁷ Diese Gefahr ist vor dem Hintergrund der Tauglichkeit der Kriminalitätspolitik für Wahlkampfzwecke¹⁴⁸ nicht zu unterschätzen. Das Arbeitspapier des Arbeitskreises II der Innenministerkonferenz indiziert auch den Gebrauch des Begriffes zu politischen Zwecken durch den Gesetzgeber: Dort wird das Ansteigen der Kriminalitätsraten, ohne Hintergrundanalyse, dem organisierten Verbrechen zugerechnet. Verschiedene Merkmale dieses Phänomens werden einzeln genannt und daraus eine Bedrohung des Rechtsstaats abgeleitet.¹⁴⁹

¹⁴⁶ LT NRW-Lagebild der OK-Vorlage 11/2018, S. 10.

¹⁴⁷ Eisenberg, NJW 1993, S. 1033 (S. 1034); kritisch auch Scheerer, StV 1989, 72 (S. 80).

¹⁴⁸ Hetzer, wistra 1994, S. 176 (S.183).

¹⁴⁹ Vorgänge 66, (1983), S. 2.

Als staatliche Reaktion gegen die so als übermächtige Gefahr dargestellte Schwerkriminalität wird die verdeckte Informationsbeschaffung¹⁵⁰ als einziger Lösungsweg angeboten. Die real existierende Netzstruktur der auf gleicher hierarchischer Ebene arbeitenden kriminellen Vereinigungen wird bei den Bekämpfungsinstrumentarien nicht in Betracht gezogen, auch sind keine Bezugnahmen auf wissenschaftliche Untersuchungen festzustellen. Gegen die Erscheinungsform der Netzstrukturkriminalität wird keine neue Bekämpfungsstrategie vorgeschlagen.

b) Fazit

Es erstaunt die tatsächliche Varianz des Begriffs der „organisierten Kriminalität“ in der Literatur, da sich vor allem bei der Begutachtung der Auffassungen polizeilicher Autoren über dieses Phänomen der Eindruck einstellt, der Begriff sei fest umrissen.

Die Existenz verschiedener krimineller Gruppierungen wird zwar von niemanden in Frage gestellt, jedoch ist die wirkliche Bedrohung durch ihre Erscheinungsform unklar. Nicht berücksichtigt wird von Befürwortern der verdeckten Fahndungsmethoden die Tatsache, dass nach der Auswertung der Statistiken sich eher ein Absinken der Gesamtzahl von Straftaten ergibt. Sichere Erkenntnisse über das wahre Ausmaß und die tatsächliche Bedrohung der Gesellschaft durch die organisierte Kriminalität in Deutschland und Nordeuropa sind nicht vorhanden. Die Kriminalstatistiken sind nur als mittelbarer Nachweis für die Existenz dieses Phänomens anzusehen. Dies begründet sich daraus, daß die Zunahme von Delikten im Rauschgiftbereich, des Menschenhandels und illegalen Waffenhandels ein arbeitsteiliges Zusammenwirken von mehreren Personen erfordert. Auch ist die erhebliche Zunahme der Delikte vor dem Hintergrund der

¹⁵⁰ Vorgänge 66, (1983), S. 3.

strategisch-zentralen Lage der Bundesrepublik,¹⁵¹ der stabilen wirtschaftlichen Lage und guten Infrastruktur¹⁵² und wachsendem Wohlstandsgefälle zwischen Ost und West¹⁵³ ein Indikator für gruppenmäßig begangenes Verbrechen. Die von allen Autoren befürchteten Auswirkungen dieser Entwicklung sind ebenfalls grundsätzlich gegeben. So ist die Gefahr erhöht, Opfer einer Straftat zu werden.¹⁵⁴ Auch Folgekosten wie erhöhte Versicherungsprämien, Ausgaben für die Drogenbekämpfung,¹⁵⁵ teilweise Korruption und auch Bedrohung der wirtschaftlichen Entwicklung in gewissen wirtschaftlichen Bereichen¹⁵⁶ sind Resultat dieses Kriminalitätsaufkommens. Zur genauen Bestimmung können die Erkenntnisse aber nicht genutzt werden.

Als brauchbarsten Ansatz für eine Bestimmung der Art und des Ausmaßes Organisierter Kriminalität lassen sich die Untersuchungen heranziehen, weil sie sich auf die unmittelbare Erforschung der tatsächlichen Gegebenheiten durch die Befragung der Sachbearbeiter bei der Polizei beziehen, die durch die unmittelbare Einbeziehung in den Fahndungsablauf einen besseren Überblick haben. Die durch die Untersuchungen gewonnenen Ergebnisse lassen nicht auf die Existenz dominierender Kartelle oder Syndikate, die für den Rechtsstaat existenzbedrohend sind, schließen. Als Ansatzpunkt für eine Verbrechensbekämpfung ist vom Gedanken auszugehen, daß die Verfolgungswürdigkeit von Straftaten nur durch die von ihnen ausgehenden Gefahren bestimmt

¹⁵¹ Gehm/Link, Kriminalistik 1992, 491 (S. 496); Schuster, DP 1990, 25 (S. 29); Ulber, Kriminalistik 1992, 81.

¹⁵² Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses DS 12/2720, S. 2; Lenhard, Kriminalistik 1991, 223 (S. 224).

¹⁵³ Schneider, Kriminologie, S. 301ff.; Schuster, DP 1990, 25 (S. 29).

¹⁵⁴ Sielaff, Kriminalistik 1992, 749; Stoiber, PolStud, 15 (S. 19); Zichert, Kriminalistik 1990, 622, (S. 623).

¹⁵⁵ Stoiber, PolStud 15 (S. 19).

¹⁵⁶ Lenhard, Kriminalistik 1991, 223 (S. 225).

werden kann.¹⁵⁷ Die Wahl der Bekämpfungsmittel ist aus rechtsstaatlichen Gründen restriktiv zu handhaben.¹⁵⁸

Alle Maßnahmen des Gesetzgebers zur Bekämpfung dieser Kriminalitätserscheinung sind vor diesem Hintergrund kritisch zu betrachten. Ob die neuen Maßnahmen diesem Anspruch gerecht werden, wird im Folgenden untersucht.

Kapitel 2:

Die neuen Regelungen -

Ein Überblick über die wichtigsten Neuerungen

A §§ 98a,b: Rasterfahndung

I. Entwicklung

Mit § 98a wurde am 15. Juli 1992¹⁵⁹ in der Strafprozeßordnung die Rasterfahndung normiert. § 98b enthält die dazu erforderlichen Durchführungsbestimmungen.¹⁶⁰

Diese Fahndungsmethode wurde bereits vor der ausdrücklichen Normierung in der StPO praktiziert¹⁶¹. Die gesetzliche Normierung dieser Bestimmungen ist vor dem im Volkszählungsurteil des BVerfG¹⁶² aufgestellten Anforderungen zu sehen,¹⁶³ in denen dem Gesetzgeber die gesetzliche Normierung der Ermächtigungen bei schwerwiegenden Eingriffen in die informationelle Selbstbestimmung des Bürgers aufgetragen wurde. Vor diesem

¹⁵⁷ Schoreit, StV 1991, S. 535.

¹⁵⁸ Schoreit, StV 1991, S. 535.

¹⁵⁹ BGBl I (1992) 1302.

¹⁶⁰ Wittig, JuS 1997, S. 961, (S. 961); HK-Lemke § 98a Rn.1.

¹⁶¹ Der Spiegel, 8.9.1986, S. 38 (S. 41): Interview mit dem ehemaligen BKA-Präsidenten Herold.

¹⁶² BVerfGE 65, S.1 (S.41ff).

¹⁶³ Wittig, JuS 1997, S. 961 (S. 961).

Hintergrund erachtete der Gesetzgeber nun eine ausdrückliche Normierung als notwendig und legte zur Begrenzung des Eingriffs die Eingriffsvoraussetzungen fest.¹⁶⁴

Die Ausübung der Maßnahmen in §§ 98a,b wird nach dem Willen des Gesetzgebers durch das Erfordernis der Bekämpfung der organisierten Kriminalität gerechtfertigt, die die BRD durch ihre Lage und Prosperität als Zielgebiet auserkoren habe.¹⁶⁵ Die zunehmende Mobilität und Anonymität der Gesellschaft hat auch das Verbrechen genutzt und sich diesem Trend angepaßt. Die Möglichkeiten des mehrfachen Immobilienbesitzes, der Veränderung des Äußeren einer Person und der Beschaffung von falschen Papieren werden eingesetzt und erschweren mit diesen neuen Methoden die traditionelle Fahndungsweise der Polizei und Staatsanwaltschaft.¹⁶⁶ Damit ist eine Personenfahndung allein mit den traditionellen Mitteln der Kontrollstellen und der Einzelfahndung oft erfolglos.¹⁶⁷

II. Durchführung

Bei dem Einsatz der Rasterfahndung werden personenbezogene Daten, die gem. §§ 98a II, 98c zu anderen Zwecken als der Strafverfolgung auf Datenträgern gespeichert sind, untereinander abgeglichen.¹⁶⁸ Nach der Erstellung eines auf den Verdächtigen zugeschnittenen Schemas werden alle Daten auf Übereinstimmungen geprüft.

Zu unterscheiden ist die positive und die negative Durchführungsweise der Rasterfahndung. Bei der negativen Methode wird ein Bestand an Daten aus dem

¹⁶⁴ HK-Lemke § 98a Rn. 3; SK-Rudolphi § 98a Rn. 3.

¹⁶⁵ Boll, Kriminalistik 1992, S. 66; BT-DS 12\2720, S. 2; Caesar, ZRP 1991; S. 241 (S. 241); Kinkel ZRP 1991, S. 409, (S. 413); Wittig, JuS 1997, S. 961 (S. 968).

¹⁶⁶ Rogall, GA 1985, S. 1 (S.2); Walder, ZStW 95 (1983), S. 862 (S. 885).

¹⁶⁷ Walder, ZStW 95 (1983), S. 862 (S. 886).

¹⁶⁸ SK-Rudolphi § 98a Rnn. 1, 2.

Ausgangsdatenbestand gelöscht, wenn sich Konvergenzen in den Vergleichsdaten ergeben. Die positive Methode umfaßt die Aufnahme der konvergenten Daten in eine neue Datei,¹⁶⁹ so daß später diese übereinstimmenden Daten die Herausfilterung der betreffenden Zielpersonengruppe ermöglichen. Danach erfolgt ein Datenabgleich nach § 98a III, durch den anhand weiterer „Filterschemata“ durch die Strafverfolgungsbehörden der Tätertyp näher konkretisiert wird.¹⁷⁰ Bei dann sich ergebendem Verdacht wird mit den herkömmlichen Fahndungsmitteln die weitere Aufklärung betrieben¹⁷¹.

Nach Beendigung der Maßnahme sind die Datenträger nach § 98b III, 1 unverzüglich an die privaten Eigentümer zurückzugeben; bei einer Datenfernübertragung sind die noch vorhandenen Daten nach § 98b III, 2 zu vernichten.¹⁷² Zum Schutz des Abgehörten sind Zufallsfunde, die den Verdacht auf andere Straftaten außerhalb des Kataloges nach § 98a I, 1 Nr. 1-6 lenken, gem. § 98 b III,2 nicht zu Beweis Zwecken in anderen Strafverfahren verwendbar.¹⁷³

Die Anordnung der Übermittlung der Daten und der dann erfolgenden Abgleichung der Daten hat laut § 98b I durch den Richter zu erfolgen. Im Eilfall kann auch durch die Staatsanwaltschaft, nicht jedoch durch deren Hilfsbeamte,¹⁷⁴ die Anordnung ergehen; danach ist unverzüglich eine richterliche Bestätigung einzuholen, sonst tritt die Maßnahme gem. § 98b I, 3 nach drei Tagen von Gesetzes wegen außer Kraft.¹⁷⁵

Um die Verpflichtung der privaten Datenbesitzer zur Herausgabe der Daten nach § 98b II an die Strafverfolgungsbehörden

¹⁶⁹ Rogall, GA 1985, 1 (S.5).

¹⁷⁰ SK-Rudolphi § 98a Rn. 2; Wittig, JuS 1997, S. 961 (S. 969).

¹⁷¹ Wittig, JuS 1997, S. 961 (S. 969).

¹⁷² HK-Lemke, § 98b Rn. 10; KK-Nack § 98b Rn. 7; SK-Rudolphi § 98b Rn. 12; Wittig, JuS 1997, S. 961 (S. 970).

¹⁷³ HK-Lemke § 98b Rn. 12; KK-Nack § 98b Rn. 11; SK-Rudolphi § 98b Rn. 14.

¹⁷⁴ KK-Nack § 98a Rn. 1.

¹⁷⁵ HK-Lemke § 98b Rn. 2; KK-Nack § 98b Rnn. 1, 2; SK-Rudolphi § 98b Rnn. 1, 5, 6.

durchzusetzen, können dabei mit Hilfe von §§ 98b II; 95 II auch Zwangsmittel eingesetzt werden.¹⁷⁶ Eine finanzielle Entschädigung für die Mitwirkung der privaten Datenbesitzer wird in § 17a ZSEG (Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen) geregelt.

Diese Methode wurde vor allem in den siebziger Jahren zur Fahndung nach Terroristen eingesetzt.¹⁷⁷ Das Bundeskriminalamt ging davon aus, daß die Terroristen die Stromrechnung in bar und unter falschem Namen zahlen würden. Alle Barzahler im vermuteten Wohnumfeld wurden mit der Meldedatei und den Grundbüchern abgeglichen, so daß am Ende die Barzahler mit falschem Namen übrigblieben. Nach weiteren vor Ort durchgeführten Ermittlungen konnte der Zugriff erfolgen.¹⁷⁸

III. Voraussetzungen

Die erste Voraussetzung für die Anordnung der Rasterfahndung ist gem. § 98b I,5 das Vorliegen von zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten, mithin bereits ein Anfangsverdacht¹⁷⁹ im Sinne von § 152 II auf eine der im Katalog von § 98a I,1 Nr. 1-6 enthaltenen Straftaten.¹⁸⁰ Er enthält Straftatbestände, von denen der Gesetzgeber ausging, daß diese besonders schwerwiegend und für Organisierte Kriminalität typisch seien.¹⁸¹ Die Postulierung einer höheren Eingriffsschwelle wurde von der Bundesregierung unter Verweis auf den Enumerativkatalog in § 98a I Nr. 1-6 nicht für notwendig erachtet.¹⁸² Dieser sei als ein die zurückhaltende Nutzung garantierendes Korrektiv ausreichend.

¹⁷⁶ Wittig, JuS 1997, S. 961 (S. 969).

¹⁷⁷ Der Spiegel 8.9.1986, S. 38 (S. 49).

¹⁷⁸ Der Spiegel 8.9.1986, S. 38 (S. 49).

¹⁷⁹ Hilger, NStZ 1992, S. 457 (S. 460); KK-Nack § 98a Rn. 5; Wittig, JuS 1997, S. 961 (S. 969).

¹⁸⁰ Hilger, NStZ 1992, S. 457 (S.462, Fn. 93); HK-Lemke § 98a Rn. 9; KK-Nack § 98a Rn. 12; Wittig, JuS 1997, S. 961 (S. 969).

¹⁸¹ BT/DS 12/989, S. 56; HK-Lemke, § 98a Rn. 4.

¹⁸² BT/DS 12/989, S. 57.

Als zweite Voraussetzung ist die Einhaltung der Subsidiaritätsklausel nach § 98b I, 2, zu beachten, die den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konkretisiert.¹⁸³ Danach ist die Rasterfahndung nur dann zulässig, wenn andere Maßnahmen weniger erfolgversprechend sind oder die Aufklärung wesentlich erschweren. Nach der erfolgten richterlichen Anordnung gem. § 98b I,1 kann mit dem Einsatz der Maßnahme begonnen werden.¹⁸⁴

B Die Regelung in § 98c

Eine Ergänzung zur Rasterfahndung ist der Datenabgleich in § 98c. Im Unterschied zu § 98a können danach von den Strafverfolgungsbehörden etwa nach §§ 161, 163, 94, 110, oder 111, 163d bereits vorhandene Daten abgeglichen werden. Dies sind Daten von bereits strafrechtlich in Erscheinung getretenen Personen. Somit werden keine Daten per se Unverdächtiger, außerhalb des „kriminalistischen Visiers“ stehender Personen erfaßt.¹⁸⁵ Für die Durchführung dieses Abgleiches ist weder eine richterliche Anordnung, noch die Beachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes in § 98a I,2, noch der Verdacht auf eine Katalogtat nach § 98a I,1 Nr. 1-6 erforderlich,¹⁸⁶ da nur schon vorhandenes Material durch die Strafverfolgungsbehörden genutzt wird.¹⁸⁷ Insbesondere können Daten aus Strafverfahrens- und Fahndungsdateien miteinander verglichen werden, um Personenfahndungen zu erleichtern.¹⁸⁸ Auch erfaßt ist der Abgleich mit „Präventivdateien“, also von Datenbeständen, die durch polizeigesetzliche Grundlage rein vorsorglich gewonnen wurden.¹⁸⁹

¹⁸³ HK-Lemke § 98a Rn. 18; KK-Nack, § 98a Rn. 6; SK-Rudolphi § 98a Rnn. 11, 12; Wittig, JuS 1997, S. 961 (S. 969).

¹⁸⁴ SK-Rudolphi § 98b Rn. 2.

¹⁸⁵ KK-Nack § 98c Rn.1; SK-Rudolphi § 98c Rn. 1; Wittig, JuS 1997, S. 961 (S. 970).

¹⁸⁶ HK-Lemke § 98c Rn. 4; SK-Rudolphi § 98c Rn. 1.

¹⁸⁷ Hilger, NStZ 1992, S. 457 (S. 461); HK-Lemke § 98c Rn. 4.

¹⁸⁸ Wittig, JuS 1997, S. 962 (S. 970).

¹⁸⁹ HK-Lemke, § 98c Rn. 3; KK-Nack § 98c Rn. 2.

C §§ 100c,d,e,f: Technische Überwachung

I. §§ 100c,d

Mit der Einfügung von § 100c in die StPO wurde erstmals der Einsatz technischer Mittel zur Observation mit Videoaufnahmen, zur Abhörung sowohl von Telefongesprächen als auch von Wohnungsgesprächen bei Verdacht des Vorliegens einer im Katalog von § 100c I enthaltenen Straftat ermöglicht.¹⁹⁰

1. § 100c I Nr. 1, 2

§ 100c Nr. 1a,b regelt jetzt ausdrücklich den Einsatz technischer Überwachungsmittel zur Observation Verdächtiger¹⁹¹, die bisher als Rechtsgrundlage herangezogenen §§ 81b, 100a und 163d wurden durch die technisch ausgereifteren Überwachungsmittel als nicht mehr ausreichend erachtet.¹⁹²

Nach § 100c I Nr. 1a sind Lichtbilddaufzeichnungen von Verdächtigen außerhalb von Wohnungen zulässig, wenn die Erforschung des Sachverhaltes oder der Aufenthaltsort des Verdächtigen sonst nicht oder nur unter sehr schweren Umständen möglich wäre.¹⁹³ Diese gilt auch für die längerfristige Observation mit Hilfe der Videoüberwachung.¹⁹⁴ Nach einer früheren Auffassung wurde die Videoüberwachung auf die zwangsfreien Maßnahmen in den §§ 161, 163 gestützt,¹⁹⁵ für einen derart massiven Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 I, 2 GG waren die Regelungen aber nicht mehr ausreichend.¹⁹⁶

¹⁹⁰ HK-Lemke § 100c Rnn. 1, 3, 4; KK-Nack § 100c Rn. 9.

¹⁹¹ HK-Lemke § 100c Rn. 10.

¹⁹² HK-Lemke § 100c Rn. 3.

¹⁹³ HK-Lemke § 100c Rn. 4; KK-Nack § 100c Rn. 7.

¹⁹⁴ BGH StV 1998, S. 169 (S.170); HK-Lemke § 100c Rn. 14.

¹⁹⁵ BGH NSStZ 1992, S. 44; Hippel\Weiß JR 1992, S. 316 (S. 320); Kramer NJW 1992, S. 2732 (S. 2734); Kusica\Leineweber NJW 1984, S.2068 (S. 2072); Rebmann NJW 1985, S. 1 (S. 3); Steinke DVBl 1980, S. 433 (438).

¹⁹⁶ Merten NJW 1992, S. 354.

Von § 100c I Nr. 1b wird der Einsatz solcher Mittel erfaßt, die nicht zum Aufzeichnen von Wort und Bild geeignet sind, wie etwa Nachtsichtgeräte, Peilsender oder Bewegungsmelder.¹⁹⁷ Die Verwendung von Standartgeräten fällt dagegen weiterhin unter die §§ 161, 163.¹⁹⁸ Die Anordnung zur Observation darf nach der in § 100c I Nr. 1 niedergelegten Subsidiaritätsklausel nur dann erfolgen, wenn die Erforschung des Sachverhaltes sonst weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.¹⁹⁹

In § 100c I Nr.2 ist der sogenannte „kleine Lauschangriff“²⁰⁰ geregelt.²⁰¹

In den Fällen von § 100c I Nr. 2 kann das nichtöffentlich gesprochene Wort außerhalb von Wohnungen, wie etwa in Geschäfts- und Büroräumen, sowie PKW²⁰² aufgezeichnet werden, wenn die Voraussetzungen des Verdachtes auf Begehung einer im Katalog von § 100a enthaltenen Straftat vorliegen. Bedingung ist auch hier, daß die Subsidiaritätsklausel²⁰³ und nach § 100d die richterliche oder staatsanwaltschaftliche Anordnung beachtet wird.

2. § 100c I Nr. 3: Voraussetzungen

§ 100c I Nr. 3 regelt den „Großen Lauschangriff“, der auch die Abhörung nichtöffentlicher Gespräche in den Wohnungen von Personen zuläßt, wenn der Verdacht auf Begehung einer der in § 100c I Nr. 1 a-f aufgelisteten Straftatbestände besteht. Dazu gehören Tatbestände, die der Gesetzgeber als besonders schwer eingestuft hat oder die typischerweise organisiert begangen würden.²⁰⁴ Der Einsatz der Maßnahme kann sich nach § 100c II

¹⁹⁷ HK-Lemke § 100c Rn. 8; KK-Nack § 100c Rn. 10.

¹⁹⁸ HK-Lemke § 100c Rn. 8.

¹⁹⁹ HK-Lemke § 100c Rn. 14; KK-Nack § 100c Rn. 36.

²⁰⁰ HK-Lemke § 100d Rn. 1.

²⁰¹ HK-Lemke § 100d Rn. 1.

²⁰² BGH StV 1997, S. 400; HK-Lemke § 100c Rnn. 11,12.

²⁰³ HK-Lemke § 100c Rn. 14.

²⁰⁴ HK-Lemke § 100c Rn. 16; KK-Nack § 100c Rn. 44.

auch gegen andere Personen als den Beschuldigten richten, wenn die erschwerte Voraussetzungen nach § 100c II, 4,5 erfüllt sind.²⁰⁵

Ausgenommen von einer Maßnahme nach § 100c I Nr. 3 sind gem. § 100d III 1,2 grundsätzlich die nach §§ 52, 53a Zeugnisverweigerungsberechtigten. Wenn aber der Verdacht einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei nach § 100d III, 4 besteht, also eine Verstrickung dieser Person in den Fall selber vorliegt, kann die Maßnahme dennoch angeordnet werden.²⁰⁶ Eine weitere Ausnahme besteht dann, wenn diese Personen von ihrer Schweigepflicht entbunden sind.²⁰⁷

Voraussetzung für eine Anordnung ist auch bei § 100c I Nr. 3 ein Verdacht auf das Vorliegen einer Katalogtat.²⁰⁸ Die Anordnung kann gem. § 100d IV,1 maximal für vier Wochen gegeben werden, eine einmalige Verlängerung um dieselbe Zeit ist möglich.²⁰⁹ Die Maßnahme ist nach § 100d IV, 3; 100b IV, VI unverzüglich nach Entfallen des Bedürfnisses zu beenden.²¹⁰

Zu Beweis Zwecken verwertbar sind Informationen aus § 100d V, wenn sich bei der Analyse der Aufzeichnungen Hinweise zur Aufklärung von anderen Straftaten aus dem Katalog von § 100c I Nr. 3 ergeben.²¹¹

3. § 100c II, III: Zielrichtung

Der Lauschangriff nach 100c I Nr. 3 ist gem. § 100c II grundsätzlich nur gegen den Beschuldigten zu richten; ausnahmsweise sind die Maßnahmen auch gegen Dritte zulässig, wenn die verschärften Voraussetzungen nach § 100c II, 2,3 erfüllt werden. § 100c III normiert explizit, daß die Maßnahmen auch

²⁰⁵ HK-Lemke § 100c Rn. 19; KK-Nack § 100 Rn. 49.

²⁰⁶ HK-Lemke § 100d Rn. 11; KK-Nack § 100d Rn. 27.

²⁰⁷ HK-Lemke § 100d Rn. 12.

²⁰⁸ HK-Lemke § 100d Rn. 17; KK-Nack § 100d Rn. 40.

²⁰⁹ HK-Lemke § 100d Rn. 16; KK-Nack § 100d Rn. 20.

²¹⁰ HK-Lemke § 100d Rn. 17; KK-Nack § 100d Rn. 15.

²¹¹ HK-Lemke § 100d Rn. 18; KK-Nack § 100d Rn. 22.

dann zulässig sind, wenn Dritte unvermeidbar neben der eigentlichen Zielperson betroffen sind. Damit wird dem Bürger ein persönliches Sonderopfer abverlangt.²¹²

II. § 100e: Berichterstattung

§ 100e regelt die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft zur Berichterstattung über die Einsätze. Nach § 100e I ist sie den jeweils zuständigen obersten Justizbehörden verpflichtet, spätestens nach drei Monaten Bericht über die durchgeführten Maßnahmen zu erstatten²¹³, nach Satz 2 muß nach Abschluß des Verfahrens der Bericht ergänzt werden, um den Erfolg oder Mißerfolg der Maßnahme zu dokumentieren und der obersten Justizbehörde Kontrolle über die Effizienz zu ermöglichen.²¹⁴ Absatz 2 verpflichtet die Bundesregierung, auf Grundlage der Länderberichte den Bundestag zu informieren.²¹⁵

III. § 100f: Verwendungszweckbestimmung

In § 100f werden die Verwendungsregelungen für die von den nach § 100c I erlangten Ergebnisse getroffen.²¹⁶ Nach Absatz eins ist die Verwendung nur für Zwecke des Verfahrens nach § 100d V,2 möglich. Nur in Ausnahmefällen ist eine präventive Verwendungsmöglichkeit zulässig, wenn eine Gefahr für Leib, Leben, Freiheit einer Person oder erhebliche Sachwerte besteht.²¹⁷ Absatz 2 läßt die Verwendung von Informationen, die durch eine landespolizeiliche Maßnahme gleicher Art gewonnen wurden, zu Beweis Zwecken zu, wenn die Voraussetzungen nach § 100 c I Nr. 3 erfüllt sind.²¹⁸

²¹² HK-Lemke § 100d Rn. 24; KK-Nack § 100d Rn. 21.

²¹³ HK-Lemke § 100d Rn. 1; KK-Nack § 100d Rn. 2.

²¹⁴ HK-Lemke § 100e Rn. 3.

²¹⁵ HK-Lemke § 100e Rn. 5; KK-Nack § 100e Rn. 1.

²¹⁶ HK-Lemke § 100f Rn. 1.

²¹⁷ HK-Lemke § 100f Rn. 2; KK-Nack § 100f Rn. 2,3.

²¹⁸ HK-Lemke, § 100f Rn. 4; KK-Nack § 100f Rn. 6.

D Der Verdeckte Ermittler: §§ 110 ff.

I §§ 110a,b,c: Begriffsbestimmung und Voraussetzungen

Als weiteres Instrument zur Bekämpfung von organisierten Verbrecherstrukturen hat der Gesetzgeber 1992 den Einsatz des Verdeckten Ermittlers in die StPO aufgenommen. Diese Personen werden gezielt in kriminelle Strukturen eingeschleust, um damit Informationen aus erster Hand zu erhalten.²¹⁹ Die gesetzliche Regelung löste die alte Rechtsgrundlage, die sogenannten „Gemeinsamen Richtlinien der Justiz- und Innenressorts der Länder“, die als nicht mehr ausreichend erachtet wurde, ab.²²⁰ Der Einsatz war bisher schon durch die Länderpolizeigesetze zum Teil erlaubt.²²¹

Nach § 110a II sind verdeckte Ermittler als Polizeibeamte, die unter einer auf Dauer angelegten, veränderten Identität arbeiten, definiert.²²² Das Merkmal der Dauer ist nicht zeitlich zu sehen. Entscheidend ist, daß der Auftrag über einige wenige, konkret bestimmte Ermittlungshandlungen hinausgeht. Es muß dazu eine unbestimmte Vielzahl von Personen über die wahre Identität des Polizeibeamten getäuscht werden. Von der Art und Umfang des Einsatzes muß von vorneherein abzusehen sein, daß die Identität des Beamten im zukünftigen Strafverfahren auf Dauer geheimgehalten werden muß.²²³

Kein solcher Einsatz ist deshalb die Aktivität eines Polizeibeamten, der kurzzeitig als ein Scheinaufkäufer für Rauschgift auftritt.²²⁴ Zwar wird teilweise ein Gegensatz von Scheinaufkäufer und

²¹⁹ HK-Lemke § 110 Rn. 2.

²²⁰ HK-Lemke § 110 Rn. 4.

²²¹ So die Regelungen in § 20 II OBG NW; §§ 22,24 BWPolG; §§, 33, 34 PAG Bay; § 26 ASOG Bln; § 39 VG PolG BBG; § 28 SaarlPolG; § 41 SächsPolG; § 18 SOG LSA; § 36 Thür PAG.

²²² KK-Nack § 110a Rn. 5; SK-Rudolphi § 110a Rnn. 12,13.

²²³ BGH, JR 1996, 515 (S. 515, 516).

²²⁴ BGH, JR 1996, 515 (S. 516).

Verdecktem Ermittler bestritten,²²⁵ jedoch ist bei einer längeren falschen Identitätsverwendung gegenüber einer Vielzahl von Personen im Rechtsverkehr von einem qualitativen Unterschied zwischen den beiden Formen auszugehen.²²⁶

Voraussetzung für seinen Einsatz ist die schriftliche Zustimmung der Staatsanwaltschaft nach § 110b I; in Eilfällen ist binnen dreier Tage deren Zustimmung herbeizuführen. Die richterliche Zustimmung ist für Fälle des § 110b II erforderlich, so für Einsätze gegen eine bestimmte Person oder das Betreten nicht allgemein zugänglicher Räume, wie Hinterzimmer von Banken oder Kaufhäusern.²²⁷ Auch hier gilt gem. § 110b II, 2 die Ausnahme von der richterlichen Anordnung, wenn Gefahr im Verzug ist.

Der Einsatz des Verdeckter Ermittlers ist an zwei Voraussetzungen gebunden:

- Erstens die Beachtung des in § 110a I niedergelegten Straftatbestandskataloges, für den mindestens ein Anfangsverdacht nach § 152 II,²²⁸ vorliegen muß und
- zweitens die in § 110a I,2 festgelegte Subsidiaritätsklausel als ultima ratio²²⁹, die verlangt, daß die Aufklärung der Tat auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

Abweichend von dem Katalog in § 110a I ist nach der Generalklausel der Einsatz gem. § 110a I,4 auch dann zulässig, wenn Verbrechen begangen wurden und die Bedeutung der Tat den Einsatz gebietet.²³⁰

Der Verdeckte Ermittler hat gem. §§ 110a III für die Erstellung der Legende auch die Möglichkeit, entsprechende Urkunden zu verändern oder herzustellen, so etwa Führerscheine, Pässe oder

²²⁵ Rogall, JZ 1996, 260 (S. 263).

²²⁶ Beulke/Rogat, JR 1996, 517.

²²⁷ HK-Lemke § 110b Rn. 5.

²²⁸ KK-Nack § 110a Rn. Rn. 13; SK-Rudolphi § 110a Rn.8.

²²⁹ SK-Rudolphi § 110a Rn. 9.

²³⁰ HK-Lemke § 110a Rnn. 16,17; KK-Nack § 110a Rn. 21.

Zeugnisse.²³¹ Der beamtenrechtliche Status der verdeckten Ermittler läßt die vollständige disziplinarrechtliche Kontrolle durch die Dienstaufsicht zu,²³² im Unterschied dazu fallen V-Leute, die nicht von § 110a erfaßt werden, nicht unter diese Kontrolle.²³³ V-Leute sind ausschließlich privatrechtlich tätig und kooperieren längere Zeit mit den Ermittlungsbehörden.²³⁴ Fehlverhalten dieser Personen muß sich somit auch nicht der Staat in Amtshaftungsprozessen zurechnen lassen, es sei denn, die Rechtsgutverletzung geschah auf Anweisung.²³⁵ Zwar ist der Einsatz der V-Leute nicht geregelt, er wird aber nicht als verboten angesehen.²³⁶ Nur bei schweren Gesetzesverstößen, etwa § 136a, können die Informationen unverwertbar sein.²³⁷ Im Gegensatz dazu sind Aussagen des V-Mannes vor Gericht auch verwertbar, wenn diese eigentlich einem Zeugnisverweigerungsrecht unterliegen.²³⁸

II. §§ 110d,e: Benachrichtigungspflicht und Verwertbarkeit

§ 110d I verlangt die Benachrichtigung von Personen, deren Wohnung nach § 110b II Nr. 2 betreten worden ist. Die Entscheidung über die Benachrichtigung trifft die Staatsanwaltschaft.²³⁹ § 110d II regelt die Aktenverwahrung bei der Staatsanwaltschaft; § 110e normiert, daß die gewonnenen Informationen durch den verdeckten Ermittler in anderen Strafverfahren –entsprechend § 98b III²⁴⁰– mit zu Beweis Zwecken herbeigezogen werden können, wenn die Tat den Straftatbestandskatalog aus § 110a erfüllt.

²³¹ HK-Lemke § 110a Rn. 14; KK-Nack § 110a Rn. 10; SK-Rudolphi § 110a Rn. 15.

²³² BT-DS 12\989, S. 42; KK-Nack § 110a Rn. 5; SK-Rudolphi § 110a Rn. 13.

²³³ HK-Lemke § 110a Rn. 5; SK-Rudolphi § 110a Rnn. 3,14.

²³⁴ KK-Nack § 110a Rn. 9.

²³⁵ HK-Lemke § 110a Rn. 5.

²³⁶ BT-DS 12\989, S. 41.

²³⁷ HK-Lemke § 110a Rn.5.

²³⁸ BGH, NStZ 1994, S. 593.

²³⁹ HK-Lemke § 110d Rn. 2.

²⁴⁰ HK-Lemke § 110e Rn. 1.

E Die Schleppnetzfahndung nach § 163d

I. Regelungsinhalt

Die Regelung in § 163d sieht die Durchführung der sog. „Schleppnetzfahndung“ vor. Diese Terminologie wird allerdings nicht im Gesetz verwendet und wegen der mit diesem Ausdruck verbundenen Konnotation des wehrlosen Ausgesetztseins kritisiert²⁴¹. Die Maßnahme basiert auf dem Abgleich der an Grenzkontrollstellen nach § 111 angefallenen Daten und kann angeordnet werden, wenn der konkrete Verdacht²⁴² der Begehung einer im Katalog aufgeführten Tat vorliegt.²⁴³

Damit werden hier, wie bei der Rasterfahndung, Daten Unverdächtiger gesammelt. Im Unterschied dazu werden bei diesem Einsatz die Daten erst durch die Staatsorgane gewonnen und nicht bereits vorhandene private Datenpools genutzt.²⁴⁴

II. Procedere der Maßnahme

1. Vorbeurteilung der Relevanz

Es muß für eine Anordnung eine wahrscheinliche Relevanz der Daten als erfolgstaugliches Mittel für die Aufklärung der Tat gegeben sein, die einen der in § 163d I,1 erfaßten Tatbestände erfüllt und das verhältnismäßig mildeste Mittel zur Aufklärung darstellt. Dies ist aus einer *ex-ante* Sicht zu beurteilen.²⁴⁵ Im Fall der Rechtswidrigkeit der Anordnung sind die Daten von einem Verwertungsverbot betroffen.²⁴⁶

²⁴¹ Kühl NJW 1987, S. 737 (S.739).

²⁴² KK-Schoreit § 163d Rn. 8.

²⁴³ Wittig, JuS 1997, S. 961 (S.962); KK-Schoreit § 163d Rn. 6.

²⁴⁴ Wittig, JuS 1997, S. 961 (S.962); KK-Schoreit § 163d Rn. 8,23.

²⁴⁵ Wittig, JuS 1997, S. 961 (S.966).

²⁴⁶ HK-Krehl § 163d Rnn, 4,5; LR-Rieß § 163d Rnn. 75ff; Wittig, JuS 1997, S. 961 (S. 964).

2. Richterliche Anordnung der Maßnahme

Die Anordnung der Schleppnetzfehndung hat durch den Richter; sonst im Eilfall durch die Staatsanwaltschaft nach § 163d II zu erfolgen, die binnen dreier Tage eine richterliche Bestätigung einzuholen hat, da sonst die Anordnung außer Kraft tritt. Erst nach der Anordnung gewonnene Daten sind verwertbar.²⁴⁷ Diese können auch nur für repressive Zwecke verwandt werden.²⁴⁸ Zufallsfunde bei der Datenauswertung jedoch, die etwa gem. § 163d IV, 5 zur Aufklärung von Straftaten oder der Ermittlung einer Person dienen können, sind verwertbar.²⁴⁹

III. Beispiel

Beispielhaft für die Schleppnetzfehndung ist dabei die Vorgehensweise während der Schleyer-Entführung. Es wurden Erpresserbriefe von dem Pariser Bahnhof Gare du Nord abgeschickt, deren Briefmarken durch Speichelproben einer Person zugeordnet werden konnten. Daher wurden alle Personendaten des Nachtexpresszuges von Deutschland nach Frankreich, der kurz vor dem Aufgabendatum ankam, abgeglichen. Aus dem tausende Namen umfassenden Bestand wurde dann der Terrorist Lotze ermittelt²⁵⁰.

F § 163e: Polizeiliche Beobachtung

§ 163e sieht die Erstellung eines Persönlichkeitsbildes des Verdächtigen vor, wenn Anhaltspunkte vorliegen, daß Straftaten von erheblicher Bedeutung begangen wurden. Das Ergebnis hängt

²⁴⁷HK-Krehl § 163d Rn. 14; KK-Schoreit § 163d Rn. 30; Wittig, JuS 1997, S. 961 (S. 964).

²⁴⁸HK-Krehl § 163d Rn. 14; KK-Schoreit § 163d Rn. 27; Wittig, JuS 1997, S. 961 (S. 967).

²⁴⁹KK-Schoreit § 163d Rn. 42; LR-Rieß § 163d Rn. 71; Wittig, JuS 1997, S. 961 (S. 967).

²⁵⁰Der Spiegel, 8.9.1986, S. 38 (S. 42): Interview mit dem ehem. BKA-Präsidenten Herold.

damit vom Zufall durch die langfristige Sammlung von Daten über den Verdächtigen ab.²⁵¹ Dadurch soll ein Bewegungsbild des Verdächtigen erstellt werden. § 163e I, II, III gibt dazu die ausdrückliche Befugnis zur Datenerhebung, Übermittlung, Speicherung und Nutzung.²⁵² Nach § 163e I,3 können auch die Daten unverdächtig Personen gespeichert werden, die in Verbindung mit dem Verdächtigen stehen, z.B. Verwandte der Zielperson;²⁵³ nach § 163e III können auch Daten von unverdächtigen Begleitern der Zielperson erfaßt werden.²⁵⁴

G Polizeigesetzliche Neuregelungen

Durch neue polizeigesetzliche Ermächtigungsgrundlagen kann zur Verhinderung von drohenden Gefahren für Freiheit, Leib, Leben und Gesundheit eine akustische Überwachung der Wohnung eines Verdächtigen durchgeführt werden. Die Tatbestände variieren zwar in Einzelheiten, jedoch entspricht der Grundtenor der landesgesetzlichen Regelungen dieser Zielrichtung. Ebenfalls kann bei einer gleichgearteten Gefahrenlage die akustische Überwachung außerhalb von Wohnungen, durchgeführt werden.

In einigen Bundesländern kann ein Lauschangriff außerhalb und innerhalb von Wohnungen bereits dann durchgeführt werden, wenn „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Betreffende Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen wird“. Diese Kompetenz ist nicht einheitlich in allen Bundesländern geregelt. Ein Teil der Bundesländer läßt Abhörmaßnahmen unter dieser Voraussetzung nur außerhalb von Wohnungen zu.

²⁵¹ KK-Schoreit § 163e Rn. 6; Krahl, NStZ 1998 S. 339 (S. 339); SK-Wolter § 163e Rn. 10.

²⁵² HK-Krehl § 163e Rn. 1; KK-Schoreit § 163e Rn. 6; Krahl NStZ 1998, S. 339 (S. 340); SK-Wolter § 163e Rn. 11.

²⁵³ HK-Krehl § 163e Rn. 5; Krahl NStZ 1998 S. 339 (S. 341); KK-Schoreit § 163e Rn. 17.

²⁵⁴ HK-Krehl § 163e RN. 7; Krahl NStZ 1998 S. 339 (S. 341); SK-Wolter § 163e Rn. 12.

H Die neuen Kontrollbefugnisse des BGS und der Polizei

I. BGS

Dem BGS wird die Kompetenz in §§ 2-13 BGS zugewiesen, zum Schutz der staatlichen Grenzen und staatlichen Einrichtungen tätig zu werden. In § 23 I Nr. 1c BGS ihm die Möglichkeit gewährt, bis zu einer Entfernung von 30 km die Identität einer Person festzustellen, und zur Verhinderung von Straftaten gem. §§ 44 II, 12 I Nr. 1-4 BGS auch Sachen zu durchsuchen.²⁵⁵ Die Regelung verdachtsunabhängiger Kontrollen findet sich in § 23 Ia BGS. Im Bundesgebiet können danach in Zügen, auf Bahnhöfen und Flughäfen Identitätskontrollen durchgeführt und Sachen in Augenschein genommen werden, ohne daß ein Verdacht auf eine Straftat vorliegen muß.²⁵⁶

II. Länderpolizeigesetze

In der ersten Hälfte der 90er Jahre wurde in vielen Länderpolizeigesetzen die sogenannte „Schleierfahndung“ eingeführt.²⁵⁷ Bayern normierte als erstes Bundesland die Befugnis der Polizei, im Grenzgebiet innerhalb von 30 km auf Durchgangsstraßen und anderen Straßen, die von erheblicher Bedeutung für den grenzüberschreitenden Verkehr sind, Kontrollen durchzuführen, wenn die Gefahr besteht, daß Straftaten erheblicher Art begangen werden sollen. Dabei können Ausweispapiere kontrolliert und Sachen in Augenschein genommen werden. Anordnungsbefugt ist jeweils der Polizeipräsident oder dessen Nachfolger im Amt. Abweichend davon werden in Sachsen in § 19 I, 1 Nr. 5 SächsPolG neben den oben angeführten Örtlichkeiten

²⁵⁵Walter, DP 2\1999, S. 33 (S. 36).

²⁵⁶Walter, DP 2\1999, S. 33 (S. 36).

²⁵⁷Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen, Thüringen.

auch öffentliche Anlagen, Einrichtungen und Aufenthaltsorte in unmittelbarer Nähe und Bundesfernstraßen erfaßt. Die weitesten Regelungen sind in Berlin, Brandenburg und Niedersachsen normiert worden; dort können im gesamten Verkehrsraum Kontrollen durchgeführt werden. Eine Beschränkung in örtlicher Hinsicht existiert nicht. Nur die Situation muß auch hier darauf hinweisen, daß Straftaten erheblicher Bedeutung begangen werden könnten.

I Zusammenfassung der neuen Befugnisse

Die Raster- und Schleppnetzfehndung, die akustische Kontrolle durch die Telefon- und Wohnungsüberwachung, die Erstellung eines Bewegungsbildes und die verdachtsunabhängigen Kontrollen sind die vom Gesetzgeber als wirksamste Mittel angesehenen Eingriffsbefugnisse, mit denen die organisierte Kriminalität eingedämmt werden soll.

Kapitel 3:

Bewertung der Maßnahmen

A Strafprozessuale Maßnahmen

I. Analyse von §§ 98a und 163d:

Raster- und Schleppnetzfehndung

1. Vorbemerkung

Die bei der Rasterfehndung durchgeführte Analyse eines besonders großen Datenbestandes unverdächtiger Personen, die nur zufällig den festgelegten Suchkriterien entsprechen, findet ein Pendant in der Struktur der Schleppnetzfehndung in § 163d, die auch den

Ableich von massenhaft anfallenden Daten erfaßt.²⁵⁸ Die Regelung wurde gegen Ende der Siebziger Jahre zur Bekämpfung des Terrorismus entwickelt. In die StPO wurde sie mit der gleichen Begründung wie die Normierung des großen Lauschangriffs aufgenommen. Da sie sich zur Bekämpfung auch der Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität einsetzen läßt, sind beide Methoden zusammen zu analysieren.

2. Strafprozessuale Probleme

a) Verdachtserfordernisse

Der Einsatz der Rasterfahndung soll nach dem Willen des Gesetzgebers auf bestimmte Fälle beschränkt werden, um einer Ausuferung der Anwendung vorzubeugen.

aa) Unterschiede in den Voraussetzungen

Es ist ein Unterschied zwischen der Raster- und Schleppnetzfangung bezüglich der Höhe der Einsatzschwelle festzustellen. Gemäß § 98a I genügen bereits „hinreichende“ tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Straftat von erheblicher Bedeutung auf dem Gebiet des Kataloges in 98a I Nr. 1-6 für die Erteilung einer richterlichen Anordnung. Ein Verdacht im Sinne von § 152 II ist damit nicht erforderlich, da dort von „zureichenden“ Anhaltspunkten ausgegangen wird. Diese sind nach dem Wortlaut enger gefaßt als die „hinreichenden“ Merkmale.

Nach § 163d ist ausdrücklich der Verdacht der Begehung einer der Katalogtaten für den Einsatz der Schleppnetzfangung erforderlich.²⁵⁹ Dieser Verdacht muß der Regelung in § 152 II StPO entsprechen, die zwar den Verdacht einer begangenen Straftat,²⁶⁰ nicht aber den konkreten Verdacht erfordert, um

²⁵⁸ Hilger, NStZ 1992, S. 457 (S. 462).

²⁵⁹ HK-Krehl, § 163d Rn. 3.

²⁶⁰ Walder, ZStW 95 (1983), S. 862 (S. 863, 875).

straftprozessuale Ermittlungen einzuleiten.²⁶¹ Die Maßnahmen müssen geeignet sein, Antworten auf die offenen Fragen zu geben,²⁶² „blinde Ermittlungen“, die ohne jede Beziehung zu den Tatsachen des Falles wie den Ursachen, den Zeitpunkt und das Umfeld der Tat stehen, sind unzulässig.²⁶³

Es ist vom Wortlaut her eher möglich, eine Durchführungsanordnung für die Rasterfahndung zu bekommen, als für die Schleppnetzfahndung. Ein Ansatz der Rechtfertigung könnte bei der verschiedenen Intensität der Auswirkungen zu sehen sein, da bei der Schleppnetzfahndung der Bürger unmittelbar Objekt der Maßnahme wird. Die Schleppnetzfahndung führt zu einer direkt spürbaren Einschränkung des Schutzbereiches von Art. 2 I GG. Allerdings ist durch das Bundesverfassungsgericht bereits im Volkszählungsurteil festgehalten worden, daß die Abgrenzung zwischen Fühlbarkeit und Nichtfühlbarkeit des Eingriffes für die Bestimmung eines Eingriffes in Grundrechte nicht zulässig ist.

Analog läßt sich hier dieser Gedanke für die Begründung heranziehen, daß eine Unterscheidung zwischen der „Fühlbarkeit und Nichtfühlbarkeit“ des Eingriffes für den Einzelnen nicht zu unterschiedlichen Voraussetzungen des Verdachtserfordernisses führen darf. Beide Maßnahmen stehen auf einer horizontalen rechtlichen Ebene. Deshalb bedürfen beide eines Verdachtserfordernisses nach § 152 II. Die unterschiedliche Behandlung der Voraussetzungen entbehrt damit einer Grundlage.

bb) Gefahr des Ausforschungsbeweises

Bei der Beschlagnahme von Datenträgern besteht die Schwierigkeit der Konkretisierung des Gegenstandes durch den zuständigen Richter: die Nähe eines unzulässigen Ausforschungsbeweises wird immer größer, je mehr Datenträger

²⁶¹ Walder, ZStW 95 (1983), S. 862 (S. 868).

²⁶² Walder, ZStW 95 (1983), S. 862 (S. 875).

²⁶³ Walder, ZStW 95 (1983), S. 862 (S. 876).

auf der Beschlagnahmeliste stehen.²⁶⁴ Diese Gefahr wird vor dem Hintergrund der immer größeren informationellen Vernetzung und Datenvorratshaltung durch EDV-Verwaltung immer konkreter.

b) Verdachtsumkehrung

Desweiteren wird durch die Umkehrung des „gewöhnlichen“ strafprozessualen Ermittlungsganges²⁶⁵ der Kreis der Verdächtigen bei der Raster- und der Schleppnetzfehndung durch die Überprüfung von Daten unverdächtiger Personen ermittelt.²⁶⁶ Diese Ermittlungsmethodik kollidiert mit der bisherigen Praxis der Strafprozeßordnung, nach der verdächtige Personen im Rahmen von Überprüfungen bei Fahndungen betroffen sein durften. Hier werden viele Nichtverdächtige ins Visier genommen,²⁶⁷ so daß die abstrakte Suche die konkrete Ermittlung ersetzt.²⁶⁸

Im herausgefilterten Personenkreis gelangt immer eine Vielzahl Dritter mit in die Überprüfung.²⁶⁹ Diesen Unbeteiligten wird auferlegt, durch die Art der Fahndung einen Eingriff in die persönliche Intimsphäre bei sensiblen Daten zu dulden, wenn sie vom Rasterschema erfaßt sind.

c) Richtervorbehalt

Der Gesetzgeber will der Gefahr der Ausuferung und des Mißbrauchs dieses Ermittlungsinstrumentes mit der Normierung des Richtervorbehalts in § 98a I,2 entgegenzutreten.

Grundsätzlich ist das Erfordernis der richterlichen Entscheidung als Voraussetzung für die Durchführung der Maßnahme nach § 98a

²⁶⁴ Rogall, GA 1985, S. 1 (S. 17).

²⁶⁵ Rogall, GA 1985, S. 1 (S. 5).

²⁶⁶ Rogall, GA 1985, S. 1 (S. 4).

²⁶⁷ Rogall, GA 1985, S. 1 (S. 4).

²⁶⁸ Rogall, GA 1985, S. 1 (S. 4,5).

²⁶⁹ Ungnade, WM 1993, S. 2069 (S. 2073).

und der anderen heimlichen Ermittlungsmethoden nur eine auf die Rechtmäßigkeit, nicht aber auf die Zweckmäßigkeit hin überprüfbare Genehmigung zu betrachten.²⁷⁰ Die Prognose hinsichtlich des Erfolges der Maßnahme anhand der zu erwartenden Aufklärungsschwierigkeiten ist damit immer eine individuelle Einschätzungsfrage.

d) Benachrichtigungsermessen

Nach § 98a IV iVm. § 163d V ist der Betroffene, gegen den nach der Auswertung der Datensätze ermittelt wurde, grundsätzlich zu benachrichtigen. Das kann aber erst dann erfolgen, wenn keine Gefährdung des Untersuchungszweckes oder der Allgemeinheit besteht.²⁷¹ Den Behörden ist insoweit ein Entscheidungsermessen eingeräumt. Das birgt die Gefahr, daß zur Verhinderung von nachträglichen Prozessen die Zielperson über die Maßnahme im Unklaren gelassen wird.

Insbesondere ist keine absolute zeitliche Grenze gesetzt, nach deren Ablauf eine Informationspflicht besteht. Damit stellt die Regelung kein wirksames Schutzinstrument gegen die Sammlung persönlicher Daten dar.

Eine effektive übergeordnete Kontrolle über diese Maßnahmen ist nicht vorhanden. Dies ergibt sich aus dem 15. Tätigkeitsbericht des Bundesdatenschutzbeauftragten.²⁷² Nicht einmal statistisches Material über die Häufigkeit des Einsatzes solcher Maßnahmen liegt danach vor. Dieses Manko läßt daran zweifeln, ob wirklich eine effiziente Kontrolle durch die Datenschutzbehörden ausgeübt werden kann, oder ob nicht allein der anordnende Richter die einzig effektive Kontrollinstanz ist.

²⁷⁰ Krauß, StV 1989, 315 (S. 324).

²⁷¹ Wittig, JuS 1997, S. 961 (S. 970).

²⁷² BT-DS 13\1150, S. 27.

Die Benachrichtigungspflicht an die Datenschutzbehörden nach § 98b IV, 2 stellt nur eine rein informationelle Handlung dar, denn die Wahl der Rasterarten wird allein den ermittelnden Behörden überlassen. Die Einhaltung des Übermaßverbotes entzieht sich damit einer Kontrolle.

e) Ergebnis zur strafprozessualen Problematik

aa) Bewertung

Die mit der Subsidiaritätsklausel beabsichtigte quantitative und qualitative Beschränkung der Überwachungsmaßnahme ist nicht gelungen. Aufgrund der offenen Formulierung der Subsidiaritätsklauseln ist für den anordnenden Richter kein Anhaltspunkt für eine Grenzziehung gegeben. Dies gilt sowohl für die erfolgsorientierten Begriffe, als auch für die Erschwernismerkmale. Beide sind nicht justitiabel.

Desweiteren ist das einzige Hindernis des Verdachtserfordernisses, das die beantragende Behörde beim Richter überwinden muß, nur bei § 163d vorhanden. Diese Voraussetzung ist nicht einmal bei der Rasterfahndung nach § 98a I gegeben.

bb) Ausblick

Die Gefahr einer übermäßigen Nutzung dieser Fahndungsmethode sollte nicht unterschätzt werden, auch wenn momentan die absolute Anzahl der Rasterfahndungen im Vergleich zu anderen Ermittlungstätigkeiten eher gering einzuschätzen ist. Diese Annahme begründet sich allein auf den noch bestehenden hohen technischen Aufwand dieser Maßnahme. Bei der zunehmenden informellen Verknüpfung von Datensystemen läßt sich eine Zunahme der Einsatzhäufigkeit vorhersagen.

II. § 98c: Zweckbindung der Daten

Zentraler Punkt ist die Beachtung des verfassungsrechtlichen Postulates der Zweckbindung der Daten, das durch das Bundesverfassungsgericht aufgestellt wurde.²⁷³ Die Verwendung von bereits bei den Strafverfolgungs- und Länderpolizeibehörden gespeicherten Daten wird mit dieser Vorschrift ausdrücklich gesetzlich erlaubt.

Vom Bundesverfassungsgericht wird eine bereichsspezifische und „präzise“ Zweckbestimmung persönlicher Informationen gefordert. Hier aber werden gem. § 98c, 1 auch Daten, die zu präventiven Zwecken gesammelt wurden, zur Aufklärung von Straftaten oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes verwendet.

Die Zulässigkeit der Durchbrechung des Verwendungszweckes wird in der Literatur und der polizeilichen Praxis unterschiedlich beurteilt.

1. Befürworter der Doppelverwendung

Das Bundesverwaltungsgericht vertrat in einem Urteil aus dem Jahr 1991 die Auffassung, daß eine Doppelverwertung unter bestimmten Umständen zulässig sei.²⁷⁴ Argumentiert wird, daß jede Strafverfolgung auch der Entdeckung des Täters und damit der Verhinderung zukünftiger Straftaten diene. Das rechtsstaatliche Gebot der Verfolgung von Straftaten erschöpfe sich nicht allein in der Verfolgung, sondern erfasse die Verbrechensbekämpfung im weiteren Sinne, die das Funktionieren eines polizeilichen Informationswesens voraussetze. Die Strafverfolgung sei damit in einem umfassenden Sinne zu verstehen. Daraus wird ein einheitlicher „Sicherheitsdatentypus“ kreiert, der die Verwendung Daten repressiver und präventiver Art für beide Zwecke zuläßt.

²⁷³ BVerfGE 65, 1 ff.

²⁷⁴ BVerwG, JZ 1991, 473.

Die Anhänger eines „Grundrechts auf Sicherheit“ stimmen einem Doppelgebrauch ebenfalls zu.²⁷⁵ Sie postulieren ein dem Grundgesetz inhärentes Grundrecht, aus dem eine prozessuale Verfahrenseffizienz abgeleitet wird, das eine eigene Informationseinheit bilde.²⁷⁶ Die Aufrechterhaltung der Sicherheit im gesamten Gemeinwesen wird von diesen Autoren als eine allumfassende polizeiliche Aufgabe betrachtet. Im Ergebnis ist danach die Nutzung sämtlicher personenbezogener Daten, die aus Sicherheitsgründen erfolgten, sowohl für repressive und präventive Zwecke zulässig.

2. Gegenansicht

Die oben angeführte Auffassung wird von der Mehrheit der Literatur abgelehnt.

Der Gesetzgeber habe bewußt die StPO aus dem Bereich der Gefahrenabwehr herausgenommen, um einer totalen Überwachung durch den Staat zuvorzukommen.²⁷⁷ Die Trennung der Zielsetzung sei auch bei den doppelfunktionellen Maßnahmen gegeben, da einerseits Gefahren abgewehrt würden, zum anderen staatlicher Strafanspruch durchgesetzt werde.²⁷⁸

Aus den im Großen und Ganzen gleichgearteten Befugnissen, die sich unter Umständen auch überschneiden könnten, dürfe nicht auf die gleiche Aufgabenstellung geschlossen werden.²⁷⁹ Begründet wird dies mit der Geltung unterschiedlicher Grundsätze, wie etwa dem Legalitätsprinzip in der StPO und dem Opportunitätsprinzip im Polizeirecht. Deshalb ist auch eine organisatorische Trennung in der verwaltungsrechtlichen Struktur gegeben. Die Justizverwaltung ist zuständig für die Staatsanwaltschaft, die Innenminister als Dienstherren für die Polizei. Auch die konkurrierende

²⁷⁵ Scholz/Pitschas, Informationelle Selbstbestimmung, S. 123.

²⁷⁶ Scholz/Pitschas, aaO.; S. 119, 114.

²⁷⁷ Weichert, S. 58.

²⁷⁸ Siebrecht, StV 1996, S. 566 (S. 569).

²⁷⁹ Siebrecht, StV 1996, S. 566 (S. 569).

Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Strafverfolgung²⁸⁰ steht einer Annahme der einheitlichen „Sicherheitsgesetzgebung“ entgegen.

Die Sammlung von Strafverfolgungsdaten wird nach der StPO in den §§ 48-70, die die Vernehmung von Personen regeln, vorgenommen; die §§ 94 ff. beziehen sich auf die Durchsuchung und die Beschlagnahme. §§ 81a-81c und 163b und 163c StPO enthalten die Regelungen zur Identitätsfeststellung einer Person. Vorschriften zur Informationsnutzung finden sich nur in den §§ 163d IV, V, 100b V und 98b III, 3, die die Behandlung der Daten bestimmen. Dies ist bei § 98c aber nicht der Fall, da keine verfahrensrechtlichen Schutzvorkehrungen wie etwa zur Löschung oder Beteiligungsrechte der Betroffenen bestehen.²⁸¹

3. Bewertung der Zulässigkeit von Doppelverwertungen

Die Auffassung der Befürworter eines „Informationsverbundes“ von Daten präventiver und repressiver Ausprägung ist nicht haltbar, da essentielle verfassungsrechtliche Prinzipien wie die Trennung des Polizeirechtes von dem Recht der Strafverfolgung ignoriert werden. Eine übergeordnete Zweckgemeinschaft von Strafverfolgung und Gefahrenabwehr, die eine informationelle Doppelnutzung begründen könnte, existiert nicht.

Hinzu kommt das Fehlen der Gesetzgebungskompetenz. Denn nach Art. 70 I GG haben die Länder grundsätzlich die Gesetzgebungskompetenz, wenn sie nicht dem Bund ausdrücklich zugewiesen wird. Da der Bund keine Kompetenz hat, ist die Trennung von Polizei und Staatsanwaltschaft durch das Grundgesetz abgesichert. Die Konstruktion eines Grundrechts auf Sicherheit ist daher sowohl wegen fehlender ausdrücklicher Normierung im Katalog des Grundgesetzes abzulehnen, als auch

²⁸⁰ Dreier, JZ 1987, 1009 (S. 1010).

²⁸¹ Siebrecht, StV 1996, 566 (S. 568).

wegen des Fehlens eines vitalen Bedürfnisses, das auch nur in Extremsituationen des Grundrechtsnotstandes gegeben wäre.²⁸² Die Sicherheit der Bevölkerung ist durch die polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Befugnisse ausreichend gewährleistet, denn es ist nach dem im ersten Kapitel erzielten Ergebnis nicht festzustellen, daß ein Kollaps der Rechtspflege durch die neuen Erscheinungsformen der Kriminalität droht.

Mit der Abgleichungsbefugnis präventiver Daten zu repressiven Zwecken wird auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verletzt, da Daten aus der Strafvollstreckung und Strafverfolgung auch zur Gefahrenabwehr verwendet werden können und daher eine Durchbrechung der Zweckbestimmung erfolgt. Deutlich wird die umfassende Nutzung persönlicher Daten insbesondere durch die Datenverarbeitung: So ist das INPOL-System mit den Untersystemen PIOS zur inneren Sicherheit, zur Rauschgiftkriminalität, zur Spurendokumentation, zum Kriminalaktennachweis, zur Sachfahndungsdatei, zur Personenfahndungsdatei, zur Haftdatei, zur Erkennungsdienstdatei und zur Daktyloskopiedatei verbunden; direkte Online-Verbindungen bestehen zum KFZ-Zentralregister und zum Ausländerzentralregister des Bundes.²⁸³ Auch zu den Meldebehörden bestehen Zugänge.²⁸⁴

III. §§ 100c, d:

Der „Große Lauschangriff“

1. Einleitung

Mit der Verabschiedung des OrKG wurde die Diskussion um Bekämpfungsmöglichkeiten gegen die organisierte Kriminalität

²⁸² Bryde, VVDRStL 96 (1988) 131 (S. 205).

²⁸³ KK-Nack § 98c Rn. 1.

²⁸⁴ Hilger, NStZ 1992, S. 457 (S.461); HK-Lemke § 100a Rn. 5.

nicht beendet. Der Bundestag beschloß am 4.6.1992 die Weiterführung der Beratungen über Abhörmöglichkeiten in Wohnungen,²⁸⁵ die mit der Verabschiedung des „Großen Lauschangriffs“ endeten. Art. 13 GG wurde geändert, um den Lauschangriff zu ermöglichen. Die Rechtsgrundlage für die Normierung des repressiven Lauschangriffs im Strafprozeßrecht findet sich seitdem in Art. 13 III GG. Der Streit zwischen den Auffassungen, die eine Abhörmaßnahme in Wohnungen als Durchsuchungen²⁸⁶ oder als andere Eingriffe und Beschränkungen gelten lassen wollte,²⁸⁷ fand damit ein Ende.²⁸⁸

Kritik an der schnellen Einführung wurde insofern laut, als dem vorweg verabschiedeten OrgKG keine Möglichkeit zur Bewährung über einen längeren Zeitraum eingeräumt wurde.²⁸⁹

2. Strafprozessuale Probleme

a) Verdachtserfordernis

Nach der Formulierung des Verdachtserfordernisses in § 100c I Nr.3 darf bei einem durch bestimmte Tatsachen begründeten Verdacht der Begehung einer Katalogtat die Abhörmaßnahme angeordnet werden.

Diese Formulierung wird als unwesentliche Änderung im Vergleich zu § 152 II StPO kritisiert. Nach der Auffassung von Frister stellt diese Formulierung keine strengere Eingriffsvoraussetzung als bei anderen Maßnahmen nach der StPO dar.

²⁸⁵ BT-DS 12/2720, S. 43

²⁸⁶ Guttenberg, NJW 1993, 567 (S. 570); Lorenz, GA 1997, 51 (S. 58).

²⁸⁷ Beier, 41,46; Deutsch, 124; de Lazzer/Rohlf JZ 1977, 207 (S.208); Kutscha, NJW 1994, 85 (S. 87).

²⁸⁸ Kutscha, StV 1998, 564 (S. 566).

²⁸⁹ Denninger, StV 1998, 401 (S.402); Leutheusser-Schnarrenberger, ZRP 1998, 87 (S. 88); Raum/Palm JZ 1993, 447 (S. 453).

Eine Unterscheidung zwischen einem durch „Tatsachen begründeten“ und einem „einfachen Verdacht“ sei nicht zu treffen. Denn auch für den einfachen Tatverdacht nach § 152 II hat nach allgemeiner Definition eine Tatsachengrundlage zu existieren.²⁹⁰ Eine Erhöhung des Wahrscheinlichkeitsparameters der Tatbegehung im Vergleich zum Verdacht nach § 152 II ist nicht gegeben, denn die Abhörmaßnahme ist auch zulässig, wenn es wahrscheinlich ist, daß der Verdächtige die Straftat gerade nicht begangen habe.²⁹¹

Die Formulierung des durch „Tatsachen begründeten Verdachts“ läßt nach Meinung von Rudolphi allein auf eine durch den Gesetzgeber intendierte erhöhte Schwelle des Verdachtes schließen, so daß sich ein gewisses Maß an Konkretisierung des Verdachtes eingestellt haben müsse.²⁹² Dies stellt jedoch keinen Unterschied zu den anderen an einen Verdacht ausgerichteten Einsatzvoraussetzungen in der StPO dar. Denn die dazu von einigen Kommentatoren vorgeschlagene negative Definition, daß „bloßes Gerede, nicht überprüfbare Gerüchte und Vermutungen“²⁹³ nicht ausreichend seien, gilt auch für den Verdacht nach § 152 II. Im Ergebnis ist keine höhere Verdachtsschwelle als in § 152 II erforderlich.

b) Richtervorbehalt

aa) Anordnungsbefugnis

Der Richtervorbehalt in § 100d II, 1 soll dem Erfordernis der richterlichen Anordnung für Grundrechtseingriffe Rechnung tragen.

Nach § 100d II, 1 ist die in § 74a GVG genannte große Strafkammer des Landgerichts für die Anordnung der Maßnahmen

²⁹⁰ Frister, StV 1996, 454 (S. 455).

²⁹¹ Frister, StV 1996, 454 (S. 455).

²⁹² SK-Rudolphi § 100c Rn. 11.

²⁹³ Löwe-Rosenberg § 100a Rn.12.

nach § 100c I Nr. 3 zuständig. Damit soll die durch den weiten Katalog des § 100c I Nr. 3 gegebene Möglichkeit des Abhörens kontrolliert werden. Bei genauerer Betrachtung allerdings gilt die Regelzuständigkeit gem. § 100d II, 1 nicht für die Fälle, in denen eine Eilbedürftigkeit gegeben ist. Dann kann der Vorsitzende Richter allein die Entscheidung treffen.

bb) Kritik am alleinigen Richtervorbehalt

Nach den bisherigen Erfahrungen mit der Telefonüberwachung reicht allein ein Richtervorbehalt nicht aus, um ein quantitatives Ausufern der Maßnahme zu verhindern.²⁹⁴

Für eine wirksame Verhinderung einer extensiven Nutzungspraxis der Abhörmethode muß nach der Auffassung von Frister eine psychologische Barriere eingebaut werden. Dies sollte seiner Meinung nach durch die in den USA vorgeschriebene starke Einbindung des Richters in das Verfahren geschehen, in dem er eine persönliche Verantwortung für den Ablauf tragen muß.²⁹⁵

Die Berichtspflicht aus § 100e I ist aber allein auf die Staatsanwaltschaft zugeschnitten, die richterliche Verantwortung wird dadurch nicht betroffen. Auch werden die anordnenden Richter durch die Berichtspflicht der Staatsanwaltschaft nicht mit der in den USA herrschenden psychologischen Auseinandersetzung konfrontiert, denn wenn die Maßnahme einmal angeordnet ist, werden sie höchstens bei einer Verlängerung nach § 100d IV noch einmal in anordnender Funktion belangt.²⁹⁶

Der für das Jahr 1998 ergangene Bericht der Staatsanwaltschaft ist darüber hinaus nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprechend. Nach der Ratio der Berichtspflicht sollte der Bundestag umfassend unterrichtet werden. Nach der Kritik der Landesbeauftragten für

²⁹⁴ Frister, StV 1996, 454 (S. 456).

²⁹⁵ Frister, StV 1996, 454 (S. 456).

²⁹⁶ Frister, StV 1996, 454 (S. 456).

den Datenschutz wird aber gerade keine solche Informationsversorgung durch die jetzt vorgelegten Berichte möglich gemacht.²⁹⁷ Die Zahl der abgehörten Unbeteiligten wird in dem Bericht nicht angegeben, ebenfalls ist die Gesamtzahl der beantragten Abhöraktionen und die Zahl der Ablehnungen nicht erfaßt. Damit kann der Zweck des Berichts in § 100e II, den Bundestag über versuchte Mißbräuche zu unterrichten und einen Gesamtüberblick zur parlamentarischen Kontrolle zu geben, nicht erfüllt werden. Aufgrund dieses Mankos ist keine parlamentarische Kontrolle über den Einsatz der Maßnahme gegeben.

Die durch den Gesetzgeber in die StPO eingebrachten Schutzmechanismen sind als nicht effektiv zu beurteilen und können einen Mißbrauch der Fahndungsmethode nicht verhindern.

c) Abhörausnahmen

Die nach § 100d III festgeschriebene Ausnahme des Verbotes der Maßnahme ist nach § 100c I nur auf die in der Berufsausübung erlangten Kenntnisse beschränkt.²⁹⁸ Darüber hinaus ist nach § 100d III die Maßnahme nach § 100c I Nr. 3 auch gegen die davon ausgenommenen Personen möglich, wenn Begünstigung, Hehlerei und Strafvereitelung vermutet wird.²⁹⁹

Damit werden die vom BGH aufgestellten Grundsätze der hohen Schutzwürdigkeit der mündlichen Kommunikation des Strafverteidigers mit dem Beschuldigten³⁰⁰ umgangen.³⁰¹

d) Katalogtatenerfordernis

Wirksamer als der alleinige Richtervorbehalt zur Verhinderung einer übermäßigen Nutzung könnte hier der Straftatenkatalog in §

²⁹⁷ Der Spiegel, Nr. 22/2000, S. 17.

²⁹⁸ Dittrich NStZ 1998, S. 336 (S. 336).

²⁹⁹ HK-Lemke § 100d Rn. 12.

³⁰⁰ BGHSt 33, S. 347 (S. 350).

³⁰¹ Dittrich, NStZ 1998, S. 336.

100c I Nr. 3 sein, der die Voraussetzungen für die Anordnung der Maßnahme schafft. Nach dem Willen des Gesetzgebers werden in § 100c I Nr. 3 die typischen Erscheinungsformen von Bandenkriminalität und „besonders schwere Straftaten“ erfaßt.³⁰² Die allgemeine Definition von schweren Straftaten betrifft Delikte, die den Rechtsfrieden empfindlich stören, dazu geeignet sind, oder das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen vermögen.³⁰³

Die in den Katalog von § 100c aufgenommenen Deliktstatbestände lassen aber Zweifel an der erforderlichen Schwere der Straftaten aufkommen. Die Verstöße gegen das Asylgesetz, BtmG und Ausländergesetz ließen sich gerade noch unter die zunehmend organisiert begangenen Schleusertätigkeiten von Wirtschaftsflüchtlingen fassen, völlig aus dem Rahmen der schweren Kriminalität fällt aber die Aufnahme der Bestechlichkeit und Bestechung.³⁰⁴

Damit ist das Konzept des Gesetzes, ausschließlich auf schwere Straftaten angewandt zu werden, bereits verlassen.

Gerechtfertigt wird der fehlende Bezug zu „typischen“ Straftaten der Organisierten Kriminalität damit, daß wegen der wechselnden Erscheinungsformen eine endgültige Deliktsaufzählung nicht möglich sei.³⁰⁵ Dagegen wird in anderen Bestimmungen des OrgKG aber gerade auf offene Merkmale zurückgegriffen, wie sich aus den Voraussetzungen für die Anwendung der Rasterfahndung und des Verdeckten Ermittlers ergibt. Nach § 98a I werden neben einem Katalog die Merkmale der Bande bzw. die der gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Begehung aufgeführt, ebenso in § 110 I. Daß diese Merkmale nicht auf alle Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität übertragen werden, ist in sich widersprüchlich.

³⁰² HK-Lemke § 100c Rn. 16.

³⁰³ Hilger, NSTZ 1992, S. 457 (S. 462 Fußnote 93).

³⁰⁴ HK-Lemke § 100c Rn. 16.

³⁰⁵ BT-DS 12/989, S. 1.

Auch der Vorschlag, statt eines festen Straftatkaloges nur Delikte ab einer Mindeststrafe aufzunehmen,³⁰⁶ ist problematisch. Im Rahmen von Strafmaßverschärfungen kann diese Sperre unterlaufen werden, indem die Mindeststrafe heraufgesetzt wird. Die Aufzählung von Katalogtaten als Eingriffsvoraussetzung trägt deshalb die Gefahr in sich, daß eine Erweiterung des Kataloges durch den Gesetzgeber erfolgt, um eine wirksame Verbrechensbekämpfung zu ermöglichen.³⁰⁷

Die bereits erfolgte Einfügung von Taten minder schweren Unrechts in den Katalog von § 100c I stellt einen Verstoß gegen die hohen Anforderungen von Art. 13 III GG dar. Zur Begrenzung des möglichen Straftatkaloges in § 100c I Nr. 3 wurde Art. 13 III GG geändert und gerade auf schwere Straftaten begrenzt. Die Aufnahme von anderen als schweren Straftaten ist daher nicht von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt und verfassungswidrig.

Caesar zieht desweiteren die Effizienz der Kataloge als Schutz gegen einen Mißbrauch in Zweifel.³⁰⁸ Denn selbst bei richterlichem Engagement sei seiner Meinung nach die kritische Würdigung des Materials der Strafverfolgungsbehörden immer nur unter ihrer einseitigen Darstellung möglich. Wegen der Bekämpfung von Verbrechen sei im Zweifel eine positive Bescheidung des Antrags durch den Richter zu erwarten.³⁰⁹

e) **Gefahr der Ausweitung des Straftatkaloges**

Die Gefahr einer Ausweitung des Kataloges auf andere Delikte ergibt sich daraus, daß die Begründung für die Einführung des neuen Gesetzes durch die Bundestagsabgeordneten mit einer für Vertreter eines demokratischen Verfassungsorgans erstaunlichen Argumentation vorgetragen werden.

³⁰⁶ Welp, Überwachung, S. 65.

³⁰⁷ Dissentierende Richter in BVerfGE 30, 1 (S. 33-35); Welp, Überwachung, S.65.

³⁰⁸ Caesar, ZRP 1993, S. 67 (S.68).

³⁰⁹ Caesar, ZRP 1993, S. 67 (S.68).

aa) Argumentationsweise

Festzustellen ist eine grundsätzlich gleiche Struktur:

Das Grundgesetz schütze die Grundrechte nicht, damit sie mißbraucht würden, sondern man müsse die Grundrechte schützen, damit sie in Anspruch genommen werden könnten. Diejenigen, die im Schutze der Wohnung verbrecherische Pläne schmiedeten, mißbrauchten dieses Grundrecht und verdienten nicht den Schutz des Grundgesetzes. Diese zieht sich durch sämtliche den Lauschangriff befürwortende Äußerungen: Es ginge nicht darum, anständige und normale Bürger abzuhören, sondern man müsse „Verbrecher“ abhören, um Straftaten zu verhindern.

Nach Zachert sind die Unterhaltungen, auf die der Lauschangriff abzielt, nicht diejenigen von Privatpersonen im intimen Bereich, sondern solche von Kriminellen, die schwere Straftaten begehen wollen.³¹⁰

Ähnlich äußert sich Schwabe zur möglichen Verletzung der Menschenwürde durch Observationsmaßnahmen: Wenn die Menschenwürde es verbiete, eine heimliche Observation zu führen, sei auch der Fall der Planung eines Mordkomplotts von dem Observationsverbot betroffen. Es sei aber nirgendwo anerkannt, daß die Planung solcher Verbrechen abgeschirmt und unbeobachtet durchzuführen, von der Menschenwürde gedeckt sei.³¹¹ Die Nutzung der Privatsphäre für sozialschädliche Handlungen mindere in diesem Falle die Schutzbedürftigkeit des Betroffenen in einem solchen Maße, daß selbst heimliche Beobachtungen nicht als Verletzung der Menschenwürde zu qualifizieren seien.³¹²

In diesem Sinne argumentiert auch Schelker. Jeder Rechtsstaat laufe Gefahr, von seinen Feinden mißbraucht zu werden, wenn kein konsequenter Trennungsstrich zwischen dem rechtstreuen Bürger

³¹⁰ Zachert, DRiZ 1992, S. 355, (S. 356).

³¹¹ Schwabe, JZ 1993, S. 867 (S. 874).

³¹² Schwabe, JZ 1993, S. 867 (S. 874).

und dem Rechtsbrecher gezogen würde.³¹³ Der Schutz von Grundrechten, Datenschutz und Bankgeheimnis bezöge sich allein auf den rechtstreuen Bürger, nicht aber auf den Verbrecher. Da aber die organisierte Kriminalität in Deutschland bereits Fuß gefaßt habe, seien herkömmliche Mittel zu ihrer Bekämpfung wegen der Konspiration dieser Kriminalitätsform nicht mehr einsetzbar und erforderten schärfste Sanktionen. Zwar sei der Begriff der organisierten Kriminalität nicht fest definiert. Die für die Gesetzgebung Verantwortlichen dürften aber nicht der Abschottung der Verbrechersyndikate dadurch Vorschub leisten, daß sie unter dem Schutz der Grundrechte Straftaten planen könnten. Die Abhörmaßnahmen würden darüber hinaus die Gefahr für verdeckte Ermittler reduzieren, sich in potentiell gefährliche Organisationen einschleichen zu müssen, um an strafverfolungsrelevante Informationen zu gelangen.³¹⁴

Desweiteren wird von Lorenz ein „Zugzwang“³¹⁵ des Bundesgesetzgebers zur Einführung des Lauschangriffs postuliert. Der Lauschangriff sei vor dem Hintergrund der Internationalität dieser Verbrechenserscheinung geboten. Durch die Tatsache, daß die anderen Staaten in Europa grundsätzlich die Abhörmöglichkeiten in ihrem Strafverfolgungsrepertoire hätten, dürfe in Deutschland keine „lauschfreie Zone“ entstehen. Die europäischen Partner, die sich im Laufe der Zeit um Rechtskultur verdient gemacht hätten, den Lauschangriff in ihrem Land aber durchführten, begingen auch keinen Verstoß dagegen.³¹⁶

bb) Bewertung

Die Bekämpfung von Verbrecherorganisationen mit Hilfe von Lauschoperationen steht in einer sich konsequent fortentwickelnden Gesetzgebungstendenz, immer mehr

³¹³ Schelter, ZRP 1994, S. 52 (S. 53).

³¹⁴ Schelter, ZRP 1994, S. 52 (S. 54).

³¹⁵ Lorenz GA 1997, 51 (S. 55).

³¹⁶ Lorenz GA 1997, 51 (S. 55).

Eingriffsinstrumentarien zur Straftatbekämpfung zu schaffen und die bestehenden Maßnahmen zu erweitern.

Nach der Einführung des Verdeckten Ermittlers wurde festgestellt, daß eine Einschleusung von solchen Personen etwa in Kreise kurdischer oder südamerikanischer Drogenschmuggler nicht möglich sei; auf das Abhören von Telefonen habe sich diese Gruppe von Verbrechern auch schon eingestellt.³¹⁷ Deshalb wurde auch der große Lauschangriff eingeführt, um diese Problematik zu lösen.

Der Gebrauch von Straftatkatalogen als Eingriffsvoraussetzung beinhaltet die Gefahr, daß sie schnell erweitert werden.³¹⁸

Voraussagen über die Erweiterung des Deliktskataloges lassen sich im Vergleich zu anderen strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen treffen. Insgesamt erfolgten 15 Änderungen im Rahmen des § 100a StPO von 1968 bis 1995.³¹⁹ Noch ist der Umfang des Katalogs in § 100a I wegen der für die Grundgesetzänderung erforderlichen Zweidrittelmehrheit, die Kompromisse erforderte, begrenzt. Jetzt aber ist eine einfache Mehrheit für Änderungen des Deliktskataloges ausreichend, die schnell gefunden werden kann.³²⁰ Bei einer konsequenten Fortführung dieser Argumentation ist die Forderung absehbar, daß auch die visuelle neben der akustischen Überwachung notwendig wird,³²¹ da beispielsweise die Stimmen der Täter auf den Abhörbändern nicht eindeutig einer Person zugeordnet werden können. Erkennen läßt sich die Tendenz zur Ausweitung an der Entwicklungsgeschichte der Einfügung des § 261 StGB der Geldwäsche in den Tatbestandskatalog des § 100c I. Die Strafdrohung wurde extra heraufgesetzt, um den Tatbestand mit in den Katalog aufzunehmen. Politische und nicht kriminalistische Erwägungen waren für die Aufnahme in den Straftatkatalog bestimmend.³²²

³¹⁷ Seifert, KJ 1993, S. 355 (S. 360).

³¹⁸ Welp, Überwachung, S.65.

³¹⁹ Staechlin, ZRP 1996, 430 (S. 433).

³²⁰ Caesar, ZRP 1993, S. 67 (S.68).

³²¹ Lorenz, GA 1997, 51 (S. 59).

³²² Dittrich, NStZ 1998, S. 336 (S. 338).

Die Argumentation zeigt damit ein Defizit in der Auseinandersetzung mit der verfassungsrechtlichen Problematik durch die Parlamentarier, ebenso gilt dies für einen Teil der Literatur. Im Ergebnis wird der Rechtsbrecher außerhalb des Schutzbereichs des Grundgesetzes und damit rechtlos gestellt. Durch die im Bundestag geführte Diskussion zur Notwendigkeit des Lauschangriffs werden die rechtsstaatlichen Verfassungsprinzipien mit diesem Grundrechtsverständnis aufgehoben.³²³ Denn die Konzeption des Grundgesetzes steht der Annahme entgegen, daß sich der Schutz nur auf rechtstreue Bürger erstreckt. Die Grundrechte gelten nach Willen des Grundgesetzgebers für alle Bürger und Menschen in der Bundesrepublik Deutschland. Dies ergibt sich aus Art. 18 GG, denn danach können nur in besonderen Fällen durch das Bundesverfassungsgericht bestimmte Grundrechte entzogen werden.³²⁴

Das Argument, daß sich ein Grundrechtseingriff nur gegen Rechtsbrecher richte und dieser damit wegen seiner feindlichen Gesinnung außerhalb des Grundgesetzes stehe, ist neben dem Richtervorbehalt zur Verurteilung von Personen auch schon aus der universell geltenden Unschuldsvermutung heraus abzulehnen. Die Justizgrundrechte dienen gerade dazu, den vermeintlichen oder wirklichen Rechtsbrecher vor ungerechtfertigter Verfolgung und Bestrafung zu schützen. Die durch manche Befürworter des Lauschangriffs gezogene Trennung zwischen Rechtsbrechern und rechtstreuen Bürgern, die vor dem Lauschangriff geschützt werden sollten, ist realiter erst durch ein rechtskräftiges Strafurteil zu ziehen. Die Argumentation der Befürworter des Lauschangriffs suggeriert, daß die neuen Maßnahmen sich nur gegen Rechtsbrecher richteten, so daß er selber als unbescholtener Bürger nicht Ziel solcher Maßnahmen werden könne. Die wirkliche Gefahr der Aushöhlung von Grundrechtsschutz wird dadurch verdrängt.

³²³ Seifert, KJ 1993, S. 355 (S. 361).

³²⁴ Denninger, StV 1998, 401 (S. 403).

Kritiker sehen die Gefahr der Ausweitung des Tatbestandskataloges des § 100 I Nr. 3 im Zusammenhang mit anderen bereits verabschiedeten Strafverschärfungen³²⁵ und neuen Bemessungsregeln zur Strafhöhe.³²⁶ Der unbestimmte Begriff der organisierten Kriminalität habe zu über 30 Verschärfungen im Strafgesetzbuch seit 1980 geführt, die Ausdruck der vom Gesetzgeber ausschließlichen verfolgten Sanktionsstrategie sind.³²⁷ Sie birgt die Gefahr in sich, daß die Freiheitsrechte immer mehr für den Versuch beschnitten werden, einer diffusen Kriminalitätserscheinung Herr zu werden, wobei aber der zu erwartende Informationsgewinn unbekannt ist.³²⁸

Insbesondere Hassemer bemängelt, daß der Lauschangriff dem Rechtsbewußtsein derer entgegenkomme, die aus politischen Gründen keinen Unterschied mehr zwischen dem Täter und dem Verdächtigen machten: bei Ermittlungen sei diesen nicht mehr verständlich, daß den Ermittlungsbeamten die Auskunft verweigert werden könne.³²⁹ So sei der Zugriff auf immer mehr Unbeteiligte durch die modernen Ermittlungsmaßnahmen wie der Raster- und Schleppnetzfahndung, der Telefonüberwachung und der Observation gegeben und der Tatverdacht als Grundlage für Ermittlungsmaßnahmen abgebaut.³³⁰

Nach Auffassung von Leutheusser-Schnarrenberger ist eine grundsätzliche Gefahr durch die Ausweitung des Eingriffskataloges gegeben. Die Bindung des Staates an die Grundrechte solle den Bürger vor der legislativen, exekutiven und rechtsprechenden Staatsgewalt schützen.³³¹ Die Befürworter des großen Lauschangriffs jedoch sähen das Gebot der Rechtsstaatlichkeit in

³²⁵ Hassemer, DRiZ 1992, S. 357.

³²⁶ Hassemer, DRiZ 1992, S. 357 (S. 358, Fn. 1).

³²⁷ Welp, StV 1994, S. 161.

³²⁸ Staechlin, ZRP 1996, 430 (S. 433).

³²⁹ Hassemer, DRiZ 1992, S. 357.

³³⁰ Hassemer, DRiZ 1992, S. 357.

³³¹ Leutheusser-Schnarrenberger, ZRP 1998, 87 (S. 89).

einer Beschränkung des Bereichs der Unverletzlichkeit der Wohnung, um damit einen Schutz vor Verbrechen zu gewährleisten. Grundrechtsschutz erfolge demnach durch Grundrechtseingriffe. Damit würden jedoch die in das Grundgesetz eingebrachten **Verbote** staatlicher Eingriffe in das **Gebot** staatlicher Eingriffe, mithin in das Gegenteil, umgewandelt.³³² Zwar habe der Staat auch eine Schutzpflicht, die aktiv wahrgenommen werden müsse, jedoch müsse in gleicher Weise auch die durch diese Grundrechte aufgestellte objektive Wertordnung durch den Staat beachtet werden. Aus dieser objektiven Wertordnung heraus müßten die Handlungen des Staates auch daraufhin untersucht werden, ob die Handlungen grundrechtsfördernd seien. Der Dualismus zwischen Schutzanspruch und Gefahrenabwehr lasse eine Verdrängung des Abwehrcharakters der Grundrechte angesichts der behaupteten Bedrohung durch die organisierte Kriminalität aufkommen.³³³ Damit entstünde die Gefahr, daß aus der grundrechtsverstärkenden Wirkung der Doppelfunktion der Grundrechte eine durch eine „konservative Politik“ herbeigeführte Verkehrung ins Gegenteil erfolge.

f) Ergebnis

Durch den Großen Lauschangriff werden Abhörmaßnahmen geschaffen, die hinsichtlich der Tauglichkeit und Dringlichkeit ihres Einsatzes im Einzelfall nicht durch Gerichte überprüfbar sind. Dies liegt zum einen an der nicht justitiablen Formulierung der Subsidiariätsklauseln, zum anderen an der Entscheidungsprärogative der Staatsanwaltschaft.

Auch ist die Aufzählung der Straftatbestände im Katalog nicht allein auf schwere Straftaten beschränkt, so daß eine Katalogserweiterung wahrscheinlich wird. Diese Erweiterung des Kataloges wird sich vor dem Hintergrund bereits erfolgter

³³² Leutheusser-Schnarrenberger, aaO., (S. 89).

³³³ Leutheusser-Schnarrenberger, aaO., (S. 90).

Änderungen des § 100a auch nicht auf kriminologische Erkenntnisse stützen, sondern sich nach den jeweils politisch erwünschten Ziele richten.

IV. Der Verdeckte Ermittler

1. Vorbemerkung

Der Einsatz des Verdeckten Ermittlers birgt strukturell gleichgeartete Probleme wie der Einsatz des großen Lauschangriffs.

Der Eingriff ist hier aber nicht so massiv, wie bei dem Lauschangriff, denn der Betroffene ist sich über die Vernehmbarkeit seiner Kommunikation mit anderen bewußt.

2. Offene Prozeßführung

Kritisch ist sind einzelne Regelungen vor dem Erfordernis der offenen Prozeßführung zu sehen.

Aus dem Rechtsstaatsprinzip ist die grundgesetzliche Vorgabe abzuleiten, daß der Strafprozeß offen geführt zu werden hat. Bevor eine Entscheidung über die gesellschaftliche Ächtung eines Menschen durch ein Strafurteil gefällt werden darf, muß dieser die Möglichkeit haben, sich mit rechtsstaatlichen Mitteln zu verteidigen, um damit seine grundrechtlichen Abwehrmittel ausschöpfen zu können. Insbesondere ist als Voraussetzung zur effektiven Verteidigung des Angeklagten die Möglichkeit der Zeugenbefragung zu sehen, damit deren Glaubwürdigkeit überprüft werden kann.

Vor diesem Hintergrund ist die Regelung in § 110b III, 3 hier kritisch zu beleuchten, die die Geheimhaltung der Identität des verdeckten Ermittlers im Prozeß zuläßt, wenn entsprechend nach § 96 eine Gefahr für die Bundesrepublik oder eines deutschen Landes bestünde oder Gefahr für Leib und Leben des Verdeckten

Ermittlers möglich wäre. Nach der heimlichen Tendenz der Fahndungsmethode ist davon auszugehen, daß die Voraussetzungen nach § 110b III,3 schnell bejaht werden können, denn es ist niemals ganz ausgeschlossen, daß dem verdeckten Ermittler eine Gefahr durch Dritte droht. Damit ist zu erwarten, daß die Identität der Verdeckten Ermittler mit der Begründung der Gefahr für deren Leib und Leben vor einer Aufklärung im Prozeß geheim gehalten werden wird.

Diese der Heimlichkeit immanente Problematik wird hier zu Lasten des Verdächtigen angewandt. Der Grundsatz der Offenheit des Prozesses in der StPO wird damit unterlaufen.

3. Gesinnungsprüfung durch den Agent provocateur

Durch die grundsätzlich zulässige Möglichkeit des V-Mannes oder Verdeckten Ermittlers, sich auch als Agent provocateur zu gerieren,³³⁴ wird eine besondere Problematik geschaffen, die letzten Endes zu einer Gesinnungsprüfung des Betroffenen führt, der die Austestung seines Grades an Normengehorsam ermöglicht.³³⁵ Dadurch kann der V-Mann nicht mehr nur allein Taten, Tatvorbereitungen oder Tatentschlüsse ausforschen. Ergebnis ist die Prüfung der Anfälligkeit der Zielperson für kriminelle Verhaltensweisen. Die Wahrscheinlichkeit, daß diese Möglichkeit mißbraucht wird, wird dadurch erhöht, daß Verdeckte Ermittler unter Erfolgsdruck stehen, um weiterhin eingesetzt zu werden. Vor allem ist die Tatsache, daß diese nicht der Kontrolle der polizeilichen Führung unterstehen, ein die Mißbrauchsgefahr fördernder Umstand. Ein Erfolg des Lockspitzels kann grundsätzlich nur beweisen, daß der Betreffende zu Straftaten fähig war und wie damit seine Gesinnung aussah, nicht aber, wie sich der Betroffene in diesem Falle ohne das Drängen oder die Verführung durch den Spitzel verhalten hätte. Die Befürworter einer solchen

³³⁴ Rupperecht, Polizei-Lexikon, agent provocateur (S. 12).

³³⁵ Riehle, KrimJ 1985, 44 (S. 55).

Ermittlungsmethode verkennen, daß strafrechtlich allein das Verhalten einer Person relevant ist, nicht aber die Gesinnung des Betroffenen.³³⁶

Deshalb der Einsatzes eines Verdeckten Ermittlers als Agent Provocateur abzulehnen. Für die Bekämpfung von Kriminalität ist diese Form der „Ermittlung“ keine Lösung, da weder eine dringende Gefahr abgewehrt noch begangene Straftaten verfolgt werden.

4. Beweisverwertungsprobleme - Die Rechtmäßigkeit des Einsatzes

Nach dem Wortlaut des § 110b II ist eine richterliche Zustimmung zum Einsatz des Verdeckten Ermittlers notwendig, wenn der sein Einsatz sich gegen einen bestimmten Beschuldigten richtet, oder wenn er nicht öffentlich zugängliche Wohnungen betritt. Die Auswirkung einer rechtswidrigen Anordnung der Maßnahme auf die Verwertbarkeit der erlangten Erkenntnisse sind hier von besonderem Interesse.

Kritisch wird die Frage der Rechtmäßigkeit des Einsatzes bei einer möglicherweise rechtswidrigen Anordnung durch die Staatsanwaltschaft, denn dann stellt sich die Frage nach der Verwertbarkeit dieser Ergebnisse. Die im Eilfall getroffene Anordnung muß nach 3 Tagen von einem Richter bestätigt werden, wenn der Tatbestand von § 110b II erfüllt ist, sonst tritt sie außer Kraft. Virulent ist dieses Problem vor allem bei einer Nichteinholung einer richterlichen Anordnung durch die Staatsanwaltschaft.

Entscheidend für eine spätere Verwertbarkeit ist die Frage, ob die Maßnahme nur ex nunc oder auch ex tunc unwirksam ist. Denn nur im Falle der ex tunc-Wirkung der Entscheidung über die

³³⁶ Jakobs, ZStW 97 (1985), 751 (S. 761).

Rechtswidrigkeit der Maßnahme ist ein Beweisverwertungsverbot für die gesamten Ergebnisse gegeben.

Nach übereinstimmender Auffassung ist ein Beweiserhebungsverbot nur ex nunc durch eine rechtskräftige richterliche Entscheidung gegeben, so daß eine Auswirkung nur auf nach Fristablauf erzielte Erkenntnisse gegeben ist. Begründet wird diese Beurteilung damit, daß die Staatsanwaltschaft aus der Konzeption der StPO heraus eine sogenannte „Grundzuständigkeit“ habe, durch die die Rechte des Betroffenen in besonderer Weise gesichert würden.³³⁷ Diese Grundzuständigkeit entspreche auch der Verfahrensherrschaft. Die Dominanz der Staatsanwaltschaft im System der Strafverfolgung reduziere den Richtervorbehalt zur Ausnahme. Wenn bei Gefahr im Verzuge bei grundsätzlicher Richterzuständigkeit wieder die Staatsanwaltschaft tätig werde, entspreche dieser Wechsel einer wiederauflebenden Grundzuständigkeit.³³⁸ Somit stehen staatsanwaltschaftliche Anordnungen nach dieser Auffassung nicht unter der auflösenden Bedingung einer richterlichen Bestätigung, so daß wegen fehlender Zustimmung unwirksam gewordene Anordnungen keinen Einfluß auf in der Vergangenheit gesammelte Ergebnisse haben.

Die gesetzlichen Vorgaben aber, an denen sich auch der Richter orientieren müsse, seien durch die Staatsanwaltschaft einzuhalten. Der Schutz der Rechte des Betroffenen sei durch die richterliche Anordnungscompetenz nur noch einmal schärfer gesichert, so daß darauf in Ausnahmefällen verzichtet werden könne, ohne daß der Grundrechtsschutz entfiele.³³⁹ Der „Bestandsschutz“ an erlangten Informationen sei auch kein Vorschubleisten zu einer Ausweitung von Kompetenzen des Verdeckten Ermittlers, da sich die

³³⁷ Schnarr, NStZ 1991, 209, (S. 210).

³³⁸ Schnarr, NStZ 1991, 209 (S. 213); Nelles, S. 72; Rieß/Thym, GA 81, 189 (S. 204).

³³⁹ Beulke/Rogat, JR 1996, 517 (S. 519).

Staatsanwaltschaft im Regelfalle loyal zum Grundgesetz verhalte.³⁴⁰

Dementsprechend habe dieser Gedanke auch für die durch diese Maßnahme erzielten Resultate zu gelten,³⁴¹ so daß die in der Grundzuständigkeit der Staatsanwaltschaft erzielten Ergebnisse durch nachträgliche Unterlassung der richterlichen Genehmigung nicht unwirksam werden. Voraussetzung dafür ist nur, daß die Anordnung formell und materiell rechtmäßig erging.

5. Ergebnis

Der Einsatz des Verdeckten Ermittlers ist damit nur zuzulassen, wenn ein Gebrauch als Agent provocateur ausgeschlossen ist. Diese Möglichkeit stellt sich wegen des Mangels an Aufklärungstauglichkeit für begangene oder beabsichtigte Straftaten nicht als ein Einsatzmittel zur Strafverfolgung dar. Zu erreichen wäre der Ausschluß des Einsatzes als agent provocateur durch ein Beweisverwertungsverbot nach dieser Methode gewonnener Informationen.

Desweiteren muß dem Verteidiger im Strafprozeß die Möglichkeit gegeben werden, die Aussagen und die Glaubwürdigkeit des Verdeckten Ermittlers im Strafprozeß zu überprüfen, da es sich bei der Überprüfung der Glaubwürdigkeit des Zeugen um eine elementare Voraussetzung der Verteidigung handelt.

Auch die Möglichkeit der nachträglichen Verwertung von Informationen aus Anordnungen, bei denen die Staatsanwaltschaft nicht rechtzeitig das richterliche Einverständnis einholte, ist rechtswidrig. Denn gegen die Annahme, daß die Rechtswidrigkeit des Einsatzes nur ex nunc besteht, ist die ratio der Rechtsstaatlichkeit anzuführen. Die Rechtmäßigkeit eines

³⁴⁰ Beulke/Rogat JR 1996, 517 (S. 519).

³⁴¹ Schnarr, NStZ 1991, 209 (S. 215); Beulke/Rogat JR 1996, 517 (S. 518).

Grundrechteingriffes ist nur durch einen der formellen und materiellen Rechtslage entsprechenden Eingriff durchzuführen. Wenn eine Lücke bestehen bliebe, wäre der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit eröffnet, den Richtervorbehalt zu umgehen, auch wenn dabei die materiellen Voraussetzungen gewahrt würden.

Durch die Möglichkeit des aktiven Handelns in der kriminellen Szene ist diese Fahndungsmethode als erheblich erfolgversprechender anzusehen, als der bloße „passive“ Einsatz des großen Lauschangriffs. Durch die aktive Flexibilität des verdeckten Ermittlers können Informationen erhalten werden, die nicht über den Lauschangriff erhältlich sind.

V. Subsidiaritätsklauseln

1. §§ 98a und 98c

Die Rasterfahndung ist nach der Subsidiaritätsklausel in § 98a I,2 dann zulässig, wenn die Erforschung des Sachverhaltes oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre. In § 98c ist keine Subsidiaritätsklausel enthalten.

2. § 100c I

Der Große Lauschangriff nach § 100c I darf nur dann eingesetzt werden, wenn die Erforschung des Sachverhaltes oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos wäre.

3. § 110a I

Die Subsidiaritätsklausel in § 110a I,3 läßt den Einsatz des Verdeckten Ermittlers grundsätzlich dann zu, wenn sonst die Aufklärung auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich

erschwert wäre. Bei Verbrechen ist der Einsatz gem. § 110a I, 4 dann zulässig, wenn die besondere Bedeutung der Tat den Einsatz gebietet und andere Maßnahmen aussichtslos wären.

4. § 163d I, 1

Die Schleppnetzfahndung nach § 163d I, 1 ist durch die Subsidiaritätsklausel an die Voraussetzung geknüpft, daß die Auswertung der Daten zur Ergreifung des Täters führen können muß und die Maßnahme nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht.

5. Bewertung

Festzustellen ist eine Prägung der Klauseln durch zwei Begriffstypen.

a) Erster Typus: §§ 98a, 100c I, 110 I

Zum einen werden „erfolgsorientierte Begriffe“ wie „erheblich weniger erfolgversprechend“ verwandt, zum anderen sind „Erschwerisbegriffe“ enthalten, die die Formulierung „wesentlich erschwert“, verwenden.

Ausreichend für eine Erfüllung der Subsidiaritätsklausel ist bereits die Erfüllung eines dieser Merkmale, dies folgt aus der Konjunktion „oder“ in der Subsidiaritätsklausel.

„*Erheblich weniger erfolgversprechend*“ sind andere Ermittlungstätigkeiten dann, wenn ohne den Einsatz der Maßnahme ein deutliches Aufklärungsdefizit zu erwarten ist,³⁴² die Methode muß den zukünftigen Aufklärungserfolg wesentlich erhöhen.³⁴³

„*Wesentlich erschwert*“ ist die Aufklärung ohne die Maßnahme dann, wenn der Ermittlungsaufwand der Behörden – gemessen aus einer ex-ante Sicht - bei Verzicht auch die Maßnahme

³⁴² Rieß, GS Meyer, 367 (S. 384); SK-Rudolphi § 98a Rn. 11.

unverhältnismäßig groß sein müßte.³⁴⁴ Feste Kriterien zur quantitativen Steigerung sind aber bislang nicht entwickelt worden.

Der Wille des Gesetzgebers, die Maßnahme nur auf Ausnahmefälle zu begrenzen, wird aus dieser Formulierung deutlich. Allerdings ist aus dem Vergleich mit der Anzahl der Telefonüberwachungen nach § 100a I die Beachtung dieses Willens in der kriminalistischen Praxis zu bezweifeln.

Die praktische Relevanz der Subsidiaritätsklausel ist davon abhängig, wie der vorliegende Sachverhalt prognostisch von dem Ermittlungsrichter oder Staatsanwalt beurteilt wird.³⁴⁵ Kritisiert wird die Einschätzungsprärogative, daß nur unter Einsatz der „juristischen Goldwaage“ eine Bestimmung der offenen Begriffe möglich sei.³⁴⁶ Ironisch werden die Formulierungen auch als „semantische Kunststückchen“ bezeichnet, die zwar „gute(n) Stoff für Dissertationen“³⁴⁷ abgäben, praktisch aber nicht relevant seien.

Eine praktisch-justitiable Kontrolle, mit der ein Anwendungsmissbrauch effizient verhindert werden könnte, ist nicht vorhanden. Nur Willkürentscheidungen sind überprüfbar.

Im Ergebnis eröffnet sich eine Einbruchsstelle der Strafverfolgungsorgane in die vertraulichen Daten der Bürger, ohne daß die Voraussetzungen für die Anordnung der Maßnahme einer justitiablen Beschränkung unterlägen. Nur durch den Richtervorbehalt in § 98b I, 1 ist eine die Quantität und Qualität der Maßnahme kontrollierende Einsatzvoraussetzung gegeben. Durch die Einbeziehung der „wesentlichen Erschwerung“ neben der „Aussichtslosigkeit“ der Ermittlung in der Subsidiaritätsklausel ist keine Kontrolle der Beachtung möglich. Eine Fehleinschätzung der Beurteilung von wesentlichen Erschwernissen der Aufklärung ohne

³⁴³ KK-Nack § 98a Rn. 13.

³⁴⁴ Rieß, GS Meyer, 367 (S. 385).

³⁴⁵ Binder, Diss. S. 30.

³⁴⁶ Vahle, Kriminalistik 1998, S. 378 (S. 381).

³⁴⁷ Vahle, Kriminalistik 1998, S. 378 (S. 381).

die Maßnahme ist nicht nachweisbar, denn in jedem komplizierten Verfahren ist die Aufklärung wesentlich schwerer ohne die Abhörmöglichkeit, da mit ihr durch das Abhören der Gespräche auf ein „Geständnis“ gewartet werden kann.³⁴⁸

Relevant ist diese Klausel insbesondere bei einer nachträglichen Prüfung durch die Betroffenen, die bei Nachweis der Möglichkeit anderer Mittel zur Aufklärung der Straftat sich vor Gericht gegen die Überwachung wehren könnten. Wegen der nicht justitiablen Formulierung dieses Erfordernisses wird den Klauseln aber keine erhebliche Bedeutung bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme zugemessen werden können.

b) Zweiter Typus: § 163d I,1

Die Schleppnetzfehndung enthält auf den ersten Blick in § 163d I,1 die schärfste Subsidiaritätsklausel im Vergleich zu den anderen Eingriffsnormen.

Da hier kumulativ die Voraussetzungen sowohl der durch Tatsachen gerechtfertigten Annahme, daß die Maßnahme zur Aufklärung führen kann und der Beachtung der Verhältnismäßigkeit des Einsatzes vorliegen müssen, ist diese Klausel in der Formulierung der Eingriffsvoraussetzungen wesentlich enger, als die der anderen Subsidiaritätsklauseln.

Jedoch ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip bei jeder strafprozessualen Maßnahme implizit zu beachten. Damit reduziert sich die Beachtung der Subsidiaritätsklausel auf die reine Tauglichkeit des Mittels zur Fahndung nach den Tätern. Bei einer nachträglichen Überprüfung der Einhaltung dieser Klausel sind damit ebensowenig wie bei den anderen Subsidiaritätsklauseln justitiable Parameter vorhanden.

³⁴⁸ Frister, StV 1996, 454 (S. 455).

6. Ergebnis

Die Subsidiaritätsklauseln haben keine eingrenzende Wirkung auf den Einsatz einer Maßnahme, da sie nicht justitiabel sind, weil die Tatbestände zu offen formuliert sind. Eine nachträgliche gerichtliche Überprüfung ist damit nicht möglich, so daß nur die Erwägungen des Anordnenden maßgeblich für den Einsatz sind. Aus dem jeweiligen Wortlaut der Vorschriften ist nur der Wille des Gesetzgebers ablesbar, inwieweit er eine Anwendung zulassen wollte. Konsequenterweise sind diese Klauseln aus dem Gefüge zu entfernen, da sie einer praktischen Relevanz entbehren.

B Grundrechtseingriffe durch die neuen Maßnahmen

Im Folgenden werden die neuen Strafverfolgungsmaßnahmen auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüft.

I. Informationelle Selbstbestimmung

1. Allgemeine Inhaltsbestimmung des Rechtes

a) Status in der gesetzlichen Struktur

Das Recht der informationellen Selbstbestimmung ist aus Art. 2 I, 1 GG vom Bundesverfassungsgericht abgeleitet und damit Verfassungsrang eingeräumt worden.³⁴⁹ Der Status dieses Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ist grundgesetzlich abgesichert, stellt aber – trotz Widerspruchs³⁵⁰ im Ergebnis kein selbständiges Grundrecht dar. Zu begründen ist dies zum einen damit, daß ein eigenständiges Grundrecht auf Datenschutz

³⁴⁹ Kniesel, DP 1984, 304 (S. 305); Krause, JuS 1984, 268.

³⁵⁰ Denninger CR 1988, 51 (S. 55).

expressis verbis im Grundgesetz nicht enthalten ist.³⁵¹ Zum anderen fehlt ein allgemeines Dateneigentum im Sinne eines umfassenden Informationsverfügungsrechts: Informationen sind nicht eigentumsähnlich beherrschbar, darüber hinaus stehen die Informationsrechte Dritter der Annahme eines „Dateneigentums“ entgegen.³⁵² Dem Einzelnen wird die Möglichkeit garantiert, selber frei über seine Daten zu verfügen.³⁵³

Die durch das Grundgesetz vorgesehene Verknüpfung der informationellen Selbstbestimmung mit einer demokratischen Struktur schließt eine eigene, absolute Herrschaft des Einzelnen über seine Daten aus. Dies ist eine Begründung für Interpretationen des Datenschutzrechts, die ein umfassendes staatliches Nutzungsrecht an Informationen zulassen wollen.³⁵⁴

b) Inhalt: Verwendungszweckbestimmung und Normenklarheit

Diesen Auffassungen ist das Bundesverfassungsgericht insbesondere durch das Volkszählungsurteil entgegengetreten, in dem das Recht der informationellen Selbstbestimmung ausdrücklich anerkannt wurde.

Nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts berührt jede Sammlung und Vorratshaltung von persönlichen Daten einen geschützten persönlichen Bereich. Gespeicherte persönliche Daten unterliegen dem der Speicherung bestimmten Verwendungszweck und dürfen nicht außerhalb dieses Zweckes genutzt werden.³⁵⁵

Hintergrund ist eine mögliche Beeinflussung des Verhaltens des Einzelnen bereits durch die Ungewißheit über die zukünftige Verwendung seiner persönlichen Daten. Die Unzulässigkeit einer

³⁵¹ Denninger KJ 1985, S. 215 (S. 218); Kniesel, DP 1984, S. 304, (S. 305); Simitis, NJW 1984, S. 398 (S. 399).

³⁵² Rogall, GA 1985, 1 (S. 11).

³⁵³ BVerfGE 65,1 (S. 42).

³⁵⁴ Implizit Auernhammer, Einf. Rnn. 36, 37.

³⁵⁵ Denninger, KJ 1985, S. 215 (S. 220); Simitis, NJW 1984, S. 398 (S. 402).

solchen Weiterverwendung wird ebenfalls aus dem Gebot des Übermaßverbotes abgeleitet.³⁵⁶ Daraus ergibt sich eine Begrenzung der Datenverarbeitung,³⁵⁷ um den einzelnen vor einer Reduzierung auf einem „gläsernen Menschen“ zu bewahren.³⁵⁸

Implizit lehnt das Bundesverfassungsgericht damit die durch die Literatur entwickelte Schwellentheorie³⁵⁹ ab. Diese verneint einen Eingriff in eine geschützte Rechtsposition durch Informationssammlung persönlicher Daten, wenn die Informationen keine hohe persönliche Relevanz haben, bzw. nicht in den inneren persönlichen Bereich eingreifen.

c) **Ausstrahlung dieses Rechts auf die Gesellschaft**

Das Urteil wird jedoch über die bloße Festlegung der Grenzen der Datensammlung hinaus interpretiert, da das Recht der informationellen Selbstbestimmung auch den Status des Einzelnen in der Gesellschaft erfaßt: derjenige, der über seine Daten selber bestimmt, stellt sich damit nicht außerhalb der Gesellschaft, sondern handelt und verwirklicht sich in ihr.³⁶⁰ Der Einzelne trägt die Entscheidungsfreiheit über sein Verhalten und seine Selbstdarstellung in der Gesellschaft unabhängig und eigenverantwortlich. Er ist daher in diesem Bereich schutzwürdig.³⁶¹ Diese Aussage interpretiert die Sozialbezogenheit persönlicher Informationen, die in einem Netzwerk von sozialen Kommunikationsräumen auf einer Basis der Gegenseitigkeit fluktuieren.³⁶² Die Sozialgebundenheit der Informationen läßt nur bestimmte Eingriffe zu, die durch die Notwendigkeit der

³⁵⁶ Denninger, KJ 1985, S. 215 (S. 223).

³⁵⁷ Simitis, NJW 1984, S. 398 (S. 402).

³⁵⁸ Walder, ZStW 95 (1983), S. 862 (S. 883).

³⁵⁹ Ahlf, DP 1983, 41 (S. 52).

³⁶⁰ Simitis, NJW 1984, 398 (S. 399).

³⁶¹ Denninger, KJ 1985, S. 215 (S. 219).

³⁶² Hoffmann-Riem, AöR 123, 513 (S. 521).

Funktionstauglichkeit staatlicher Verwaltung und anderer staatlicher Aufgabenwahrnehmungen gerechtfertigt sind.³⁶³

Einschränkungen der informationellen Selbstbestimmung durch staatliche Datenverarbeitung sind deshalb im Allgemeininteresse hinzunehmen.³⁶⁴ Neben einer gesetzlichen Absicherung sind die Eingriffsinstrumente zusätzlich durch den Gesetzgeber zu präzisieren, indem die Ziele und der Umfang der Datenverarbeitung offengelegt werden müssen.³⁶⁵ Für die jeweilige Gewichtung der Interessen werden keine Vorgaben gemacht, so daß eine Abwägung im Einzelfall zu treffen ist.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sagt über die Feststellung der Position des Einzelnen in der Gesellschaft noch mehr aus, denn nach den Interpretationen der Literatur umschreibt sie auch die Struktur der Gesellschaft. In dem Maß, in dem der Einzelne die Möglichkeit erhält und auch wahrnimmt, auf die Datenverarbeitungsprozesse Einfluß zu nehmen, wird eine Gesellschaft geschaffen, die durch die Mitwirkungs- und Handlungsmöglichkeiten geprägt wird.³⁶⁶ Ursache sei der Wandel der Industrie- zu Informationsgesellschaft,³⁶⁷ so daß Staat und Gesellschaft damit nach außen und innen auf einer kooperativen Ebene verbunden seien. Aus der reinen „Antithese“ des Staates zur Gesellschaft sei eine „umgreifende einheitsstiftende Synthese“³⁶⁸ des Staates zu seinem Bürger geworden.

Dem Grundgesetz ist ein aus einem Gemeinschaftsanspruch hergeleiteter staatlicher Anspruch auf Informationserhebung von Bürgern fremd,³⁶⁹ denn wenn allein unter Berufung auf soziale Kontakte der Zugriff auf persönliche Daten ermöglicht würde, wäre

³⁶³ Aulehner, S. 374; Hoffmann-Riem, AöR 123, 513 (S. 524, 525).

³⁶⁴ Knemeyer, NWwZ 1988, 193.

³⁶⁵ Rogall, GA 1985, 1 (S. 10); Simitis, NJW 1984, S. 398 (S. 400).

³⁶⁶ Simitis, NJW 1984, S. 398 (S. 399).

³⁶⁷ Aulehner, S. 304.

³⁶⁸ Isensee in: Böckenförde, Staat und Gesellschaft, 317(S. 326).

³⁶⁹ Simitis, NJW 1984, S. 398.

das Resultat eine Rechtsordnung, in der die Bürger nicht mehr wissen, wer was von ihnen bei welcher Gelegenheit weiß.³⁷⁰

Nicht allein die abstrakte kategorische Einteilung der Relevanz einer Information für ein Individuum ist wichtig für die Frage, ob eine Information schutzwürdig ist, entscheidend ist auch der Verwendungszusammenhang. Das Recht der informationellen Selbstbestimmung umfaßt damit auch die Art und Weise der Datenverarbeitung.³⁷¹ Diese Kontrolle des Bürgers über seine persönlichen Daten ist Funktionsbedingung einer Demokratie,³⁷² so daß ein Verlust dieser Kontrolle sich als Verlust demokratischer Elemente darstellt.³⁷³ Wann dieser Grenzbereich allerdings verlassen wird, ist auch hier nur schwer festzustellen, da die abstrakt-begrifflichen Voraussetzungen nicht für jeden Einzelfall deutlich machen, wann die Zweckbindung noch erfüllt ist und wann sie verlassen wird.³⁷⁴

Nach der Definition des BVerfG ist ein fester Anknüpfungspunkt notwendig,³⁷⁵ der nur durch Normenklarheit zu erreichen sei, die den Rückzug in Generalklauseln verhindert und dabei den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet.³⁷⁶ In wieweit das Recht auf informationelle Selbstbestimmung die Pflicht zu verfahrensregelnden Vorschriften erzwingt, hängt von der Art und dem Umfang der verwendeten Daten und der Mißbrauchsgefahr ab.³⁷⁷ Das gilt unabhängig davon, wer auf diese Angaben zurückgreift, sei es, daß es sich um eine staatliche Behörde oder um eine private Gesellschaft handelt.³⁷⁸

³⁷⁰ BVerfG NJW 1984, S. 419; Krause JuS 1984, 268 (S. 270).

³⁷¹ Denninger, KJ 1985, S. 215 (S. 220).

³⁷² BVerfG, NJW 1984, S. 419.

³⁷³ Simitis, NJW 1984, S. 398 (S. 400); Ders. FS Coing II, S.495 (S. 511).

³⁷⁴ Denninger, KJ 1985, S. 215 (S. 223).

³⁷⁵ Simitis, NJW 1984, S. 398 (S. 400).

³⁷⁶ Knemeyer, NVwZ 1988, 193; Simitis, NJW 1984, S. 398 (S. 400).

³⁷⁷ BVerfGE 65, 1 (S. 45).

³⁷⁸ Simitis, NJW 1984, S. 398 (S. 401).

Eine präzise Grenzziehung, bei der die Betroffenen zu Objekten staatlicher Informationsgewalt degradiert werden, ist aber unmöglich.³⁷⁹ Entscheidend ist im Ergebnis immer der Einzelfall, da Beurteilungsparameter nicht durch das Bundesverfassungsgericht vorgegeben wurden.³⁸⁰

d) Ergebnis

Unter Beachtung der Vorgaben aus dem Urteil kann festgehalten werden, daß die Nutzung der persönlichen Daten auf das Mindestmaß der Erforderlichkeit zu reduzieren,³⁸¹ und Datenvorratshaltung ohne erkennbaren Bedarf unzulässig ist.³⁸² Die Beschränkung jeder staatlichen Datensammlung ist vor dem Hintergrund der möglichen Verhaltensbeeinflussung zu beachten.

2. Eingriff in den Schutzbereich

Ein Eingriff liegt grundsätzlich dann vor, wenn dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich des Grundrechtes fällt, behindert oder unmöglich gemacht wird.

Der Begriff des Eingriffs ist in diesem Zusammenhang aber strittig. Zum Teil wird eine Eingriffsqualität abgelehnt, wenn der Staat die Bekanntgabe persönlicher Daten verlangt, da die Gemeinschaftsbezogen- und -gebundenheit den Bürger im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zwingt, Daten offenzulegen.³⁸³ Heimliche Datenerhebung wird teilweise per se nicht als ein Eingriff gewertet.³⁸⁴ Auf diese Meinungen wird im Rahmen der Bewertung eingegangen.

³⁷⁹ Bull in: GedSchr II für Sasse S. 869 (S. 876); Simitis, NJW 1984, S. 398 (S. 400).

³⁸⁰ Aulehner, S. 100.

³⁸¹ Simitis, NJW 1984, S. 398 (S. 402).

³⁸² BVerfG NJW 1984, S. 419; Denninger, KJ 1985, S. 215 (S. 223, 224).

³⁸³ So Ermisch, WissKrim, S. 305ff.

³⁸⁴ Steinke, MDR 1980, 456 (S.457).

a) Eingriff in das Recht auf Informationelle Selbstbestimmung durch die Raster- und Schleppnetzfehndung

Hier ist abzuklären, inwieweit durch die Raster- und Schleppnetzfehndung in das Recht der informationellen Selbstbestimmung eingegriffen wird.

Beide Maßnahmen werden hier zusammen untersucht, da sie sich aufgrund des Datensammlungscharakters in den hier relevanten Prüfungspunkten überschneiden.

aa) Kontrollverlust: Mißbrauchsgefahr

Der Zugriff des Staates auf private Datenbanken eröffnet die Möglichkeit zur Erstellung von Persönlichkeits-, Verhaltens-, und Bewegungsprofilen einzelner Bürger.³⁸⁵ Durch die Heimlichkeit der Fehndungsmethode werden die erforderlichen Daten ohne Kenntnis des Betroffenen verwertet.³⁸⁶ Die durch § 98a nicht begrenzte Typenvielfalt verwendbarer Daten und die modernen Möglichkeiten der Datenverarbeitung lassen theoretisch intimste Details der Bürger in diese Fehndungsmethoden mit einfließen; nicht einmal Daten, die der ärztlichen Schweigepflicht unterfallen, sind davon ausgenommen. Darin ist ein Eingriff in die Kontrolle des Bürgers über seine Daten zu sehen. Diese weit gefaßte Verwertungsmöglichkeit stellt damit bereits einen Verstoß gegen die notwendige Bestimmtheit der Datenverwendung dar.³⁸⁷

bb) Zweckentfremdung

Auch eine Zweckentfremdung der persönlichen Daten des Einzelnen wird durch die Fehndungsmethode vorgenommen, weil

³⁸⁵ Walder, ZStW 95 (1983) S. 862 (S. 886); Wittig, JuS 1997, S. 961 (S. 968).

³⁸⁶ Kniesel, DP 1984, S. 305 (S. 309).

³⁸⁷ Riegel, ZRP 1980, S. 300 (S. 303).

der Zugriff der Staatsanwaltschaft auf Daten erfolgt, die nicht zum Zweck der Strafverfolgung, sondern zu einem anderen –meist vertraglich oder gesetzlich vorher bestimmten anderen Zweck– gesammelt wurden.³⁸⁸

Mit dieser Zweckentfremdung wird ebenfalls in das Recht der informationellen Selbstbestimmung eingegriffen. Die Art und Weise der Analyse unterliegt nach Anordnung der Rasterfahndung keinerlei Einschränkungen hinsichtlich der Wahl der Mittel und der verwendbaren Datenbeständen. Neben der Gefahr der schnellen Umwandlung von alten, analogen Datenbeständen in digitale Informationen ist die unbegrenzte Varianz der verwendbaren Datentypen ein Freibrief für weiteste Auswertungen.

Die Datenüberprüfung läßt aufgrund immer umfassenderer Speichersysteme der Computer, die mit immer größerer Verarbeitungsgeschwindigkeit und immer häufiger mit anderen Computersystemen vernetzt werden, die Schaffung von umfassenden Persönlichkeitsbildern des Bürgers zu.³⁸⁹ Beispielhaft ist die Nutzung von Geldautomaten, EC-Kartenzahlung im Supermarkt oder das Betreten mit einer elektronischen Zugangsberechtigung gesicherter Räume. Alle Sozialdaten können damit Objekt der Auswertung werden, ebenso Schufa-Informationen wie Personaldaten großer Betriebe.³⁹⁰ Solche Spuren laden wegen ihrer immer weiter gehenden Lückenlosigkeit durch die immer weitergehende Verbreitung von Datenelektronik im Alltag geradezu dazu ein, diese Datensätze zu Rasterfahndungen zu nutzen und damit die Aufklärungsarbeit zu betreiben.

Auch ist die Gefahr der Schaffung eines gläsernen Menschen durch die in Datenverarbeitungsprozessen, -methoden, und -varianten immanente Dynamik gegeben.³⁹¹ Die Entwicklung der Datenverarbeitung ist durch eine rasante Veränderung geprägt und

³⁸⁸ Rogall, GA 1985, S. 1 (S. 5).

³⁸⁹ Rogall, GA 1985, S. 1 (S. 9).

³⁹⁰ Baumann JuS 1987, S. 681 (S. 685).

³⁹¹ Alberts, ZRP 1990, S. 147 (S. 148).

schafft immer neue Möglichkeiten der Nutzung. Ein Verzicht auf neue technische Möglichkeiten aus Gründen des Datenschutzes fällt grundsätzlich schwer.³⁹² Wenn sich die Möglichkeit ergibt, eine neue Methode der Datenverarbeitung zu benutzen, werden sie von den Strafverfolgungsbehörden eingesetzt werden.³⁹³

Eine Mißbrauchsgefahr manifestiert sich bereits in der bloßen Existenz der Daten, wobei selbst ein Unterschied zwischen analogen und digitalen Daten keine Erheblichkeit mehr besitzt: Analoge Daten können durch ausgereifte technischen Möglichkeiten problemlos in digitale Informationen umgewandelt werden.³⁹⁴ Die Zulässigkeit des Einsatzes dieses Instrumentariums läßt niemanden mehr sicher sein, nicht in das Visier von Strafermittlern zu geraten. Grenzen des technischen Einsatzes müssen aber bei der Rasterfahndung wegen der weiten einsetzbaren Datentypen nicht einmal beachtet werden. Zu erwarten ist, daß das Bewußtsein der Tragweite und des Ausmaßes der Zweckentfremdung der Daten durch die in der kriminalistischen Praxis einsetzende Routine in den Hintergrund treten wird.

Im Ergebnis wird durch die Raster- und Schleppnetz-fahndung in die informationelle Selbstbestimmung eingegriffen.

b) Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch den Großen Lauschangriff

Auch der Lauschangriff greift in das Recht der informationellen Selbstbestimmung ein. Es umfaßt insbesondere das aus Art 2 I, 1 I GG abgeleitete Abwehrrecht des Einzelnen gegen jede Art von zwangsweiser staatlicher Datenerhebung.³⁹⁵ Danach muß der Bürger wissen, wer über seine persönlichen Daten Kenntnis hat.

³⁹² Alberts, ZRP 1990, S. 147 (S. 148).

³⁹³ So auch Alberts, ZRP 1990, S. 147 (S. 148).

³⁹⁴ Binder, Diss S. 171.

³⁹⁵ Raum/Palm, aaO., (S. 452).

aa) Verletzung der Zweckbindung

Die durch den Lauschangriff durchgeführte Informationssammlung zum Zwecke der Strafverfolgung ist durch den Betroffenen nicht erlaubt worden. Damit wird gegen die vom Betroffenen bezweckte Nutzung seiner vertraulich geäußerten Kommunikation verstoßen, da die durch die Heimlichkeit der Maßnahme erhaltenen Daten mit dem Nichtwissen des Bürgers zu Zwecken ausgewertet werden, die nicht durch den Betroffenen zu diesem Zweck übermittelt wurden. Die Zielsetzung der Strafverfolgung ist allein durch die staatlichen Stellen definiert, so daß der mutmaßliche Wille des Bürgers keine Rolle spielt. Im Ergebnis liegt in der heimlichen Datensammlung ein Eingriff in das Recht der informationellen Selbstbestimmung.

bb) Verlust der Kontrolle

Hier wird eine Datensammlung durchgeführt, über die kein Bürger eine Kontrolle hat. Die Auswertung der aufgezeichneten Gespräche ist den Behörden überlassen, die die Inhalte nach den für sie wichtigen Gesichtspunkten auswerten können. Dies ist nach der Regelung in § 101 I, 2 unter bestimmten Umständen den Betroffenen nicht mitzuteilen. Damit liegt ein Eingriff in die persönlichen Datenkontrolle des Bürgers vor.

c) Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch den Verdeckten Ermittler

Durch den Einsatz des Verdeckten Ermittlers werden persönliche Informationen gesammelt, ohne daß vorher eine Zustimmung der Zielperson zur Verwendung der persönlichen Daten erfolgte. Es erfolgt diesbezüglich keine individuelle Entscheidung über die Herausgabe von persönlichen Informationen. Damit ist ein Eingriff in das Recht der informationellen Selbstbestimmung gegeben.

d) Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch die Polizeiliche Beobachtung

Auch bei der polizeilichen Beobachtung wird wegen des fehlenden Einverständnisses der Zielperson mit der Erhebung von umfassenden Informationen über seine Lebensgewohnheiten in den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung eingegriffen.

e) Ergebnis

Ein Eingriff in das Recht der Informationellen Selbstbestimmung ist durch sämtliche neuen Ermittlungsmethoden in der StPO gegeben.

II. Verletzung der Menschenwürde

Neben einem Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist ein Eingriff in die durch Art. 2 I, 1 I GG geschützte Menschenwürde und in die Unverletzlichkeit der Wohnung durch die heimlichen Ermittlungsmethoden zu prüfen.

**1. Großer Lauschangriff:
Menschenwürde und Unverletzlichkeit der Wohnung**

a) Vorbemerkung

Die Bestimmung des Kernbereiches der Menschenwürde ist hier unter Berücksichtigung von Art. 13 I GG und Art. 19 III GG vorzunehmen, da der Große Lauschangriff notwendigerweise beide Aspekte durch seinen Einsatz berührt. Der Begriff der Wohnung wird nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts weit ausgelegt und umfaßt sämtliche Räume eines Gebäudes, die nicht der Öffentlichkeit zugänglich sind, so auch Büro- und

Geschäftszimmer.³⁹⁶ Durch eine Abhörmaßnahme wird nach nunmehr einhelliger Meinung in das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung eingegriffen,³⁹⁷ die älteren Meinungen, die zum Teil die Überschreitung der Eingriffsschwelle wegen schlicht-hoheitlicher Tätigkeit oder als Eingriffe ohne Zwangscharakter ablehnten,³⁹⁸ sind hinfällig. Die Diskussion, ob die heimliche Informationserhebung als „Durchsuchung nach Informationen“ ähnlich der nach Sachen oder Personen anzusehen ist,³⁹⁹ oder aber einen Eingriff sui generis darstellt, der verschiedene Normierungen erfordert, ist mit der Änderung des Art. 13 GG, der einen Informationseingriff in die Wohnung ausdrücklich gestattet, gegenstandslos geworden.

b) Eingriff in die Menschenwürde durch den Großen Lauschangriff

aa) Position der Menschenwürde in der Verfassung

Mit der durch Art. 13 GG garantierten Privatsphäre umfaßt Art. 13 GG als *lex specialis* auch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 I, 2 I GG und der Gesamtheit der Grundrechte, aus denen die Menschenwürde interpretiert wird.

Die Garantie des Art. 79 III GG umfaßt durch die Verweisung auf Art. 1 GG auch die Menschenwürde, die den sozialen Wert- und Achtungsanspruch des Menschen beinhaltet. Damit wird der in den anderen Grundrechten mit enthaltene Menschenwürdegehalt von der Sperrklausel des Art. 79 III erfaßt.⁴⁰⁰ Dieser Kernbereich ist

³⁹⁶ BVerfGE 32, 54 (S. 69).

³⁹⁷ AK-Berkemann Art. 13 Rn. 28; Amelung, JR 1984, 256, Backes, KritV 1986, 315 (S.329); Ransiek GA 95, 23 (S. 32); Salzwedel, GedSchr Peters, 756 (S.781).

³⁹⁸ Guttenberg, NJW 1993, 567 (S. 570); Kubica/Leineweber, NJW 1984, 2068 (S. 2071).

³⁹⁹ So Ransiek, GA 95 23 (S. 30).

⁴⁰⁰ Maunz-Dürig Art. 79 Rn. 42; V. Münch/Bryde (3. Aufl.) Art. 79 Rn. 36; SBK-Art. 79 Rnn. 7,45,46; Stern StaatsR I § 5 IV 5 δ; Wolter NStZ 1993, S. 1 (3).

nach der Garantie von Art. 79 III unantastbar und keiner Grundgesetzänderung zugänglich.⁴⁰¹

Außerhalb dieses Kernbereiches allerdings ist das Grundgesetz auch wesentlichen Änderungen durch den Gesetzgeber offen. Grundsätzlich sind auch systemimmanente Verfassungsänderungen möglich.⁴⁰² Art. 13 GG dem Gesetzgeber damit insoweit dispositiv zugänglich, als nicht in den Kernbereich der Menschenwürde eingegriffen wird.

bb) Klassische Definition

Aus dem Urteil zur Volkszählung ist generell abzuleiten, daß dem Bürger eine Sphäre privater Lebensführung vorbehalten bleiben muß, die für den Gesetzgeber unantastbar und damit der Einwirkung der öffentlichen Gewalt vollständig entzogen ist.⁴⁰³ Eine Menschenwürdeverletzung läge demnach vor, wenn in staatlicher Behandlung ein in nachvollziehbarer Weise ein Ausdruck der Negation der Subjektqualität des Menschen liegt.⁴⁰⁴ Jedoch sind die Hürden für die Bejahung eines Verstoßes vom Bundesverfassungsgericht sehr hoch angesetzt worden.⁴⁰⁵ Die Schwierigkeit besteht darin, dem Begriff des Kernbereichs der Menschenwürde konkrete Konturen zu geben.

Nach der Definition der klassischen Objektformel verbietet der Menschenwürdebegriff des Grundgesetzes als tragendes Verfassungsprinzip⁴⁰⁶ eine Reduzierung des Menschen auf ein bloßes Objekt. Der Eigenwert, die Eigenständigkeit und Natur des Menschen wird schlechthin vor staatlichem Zugriff geschützt.⁴⁰⁷

⁴⁰¹ Raum/Palm, JZ 1994, 447 (S. 451).

⁴⁰² BVerfGE 30, 1 (S. 24).

⁴⁰³ BVerfGE 6, 32 (S. 36, 41); 27, 1 (S. 6); 87, 209 (S.228); Implizit auch Kamlah, DöV 1970,45 (S.46,47).

⁴⁰⁴ BVerfGE 30, 1 (S. 25); Denninger, StV 1998, 401 (S.403).

⁴⁰⁵ Raum/Palm, JZ 1977, 447 (S. 451).

⁴⁰⁶ BVerfGE 54, S. 341 (S. 357).

⁴⁰⁷ SBK-Art. 1 GG, Rn. 18.

In der von Hubmann begründeten Sphärentheorie⁴⁰⁸ ist diese Betrachtung enthalten. Danach wird die Persönlichkeitssphäre des Menschen in drei Kreise eingeteilt, die die Individualsphäre, die Privatsphäre und die Geheimsphäre umfassen. Die Persönlichkeitssphäre betrifft die zugänglichen Lebensbereiche, die Individualsphäre beinhaltet die „Einmaligkeit und Eigenart... (des Menschen) in der Öffentlichkeit“.⁴⁰⁹ Die Privatsphäre und Geheimsphäre dagegen schützt den Bereich, für den ein Geheimhaltungsinteresse besteht. Diese sind vor der Öffentlichkeit und auch vor unbefugter Kenntnisnahme durch Einzelne zu sichern. Das Persönlichkeitsrecht sei durch viele Einzelfacetten geprägt, die zu einem Gesamtbild, das durch ein umfassendes, von allgemeinem Rechtsbewußtsein determinierten Gesamtinteresse gefügt wird. Aus verschiedenen einzelnen Persönlichkeitsrechten, wie etwa der freie Entfaltung,⁴¹⁰ dem Schutz des Daseins⁴¹¹, des Geistes⁴¹² und des Willens⁴¹³ wird dieses Bild zusammengesetzt. Die aus der Gesamtschau eruierten Merkmale seien ein absoluter Wert, der zwar nur als Generalklausel existiere,⁴¹⁴ damit im Einzelfall einer Abwägung und Bewertung durch den Richter bedürfe, in dessen Kernbestand jedoch ein Eingriff nicht möglich sei.⁴¹⁵ Die Bestimmung sei unter Einbeziehung der Generalklausel und anhand der objektiven persönlichen Interessen, dem Wertstreben und Werten einer Person, die im Verkehr nicht verselbständigt sind, zu treffen.⁴¹⁶

Das Grundrecht wird über § 79 III GG als unabänderlich gesichert, so daß bei einem Eingriff kein Raum für eine Rechtfertigung durch eine Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung

⁴⁰⁸ Hubmann, S. 268.

⁴⁰⁹ Hubmann, S. 269.

⁴¹⁰ Hubmann, S. 175.

⁴¹¹ Hubmann, S. 220.

⁴¹² Hubmann, S. 223.

⁴¹³ Hubmann, S. 253.

⁴¹⁴ Hubmann, S. 377.

⁴¹⁵ Hubmann, S. 182.

⁴¹⁶ Hubmann, S. 377.

bleibt.⁴¹⁷ Jedem Individuum, auch dem Straftäter,⁴¹⁸ steht damit ein Bereich zu, in den der Staat nicht eingreifen darf. Bei schweren Erscheinungsformen der Kriminalität könnten sonst die Allgemeininteressen schnell über die Würde des Einzelnen gestellt werden.⁴¹⁹ Der Bürger wird mit dieser Prämisse vor der totalen Ausforschung durch den Staat geschützt.⁴²⁰ Außerdem wird dadurch festgelegt, daß eine weitgefaßte Datennutzung, die nicht den Kernbereich der Menschenwürde berührt, zulässig ist.

cc) Ergebnis

Festzuhalten bleibt, daß die Behandlung des Menschen nicht zu seiner Reduzierung auf ein bloßes Objekt führen darf, das den sozialen Wert- und Achtungsanspruch eines Individuums in Frage stellt.⁴²¹ Dieses Postulat gilt umfassend: dem Einzelnen wird ein Innenraum zugebilligt, der unter freier und selbstverantwortlicher Entfaltung der Persönlichkeit verbleiben muß.⁴²²

Eine Bestimmung des Kernbereichs ist damit im Zusammenhang mit dem jeweils zu beurteilenden Grundrecht vorzunehmen.

c) Bejahung einer Kernbereichsverletzung der Menschenwürde durch den Großen Lauschangriff

aa) Literatur- und Justizauffassungen

Ein Eingriff in den Kernbereich der Menschenwürde durch den Großen Lauschangriff wird von verschiedenen Autoren bejaht.

⁴¹⁷ BVerfGE 6, 32 (S. 41); 27, 1 (S. 6); 34, 238 (S. 245); 35, 202 (S. 220); 75, 369 (S. 380); 80, 367 (S. 373).

⁴¹⁸ BVerfGE 64, 261 (S. 284); 72, 105 (S. 115).

⁴¹⁹ Wolter, StV 1990, S. 175 (S.177).

⁴²⁰ BVerfGE 27, 1 (S.6).

⁴²¹ BVerfGE 50, 166 (S. 175); 87, 209 (S. 228).

⁴²² BGHSt 31, 296 (S. 300).

(a) Literaturauffassungen

Das Bundesverfassungsgericht hat nach Ansicht von Raum/Palm insbesondere durch die Betonung des „Innenraums“, in den sich der Einzelne zurückziehen kann, und zu dem die Umwelt keinen Zutritt habe und ein Recht auf Einsamkeit genossen werde,⁴²³ einen eingriffsfesten Bereich geschaffen.

Die Wohnung sei das gegenständlich innerste Refugium des Menschen,⁴²⁴ denn maßgebliche Kriterien für die Grenzziehung seien der soziale Bezug und die Intensität der Kommunikation mit anderen.⁴²⁵ Je geringer der Bezug zur Öffentlichkeit in den Gesprächen sei, umso näher komme man dem unantastbaren Bereich. Die Zulässigkeit eines Eingriffs wird deshalb davon abhängig gemacht, ob der Sozialbezug zur Außenbeziehung hinreichend intensiv sei.⁴²⁶

Der Betroffene sei bis tief in die innerste Privatsphäre völlig ungeschützt, da Kenntnisnahme intimster Vorgänge durch Dritte möglich ist. Im Unterschied zum Einsatz Verdeckter Ermittler oder der Telefonüberwachung sei durch die hier vorliegende völlige Ahnungslosigkeit des Betroffenen, wer seine „tiefsten Seufzer“ vernehmen kann, eine völlig andere Qualität des Eingriffs gegeben.⁴²⁷ Die durch den großen Lauschangriff aufgenommenen Gespräche würden vom Betroffenen im Bewußtsein geführt, daß der Inhalt nicht die räumlichen Grenzen verläßt.⁴²⁸

Zwar räumen die Verfasser ein, daß es kein Bestandteil der Menschenwürde sei, abgeschirmt und unbeobachtet Mord und Totschlag planen zu können. Allerdings müsse der Rechtsstaat jemandem einen Raum für Privatheit lassen, denn die Menschenwürde könne schon aus dem Gleichheitsgrundsatz des

⁴²³ BVerfGE 27,1 (S. 16).

⁴²⁴ Raum/Palm, JZ 1977, 447 (S. 451).

⁴²⁵ So auch Wolter, StV 1989, 358 (S. 364).

⁴²⁶ Raum/Palm, aaO., (S. 451).

⁴²⁷ Raum/Palm, aaO., (S. 451).

⁴²⁸ Raum/Palm, aaO., (S. 452).

Art. 3 I GG nicht so aufgeteilt werden, daß allein der rechtstreue Bürger von der Menschenwürde betroffen sei.⁴²⁹

Ebenso sieht Hassemer den nach dem Bundesverfassungsgericht unantastbaren menschlichen Innenraum, der zur Entfaltung der Persönlichkeit erforderlich ist, gerade in dem Bestand der eigenen Wohnung. Auch von diesem Autor wird sie als Raum innerster privater Existenz gesehen, der vom Kernbereich des Art. 2 I, 1 I erfaßt sei.⁴³⁰

Das private Innenleben der Betroffenen wird nach Meinung von Liskan bei einer akustischen Wohnraumüberwachung dem Staat durch die Zielperson schutz- und wehrlos ausgeliefert und damit das Mindestmaß an Privatautonomie für ein menschenwürdiges Dasein verletzt.⁴³¹

Nach der von Böttger vertretenen Auffassung bringt ein heimliches Abhören dieses Bereiches intime Daten an die Instanzen sozialer Kontrolle, ohne daß die Betroffenen sich dagegen zur Wehr setzen könnten.⁴³² Für den Menschen aber ist der Bereich elementar, in dem er sich unbeobachtet bewegen und verhalten kann. Der Rückzugsbereich und der Freiraum für höchstpersönliche Vorgänge des Einzelnen werden sonst entwertet.

Nach Eisenberg ist die freie Kommunikation in der räumlichen Privatsphäre⁴³³ unabdingbare Voraussetzung für ein menschenwürdiges Dasein. Ein heimlicher Lauschangriff gebe dieses letzte Refugium preis, so daß eine freie Entfaltung der Persönlichkeit nicht mehr möglich sei.⁴³⁴

⁴²⁹ Alberts, CR 1997, 102 (S. 103); Raum/Palm, aaO., (S. 452).

⁴³⁰ Hassemer, DRiZ 1992, S. 357 (S.358).

⁴³¹ Liskan, ZRP 1993, 121 (S. 123).

⁴³² Böttger in: Böttger/Pfeiffer ZRP 1994, 7 (S. 15).

⁴³³ Eisenberg NJW 1993, 1033 (S. 1039).

⁴³⁴ Eisenberg NJW 1993, 1033 (S. 1039).

Nach der Meinung von de Lazzer/Rohlf sei es geradezu ein Schulbeispiel für eine Beeinträchtigung des menschenrechtlichen Gehalts der Grundrechte, wenn heimliche Abhörmaßnahmen eingesetzt werden sollten. Denn dem Einzelnen werde dadurch die selbstverantwortliche Gestaltung seiner Beziehung zur sozialen Gemeinschaft aus der Hand genommen. Die heimliche Maßnahme mache ihn zu einem Objekt staatlichen Handelns in einem Bereich, der konstitutiv für das Personsein sei.⁴³⁵ Von der Privatheit der Wohnung, die auf der Überschaubarkeit und Beherrschbarkeit des Raumes beruhe, bliebe bei einer solchen Aktion nichts mehr übrig.⁴³⁶ Aus der freiheitlichen Tendenz des Grundgesetzes kämen heimliche Eingriffe einer Aufhebung der räumlichen Privatsphäre gleich. Ein solcher Staat sinke zu einem Sykophanten-Staat herab, da es zu einer generellen Beeinflussung des Willens des auf lauter Fallen gefaßten Bürgers komme, der kein Vertrauen mehr jemandem entgegenbringen könne.⁴³⁷

Auch eine (jetzt erfolgte) Grundgesetzänderung verletzt nach Seifert das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip wegen des Eingriffs in die Intimsphäre des Bürgers, die dem totalen staatlichen Zugriff ausgesetzt sei.⁴³⁸ Der Bürger sei dann in seiner Menschenwürde verletzt, wenn er zum bloßen Objekt einer Macht, die im Geheimen gegen die Bürger operiere, reduziert werde.⁴³⁹

Guttenberg unterscheidet die heimliche Beobachtung außer- und innerhalb der Wohnung. Die für die polizeiliche Beobachtung erfolgte Beurteilung ist analog auf das Abhören zu übertragen; insbesondere liegt die Intensität des Eingriffs des Abhörens unterhalb der Schwelle des Observierens. Heimliche Informationsbeschaffung verstoße seiner Auffassung nach nicht in jeder Form gegen Art. 1 I GG. Allerdings komme bei der

⁴³⁵ De Lazzer/Rohlf, JZ 1977, 207 (S. 211).

⁴³⁶ De Lazzer/Rohlf, JZ 1977, 207 (S. 210).

⁴³⁷ Arndt, NJW 1961, 897 (S. 902).

⁴³⁸ Seifert, KJ 1993, S. 355 (S. 363).

⁴³⁹ Seifert, KJ 1993, S. 355 (S. 363).

heimlichen Beobachtung in der Wohnung hinzu, daß im Unterschied zur Öffentlichkeit, in der zumindest mit einer Beobachtungsmöglichkeit gerechnet wird, sich hier der Bürger unbeobachtet fühle.⁴⁴⁰ Diese Konstellation bedeute einen weiteren und entscheidenden Schritt hin zu einer bloßen Objektrolle. Für die Verwirklichung der Identitätsfindung sei Voraussetzung, daß der Einzelne sowohl mit sich selber als auch mit anderen allein sein könne. Der Mensch dürfe nicht dazu gezwungen werden, bestimmte Handlungen zu unterlassen oder unter potentieller Beobachtung zu führen.⁴⁴¹ Jede heimliche Überwachung in der privat genutzten Wohnung sei damit ein Eingriff in den Menschenwürdegehalt des Grundgesetzes.⁴⁴² Gegen die Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes in der Tagebuchentscheidung wird angeführt, daß diese den absolut geschützten Kernbereich der Menschenwürde nicht ernst nehme, denn wenn die Gefahr bestünde, daß neben Sozialdaten auch etwa Intiminformationen zur Kenntnis gebracht werden könnten, müsse die Informationssammlung unterbleiben.⁴⁴³ Das Argument, daß ein Beweisverwertungsverbot die erfolgte Verletzung der Privatheit kompensieren könnte, verkenne, daß die einmal erfolgte Verletzung damit nicht mehr ungeschehen gemacht werden kann.⁴⁴⁴

(b) Bundesgerichtshof

Diese Argumentation vertrat der BGH.⁴⁴⁵ Die Aufzeichnung des Raumesgespräches greife deshalb in den unantastbaren Kernbereich der Menschenwürde ein, weil hier die Persönlichkeitsentfaltung eingeengt werde. Dem Betroffenen wird gerade die Möglichkeit genommen, sein Empfindungen, Ansichten oder Eindrücke von

⁴⁴⁰ Guttenberg, NJW 1993, S. 567 (S. 571).

⁴⁴¹ Guttenberg, aaO, (S. 572).

⁴⁴² Guttenberg, aaO, (S. 572).

⁴⁴³ Guttenberg, aaO, (S. 572).

⁴⁴⁴ Guttenberg, aaO, (S. 570).

⁴⁴⁵ BGHSt 31, 296 (S. 299).

Geschehnissen zum Ausdruck zu bringen, wenn er den Eindruck haben muß, daß staatliche Behörden seine Unterhaltung überwachen könnten. Der verfassungsrechtlich gewährleistete Innenraum zur freien Entfaltung der Persönlichkeit werde mit einer Abhöraktion im Wohnraum verletzt.⁴⁴⁶

bb) Ergebnis

Die hier dargestellten Auffassungen gehen von einem fest umrissenen Kernbereich der Menschenwürde aus. Ein Eingriff in diesen festen Bereich zöge automatisch das Verdikt der Verfassungswidrigkeit nach sich. Grund dafür ist die Positionierung der Zielperson als Objekt, das in seinen innersten Refugium, der Wohnung, durch den Staat kontrolliert werde.

cc) Wohnung als Kernbereich der Menschenwürde: Historische Entwicklung

Nach der Auffassung von Seifert ist die Formel „habeas corpus“ Ausdruck der europäischen Verfassungstradition, nach der der Schutz des persönlichen Lebensbereiches eines der Elementarrechte des Bürgers gegen den Staat darstellt.⁴⁴⁷

Bereits in der belgischen Verfassung von 1831 ist in Art. 10 festgelegt, daß die Wohnung unverletzlich sei: „Le domicile est inviolable.“⁴⁴⁸ Die „Declaration of human rights“ von 1776 in den USA enthält den gleichen Inhalt.⁴⁴⁹ Das dem bürgerlich-liberalen Aufbruch des 18. und 19. Jahrhunderts zugrundeliegende Rechtsstaatsverständnis war gegen die unbegrenzte Macht des damaligen Obrigkeitsstaates gerichtet. Dabei seien die Prinzipien der Gewaltenteilung, der Unabhängigkeit der Justiz, der

⁴⁴⁶ BGHSt 31, 296 (S. 300).

⁴⁴⁷ Seifert, KJ 1993, S. 355 (S. 357).

⁴⁴⁸ Zitiert nach BVerfG, NJW 1971, 2299.

⁴⁴⁹ BK-Herdeggen, Art. 13 Anm. 7.

Rechtmäßigkeit der Verwaltung, und des effektiven Rechtsschutzes geschaffen worden.⁴⁵⁰

Vor allem aber ist jeder Eingriff in die Wohnungssphäre vor dem Hintergrund der Geschichte des 20. Jahrhunderts zu reflektieren.

Der Grundrechtskatalog der Weimarer Republik hat keine unmittelbare Wirkung gehabt, so daß diese Schwäche durch die Nationalsozialisten ausgenutzt wurde.⁴⁵¹ Die Bundesrepublik Deutschland hat in bewußter Abkehr vom Totalitarismus des Dritten Reichs die Errungenschaften des Post-, Fernmelde- und Briefgeheimnisses ebenso wie den Grundsatz der Unverletzlichkeit der Wohnung im Grundgesetz niedergelegt, und damit sämtliche Gewalten unmittelbar an dieses Grundgesetz durch die Formulierung in Art. 1 III GG. Der Staat bindet sich an die übergesetzlich geltenden Werte.⁴⁵²

Dabei wurde der in der Weimarer Zeit festgeschriebene einfache Gesetzesvorbehalt für Eingriffe in die Wohnung bewußt aufgegeben;⁴⁵³ da er sich schon in dieser Zeit mehr und mehr den polizeilichen Eingriffsbefugnissen unterordnen mußte; der weite Wohnungsbegriff wurde aber bewußt mit in das Grundgesetz übernommen.⁴⁵⁴ Die Wohnung erscheint traditionell als Rückzugsgebiet des Bürgers, als geradezu vergegenwärtigte Privatsphäre.⁴⁵⁵

dd) Ergebnis zur historischen Entwicklung

Festzuhalten ist, daß dem Wert der Unverletzlichkeit der Wohnung eine besonders hohe Stellung eingeräumt wurde. Die

⁴⁵⁰ Leutheusser-Schnarrenberger, ZRP 1998, 87 (S. 89).

⁴⁵¹ Leutheusser-Schnarrenberger, ZRP 1998, 87 (S. 89).

⁴⁵² De Lazzer/Rohlf JZ 1977, 207 (S. 211); Seifert, KJ 1993, S. 355 (S. 357).

⁴⁵³ Abg. Dr. Schmidt und v. Mangold, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge, Bd 1 S. 140.

⁴⁵⁴ Abg. Zinn, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge, Bd 1 S. 139.

⁴⁵⁵ Guttenberg NJW 1993, 567.

Durchbrechung dieses Standpunktes erfolgte durch das Spitzelsystem des Nationalsozialismus und wurde als Terrorinstrument gebraucht, um die Bevölkerung unter Kontrolle zu halten. Diese Gefahr wurde durch das Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil implizit angesprochen, als es feststellte, daß die Ungewißheit über die Frage, wer was wann von wem weiß, zu Angepaßtsein und damit zu einer Einschränkung der Persönlichkeitsstruktur führen kann. Auch die vergleichenden Entwicklungsgeschichten in anderen Staaten weisen auf den hohen Stellenwert der Wohnung in der jeweiligen Verfassung hin.

Nach diesem Meinungsspektrum wird damit durch den Lauschangriff in den inneren Bereich der Menschenwürde eingegriffen. Ob damit aber bereits eine Verfassungswidrigkeit besteht, bedarf einer gesonderten Untersuchung.

ee) Relative und absolute Verfassungsprinzipien

Der Betroffene muß nach einer weit verbreiteten Auffassung neben einem Eingriff noch einer vorsätzlich herabwürdigenden Handlung im Sinne einer durch eine „verächtliche Gesinnung“ erfolgenden Behandlung durch den Staat ausgesetzt sein.

(a) Verächtlichkeitsmoment

Die Menschenwürde ist nach diesen Auffassungen allein dann verletzt, wenn die staatliche Handlung Ausdruck einer Verachtung der Person darstellt.⁴⁵⁶

Diese Meinung lehnt die Objektformel⁴⁵⁷ ab, da der Mensch in verschiedenen anderen Rechtsverhältnissen gerade ausschließlich als ein Objekt Adressat sei. Sie sei deshalb nicht sachgerecht, um im Einzelfall zu gerechten Ergebnissen zu kommen. Erforderlich sei neben dem tatsächlichen Eingriff in den Kernbereich der

⁴⁵⁶ BVerfGE 30, 1 (S.26); so auch BayVerfH, BayVBl 1982, S. 47 (S. 50); Cassardt, ZRP 1997, 370 (S. 373).

⁴⁵⁷ BVerfGE 9, 89 (S. 95).

Menschenwürde noch die vom Ausdruck der Verachtung getragene Motivation der Handlung. Erst bei der positiven Bestätigung dieser „niedrigen“ Motivation sei ein verfassungswidriger Eingriff festzustellen. Damit wird hier ein Unterschied zu vorsätzlich den Menschen in seiner Würde verletzenden staatlichen Handlungen und anderen staatlichen Eingriffen gezogen, die mit höherstaatlichen Zielen begründet werden.

(b) Gegenansicht

Dagegen wird das Argument eingewandt, daß eine Mißachtung der Subjektsqualität des Menschen nicht mit dessen Wertschätzung gerechtfertigt werden kann.⁴⁵⁸ Damit entstehe die Gefahr, daß zur Verfolgung einer möglicherweise höherrangigen Staatsraison dieses elementare Grundrecht relativiert werden könnte. Durch diese Argumentation würde die Mißbrauchsgefahr heraufbeschworen.

Damit wird dem Menschen grundsätzlich ein Bereich zugebilligt, der keinem staatlichen Eingriff zugänglich ist. Im hiesigen Falle wäre damit schon durch die Konstatierung des Eingriffes in die Menschenwürde die Verfassungswidrigkeit des großen Lauschangriffs gegeben.

(c) Ergebnis zum Merkmal „Verächtlichkeit“

Bei beiden Definitionen ist festzustellen, daß die Argumentation den Kernbereich der Verfassung auflöst und damit gerade der Ratio von Art. 79 III GG zuwiderläuft.

Zum einen liegt in dem Denkansatz, der die Verachtung als Merkmal erfordert, der Fehler, daß es nur ein einzelner Aspekt der Gesamtheit des Begriffs der Menschenwürde ist, nicht vom Staat verachtet zu werden. Um die Menschenwürde nicht preiszugeben,

⁴⁵⁸ BVerfGE 30, 1 (S. 33, Minderheitsvotum); Geis, JZ 1991, 112, (S. 116); Guttenberg NJW 1993, S. 567 (S. 573).

müssen absolute Grenzen den Bestand bestimmen. In diesen Kernbereich ist jeder Eingriff schlechthin untersagt; selbst gewichtigste Allgemeininteressen müssen außen vor bleiben. Die Grenze ist vom Grundgesetz nicht fest umrissen, daher muß durch Auslegung eine nähere Bestimmung vorgenommen werden. Dort ist zum einen die Gefahr von zukünftigen Verbrechen und zum anderen das dagegen stehende schützenswerte Interesse der Betroffenen zu integrieren.

Dabei müssen auch die Basiselemente des Grundgesetzes zugrundegelegt werden, die aus einer Gesamtschau der Grundrechte zu nehmen sind.

ff) Ergebnis: Bejahung der Verletzung der Menschenwürde

Entsprechend dem oben dargestellten Meinungsspektrum ist durch den Lauschangriff in Wohnungen der Kernbereich der Menschenwürde verletzt. Das von anderen Auffassungen als erforderlich erachtete Merkmal der besonders verächtlichen Haltung des Staates gegenüber dem Bürger ist entgegen dem Postulat des Bundesverfassungsgerichtes nicht erforderlich, um die Verfassungswidrigkeit der Regelung zu bestimmen.

d) Keine Verletzung der Menschenwürde

Eine Verletzung der innersten und absolut geschützten Intimsphäre des Einzelnen durch den großen Lauschangriff wird dagegen von einem großen Teil der Literatur abgelehnt.⁴⁵⁹

Deren Ansichten können in zwei grobe Strömungen unterteilt werden:

Zum einen wird kein Verletzung der menschliche Würde durch eine Überwachung der häuslichen Kommunikation - unabhängig

⁴⁵⁹ Beier, S. 50-55; Deutsch, S. 150; Glauben, DRiZ 1993, 41ff; Hofe, ZRP 1995, S. 169ff; Krey/Haubrich, JR 1992, 303 (S. 313); Krey, Rechtsprobleme Rn. 423; Lenhard, Kriminalistik 1991, 506 (S. 508); Zachert, DRiZ 1992, 354 (S. 355).

von der Örtlichkeit - gesehen, zum anderen wird vertreten, daß die Bestimmung des Kernbereichs nicht absolut und von vorneherein möglich ist, sondern immer eine Einzelfallentscheidung mit einer Güterabwägung erfordert.

aa) Verletzung allein der kommunikativen Sphäre

Der Lauschangriff berührt nach dieser Meinung nicht die innerste Privatsphäre des Bürgers, sondern betrifft allein den kommunikative Sozialbereich⁴⁶⁰, in die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der überwiegenden Literaturmeinungen ein Eingriff grundsätzlich möglich ist. Begründet wird dies mit einer analogen Heranziehung der Grundsätze für die Überwachung der Telekommunikation, die durch den BGH bestätigt wurden.

Mit der Kommunikation trete der Einzelne nach außen hin auf und verlasse den innersten persönlichen Bereich, insbesondere sei dies der Fall, wenn die Gespräche Inhalte über Straftaten enthielten. Damit sei nicht mehr allein die Privat-, sondern die Sozialsphäre betroffen. Außerhalb der Privatsphäre sei ein Eingriff aber grundsätzlich mit übergeordneten Allgemeininteressen zu rechtfertigen, ohne daß der Kernbereich der Menschenwürde betroffen wäre.

Darüber hinaus sei das prozessuale Beweisverwertungsverbot von intimen Äußerungen als Schutzmechanismus für die Erhaltung der persönlichen Intimsphäre ausreichend.⁴⁶¹

Eine Abhörmaßnahme in Wohnungen ist nach Auffassung von Binder⁴⁶² durch die Wertung des Grundgesetzes (bereits vor der jetzt erfolgten Grundgesetzänderung) schon als zulässig erachtet worden. Der Annahme der Irreparabilität eines Eingriffs stünden bereits die Eingriffsmaßnahmen in die Wohnungssphäre zur

⁴⁶⁰ Beier, S. 57; Zachert, DRiZ 1992, S. 354 (S. 355).

⁴⁶¹ Zachert, DRiZ 1992 S. 355 (S. 356).

⁴⁶² Binder, Diss 1996 S. 216.

Gefahrenabwehr entgegen, die sonst wegen der immer möglichen Kernbereichsverletzung der Grundrechte per se verboten sein müßten. Alleine die Gefahr einer akustischen Rezeption der intimsten Vorgänge leite nicht zwingend zu dem Schluß, daß die Menschenwürde verletzt werde.⁴⁶³

Analog kann unterstützend hier die „Tagebuchentscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts herangezogen werden. „Enthalten ... (Tagebücher) etwa Angaben über die Planung bevorstehender und Berichte über vergangene Straftaten, stehen sie also in einem unmittelbaren Bezug zu konkreten strafbaren Handlungen, so gehören sie dem unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung nicht an. Daraus folgt auch, daß nicht von vorneherein ein verfassungsrechtliches Hindernis besteht, solche Schriftstücke daraufhin durchzusehen, ob sie der prozessualen Verwertung zugängliche Informationen enthalten.“⁴⁶⁴

Das Urteil stellt klar, daß auf der Suche nach Straftaten in einen sensiblen Bereich der Menschenwürde, hier durch die Auswertung von Tagebüchern, eingegriffen werden kann. Die Argumentation bestätigt die Einschätzung, daß im Ernstfall der Kernbereich der Menschenwürde weit gefaßt werden würde.

bb) Abwägung mit Rechtsgütern

Schwabe und Kutscha wägen die Kernbereichsbestimmung unter Beachtung des staatlichen Verhaltens ab.

Die Bestimmung der Menschenwürde werde in weitem Umfange von der Zwecksetzung des zu beurteilenden staatlichen Verhaltens abhängig gemacht.⁴⁶⁵ Es überzeuge nicht, daß beispielsweise das Mordkomplott unbeobachtet und abgesichert durch die Menschenwürde geschehen könne, da dies ein Mißbrauch der Privatheit sei.⁴⁶⁶

⁴⁶³ Binder, Diss 1996 S. 216.

⁴⁶⁴ BVerfGE 80, 367 (S. 375).

⁴⁶⁵ Schwabe, JZ 1993, 867 (S. 874).

⁴⁶⁶ Schwabe, JZ 1993, 867 (S. 874).

Der von de Lazzer/Rohlf⁴⁶⁷ vertretene absolute Begriff der Menschenwürde, der durch eine Abhörmaßnahme in Wohnungen verletzt würde, könne damit nicht durchgreifen. Zum Schutz von Leben kann ein Lauschangriff als unabdingbar geboten sein, so daß das Grundrecht aus Art. 13 GG hinter das Grundrecht auf Leben und Gesundheit zurücktreten muß.⁴⁶⁸

Eine solche Argumentation wird insbesondere vom Sächsischen Verfassungsgerichtshof vertreten. Die Bestimmung der Menschenwürde könne nicht von vorneherein und abstrakt bestimmt werden. Zwar sei ein Eingriff in diese Sphäre per se unzulässig, jedoch sei der Bereich im Einzelfall zu bestimmen.⁴⁶⁹ Stelle sich im nachhinein heraus, daß Daten aus einem solchen Bereich betroffen seien, müßten sie gelöscht werden und seien einer Verwertung nicht zugänglich.⁴⁷⁰ Damit hat der Staat etwa im privaten Schlafzimmer grundsätzlich keine Abhörmöglichkeit, jedoch kann bei einem Mißbrauch zu gesetzeswidrigen Zwecken eine Überwachung angeordnet und die dort aufgenommenen Informationen auch ausgewertet werden. Das Mafiatreffen könne damit abgehört werden, das Treffen des Verdächtigen mit seiner Frau im Schlafzimmer dagegen nicht.⁴⁷¹

Dieser Auffassung entsprechen auch andere Vertreter der Literatur und des BGH. Danach ist der Kernbereich innerhalb von bestimmten Grenzen variabel und relativ zu bestimmen. Zwar seien die Grenzen restriktiv zu fassen, Eingriffe zum Schutz der Menschenwürde anderer und auch sonstiger höherrangiger Rechtsgüter seien grundsätzlich möglich.⁴⁷² Dies gelte aber nur, wo der Eingriff zur Gefahrenabwehr unumgänglich sei und keine anderen Abwehrmöglichkeiten bestünden. Die Notwendigkeit

⁴⁶⁷ De Lazzer/Rohlf JZ 1977, 207 (S. 211).

⁴⁶⁸ Kutscha, NJW 1994, 85 (S. 88).

⁴⁶⁹ SächsVerfGH LKV 1996, 273 (S. 291).

⁴⁷⁰ SächsVerfGH LKV 1996, 273 (S. 291).

⁴⁷¹ Bäumlner, NVwZ 1996, 765 (S. 766).

⁴⁷² BGHSt 29, 23 (S. 25); Lorentz, JZ 1992, 1000 (S. 1005); Schelter ZRP 1994, 52 (S. 54, 55); Schwabe JZ 1993, 867 (S. 874).

müsse so weit gehen, daß das Nichtstun des Staates den Bereich von Art. 1 I berühren würde; somit die Menschenwürde eines anderen oder dessen physische Existenz auf dem Spiel stünde.⁴⁷³

Ähnlich argumentiert auch Denninger. Eine Negierung der Subjektstellung des Bürgers müsse nicht notwendigerweise auch die Leugnung eines inhaltlichen Anspruches auf Anerkennung der Privatsphäre beinhalten. Möglich sei auch eine Fehlgewichtung des Ranges des Rechtsgutes und der zu schützenden Güter, so daß dadurch eine Menschenwürdeverletzung vorliegen könne.⁴⁷⁴ Die Mittel, die zur Durchsetzung des staatlichen Strafverfolgungsanspruches eingesetzt werden dürften, müßten anhand der Ranghöhe des zu schützenden Rechtsgutes abgestuft werden. Damit seien unter Abwägung der Rechtsgüter auch intensive Eingriffe bei schweren Straftaten möglich.⁴⁷⁵ Im Ergebnis ist damit der Kernbereich der Menschenwürde somit variabel anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu bestimmen.

Die in dem Katalog enthaltenen Straftaten wiesen eine Obergrenze des Strafmaßes von fünf bis zehn Jahren auf und würden damit der verfassungsrechtlichen Vorgabe des Art. 13 GG, der besonders schwere Straftaten für die akustische Überwachung erfordere, Genüge tun.⁴⁷⁶ Allerdings muß nach dieser Auffassung der Katalog unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips angewandt werden; nicht jeder Verdacht der Fälschung von Euroscheck-Vordrucken oder Richterbestechung werde den Einsatz des Lauschangriffs rechtfertigen können.⁴⁷⁷

Eine Negierung der Subjektstellung des Menschen käme hier dann in Betracht, wenn die prozedurale Grundrechtsstellung des Betroffenen in Gefahr gerate. Relevant sei in diesem

⁴⁷³ Guttenberg, NJW 1993, 567 (S. 573).

⁴⁷⁴ Denninger, StV 1998, 401 (S.404).

⁴⁷⁵ Denninger, StV 1998, 401 (S.404); so auch Cassardt, ZRP 1997, S. 370 (S. 374).

⁴⁷⁶ Denninger, aaO, S.405.

⁴⁷⁷ Denninger, aaO, S.405.

Zusammenhang insbesondere die nachträgliche Unterrichtung des Betroffenen über die Maßnahme. Während der Dauer der Maßnahme und während der nachträglichen Geheimhaltungszeit befände sich der Betroffene in einer Objektposition.⁴⁷⁸ Der nachträglichen Information und möglichen justitiellen Kontrolle kommt daher hohe Bedeutung zu. Wenn die kompensatorische Verfahrensgestaltung nur scheinbar die Subjektivstellung des Betroffenen garantiere, in Wahrheit aber allein dem Interesse des Staates diene, sei die Schwelle des Art. 1 I GG überschritten. Denn durch die entsprechende Benachrichtigungspflicht werde der Betroffene in die Lage versetzt, die Maßnahme einer Kontrolle einer unabhängigen Instanz zu unterziehen und damit aus seiner reinen Objektstellung in die Rechtspersonsstellung zu wechseln.⁴⁷⁹ Unter dem Aspekt der Wahrung der Menschenwürde sei diese „Wiedereinsetzung“ der entscheidende Gesichtspunkt, der verhindere, daß der Betroffene in seiner Menschenwürde verletzt werde. Damit sei die Klausel in § 101 I,1, die bei Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eine Benachrichtigungspflicht auf Dauer ausschließe, verfassungswidrig.⁴⁸⁰

Lorenz stimmt dieser Einschätzung zu. Nach seiner Auffassung ist die Grundrechtsgewährleistung durch den Staat beim Einsatz des Lauschangriffs noch gegeben. Aus der Tatsache, daß die Wesensgehaltstheorie des Art. 19 II GG nicht ausschließlich subjektiv, sondern objektiv definiert ist,⁴⁸¹ ließe die strafprozessuale Regelung und dessen Anordnung im Einzelfall die objektivrechtliche Garantie des Wohnungsgrundrechts nicht entfallen. Jeder Eingriff werde an dem Maßstab des öffentlichen Interesses, der rechtsstaatlichen Garantien der Strafrechtspflege und anderer verfassungsrechtlicher Erwägungen durch das Bundesverfassungsgericht gemessen, somit durch eine Abwägung

⁴⁷⁸ Denninger, aaO, S.405.

⁴⁷⁹ Denninger, aaO, S.405.

⁴⁸⁰ Denninger, aaO, S.405.

⁴⁸¹ Lorenz, GA 1997, 51 (S. 62).

in Reinform beurteilt.⁴⁸² Die von den Vertretern der Gegenauffassung angeführte Kernbereichsbestimmung sei nichts anderes als eine „begriffsdogmatische Bugwelle,“⁴⁸³ denn das Bundesverfassungsgericht habe bislang keinen einzigen Eingriff als Verletzung der Menschenwürde qualifiziert.

Stringent auf dieser Linie sei die Entscheidung des Sächsischen Verfassungsgerichtshofes zu sehen. Zunächst schaffe das Gericht Räume, in die nicht eingegriffen werden dürfe, um dem Einzelnen einen Rückzugsbereich zu schaffen. Eine abstrakte Beschreibung eben solcher Räume gebe es aber nicht, denn die jeweilige Schutzwürdigkeit werde durch die Art der Nutzung bestimmt. Damit sei eine Einzelfallentscheidung über die Schutzwürdigkeit des abzuhörenden Raumes notwendig.⁴⁸⁴ Im Ergebnis werde damit nichts anderes als eine normative Wertung und damit eine Abwägung der konträren Belange getroffen.⁴⁸⁵ Ein Menschenwürdebegriff fester Größe sei nicht existent.⁴⁸⁶

e) Argumentationsstruktur der Befürworter und Gegner des Lauschangriffs

Die Befürworter und Gegner einer grundsätzlichen Zulässigkeit stehen sich in einer dialektischen Argumentation gegenüber. Beide Auffassungen beanspruchen das Rechtsstaatsprinzip, um zu dem von ihnen vertretenen Ergebnis zu kommen.

Die Auffassungen, die eine Verletzung der Menschenwürde durch den Lauschangriff sehen, betrachten den geschützten Wohnungsraum, in dem der Betroffene sich aufhalte und zurückziehen könne, als unantastbar durch den Staat. Der äußere Zugang zu diesem Bereich eröffne den staatlichen Organen

⁴⁸² Lorenz, GA 1997, 51 (S. 62).

⁴⁸³ Lorenz, GA 1997, 51 (S. 61).

⁴⁸⁴ Lorenz, GA 1997, 51 (S. 65).

⁴⁸⁵ Lorenz, GA 1997, 51 (S. 65).

⁴⁸⁶ Lorenz, GA 1997, 51 (S. 66).

unvermeidbar neben etwa gewünschten Informationen den Zugriff auf die intimsten Daten nicht nur des Betroffenen, sondern auch auf die Daten Dritter. Der Rechtsstaat als einem grundgesetzlichen Leitbildern unterworfenen Gemeinwesen müsse die Privatsphäre des Menschen schützen, um dessen freie Entfaltung zu sichern. Dazu wird die geschichtliche Entwicklung des Schutzes der Privatsphäre neben den möglichen Folgen einer Zulässigkeit einer solchen Maßnahme dargelegt und ein Eingriff als automatische Menschenwürdeverletzung qualifiziert.

Die Gegner betrachten die Gefahr des Ränkeschmiedens im Schutz der Wohnung als einen Mißbrauch der Wohnungssicherheit und verlangen die Möglichkeit des Abhörens. Die Definition der Menschenwürde wird teilweise negativ so formuliert, daß ein Mißbrauch der Grundrechte zu Straftaten erheblicher Art nicht von ihr erfaßt wird. Durch die Tatsache, daß schon vor der Einführung des Lauschangriffs ein Eingriff zur Abwehr von Gefahren möglich war, wird die Auffassung, daß in die Wohnung ein Eingriff per se die Menschenwürde verletzen würde, widerlegt. Die Beurteilung eines Eingriffes in die Menschenwürde sei vom Bundesverfassungsgericht und anderen Gerichten und auch von Literaturstimmen, die behaupteten, daß es einen festen Kernbereich der Menschenwürde gäbe, immer unter dem Gesichtspunkt der Abwägung mit anderen Rechtsgütern getroffen worden.

f) Ergebnis: Verletzung der Menschenwürde durch den Lauschangriff in der jetzigen Fassung

Der Große Lauschangriff verletzt grundsätzlich nicht die verfassungsrechtlich garantierte Menschenwürde.

Zunächst spricht für dieses Ergebnis die Tatsache, daß schon vor der Grundgesetzänderung die Überwachung der Wohnung zur Gefahrenabwehr möglich war. Die Menschenwürde ist desweiteren auch variabel im Einzelfall zu bestimmen, da bestimmte Allgemeininteressen vorrangig sind. Im geschützten Wohnungsbereich ist nur die unmittelbar mit kriminellen

Handlungen erheblicher Art verbundene Kommunikation zum Gegenstand der Überwachung zu machen. Andere Handlungen oder Kommunikation sind dagegen durch die Menschenwürde geschützt. Die durch Abwägung vorzunehmende Bestimmung des Kernbereichs hat aber zu berücksichtigen, daß der Mensch nicht allein zum bloßen Objekt des Staates werden darf.

Deshalb muß die Wahrung rechtlichen Gehörs durch eine nachträgliche Information über die heimlichen Maßnahmen beachtet werden. Die jetzige Konstellation aber, die vorsieht, daß der Betroffene unter bestimmten Umständen nicht über die Maßnahme informiert zu werden braucht, verletzt die Menschenwürde, da keine zeitliche Beschränkung für die Vorenthaltung der Information über die Durchführung der Maßnahme gegeben ist. In dieser Hinsicht ist die Regelung teilweise verfassungswidrig.

g) Lösungsvorschläge

Als Lösungsansatz ist die weitergehende Kontrolle der Maßnahme durch unabhängige Institutionen des Staates vorzuschlagen.

Dazu könnte der Bundesbeauftragte für den Datenschutz (BfD) oder dessen Unterabteilungen für die Kontrolle solcher innerpolizeilichen Maßnahme begleitend und nicht allein nachträglich die Ermittlungsarbeit überwachen.⁴⁸⁷

Ein anderer Vorschlag besteht in der ständigen, begleitenden richterlichen Überwachung der Maßnahme. Die richterliche Überwachung sollte auch Mindestanforderungen an die Tätigkeit des Richters stellen; etwa wäre eine längere unmittelbare Tätigkeit im Zivilbereich ein Hindernis für die Überwachungseignung.

Hilfreich und für eine Vorbeugung von Mißbrauch am wirksamsten ist die dezidierte Ausnahme von bestimmten sensiblen Datenbeständen. Ob denn wirklich alle speicherfähigen und gespeicherten Daten mit der Rasterfahndung unbedingt für

⁴⁸⁷ Denninger, KJ 1985, S. 215 (S. 239).

Straftatverfolgung abgeglichen werden müssen, ist gerade die Frage.⁴⁸⁸ Besonders sensible Informationen, wie etwa Sozialdaten, könnten aus der Auswertung herausgenommen werden.⁴⁸⁹

2. Raster- und Schleppnetzfangung

Nach dem oben erzielten Ergebnis ist für die Feststellung der Verletzung des Kernbereiches der Menschenwürde eine Abwägung zwischen den Rechtsgütern vorzunehmen.

Die Maßnahmen dienen dazu, eine effektive Strafverfolgung gegen die organisierte Kriminalität zu ermöglichen, deshalb ist hier ein hohes staatliches Interesse gegeben.

Die Ermittlungsmethoden beinhalten aber die Sammlung von gespeicherten Informationen sämtlicher Art. Zu beachten ist dabei, daß durch die immer weiter fortschreitende Computerisierung des öffentlichen Lebens sich ergebenden Spuren das Risiko bergen, daß in Zukunft Daten zur Verfolgung von Straftaten genutzt werden können, die zur gegebenen Zeit noch außerhalb der Vorstellung sind. Der möglichen Art der in Zukunft anfallenden Daten sind dabei grundsätzlich keine Grenzen gesetzt. Durch die Unterrichtungspflicht der Ermittlungsbehörden in §§ 98b IV; 163d V gegenüber dem Betroffenen ist der Einzelne aber in seiner Stellung als Individuum gegenüber dem Staat gesichert.

Nur durch eine verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift ist damit deren Anwendung vor dem Grundgesetz zu vertreten.

3. Polizeiliche Beobachtung

Die Beobachtung des Betroffenen außerhalb seines Hauses berührt nicht den inneren Kern der Menschenwürde, da der Betroffene nicht bei intimen Handlungen oder zutiefst persönlichen Beziehungen, die sich in einer geschützten Wohnraumsphäre

⁴⁸⁸ Baumann, JuS 1987, S. 681 (S. 685).

⁴⁸⁹ So auch Baumann, JuS 1987, S. 681 (S. 685).

abspielen, betrachtet wird. Die außerhalb der Intimsphäre ablaufenden Handlungen gehören nicht dem unmittelbaren Kernbereich der Menschenwürde an.

Durch die polizeiliche Beobachtung wird damit nicht in den Kernbereich der Menschenwürde eingegriffen.

III. Verletzung des Rechts auf faires Verfahren durch die verdeckten Ermittlungsmethoden

Die verdeckten Ermittlungsmethoden sind auf die Konformität mit dem Recht auf ein faires Verfahren hin zu prüfen. Dieses Recht leitet sich aus dem Sozialstaatsprinzip,⁴⁹⁰ dem Demokratieprinzip⁴⁹¹ bzw. Art. 3 I GG⁴⁹² und Art. 2 I, 1 I GG ab.

Das Gebot des gerechten Verfahrens bestimmt das ganze Straf- und damit auch Ermittlungsverfahren. Es ist der oberste Grundsatz jedes Ermittlungsverfahrens,⁴⁹³ bedarf aber immer der Konkretisierung entsprechend der Besonderheit der Sachlage.⁴⁹⁴

Hier wäre der Gedanke der Öffentlichkeit des Verfahrens als rechtsstaatliche Kontrolle des Ermittlungsverfahrens heranzuziehen. Die den verdeckten Ermittlungsarten immanente Heimlichkeit könnte somit das Öffentlichkeitsprinzip verletzen. Allerdings ist die herrschende Meinung der Ansicht, daß ein grundsätzliches Verbot heimlicher Ermittlungsmethoden nicht existiert,⁴⁹⁵ denn das Ermittlungsverfahren sei gerade nicht als öffentliches Verfahren vorgesehen, um störende Eingriffe in die Verbrechensaufklärung zu verhindern.⁴⁹⁶ Der in § 169, 1 GVG gestaltete Öffentlichkeitsgrundsatz sei allein für die Hauptverhandlung gültig.

⁴⁹⁰ Hassemer, KritV 1990, S. 260 (S. 263).

⁴⁹¹ Müller, AnwBl 1986, S. 50 (S. 52).

⁴⁹² Müller, NJW 1976 S. 1063 (S. 1066).

⁴⁹³ Roxin, Strafverfahrensrecht, § 11 Rn. 9.

⁴⁹⁴ BVerfGE 57, 250 (S. 275).

⁴⁹⁵ Rogall, JZ 87, S. 847 (S. 850); Welp, Überwachung, S. 57.

⁴⁹⁶ BVerfG NStZ 1984, 228; Rogall, JZ 87, 847 (S. 850).

Die dagegen stehende Kritik, daß das Ermittlungsverfahren der entscheidende Abschnitt des Strafverfahrens sei und damit auch dort die öffentliche Kontrolle erforderlich sei,⁴⁹⁷ stellt im Endergebnis keinen Unterschied zu den anderen Auffassungen dar, da die Öffentlichkeit auch nach Abschluß des Verfahrens unterrichtet werden könne.⁴⁹⁸

Nach den hier dargestellten Auffassungen ist damit der Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens durch heimliche Ermittlungsmaßnahmen nicht verletzt.

IV. Verletzung des Nemo Tenetur-Prinzips durch die verdeckten Ermittlungsmethoden

Die verdeckten Fahndungsmethoden könnten den Grundsatz des „Nemo tenetur se ipsum prodere“ verletzen. Dieses Prinzip schützt die Willensentschießungs- und Willensbetätigungsfreiheit des Beschuldigten und verbietet damit einen staatlichen Zwang zur Selbstbeichtigung. Die Rechtsgrundlage wird durch die Literatur,⁴⁹⁹ die das Institut in der Handlungsfreiheit in Art. 2 I GG und im Rechtsstaatsprinzip verankert sieht, und die Rechtsprechung,⁵⁰⁰ die diese Freiheit schwerpunktmäßig aus der Menschenwürde und dem Persönlichkeitsrecht heraus interpretiert, unterschiedlich hergeleitet.

1. Willensentschießungsfreiheit

Die Willensentschießungsfreiheit gibt dem Beschuldigten das Recht, selber die Entscheidung über Verfahrensförderung durch Aussage und der Stellungnahme zu den Vorwürfen zu treffen. Der Beschuldigte darf als Objekt des Verfahrens nicht gezwungen

⁴⁹⁷ Lammer, S. 144.

⁴⁹⁸ Lammer, S. 145.

⁴⁹⁹ KK-Boujong, § 136 Rn. 10; Kühl JuS 86, 115, (S.117); Rogall, Beschuldigte, S. 137, 138.

⁵⁰⁰ BVerfGE 56, 37 (S. 49); Dass. NJW 1981, S. 1431; BGHSt 1, 39 (S.40); 5, 332 (S. 334).

werden, aktiv als „Werkzeug gegen sich selbst“ an der Aufklärung der gegen ihn erhobenen Anschuldigungen teilzunehmen, das staatliche Interesse an der Aufklärung von Straftaten hat in diesem Fall zurückzutreten.⁵⁰¹

Dem Gesetzgeber ist es verwehrt, Regelungen zu schaffen, die dem Beschuldigten eine Aussagepflicht auferlegen; der Beitrag eines jeden Beschuldigten ist immer von dessen absoluter Freiwilligkeit abhängig.⁵⁰²

a) Rasterfahndung: Verletzung des Nemo Tenetur ?

In die Willensentschließungsfreiheit Beschuldigter könnte durch die Mitwirkungspflicht der Datenbestandsbesitzer eingegriffen werden.

Die individuellen Daten auf den Datenträgern sind mit der Stellung des Beschuldigten im Strafprozeß vergleichbar, denn auf ihnen sind persönliche Daten gespeichert, die nach dem Willen des Individuums nicht zu anderen Zwecken als den vertraglich oder gesetzlich vorgesehenen verwendet werden sollen. Diese Daten werden nach Gutdünken der Strafverfolgungsbehörden ausgewählt und den von ihnen allein bestimmten Auswahlmethoden zugeführt. Die Auswertung der persönlichen Daten geschieht damit ohne die Einwilligung des Betroffenen. Die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen über die Mitwirkung im Strafverfahren ist insofern betroffen, als ihm eine Mitwirkung im Sinne einer mittelbaren Zurverfügungstellungspflicht seiner Daten durch den Staat auferlegt wird.

Zu unterscheiden ist allerdings die Position des mit der verfolgten kriminellen Handlung nicht in Kontakt stehenden Bürgers von der des mutmaßlichen Täters.

⁵⁰¹ Meyer, JR 87, 215 (S. 216).

⁵⁰² Seebode, MDR 1970, S. 185 (S. 187).

aa) Nicht Betroffene

Die Betroffenen, die im Zuge der Ermittlungsarbeit aus den Rastern entfernt werden, sind nicht unmittelbar Betroffene in einem strafprozessualen Ermittlungsverfahren, sondern stellen sich aus dem Blickwinkel der repressiven Staatsorgane als eine bloße statistische Größe dar. Das Verbot der Mitwirkungspflicht im Strafprozeß schützt grundsätzlich aber nur den formell Beschuldigten, der sich nicht von Gesetzes wegen belasten muß.

Der außerhalb des Ermittlungszieles stehende Bürger ist nicht in der exponierten und durch einen unmittelbar individualisierten Verdacht geschaffenen Lage. Er muß sich nicht gegen Vorwürfe der Strafverfolgungsorgane mit den möglichen einschneidenden Konsequenzen verteidigen. Daher ist diese Position des nicht individuell verdächtigen Bürgers nicht von dem Postulat des Verbots der gesetzlichen Mitwirkungspflicht erfaßt.

bb) Betroffene

Anders sieht die Sache für die im letzten Raster herausgefilterten Verdächtigen aus. Er hat grundsätzlich das Interesse, nicht durch solche Methoden aufgespürt zu werden, somit stellt sich bei ihnen die Frage, ob das Nemo-Tenetur Prinzip durch die heimlichen Ermittlungsmethoden verletzt ist. Tatverdächtige haben Schutz vor verschiedenen staatlichen Zwangsmaßnahmen, die dazu führen könnten, gegen den Willen des Beschuldigten Informationen aus ihm „herauszuquetschen“. Im Wege des unmittelbaren Zwangs zu Informationen zu gelangen, ist nicht zulässig.

Fraglich ist aber, ob auch die Rasterfahndung unter diese Rubrik fällt. Die Heimlichkeit nimmt dem Einzelnen die Möglichkeit, über den Grad der Mitwirkung an seiner Strafverfolgung zu bestimmen. Auch kann der Schutzbereich von Art. 2 I GG mit dem Argument, daß hier keine Vernehmung eines Beschuldigten durchgeführt wird, und damit § 136 nicht anwendbar ist, unterlaufen werden.

Allerdings ist durch diese Ermittlungstätigkeit keine unmittelbare Mitwirkungspflicht statuiert worden. Die Art und Weise dieser Mitwirkung wird allein durch die Staatsorgane bestimmt, dem Einzelnen wird durch die Heimlichkeit der Maßnahme quasi eine informelle Duldungspflicht der Datenverwendung auferlegt. Die Tatsache, daß die Daten zu anderen als zu den ursprünglichen Zwecken genutzt werden, ist keine unmittelbare Zwangsmaßnahme des Staates zur Aussage gegen sich selbst. Die durch diese Fahndungsmethode postulierte Duldungspflicht des Einzelnen ergibt, daß kein Zwang zur Selbstbeschuldigung des potentiell Verdächtigen ausgeübt wird. Die Auswertung von Datenbeständen ist nicht mit einer zwangsweisen Pflicht zur Aussage gegenüber den Strafverfolgungsbehörden gleichzusetzen.

Desweiteren ist durch das Bundesverfassungsgericht unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips die Verwendung von Daten zu anderen Zwecken auf normativer Grundlage als zulässig anerkannt worden. Auf dieser Basis ist eine Einschränkung der informationellen Selbstbestimmung grundsätzlich möglich, die hier gleichzeitig aber mittelbar in das Nemo tenetur-Prinzip eingreift. Im Ergebnis ist mit der Rasterfahndung kein Eingriff in die Willensentschließungsfreiheit des Einzelnen gegeben.

b) Verdeckter Ermittler: Verletzung des Nemo-Tenetur?

Diese Ermittlungsmaßnahme ist, wie bereits dargestellt, durch Heimlichkeit geprägt, bei der der Betroffene darüber getäuscht wird, daß der Inhalt seiner Kommunikation zu anderen als den zwischen den Beteiligten beabsichtigten Zwecken benutzt wird. Es wird grundsätzlich davon ausgegangen, daß die mit den verdeckten Ermittlern gehaltenen Gespräche nicht weitergegeben werden.

Als Grundlage für die Beurteilung der Zulässigkeit kann die Rechtsprechung des BGH herangezogen werden. Nach der

Auffassung des BGH ist die Sammlung von Informationen durch freiwillige Zuarbeit von Mitgefangenen eines Straftäters zulässig, da keine unmittelbare Täuschungshandlung im Sinne von § 136a vorliegt, weil es allgemeines Lebensrisiko ist, daß mitgeteilte Geheimnisse an andere weitergegeben werden.⁵⁰³ Erst beim bewußten Einschleusen von Dritten durch die Strafverfolgungsbehörden in die Zelle des Beschuldigten ist ein Verwertungsverbot gegeben, da hier die Zwangslage des Betroffenen ausgenutzt wird.⁵⁰⁴ Eine aktive Täuschung des Betroffenen aber, durch die er zu einer Aussage im Bewußtsein einer Verhör- bzw. Zwangssituation verleitet wird, wird durch den verdeckten Ermittler nicht herbeigeführt, so daß insoweit kein Verstoß gegen die Grundsätze von § 136a bzw. der Willensentschließungsfreiheit vorliegt.

In diesem Zusammenhang ist zwar anerkannt, daß eine Täuschung durch positives Tun im Sinne einer Entstellung der Wahrheit verboten ist, etwa durch wahrheitswidriges Behaupten von belastenden Tatsachen⁵⁰⁵, jedoch ist die Verwendung von geschickten Fragen durch Ermittlungsbeamte im offenen Verhör zur Überführung des Täters zulässig.⁵⁰⁶ Grund für die Zulässigkeit einer solchen Vorgehensweise ist die Tatsache, daß sich der Beschuldigte durch ein Schweigen, das nicht gegen ihn verwandt werden darf, aus der Affäre ziehen kann. Nimmt der Beschuldigte die Gelegenheit wahr, sich aktiv gegen die Vorwürfe zu äußern, ist auch das Risiko gegeben, der Unwahrheit überführt zu werden.⁵⁰⁷

Diese Grundsätze gelten aber nur für die Verhörsituation, die den Angeschuldigten besonders schutzbedürftig macht, so daß sich eine Übertragung auf die Anwendungsfälle des Verdeckten Ermittlers verbietet.

⁵⁰³ BGH NJW 1989, 843.

⁵⁰⁴ BGHSt 34, 362.

⁵⁰⁵ BGHSt 35, 328.

⁵⁰⁶ Beulke, StV 1990, 180 (S. 182).

c) **Polizeiliche Beobachtung und Lauschangriff**

Dieselben Grundsätze gelten auch für die anderen verdeckten Eingriffe. Auch hier ist keine Zwangsatmosphäre gegeben, in der der Betroffene besonders schutzwürdig wäre.

d) **Ergebnis zur Willensentschließungsfreiheit**

Es ist festzustellen, daß die verdeckten Ermittlungsmaßnahmen nicht gegen die Willensentschließungsfreiheit des Betroffenen verstoßen, weil es an der Zwangssituation eines unmittelbar fühlbaren staatlichen Zugriffs, die die Betroffenen schutzbedürftig machen, fehlt.

2. **Willensbetätigungsfreiheit**

Neben der Willensentschließungsfreiheit ist auch die Freiheit der Willensbetätigung über die Art und Weise, mithin das „wie“ seiner Aussage geschützt.⁵⁰⁸ Allerdings sind die Personen auch hier nicht als direkte Beschuldigte in einem Verfahren gegen sich selbst gezwungen, sich durch eigene Aussagen zu belasten.

Die Tatsache, daß die potentiellen Verdächtigen keine Abwehrmöglichkeiten gegen die Verwertung der von ihnen im Zuge der verdeckten Ermittlungsmethoden preisgegebenen Informationen haben, führt nicht dazu, daß sie sich damit im Sinne eigener Aussagen unmittelbar selbst belasten würden, da es an der besonderen Situation des offenen staatlichen Verhörs fehlt.

3. **Ergebnis zum Nemo-Tenetur-Grundsatz**

Auch die Willensbetätigungsfreiheit ist durch die verdeckten Ermittlungsmethoden nicht beeinträchtigt. Dieses Ergebnis ist aus

⁵⁰⁷ Beulke, StV 1990, 180 (S. 182).

⁵⁰⁸ Rogall, Beschuldigte, S. 45.

der fehlenden Zwangssituation wie bei einem polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Verhör abzuleiten.

Die verschiedenen verdeckten Fahndungsmaßnahmen verstoßen deshalb nicht gegen das Nemo Tenetur-Prinzip.

V. Fazit:

Eingriffe in die Menschenwürde und in die informationelle Selbstbestimmung

Die in der jetzigen Fassung der Rasterfahndung enthaltene unbegrenzte Datenverarbeitungsmöglichkeit greift in die Menschenwürde ein, da jede Art von Daten verwendbar ist. Die umfassende Verwendbarkeit von Daten jeder Art ist verfassungswidrig. Gegen eine umfassende Verwertung von Daten aller Art spricht auch schon die Entstehungsgeschichte der StPO, die die Auskunftspflicht von Zeugen und die Verwertung von Beweismitteln auf Einzelfälle beschränkt und gerade nicht die Verwertung einer Vielzahl von Daten zuläßt.

Unter dem Aspekt der geltungserhaltenden Reduktion sind die Fahndungsmethoden allerdings nicht vollständig verfassungswidrig und damit nicht nichtig. Nur der Gebrauch intimer Sozialdaten wie ärztlichen Akten und Krankengeschichten ist von der Verwertung ausgeschlossen, wenn keine Informationspflicht an die einzelnen Betroffenen normiert wird.

Die weitere Verwendung von Daten stellt einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar, der der Bekämpfung der organisierten Kriminalität zu rechtfertigen ist.

C Verhältnismäßigkeit

I. Einleitung

Voraussetzung der Verfassungsmäßigkeit der neuen Ermittlungsmethoden ist die Beachtung des

Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Die Mittel müssen geeignet und erforderlich zur Erreichung des Ziels sein und in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.⁵⁰⁹ Dadurch kann beurteilt werden, welches Maß an Freiheit sich in einer Gesellschaft aufrechterhalten läßt, ohne daß zum Schutz der Gesellschaft ein Eingriff in die Grundrechte erfolgen muß.⁵¹⁰ Zur Feststellung dieser Relation ist der beabsichtigte Zweck der Maßnahme zur Eingriffsintensität der Maßnahme abzuwägen.

II. Mittelbare und unmittelbare Ziele des Eingriffs

Zunächst ist zwischen den mittelbaren und unmittelbaren Zielen der Maßnahme zu unterscheiden.

Das unmittelbare Ziel beinhaltet die direkt mit der Maßnahme zu erzielenden Ergebnisse, dagegen stellen die mittelbaren Ziele den eigentlichen Zweck der Maßnahme dar. Mit den unmittelbaren Zielen müssen damit die mittelbaren Ziele auf Dauer erreicht werden können. Das unmittelbare Ziel ist nach den neuen Maßnahmen die Erzielung von Erkenntnissen aus der sozialen Handlungssphäre betroffener Personen. Das mittelbare Ziel eines solchen Einsatzes ist die Zerschlagung krimineller Organisationen durch die Verwendung der Ergebnisse im Strafprozeß.

Bei der Prüfung der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und auch bei der Abwägung ist diese doppelte Zielsetzung zu beachten. Beide Aspekte müssen den Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit entsprechen.

III. Geeignetheit zur Bekämpfung des Organisierten Verbrechens

Die Ermittlungsmethoden müssen geeignet sein, das angestrebte Ziel der effektiven Bekämpfung der organisierten Kriminalität

⁵⁰⁹ BVerfGE 55, 159 (S. 165); 17, 306 (S. 314).

⁵¹⁰ Grimm, NJW 1989, 1305 (S. 1310).

erreichen zu können. Voraussetzung dazu ist, daß die Maßnahmen tauglich sind, das gesetzgeberische Ziel der Kriminalitätsbekämpfung zu erreichen. Diese müssen insbesondere auf Dauer geeignet sein, die Effektivität der Strafverfolgung zu erhöhen. Daher darf nicht zu befürchten sein, daß sich kriminelle Gruppierungen darauf einstellen und solche Abwehrmaßnahmen dagegen ergreifen könnten, die dann zur Wirkungslosigkeit der Maßnahme führen.⁵¹¹ Für diese Prognose der Effizienz ist dem Gesetzgeber allerdings durch das Bundesverfassungsgericht ein zeitlicher Spielraum bzw. eine Einschätzungsprärogative eingeräumt worden, um zu dieser Frage praktische Erfahrungen sammeln zu können.⁵¹² Grundsätzlich läßt sich gegen jede Form der Strafverfolgung eine denkbare Gegenmaßnahme ergreifen. Dies darf aber nicht zu einer vollkommenen Ablehnung der Eignung neuer repressiver Mittel zur Verbrechensbekämpfung führen.

1. Geeignetheit der Raster- und Schleppnetzfahndung

Die Vielzahl vorhandener Datenspuren durch elektronische Datenverarbeitung in der computerisierten Gesellschaft lassen für repressive Einsätze auswertbare Datensätze übrig. Diese Datensätze sind auch aus verschiedenen anderen Daten herauszufiltern, so daß mit einem Einsatz dieser Strafverfolgungsmethode ein Erfolg nicht ausgeschlossen ist. Zwar setzt die Rasterfahndung voraus, daß die zu suchenden Merkmale den Strafverfolgungsbehörden bekannt sind, jedoch sind neben verschiedenen Geldwäschemustern auch Aufenthalts- und Handlungsmuster grundsätzlich denkbar, die sich anhand von Rastern aufdecken lassen.

Beide Maßnahmen sind tauglich, zur Bekämpfung von organisierten Verbrecherstrukturen eingesetzt zu werden.

⁵¹¹ Eisenberg NJW 1993, S. 1033 (S. 1035).

⁵¹² BVerfGE 16, 147 (S. 188); 30, 250 (S. 263); 33, 171 (S. 189); 37, 104 (S. 118); 43, 291 (S. 321).

2. Geeignetheit der Polizeilichen Beobachtung und des Verdeckten Ermittlers

Beide Fahndungsmaßnahmen können Ergebnisse liefern, mit denen die Struktur krimineller Organisationen aufgedeckt werden kann. Durch die Beobachtung ist das Bewegungsbild des Betroffenen zu konstruieren. Dieses läßt Rückschlüsse auf dessen soziale Kontakte und möglicherweise vorhandene Einbindungen in kriminelle Strukturen zu. Im Ergebnis sind diese Maßnahmen geeignet, die organisierte Kriminalität zu bekämpfen.

3. Geeignetheit des kleinen und Großen Lauschangriffs

Mit dem Einsatz des Lauschangriffs müßte ein effizientes Abhören der Gespräche Wohnungen möglich sein und damit im Strafprozeß gegen die Organisation verwertbare Beweise gesammelt werden können. Die Effektivität ist umstritten.

a) Auswertungshindernisse

Zweifel ergeben sich zunächst beim unmittelbaren Ziel der Tauglichkeit des Lauschangriffs zur Abhörung. Theoretisch ist die Möglichkeit gegeben, durch elektronische Gegenmaßnahmen die Abhörmaßnahmen auszuschalten. Zum anderen ist bei fremdsprachigen Gruppierungen die Schwierigkeit gegeben, den Gesprächsinhalt auszuwerten. Das gleiche gilt für den Gebrauch von Insider-Jargon, der Dritten nicht verständlich ist. Desweiteren ist die Gefahr gegeben, daß die Organisationen technische Aufspürgeräte gegen akustische Überwachungsanlagen einsetzen und die Maßnahme damit leerläuft.⁵¹³

Der Einsatz dieses Mittels setzt auch voraus, daß die Örtlichkeiten, an denen sich diese Organisationen treffen, bekannt sind. Ohne das

⁵¹³ Glauben, DRiZ 1993,41 (S. 42).

Wissen um die Aufenthalts- und Besprechungsorte ist die gesamte Maßnahme nutzlos.

Es ist anhand der oben ausgearbeiteten Erkenntnisse die These in Frage zu stellen, daß organisierte Gruppierungen auf konferenzähnlichen Treffen die Begehung der nächsten Verbrechen planen. Nach der eingangs dargestellten Kriminalitätsstruktur sind die in Deutschland aktiven Organisationen nicht hierarchisch, sondern zumeist auf gleicher, horizontaler Ebene strukturiert und kooperieren miteinander. Damit ist die Vorstellung, daß die organisierte Kriminalität auf Konferenzen, wie etwa auf informationellen Kartelltreffen, die nächsten Verbrechen plane, widerlegt.

Desweiteren ist, wie bei der Rasterfahndung, davon auszugehen, daß die Tätergruppierungen, die sich auf die Maßnahme durch Vermeidung besonderer Merkmale eingerichtet hatten, auch an den großen Lauschangriff adaptieren. Bandenmitglieder werden sich nach etwaigen ersten Erfolgen auf diese Art der Kriminalitätsbekämpfung einstellen und für Planungen Örtlichkeiten aufsuchen, die noch nicht genutzt worden sind und damit noch nicht verwandt sind. Es wird daher befürchtet, daß mit dem großen Lauschangriff ein auf absehbare Zeit stumpfes Schwert eingeführt wird.⁵¹⁴

Im Einzelfall kann durch diese Maßnahme allerdings ein Erfolg nicht ausgeschlossen werden. Auch ist die Gefahr, daß elektronische Abhörmittel gezielt gestört werden, eher gering und spricht so für eine Geeignetheit des Abhörmittels zur Verbrechensbekämpfung. Das häufige Fehlen von Störsendern bei organisierten Gruppierungen wird aus US-amerikanischen und anderen internationalen Erfahrungen abgeleitet.⁵¹⁵ Außerdem ist die Problematik der Gesprächsauswertung der fremdsprachigen Gruppierungen durch Fachpersonal lösbar, dies kostet zwar Zeit

⁵¹⁴ Raum/Palm, aaO., (S. 453).

⁵¹⁵ Böttger in: Böttger/Pfeiffer, ZRP 1994, S. 7 (S. 14); Lorenz, GA 1997, 51 (S. 69).

und Geld, ist aber grundsätzlich im Rahmen des Möglichen gegeben. Schwerer wiegt das Argument, daß das Vorstellungsbild der organisierten Kriminalität falsch ist, weil die Verbrechensplanung nicht in Wohnungen durchgeführt würde. Bei der Auswertung von Informationen aus Wohnungen ist aber grundsätzlich nicht auszuschließen, daß auch in diesen Gesprächen brauchbarer Inhalt zur Verbrechensbekämpfung gewonnen werden kann.

Somit ist auch mit diesem Argument eine Geeignetheit des Lauschangriffs zur Verbrechensbekämpfung nicht abzulehnen.

b) Vergleichsbefunde

Aus den Ergebnissen der Abhöraktionen in den USA sind keine überwältigende Aufklärungserfolge zu verzeichnen. Zwar ist nach dem Ergebnis von einigen Autoren eine Reihe von Staaten in der Aufklärung von Straftaten durch Abhörmaßnahmen gut vorangekommen.⁵¹⁶ Andererseits sei nachzuweisen, daß in den USA der Einsatz vergleichbarer Maßnahmen keine großen, damit den Lauschangriff auf den Rang eines Allzweckmittels stellende Erfolge erzielt worden seien.⁵¹⁷

Somit wird die Geeignetheit des Großen Lauschangriffs zur Verbrechensbekämpfung durch überraschenderweise gleiche Berufung auf die Erfahrungen in den USA konträr diskutiert. Allerdings ist das zur Zeit zur Auswertung zugängliche Material nicht eindeutig. Die Veröffentlichungen über durchgeführte Abhörmaßnahmen in den USA entsprechen nicht immer wissenschaftlichem Standart, da die Zahlen manchmal auffällig rund angegeben werden,⁵¹⁸ so daß eine Dunkelziffer bleibt. Die wirkliche Einsatzzahl der Lauschangriffe ist in den sogenannten Wire-Tap-Records nicht vollständig, da bestimmte verdeckte Ermittlungsmaßnahmen nicht von der Veröffentlichungspflicht

⁵¹⁶ Gehm/Link, *Kriminalistik* 1992, S. 491 (S. 495).

⁵¹⁷ Böttger in: Böttger/Pfeiffer *ZRP* 1994, S. 7 (S. 15).

⁵¹⁸ Böttger in: Böttger/Pfeiffer *ZRP* 1994, S. 7 (S. 8).

betroffen sind. So ist beispielsweise die Methode des „consensual monitoring“, nach der mit dem Einverständnis einer Person, wie etwa Informanten oder verdeckten Ermittlern, die Abhörmaßnahme durch Aufnahme der Gespräche durchgeführt wird, nicht in den Statistiken über Lauschangriffe enthalten.⁵¹⁹ Eine Relativierung der veröffentlichten Daten ist erforderlich; die wirkliche Erfolgsbilanz der Abhörmaßnahmen in Relation zur absoluten Zahl ist derzeit nicht exakt zu eruieren.

c) Ergebnis

Trotz dieser denkbaren Schwierigkeiten können im Einzelfall durch eine Abhöraktion brauchbare Hinweise zur Aufklärung von bandenmäßig begangenen Verbrechen gewonnen werden. Eine Geeignetheit des Lauschangriffs zur Bekämpfung von organisierten Strukturen kann damit bejaht werden.

IV. Erforderlichkeit

Um erforderlich zu sein, muß der Eingriff zur Erreichung des Ziels der leichteste von denen sein, die bei gleicher Erfolgchance einen milderem Eingriff in die Grundrechtssphäre des Einzelnen zulassen.

1. Erforderlichkeit der Raster- und Schleppnetzführung

Zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität ist nach Auffassung des Gesetzgebers und verschiedener Literaturstimmen die Ermittlungstätigkeit durch verdeckte computergestützte

⁵¹⁹ Mitteilung der deutschen Botschaft in Washington vom 22.10.1993, zitiert nach: Schelter, ZRP 1994, S. 52 (Fußnote Nr. 26, S. 54).

Eingriffe erforderlich,⁵²⁰ denn offene Ermittlungsmaßnahmen versagen bei dieser Kriminalitätsform.⁵²¹

Die heimlichen Informationseingriffe sind wegen der faktisch und rechtlich eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten ein intensiverer Grundrechtseingriff, als die Durchführung von offenen Zwangsmaßnahmen.⁵²² Als milderes Mittel wäre die Überlegung einzubringen, auf heimliche Mittel vollkommen zu verzichten und nur offene Ermittlungen zuzulassen. Diese sind aber aufgrund der von organisierter Form und damit verbundenen Konspiration von organisierter Kriminalität nicht als Ermittlungsmethoden gleicher Erfolgchance zu qualifizieren. Auch der mögliche Einsatz verdeckter Ermittler nach § 110a, die in die Verbrecherstrukturen eingeschleust werden könnten, ist bei unbekanntem Täterstrukturen mangels Ansatzpunkt keine effektive Alternative zur Rasterfahndung.

Diese Ermittlungsmethode ist damit erforderlich, um ein effektives Verbrechensbekämpfungsinstrument gegen die neuen Erscheinungsformen der Kriminalität an der Hand zu haben.

2. Erforderlichkeit der polizeilichen Beobachtung und des Verdeckter Ermittlers

Beide Einsatzmethoden müssen die vergleichsweise geringste Eingriffsintensität bei gleicher Tauglichkeit zur Erzielung des gewünschten Ergebnisses aufweisen. Alternativen sind wegen der Vielfalt der Einsatzsituationen schwer anzubringen. Jede Situation erfordert spezielle Befugnisse, die gerade den besten Erfolg bringen können. Festhalten läßt sich nur, daß beide Maßnahmen gegen abgeschottete kriminelle Gruppen erfolversprechende Einsatzmethoden sein können, in denen andere Fahndungsmethoden nicht erfolgreich sein können.

⁵²⁰ Wolter, GA 1988, S. 49, (S. 49, 88).

⁵²¹ Kniesel, DP 1984, S. 305 (S. 310); Wolter, GA 1988, S. 49 (S.51).

⁵²² Wolter, GA 1988, S. 49 (S. 86).

Damit ist dem verfassungsrechtlichen Aspekt der Erforderlichkeit der Maßnahme Genüge getan.

3. Erforderlichkeit des Großen Lauschangriffs

Auch der Lauschangriff muß das mildeste zur Verfügung stehende Mittel bei gleicher Erfolgchance sein.⁵²³ Zum Teil wird vertreten, daß die durch das OrgKG eingeführten Methoden den Betroffenen weniger als der große Lauschangriff belasten, so daß durch Abwarten erster Ergebnisse und Untersuchungen die bisherigen Erfolge ausgewertet werden und danach erst eventuell andere Maßnahmen herangezogen werden sollten.⁵²⁴

a) Maßnahme kein Ultima Ratio

aa) Überwachung von öffentlichen Räumen

Wenn der kleine Lauschangriff die gleiche Effizienz wie der Große Lauschangriff aufweist, dann könne die Erforderlichkeit des großen Lauschangriffs entfallen.

Nach dieser in § 100c I Nr. 2 niedergelegten Regelung kann das nichtöffentlich gesprochene Wort -etwa in PKW oder anderen vertrauten Gesprächskreisen- abgehört werden. Davon ausgenommen sind nur die Wohnungen der Betroffenen. Die in § 100c I Nr.2 erfaßten Gegebenheiten sind zwar keine Orte, an denen zu erwarten ist, daß dort regelmäßig illegale Handlungen vereinbart werden. Allerdings ist die durch die an solchen Orten mögliche einfache Installation von Wanzen schneller und effektiver durchzuführen, als etwa in Wohnungen. Die informationelle Ausbeute ist aber nicht unbedingt höher.

Jedoch könnte die Überwachung solcher Örtlichkeiten auch einen Aufklärungserfolg bringen. Die Kommunikation der in den von §

⁵²³ Glauben, DRiZ 1993, S.41 (S.42); Raum/Palm, aaO., (S. 453).

⁵²⁴ Raum/Palm, aaO., (S. 453).

100c I Nr.1 erfaßten Gesprächskreise stellt sich grundsätzlich als erfolgversprechende Maßnahme dar, vertrauliche Informationen zu gewinnen. Konspirative Gespräche an öffentlich zugänglichen Orten wie Cafés und Gaststätten sind schon wegen der dort gegebenen besseren „Arbeitsatmosphäre“ wahrscheinlicher, als in Wohnungen abgehaltene Treffen. Die dortige Überwachung dieser Gespräche ist nach der Regelung in § 100c I Nr. 2 möglich und stellt damit die mildere Alternative zu einem Eingriff in die Wohnung dar.

bb) Organisierte Kriminalität - Keine Bedrohung

Eingewandt wird auch, daß ein Grundrechtseingriff solcher Intensität mangels Beweises für die unabdingbare Überlebensnotwendigkeit des Staates und der Gesellschaft nicht zu rechtfertigen sei. Zwar sei die Drogen- und Wirtschaftskriminalität in einem erheblichen Umfang vorhanden, sei aber auch mit herkömmlichen Methoden zu bekämpfen.⁵²⁵ Genutzt würden sie aber nur wenig, da Personal und Sachmittel bei der Kriminalpolizei fehlten.⁵²⁶ Bei der kompletten Ausstattung der Polizei mit moderner Technologie sei eine Aufklärungsmöglichkeit auch schwerster Kriminalität mit „normalen“ Fahndungsmethoden möglich, ohne daß dazu der Lauschangriff notwendig wäre. Deshalb wird in diesem Zusammenhang die mangelhafte technische Ausstattung der Polizei kritisiert. Solange diese das nötige Personal nicht habe und die Technik sich teilweise auf dem Stand des letzten Jahrhunderts befinde, sei die Annahme falsch, daß sich die organisierte Kriminalität mit nachrichtendienstlichen Mitteln bekämpfen lasse.⁵²⁷ Hinter der Befürwortung dieser Ermittlungsmaßnahme stünde die Hoffnung auf Verbesserung der Brauchbarkeit der Methode gegenüber dem „kleinen

⁵²⁵ Liskén, ZRP 1993, S. 121 (S.123).

⁵²⁶ Liskén, ZRP 1993, S. 121 (S.123); Ders., DRiZ 1992, 250 (S.252).

Lauschangriff“⁵²⁷. Der große Lauschangriff sei damit allein als ein zusätzliches Aufklärungsmittel im Gesamtrepertoire der Fahndungsmethoden eingeführt worden.⁵²⁸ Den Schlüssel zur Verbrechensbekämpfung stellt diese Maßnahme aber nicht dar.

Das gewichtigste Argument gegen das Erfordernis des Lauschangriffs ist die interne Einschätzung der Polizei über die Anzahl möglicher Fallgestaltungen, in denen ein Lauschangriff erforderlich sein könnte. So hat eine kollegiale Umfrage unter Polizisten in Nordrhein-Westfalen 1993 ergeben, daß sich in den letzten zehn Jahren etwa 23 Fälle ereignet haben, in denen sich ein Erfolg durch einen Lauschangriff hätte ergeben können.⁵²⁹

Unter Zubilligung eines Toleranzrahmens käme man dann bei einer geschätzten Zahl von etwa 2-3 Fällen auf 17 Mill. Einwohnern mit einer Hochrechnung auf insgesamt 10-15 Fälle von Lauschangriffsmöglichkeiten im gesamten Bundesgebiet.

cc) Mögliche Alternative: Einsatz Verdeckter Ermittler

Als wirksamer für die Verbrechensbekämpfung wird vor allem das Aufzeichnen des gesprochenen Wortes bei verdeckten Ermittlern angesehen,⁵³⁰ so daß die technischen Schwierigkeiten, die sich beim Abhören in Wohnungen ergeben, umgangen werden können. Die Einschleusung dieser Personen ist grundsätzlich durchführbar und stellt einen milderen Eingriff dar, da bei dem sich der Erklärende dem Gegenüber bewußt ist und grundsätzlich auch damit rechnen muß, daß dieser gegenüber Dritten Auskunft geben könnte. Auch ist bei solchen Methoden von einer höheren Effizienz auszugehen, denn im vertraulichen Gespräch kann mehr aus der Zielperson „herausgeholt“ werden.

⁵²⁷ KD Allhorn, Krefeld, ggü. Liskén: Zit. Liskén, ZRP 1993, S.121, (S. 123).

⁵²⁸ Liskén, ZRP 1993, S. 121 (S. 124).

⁵²⁹ Liskén, ZRP 1993, S. 121 (S. 122).

⁵³⁰ Liskén, ZRP 1993, S. 121 (S. 122).

Die Zahl von geeigneten Lauschangriffsmöglichkeiten steht im Vergleich zum Gesamtaufkommen der Kriminalität in einem so geringen Verhältnis, daß mit dieser Methode keine effektive Bekämpfung organisierter Strukturen durchgeführt werden kann.

Andere, bereits existente Ermittlungsmethoden sind bei einer niedrigeren Eingriffsintensität gleich effektiv und bieten sich als technisch einfacher durchführbar an.

Nach dem Bericht von Lisken⁵³¹ hätten die Mitarbeiter der Kriminalhauptstelle Düsseldorf, die für einen Bereich von 1 Mill. Einwohnern zuständig ist, nur zwei Fälle nennen können, in denen ein Mithören des gesprochenen Wortes in geschlossenen Wohnungen einen Erfolg zur Bekämpfung schwerer Kriminalität hätte bringen können.

Das gleiche Ergebnis ist nach einem Jahr der Anwendung des Lauschangriffs in der Bundesrepublik Deutschland festzustellen. 1998 wurde im gesamten Bundesgebiet nur neunmal die akustische Wohnraumüberwachung durchgeführt, allein in zwei Strafprozesse flossen die auf diese Weise gewonnen Informationen ein.⁵³²

Auch dieses aufgrund der Prognosen der Kritiker bereits zu erwartende Ergebnis spricht gegen die Erfüllung des Ultima-Ratio Erfordernisses dieser Maßnahme, weil sich damit die Kriminalität nicht effektiv und umfassend bekämpfen läßt.

Beispielhaft sind auch die Resultate der Telefonüberwachung zum Vergleich heranzuziehen:

Der Einsatz der Maßnahme steigt ständig, ohne daß die Kriminalitätsrate merklich sinken würde. Die Darstellung einer Bilanz bezüglich der abgehörten Personen in Relation zu den erfolgten Aufklärungen ist in Deutschland nicht möglich, da keine Statistiken zur Erfolgsquote zu erhalten sind.⁵³³ Seit 1979 ist ein Anstieg der Telefonüberwachung von 433 Fällen auf 3499 Fälle in das Jahr 1992 zu verzeichnen.⁵³⁴ Dies kommt einer Steigerung von

⁵³¹ Lisken, ZRP 1993, S. 121 (S.124).

⁵³² Der Spiegel Nr. 22/2000, S. 17.

⁵³³ Böttger/Pfeiffer, ZRP 1994, S. 7 (8).

⁵³⁴ Welp, StV 1994, S. 161 (S. 162).

700% innerhalb von 14 Jahren gleich; allein von 1990 bis 1992 betrug der Zuwachs 43%. Im Vergleich dazu wurde in den USA bei einer dreifach höheren Bevölkerungszahl eine Anzahl von 821 Telefonüberwachungen gemeldet.⁵³⁵ Die Telefonüberwachung ist trotz Richtervorbehaltes fast zu einer Routinemaßnahme verkommen,⁵³⁶ eine gleiche Gefahr wird auch für den Großen Lauschangriff gesehen, denn die „deutsche Gründlichkeit“ verführe bei Existenz des Instrumentariums auch zu dessen gründlicher Nutzung.⁵³⁷ Insbesondere spricht gegen eine Erforderlichkeit des Lauschangriffs eine Untersuchung aus den USA: Danach ist ein Großteil der Ermittlungserfolge gegen organisierte Banden auf eine effektive Kontrolle des Zahlungsverkehrs zurückzuführen.⁵³⁸ Die Erfahrungen zeigen, daß die Effektivität des Großen Lauschangriffs nicht überschätzt werden darf.⁵³⁹

b) Bejahung der Ultima Ratio der Maßnahme

Bei der Anwendung des kleinen Lauschangriffs müßte aber der gleiche Aufklärungserfolg wie bei einem Abhören von Verdächtigen in der Wohnung gegeben sein können.

Hier macht sich das ganze Ausmaß des Kenntnisdefizites der Strafverfolgungsbehörden und der Wissenschaft über die Art und das Ausmaß der organisierten Kriminalität bemerkbar. Genaue Kenntnisse über Anzahl und Art konspirativer Gespräche sind schlichtweg nicht vorhanden, sondern basieren allein auf persönlichen Auffassungen. Zu dieser speziellen Frage sind auch die bisher veröffentlichten Untersuchungen nicht aussagekräftig, so daß sich Vermutungen über die örtlichen Gegebenheiten von Besprechungen, Planungen oder Versammlungen in Spekulationen verlieren.

⁵³⁵ Welp, StV 1994, S. 161 (S. 162).

⁵³⁶ Welp, StV 1994, S. 161 (S. 162).

⁵³⁷ Caesar, ZRP 1993, 67 (S.68,69).

⁵³⁸ Pfeiffer, Forum Datenschutz, S.70.

⁵³⁹ Böttger/Pfeiffer, (Pfeiffer) ZRP 1994, S. 7 (16).

Nach der oben dargestellten Auffassung ist aber festzuhalten, daß die organisierten Strukturen ihre Verbrechensplanung meistens nicht in Konferenzen größerer Art treffen. Die Frage, ob Verbrechensplanungen nun in trauter Runde in Cafés, Gaststätten oder zuhause abgehalten werden, bleibt damit offen. Um einen Aufklärungserfolg bei der Abhörnung von Wohnungen erreichen zu können, ist aber Voraussetzung, daß solche Treffen auch dort abgehalten werden. Wegen der nicht bekannten Zahl und der noch weniger bekannten Örtlichkeiten von Planungstreffen ist nicht positiv feststellbar, daß die Einführung von Abhörmaßnahmen in Wohnungen einen schnelleren Erfolg zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität bringen könnte als es mit dem „kleinen Lauschangriff“ in § 100c I Nr. 2 schon der Fall ist.

Die widerlegte Vorstellung von regelmäßiger Verbrechensplanung auf der Ebene von Konferenzen läßt einen theoretisch möglichen Erfolg im Einzelfall aber dennoch zu, so daß in diesem Fall eine Abhörmaßnahme eine effektive Informationsgewinnung bringen könnte. Zu dieser Konstellation im Einzelfall ist keine mildere und gleich effektive Maßnahme vorhanden. Insbesondere wird argumentiert, daß sich die organisierte Kriminalität fest in der BRD etabliert habe und durch den damit verbundenen finanziellen und organisatorischen Machtzuwachs eine Herausforderung für die Gesellschaft darstelle.⁵⁴⁰ Durch die starke Konspiration dieser Organisationen sei eine effektive Bekämpfung mit den herkömmlichen Mitteln nicht zu leisten. Vor allem aber sei mit einer Abhörnung der Wohnungen ein Überraschungseffekt verbunden, da die Verdächtigen nicht mit solchen Mitteln, sondern nur mit der traditionellen Telefonüberwachung rechneten. Aus diesem Grunde würden die Besprechungen dieser Organisationen in bislang geschützten Räumlichkeiten durchgeführt. Dies lasse die Notwendigkeit, diesen „Täterfreiraum“ abzurechen und damit den Verschwiegenheitskodex der Verbrecherorganisationen zu durchbrechen, notwendig werden. Dadurch könnten belastende

⁵⁴⁰ Zachert, DRiZ 1992, S. 355.

Aussagen und somit Beweismaterial für eine erfolgsversprechende Strafverfolgung gewonnen werden.⁵⁴¹ Die Unantastbarkeit der Wohnung biete sonst die Gelegenheit, aus ihr Straftaten vorzubereiten und in eine „Bastion zur Verfolgung sozialschädlicher und strafbarer Aktivitäten“⁵⁴² zu verwandeln. Der Einsatz des großen Lauschangriffs sei eine Frage der Abwägung von dem Persönlichkeitsschutz und den Belangen einer funktionsfähigen Rechtspflege, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden könne.⁵⁴³ Zur Zeit sei wegen der hohen Kriminalitätsraten keine Alternative gegeben.⁵⁴⁴ Die Beschränkung des Anwendungsbereichs des Großen Lauschangriffs auf Tatbestände der organisierten Kriminalität und des Richtervorbehaltes seien effektive Kontrollmaßnahmen, um eine Überprüfung sicherzustellen. Eine Vergleichbarkeit mit der Bespitzelung der Bevölkerung wie durch die Gestapo im Dritten Reich sei deshalb nicht gerechtfertigt.⁵⁴⁵

Desweiteren versprechen sich die Befürworter eines Lauschangriffes neben dem Effekt der Straftataufklärung eine generalpräventive Wirkung. Die potentiellen Adressaten aus dem Bereich der organisierten Kriminalität sollen wissen, daß auch in Deutschland mit der akustischen Raumüberwachung zu rechnen ist.⁵⁴⁶ Wegen des erhöhten Aufklärungsrisikos wird dies einige Täter von weiteren Straftaten abschrecken. Vor allem aber habe diese Art der Verbrechensbekämpfung die Wirkung von „Sand im Getriebe der organisierten Kriminalität“.⁵⁴⁷

Durch den weiten Begriff der Wohnung sind Betriebs- Arbeits- und Geschäftsräume erfaßt.⁵⁴⁸ Gerade aber in den Hinterzimmern von Gaststätten, Saunacclubs, Spielcasinos, Hotels und Bordellen

⁵⁴¹ Zachert, DRiZ 1992, S. 355.

⁵⁴² Guttenberg, NJW 1993, S. 567.

⁵⁴³ Zachert, DRiZ 1992, S. 355, (S. 356).

⁵⁴⁴ Zachert, DRiZ 1992, S. 355, (S. 356,357).

⁵⁴⁵ Zachert, DRiZ 1992, S. 355, (S. 356).

⁵⁴⁶ Böttger/Pfeiffer (Pfeiffer) ZRP 1994, S. 7 (15, 16).

⁵⁴⁷ Böttger/Pfeiffer (Pfeiffer) ZRP 1994, S. 7 (16).

⁵⁴⁸ Dagtoglou, JuS 1975, 753.

würden die Absprachen der organisierten Kriminalität getroffen werden.⁵⁴⁹ Ein Vorschlag zur räumlichen Reduzierung des Lauschangriffs ist die Gewährung von Abhörmöglichkeiten bei sogenannten inkriminierten Örtlichkeiten, wie Nebenräumen von Gastwirtschaften und Bordellen.⁵⁵⁰ Er wird aber von der überwiegenden Auffassung abgelehnt, denn die betroffenen Gruppierungen würden sich erfahrungsgemäß auf diese Neuerungen schnell einstellen und auf abhörsichere Örtlichkeiten wechseln.⁵⁵¹

c) Ergebnis

Trotz der angezweifelten Effizienz ist der Lauschangriff in bestimmten Fällen das einzige erfolversprechende Mittel zur Aufklärung der Struktur von verdächtigen Gruppierungen. Hier kommt insbesondere das Argument des Ausweichens auf andere Örtlichkeiten zum Tragen. Zwar ist nicht davon auszugehen, daß Deutschland eine „Oase“ des Schutzes vor akustischer Überwachung und damit das Ziel von organisiertem Verbrechen werden würde, wenn die Methode nicht erlaubt werden würde. Diese Fahndungsart ist im Ergebnis zwar auf Einzelfälle beschränkt, das schließt ihre Vorteilhaftigkeit gegenüber anderen Methoden aber nicht aus. Der Lauschangriff ist damit erforderlich.

V. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist dann gewahrt, wenn die Abwägung zwischen dem beabsichtigten Ziel der Maßnahme und ihren Auswirkungen unter Beachtung der betroffenen

⁵⁴⁹ Zachert, DRiZ 1992, S. 355.

⁵⁵⁰ Eisenberg NJW 1993, 1033, (S. 1037); Krey, Rechtsprobleme Rn. 373.

⁵⁵¹ Hofe ZRP 1995, S. 169 (S. 171); Krey, Rechtsprobleme Rn. 416; Schelter, ZRP 1994 S. 52 (S. 55); Zachert, DRiZ 1992, S. 355 (S. 356).

Rechtsgüter ergibt, daß die durch die Maßnahme wahrgenommenen Interessen überwiegen.⁵⁵² Damit muß durch praktische Konkordanz zwischen Allgemeininteressen und Grundrechten beiden Extremen so weit wie möglich entgegengekommen werden.⁵⁵³ Zu beachten ist einerseits die Bestandsgarantie allgemeiner und individueller Rechtsgüter durch das Strafrecht, die nicht durch die Überbetonung von Individualrechten verunmöglicht oder beeinträchtigt werden darf;⁵⁵⁴ andererseits sind zum Schutz des Bürgers die Grenzen strafprozessualer Ermittlungstätigkeit aufzuzeigen.⁵⁵⁵

Hinter diese Schutzinteressen der Allgemeinheit haben die Interessen des Bürgers insoweit zurückzutreten, als das Erfordernis des allgemeinen Rechtsgüterschutzes überwiegt.⁵⁵⁶ Die Abgrenzung ist durch eine Abwägung der Rechtsgüter zu treffen.

1. Abwägung: Raster- und Schleppnetzfahndung

In das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen wird durch die Erhebung und Benutzung seiner zu anderen, als zur Strafverfolgung gespeicherten Daten nach der obigen Untersuchung eingegriffen.

a) Rechtfertigung

Die Eingriffsintensität in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung hängt immer von der Art der gerade verwendeten Daten ab, so daß eine abstrakte Bestimmung der Eingriffsintensität nicht möglich ist.

Der Eingriff in das Recht der informationellen Selbstbestimmung ist nur mit dem Argument der effizienten Bekämpfung

⁵⁵² Glauben, DRiZ 1993, 41 (S.42); Häberle, JZ 1971, 145 (S.146); Raum/Palm, JZ 1994, 447 (S. 453).

⁵⁵³ BVerfGE 67, 100 (S.143); 27, 344 (S.351); 33, 367(S. 375); 51,324(S.345); Walder, ZStW 95 (1983), S. 862 (S. 888).

⁵⁵⁴ Walder, ZStW 95 (1983), S. 862 (S. 863).

⁵⁵⁵ Walder, ZStW 95 (1983), S. 862 (S. 863).

⁵⁵⁶ Walder, ZStW 95 (1983), S. 862 (S. 883).

schwerwiegender Straftaten⁵⁵⁷ zu rechtfertigen.⁵⁵⁸ Auszugehen ist von dem in Kapitel eins erzielten Ergebnis, daß die organisierte Kriminalität eine Form der gemeinschaftlichen Deliktsbegehung darstellt, die durch verschiedene Gruppierungen von Straftätern begangen werden. Diese Straftätergruppierungen sind aber nicht ausschließlich hierarchisch strukturiert, sondern kooperieren auf einer mehr oder weniger horizontalen Ebene und entbehren damit eines festen Führungsorganes. Sie stehen in einer relativen wirtschaftlichen Konkurrenz und bilden keine Syndikate. Dagegen ist der mögliche Eingriff mit der Rasterfahndung in das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen abzuwägen. Die Eingriffsvoraussetzungen erfordern den Verdacht einer der in § 98a aufgestellten Tatbestände. Sie umfassen die typischen Gruppenkriminalitätsdelikte. Im Hinblick auf die Verfolgungswürdigkeit stellen sie aufgrund ihrer Gewichtung einen ausreichenden Grund für einen möglichen Datenabgleich dar.

Festgestellt wurde, daß ein weitgehender Eingriff in das Recht der informationellen Selbstbestimmung durch die Rasterfahndung erfolgt. Diese Methode läßt die vollständige und umfassende Auswertung sämtlicher möglicher Daten zu. Aufgrund der Heimlichkeit der Maßnahme hat der einzelne Bürger keine Möglichkeit, Rechtsschutz gegen diese Maßnahme zu erlangen.

Jedoch kann die Bekämpfung dieser Kriminalitätsform zumindest teilweise nur dann erfolgreich durchgeführt werden, wenn die Ermittlungsmaßnahmen verdeckt vorgenommen werden. Manchen Verdachtsfällen läßt sich theoretisch nur durch den Abgleich von Daten nachgehen.

Der Verstoß gegen die Zweckbindung der Daten und der daraus folgenden partiellen Ungewißheit der Bürger darüber, wer was wann von ihnen weiß, ist dagegen nicht so gravierend, daß diese Interessen denen einer effizienten Strafverfolgung vorgehen.

⁵⁵⁷ Hilger, NSTZ 1992, S. 457 (S. 462); Walder ZStW 95 (1983)S. 862 (S. 887).

⁵⁵⁸ Wittig, JuS 1997, S. 961 (S.968).

Diesbezüglich ist durch die Vernichtungsanordnung in § 98b III, 2 eine Sicherung erbracht worden, die die Löschung der Daten nach Gebrauch vorschreibt. Eine Mißbrauchsgefahr der Informationsverwendung zu anderen als Strafverfolgungszwecken durch Verfahrensbeteiligte ist demnach zwar vorhanden, aber gering. Dem Interesse der Bürger an einer möglichst hohen Gewährleistung von Datenschutz wird damit Rechnung getragen.

Desweiteren erscheint der Einzelne in der Fahndungsstrategie zunächst allein als statistische Größe, die dazu beiträgt, mit Informationen, -die nach dem oben aufgestellten Postulat nicht intimer Art sein dürfen- kriminelle Strukturen zu bekämpfen. Dem Bürger wird damit zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität nur ein vergleichsweise geringer Eingriff auferlegt. Das Ziel der Bekämpfung von Verbrechen, das im Einzelfall nicht anders erfolgreich aufzuklären ist, überwiegt deshalb die Interessen des Einzelnen. Eine Ausnahme von Datenverwertungen zu strafverfolgenden Zwecken ist allein schon wegen einer möglichen weiteren, in der Zukunft liegenden Zunahme von Datenverarbeitungen schwer durchzuführen.

Damit steht auch dieser Aspekt dem Einsatz der Rasterfahndung nicht entgegen.

b) Endergebnis zur Verfassungsmäßigkeit der Raster- und Schleppnetzfehndung

Die unbegrenzte Möglichkeit der Datenverarbeitung ist verfassungswidrig, weil selbst intimste Daten keinem Verwertungsverbot unterliegen. Der Einsatz dieser Regelung unter Beachtung des Verwertungsverbots intimster Daten ist in der bestehenden Fassung aber gerechtfertigt.

Die Subsidiaritätsklauseln bieten mangels Justitiabilität zwar keinen Schutz gegen einen Mißbrauch, dies wird jedoch durch die Löschungsvorschriften der Datensammlungen kompensiert.

2. Abwägung: Polizeiliche Beobachtung und Verdeckter Ermittler

Die polizeiliche Beobachtung und der Einsatz des Verdeckten Ermittlers lassen die Gefahr zu, daß durch eine vollständige Observierung und durch intensiven Kontakt der Betroffenen mit dem verdeckten Ermittler sich die Etablierung eines umfassenden und bis ins letzte Detail gehenden Bewegungsbildes von unbeteiligten Dritten vornehmen läßt.

Diese Gefahr ist gegen die staatliche Aufgabe der Sicherheitsgewährleistung und der Rechtspflege, die im grundgesetzlichen System eine hohe Stellung hat, abzuwägen. Die Maßnahmen sind im Gegensatz zu der Raster- und Schleppnetzfehndung von einem Verdacht der Begehung oder des Versuches einer Straftat abhängig. Darüber hinaus kann sich die Maßnahme auch nur gegen die Personen richten, die unmittelbar in einem Zusammenhang mit der Straftat stehen oder einen unmittelbaren Kontakt mit den Personen haben. Deshalb ist keine Gefahr einer uferlosen Überwachung einer Vielzahl von Personen oder einer umfassenden Analyse von Daten, wie etwa bei der Rasterfehndung gegeben. Die Eingriffsmittel richten sich nur gegen die Verdächtigen und deren unmittelbaren Umkreis.

Auch sind die Einsätze an Straftaten von erheblicher Bedeutung geknüpft, so daß keine Alltagskriminalität durch die Maßnahmen bekämpft werden darf. Die Restriktion entspricht dem staatlichen Bedürfnis, sich gegen schwere kriminelle Erscheinungsformen mit gesetzlichen Mitteln zur Wehr zu setzen. Angesichts der hohen Stellung der Aufrechterhaltung der Rechtspflege ist vor dem Hintergrund der Intensität des Eingriffs in die Persönlichkeitsphäre das Interesse an der Strafverfolgung höher zu bewerten.

Die Polizeiliche Beobachtung und der Einsatz des Verdeckten Ermittlers sind damit verhältnismäßig und verfassungskonform.

3. Abwägung: Großer Lauschangriff

Die Eingriffe in die verschiedenen Grundrechte und die dadurch drohenden Gefahren sind gegen die mögliche Effizienzsteigerung der Verbrechensbekämpfung durch den Lauschangriff abzuwägen.

a) Argumente contra Lauschangriff

aa) 1. Punkt: Überwachung

Die Überwachung kann wegen der freien Formulierung der Eingriffsvoraussetzungen jeden Datentypus umfassen und läßt insbesondere Schnittbilder von Sozial- und Persönlichkeitsphären zu, wenn dauerhafte Aufzeichnungen ausgewertet werden.

bb) 2. Punkt: Gefahr des Vertrauensverlustes

Einem Zuwachs von Überwachungsmaßnahmen steht die Gefahr eines Vertrauensverlustes der Bevölkerung in den Staat gegenüber. Einer der Gründe für das Ausbleiben eines Vertrauensverlustes des Bürgers in den Staat ist die fehlende Publizität und die bislang wenigen Anwendungsfälle der Fahndungsmethode. Bei einer Publizierung der in dieser Vorschrift vorhandenen Eingriffsmöglichkeiten, etwa durch Bekanntgabe solcher Ermittlungsmethoden in der Presse, würde aber die Gefahr heraufbeschworen, daß ein solcher Vertrauensverlust eintritt.

Gerade dieses Vertrauen hat das Bundesverfassungsgericht in der Volkszählungsentscheidung aber als einen Eckpfeiler des Selbstverständnisses des Bürgers gesehen. Mit zu bedenken ist, daß der Einzelne so lange vom Staat in Ruhe gelassen werden darf, wie er die Rechte anderer nicht stört.⁵⁵⁹ Davon ist auch der Zugriff der Strafverfolgungsorgane auf die persönlichen Daten des Bürgers

⁵⁵⁹ Liskén, ZRP 1990, S. 15 (S. 16).

erfaßt. Mit fehlender unmittelbarer individueller Spürbarkeit des Eingriffs kann der Eingriffscharakter nicht bestritten werden.

cc) 3. Punkt: Fehlende Kontrolle des Einsatzes

Die Subsidiaritätsklauseln entfalten keine effiziente Schutzwirkung gegen einen rechtswidrigen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre, denn der Ermessensspielraum ist bei den Ermittlungsbehörden weit gefaßt. Der anordnende Richter kann allein von den Vorgaben der Strafverfolgungsbehörden ausgehen, so daß dessen Ermessen schon durch die Art der Faktenvorlegung beeinflußt wird.

b) Argumente pro Lauschangriff

aa) 1. Ziel: Rechtspflege aufrechterhalten

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts kommt der Strafrechtspflege ein aus dem in Art. 20 III GG enthaltenen Rechtsstaatsprinzip zugewiesener Verfassungsrang zu.⁵⁶⁰ Durch die effiziente Strafrechtspflege wird der Rechtsfrieden und die Rechtssicherheit gewährleistet.

bb) 2. Ziel: Sicherheitsgarantie der Bevölkerung

Desweiteren wird die Gewährleistung eines „Grundrechts auf Sicherheit“ als Ziel des Lauschangriffs angeführt. Der Verfassungsrang dieses Institutes wird zum Teil bejaht,⁵⁶¹ da die Aufgabe des Selbstverteidigungsrechts an das Gewaltmonopol des Staates diesen zur Schutzgewährung verpflichtet. Abgelehnt wird dieses Ziel von den überwiegenden Auffassungen, da ein Grundrecht nur aus dem Grundgesetz selber abgeleitet werden

⁵⁶⁰ BVerfGE 33, 367 (S.383); 38, 105 (S. 115), 312 (S.321); 39, 156 (S. 163); 41, 246 (S. 250); 46, 214 (S. 222); 51, 324 (S. 343); 77, 65 (S. 76); 80, 367 (S. 375).

⁵⁶¹ Isensee, GR auf Sicherheit, S. 33; Scholz/Pitschas, Informationelle Selbstbestimmung S.110.

kann. Die in Frage stehenden Regelungen des Art. 1 I, 2 I GG enthalten kein Recht, das dem Betroffenen des Strafverfahrens entgegengesetzt werden kann.⁵⁶²

c) **Abwägung**

Die Bedrohung durch die organisierte Kriminalität ist nach den in der Arbeit erzielten Ergebnissen nicht so hoch, wie der Gesetzgeber dies in der Begründung für das Gesetz vorträgt. Das Phänomen der Netzstrukturkriminalität äußert sich in einem Anstieg der Kriminalitätsraten, die eine breite Varianz besitzen. Eine Konzentration auf ein bestimmtes Gebiet ist nicht gegeben.

Dagegen ist immer noch die effektive Strafrechtspflege als eine wichtige Zielvorgabe des Grundgesetzes abzuwägen. Ihre Stellung ist im Grundgesetz hoch anzusetzen. Dadurch wird der Gemeinanspruch auf Rechtssicherheit und das Gewaltmonopol, die Voraussetzung für ein friedliches Zusammenleben sind, aufrechterhalten. Diese Garantie ist auch Voraussetzung für die Aufrechterhaltung einer rechtsstaatlichen Gesellschaft, die nicht auf dem Faustrecht basiert. Jedes Zurückweichen des Staates auf diesem Gebiet hätte eine Ersütterung des Vertrauens der Gesellschaft in die gesamte Staatsraison zur Folge. Damit muß dem Staat ein effizientes und den Umständen angepaßtes Instrumentarium zur Verbrechensbekämpfung zur Verfügung stehen. Zum Schutze der Aufrechterhaltung der Rechtssicherheit hat der Einzelne zugunsten der Allgemeinheit Einschränkungen seiner Freiheit hinzunehmen. Der in den Statistiken nachgewiesene hohe Stand der Kriminalität läßt aber den Eindruck aufkommen, daß jetzt andere als die herkömmlichen repressiven Mittel erforderlich sein könnten, um die steigende Zahl der Delikte einzudämmen. Der Lauschangriff stellt sich als ein nicht von

⁵⁶² Callies, NJW 1989, 1338; Denninger, KJ 1988, 1 (S. 13); Grimm, KritV 1986, 38; Hassemer StV 1988, 267; Lammer, VE, 50; Wolter StV 1990, 175 (S. 178).

vorneherein untaugliches Mittel zur Bekämpfung dar, sondern verspricht bei einem erfolgreichen Einsatz die Beseitigung einer erheblichen Gefahr für die Allgemeinheit. Die hohe Qualität der durch solche Einsätze gewonnenen Informationen ist für die Strafverfolgung von zentraler Bedeutung, um weitere Planungen verbrecherischer Gruppierungen zu kennen und damit eine effiziente Strafverfolgung zu gewährleisten und die Rechtssicherheit zu garantieren.

Ein Eingriff in das Recht auf informelle Selbstbestimmung erfordert neben der gesetzlichen Normierung auch die Abwägung mit höheren Rechtsgütern, hier der Bekämpfung einer sich nach allgemeiner Meinung durch Abschottung kennzeichnenden Kriminalitätserscheinung und damit der Erhaltung des Rechtsstaates. Die Durchbrechung dieser „Schweigemauer“ mit Abhörmaßnahmen zur effektiven Kriminalitätsbekämpfung ist ein Anliegen, das einer Rechtfertigung grundsätzlich zugänglich ist.

Die Aufklärung von Straftaten ist aber nicht mit allen Mitteln zu betreiben. Die Grenze für einen Eingriff in Grundrechte ist im Verhältnis zur Herausforderung des Staates durch die organisierte Kriminalität zu suchen. Durch die Abhöraktion wird tief in die Persönlichkeitssphäre des Betroffenen eingegriffen, die bislang als wichtigstes persönliches Rückzugsgebiet eines jeden Menschen galt. Sämtliche Kommunikationsinhalte werden Dritten ohne das Wissen des Abgehörten zugänglich gemacht. Mit dieser Methode läßt sich das gesamte persönliche Leben in den Wohnräumen überwachen, so daß von dem Schutzbereich des Grundrechtes nichts mehr übrig bleibt. Der Eingriff wird durch die Permanenz des Einsatzes noch qualifizierter gestaltet, denn der gesamte Tagesablauf wird durch die Maßnahme aufgezeichnet. Ein noch einschneidenderer Eingriff in die Privatsphäre ist nur noch durch eine Videoüberwachung in Wohnräumen denkbar.

Desweiteren wird nach der Anordnung der Maßnahme die Art und Weise der Ausführung den Strafverfolgungsbehörden überlassen.

Allein eine Kontrollmitteilung an die Exekutive ist durch § 100e vorgesehen, eine Justitiabilität ist nur dann möglich, wenn der Betroffene dies beantragt. Dies erfordert aber die Kenntnis des Betroffenen von der Maßnahme. Da aber den Strafverfolgungsbehörden durch § 101 ein Ermessen eingeräumt ist, wird zu erwarten sein, daß die Information in der Regel restriktiv gehandhabt werden wird. Damit wird eine Kontrolle der Maßnahmen durch die Betroffenen in der Regel nicht zu erwarten sein, wenn es nicht zu einem Verfahren kommt, in dem die Methode offengelegt wird. Eine effiziente Kontrolle der Maßnahmen wird damit nicht garantiert.

Hinzu kommt, daß eine Verletzung der Menschenwürde nur deshalb nicht positiv zu bestätigen ist, weil überhaupt eine Benachrichtigungspflicht in der Regelung enthalten ist, die verhindert, daß der Betroffene zu einem Objekt degradiert wird. Ansonsten wird durch diese Maßnahme der bislang massivste Eingriff in die Persönlichkeitssphäre normiert, den das Grundgesetz durch die Änderung des Art. 13 GG in der Nachkriegsgeschichte bislang erfahren mußte.

Die Heimlichkeit der Maßnahme ist dabei nur ein den Eingriff bestimmender Faktor, der aber vor dem Hintergrund des totalitären Anspruches, die gesamte Kommunikation in der Wohnung einschließlich zur Sache nichts beitragender und rein persönlicher Gespräche den Strafverfolgungsbehörden zugänglich zu machen, in den Hintergrund tritt.

Diese Regelung erhält zusätzliche Brisanz durch die in § 100c II, 5 geregelte Abhörbefugnis auch gegen Dritte. Wenn – so die Subsidiaritätsklausel – der Beschuldigte sich in diesen Räumen aufhält, die Maßnahme in den Wohnungen des Beschuldigten allein nicht zur Erforschung des Sachverhaltes oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes führen wird und dies auf andere Weise unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos wäre, ist die Überwachung zulässig. Vor diesem Hintergrund wird die Eingriffsintensität der Maßnahme noch verstärkt, wenn der Dritte

nicht über die gegen ihn laufende Maßnahme informiert werden muß.

Im Gegensatz zur Eingriffsintensität in die persönliche Sphäre steht vor allem das tatsächliche Wissen um die Art und Ausbreitung der organisierten Kriminalität in Deutschland und anderen Staaten. Für die Notwendigkeit des Lauschangriffs werden auf ausschließlicher Interpretationsbasis gewonnene Erkenntnisse angeführt, ohne daß feste Zahlen von Art und Ausmaß über dieses Phänomen vorliegen oder neue und umfassende wissenschaftliche Untersuchungen durchgeführt worden wären. Die Notwendigkeit der Einführung des Lauschangriffes wird damit nicht positiv belegt, kein Nachweis über die Effizienz dieser Regelung im Kampf gegen das organisierte Verbrechen ist vorhanden. Vergleichsdaten aus den USA werden von den Befürwortern und Gegnern angeführt, ohne daß diesen - wie oben festgestellt - eine umfassende Aussagekraft über die Relation der Häufigkeit des Einsatzes der Maßnahme zur Erfolgsquote zugebilligt werden kann. Damit wird ein Strafverfolgungsinstrument geschaffen, das nicht auf die Dringlichkeit der praktischen Erforderlichkeit hin untersucht worden ist.

Zur Bekämpfung der Kriminalität ist das Abhören zwar geeignet und grundsätzlich – im Einzelfall - auch erforderlich. Die Strafverfolgungsbehörde hat durch die Ermächtigung, die Benachrichtigung wegen Gefahren für die öffentliche Sicherheit, für den Verwendungszweck, Leib und Leben einer Person oder dem Schutz von verdeckten Ermittlern nach § 101 I, 1 zu unterlassen, einen weiten Spielraum, wann sie aus taktischen Gründen die Information herausgibt. Zwar ist nach § 101 I nach einem halben Jahr die Unterlassung der Benachrichtigung des Betroffenen durch den Richter zu genehmigen, jedoch ist dieser von den durch die Staatsanwaltschaft vorgelegten Fakten abhängig.

Damit ist im Regelfall davon auszugehen, daß die Unterlassung der Benachrichtigung genehmigt werden wird. Dies läuft dem Interesse

an einer schnellen Klärung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme zuwider. Insbesondere ist nicht klar, ab wann der Betroffene informiert werden muß. Nach dem Wortlaut der Regelung in § 101 I, 2 kann die Erteilung der Information unbegrenzt aufgeschoben werden.

Damit werden die Chancen des Betroffenen, sich gegen eine Anordnung zur Wehr zu setzen, minimalisiert. Durch diese „Geheimniskrämerei“ wird auch die Unsicherheit der Bevölkerung geschürt, die nicht sicher sein kann, ob sie von einer solchen Maßnahme betroffen worden war oder nicht.

Kritisch ist dieser Aspekt insbesondere vor dem Hintergrund zu sehen, daß der Einsatz der Maßnahme auch gegen Dritte möglich ist, wenn die Bedingungen der Subsidiaritätsklausel erfüllt sind. Deren Unbrauchbarkeit wurde durch die obige Untersuchung aufgezeigt. Der Lauschangriff ist durch die oben erfolgte Untersuchung als nur dann den Kernbereich der Menschenwürde achtend angesehen worden, wenn eine effektive Informationspflicht der Strafverfolgungsbehörden gegenüber dem Betroffenen gegeben ist. Die grundsätzlich zeitlich unbegrenzte Vorenthaltungsmöglichkeit gegenüber dem Betroffenen über den Einsatz der Maßnahme ist damit nicht mehr mit dem Argument der effizienten Strafverfolgung zu rechtfertigen.

d) Ergebnis

Der Lauschangriff ist in der derzeitigen Form teilweise verfassungswidrig, da er in Teilen nicht verhältnismäßig ist.

Betroffen von dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit ist die unbegrenzte Vorenthaltungszeit der erfolgten Überwachung durch die Polizei. Denn die Betroffenen, die nicht durch eine Benachrichtigungspflicht zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme geschützt sind, rechtsschutzlos gestellt.

Verfassungswidrig ist auch die Zulässigkeit der Überwachung des gesamten Wohnraums des Betroffenen ohne daß räumliche, zeitliche oder gesprächsinhaltliche Ausnahmen vorgesehen sind.

Die Maßnahme ist durch die Permanenz so umfassend, daß kein Rückzugsbereich mehr für die Betroffenen übrigbleibt. Aus den umfassenden Auswertungsmöglichkeiten des Gesprächsinhaltes kann ein vollständiger, von dem eigentlichen Ziel der Maßnahme nicht mehr erfaßter sozialer Lebensquerschnitt erstellt werden. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung enthält aber auch das Postulat, daß nur soweit wie nötig Daten gesammelt werden dürfen. Die mit dem Lauschangriff erfaßten Informationen sind aber bis ins letzte Detail gehend und tragen nicht jede für sich genommen zur Aufklärung der Straftat bei. Die Trennung von privatesten und strafrechtsrelevanten Informationsbestandteilen ist aber, wie das Beispiel aus den USA zeigt, möglich und den Strafverfolgungsbehörden auch zumutbar. Der mögliche Einwand gegen den mit einer direkten Kontrolle des Gesprächsinhaltes verbundenen Mehraufwand und Mehrkosten ist vor dem Hintergrund der Intensität des Eingriffes nicht durchschlagend. Der Eingriff in die Sozialsphäre läßt sich grundsätzlich mit höheren Interessen der Allgemeinheit rechtfertigen, der in die Intimssphäre jedoch nicht. Damit ist die großzügige Aufzeichnungs- und Verwertungsmöglichkeit der Gespräche zu weit gefaßt, um mit einer effizienten Strafverfolgung gerechtfertigt zu werden.

Ansonsten ist der Große Lauschangriff mit dem Grundgesetz vereinbar. Das Grundgesetz steht mit den Art. 79 III und 19 II GG dem nicht entgegen.

Es ist weder ein Eingriff in einen absoluten Kernbereich der Menschenwürde festzustellen, noch ist der Wesensgehalt der Grundrechte durch den Lauschangriff berührt. Dazu ist festzustellen, daß ein durch die Literatur geltend gemachter absoluter und eingriffsfester Kernbereich der Menschenwürde nur als Definition anerkannt ist. In der gesamten Abfolge der

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist in jeder Entscheidung eine Abwägung mit Ansprüchen der Allgemeinheit durchgeführt worden. Ein wirklich eingriffsfester Kernbereich der Menschenwürde ist damit bislang nicht durch das Bundesverfassungsgericht konstatiert worden; insbesondere gilt dies für die ausdrücklich erachtete Zulässigkeit der Verwertung von intimsten Details aus Tagebüchern, um schwere Straftaten aufzuklären.

Die Gegenauffassungen, die einen eingriffsfesten Bereich sehen wollen, können sich zum einen nicht auf eine gefestigte Rechtsprechung berufen, zum anderen verkennen sie, daß bereits vor der Änderung des Grundgesetzes zur Einführung des Lauschangriffs eine akustische Überwachung in der Wohnung zur Abwehr von Gefahren für Leib und Leben bestand. Wenn denn die Auffassung dieser Literaturstimmen richtig wäre, daß der Wohnungsbereich eingriffsfest sei und ein Eingriff in diesen Bereich per se die Menschenwürde verletzen würde, dürfte schon vor der Grundgesetzänderung eine Gesprächsüberwachung im Wohnungsbereich nicht erlaubt gewesen sein. Die Überwachung hätte dann konsequenterweise auch nicht für präventive Zwecke erlaubt gewesen sein dürfen, auch dann nicht, wenn höchstrangige Rechtsgüter auf dem Spiel gestanden hätten.

Zu beachten sind aber die immer nur auf das erforderliche Minimum zu beschränkenden Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht.⁵⁶³ Intime Informationen dürfen damit nicht an die Außenwelt gelangen. Dies ist durch eine schon während der Durchführung der Abhörung zu gewährleistende Löschung durch einen permanent anwesenden Beamten der Strafverfolgungsbehörden sicherzustellen.

Die Suche nach einem „Innenraum, in den sich der Einzelne zurückziehen könne und damit sich selbst das Recht auf Einsamkeit verschaffe,“ ist ergebnislos geblieben. Diese „Rückzugsräume“ sind durch keine normativen Merkmale zu definieren. Die

⁵⁶³ Däubler-Gmelin, DRiZ 1987, 413.

Argumentation des Sächsischen Verfassungsgerichtshofes⁵⁶⁴ ist für diese Ansicht symptomatisch: Die nach außen erscheinende absolute Schutzwürdigkeit des Raumes werde auch durch dessen Nutzung bestimmt und mache daher immer eine Einzelfallentscheidung notwendig. Es könnten auch in absolut geschützten Räumen eine Nutzung vorgenommen werden, die den Schutz nicht verdiene. Im Ergebnis wird damit immer eine Abwägung in Reinstform vorgenommen, wie sich die Gefahr für die Allgemeinheit zum Eingriff im Einzelfall verhält.

Die Kritiker des Lauschangriffes verkennen, daß der fehlende Nachweis der Art und des Ausmaßes der organisierten Kriminalität und der damit verbundenen Gefahr für den Rechtsstaat eine Frage nach der Geeignetheit und der Erforderlichkeit dieser Maßnahme darstellt. Von dieser Frage wird die Bestimmung des Kernbereichs der Menschenwürde aber nicht berührt, wenn konsequent von der Prämisse ausgegangen wird, daß dieser Kernbereich unverrückbar fest umrissen und absolut eingriffsfest ist und auch nicht durch Abwägung mit anderen Verfassungsgütern relativiert werden darf.

Eine Unterscheidung zwischen der schon vor der Grundgesetzänderung zulässigen akustischen Überwachung zur Abwehr von einer Gefahr für Leib und Leben und der nun zu repressiven Zwecken zulässigen Überwachung stellt jedoch eine reine Form der Güterabwägung dar: Es wird argumentiert, daß die präventive Überwachung wegen der außerordentlichen Gefährdungslage, in der sich eine Person befinden könne, gerechtfertigt sei, dies sei bei der Überwachung zwecks Strafverfolgung jedoch nicht der Fall.⁵⁶⁵

Im Ergebnis wird zur Bestimmung des Kernbereichs der Menschenwürde bzw. des Wesensgehaltes der Grundrechte nichts anderes als eine Rechtsgüterabwägung durchgeführt, nicht aber eine statische, ausschließlich aus Verfassungsprinzipien abgeleitete Definition geschaffen.

⁵⁶⁴ Sächsischer Verfassungsgerichtshof, JZ 1996, 957.

⁵⁶⁵ Leutheusser-Schnarrenberger, ZRP 1998, 87 (S. 88, 89).

e) Lösungsvorschlag

Als Lösung für dieses Dilemma ist die Einfügung einer Vorschrift vorzuschlagen, daß Gesprächsinhalte persönlicher Art, die nicht zur Sachverhaltsaufklärung beitragen können, bereits während der laufenden Aufnahme gelöscht werden müssen. Damit kann auch effizient verhindert werden, daß persönlichste oder intimste Informationen über das absolut Notwendige hinaus bekannt werden.

Der Einsatz des Lauschangriffs bedarf darüber hinaus dringend einer stärkeren Kontrolle durch die Justiz. Zunächst könnte die Überwachung der gesamten Abhörmaßnahme durch einen Richter durchgeführt werden, so daß nach der Anordnung eine weitere Kontrolle durch ein unabhängiges Organ der Rechtspflege durchgeführt wird. Sinnvoll ist in diesem Zusammenhang die Errichtung von Schwerpunktkammern wie sie bereits beim Maßnahmen nach dem Außenwirtschaftsgesetz bestehen.⁵⁶⁶ Gegen das Argument, daß eine solche Art des Richters noch nicht existent sei, läßt sich anführen, daß dieselbe Problematik auch in den USA bestand und durch die Neueinführung gelöst wurde.

Den besten vertrauensbildenden Effekt aber könnte wie in den USA die Einführung von sogenannten Wire-Tap-Records bringen. Diese Wire-Tap-Records enthalten detaillierte Fakten und Resultate von durchgeführten Abhörmaßnahmen. Diese Veröffentlichung der Resultate ist die beste Kontrolle gegen einen Mißbrauch von diesen Daten. Auch wird mit dieser vertrauensbildenden Maßnahme dem Entstehen von Gerüchten und Ängsten in der Bevölkerung durch eine Verunsicherung über das wahre Ausmaß der durchgeführten Lauscheinsätze vorgebeugt.⁵⁶⁷

Desweiteren muß der Rechtsschutz gegen die Abhörmaßnahme sichergestellt werden. Dazu ist dem Einzelnen grundsätzlich die

⁵⁶⁶ Lorenz, GA 1997, 51 (S. 71).

⁵⁶⁷ Böttger/Pfeiffer (Pfeiffer) ZRP 1994, S. 7 (15).

Möglichkeit zu gewähren, durch eine spätere Information die gegen ihn durchgeführte Maßnahme einer gerichtlichen Überprüfung unterziehen zu können. Erforderlich wird eine Ergänzung der Regelung in § 101 I, 2 dahingehend, daß nach Ablauf einer bestimmten Frist die Information des Betreffenden erfolgen muß.

VI. Gesamtergebnis der Verfassungsmäßigkeit

Die neuen strafprozessualen Ermittlungsmethoden sind teilweise verfassungswidrig, da die Informationspflicht nicht ausreichend beachtet wird. Diese ist aber essentielle Voraussetzung, um zu verhindern, daß die Menschenwürde der Betroffenen verletzt wird, da die informelle Inanspruchnahme sie auf eine Rolle als bloßes Objekt reduziert. Nur durch die Einräumung der Möglichkeit der Beschreitung des Rechtsweges kann dies verhindert werden.

Desweiteren ist die Aufnahme der Gespräche bei dem großen Lauschangriff auf das erforderliche Minimum zu reduzieren, damit müssen bereits während der Aufnahme der Kommunikation unwesentliche Informationen gestrichen werden.

Ansonsten sind die Eingriffsvoraussetzungen mit einer verfassungskonformen Auslegung nicht als verfassungswidrig zu qualifizieren.

Kapitel 4

Rechtsvergleichende Untersuchung der verdeckten Ermittlungsmethoden

A Einleitung

Zur Gewinnung eines Bildes über die Einsatzvoraussetzungen von verdeckten Ermittlungsmethoden in anderen Staaten wird eine auf das Wesentliche beschränkte Darstellung der Normen in

Dänemark, England, Frankreich und den USA gegeben, da sie die für einen Vergleich interessantesten Vorschriften enthalten. Mit diesen werden dann die in der Bundesrepublik Deutschland existenten Regelungen verglichen und beurteilt.

B Dänemark

I. Rasterfahndung

Rechtsgrundlage für die Rasterfahndung ist das dänische Registergesetz.⁵⁶⁸

Abgeglichen werden können öffentliche Datenbestände, etwa der KFZ-, Führerschein-, Paß- sowie Waffen- und Jagdregister. Die daraus gewonnenen Daten werden in einer polizeilichen Index-Sammlung zusammengefaßt und entsprechend der zu suchenden Parameter ausgewertet. Für die Verwendung dieser Daten zu polizeilichen Zwecken muß der politisch verantwortliche Minister und Gemeinderat zugestimmt haben und eine Stellungnahme des Registeraufsichtsamtes eingeholt worden sein. Dies gilt nicht für Dateien, die von dieser Zustimmungspflicht durch Erlaß des Justizministers befreit wurden. Die Verwendung von privaten Dateien ist auch möglich, die Herausgabe kann mit Zwangsmitteln herbeigeführt werden.

II. Polizeiliche Beobachtung

Grundsätzlich existiert keine spezielle Norm für die Polizeiliche Beobachtung, denn es wird wegen fehlenden Eingriffscharakters auf die polizeiliche Generalklausel zurückgegriffen. Allerdings existiert eine geheime Dienstvorschrift⁵⁶⁹, die sich auf Personen bezieht, die schwere Straftaten begangen haben. Diese Personen werden von Amts wegen durch die staatlichen Sicherheitsorgane überwacht. Längerfristige Beobachtungen werden auf der

⁵⁶⁸ Nachweise bei Cornils/Kohls, OK, 55 (S.76).

⁵⁶⁹ Nachweise bei Cornils/Kohls, OK, 55 (S. 83).

Grundlage der polizeilichen Generalklausel durchgeführt, genauere Eingriffsvoraussetzungen sind nicht erforderlich.

III. Technische Mittel

Die Telekommunikation kann überwacht werden, ebenso ist das Abhören von Raumgesprächen nach § 780 I Nr.1 und Nr.2 rpl.⁵⁷⁰ möglich. Die Telefonüberwachung ist dann zulässig, wenn Annahmen dafür vorliegen, daß Informationen durch den Verdächtigen am Telefon gegeben werden, der Eingriff von entscheidender Bedeutung für die Ermittlungen sein wird und eine Straftat, die mit sechs Jahren bedroht ist, ein Staatsschutzdelikt oder eine Tat aus einem Katalog von sieben Straftaten gegeben ist.⁵⁷¹

Ähnlich sind die Voraussetzungen für die akustische Überwachung von Wohnraumgesprächen. Diese sind in einer Generalklausel geregelt, die als zusätzliche Bedingung neben den oben genannten Voraussetzungen den Verdacht auf Begehung einer Straftat, die eine Gefahr für Leib und Leben oder für bedeutende Gesellschaftswerte herbeigeführt hat, erfordert.

Beide Maßnahmen sind gem. § 783 rpl. durch den Richter anzuordnen und es ist ein Rechtsanwalt vor der Entscheidung über die Anordnung zu hören, der die Interessen des Verdächtigen wahrnehmen soll. Diesem stehen die einem Strafverteidiger im Ermittlungsverfahren vergleichbaren Befugnisse zu. Dem Rechtsanwalt ist aber nach § 785 rpl. ohne Genehmigung der Polizei ein Kontakt mit der Zielperson verwehrt.

Die optische Überwachung von Wohnraum verboten, Regelungen zum diesbezüglichen Einsatz sind nicht vorhanden. Videoaufnahmen in der Öffentlichkeit werden von der Polizei in eigenem Ermessen gefertigt, dies wird auch durch die Rechtsprechung anerkannt.⁵⁷²

⁵⁷⁰ Gesetz zur Regelung des Zivil- und Strafverfahrens.

⁵⁷¹ Nachweise bei Cornils/Kohls, OK, 55 (S. 86).

⁵⁷² Cornils/Kohls, OK, 55 (S.76).

IV. Verdeckte Ermittler

Polizeiagenten werden nur in sehr geringem Umfang eingesetzt, da das Land sehr klein und eine entsprechende Legende daher schwer zu konstruieren ist.⁵⁷³ Deshalb werden solche Einsätze nur kurz und in einer geringen Zahl durchgeführt.

Gem. § 754 rpl. muß als Voraussetzung ein erhärteter Verdacht bestehen, daß eine Straftat unmittelbar bevorsteht, es dürfen keine anderen Ermittlungsmethoden vorhanden sein, in dieser Sache Beweis zu sichern und die Ermittlungen müssen eine Straftat betreffen, die mit mehr als 6 Jahren Gefängnis bestraft wird oder ein schweres Zollvergehen nach § 289, 2 strl.⁵⁷⁴ darstellt. Der Einsatz muß gerichtlich angeordnet werden, bei Gefahr im Verzuge kann eine Anordnung erfolgen, die dann aber innerhalb von 24 Stunden durch den Richter genehmigt werden muß. Der Agent ist darüber hinaus verpflichtet, in der Hauptverhandlung als Zeuge auszusagen. Im Falle der Gefahr für Leib und Leben für sich oder einen Angehörigen kann er die Aussage verweigern. Dies gilt jedoch nicht, wenn Art und Bedeutung der Strafsache dagegenstehen.

C Die Regelungen in England

I. Rasterfahndung

Eine ausdrückliche Regelung zu Rasterfahndung ist in der englischen Gesetzgebung nicht gegeben. Jedoch können die von staatlichen Institutionen gespeicherten Daten durch den Police National Computer (PNC) abgerufen werden, zu denen etwa gestohlene Fahrzeuge, Fahrzeugeigentümer, Chassis- und Motornummern, Fingerabdrücke, Namen von Personen, denen die Fahrerlaubnis entzogen wurde, anhängige Strafverfahren,

⁵⁷³ Cornils/Kohls, OK, 55 (S.92).

⁵⁷⁴ Dänisches Strafgesetz.

Verurteilungen, Namen von Straftätern, gesuchte und vermißte Personen, sowie andere Daten gehören.⁵⁷⁵

Erweitert wird die Abrufmöglichkeit durch die Installierung von INCIS, ein integriertes Informationssystem, das der Bekämpfung von schweren Verbrechen wie Drogenhändler und Raubstraftäter, dient.⁵⁷⁶ Dieses System erlaubt den Zugriff auf Zolldaten, drogenbezogene Informationen, generelle Kriminalitätsdaten und Interpolinformationen. Aufgrund des Data Protection Act (DPA) ist jede Art der Speicherung von persönlichen Daten anzumelden und der Aufsichtsbehörde zu melden. Geregelt wird in diesem Gesetz der Umgang mit persönlichen Daten, der von der Grundstruktur her dem deutschen Bundesdatenschutzgesetz entspricht. Der Registrar hat über die Einhaltung des Gesetzes zu wachen.

Über den Einsatz einer gezielten Fahndung durch den Abgleich von Daten im Sinne der Rasterfahndung ist nichts bekannt, es kann nur vermutet werden, daß eine solche Fahndungsmethode angewandt wird,⁵⁷⁷ da die oben genannten Datenpools bestehen.

II. Polizeiliche Beobachtung

Das gleiche diffuse Ergebnis ist für die polizeiliche Beobachtung zu finden; ausdrücklich geregelt ist diese Fahndungsmethode nicht. Durch die Nutzung von den Datenbeständen im PNC ist aber theoretisch die Möglichkeit gegeben, ein Bewegungsbild einer Person zu erstellen, insbesondere durch die Zusammenarbeit der regionalen Polizeibehörden.⁵⁷⁸

Auch ist die längerfristige heimliche Beobachtung ohne eine gesetzliche Grundlage möglich,⁵⁷⁹ da kein grundsätzliches Verbot dieser Tätigkeit existiert.

⁵⁷⁵ Huber/Klumpe, OK, S. 211 (S. 248).

⁵⁷⁶ Huber/Klumpe, OK, S. 211 (S. 250).

⁵⁷⁷ Huber/Klumpe, OK, S. 211 (S. 246).

⁵⁷⁸ Huber/Klumpe, OK, S. 211 (S. 266).

⁵⁷⁹ Robertson, S. 121.

III. Akustische Überwachung

Die akustische Überwachung von Wohnungen ist zulässig.

Dazu müssen Ermittlungen zu schweren Verbrechen oder böswilliger oder obszöner Anrufe notwendig und andere Methoden gescheitert sein. Desweiteren muß der Einsatz erfolgversprechend und verhältnismäßig sein.⁵⁸⁰ Anordnungsbefugt ist nur der höchstrangige Polizeioffizier; in Ausnahmefällen auch der Assistant Chief Constable, wenn das Aufzeichnungsgerät nicht von Angehörigen der Polizei mitgeführt wird oder der betroffene Wohnungsinhaber zustimmt. Die Maßnahme soll auf einen Monat beschränkt sein, die Daten sollen zwei Jahre aufbewahrt werden.

Entsprechende Regelungen gelten für die optische Überwachung, auch für die von Wohnräumen.

IV. Verdeckte Ermittler

Rechtliche Grundlagen sind ebenfalls nicht vorhanden, der Einsatz von Informanten und Verdeckten Ermittlern wird auf Basis der Freiheit der Ermittlungen durchgeführt. Unterschieden werden hier die auf kurze und auf längerfristige Zeit arbeitenden Ermittler. Zentraler Punkt ist hier das Verbot des agent provocateur.⁵⁸¹

Vorschriften über den Umgang mit rechtswidrig erlangten Beweismitteln existieren ebensowenig wie Maßstäbe für rechtswidrige Aktionen.

D Frankreich

Zentrale Norm zum Einsatz von EDV ist das Gesetz „Loi No 78-17“ vom 6.1.1978. Jede Datenspeicherung durch EDV unterliegt diesem Gesetz. Danach ist jede Speicherung von Daten durch staatliche Behörden von einer durch das französische Parlament

⁵⁸⁰ Huber/Klumpe, OK, S. 211 (S. 275).

⁵⁸¹ Huber/Klumpe, OK, S. 211 (S. 288).

geschaffenen unabhängigen Kontrollinstanz, der „Commission nationale de l’informatique et des libertés“ (CNIL) zu genehmigen.

I. Rasterfahndung

Mit den einzelnen Genehmigungen der Datenverarbeitungen werden gleichzeitig die Verwendungen der Daten festgelegt; je sensibler die Daten sind, umso eher sind diese zurückzuhalten. Eine Rasterfahndung „online“ zwischen verschiedenen externen Informationsbeständen, existiert damit in Frankreich nicht.⁵⁸²

Dies gilt aber nicht für die von der CNIL genehmigten polizeilichen Datensammlungen, so insbesondere dem "Fichier des Brigades spécialisés“ (FBS), die Daten aus Ermittlungsverfahren –auch solche jenseits von Verdachtsmerkmalen- beinhalten und dem Informationssystem der Kriminalpolizei⁵⁸³, der FTPJ.⁵⁸⁴ Dort sind Abgleichungen von Daten zulässig, spezielle Voraussetzungen sind dazu aber nicht vorhanden.

II. Polizeiliche Beobachtung

Der Einsatz technischer Mittel ist aufgrund der Generalklausel zulässig, gesetzliche Beschränkungen sind nicht vorhanden.

III. Akustische Überwachung

Aufgrund des Verbotes der akustischen Überwachung in Wohnungen ist eine solche Maßnahme unzulässig.

Die Telefonüberwachung ist im Zuge eines gerichtlichen Untersuchungsverfahrens nur zur Überführung von Straftätern und zur Beweissicherung erlaubt. Desweiteren muß der Verdacht einer Straftat vorliegen, die mindestens eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren erwarten läßt. Die Dauer der Maßnahme ist auf vier Monate

⁵⁸² Lorenz, OK, S.301 (S. 326).

⁵⁸³ Lorenz, OK, S.301 (S. 334).

⁵⁸⁴ Fichiers de travail de la Police judiciaire.

begrenzt, sie kann aber unter Einhaltung der Förmlichkeiten des Art. 100 I Code de procedure pénale (Cpp) verlängert werden. Bei der Abhörung von Rechtsanwaltskanzleien ist der Präsident der Rechtsanwaltskammer vorab von der Maßnahme gem. Art. 100 VII Cpp zu informieren.

Präventive Abhöreinsätze sind zeitlich auf vier Monate begrenzt und werden in der jährlichen Gesamtanzahl durch den Premierminister vorab festgelegt. Diese zielen insbesondere auf Gebiete der organisierten Kriminalität ab, die den Handel mit Nuklearmaterial, Drogen, Illegalen sowie Steuer- und Bandenkriminalität erfassen. Kontrolliert werden die Abhörmaßnahmen durch eine unabhängige Kommission, die sich aus einem vom Premier ernannten Vorsitzenden und einem Abgeordneten des Parlamentes und des Senates zusammensetzen.⁵⁸⁵ Der Präsident ist innerhalb von 48 Stunden nach der Anordnung einer solchen Maßnahme zu informieren und bei Bedenken hat er die Kommission, die innerhalb von sieben Tagen zu entscheiden hat, einzuberufen. Sie kann bei Bedenken an den Premier die Empfehlung geben, die Maßnahme abubrechen. Einmal im Jahr ist ein Bericht über die durch die Maßnahmen erzielten Ergebnisse von der Kommission zu erstellen.

IV. Verdeckte Ermittler

Gesetzliche Regelungen zum Verdeckten Ermittler sind nicht vorhanden. Diese Personen werden aber de facto in der polizeilichen Praxis eingesetzt. Allein die Frage nach den Auswirkungen von Tatprovokation durch Ermittlungsbeamte wird in diesem Bereich virulent. Eine entschuldigende oder materiellrechtliche Wirkung wird einer solchen Provokation nicht beigemessen. Die Provokation hat nach der Auffassung des Cour de Cassation⁵⁸⁶ nur der Feststellung der Straftaten gedient. Wenn

⁵⁸⁵ Lorenz, OK, S.301 (S. 343).

⁵⁸⁶ Entscheidungen vom 3.10.1971 und 2.10.1979.

der Täter generell zu Straftaten entschlossen war, ist eine Verurteilung – trotz Provokation - möglich. Nur das Hervorrufen des „Tatenschluß“ zu einer Straftat in einer Person, die nicht zu kriminellen Handlungen neigt, ist unzulässig.⁵⁸⁷

E Österreich

I. Rasterfahndung

Positiv normiert ist die Rasterfahndung in Österreich nicht, sie wird aber über das polizeiliche Informationssystem (EKIS) durchgeführt, so daß nur Daten aus polizeilichen Informationsbeständen verwendet werden.⁵⁸⁸ Zu trennen ist dabei zwischen dem Vorgang der Beschaffung der Daten und dem sich anschließenden Abgleich dieser Daten. Die Beschaffung beruht einmal auf der Verpflichtung zur Amtshilfe in Art. 22 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), zum anderen auf die §§ 143ff. StPO, die die Beschlagnahme und die Herausgabepflicht für Beweismittel, damit auch für Datenträger, regeln.⁵⁸⁹ Der Abgleich muß § 7 II Datenschutzgesetz (DSG) entsprechen, der verlangt, daß die Daten für den Dritten zur Wahrnehmung der gesetzlichen Aufgaben eine wesentliche Voraussetzung bilden. Nach § 6 DSG ist die Bearbeitung der Daten dann zulässig, wenn dies eine „wesentliche Voraussetzung“ für die Polizeiarbeit darstellt.

II. Polizeiliche Beobachtung

Nach dem Inkrafttreten des § 57 I Nr 5 und Nr. 6 Sicherheitspolizeigesetz (SPG) ist die Speicherung für Zwecke der Strafverfolgung und der Abwehr und Aufklärung bandenmäßiger oder organisierter Kriminalität zulässig. Die längerfristige Observation, die eine konkrete Beobachtung des Verdächtigen

⁵⁸⁷ Lorenz, OK, S. 301 (S. 351).

⁵⁸⁸ Ebert, OK, S. 567 (S. 595).

⁵⁸⁹ Ebert, OK, S. 567 (S. 598).

beinhaltet, um einen günstigen Zeitpunkt zum Zugriff abzuwarten, wird auf die Generalklausel des § 24 StPO gestützt, da keine spezialgesetzliche Vorschrift existiert.

III. Einsatz technischer Mittel

Gesetzliche Grundlage für den repressiven Einsatz ist auch hier die Generalklausel des § 24 StPO. Verlässliche Daten sind seit den Recherchen von Ebert⁵⁹⁰ nicht weiter vorhanden. Nach seiner Untersuchung werden nur gelegentlich Peilsender bei Fluchtautos und bei schweren Delikten Abhörmaßnahmen in Häusern durchgeführt. Zur Gefahrenabwehr können Tonaufnahmen durch einen Verdeckten Ermittler auf Grundlage §§ 54 II, III SPG gemacht werden.

IV. Verdeckte Ermittler

Auch der Einsatz des Verdeckten Ermittlers ist nicht explizit geregelt, § 24 StPO ist auch hier die Grundlage. Eingerichtet wurde 1981 eine Spezialgruppe zur Bekämpfung der Suchtkriminalität. Plan ist dabei die Anbahnung von Schein-Geschäften durch V-Männer.⁵⁹¹ Die Identität des Verdeckten Ermittlers bleibt geheim, im Prozeß kann er nach § 151 Nr.2 StPO nicht als Zeuge vernommen werden. Die Informationen werden nur mittelbar durch die Vernehmung des Vorgesetzten in den Prozeß eingeführt.

F USA

I. Rasterfahndung

Drei der Rasterfahndung vergleichbare Fahndungsmethoden sind in den USA vorhanden; eine direkte Regelung existiert aber nicht.

⁵⁹⁰ Ebert, OK, S. 567 (S. 614).

⁵⁹¹ Ebert, OK, S. 567 (S. 621).

1. Computer Matching

Diese Regelung dient der Auffindung von Personen durch Abgleich verschiedener Dateien, insbesondere der Fahndung nach Sozialhilfemißbrauch durch Abgleichung von Bootsbesitzerdaten bzw. anderen vermögensrechtlich relevanten Informationen mit den Sozialhilferegistern.⁵⁹²

2. FinCEN

Das Financial Crimes Enforcement Network ist Teil des US Treasury Department und wurde 1990 zur Bekämpfung der Geldwäsche eingerichtet.⁵⁹³ Dieses Institut unterstützt die Ermittlungsbehörden durch die Darlegung von finanziellen Transaktionen, die der Meldepflicht von Einzahlungen ab 10.000 \$ unterliegen.

3. Computer Profiling

Mit dieser Bearbeitung werden Täterbilder erstellt, die zu Personenkontrollen an Flughäfen genutzt werden können. Diese Profile eignen sich aber auch zum Abgleich anderer Dateien, um durch das existierende Profil andere Personen herauszufiltern.

4. Rechtsgrundlage

Außer einer bloßen Ermächtigung existieren keine speziellen Regeln zum Abgleich, insbesondere sind keine direkten Durchführungsbestimmungen vorhanden. Begrenzt wird diese Fahndungsmethode nur durch die allgemeinen Datenschutzregeln, insbesondere dem „Privacy Act“.

Dieser sieht vor, daß eine Zustimmung des Betroffenen erforderlich ist, wenn seine Daten zu einem anderen Zweck als dem von ihm

⁵⁹² Lützner, OK, S. 721 (S. 754).

⁵⁹³ Lützner, OK, S. 721 (S. 754).

bestimmten verwendet werden sollen. Jedoch ist dieser Grundsatz durch die weite Auslegung der Ausnahmetatbestände und fehlender Kontrollen hinfällig.⁵⁹⁴

II. Polizeiliche Beobachtung

Diese Maßnahme wurde 1992 gegen etwa 400 Personen durchgeführt, die in Verdacht stehen, eine Gefahr für den Präsidenten oder anderer durch den Secret Service geschützten Personen darzustellen.⁵⁹⁵ Diese Personen werden im zentralen FBI-Computer gespeichert und sind jederzeit etwa bei Kontrollen abrufbar. Diese Personen unterliegen damit einer „Überwachung“, die rein präventiver Natur ist. Verschiedene Bundesstaaten gebrauchen eine ähnliche Methodik bei Drogendelikten und Entführungen,⁵⁹⁶ nähere Informationen sind aber nicht erhältlich.

III. Technische Mittel:

Akustische und visuelle Überwachung

Rechtsgrundlage für die Überwachung durch technische Mittel ist der „Title III Omnibus Crime Control and Safe Streets Act“ von 1968. Der Lauschangriff kann erst nach Genehmigung durch einen Richter erfolgen, es sei denn, es ist Gefahr im Verzug. Dann ist auch die Anordnung des Attorney General oder einem seiner Stellvertreter zulässig. Der Antrag muß durch die Ermittlungsbehörden vorgelegt werden, in dem die Tatsachen durch Eid oder eidesstattliche Erklärung vorgetragen werden, daß ein hinreichender Verdacht auf eine Straftat besteht. Anzugeben sind vorher gescheiterte andere Ermittlungsmethoden und der beabsichtigte Zeitraum der Überwachung.⁵⁹⁷ Einzureichen ist der Antrag durch die Polizei bei einem hochrangigen Staatsanwalt, der

⁵⁹⁴ Lützner, OK, S. 721 (S. 758).

⁵⁹⁵ Lützner, OK, S. 721 (S. 765).

⁵⁹⁶ Lützner, OK, S. 721 (S. 767).

⁵⁹⁷ Lützner, OK, S. 721 (S. 776).

ihn dem Richter zuleitet. Dadurch soll eine formale Kontrolle ermöglicht werden. Die richterliche Anordnung muß den genauen Ort, die Beschreibung des erwarteten Gesprächs und die in diesem zu erwartenden Straftaten erfassen. Auch ist anzuordnen, ob die Maßnahme einmalig oder über einen längeren Zeitraum geplant ist. Desweiteren müssen, soweit bekannt, die Namen der Betroffenen angegeben werden. Der Richter kann in regelmäßigen Abständen Berichte verlangen. Spätestens nach 30 Tagen ist durch den Richter ein Bericht über die Ergebnisse der Maßnahme an die Gerichtsverwaltung zu fertigen, der den Nachweis der Einhaltung der Formalien und die Auflistung der wesentlichen Ermittlungsergebnisse beinhaltet. Diese Angaben sind der Kern der Wire-Tap Records, die an den Kongreß geschickt und jährlich veröffentlicht werden.⁵⁹⁸

Zur Minimalisierung des Eingriffes hat der Richter die Möglichkeit, eine bestimmte Tageszeit der Überwachung festzusetzen oder zu verlangen, daß die Aufzeichnung abgestellt wird, wenn irrelevante Inhalte im Gespräch verwandt werden. Maßstab dazu ist der Antrag. Die abgehörten Zielpersonen sind spätestens nach 90 Tagen über die Maßnahme zu informieren.

Videoüberwachung ist in der Öffentlichkeit ohne Einschränkung zulässig.⁵⁹⁹ Auch die Videoüberwachung in Wohnungen ist zulässig, selbst wenn keine ausdrückliche Ermächtigung besteht. Die Voraussetzungen im Abhörsgesetz dienen als eine Richtschnur, da die Erfordernisse des 4. Amandements erfüllt werden müssen.⁶⁰⁰

IV. Verdeckte Ermittler

Gesetzliche Regelungen zum Einsatz dieser Personen existieren nicht, allenfalls wird durch die Berichtspflicht des Justizministeriums über die Verwendung der finanziellen Mittel

⁵⁹⁸ Lützner, OK, S. 721 (S. 783).

⁵⁹⁹ Lützner, OK, S. 721 (S. 786).

⁶⁰⁰ Lützner, OK, S. 721 (S. 786).

vor dem Kongreß eine mittelbare Kontrolle ausgeübt, die in Untersuchungsausschüssen und Anhörungen liegt. Ansonsten ist die Polizei in der Vorgehensweise nicht an feste normative Regelungen gebunden. Ein Tatverdacht einer Straftat ist nicht erforderlich, da es nach der Auffassung der US-Rechtsprechung kein Recht des Einzelnen gibt, nicht Gegenstand von Ermittlungen zu sein. Der Einsatz des Verdeckten Ermittlers ist danach kein Eingriff in eine geschützte Rechtsposition des Bürgers.

Die Praxis des Einsatzes von Verdeckten Ermittlern ergibt sich mittelbar aus den Richtlinien des US-Justizministeriums.⁶⁰¹ Diese gelten aber nur für das Genehmigungsverfahren für den Einsatz von FBI-Mitarbeitern. Deren Einsatz erfordert eine Zustimmung von Bundesanwälten und anderer Verwaltungsbehörden, um einen breiten Konsens zu erreichen. Voraussetzung für den Einsatz ist der Verdacht auf die Begehung einer Straftat durch die Zielperson. Ein Lockspitzeinsatz ist bei „besonderen fiskalischen und anderen Umständen“ zulässig, der dann aber durch leitende Mitarbeiter des FBI, eines Ausschusses des Justizministeriums und des Bundesstaatsanwaltes bestätigt werden muß. In diesem Rahmen ist auch eine begrenzte Beteiligung des Lockspitzels an Straftaten zulässig, wenn Informationen für überragend wichtige Ziele erlangt werden sollen, um die Glaubwürdigkeit zu steigern und der Gefahr von Tod oder schwerer Körperverletzung vorzubeugen, wobei die Beteiligung an Gewalttaten aber ausgeschlossen ist.⁶⁰²

Unzulässig ist allerdings die Betätigung als agent provocateur gegenüber einem nicht unter die Kategorie des „Omnimodo Factorus“ fallenden Betroffenen, der erst durch den Lockspitzel zur Tat verleitet wurde. In diesem Fall hat die US-Rechtsprechung auf Freispruch erkannt.⁶⁰³

⁶⁰¹ Attorney General's Guidelines.

⁶⁰² Attorney General's Guidelines § I 5.

⁶⁰³ *Sorrells v. U.S.* 287 U.S. 435, 454 (1932).

G Zusammenfassung und Vergleich

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß in fast jedem nationalen Gesetzeswerk die Möglichkeit des Einsatzes von verdeckten Ermittlungsmethoden besteht. Die Vorschriften weisen aber einen unterschiedlichen Schutzgrad gegenüber den betroffenen Zielpersonen und der unbeteiligten Allgemeinheit auf.

I. Rasterfahndung

In England ist die Rasterfahndung offen gestaltet und unterliegt keinen festen Regeln. Dagegen ist in Dänemark, Frankreich und den USA die Verwendung nur von bestimmten Daten zulässig, die sich in polizeilichen oder anderen fest umrissenen Informationsbeständen befinden.

Damit wird einer möglichen Verwendung von intimsten Daten entgegengewirkt und die Erstellung eines Persönlichkeitsbildes durch den Abgleich von verschiedensten Dateien unmöglich gemacht. Zwar ist eine solche Erstellung aufgrund der herrschenden Schwierigkeiten noch nicht möglich, dies wird aber anhand der weiter zunehmenden informationellen Vernetzung immer einfacher zu handhaben sein.

Deshalb ist die –bezüglich des Datentypus theoretisch unbegrenzte- deutsche Regelung als zu weitgehend zu qualifizieren. Im Wege einer Gesetzesreform ist damit eine Begrenzung der verwendbaren Dateien vorzunehmen.

II. Polizeiliche Beobachtung

Die polizeiliche Beobachtung ist in England durch den PNC theoretisch möglich, der Namen und PKW vergleicht. Dänemark, Österreich und die USA verwenden diese Fahndungsmethode ebenfalls. Nach französischem Recht können diesbezüglich nur Daten von Personen, die Gegenstand eines Ermittlungsverfahrens

sind, gesammelt werden. Aus diesen Regelungen ergeben sich damit keine gravierenden Unterschiede zu den deutschen Eingriffsvoraussetzungen.

III. Technische Mittel

Bis auf Frankreich verwenden die europäischen Länder die akustische Überwachung in und außerhalb von Wohnungen.

Am deutlichsten kodifiziert ist diese Befugnis in Dänemark, die diese Überwachung in alle Einzelheiten normiert. Die deutsche Regelung entspricht der dänischen am ehesten. Allerdings ist die Einsatzvoraussetzung der Straftaten in Dänemark sehr scharf, denn es müssen Taten vorliegen, die mit 6 Jahren Gefängnis bestraft werden können oder der Verdacht auf die Begehung von 7 Katalogtaten besteht. Diese Voraussetzung reduziert den Anwendungsbereich der Maßnahme erheblich.

Interessant ist die Regelung in den USA, die die höchste Sicherheitsstufe zum Schutz der Privatsphäre vorsieht. Die dort vorhandenen verfahrensrechtlichen Sicherungsmaßnahmen durch die ständige Überwachung der Abhörung durch die Berichts-anforderung und die Pflicht zum Rapport an das Justizministerium eröffnen eine höchstmögliche Garantie des Status des Betroffenen vor einem Mißbrauch.

In § 100c II Nr.2, 100d und 100e StPO wird nur eine einmalige Anordnung durch den Richter verlangt, eine bloße Berichtspflicht an die Justizministerien durch die Staatsanwaltschaft und eine –oben festgestellte unzureichende- Berichtspflicht der Bundesregierung ist vorgesehen. Auch die Information des Betroffenen kann unterbleiben, wenn eine Gefährdung von verschiedenen Rechtsgütern vorliegt. Gerade diese freie Hand wird den US-Ermittlern nicht gegeben, um einen hohen Schutz der Zielpersonen zu erreichen.

In diese Richtung ist eine Nachbesserung des bestehenden deutschen Regelwerkes erforderlich.

IV. Verdeckter Ermittler

Verdeckte Ermittler existieren ebenfalls in den untersuchten Rechtsordnungen. In England unterliegt der Einsatz zwar wegen fehlender gesetzlicher Normierung nur den Richtlinien und der Verhältnismäßigkeit. In den übrigen Ländern ist Voraussetzung für den Einsatz eine bestimmte Schwere von Straftaten, in Frankreich darüber hinaus die richterliche Anordnung erforderlich.

Als für die hiesige Untersuchung relevantes Ergebnis läßt sich aber festhalten, daß ein „Agent Provocateur“ in keiner der untersuchten Rechtsordnungen anerkannt oder gar zugelassen ist. Die von der deutschen Rechtsprechung zugelassene gerichtliche Ahndung der durch einen Lockspitzel begangenen Tat, wobei nur eine „Strafzumessungslösung“ in der Höhe der Strafe herangezogen wird, ist durch ein gesetzliches Verbot dieser Verwertung zu unterbinden.

V. Ergebnis

Die Normierungen der europäischen Länder sind dem Grunde nach vergleichbar. Allein die US-Vorschriften weichen in manchen Gegebenheiten sehr von den europäischen ab.

Reformanstöße für den Einsatz technischer Mittel sind insbesondere das in den USA hochformalisierte Verfahren bei der akustischen Überwachung, um Rechte des Betroffenen zu sichern. So ist eine begleitende Überwachung der Maßnahme durch den Richter und eines Rechtsanwaltes wie in Dänemark von hoher Relevanz zur Sicherstellung der Förmlichkeiten des Verfahrens.

Bei dem Einsatz des Verdeckten Ermittlers sollte ausdrücklich der Einsatz des „Agent Provocateurs“ durch einen Zusatz, der die dadurch gewonnenen Ergebnisse einem Beweisverwertungsverbot unterwirft, unterbunden werden, um einen Mißbrauch auszuschließen.

Kapitel 5

Lauschangriff im Polizeirecht und Bundesgrenzschutzgesetz

A Vorbemerkung

Auch die Bundesländer haben Gesetze zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens verabschiedet. An systematischer und verfassungsrechtlicher Problematik stehen sie den neuen Ermittlungsmethoden in der StPO in nichts nach.

Zunächst werden spezielle Probleme des „großen Lauschangriffs der Länder“ in den landespolizeilichen Gesetzen untersucht, der zur Abwehr von Gefahren dient. Die Einführung dieser Fahndungsmethode ist im Gegensatz zu dem Lauschangriff in § 100c I Nr. 3 StPO von der Öffentlichkeit fast unbemerkt vor sich gegangen⁶⁰⁴ und existiert in den Gefahrenabwehrgesetzen zum Teil schon seit längerer Zeit.⁶⁰⁵ Danach wird die neuerdings in und außerhalb von Wohnungen mögliche akustische Überwachung untersucht, die möglich ist, wenn „Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen, daß Straftaten von erheblicher Bedeutung begangen werden“, vorliegen.

B Gefahrenabwehr:

Darstellung der Regelungen und Bewertung

I. Lauschangriff bei Gefahr

Die meisten Bundesländer haben in die Polizeigesetze die Maßnahme des Lauschangriffes in Wohnungen zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben, oder Freiheit einer Person

⁶⁰⁴ Kutscha, NJW 1994, 85.

⁶⁰⁵ Kutscha, StV 1998, 564.

eingeführt. Diese lassen den Einsatz von technischen Hilfsmitteln zu, um Gefahren für die öffentliche Sicherheit bzw. Gefahren für bedeutende Rechtsgüter abwehren zu können.⁶⁰⁶ Die Regelungen entsprechen nach dem Wortlaut dem alten Art. 13 III GG – jetzt Art. 13 VII GG - der diese Maßnahme unter der Voraussetzung der Gefahr für Leib und Leben einer Person ausdrücklich zuließ. Voraussetzung war und ist auch nach der neuen Fassung des Art. 13 III GG der Verdacht der Begehung einer zukünftigen Straftat durch die zu überwachenden Personen.

Nach den unter der Diskussion zum großen Lauschangriff im Strafprozeßrecht erfolgten Analysen verstoßen auch die landesgesetzlichen Regelungen mit der umfassenden Überwachung von Gesprächen jeder Art gegen das Ultima-Ratio-Prinzip. In dieser Hinsicht sind auch die Ermächtigungen der Lauschangriffe in den Länderpolizeigesetzen verfassungswidrig. Insofern ist eine Übereinstimmung mit der Beurteilung des großen Lauschangriffs in der StPO gegeben.

II. Durchbrechung des Datentrennungsgebotes

1. Präventiv gesammelt - repressiv verwandt

Die bei dem gefahrenabwehrenden Lauschangriff aufgenommenen Informationen werfen die Frage nach ihrer Weiterverwertung auf. Die Übermittlungsbefugnis der Polizei an die Staatsanwaltschaft von Ermittlungsdaten ist in § 163 II, 1 StPO ausdrücklich normiert. Danach ist die Polizei aufgrund des Legalitätsprinzips verpflichtet, Ergebnisse der von ihr durchgeführten Ermittlungen der Staatsanwaltschaft zur Kenntnis zu bringen. Eine Entscheidungsprärogative der Polizei besteht in dieser Hinsicht nicht.⁶⁰⁷ Diese Mitteilungspflicht besteht aber nur für die

⁶⁰⁶ Köhler, StV 1996, 186; Raum/Palm, aaO., (S. 450).

⁶⁰⁷ Bockemühl, JA 1996, 695 (S. 699).

Ergebnisse repressiver Ermittlungstätigkeit; für präventive Daten gilt dies nicht. Diese Konstellation ist vergleichbar mit der polizeilichen Kriminalaktenführung, die sowohl repressive als auch präventive Informationselemente vermengt. Im Gegensatz dazu ist die Justizaktenführung allein auf Strafverfolgungsdaten beschränkt, die sich auf die Ermittlungstätigkeit gegen bestimmte Personen beziehen.⁶⁰⁸ Bei der Betrachtung der Zweckbindung der durch heimliche Maßnahmen gewonnenen Daten sind die Vorgaben des Rechts auf informelle Selbstbestimmung einzuhalten, so daß beide verschiedenen Datentypen vor dem Hintergrund der Zweckbindung persönlicher Daten getrennt werden müssen. Dieser Dualismus der polizeilichen Arbeit wird insbesondere dann virulent, wenn sich die Frage nach der strafprozessualen Verwertbarkeit der gesammelten Informationen stellt.

Bei einem Schwerpunkt auf einer gefahrenabwehrenden Aktion sind die gesammelten Informationen nur zu präventiven Zwecken, bei einem Schwerpunkt auf einer Strafverfolgungsmaßnahme sind sie nur zu repressiven Zwecken verwendbar.

2. Durchbrechung durch den BGH

Der gerichtliche Umgang läßt aber die Sorge aufkommen, daß eine Verwertung von präventiv gewonnen Daten zu repressiven Zwecken durch Rechtsprechung anerkannt werden und damit die Zweckbindung der Daten verletzt werden wird.

Zu dieser Thematik hat der Bundesgerichtshof eine wegweisende Entscheidung getroffen.⁶⁰⁹ In dem hier relevanten Urteil war ein Antrag auf Ausstellung eines Durchsuchungsbefehls gem. § 103 StPO, mithin einer repressiven Maßnahme, vom Ermittlungsrichter aufgrund fehlender Erfolgsaussichten der Durchsuchungsaktion abgelehnt worden. Die Durchsuchung sollte bei einem nicht Tatverdächtigen durchgeführt werden, der aber mit den

⁶⁰⁸ Ahlf, KritV 1988, 136 (S. 139).

⁶⁰⁹ BGH, StV 1996, 185.

Verdächtigen befreundet war. Die Erkenntnisse, die zum Durchsuchungsantrag führten, wurden durch eine Abhöraktion gewonnen, die sich auf § 25b POG Rh.-Pf, mithin auf eine präventive Norm, stützte. Vom BGH wird vertreten, daß die Weitergabe der präventiv gewonnenen Informationen auf Grundlage des § 25b POG Rh.-Pf die hier einzig erfolgversprechende Maßnahme zur Verbrechensbekämpfung, mithin zur repressiven Verwertung, sei. Deshalb könnten die aus dieser Maßnahme gewonnenen präventiven Daten auch repressiver Nutzung zugeführt werden. Der Schwerpunkt der Maßnahme läge in diesem Fall auf der zukünftigen Verbrechensverhinderung. Damit sei das präventive Element der Maßnahme gewahrt und stehe der Annahme eines Verwertungsverbotes entgegen. Die Rechtsgrundlage für die strafprozessuale Verwertbarkeit von auf präventiver Grundlage gesammelten Daten wird vom BGH in landesrechtlichen Normen gesehen, hier explizit in § 25c I POG Rh.-Pf.⁶¹⁰

Im Ergebnis läßt der Bundesgerichtshof in seinem Urteil die mit polizeilichen Mitteln erlangten Informationen als Beweismittel auch für strafverfolgungsrechtliche Einsatzzwecke zu. Diese Betrachtungsweise setzt sich aber über grundgesetzliche Vorgaben hinweg.

a) Fehlende Kompetenz

Zunächst wird verkannt, daß der Landesgesetzgeber für die gerichtliche Verwertbarkeit von Beweismitteln nicht zuständig ist, sondern dem Bundesgesetzgeber nach Art. 74 I Nr. 1 GG die Kompetenz zusteht. Partikuläres Strafverfahrensrecht kann durch die Länder nicht mehr gesetzt werden.⁶¹¹ Strafprozessuale Maßnahmen dürfen nicht zur präventiven Datensammlung genutzt werden, denn diese Instrumente dienen allein der

⁶¹⁰ BGH, StV 1996, 185.

⁶¹¹ Bockemühl, JA 1996, 695 (S. 699); Welp, NStZ 1995, 601 (S.603).

Verfahrenssicherung. § 25c I POG Rh.-Pf gestattet dementsprechend nur die Weiterleitung von präventiv gesammelten Daten zur vorbeugenden Bekämpfung der im rheinland-pfälzischen Polizeigesetz enthaltenen Katalogtaten.⁶¹²

Bundesrechtliche Normen zur strafprozessualen Auswertung von Daten, die aufgrund präventiver Erhebungsnormen erlangt wurden, existieren in geheimdienstlichen Maßnahmen gem. §§ 7 III G 10; 9 II, III BVerfSchG; 5 MADG.

b) Unzulässige Änderung des Verwendungszwecks

Grundsätzlich sind an die Zweckbestimmung der Daten die gleichen gesetzlichen Anforderungen wie an den Eingriff selbst zu stellen.⁶¹³

Das Ziel der Datenverwendung muß somit von vorneherein bestimmt sein. Daten dürfen nicht zu anderen als im Gesetz vorgesehenen Nutzungen verwendet werden. Zu präventiven Zwecken gesammelte Daten sind damit nur zu gefahrenabwehrenden Maßnahmen zu gebrauchen; eine repressive Verwertung verbietet sich damit, wenn keine ausdrückliche gesetzliche Befugnis zur Weitergabe besteht.

Auf Grundlage der präventivpolizeilichen Vorschrift des § 25b POG Rh.-Pf ist keine explizite repressive Verwertung präventiver Informationen möglich, da diese nicht normiert ist. Mit einer erstaunlichen Argumentation hat sich hier der BGH über die Zweckbindung, die das Recht auf informationelle Selbstbestimmung erfordert, hinweggesetzt. Nach Auffassung des BGH ist die Verwendung dieser durch präventive Maßnahmen erlangten Daten zu repressiven Verwendungszwecken dann nicht zu beanstanden, wenn die Weitergabe der erhobenen Informationen das „**allein erfolgversprechende Mittel**“ zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung sei. Da die durch § 25b Rh.-PF POG

⁶¹² Bockemühl, JA 1996, 695 (S. 699).

⁶¹³ BVerfGE 65,1, 44, 51, 61; Welp, NStZ 1995, 603 (Fn. 14).

vorausgesetzte präventive Zielsetzung der Verhinderung weiterer Straftaten durch den beantragten Durchsuchungsbefehl beachtet werde, sei kein Verwertungsverbot anzunehmen.⁶¹⁴

Zunächst ist bei dem hier vorliegenden Verdacht auf Begehung eines Deliktes nach § 129a keine unmittelbare Gefahr gegeben, die die polizeilichen Vorschriften zur Gefahrenabwehr eingreifen ließe. Damit ist die vom BGH erfolgte Bestätigung dieser Rechtsgrundlage nur unter dem Aspekt der Effizienz der Strafverfolgung vorgenommen worden. Auf verfassungsrechtliche Vorgaben wird keine Rücksicht genommen. Der BGH stellt damit auf die präventive Wirkung dieser Aktion ab, um die Problematik der Verwendung von präventiven Daten zu repressiven Zwecken zu umgehen. Im Ergebnis wird damit durch den BGH eine zeitlich und sachlich weite Auslegung der Gefahrenabwehrgesetze vorgenommen. Die akustische Überwachung der Wohnung ist damit durch die weite Auslegung der Regelung durch den BGH zur vorbeugenden objekt- und bereichsbezogenen Aufklärung von Gefahrenfeldern und somit nicht allein zur unmittelbaren Aufklärung und Bekämpfung von schweren Gefahren zulässig geworden.⁶¹⁵

Durch den Ermessensspielraum der Gerichte bzw. der Polizeibehörden kann durch die Schwerpunktbestimmung jeweils das gewünschte Ergebnis begründet werden. In Zukunft ist zu befürchten, daß sich die Rechtsprechung an dem Aspekt der effizienten Strafverfolgung orientieren wird, ohne weitere Rücksicht auf verfassungsmäßige Vorgaben zu nehmen. Somit ist erwarten, daß die jeweils günstigste Vorschrift herangezogen werden wird. Der Aspekt der Zweckbindung von Daten wird durch dieses Urteil mit Ignorantia Crassa bedacht. Mit den praktischen Erwägungen zur effektiven Strafverfolgung wird gegen die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wesentlichkeitsgrundsatz verstoßen.

⁶¹⁴ BGH, StV 1996, 184 (S. 186).

⁶¹⁵ Köhler, StV 1996, 185 (S. 186).

c) **Beweisverwertungsverbot**

Von besonderer Bedeutung ist die Möglichkeit der Nutzung der auf diese Weise gewonnenen Daten zu weitergehenden repressiven Maßnahmen, wie etwa Hausdurchsuchungen. Nach dem BGH ist eine Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten nur in Einzelfällen anerkannt. Unzulässig ist eine Durchsuchungsaktion grundsätzlich nur dann, wenn sie auf ein nach den Voraussetzungen in der Norm unzulässiges Ziel gerichtet ist.⁶¹⁶ Aus einer rechtmäßig angeordneten Abhörmaßnahme können damit alle gewonnenen Informationen genutzt werden. Danach können aus einer präventiven oder repressiven Abhöraktion gesammelte Informationen zwar nicht in anderen Strafprozessen verwertet werden. Aufgrund dieser Informationen jedoch sind als „Initialzündung“ weitergehende Ermittlungstätigkeiten, wie etwa Hausdurchsuchungen und Beobachtungen, möglich.

Durch diese Möglichkeit wird aber gerade die Ratio des Beweisverwertungsverbötes für den Betroffenen umgangen, denn es wird im Ergebnis die Verwertung erreicht, die ohne diese Maßnahme nicht möglich gewesen wäre.

3. **Neue Normierungen**

Der Eingriff in das Recht auf informelle Selbstbestimmung beschränkt sich nicht allein auf das bloße Sammeln der Informationen, sondern manifestiert sich immer wieder mit jedem Gebrauch, damit auch in einer gerichtlichen Verwertung.⁶¹⁷ Voraussetzung für eine Verwertung dieser präventiven Daten ist damit eine diesbezügliche gesetzliche Normierung.

Dies ist mit § 100f I, II eingeführt worden. Das gleiche gilt für die Verwendung von Daten für repressive Zwecke, die durch

⁶¹⁶ SK-StPO-Rudolphi § 102 Rn. 14.

⁶¹⁷ Welp, NStZ 1995, 601 (S.603).

polizeiliche Maßnahmen gewonnen wurden und die den Anordnungsvoraussetzungen des § 100c I Nr. 3 entsprechen. Ausnahmsweise sind durch präventive Maßnahmen gewonnene Informationen als Beweismittel im Strafprozeß zugelassen, die auch durch strafprozessuale Mittel hätten erhoben werden können.⁶¹⁸ Dies ist jetzt nach der Strafrechtsreform 1998 insbesondere in § 100f II vorgesehen. Mit der Einführung des großen Lauschangriffs wurde die Verwertung von präventiven Daten zu Beweis Zwecken in § 100f II erlaubt, wenn die Informationen durch eine polizeirechtliche Maßnahme, die der des § 100c I Nr. 3 entspricht, erlangt wurden.

Nach dem Wortlaut der Vorschrift wäre eigentlich die Diskussion um dieses Urteil wegen der jetzt ausdrücklichen Zulässigkeit der Verwertung hinfällig. Jedoch stellt die Formulierung des § 100f II die Frage, inwieweit die polizeirechtliche Maßnahme der des § 100c I Nr. 3 entsprechen muß. Unklar bleibt, ob allein der Katalog oder auch die weiteren prozeduralen Voraussetzungen mit unter die Entsprechungsklausel fallen. Wenn die polizeigesetzlichen Vorschriften der Länder nicht den Bedingungen des § 100c I Nr. 3 unterfallen, stellt sich das Problem immer noch.

a) Nur Katalogtatenerfordernis von § 100c I betroffen

Zum einen könnte davon ausgegangen werden, daß allein das Katalogtatenerfordernis, nicht aber das Procedere in §§ 100d,e von § 100f II erfaßt wird. Dafür spricht der klare Wortlaut der Vorschrift, der ausschließlich die Maßnahme nach § 100c I Nr. 3 nennt. In diesem Rahmen ist erschöpfend der Katalog, die Subsidiarität und die Abhörmöglichkeit in Wohnungen Dritter geregelt. Wenn der Gesetzgeber einen umfassenden Bezug auch für die weiteren Voraussetzungen des Einsatzes hätte gelten lassen wollen, wäre dies positiv normiert worden. Aus dem Unterlassen kann daher abgeleitet werden, daß die Länderpolizeigesetze allein

⁶¹⁸ Welp, NStZ 1995, 601 (S.604).

die in § 100c I Nr. 3 geregelten Bedingungen enthalten müssen, nicht jedoch die weitergehenden Durchführungsvorschriften.

b) Notwendige Erfassung der Durchführungsvorschriften

Auf der anderen Seite kann davon ausgegangen werden, daß nicht allein der Katalog und die Örtlichkeiten von der Maßnahme im Sinne von § 100c II erfaßt sind. Die Durchführungsanleitungen nach den §§ 100d ff. sind essentieller Bestandteil des großen Lauschangriffs. Ohne die Voraussetzung der Anordnung der Maßnahme durch die Strafkammer des Landgerichts, die Befristung und die Berichts- sowie Benachrichtigungspflichten gegenüber dem Betroffenen ist die gesamte Regelung nur unvollkommen. Denn der große Lauschangriff ist insgesamt mit den Durchführungsvorschriften in die StPO aufgenommen worden, nach dem Willen des Gesetzgebers ist deshalb diese Maßnahme immer im Zusammenhang mit den Durchführungsvorschriften zu sehen. Deshalb könnte aus dieser Vorschrift auch entnommen werden, daß die weiteren Voraussetzungen ebenfalls erfüllt sein müssen, um eine Verwertbarkeit der Ergebnisse zu Beweis Zwecken im Strafverfahren zuzulassen

c) Ergebnis

Die Argumente sind, soweit ersichtlich, in der Literatur und Rechtsprechung noch nicht aufgegriffen worden. Aufgrund der eng gefaßten Voraussetzungen des großen Lauschangriffes und der im Vorfeld geführten Diskussion ist davon auszugehen, daß auch die engen Bedingungen der §§ 100d und 100e für eine strafprozessuale Verwertbarkeit erfüllt sein müssen. Da diese bei den Länderpolizeigesetzen im Einzelnen fehlen, ist das Problem der Verwertbarkeit trotz der Regelung in § 100c II immer noch aktuell. Zwar könnte wegen der ausdrücklichen Formulierung der Voraussetzung in § 100f eine daneben stehende repressive

Verwertung auf Grundlage der Argumentation des BGH ausgeschlossen sein. Denn insoweit könnte von einer abschließenden Willensbildung des Gesetzgebers ausgegangen werden. Zwingend ist dies aber nicht, denn dann hätte auch keine Durchbrechung der repressiven und präventiven Datensammlung durch den BGH erfolgen dürfen.

4. Zusammenfassung

Festzuhalten ist eine Tendenz der Ignoranz durch die Rechtsprechung der durch das Grundgesetz festgelegten Zweckbindung der Daten. Mit Praktikabilitätserwägungen wird sich über diese Barriere hinweggesetzt. Zum anderen wird eine ausdrückliche Normierung vorgenommen, die die Verwendung von präventiven Daten zu repressiven Zwecken zuläßt. Mit der Argumentation des BGH wird die Abgrenzung präventiver und repressiver Normierungen gegenstandslos. Denn es setzt sich mit der Priorität der Praktikabilität der Daten für die Strafverfolgungsorgane über den Grundsatz der Zweckbindung hinweg.

Erschwerend kommt hinzu, daß über die Häufigkeit des Einsatzes kein statistisches Material vorliegt, somit keine Kontrolle über den Einsatz möglich ist. Für das Jahr 1996 ist nur der Bericht des Berliner Datenschutzbeauftragten vorhanden, der vier präventive Einsätze vermelden konnte, die aber aufgrund der Verweigerung der Akteneinsichtnahme durch das LKA nicht ausgewertet werden konnten.⁶¹⁹

Die Erfolgsquote, die Einsatzquote, die Kosten, das Ausmaß und die Art der Überwachung entziehen sich jeder Kontrolle durch Dritte. Hier ist damit wie beim großen Lauschangriff in der StPO ein Defizit an rechtsstaatlicher Kontrolle festzustellen.

⁶¹⁹ Jahresbericht des BIDSB 1997, 74.

C „Vorbeugende“ Abhörmaßnahmen- Eingriffe ohne Gefahrenverdacht

I. Einleitung

Die neuerdings über die gefahrenabwehrenden Regelungen hinaus gehenden Abhörermächtigungen in einigen Länderpolizeigesetzen, die eine akustische Überwachung der Wohnungen als „vorbeugende Maßnahme“ ohne einen konkreten Verdacht auf eine geplante oder bereits begangene Straftat zulassen,⁶²⁰ werden auf die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz und auf ihre Auswirkungen in der Gesamtstruktur der Verfassung hin begutachtet.

1. Überblick

In den Länderpolizeigesetzen findet sich zunehmend die Tendenz der Erweiterung der Eingriffsbefugnisse hin zu einer präventiven Verbrechensbekämpfung durch verdeckte Informationssammlung. Diese neuen Regelungen lassen eine Abhöraktion schon dann zu, wenn durch „Tatsachen die Annahme gerechtfertigt ist“, daß die Zielpersonen eine Straftat erheblicher Bedeutung begehen wollen. Ein konkreter Verdacht einer Straftat ist *expressis verbis* nicht mehr erforderlich, um eine Abhöraktion durchzuführen. Diese Regelung ist insbesondere in die Polizeigesetze der Bundesländer Sachsen, Rheinland-Pfalz, Mecklenburg-Vorpommern, Thüringen, Brandenburg und Bayern eingeführt worden.

2. Typisierung der Überwachungsmethoden

Es ist ein Unterschied zwischen zwei verschiedenen Typen der präventiven Überwachung festzustellen.

⁶²⁰ Niedersachsen, Sachsen, Rheinland-Pfalz, Mecklenburg-Vorpommern, Thüringen, Brandenburg, Bayern.

Eine Konzeption läßt die präventive, mithin nicht unter der Voraussetzung einer Gefahrenabwehr stehende Überwachung von Kommunikation in und aus Wohnräumen neben der präventiv-polizeilichen akustischen Überwachung von anderen Örtlichkeiten zu.

Die andere polizeigesetzliche Konzeption läßt den Lauschangriff zwar grundsätzlich zu vorbeugenden Zwecken zu, nimmt die Überwachung der Kommunikation in und aus Wohnräumen allerdings aus. Nach der Darstellung der Regelungen werden die Kompetenzen für die Verabschiedung der Regelungen untersucht und danach die Beachtung der Erfordernisse des Datenschutzes im Rahmen der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeit überprüft.

II. Darstellung der Regelungen

Für die Untersuchung wird zunächst ein Überblick über die Einzelheiten der länderpolizeigesetzlichen Regelungen gegeben.

1. Wohnraumüberwachung im Vorfeld

Als erstes werden die Regelungen dargestellt, die die akustische Überwachung von Wohnräumen neben anderen Örtlichkeiten zulassen.

a) Bayern

Das Polizeiaufgabengesetz Bayerns sieht in Art. 34 I Nr. 2 PAG einen präventiven Lauschangriff gegen Personen in oder aus Wohnungen vor, bei denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß diese ein Verbrechen oder gewohnheits-, gewerbs- oder bandenmäßig ein in Art. 30 V PAG genanntes Vergehen begehen wollen.

Für den Abhöreinsatz in und aus Wohnungen ist eine richterliche Anordnung nach § 34 II PAG notwendig, die Maßnahme ist auf

maximal drei Monate zu befristen. Jedoch sind Verlängerungen um jeweils nicht mehr als drei Monate zulässig. Eine äußerste Zeitgrenze ist in den Bestimmungen aber nicht enthalten. Es ist gem. Art. 33 III keine richterliche Anordnung für Überwachungen außerhalb von Wohnungen notwendig, sie ist nach Art. 33 III Nr. 2 dann möglich, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß Straftaten von erheblicher Bedeutung begangen werden sollen. Die Anordnung kann durch den Behördenleiter getroffen werden. Sie kann gem. Art. 33 III Nr. 2 auch auf Kontakt- und Begleitpersonen ausgedehnt werden, wenn die Erfassung für die vorbeugende Datenerhebung notwendig ist. Die Überwachung der Begleit- und Kontaktpersonen betrifft aber ausschließlich Örtlichkeiten außerhalb von Wohnungen.

Als von Art. 34 I Nr. 2 genannte relevante Vergehen sind in Art. 30 V die §§ 243, 244, 253, 260, 263a, 265b, 266, 283, 283a, 302a und 324 bis 330a StGB; § 53 I Nr. 1 und 2 WaffG und § 29 III, 2 Nr. 1 BtMG erfaßt.

b) Brandenburg

Auch das brandenburgische Polizeigesetz läßt eine vorbeugende Abhörmaßnahme gem. § 33 III Nr. 2 BbgPolG in und aus Wohnungen gegen Personen zu, bei denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß bestimmte Delikte organisiert begangen werden sollen. Die vorbeugende Bekämpfung dieser Straftaten muß dazu sonst aussichtslos oder wesentlich erschwert sein. Erforderlich für diese Maßnahme ist die richterliche Anordnung nach § 33 IV,1 BbgPolG; lediglich im Falle der Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben kann davon abgewichen werden, die Maßnahme ist aber unverzüglich genehmigen zu lassen. Nach § 7 ist der Betroffene zu unterrichten, wenn der Zweck der Maßnahme durch diese Handlung nicht mehr gefährdet werden kann. Ein maximales Zeitlimit ist aber nicht vorgeschrieben.

Voraussetzung für die Anordnung ist auch hier, daß diese Straftaten

organisiert oder sonstwie gemeinschaftlich begangen werden sollen.

Erfaßt von dieser Regelung sind Straftaten nach den §§ 211, 212, 220a und 181 I Nr. 2 und 3, 244a, 250, 255, 261, 306-308, 310b I-III, 311 I-III, 311b, 312, 313, 315 III, 315b III, 316a, 316c, 319 StGB; § 100a I Nr. a-c, e StPO; §§ 52a I-III, 53 I,1 Nr. 1 und 2 WaffG; § 29 III, 2 Nr. 1, 29a, 30 I Nr. 1, 2 und 4, 30a und 30b BtMG; und zuletzt auch die §§ 19, 20, 21, 22a KWKG.

c) Mecklenburg-Vorpommern

Mecklenburg-Vorpommern führte den vorbeugenden Lauschangriff 1998 ein.

Auch hier ist nach dem Wortlaut die akustische Überwachung in Wohnungen gem. § 33 IV SOG M-V dann möglich, wenn nach Nr. 1 die Verantwortlichen einer Gefahr betroffen sind. Bei anderen Personen müssen Tatsachen die Annahme der Gefahr rechtfertigen, daß diese mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in näherer Zeit banden-, gewerbs-, serienmäßig oder sonst organisiert ein Verbrechen oder ein Vergehen nach § 100a StPO und §§ 261 und 324-330a StGB begehen wollen. Nach der Subsidiaritätsklausel muß die Maßnahme unerlässlich sein und ist nach § 34 III, 1 SOG M-V durch den Richter anzuordnen. Außerhalb von Wohnungen ist der Einsatz technischer Überwachungsmittel nach § 33 I, II dann zulässig, wenn eine Straftat von erheblicher Bedeutung begangen werden soll und -so die Subsidiaritätsklausel- die Maßnahme für die Aufklärung des Sachverhaltes zum Zwecke der Verhütung solcher Straftaten oder ihrer möglichen Verfolgung auf andere Art und Weise nicht möglich ist.

Dieses Gesetz weist im Vergleich zu den anderen Polizeigesetzen einen deutlichen Unterschied auf. Nach dieser Regelung kann selbst im Falle eines Verbrechens nur dann eine Abhöraktion angeordnet werden, wenn eine banden-, gewerbs-, serienmäßige oder sonstwie organisierte Begehungsweise vorliegt.

d) Thüringen

Nach dem thüringischen Polizeigesetz ist eine Abhörmaßnahme in Wohnungen gem. § 35 I Nr. 2 PAG dann möglich, wenn Tatsachen eine Annahme rechtfertigen, daß die betroffene Person ein Verbrechen oder banden-, gewerbs-, gewohnheitsmäßig ein im Katalogtatbestand des § 31 V PAG genanntes Verbrechen begehen wollen.

Der Straftatkatolog ist in diesem Polizeigesetz besonders weit gefaßt. Es wird die akustische Überwachung unter den oben genannten Voraussetzungen bei den in §§ 125, 125a, 129, 138 I, II, 180, 180a, 181, 181a, 223a, 243, 244, 253, 260, 263, 263a, 264a, 266, 267, 283, 283a, 302a, 304, 324-330a StGB und § 53 I und II WaffG; § 29 III, 2 Nr. 1 und 4 BtMG sowie den in § 92 II AuslG genannten Delikten zugelassen. Auch hier ist für die Maßnahme nach § 35 V PAG die richterliche Anordnung erforderlich. Bei Gefahr im Verzuge kann die Maßnahme auch durch den in § 34 IV PAG genannten Dienststellenleiter angeordnet werden, jedoch ist spätestens nach drei Tagen die richterliche Anordnung nachzuholen, sonst tritt die Maßnahme von selbst außer Kraft. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist die Maßnahme zu befristen, jedoch ist keine äußerste zeitliche Grenze normiert.

e) Die Altregelung Sachsens

Nach §§ 36 I, 40 II Nr. 2 SächsPolG konnten durch den verdeckten Einsatz technischer Mittel in oder aus Wohnungen personenbezogene Daten erhoben werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß diese Personen eine Straftat erheblicher Bedeutung begehen wollen.

Von dieser Regelung waren alle Verbrechen erfaßt. Vergehen, die nach ihrer Art und Schwere geeignet sind, den Rechtsfrieden besonders zu stören, fielen ebenfalls darunter; präzisiert wurde diese Definition durch den Zusatz, daß bestimmte Rechtsgüter in

Gefahr geraten sein müssen. Dazu zählen sowohl Leib, Leben, Gesundheit und Freiheit einer Person, als auch die Gefahr für bedeutende fremde Sach- und Vermögenswerte, als auch Delikte auf dem Gebiet des unerlaubten Waffen- oder Betäubungsmittelverkehrs, der Geld und Wertzeichenfälschung oder des Staatsschutzes (74a und 120 GVG) oder gewerbsgewöhnheits- serien,- bandenmäßig oder sonst organisiert begangen werden. Auch war in § 39 I Nr. 2b die Überwachung von Personen zulässig, bei deren „Gesamtwürdigung der von ihr begangenen Straftaten“ erwarten ließ, daß diese weitere Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen werden.

Diese Regelungen sind vom sächsischen Verfassungsgerichtshof teilweise für verfassungswidrig erklärt worden.

Der Landesgesetzgeber novellierte das Polizeirecht dahingehend, daß nun für einen Eingriff in den Wohnungsraum eine konkrete Gefahr vorhanden sein muß.

2. Regelungen ohne präventive Wohnraumüberwachung

Die anderen Länderpolizeigesetze lassen den präventiven Lauschangriff nur außerhalb von Wohnungen zu. Damit ist nur eine Überwachung von PKW und anderen grundsätzlich öffentlich zugänglichen Orten zulässig.

a) Baden-Württemberg

Das Polizeigesetz von Baden-Württemberg sieht in § 23 I,1 PolG BW eine akustische Überwachung von Wohnungen nur dann vor, wenn dies zur Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr für den Bestand des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person erforderlich ist. Die Maßnahme ist durch das für den Bezirk zuständige Amtsgericht anzuordnen. Zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten erheblicher Bedeutung ist nach § 22 III PolG die Überwachung von

Personen zulässig, wenn andernfalls die Wahrnehmung der Aufgaben des Polizeivollzugsdienstes erheblich erschwert oder gefährdet würde.

b) Nordrhein-Westfalen

Nordrhein- Westfalen läßt in § 18 I Nr.2 PolG NW die technische Überwachung von Personen zu, soweit Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß diese Straftaten erheblicher Bedeutung begehen wollen. Die Maßnahme kann für diese Zielgruppe nach § 18 II nur außerhalb von Wohnungen durchgeführt werden. Der Einsatz ist nach § 18 III PolG NW durch den Behördenleiter der jeweils zuständigen Polizei anzuordnen.

c) Rheinland-Pfalz

Nach § 25b I Nr. 2 POG RhPf kann der Lauschangriff zum Zweck der „vorbeugenden“ Bekämpfung von Straftaten nach § 100a StPO sowie der in §§ 176-181a, 243, 244, 260, 263-266 und 324-330a des Strafgesetzbuches angewendet werden. Die dort genannten Verbrechen werden damit über den § 100a StPO mit einbezogen und lassen Delikte, die in den anderen Polizeigesetzen enthalten sind, entfallen, so vor allem die §§ 83 I, 105 I, 107 I, 154, 155, 217, 224a, 225, 226, 229 StGB.

Die Überwachung ist auch für die Fälle zugelassen, in denen möglicherweise Verbrechen und Vergehen geplant werden, die gewerbs- gewohnheits- und bandenmäßig begangen werden sollen. Durch diese weite Regelung ist die Eingriffsbefugnis nicht zeit- und situationsgebunden, sondern erlaubt die Überwachung bis zu 30 Wochen.⁶²¹ Darüber hinaus ist die Maßnahme gegen jedermann zulässig, somit nicht nur gegen Störer, sondern auch gegen Dritte, wenn die Maßnahme sonst keinen Erfolg verspricht. Eine Subsidiaritätsklausel ist nicht vorgesehen.

⁶²¹ Welp, NStZ 1995, 601 (S. 603).

d) Neuregelung in Sachsen

Nach der neuen sächsischen Regelung ist die Wohnraumüberwachung nunmehr allein zur Abwehr einer Gefahr bei Verantwortlichen und Notstandspflichtigen nach § 39 I Nr. 1 und nach § 40 SächsPolG zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für den Bestand und die Sicherheit des Bundes oder des Landes oder für Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person oder für bedeutende fremde Sach- und Vermögenswerte zulässig. Nach § 39 I Nr. 2-3 erstreckt sich die Gewinnung von persönlichen Daten auf Personen und ihre Kontaktpersonen, von denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß diese eine Straftat von erheblicher Bedeutung begehen wollen.

Diese Daten dürfen aber nicht durch den Einsatz von akustischen Wohnungsüberwachungen gesammelt werden.

e) Sachsen-Anhalt

§ 17 I Nr. 2 SOG LSA regelt den Einsatz technischer Mittel der Polizei. Nach § 17 II,1 S, OG LSA können personenbezogene Daten dann erhoben werden, wenn „tatsächliche Anhaltspunkte“ dafür gegeben sind, daß Straftaten erheblicher Bedeutung begangen werden sollen. Der Einsatz ist nach § 17 II,2 nur subsidiär anzuwenden. Er muß zur Verhütung einer Straftat erforderlich sein oder ansonsten die Aufklärung auf andere Weise erschwert oder entscheidend verzögert werden.

Dieser Lauschangriff bezieht sich aber nur auf Gegebenheiten außerhalb der Wohnung; für einen Einsatz innerhalb von Wohnungen ist eine dringende Gefahr nach § 17 IV, V,1 SOG LSA erforderlich. Anordnungsbefugt ist für den Lauschangriff innerhalb der Wohnung der Richter. Der Einsatz gilt nach § 3 Nr. 4 SOG LSA für Verbrechen, Vergehen nach §§ 129, 228, bei gewerbs- und bandenmäßiger Begehung nach für §§ 243, 244, 153, 260, 263a, 265b, 266, 283, 283a, 302a, desweiteren für Taten nach dem 28.

Abschnitt des StGB; § 53 I,1 Nr. 1 WaffG; 29 III, 2 Nr.1 oder 4 BtMG; und §§ 92 II, III AuslG. Der Lauschangriff nach § 3 SOG LSA ist desweiteren zulässig, wenn andere Vergehen aufgrund der Bedrohung des Rechtsguts oder der Begehensweise sowie der Dauer der Bedeutung der oben genannten Taten gleichkommen.

f) Saarland

Eine akustische Überwachung von Wohnungen ist nach § 28 IV, II nur dann zulässig, wenn eine Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben einer Person unerlässlich ist.

Diese Regelung ist eine der restriktivsten Vorfeldermittlungskompetenzen in den Länderpolizeigesetzen. Nach § 26 II a-d SPolG können personenbezogene Informationen anderweitig durch die Vollzugspolizei erhoben werden, soweit dies „erfahrungsgemäß“ zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten erforderlich ist. Der Einsatz ist daher bei Personen zulässig, die Straftaten begehen oder Opfer solcher werden könnten, sowie bei Personen, die die bezüglich zukünftiger Straftaten in Verbindung mit dem Täter stehen sowie Zeugen. In § 28 I wird der präventive Lauschangriff außerhalb von Wohnungen sowie Maßnahmen nach § 28 II Nr.1-4 (Observation, verdeckte technische Mittel, wie Bild- und Tonaufzeichnungen, Informanten sowie V-Leute) auf die Personen aus § 26 II Nr.1 und 2 reduziert. Die in Frage stehenden Taten müssen nach § 28 I Verbrechen oder Vergehen betreffen, die gewerbs-, gewohnheits- oder bandenmäßig oder durch Organisationen begangen werden.

III. Analyse der Regelungen

1. Einleitung: Wohnraumüberwachung im Vorfeld

Art. 13 I des Grundgesetzes schützt die räumliche Unversehrtheit der Wohnung und verhindert damit, daß staatliche Stellen

ungebremst Zugriff auf das persönliche Leben der Bürger bekommen können. Die Landespolizeigesetze dieses Typs lassen aber einen Eingriff schon dann zu, wenn eine Absicht zur Straftatbegehung vermutet werden kann, somit ein Verdacht auf eine Begehung einer Straftat noch nicht vorliegen muß. Die Verfassungsermächtigung in Art. 13 III rechtfertigt damit nicht die landesgesetzlichen Abhörmaßnahmen, denn sie betrifft allein die Aufklärung einer bereits begangenen Straftat. Ein Verdachtseingriff ist aufgrund dieser Eingriffsermächtigung in Art. 13 III GG nicht möglich.⁶²² Die Ermächtigung ist bislang nur für den großen Lauschangriff in § 100c I Nr. 3 StPO anerkannt. Im Folgenden wird die Eingriffsermächtigung in Art. 13 IV GG zur Erhebung von Informationen zur Abwehr dringender Gefahren untersucht.

2. Präventiver und repressiver Rechtscharakter: Abgrenzung von Bundes- und Landeskompetenz

Voraussetzung für eine Verfassungskonformität ist zunächst, daß die Landesgesetzgeber für die Vorfeldermittlungen die Gesetzgebungskompetenz haben. Dazu muß der Rechtscharakter der Maßnahme bestimmt werden.

Im Fall einer Einordnung der Maßnahme als repressiven Charakter ist eine Normierung in der StPO vorzunehmen, ansonsten sind die Regelungsorte in den Länderpolizeigesetzen verfassungsgemäß. Zu berücksichtigen ist insoweit, daß die vorbeugende Verbrechensbekämpfung zwei verschiedene Normarten berührt: Dies sind Datenerhebungs- und Datenverarbeitungsregeln.⁶²³ Zur Bestimmung des Rechtscharakters sind beide Elemente mit einzubeziehen.

-Erstens können durch diese Methode zukünftige Straftaten verhindert werden, indem die Überwachungsergebnisse zu

⁶²² Kutscha, StV 1998, 564 (S. 566).

⁶²³ Behrendes, DP 1988, 220 (S. 224).

polizeilichen Maßnahmen, mithin zu präventiven Zwecken genutzt werden können. Dies wird unter dem Punkt der formellen Abgrenzung untersucht.

-Zweitens können diese Ergebnisse aber auch für eine spätere Strafverfolgung genutzt werden, indem sie im Strafprozeß theoretisch verwandt werden können. Damit könnte schwerpunktmäßig eine repressive Maßnahme vorliegen. Dieser Aspekt wird unter dem Punkt der materiellen Abgrenzung untersucht.

Der Rechtscharakter dieser Norm wird in der Literatur nicht einheitlich bewertet, sondern sowohl als Gefahrenabwehreingriff, als Strafverfolgungsmaßnahme und auch als bipolare Maßnahme beurteilt.

a) Formelle Unterscheidung

aa) Weite Auslegung des Gefahrenbegriffes

Der Gefahrenbegriff im Polizeirecht wird von Knemeyer weit ausgelegt, um die Vorfeldarbeit der Polizei unter das Polizeirecht zu subsumieren. Nach seiner Meinung umfasse die polizeiliche Gefahr nicht allein die Abwehr von konkreten Gefahren, sondern auch die von „allgemeinen Gefahren“, die überhalb der Schwelle der abstrakten, jedoch unterhalb der konkreten Gefahr lägen.⁶²⁴ Damit sei für die schlicht-hoheitliche Tätigkeit und die vorbeugende Verbrechensbekämpfung das Vorliegen einer „allgemeinen“ Gefahr ausreichend. Zur Abgrenzung zur konkreten und abstrakten Gefahr wird argumentiert, daß zur Bejahung einer solchen „allgemeinen Gefahr“ ein Schadenseintritt als möglich erkannt sein müsse, jedoch dieser aber nicht wahrscheinlich sein dürfe.⁶²⁵ Desweiteren beinhaltet das Strafprozeßrecht nicht

⁶²⁴ Knemeyer, POR, Rn. 63.

⁶²⁵ Knemeyer, POR, Rn. 65; Kniesel, DP 1985, 129 (S. 131).

zwingend eine vor dem Ermittlungsverfahren liegende Informationssammlung. Einzelne Ausnahmen wie § 81b 2. Alt. StPO lassen nicht den Rückschluß zu, daß diese Regelungen insgesamt in der StPO enthalten sein müssen.⁶²⁶

Zur Begründung eines polizeirechtlichen Charakters dieser Vorschriften wird auch der „genuine Verhütungsauftrag“ der Polizei angeführt.⁶²⁷ Die Polizei habe Vorbereitungen zu treffen, um künftige Gefahren abwehren zu können, so daß eine originäre polizeiliche Aufgabe vorliegt.⁶²⁸ Die Gefahr, die sich mit jeder drohenden Straftat für das geschützte Rechtsgut aufbaut, soll erst gar nicht entstehen.⁶²⁹ Die vorbereitende Gefahrenabwehr ist damit durch den polizeilichen Verhütungsauftrag abgedeckt.

bb) Historische Entwicklung

Als Argument für einen präventiven Charakter ist auch die nach dem zweiten Weltkrieg wieder eingeführte Zweigleisigkeit der Sicherheitsgesetzgebung anzuführen. Die Siegermächte des zweiten Weltkrieges und auch der Parlamentarische Rat tendierten wegen der zentralistischen Verwaltung der NS-Zeit dazu, die Gefahrenabwehr wieder der Polizei und damit den Ländern aufzuerlegen, um damit den Bund zu schwächen.⁶³⁰ Die Regelung des Polizeirechts ist in der deutschen Geschichte bis auf diese Ausnahme auch immer Ländersache gewesen.⁶³¹

Damit ist tendenziell eine Stärkung der Länderposition in der Gesetzgebung vorhanden, so daß hier aufgrund des Fehlens einer ausdrücklichen Kompetenzübertragung an den Bund grundsätzlich von einer Landeskompentenz auszugehen ist. Für die polizeigesetzliche Charakterisierung dieser Regelungen ist auch die

⁶²⁶ Götz, NVwZ 1990, 725 (S. 727).

⁶²⁷ Braun, DP 1989, 213 (S. 214 und 216); Kniesel, ZRP 1987, 377 (S. 380).

⁶²⁸ Denninger, JA 1987, 131.

⁶²⁹ So (unklar) Denninger, CR 1988, 51 (S. 54).

⁶³⁰ Roewer, DVBl 1986, 205 (S. 206).

⁶³¹ Gusy, StV 1993, 269 (S. 271).

Konzeption des Strafprozeßrechts anzuführen. Dieses enthält allein die Durchführungsvorschriften für die Aburteilung von bereits begangenen Straftaten. Notwendige Anknüpfung ist damit die begangene und in der Vergangenheit liegende Straftat, bzw. der Verdacht einer solchen.⁶³²

Anhand dieser zwingenden Zeitfolge - der Reaktion auf bereits begangene Taten⁶³³ - ist ein Ausschluß der Normierungsbefugnis in der StPO für die präventiven Befugnisse systematisch ebenfalls vertretbar.

cc) **Rechtsprechung des BVerwG zu § 81b 2. Alt.**

Für die formelle Abgrenzung des Begriffes kann desweiteren analog die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts herangezogen werden. Zur Frage des Rechtscharakters des § 81b 2. Alt. StPO wurden vom Gericht eine Reihe von Urteilen gefällt.

Diese Norm regelt die Abnahme von Fingerabdrücken und die lichtbildliche Erfassung von Personen, soweit es zu Zwecken des Erkennungsdienstes oder der Strafverfolgung notwendig ist. Damit ist hier eine vergleichbare Konstellation wie in den präventivpolizeilichen Regelungen vorhanden. Die Ergebnisse aus der Maßnahme können sowohl repressiv zur Strafverfolgung genutzt, als auch präventiv für Zwecke der lichtbildlichen Erfassung, die zukünftige Aufgaben beinhaltet, verwendet werden.

Zunächst wurde bei der Ersuchung auf Rechtsschutz auf den ordentlichen Rechtsweg nach § 23 EGGVG mit der Begründung verwiesen, daß diese Maßnahme eine strafprozessuale sei.⁶³⁴

Jedoch wurde dann diese Rechtsprechung aufgegeben und auf den Verwaltungsrechtsweg mit der Begründung verwiesen, daß es sich bei der 2. Alt. um eine außerhalb der Strafverfolgung liegende Maßnahme handele.⁶³⁵

⁶³² BVerfGE 6, 439; 20, 331; 25, 286; 27, 29; 45, 260; 50, 12.

⁶³³ Gusy, StV 1993, 269 (S. 271); Kniesel, ZRP 1987, 377 (S. 380).

⁶³⁴ BVerwG, NJW 1956, 234.

⁶³⁵ BVerwGE 11, 181 (S. 182).

Zusammengefaßt kann damit festgehalten werden, daß der Zeitpunkt der Handlungsvornahme für die formelle Bestimmung maßgeblich ist. Ist der Zeitpunkt der Maßnahme vor einer Straftat gelegen, dann dominiert der präventive Charakter. Dies spräche für eine rechtliche Einordnung des Lauschangriffs im Rahmen von Vorfeldmaßnahmen zur Verbrechensbekämpfung in das polizeiliche Gefahrenabwehrrecht.

b) Materielle Unterscheidung

Bei der materiellen Unterscheidung wird der spätere Zweck und das Ziel der Informationssammlung mit für die Bestimmung herangezogen.

aa) „Dritte“ polizeiliche Aufgabe: Vorfeldermittlungen

Die präventiven Ermittlungsmöglichkeiten weichen nach der Auffassung von Behrendes von der Konzeption des klassischen Polizeirechts und auch dem Tatverdacht der StPO im Sinne von § 152 II ab.

Die Vorfeldermittlung sei eine dritte und außerhalb der klassischen Maßnahmen liegende Informationssammlung. Nach der zugrundeliegenden Zweckbestimmung lägen diese Kompetenzen der Strafverfolgung näher als der Gefahrenabwehr. Die Zweckbestimmung der Informationen steht im Zusammenhang mit der strafprozessualen Beweisführung. Mit diesen Informationen kann die Beweisführung im späteren Prozeß erleichtert werden. Auch ist die Datensammlung nicht unmittelbar auf die Abwehr von Gefahren ausgerichtet. Nur Polizeirecht im engeren Sinne falle unter die Landeskompetenz,⁶³⁶ so daß die Vorfeldbefugnisse zu einer dritten, neuen Aufgabe der Polizei wüchsen.⁶³⁷ Diese

⁶³⁶ Behrendes, DP 88, 220 (S. 224).

⁶³⁷ So auch Knemeyer/ Müller, NVwZ 1993, 437 (S. 439); Sydow, ZRP 77, 119 (S. 125).

Datensammlung dient der zukünftigen Strafverfolgung und untersteht damit der Verfügungsbefugnis der Staatsanwaltschaft.⁶³⁸ Damit stünden die Aufgaben der repressiven Verwendung näher als der präventiven Nutzung.

bb) Generelle Auffassung

Ein repressiver Charakter wird auch mit dem Argument begründet, daß diese Informationssammlungen mit dem Ziel der späteren Erleichterung einer Strafverfolgung gewonnen werden.⁶³⁹ Im Vordergrund dieser Bestimmungsmethode steht damit der Zweck und nicht der Zeitpunkt der Ausführung der Maßnahme.

Zwar sei die polizeiliche Tätigkeit im Vorfeld von Gefahren durchgehend präventiv, durch den starken Sachzusammenhang - so insbesondere die Kriminalaktenhaltung zum Zwecke der späteren Strafverfolgung -⁶⁴⁰ mit der Strafverfolgung ließe eine Regelung in der Strafprozeßordnung notwendig werden.⁶⁴¹

cc) Negativaussonderung

Die Bestimmung des Charakters der Präventionsnormen könnte auch durch eine Negativaussonderung vorgenommen werden. Die Gefahrenabwehrklauseln der Länderpolizeigesetze sind nach dieser Klassifikation kein Regelungsort für solche Normen, da es sowohl an der konkreten Gefahr, als auch an dem Begriff des „Störers“ bei den vorbeugenden Maßnahmen mangelt.⁶⁴²

⁶³⁸ Schoreit, CuR 1986, 224 (S. 225); Keller/Griesbaum, NStZ 1990, 416 (S. 419).

⁶³⁹ Hund, ZRP 1991, 463 (S. 466); Kruse, OK, 105 (S. 133, Fn. 96 unten); Kutscha, StV 1998, 564 (S. 567); Merten, NStZ 1987, 10 (S. 13); Müller StV 1995, 602 (S. 604); Reiß, Podlech-FS, S. 221; Schweckendieck, ZRP 1989, 125 (S. 127); Siebelt, NVwZ 1992, 642 (S. 644); Siebrecht, JZ 1996, 711 (S. 713).

⁶⁴⁰ Liskan, KJ 1992, 472 (S. 474); Wolter, StV 1989, 358 (S. 366).

⁶⁴¹ Backes, KritV 1986, 315 (S. 328); Ring, StV 1990, 372 (S. 373).

⁶⁴² Backes, KritV 1986, 315 (S. 328).

Allerdings ist diese Aussonderungsmethode nicht tragfähig. Die StPO sieht vor, daß zumindest ein Verdacht der Begehung einer Straftat vorliegen muß, um Ermittlungen gegen bestimmte Personen einleiten zu können. Ermittlungen gegen einen „Vorverdächtigen“ sind nicht zulässig,⁶⁴³ so daß ebenfalls mit der Negativaussonderung die Präventivvorschriften aus der Materie der StPO herausgenommen werden könnten. Damit ist diese Untersuchungsmethode für die Bestimmung des Rechtscharakters nicht einsetzbar.

dd) Doppelzuständigkeit

Einige Autoren konstruieren eine zwischen den beiden Extremen der präventiven und repressiven Verbrechensbekämpfung liegende und beide Elemente umfassende neue Aufgabe einer „Gefahrenbekämpfung durch die Polizei“. Die Befugnis zur entsprechenden Informationsvorsorge beinhaltet nach ihrer Auffassung sowohl die vorbeugende Verbrechensbekämpfung als auch die Abwehr zukünftiger Gefahren.⁶⁴⁴

Andere Auffassungen kommen zum gleichen Ergebnis. Sie sehen in den bestehenden Normen eine ausreichende Grundlage für präventive Eingriffe.⁶⁴⁵

Nach der Auffassung von Scholz/Pitschas werden sowohl die polizeirechtliche Generalklausel und § 163 StPO und strafprozessuale Generalklauseln jeweils für sich genommen als ausreichende Grundlage für polizeiliche Informationsverarbeitung angesehen.⁶⁴⁶ Argumentiert wird, daß das Recht der informationellen Selbstbestimmung seine Grenze in verfassungslegitimierten Gemeinwohlgründen finde. Diese sei insbesondere in einer im „Grundrecht auf Sicherheit“ festgelegten

⁶⁴³ Kniesel, ZRP 1987, 377 (S. 380).

⁶⁴⁴ Paeffgen, NJ 1996, 454 (S. 458); Weßlau, Vorfelderermittlungen, 335.

⁶⁴⁵ Pitschas/Aulehner NJW 1989, 2353 (S. 2355); tendenziell auch BVerwG NJW 1990, 2768 (S. 2769); BGH StV 1996, 185.

⁶⁴⁶ Scholz/Pitschas, Informationelle Selbstbestimmung, S. 170.

Informationsvorsorge zu finden, denn dieses verlange die Sammlung von Informationen zur effektiven Einsatzbereitschaft der Sicherheitsbehörden.⁶⁴⁷

So weit gehen andere Autoren zwar nicht, die eine Schutzpflicht erst bei einer evidenten Verletzung des Anspruchs bejahen,⁶⁴⁸ bzw. erst beim Vorliegen einer individuellen Betroffenheit von einer Schutzpflicht ausgehen.⁶⁴⁹ Auch wird eine solche Verpflichtung zur Sicherstellung der freien Entfaltung des Individuums vorgeschlagen.⁶⁵⁰ Den grundrechtlichen Abwehrrechten gegen den Staat seien Grundrechte auf Schutz durch den Staat gegenüberzustellen.

c) Beurteilung

aa) Praktische Auswirkungen der Maßnahmen

Der Lauschangriff im Vorfeld von Gefahrenakkumulierungen wirkt sich unterstützend auf die Strafverfolgung von in der Zukunft begangenen Straftaten aus. Durch die lückenlose Dokumentation der Aktivitäten des Betroffenen kann im Strafprozeß zumindest eine Indizienkette, wenn nicht gar eine Beweiskette schlüssig dargelegt werden. Die Informationen sind als Beweismittel im Prozeß zulässig. Damit wird die Aufklärung von Straftaten erleichtert und verbessert. Diese Verwertungsmöglichkeit spricht für einen repressiven Charakter und damit für eine strafprozessuale Maßnahme. In diesem Falle wäre die Kompetenz des Bundes für dieses Rechtsgebiet gegeben.

Es ist aber auch die theoretische Benutzung dieser Ermittlungsmethode zur Gefahrenabwehr denkbar, wenn sich eine

⁶⁴⁷ Scholz/Pitschas, Informationelle Selbstbestimmung, S. 170.

⁶⁴⁸ Badura, StaatsR, S. 79.

⁶⁴⁹ Hermes, S. 214.

⁶⁵⁰ Alexy, S. 414; Klein, NJW 1989, 1634, (S.1637); Robbers, S. 135.

hinreichende Gefahrenlage entwickelt hat. In diesem Fall könnte dann die Polizei eingreifen.

Aufgrund dieser neuen Regelungen sind aber tiefgreifendere Informationssammlungen möglich, als es etwa bei den klassischen Gefahrenabwehrmethoden der Fall wäre. Die bisherigen Einsätze sind aufgrund ihrer kurzen Einsatzzeit nicht gleichermaßen prozessual effektiv. Mit Hilfe dieser Informationssammlungen läßt sich für einen Prozeß verbessertes Anklagematerial gewinnen. Durch die Verwertungsmöglichkeiten, so insbesondere durch die Verwendung der Ergebnisse des präventiven Lauschangriffs zu Beweiszwecken im Strafprozeß durch die Ermächtigung in § 100f II, wird eine prozessuale Schwerpunktsetzung in der Verwendung der Ergebnisse gegeben. Der Einsatz dieser Maßnahme wird damit vor allem dazu dienen, belastendes Material gegen potentiell kriminelle Aktivitäten zu gewinnen. Diese Informationen werden dann schwerpunktmäßig im Strafverfahren gegen die Betroffenen verwendet werden, so daß ein repressiver Charakter gegeben ist.

bb) Kein Grundrecht auf Sicherheit

Abzulehnen ist auch die Auffassung derjenigen, die eine Doppelzuständigkeit der Polizei für die Gefahrenabwehr und für die repressiven Strafverfolgungsmaßnahmen aus einem Grundrecht auf Sicherheit begründen wollen.

Dieses Grundrecht auf Sicherheit, das die Informationsvorsorge und die -verantwortung des Staates beinhalten soll, wird von Denninger als eine Erfindung seiner Verfasser bezeichnet, die mit diesem Postulat das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu relativieren versuchten.⁶⁵¹

Das Bundesverfassungsgericht hat zwar in Einzelentscheidungen auf eine „Schutzpflicht“ referiert, so etwa in den Entscheidungen zum Schutz ungeborenen Lebens⁶⁵², der Schleyer-Entführung⁶⁵³,

⁶⁵¹ Denninger, KJ 1985, 215 (S. 216.)

⁶⁵² BVerfGE 39, 1 (S. 42).

⁶⁵³ BVerfGE 46, 160 (S. 164).

von potentiell gefährlichen Anlagen⁶⁵⁴ und zum Schutz vor Fluglärm.⁶⁵⁵ Jedoch wird durch das Bundesverfassungsgericht keine Begründung für einen Bestand eines Grundrechtes auf Schutz gegeben. Der alleinige Verweis auf Art. 2 II GG, der neben einem subjektiven Abwehrrecht auch einen objektiv-rechtlichen Gehalt habe, ist noch keine Begründung für eine positive staatliche Förderungs- und Schutzpflicht aus einem fest umrissenen Grundrecht, zu dessen Durchsetzung der Staat verpflichtet ist. Eine Aktivität des Staates zum Schutz seiner Bürger ist erst bei dem Erreichen einer Gefahrenschwelle durch Dritte erforderlich, so daß ein Justizgewährungsanspruch wirksam wird.⁶⁵⁶

Deshalb wird angenommen, daß kein feststehendes „**Grundrecht**“ auf Sicherheit in der Rechtsprechung anerkannt ist, sondern immer eine Abwägung im Einzelfall zur Beurteilung der Notwendigkeit einer staatlichen Aktivität als „Ausfluß“ aus dem Gesamtzusammenhang der Grundrechte erforderlich ist.⁶⁵⁷ Gegen die Annahme eines solchen Grundrechtes ist insbesondere der Charakter der Grundrechte anzuführen: Diese sind Abwehrrechte und nur in Ausnahmefällen lassen sich aus ihnen Handlungspflichten für den Staat ableiten. Nur wenn die „Aufrechterhaltung der inneren Sicherheit“ nicht das Mittel zum Zweck, sondern ein eigenes Schutzgut wäre, könnte eine Abwägung zu den Grundrechten durchgeführt werden.⁶⁵⁸

Bei der Konstruktion eines Grundrechtes auf Sicherheit jedoch wird die Ratio der Grundrechte umgekehrt: Für die Verwirklichung dieses Grundrechtes würden dem Staat gerade Eingriffskompetenzen in die grundrechtlich geschützte Sphäre des Einzelnen gegeben. Eine solche Konzeption ist dem Wesen der Grundrechte aber gerade fremd.

⁶⁵⁴ BVerfGE 49, 89 (S. 142); 53, 30 (S. 57).

⁶⁵⁵ BVerfGE 56, 54 (S. 78).

⁶⁵⁶ Lisken, NVwZ 1998, 22 (S. 23).

⁶⁵⁷ Kniesel, DP 1991, 185 (S. 186).

⁶⁵⁸ Lisken, KritV 1988, 314 (S. 332).

cc) **Ablehnung einer Doppelzuständigkeit**

Der polizeiliche Gefahrenbegriff verlangt die prognostische Verdichtung einer bloßen Möglichkeit zu einem objektivierbaren und hinreichend wahrscheinlichen Schadenseintritt.⁶⁵⁹ Diese Wahrscheinlichkeit ist für den Begriff der polizeilichen Gefahrenabwehr nach überwiegender Auffassung konstitutiv.⁶⁶⁰

Die Annahme einer informationell allumfassend zuständigen Polizei, so wie sie von der Auffassung der Doppelzuständigkeit dargelegt wird, widerspricht damit zwei verfassungsrechtlich bindend vorgegebenen Grundprinzipien:

1. Die Zweckbindung der persönlichen Daten wird durch diese Auffassung ignoriert. Danach sind die zu präventiven Zwecken erhobenen Daten ausschließlich zu solchen Maßnahmen verwertbar, eine Umleitung zu repressiven Auswertungen verbietet sich damit grundsätzlich.
2. Der Grundsatz der rechtsstaatlichen Verteilungsprinzipien, der jeder staatlichen Stelle ihre eigenen Aufgaben und Eingriffsbefugnisse durch bereichsspezifische Regelungen mit unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen zuweist, wird durchbrochen.⁶⁶¹

Der Lauschangriff zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung ist eine Maßnahme, die dann schon zulässig ist, wenn noch keine Gefahr für ein Rechtsgut besteht.

Charakteristikum dieser Lage ist, daß sich die Situation noch nicht zu einer „dringenden Gefahr“ für ein bestimmtes Rechtsgut verdichtet hat.⁶⁶² Diese ist aber gerade das Element der Auslösung von klassischen polizeilichen Ermittlungskompetenzen.

⁶⁵⁹ Behrendes, DP 1988, 220 (S. 223).

⁶⁶⁰ Götz, POR, Rn. 115; Gusy, POR Rn. 103; Poscher, S. 132; Habermehl, POR, 43.

⁶⁶¹ Gusy, StV 1993, 269 (S. 276).

⁶⁶² Kutscha, StV 1998, 564 (S. 567, 568).

dd) Trennungserfordernis

Gegen die Annahme einer Doppelzuständigkeit spricht auch, daß das Trennungsgebot von präventiven und repressiven Daten, das aus dem Zweckbindungserfordernis resultiert, eine Verquickung beider Typen verhindert.

Reine Justiz- und Polizeidaten dürfen nicht zu jeweils anderen Zwecken nutzbar gemacht werden; denn diese „Umwidmung“ beinhaltet einen Eingriffscharakter und muß damit durch eine gesetzliche Regelung normiert werden.⁶⁶³ Abzuleiten ist dies aus dem Postulat, daß sämtliche personenbezogenen Daten einer Zweckbindung unterliegen müssen. Diese Zweckbindung der Daten soll eine Nutzung verhindern, die nicht von dem Erhebungsziel gedeckt ist. Die Trennung der Regelungen der StPO und der Länderpolizeigesetze wurde gerade vor dem Hintergrund der Unterscheidung zwischen der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung getroffen⁶⁶⁴, dies erkennen sogar die Vertreter einer Doppelzuständigkeit der Polizei an.⁶⁶⁵ Im Ergebnis stellt sich die vorbeugende Verbrechensbekämpfung als eine Maßnahme repressiven Charakters dar.

Das Grundgesetz bindet aufgrund der ausdrücklichen Anordnung in Art. 1 III GG sowohl Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung. Damit sind nicht allein der Bundesgesetzgeber bzw. die anderen bundesverfassungsrechtlichen Institutionen von Art. 1 III GG erfaßt, sondern auch die einzelnen Bundesländer, die bei der Setzung von Recht auch das Grundgesetz zu beachten haben. Damit müssen die Bundesländer bei der Verabschiedung der Polizei- und Ordnungsgesetze auch die Bundesverfassung und den Vorbehalt des Art. 13 IV GG beachten. Nach Art. 70 I GG haben die Länder grundsätzlich die Kompetenz zur Gesetzgebung, wenn diese nicht ausdrücklich dem Bund zugewiesen wird. Dieser

⁶⁶³ Behrendes, DP 88, 220 (S. 225).

⁶⁶⁴ Staechlin, ZRP 1996, 430.

⁶⁶⁵ Weßlau, Vorfelddermittlungen, S. 67.

Bereich ist damit vom Grundgesetz nur negativ begrenzt.⁶⁶⁶ Für die Gefahrenabwehrmaßnahmen sind die Länder zuständig. Die Regelungskompetenz liegt für diese Thematik nach der grundgesetzlichen Vermutung in Art. 70 I GG bei den Ländern, wenn nicht spezielle Ermächtigungen dem Bund die Gesetzgebungsbefugnis zuweisen.

Repressive Regelungen jedoch sind gem. Art. 70 I, 72 I, 74 I Nr.1 GG der konkurrierenden Kompetenz des Bundes zugewiesen. Nach der obigen Untersuchung sind die sogenannten landesgesetzlichen Vorfeldmaßnahmen als repressive Maßnahmen aufgrund ihrer schwerpunktmäßigen Auswertung und Nutzung im Strafprozeß zu werten.

Der Bundesgesetzgeber hat mit der Verabschiedung der StPO die repressive strafrechtliche Gesetzesmaterie abschließend und umfassend geregelt. Damit werden gem. Art. 72 I GG landesgesetzliche Bestrebungen zur Setzung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Strafverfolgung blockiert. Somit hat der Landesgesetzgeber keine Kompetenzen mehr zur Regelung von strafprozessualen Vorschriften.

ee) Ergebnis

Damit ergibt sich folgendes Ergebnis:

Es ist der materiellen Unterscheidung der Vorzug zu geben, da diese die schwerpunktmäßige Nutzung der Informationen beachtet, die den Sinn und Zweck der Maßnahme widerspiegelt. Der Zweck der Vorfeldermittlungen ist die Bildung von Informationsbeständen, aus denen heraus eine spätere Fahndung unterstützt werden kann.

In den Bereich der polizeilichen Gefahrenabwehr ist diese Maßnahme auch deshalb nicht einzuordnen, da noch keine Gefahr für ein Rechtsgut oder eine Störereigenschaft gegeben ist. Die Verwendung dieser Daten wird auch nicht primär der

⁶⁶⁶ Gusy, StV 1993, 269 (S. 270).

Gefahrenabwehr gewidmet sein, da im Ergebnis eine Verurteilung der betreffenden Tätergruppe avisiert wird, um dem staatlichen Monopol der Rechtspflege Geltung zu verschaffen. Dies ist aber nur mit repressiver Methodik zu durchzuführen.

Die Regelungen zur akustischen Überwachung von Wohnungen sind deshalb wegen fehlender Kompetenz der Länder zur Regelung der Vorfeldmaßnahmen verfassungswidrig.

4. Abgrenzungsprobleme der Prävention und Repression

a) Beurteilung der rezenten Lage

aa) Grenzverwischung

Die Vorfeldermittlungskompetenzen lassen auch die Gefahr aufkommen, daß die Grenzen zwischen präventiven und repressiven Befugnissen verloren gehen.⁶⁶⁷

Zunächst ist anzuführen, daß die durch das Gesetz als erforderlich angesehene „dringende Gefahr“ für Leib und Leben oder Freiheit einer Person als Voraussetzung für einen Einsatz polizeilicher Mittel jetzt schon nicht immer eingehalten wird. Dies wird durch ein vom Berliner Datenschutzbeauftragten genanntes Beispiel dargelegt.⁶⁶⁸ Demnach wurde bei einem öffentlichen Vergabeauftrag von einem privaten Anbieter mitgeteilt, daß die Behördenvertreter bei den Verhandlungen eventuell Schmiergeldforderungen an ihn stellen könnten. Nach verschiedenen Entscheidungen wurde durch das Berliner Landgericht angeordnet, daß eine heimliche Überwachung des Gespräches stattfinden sollte. Im Ergebnis blieb die Maßnahme ohne Anhaltspunkte für einen Schmiergeldverdacht.

Festzuhalten ist damit, daß der Einsatz der Überwachungsmaßnahme in einem Fall angeordnet wurde, der weder einen Zusammenhang mit einer schweren Straftat besaß,

⁶⁶⁷ Welp, NStZ 1995, 601 (S. 603).

⁶⁶⁸ Jahresbericht des BIDS, S. 73.

noch durch einen hinreichenden Verdacht untermauert worden war. Ausschlaggebend für die Anordnung war allein die Tatsache, daß *möglicherweise* der Anbieter mit Schmiergeldforderungen konfrontiert werden könnte. Der Gedanke der späteren Verwendung der Informationen zur Aufklärung, bzw. zur Nutzung im Strafprozeß ist schwerpunktmäßig auch durch ein repressives Element geprägt. Die Abhörmaßnahme wird nicht zur Verhinderung von Straftaten angeordnet, sondern zum Zweck der späteren Auswertung vor Gericht.

Diese Möglichkeit der Straftatbegehung ignoriert selbst den Verdacht im Vorfeld von Gefahren. In diesem Fall waren nicht einmal Tatsachen vorhanden, die eine Annahme begründen konnten, daß Straftaten von erheblicher Bedeutung begangen werden könnten. Trotzdem wurde diese Maßnahme angeordnet und damit sämtliche Anordnungsvoraussetzungen des Polizeigesetzes negiert. Der Gedanke hinter dem Einsatz dieser Maßnahme ist der, daß durch die Aufzeichnung der Gespräche die repressive Verbrechensbekämpfung erleichtert werden soll; eine Verhinderung von Straftaten wird in diesem Fall nicht beabsichtigt. Wenn die Justiz die Anordnung durch solche Argumentation rechtfertigt, steht im Vordergrund der Gedanke der effizienten Strafverfolgung.

Zur Erreichung dieses Ziels wird damit auch gegen den ausdrücklichen gesetzgeberischen Willen die Anordnung von Überwachungsmaßnahmen getätigt.

bb) Geheimdienstbefugnisse

Ein weiteres Problem dieser Polizeiaufgabe ist die Nähe der Vorfeldermittlungen zu nachrichtendienstlichen Kompetenzen.

Das Trennungsgebot zwischen Verfassungsschutz und Polizei ist durch die Verfassung in Art. 87 I, 2, 73 Nr. 10 GG mittelbar vorgegeben. Das Recht des Bundes, Zentralstellen einzurichten, weist in der Systematik darauf hin, daß die Polizei Gefahren

abzuwehren und Straftaten zu verfolgen hat. Der Verfassungsschutz hat darüber hinaus gehende Kompetenzen, die auch die Erforschung von nicht polizeilich relevanten Rechtsgebieten betreffen. Aus diesem Grund hat der Nachrichtendienst auch keine Exekutivbefugnisse,⁶⁶⁹ denn bei Erkenntnissen über Verdachte von staatsfeindlichen Aktivitäten ist die Polizei zu informieren, die dann tätig zu werden hat.

Die polizeilichen Abwehrbefugnisse sind auf die Gefahrenabwehr und die Aufklärung von Straftaten begrenzt, so daß außerhalb dieser Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungskompetenzen nachrichtendienstliche Mittel ausschließlich durch den Verfassungsschutz zulässig sind. Grund dafür ist, daß eine Ausweitung der polizeilichen Befugnisse verhindert werden soll.⁶⁷⁰

Auch die historische Auslegung führt zu diesem Ergebnis. Nach der NS-Zeit sollte durch den „Alliierten-Brief“ eine zentrale Bundespolizei mit Exekutivbefugnissen verhindert werden.⁶⁷¹

Deshalb wurde dort die Vorgabe gemacht, daß der unter der Regie des Bundes stehende Verfassungsschutz und polizeiliche Befugnisse, die den Ländern gegeben waren, institutionell und informationell getrennt werden sollten.⁶⁷²

cc) Verlust der Einzelfallermittlung

Maßgeblich für den Strafprozeß ist die Wahrheitsfindung in Einzelfällen, der damit tat- und täterbezogen ist.⁶⁷³ Gegenstand des Prozesses ist damit nicht der Schutz der Allgemeinheit oder des Einzelnen vor Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Durch die Verdeckten Ermittlungsmethoden wird aber eine raumübergreifende Überwachung in den Vordergrund von repressiven Ermittlungen gestellt, die nicht mehr

⁶⁶⁹ Roewer, DVBl 1986, 205 (S. 207).

⁶⁷⁰ Gusy, ZRP 1987, 45 (S. 48).

⁶⁷¹ Gusy, ZRP 1987, 45 (S. 47); Kutscha, ZRP 1986, 194 (S. 195).

⁶⁷² Denninger, ZRP 1981, 231.

⁶⁷³ Ostendorf, JZ 1991, 62 (S. 68).

schwerpunktmäßig auf die Verfolgung von einzelnen Straftaten abzielt.⁶⁷⁴ Diese gefächerten Ermittlungen stellen daher eine Durchbrechung des Prinzips der Einzelfallermittlung in der Strafprozeßordnung dar.⁶⁷⁵

b) Ergebnis

Die Vorfeldbefugnisse der Polizei verstoßen damit auch gegen die Systematik des Grundgesetzes, das die Verknüpfung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Befugnissen unterbinden sollte. Gleichzeitig wird damit die Struktur der Einzelfallermittlung in der StPO verlassen und zu einer breiten Kontrollbefugnis ausgebaut. Damit wird die StPO in ihrem Wesen geändert.

5. Nichtbeachtung des Verdachts von Art. 13 IV GG

Desweiteren könnten die derzeitigen Regelungen gegen Art. 13 IV GG verstoßen. Unabhängig von der Einordnung der vorbeugenden Maßnahme als ein gefahrenabwehrendes oder repressives Instrument muß für die Erfüllung des Erfordernisses der dringenden Gefahr im Sinne von Art. 13 III und IV GG ein Gefahrenverdacht vorliegen, um einen Lauschangriff in Wohnungen durchführen zu können. Hier werden die neuen Eingriffsvoraussetzungen zunächst vor dem Art. 13 IV GG untersucht. Zulässig ist der akustische Eingriff nur, wenn eine Behebung der Gefahr nicht mit anderen Mitteln möglich ist.⁶⁷⁶

a) Entwicklung von Art. 13 IV GG

Art. 13 IV erlaubt die Normierung von akustischen Überwachungseingriffen zu vorbeugenden Zwecken. Ein gefahrenabwehrender Lauschangriff ist nach Art. 13 IV GG dann

⁶⁷⁴ Preuß, StV 1981, S. 312 (S. 314).

⁶⁷⁵ Strate, StV 1992, S. 29 (S. 34ff).

⁶⁷⁶ Köhler, StV 1996, 186 (S. 187).

zulässig, wenn er zur Abwehr von dringenden Gefahren für die öffentliche Sicherheit, insbesondere zu einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr, erforderlich wird.

Die Eingriffsschwelle in Art. 13 IV orientiert sich auf den ersten Blick an der alten Regelung in Art. 13 III, 1. Alt. GG.⁶⁷⁷

aa) **Altfassung**

Der Wortlaut des Begriffs „Verhütung dringender Gefahren“ wurde vom Bundesverfassungsgericht in der alten Regelung des Art. 13 III GG einer weiten Auslegung unterzogen. Danach war die Formulierung nicht rein zeitlich im Sinne einer erhöhten Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zu verstehen. Es genügte vielmehr, daß die Beschränkung des Grundrechts dem Zweck diene, einen Zustand nicht eintreten zu lassen, der seinerseits eine dringende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen würde.⁶⁷⁸

Nach dieser Interpretation fand die **Gefahrenverhütung** bereits im **Vorfeld** einer Gefahr statt. Der Sachverhalt mußte sich damit noch nicht auf eine konkretisierte Lage zugespitzt haben, die eine Beeinträchtigung für ein Rechtsgut befürchten lassen könnte. Die Abwehr einer Gefahr, die einen wesentlich konkreteren Zeitpunkt eines Schadenseintritts voraussetzt, ist nach dieser Auffassung von der Verhütung von Gefahren, die einen weiteren Bereich erfaßt, zu unterscheiden.

bb) **Neufassung**

Mit der Neufassung des Art. 13 GG im Zuge der Änderung des Grundgesetzes zur Einführung des großen Lauschangriffs in der StPO wurde aber eine Abkehr von diesem weiten Begriff vollzogen. Der Gesetzgeber veränderte die

⁶⁷⁷ Kutscha, StV 1998, 564 (S. 566).

⁶⁷⁸ BVerfGE 17, 232 (S. 251, 252).

Eingriffsvoraussetzungen im Grundgesetz für den präventiven Lauschangriff. Mit der Neufassung des Rechts der Unverletzlichkeit der Wohnung wurde die Eingriffsschwelle im Vergleich zur 2. Alt. des Art. 13 GG (a.F.) durch den Gesetzgeber erheblich angehoben. Die Neuregelung in Art. 13 IV sollte die akustische Überwachung nach dem Willen des Gesetzgebers eben nur zur Abwehr dringender Gefahren zulassen, nicht aber schon zu deren Verhütung im Vorfeld. Damit sollten die Eingriffsvoraussetzungen gegenüber der alten Gesetzeslage verschärft werden.⁶⁷⁹ Ziel war die Verhinderung eines Ausufers der Abhörmaßnahmen durch die Länder. Die Tatbestandsvoraussetzungen für eine akustische Überwachung von Wohnungen im Polizeirecht wurden damit erheblich angehoben.

Zwar hat der sächsische Verfassungsgerichtshof die Formulierung der „Tatsachen“ noch in Übereinstimmung mit dem grundgesetzlichen Erfordernis der dringenden Gefahr gesehen. Die Tatsache, daß die Formulierung den Begriff der Gefahr nicht enthält, wird als „unschädlich“ bezeichnet.⁶⁸⁰ Damit widerspricht das Urteil aber dem intendierten Erfordernis von Art. 13 IV GG.⁶⁸¹ Denn Merkmal der Eingriffsvoraussetzung von Art. 13 IV GG ist ein unmittelbarer Tatgefahrenbezug der Maßnahme.⁶⁸² Dies wird auch von der abweichenden Richterin des Sächsischen Verfassungsgerichtshofes vertreten, die im Gegensatz zum Gerichtshof den Begriff „Tatsachen“ als nicht ausreichend für eine „dringende Gefahr“ nach Art. 13 IV GG erachtete.⁶⁸³

Die polizeilichen Vorfeldermittlungsbefugnisse erfordern noch nicht einmal einen Sachverhalt, der als eine einfache Gefahr gesehen werden könnte. Sie verstoßen damit gegen das von Art. 13 IV GG vorausgesetzte Erfordernis der dringenden Gefahr für einen

⁶⁷⁹ Amtl. Begründung, BT-DS 13/8650, S. 4, 5; so auch Sachs, Anm. zu Urteil MVVerfGH, JuS 2000, S. 1113 (S.1115).

⁶⁸⁰ Sächs. VerfGerHof, Zitiert bei Kutscha, NJ 2000, 61 (S. 65).

⁶⁸¹ Kutscha, NJ 2000, 63 (S. 65).

⁶⁸² Köhler, StV 1996, 186 (S. 187).

⁶⁸³ Sächs. VerfGH, Zitiert bei Kutscha, NJ 2000, 63 (S. 65).

Eingriff. Nach der alten Fassung des sächsischen Polizeigesetzes waren die personen- und vorfeldbezogenen Informationssammlungen auch möglich, wenn keine „dringende Gefahr“ existent war. Insbesondere ließ das Gesetz die präventive Überwachung von Personen zu, die bei einer Gesamtwürdigung und der von ihnen bisher begangenen Straftaten die Erwartung zulassen, daß weiterhin Straftaten von erheblicher Bedeutung begangen werden könnten. Dies wurde vom Gericht als zu unklar und damit als Verstoß gegen das Erfordernis der Normenklarheit betrachtet. Als Beispiel für die mögliche Reichweite dieser alten Regelung brachte der Verfassungsgerichtshof die Bildung einer Organisation an, die auf die Dauer gesehen Straftaten plant, sich jedoch noch legaler Mittel bedient. Im ersten Stadium ist aber noch keine Gefahr für die Allgemeinheit gegeben, so daß keine hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Straftat erheblicher Bedeutung zu erwarten ist. Nach der alten Auffassung wäre bereits im Stadium der Entstehung einer kriminellen Organisation eine akustische Überwachung möglich gewesen. Dieser Regelung fehlte eine Eingrenzung, die der Begriff der Verhütung einer dringenden Gefahr voraussetzt,⁶⁸⁴ so daß theoretisch die Ausforschung von jedermann möglich war.⁶⁸⁵ Ein weites Einsatzgebiet der Kommunikationsüberwachung ohne eine feste Verdachtsgrenze, wie sie in § 152 II StPO normiert ist, wird ebenfalls eröffnet.⁶⁸⁶ Festzustellen ist damit, daß die Eingriffsvoraussetzungen erheblich verschärft wurden und kein Platz für einen Lauschangriff in Wohnungen außerhalb eines Verdachtes bleibt.

b) Ergebnis

Die landesgesetzlichen akustischen Überwachungsmaßnahmen entsprechen nicht der grundgesetzlichen Vorgabe, da die Schwelle des dringenden Verdachtes aus Art. 13 IV GG nicht erreicht wird.

⁶⁸⁴ SächsVerfGH JZ 1996, 957 (S. 968).

⁶⁸⁵ Welp, NStZ 1995, 601 (S. 603).

⁶⁸⁶ Köhler, StV 1996, 186 (S. 187).

Dieser ist aber verfassungsrechtliche Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Eingriffsnorm. Der entscheidende Punkt für die Verfassungswidrigkeit des sächsischen Polizeigesetzes wird in der Unbestimmtheit der Formulierung der Vorfeldbefugnisse gesehen und nicht in dem Fehlen des Gefahrenanfordernisses. Diese Argumentation ist aber in sich widersprüchlich und nicht logisch nachzuvollziehen, weil die Gefahrenschwelle in den Eingriffsvoraussetzungen nicht enthalten ist, der Tatbestand der sächsischen Eingriffsnorm zu unbestimmt war.

Im Ergebnis ist der Sächsische Verfassungsgerichtshof auch zu einer Verfassungswidrigkeit der Vorfeldbefugnisse gekommen.

6. Bewertung der Verhältnismäßigkeit

Die Vorfeldbefugnisse sind auch unverhältnismäßig.

a) Geeignetheit und Erforderlichkeit

Die Vorfeldermittlungsbefugnisse sind zwar noch geeignet, die Kriminalität zu bekämpfen, da sie tauglich zu diesem Ziel sind. Die Vorfeldermittlungen sind im Ergebnis aber nicht erforderlich, dieses Ziel zu erreichen, denn es existieren Maßnahmen, die eine geringere Eingriffsintensität bei einer gleichartigen Erfolgsaussicht bieten.

aa) Bejahung der Erforderlichkeit

Das Instrumentarium der Verbrechensbekämpfung läßt zum einen den repressiven Lauschangriff zu. Dieser ist aber erst nach begangenen Taten einsetzbar und damit nicht zur Gefahrenabwehr tauglich.

Zum anderen könnten die Gefahrenabwehrnormen der Länderpolizeigesetze ausreichend sein, die den gefahrenabwehrenden Lauschangriff zulassen. Diese erfordern aber

den Verdacht der zukünftigen Begehung einer Straftat. Damit ist eine Eingriffsschwelle vorhanden, die als Voraussetzung für die Anordnung der Maßnahme erfüllt sein muß.

Die hier in Frage stehenden Regelungen lassen aber den Eingriff schon dann zu, wenn potentielle Gefahren vorliegen. Die Eingriffsvoraussetzungen sind damit erheblich niedriger. Im Ergebnis können damit von der Polizei schon Gefahren vor ihrer Konkretisierung lokalisiert und entsprechende Gegenmaßnahmen ergriffen werden. Die Ausschaltung bereits von potentiellen Gefahren für die Rechtsordnung allein durch die gefahrenabwehrenden Abhörmaßnahmen ist nicht möglich.

Von verschiedenen Vertretern polizeilicher Interessen wird angeführt, daß das Erfordernis des Anfangsverdacht eine effektive Kriminalitätsbekämpfung verhindere und damit eine „proaktive“ Handlungsweise der Polizei erforderlich sei.⁶⁸⁷ Neben dieser Argumentation wird auch das Argument der Bedrohung durch die organisierte Kriminalität herangezogen,⁶⁸⁸ um die Erforderlichkeit der Maßnahme zu begründen.

Die Hintermänner könnten nur durch eine vor einem Tatverdacht liegende Informationsbeschaffung eruiert werden, da die StPO nur schwer auf die Bekämpfung von Hintermännern bei organisierter Kriminalität einsetzbar sei.⁶⁸⁹ Nachweise für die Notwendigkeit dieser Ermittlungsmethode werden aber nicht geführt.

bb) Ablehnung der Erforderlichkeit

Eine solche Notwendigkeit wird aber abgelehnt

Begründet wird dies zum einen damit, daß die Argumente der Befürworter nur auf die Wiederholung abstrakter Beispiele beschränkt seien, die Fahndungslücken im bisherigen

⁶⁸⁷ Kube/Erhard, NStZ 1991, 171 (S. 173); Kube, Kriminalistik 1990, 629 (S. 631).

⁶⁸⁸ Kniesel, ZRP 1992, 164.

⁶⁸⁹ Kniesel, ZRP 1992, 164 (S. 164,165); Peitsch, DP 1990, 213 (S. 218).

Sicherheitssystem aufzeigen sollten.⁶⁹⁰ Solche Lücken seien vor allem in der Grauzone der unmittelbaren Stufe vor einem Verdacht existent. Diese würden dann als ein Sicherheitsrisiko dargestellt, das eine Gelegenheit für die Bildung für kriminelle Vereinigungen darstelle.

Der Anfangsverdacht war ein in der Geschichte immer ausreichender Ansatz für Maßnahmen zur Bekämpfung von Kriminalität gewesen. Als Schwelle, nach der der Staat einen Eingriff in die unmittelbare Sphäre des Einzelnen vornehmen kann, hat sich der Verdacht bewährt. Die Voraussetzungen für die Annahme eines Verdachtes sind nicht so hoch, daß ein Einfallstor für Kriminalität dadurch geschaffen werden würde. Die Verdachtsschwelle ist durch die in § 152 II niedergelegten Voraussetzungen ausreichend, um im Einzelfall adäquate Abwägungen zwischen dem Eingriff in die geschützte Rechtssphäre und dem öffentlichen Strafverfolgungsinteresse vornehmen zu können. Entsprechend gilt dieses Ergebnis analog auch für die Mindestvoraussetzung der Gefahr im Polizeirecht. Auch diese Schwelle der Gefahr ist nicht so hoch, daß vor ihrem Erreichen ein rechtsfreier Raum entstünde, der von Kriminalität ausgefüllt werden könnte.

cc) Ergebnis zur Erforderlichkeit

Die Maßnahme ist nicht erforderlich.

Die bislang vorhandenen Instrumentarien sind ausreichend für die Bekämpfung der organisierten Kriminalität, da bei einem entsprechenden Einsatz Erfolge vorzuweisen sind. Völlig versagt hat bislang kein Instrument der Strafverfolgung, nur weil ein Verdachtsmoment auf eine Straftat notwendig ist. Insbesondere ist die Schwelle des Anfangsverdachtes in § 152 II StPO und in den Polizeigesetzen nicht sehr hoch, so daß mit den vorhandenen Mitteln eine effektive Aufklärung und Gefahrenabwehr betrieben

⁶⁹⁰ Hund, ZRP 1991, 463 (S. 464, Fn. 10).

werden kann. Auch ist ohne die Einführung dieser Maßnahme kein Zusammenbruch des Rechtsstaates zu erwarten, so daß die Vorfeldermittlungsbefugnisse kein Ultima Ratio darstellen.

b) Abwägung

Die Maßnahme ist auch nicht im Verhältnis zur Intensität des durch sie vorgenommenen Eingriffes in die Grundrechte durch höhere Interessen der Allgemeinheit gerechtfertigt, denn die neuen Regelungen sollen die Rechtsordnung zwar gegen Angriffe durch kriminelle Organisationen schützen, jedoch setzt dies voraus, daß sich das Bedürfnis der Kriminalitätsbekämpfung gegen die Individualinteressen durchsetzt.

aa) Mindestanforderungen

Die Überwachung setzt schon so früh an, daß die Entstehung von Täterzusammenschlüssen bereits beobachtet und überwacht werden kann, ohne daß Anhaltspunkte für eine gegenwärtige Gefahr vorliegen müßten.

Die Verfassung geht aber in Art. 1 I GG von der grundsätzlichen Unschuld und Unverdächtigkeit im strafrechtlichen Sinne des Bürgers aus. Daraus folgt, daß für einen Eingriff in die persönliche Sphäre des Bürgers zumindest eine bestimmbare Eingriffsschwelle, somit der Verdacht einer Straftat, vorliegen muß. Dieses Erfordernis ist trotz und wegen der Anpassungszwänge⁶⁹¹ der Polizei an die neuen Entwicklungen in der Kriminalität erforderlich, um ein totales Ausforschen des Einzelnen zu verhindern. Dieses Erfordernis wird dementsprechend auch von Art. 13 IV GG vorausgesetzt.

⁶⁹¹ Kniesel, ZRP 1987, 376 (S. 381); Kniesel/Vahle, DÖV 1987, 953 (S. 956).

Die Verdachtvoraussetzung für einen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Sphäre ist vor allem durch die historischen Erfahrungen in der NS-Zeit begründet,⁶⁹² so daß der materielle Polizeibegriff nicht zur Disposition des einfachen Gesetzgebers stehen kann,⁶⁹³ sondern nur mit verfassungsändernder Mehrheit veränderbar ist. Die auf bestimmte Tatsachen bezogene Annahme, daß eine Begehung einer Straftat bevorsteht, setzt eine geringere Gefahrenschwelle als für die Annahme einer dringenden Gefahr voraus.⁶⁹⁴ Je früher die Prognose über künftige Gefahren ansetzt, umso weniger kann eine Voraussage über ihr tatsächliches Bedrohungspotential gewonnen werden. Treffend wird ausgeführt, daß noch so viele Anhaltspunkte dafür existieren könnten, daß eine Straftat vorbereitet oder geplant wird; im Ergebnis ist das Geschehen aber noch weit offen und anders als beim Verdacht noch nicht abgeschlossen. Somit ist grundsätzlich ein Abbruch der Kausalkette durch einen Rücktritt oder durch das Fallenlassen des Plans durch ein Hinzutreten anderer Umstände möglich;⁶⁹⁵ ein Einschreiten staatlicher Sicherheitsbehörden ist in einem solchen Fall daher unnötig.

bb) Ergebnis

Festzuhalten ist damit, daß die Vorfeldermittlungen bereits gegen das verfassungsrechtliche Erfordernis der dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Art. 13 IV verstoßen. Die Maßnahme ist auch nicht im Verhältnis zur Intensität des durch sie vorgenommenen Eingriffes in die Grundrechte durch höhere Interessen der Allgemeinheit gerechtfertigt. Die Vorfeldermittlungen greifen so tief in die persönliche Sphäre des Betroffenen ein, daß dieser Eingriff nicht mehr durch

⁶⁹² Lisken, in: Bull (Hrsg.), Sicherheit, 191 (S. 193).

⁶⁹³ Schwan, DVR 1985, 255 (S. 302).

⁶⁹⁴ Rachor, S. 16, 17; Schrader/Werner JZ 1995, 305 (S. 306).

⁶⁹⁵ Hassemer, ZRP 1991, 121 (S. 123); Peitsch, DP 1990, 213 (S. 214; Weßlau, Vorfeldermittlung, S. 307).

Sicherheitserwägungen gerechtfertigt werden kann. Die fehlende Bestimmbarkeit der Grenzen der „Tatsachen“ läßt eine weitgehende Überwachung von großen Teilen der Bevölkerung zu, so daß die Sicherheitsanforderungen für die Erhaltung des Rechtsstaates dahinter zurücktreten müssen. Die Gefahrenabwehrregelungen der Länder haben sich darüber hinaus so weit zur Sicherheitsgewährleistung der Bevölkerung bewährt, daß für die Existenz des Rechtsstaates keine vitale Gefahr ersichtlich ist. Die vorhandenen Fahndungsbefugnisse sind ausreichend, um organisierte Kriminalität zu bekämpfen. Die Vorfeldermitlungsmaßnahmen sind damit verfassungswidrig.

D Verdachtsunabhängige Kontrollen: BGSG und Polizeigesetze

I. Vorbemerkung

Im Zuge der Verschärfung und Erweiterung der bestehenden Maßnahmen zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität wurden im BGSG und den Länderpolizeigesetzen mit dem in Kapitel 2 dargelegten Eingriffsinstrumentarium die verdachtsunabhängigen Personenkontrollen eingeführt.

Ob diese Regelungen dem Anspruch einer Verfassungsmäßigkeit sowohl in kompetentieller als auch in materieller Hinsicht entsprechen, ist Gegenstand der folgenden Untersuchung.

II Verfassungsmäßigkeit

1. Vorbemerkung

Durch das Inkrafttreten des Schengener Abkommens wurden die bisherigen Zollgrenzbezirke bedeutungslos. Die Grenzen wurden vom Gesetzgeber daher als eine unerhebliche Barriere für das

organisierte Verbrechen angesehen, auf die sich die Organisationen einstellen würden.⁶⁹⁶ Deshalb wurde eine Verschärfung der Kontrollmöglichkeiten als notwendig angesehen, die dann zur Normierung der verdachtsunabhängigen Kontrollen führte. Ob diese neuen Kontrollbefugnisse dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen, wird im Folgenden untersucht.

2. Verhältnismäßigkeitsprüfung

a) Geeignetheit

Um zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität geeignet zu sein, muß die Regelung zur Erfüllung des Zieles, hier zur Verbrechensbekämpfung, tauglich sein. Dies ist bei diesem Verbrechensbekämpfungsinstrument bereits nicht gegeben. Verbrecher lassen sich nicht durch Personalausweiskontrollen oder Durchsuchungen ihrer Person identifizieren. Allein Kuriere von Drogen oder Schleuser von illegalen Einwanderern könnten abgefangen werden.

Da allerdings die Kontrolleure aufgrund von polizeilichen Erfahrungswerten ausgehen müssen, ist ein Erfolg in der Bekämpfung der Drogenkriminalität unwahrscheinlich, denn dazu sind langangelegte Ermittlungen erfolgversprechender.

b) Erforderlichkeit

Die Kontrollen müßten zur Erfüllung dieser Voraussetzung die mildeste zur Verfügung stehende Maßnahme bei gleicher Eingriffsintensität mit einer vergleichbaren Regelung in den grundrechtlich geschützten Bereich sein. Als ein diese Neuregelungen rechtfertigender Grund käme hier der hohe Stand der Kriminalitätsraten in Frage. Diese Argumentation wird auch vom jeweils zuständigen Gesetzgeber verwendet.

⁶⁹⁶ Beinhofer, BayVBl 1995, 193 (S. 194).

Mit den verabschiedeten Gesetzen müßte damit die organisierte Kriminalität zumindest effektiv bekämpft werden können. Voraussetzung dafür sind zwei Merkmale:

1. Zum einen muß sich auf den im Gesetz enthaltenen Örtlichkeiten die organisierte Kriminalität aufhalten, um einen Erfolg gegen sie dort erzielen zu können.
2. Desweiteren muß die organisierte Kriminalität in einem solchen Ausmaß vorhanden sein, daß sich eine Bekämpfung dieser Erscheinungsform mit den verdachtsunabhängigen Kontrollen durchführen läßt.

Zu 1):

Von den Befürwortern wird argumentiert, daß die internationalen Verflechtungen der organisierten Kriminalität wie KFZ-Verschiebungen, Rauschgift- und Waffenhandel und Migrationsbewegungen durch Flüchtlinge diese Maßnahme rechtfertigten.⁶⁹⁷

Auch wird mit dem Bestehen der vorhandenen verdachts- und ereignisunabhängigen Kontrollen in den Ländergesetzen die Zulässigkeit dieser Maßnahme gebilligt; ebenfalls wird die Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes herangezogen, nach der die Sicherheit der Bevölkerung auf einer Ebene mit den anderen Verfassungswerten stehe. Die Durchführung von Verkehrskontrollen stünde unter der gleichen Rechtfertigungsstruktur.⁶⁹⁸ Dagegen ist aber zunächst anzuführen, daß nach den im ersten Kapitel dieser Arbeit erzielten Ergebnissen keine weitungspannenden Netzwerke organisierter Kriminalität vorhanden sind. Daraus folgt, daß zur Bekämpfung der Erscheinungsform der „Netzstrukturkriminalität“ eine

⁶⁹⁷ Beinhofer, BayVBl 1995, 193 (S. 196).

⁶⁹⁸ Beinhofer, BayVBl 1995, 193 (S. 196).

Ermittlungsmaßnahme sich in einem angemessenen Verhältnis zur tatsächlichen Bedrohung halten muß. Erkenntnisse über die Nutzung von öffentlichen Verkehrsmitteln durch Mitglieder des organisierten Verbrechens sind nicht vorhanden. Es ist auch davon auszugehen, daß diese sich nicht dort aufhalten. Nach den anzunehmenden Strukturen organisierten Verbrechens ist von der Prämisse auszugehen, daß sie sich nicht anhand ihrer Papiere oder mitgeführter Gegenstände identifizieren lassen. Insbesondere sind durch eine solche Ermittlungsmethode nur die „kleinen Fische“ im Rauschgifthandel oder Menschenschmuggel zu fassen. Die Hintergrundstrukturen sind durch diese Maßnahmen nicht aufzudecken.

Ansatzpunkt des Gesetzgebers für eine Effizienzvermutung dieser Befugnis ist allein die Annahme, daß solche Kontrollen eher das Aufspüren von illegal in Deutschland lebenden Ausländern erleichtern könnten. Der gedankliche Ansatz für die Maßnahme ist vor dem Hintergrund der zunehmenden Schleusertätigkeit zu sehen, die durch die offenen Grenzen in der EU begünstigt wird. Eben diese Gründe werden auch von den Befürwortern dieser Maßnahme herangezogen.

Damit wird der Anspruch der Kontrolle aber nicht mehr der Bekämpfung der organisierten Kriminalität gerecht, sondern reduziert sich auf das Aufspüren von Personen, die gegen das Ausländergesetz verstoßen. Mit den verdachtsunabhängigen Kontrollen von Personen wird eine Eingriffskompetenz geschaffen, die den alltäglichen Polizeidienst erleichtert und sich daher allein auf ein zusätzliches Instrument der Personenkontrolle beschränkt.

Zu 2):

Positive Fahndungsergebnisse werden durch das mildere Mittel der gezielten Fahndung durch Verdacht und technische Hilfsmittel erreicht. Diese Ermittlungen erfordern wegen der Voraussetzung des „Verdacht“ eine geringere Duldungslast der Allgemeinheit.

Die verdachtsabhängigen Kontrollen sind daher eine mildere Alternative bei gleicher Effizienz.

Damit ist eine solche Kontrollbefugnis nicht zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität im Sinne der Verhältnismäßigkeit erforderlich, da sich andere und effizientere Fahndungsarten anbieten.

c) **Abwägung**

Auch die Abwägung der Interessen fällt in diesem Zusammenhang zugunsten der betroffenen Bürger aus. Die Eingriffsintensität in die grundrechtlich geschützte Sphäre des Betroffenen ist mit dem beabsichtigten Ziel der Verbrechensbekämpfung und damit des Wohles der Allgemeinheit abzuwägen.

Ziel der Maßnahme ist die Bekämpfung des organisierten Verbrechens. Damit ist Ziel der Schutz der Allgemeinheit vor Gefahren und somit grundsätzlich zulässig. Die inzwischen organisierte Ausmaße erreichende Schleusertätigkeit kann durch diese Hinterlandkontrollen im Einzelfall bekämpft werden, ohne verdachtsunabhängige Kontrollen ist diese Form der Kriminalität grundsätzlich schwer zu bekämpfen. Jedoch ist hier allein die Anwesenheit des Betroffenen an einem bestimmten Ort Auslöser für dessen Polizeipflichtigkeit. Diese Orte -hier die in § 23 BGSG genannten Örtlichkeiten der Bahn und der Flughäfen sowie die in den Polizeigesetzen normierten Straßen- sind aber nicht einmal als ein klassischer „Unterwelttreffpunkt“ zu definieren. Damit kann der Bürger sich nicht mehr durch ein entsprechendes Verhalten einer polizeilichen Maßnahme entziehen.

Mit der anlaßunabhängigen Identitätsfeststellung wird damit die klassische polizeirechtliche Konzeption der Gefahr als Voraussetzung für eine Maßnahme gegen eine Person ein weiteres Mal nach der Einführung der Präventivmaßnahmen in den

Polizeigesetzen verlassen.⁶⁹⁹ Auch ist die Justitiabilität der „Begehung von Straftaten von erheblicher Bedeutung“ im Einzelfall schwer durchzuführen, da grundsätzlich immer mit solchen Taten gerechnet werden muß.⁷⁰⁰

Zwar hat der Gesetzgeber die Aufgabe, Gesetze neuen Gegebenheiten – hier der Bekämpfung von neuen Erscheinungen der organisierten Kriminalität- anzupassen,⁷⁰¹ jedoch verstößt diese Regelung gegen die Normenklarheit und den Grundsatz der Bestimmtheit eines Gesetzes. Der Grundsatz der Normenklarheit und Bestimmtheit soll den Bürger vor der Gesetzgebung schützen, indem dem Gesetzgeber aufgegeben wird, die Gesetze so klar zu formulieren, daß der Bürger die Tragweite des Eingriffs bestimmen kann.⁷⁰²

Hier nun sind die Örtlichkeiten die nahezu weitest vorstellbaren, da auf dem ganzen Streckennetz der Bahn, auf den Flughäfen und den durch die Polizeigesetze erfaßten Örtlichkeiten Kontrollen möglich sind. Die Regelungen der Jedermannkontrolle läßt sich nur als ein ultima-ratio verfassungsrechtlich vertreten, denn die grundlose Kontrolle von Reisenden kann nur zur Behebung von nicht anders zu bewältigenden Notlagen des Staates dienen,⁷⁰³ da die Freiheitsrechte des Grundgesetzes nur mit verhältnismäßigen Mitteln eingeschränkt werden können.

Dieses Postulat ergibt sich aus dem grundgesetzlichen Bild, daß der Bürger nicht durch den Staat in Anspruch genommen werden darf, wenn er nicht Störer oder in Ausnahmefällen Notstandspflichtiger ist,⁷⁰⁴ bzw. wenn die Maßnahme nicht durch eine hinreichende Beziehung zur Gefahr und des Bürger legitimiert ist.⁷⁰⁵ Insbesondere beschränken sich diese Maßnahmen in der Praxis

⁶⁹⁹ Lisken, NVwZ 1998, S. 22 (S. 23); Stephan, DVBl 1998, S. 81 (S.83).

⁷⁰⁰ Kutscha, LKV 2000, 134 (S. 135).

⁷⁰¹ Sächs. VerfGerHof JZ 1996, 957 (S. 960).

⁷⁰² BVerfGE 65, S. 1 (S. 43).

⁷⁰³ Lisken, NVwZ 1998, 22 (S. 26).

⁷⁰⁴ Lisken, NVwZ 1998, 22 (S. 23).

⁷⁰⁵ BVerfGE 30, 250 (S. 263).

nicht allein auf die Kontrolle von Ausweispapieren. Neben der Inaugenscheinnahme von Sachen wird auch die Mitnahme zur Wache angeordnet werden können, wenn etwa die Papiere vergessen worden sind, so daß auch zu erwarten ist, daß damit § 1 PersAuswG unterlaufen werden wird.⁷⁰⁶ Desweiteren ist die Kontrolle –ebenso wie bei den Vorfeldermittlungen- ganz in das subjektive Ermessen der Beamten gestellt.⁷⁰⁷

Dies ist auch ein Verstoß gegen die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zu § 163d StPO, nach der die Normierung der Gefahr als Tatbestandsvoraussetzung im Polizeirecht für einen Eingriff in Grundrechte durch den Staat gerade noch mit der Verfassung in Einklang stehe.⁷⁰⁸ Diese Bedenken sind auch nicht mit den praktischen Erwägungen, daß effektive Maßnahmen zu einer erfolgreichen Bekämpfung der Kriminalität führen sollen,⁷⁰⁹ zu verwerfen.

Dazu muß das im ersten Kapitel dieser Arbeit erzielte Ergebnis mit in die Bewertung einbezogen werden. Die Bedrohung durch das organisierte Verbrechen besteht zwar, jedoch macht die tatsächliche Bedrohung nach den im ersten Kapitel erzielten Ergebnissen nur einen nicht bestimmbaren Teil der Gesamtkriminalität aus. Aus diesem Grund ist mit den verdachtsunabhängigen Kontrollen kein Durchbruch in der Bekämpfung des organisierten Verbrechens zu erwarten, da die Wahrscheinlichkeit, mit dieser Fahndungsmethode wirklich hochstehende Persönlichkeiten in der organisierten Struktur oder Bandenmitglieder zu verhaften, sehr gering ist.

3. Ergebnis

Die verdachtsunabhängigen Kontrollen sind damit weder geeignet noch erforderlich, die organisierte Kriminalität zu bekämpfen.

⁷⁰⁶ Kutscha, LKV 2000, 134, (S. 136).

⁷⁰⁷ Stephan, DVBl 1998, S. 81 (S. 82).

⁷⁰⁸ BVerfG NJW 1995, S. 3110.

⁷⁰⁹ Walter, DP 2\1999 S. 33 (S. 36).

Auch ist aufgrund der Abwägung der verschiedenen Rechtsgüter kein Überwiegen eines Allgemeinbedürfnisses festzustellen, jedermann in öffentlichen Verkehrsmitteln zu kontrollieren, innerhalb einer großen Zone um die Außengrenzen der Bundesrepublik Deutschland auch PKW-Fahrer anzuhalten, zu kontrollieren und zu durchsuchen. Abzuschätzen ist, daß Erfolge durch das zufällige Auffinden von inkriminierenden Gegenständen nicht zu erwarten sind. Fahndungserfolge sind in der Vergangenheit nicht durch Zufälle, sondern durch beharrliche Ermittlungen erreichbar gewesen. Die alleinige Tatsache des Aufenthaltes einer Person an einem bestimmten Ort, der nicht einmal zu einem inkriminierten Umfeld gehört, ist nicht ausreichend für eine Kontrolle. Denn dies wäre nur dann möglich, wenn die Unschuldsvermutung der Bürger in eine Schuldvermutung umgekehrt werden würde.

Die verdachtsunabhängigen Kontrollen sind damit verfassungswidrig.

Kapitel 6

Konsequenzen der Entwicklung:

Verdachtsumkehrung

A Einleitung

Durch die hohe Zahl an Delikten, die der organisierten Kriminalität zugeschrieben werden, stellt sich die Frage nach der adäquaten Bekämpfungsstrategie. Aus der Unsicherheit heraus, wie dieses Phänomen zu bekämpfen ist, kristallisieren sich zwei antagonistische Auffassungen heraus.

Dies ist zum einen die liberal-rechtsstaatliche und zum anderen die

sozial-autoritäre Auffassung.⁷¹⁰ Beide werden hier dargelegt und auf ihr grundgesetzliches Bild hin untersucht.

Zur Bewertung der neuen Eingriffsmethoden und der hinter diesen Neuregelungen stehenden Auffassungen wird die vom Grundgesetzgeber der Verfassung zugrundegelegte Sichtweise des Menschen mit der der neuen „Sicherheitsgesetze“ verglichen.

B Grundsätze der Gesetzgebung

I. Das liberale Menschenbild

Maxime des deutschen Strafrechts ist das Schuldprinzip, nach dem der Strafprozeß mit der begangenen Tat beginnt.⁷¹¹ Dieses Schuldprinzip bestimmt das verfassungsrechtliche Grundverhältnis zwischen dem Staat und Bürger. Es beruht auf der verfassungsmäßigen Freiheit des Menschen, sich für und gegen Recht und Unrecht zu entscheiden. Die individuelle Entscheidung für die jeweilige Seite wird jedem einzelnen Bürger überlassen. Diese Sichtweise fundiert im grundgesetzlichen Menschenbild. Ausgegangen wird im Grundgesetz davon, daß der Bürger zu Gutem und zu Recht fähig ist und dem der Staat aus diesem Grunde nicht mit einem grundsätzlichen Mißtrauen entgegenzukommen braucht.

Dazu sind die Freiheitsrechte des Grundgesetzes als zentrale Säule in der Struktur der Verfassung normiert worden.⁷¹² Diese Freiheitsverbürgung des Grundrechtsabschnitts stellen das „Herzstück“ der Verfassung dar.⁷¹³ Die Bundesrepublik als freiheitlicher Staat stellt die Verfassung auf ein Menschenbild ein, das den Bürger bis zum Beweis des Gegenteils nicht als potentielle Gefahrenquelle sieht.⁷¹⁴

⁷¹⁰ Callies, NJW 1989, 1338.

⁷¹¹ Dencker, StV 1988, 262 (S. 263).

⁷¹² Bethge, DVBl 1989, 841 (S. 843).

⁷¹³ Kniesel, DP 1991, 185.

⁷¹⁴ Dencker, StV 1988, 262 (S. 263).

Deshalb wird in Art. 1 I GG auch keine Vorgabe für den Bürger geschaffen, auf ein vorgegebenes, transzendental oder irdisch legitimes Ideal zu streben, aus dem sich eine Verpflichtung zu einer bestimmten Verhaltensweise oder einem Erreichen dieses Ideals ableiten ließe.⁷¹⁵ Vielmehr wird der Mensch in seiner Selbstverwirklichung geschützt und durch die Grundrechte in besonders sensiblen Bereichen abgesichert. In Art. 20 GG wird der Staat an diese Prinzipien gebunden. Durch Art. 3 GG ist der Staat dem Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet, so daß keine einseitige Ungleichbehandlung der Würde des Bürgers durch den Staat vorgenommen werden darf.⁷¹⁶ Die Schranken der Selbstbestimmung beinhalten nur die Prämisse, daß die Autonomie des Bürger nicht die Befugnis enthält, die Autonomie anderer zu zerstören. Dies ist die Grenze, die das Zusammenleben autonomer und sozialbezogener Individuen erfordert.⁷¹⁷

II. Konsequenz: Bürgerstrafrecht

Die Grundeinstellung des Staates gegenüber dem Bürger ist damit zunächst positiv dessen Unschuld vermutend, da der Staat um des Menschen willen da ist, jedoch nicht umgekehrt der Mensch um der Verfassung willen.⁷¹⁸ Diese Argumentation ist aus der Ablehnung der NS-Vergangenheit heraus erfolgt.⁷¹⁹ Durch diese Ausgangssituation wird das sogenannte „Bürgerstrafrecht“⁷²⁰ geschaffen: Danach erlaubt erst die begangene Tat die repressive Reaktion des Staates gegen den Bürger.⁷²¹ Grundrechtseingriffe im Sanktionensystem sind somit grundsätzlich erst nach einer Straftat

⁷¹⁵ Bethge, DVBl 1989, 841 (S. 842); Grimm, KritV 1986, 38 (S. 47).

⁷¹⁶ Grimm, KritV 1986, 38 (S. 47).

⁷¹⁷ Grimm, KritV 1986, 38 (S. 47)

⁷¹⁸ Dr. Süsterhenn, Abgeordneter des Parlamentarischen Rates, in: Steografische Berichte über die Plenarsitzungen 1948/49, S. 20.

⁷¹⁹ Bethge, DVBl 1989, 841.

⁷²⁰ Dencker, StV 1988, 262 (S. 263).

⁷²¹ Dencker, StV 1988, 262 (S. 263).

möglich. Voraussetzung einer Ermittlungstätigkeit des Staates ist damit ein konkreter Verdacht der Straftatbegehung oder die Verursachung einer Gefahr durch das betroffene Individuum.

Dieses Konzept wird aber nicht lückenlos durchgeführt und läßt somit grundsätzlich auch in die Grundrechte eingreifende heimliche Ermittlungsmethoden zu. Dementsprechend erfordert die Strafprozeßordnung grundsätzlich einen Verdacht der Begehung einer Straftat, um einen Grundrechtseingriff in die Sphäre des Bürgers zu legitimieren. Aus der Tradition der Aufklärung heraus hat sich ein Mißtrauen gegenüber dem Strafanspruch des Staates herausgebildet, daß zwar den Zwang gegen Dritte erlaubt, aber auch Vorkehrungen gegen einen Mißbrauch dieser Mittel durch den Staat trifft. Nicht Schnelligkeit und Effizienz gelten für das Strafverfahren, sondern Zurückhaltung und Prinzipientreue, die sich als die Rechtsstaatlichkeit schützenden Instrumente verstehen.⁷²² Damit ist die Etablierung eines Optimums zwischen den Extremen des Überwachungsstaates und des offenen Laissez-Faire Staates Ziel dieses Modells.⁷²³

Durch eine Formalisierung des Strafverfahrens wird eine Sicherheitsgarantie für Angeklagte geschaffen, die beinhaltet, daß er nicht mit Zwangsmaßnahmen zu einer Aussage gebracht werden kann. Gleiches gilt auch für die Polizeigesetzgebung, die einen konkreten Gefahrenverdacht für einen staatlichen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Sphäre voraussetzt.

Dieses Verhältnis des Bürgers zum Staat ist ein tragendes Element des liberalen Staatsverständnisses, durch dessen Merkmale das Grundgesetz geprägt ist. Der liberale Staat läßt seinen Bürgern einen weiten Entfaltungsspielraum, in dem er seine sozialen Aktivitäten vornehmen kann. Dieser Freiraum ist nur in einem bestimmten Umfang begrenzt, die Grenzziehung wird erst bei

⁷²² Hassemer, KritV 1988, 336 (S. 339); Hoffmann-Riem, JZ 1978, 335.

⁷²³ Hoffmann-Riem, JZ 1978, 335.

Beginn der Einschränkung der Freiheiten Dritter durch Befehl und Zwang vorgenommen.⁷²⁴

Für einen Grundrechtseingriff muß damit die abstrakt und generell gezogene Grenze überschritten worden sein,⁷²⁵ die beim Grundrechtseingriff zur Gefahrenabwehr von der Allgemeinheit zu ziehen ist. Die Gefahrenabwehrmaßnahmen sind aber von einem Verdachtsmoment abhängig; damit kann ohne den Verdacht einer drohenden Gefahr kein Grundrechtseingriff erfolgen. Diesem Verständnis folgt auch das Grundgesetz durch das Verdachtserfordernis für einen Grundrechtseingriff. Es wird dem Bürger somit ein Spielraum zur Entfaltung seiner Persönlichkeit eröffnet, damit muß er aber auch in Kauf nehmen, daß dieser Freiraum für Straftaten genutzt werden kann, da keine absolute und umfassende Kontrolle gegeben ist. Prävention ist daher nur in Einzelfällen zulässig, um sozialschädigenden Handlungen zu begegnen. In diesem Konzept stellt die präventive Maßnahme eine Ausnahme dar, die nur bei Gefahrenverdacht einsetzbar ist.

Grundsätzlich läßt ein solcher Staat die bloße Existenz von repressiven Maßnahmen als präventive Wirkung zur Verhinderung von Straftaten ausreichen; damit zeigt sich die Prävention nicht als ein eigenständiges staatliches Steuerungsinstrument.⁷²⁶ Ausfluß dieses Prinzips ist der verfassungsmäßige Grundsatz, daß ein Bürger in einem Strafprozeß erst dann schuldig gesprochen werden kann, wenn der Staat ihm eine sozialschädliche Handlung vorwerfen kann, die vorher durch den Staat bewiesen worden ist.⁷²⁷

Diese präventive Wirkung wird vom Gesetzgeber durch die Kodifizierung der Strafgesetze erreicht. Eine Ausnahme sind deshalb in diesem Gesetzgebungskonzept, das hauptsächlich auf den Strafgesetzen fundiert, um eine Präventionswirkung zu erzielen, die gefahrenabwehrenden Eingriffsmöglichkeiten.

⁷²⁴ Grimm, KritV 1986, 38 (S. 41).

⁷²⁵ Grimm, KritV 1986, 38.

⁷²⁶ Grimm, KritV 1986, 38.

⁷²⁷ Dencker, StV 1988, 262 (S. 263).

III. Ergebnis

Festhalten läßt sich damit, daß zwar ein rein repressiv reagierendes Staatsystem nicht in absoluter Reinform existierte.⁷²⁸

Durchbrechungen dieses Prinzips zugunsten der Aufrechterhaltung von öffentlicher Sicherheit und zum Schutz von hochstehenden Rechtsgütern durch gefahrenabwehrende, vor dem Eintritt des schädlichen Ereignisses stehende Eingriffe waren immer vorhanden. Grundsatz dieser Konzeption ist aber die fehlende vollständige Sicherheitsgarantie. Diese freiheitliche Sicht des Menschen, die dem Individuum Platz zur Selbstverwirklichung läßt, impliziert, daß keine umfassende Sicherheit des Bürgers garantiert werden kann.

C Veränderungen

I. Einleitung

Festzustellen ist ein schleichender quantitativer und qualitativer Änderungsprozeß der bisherigen Rechtsstruktur. Dieser Prozeß läßt Elemente eines Präventiv- und Überwachungsstaates, mithin eine sozial-autoritäre Auffassung des staatlichen Selbstverständnisses, zutage treten. Diese Entwicklung zeigt eine Tendenz zu einer Verpolizeilichung des öffentlichen Lebens und der Entwicklung eines staatlichen Mißtrauens gegenüber dem Bürger.

Dies betrifft sowohl

- die Herabstufung der Relevanz des Verdachtserfordernisses für einen Eingriff in Grundrechte, als auch
- die Zunahme der Intensität des Eingriffes, der sich bislang auf punktuelle Überwachungen wie der Telefonüberwachung beschränkte, nun aber durch längerfristige Maßnahmen erweitert wird.

⁷²⁸ Grimm, KritV 1986, 38 (S. 42).

II. Zu beobachtende Entwicklungsstufen

Die bisherige gesetzgeberische Strategie zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität läßt sich in eine Entwicklung von vier Abschnitten einteilen:

1. Quantitative Steigerung der Eingriffsmöglichkeiten

Die verdeckten repressiven Maßnahmen der StPO werden quantitativ ausgebaut. Dazu zählt insbesondere die Einführung der verdeckten Ermittlungsmethoden wie der Einsatz der Telefonüberwachung, der Einsatz Verdeckter Ermittler und V-Männer.

2. Qualitative Steigerung der Eingriffe

Die Ermittlungsmethoden lassen umfassendere Informationssammlungen zu und lassen damit qualitativ intensivere Grundrechtseingriffe zu. Nach der Einführung des kleinen Lauschangriffs wird durch den großen Lauschangriff die vollständige Überwachung der Kommunikation einer Person ermöglicht. Insbesondere ist die Erstellung eines Bewegungsbildes über den Betroffenen möglich. Gleichzeitig werden unbeteiligten Dritten immer mehr Duldungspflichten auferlegt, um verdächtige Personen überwachen zu können.

3. Vorfeldmaßnahmen

Vorfeldmaßnahmen werden in den Länderpolizeigesetzen eingeführt, um bereits eine akustische Überwachung von potentiellen Straftätern vornehmen zu können, bevor die Schwelle einer Gefahr für Rechtsgüter oder eines Verdachtes einer Straftat erreicht ist. Diese Eingriffe sind sowohl außerhalb als auch innerhalb von Wohnungen zulässig.

4. Verdachtsunabhängige Kontrollen

Zuletzt werden verdachtsunabhängige Kontrollen in die Landespolizeigesetze und das BGSG eingeführt. Diese Kontrollen erfordern keinen Verdacht als Voraussetzung für die Durchführung der Maßnahme. Ausreichender Anlaß für den Einsatz der Maßnahme kann damit auch der Aufenthalt des Betroffenen an einem bestimmten Ort sein. Damit wird eine Jedermannpflichtigkeit normiert, der sich zu bestimmten Zeiten an einem Ort befindet, von dem der Gesetzgeber ausgeht, daß dort kriminelle Handlungen begangen werden können.

Die Änderung des grundrechtlichen Selbstverständnisses des Staates vor dem Hintergrund dieser Entwicklung wird im Folgenden näher untersucht.

III. Beurteilung

1. Erste Stufe: Verlust des individuellen Verdachtes

Zunächst noch wird das grundsätzliche Verdachtserfordernis als Voraussetzung für die Einleitung der Maßnahme bei den moderneren Ermittlungsmethoden aufrechterhalten. Dies gilt für die Telefonüberwachung nach § 100a I, dem kleinen und großen Lauschangriff in § 100a I Nr. 2 und 3 sowie der Erstellung eines Bewegungsbildes (polizeiliche Beobachtung) in § 163e I.

Mit den Regelungen § 163d und 98a wird aber eine erste leichte Abkehr vom grundgesetzlichen Bild des Bürgers vollzogen. Das Konzept dieser Ermittlungsmethoden läßt das Erfordernis des Verdachtes gegen eine einzelne Person bereits entfallen. Ausreichend für eine Einbeziehung von Betroffenen in den Bereich von repressiven Überprüfungen ist allein der Umstand, daß ihre Datensätze für die Ermittlungsbehörden verfügbar sind. Die weitere Ermittlung wird nur davon abhängig gemacht, daß eine bestimmte

Übereinstimmung von Daten vorhanden ist. Damit ist der Bürger allein durch seine Existenz in der Datenbank bereits als ein zwar noch nicht von vorneherein individualisierter, jedoch bestimmbarer Verdächtiger. Ein konkreter Verdacht gegen eine Person ist damit nicht mehr erforderlich. Damit wird die Allgemeinpflichtigkeit und die Duldungspflicht von Dritten verstärkt.

Diese Ermittlungsmethode ist nicht mit einer großangelegten Fahndung –wie etwa bei einer Ringfahndung– nach einem Verdächtigen vergleichbar, da dort bereits eine bestimmte Person Gegenstand der Suche ist, und etwa Kontrollierte zumindest eine örtliche und zeitliche Verbindung zur begangenen Straftat haben. Hier aber wird eine völlig ohne Bezug zur Straftat vorhandene Datenmenge analysiert und aus ihr die –möglicherweise– verdächtigen Personen ermittelt.

2. Qualitative Steigerung der Ermittlungsmethoden

Die Intensität des Eingriffs nimmt ebenfalls zu.

Für den Einsatz der Raster- und Schleppnetz-fahndung, der Telefonüberwachung, des Verdeckten Ermittlers und der Erstellung eines Bewegungsbildes ist zwar ein Verdacht erforderlich. Diese Maßnahmen sind auch nur punktuell auf einen bestimmten und vor allem kurzen Zeitraum abgestimmt. Der staatliche Eingriff kann immer nur ausschnittsweise Gespräche oder soziale Aktivitäten aufnehmen.

Diese ausschnittsweise Überwachung ist aber bei dem großen Lauschangriff nicht mehr gegeben. Die Maßnahme läßt die vollständige Überwachung der Betroffenen zu, ohne daß dabei bestimmte Grenzen einzuhalten wären. Die Gesprächsüberwachung ist theoretisch in allen Räumen möglich, Ausnahmen sind nicht vorgesehen. Damit wird die bisher nur auf bestimmte Details konzentrierte Überwachungsmaßnahme ausgeweitet. Bei der Rasterfahndung waren allein einige bestimmte Daten des Betroffenen zur Durchführung der Maßnahme erforderlich, die

Schleppnetzfahndung beinhaltet ebenfalls nur ausgewählte Datensätze. Auch der Verdeckte Ermittler konnte nur die ihm zugänglich gemachte Kommunikation wahrnehmen. Mit dem großen Lauschangriff jedoch wird der bisherige Ausschnittscharakter der Maßnahmen aufgegeben.

Desweiteren werden auch nicht unmittelbar beteiligte Dritte durch die Maßnahme betroffen. Ist der Verdächtige nicht in der von ihm bewohnten Wohnung, können auch andere Personen zur Duldung der Maßnahme verpflichtet werden, bei denen der Betreffende sich aufhält.

3. Dritte Stufe: Vorfeldmaßnahmen: Verlust der Gefahrenvoraussetzung im Polizeirecht

Die Verdachtsschwelle als Voraussetzung eines Eingriffs wird bei den Vorfeldmaßnahmen der Länderpolizeigesetze verlassen.

Die in den Gesetzen enthaltene Formulierung der „Tatsachen, die die Annahme von Straftaten rechtfertigen“, läßt das Erfordernis eines Verdachts entfallen. Ausreichend für einen Eingriff sind bereits sogenannte „Anhaltspunkte“, daß Straftaten drohen könnten. Eine genauere Bestimmung des Merkmals der „Anhaltspunkte“ ist nicht vorhanden und wird damit den jeweiligen Behörden überlassen. Diese können nach ihrer Auffassung strafrechtlich möglicherweise relevante Tatsachen und Sachverhalte für einen Grundrechtseingriff ausreichend ansehen. Dazu kann bereits die potentielle Möglichkeit der Begehung von Straftaten durch den Betroffenen genügen.

a) Konkretisierung durch Legaldefinitionen

Ein Ansatz zur Konkretisierung dieses Begriffes könnte die in den „Ausführungsbestimmungen zum niedersächsischen Gefahrenabwehrgesetz“ (AB NGefAG) enthaltene „Bestimmung“ des Begriffes der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ sein. Nach

der von niemandem bestrittenen Feststellung, daß dieser Begriff ein unbestimmter Rechtsbegriff sei, wird dort als Erfordernis für die Bejahung dieser Situation festgestellt, daß je schwerer der Schaden ist, der einzutreten droht, umso geringere Anforderungen an den Grad der Wahrscheinlichkeit zu stellen sind. Dieser Gedanke könnte auf die „Anhaltspunkte“ der präventivgesetzlichen Regelungen übertragen werden, um greifbare Konturen des Begriffes herauszuarbeiten. Wenn demnach Geschehnisse, Zustände oder Vorgänge auf einen Schadenseintritt hindeuteten, könnte damit eine Tatsache vorliegen, die den „Anhaltspunkt“ für die Begehung einer Straftat erfüllt.

b) Kein Verlust des Gefahrenbegriffes

Überhaupt bestritten wird der Verlust des Gefahrenbegriffs in den Vorfeldermittlungsbefugnisse von Schenke.⁷²⁹

Der Begriff der „Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen, daß...“ erfasse gerade auch den Umstand, daß eine Gefahr drohen könnte, denn in dieser Formulierung, die in § 39 I Nr. 2a SächsPolG normiert war, sei gerade die hinreichende essentielle Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts enthalten. Dieser Gefahrenbegriff liege auch nicht so weit weg, daß die Vorschrift nur bei einer latenten Gefahr anwendbar gewesen sein könnte. Diese Regelung habe gerade nur eine Lücke im Polizeirechtssystem geschlossen, denn § 39 I Nr.1 SächsPolG verlange die gegenwärtige –also nahe- Gefahr, so daß durch die geringeren Anforderungen an die Gefahrenrealisierung durch die Vorfeldbefugnisse die polizeilichen Abwehrmethoden komplettiert gewesen seien.⁷³⁰

Erst bei einer Interpretation, die keine konkrete Gefahr erfordere, sei die Verfassungswidrigkeit erreicht.⁷³¹

⁷²⁹ Schenke, DVBl 1996, 1393.

⁷³⁰ Schenke, DVBl 1996, 1392 (S. 1396).

⁷³¹ Schenke, DVBl 1996, 1392 (S. 1396).

c) Ergebnis: Unbestimmtheit

Jedoch können beide Ansätze die für einen Grundrechtseingriff erforderliche Bestimmtheit nicht erfüllen. Verschiedene Merkmale können bereits ausreichend sein, um den Bürger im Sinne dieser Vorschrift als Gefahr einzustufen und damit überwachen zu können. Die durch die Ausführungsbestimmungen vorgeschlagene Definition ist allein eine Wiedergabe von allgemeinen Lehrsätzen. Eine nähere gesetzliche Inhaltsbestimmung ist nicht gegeben, so daß die Behörde völlig frei ist, eigene Maßstäbe aufzustellen.

Der Betroffene kann keine Defensive gegen einen Vorwurf der Gefährlichkeit führen. Der vermutlich gefährliche Betroffene wird bereits vor einer durch ihn ausgehenden Gefahr durch eine verstärkte Überwachung in Anspruch genommen, um die Sicherheit der anderen Bürger aufrechtzuerhalten.

Desweiteren ist das von Schenke vorgeschlagene Konzept der Aufrechterhaltung des Gefahrenbegriffes in den Vorfeldermittlungsbefugnissen in sich nicht schlüssig. Unter die „Tatsachen“ ist neben einer irgendwie gearteten Gefahr jegliches anderes Merkmal zu subsumieren. Nach dem Wortlaut ergeben sich für eine solche restriktive Auslegung keine Anhaltspunkte, so daß keine Justitiabilität dieses Begriffes gegeben ist. Dies wird von diesem Autor selber implizit eingeräumt, da er argumentiert, daß der „Schadenseintritt in den Fällen (der Vorfeldermittlung) zeitlich (nicht) so fern liegt, daß hier nur von einer latenten Gefahr ausgegangen werden kann; jedenfalls trifft dies keineswegs immer zu.“⁷³² Damit relativiert er seine Behauptung selber, daß eine Gefahr immer für den Einsatz der Maßnahme erforderlich sei.

4. Vierte Stufe: Verdachtsunabhängige Kontrollen

Die verdachtsunabhängigen Kontrollen sind der bisherige Schlußpunkt der gesetzgeberischen Strategie der Bekämpfung der

⁷³² Schenke, DVBl 1996, 1393 (S. 1396, 2. Spalte, 2. Absatz a.E.).

organisierten Kriminalität. Dieses Konzept verfolgt auch die Möglichkeit, gegenüber allen Grundrechtsträgern eine Überwachungsmöglichkeit zu schaffen, so auch und insbesondere gegenüber Nichtstörern.⁷³³ Diese hat sich in der Normierung der verdachtsunabhängigen Kontrollen realisiert.

Es sind für diese Maßnahmen nicht einmal „Anhaltspunkte“ wie in den Vorfeldermittlungen nach dem Gesetzeswortlaut erforderlich, um diese Kontrollen durchzuführen. Ausreichend ist bereits die Anwesenheit an einer bestimmten Stelle, um den Bürger zum Objekt staatlicher Kontrolle werden zu lassen. Die Entscheidung über den Einsatz dieser Maßnahme wird allein durch die Behörde oder die einzelnen ausführenden Beamten getroffen, weil eine gesetzliche Definition von Merkmalen nicht erfolgt ist.

Die Durchführung der Kontrollen ist damit ganz in das Ermessen der Beamten gestellt. Eine Begrenzung des Ermessensspielraums durch gesetzliche Regelungen ist nicht vorhanden, so daß eine weite Handhabung der Kontrollen ermöglicht wird. Diese Form der Überwachung negiert auch die Unschuldsvermutung. Mit der Verschärfung der präventiven Maßnahmen und der Einführung der Vorfeldüberwachung wird der Bezug der Strafgesetze zu bestimmtem Unrecht gelöst.

Begründet wird diese Entwicklung mit den Vorteilen einer präventiven Konzeption eines Staates, denn eine solche Ausrichtung erspart den Eintritt eines Schadens, der durch Repression allenfalls auszugleichen, oft aber nicht mehr reversibel ist.⁷³⁴

5. Zusammenfassung

Diese Darstellung legt die wichtigsten Entwicklungsstufen der Sicherheitsgesetzgebung der letzten Jahre dar. Es ergibt sich eine immer weiter zunehmende qualitative und quantitative

⁷³³ Roggan, KJ 1997, 81 (S. 92).

⁷³⁴ Grimm, KritV 1986, 38.

Überwachungsmöglichkeit des Staates gegenüber dem Bürger. Einhergehend mit einer Steigerung der Eingriffsintensität ist auch eine Absenkung der Eingriffsschwelle in grundrechtliche geschützte Sphären festzustellen. Diese Entwicklung läßt Elemente eines sozial-autoritären Staates an den Tag treten, die durch ein grundsätzlich staatliches Mißtrauen gegenüber dem Bürger geprägt ist. Im folgenden Abschnitt wird diese Entwicklung vor dem Hintergrund des Systems des Überwachungsstaates und die sich daraus ergebenden grundgesetzlichen und prozessualen Problematiken beleuchtet.

IV. Etablierung einer Sicherheitsgesetzgebung

Die oben dargestellte Entwicklung enthält Elemente eines Präventivstaates, da der Bürger mehr als eine potentielle Gefahr für den Staat gesehen wird. Hier werden diese Elemente dargestellt und die Struktur der neuen Normierungen auf Übereinstimmungen mit diesen Elementen durchsucht und analysiert.

1. Erstes Merkmal:

Schwerpunktverschiebung von Repression zur Prävention

Grundunterscheidungsmerkmal des Präventivstaates vom liberalen Verfassungsstaat ist das auf der Prävention liegende Schwergewicht in seinem Sicherheitssystem. Dieser Schwerpunktsetzung steht das System des liberalen Rechtsstaates entgegen. Die liberale Gesetzeslage beruht auf dem Grundsatz der Reaktion des Staates auf Krisen, die das Ziel der Wiederherstellung staatlicher Ordnung haben. Diese Strategie ist reaktiv und punktuell, die im Tatbestand des Gesetzes festlegt, was als Störung der Ordnung gilt und auf der Rechtsfolgenseite die Reaktion des Staates bestimmt. Damit erscheint die jeweilige staatliche Reaktion als ein Vollzugsakt, der einer grundsätzlichen gerichtlichen

Kontrolle unterliegt.⁷³⁵ Eine solche Änderung ist mit der Einführung der Vorfeldmaßnahmen in den Länderpolizeigesetzen festzustellen. Sie erlauben die Überwachung von potentiellen Straftätern, die von bestimmten Rastern erfaßt wurden. Inwieweit die polizeiliche Arbeit von der tagtäglichen Routinearbeit zur präventiven Überwachung in quantitativer Hinsicht übergeht, ist aufgrund fehlender Informationen über den Einsatz dieser Maßnahme nicht festzustellen. Durch die Normierung der Vorfeldermittlungen ist theoretisch aber eine quantitative Steigerung bei entsprechend vorhandener technischer Ausrüstung sehr wahrscheinlich. Aufgrund der Erfahrungen mit anderen polizeilichen Ermittlungsmethoden ist davon auszugehen, daß bei sich bietender Gelegenheit von dieser Maßnahme auch Gebrauch gemacht werden wird.

Eine gleiche Entwicklung ist bei den verdachtsunabhängigen Kontrollen zu beobachten. Diese sind nur durch ein grundsätzliches Mißtrauen des Staates gegenüber seinem Bürger zu erklären, der befürchten muß, daß sich ohne diese Kontrollen eine mögliche Gefahr für den Staat einstellen wird. In einem solchen Staat wird die Allgemeinpflichtigkeit der Bürger zur Aufrechterhaltung einer weitreichenden Sicherheitslage verlangt.⁷³⁶ Jedermann kann in das Suchraster einer Verdachtsschablone geraten.⁷³⁷

2. Zweites Merkmal:

Kontrollverlust des Staates über die Polizei

Verbunden mit der Einführung des Prinzips der Prävention ist ein Verlust an staatlicher Kontrolle über die Einsatzmaßnahmen und eine Abweichung von Prinzipien der StPO festzustellen.

Nach der Konzeption der Strafprozeßordnung ist die Staatsanwaltschaft „Herrin“ des Verfahrens, die wiederum der

⁷³⁵ Grimm, KritV 1986, 38 (S. 39).

⁷³⁶ Dencker, StV 1988, 262 (S. 264).

⁷³⁷ Liskén, ZRP 1994, 49 (S. 50).

Aufsicht durch den Staat unterliegt. Die Präventivstrategie des Gesetzgebers ist mit der Normierung der Vorfeldmaßnahmen in den Länderpolizeigesetzen forciert worden. Eine Kontrolle der Ausübung der Maßnahme findet durch die Staatsanwaltschaft nicht statt, so daß der Polizei ein Ermessensspielraum eröffnet, der nach ihrem Gutdünken ausgenutzt werden kann. Dadurch ist eine flächendeckende Überwachung möglich, deren Ausführung nicht vollständig zu überwachen ist, da eine gerichtliche Überprüfung solcher Regelungen durch Betroffene nicht immer vollständig möglich ist. Dies liegt zum einen in der Heimlichkeit der Maßnahme, zum anderen in den sich der Justitiabilität entziehende Einsatzvoraussetzungen.

Damit entziehen sich die heimlichen Vorfeldmaßnahmen einer Kontrolle durch die Justiz. Die Position der Staatsanwaltschaft als „Herrin des Verfahrens“ wird damit ebenfalls herabgestuft.

a) Umgehung der StPO

Mit der Befugnis der präventiven Datenerhebung ohne die Voraussetzung eines Verdachtes wird die Möglichkeit geschaffen, an Beweismittel zu gelangen, die nicht mit Mitteln der StPO zu gewinnen sind.

Die StPO erlaubt gerade nicht die Sachverhaltserforschung durch das heimliche Abhören ohne einen Verdacht. Mit den präventiven Ermittlungsmethoden können damit die in §§ 52, 53, 97, 136, 136a StPO normierten Schranken umgangen werden.⁷³⁸ Diese Regelungen sind gerade zum Schutz des Beschuldigten geschaffen worden, damit der Verdächtige nicht durch die Strafverfolgungsbehörden getäuscht werden kann und damit sich selbst belastet.

Das Zeugnisverweigerungsrecht in familiären Beziehungen ist ein solches Schutzinstrument, daß die familiären Strukturen und damit den innerfamiliären Frieden schützen soll. Das

⁷³⁸ Köhler, StV 1996, 186 (S. 187).

Zeugnisverweigerungsrecht bezüglich der Berufsgeheimnisse ist ebenfalls zum Schutz der Vertraulichkeit zwischen den Betroffenen in die StPO aufgenommen worden.

Diese Grundprinzipien der StPO werden durch Vorfeldermittlungen verletzt, denn durch die Sammlung von Informationen in Wohnungen werden die Vorschriften de facto außer Kraft gesetzt. Bei dem Lauschangriff zu repressiven Zwecken ist diese Verletzung ebenfalls vorhanden, jedoch durch die Schwere der Straftaten gerechtfertigt. Durch das Bedürfnis, besonders schwere Straftaten aufklären zu müssen, ist die grundsätzliche Anwendung dieser Maßnahme gerechtfertigt. Vor allem aber ist durch das Erfordernis eines Verdachtes zumindest de jure eine Eingrenzung der Anwendung zu besorgen. Diese Maxime wird auch von den polizeilichen Vorschriften zur Gefahrenabwehr eingehalten, denn es wird eine konkrete Gefahr, mithin eine hohe Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts, verlangt.

Eine solche Rechtfertigung ist bei den Vorfeldermittlungen nicht vorhanden. Die verschiedenen Einsatzmöglichkeiten der Vorfeldermittlung sind durch den Verweis auf den § 100a StPO geregelt, der eine höhere Anzahl von Straftatbeständen als in § 100c I Nr. 3 enthält. Im Ergebnis wird damit eine weiter gefaßte und auch eher zulässige Abhörmöglichkeit geschaffen, als sie in § 100c I Nr. 3 unter dem Verdacht einer besonders schweren Straftat zulässig wäre.

Es ist nicht einmal ein Verdacht erforderlich, um die Maßnahme einzusetzen. Der wegen der verdachtslosen Einsatzmöglichkeit intensivere Eingriff ist damit bei Straftaten minderer Qualifikation eher möglich als der minder schwere Eingriff durch den großen Lauschangriff in der StPO. Dieses Ergebnis steht damit in einem eklatanten Widerspruch zu dem in § 100c I Nr. 3 normierten Verdachtserfordernis einer Begehung einer besonders schweren Straftat. Der Einsatz der Vorfeldermittlungen ist weder durch einen Verdacht eingrenzbar noch ist er durch eine besonders schwere Straftat gerechtfertigt. Der durch diese Maßnahme vorgenommene

Eingriff in die Zeugnisverweigerungsrechte ist damit nicht durch ein besonderes Bedürfnis der Strafverfolgungsbehörden oder der Polizei zur Abwehr einer Gefahr für die Allgemeinheit zu rechtfertigen. Im Vergleich zum Stellenwert der Zeugnisverweigerungsrechte der Betroffenen müssen Eingriffe in diesen Bereich aber durch ein höheres Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt sein, um eine Verletzung des Zeugen- und Angeklagtenschutzes zu verhindern. Dies ist wegen der Unklarheit über die tatsächlichen Ausmaße der organisierten Kriminalität nicht möglich, auch sind wegen fehlender Erfahrungen mit dem großen Lauschangriff keine Vorhersagen über die tatsächliche Effizienz der Maßnahme zu treffen.

Durch die Verletzung der Gesetzgebungskompetenzen erfolgt eine über diese Feststellung hinausgehende Auswirkung auf die Kontrollierbarkeit des Einsatzes. Die strafprozessualen Regelungen unterstehen der Kontrolle der Staatsanwaltschaft, die ein aufsichtliches Korrektiv darstellt. Diese „Machtfrage“ wird mit der Regelung in den Polizeigesetzen der Länder aber zugunsten der Polizei entschieden und läßt Befürchtungen aufkommen, daß sowohl generell als auch im Einzelfall ein Verlust an Rechtsstaatlichkeit aufkommt,⁷³⁹ da die Polizei in dem von ihr beanspruchten Raum nicht durch die Staatsanwaltschaft beaufsichtigt werden kann.

b) Verstoß gegen die Ratio des klassischen Polizeirechts

aa) Einleitung

Traditionelle Aufgaben der Polizei sind die Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, letztere allerdings unter der Leitung der Staatsanwaltschaft.

Die Gefahrenabwehr beinhaltet nach anerkannter Auffassung die Bekämpfung von konkreten Gefahren.⁷⁴⁰ Die Strafverfolgung

⁷³⁹ Backes, KritV 1986, 315 (S. 332).

⁷⁴⁰ Backes, KritV 1986, 315 (S. 325).

dagegen unterliegt der Staatsanwaltschaft, die nach Bekanntwerden von Delikten die Strafverfolgung aufzunehmen hat. Beide Aufgaben sind nach der traditionellen Sichtweise streng voneinander getrennt, auch wenn der Staat die aus dem Grundgesetz ableitbare Schutzpflicht hat, sowohl gegen Straftäter⁷⁴¹ als auch gegen Sicherheitsbedrohungen des Staates und seiner Bürger vorzugehen.⁷⁴² Die Tendenz zur Prävention in den Länderpolizeigesetzen schafft unabsehbare Konsequenzen für das staatsrechtliche Selbstverständnis sowohl bei der Exekutive als auch bei der Legislative. Präventive Ermittlungsmethoden bergen die Gefahr in sich, zu einer Aufhebung und Vorverlagerung gesetzlich festgelegter Eingriffsgrenzen zu führen.⁷⁴³

Hier soll im Folgenden die Auswirkungen der Vorverlagerung der Eingriffsbefugnisse dargelegt werden und eine kritische Analyse des Denkansatzes der Prävention durchgeführt werden. Insbesondere ist dabei von Interesse, welches Selbstverständnis das Grundgesetz in dieser Beziehung aufweist und wie sich das Polizeirecht seit der ersten Normierung entwickelt hat. Vor diesem Hintergrund wird dann untersucht, inwieweit sich die Ratio des klassischen Gefahrenabwehrrechts mit der derzeitigen Rechtsentwicklung verträgt.

bb) Verselbständigung der Ermittlungsmaßnahmen

(a) Polizeiliche Schwerpunktsetzung

Die Polizei erhält durch diese neuen Ermittlungsmethoden eine erhöhte Fülle an Eingriffsinstrumenten, die eine Menge an Datenmaterial liefern. Aus der Masse an Ermittlungsmethoden kann sie nicht nur unabhängig bestimmen, welche Maßnahmen

⁷⁴¹ Walder, ZStW 95 (1983) S. 862; Sax, S. 910, (S. 966,967); Klose, ZStW 86, S. 33 (S. 35); Kniesel, DP 1991, S. 185 (S.186).

⁷⁴² Bethge, DVBl 1989, S. 848.

⁷⁴³ Backes, KritV 1986, 315 (S. 325).

wann und wo durchgeführt werden, sondern sie kann auch die Schwerpunkte der Ermittlungsarbeit selber bestimmen. Es ist allein von den Erwägungen der Polizei abhängig, welche Daten sie zu welchem Zeitpunkt an die Staatsanwaltschaft liefern wird.⁷⁴⁴ Abzusehen ist, daß die Polizei die Prioritäten auf die Ausforschung von bestimmten Gruppierungen legen und die Weitergabe der präventiven Daten zu repressiven Zwecken an die Staatsanwaltschaft zurückhaltend praktizieren wird. Dieser ist der Zugriff auf diese zunächst präventiven Daten verwehrt, so daß die Staatsanwaltschaft zu einem „randständigen Informationsträger“ zurückgestuft wird.⁷⁴⁵ Die präventive Verwendung ergibt sich nur durch den fälschlicherweise in den Länderpolizeigesetzen vorgenommenen Normierungsort.

Präventives Denken führt nicht nur zu kompetentiellen Verlagerungen zwischen Gesetzgeber, Staatsanwaltschaft und Polizei. Die Auswirkungen dieser Art der Ermittlungsmethoden erstrecken sich auf das gesamte Klima der Strafverfolgung und der Gefahrenvorsorge, denn mit diesem Instrumentarium der präventiven Überwachung löst sich die Polizei von dem klassischen Gefahrenbegriff. Die Aufgaben der Polizei sind nach dem klassischen Verständnis auf die Gefahrenabwehr beschränkt, die sich damit grundsätzlich auf eine Aufnahme der Tätigkeit im Einzelfall reduziert. Eine vorbeugende Verbrechensbekämpfung ist nach diesem Verständnis der polizeilichen Eingriffskompetenzen fernliegend. Erst bei einem Verdacht einer Straftat kann durch die Polizei nach dem Grundsatz des „ersten Zugriffs“ eine Strafverfolgung vorgenommen werden. Hier ist schon das Risiko von zukünftigen Störungen ausreichend, um präventiv eingreifen zu können. Es wird deshalb befürchtet, daß durch das Verlassen der konkreten Gefahr als Eingriffsvoraussetzung nicht mehr gewartet wird, bis sich eine Gefahrenlage aufgebaut hat, sondern bereits auf

⁷⁴⁴ So auch Schäfer, GA 1986, 49 (S. 53,54).

⁷⁴⁵ Backes, KritV 1986, 315 (S. 338).

den Feldern der potentiellen Risikoentwicklung ein Vorrat von Kenntnissen für ein späteres Eingreifen geschaffen werden wird.⁷⁴⁶ Die Forderung nach einem solchen Ermittlungsinstrument wurde bereits vor längerer Zeit erhoben, um Verbrechen zu bekämpfen. Mit der Erkenntnis, daß Straftaten in einem sozialen Umfeld entstehen und nicht allein auf einen bösen Willen zurückzuführen sind, wurde insbesondere von Stümper bereits 1975 gefordert, daß die Focussierung auf eine Einzeltat aufgegeben werden müsse, somit nicht mehr die einzelne Tat im Visier der Strafverfolgung stehen dürfe, sondern die gesamte Kriminalität schlechthin Bekämpfungsziel sei. Ziel der polizeilichen Arbeit im Vorfeld sei damit die weitestgehende Ausrottung der Kriminalität per se.⁷⁴⁷ Das Erreichen dieses Postulats kann konsequenterweise nur durch Ermittlungsmethoden geschaffen werden, die bereits im Vorfeld von Straftaten eingesetzt werden können. Damit einhergehend ist die automatische Ausweitung des Aufgabenbereichs der Polizei festzustellen. Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens wird somit eine schleichende Aufhebung und Vorverlagerung gesetzlich festgelegter Eingriffsgrenzen erreicht.

Diese Entwicklung ist vor allem vor dem Hintergrund neuester politischer Erfahrungen mit jedem Ansatz von Sicherheitsdenken kritisch zu sehen, denn diese Denkstruktur stellte schon in der Vergangenheit die Sicherheit der Bevölkerung über gesetzlich geregelte Tatbestände zum Schutz des Beschuldigten. So wurde durch den BGH in den Terroristenverfahren der Verteidigerkontakt gegen die ausdrückliche Vorschrift des § 148 StPO unterbrochen, da nach seiner Auffassung nur dadurch die Gefahr der Kontaktherstellung mit anderen Terroristen unterbunden werden konnte.⁷⁴⁸ Ähnliche Argumente werden für die Begründung des Einsatzes des Lockspitzels angeführt, nach dem Verstöße gegen rechtsstaatliche Grundsätze kein Verfahrenshindernis darstellen.⁷⁴⁹

⁷⁴⁶ Backes, KritV 1986, 315 (S. 327).

⁷⁴⁷ Stümper, Kriminalistik 1975, 49 (S. 52).

⁷⁴⁸ BGH NJW 1977, 2172.

⁷⁴⁹ BGHSt 32, 345 (S. 352, 353).

In der Justiz werden diese weiten Auslegungen zumindest mit einem Begründungsaufwand dargelegt und die Rechtfertigung mit „außergewöhnlichen Lagen“ oder auch „besonders gefährlichen und schwer aufklärbaren Straftaten“ gerechtfertigt. Diese zumindest die verfassungsrechtliche Problematik erkennenden Stimmen existieren bei der Diskussion um die Verabschiedung der landespolizeilichen Präventionsmaßnahmen nicht. Die Diskussion ist allein von der Befürwortung eines Gefahrenabwehrinstrumentes geprägt, das eine effektive Bekämpfung von Straftaten verspricht. Eine Sensibilität von verfassungsrechtlicher Problematik ist bei diesen Diskussionen nicht feststellbar.

Ebenso wie bei der Verabschiedung des großen Lauschangriffs im Strafprozeßrecht wird in den Landtagen argumentiert, man wolle mit dem präventiven Lauschangriff eben nicht den rechtstreuen Bürger abhören, sondern allein den Schutz des Grundrechts mißbrauchenden Straftäter treffen. Dieser Diskussionsansatz zeigt das Fehlen eines rechtsstaatlichen Bewußtseins, das Voraussetzung für eine verfassungsmäßige Gesetzgebung ist. Es ist daher eine weitergehende Abweichung des Gesetzgebers von der liberalen Verfassungsform und eine verstärkte Hinwendung zu einer überwachungsstaatlichen Gesetzgebung zu befürchten.

(b) Steigerung der Anzahl präventiver Einsätze

Die Staatsanwaltschaft wird durch die Eingriffsbefugnis der Vorfeldermittlungen der Polizei auch in anderer Hinsicht an den Rand gedrängt werden.

Zu erwarten ist, daß durch die präventiven Einsätze die Einsatzzahlen von repressiven Einsätzen heruntergedrückt werden und damit die Staatsanwaltschaft, die eigentlich als „Herrin des Verfahrens“ gilt, auch in quantitativer Hinsicht der Einsatzzahlen zurückgedrängt wird.

Begründet wird diese Einschätzung mit den durch die Polizei dann vorzunehmenden praktischen Erwägungen. Es wird eine

Fokussierung auf spezielle Zielgruppen oder bestimmte Stadtteile vorgenommen werden, von denen auszugehen ist, daß dort Straftaten geplant werden. Diese vorherige Überwachung erleichtert spätere Strafverfolgung durch die bereits gesammelten Daten.

Damit werden die staatsanwaltschaftlichen Regelungsbefugnisse und die Kontrollmaßnahmen unterlaufen werden. Auch wird damit automatisch ein Zuwachs an Steuerungspotential für die gesamten Aktivitäten der Polizei gegeben werden.⁷⁵⁰

(c) **Begriffsgebrauch**

Die Bestimmung des Begriffs „Prävention“ liegt in einem Überwachungsstaat ausschließlich in den Händen der Polizei. Bei der derzeitigen Rechtslage wird die autonome Begriffsbestimmung durch die Polizei am Begriff der „Tatsachen“ durchgeführt.

Dabei wird in der Praxis jeweiliges temporäres polizeiliches Interesse definieren, was zur Zeit als eine solche Tatsache angesehen werden soll. Damit kommt diesen Formulierungen nur noch die Funktion einer „rechtsstaatlichen Hülle“ zu, diese Interessen normativ zu rechtfertigen. Eine weitere Gefahr des Präventionsgedankens liegt daher in der Eröffnung eines Entscheidungs- und Ausfüllungsspielraumes allein durch den Rechtsanwender, ohne daß eine Kontrolle darüber ausgeübt wird.

Durch eine Aufgabe des Elementes der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts für die Bejahung einer Gefahr wird geschlossen, daß die verfassungsrechtlich gebotene Normenklarheit aufgegeben werde.⁷⁵¹ Begründen läßt sich diese Annahme damit, daß der Rechtsanwender die von ihm als zweckmäßig erachteten Merkmale selber bestimmen kann und damit die Deflektion von gesetzgeberischen Zielvorgaben gestattet. Dem Bürger wird damit

⁷⁵⁰ Backes, KritV 1986, 315 (S. 341).

⁷⁵¹ Behrendes, DP 1988, 220 (S. 224).

die Möglichkeit genommen, sich über die Reichweite der Norm schlüssig zu sein und sein Verhalten damit entsprechend zu steuern. Es wird mit dieser Regelung die Möglichkeit eröffnet, kriminologische Erkenntnisse verschiedenster Qualität und Quantität und darüber hinaus jegliches irgendwie geartetes polizeiliches Erfahrungswissen mit zur Grundlage der Tatsachen, die die Informationseingriffe in den Länderpolizeigesetzen zulassen, zu machen.⁷⁵² Das Entfallen der Verdachtsvoraussetzung im Polizeirecht eröffnet die Möglichkeit der Polizeipflichtigkeit von jedermann im Vorfeld von Gefahren und etabliert damit einen allgemeinen Verdachtsvorbehalt.⁷⁵³

Die Funktion der Voraussetzungen des Verdachts in § 152 II StPO wie die der Gefahr in den Polizeigesetzen stellt sich als eine Begrenzung der Einsatzbereiche dar. Beide Voraussetzungen knüpfen an „zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“ an. Ohne die Voraussetzungen kann die Maßnahme nicht angeordnet werden. Die Begrenzung des Einsatzes schützt die Bürger davor, durch den Staat ausgeforscht zu werden⁷⁵⁴, ohne daß dazu ein nachvollziehbarer und sachlicher Grund vorliegt.

Für eine Überwachung aber, die schon bei einem ein Risiko einer Straftat möglich ist, ist es hingegen charakteristisch, daß sie durch vom Individuum getrennte soziale Merkmale und Lebenslagen wie Nationalität, Beruf und Wohnort ausgelöst wird.⁷⁵⁵ Die verschiedenen sozialen Faktoren werden durch ein Schemata zueinander in Beziehung gesetzt und geben je nach Erfüllung der Parameter zur Vermutung Anlaß, daß die Begehung von Straftaten von einem solchen Sozialtypus wahrscheinlich sein könnte.⁷⁵⁶

Damit ist es für die Anordnung der Maßnahme in Zweifelsfalle nicht erforderlich, daß sich die konkrete Person durch ihr Verhalten verdächtig macht. Bestimmte depersonalisierte Faktoren können

⁷⁵² Liskens, in: Bull, 191 (S. 193).

⁷⁵³ Riele, CILIP Heft 17, 16 (S. 21).

⁷⁵⁴ Hund, ZRP 1991, 463 (S. 464).

⁷⁵⁵ Riehle, KrimJ 1985, 44 (S. 52).

⁷⁵⁶ Backes, KritV 1986, 315 (S. 335).

damit dem Wortlaut der landesgesetzlichen Regelungen nach den „Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen, daß eine Straftat von erheblicher Bedeutung begangen wird“ entsprechen. Aus der Auswertung dieser Daten kann dann der Träger dieser Verdachtsmomente einer näheren Ausforschung unterzogen werden. Nicht mehr ein konkretes verdächtiges Verhalten eines Menschen ist für das Initiieren einer polizeilichen Maßnahme erforderlich, sondern die Qualifikation durch die Polizei als eine Risikoperson. Möglich ist damit trotz eines völlig legalen Verhaltens durch die Erfüllung bestimmter Risikopotentiale eine Überwachung dieser Person. In einer konsequenten Durchsetzung dieser Methode wäre eine legale Lebensweise kein Schutz davor, Adressat von polizeilichen Überwachungsmaßnahmen zu werden.⁷⁵⁷

cc) **Schwerpunktänderung in der polizeilichen Praxis**

Die Eingriffsmöglichkeiten im Vorfeld von Straftaten lassen die Gefahr aufkommen, daß die polizeiliche Praxis sich in Zukunft von dem Gedanken der Prävention lenken lassen wird. Der Schwerpunkt der Ermittlungstätigkeit der Polizei wird dann auf der präventiven Datenerhebung liegen.

Begründen läßt sich diese voraussichtliche Entwicklung durch die von den Befürwortern verwendete Argumentationsstruktur. Die Polizei will diese Ausnahmeregelungen nicht allein auf die besonderen Lagen beschränkt sehen. Nach ihrer Auffassung ist die moderne Kriminalität nur dann effektiv zu bekämpfen, wenn sie moderne Ermittlungsmethoden an die Hand bekommt. Mit dieser Prämisse wurde die Handhabung präventiver Methoden schon Ende der 70er Jahre als eine solche moderne Kriminalstrategie bezeichnet, die für die Polizei unabdingbar sei.⁷⁵⁸

⁷⁵⁷ Riehle, KrimJ 1985, 44 (S. 52).

⁷⁵⁸ Stümper, Kriminalistik 1979, 249 (S. 254.).

Trotz der damals nicht erfolgten Normierung ist es nicht zu einer essentiellen Krise der Rechtsstaatlichkeit gekommen. Allein die Prognose durch die Polizei, daß es weiterhin zu Straftaten kommen könnte, ist damit ausreichend für die Anordnung eines Grundrechtseingriffs. Diese Denkweise wird in die Argumentationen der solche Maßnahmen anordnenden Richter mit einfließen, die sich auf die Dauer den Einflüssen solcher Denkstrukturen nicht entziehen werden können.

Auf den ersten Blick setzen die in den Ländergesetzen vorliegenden Bestimmungen der durch Tatsachen begründeten Annahme der Begehung von Straftaten nicht allein das Risiko von möglichen Straftaten voraus, um die Abhörmaßnahme anordnen zu können. Nach dem Wortlaut sind „Tatsachen“ erforderlich, die nicht allein ein potentiell Risiko erfordern. Mit dieser Formulierung könnte damit diese Ausuferungsgefahr gebannt sein. Jedoch ist die Interpretationsvarianz dieses Begriffes nicht an bestimmte normative Termini gebunden. Die Ausfüllung des Begriffes der „Tatsachen“ kann theoretisch mit jeder Abweichung von dem normalen erwarteten Verhalten eines Menschen oder von der Allgemeinheit abweichende Lebensgewohnheiten vorgenommen werden. Durch diese Freiheit ist eine schnell anzuordnende und einfache Möglichkeit einer Überwachung der Zielpersonen möglich. Die Eingriffe sind sogar ohne die in der StPO erforderlichen Voraussetzungen der richterlichen Anordnung möglich und laden damit geradezu ein, sich dieses Instrumentes zu bedienen.

dd) Verwischungsgefahr

Es entsteht durch die Verwendung des Begriffes der vorbeugenden Straftatenbekämpfung die Gefahr der Verwischung der Grenzen zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei,⁷⁵⁹ denn es wird mit der

⁷⁵⁹ Deutscher Richterbund, DRiZ 1986, 234; Mahr, Vorgänge 117, S. 13 (S. 14).

neuen Konzeption der präventiven Verbrechensbekämpfung eine Abkehr von den bisherigen Kompetenzabgrenzungen vorgenommen. Diese Befürchtung begründet sich aus der Struktur der Datenbestände bei Polizei und Justiz und deren gegenseitigen Informationspflichten. Bei einer genauen Betrachtungsweise der Speicherungs- Sammlungskompetenzen muß zwischen drei verschiedenen Datenqualifikationen unterschieden werden.

1. Justizdaten sind ausschließlich solche, die aufgrund repressiver Eingriffe gewonnen wurden.⁷⁶⁰ Nach § 163 II ist die Staatsanwaltschaft die befugnisberechtigte Behörde über diese Daten, obwohl die Polizei diese zur Erfüllung ihrer Aufgabe der Strafverfolgung auch verwenden kann.
2. Aufgrund präventiver Einsätze erlangte Daten unterliegen der Verfügungsbefugnis der Polizei. Die Staatsanwaltschaft hat kein Verfügungsrecht über diese Informationen.
3. Aufgrund der Doppelfunktionalität⁷⁶¹ mancher Polizeieinsätze ist die Abgrenzung nicht immer klar zu treffen, da sowohl repressive als auch präventive Elemente von der Maßnahme berührt sein können. Datensammlungen zur Verbrechensbekämpfung haben immer einen präventiven Effekt.

Die präventiven und die repressiven Daten dürfen nach allgemeiner Meinung nicht der jeweils anderen, nicht erhebungsbefugten Behörde zugänglich gemacht werden,⁷⁶² und sind daher jeweils getrennt zu halten. Die Behandlung des dritten Typus ist schwierig. Die *Verfügungskompetenz* über diese Datenart liegt nach einheitlicher Meinung bei der Polizei,⁷⁶³ denn die Polizei sei die einzige Institution, die doppelfunktional tätig werden dürfte.

⁷⁶⁰ Ernesti, ZRP 1986, 57 (S. 58); Ernesti, NSStZ 1983, 57 (S. 61).

⁷⁶¹ Emmerig, DVBl 1958, 338.

⁷⁶² Behrendes, DP 1988, 220 (S. 225); Simitis, Kriminalistik 1987, 305 (S. 307).

⁷⁶³ Behrendes, DP 1988, 220 (S. 225).

(a) Überwiegen der staatsanwaltschaftlichen Leitungsbefugnis

Unklar ist aber die Frage der *Informationspflicht* der Polizei über den Inhalt und Bestand der durch die vorbeugende Überwachung gesammelten Daten gegenüber der Staatsanwaltschaft. Denkbar ist das Überwiegen der staatsanwaltschaftlichen Leitungsbefugnis und damit ein Anspruch auf Preisgabe der Informationen, denkbar ist aber auch das Innehaben der Verfügungsgewalt bei der Polizei, da sie die Quelle der Datenbestände darstellt. Dies würde die Folge haben, daß die Daten der Staatsanwaltschaft vorenthalten werden könnten.

Nach der Konzeption der StPO ist die Staatsanwaltschaft leitungsbefugte Behörde des Strafverfahrens. Dieser Grundsatz beinhaltet auch eine Informationspflicht der Polizei über Ermittlungen gegenüber der Staatsanwaltschaft. Allerdings gilt dieser Grundsatz nicht für die gesamte Datensammlung bei der Polizei.

Da nur repressive Daten einer Mitteilungspflicht unterliegen, ist eine Abgrenzung zu den präventiven Informationen notwendig. Zur Bestimmung kommt zunächst eine Rangabstufung zwischen Strafverfolgung und Gefahrenabwehr in Frage. Bei einem Überwiegen des Gewichts der Strafverfolgung gegenüber der Prävention ist der Vorrang der Strafverfolgung gegeben, so daß die Polizei hier sich von der Staatsanwaltschaft Vorgaben machen lassen müßte. Die Gefahrenabwehr ist ein staatlich ausgeübter Grundrechtsschutz und hat damit Verfassungsrang.⁷⁶⁴ Das gleiche gilt jedoch auch für das Legalitätsprinzip, das in Art. 3 GG eine gleichmäßige Rechtsanwendung garantiert,⁷⁶⁵ so daß beide Elemente aufgrund der Einheit der Verfassung⁷⁶⁶ gleichberechtigt nebeneinander stehen und eine Abwägung gegenüber dem anderen Prinzip nicht möglich ist.

⁷⁶⁴ Emmerig, DVBl 1958, 338 (S. 340).

⁷⁶⁵ Schultz/Leppin, Jura 1981, 521 (S. 524, 525).

⁷⁶⁶ Hesse, Grundzüge, Rn. 71.

Die Heranziehung eines „Gewichtigkeitsargumentes“ zur Klärung dieser Frage ist deshalb unzulässig.

Es ließe sich aber aus der Tatsache, daß die Staatsanwaltschaft unmittelbarer Normadressat des Legalitätsprinzips ist,⁷⁶⁷ und daß sie die Sachleitungsbefugnis im Ermittlungsverfahren innehat,⁷⁶⁸ ableiten, daß sie zur entsprechenden Entscheidung befugt sein könnte. Ein Anspruch der Staatsanwaltschaft auf Information über den Bestand an Vorfelddatenbeständen bei der Polizei wäre mit diesem Argument vertretbar.

(b) Abschottungsverbot

Zum anderen wird für eine Informationspflicht an die Staatsanwaltschaft vertreten, daß diese Mischdaten nicht durch das Argument des „Schutzschildes der Gefahrenabwehr“ der Justiz vorenthalten werden dürften.⁷⁶⁹ Einer Begründung entbehrt diese These allerdings. Nach dieser Auffassung ist die Staatsanwaltschaft berechtigt, auf diese Daten ebenfalls zuzugreifen und diese für ihre Zwecke zu nutzen.

(c) Ergebnis

Die Polizei hat als eigenständige Behörde eine durch die StPO und die landespolizeilichen Gesetze zugebilligte Doppelkompetenz. Diese Konstellation ist bei der Staatsanwaltschaft nicht vorhanden. Für eine Einflußnahme der Staatsanwaltschaft auf die präventiven Datenbestände bei der Polizei spricht damit als einziges Argument, daß diese Informationen für die spätere Strafverfolgung, mithin repressiv nutzen lassen. Ob es jedoch zu einer repressiven Nutzung der Daten im Endergebnis kommen wird, ist aufgrund der noch nicht auf eine Gefahrenlage verdichteten Situation nicht

⁷⁶⁷ Schulz/Leppin, Jura 81, 521 (S. 533).

⁷⁶⁸ Riess, Dünnebier-FS, 149 (S. 167).

⁷⁶⁹ Merten, NSStZ 1987, 10 (S. 13).

vorherzusagen. Zunächst ist noch allein eine Datensammlung gegeben, die nicht unter einen bereits feststehenden Verwendungszweck subsumiert werden kann. In dieser Ermittlungsstufe ist allein der erste Aspekt des Rechtscharakters der Daten, die Datenerhebung, berührt. Damit ist zunächst die Polizei allein zur Nutzung der durch diese präventiven Methoden gewonnenen Informationen zuständig und nicht auskunftspflichtig.

3. Drittes Merkmal: Umfassende Kontrolle des Bürgers

a) Freiheitsbeschränkungen

Der Präventivstaat stellt die umfassende Kontrolle der Bürger in den Vordergrund, um einen hohen Sicherheitsstand halten zu können. Der Eintritt eines Schadensfalles wird damit nicht mehr abgewartet, sondern es werden Vorkehrungen zur Abwehr von gesellschaftlichen Gefahren getroffen. Dieser hohe Sicherheitsstandart sorgt für die Rechts- und Rechtsgütersicherheit der Bevölkerung, die sich zur Erreichung dieses Zieles aber einer Beschränkung ihrer bürgerlichen Freiheit unterwerfen muß. Ansätze von Krisen müssen in einem solchen Staat früh erkannt und im Ansatz erstickt werden, um einen Ausbruch zu vermeiden.⁷⁷⁰ Konkrete Gefahren sind damit nicht mehr für einen staatlichen Eingriff erforderlich, sondern abstrakt mögliche Gefahren für Rechtsgüter sind ausreichend.⁷⁷¹

Von dem Ausbau der repressiven Ermittlungsbefugnisse in der StPO bis hin zur präventiven Strategie des Gesetzgebers zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität läßt sich der gedankliche Ansatz der Schadensverhütung feststellen, der die Etablierung einer hohen Rechtsgütersicherheit zum Ziel hat.⁷⁷² Die Gefahren – hier insbesondere die der organisierten Kriminalität- sollen schon bei der Entstehung bekämpft werden, um damit den Eintritt eines

⁷⁷⁰ Grimm, KritV 1986, 38 (S. 39).

⁷⁷¹ Grimm, KritV 1986, 38 (S. 39).

⁷⁷² Denninger, KritV 1988, 1 (S.12).

Schadens für die Rechtsordnung zu verhindern. Die Diskussion um neue Verbrechensbekämpfungsmethoden wird durch die Prämisse dominiert, das Phänomen der organisierten Kriminalität sei durch den Einsatz verdeckter repressiver und präventiver Mittel zu verhindern und effektiv zu bekämpfen. Ausgegangen wird dabei von der Vermutung, daß die organisierte Kriminalität eine große Bedrohung für die Gesellschaft darstelle und deshalb mit schärfsten Mitteln bekämpft werden müsse. Die organisierte Kriminalität ist damit das ausschlaggebende Argument für die neue Struktur der Sicherheitsgesetzgebung.

Aus Gründen der Effizienz müsse der Einsatz verdeckt durchgeführt und damit auch aus ermittlungstaktischen Gründen eine öffentliche Informationspflicht über den Einsatz restriktiv gehandhabt werden.

Dieses Bild der organisierten Kriminalität wird vom Gesetzgeber als die drohende oder eingetretene Krise definiert, kraft derer er sich auf die Notwendigkeit der verdeckten Ermittlungsmethoden beruft. Voraussetzung für eine effektive Bekämpfung ist nach dieser Denkweise, daß zur Erforschung von möglichen Verbindungen und Verbrechensplanungen eine Überwachung gestattet werden müsse, die keine Ausnahme kennt. Dies wird aus Gründen der alternativen Verlagerung von Treffen in abhörsichere Gegebenheiten für erforderlich gehalten. Desweiteren ist diese Abhörmaßnahme auch auf Dritte auszudehnen, die nicht unmittelbar in die Verbrechensplanungen mit einbezogen werden. Damit soll ein möglichst umfassendes Bild über die organisierten Strukturen gewonnen werden.

b) Kontrollausweitung

Für diese Staatsform ist es desweiteren erforderlich, daß die potentiellen Krisenherde einer laufenden Kontrolle unterzogen werden müssen. Da die repressiven Mittel nur als Ausnahme für den Fall des Versagens präventiver Maßnahmen greifen können, ist

Resultat solcher Kontrollerfordernisse die Tatsache, daß der einzelne sich nicht mehr durch ein legales Verhalten einer staatlichen Kontrolle verwehren kann. Die Kontrollen weiten sich in qualitativer und quantitativer Hinsicht immer mehr aus.⁷⁷³

Diese Kontrollen sind für den Überwachungsstaat deshalb von Bedeutung, weil die Wurzeln sozialer Risiken tief in der Persönlichkeitsstruktur und der Kommunikationssphäre beruhen, so daß für eine wirksame Prävention eine tiefgreifende, bis ins letzte Detail reichende Überwachung erforderlich ist.⁷⁷⁴

Quantitativ ist die Ausweitung der Kontrollen in der zunehmenden Normierung von Eingriffsmöglichkeiten in der StPO und den Länderpolizeigesetzen festzustellen. Die Gesetzgebungstätigkeit hat in diesem Bereich massiv zugenommen.

In qualitativer Hinsicht wird durch die Erweiterungen der Eingriffsbefugnisse in die Grundrechtssphäre des Betroffenen mit der vollständigen Kommunikationsüberwachung durch den großen Lauschangriff und der Erstellung eines Bewegungsbildes möglich. Als logischer Schluß einer solchen Entwicklung sind daher die in den Landesgesetzen enthaltenen Überwachungsmaßnahmen im Vorfeld eines konkreten Verdachtes zu sehen. Diese lassen bereits Tatsachen, die auf ein schweres Delikt hindeuten, ausreichend für eine akustische Überwachung der Betroffenen sein.

c) **Ergebnis**

Damit entwickelt sich das Verbrechensbekämpfungskonzept des Gesetzgebers von einer punktuellen und primär reaktiven Strategie zu einer umfassenden Überwachung möglicher Gefahrenpunkte in der Bevölkerung.

Mithin ist eine Entwicklung von Elementen eines Präventivstaates auszumachen.

⁷⁷³ Grimm, KritV 1986, 38 (S. 39).

⁷⁷⁴ Grimm, KritV 1986, 38 (S. 39).

Für die Voraussetzung einer Einführung einer präventiven Kontrolle ist ein hohes staatliches Bedürfnis erforderlich. Grundsätzlich sind dafür hinreichende Verdachtsmomente und schwerwiegende Gefahren für ein Rechtsgut, wenn der Schutzzweck die Grundrechtsbeeinträchtigungen rechtfertigen soll.⁷⁷⁵ Verdachtsunabhängige Kontrollen sind damit eine Ausnahme und nur zulässig, wenn wie bei Fluggastkontrollen schwerste Gefahren für Leib und Leben anderer Bürger abgewehrt werden müssen. Diese Eingriffe sind durch das Drohen einer Gefahr, die über die Bagatelldeliktsgrenze hinausgeht, gerechtfertigt und beschränken sich auf für den Bürger erkennbare Handlungen. Damit entfällt das für den Überwachungsstaat kennzeichnende Merkmal der Heimlichkeit der Maßnahme.

Dies ist bei den Vorfeldermittlungen zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität nicht gegeben. Eine konkrete Gefahr für Leib und Leben von Dritten liegt nicht vor, nicht einmal ein Anlaß -wie bei den Fluggastkontrollen oder Kontrollen bei Massenveranstaltungen- ist gegeben. Allein eine abstrakte Gefahr könnte vorliegen, deren tatsächliches Eintreten nicht vorherzusagen ist. Ein weiteres Merkmal für die überwachungsstaatliche Tendenz dieser Neuregelungen ist in der verdeckten Durchführung zu finden, die sich damit einer offenen Kontrolle entziehen.

Festzuhalten ist damit, daß die Vorfeldermittlungen und die verdachtsunabhängigen Kontrollen eine kontinuierliche Linie einer Änderung des Menschenbildes erkennen lassen.

4. Merkmal: Verdachtsunabhängige Kontrollen im „Präventivstaat“

Dieses „Feind- oder Gefährlichkeitsstrafrecht“ orientiert sich nicht am Bild des Kriminellen als „fehlgegangenen“ Bürger, sondern allein an einem zum „Bösen“ entschlossenen und subversiven

⁷⁷⁵ Grimm, KritV 1986, 38 (S. 51).

Feind der Rechtsordnung. Ein Staat, der seinen Bürger in einem solchen Bild sieht, hält an einem grundsätzlichen Mißtrauen gegenüber seinem Bürger fest, der ihm in erster Linie als eine Gefahrenquelle für seine Rechtsordnung erscheint.⁷⁷⁶

Daraus erklärt sich die Strategie, daß nicht mehr die Ahndung einer bereits begangenen sozialschädlichen Handlung oder des Verdachtes ausschlaggebend für einen Grundrechtseingriff ist, sondern bereits die potentielle Möglichkeit einer Gefahr durch diese Person. Es wird damit eine vorbeugende Ausschaltung von Gefahrenquellen für eine Erreichung eines hohen Sicherheitsstandarts bemüht. Gefährlichkeitsvermutungen werden damit Grundrechtseingriffe auslösende Tatbestandsmerkmale, denn die Zugehörigkeit zu einer Gruppe oder die Übereinstimmung mit gewissen polizeilichen Rastern läßt die bereits ausreichende Vermutung der Schuld des Betroffenen aufkommen. Es wird ein krimineller Willen im Sinne des „Prinzips Geßlerhut“⁷⁷⁷ eines jeden Individuums vermutet. Diese beruhen auf Prognosen zukünftigen Verhaltens und sind dementsprechend als unbestimmt und fehleranfällig zu qualifizieren. Die punktuelle Reaktion des Staates verschiebt sich zu einer prospektiven Strategie hin, die unerwünschte Ergebnisse und Situationen vermeiden will.⁷⁷⁸ Damit werden durch die Präventionsstrategien schon die Kristallisationskeime künftiger Konflikte ausgeräumt,⁷⁷⁹ so daß es gar nicht erst zu einer Gefahr für Rechtsgüter kommen kann.

Resultat dieses Wandels ist die automatische Verschiebung des Schwergewichts der staatlichen Tätigkeit von der repressiven Reaktion auf die vorbeugende Strategie durch Prävention. Die repressiven Eingriffstatbestände eines solchen Staates reduzieren sich auf Auffangsregeln für fehlgeschlagene präventive Ansätze.⁷⁸⁰

⁷⁷⁶ Dencker, StV 1988, 262 (S. 263).

⁷⁷⁷ Dencker, StV 1988, 262 (S. 265).

⁷⁷⁸ Grimm, KritV 1986, 38 (S. 39).

⁷⁷⁹ Denninger, KJ 1988, 1 (S. 14).

⁷⁸⁰ Grimm, KritV 1986, 38 (S. 39).

Die Argumentation zur Gesetzgebung der letzten Jahre läßt eine Änderung des staatlichen Selbstverständnisses gegenüber dem Bürger erkennen. Dazu zählt insbesondere die Einführung der verdachtsunabhängigen Kontrollen, die Normierung der akustischen Überwachungsmöglichkeiten zu präventiven Zwecken und zu Vorfeldmaßnahmen, die eine große Anzahl von Personen erfaßt.

Die faktische Änderung hat sich in den neuen Regelungen niedergeschlagen, der „intellektuelle“ Hintergrund dieser Entwicklung ist aber nicht in gleichem Maße deutlich geworden. Das Bewußtsein über die Art und das Ausmaß der Änderung ist aber für die weitere mögliche Entwicklung der Gesetzgebung entscheidend. Die möglichen Konsequenzen für das staatsrechtliche Verständnis müssen bewußt gemacht werden.

Vereinzelt wird denn auch von der Kreation eines neuen Rechts, des „Feindstrafrechts“, das nicht mehr von der Unschuldigkeit seiner Bürger ausgeht, gesprochen.⁷⁸¹

D Historischer Vergleich unter besonderer Berücksichtigung des Hochverratstatbestandes nach § 83 StGB vom April 1934

I. Untersuchung der Straftatbestände

Diese Sicherheitsgesetzgebungsstruktur enthält Merkmale und Parallelen von Gesetzen aus der NS-Zeit.

Anhand des ausgewählten Hochverratstatbestandes wird die Struktur der neuen Vorfeldermittlungsbefugnisse der Polizei verglichen. Zwar sind hier systematische Unterschiede gegeben, da zum einen Tatbestandsmerkmale eines Strafgesetzes und zum anderen Eingriffsvoraussetzungen von Vorfeldermittlungen verglichen werden, jedoch sind sich die Merkmale im

⁷⁸¹ Dencker, StV 1988, 262 (S. 263).

Tatsächlich ähnlich. Beide Regelungen stellen ein bestimmtes tatbestandsmäßiges Verhalten oder ein Erfüllen bestimmter Tatsachen unter Strafe, von denen der Gesetzgeber ausging, daß dieses kriminalisiert werden müsse.

1. Darstellung

a) Tatbestandsmerkmale der „Öffentlichkeit“ und des „Anreizens“ im § 83 I StGB 1934

Exemplarisch für die Entwicklung der Gesetzgebung kann die Regelung des Hochverrats in § 83 I StGB in der Fassung vom 24. April 1934, die eine Verschärfung im Vergleich zur vorhergehenden Fassung der Weimarer Republik darstellt, herangezogen werden. § 83 I StGB 1934 bestrafte als Hochverräter denjenigen, der „öffentlich zu einem hochverräterischen Unternehmen auffordert oder anreizt.“

Durch das Änderungsgesetz vom 24. April 1934 wurde der Tatbestand des Hochverrats auch hinsichtlich des Begriffes der „Öffentlichkeit“ verschärft. Im Vergleich zur vorhergehenden Regelung wurde der Tatbestand dahingehend geändert, daß die Aufforderung nicht mehr vor einer Menschenmenge begangen werden mußte, sondern es bereits ausreichte, daß diese Aufforderung vor einer nicht bestimmten und persönlich bekannten Personenzahl ausgesprochen wurde.⁷⁸² Damit wurde eine erste Abkehr von einer bestimmten und abgrenzbaren Tatbestandsziehung vorgenommen, um eine möglichst umfassende Strafbewehrung von unerwünschtem Verhalten zu erreichen. Die gleiche Zielrichtung wurde mit dem „Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutz der Parteiuniformen“ vom 20. Dezember 1934 verfolgt. Dort wurde in § 2 II die nichtöffentliche böswillige Äußerung mit der öffentlichen gleichgestellt, um bereits im Ansatzpunkt staats- und

⁷⁸² Lincke, S. 42.

systemfeindliche Aktivitäten zu unterbinden. Ebenfalls wurde damit jeder Informationsaustausch zwischen den Bürgern eingeschüchert.⁷⁸³ Ziel war damit wie bei der Verschärfung des Öffentlichkeitsbegriffes die umfassende Sicherung des Staates gegen Angriffe von außen und innen. Diese Entwicklung führte zur Etablierung des Terrorstaates, in dem bei jedem „leichten Fehltritt“ eines Bürgers drakonische Strafen ausgesprochen werden konnten.

Mit diesem Gesetzeswerk sicherte sich der NS-Staat die Loyalität seiner Bürger, um den Machterhalt zu gewährleisten. Insoweit ist dieser Unterschied bei der Untersuchung zu beachten, denn mit den neuen Maßnahmen soll keine bestimmte Staatsdoktrin geschützt werden. Jedoch bietet die Struktur vergleichbare Ansätze.

Von Interesse für die hiesige Untersuchung ist insbesondere die Begehungsform des Hochverrates durch das „Anreizen“ zum Hochverrat, in dem der Begriff der „Öffentlichkeit“ mit hineinspielt. Nach der Definition von Dohnany liegt das „Anreizen“ im Gegensatz zur Aufforderung, die ein aktives Tun erfordert, hier in dem „Stimmungsmachen“, d.h. dem Hervorrufen einer Stimmung durch Einwirkung auf Leidenschaften, Denkungsart und Sinne, die geeignet ist, in dem anderen Teil einen scheinbar spontan gefaßten Entschluß zu erzeugen.⁷⁸⁴ Diese Definition wurde auch von Olshausen verwendet, der darunter das Wecken eines Reizes zum Handeln und damit das den Betreffenden kraft eigenen Entschlusses zum Handeln bringen versteht.⁷⁸⁵

Unter das Merkmal des Anreizens ließ sich theoretisch jede Form eines nicht direkt ablehnenden Verhaltens eines Zuhörers oder Beistehenden in einer Menschenmenge subsumieren, der einer solchen Versammlung willkürlich oder unwillkürlich beiwohnte. Bereits durch die Anwesenheit an einer bestimmten Stelle hätte nach dieser Definition ein Anreiz für andere gegeben werden

⁷⁸³ Dörner, S. 325 (S. 327).

⁷⁸⁴ Dohnany, Die Strafgesetzgebung, S. 136.

⁷⁸⁵ Olshausen, StGB 1942 § 83 Nr. 3; auch § 49a Nr. 5a.

können, sich zu dieser Versammlung hinzugesellen. Damit wäre nach der obigen Definition das Tatbestandsmerkmal des „Anreizens“ vollendet.

Damit war es bereits gefährlich, Menschenversammlungen zu besuchen oder ihnen nahekommen, deren Versamlungsgrund nicht sofort erkennbar war. Der Einzelne konnte sich in einem solchen Fall nicht gegen den Vorwurf schützen, einen Anreiz zusammen mit anderen zur Tatbegehung geschaffen zu haben; unabhängig von individuellen Handlungen. Es fehlte für eine Verteidigung gegen diesen Vorwurf eine gesetzliche Grenze, an die er sich hätte halten bzw. mit der er sich hätte verteidigen können. Einwände gegen diese weite Generalklausel wurden mit dem Hinweis zurückgewiesen, daß die Klausel wegen sich verändernder Begehungsformen des Hochverrates erforderlich sei, um Strafbarkeitslücken zu verhindern.⁷⁸⁶

b) Vergleich des „Anreizens“ mit dem Tatbestandsmerkmal der „Tatsachen“ in den Polizeigesetzen

Die „Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen, daß Straftaten von erheblicher Bedeutung“ begangen werden, und einen staatlichen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Sphäre des Bürgers zulassen, sind hier zunächst wegen der weiten Fassung vergleichbar mit dem Begriff des „Anreizens“ im Tatbestand des Hochverrates im Strafgesetz von 1934.

Diese „Tatsachen“ sind nicht durch Substantive vom Gesetzgeber determiniert. Mit den neuen Abhörmaßnahmen kann bereits ein Herausfallen des Einzelnen aus einem bestimmten, von der Polizei aufgestellten Verhaltensraster ausreichend sein, einen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre dulden zu müssen. Jedes abweichende Verhalten von einem bestimmten, dem Bürger nicht zugänglichen Merkmal läßt die Gefahr aufkommen, auf irgend eine Weise durch

⁷⁸⁶ Lincke, S. 43.

Dritte in der Wohnung überwacht zu werden. Die Bestimmung des jeweiligen Eingriffstatbestandes ist für den einzelnen nicht so hinreichend genau möglich, daß er sein Verhalten danach ausrichten könnte, nicht Objekt eines staatlichen Eingriffes zu werden. Ein Orientieren an einer bestimmten Verhaltensweise, die ihn vor dieser Maßnahme bewahrt, ist für den Bürger aufgrund der offenen Fassung des Tatbestandes nicht möglich.

Die nähere Bestimmung der „Tatsache“ ist durch den Ermessensspielraum der Polizei ebenso weit, wie der Spielraum der Gerichte in der NS-Zeit zur Bestimmung für das Tatbestandsmerkmal des „Anreizens“ zum Hochverrat.

c) Typisierungen

Desweiteren läßt sich durch die weite Formulierung der Eingriffstatbestände eine Neuauflage des Gedankens der „Tätertypisierung“ feststellen, die sich in der Rechtsprechung der NS-Zeit etabliert hatte.

aa) NS-Regelungen

Erstmalig findet sich dieser Denkansatz in einer Entscheidung des Reichsgerichts von 1934.⁷⁸⁷

In dieser Entscheidung wird festgehalten, daß es für die Strafbarkeit als Zuhälter nicht allein auf die objektive Tatbestandserfüllung ankäme, sondern auch auf die Merkmalsbefriedigung eines bestimmten „Tätertypus“.⁷⁸⁸ Maßgeblich für die Strafbarkeit des Täters sind damit Umstände, die ihn in seiner Persönlichkeit als Zuhälter im „gesellschaftlich herkömmlichen Sinne“, damit in einer durch das Gericht als typisch angesehenen Erscheinungsform dastehen lassen. In diesem Falle kommt es nach Meinung des Reichsgerichts für die Strafbarkeit als

⁷⁸⁷ RGSt 73, 183.

⁷⁸⁸ RGSt 73, 183 (S. 184).

Zuhälter darauf an, daß dem Angeklagten nach seiner ganzen Persönlichkeit und Charakter das Wesen des Zuhälters zuzutrauen wäre.⁷⁸⁹ Einzelnen Tatbeständen wird damit durch Anlehnung an bestimmte Tätertypen eine besondere Betonung verliehen, durch die eine bestimmte Persönlichkeitsanschauung im Richter geweckt werden soll.⁷⁹⁰ Durch das Gewohnheitsverbrechergesetz von 1933, das in § 20a StGB normiert wurde, erfolgte die Festlegung dieses Gedankens im Gesetz. Wenn nach der Gesamtwürdigung des Täters, also seinen kriminologisch bestimmbar Merkmalen seiner Persönlichkeit er als solcher gekennzeichnet war, konnte auf eine Strafe erkannt werden. Beurteilt wurde der Typ nach dessen Taten, die als Ausfluß eines eingewurzelten Hanges zum Verbrechen angesehen wurden.⁷⁹¹

Die gleiche Meinung wurde auch von der damaligen Literatur entwickelt.⁷⁹² In der fortschreitenden Subjektivierung von einem Tatstrafrecht zu einem Täterstrafrecht sah man eine der wesentlichen Entwicklungsrichtungen des „neuen Strafrechts“.⁷⁹³ Von Becker wird dabei insbesondere die Kreation des Typus des „Volksschädlings“ angeführt, der „in vielen Fällen gerechte Entscheidungen ermöglicht habe“.⁷⁹⁴

Diese Typisierung von Menschen als Straftäter wurde im Verlauf der NS-Herrschaft zur Regel. Neben der Feststellung der Erfüllung des Tatbestandes wurde auch die Einbeziehung der Persönlichkeit in die strafrechtliche Bewertung vorgenommen, so daß „im Leitbild des Typs Tat und Täter als Ganzes zu begreifen“ waren.⁷⁹⁵ Eine bestimmte Handlung wurde nur dann zum Verbrechen, „wenn sie Ausfluß einer allgemeinen asozialen Existenz des Täters ist

⁷⁸⁹ RGSt 73, 183 (S. 187).

⁷⁹⁰ RGSt 73, 183 (S. 184, 185).

⁷⁹¹ RGSt 66, 156; 68, 149, 154.

⁷⁹² Mezger, Deutsches Strafrecht, S. 84; Ders., ZStW 57, 688;

Ders., ZStW 60, 353; Dahm, Sieber-FS Band I, S. 186;

Bockelmann, Studien, 1. Teil, S. 91.

⁷⁹³ Becker, DJ 1942, 677.

⁷⁹⁴ Becker, DJ 1942, 677.

⁷⁹⁵ Becker, DJ 1942, 677.

(Lebensführungsschuld)⁷⁹⁶. Dabei erfolgte eine Koppelung von Handlungstypik mit der Tätertypik.⁷⁹⁷ Relevanter Gesichtspunkt für eine Strafbarkeit wurde die Persönlichkeit des Betroffenen, anhand derer die Bestimmung über die Strafwürdigkeit und das Strafmaß getroffen wurde.

Symptomatisch für diese Betrachtungsweise ist das Schreiben des Generalstaatsanwalts Dr. Erich Trautmann an den Reichsjustizminister zu nennen: „Bei gleichbleibendem Beweisergebnis beabsichtige ich wegen der Art der Äußerungen in Verbindung mit der offensichtlich minderwertigen asozialen und politisch vorbelasteten Gesamtpersönlichkeit des Angeschuldigten die Todesstrafe zu beantragen.“⁷⁹⁸ Diese Formulierung läßt die Einstellung der Strafverfolgungsorgane erkennen, die nicht mehr auf den ausschließlichen Nachweis der Straftat abstellten, sondern es bereits ausreichen ließen, daß der Betroffene in ein bestimmtes Raster paßte. Bei einer Bestätigung solcher Merkmale war damit die Möglichkeit geschaffen, daß bereits aus der alleinigen Zugehörigkeit zu diesem Tätertypus die strafrechtliche Sanktion greifen konnte.

bb) Neuorientierung

Dieses Element der Typisierung von bestimmten sozialen Gruppen als Straftäter ist in der neuen Gesetzgebung auszumachen.

Die verdachtsunabhängigen Abhörmaßnahmen lassen zur Herausfilterung der jeweils gesuchten und potentiell gefährlichen Personen die Aufstellung eines polizeilichen Rasters zu. In dieses Raster können systembedingt ausschließlich solche Datensätze integriert werden, die sich auf bestimmte Typen von Tätern

⁷⁹⁶ Becker, DJ 1942, 677 (S. 678).

⁷⁹⁷ Becker, DJ 1942, 677 (S. 678).

⁷⁹⁸ Schreiben an den Reichsjustizminister vom 22. Juli 1944 im Verfahren OJs 143/44 (ID 614). BAB Best. R 3001/30.01 Nr. IVg 10849.

beziehen, da kein Verdacht vorliegt. Die Typisierung erfolgt damit zwangsweise.

In erster Linie sind damit Außenseiter, nonkonformistische Personen und Randgruppen erfaßt.⁷⁹⁹

Auch die Aufnahme von bestimmten Charakteren ist nach dem Wortlaut der polizeilichen Regelungen gedeckt, denn wenn einem individuellen Charakter einmal die Neigung zu schweren Straftaten begutachtet wurde, liegen „Tatsachen vor, die die Annahme rechtfertigen,“ daß Straftaten erheblicher Bedeutung begangen werden können. Das Szenario kann damit uferlos ausgedehnt werden. Im Ergebnis werden bestimmte Persönlichkeitsbilder in der gleichen Art und Weise zu Auslösern von staatlichen Eingriffen, wie es zur NS-Zeit der Fall war.

Zwar bezieht sich die Sichtweise des Reichsgerichts auf Grundsätze in der strafrechtlichen Verurteilung, jedoch steht hinter der jetzigen Struktur der Polizeigesetze eben jener Gedanke der Typisierung von bestimmtem menschlichen Verhalten. Dies kann sowohl in Form von Lebensweisen oder Kontaktpflege geschehen; das Verhalten muß nur asozial bzw. nach dem Wortlaut der Polizeigesetze typisch für die Begehung von schweren Straftaten sein.

Argumentativ ist hier die Auffassung von Hoffmann-Riem vergleichsweise heranzuziehen, der schon 1978 eine kritische Stellung zum damaligen Musterentwurf des Polizeirechts bezog.⁸⁰⁰

Nach diesem Entwurf war die Kontrolle, die An- und Festhaltung, die Mitnahme zur Wache und eine erkennungsdienstliche Behandlung zulässig bei Personen, die sich an „gefährlichen oder gefährdeten Orten“ aufhielten.

Erkannt wurde bereits damals, daß diese weiten Formulierungen eine Polizeipflichtigkeit zuließen, wenn sich die betreffende Person etwa in Bahnhöfen oder von vermutlich Illegalen frequentierten Gaststätten aufhalten würde.⁸⁰¹

⁷⁹⁹ Krauß, StV 1989, 315 (S. 318).

⁸⁰⁰ Hoffmann-Riem, JZ 1978, 335 (S. 336).

⁸⁰¹ Hoffmann-Riem, JZ 1978, 335 (S. 336).

Die gleiche Konstellation ist bei den Vorfelddermittlungen gegeben. Sogar die einmalige Bescheinigung eines Gutachters, der eine bestimmte Neigung feststellt, kann damit theoretisch zum Auslöser der Überwachung werden. Entgegenzuhalten ist einem solchen Szenario auch nicht die rechtstaatliche Struktur der Kontrolle durch die Judikative, denn zunächst unterliegen die polizeilichen Maßnahmen nicht der staatsanwaltschaftlichen Kontrolle, zum anderen ist auch eine gerichtliche Kontrolle nicht erreichbar, da die Maßnahmen heimlich ablaufen.

cc) Resultat: Verhaltenssteuerung des Bürgers

Die Merkmale des „Anreizens“ und der „Tatsachen“ entbehren beide jeglicher näherer gesetzlicher Bestimmung und Bestimmbarkeit und eröffnen damit den jeweiligen anordnenden Behörden einen freien Interpretationsspielraum. Damit ist durch diese Gesetze die Gefahr gegeben, daß der einzelne durch die von den polizeilichen Institutionen aufgestellten Merkmale zu einem Verhalten gezwungen wird, das demjenigen des polizeilich gewollten Bürgers entspricht. Diese Maßnahme erzielt damit den vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich als nicht zulässig erachteten Zwang des Bürgers, sich bestimmte Verhaltensweisen zuzulegen, um nicht Objekt eines staatlichen Eingriffes zu werden. Eben jene verhaltenssteuernde Funktion hatte auch die Strafbarkeit des Hochverrates in der Fassung von 1934. Damit sollten alle systemkritischen Bestrebungen unterbunden und damit auch ein bestimmtes Verhalten herbeigeführt werden. Die Länderpolizeigesetze zielen zwar nicht vorsätzlich auf die Steuerung und Erzielung eines durch den Staat bestimmten und von einer bestimmten herrschenden Regierungspartei erwünschten Verhaltens ab. In dieser Hinsicht sind die verschiedenen Zwecksetzungen beider Gesetze als fundamentaler Unterschied zwischen der Machtsicherung eines Terrorstaates und der

Straftatbekämpfung eines Rechtsstaates klarzustellen. Die NS-Gesetzgebung sollte die Herrschaft der NSDAP in der Form eines totalitären Staates sichern, hier hingegen soll die Kriminalität bekämpft werden. Jedoch ist de facto eine bestimmte Beeinflussung der Bürger auch durch diese neue Zwecksetzung vorhanden. Unter Beachtung dieses Unterschiedes kann damit der Effekt der weiten Eingriffsbestimmungen auf die Bevölkerung untersucht werden. Die Steuerung des Verhaltens der Bürger ergibt sich daraus, daß bei Bekanntwerden der Merkmale für eine Überwachung sich jede Person bemühen wird, nicht in dieses Raster zu geraten. Damit verbunden ist aber gleichzeitig auch die Annahme eines „neutralen“ Verhaltens. Die Lebensweise und das nach außen hin getragene Verhalten wird auf eine möglichst große „Harmlosigkeit“ hin ausgerichtet werden, um sich einer möglichen Überwachung zu entziehen. Aus diesem Grunde wurde vom Bundesverfassungsgericht die Prämisse im Rahmen des sogenannten Bestimmtheitsgebotes an Gesetze gestellt, daß diese so hinreichend klar und bestimmt sein müssen, daß der einzelne sich danach richten kann.

Verlockend ist in diesem Zusammenhang die Heranziehung der alten Argumentation zum informationellen Eingriff, die beinhaltete, daß der Lauschangriff den Einzelnen nicht in seiner unmittelbaren körperlichen Integrität tangiert und damit kein regelungsbedürftiger Grundrechtseingriff vorliege. In diesem Falle wäre mangels einer „fühlbaren“ unmittelbar physiologischen Einwirkung auf den Bürger keine Verletzung von grundrechtlichen Schutzgütern festzustellen. Nach nun fast übereinstimmender Auffassung ist aber nach dem Bundesverfassungsgerichtsurteil zur Volkszählung eine solche Unterscheidung nicht mehr zulässig.

dd) Herausforderung von Denunziantentum

Die Gleichstellung von öffentlichen und nichtöffentlichen Äußerungen „unwahrer und gröblich entstellender Art“ bezüglich

der Organisationen der NSDAP im Hochverratsgesetz von 1934 förderte das Denunziantentum in der Bevölkerung.⁸⁰² Durch den Einsatz von Spitzeln wurden nicht so viele Informationen gesammelt, wie es durch die Aktivität von Denunzianten erreicht wurde. Das Denunziantentum nahm sogar solche Formen an, daß sich die Gestapo und die Partei bemühten, diese Aktivitäten einzudämmen. Um der Informationsflut Herr werden zu können, wurden extra Unterabteilungen eingerichtet, um die eingehenden Denunziationen zu sichten und relevante Tatsachen herauszufiltern. Auslöser für diese Form des Denunziantentums war die Vorstellung, durch Anzeige von systemfeindlichen Umtrieben einen eigenen Vorteil zu bekommen.

Durch die Vorfeldermittlungen wird ebenfalls die Gefahr einer Etablierung eines Denunziantentums heraufbeschworen. Das Wissen um die Tatsache, daß bei nicht genehmen Personen die akustische Überwachung angeordnet werden kann, führt dazu, daß sich bei der Hoffnung, dem anderen „eins auszuwischen“, der Polizei anonyme und kompromittierende Hinweise gegeben werden.

Die diesbezügliche Befürchtung wird durch die Sozialgesetzgebung, die die Verpflichtung der Sozialbehörde zu Nachforschungen bei der Vorlage anonymer Hinweise auf Begehung von Sozialhelfemißbrauch normiert, begründet. Bereits dort sind anonyme Denunziationen an der Tagesordnung, die durch Sozialneid und Streitigkeiten zwischen Nachbarn motiviert sind. Vor diesem Hintergrund ist eine Ausuferung eines Denunziantentums zu befürchten. Zwar ist aufgrund der bislang nicht allzu sehr bekannt gewordenen Vorfeldregelungen ein solches Ausufernd nicht sehr wahrscheinlich. Jedoch ist ein geringer Bekanntheitsgrad kein Garant gegen ein solches Ausufernd; insbesondere ist davon auszugehen, daß spektakuläre Abhörmaßnahme an die Öffentlichkeit geraten werden.

⁸⁰² Dörner, S. 325.

Durch das Bewußtsein, mit eigenen Informationen dem Gemeinwohl dienen zu können, ist die „Hemmschwelle“ zur Anzeige von verdächtigem Verhalten grundsätzlich niedrig anzusetzen. Damit ist nach dem Bekanntwerden dieser Überwachungsmöglichkeit schon aus der grundsätzlich zu begrüßenden Motivation, sich um die Sicherheit im Staate verdient zu machen, ein Ansteigen von Denunziationen aus der Bevölkerung vorhersagbar. Da bereits eine „Tatsache“ ausreichend ist, die akustische Überwachung auszulösen, kann nach dem Wortlaut des Gesetzes bereits der anonyme Hinweis auf potentielle Straftäter davon erfaßt sein, wenn der Hinweis nur schlüssig dargelegt ist. Zumindest aber führt ein jeder Hinweis auf eine Anlage von Akten über diesen Fall, so daß sich nach einer Ansammlung einer gewissen Anzahl von „Hinweisen“ eine Überwachung aufgrund von „Tatsachen“ rechtfertigen lassen wird.

d) Inanspruchnahme von Nichtstörern

Wenn die Typisierung einer Person als eine potentielle Störerin positiv festgestellt wird, kann diese einer polizeilichen Überwachung unterworfen werden, ohne daß von ihr eine Gefahr durch ihr Verhalten oder durch eine Zustandsverantwortlichkeit für die Rechtsordnung ausgehen muß. Die Loslösung von jeglichem Rechtfertigungsgrund für die Inanspruchnahme macht es für die Polizei einfacher, vermeintlich Verdächtigen zu suchen.

Durch das Entbehren eines Verdachtes für den polizeilichen Eingriff ist kein Rechtfertigungsgrund mehr erforderlich. Durch die Weite der Interpretationsmöglichkeit ist der polizeilichen Bestimmung, wer unter diesen Typus fällt, keine Grenze gesetzt. Daher kann die Polizei sich denjenigen ad hoc aussuchen, der von ihr als Abweichung von „ungefährlichen Typen“ betrachtet wird.

Nach der bisherigen Bestimmung in den Polizeigesetzen ist für die Inanspruchnahme von Nichtstörern eine besondere Legitimation erforderlich. Nach der verfassungsrechtlichen Definition ist eine

dies nur als Ultima Ratio möglich,⁸⁰³ die Schonung Unbeteiligter ist im Grundgesetz durch die Verhältnismäßigkeit verankert. Auch von dieser verfassungsrechtlichen Bestimmung wird durch die neue Polizeigesetzgebung abgewichen.

2. Zusammenfassung und Ergebnis

Die neue Entwicklung der Gesetzgebung zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität beinhaltet Elemente der NS-Gesetzgebung.

Die durch die Vorfeldermittlungen bedingten weiten Eingriffsermächtigungen sind aufgrund ihrer weiten Fassung nicht bestimmbar und lassen damit eine staatliche Willkür in der Überwachung von potentiellen Straftätern zu. Diese Willkür führt zur Aufstellung von polizeilichen Rastern, die bereits in der NS-Zeit als Straftätertypisierungen existierten. Diese galten zwar für die repressive Behandlung von Tätern, jedoch ist der gleiche Denkansatz bei den Vorfeldermittlungen gegeben, da mangels eines Verdachtes die Maßnahmen sich notgedrungen an typischen Merkmalen orientieren müssen.

Im Unterschied zur NS-Gesetzgebung ist allerdings festzuhalten, daß die jetzige Entwicklung nicht auf die Etablierung eines totalitären Staates hinausläuft, sondern sich mit der Bekämpfung einer Gefahr für die Gesellschaft durch Kriminalität rechtfertigt. Durch das Grundgesetz ist ein Korrektiv gegeben, dass in der NS-Zeit nicht existierte.

II. Vergleich der NS-Gesetzgebung mit der Struktur der neuen Sicherheitsgesetzgebung

Unter Heranziehung der oben erzielten Ergebnisse lassen sich in der neuen gesetzgeberischen Entwicklung Elemente einer umfassenden Inkrimination von Verhaltens- und Lebensweisen zur

⁸⁰³ MDHS-Dürig, Art. 2 I, Rn. 5.

Erreichung einer hohen Erfolgsquote in der Verbrechensbekämpfung feststellen.

Auch in dieser neuen „Sicherheitsstruktur“ lassen sich Elemente der Gesetzgebung der NS-Zeit eruieren. Die Merkmale sind in der StPO und in den Vorfeldermittlungsbefugnissen enthalten. Zunächst werden die Strukturen der NS-Sicherheitsgesetzgebung dargestellt. Diese werden dann mit den in der Bundesrepublik bestehenden Normierungen in der StPO und den Länderpolizeigesetzen verglichen.

1. NS-Zeit

Organisatorische Basis der Polizeimaßnahmen in der NS-Zeit waren die Kriminalpolizei und die Geheime Staatspolizei. Aufgabe beider Institutionen war die Aufrechterhaltung der Volksordnung gegen jede Tätigkeit, die bewußt auf die Störung oder Zerstörung der Volksordnung gerichtet war, auch wenn sie die äußere Ordnung nicht oder noch nicht störte.⁸⁰⁴ Die Gestapo hatte in diesem Zusammenhang als eine politische Polizei die Aufgabe, politische Aktivitäten zu verfolgen; die Kriminalpolizei die entsprechende Verbrechenverfolgung außerhalb von politischen Motiven.⁸⁰⁵

Zentrale Aufgabe der Gestapo war vor allem die vorbeugende Verbrechensbekämpfung,⁸⁰⁶ diese bezog sich auf alle der NS-Führung suspekten Aktivitäten. Das Verständnis über die präventive Aufgabe drückten sowohl Werner Best vom Geheimen Staatspolizeiamt als auch Reichsminister Hans Frank mit der Feststellung aus, daß jeder Versuch, eine andere politische Auffassung neben dem Nationalsozialismus durchzusetzen, als Krankheit ohne Rücksicht auf das subjektive Wollen seiner Träger ausgemerzt werden müsse.⁸⁰⁷ Ebenfalls wurde der von subjektiven Tatbestandsmerkmalen losgelöste Präventionsbegriff von Heydrich

⁸⁰⁴ Werle, S. 483.

⁸⁰⁵ Werle, S. 483.

⁸⁰⁶ Gellately, 47 (S. 59).

⁸⁰⁷ Zitiert bei Gellately, 47 (S. 60, 61).

verwendet, als er anordnete, daß „alle Personen, deren Verhalten eine staatsfeindliche Gesinnung beinhaltet,“⁸⁰⁸ festzunehmen seien. Diesen Auffassungen ist die der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung typische Struktur der Unbeachtlichkeit der subjektiven Tatbestandsmerkmale inhärent. Das Erfordernis des Verdachtes der Begehung einer Straftat wird aufgegeben und ein „Gesinnungsstrafrecht“ geschaffen, das hier in der Präkriminalisation von potentiellen Gesetzesbrechern zu finden ist. Mit der landesgesetzlichen Sicherheitsstruktur werden im Vergleich zu NS-Gesetzgebung ähnliche staatliche Eingriffe auslösende Tatbestände geschaffen.

2. Entwicklungstendenzen zum Sicherheitsstaat

Das Element einer umfassenden Sicherheitsleistung durch eine möglichst weite Überwachung von potentiellen Gefahrenquellen ist in der neuen Gesetzgebung festzustellen. Die weiten Klauseln laden dazu ein, sich gerade der Merkmale zu bedienen, die nach Auffassung des Betreffenden opportun sind. Damit einhergehend ist die Tendenz zur lückenlosen Überwachung von potentiellen Gefahrenquellen zu prognostizieren, um eine größtmögliche Sicherheit gewährleisten zu können.

Die Forderung nach immer weiteren Mitteln zur Verbrechensbekämpfung ein Symptom dieser Entwicklung. In die Länderpolizeigesetze werden mit dem Argument der Effizienzsteigerung immer weitere Eingriffsbefugnisse normiert. Den Anfang dieser Entwicklung markieren die Vorfeldermittlungen. Der weitere Schritt ist die Verschärfung und Ausweitung verdachtsunabhängiger Kontrollen. Die Landesgesetze lassen einen Eingriff als nächsten Schritt schon dann zu, wenn keine Straftat unmittelbar bevorsteht, noch keine Störung der äußeren Ordnung vorliegt.

⁸⁰⁸ Zitiert bei Tüchel/Schattenfroh, S. 145.

Symptomatisch für den hinter dieser Entwicklung stehenden politischen Willen ist die von Stümper vertretene Meinung; nach der die moderne Bekämpfung der Kriminalität nicht mehr die konkrete Straftat, sondern die Kriminalität schlechthin bekämpft werden müsse.⁸⁰⁹ Aus dieser Argumentation ergibt sich als Ziel der polizeilichen Arbeit nicht mehr eine individuelle, sondern eine gesellschaftliche Prävention durch Strafverfolgung. Wer Gefahrenvorsorge und vorsorgende Bekämpfung von Straftaten betreibt, wartet nicht ab, bis sich die Gefahrenlage verdichtet hat, sondern beugt vor und sammelt in potentiellen Risikobereichen Daten auf Vorrat für ein späteres Einschreiten.⁸¹⁰

Gegen die Zulässigkeit dieser Vorfeldmethode läßt sich auch anführen, daß die Zulässigkeit des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Gefahr“ in der polizeilichen Generalklausel wegen der Bestimmung durch die Rechtsprechung und Literatur seit fast 100 Jahren anerkannt ist.⁸¹¹ Durch die Gewichtung des zu schützenden Rechtsguts im Vergleich zur konkreten Gefahr kann eine Abwägung durch die Verhältnismäßigkeit erfolgen. Die alten „Blankettbegriffe“ ermöglichen damit immer noch eine ausreichende Sicherung der Bevölkerung gegen moderne Kriminalitätserscheinungen.⁸¹²

Mit der Einführung von Abhörmöglichkeiten auch bei Nichtbeteiligten Dritten nach § 100c I,2 und den in den Länderpolizeigesetzen niedergelegten Abhörbefugnissen bei unterhalb der Verdachtsschwelle Stehenden ist die Aufgabe des Störerbegriffes zu beobachten. Kontakt- und Begleitpersonen können überwacht werden, wenn die Datenerhebung zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung notwendig ist.

Damit stellt sich die Frage, inwieweit ein Nichtstörer durch die sich aus Art. 2 II GG ergebende staatliche Schutzpflicht gegenüber dem

⁸⁰⁹ Stümper, Kriminalistik 1975, 49 (S. 52).

⁸¹⁰ Backes, KritV 1986, 315 (S.326).

⁸¹¹ Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 493.

⁸¹² Behrendes, DP 1988, 220 (S. 224).

Bürger in Anspruch genommen werden darf. Grundsätzlich rechtfertigt die Sozialpflichtigkeit des Bürgers Einschränkungen der Freiheit.⁸¹³

Für die Befugnis zu Vorfeldkontrollen von jedermann, der praktisch Objekt der Abhörmaßnahme bzw. Objekt der Kontrolle vom BGS werden kann, muß dann aber ein Regelungsbedürfnis existieren. Weder die Sozialpflichtigkeit aus immanenten Grundrechtsschranken, noch das Verhältnismäßigkeitsprinzip kann zur bloßen Erleichterung der Abwehr potentieller Gefahren schon im Vorfeld des Gefahrenbereichs die Bewegungs- und Entscheidungsfreiheit des Bürgers beeinträchtigen.⁸¹⁴ Bei der Inanspruchnahme unverdächtiger Dritter bei großangelegten Fahndungsarten begrenzt die Freiwilligkeit der Einwilligung den Eingriff, so wie es etwa bei Fluggastkontrollen der Fall ist⁸¹⁵ oder bei den Speichelprobennahmen bei männlichen Bevölkerungsteilen nach Vergewaltigungsfällen.

Durch die in den Ländergesetzen vorgenommene völlige Aufgabe der Unterscheidung zwischen Störern und Nichtstörern beim ersten polizeilichen Zugriff wird die Polizeipflichtigkeit auf jedermann im Gefahrenvorfeld ausgedehnt. Dadurch wird die durch das Grundgesetz vorgenommene Entscheidung für die Freiheit relativiert.⁸¹⁶

Als Argument für solche verdachtslosen Eingriffe wird angeführt, daß diese Eingriffe weniger gravierend seien als spätere Gewaltanwendungen.

Dagegen allerdings ist einzuwenden, daß mit dieser Argumentation die gesamte Verfassung ausgehebelt werden könne, denn damit ließen sich zur Verhinderung von Störungen beispielsweise auch etwa Ausgangssperren mit Erlaubnisvorbehalten begründen.⁸¹⁷

⁸¹³ Liskén, ZRP 1980, 145 (S. 149).

⁸¹⁴ Liskén, ZRP 1980, 145 (S. 149); Thiele, DVBl 1979, 705 (S.708).

⁸¹⁵ Liskén, ZRP 1980, 145 (S. 149).

⁸¹⁶ Liskén, ZRP 1980, 145 (S. 150).

⁸¹⁷ Liskén, ZRP 1980, 145 (S. 149).

Die Schaffung von nicht mehr berechenbaren, meßbaren und kontrollierbaren Kontrollbefugnissen entspricht mehr der platonischen Wächteridee eines Staates als dem Freiheitsideal des Grundgesetzes.⁸¹⁸

Durch diese „Wächterfunktion“ der Polizei, die durch die extensive Überwachungsfunktion ausgelöst wird, ist auch eine auf die Dauer sich ausdehnende Tendenz einer absoluten Kontrolle zu befürchten.

Das Bundesverfassungsgericht hat aber in dem Volkszählungsurteil explizit festgehalten, daß die mögliche Annahme des Einzelnen, daß abweichende Verhaltensweisen gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden können, zu einer gewillkürten oder ungewillkürten Ausweichaktion führen können.⁸¹⁹ Diese besteht darin, daß versucht werden wird, bestimmte abweichende Verhaltensweisen zu vermeiden um damit eine Auffälligkeit seiner Person zu verhindern. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt damit voraus, daß ein Schutz gegen eine unbegrenzte Sammlung, Speicherung, Weitergabe und Verwendung persönlicher Daten aufgestellt wird.

Durch die landespolizeilichen Regelungen, die eine weitgehende akustische Überwachung in den Wohnungen zulassen, wenn allein eine durch wie immer geartete Tatsachen ausgelöste Annahme von Straftatenbegehung vorliegt, wird gerade gegen den Sinn dieses Passus des Bundesverfassungsgerichtsurteils verstoßen.

Mit der weitgefaßten Eingriffsnorm kann niemand mehr sicher sein, nicht in das Visier von Strafverfolgungsbehörden zu geraten. Unter Umständen reicht dafür schon die Zugehörigkeit zu einer bestimmten „Risikogruppe“ für die Tatsache aus, die die Annahme einer möglichen Straftat nahelegt. Wenn der Bürger die polizeiliche Tätigkeit mit der Sammlung von persönlichen Daten ohne konkreten Verdacht assoziiert, wird das Vertrauen in den Staat verloren gehen. Über die rezent ablaufenden Maßnahmen der

⁸¹⁸ BVerfGE 6, 32 (S. 37- 42); 10, 302 (S.322); 17, 306 (S. 314); 19, 342 (S. 349); 22, 180 (S. 219); 32, 373 (S. 379).

⁸¹⁹ BVerfGE 65,1 (S. 43).

verdachtslosen Überwachung ist nichts bekannt, damit ist das Vertrauen der Bürger in die Polizei auch noch nicht angegriffen worden. Von der Tatsache, daß diese Maßnahmen aber von der Polizei genutzt werden, ist aber auszugehen.

Durch diese Regelungen wird gegen den Grundsatz verstoßen, daß jeder selber über die Preisgabe seiner persönlichen Daten zu bestimmen hat und nur in Ausnahmefällen in diese Rechte eingegriffen werden darf. Damit wird aber ein konsequenter weiterer Schritt hin zu einer Etablierung eines Sicherheitsstaates getan.

Mit der Prämisse, daß allein durch **unbestimmte Tatsachen**, die einen Verdacht auf die Begehung von Straftaten- wenn auch erheblicher Art- nahelegen, eine Abhörmaßnahme möglich wird, wird die Stellung des Datenschutzes in den Hintergrund vor einer effizienten Strafverfolgung gedrängt.

Diese Reihenfolge der kriminalpolitischen Zwecksetzung ist mit dem Leitbild des Grundgesetzes nicht zu vereinbaren. Zunächst ist der Bereich der sogenannten Sicherheit durch den Staat in der Begriffsbestimmung unbegrenzt. Sicherheit für den Bürger ist ein unjuristischer Begriff, der sich einer festen Konturierung entzieht. Diese ist vor dem Hintergrund der in den achtziger Jahren tobenden Diskussion um die atomare Sicherheit und auch der damals auch schon in Ansätzen vorhanden Diskussion um die organisierte Kriminalität zu sehen.

Im Ergebnis hat sich an dieser Meinungsdivergenz nichts anderes geändert, als daß das Übergewicht der Ermittlungsmaßnahmen in den hier untersuchten Länderpolizeigesetzen normiert worden ist. Mit der Methode des Vorranges der Sicherheitspolitik vor den individuellen Rechten, insbesondere des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, wird der grundgesetzliche Auftrag, die Grundrechte des Bürgers zu verteidigen, verletzt.⁸²⁰

⁸²⁰ Backes, KritV 1986, 315 (S. 340).

3. Abkehr vom Offenheitsgrundsatz

Die Strafprozeßordnung ging bei der Erhebung eines Personalbeweises von einer auf Offenheit angelegten Ermittlungsmethode aus. Damit wurde den Betroffenen grundsätzlich von der Tatsache, daß gegen sie ermittelt wurde, Mitteilung gemacht.⁸²¹

Dieser Grundsatz wurde erstmalig mit dem Abhörgesetz vom 13.8.1968 durchbrochen. Mit diesem Gesetz wurden die §§ 100a ff. in die StPO eingeführt, die die Telefonüberwachung zulassen. Mit dem OrgKG wurden dann mit dem verdeckten Ermittler, dem kleinen Lauschangriff und anderen Maßnahmen weitere verdeckte Ermittlungsmethoden in die StPO aufgenommen. Bislang ist diese Durchbrechung in der StPO mit der Einführung des großen Lauschangriffs manifestiert worden, der auch eine Überwachung von Gesprächen in Wohnungen zuläßt. Damit gerät das Gebot der StPO, Ermittlungsmethoden grundsätzlich offen zu gestalten, in den Hintergrund. Diese Änderung der Ermittlungsmethoden haben das traditionelle System der StPO grundlegend verändert.⁸²²

Ein verfassungsrechtliches Gebot staatlichen Handelns ist das der offenen Ermittlungstätigkeit staatlicher Organe.⁸²³ Die Diskussion um die Einführung immer neuer verdeckter Ermittlungsmethoden läßt dieses Gebot bei den Diskussionen im Parlament in den Hintergrund geraten.

Eine Abweichung von diesem Leitbild der StPO ist zwar grundsätzlich zulässig, denn die StPO verbietet die heimlichen Ermittlungsmethoden nicht per se.⁸²⁴ Die Grenze ist erst bei einem Mitwirkungserfordernis des Betroffenen erreicht, in er durch Täuschung Stimm- oder Schriftproben abgeben müßte.⁸²⁵ Der

⁸²¹ Bockemühl, JA 1996, 695 (S. 696).

⁸²² Bockemühl, JA 1996, 695 (S. 696); Wolter, ZStW 107 (1995), 793 (S. 804).

⁸²³ Weßlau, Vorfeldermittlungen, S. 206.

⁸²⁴ Lammer, Verdeckte Ermittlungen, 150.

⁸²⁵ Meyer, JR 1987, 215 (S. 216).

Grundsatz der offenen Ermittlungen muß aber für das rechtsstaatliche Bewußtsein des Gesetzgebers nunmehr stärker in die Diskussion um neue Ermittlungsmethoden eingebracht werden. Ansonsten ist zu erwarten, daß diese Maxime nicht beachtet werden wird und damit die Eingriffsmöglichkeiten des Staates zur Garantierung von noch mehr Sicherheit verschärft werden.

III. Aktuelle Diskussion

Eine aktuelle Diskussion über eine Erweiterung von Ermittlungsmethoden auf bundesgesetzlicher Ebene ist zur Zeit nicht vorhanden, es scheint, als ob sich zumindest für diese Gesetzgebungskompetenz das Bedürfnis zur Regelung von neuen Eingriffsbefugnissen erschöpft hat.

Auf der landesgesetzlichen Ebene ist weiterhin aber festzustellen, daß die Tendenz der Gesetzgebung zu einer tiefgreifenden Vorfeldermittlung immer noch besteht und weitere Gesetzesinitiativen zum Einsatz von Vorfeldermittlungen eingebracht werden. Kurz nachdem das sächsische Polizeigesetz für verfassungswidrig erklärt wurde, verabschiedete das Landesparlament zugleich mit der Korrektur des Gesetzes auch die Normierung von verdachtsunabhängigen Kontrollen. Kritische Stimmen zu diesem Thema wurden damit nicht ernstgenommen.

Die bereits verabschiedeten polizeilichen Normen, die die eigentlich als Ausnahmeerscheinung bestimmte heimlichen Ermittlungsmethoden beinhalten, sind zu einer weithin eingesetzten Maßnahme aufgewertet. Die weit gefaßten Möglichkeiten werden durch die Polizei und die Staatsanwaltschaft auch weithin genutzt.

Schlußbetrachtung

Die Art und das Ausmaß der organisierten Kriminalität sind nicht bekannt, da keine neuen Untersuchungen zu diesem Thema vorliegen. Die in den neuen Gesetzen zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität enthaltenen Regelungen sind wegen fehlender zeitlicher Begrenzung der Informationspflicht des Betroffenen über die gegen ihn eingesetzten Maßnahmen in der jetzigen Fassung teilweise verfassungswidrig.

Die Vorfeldermittlungen sind durchweg verfassungswidrig, da sie keine Gefahr als Voraussetzung für einen Eingriff erfordern. Die verdachtsunabhängigen Kontrollen durch das BGS sind Beispiel dafür, daß mit den praktischen Erwägungen zur effizienten Bekämpfung der Kriminalität die Aushebelung fest verankerter Grundsätze in der StPO, so etwa das Erfordernis des Anfangsverdacht für eine repressive Maßnahme, in Kauf genommen wird. Die dabei vor dem Hintergrund der NS-Herrschaft vorgenommene Abkehr von den verdachtsunabhängigen Kontrollen wird revidiert.

Für die Gewährung von Sicherheit wird die zunehmende Vernetzung von Informationsträgern durch den Gesetzgeber genutzt. Damit einhergehend ist ein Abbau des Schutzes der Persönlichkeitssphäre festzustellen. Der Schwerpunkt der offenen Ermittlungsmethoden in der StPO wird umgekehrt.

