

Stellungnahme
der Bundesrechtsanwaltskammer zu dem
Gesetzentwurf der Bundesregierung zur
Umsetzung des Urteils des BVerfG vom 03. März 2004
zur akustischen Wohnraumüberwachung nach §§ 100c ff. StPO
(BT-Drucks. 15/4533)

gemeinsam erarbeitet vom

Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer

Rechtsanwalt Prof. Dr. Gunter Widmaier, Karlsruhe, Vorsitzender
Rechtsanwalt und Notar Dr. Jochen Heidemeier, Stolzenau
Rechtsanwalt Dr. Thomas C. Knierim, Mainz
Rechtsanwalt Dr. Daniel Krause, Berlin,
Rechtsanwalt Dr. Holger Matt, Frankfurt am Main
Rechtsanwalt Prof. Dr. Egon Müller, Saarbrücken
Rechtsanwalt Dr. Eckhart Müller, München
Rechtsanwältin Anke Müller-Jacobsen, Berlin
Rechtsanwalt Prof. Dr. Reinhold Schlothauer, Bremen
Rechtsanwalt Dr. Eberhard Wahle, Stuttgart
Rechtsanwältin Dr. Anne Wehnert, Düsseldorf
Rechtsanwalt JR Dr. Matthias Weihrauch, Kaiserslautern
Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Berlin, Berichterstatter

und vom

Verfassungsrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer

Rechtsanwalt Dr. Christian Kirchberg, Karlsruhe, Vorsitzender und Berichterstatter
Rechtsanwalt Dr. Christian Bracher, Berlin, Berichterstatter
Rechtsanwalt und Notar Dr. Wolfgang Kuhla, Berlin
Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Quaas, Stuttgart
Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stüer, Münster
Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Uechtritz, Stuttgart

Rechtsanwalt Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer Berlin

März 2005

BRAK-Stellungnahme-Nr. 9/2005

A.**Zu dem Gesetzentwurf im Allgemeinen**

Das Bundesverfassungsgericht hat den sog. großen Lauschangriff in seinem Urteil vom 3.3.2004 mit diversen Kautelen für grundsätzlich zulässig erklärt. Zwar enthalte Art. 13 Abs. 3 GG, so das Gericht, nicht alle notwendigen normativen Vorkehrungen, um den absoluten Kernbereich, den Menschenwürdekern der Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung, unberührt bzw. unverletzt zu lassen. Das Bundesverfassungsgericht hat die Vorschrift aber "passend gemacht", nämlich einer restriktiven verfassungskonformen Interpretation unterzogen, und ist damit gleichzeitig dem Vorwurf begegnet, Art. 13 Abs. 3 GG stelle verfassungswidriges Verfassungsrecht dar und verstoße insbesondere gegen die sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG.

Das BVerfG beanstandet in seinem Urteil vor allem, dass der Gesetzgeber die mit Blick auf den Kernbereich privater Lebensgestaltung gebotenen Überwachungs- und Erhebungsverbote für die akustische Wohnraumüberwachung nicht in ausreichender Weise gesetzlich konkretisiert habe. Die gesetzlichen Vorschriften müssten hinreichende Vorkehrungen dafür treffen, dass Eingriffe in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung unterbleiben und damit die Menschenwürde gewahrt bleibe. Zum Kernbereich privater Lebensgestaltung zählt das BVerfG Gespräche mit engsten Familienangehörigen, sonstigen engsten Vertrauten und mit einzelnen Berufsheimnisträgern, insbesondere dem Strafverteidiger (vgl. Rn. 172).

Dem entsprechend hat der Gesetzgeber sicherzustellen, dass bei Gesprächen des Beschuldigten mit diesen Personen Überwachungsmaßnahmen nur dann ergriffen werden, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Gesprächsinhalte keinen absoluten Schutz erfordern, was insbesondere bei einer Tatbeteiligung der das Gespräch führenden Personen der Fall ist. Überwachungsmaßnahmen dürfen nur ergriffen werden, wenn ein konkreter Verdacht auf solche Gesprächsinhalte schon zum Zeitpunkt der Anordnung besteht.

Soweit die akustische Wohnraumüberwachung nicht den absolut geschützten Bereich privater Lebensgestaltung betrifft, beanstandet das BVerfG einzelne Regelungen des geltenden Rechts im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Damit ist der Ball wieder im Feld des einfachen Gesetzgebers. Ihm obliegt es, die diversen Hausaufgaben, die ihm das Bundesverfassungsgericht "*achtfach gestuft*" (vgl. Denninger, ZRP 2004, 101 [103]) aufgegeben hat, abzuarbeiten und den "großen Lauschangriff" jetzt auch einfach-gesetzlich verfassungskonform zu machen. Der vorliegende Gesetzentwurf

nimmt sich dieser Aufgabe im Rahmen eines umfassenden Regelwerks an, mit dem nicht nur sämtliche Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in der Sache, materialiter und verfahrensmäßig, umgesetzt werden sollen, sondern gleichzeitig auch dem Gebot der Normenklarheit entsprochen werden soll - ebenfalls ein Petitum des Bundesverfassungsgerichts.

1. Das Bundesverfassungsgericht hat den "großen Lauschangriff" bzw. die akustische Wohnraumüberwachung zum Zwecke der Strafverfolgung zwar unter Inkaufnahme einer verfassungsdogmatisch bedenklichen teleologischen Reduktion der Ermächtigungsnorm für grundsätzlich zulässig erklärt und dem einfachen Gesetzgeber gleichzeitig ein dickes Pflichtenheft in die Hand gedrückt, um dieses Instrument auch auf der Ausführungsebene verfassungsfest zu machen. Das Bundesverfassungsgericht hat den "großen Lauschangriff" allerdings nicht, wie man vielleicht angesichts des außerordentlichen und höchst differenzierten Begründungsaufwands seiner Entscheidung anzunehmen geneigt sein könnte, als von Verfassungs wegen für geboten erklärt - auch nicht zur Aufdeckung von Kapitalverbrechen, zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität oder als unentbehrliches Hilfsmittel bei der strafrechtlichen Verfolgung der verschiedenen Erscheinungsformen des Terrorismus. Mit anderen Worten: eine Rechtspflicht des Staats zum Einsatz des "großen Lauschangriffs" steht nicht zur Debatte, jedenfalls nicht als unmittelbares Verfassungsgebot.

Die derzeitige Regierungskoalition sieht sich unbeachtlich dessen in der Pflicht, das Gesetzeswerk, das noch aus der Zeit der Kohl-Regierung stammt und zum Rücktritt der damaligen Justizministerin Leutheusser-Schnarrenberger geführt hatte, nach dem Rückpass des Bundesverfassungsgerichts wieder aufzunehmen und nach dessen Vorgaben zu perfektionieren.

2. Dieses Vorhaben wirft die Sinnfrage auf, und zwar in zweierlei Hinsicht: Zum einen ist zu berücksichtigen, dass der "große Lauschangriff" als ultima ratio der Strafverfolgung bereits bisher bundesweit nicht mehr als etwa 30 mal pro Jahr tatsächlich zum Einsatz kam. Wenn die Kautelen des Bundesverfassungsgerichts tatsächlich zum Tragen kommen, also nicht nur gesetzlich in Form gegossen, sondern insbesondere auch penibel praktiziert werden, ist nach Auffassung der allermeisten Kommentatoren des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3.3.2004 damit zu rechnen, dass die tatsächliche Bedeutung des "Großen Lauschangriffs" gegen Null tendieren wird. Denn er wird rechtlich und damit auch tatsächlich kaum mehr wirklich praktikabel sein.

Ist dies aber so bzw. zu erwarten, dann stellt sich die eigentlich nicht nur verfassungspolitische, sondern auch verfassungsrechtliche Frage, ob bei einem solch krassem Missverhältnis von Aufwand und Ertrag die Gefährdungslage des Art. 13 GG, des Grundrechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung, die mit dem "großen Lauschangriff"

auf jeden Fall verbunden ist, noch als gerechtfertigt angesehen werden kann. Das ist, um es sicherlich überspitzt zu formulieren, der "Fluch der bösen Tat": dadurch, dass das Bundesverfassungsgericht den neu geschaffenen Art. 13 Abs. 3 GG mit einem höchst differenzierten Argumentationsaufwand passend bzw. verfassungskonform gemacht hat, hat es den "großen Lauschangriff" gleichzeitig (nahezu) zur Wirkungslosigkeit verdammt, und dies um den Preis eines verfassungsrechtlichen Tabubruchs: denn um festzustellen, ob das mit Hilfe des "großen Lauschangriff" Be- oder Erlauschte tatsächlich zum unantastbaren Kernbereich der Wohnungsgarantie gehört, muss notwendigerweise in diesen Kernbereich eingegriffen oder dieser zumindest einer entsprechenden Gefährdungslage ausgesetzt werden. Zu Recht haben deshalb aus diesem Grunde die dissentierenden Richterinnen Jaeger und Hohmann-Dennhardt der Mehrheit des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts die Gefolgschaft versagt.

Kann/darf man angesichts dieser Entwicklung tatsächlich so weitermachen wie bisher? Wäre es nicht konsequent, einzugestehen, dass einem das Bundesverfassungsgericht einen Strich durch die Rechnung gemacht hat und dass angesichts der entsprechenden Vorgaben, die die ursprünglichen gesetzgeberischen Zweckmäßigkeitserwägungen gewissermaßen auf den Kopf stellen, ein Verzicht auf das akustische Ausspionieren des letzten geschützten Lebensraums, wo der Einzelne meint, sich ungestört zurückziehen zu können, näher liegt bzw. näher liegen sollte als das unbeirrte Weiterverfolgen dieses höchst gewundenen, problematischen Weges?

Angesichts der vergleichsweise geringen Bedeutung, die dem sog. Großen Lauschangriff in der Praxis der Strafverfolgung zukommt und künftig zukommen wird, regt die Bundesrechtsanwaltskammer an, von einer gesetzlichen Regelung Abstand zu nehmen und auf dieses Strafverfolgungsinstrumentarium überhaupt zu verzichten.

B.

Zum Gesetzentwurf im Einzelnen

Der Gesetzentwurf bemüht sich um einen nahezu wortgetreuen Nachvollzug der Vorgaben des Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 3.3.2004. Wenn man den "großen Lauschangriff" nicht generell für verfassungsrechtlich oder wenigstens verfassungspolitisch verfehlt oder gar für überflüssig hält, wird man dem jetzt vorgelegten Gesetzentwurf deshalb nicht von vornherein seine Anerkennung versagen können.

Im Mittelpunkt steht dabei die Bestimmung des § 100c StPO-E:

1. § 100c Abs. 2 StPO-E

Der Umfang der Katalog-/Anlasstaten erscheint unabhängig von der abstrakten Schwere der aufgelisteten Straftaten (Mindesthöchststrafe von 5 Jahren) angesichts des bisherigen Einsatzes der akustischen Wohnraumüberwachung unverhältnismäßig weit gezogen.

Ausweislich der Entwurfsbegründung handelte es sich bei den Anlasstaten bisher in fast 50 % der Fälle um Mord- und Totschlag und in etwas weniger als 40 % der Fälle um Btm-Delikte. Im Übrigen jedoch war der "große Lauschangriff" nur in 15 % der Fälle ultima ratio bei der repressiven Kriminalitätsbekämpfung. Auch der Entwurf geht davon aus, dass sich aufgrund der gesetzlichen Neuregelung, insbesondere in Ansehung der deutlich erhöhten Anordnungsvoraussetzungen, die Zahl entsprechender Überwachungsfälle, die an sich schon gering ist, noch weiter verringern wird (was die Mehrkosten aufgrund des sich abzeichnenden Verzichts auf automatische Aufzeichnungen relativieren dürfte).

Verhält es sich aber so, dann macht die erhebliche Spannweite bzw. Vielzahl der Anlassstrafstaten, wie sie weiterhin vorgesehen ist, unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit keinen Sinn mehr. Oder, mit anderen Worten: die Grundrechtsgarantie des Art. 13 GG wird unnötigerweise und damit gegen Verstoß gegen das staatliche Übermaßverbot einer (zusätzlichen) Gefährdungslage ausgesetzt.

2. § 100c Abs. 4 u. 5 StPO-E

Die negative Kernbereichsprognose und der Abbruch/die Unterbrechung der Maßnahme, wenn sich die Dinge anders entwickeln als prognostiziert, stellen, wie bereits erwähnt, den neuralgischen Punkt des Gesetzentwurfs dar. Dies belegen nicht nur die maßgebenden Erwägungen im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3.3.2004, sondern auch die Stellungnahmen der rechtswissenschaftlichen Literatur zu diesem Problemkreis, die Darlegungen in der Begründung des vorliegenden Gesetzentwurfs, die entsprechende Kontroverse in der Stellungnahme des Bundesrats hierzu und der Rückäußerung der Bundesregierung und schließlich die Redebeiträge in der Plenardebatte des Bundestages einschließlich der ersten Lesung des Gesetzentwurf am 21.1.2005.

Wenn man nicht diese Problematik ohnehin für die verfassungsrechtliche Sollbruchstelle des gesamten Gesetzeswerks hält, sondern auf dessen Grundlage sowie mit dem Ziel argumentiert, die Regelung verfassungskonform zu gestalten, hat man, idealtypisiert, bisher (nur) die Wahl zwischen zwei Optionen: nämlich zwischen der automatischen Dauerüberwachung mit nachträglicher gerichtlicher Sichtung des Aufzeichnungsmaterials - so der Gegenantrag des Bundesrats - oder der Echtzeitüberwachung mit begleitender bzw. simultaner Gerichtskontrolle - so der vorliegende Gesetzentwurf.

Das Bundesrats-Modell ist, wie die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zu Recht eingewandt hat, mit den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts nicht zu vereinbaren, das seinerseits einen Abbruch (und übrigens nicht nur eine "Unterbrechung") der akustischen Überwachung für den Fall angeordnet hat, dass sich die - ohnehin problematische und mit vielen Unsicherheitsfaktoren belastete - negative Kernbereichsprognose nicht erfüllt. Das BVerfG hat eindeutig ein Beweiserhebungsverbot bei Eingriffen in den Kernbereich privater Lebensgestaltung gefordert und gerade kein Beweisverwertungsverbot ausreichen lassen. Die Menschenwürde steht nicht unter Richtervorbehalt. Das, was von Verfassungs wegen niemand unbefugt erfahren darf, geht auch den Richter nichts an. Ein Beweisverwertungsverbot sieht das BVerfG lediglich für die unvermeidbaren Fälle vor, in denen doch – aus welchen Gründen auch immer – die Menschenwürde durch weiteres Abhören und Aufzeichnen im Kernbereich privater Lebensgestaltung verletzt worden sei. Das Regelungsmodell des vorliegenden Gesetzentwurfs ist demgegenüber von einem (fast grenzenlosen) "*Vertrauen in die rechtsstaatlich geläuterte* [und auch fortwährend durchgehaltene] *Diskretion der Ermittler*" (Denninger ZRP 2004, 101 [102]) geprägt und setzt zum anderen das fast synchrone Funktionieren einer entsprechenden richterlichen Infrastruktur voraus - Vorbedingungen, die nicht nur immer wieder die Grundsatzfrage nach der Sinnhaftigkeit dessen aufwerfen, was das Bundesverfassungsgericht vom "großen Lauschangriff" übrig gelassen hat, sondern auch erhebliche Zweifel an der Machbarkeit und Effektivität dieser ultima ratio der Strafverfolgung aufwerfen.

3. § 100c Abs. 6 StPO-E

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt es, dass die Bundesregierung die im Referentenentwurf vom 23.06.2004 vorgesehene Einschränkung des Schutzes der Berufsgeheimnisträger vor akustischer Wohnraumüberwachung fallen gelassen hat. Die geplante Neuregelung wäre der großen Bedeutung der Vertraulichkeit des Mandatsverhältnisses für den Beruf des Rechtsanwalts nicht gerecht geworden.

Anzumerken wäre lediglich, dass das (aufrecht erhaltene) Maßnahme- bzw. Überwachungs- (und nicht nur Verwertungs-)Verbot bei den Zeugnisverweigerungsberechtigten des § 53 StPO (§ 100c Abs. 6 Satz 1 StPO-E) jetzt - von Verfassungs wegen - zusätzlich dadurch abgesichert oder untermauert wird, dass Gespräche mit Berufsgeheimnisträgern auch dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen sein und damit von vornherein vom Maßnahmeverbot des § 100c Abs. 4 und 5 StPO-E erfasst sein können.

Nach dem beruflichen Selbstverständnis der Rechtsanwaltschaft gehört es zum Wesen der Berufstätigkeit des Rechtsanwaltes, dass sein Mandant ihm Geheimnisse anvertraut und er sonstige vertrauliche Mitteilungen erhält. Ist die Vertraulichkeit nicht gewährleistet, kann kein Vertrauen entstehen. Die Bundesrechtsanwaltsordnung trägt diesem Umstand Rechnung,

indem sie die Verschwiegenheitspflicht als Grundpflicht des Rechtsanwalts hervorhebt (§ 43a Abs. 2 BRAO).

Als Organ der Rechtspflege trägt der Rechtsanwalt in demselben Maße Verantwortung für die Verwirklichung des Rechtsstaats wie die Gerichte (vgl. dazu insbesondere Jaeger, NJW 2004, 1, 4 f.). „Die Kennzeichnung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege spiegelt wider, dass die Rechtsordnung auf die vielfältigen Vermittlungsleistungen der Anwaltschaft angewiesen ist“ (so BVerfG 25.04.2001, NVwZ 2001, 1261, 1262); deshalb hat der Staat „den besonderen rechtlichen Schutz des zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Mandanten bestehenden Vertrauensverhältnisses [...] zu respektieren“ (BVerfG ebenda). Die Wahrnehmung der den Rechtsanwälten zugewiesenen „Aufgabe als vertrauenswürdige Organe der Rechtspflege“ setzt voraus, dass die Rechtsanwälte in der Lage sind, die Vertraulichkeit von Geheimnissen zu wahren, die ihnen von ihren Mandanten anvertraut sind (vgl. dazu auch BVerfG 21.03.2002 BRAK-Mitt. 2002, 129, 130). Die Wahrung von anvertrauten Geheimnissen ist deshalb als prägendes Element des Anwaltsberufs eine Grundpflicht und ein Grundrecht des Rechtsanwalts.

Die für die Berufstätigkeit des Rechtsanwaltes wesentliche Vertraulichkeit ist nicht gewährleistet, wenn der Rechtsanwalt und sein Mandant befürchten müssen, dass Gespräche zwischen ihnen abgehört werden. Diese Besorgnis wäre im Falle der Realisierung der vorgeschlagenen Neuregelung - ungeachtet der Rechtstreue des Rechtsanwalts - zwangsläufig bei jedem Mandanten gegeben, der im Verdacht steht, eine Katalogtat begangen zu haben.

Rechtsanwälte erhalten bei zahlreichen Mandanten typischerweise Informationen, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung ihrer Mandanten betreffen, auch soweit sie nicht als Strafverteidiger tätig sind. Typisch sind derartige Informationen z. B. für Mandate auf den Gebieten des Familien- und Erbrechts. Mit dem verfassungsrechtlich gebotenen Schutz der Vertraulichkeit von Informationen im Kernbereich privater Lebensgestaltung lässt es sich nicht vereinbaren, diese Informationen als Ergebnis einer Abwägung dem staatlichen Zugriff auszusetzen.

Auch der Beschuldigte einer Katalogtat hat das Recht nicht nur auf einen Strafverteidiger, sondern darüber hinaus auf anwaltlichen Beistand in allen Rechtsangelegenheiten. Soweit das Mandatsverhältnis nicht zur Teilnahme des Rechtsanwaltes an der Straftat oder zur Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei missbraucht wird, besteht kein Grund, das Mandatsverhältnis dem notwendigen absoluten Schutz zu entziehen.

Der Gefahr des Missbrauchs wird durch die geltende Regelung des § 100d Abs. 3 S. 4 StPO - und die wortgleiche Regelung in § 100d Abs. 6 StPO-E - hinreichend Rechnung getragen. Die Kritik an der geltenden Rechtslage, sie schütze das Mandatsverhältnis zu weitgehend und berge die Gefahr des Missbrauchs, ist verfehlt. Sie gründet sich auf ein

unangemessenes Bild der Rechtsanwaltschaft. Der Rechtsanwalt ist in besonderer Weise dem Recht verpflichtet. Die Gefahr des Missbrauchs von Rechten lässt sich – nicht nur bei Rechtsanwälten – niemals ganz ausschließen. Davon kann der Bestand von Rechten nicht abhängig gemacht werden (vgl. dazu auch BVerfGE 108, 150, 162 f.).

Bedenken aus der Sicht der Anwaltschaft begegnet allerdings nach wie vor die (unveränderte) gesetzliche Vorgabe, wonach (auch) das Überwachungs- oder Maßnahmeverbot bei Berufsgeheimnisträgern nicht zum Tragen kommen soll, wenn die zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten einer Beteiligung oder einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei verdächtig sind (vgl. § 100c Abs. 6 Satz 2 StPO-E = § 100d Abs. 3 Satz 4 StPO). Diese Regelung entspricht zwar derjenigen in § 97 Abs. 2 Satz 3 StPO (Beschlagnahme). Sie reicht jedoch insofern zu weit, als sie Abhörmaßnahmen auch im Falle desjenigen Strafverteidigers zulässt oder jedenfalls nicht ausschließt, der nicht selbst im Verdacht einer Katalogtat bzw. der Teilnahme daran steht. Denn dieses widerspricht der Rechtsgarantie des unüberwachten mündlichen Verkehrs zwischen Verteidiger und Beschuldigtem (vgl. § 148 Abs. 1 StPO), wie sie auch und gerade vom Bundesverfassungsgericht und vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte sowie schließlich vom Bundesgerichtshof wiederholt betont worden ist (vgl. BVerfG, 2. Kammer des Zweiten Senats, Beschl. v. 17.7.1995 - 2 BvR 1509/95 - Juris; EGMR, Ur. v. 28.11.1991, NJW 1992, 3090; BGH, Ur. v. 5.11.1985, BGHSt 33, 347). Diese Rechtsgarantie dient der Gewährleistung einer wirksamen Verteidigung, worauf der Einzelne einen verfassungsrechtlich geschützten Anspruch hat. Danach scheidet grundsätzlich jede Form der Überwachung des mündlichen Verkehrs zwischen Verteidiger und Beschuldigtem aus. Eine Einschränkung kommt nur für den Fall in Betracht, dass der Verteidiger selbst der Täterschaft/Teilnahme an der seinem Mandanten vorgeworfenen Straftat oder allenfalls noch einer darauf bezogenen Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei verdächtig ist, wobei dies im Falle des "großen Lauschangriff" nur Katalogtaten gem. § 100c Abs. 2 StPO-E sein können.

Das BVerfG hat in seinem Urteil Gespräche zwischen dem Beschuldigtem und seinem Verteidiger dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zugeordnet. In diesem Bereich darf durch Überwachungsmaßnahmen nur eingegriffen werden, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Gesprächsinhalte keinen absoluten Schutz erfordern, so bei einer Tatbeteiligung. Hiermit ist die Regelung des § 100c Abs. 6 StPO-E, die eine Gesprächsüberwachung bereits dann zulässt, wenn „nur“ der Verdacht einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei besteht, unvereinbar. Schon jetzt wird die insoweit gleiche Regelung des geltenden § 100d Abs. 3 S. 4 StPO von der hM beim Verteidiger im Wege der verfassungskonformen Auslegung ebenso wie bei § 100a StPO auf den Fall des Verdachts der Teilnahme an einer Katalogtat beschränkt (sog. echte Beteiligung, siehe z. B. KK-Nack 5. Aufl. 2003 § 100c StPO Rn. 26). Der Gesetzgeber sollte eine entsprechende Klarstellung vornehmen, die wie folgt aussehen könnte:

Sind die zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten einer Beteiligung an der Katalogtat nach § 100c Abs. 2 verdächtig, so sind Satz 1 und 2 nicht anzuwenden.

4. § 100c Abs. 7 StPO-E bestimmt in Satz 1,

dass die Staatsanwaltschaft unverzüglich eine Entscheidung des anordnenden Gerichts über die Verwertbarkeit der erlangten Erkenntnisse herbeizuführen hat, wenn ein Verwertungsverbot nach Abs. 5 in Betracht kommt, d. h. wenn die Äußerungen dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind. Gemäß Abs. 2 der Neuregelung ist eine Entscheidung des Gerichts, die eine Verwertbarkeit verneint, für das weitere Verfahren bindend.

Die Bundesrechtsanwaltskammer regt an, dem Beschuldigten die Zustimmung zur Verwertung zu ermöglichen, weil sich aus den Aufzeichnungen auch Gesichtspunkte ergeben können, die für den Beschuldigten entlastend sind.

5. § 100d Abs. 6 Nr. 3 StPO-E

Klarstellungsbedürftig erscheint die Vorschrift des § 100d Abs. 6 Nr. 3 StPO-E. Danach dürfen personenbezogene Informationen, die durch "eine entsprechende polizeiliche Maßnahme" erlangt wurden - also durch einen sog. präventiven Großen Lauschangriff - in einem Strafverfahren ohne Einwilligung der insoweit überwachten Personen nur verwendet werden entweder zur Aufklärung einer Straftat, "aufgrund derer die Maßnahme nach § 100c angeordnet werden könnte", oder zur Ermittlung des Aufenthalts der einer solchen Straftat beschuldigten Person. Zur Sicherung des in § 100c Abs. 5 StPO-E statuierten Verwertungsverbotes sollte klargestellt werden, dass auch solche präventiven Maßnahmen, die nach Maßgabe des § 100c Abs. 5 StPO-E unverwertbar sind, zu repressiven Zwecken nicht verwertet werden dürfen. Damit wäre sichergestellt, dass das Verwertungsverbot nicht durch präventive Maßnahmen umgangen werden kann.

Das Gleiche gilt für den Schutz der Berufsgeheimnisträger vor akustischer Wohnraumüberwachung gem. § 100c Abs. 6 StPO-E. Der Gesetzgeber sollte klarstellen, dass auch diese Vorschrift auf die Verwertung von Informationen aus präventiven Maßnahmen Anwendung findet.

6. Art. 2

Problematisch erscheint schließlich die in Art. 2 vorgesehenen Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes. Danach ist für Anordnungen von Maßnahmen nach § 100c StPO "eine nicht mit Hauptverfahren in Strafsachen befasste" Kammer bei den Landgerichten zuständig (§ 74a Abs. 4 GVG-E) und für Entscheidungen über die Beschwerde gegen Verfügungen und Entscheidungen des anordnenden Gerichts sowie in den Fällen des § 100d Abs. 1 Satz 6 und § 100d Abs. 9 Satz 4 StPO "ein nicht mit Hauptverfahren in Strafsachen befasster" Senat.

Die Regelungen sollen eine Vorbefassung des erkennenden Gerichts mit Informationen aus einer akustischen Wohnraumüberwachung, die dem Angeklagten nicht bekannt sind, weil er noch nicht benachrichtigt wurde, verhindern. Die Notwendigkeit einer solchen Regelung ergibt sich aus der Feststellung des BVerfG, dass das in der Hauptsache erkennende Gericht, wenn der Angeklagte von der Durchführung der Maßnahme nicht unterrichtet wurde, nicht über die Zurückstellung der Benachrichtigung oder Anträge anderer Betroffener auf nachträglichen Rechtsschutz entscheiden kann.

Bedenklich sind die Neuregelungen insofern, als sie die Entscheidungen über die akustische Wohnraumüberwachung auf fachfremde Zivilgerichte übertragen, zumal die vorgeschlagene Regelung nicht verhindern kann, dass der selbe Richter zunächst der Anordnungs- und Kontrollkammer angehört, später aber durch neuen Geschäftsverteilungsplan der nunmehr erkennenden Strafkammer angehört, wenn lange nach Abschluss der akustischen Wohnraumüberwachung die Hauptverhandlung durchgeführt wird.

Um einerseits eine Vorbefassung des erkennenden Gerichts mit Maßnahmen der akustischen Wohnraumüberwachung zu verhindern, andererseits die Zuständigkeit für solche Maßnahmen und diesbezügliche Beschwerden im Bereich der Strafgerichtsbarkeit zu belassen, hält die Bundesrechtsanwaltskammer eine an die Regelung des § 148a StPO angelehnte Spezialzuständigkeit einer anderen Strafkammer für sachgerecht. Der sog. Überwachungsrichter ist von der Mitwirkung in der Strafsache entsprechend § 148a Abs. 2 StPO ausgeschlossen. Der Vorzug einer solchen Regelung bestünde nicht zuletzt in dem breiten Erfahrungswissen und der hohen Sachkunde, die die zuständigen Gerichte erlangen würden. In Anbetracht der voraussichtlich geringen Anzahl von Abhörfällen ist auch bei kleinen Landgerichten nicht zu befürchten, dass mehr Anordnungen ergehen als Strafkammern vorhanden sind.