



Stellungnahme

der Bundesrechtsanwaltskammer zu den

Verfassungsbeschwerden

1. Dr. Martin **Mozek** und 6 andere (2 BvR 236/08)
2. Robert **Raser** (2 BvR 237/08)
3. Dr. Burkhard **Hirsch** und 13 andere (2 BvR 422/08)

unmittelbar gegen Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und andere verdeckte Ermittlungen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG v. 21.12.2007 (BGBl I S. 3198), insbesondere gegen § 100a Abs. 2 u. 4, § 100f Abs. 1 u. 2, § 101 Abs. 5 u. Abs. 6, § 110 Abs. 3 u. §160a Abs. 1 u. Abs. 2 StPO n.F.

erarbeitet vom

Verfassungsrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer

Rechtsanwalt Dr. Christian-Dietrich Bracher, Berlin

Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Kirchberg, Karlsruhe (Vorsitzender,
Berichterstatter)

Rechtsanwalt und Notar Dr. Wolfgang Kuhla, Berlin

Rechtsanwalt Prof. Dr. Christofer Lenz, Stuttgart

Rechtsanwalt Dr. Michael Moeskes, Magdeburg

Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Quaas, M. C. L., Stuttgart

Rechtsanwalt Dr. Gerhard Strate, Hamburg

Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stürer, Münster

Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Uechtritz, Stuttgart

Rechtsanwalt Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin

Juni 2009

BRAK-Stellungnahme-Nr. 18/2009

A. Gegenstand des Verfahrens

Die Beschwerdeführer wenden sich mit ihren Verfassungsbeschwerden unmittelbar gegen die Neufassung verschiedener Vorschriften der Strafprozessordnung aufgrund des o.g. Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung vom 21.12.2007.

Den darüber hinaus gestellten Antrag der Beschwerdeführer der Verfahren 2 BvR 236 u. 237/08 auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zur vorläufigen Aussetzung der angefochtenen gesetzlichen Bestimmungen hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts mit Beschluss vom 15.10.2008 (EuGRZ 2008, 656 = MMR 2009, 36) abgelehnt. Die in § 100 f StPO getroffene Neuregelung (Abhörmaßnahmen außerhalb von Wohnungen) unterscheidet sich in ihrer jetzigen Fassung nur marginal von ihrer Vorgängerregelung, weshalb eine Verfassungsbeschwerde hiergegen wegen Zeitablaufs unzulässig sei. Durch die neu eingeführte Regelung des § 110 Abs. 3 StPO (Erstreckung der Durchsuchung auf räumlich getrennte Speichermedien) seien die Antragsteller nicht unmittelbar betroffen und damit - jedenfalls derzeit - nicht beschwerdebefugt. Hinsichtlich der weiter angefochtenen Bestimmungen des § 100 a Abs. 2 u. Abs. 4 StPO n.F. (Erweiterung des Katalogs der „schweren Straftaten“; Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung) sowie des § 160 a StPO n.F. (Ermittlungsmaßnahmen bei Zeugnisverweigerungsrecht) müsse der Ausgang des Verfassungsverfahrens zwar als offen angesehen werden; das deutliche Überwiegen der Gründe, die für den Erlass einer einstweiligen Anordnung sprächen, könne jedoch nicht festgestellt werden.

Soweit die nämlichen Beschwerdeführer mit ihrer Verfassungsbeschwerde andere Normen als die genannten Vorschriften der Strafprozessordnung, insbesondere die neu gefassten §§ 113 a und 113 b TKG, angegriffen haben, wurden die Verfahren abgetrennt und entsprechend § 44 Abs. 2 GOBVerfG vom Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts übernommen. Dieser hat dem auch dort gestellten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durch Beschluss vom 11.3.2008 (EuGRZ 2008, 257 = MMR 2008, 303) bezüglich der Bestimmung des § 113 b Satz 1 Nr. 1 TKG n.F. (Verwendung der nach § 113 a TKG gespeicherten Daten zur Verfolgung von Straftaten) mit bestimmten Maßgaben entsprochen. Diese einstweilige Anordnung wurde durch Beschluss vom 1.9.2008 (BGBl I, 1850) wiederholt und mit weiterem Beschluss vom 28.10.2008 (EuGRZ 2008, 663 = MMR 2009, 29) auch noch auf die Vorschrift des § 113 b Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 TKG n.F. (Verwendung der nach § 113 a TKG gespeicherten Daten zur Abwehr von erheblichen Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden des Bun-

des und der Länder, des Bundesnachrichtendienstes und des Militärischen Abschirmdienstes) erstreckt.

In dem Beschluss des Ersten Senats vom 11.3.2008 ist im Rahmen der Zulässigkeitserwägungen darauf hingewiesen worden, dass sich die Verfassungsbeschwerde zwar gegen Regelungen richte, durch die zwingende Vorgaben der Richtlinie 2006/24/EG vom 21.12.2007 umgesetzt würden. Es könne jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass der Europäische Gerichtshof diese Richtlinie aufgrund der (seinerzeit) anhängigen Klage der Republik Irland (Rs. C-301/06) wegen der Inanspruchnahme eines nicht tragfähigen Kompetenztitels für nichtig erklären werde. Sollte der Antrag der Republik Irland tatsächlich Erfolg haben, wäre (wieder) Raum für eine umfassende Prüfung der angegriffenen Normen durch das Bundesverfassungsgericht am Maßstab der deutschen Grundrechte (unter Verweis auf BVerfG, Beschl. v., 13.3.2007, BVerfGE 118, 79, 97 f.).

Die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofs hat die Klage der Republik Irland durch Urteil vom 10.2.2009 (EuGRZ 2009, 17 = MMR 2009, 244) abgewiesen. Der Erlass der RL 2006/24/EG über die Vorratsdatenspeicherung sei auf der Grundlage von Art. 95 EG geboten gewesen. Gleichzeitig wurde klar gestellt, dass sich die von Irland erhobene Klage allein auf die Wahl der Rechtsgrundlage bezogen habe und nicht auf eine eventuelle Verletzung von Grundrechten als Folge von - mit der RL 2006/24/EG verbundenen - Eingriffen in das Recht auf Privatsphäre.

B. Rechtliche Würdigung

Die Bundesrechtsanwaltskammer hält die Verfassungsbeschwerden, soweit sie sich gegen die neu gefassten Vorschriften der §§ 100 a u. 160 a StPO richten, für begründet. Im Vordergrund steht dabei die durch § 160 a StPO n.F. begründete „Zweiklassengesellschaft“ von Rechtsanwälten, für die es keinen sachlichen Anknüpfungspunkt gibt und die deshalb eine sowohl gleichheitswidrige als auch unverhältnismäßige Beeinträchtigung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 Abs. 1 GG) darstellt..

Im Einzelnen:

**I.
§ 160 a StPO**

1. Die gesetzliche Regelung

Der neu gefasste § 160 a StPO, die im Wesentlichen § 53 b StPO i.d.F. des Regierungsentwurfs v. 27.6.2007 (BT-Drs. 16/5846, S. 9) entspricht, regelt Zulässigkeit und Umfang von Ermittlungsmaßnahmen gegen Personen, denen nach § 53 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht aus beruflichen Gründen (sog. Berufsgeheimnisträger) zusteht. Dazu gehören Geistliche (§ 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO), Verteidiger des Beschuldigten (§ 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO), Rechtsanwälte, Patentanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer, Steuerberater und Steuerbevollmächtigte, Ärzte, Zahnärzte, psychologische Psychotherapeuten, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten, Apotheker und Hebammen (§ 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO), Mitglieder oder Beauftragte einer anerkannten Beratungsstelle nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz (§ 53 Abs. 1 Nr. 3 a StPO), Berater für Fragen der Betäubungsmittelabhängigkeit in einer öffentlichen Beratungsstelle (§ 53 Abs. 1 Nr. 3 b StPO), Mitglieder des Bundestages, eines Landtages oder einer zweiten Kammer (§ 53 Abs. 1 Nr. 4 StPO) und schließlich Presse- und Medienvertreter (§ 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO).

§ 160 a StPO sieht hinsichtlich (verdeckter oder offener) Ermittlungsmaßnahmen gegen die vorgenannten Berufsgeheimnisträger eine Zweiteilung dergestalt vor, dass der ganz überwiegende Teil von ihnen bei Durchführung dieser Maßnahme grundsätzlich dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse ausgesetzt ist. Einen absoluten Schutz hiergegen sollen lediglich Geistliche, (Straf-)Verteidiger und Abgeordnete genießen können, vgl. § 160 a Abs. 1 StPO; die übrigen Berufsgeheimnisträger sind gegenüber Ermittlungsmaßnahmen nur relativ geschützt, und zwar wie folgt:

„Soweit durch eine Ermittlungsmaßnahme eine in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 – 3 b oder Nr. 5 genannte Person betroffen wäre und dadurch voraussichtlich Erkenntnisse erlangt würden, über die diese Person das Zeugnis verweigern dürfte, ist dies im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit besonders zu berücksichtigen; betrifft das Verfahren keine Straftat von erheblicher Bedeutung, ist in der Regel nicht von einem Überwiegen des Strafverfolgungsinteresses auszugehen. Soweit gebo-

ten, ist die Maßnahme zu unterlassen oder, soweit dies nach der Art der Maßnahme möglich ist, zu beschränken...“, vgl. § 160 a Abs. 2 StPO.

Wenngleich mit der Vorschrift des § 160a StPO erstmals eine allgemeine, für sämtliche Ermittlungsmaßnahmen der StPO gegen zeugnisverweigerungsberechtigte Berufsgeheimnisträger geltende Regelung geschaffen worden ist, stehen im Kontext des hier interessierenden Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung vom 21.12.2007 die verdeckten Ermittlungsmaßnahmen im Sinne des § 101 Abs. 1 StPO und dabei vor allem die Überwachung der Telekommunikation nach § 100 a StPO im Vordergrund des Interesses und der nachfolgenden Überlegungen. Dies insbesondere auch deshalb, weil gegenüber der (akustischen) Wohnraumüberwachung nach § 100 c Abs. 6 StPO ein absoluter Schutz aller zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsgeheimnisträger besteht; und auch bei der Beschlagnahme wird nach § 97 Abs. 1 StPO insoweit nicht zwischen (Straf-)Verteidigern einerseits und den übrigen Angehörigen rechts- und steuerberatender Berufe unterschieden.

Im Regierungsentwurf wird die Schaffung einer „Zweiklassengesellschaft“ von zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsgeheimnisträgern speziell bei der Telekommunikationsüberwachung nicht ausdrücklich begründet. Aus dem Zusammenhang der Begründung wird allenfalls deutlich, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass ein umfassendes bzw. absolutes Erhebungs- und Verwertungsverbot insoweit nur bei dem seelsorgerischen Gespräch mit einem Geistlichen sowie bei dem Gespräch des Beschuldigten mit seinem Verteidiger geboten sei (unter Berufung auf BVerfG, Urt. v. 3.3.2004, BVerfGE 109, 279, 322 f. – „großer Lauschangriff“). Bei den von § 160 a Abs. 1 StPO nicht erfassten Berufsgeheimnisträgern hält der Gesetzgeber demgegenüber offensichtlich ein „... *relatives, an Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten orientiertes und in der Rechtsprechung im Rahmen der sog. Abwägungslehre [...] im Grundsatz anerkanntes und angewandtes Erhebungs- und Verwertungsverbot*“ für ausreichend (vgl. erneut BT-Drs. 16/5846, S. 25, 36 f.).

2. Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer

Der unterschiedlich ausgestaltete Schutz der zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsgeheimnisträger gegenüber Ermittlungsmaßnahmen, insbesondere gegenüber der Telekommunikationsüberwachung, wie er in § 160 a Abs. 1 StPO einerseits und in §

160a Abs. 2 StPO andererseits vorgesehen ist, verletzt auch nach Meinung der Bundesrechtsanwaltskammer Grundrechte der als Rechtsanwälte tätigen Beschwerdeführer der vorliegenden Verfassungsbeschwerde-Verfahren, insbesondere aus Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1, 10 Abs. 1 u. 12 Abs. 1 GG. Denn die vom Gesetzgeber vorgenommene Differenzierung zwischen (Straf-) Verteidigern einerseits (absoluter Schutz) und den (übrigen) Rechtsanwälten andererseits (relativer Schutz) ist weder sachlich gerechtfertigt noch verhältnismäßig und überdies in einer Weise formuliert, die den relativen Schutz der nicht privilegierten Berufsgeheimnisträger zusätzlich bis zur Unkenntlichkeit relativiert; daraus folgt gleichzeitig ein Verstoß gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot bei Eingriffen in Grundrechtspositionen. Schließlich ist auch die Regelung der sog. Verstrickungsfälle in § 160 a Abs. 4 StPO zu weitgehend.

Im Einzelnen:

a) Verfassungsrechtliche Vorgaben

Der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant ist zuletzt etwa in der „Geldwäsche“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 30.3.2004 – unter gleichzeitiger, umfassender Rekapitulation der einschlägigen bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung – wie folgt grundrechtlich hergeleitet und zum Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips erklärt worden:

„Die durch den Grundsatz der freien Advokatur gekennzeichnete anwaltliche Berufsausübung unterliegt unter der Herrschaft des Grundgesetzes der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des einzelnen Rechtsanwalts [...]. Der Schutz der anwaltlichen Berufsausübung vor staatlicher Kontrolle und Bevormundung liegt dabei nicht allein im individuellen Interesse des einzelnen Rechtsanwalts oder des einzelnen Rechtssuchenden. Der Rechtsanwalt ist ‚Organ der Rechtspflege‘ (vgl. §§ 1 u. 3 BRAO) und dazu berufen, die Interessen seines Mandanten zu vertreten [...]. Sein berufliches Tätigwerden liegt im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege [...]. Unter der Geltung des Rechtsstaatsprinzips des Grundgesetzes müssen dem Bürger schon aus Gründen der Chancen- und Waffengleichheit Rechtskundige zur Seite stehen, denen er vertrauen und von denen er erwarten kann, dass sie seine Interessen unabhängig, frei und uneigennützig wahrnehmen [...]. Dem Rechtsanwalt als berufenem unabhängigen Berater und Beistand obliegt es, seinem Mandanten umfassend beizustehen.

Voraussetzung für die Erfüllung dieser Aufgabe ist ein Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant. Integrität und Zuverlässigkeit des einzelnen Berufsangehörigen [...] sowie das Recht und die Pflicht zur

Verschwiegenheit [...] sind die Grundbedingungen dafür, dass dieses Vertrauen entstehen kann. Die Verschwiegenheitspflicht rechnet daher von jeher zu den anwaltlichen Grundpflichten [...]. Als unverzichtbare Bedingung der anwaltlichen Berufsausübung hat sie Teil am Schutz des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG. Diesem Schutz dient eine Reihe gesetzlicher Vorschriften (vgl. § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO, § 97 StPO), deren Ziel es ist, das Verhältnis zwischen Anwalt und Mandant gegen Störungen abzusichern.“

(BVerfGE 110, 226, 252; vgl. in diesem Sinne auch BVerfG, Beschl. v. 12.4.2005, BVerfGE 113, 29, 49 - Durchsuchung und Beschlagnahme des elektronischen Datenbestands einer Rechtsanwaltskanzlei; BVerfG, 3. Kammer des Zweiten Senats, Beschl. v. 4.7.2006, BVerfG K 8, 349, 352 – Abhör- und Durchsuchungsbeschluss gegenüber einem Rechtsanwalt -, sowie Beschl. v. 30.4.2007, NJW 2007, 2752, 2753 – Telefonüberwachung des Anwalts von *El Masri*).

Das Bundesverfassungsgericht hat in der zitierten „Geldwäsche“-Entscheidung, und zwar unmittelbar im Anschluss an die vorstehend wiedergegebenen Ausführungen zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen eines unabdingbaren Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant, darüber hinaus klar gestellt, dass der Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG, so wörtlich, „*auch die Strafverteidigung*“ umfasse, die zu den wesentlichen Berufsaufgaben eines Rechtsanwalts zähle und deren Institution durch das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes gesichert sei. Es hat außerdem deutlich gemacht, dass Maßnahmen, die geeignet sind, das Entstehen eines Vertrauensverhältnisses zwischen Strafverteidiger und Mandant zu stören oder gar auszuschließen, und Kollisionen zu erzeugen, die den Strafverteidiger daran hindern können, die Interessen seines Mandanten wirksam zu vertreten, in die Berufsausübungsfreiheit des Strafverteidigers eingreifen.

Eine solche zumindest mittelbare Beeinträchtigung der anwaltlichen Berufstätigkeit hat das Bundesverfassungsgericht im Falle der Sicherstellung und Beschlagnahme von Datenträgern und hierauf gespeicherten Daten einer Rechtsanwaltskanzlei (vgl. erneut Beschl. v. 12.4.2005, BVerfGE 113, 29, 49) wie folgt umschrieben bzw. gekennzeichnet:

„Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach die fundamentale objektive Bedeutung der ‚freien Advokatur‘ hervorgehoben [...]. Diese objektivrechtliche Bedeutung der anwaltlichen Tätigkeit und des rechtlich geschützten Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant wird jedenfalls dann berührt, wenn wegen der Gefahr eines unbeschränkten Datenzugriffs ein Mandatsverhältnis von Anfang an mit Unsicherheiten hin-

sichtlich seiner Vertraulichkeiten belastet wird. Mit dem Ausmaß potenzieller Kenntnis staatlicher Organe von vertraulichen Äußerungen wächst die Gefahr, dass sich auch Unverdächtige nicht mehr den Berufsgeheimnisträgern zur Durchsetzung Ihrer Interessen anvertrauen.“

Und weiter:

„Es besteht zudem die Gefahr, dass Mandanten, welchen der Zugriff der Strafverfolgungsbehörden auf auch sie betreffende und regelmäßig vertrauliche Daten bekannt wird, das Mandatsverhältnis zu ihrem Rechtsanwalt oder Steuerberater kündigen. Damit hat der Zugriff auf die Kanzleidata beschränkende Auswirkungen auf die wirtschaftliche Entfaltung der Beschwerdeführer [...]. Die wirtschaftliche Betätigung als Ausprägung der durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit genießt grundrechtlichen Schutz...“.

(vgl. speziell zu Letzterem auch BVerfG, Beschl. v. 18.4.2007, NJW 2007, 2749, 2752 – Überwachung des Mobilfunkanschlusses eines Strafverteidigers)

In dem Beschluss zur Telefonüberwachung des Anwalts von *El Masri* vom 30.4.2007 (a.a.O.) hat das Bundesverfassungsgericht darüber hinaus hervorgehoben, dass das durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant und die „...herausgehobene Bedeutung der unkontrollierten Berufsausübung eines Rechtsanwalts“ die besonders sorgfältige Beachtung der Eingriffsvoraussetzungen und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bei Eingriffen in das Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 gebieten. Im konkreten Fall ist deshalb gewissermaßen eine doppelte Verletzung des Art. 10 Abs. 1 GG angenommen worden, nämlich einerseits wegen der zu geringen Wahrscheinlichkeit, der Rechtsanwalt werde täterseits als Nachrichtenmittler kontaktiert werden, zum anderen wegen der unzureichenden Berücksichtigung des dadurch betroffenen und durch Art. 12 Abs. 1 geschützten Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant.

- b) Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund ist festzustellen, dass es keine überwiegenden Gründe des Gemeinwohls gibt, die die in § 160 a Abs. 1 u. 2 StPO getroffene Unterscheidung zwischen (Straf-)Verteidigern einerseits und den (übrigen) Rechtsanwälten andererseits sachlich rechtfertigen können. Der damit verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit (und in die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG im Übrigen) ist auch unverhältnismäßig und führt, soweit es um die Telekommunikationsüberwachung geht, gleichzeitig zu einer Verletzung der Fernmeldefreiheit nach Art. 10 Abs. 1 GG. Schließlich ist der Grundrechtsein-

griff auch deshalb rechtsstaatlich nicht hinnehmbar, weil die Eingriffsvoraussetzungen so formelhaft und unbestimmt gefasst sind, dass damit der Exekutive letztlich freie Hand gegeben ist und Eingriffe für die Betroffenen überhaupt nicht mehr absehbar sind.

Im Einzelnen:

- (1) Nicht gerechtfertigt werden kann die streitige Unterscheidung von vornherein mit dem Argument, sie lehne sich an die gesetzliche Regelung in § 53 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 StPO an, die hinsichtlich der zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsgeheimnisträger ebenfalls einerseits von „Verteidigern“ (Nr. 2) und andererseits von „Rechtsanwälten“ (Nr. 3) spreche. Denn diese Differenzierung hat keinerlei Auswirkungen auf den Umfang der Berechtigung zur Zeugnisverweigerung. Hintergrund der Differenzierung ist lediglich der Umstand, dass mit den gesondert in § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO aufgeführten Verteidigern auch diejenigen benannt worden sind und zur Zeugnisverweigerung berechtigt werden sollten, die (im konkreten Fall) zur Verteidigung gewählt und bestellt worden sind, ohne Rechtsanwälte zu sein, also etwa Hochschullehrer oder, mit Genehmigung des Gerichts, auch andere Personen, vgl. § 138 Abs. 1 u. 2 StPO.
- 2) Die in § 53 Abs. 1 Nrn. 2 u. 3 StPO vorgenommene Differenzierung, an die sich die vorliegend streitige Regelung des § 160 a Abs. 1 u. 2 StPO anlehnt, lässt sich darüber hinaus auch nicht mit dem Argument rechtfertigen, dass Rechtsanwälte, die als Verteidiger fungieren, ähnlich wie Geistliche „ratione materiae“ in besonderer Weise auf das Privileg des Zeugnisverweigerungsrechts angewiesen seien. Denn Strafverteidigung ist kein aliud,, sondern (nur) eine Modalität anwaltlicher Berufsausübung. Und das anwaltliche Berufsbild ist in all seinen Modalitäten gleichermaßen „...durch die Begründung höchstpersönlicher, grundsätzlich keine Offenbarung dulddender Vertrauensverhältnisse gekennzeichnet“, deren Schutz das durch § 53 StPO eingeräumte strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrechts dient (so bereits BVerfG, Beschl. v. 19.7.1972, BVerfGE 33, 367, 378). Und damit korrespondieren auch die speziell den Rechtsanwälten nach ihrem Berufsrecht auferlegte (vgl. § 43 a Abs. 2 BRAO) und darüber hinaus strafrechtlich bewehrte (vgl. § 203 StGB) Verschwiegenheits-

verpflichtung bzw. Schweigepflicht, ohne dass (auch) diese Vorschriften oder sonstige gesetzlich geregelte Berufspflichten an irgendeiner Stelle der BRAO oder BORA zwischen Strafverteidigern und Rechtsanwälten differenzieren.

- (3) Die hier gerügte Ungleichbehandlung von „Verteidigern“ einerseits und „Rechtsanwälten“ andererseits ist auch nicht unter Bezugnahme auf die bisherige Regelung des § 100 h Abs. 2 StPO zu rechtfertigen (davon geht aber offensichtlich der Gesetzentwurf aus, vgl. BT-Drs. 16/5846, S. 35). Die Bestimmung des § 100 h Abs. 2 StPO war wegen der unterschiedlichen Behandlung der Berufsgeheimnisträger stets umstritten und ist sogar als willkürlich angesehen worden (vgl. statt vieler Meyer-Goßner, StPO, 50. Aufl. 2007, Rdnr. 9 zu § 100 h m.w.Nw.). Überdies liegen zu dieser Vorschrift, die die eng umgrenzte Materie der Auskunft über Telekommunikationsverbindungen regelte, keine Erkenntnisse über deren praktische Handhabung vor. Eine Rechtsprechung hat sich dazu nicht herausgebildet. Umso weniger erscheint es sachgerecht, die jetzt in § 160 a Abs. 1 u. 2 StPO enthaltene, allgemeine Regelung an diese umstrittene – und überdies nicht bewährte – Spezialregelung anzulehnen, zumal diese Eingriffe weit geringerer Intensität regelte.
- (4) Kein Argument ist ferner der im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum „Großen Lauschangriff“ v. 30.3.2004 hervorgehobene Kernbereichsschutz des (seelsorgerischen) Gesprächs mit einem Geistlichen oder einem Verteidiger. Anders, als dies der Regierungsentwurf darstellt (BT-Drs. 16/5846, S. 25), ist auch in dieser Entscheidung ein absolutes Erhebungs- und Verwertungsverbot nicht nur in diesen Fällen für gerechtfertigt erklärt worden. Das Gericht hat es vielmehr ausdrücklich offen gelassen, „... *ob es verfassungsrechtlich geboten war, sämtliche Berufsgeheimnisträger nach § 53 StPO einem absoluten Überwachungsverbot zu unterstellen,*“ (BVerfGE 109, 279, 329), wie es bereits die seinerzeitige Regelung des § 100 d Abs. 3 Satz 1 StPO vorsah und wie dies jetzt in § 100 c Abs. 6 StPO geregelt ist. Warum die im gleichen Zusammenhang vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich gebilligte Entscheidung des Gesetzgebers, „*mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Schutz besonderer Vertrauensverhältnisse*“ sämtliche zeugnisverweigerungsberechtigten Berufs-

geheimnisträger vor dem „Großen Lauschangriff“ zu bewahren, nicht auch bezüglich der Telekommunikationsüberwachung gelten soll, ist eigentlich nicht nachzuvollziehen. Dies gilt umso mehr, als nicht nur bei dem Gespräch des Mandanten mit dem als Strafverteidiger fungierenden Rechtsanwalt, sondern insbesondere auch dann, wenn es etwa um die Beratung und Vertretung im Bereich des Familienrechts, des Sozialrechts, des Steuerrechts oder etwa bei der (anwaltlichen) Mediation geht, um nur einige einschlägige Materien zu nennen, in gleicher Weise wie bei der Strafverteidigung regelmäßig der eigentlich unantastbare Kernbereich persönlicher Lebensgestaltung betroffen ist. Dem wird ein lediglich relativer Schutz speziell vor Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung in keiner Weise gerecht.

- (5) Auch der Verweis des Gesetzgebers auf den vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Telekommunikationsüberwachung nach § 33 a Nds. SOG vom 27.7.2005 (vgl. BVerfGE 113, 348, 390 ff.) angesprochenen, unterschiedlichen Schutzzumfang des Art. 13 Abs. 1 GG (Wohnung) einerseits und des Art. 10 Abs. 1 GG (Fernmeldegeheimnis) andererseits (BT-Drs. 16/5846, S. 22) kann die vorliegend streitige Unterscheidung nicht rechtfertigen. Denn es stellt sich bereits in tatsächlicher Hinsicht die Frage, ob es – immer noch – zutreffend ist, dass *„die Bürger zur höchstpersönlichen Kommunikation nicht in gleicher Weise auf Telekommunikation angewiesen [sind] wie auf eine Wohnung“* (BVerfGE 113, 348, 391). Das inzwischen entwickelte, wohnungsunabhängige Telekommunikations-Verhalten der mobilen Bürger könnte durchaus Zweifel an dieser Feststellung begründen. Vor allem aber ist die Kommunikation via Telekommunikation inzwischen nicht nur generell, sondern auch und gerade im Verkehr mit Berufsgeheimnisträgern häufig oder gar überwiegend an die Stelle unmittelbarer Gespräche in der Kanzlei oder etwa in der Wohnung des Mandanten getreten. Diese Entwicklung kann und darf bei der Frage des verfassungsrechtlichen Schutzes der Telekommunikation nicht unberücksichtigt bleiben. Dies gilt umso mehr, als zu dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 Abs. 1 GG) vorliegend der durch Art. 12 Abs. 1 GG vermittelte Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Mandant hinzutritt (vgl. erneut BVerfG, Beschl. v. 30.4.2007, NJW 2007, 2752 - unbefugtes Abhören des Anwalts von *El Masri*). Wieso

dieser Schutz nur dann wirksam werden soll, wenn sich der Mandant persönlich in die Kanzlei seines Anwalts begibt (dort sind beide vor einer akustischen Wohnraumüberwachung durch § 100 c Abs. 6 StPO geschützt), nicht aber dann, wenn er mit seinem Anwalt telefoniert oder in anderer Weise telekommuniziert, ist nicht nachvollziehbar.

- (6) Schließlich kann entgegen den idealtypisierenden Annahmen, die der hier interessierenden Regelung offensichtlich zugrunde liegen, auch und gerade in der Praxis nicht mit der hinreichenden Trennschärfe zwischen der Tätigkeit als Strafverteidiger und als Rechtsanwalt unterschieden werden. Denn zu einer umfassenden anwaltlichen Beratung gehört auch die Berücksichtigung strafrechtlicher Implikationen oder Dimensionen des Mandats. Dies liegt etwa in den Fällen des Steuerrechts, des Immissions-schutzes, der Subventionsvergabe oder der Abrechnung vertragsärztlicher Leistungen, um nur einige zu nennen, besonders auf der Hand, ohne dass damit die – häufig nicht absehbaren - strafrechtlichen Weiterungen an-waltlicher Mandate auch nur annähernd erfasst oder eingegrenzt werden können (vgl. in diesem Sinne auch den Gesetzentwurf der FDP zur Ände-rung des § 160 a StPO v. 2.12.2008, BT-Drs. 16/11170, S. 4). Diese Prob-lematik hat über den Einzelanwalt hinaus ihre Erstreckung bei der Manda-tierung einer Sozietät, wo sich die Überschneidungen von durch § 160 a Abs. 1 u. 2 StPO unterschiedlich geschützten Vertrauens- und Kommuni-kationsverhältnisse jetzt noch bei unterschiedlichen Personen fortsetzen bzw. manifestieren! Wie dort – gezielt - der absolute Schutz desjenigen Partners, der als Strafverteidiger eines gemeinschaftlich von der Sozität beratenen Mandanten fungiert, gegenüber Maßnahmen der Telekom-munikationsüberwachung realisiert werden soll, ist bei den üblichen Sammelanschlüssen bereits technisch schwer vorstellbar.
- (7) Zu berücksichtigen ist überdies, dass die (nach alledem) künstliche, um nicht zu sagen willkürliche Unterscheidung zwischen (Straf-) Verteidigern und Rechtsanwälten im Rahmen des § 160 a Abs. 1 u. 2 StPO darüber hinaus geeignet ist, potentielle Mandanten, insbesondere auch Unver-dächtige, davon abzuhalten, ihrem Anwalt kritische Informationen anzu-vertrauen oder sich diesem überhaupt zur Durchsetzung ihrer Interessen anzuvertrauen . Das bedeutet als sog. chilling effect nicht nur eine Störung

der verfassungsrechtlich geschützten Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant (vgl. dazu Ignor, NJW 2007, 3403, 3405), sondern hat auch beschränkende Auswirkungen auf die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten eines Anwalts (vgl. erneut BVerfG, Beschl. v. 12.4.2005, BVerfGE 113, 29, 49, sowie Beschl. v. 18.4.2007, NJW 2007, NJW 2007, 2749, 2751.; in diesem Sinne auch der Gesetzentwurf der FDP z. Änderung des § 160 a StPO v. 2.12.2008 a.a.O.).

- (8) Im Übrigen spielen nach Kenntnis der Bundesrechtsanwaltskammer Beweise, die durch Ermittlungsmaßnahmen gegenüber nichtbeschuldigten Berufsheimnisträgern gewonnen wurden, in der Praxis so gut wie keine Rolle. Dies mag auch der Grund dafür gewesen sein, dass der vom „Arbeitskreis Strafprozessrecht und Polizeirecht beim Mannheimer Institut für Deutsches und Europäisches Strafprozessrecht und Polizeirecht“ im Vorfeld des Gesetzgebungsprozesses erarbeitete Regelungsvorschlag zumindest ein Beweisverwertungsverbot für solche Erkenntnisse vorsah, auf die sich die Zeugnisverweigerungsrechte der Geistlichen, Rechtsanwälte, Ärzte und der anderen in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 - 3 b StPO genannten Personen, einschließlich der jeweiligen Berufshelfer, erstreckte (vgl. erneut BT-Drs. 16/5846, S. 24). Der Gesetzgeber ist dem jedoch erklärtermaßen nicht gefolgt, und zwar mit der zu kurz greifenden Begründung, ein so weit reichender Schutz der zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsheimnisträger sei auch und gerade in Ansehung der verfassungsgerechtl. Rechtsprechung nicht geboten.
- (9) Selbst wenn man die unterschiedliche Behandlung der zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsheimnisträger in § 160 a Abs. 1 StPO einerseits und in § 160 a Abs. 2 StPO n.F. andererseits dem Grundsatz nach für verfassungsgemäß halten müsste, könnte speziell die Regelung des relativen Schutzes der Berufsheimnisträger in § 160 a Abs. 2 StPO n.F. vor den genannten Grundrechten deshalb keinen Bestand haben, weil die Eingriffsvoraussetzungen in einer Weise formuliert sind, die den bereits (nur) relativen Schutz der dort genannten Berufsheimnisträger bis zur Unkenntlichkeit relativiert. Denn die (eingangs dieser Stellungnahme wörtlich wiedergegebene) Vorschrift des § 160 a Abs. 2 StPO n.F. operiert mit

hintereinander geschalteten, komplizierten Verhältnismäßigkeitsprüfungen und im Übrigen mit Leerformeln („soweit ... betroffen wäre ... dadurch voraussichtlich Erkenntnisse erlangt würden ... Zeugnis verweigern dürfte ... im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit besonders zu berücksichtigen ... keine Straftat von erheblicher Bedeutung ... in der Regel nicht ... auszugehen ... soweit geboten ... soweit möglich ...“). Es ist deshalb nachzuvollziehen, wenn einer der Beschwerdeführer (VB Hirsch vom 01.01.2008, S. 36) geltend gemacht hat, die Vorschrift des § 160 a Abs. 2 StPO sei so unbestimmt und formelhaft, dass nur der „*Anschein einer gesetzlichen Regelung*“ erweckt werde; sie lasse „... *hinter einem Schwall von Worten keine eigene Entscheidung mehr erkennen*.“ In der Tat: die Vorschrift des § 160 a Abs. 2 StPO erscheint im Einzelfall kaum praktikabel und das Ergebnis der hintereinander geschalteten Prüfungsschritte nicht absehbar. Damit ist die Entscheidung, ob und wann ein Eingriff in die betroffenen, höchst sensiblen Grundrechte erfolgen soll, vollkommen in die Hand der Exekutive gegeben und gleichzeitig unüberprüfbar geworden. Das widerspricht den Bestimmtheitsanforderungen des Rechtsstaatsprinzips, das gerade bei Eingriffen in das Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 GG in besonderer Weise wirksam gemacht werden muss (so ausdrücklich das BVerfG im Urt. v. 27.7.2005, BVerfGE 113, 348, 375 f. – TK-Überwachung nach § 33a Nds.SOG).

- (10) Nach Meinung der Bundesrechtsanwaltskammer entspricht schließlich auch die in § 160 a Abs. 4 StPO enthaltene Regelung von so genannten Verstrickungsfällen nicht ausreichend dem durch die vorgenannten Grundrechte bewirkten Schutz der Berufsgeheimnisträger. Nach dieser Vorschrift gelten die in § 160 a Abs. 1 – 3 StPO geregelten (absoluten und relativen) Beweiserhebungsverbote nicht, „... *wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass die zeugnisverweigerungsberechtigte Person an der Tat oder an einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei beteiligt ist*“. Einwendungen gegen diese Vorschrift auch und gerade in verfassungsrechtlicher Hinsicht bestehen insoweit, als der „einfache“ Verdacht der Beteiligung etc. ausreichen soll, um offene oder verdeckte Ermittlungsmaßnahmen auch gegen einen zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsgeheimnisträger zu ermöglichen. Ursprünglich hatte der Gesetzgeber dies nur für den Fall vorgesehen, dass gegen die Betroffenen

bereits ein Strafverfahren eingeleitet worden ist, und zwar mit dem Ziel, „... die Ermittlungsbehörden noch stärker als bislang für die durch die Zeugnisverweigerungsrechte der Berufsheimnisträger geschützten Belange zu sensibilisieren und eine Umgehung der Schutzregelungen allein aufgrund bloßer Vermutungen auszuschließen“ (vgl. BT-DRS 16/5846, S. 9 u. S. 37). Diese „Erschwerung“ ist jedoch aufgrund der Intervention des Bundesrats wieder gestrichen worden. Geblieben ist nur die in Ansehung der *Cicero*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts v. 27.02.2007 (BVerfGE 117, 244, 266) in § 160 a Abs. 4 S. 2 StPO enthaltene Regelung, wonach bei Medienangehörigen (im Sinne des § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO) der Schutz vor Ermittlungsmaßnahmen wegen „Verstrickung“ in den Fällen, in denen die Tat nur auf Antrag oder nur mit Ermächtigung verfolgbar ist, (nur) dann entfällt, sobald und soweit der Strafantrag gestellt oder die Ermächtigung erteilt ist.

Es ist nicht erkennbar, warum der besondere Schutz der Medienangehörigen nicht für alle Berufsheimnisträger gelten soll und muss. Jedenfalls steht dem in der zitierten *Cicero*-Entscheidung insoweit unter Berufung auf den hervorgehobenen, grundrechtlichen Schutz der Presse nach Art. 5 Abs. 1 GG bei den Rechtsanwälten der in gleicher Weise - etwa in der mehrfach zitierten *Geldwäsche*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 30.3.2004 (BVerfGE 110, 226, 252 f.) - hervorgehobene, durch Art. 12 Abs. 1 GG und das Rechtsstaatsprinzip garantierte Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant gegenüber. Effektiv kann die entsprechend geschützte Sphäre der Berufsheimnisträger auch in Verstrickungskonstellationen deshalb nur durch eine Anhebung des Verdachtsgrades geschützt werden. Dabei hat die Anhebung der Verdachtsschwelle insbesondere auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass Ermittlungsmaßnahmen gegenüber Berufsheimnisträgern stets eine Vielzahl unbeteiligter Dritter in deren geschützten Kommunikationsverhältnissen zu dem Berufsheimnisträger berühren und beeinträchtigen. Ein effektiver Grundrechtsschutz ist daher nur gewährleistet bei Übernahme der im geltenden Recht etwa in § 138 a Abs. 1 StPO für die Ausschließung des Verteidigers formulierten Voraussetzung, dass der Betreffende „dringend oder in einem der Eröffnung des Hauptverfahrens

rechtfertigenden Grade“ der Teilnahme oder einer Begünstigung, Strafreitelung oder Hehlerei verdächtig ist.

II. § 100 a StPO

Die Neustrukturierung des bisherigen § 100 a Abs. 1 StPO soll dem Bedürfnis nach rechtstaatlicher Eingriffsbegrenzung bei Anordnung der Überwachung der Telekommunikation Rechnung tragen. Hierbei bildet der Straftatenkatalog des Abs. 2 das Kernstück und konkretisiert gleichzeitig abschließend den neu geschaffenen, in Abs. 1 verwandten Rechtsbegriff der „schweren Straftat“. Zur Neuregelung des Straftatenkatalogs führt der Regierungsentwurf die Untersuchung von Albrecht/Dorsch/ Krüpe aus dem Jahre 2003 an, in der 501 Verfahren aus dem Jahre 1998 auf die Effizienz der Telekommunikationsüberwachung hin untersucht worden sind. Weiter heißt es dort (BT-Drs. 16/5846, S. 23 f.) sodann wörtlich wie folgt:

„Ausgehend von den Erkenntnissen der Untersuchung, die die Telekommunikationsüberwachung als ein wichtiges und unabdingbares Ermittlungsinstrument insbesondere im Bereich der opferlosen (Transaktions-)Kriminalität hervorhebt ..., wird der Anlasstatenkatalog des § 100 a StPO unter Berücksichtigung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 107, 299, 322; 109, 279, 346; 113, 348, 387 f.) einer umfassenden Bearbeitung unterzogen“

Die in § 100 a StPO vorgesehene Telekommunikationsüberwachung hat zwangsläufig zur Folge, dass auch unverdächtige Dritte, wie z.B. Familienangehörige, andere soziale Bezugspersonen, Arbeitgeber, Justizangehörige und auch Unternehmen, sofern sie (auch unwissentlich) irgendeinen Bezug zum Verdächtigen einer Katalogtat haben, von einer Telekommunikationsüberwachung betroffen sein können. Eine heimliche Ermittlungsmaßnahme, die derart intensiv in die Rechte von (unbescholtenen bzw. unverdächtigten) Bürgern eingreift, kann, wenn überhaupt, nur dann ausnahmsweise gerechtfertigt sein, wenn die Anlasstat von einem solchen Gewicht ist, dass der Eingriff in das durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützte Fernmeldegeheimnis noch als angemessen bzw. als im Interesse einer effektiven Strafverfolgung hinreichend gerechtfertigt angesehen werden kann. In den vorliegenden Verfassungsbeschwerden ist insbesondere wegen der Ausweitung der Katalogstraftaten eine Verletzung (des Wesensgehalts) des Art. 10 Abs. 1 GG geltend gemacht worden. Die Bundesrechtsanwaltskammer hält diesen Vorwurf für berechtigt und die Verfassungsbeschwerden deshalb auch insoweit für begründet.

Im Einzelnen:

1. Unbestimmtheit der verwandten Rechtsbegriffe

Der insoweit in § 100 a Abs. 1 Nr. 1 StPO neu geschaffene bzw. in dieser Form erstmals verwandte Begriff der „*schweren Straftat*“ nimmt sowohl auf den Begriff der „*besonders schweren Straftat*“ in Art. 13 Abs. 3 S. 1 GG als auch auf die für andere heimliche Ermittlungsmaßnahmen vorausgesetzte Anlasstat „*von erheblicher Bedeutung*“ Bezug. Unter dem Begriff der „*besonders schweren Straftat*“ fallen alle bzw. nur Straftaten mit Höchststrafen von mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe (so ausdrücklich BVerfG, Urt. v. 03.03.2004, BVerfGE 109, 279, 347 f. – „Großer Lauschangriff“). Eine „*Straftat von erheblicher Bedeutung*“ liegt demgegenüber vor, wenn sie mindestens der mittleren Kriminalität zuzurechnen ist, den Rechtsfrieden empfindlich stört und aufgrund ihrer Begehungsform geeignet ist, das Gefühl der Rechtssicherheit bei den Bürgern nachhaltig zu beeinträchtigen (vgl. BVerfG, 3. Kammer des 2. Senats, Beschl. v. 14.12.2000, BVerfGE 103, 21, 34 – „genetischer Fingerabdruck“; st. Rspr.). Mit dem in § 100 a Abs. 1 StPO neu verwandten Begriff „können“, so der Gesetzentwurf (BT-Drs. 16/5846, S. 39), „solche Straftaten verstanden werden, die eine Mindesthöchststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe aufweisen, in Einzelfällen aufgrund der besonderen Bedeutung des geschützten Rechtsguts oder des besonderen öffentlichen Interesses an der Rechtsverfolgung aber auch eine geringere Freiheitsstrafe. Eine Höchststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe entspricht dem Begriff der schweren Straftat nicht mehr.“ Mit dieser Regelung sollen die bisher weitgehend auf „*besonders schwere Straftaten*“ (im Wesentlichen organisierte Kriminalität und terroristische Aktivitäten) beschränkten Möglichkeiten der Telekommunikationsüberwachung auf eine Vielzahl weiterer Straftaten ausgeweitet werden.

Es bestehen bereits Zweifel daran, ob der zwischen der „*besonders schweren Straftat*“ und der „*Straftat von erheblicher Bedeutung*“ oszillierende Begriff der „*schweren Straftat*“ den Anforderungen an das besondere und allein den Eingriff in das Fernmeldegeheimnis rechtfertigende Gewicht des staatlichen Strafverfolgungsinteresses Rechnung trägt. Dies gilt auch und gerade im Hinblick auf das in § 100 a Abs. 1 Nr. 2 StPO als Korrektiv enthaltene Erfordernis, dass die Tat „*auch im Einzelfall schwer wiegt*“. Denn das Gesetz enthält kein Kriterium bzw. keine Anhaltspunkte dafür, wann dies der Fall sein soll. Die Anordnungsvoraussetzungen sind damit insoweit bereits ähnlich unbe-

stimmt wie diejenigen des § 33 a Nds.SOG, der deswegen vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt worden ist (Urt. v. 27.07.2005, BVerfGE 113, 348, 387).

Angesichts der unbestimmten Weite der Eingriffsvoraussetzungen bestehen ferner berechnete Zweifel, dass mit Hilfe der qualifizierten Subsidiaritätsklausel des § 100 a Abs. Nr. 3 StPO („... wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre“) tatsächlich ein wirksames Korrektiv geschaffen werden könnte, zumal die Ermittlungsbehörden erfahrungsgemäß allzu schnell zu der Annahme neigen, dass eine Aufklärung der Straftat ohne Anordnung der Telekommunikationsüberwachung nicht möglich sei.

2. Ausweitung des Straftatenkatalogs in § 100 a Abs. 2 StPO

§ 100 a Abs. 2 StPO enthält eine katalogartige Legaldefinition der „schweren Straftaten“ im Sinne des Abs. 1 Nr. 1 der gleichen Vorschrift. Tatsächlich ist der Katalog jedoch um viele Straftaten erweitert worden, die allenfalls den Bereichen der mittleren und leichten Kriminalität zuzurechnen sind, wie ein Blick auf die jeweiligen Strafraumen zeigt. Damit wird die begriffliche Vorgabe („schwere Straftaten im Sinne des Abs. 1 Nr. 1“), die an sich schon Bedenken aufwirft (s. vorstehend Ziff. 1), zusätzlich unterlaufen; gleichzeitig wird damit das Einfallstor für Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG geöffnet, die außer Verhältnis zu den jeweiligen Strafverfolgungsinteressen stehen.

Folgende neue Straftaten wurden unter anderem in den Katalog aufgenommen:

| Neue Straftaten | Strafraumen |
|---|--|
| Abgeordnetenbestechung, § 108 e StGB | Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis 5 Jahre |
| Einfache Fälschung von Zahlungskarte mit Garantiefunktion, § 152 a Abs. 3 und § 152 b Abs. 1 – 4 StGB | Freiheitsstrafe von 1 – 10 Jahren |
| Verbreitung, Erwerb kinderpornografischer Schriften, § 184 b Abs. 1 u. 2 StGB | Freiheitsstrafe von 3 Monaten – 5 Jahre |
| Menschenhandel, Förderung des Menschenhandels, § 232 Abs. 1 u. 2, 233 Abs. | Freiheitsstrafen von 3/6 Monaten – 5/10 Jahren |

| | |
|---|---|
| 1 u. 2, 233 a StGB | |
| Räuberischer Diebstahl, § 252 StGB | 1 Jahr – 15 Jahre |
| Betrug und Computerbetrug im besonders schweren Fall, §§ 263 Abs. 3 S. 2, Abs. 5 , 263 a Abs. 2 StGB Gleich gelagerte, besonders schwere Fälle von Subventionsbetrug und Urkundenfälschung | Freiheitsstrafe von 6 Monaten/1 Jahr – 5/10 Jahre |
| Bankrott, §§ 283 a, 283 StGB | Freiheitsstrafe von 6 Monaten – 10 Jahre |
| Ausschreibungsabsprachen (Submissionsbetrug), § 298 StGB | Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis 5 Jahre |
| Bestechung im geschäftlichen Verkehr, §§ 299, 300 S. 2 StGB | Freiheitsstrafe von 3 Monaten – 5 Jahre |
| Bestechlichkeit und Bestechung gemäß §§ 332 u. 334 StGB | Freiheitsstrafe von 6 Monaten – 5 Jahre |
| Bandenmäßige Steuerhinterziehung und Schmuggel, §§ 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 5, 373 AO sowie Banden- und Gewerbsmäßige Steuerhehlerei, § 374 Abs. 2 AO | Freiheitsstrafe von 3/6 Monaten – 5/10 Jahren |

Gemäß § 100 a Abs. 1 Nr. 1 am Ende sollen auch Handlungen zur Vorbereitung von „schweren Straftaten“ eine TKÜ-Maßnahme rechtfertigen können, wenn sie selbst eine Straftat darstellen, ohne dass sie im Straftatenkatalog des Abs. 2 im Einzelnen aufgeführt werden. Hiervon werden beispielsweise bei der Geld- und Wertzeichenfälschung Vorbereitungshandlungen im Sinne des § 149 Abs. 1 StGB erfasst, bei der Scheckkartenfälschung Vorbereitungshandlungen nach § 152 a Abs. 5 StGB sowie das Sichverschaffen von Automatenprogrammen nach § 263 a Abs. 3 StGB. Das vertieft den Eingriff in das Fernmeldegeheimnis und macht ihn erst recht unverhältnismäßig.

Nicht nur problematisch, sondern unverhältnismäßig erscheinen der Bundesrechtsanwaltskammer nach alledem sowie unter Berücksichtigung der ohnehin unscharfen Begrifflichkeit der „*schweren Straftaten*“ bei dem Straftatenkatalog des § 100 a Abs. 2 StPO neben der bereits angesprochenen Erstreckung der Katalogtaten auf Vorbereitungshandlungen vor allem

-
- die Beibehaltung der inzwischen zu einfachen Vergehenstatbeständen herabgestuften Straftaten nach § 34 Abs. 1 – 3 AWG (§ 100 a Abs. 2 Nr. 6);
 - die Einbeziehung zahlreicher Korruptionsdelikte (§§ 108 e, 298, 299, 300 a, 332, 334 StGB), die typischerweise im Wirtschaftsleben und nicht im Bereich organisierter Kriminalität begangen werden; eine Begründung für die Aufnahme des § 298 StGB (Submissionsbetrug) fehlt völlig;
 - die Einbeziehung von Betrugs- und Bankrottdelikten nach §§ 263, 264, 283 a StGB, für die das Gleiche gilt;
 - die Einbeziehung des Straftatbestandes der Geldwäsche (§ 261 Abs. 1, 2 u. 4 StGB), zum einen wegen des eher niedrigen Strafrahmens, verglichen mit anderen Katalogtaten, die bis auf wenige Ausnahmen Verbrechenstatbestände sind, zum anderen deshalb, weil es im frühen Stadium eines Ermittlungsverfahrens schwierig sein wird, zu beurteilen, ob es schon um Handlungen geht, die sich auf Vermögenswerte aus abgeschlossenen strafbaren Vortaten beziehen, oder noch um Handlungen zur Verwirklichung der Vortat.

3. Kernbereichsschutz nach § 100 a Abs. 4 StPO

Die Vorschrift des § 100 a Abs. 4 StPO soll den im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum großen Lauschangriff v. 3.3.2004 (BverfGE 109, 279, 313 ff.) begründeten und auch in seiner Entscheidung zur Telefonüberwachung nach § 33 a Nds.SOG v. 27.5.2005 (BVerfGE 113, 348, 390 ff.) erneut betonten „Kernbereichsschutz“ auf die Telekommunikationsüberwachung nach § 100 a erstrecken. Die Vorschrift lautet wie folgt:

„Liegen tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vor, dass durch eine Maßnahme nach Abs. 1 allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden, ist die Maßnahme unzulässig. Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung, die durch eine Maßnahme nach Abs. 1 erlangt wurden, dürfen nicht verwertet werden. Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen. Die Tatsache ihrer Erlangung und Löschung ist aktenkundig zu machen.“

Dieser Kernbereichsschutz wird, was sämtliche Beschwerdeführer in den vorliegenden Verfassungsbeschwerde-Verfahren beanstandet haben, auch nach Meinung der Bun-

desrechtsanwaltskammer durch die in § 100 a Abs. 4 S. 1 StPO getroffene Regelung nicht hinreichend gewährleistet. Dies deshalb, weil die Vorschrift ein Beweiserhebungsverbot nur dann vorsieht, wenn durch die Maßnahme „allein“ Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden. Denn eine ermittlungsrichterliche Prognose dahingehend, dass bei der Anordnung der Telekommunikationsüberwachung „allein“ Erkenntnisse aus dem privaten Kernbereich erlangt würden, erscheint nach aller Lebenserfahrung praktisch ausgeschlossen. So werden etwa bei Dienst- bzw. Geschäftsanschlüssen kaum jemals tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme ausschließlich kernbereichsrelevanter Kommunikation vorliegen. Aber auch bei einem ausschließlich „privat“ genutzten Telefonanschluss ist nicht von vornherein anzunehmen, dieser werde einzig und allein zur Führung kernbereichsrelevanter Gespräche verwendet. Zwar werden Gespräche mit „engsten Vertrauten“ zwar in der Regel dem höchstpersönlichen Bereich zuzuordnen sein, doch auch Gesprächen mit diesen Personen kann ein Sozialbezug innewohnen, so dass nach der verfassungsgemäßen gerichtlichen Rechtsprechung der Kernbereichsschutz entfällt, weil auch in einem intimen Gespräch Informationen über die Anlasstat auftauchen können (vgl. Kutscha, NJW 2005, 20, 22). Deshalb dürften selbst Gespräche zwischen „Kernbereichspartnern“ abgehört und aufgezeichnet werden, weil die Prognose, dass ausschließlich „allein“ kernbereichsspezifische Äußerungen zu erwarten seien, in der Praxis kaum je zu begründen sein wird.

Fazit: In der jetzigen Form handelt es sich bei § 100 a Abs. 4 S. 1 StPO um ein Beweiserhebungsverbot ohne Anwendungsbereich. Bezeichnenderweise verzichtet auch die Entwurfsbegründung, die sonst reich an praktischen Beispielen ist, hierzu auf jegliche Exemplifizierung. Damit ist aber der Kernbereichsschutz im Rahmen der strafprozessualen Telekommunikationsüberwachung entgegen der eindeutigen und einschlägigen Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil vom 29.07.2005 (vgl. erneut BVerfGE 113, 348, 390 ff.) in keiner Weise gewährleistet.