

BGH-Strafsenat in seinem Beschluss zur »Kölner Parteispendenaffäre« anerkennt – bei sich nach Tataufdeckung materiell selbst vollstreckenden Sanktionen der Fall,⁸⁷ nicht aber in Situationen, in denen der behördlichen oder privaten Sanktionsinstanz bei der Sanktionsverhängung ein Entschließungs- oder Auswahlermessen eingeräumt wird.⁸⁸ Vor der Schadensprüfung muss jedoch eine pflichtwidrige Handlung bejaht werden. Hier könnte dem oben thematisierten Erfordernis eines ausreichenden Vermögensbezugs der verletzen Primärnorm in den einschlägigen Fällen eine Filterfunktion zukommen. Denn etwa Umwelt- oder Lenkzeitverstöße, die Schadensersatz- oder Verfallsansprüche auslösen (können), weisen sicher keinen ausreichenden Vermögensbezug auf, will man nicht sachwidrig aus der Sanktionsbewehrung auf den Vermögensbezug der missachteten Pflicht zurückschließen. Natürlich könnte man versuchen, mit gleichem Effekt auch die Lehre von der objektiven Zurechnung – unter Einbeziehung eines Unmittelbarkeits-erfordernisses bzw. den Erwägungen zum Eingreifen Dritter⁸⁹ – oder aber das Kriterium des Schutzzweckzusammenhangs⁹⁰ zum Einsatz zu bringen. Allerdings ist zu bedenken, dass die Lehre von der objektiven Zurechnung kein (eigenständiges) Unmittelbarkeitserfordernis kennt und gegen den Rückgriff auf einen Schutzzweckzusammenhang die obigen Erwägungen gegen die Inbezugnahme nur unmittelbar vermögensschützender Pflichten sprechen.

Insgesamt sollte man sich an dieser Stelle das Instrumentarium der dogmatisch durchaus vorhandenen (Zurechnungs-)Haftungsfilter noch einmal kritisch daraufhin ansehen, was es zur Restriktion des Untreuetatbestandes leisten kann. Der bisherige Umgang der Rechtsprechung mit den einschlägigen Werkzeugen erscheint jedenfalls noch recht sprunghaft.⁹¹

C. Fazit

Ich bin am Ende meines Vortrags. Die berauschenden Dämpfe lassen in ihrer Wirkung langsam nach, so dass ich meine vorläufigen Ergebnisse knapp zusammenfassen will:

1. Ausreichender Fremdvermögensbezug ist eine Mindestvoraussetzung einer untreuetauglichen Pflicht.
2. Die Rechtsprechung ist aufgefordert, die Übertragbarkeit der hypothetischen Einwilligung auf die Untreue wohlwollend zu prüfen.
3. Prozeduralisierungen der Pflichtwidrigkeitsbestimmung in geeigneten Bereichen sollten durch belastbare Kriterien abgesichert werden.
4. Eine bilanzrechtsorientierte Vermögensbewertung ist zu unterstützen, entlastet aber nicht von weiterhin normativen Entscheidungen.
5. Fiktionalisierungen als Ersatz für eine wirtschaftliche Schadensbegründung sind – insbesondere nach der *BVerfG*-Entscheidung vom Juni 2010 – unzulässig.
6. Einschränkungen auf Zurechnungsebene sollten bei der Tatbestandsauslegung stärker herangezogen werden; dem Unmittelbarkeitsprinzip kommt dabei eine bedeutsame Rolle zu.

87 BGH NJW 2011, 1747 (1751 Rn. 57) = StV 2011, 484: »Diese Vorschrift räumt dem Präsidenten des Bundestages kein Ermessen bei der Verhängung der Sanktionen ein, ihre Rechtsfolge ist zwingend (self-executing)«; *Saliger* NStZ 2007, 545 (549).

88 *Satzger/Schmitt/Widmaier-StGB/Saliger* (Fn. 9), § 266 Rn. 75 m.w.N.

89 Ausführlicher zur Einschränkung des Untreuetatbestandes unter Rückgriff auf die Kriterien der objektiven Zurechnung *AnwK-StGB/Esler* (Fn. 56), § 266 Rn. 210 f. und *Gerkau* (Fn. 14), S. 98 ff. – jew. m.w.N.

90 Nachdrücklich dafür *Achenbach/Ransiek/Seier*, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, V2 Rn. 200 f. m.w.N. und *Schünemann*, Organuntreue – Das Mannesmann-Verfahren als Exempel?, 2004, S. 63 f.; *ders.* NStZ 2008, 430 (434); *LK-StGB/ders.*, 12. Aufl. (demnächst), § 266 Rn. 90.

91 Exemplarisch sei dazu nur auf den Umgang der *BGH-Senate* mit dem *Unmittelbarkeitsprinzip* als möglichem Einschränkungskriterium des notwendigen Zusammenhangs zwischen pflichtwidrigem Tun und Vermögensnachteil verwiesen. Der 1. *Strafsenat* hält hier im Beschluss zur »Kölner Parteispendenaffäre« eine unmittelbare Verknüpfung für nicht erforderlich (BGH NJW 2011, 1747 [1751 Rn. 59] = StV 2011, 484), während der 5. *Strafsenat* in seinem Urteil »Berliner Stadtreinigung« (NJW 2009, 3173 [3175 Rn. 33] = StV 2009, 687) eine Tatbestandsrestriktion unter Rückgriff auf eben dieses Element vornimmt – übrigens hier noch im Einklang mit dem 1. *Strafsenat* (BGHSt 51, 29 [33 Rn. 11 a.E.] = StV 2006, 456): Bei den Auswirkungen der Tätigkeit des Geschäftsführers »handelt es sich um mittelbare, von § 266 StGB nicht umfasste Folgen«.

Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung bei strafprozessualer Telekommunikationsüberwachung

– Zur verfassungsrechtlichen Unzulänglichkeit des § 100a Abs. 4 StPO* –

Prof. Dr. Fredrik Roggan, Berlin/Nienburg (Weser)

A. Einleitung: Das Kernbereichsschutzkonzept des *BVerfG*

Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung hat in den vergangenen Jahren – und zwar seit der Entscheidung zum Großen Lauschangriff¹ – erhebliche Aufmerksamkeit auf sich gezogen und verdient schon deshalb mit Blick auf die strafprozessuale Telekommunikationsüberwachung (TKÜ) der Aufmerksamkeit, weil das *BVerfG* in näherer Zukunft die Regelung des § 100a Abs. 4 StPO einer verfassungsrechtlichen Bewertung unterziehen wird.²

Einleitend sind skizzenhaft die wesentlichen Aussagen des Urteils zum Lauschangriff zu referieren. Aus dem Men-

schwürdegehalt des Wohnungsgrundrechts (Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) leitet das *BVerfG* ab, dass zur Entfaltung der Persönlichkeit im Kernbereich privater Lebensgestaltung die Möglichkeit gehört, innere Vorgänge

* Der *Autor* lehrt Strafrecht an der Polizeiakademie Niedersachsen. – Unter 2 BvR 236/08 u.a. sind derzeit Verfassungsbeschwerden gegen Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung der TKÜ und anderer verdeckter Ermittlungen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG v. 21.12.2007 (BGBl. I, S. 3198) – und damit auch gegen § 100a Abs. 4 StPO – anhängig (vgl. Fn. 2).

1 *BVerfGE* 109, 279 = StV 2004, 169.

2 Nach www.bverfg.de/organisation/erledigungen_2011.html (= EuGRZ 2011, 190) strebt der 2. *Senat* an, die entsprechenden Verfahren in 2011 zu erledigen.

wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art zum Ausdruck zu bringen, und zwar ohne Angst, dass staatliche Stellen dies überwachen. Vom (absoluten!) Schutz umfasst seien auch Gefühlsäußerungen, Äußerungen des unbewussten Erlebens sowie Ausdrucksformen der Sexualität.³ Insbesondere sei die Kommunikation mit Personen des besonderen Vertrauens⁴ in besonderer Weise schutzwürdig und folglich von einer staatlichen Kenntnisnahme im Sinne eines abwägungsfesten Schutzes grundsätzlich auszunehmen. Für den Bereich der Lauschangriffe folgt hieraus, dass bestimmte Räumlichkeiten von einer Überwachung *a priori* ausgenommen sein können (vgl. § 100c Abs. 4 StPO) bzw. eine Überwachung abzubrechen ist, wenn sich (unerwartet) Anhaltspunkte für die Betroffenheit der Intimsphäre ergeben. Sodann greifen Lösungsgebote, absolute Verwertungsverbote⁵ sowie flankierende Dokumentationspflichten (vgl. § 100c Abs. 5 StPO). Ungeachtet des Umstandes, dass dieses Kernbereichsschutzkonzept bei Lauschangriffen von einem Minderheitenvotum bereits im Ansatz als unzureichend abgelehnt⁶ und auch die geltende Rechtslage zutreffend als reduktionsbedürftig eingestuft wird⁷ – dieselbe freilich verfassungsgerichtlich gebilligt⁸ –, lässt sich doch feststellen, dass es verfassungsrechtlich um eine möglichst weit reichende Minimierung des Risikos der Betroffenheit des Kernbereichs privater Lebensgestaltung geht. Letzterer Umstand ist wesentlicher Ansatzpunkt für die folgenden Überlegungen.

B. Übertragbarkeit auf die strafprozessuale TKÜ

Es besteht Einigkeit darin, dass sich das Kernbereichsschutzkonzept aus der Lauschangriffentscheidung nicht »eins zu eins« auf den (quantitativ weitaus bedeutenderen) Bereich der Telekommunikationsüberwachung (im Folgenden: TKÜ) übertragen lässt. Ausdrücklich bekannte das *BVerfG* in der Entscheidung zur *präventiven* TKÜ im Niedersächsischen Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (NdsSOG), dass die Bürger zur höchstpersönlichen Kommunikation zwar nicht in gleicher Weise auf die Telekommunikation angewiesen seien wie auf eine Wohnung. Jedoch fordere die stets garantierte Unantastbarkeit der Menschenwürde auch im Gewährleistungsbereich des Art. 10 Abs. 1 GG Vorkehrungen zum Schutz individueller Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung. Deshalb bedürfe es auch im Bereich der Telekommunikationsüberwachung kernbereichsschützender Eingriffsregelungen. Als Konkretisierung dieses *obligo* gibt das Gericht Rechtsanwendern und Legislative vor, dass im Falle konkreter Anhaltspunkte für die Annahme, dass eine TKÜ Inhalte erfasst, die zu diesem Kernbereich gehören, sie nicht zu rechtfertigen ist und damit zu unterbleiben hat.⁹

Zu berücksichtigen ist indessen, dass sich diese Erwägungen im Kontext präventiver Eingriffsregelungen finden, mithin in einem Bereich, in dem es um die Verhinderung noch gar nicht begangener, erheblicher Rechtsgutsverletzungen geht. Nur so lässt sich auch erklären, dass das *BVerfG* das (kaum restlos vermeidbare) Risiko einer Kernbereichsbetroffenheit von dem besonders hohen Rang des *gefährdeten* Rechtsguts abhängig macht.¹⁰ Damit lässt sich sogleich feststellen, dass sich aus dieser Entscheidung nicht unmittelbar konkrete Vorgaben für repressiv ausgerichtete Regelungswerke, die die Aufklärung von Kriminalität zum Gegenstand haben,

deren Schwere zwischen erheblichen Straftaten (vgl. § 98a StPO) und besonders schweren Straftaten (vgl. § 100c Abs. 1 StPO) liegt,¹¹ herleiten lassen. Ergänzung hat diese Rechtsprechung indessen erfahren durch den Beschluss zur strafprozessualen E-Mail-Beschlagnahme, in dem gleichfalls von *tatsächlichen Anhaltspunkten* für das Risiko einer Kernbereichsbetroffenheit die Rede ist, die ein Erhebungsverbot auslösen.¹²

Solche tatsächlichen Anhaltspunkte sind vor allem auch in polizeirechtlichen Eingriffstatbeständen im Bereich der sog. Vorfeldermittlungen¹³ verbreitet. Gegenstand ist dort die Prognose einer zukünftigen Rechtsgutsverletzung, bei der eine entsprechende *Möglichkeit* bereits ausreicht und nur reine Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder lediglich auf kriminalistische Alltagserfahrungen gestützte, fallunabhängige Vermutungen als Grundlage einer Entscheidung nicht ausreichen.¹⁴ Was dort als ermächtigungs begründende tatbestandliche Schwelle gilt, interessiert in hiesigem Zusammenhang als maßnahmeverbotsbegründender Terminus. Pointierter formuliert: Unter leichteren Voraussetzungen, unter denen ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren einzuleiten ist (*zureichende* Anhaltspunkte, § 152 Abs. 2 StPO), ist in bereits laufendem Verfahren ein TKÜ-Verbot aus Gründen des Kernbereichsschutzes anzunehmen.

Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung zur präventiven TKÜ hat der Bundesgesetzgeber bei verschiedenen TKÜ-Befugnissen¹⁵ Schutzmechanismen eingeführt, die dem Wortlaut des im Folgenden zu besprechenden § 100a Abs. 4 StPO weitgehend entsprechen.

C. Kernbereichsschutz *de lege lata* und Kritik

Nach § 100a Abs. 4 ist eine TKÜ unzulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, dass durch die Maßnahme *allein* Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden (S. 1). Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung, die durch eine Maßnahme erlangt wurden, dürfen nicht verwertet werden (S. 2). Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen (S. 3). Die Tatsache ihrer Erlangung und Löschung ist aktenkundig zu machen (S. 4). Hinsichtlich des Erhebungsverbots in S. 1 ist sogleich festzustellen, dass es einen maßnahme- nicht aber verbindungsbezogenen Kernbereichsschutz meint. Es wird also nicht etwa ein bestimmter TK-Kontakt, insbesondere zwischen Personen höchstpersönlichen Vertrauens, von der Überwachung aus-

3 BVerfGE 109, 279 (313) = StV 2004, 169 (170); Letztere werden sich freilich eher in der räumlichen denn der telekommunikativen Privatsphäre verwirklichen; vgl. dazu auch *Löffelmann* ZStW 118, 358 (382).

4 Zu diesem Kreis näher BVerfGE 109, 279 (321 f.) = StV 2004, 169 (172 f.).

5 BVerfGE 109, 279 (331) = StV 2004, 169 (175).

6 BVerfGE 109, 279 (382 f.) = StV 2004, 169.

7 SK-StPO/Wolter, 4. Aufl. 2010, § 100c Rn. 5 f.

8 BVerfG NJW 2007, 2752 (2753) = StV 2007, 561.

9 BVerfGE 113, 348 (391 f.) = StV 2007, 226; ausf. dazu *Bergemann* GS Liskén, 2004, S. 69 f.; a.A. bspw. noch BGHSt 29, 23 (25).

10 BVerfGE 113, 348 (392) = StV 2007, 226.

11 Vgl. nur SK-StPO/Wolter (Fn. 7), § 100a Rn. 48 mit Verweis auf BT-Drucks. 16/5846, S. 40.

12 BVerfG StV 2009, 617 (622).

13 Grdl. hierzu *Wefslau*, Vorfeldermittlungen, 1989.

14 Vgl. etwa BVerfG StV 2001, 207; näher zum Ganzen *Rachor*, in: Liskén/Denninger (Hrsg.), HdB Polizeirecht, 4. Aufl. 2007, S. 170 f.

15 Vgl. etwa § 23a Abs. 4a ZFdG; § 201 Abs. 6 BKAG; § 3a Artikel 10-Gesetz.

genommen, sondern nur TK-Anschlüsse als solche. Das Risiko der Betroffenheit des Kernbereichs privater Lebensgestaltung wird danach nur bei ausschließlich kernbereichsrelevanter Nutzung ausgeschlossen. Der Gesetzgeber hatte insoweit beispielsweise Anschlüsse der Telefonseelsorge im Blick.¹⁶ Alle anderen, also auch überwiegend privat genutzte Anschlüsse, bei denen der Austausch privater bis intimer Mitteilungen sicher oder höchstwahrscheinlich zu erwarten ist, bleiben jedenfalls auf Erhebungsebene ungeschützt. Das Gesetz ordnet namentlich nicht an, dass bei der Überwachung bestimmter Anschlüsse eine Echtzeitüberwachung mit jederzeitiger Möglichkeit zum Überwachungsabbruch durchzuführen ist.¹⁷ Deshalb lässt sich feststellen, dass der Kernbereichsschutz *de lege lata* praktisch ausschließlich im Anschluss an einen Eingriff in die kommunikative Intimsphäre stattfindet. Insoweit lässt sich von einem »Reparaturbetrieb« auf Verwertungsebene sprechen.

Es entspricht einer weit verbreiteten Kritik in der Literatur, dass die Ausschlussklausel des S. 1 weitestgehend leerläuft¹⁸ und die Regelung deshalb verfassungsrechtlich unzureichend ist.¹⁹ Andere halten die Regelung in S. 1 für eine »allein praxisgerechte Lösung«²⁰ bzw. verweisen – im Ansatz durchaus zutreffend – darauf, dass sich nicht einmal bei überwiegend geschäftlich genutzten Anschlüssen ausschließen lasse, dass sie auch für höchstpersönliche Mitteilungen genutzt werden könnten.²¹ Keine Antwort in § 100a Abs. 4 S. 1 StPO findet sich aber zu der Frage, wie sich im Einzelfall tatsächliche Anhaltspunkte für das ein Erhebungsverbot auslösende Risiko einer Kernbereichsbetroffenheit *unter anderem* auswirken.

D. Überlegungen de lege ferenda

Nach hier vertretener Ansicht ist es im Ansatz unvertretbar, den absoluten Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung aufgrund erhöhter ermittlungsbürokratischer Aufwendungen personeller wie letztlich finanzieller Art zu relativieren und daher auf gesetzliche Anordnungen, die die Verhinderung von Kernbereichsdaten im Wege von Echtzeitüberwachungen einschließlich von Abbruchgeboten zum Gegenstand haben, völlig zu verzichten.²² Entsprechende, letztlich fiskalische Belange verfügen über kein überragendes verfassungsrechtliches Gewicht.²³ Vielmehr ist zunächst von der verfassungsrechtlichen Maßgabe auszugehen, dass Eingriffe, die bereits in der Aufzeichnung eines Telefongesprächs, der elektronischen Erfassung einer E-Mail²⁴ etc. (und nicht etwa erst in einer nachträglichen Auswertung!) liegen, unzulässig sind²⁵ und es auf einfachgesetzlicher Ebene deshalb vorrangig darum geht, das Risiko dieser Grundrechtsverletzung zu minimieren. Ungeachtet dieser Vorüberlegungen ist die Regelung des § 100a Abs. 4 S. 1 StPO isoliert betrachtet als verfassungsgemäß anzusehen, weil sie schlicht die ausnahmslose Kernbereichsverletzung durch eine TKÜ untersagt und damit letztlich eine verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit regelt.

Die zentrale Frage dagegen lautet, *woraus* sich die verfassungsgerichtlich angesprochenen tatsächlichen Anhaltspunkte für das Risiko einer Kernbereichsverletzung ergeben können bzw. müssen. Insoweit entspräche es einer sinnstellenden Verengung der gegenständlichen Voraussetzung eines Überwachungsverbots, wenn sie ausschließlich auf den Zeitraum vor einer Anordnung bezogen würde. Vielmehr

können sich entsprechende Erkenntnisse auch erst im Zuge einer TKÜ mit der Konsequenz eines nachträglich eintretenden Überwachungsverbots ergeben.²⁶ So betrachtet ist auch die Maßnahme selbst als diesbezügliche Erkenntnisquelle aufzufassen. Hieraus resultiert u.a. die Frage nach dem Gebot einer Echtzeitüberwachung bei bestimmten zu überwachenden Anschlüssen.

I. Gebot einer Echtzeitüberwachung

In Anerkennung des Umstandes, dass bei der Überwachung von TK-Anschlüssen ein unterschiedliches Risiko des Erfassens von kernbereichsrelevanten Daten bestehen kann,²⁷ sollte eine gesetzliche Regelung – was § 100a Abs. 4 StPO gegenwärtig nicht einmal im Ansatz tut – differenzierte Schutzmechanismen statuieren.

1. Besonderer Schutz von Nachrichtensmitlern u.a.

Bei der von § 100a Abs. 3 Alt. 2 StPO eröffneten Möglichkeit zur Überwachung von Anschlüssen so genannter Nachrichtensmitler handelt es sich um eine Maßnahme erheblicher Eingriffsintensität. Betroffen sind insoweit (auch gutgläubige) Unverdächtige, was schon für sich genommen das Gewicht der Beschränkung des TK-Geheimnisses im Vergleich zur Inanspruchnahme von Personen, die in ihrem Verhalten einen Anlass zu staatlichen Überwachungsmaßnahmen gesetzt haben (der Tatverdacht), beträchtlich erhöht.²⁸ Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass sie gezielt, und nicht etwa nur angelegentlich einer anderweitig motivierten Ermittlungstätigkeit betroffen werden. Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund verlangt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besondere Beachtung,²⁹ was beispielsweise eine Dauerüberwachung solcher Anschlüsse regelmäßig ausschließt.³⁰

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz muss sich auch bei der Frage des durch die Überwachungsanordnung eingegangenen Risikos einer Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung auswirken. So ist nicht nur dafür Sorge zu tragen, dass auf Verbindungsebene nur solche Kontakte bzw. Anrufe überwacht werden, die einen unmittelbaren Bezug zur eigentlichen Zielperson aufweisen und im Übrigen

16 BT-Drucks. 16/5846, S. 45.

17 Insoweit zust. Graf-StPO/Graf, 2010, § 100a Rn. 53.

18 HK-StPO/Gercke, 4. Aufl. 2009, § 100a Rn. 32; Bittmann DRiZ 2007, 115 (116): »überflüssig«; Kleib, Die strafprozessuale Überwachung der Telekommunikation, 2010, S. 245; ferner Joecks, StPO, 3. Aufl. 2011, § 100a Rn. 25.

19 Zöller StraFo 2008, 15 (22); Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 7. Aufl. 2010, Rn. 2492; Wolter GA 2007, 183 (196); Puschke/Singelstein NJW 2008, 113 (114); Nöding StraFo 2007, 456 (458); Knierim StV 2008, 599 (603); ausf. auch Roggan NVwZ 2007, 1238 (1239).

20 Meyer-Gofner, StPO, 54. Aufl. 2011, § 100a Rn. 24; Bär, TK-Überwachung, 2010, § 100a Rn. 42.

21 Graf-StPO/Graf (Fn. 17), § 100a Rn. 52.

22 So aber wohl KK-StPO/Nack, 6. Aufl. 2008, § 100a Rn. 40; Graf-StPO/Graf (Fn. 17), § 100a Rn. 53; a.A. Bergemann DuD 2007, 581 (584).

23 Ebenso Nöding StraFo 2007, 456 (459).

24 Ausf. dazu Meininghaus, Der Zugriff auf E-Mails im Ermittlungsverfahren, 2007.

25 BVerfGE 109, 279 (323) = StV 2004, 169; 113, 348 (391 f.) = StV 2007, 226; vgl. auch Eisenberg (Fn. 19), Rn. 2492.

26 Gercke, in: Roggan/Kutscha (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2. Aufl. 2006, S. 149.

27 In diese Richtung wohl auch Knierim StV 2008, 599 (604): »Kernbereich ist für jeden Nutzer eigenständig zu bestimmen«.

28 Vgl. nur BVerfG NJW 2008, 1505 (1507) = StV 2008, 169.

29 SK-StPO/Wolter (Fn. 7), § 100a Rn. 51.

30 Vgl. etwa Meyer-Gofner (Fn. 20), § 100a Rn. 18.

eine Überwachung ohne inhaltliche Aufzeichnung sofort abbrechen ist,³¹ sondern auch, dass der Kernbereichsschutz eine jederzeitige Überwachungsabbruchmöglichkeit verlangt. Beispielsweise das Mithören und Aufzeichnen eines Gesprächs zwischen engsten Familienangehörigen über deren Sorgen und Nöte wegen des Schicksals eines möglicherweise »abgetauchten« verdächtigen Familienmitglieds ist aus Gründen des Kernbereichsschutzes einzustellen, selbst wenn sich im weiteren Verlauf des Gesprächs Hinweise auf den Aufenthaltsort des Verdächtigen ergeben könnten. Aus dem Umstand der Überwachung eines solchen Gesprächs kann sich auch die Wertung ergeben, dass die weitere Überwachung eines solchen Anschlusses völlig einzustellen ist.

2. Schutz von bestimmten Privatanschlüssen

Auch die Nutzung bestimmter Anschlüsse kann nach hier vertretener Ansicht einen erhöhten Wahrscheinlichkeitsgrad der Kernbereichsbetroffenheit nach sich ziehen. Gerade dann, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen (oder sich das im Zuge einer Maßnahme herausstellt), dass mehrere Familienangehörige einen solchen (Festnetz-)Anschluss zur Pflege ihrer familiären und sonstigen Kontakte zu Personen des höchstpersönlichen Vertrauens nutzen, kann im Einzelfall sehr wohl von einer wesentlich erhöhten Wahrscheinlichkeit, dass dort auch Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art ausgetauscht werden, auszugehen sein. Für entsprechende Konstellationen fordert etwa *Wolter* ein Überwachungsverbot: Wenn davon auszugehen sei, »dass der Beschuldigte z.B. mit seinen engsten Angehörigen oder Freunden, seinem Arzt oder auch mit seinem Verteidiger oder einem Geistlichen in einem lebensnahen ›Mischgespräch‹ über Straftaten ebenso wie über Höchstpersönliches spricht« sei eine Maßnahme unzulässig.³² Dem ist beizutreten, weil andernfalls ein planmäßiges Risiko eingegangen würde, dass durch eine Maßnahme *auch* Kernbereichsdaten erhoben werden, und zwar solche des Beschuldigten ebenso wie die anderer Nutzer des überwachten Anschlusses bzw. deren Gesprächspartner. In den menschenwürde definierten Kernbereich von Art. 10 Abs. 1 GG darf aber nicht erst eingegriffen werden, um erst seine Nicht-Betroffenheit festzustellen.³³

Eine TKÜ kann bei solchen »verletzungsgeneigten« Ermittlungen also im Ansatz nur bei einer jederzeitigen Abbruchmöglichkeit zulässig sein. Etwas anderes könnte überhaupt nur dann gelten, wenn anderweitig dafür Sorge getragen werden könnte, dass Kernbereichsverletzungen unterbleiben bzw. eine entsprechende Wahrscheinlichkeit auszuschließen ist (näher dazu unter II.).

II. Verbindungsbezogener Kernbereichsschutz

Bei dem mutmaßlich größten Teil der TKÜ-Maßnahmen wird die unter I. genannte Wahrscheinlichkeit einer Kernbereichsbetroffenheit zum Anordnungszeitpunkt nicht von vornherein zu prognostizieren sein, den Ermittlungsbehörden also nähere Informationen zur mutmaßlichen Nutzung eines zu überwachenden Anschlusses fehlen. Dann ist durchaus an Vorermittlungen zu denken, die das »telekommunikative Umfeld« eines Verdächtigen zum Gegenstand haben.³⁴ Zu solchen Vorermittlungen können auch Verkehrsdatenerhebungen nach § 100g StPO gehören, die ohnehin vielen Maßnahmen nach § 100a StPO zeitlich vorhergehen dürften.³⁵ Daneben kommen aber auch beliebig andere Erkenntnisquellen, etwa Observationen etc. in Be-

tracht. Der Gesetzgeber ging seinerzeit davon aus, dass es solcher Vorermittlungen generell nicht bedürfe und diese auch nicht praktikabel seien.³⁶ Diese Auffassung berücksichtigt freilich (noch) nicht die genannte jüngere Rechtsprechung des *BVerfG*, die im Ergebnis bereits entfernte Indizien einer Kernbereichsbetroffenheit für ein Überwachungsverbot ausreichen lässt. Würde nicht anderweitig eine solche Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen, könnten weite Bereiche der strafprozessualen TKÜ unvereinbar mit den verfassungsgerichtlichen Maßgaben sein. Lässt sich nach erlangten Erkenntnissen, die auch aus einer Echtzeitüberwachung (s.o.) stammen können, von einer jedenfalls erhöhten Wahrscheinlichkeit einer Kernbereichsbetroffenheit bei bestimmten Verbindungen (also bspw.: Anschluss des Verdächtigen mit Anschluss einer Person des höchstpersönlichen Vertrauens) ausgehen, so ist auf dieses Risiko zu reagieren. Selbst wenn sich auf diese Weise kein vorbeugender Schutz für jegliche denkbare Gefährdung ausschließen ließe,³⁷ wäre aber doch daran zu denken, dass für solche Verbindungen ein Überwachungsverbot bei im Übrigen (ggf. weiterhin) zulässiger Maßnahme statuiert wird. Hierfür wäre im Sinne eines technischen Kernbereichsschutzes durch technische Vorkehrungen dafür Sorge zu tragen, dass solche Gespräche überhaupt (ggf. nicht mehr) erfasst bzw. aufgezeichnet werden.

Nur wenn und solange ein solcher verbindungsbezogener Kernbereichsschutz technisch (oder aus anderen Gründen) nicht durchführbar ist, müssen schon erwartbare TK-Kontakte, die nur *unter anderem* Kernbereichsrelevanz besitzen, ein Überwachungsverbot auslösen. Nur auf diese Weise wird der verfassungsgerichtlichen Maßgabe genügt, wonach schon bei der genannten Prognosewahrscheinlichkeit eine Maßnahme zu unterbleiben hat.³⁸ Und je weiter die aufzuklärende Straftat von schwerstkrimineller entfernt ist, desto höher sind die Anforderungen an die zu erstellende Prognose einer Kernbereichsverletzung.

III. Kernbereichsschutz bei nachträglicher Auswertung (§ 100a Abs. 4 StPO)

Der Schutz des Kernbereichs beruht weit reichend auf Prognosen, weshalb seine Betroffenheit mit erheblichen Unsicherheiten verbunden ist.³⁹ Diese Unsicherheiten reichen bis hinein in die – in der Regel: zeitversetzte – Auswertungsphase von aufgezeichneten Kommunikationen. Eine solche Aufzeichnung bzw. Speicherung von Gesprächen ohne gleichzeitige Live-Überwachung durch Strafverfolgungsorgane kann nach dem Gesagten nur zulässig sein, wenn mutmaßlich ausschließlich solche Gespräche erfasst werden, die keinen Kernbereichsbezug aufweisen. Das gilt beispielsweise für geschäftliche Kontakte oder sonstige flüchtige Bekanntschaften, daneben aber selbstverständlich für Kontakte zu kriminellen Zwecken bzw. mit entsprechendem Gesprächs-

31 So auch die – wohl vereinzelt gebliebene – Entscheidung des LG Ulm StV 2006, 8 m. zust. Anm. Roggan.

32 SK-StPO/Wolter (Fn. 7), § 100a Rn. 57.

33 Vgl. dazu BVerfGE 109, 279 (323) = StV 2004, 169 (173).

34 Vgl. auch Nöding StraFo 2007, 456 (458).

35 Wie hier Bergemann GS Lisken (Fn. 9), S. 69 (80).

36 BT-Drucks. 16/5846, S. 43; ebenso Graf-StPO/Graf (Fn. 17), § 100a Rn. 52.

37 BT-Drucks. 16/5846, S. 43.

38 BVerfGE 113, 348 (391 f.) = StV 2007, 226.

39 Bergemann GS Lisken (Fn. 9), S. 69 (80).

inhalt. Dazu zählen insbesondere auch Verbindungen zwischen (Mit-)Beschuldigten. Allerdings ist bei einer solchen Durchführung einer TKÜ nicht ausgeschlossen, dass unerwartet ein kernbereichsrelevanter Kommunikationsinhalt betroffen ist. Bei der Auswertung ist folglich zu beachten, dass eine weitere Auswertung dann ausscheidet, wenn unerwartet solche Inhalte aufgenommen wurden und ein Kernbereichsbezug von den Gesprächspartnern nicht etwa nur vorgespiegelt wird, um die Ermittlungsbehörde zu einem Abbruch der weiteren Auswertung zu veranlassen. Letzteres mag in der Praxis zu *tatsächlichen* Schwierigkeiten führen. Indessen können solche den Gesetzgeber nach hier vertretener Auffassung nicht von einer *rechtlichen* Vorgabe entbinden. Dass hiermit ein Verlust von Beweismitteln einhergehen kann, ist aus Gründen der Absolutheit des Kernbereichsschutzes hinzunehmen. Namentlich ist das »Filtern« einer Aufnahme nach kernbereichsneutralen und menschenwürdigerlevanten (zu löschenden) Gesprächsinhalten ausgeschlossen. Denn dies bedeutete unvermeidbar eine (abermalige) Verletzung des unantastbaren Kernbereichs des Telekommunikationsgeheimnisses.

Und schließlich kann sich angelegentlich einer zeitversetzten Auswertung von aufgenommenen Gesprächen ergeben, dass sich die ermittelungsbehördliche Charakterisierung eines Anschlusses als unrichtig herausstellt. Dann ist auch in solchen Fällen an ein Verbot hinsichtlich weiterer bereits gespeicherter TK-Kontakte zu denken.

E. Zusammenfassung

Wo *de lege lata* die Erhebungsverbote enden, haben sie nach der hier vorgestellte Konzeption erst zu beginnen. Die niedrige Schwelle von tatsächlichen Anhaltspunkten für eine zukünftige Kernbereichsverletzung verlangt nach einer Minimierung des mit einer inhaltlichen Überwachung der Telekommunikation untrennbar verbundenen Risikos. *De lege ferenda* kann es daher nicht bei maßnahmebezogenen Erhebungsverböten, wie es Niederschlag in § 100a Abs. 4 S. 1 StPO findet, bleiben. Vielmehr bedarf es eines sehr viel differenzierteren Schutzkonzepts, das legislativ auszugestalten ist. Bis zu einer solchen Reform haben insbesondere die richterlichen TK-Anordnungen ebenso wie die Rechtsanwender die – zugegeben: fragmentarischen – Vorgaben des *BVerfG* zu beachten.

Fehlurteile und ihre Ursachen – eine Replik

Staatsanwalt Dr. Lorenz Leitmeier, München

Johann Schwenn beschäftigt sich in einem Aufsatz¹ mit Fehlurteilen und ihren Ursachen in Verfahren wegen sexuellen Missbrauchs. Die nachfolgende Replik setzt sich kritisch mit den Thesen dieses Aufsatzes auseinander.²

A. Thesen Schwenns

I. Rechtswirklichkeit nach Schwenn

Eine perfide Dame mittleren Alters geht zu einer Beratungsstelle für Opfer von Sexualdelikten, erhält dort mündlichen Rat und insbesondere ein hilfreiches »vulgärfeministisches« Werk,³ mit dem sie sich eine stimmige Lügengeschichte zusammenphantasiert, wonach sie vergewaltigt worden sei. Diese Lügengeschichte gibt sie einem Polizeibeamten gegenüber zu Protokoll, der ihr allzu willig glaubt und mit Hilfe von Suggestivfragen den Tatverdacht eines Sexualdelikts ermittelt. Die voreingenommene Staatsanwältin,⁴ die allein wegen ihres unerschütterlichen Glaubens an die Wahrheit von Missbrauchsvorwürfen im Referat für Sexualdelikte arbeitet,⁵ schreibt flugs die Anklage, zu Gunsten des Beschuldigten muss sie ja zum Glück prinzipiell nicht ermitteln. Zu allem Überfluss ist auch noch eine bayerische Staatsanwaltschaft zuständig, der Beschuldigte hat von vornherein keine Chance: »Je katholischer die Region, desto verböhrt der Staatsanwaltschaft.«⁶ Ein wahlweise überforderter,⁷ blinder⁸ oder inkompetenter⁹ Richter eröffnet ohne weiteres das Hauptverfahren, in dem die Dame Nebenklägerin ist und – unterstützt von einer weiblichen Anwältin, die auf Nebenklagen beschränkt ist¹⁰ – öfters die Akte einsieht und ihre Aussage dem Prozessverlauf anpasst. In der Hauptverhandlung dann erstattet der tendenziöse »Haussachverständige«¹¹ – der bereits weiß, was der Richter erwartet¹² – ein kaum kaschiertes Gefälligkeitsgutachten und bescheinigt der perfiden Dame, dass ihre Aussage glaubhaft sei. Der Richter folgt bereitwillig dem Gutachter, hört den mitgebrachten

Privatsachverständigen nicht an, verurteilt lieber den Angeklagten. In den Urteilsgründen erwähnt er entlastende Zeugenaussagen vorsichtshalber nicht,¹³ dadurch wird das Urteil »revisionsfest« – abgesehen davon, dass der *BGH* das erstinstanzliche Urteil ohnehin kaum liest, hat er seine Aufgabe, Gerechtigkeit im Einzelfall herzustellen, ja bereits offiziell aufgegeben.¹⁴

Beschweren braucht sich der Angeklagte über all das nicht, schuld ist er letztlich selbst: Richter und Staatsanwältin haben ihm ja einen »Deal« angeboten, um die (angeblich) vergewaltigte Dame zu schützen und ihr eine Aussage vor Gericht zu ersparen.¹⁵ Hätte der Angeklagte den »Deal« angenommen – er hätte den falschen Vorwurf nur zugeben müssen –, wäre er mit einer Freiheitsstrafe auf Bewährung davongekommen. Jetzt aber ist er zu einer langen Haftstrafe verurteilt. Einziges Glück des Verurteilten ist nur, dass er – wenn auch spät – einen fähigen Verteidiger einschaltet, der ihm im Wiederaufnahmeverfahren zu einem Freispruch verhilft.¹⁶ Aus dem Gefängnis kommt der zu Unrecht Verur-

1 StV 2010, 705 (711).

2 Indirekt fordert Schwenn eine solche Replik, indem er ein »Desinteresse von Gerichten, Staatsanwaltschaften und Polizeibehörden« an den Ursachen von Fehlurteilen behauptet, vgl. StV 2010, 705 (706).

3 StV 2010, 705 (708).

4 StV 2010, 705 (708).

5 StV 2010, 705 (708).

6 StV 2010, 705 (708).

7 StV 2010, 705 (706).

8 StV 2010, 705 (706 Fn. 12).

9 StV 2010, 705 (709 Fn. 34).

10 StV 2010, 705 (708).

11 StV 2010, 705 (709).

12 StV 2010, 705 (707).

13 StV 2010, 705 (709 Fn. 38).

14 StV 2010, 705 (709).

15 StV 2010, 705 (710 Fn. 53).

16 Wer dieser fähige Verteidiger sein könnte, erahnt man kaum...