



EUROPA-UNIVERSITÄT VIADRINA FRANKFURT (ODER)

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozeßrecht und Kriminologie
Prof. Dr. Dr. Uwe Scheffler

Tel. 0335/ 5534-464

Sekretariat: -463

Telefax: -456

e-mail: scheff@euv-frankfurt-o.de

Europa-Universität Viadrina · Postfach 776 · 15207 Frankfurt (Oder)

Frankfurt (Oder), 17.11.97

Stellungnahme

zu dem

a) Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F.D.P.

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 13 GG) (elektronische Wohnraumüberwachung)

- Drucksache 13/8650 -

b) Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F.D.P.

Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität

- Drucksache 13/8651 -

c) Antrag des Abgeordneten Manfred Such und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Schutz der Vertraulichkeit des Telekommunikationsverkehrs und des Vertrauensverhältnisses zu Berufsgeheimnisträgern (Aktionsprogramm gegen Lauschangriffe)

- Drucksache 13/5196 -

I. Vorbemerkung:

1. Die folgenden Überlegungen zu den genannten Drucksachen beschränken sich auf Fragen zu Zeugnisverweigerungsrechten und Verwertungsverböten. Dies hat seine Ursache darin, daß die Bitte zur Stellungnahme an mich erst rund einen Monat vor der Anhörung herangetragen worden ist. Ein weitergehendes Gutachten bräuchte deutlich mehr Zeit.

2. Die Stellungnahme verhält sich auch insbesondere nicht zu der Frage, ob überhaupt die akustische Wohnraumüberwachung gestattet werden soll. Ich will aber nicht verhehlen, daß bei mir aus

verfassungsrechtlichen, kriminalpolitischen sowie kriminalistischen Gründen hierzu die Skepsis weit überwiegt.

3. Nur kurz hingewiesen werden soll ferner auf die Frage, ob Art. 13 GG wirklich auf sodann sieben, teilweise relativ lange Absätze aufgebläht werden soll. Die klare Kargheit eines schlichten Kataloges von Garantien, wie er wohl den Müttern und Vätern des Grundgesetzes in Anlehnung an die großen Kodifikationen vorgeschwebt hat, würde über die Art. 12a und 16a GG hinaus weiter aufgegeben. Den Ausführungen von Rupert Scholz zur „Verfassungsästhetik“ in der 197. Sitzung des Bundestages ist voll und ganz zuzustimmen. Die Vorstellungen der Entwurfsbegründung, „angesichts der Bedeutung des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung und zur Sicherung rechtsstaatlicher Anforderungen“ seien viele Einzelheiten bereits in der Verfassung vorzugeben, vermag mich nicht zu überzeugen: Auch das G 10 ist separat vom Grundgesetz und von Art. 10 GG entstanden. Niemand käme auf die Idee, angesichts der noch größeren Bedeutung beispielsweise des Freiheitsgrundrechts im Grundgesetz Einzelheiten des Strafzumessungs-, Strafvollzugs- oder Unterbringungsrechts zu fixieren. Sollte in der Gesetzestechnik etwa die Sorge der Opposition zum Ausdruck kommen, daß der „Lauschangriffskomproiß“ nach erfolgter Grundgesetzänderung schlichtweg durch die Änderung einfacher Bundesgesetze ausgehebelt werden könnte, mag zu überlegen sein, ob sich nicht eine Formulierung für Art. 13 GG dahingehend finden läßt, daß Näheres ein nur mit 2/3-Mehrheit zu änderndes Bundesgesetz regele.

II. Zeugnisverweigerungsrechte und Verwertungsverbote

In der jetzigen Fassung enthalten die Entwürfe keinerlei ausdrückliche Verbote, Gespräche mit Zeugnisverweigerungsberechtigten abzuhören und sodann gerichtlich zu verwerten. Der in die Begründung aufgenommene Satz: „Die Zeugnisverweigerungsrechte bleiben gewährleistet“ kann hieran nichts ändern. Erforderlich wäre dazu eine Formulierung im Gesetz, wie sie entsprechend dem Gesetzesantrag des Landes Baden-Württemberg vom 24.10.1995 in Art. 13 GG aufgenommen werden sollte¹: „Das gesprochene Wort von und gegenüber Personen, die zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt und nicht Täter oder Teilnehmer sind, darf nicht zu Beweis Zwecken verwertet werden.“

Mit diesem Schweigen stehen die Entwürfe nicht allein: Schon die Überwachung des Fernmeldeverkehrs gemäß § 100a StPO als auch die 1992 Gesetz gewordenen Vorschriften über den „Klei-

¹ BR-DrS 694/95.

nen Lauschangriff“ (§ 100c StPO) und den Einsatz verdeckter Ermittler (§ 110a StPO) enthalten keine § 97 II StPO oder Art. 13 IV 3 GG Antrag Ba-Wü. entsprechende Regelungen, obwohl das Problem schon längst bekannt gewesen ist.

Auch das BMJ hat sich zu dem Entwurf zu § 100c StPO dahingehend eingelassen, die Einräumung eines Zeugnisverweigerungsrechts sei nicht „sachgerecht“, weil „eine weitgehende Entwertung dieses Erkenntnismittels“ zu befürchten sei. Mit dieser Argumentation könnte man natürlich völlig die Zeugnisverweigerungsrechte und so manches andere abschaffen, was der Effektivität der Strafverfolgung schaden könnte.

Ich möchte es aber nicht dabei belassen, die Frage nach Zeugnisverweigerungsrechten und Verwertungsverboten als kriminalpolitische Frage stehen zu lassen, sondern mich bemühen, Leitlinien aus dem Normengefüge und der höchstrichterlichen Rechtsprechung herzuleiten.

Ausgangspunkt hierfür hat zu sein, daß die Betrachtung, es ginge hier um die Verwertung der „Kommunikation des Beschuldigten mit zeugnisverweigerungsberechtigten Personen“ (so etwa das BMJ) etwas ungenau ist. Denn diese Kommunikation gliedert sich - jedenfalls analytisch - in Gesprächsbeiträge des Zeugnisverweigerungsberechtigten und des Beschuldigten. Wieso soll aber das, was ein Beschuldigter einem Zeugnisverweigerungsberechtigten sagt, mit einem aus §§ 52 ff. StPO abgeleiteten Verwertungsverbot versehbar sein?

1. Erster Betrachtungspunkt: Die Äußerungen des Beschuldigten

Soweit Äußerungen des Beschuldigten gegenüber einem Zeugnisverweigerungsberechtigten abgehört werden, unterscheidet sich die Situation - jedenfalls zunächst einmal - nicht von der, daß der Beschuldigte mit einer sonstigen Person reden würde. Konstruktiv liegt hier ein Sachverhalt vor, für den - wenn überhaupt - die §§ 136, 136a StPO und nicht die §§ 52 ff., 252 StPO einschlägig sind: Der Beschuldigte äußert sich zum Ohr von Strafverfolgungsbehörden, ohne dies zu wissen, geschweige denn, daß er hinsichtlich seines Schweigerechts belehrt worden ist. Tangiert sein könnte hier lediglich der nemo-tenetur-Grundsatz.

Freilich setzte diese Betrachtung voraus, daß es bei der Abhörung überhaupt um eine Vernehmung (bzw. sog. vernehmungähnliche Situation) geht. Vor allem die Rechtsprechung vertritt bekanntlich einen viel engeren Vernehmungsbegriff, wonach erforderlich ist, daß der Vernehmende dem anderen „in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft Auskunft

von ihm verlangt². Lediglich nach der weitergehenden Gegenansicht fallen unter den Vernehmungsbegriff nicht nur Äußerungen, die ein Strafverfolgungsorgan direkt und offen herbeigeführt hat, sondern auch diejenigen, die es indirekt durch die Einschaltung eines Dritten diesem gegenüber veranlaßt hat³. Beide Ansichten verlangen jedoch die aktive Herbeiführung einer Äußerung des Beschuldigten⁴. Das passive Geschehenlassen ist, soweit ersichtlich, für niemanden eine Vernehmung. Das bestätigt sich auch in der Dogmatik zur Spontanäußerung⁵.

So betrachtet stellt sich das Abhören nur als gezieltes Abwarten einer Spontanäußerung gegenüber einem Dritten dar. Ein „passiv-indirekter“ Vernehmungsbegriff wäre also ein Novum. Insofern ist nur anerkannt, daß ein Verwertungsverbot entsprechend § 136a III 2 StPO besteht, wenn ein „Abhörexzeß“ vorliegt, also wenn der Beschuldigte unter Überschreitung der gesetzlichen Befugnisse abgehört worden ist⁶.

Bei einer zulässigen Abhörmaßnahme bestehen also gegen die Verwertung der Äußerungen des Beschuldigten unter dem Gesichtspunkt der §§ 136, 136a StPO keinerlei Bedenken.

2. Zweiter Betrachtungspunkt: Der Zeugnisverweigerungsberechtigte redet

Der zweite Betrachtungspunkt ist der, daß die belastenden Äußerungen des Zeugnisverweigerungsberechtigten abgehört und verwertet werden sollen. Hier könnte man argumentieren, daß im Falle der späteren Zeugnisverweigerung das Abgehörte entsprechend § 252 StPO nicht in das Verfahren eingeführt werden darf.

Nun hat der 1. Senat des BGH im „Fall Sedlmayr“ ein Verwertungsverbot gemäß § 252 StPO in dem Fall verneint, daß ein V-Mann sich in das Vertrauen der Verlobten eines Beschuldigten geschlichen hatte und diese bestätigte, daß dem Beschuldigten das Tatwerkzeug gehörte⁷. Der BGH hat die Verwertung mit Hinweis auf seinen engen Vernehmungsbegriff gebilligt: Der V-Mann war der Verlobten nicht als amtliche Person entgegengetreten. Die Lehre vom weiten Vernehmungsbegriff wäre hier wohl zu einem anderen Ergebnis gekommen. (Welche Auffassung sich

² BGHSt-GS 42, 139 (145); 40, 211 (213).

³ Siehe etwa Beulke, StV 1990, 181; Kühl, StV 1986, 188; Lüderssen, FS Peters, 1974, 361 ff.

⁴ Nack in Karlsruher Kommentar StPO, 3. Aufl. 1993, § 136a Rn. 6; Kühl, StV 1986, 188.

⁵ BGH bei Dallinger, MDR 1970, 14.

⁶ BGHSt 31, 304 (308); OLG Stuttgart, StV 1996, 655; siehe auch BGHSt 23, 329; 34, 362.

⁷ BGHSt 40, 211.

durchsetzen wird, bleibt abzuwarten. Zur Zeit schwebt im „Fall Sedlmayr“ eine Verfassungsbeschwerde.)

Jedenfalls läge bei einer zulässigen Abhörmaßnahme auch wiederum bloß eine „passive Vernehmung“ vor, die nach keiner Ansicht § 252 StPO auslösen kann.

3. Dritter Betrachtungspunkt: Die Äußerungen beider als Kommunikation

Zieht man nun aber nicht die Gesprächsbestandteile artefaktisch auseinander, sondern betrachtet man die Rede beider einheitlich als Kommunikation, so zeigt sich, daß es hier genaugenommen gar nicht um das Zeugnisverweigerungsrecht geht, sondern um das Recht auf vertrauliches Gespräch des Beschuldigten. Dies scheint mir der Kernpunkt zu sein.

a) Das Recht auf Intimsphäre

Daß ein solches Recht existiert, haben BGH und BVerfG in den Tagebuchentscheidungen deutlich gemacht⁸, wo sogar von einer Parallele zum „Selbstgespräch“⁹ gesprochen wurde. Bekanntlich haben die Gerichte hier ein Verwertungsverbot grundsätzlich angenommen, aber entsprechend der „Abwägungslehre“ dann verneint, wenn es um die Aufklärung einer Straftat von erheblicher Bedeutung geht und die Erforschung des Sachverhalts unter Einsatz anderer Ermittlungsmethoden erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre¹⁰. (Ich will hier außer Betracht lassen, daß mir die Abwägungslehre, die auch in dem geplanten neuen § 100c II StPO wieder auftauchen soll, methodisch verfehlt erscheint: Selbstverständlich bekommen die Belange der Strafrechtspflege zwar dann mehr Bedeutung, wenn es sich um eine schwere Straftat handelt, für die der Beschuldigte ansonsten nicht verurteilt werden könnte. In diesem Fall steigt aber auch proportional dessen Interesse an der Wahrung der Intimsphäre. Dieses Interesse ist naturgemäß geringer bei kleinen Straftaten oder in Fällen, in denen ohnehin die Beweislage erdrückend ist.)

Im Bereich der strafrechtlichen Beleidigungsdelikte ist eine sog. beleidigungsfreie Intimsphäre anerkannt, daß es also jedermann im engsten Familienkreis erlaubt sein muß, aus seinem Herzen keine Mördergrube zu machen¹¹. In diesem Rahmen hat das BVerfG beispielsweise betont, daß beleidigende Äußerungen auch dann nicht verwertet werden dürfen, wenn sie etwa im Rahmen

⁸ BGHSt 19, 255; 34, 397; BVerfGE 80, 367.

⁹ Vgl. BVerfGE 88, 367 (381f.).

¹⁰ BGHSt-GS 42, 139.

der richterlichen Briefkontrolle gemäß §§ 29 III, 31 StVollzG gelesen werden¹². Dies soll sogar dann gelten, wenn dem Briefschreiber die Kenntnisnahme des Kontrolleurs bewußt gewesen ist. Im Falle einer akustischen Wohnraumüberwachung dürfte dies mithin erst recht gelten. (Das ist freilich eine nur theoretisch denkbare Konsequenz, ist doch wegen Beleidigungsverdachts keine akustische Wohnraumüberwachung vorgesehen und dürften auch entsprechende Zufallsfunde deshalb nicht verwertet werden, vgl. § 100d IV StPO des Entwurfs.)

Nun ist aber die Dogmatik zur beleidigungsfreien Intimsphäre nur bedingt mit dem Verhältnis von Beschuldigtem und Zeugnisverweigerungsberechtigten zu vergleichen. Dies folgt schon daraus, daß die Personenkreise nicht identisch sind: Im Beleidigungsrecht soll - anders als bei § 52 StPO - ein lediglich formelles Verwandtenverhältnis nicht ausreichen, jedoch sollen sogar enge freundschaftliche Bande genügen können¹³. Nach herrschender, wenn auch umstrittener Ansicht sind dagegen die Verhältnisse des § 53 StPO nicht genügend, um eine beleidigungsfreie Intimsphäre zu begründen¹⁴.

b) Die ratio der §§ 52 ff. StPO

Entscheidend ist aber folgendes: Sinn und Zweck des § 52 StPO ist die Rücksichtnahme auf die Zwangslage des Zeugen, der einer Wahrheitspflicht unterliegt und deshalb befürchten muß, einem Angehörigen zu schaden¹⁵. Die Familienbeziehungen sollen durch erzwungene Aussagen im Strafverfahren nicht belastet werden¹⁶. Zur Vermeidung dieser Konfliktlage wird der Zeuge von seiner Aussagepflicht entbunden; sagt er dennoch aus, wird er gemäß § 157 StGB im Falle einer Falschaussage privilegiert; § 252 StPO räumt ihm quasi ein „Rücktrittsrecht“ von seiner vielleicht voreiligen Aussage ein. Es geht also hier nur um eine Konfliktlage, die im Falle der Belauschung gar nicht entsteht. Der abgehörte und aufgezeichnete Gesprächsinhalt wird nicht durch eine Vernehmung der zeugnisverweigerungsberechtigten Person zum Gegenstand einer späteren Hauptverhandlung gemacht, sondern im Wege der Augenscheinsnahme, der Urkundenverlesung oder einer Vernehmung des das Gespräch mitschneidenden Beamten. Auch ein öffentliches Interesse ist hier nicht berührt, wie sich daraus zeigt, daß die gemäß § 52 StPO Zeugnisverweigerungsberechtigten keinerlei Schweigepflicht unterliegen¹⁷.

¹¹ Siehe etwa BGH bei Dallinger, MDR 1954, 335; BayObLG, MDR 1976, 1036.

¹² BVerfGE 90, 255.

¹³ BVerfGE 90, 255 (262); StV 1997, 256 (Kammer); OLG Frankfurt, NStZ 1994, 404; OLG Düsseldorf, StV 1996, 490.

¹⁴ Näher Lenckner in Schönte/Schröder, 25. Aufl. 1997, vor §§ 185 ff. mwN.

¹⁵ BGHSt 2, 354; 11, 217; 22, 36; 27, 231; 40, 211.

¹⁶ Kühne in Alternativkommentar StPO, 1982, § 52 Rn. 1.

¹⁷ Siehe Rudolphi, FS Schaffstein, 1975, S. 445.

Dies ist jedoch ganz anders im Falle des § 53 StPO. Hier geht es nicht nur um den Vertrauensschutz zwischen Zeugen und Beschuldigten, sondern auch um das öffentliche Interesse daran, daß sich der Rat- und Hilfesuchende rückhaltlos offenbaren kann, ohne die Besorgnis haben zu müssen, die Vertrauensperson könnte das ihr Anvertraute als Zeuge einmal preisgeben¹⁸. Aus diesem Grunde ist auch gemäß § 201 StGB die Schweigepflicht der Berufsträger sogar strafrechtlich geschützt. Die Allgemeinheit hat ein vitales Interesse an einer gut funktionierenden Gesundheitspflege, Rechtspflege usw. Dies ist aber nur dann gewährleistet, wenn die Patienten, Mandanten usw. dem jeweiligen Berufsträger Vertrauen entgegenbringen können¹⁹.

Diese Differenzierung zwischen § 52 StPO einerseits und § 53 StPO (sowie § 53a StPO) andererseits wird auch durch § 81c III StPO bestätigt, der nur Angehörigen des Beschuldigten ein Untersuchungsverweigerungsrecht einräumt: Die zwangsweise körperliche Untersuchung zwecks Überführung eines Verwandten beeinträchtigt die Familienbeziehungen; die eines Berufsträgers aber nicht die Gesprächssphäre: „Das Anvertrauen und Erfahren von Geheimnissen hinterläßt keine Spuren oder Folgen am Körper; andererseits gehören die gesuchten Spuren und Folgen nicht zu den geschützten Geheimnissen.“²⁰

c) Die Konsequenzen

Daraus folgt, daß hinsichtlich der akustischen Wohnraumüberwachung durchaus zwischen § 52 StPO und § 53 StPO unterschieden werden muß, weil sich, dies sei noch einmal wiederholt, die persönlichen Zeugnisverweigerungsrechte des § 52 StPO nicht aus der Existenz einer Intimsphäre ableiten lassen. Nun bedeutet dies aber noch nicht, daß für die beruflichen Zeugnisverweigerungsrechte des § 53 StPO (und § 53a StPO) automatisch ein Erhebungs- und Verwertungsverbot abzuleiten sei. Dies zeigt ein Blick auf § 97 II StPO, der, vereinfacht gesprochen, ein Beschlagnahmeverbot nur für die Gegenstände anerkennt, die sich bei einem Zeugnisverweigerungsberechtigten (und nicht beim Beschuldigten, einem Dritten oder etwa auf dem Postweg, vgl. § 99 StPO²¹) befinden. Überträgt man diesen Gedanken auf Abhörungsmaßnahmen²², könnte man erwägen, daß Gespräche unverwertbar sind, die in den (Geschäfts-)Räumlichkeiten der Zeugnisverweigerungsberechtigten stattfinden. Dies würde, quasi nebenbei, auch den Einwand beseitigen,

¹⁸ BVerfGE 38, 312 (323); Pelchen in KK, § 53 Rn. 1.

¹⁹ Näher Rudolphi, FS Schaffstein, S. 443 f.

²⁰ Dahs in Löwe/Rosenberg, 24. Aufl. 1988, § 81c Rn. 37.

²¹ Siehe dazu Rudolphi, FS Schaffstein, S. 444.

²² So Nack in KK, § 100a Rn. 12; Rudolphi, FS Schaffstein, S. 444 f.

daß bei der Überwachung eines Berufsträgers in unzähligen Fällen auch in die Vertrauensbeziehung zwischen überwachten Arzt, Rechtsanwalt usw. und seinen völlig unbeteiligten sonstigen Patienten bzw. Mandanten eingebrochen würde²³, was sogar im Hinblick auf Art. 12 GG relevant sein dürfte²⁴. Diese Einschränkung würde auch damit in Übereinstimmung stehen, daß nach dem geplanten § 100c StPO die Überwachung der Räumlichkeiten eines Nichtbeschuldigten ohnehin die Ausnahme sein soll. Entsprechend der Rückausnahme in § 97 II 3 StPO wäre Mißbräuchen entgegenzuwirken; ferner könnte evtl. eine Differenzierung zwischen Wohnungen i.e.S. und Geschäftsräumen entsprechend § 123 StPO erwogen werden.

Freilich wäre diese grundsätzliche Regelung noch zu ergänzen: Nach allgemeiner Ansicht folgt aus § 148 I StPO für den Verteidiger (vgl. § 53 I Nr. 2 StPO), daß sein Verkehr mit dem Beschuldigten völlig frei ist²⁵, also an keinerlei Örtlichkeit überwacht werden darf. Ist ein solches Verteidigungsgespräch Gegenstand einer aufgrund zulässig angeordneter Überwachungsmaßnahme gemachten Aufzeichnung, so ist diese nicht verwertbar²⁶. Mißbräuchen kann gemäß §§ 138a ff. StGB begegnet werden. Auch für den immer wieder besonders erwähnten Geistlichen (vgl. § 53 I Nr. 1 StPO), bei dem die Zulässigkeit des Abhörens „im Einzelfall“ geprüft werden sollte, ließe sich sogar generell ein Erhebungs- und Verwertungsverbot aus dem Rechtsgedanken des § 139 II StGB ableiten, der nur ihn (und nicht den Verteidiger oder den Arzt) vollständig davon freistellt, ihm in seiner beruflichen Eigenschaft mitgeteilte Straftaten anzuzeigen. Schließlich könnte auch in Anlehnung an § 97 III StPO²⁷ für Gespräche mit Abgeordneten (vgl. § 53 I Nr. 4 StPO) an einen räumlich unbegrenzten Schutz gedacht werden²⁸.

III. Ich fasse zusammen:

Die Frage, ob Zeugnisverweigerungsrechte der akustischen Wohnraumüberwachung bzw. der Verwertung ihrer Kenntnisse entgegenstehen können, ist verkürzt gestellt. Tatsächlich geht es hier um den Schutz einer Intimsphäre. Dies wird nicht von der ratio des § 52 StPO umfaßt, so daß insoweit auch de lege ferenda Beweiserhebung und -verwertung möglich sein sollte. Anders steht

²³ Siehe Rudolphi, FS Schaffstein, S. 443.

²⁴ Siehe OLG Koblenz, NStZ 1985, 426; vgl. auch Fezer, Strafprozeßrecht Bd. 1, 2. Aufl. 1995, S. 204, der in der Funktionsfähigkeit der Berufe sogar einen Schutzzweck des § 53 StPO sieht.

²⁵ BGHSt 27, 260 (262); 33, 347; NJW 1973, 2036.

²⁶ BGH, StV 1990, 435 (zu § 100a StPO); vgl. auch BGHSt 33, 347.

²⁷ Es ist umstritten, ob für Abgeordnete auch das Gewahrsamerfordernis in § 97 II 1 StPO gilt; vgl. Klein-knecht/Meyer-Goßner, StPO, 43. Aufl. 1997, § 97 Rn. 43 mwN.

²⁸ Vgl. Rudolphi in Systematischer Kommentar StPO, 1994, § 100a Rn. 20.

es mit § 53 StPO (und § 53a StPO). Entsprechend dem Rechtsgedanken des § 97 II StPO sollte ein Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot für die Geschäftsräume des Berufsträgers eingeräumt werden. Für Seelsorger und Verteidiger, vielleicht auch für Abgeordnete wäre dies sogar umfassend vorzusehen.

Eine entsprechende Vorschrift könnte sich auch auf § 100a und § 110a StPO beziehen.