SSOAR

Open Access Repository
www.ssoar.info

Kriminalitätsbekämpfung um jeden Preis? Innere Sicherheit durch kontinuierliche Ausweitung des Bereichs verdeckter Ermittlungen?

Krey, Volker

Vortrag / lecture

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:
SSG Sozialwissenschaften, USB Köln

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:
Krey, V. (2003). *Kriminalitätsbekämpfung um jeden Preis? Innere Sicherheit durch kontinuierliche Ausweitung des Bereichs verdeckter Ermittlungen?* (Rechtspolitisches Forum, 9). Trier: Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier. https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-321702

Nutzungsbedingungen:
Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.
Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

Terms of use:
This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.
By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

gesis Leibniz-Institut für Sozialwissenschaften

Mitglied der Leibniz-Gemeinschaft

KRIMINALITÄTSBEKÄMPFUNG UM JEDEN PREIS?

– ZUR KONTINUIERLICHEN AUSWEITUNG DES BEREICHS VERDECKTER ERMITTLUNGEN –*

Prof. Dr. Volker Krey
Universität Trier

Einleitung: Rechtsvergleichende Hinweise zur Entwicklung in den USA – Vorbild für Europa? –

Mein Kollege *Scheffler* aus Frankfurt/Oder hat jüngst einen Aufsatz mit dem sarkastischen Titel veröffentlicht: *„Von Amerika lernen heißt siegen lernen“*[1]*.* Viele Bürger der neuen Bundesländer wissen, woran dieser Slogan anknüpft – an die alte DDR-Zeit mit ihrer Parole: *„Von der Sowjetunion lernen, heißt siegen lernen.“ Schefflers* Titel ist also bestenfalls ironisch gemeint. Die Frage, die er eigentlich aufwerfen möchte und über die nachzudenken sein wird, ist folgende: Sind die USA noch ein Vorbild für eine zwar effektive, aber freiheitlich-rechtsstaatliche Kriminalitätsbekämpfung?

§ 1 Gewalt als nationales und gesellschaftliches Problem der USA

Die USA sind durch und durch von Gewalt geprägt: Gewalt ist *das* nationale und gesellschaftliche Problem unserer westlichen Führungsmacht. Ein Trierer Doktorand[2] hat hierzu als Resümee seiner lesenswerten Analyse festgehalten: Nahezu jede Periode der amerikanischen Geschichte sei von fortgesetzter und massiver Gewalt begleitet worden. Als Stichworte seien insoweit u.a. hervorzuheben:

– die Indianerkriege seit dem 17. bis Ende des 19. Jahrhunderts, die der Sache nach auf einen Völkermord[3] an der Urbevölkerung hinausliefen;
– der blutige US-Bürgerkrieg (1861-1865), verbunden mit grausam geführten Guerillakämpfen, u.a. in Kentucky, gefolgt von einer Periode innerstaatlicher Gewalt;
– das Phänomen des Vigilantismus bei der Erschließung des Westens[4];

---

* An dieser Stelle möchte ich den Mitgliedern der Fachschaft sowie den Direktoren des Institutes, Prof. Dr. von Hoffmann und Prof. Dr. Robbers für ihre Einladung danken.

1 Genauer Titel: „New York, New York! – Oder: Von Amerika lernen heißt siegen lernen?” in: G. Wolf (Hrsg.), Kriminalität im Grenzgebiet, Bd. 2, 1999, S. 347 ff.

2 Kirsch, Gewalt bei sportlichen Großveranstaltungen. Parallelitäten und Divergenzen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den USA, 2000.

3 Dazu m.w.N. Kirsch aaO, S. 17 f.

– rassistische Gewalt (Ku-Klux-Klan);
– blutige Arbeitskämpfe;
– gewalttätige Krawalle (Rassenunruhen) z.B. in Miami 1980 und in Los Angeles 1992 mit zahllosen Toten und Verletzten sowie riesigen Sachschäden.

Heutzutage sind die USA in einem gemessen an der EU erschreckenden Umfang von Kriminalität geprägt; die Kriminalitätsraten sind horrend[5]. Das liegt zwar zu einem gewissen Teil an der Definition der fraglichen Straftaten, die, wie insbesondere die Tötungsdelikte und Vergewaltigung, sehr viel weiter gefasst sind als etwa in Deutschland und anderen kontinentaleuropäischen Ländern. Überwiegend aber beruht die ungeheure Kriminalitätsbelastung in den USA, wie sie die Kriminalitätsstatistiken ausweisen, auf einer tatsächlich sehr viel höheren Anzahl von Gewaltverbrechen wie Mord, Totschlag, Vergewaltigung, Raub, schwere und gefährliche Körperverletzung etc. Sie beherrschen die Städte in den USA, aber auch den Rest des Landes.

§ 2 Kriminalitätsbekämpfung mit fragwürdiger Härte

Als Stichworte für die wachsende Härte der Kriminalitätsbekämpfung in den USA, provoziert durch die Flut von Gewaltverbrechen und die daraus resultierende Kriminalitätsfurcht, seien insbesondere genannt:

– Die Todesstrafe, verstärkt durch unnötig grausame Hinrichtungsarten wie Gaskammer und elektrischer Stuhl. Diese Strafe kann selbst gegen jugendliche Täter (ab 16 Jahren) verhängt werden[6].
– Unverhältnismäßig hohe Freiheitsstrafen. Hier ist insbesondere auf das kalifornische *„three strikes and you are out“*-Konzept[7] hinzuweisen, das besagt: Bei der dritten Verurteilung wegen eines Verbrechens ist eine Mindeststrafe von 25 Jahren „Zuchthaus“ (penitentiary) zu verhängen, die ohne die Möglichkeit einer bedingten Entlassung zur Bewährung verbüßt werden muss. Dieses unverhältnismäßig harte Konzept wirkt noch fragwürdiger, wenn man bedenkt, dass in den USA viele Straftaten *Verbrechen* sind, die in Deutschland bloße Vergehen darstellen, z.B. Einbruch und (in vielen Einzelstaaten) Scheckkarten-/Kreditkarten-

---

4 Kirsch aaO, S. 21 m.w.N.

5 Dazu m.w.N. Kirsch aaO, S. 26-38; siehe auch BMI/BMJ (Hrsg.) Erster periodischer Sicherheitsbericht, 2001, S. 11.

6 Dazu m.w.N. Ackmann, DAJV-Newsletter (Zeitschrift der Deutsch-Amerikanischen Juristen-Vereinigung e.V.) 2001, S. 67 ff.; Ebel, JURA 1998, 617 ff.; Frankowski, ZStW 1988, 951 ff.

7 Grasberger, ZStW 1998, 796 ff.; Schwind, Kriminologie, 12. Aufl. 2002, § 15 Rn 37.

betrug. Auch losgelöst von jenem kalifornischen Konzept dominieren in den USA inzwischen in einem außerordentlichen Umfang langfristige Freiheitsstrafen für Delikte, die in Deutschland sehr viel milder bestraft werden.

Darüber hinaus ist für die kriminalpolitische Entwicklung in den USA kennzeichnend:

– das massive Zurückdrängen der Strafaussetzung zur Bewährung, der bedingten Entlassung zur Bewährung und der Geldstrafe;
– das dramatische Nachlassen von Resozialisierungsbemühungen im Strafvollzug.

Mehr und mehr gewinnt man als europäischer Beobachter den Eindruck, dass in den USA zu viele Gewalttäter durch langjähriges „Wegschließen“ (oder gar durch Hinrichtung) aus der Gesellschaft *ausgeschlossen* und offenbar nicht mehr als Mitbürger gewertet werden.

Demgegenüber ist die EU, insbesondere aber Deutschland, geprägt durch:

– den Verzicht auf die Todesstrafe;
– die Beschränkung der Freiheitsstrafe durch Schuldprinzip / Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sodass insgesamt sehr viel weniger langjährige Freiheitsstrafen verhängt werden;
– die Dominanz der Strafaussetzung zur Bewährung;
– die absolute Vorherrschaft der Geld- gegenüber der Freiheitsstrafe.

Für diese durchgehend mildere Kriminalpolitik, mag sie auch gelegentlich bedenklich permissiv (liberal) erscheinen, spricht letztlich auch die folgende plausible Vermutung:

Übertriebene Härte bei der Kriminalitätsbekämpfung kann Brutalität und Gewalt in einer Gesellschaft weiter ansteigen lassen.

Schließlich verrät auch die Behandlung von sehr jungen Gesetzesbrechern – nach kontinentaleuropäischem Verständnis von Kindern – als Kriminelle mangelnde rechtsstaatliche Sensibilität im Kampf gegen das „Verbrechen“: Nach englischem Vorbild, aber im Widerspruch zu kontinentaleuropäischer und weltweit verbreiteter Tradition, werden schon 10-Jährige (!) als strafmündig behandelt, wobei es gelegentlich zu so abstoßenden Szenen kommt wie dem Vorführen eines solchen Kindes in Fußfesseln vor den Richter[8]. Mag man auch die deutsche Regelung (Strafmündigkeit erst ab

8 Erinnert sei an den aufsehenerregenden Fall eines 10-Jährigen, der in den USA wegen vermeintlicher, eigentlich harmloser „Doktorspiele“ mit einem Mädchen aus seiner Familie von Polizei und Justiz als Sexualverbrecher behandelt wurde.

14 Jahren) im Hinblick auf frühreife gefährliche Rechtsbrecher als fragwürdig empfinden und sich eine Herabsetzung auf 13 Jahre wünschen[9], so erscheint doch die angloamerikanische Tradition, Kinder ab 10 Jahren als Kriminelle zu behandeln, unzeitgemäß.

§ 3 Wachsender Verlust an nationaler Rechtseinheitlichkeit in den USA

Bekanntlich sind Strafrecht und Strafprozessrecht in den USA grundsätzlich Recht der Einzelstaaten *(State Law)*; es gibt demgemäß 50 Strafgesetzbücher. Allerdings existiert, und zwar mit wachsender Bedeutung, auch Bundesstrafrecht, etwa im Bereich von Drogenkriminalität und rassistischen Gewalttaten. Das führt zu einer teils fruchtbaren Konkurrenz unterschiedlicher kriminalpolitischer Konzepte, teils aber auch zu befremdlicher Rechtsuneinheitlichkeit. Letztere ist insbesondere bei der Todesstrafe zu konstatieren: Sie gibt es im Bundesstrafrecht und in den meisten Einzelstaaten, z.B. in Texas, Kalifornien und Florida. Dreizehn *States* der USA dagegen lehnen die Todesstrafe ab, so z.B. Maine, Hawaii, Michigan[10].

Zu dieser Rechtsunsicherheit kommen noch fast unbegreifliche regionale Unterschiede von *county* zu *county*. Hier wird von gewählten Bezirksstaatsanwälten *(district attorneys)* vielfach eine „selbständige Kriminalpolitik“ betrieben. So werden etwa die meisten Todesstrafen in den USA in wenigen *counties* im *State of Texas* verhängt und vollstreckt.

Leider ist man in den USA, was Missstände wie die Todesstrafe angeht, weitgehend kritikresistent. Diese Einstellung ist seit den terroristischen Mordanschlägen vom 11. September 2001 noch stärker geworden. Insoweit herrscht zwischen Europa und Nordamerika gegenwärtig eine bedauerliche Sprachlosigkeit.

§ 4 Wachsende Bedeutung verdeckter Ermittlungen seit Ende der 60er Jahre

Auch im Strafprozessrecht der USA lässt sich seit geraumer Zeit die wachsende Neigung zur schneidigen Kriminalitätsbekämpfung feststellen. Dies gilt für die Einzelstaaten und für das Bundesstrafverfahrensrecht. Insbesondere der aus rechtsstaatlicher Sicht viel kritisierte Bereich *verdeckter Ermittlungen* ist seit den 60er Jahren massiv ausgeweitet worden; dies sowohl nach der Eingriffsintensität der strafprozessualen Ermittlungsinstru-

9 So z.B. Krey, Deutsches Strafrecht AT, Bd. 1, 2001, Rn 657.

10 Ackmann aaO. Ein Lichtblick ist jetzt die Aufhebung aller Todesurteile im Staate Illinois (Januar 2003).

mente als auch nach dem Umfang ihres Einsatzes. Dabei geht es vor allem um die folgenden verdeckten Ermittlungsmethoden[11]:

– Einsatz von undercover agents und police informers;
– Telefonüberwachung;
– elektronische Überwachung von Wohnungen (Lauschangriff).

Zu Letzterer sei ein ärgerliches Missverständnis ausgeräumt: Gelegentlich liest man, der *Lauschangriff auf Wohnungen („Große Lauschangriff")* sei in den USA sehr selten[12], zumal er gesetzlich durch erhebliche rechtsstaatliche Schranken begrenzt sei. Bei diesen Schranken geht es insbesondere um:

– die Zustimmung von Staatsanwaltschaft und Strafgericht;
– die Berichtspflicht des Richters an die Justizverwaltung über jeden angeordneten Lauschangriff[13].

Jene These von der geringen Bedeutung des Großen Lauschangriffs in den USA vernachlässigt, dass dort durch die Polizei des Bundes und der Einzelstaaten in mehr als 6000 Fällen pro Jahr Lauschangriffe auf Wohnungen in der Form des *„consensual monitoring"* durchgeführt werden[14]. Dies ohne gesetzliche Basis – nur gestützt auf eine frühere knappe Mehrheitsentscheidung des *US-Supreme Court* – und ohne das Erfordernis der Zustimmung von Staatsanwaltschaft und Gericht. Bei diesem *„consensual monitoring"* geht es um die Überwachung einer Wohnung (Lauschangriff), in die durch die Polizei ein *undercover agent*, ein *police informer* oder eine andere mit der Polizei kooperierende Person eingeschleust wurde. Der *Supreme Court* begründet seinen Standpunkt, das *consensual monitoring* sei verfassungskonform, wie folgt: Es fehle an einem Eingriff in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (*4th Amendment* zur US-Bundesverfassung), da der Betroffene dem *undercover agent* bzw. *police informer* freiwillig Einlass gewährt habe. Auf dieser Begründung beruht die Bezeichnung *consensual monitoring* (einverständliche Überwachung); überzeugend erscheint diese Argumentation allerdings nicht.

---

11 Dazu Lütznер in: Gropp (Hrsg.), Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der OK, 1993, Länderbericht USA, S. 721 ff. m.w.N.; Thaman in: Gropp/Huber (Hrsg.), Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität, 2001, S. 907 f.

12 Böttger/Pfeiffer, ZRP 1994, 7, 9 ff.

13 Böttger/Pfeiffer aaO, S. 13 ff.

14 Krey, JR 1998, 1, 5 m.w.N.; ders., Revista De Direito Comparado Portugues E Brasileiro, 2001, 211, 223 mit Fn 47; Lütznер aaO, S. 799-801; Ransiek, GA 1995, 23, 27, 28; Rohe, Verdeckte Informationsgewinnung mit technischen Hilfsmitteln, 1998, S. 49, 50, 90 ff., 105 ff. Übersehen von Böttger/Pfeiffer, ZRP 1994, 7 ff.

Im Übrigen gibt es als neueste Überwachungsmaßnahme zur Kriminalitätsbekämpfung in einigen Großstädten der USA die optische und akustische Überwachung ganzer Stadtteile aus der Luft durch Einsatz von Hubschraubern bzw. sehr langsam kreisenden Flugzeugen – Orwell („1984“) lässt grüßen.

§ 5 Resümee

Ein Blick in die USA, so liest man häufig, sei ein Blick in die Zukunft. Ob es sich dabei um einen erstrebenswerten Zukunftsentwurf handelt, erscheint aus rechtsstaatlicher Sicht zweifelhaft.

Hauptteil: Zur kontinuierlichen Ausweitung verdeckter Ermittlungen in Deutschland seit 1968

Im Folgenden soll die Entwicklung verdeckter Ermittlungen im Strafverfahrensrecht skizziert werden. Hinzu kommt ein „Blick über den Zaun“ ins Polizeirecht und, ganz am Rande, in das Recht der Geheimdienste.

§ 6 Notstandsgesetze von 1968: Einführung der Telefonüberwachung

Im Zuge der sog. Notstandsgesetze wurde die Telefonüberwachung als strafprozessuales Ermittlungsinstrument (§§ 100 a, 100 b StPO) eingeführt. Zugleich erhielten die Geheimdienste (Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder, Bundesnachrichtendienst, Militärischer Abschirmdienst) das Recht zur Überwachung der Telekommunikation, und zwar im G 10[15]. Seinerzeit wurde diese Ausweitung der Befugnisse der Strafverfolgungsorgane und der Geheimdienste von vielen als Verrat an rechtsstaatlichen Prinzipien und als Schritt hin zum totalitären Überwachungsstaat gerügt. Diese – aus heutiger Sicht – unberechtigte Kritik habe ich schon damals als maßlos empfunden, aber immerhin verstehen können; jene überzogene Kritik dürfte nämlich auf den Erfahrungen mit der deutschen NS-Vergangenheit und dem Überwachungsstaat „DDR“ beruht haben.

Aus heutiger Sicht ist die Telekommunikationsüberwachung gemäß §§ 100 a, 100 b StPO ein effektives, unverzichtbares Ermittlungsinstrument. Freilich wird von diesem Instrument in einem Umfang Gebrauch gemacht, der gelegentlich unverhältnismäßig wirkt. Indes ist die Telefonüberwachung in Teilen der USA erheblich intensiver, beispielsweise in Texas[16].

§ 7 Bekämpfung des Terrorismus („RAF“) seit Ende der 60er Jahre

Mitte der 60er Jahre des letzten Jahrhunderts war die Bundesrepublik Deutschland ein außerordentlich liberales, permissives Gemeinwesen. Dann begann eine massive Ausweitung der strafprozessualen Ermittlungsinstrumente, namentlich im Bereich verdeckter Ermittlungen.

Der erste Schritt in diese Richtung erfolgte im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Terrorismus der sog. „Baader-Meinhoff Bande“, die sich selbst als „Rote Armee Fraktion (RAF)“ bezeichnete. Ihr Ziel war es, die

---

15 Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Art. 10-Gesetz – G 10 –), Sartorius I Nr. 7.

16 Bei meiner Vortragsreise nach San Antonio im Jahre 1999 haben sich dortige Kollegen bei mir massiv über die Intensität der Telefonüberwachung in Texas beklagt und sich über die vergleichsweise sehr viel geringeren Zahlen in Deutschland gewundert.

staatlichen Organe zu provozieren, im Zuge der Terrorismusbekämpfung den Weg in einen repressiven Überwachungsstaat einzuschlagen. Ein solcher „totalitärer“ Staat als Gegner sollte dann zu einer breiteren Widerstandsbewegung mit der RAF als Speerspitze führen. Schon dieses Ziel zeigt eine Perversion des Denkens; dies gilt erst recht für die eingesetzten Mittel (Mordanschläge). Letztlich hatte die RAF einen gewissen „Teilerfolg“ zu verzeichnen; denn unser Staat war gezwungen, das Ermittlungsinstrumentarium und die Ermittlungsintensität im Kampf gegen den Terrorismus auszuweiten. Insoweit seien als wichtigste Stichworte genannt:

– Der Begriff der „Kriminalitätsbekämpfung“.

  Er kam damals auf und wurde in der Folge ein zentraler Begriff unserer innenpolitischen Entwicklung.

– Die Rasterfahndung.

  Sie wurde seinerzeit vom Bundeskriminalamt – ohne gesetzliche Grundlage – entwickelt und erfolgreich praktiziert[17].

Ihr eigentliches Ziel, aus der freiheitlich-rechtsstaatlichen Bundesrepublik Deutschland einen repressiven Überwachungsstaat als geeigneten Gegner einer breiten Widerstandsbewegung zu machen, hat die RAF aber noch nicht einmal teilweise erreicht. Auch bei der Bekämpfung des Terrorismus behielt Deutschland seinen Charakter als Rechtsstaat, der freilich „wehrhafter“ wurde.

§ 8 Bekämpfung der Organisierten Kriminalität seit Anfang der 90er Jahre

I. Massive Ausweitung des Ermittlungsinstrumentariums nach Landespolizeirecht

Seit Ende der 80er/Anfang der 90er Jahre sind die Organisierte Kriminalität (OK) und die Möglichkeiten ihrer Bekämpfung zunehmend in den Mittelpunkt sowohl der kriminologischen und kriminalpolitischen Diskussion als auch der Kriminalpolitik gerückt.

Diese Entwicklung hat ihren legislatorischen Niederschlag zum einen in den neueren *Landespolizeigesetzen* seit den frühen 90er Jahren gefunden: Sie haben zur Gefahrenabwehr im Allgemeinen und zur „vorbeugenden Verbrechensbekämpfung“ im Besonderen eine fast lückenlose Palette *verdeckter Ermittlungsmaßnahmen* normiert[18], und zwar insbesondere:

---

17 Kühne, Strafprozesslehre, 4. Aufl., Rn 167.7.

18 Siehe für alle: Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (PAG), Art. 30 ff.; Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen, § 16 ff.

– Einsatz von verdeckten Ermittlern (VE) und Vertrauenspersonen der Polizei (VP);
– langfristige Observationen;
– Videoüberwachung;
– akustische Überwachung (Lauschangriff) einschließlich des Großen Lauschangriffs auf Wohnungen.

Kurioserweise fehlt in jener Palette die Überwachung der Telekommunikation[19], was angesichts des erfolgreichen Strebens der Polizei nach einem umfassenden Instrumentarium verdeckter Ermittlungsmaßnahmen erstaunt.

Dieses umfangreiche und effektive Instrumentarium einerseits und die Ausweitung des Aufgabenbereichs der Polizei auf die sog. *vorbeugende Verbrechensbekämpfung*[20] andererseits erlauben eine wirkungsvollere Bekämpfung der Kriminalität, insbesondere der OK sowie des Terrorismus. Sie bedeuten aber eine nicht unbedenkliche Entfesselung der Polizei und begründen die Gefahr einer Abnabelung von der Geltung der StPO und der Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft[21].

Diese Gefahr soll das folgende *Beispiel* verdeutlichen:

Der Große Lauschangriff auf Wohnungen ist gemäß Art. 13 Abs. 5 GG i.V.m. den einschlägigen Landespolizeigesetzen[22] zulässig, sofern er *„zum Schutz von bei einem Einsatz in Wohnungen tätigen Personen*[23]*“* angeordnet wird. Ein solcher präventiv-polizeilicher Lauschangriff (auch Lauschangriff zur Eigensicherung genannt) bedarf dabei weder der Zustimmung der Staatsanwaltschaft noch der richterlichen Anordnung. Die bei seiner Durchführung erlangten Erkenntnisse sind gemäß Art. 13 Abs. 5 S. 2 i.V.m. § 161 Abs. 2 StPO im Strafverfahren verwertbar, wenn der zuständige Richter nachträglich die Rechtmäßigkeit jenes Lauschangriffs feststellt.

Diese präventiv-polizeiliche Regelung begründet eine erhebliche *Umgehungsgefahr*: Der als Maßnahme der Gefahrenabwehr normierte Große Lauschangriff zur „Eigensicherung“ hat gegenüber dem Großen Lauschangriff als Mittel der *Strafverfolgung* (§ 100 c Abs. 1 Nr. 3 bis § 101 StPO

---

19 Schenke, JZ 2001, 997 ff.

20 Zu diesem Begriff m.w.N. Kühne, Strafprozesslehre, 5. Aufl. 1999, Rn 371, 371 ff.; Notzon, Zum Rückgriff auf polizeirechtliche Befugnisse zur Gefahrenabwehr im Rahmen der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung – Gefahren für die Geltung der StPO und die Verfahrensherrschaft der StA bei der Strafverfolgung? –, Europäische Hochschulschriften (Lang), 2002.

21 Dazu eingehend Notzon aaO.

22 Siehe für alle: PAG Bayern (Fn 16), § 34; Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen (Fn 16), § 18.

23 Gemeint sind insbesondere VE und VP, zudem Informanten der Polizei.

i.V.m. Art. 13 Abs. 3 GG) erheblich geringere Anforderungen. Letzterer verlangt die vorherige Anordnung einer Strafkammer (drei Berufsrichter) auf Antrag der Staatsanwaltschaft. Weiterhin ist der strafprozessuale Große Lauschangriff unzulässig, soweit Berufsgeheimnisträger wie Ärzte und Rechtsanwälte betroffen sind (§ 100 d Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 53 Abs. 1 StPO). Diese strengen rechtsstaatlichen Erfordernisse kann die Polizei durch den Rückgriff auf die polizeirechtliche Regelung in Art. 13 Abs. 5 GG i.V.m. den einschlägigen Normen der Landespolizeigesetze umgehen. Damit werden die Herrschaft der StPO und die Stellung der Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens gefährdet. Erreicht die Polizei die nachträgliche Zustimmung des Ermittlungsrichters, so sind die beim „Eigensicherungs"-Lauschangriff gewonnenen Erkenntnisse im Strafprozess verwertbar, obwohl weder eine vorherige Anordnung des Richters noch eine Zustimmung der Staatsanwaltschaft vorlagen. Auch eine vertrauensvolle Zusammenarbeit der Polizei mit der Staatsanwaltschaft auf *freiwilliger Basis*[24] vermag nichts daran zu ändern, dass die *rechtlichen* Anforderungen gemäß Art. 13 Abs. 5 GG entschieden geringer sind als die nach Art. 13 Abs. 3 GG i.V.m. § 100 c Abs. 1 Nr. 3 bis § 101 StPO.

Eine weitere Gefahr für die Geltung der StPO und die Stellung der Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens durch landespolizeirechtliche Regelungen über verdeckte Ermittlungsmaßnahmen besteht im Bereich des Einsatzes von VE und VP zur Kriminalitätsbekämpfung. Dieser Einsatz ist unter dem Etikett der Gefahrenabwehr als Mittel der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung nach Landespolizeigesetzen ohne Zustimmung der Staatsanwaltschaft möglich. Der *BGH* hat offenbar jene Gefahr erkannt und wiederholt entschieden[25]:

> Die Verwendung von VE und VP bzw. von sonstigen Scheinaufkäufern als agent provocateur (Lockspitzel) im Rahmen der Kriminalitätsbekämpfung richte sich allein nach der StPO, da es sich bei einer solchen Maßnahme primär um Strafverfolgung handele. Jener Vorrang der StPO gelte auch, wenn deren Regelungen enger seien als die des Polizeirechts.

---

24 Eine solche freiwillige Zusammenarbeit wird etwa in Bayern praktiziert (Auskunft bayerischer Staatsanwälte in Tagungen der Deutschen Richterakademie Trier/Wustrau).

25 BGH NStZ 1995, 516, 517 m.w.N. und insoweit zustimmender Anm. von Krey.

II. Änderungen der Strafprozessordnung

Auch das strafprozessuale Ermittlungsinstrument, namentlich der Bereich verdeckter Ermittlungen, ist im Zuge der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität (OK) seit Beginn der 90er Jahre erheblich ausgeweitet worden:

1. Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) v. 15.07.1992

Dieses seinerzeit heiß umstrittene Gesetz hat insbesondere die folgenden strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen normiert:

- Rasterfahndung (§§ 98 a, 98 b StPO);
- Lauschangriff außerhalb von Wohnungen (§ 100 c Abs. 1 Nr. 2 StPO);
- Einsatz von technischen Mitteln zur Observation (§ 100 c Abs. 1 Nr. 1 StPO);
- Einsatz von Verdeckten Ermittlern (§ 110 a ff StPO);
- Ausweitung des Bereichs der Telefonüberwachung (TÜ);
- Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung (§ 163 e StPO).

Zu diesen Reformen sei nur soviel gesagt:

a) Rasterfahndung (ausdrückliche Legalisierung dieses Ermittlungsinstruments)

Es handelt sich um einen maschinell-automatisierten Abgleich personenbezogener Daten, der zweierlei Zwecken dienen soll: Erstens dem *Ausschluss Nichtverdächtiger* (negative Rasterfahndung); zweitens der Feststellung von Personen, die weitere für die Ermittlungen bedeutsame Prüfungsmerkmale erfüllen (*positive Rasterfahndung*). Dieses Instrument hat sich als sehr effektiv erwiesen, und zwar namentlich auch im Kampf gegen den Terrorismus. Sein Einsatz bedeutet aber grundsätzlich eine Umkehr der üblichen Ermittlungstätigkeit: *Unverdächtige* sind zunächst Gegenstand der Ermittlungen, und zwar solange, bis sich aus ihrem Kreis Verdächtige ergeben haben[26].

Das folgende Beispiel mag die Rasterfahndung verdeutlichen: Zurzeit der Baader-Meinhoff Bande war bekannt, dass Terroristen ihre Stromrechnungen typischerweise in bar bezahlten, nicht durch Überweisung an die entsprechenden Stromlieferanten. Demgemäß konnte man durch Abgleich der

---

26 Kühne (Fn 20), Rn 543 ff.

Kundenkarteien der Elektrizitätswerke mit den Melderegistern näher an verdächtige Personen herankommen[27].

Angesichts des nicht unerheblichen Eingriffs der Rasterfahndung in den Privatbereich des Bürgers – das *BVerfG* spricht bekanntlich prätentiös vom „Recht auf informationelle Selbstbestimmung" – ist es aus rechtsstaatlicher Sicht begrüßenswert, dass die StPO erhebliche formelle und materielle Anforderungen an die Zulässigkeit jenes Eingriffs stellt (§§ 98 a, 98 b StPO): Das Gesetz fordert eine Straftat von erheblicher Bedeutung (Katalogtat), zudem die Anordnung durch den Richter (bei Gefahr im Verzuge durch den Staatsanwalt).

b) Lauschangriff außerhalb von Wohnungen (§ 100 c Abs. 1 Nr. 2 StPO)

1992 ist nur diese, weniger schwerwiegende, Form des Lauschangriffs legalisiert worden. Eines der wichtigsten Anwendungsbeispiele, das die Strafjustiz schon wiederholt beschäftigt hat, ist das Abhören von in Kraftfahrzeugen geführten Gesprächen[28]. Hier ist strittig, ob jene Vorschrift unter dem Gesichtspunkt der *Annexkompetenz* nicht nur das eigenmächtige Öffnen des fraglichen Kfz erlaubt, sondern auch seine heimliche Wegnahme unter Verbringung zum Polizeipräsidium, wo die entsprechenden technischen Einrichtungen installiert werden. Ein solches eigenmächtiges „Entführen des Kfz" – das i.d.R. etwa zwei Stunden dauert – hatte der *Ermittlungsrichter des BGH* zunächst für illegal erklärt[29]. Inzwischen hat das Gericht selbst anders entschieden (3. Senat in seinem GPS-Urteil)[30], und zwar zu recht. Denn zum einen ist die Installation der zur elektronischen Überwachung von Kfz erforderlichen Einrichtungen auf offener Straße inopportun, zudem technisch nur in der Werkstatt des Polizeipräsidiums möglich. Daher würde ohne die Befugnis zu jener Verbringung des Kfz die Regelung in § 100 c Abs. 1 Nr. 2 StPO weitgehend leer laufen. Zum anderen folgt ein erst-recht-Argument aus § 81 a StPO (Entnahme von Blutproben): Hier wird es fast allgemein für zulässig gehalten, zur Durchführung dieses Bagatelleingriffs den Beschuldigten notfalls gewaltsam zum Polizeipräsidium zu verbringen (erhebliche Freiheitsbeeinträchtigung), um dort von ei-

27 Kühne (Fn 20), Rn 543; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 10/19.

28 Nack in: Karlsruher Kommentar zur StPO (KK), 4. Aufl., § 100 c Rn 15.

29 BGH NJW 1997, 2189 = JR 1998, 162 mit Anm. Heger; weitere Nachweise pro und contra bei: Leister, Stillschweigende Annexkompetenzen bei strafprozessualen Grundrechtseingriffen, 2002, S. 27 ff., 30 ff., 36 ff., 39 ff.

30 BGH StV 2001, 216 im Anschluss an Nack (aaO); siehe unten im Text, c.

nem Arzt die Blutprobe entnehmen zu lassen. Wenn man dem folgt[31], kann man nicht beim Lauschangriff auf Pkws (erheblicher Grundrechtseingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht) die Zulässigkeit jener Entführung des Pkw (leichterer Grundrechtseingriff) verneinen; anderenfalls läge ein Wertungswiderspruch vor.

c) Einsatz von technischen Mitteln zur Observation (§ 100 c Abs. 1 Nr. 1 StPO)

Am effektivsten ist hier die langfristige Observation unter Verwendung des satellitengestützten Navigationssystem GPS (Global Positioning System). Zu ihr hat der *BGH* in einem neueren Grundsatzurteil entschieden[32]:

– Der Einsatz dieses Systems sei gemäß § 100 c Abs. 1 Nr. 1 b StPO legal.
– Im Wege der Annexkompetenz seien die Strafverfolgungsbehörden zur Durchführung der erforderlichen technischen Begleitmaßnahmen einschließlich der kurzzeitigen Verbringung des Fahrzeugs in eine Werkstatt befugt.
– Beim Einsatz technischer Mittel (§ 100 c Abs. 1 Nr. 1 b StPO) für längerfristige Observationen seien zusätzlich die Voraussetzungen des § 163 f StPO zu beachten.

d) Einsatz von Verdeckten Ermittlern (VE) (§§ 110 a bis 110 e StPO)

(1) Schon lange vor der Legalisierung dieses strafprozessualen Ermittlungsinstrumentes im OrgKG v. 1992 waren VE zur Strafverfolgung eingesetzt worden; dabei hatte die höchstrichterliche Judikatur diesen Einsatz als verfassungskonform bewertet[33]. Mithin war die Kritik an der Normierung des VE im Jahre 1992 insoweit irreführend, als es keineswegs um die *Einführung eines neuen Instruments* verdeckter Ermittlungen ging, sondern lediglich um eine gesetzliche Klarstellung. Im Übrigen erfolgt der Einsatz von VE sehr selten. Er erfordert nämlich einen außerordentlichen Aufwand - der VE muss mit einer Fülle „wasserfester“ falscher Dokumente wie
Personalausweis, Führerschein, Kreditkarten, EC-Karten ausgestattet werden -, ist für den Beamten typischerweise äußerst gefährlich (Gefahr für Leib und Leben im Falle der Enttarnung) und begründet das Risiko eines

31 OLG Schleswig NJW 1964, 2215 f.; weitere Nachweise bei Leister aaO, S. 9 ff., 323 ff.
32 v. 24.01.2001, StV 2001, 216 ff.; kritische Anm. hierzu von Kühne, JZ 2001, 1148.
33 Nachweise bei Krey, Rechtsprobleme des strafprozessualen Einsatzes Verdeckter Ermittler (BKA-Forschungsreihe), 1993, Rn 22, 23, 104, 105.

Abgleitens in die Kriminalität („Gelegenheit macht Diebe“)[34]. Außerdem sind die rechtsstaatlichen Anforderungen an den VE-Einsatz hoch, was den Richtervorbehalt gemäß § 100 b Abs. 1 Nr. 2 StPO angeht, sogar übertrieben hoch[35]: Nach dieser Vorschrift bedarf der VE-Einsatz der Zustimmung des Richters für solche Einsätze, *„bei denen der VE eine Wohnung betritt, die nicht allgemein zugänglich“.*

Diese Vorschrift ist schon sprachlich verunglückt. Bedenkt man, dass der VE bei seinem Einsatz in aller Regel Wohnungen bzw. Geschäftsräume (auch letztere fallen unter Art. 13 GG) betreten muss, so wäre grundsätzlich für jeden VE-Einsatz die richterliche Zustimmung erforderlich, würde man den Gesetzestext strikt beim Wort nehmen[36]. Nach Entstehungsgeschichte und ratio legis ist diese Vorschrift aber als Ausnahme gemeint; der Gesetzgeber wollte den Richtervorbehalt gerade nicht zur Regel machen. Demgemäß sollte § 110 b Abs. 2 Nr. 2 StPO wie folgt interpretiert werden: Die Zustimmung des Richters ist nur dann erforderlich, *wenn nach den konkreten Umständen des Einzelfalles ernstlich damit zu rechnen ist, der VE müsse einsatzbedingt bestimmte fremde Wohnungen betreten*[37]*.* Mit anderen Worten: Diese Vorschrift meint den Fall, dass bestimmte Räumlichkeiten i.S. des Art. 13 GG Ausforschungsobjekte sind.

(2) Wohl das Hauptproblem des strafprozessualen VE-Einsatzes ist die brisante und ungeklärte Frage, ob und wieweit *„einsatzbedingte Straftaten“* des VE legal sein können. Hierzu soll an dieser Stelle nur soviel gesagt werden[38]:

(a) Selbstredend hat der VE „keine Lizenz zu Verbrechen und Vergehen“. Doch kann er in erheblichem Umfang als strafloser *agent provocateur* an versuchten (und vollendeten) Verbrechen und Vergehen teilnehmen, sei es als Anstifter, sei es als Gehilfe, sofern ihm der Vollendungs- bzw. Beendigungsvorsatz fehlt[39].

(b) Zudem mangelt es bei „Unterlassungsdelikten“ des VE (*Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten*) bei näherem Hinsehen vielfach bereits am Tatbestand: Zwar kann den VE als Polizeibeamten bei konkre-

---

34 Dazu Krey in: Miyazawa-Festschrift 1995, S. 595, 598; ders. JR 1998, 1, 3.

35 Jener Richtervorbehalt bedeutet eine Überspannung rechtstaatlicher Anforderungen; siehe Krey, Rechtsprobleme aaO Rn 143 f., 232, 240 ff., 250 ff., 262 ff.; ders. in: Miyazawa-Festschrift aaO, S. 600 f. m.w.N.

36 So in der Tat Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., § 110 b Rn 4 (im Anschluss an Zaczyk).

37 Krey in: Miyazawa-Festschrift aaO, S. 600, 601.

38 Eingehend und m.w.N. Krey, Rechtsprobleme aaO, Rn 70-93, 431-632.

39 Näher dazu Krey, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 2 (AT 2), 2002, Rn 274-286, 287.

ten schweren Gefahren für Leib und Leben unter dem Gesichtspunkt der „Ermessensschrumpfung auf Null“ eine Rechtspflicht zur Gefahrenabwehr treffen[40]. Diese Rettungspflicht ist dabei als Garantenpflicht i.S. des § 13 StGB zu behandeln[41]. In solchen Fällen fungiert der Polizeibeamte als Beschützergarant. Demgemäß scheint der VE in erheblichem Umfang verpflichtet zu sein, bei seinem verdeckten Operieren im kriminellen Milieu Straftaten zu verhindern, um nicht als Täter (oder Gehilfe) *durch Unterlassen* mitverantwortlich zu werden. Indes ist bei der Frage, ob die Befugnis zur Gefahrenabwehr (polizeiliche Generalklausel, z.B. §§ 1, 9 POG Rheinland-Pfalz) qua Ermessensschrumpfung auf Null zur Rettungspflicht als Garantenpflicht erstarkt, eine umfassende Interessenabwägung erforderlich[42]. Bei ihr sind als Gegeninteressen mit hohem Gewicht, die einer Rettungspflicht entgegenstehen können, namentlich zu berücksichtigen:

– die Strafverfolgungsaufgabe des VE;
– der Aspekt seiner Eigengefährdung, da ein Eingreifen bei Straftaten im Milieu in der Regel seine Enttarnung zur Folge hätte.

Mithin wird eine Rettungspflicht des VE als Garantenpflicht weitgehend wegen jener Gegeninteressen entfallen[43].

(c) Die genannten Aspekte „Eigengefährdung“ und übergeordnete (vorrangige) „Strafverfolgungsaufgaben“ können auch eine Strafbarkeit des VE wegen *Strafvereitelung im Amt durch Unterlassen* (§§ 258, 258 a/ 13 StGB) ausschließen, genauer: die Garantenstellung des VE für die Rechtspflege entfallen lassen. Zu jenem zweiten Aspekt bestimmen die einschlägigen Richtlinien von Justiz- und Innenverwaltung[44] in Punkt II 2.6.1. und 2.6.2.:

> „Aus kriminaltaktischen Erwägungen können Ermittlungsmaßnahmen, die in den Auftrag des Verdeckten Ermittlers fallen, zurückgestellt werden.

---

40 Nachweise bei Krey, Rechtsprobleme aaO (Fn 33), Rn 498 ff., 503, 506 ff.; ders., AT 2 aaO, Rn 335 ff. m.w.N.

41 BGH St 38, 388; Krey, AT 2 aaO m.w.N. (h.M.); abweichend: Rudolphi in: SK-StGB, § 13 Rn 54 c.

42 Krey, Rechtsprobleme aaO, Rn 503, 504 m.w.N.; siehe auch Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 246 ff. (248).

43 Zum Vorstehenden Krey, aaO.

44 Gemeinsame Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen) und Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung. Abgedruckt u.a. in Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO (Fn 36), A 15 Anlage D, S. 1937 ff.

> Neu hinzukommenden zureichenden Anhaltspunkten für strafbare Handlungen braucht der Verdeckte Ermittler solange nicht nachzugehen, als dies ohne Gefährdung seiner Ermittlungen nicht möglich ist; dies gilt nicht, wenn sofortige Ermittlungsmaßnahmen wegen der Schwere der neuentdeckten Tat geboten sind."

Diese Richtlinien haben selbstredend nicht den Rang von Rechtsnormen; sie bringen aber eine sachgerechte Klarstellung dessen, was sich bei Auslegung des geltenden Rechts gewissermaßen aufdrängt.

(d) Schließlich kann eine Strafbarkeit des VE wegen einsatzbedingter Straftaten auch gemäß *§ 34 StGB (rechtfertigender Notstand)* entfallen[45]. Namentlich bei leichteren Delikten gegen die Allgemeinheit wie Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB) kommt eine solche Rechtfertigung in Frage. Darüber hinaus mag ausnahmsweise auch bei leichteren Vergehen gegen den Einzelnen, insbesondere bei Bagatelldelikten gegen Eigentum und/oder Vermögen, rechtfertigender Notstand eingreifen: Der VE hat in gewissem Umfang bei seiner gefährlichen Tätigkeit Anspruch auf die Solidarität der Allgemeinheit.

Im Übrigen gibt es weitere Rechtfertigungsgründe, die einsatzbedingte Straftaten des VE erlauben können, und zwar vor allem Notwehr und Nothilfe, aber auch mutmaßliche Einwilligung und rechtfertigende Pflichtenkollision.

Die vorstehenden knappen Hinweise zum Problem einsatzbedingter Straftaten des VE können keine überzeugenden „Patentlösungen" bieten; denn der Gesetzgeber hat die Rechtsanwender „im Regen stehen lassen". Das *OrgKG* hat sich insoweit nur zu zwei Punkten geäußert:

– Der VE darf unter seiner Legende am Rechtsverkehr teilnehmen (§ 110 Abs. 2 S. 2 StPO), ohne dabei Betrug oder Urkundenfälschung zu begehen.
– Er darf unter Verwendung seiner Legende Wohnungen mit dem Einverständnis des Berechtigten betreten (§ 110 c S. 1, 2 StPO), ohne sich des Hausfriedensbruchs schuldig zu machen.

Beide Regelungen sind rein deklaratorisch. Darüber hinaus hat sich der Gesetzgeber mit einer nichtssagenden Verweisung auf die Gesamtrechtsordnung begnügt (§ 110 c S. 3 StPO). Diese Vorschrift ist ein derart klassisches Beispiel misslungener Gesetzgebung durch absolute *Nicht*-Normierung, dass sie hier wörtlich wiedergegeben werden soll:

---

45 Eingehend und m.w.N. Krey, Rechtsprobleme aaO, Rn 555-622.

> „Im Übrigen richten sich die Befugnisse des Verdeckten Ermittlers nach diesem Gesetz und anderen Rechtsvorschriften."

(3) Überraschenderweise hat das OrgKG zwar den Einsatz von VE, nicht aber den von Vertrauenspersonen der Polizei (*V-Person bzw. VP*) normiert. Demgemäß kann sich die Praxis der Strafverfolgungsbehörden nur an den bereits erwähnten gemeinsamen Richtlinien der Justiz- und Innenverwaltungen orientieren[46]. Sie definieren die VP in Punkt I 2.2 wie folgt:

> „V-Person ist eine Person, die, ohne einer Strafverfolgungsbehörde anzugehören, bereit ist, diese bei der Aufklärung von Straftaten auf längere Zeit vertraulich zu unterstützen, und deren Identität grundsätzlich geheimgehalten wird."

Die Begründung für jene mangelnde gesetzliche Regelung des strafprozessualen Einsatzes von VP lautet lapidar:

> „V-Personen ... sind strafprozessual Zeugen, sodass die notwendige gesetzliche Grundlage für ihre Heranziehung im ... Strafverfahren gegeben ist[47]."

Jene Begründung ist befremdlich: Soweit der VP-Einsatz einen strafprozessualen *Grundrechtseingriff* darstellen sollte, könnten die Regelungen über den Zeugenbeweis nicht als „gesetzliche Grundlage" dienen. Demgemäß ist in Rechtsprechung und Lehre kontrovers, ob der VP-Einsatz mangels gesetzlicher Ermächtigung überhaupt legal ist - worauf zurückzukommen sein wird.

(4) Der Einsatz von VE und VP ist namentlich deswegen so effektiv, weil beide unter Verwendung ihrer falschen Identität (Legende) das Mitteilungsbedürfnis (bzw. die Neigung zur Prahlerei) von Straftätern ausnutzen, was nicht besonders fair sein mag, gleichwohl aber keinen Verstoß gegen das rechtsstaatliche *Verfahrensprinzip des fair trial* begründet. Es gibt nämlich keinen Schutz vor unbewusster Selbstbelastung; vielmehr gehört es zum allgemeinen Lebensrisiko, wenn man sich bei anderen „verplappert"[48]: Wer das Bedürfnis verspürt, eigene Straftaten zu offenbaren, mag sich an Angehörige (§ 52 StPO), Geistliche (§ 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO), Verteidiger (§ 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO) oder – andere – Berufsgeheimnisträger wie Ärzte und Rechtsanwälte (§ 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO) wenden.

---

46 Siehe Fn 44.

47 E OrgKG, BT-Drucksache 12/989, S. 41.

48 Krey in: Miyazawa-Festschrift aaO (Fn 34), S. 595, 600; ebenso der Sache nach BGH St 42, 139 ff. (GS).

§ 136 StPO (Belehrungspflichten) und § 136 a StPO (verbotene Vernehmungsmethoden) stehen dem Ausforschen Verdächtiger oder Beschuldigter durch den Einsatz von VE und VP nicht entgegen[49]. Denn beide Vorschriften gelten nur für förmliche Vernehmungen, bei denen der Vernehmende der Auskunftsperson (Beschuldigter, Zeuge) in amtlicher Eigenschaft gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihr Auskunft verlangt.

Eine *entsprechende* Anwendung beider Vorschriften entfällt mangels Gleichheit der Interessenlage[50]: *§ 136 StPO* will den Beschuldigten vor der irrtümlichen Annahme einer Aussagepflicht bewahren, so dass seine ratio legis jede Analogie beim Ausforschen durch VE und VP ausschließt. Jeder Bürger weiß, dass er bei Privatpersonen nicht zur Aussage über Straftaten verpflichtet ist, und VE bzw. VP treten dem Beschuldigten ja nicht als Amtsperson gegenüber.

Auch *§ 136 a StPO* ist nicht analog auf den Einsatz von VE und VP anwendbar[51]. Für VE folgt dies schon unmittelbar aus normtheoretischen Erwägungen; die Regelung über ihren Einsatz (§§ 110 a ff StPO) ist nämlich lex specialis gegenüber dem Täuschungsverbot aus § 136 a StPO. Im Übrigen ist der Begriff der Täuschung nach herrschender und zutreffender Ansicht eng auszulegen, weil er mit den anderen in dieser Vorschrift aufgeführten verbotenen Mitteln wie Misshandlung, Verabreichung von Mitteln etc. nach dem Gewicht der Beeinträchtigung korrespondieren muss. Demgemäß erfasst jener Täuschungsbegriff von vornherein nicht die Befragung von Beschuldigten ohne Offenbarung des Status des Befragenden als VE oder VP[52]. Schließlich kann eine Analogie zu § 136 a StPO (Täuschung) auch nicht auf den Gesichtspunkt der „vernehmungsähnlichen Situation“ gestützt werden. Die Rechtsprechung des *BGH* hierzu - sog. „Zellengenossen-Fall“[53], in dem die Polizei den U-Häftling X in die Zelle des Beschuldigten verlegt hatte, um ihn auszuhorchen - ist hier nicht einschlägig. Der *BGH* hat nämlich zu Recht die analoge Anwendung des § 136 a StPO im Zellengenossenfall nicht auf die Modalität der Täuschung gestützt, sondern auf die des unzulässigen *„Zwanges“* (Missbrauch der Zwangssituation des U-Häftlings)[54].

---

49 BGH aaO, S. 145 ff.

50 BGH aaO, S. 146 ff.

51 BGH aaO.

52 BGH aaO, S. 149.

53 BGH St 34, 362; hierzu m.w.N. Krey, Rechtsprobleme aaO (Fn 33), Rn 164,165.

54 BGH aaO; zustimmend u.a. Krey aaO; derselbe in Miyazawa-Festschrift aaO (Fn 34), S. 599, 600.

Auch das ungeschriebene rechtsstaatliche Prinzip *„nemo tenetur se ipsum accusare“* (niemand darf gezwungen werden, sich selbst zu belasten), steht dem Einsatz von VE und VP nicht entgegen. Der von VE oder VP ausgeforschte Beschuldigte bzw. Verdächtige war sich ja jeweils darüber im klaren, keiner Aussagepflicht zu unterliegen. Die Freiheit von Irrtum aber fällt nicht in den Geltungsbereich dieses Prinzips[55]. Im Übrigen sei vorsorglich klargestellt, dass der Einsatz von verdeckten Ermittlungen im Allgemeinen und von VE und VP im Besonderen auch nicht gegen das von vielen – zu Unrecht – behauptete Prinzip der Offenheit staatlicher Ermittlungen verstößt. Hierzu hat das *BVerfG* zu Recht betont:

> Es gebe Staatsaufgaben von hohem Verfassungsrang, die geheime, „verdeckte“ Ermittlungen gebieten könnten, insbesondere die Aufklärung und Bekämpfung organisierter Kriminalität, Bandenkriminalität und sonstiger schwerer und gefährlicher Straftaten; das gelte namentlich auch für den Einsatz von VE und VP[56].

(5) Die aus rechtsstaatlicher Sicht brisanteste Problematik beim strafprozessualen Einsatz von VE und VP ist indes deren Geheimhaltung (Sperrung) auch im Strafprozess: In der Regel treten VE und VP im Strafverfahren nicht als Zeugen auf, sondern werden gesperrt, d.h. auch gegenüber dem Gericht geheim gehalten. Diese Sperrung durch die oberste Dienstbehörde erfolgt für VE:

– bei Polizeibeamten der Länder durch den jeweiligen Innenminister (-senator) des Landes,
– bei Bundesbeamten (Bundeskriminalamt, Bundesgrenzschutz) durch den Bundesinnenminister,

und zwar gemäß § 96 mit § 110 b Abs. 3 S. 3 StPO. Für VP gilt § 96 StPO i.V.m. einer *analogen* Anwendung des § 110 b Abs. 3 S. 3 StPO[57]. Die Gegner dieser Analogie verkennen, dass es bei jener Sperrung i.d.R. um den Schutz von Leib und Leben geht; hier verbietet sich jede Bevorzugung des VE als Polizeibeamten gegenüber der VP als Privatperson.

Werden VE bzw. VP rechtmäßig (bzw. willkürfrei mit plausibler Begründung) durch die oberste Dienstbehörde gesperrt, so sind ihre Wahrneh-

---

55 BGH St 42, 139, 151-153 (GS).

56 BVerfG E 57, 250, 284 f.; BVerfG NStZ 1991, 445 f. und öfter; sachlich übereinstimmend u.a. BGH St 32, 115, 120 f. (GS); 33, 83, 90; 42, 139 ff. (GS); BVerwG JZ 1992, 360 ff.; Krey, Rechtsprobleme aaO (Fn 33), Rn 20 ff., 150 ff. m.w.N.

57 Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO (Fn 36), § 110 b Rn 8; Krey in: Miyazawa-Festschrift aaO (Fn 34), S. 606-608; ders. JR 1998, 1, 4 Fn 32 m.w.N.; h.M., aber strittig.

mungen nach herrschender und zutreffender Auffassung durch die folgenden *Beweissurrogate* in die Hauptverhandlung einzuführen[58]:

– Vernehmung des VE-Führers (bzw. des VP-Führers) als Zeugen vom Hörensagen;
– Verlesen des polizeilichen Protokolls über die Vernehmung des VE bzw. der VP (Urkundenbeweis).

Der Beweiswert dieser Surrogate ist freilich sehr gering[59]. Wird diese Einsicht im Strafverfahren wirklich ernst genommen – was etwa das *BVerfG* nachdrücklich einfordert –, so bestehen gegen jene Konzeption keine durchgreifenden rechtsstaatlichen Bedenken.

(6) Allerdings hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR, Straßburg) in den Fällen *Kostovski v. Netherlands, Lüdi v. Switzerland, van Mechelen v. Netherlands* und *de Castro v. Portugal* entschieden:

> Der Einsatz von VE und VP im Ermittlungsverfahren sei grundsätzlich legal. Jedoch sei die anschließende Verwertung der Wahrnehmungen dieser anonym bleibenden Zeugen in der Hauptverhandlung rechtsstaatlich bedenklich, und zwar im Hinblick auf den Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 d Europäische Menschenrechtskonvention).

BGH und *BVerfG* haben sich freilich hierdurch nicht beirren lassen[60]. Eine nähere Darstellung und Auseinandersetzung mit jener Judikatur des EGMR ist an dieser Stelle nicht möglich. Insoweit sei auf die eindrucksvolle Untersuchung von *Esser* verwiesen[61]. Hier soll es mit den folgenden Hinweisen sein Bewenden haben: Jene Rechtsprechung hat Deutschland bislang in keinem Fall *unmittelbar* betroffen und erscheint für unseren Rechtskreis auch als überstreng. Denn in Deutschland ist die Hauptverhandlung in Strafsachen stärker als in den betroffenen Ländern vom Unmittelbarkeitsprinzip geprägt und wird die erwähnte These vom äußerst geringen Beweiswert jener Surrogate sehr ernst genommen. Im Übrigen bin ich der Ansicht, dass die Einhaltung rechtsstaatlicher Anforderungen in Staaten mit einer Verfassungsgerichtsbarkeit, die nach Intensität und Umfang dem fair

---

58 BGH St 33, 83, 88; 33, 178, 181; BVerfG E 57, 250, 290-292; BVerfG NStZ 1995, 600; Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO, § 250 Rn 5, 8; Krey, JR 1988, S 607, 608.

59 Siehe Fn 58.

60 BGH NStZ 1991, 194, 195; JZ 2000, 363 mit Anm. Roxin; BVerfG NJW 2001, 2245 f.

61 Robert Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht. Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg. Berlin 2002, S. 168 ff., 657 ff. und öfter.

trial-Grundsatz effektiv zur Geltung verhilft, getrost den nationalen Gerichten überlassen werden darf; insoweit sollte sich der EGMR auf eine Willkürkontrolle beschränken, d.h. nur bei schweren und evidenten Verstößen eingreifen.

(7) Was die Methoden angeht, mit denen VE und VP bei ihren verdeckten Ermittlungen gegen bestimmte Beschuldigte oder im kriminellen Milieu arbeiten, hat der Große Strafsenat des *BGH* betont[62]:

Hier seien rechtsstaatliche Schranken zu beachten, und zwar beispielsweise:

– beim Ausforschen von Untersuchungshäftlingen durch Polizeispitzel[63];
– bei der Befragung von Zeugen, die zuvor bei förmlichen Vernehmungen von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht als Angehörige Gebrauch gemacht hatten[64];
– bei der „gezielten Anbahnung eines Liebesverhältnisses“, das zur Gewinnung von Informationen ausgenutzt werden solle („Romeo-Fälle“)[65].

Zu diesen vermeintlichen Schranken sei nur soviel gesagt: Im Zellengenossen-Fall hat der *BGH* im Ergebnis und in der Begründung recht (siehe oben). Bei der Ausforschung von Zeugen, die bereits ihr Zeugnisverweigerungsrecht als Angehörige geltend gemacht hatten, erscheinen die Bedenken des Großen Senats als zumindest plausibel. Dies unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung, und zwar dann, wenn VE bzw. VP in Kenntnis jener Zeugnisverweigerung gezielt auf den Zeugen angesetzt werden und ihn nachdrücklich ausforschen. Bezüglich der „Romeo-Fälle“ erscheinen die Bedenken des Generalbundesanwaltes – und mögliche Bedenken des Großen Senats, der sich allerdings nicht festlegt – als lebensfremd blauäugig und recht prüde: Selbstredend können Sympathie, Erotik und manchmal auch Intimitäten eine Rolle spielen, wenn VE bzw. VP sich in das Vertrauen Verdächtiger einschleichen. All dies ist aber nicht illegal - wo wollte man im Übrigen die Grenze zwischen unbedenklichem Werben um Sympathie und bedenklichem Anbahnen eines Liebesverhältnisses ziehen?

---

62 BGH St 42, 139, 154 f. (GS).

63 Der GS verweist hier auf den schon erwähnten Zellengenossen-Fall (oben im Text mit Fn 53).

64 BGH aaO unter Hinweis auf BGH St 40, 66, 72, wo das Gericht ein solches Verfahren noch akzeptiert hatte (Fall Sedlmayr). Massive Bedenken gegen die letztere Entscheidung auch in BVerfG, 3. Kammer des 2 Senats, StV 2000, 233, 234.

65 Der BGH verweist hier auf Bedenken des Generalbundesanwaltes, lässt die Frage aber letztlich offen.

2. Das Verbrechensbekämpfungsgesetz v. 1994[66]

Von geringfügigeren Änderungen der StPO abgesehen, liegt die Hauptbedeutung dieses Gesetzes für unser Thema in der Einbindung des *Bundesnachrichtendienstes* (BND) in die Bekämpfung bestimmter Formen der Schwerkriminalität: § 3 des bereits erwähnten G 10[67] i.d.F. des Verbrechensbekämpfungsgesetzes erlaubte die Überwachung der „internationalen nicht leitungsgebundenen Fernmeldebeziehungen“ anhand von Suchbegriffen wie „Koks“, „Schnee“, „Feuerwerk“. Aufgrund einer Entscheidung des BVerfG zur Frage der Vereinbarkeit jener Überwachung des internationalen Telekommunikationsverkehrs[68] ist das G 10 durch Gesetz vom 26.06.2001 reformiert worden[69]; die einschlägigen Vorschriften sind jetzt in §§ 1, 5 ff G 10 enthalten.

Eine nähere Analyse der fraglichen Überwachungskompetenz ist hier nicht möglich. Insoweit muss es mit der Feststellung sein Bewenden haben, dass durch ihre Einführung ein schwerwiegendes Einfalltor für die Zusammenarbeit zwischen Geheimdiensten einerseits sowie den mit der polizeilichen Aufgabe der Gefahrenabwehr betrauten Behörden und den Strafverfolgungsorganen andererseits bei der Kriminalitätsbekämpfung geschaffen worden ist[70]. Dabei geht es insbesondere um die Verhinderung und Verfolgung von Straftaten wie Terrorismus, Verstöße gegen das Kriegswaffenkontrollgesetz und Verbrechen nach dem Betäubungsmittelgesetz (§ 7 Abs. 4 G 10).

III. 1998: Einführung des Großen Lauschangriffs als strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme und ausdrückliche Legalisierung des präventiv-polizeilichen Großen Lauschangriffs

1. Strafprozessualer Lauschangriff auf Wohnungen

Durch die Neufassung des Art. 13 Abs. 3 GG und die Einführung des § 100 c Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 mit § 100 d Abs. 2-6, §§ 100 e, 100 f StPO hat die Legislative einen langen kriminalpolitischen und verfassungsrechtlichen Streit entschieden, nämlich die Frage der Legalisierung des Großen Lauschangriffs als strafprozessualer Ermittlungsmaßnahme.

---

66 Gesetz zur Änderung des StGB, der StPO und anderer Gesetze, BGBl. I, 1994, 3186.

67 Oben, § 6 mit Fn 15.

68 BVerfG E 100, 313 ff. (1. Senat).

69 BGBl. I, 2001, 1254.

70 Siehe insbesondere § 7 Abs. 4 Nr. 2 G 10 („Übermittlung von Daten zur Verfolgung von Straftaten...“).

Diese Regelung ist angesichts ihrer erheblichen *rechtsstaatlichen Schranken*

– relativ enger Katalog von Straftaten,
– Anordnung durch das Landgericht (Strafkammer), d.h. durch drei Berufsrichter, bei Gefahr im Verzug durch den Vorsitzenden,
– Unzulässigkeit bei Berufsgeheimnisträgern,
– Verwertbarkeitsschranken, soweit Angehörige von dem Lauschangriff betroffen sind,
– Berichtspflichten mit dem Ziel der Information der Parlamente,

mit Art. 79 Abs. 3 GG (Ewigkeitsklausel) vereinbar. Dabei darf nicht vernachlässigt werden, dass auch andere europäische Rechtsstaaten (insbesondere Großbritannien, Italien und Österreich) den Großen Lauschangriff als strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme legalisiert haben[71].

Kritisch sei freilich angemerkt, dass die Unzulässigkeit des Großen Lauschangriffs bei Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Steuerbevollmächtigten fragwürdig ist, zumal kriminelle Organisationen sich in erheblichem Umfang dieser Berufsangehörigen bedienen[72]. Weiterhin erstaunt, dass der im Entwurf des OrgKG vorgesehene „Kleine Lauschangriff", d.h. die Überwachung von Wohnungen, in die ein VE eingeschleust wurde[73] - also eine dem US *consensual monitoring*[74] entsprechende Maßnahme –, noch immer nicht legalisiert worden ist. Bei einem solchen, erheblich weniger schwerwiegenden Ermittlungsinstrument, könnte man auf Privilegien für Berufsgeheimnisträger im Wesentlichen verzichten[75], freilich nicht auf Privilegien für Strafverteidiger.

Dass die Diskussion um den strafprozessualen Großen Lauschangriff sehr lebhaft geführt worden ist, leuchtet angesichts der Schwere dieses Grundrechtseingriffs ein. Indes ist Folgendes bei dieser Diskussion zu rügen: Erstens haben die Kritiker weitgehend vernachlässigt, dass das Abhören von Wohnungen bereits seit längerer Zeit als Mittel der Gefahrenabwehr im Allgemeinen und zum Schutz verdeckt operierender VE und VP im Besonderen in den *Landespolizeigesetzen* legalisiert war[76]. Es befremdet, dass un-

---

71 Krey, Revista De Direito... (Fn 14), S. 227 f.

72 Krey aaO.

73 Dazu eingehend Krey, Rechtsprobleme aaO (Fn 33), Rn 33 ff., 332, 348, 369, 373.

74 Oben, § 4 mit Fn 14.

75 Krey, Revista aaO (Fn 71).

76 Siehe oben, § 8 I – Im Übrigen hatte auch das BKA-Gesetz von 1997 (BGBl. I, 1997, 1650) in § 16 den Großen Lauschangriff zur Eigensicherung von „nicht offen ermittelnden Bediensteten" legalisiert.

geachtet der stärkeren rechtsstaatlichen Schranken des Strafprozessrechts – insoweit sei an die fehlende Mitwirkung der StA als Wächterin des Gesetzes und an schwächere Richtervorbehalte im *Polizeirecht* erinnert –, im Bereich der Gefahrenabwehr kritiklos Ermittlungsinstrumente eingeräumt werden, die man dem Strafverfahrensrecht vorenthalten will. Zweitens finde ich die Argumentation mit der Ewigkeitsgarantie aus Art. 79 Abs. 3 GG als unüberwindlichem Hindernis für die Legalisierung des Großen Lauschangriffs ein wenig überspannt: Länder wie England, Italien und Österreich haben nicht ihren Charakter als Rechtsstaat verloren, nur weil sie dieses Ermittlungsinstrument normiert haben.

2. Präventiv-polizeilicher Großer Lauschangriff

Die erwähnten, seit Anfang der 90er Jahre erlassenen, landespolizeirechtlichen Regelungen über den Großen Lauschangriff als Mittel der Gefahrenabwehr im Allgemeinen und zur Eigensicherung verdeckt operierender Personen im Besonderen sind 1998 in Art. 13 Abs. 4 und 5 GG „abgesegnet" worden. Mich wundert, dass die Länder dieser deklaratorischen Normierung durch Bundesrecht zugestimmt haben. Das Polizeirecht gehört ja zu den wenigen den Ländern verbliebenen bedeutsamen Gesetzgebungskompetenzen. Der Umstand, dass der Bund glaubte, die landespolizeirechtlichen Regelungen über den Großen Lauschangriff im Grundgesetz legalisieren zu müssen, bedeutet der Sache nach eine weitere Schwächung der Landeskompetenzen und damit des Bundesstaatsprinzips als einem Stück Freiheitssicherung[77].

Die durch polizeirechtliche Lauschangriffe gewonnenen Erkenntnisse sind im Übrigen nach Maßgabe des § 100 f Abs. 2 StPO sowie des Art. 13 Abs. 5 S. 2 GG mit § 161 Abs. 2 StPO *im Strafprozess verwertbar*.

IV. „Strafverfahrensänderungsgesetz 1999" (StVÄG 1999) vom 2. August 2000[78]

Dieses Gesetz hat zum einen eine ausdrückliche Regelung für *längerfristige Observationen* (§ 163 f StPO) eingeführt. Wie bereits erwähnt hat der *BGH* in seinem GPS-Urteil hierzu festgestellt[79]:

Beim Einsatz technischer Mittel (§ 100 c Abs. 1 Nr. 1 b StPO) für solche Observationen seien zusätzlich die Voraussetzungen des § 163 f StPO zu beachten.

---

77 Insoweit zu Recht kritisch Notzon aaO (Fn 20), S. 168.

78 BGBl. I, 2000, 1253.

79 Siehe oben im Text, § 8 II 1 c mit Fn 32.

Wichtiger als jene Teilreform dürfte die Umgestaltung der *§§ 161, 163 StPO* zu „kleinen" Eingriffsgeneralklauseln sein: Bekanntlich enthielt die Strafprozessordnung keine Eingriffsgeneralklausel nach Art des Polizeirechts, sondern nur Aufgabengeneralklauseln (für die Polizei: § 163 StPO). Die Neufassung der §§ 161, 163 StPO im StVÄG 1999 nun hat für Polizei und Staatsanwaltschaft die Befugnis eingeführt, zum Zweck der Erforschung von Straftaten *„Ermittlungen jeder Art vorzunehmen"*. Diese neuen Ermittlungsgeneralklauseln werden von der inzwischen h.A. als „kleine Eingriffsgeneralklauseln" gedeutet[80].

Meines Erachtens müssen jene Eingriffsermächtigungen sehr restriktiv interpretiert werden, weil das Strafprozessrecht aus rechtsstaatlichen Gründen vom Prinzip der Einzelermächtigungen für Grundrechtseingriffe geprägt war und geprägt bleiben sollte. Mithin kann jenen Eingriffsgeneralklauseln nicht mehr als die folgende Funktion zukommen:

Sie erfassen solche Ermittlungsmaßnahmen, bei denen die folgenden Voraussetzungen vorliegen:

– die fraglichen Maßnahmen sind bereits lange vor dem *BVerfG*-Urteil zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung[81] ohne gesetzliche Spezialermächtigung durchgeführt worden;
– dabei gingen die Strafverfolgungsorgane und die seinerzeit h.L. davon aus, es handele sich *nicht* um strafprozessuale Grundrechtseingriffe;
– seit jenem Urteil des *BVerfG* wird diese Annahme fehlender *Eingriffsqualität* aber zunehmend kritisiert.

Danach werden insbesondere die folgenden strafprozessualen Ermittlungsmethoden durch jene „kleinen Eingriffsgeneralklauseln" legalisiert[82], und zwar *vorsorglich*:

– Kurzfristige Observationen, d.h. solche, die nicht von § 163 f StPO erfasst werden;
– Einsatz von VP[83];
– Befragungen von Nachbarn, Arbeitskollegen u.a. Personen im Umfeld des Beschuldigten.

---

80 Beulke, Strafprozessrecht, 6. Aufl., Rn 104; Hilger, NStZ 2000, 561, 563, 564; Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO (Fn 36), § 161 Rn 1, 1 a, § 163 Rn 1, 1 a; Leister aaO (Fn 29), S. 230 ff., 234 ff., 237 ff.; Notzon aaO (Fn 20), S. 18 ff., 22 f.

81 BVerfG E 65, 1 ff.; dazu u.a. Krey, Rechtsprobleme aaO (Fn 33), Rn 114 ff. m.w.N.

82 Siehe Fn 80.

83 Demgemäß dürften die – auf das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage gestützten – Bedenken der 3. Kammer des 2. Senats des BVerfG (StV 2000, 233, 234 – Fall Sedlmayr –) gegen den Einsatz von VP erledigt sein.

§ 9 Ausblick: "Sicherheitspakete" zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus

Unter dem Eindruck der schrecklichen terroristischen Massenmorde vom 11. September 2001 hat insbesondere in den betroffenen USA, aber etwa auch in Deutschland, eine erhebliche Intensivierung des Kampfes gegen den internationalen Terrorismus begonnen. Dabei soll bei uns durch „Sicherheitspakete“ auch das rechtliche Instrumentarium hierfür ausgeweitet werden. Inzwischen ist das (erste) Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz) in Kraft getreten[84]. Es betrifft im Bereich verdeckter Ermittlungen insbesondere:

– die Überwachung der Telekommunikation durch den Verfassungsschutz, wobei auch die Stand-by-Kontrolle von „Handys“ gestattet wird[85];
– den „Großen Lauschangriff“ zum Schutz der bei Einsätzen in Wohnungen für den Verfassungsschutz tätigen Personen[86];
– die Telekommunikationsüberwachung durch den Bundesnachrichtendienst (Berechtigung zur Einholung von Auskünften über Telekommunikationsverbindungsdaten und Teledienstnutzungsdaten)[87];
– die Befugnis des BKA, zum Schutz verdeckt operierender Personen Wohnungen elektronisch zu überwachen, und zwar durch Ersetzung der Formulierung „Bedienstete“ des BKA durch „vom Bundeskriminalamt beauftragte Personen“ (Ausweitung auf den Schutz von *VP* und Informanten)[88].

Eine nähere Darstellung und Analyse dieser erweiterten *Möglichkeiten verdeckter Ermittlungen* zur Kriminalitätsbekämpfung ist hier nicht möglich; doch sei jedenfalls so viel gesagt: Soweit es um jene Erweiterungen geht, ist das Terrorismusbekämpfungsgesetz kein bedenklicher Anschlag auf den Rechtsstaat, sondern im Wesentlichen eine sachlich einleuchtende, maßvolle Reform.

---

84 v. 9.1.2002, BGBl. I, 361.

85 § 8 und § 9 Abs. 4 Bundesverfassungsschutzgesetz (BVerfSchG, Sartorius Nr. 80) i.d.F. des Terrorismusbekämpfungsgesetzes v. 2002.

86 § 9 Abs. 2 BVerfSchG n.F.

87 Art. 3 Terrorismusbekämpfungsgesetzes v. 2002.

88 § 16 Abs. 1 BKA-Gesetz i.d.F. des Terrorismusbekämpfungsgesetzes.

Kritische Würdigung der kontinuierlichen Ausweitung des Bereichs verdeckter Ermittlungen

§ 10 Argumente für die Annahme einer rechtsstaatlich bedenklichen Fehlentwicklung

Bedenklich könnten zum einen Tendenzen zur Abschwächung des *Trennungsgebots* zwischen Strafverfolgungsorganen und Geheimdiensten durch Einbindung der Nachrichtendienste in die Kriminalitätsbekämpfung stimmen.

Weiterhin droht eine nicht unerhebliche Abnabelung der Polizei von der *Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens und "Wächter des Gesetzes"* durch Rückgriff auf präventiv-polizeiliche Befugnisse zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung nach Landespolizeirecht.

Schließlich mag die *Summe* der verdeckten Ermittlungsmaßnahmen beunruhigen, und zwar unter dem Gesichtspunkt des „gläsernen Menschen". Diese Gefahr besteht auch deshalb, weil der „geballte Einsatz" verdeckter Ermittlungsmethoden im Einzelfall möglich ist: Der *BGH* hat nämlich eine Bündelung verdeckter Ermittlungsmaßnahmen im GPS-Urteil anerkannt. Insoweit ist der Vorwurf, es drohe die Gefahr des Überwachungsstaates, immerhin verständlich. Allerdings hat das Gericht für einen solchen „geballten Einsatz" mit Nachdruck die strikte Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingefordert[89].

§ 11 Gegenargumente

Die kontinuierliche Ausweitung verdeckter Ermittlungen zur Kriminalitätsbekämpfung beruht letztlich auf kriminalpolitischen Zwängen, da Terrorismus und Organisierte Kriminalität *(OK)* anders nicht effektiv zu bekämpfen sind. Diese Ausweitung dient auch der funktionierenden internationalen Kooperation bei der Verbrechensbekämpfung; insoweit wurde gelegentlich vom Ausland ein gewisser Druck auf Deutschland ausgeübt, unser Ermittlungsinstrumentarium „effektiver" zu gestalten.

Der Furcht vor dem Überwachungsstaat sind auch die beschränkten Ressourcen von Polizei und Staatsanwaltschaft entgegenzuhalten. Sie bedeuten ein gewichtiges faktisches Hindernis auf dem Wege zum „gläsernen Menschen". So ist zum Beispiel der Große Lauschangriff von seiner Legali-

89 BGH StV 2001, 216 ff. – Zu diesem Urteil siehe bereits oben im Text, § 8 II 1 b, c mit Fn 32.

sierung im Jahre 1998 bis Ende 2001 in erheblich weniger als insgesamt 100 Fällen durchgeführt worden[90].

Schließlich ist *das* entscheidende Hindernis für eine Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland zum rechtsstaatswidrigen Überwachungsstaat die funktionierende Kontrolle von Polizei, Staatsanwaltschaft und anderen Exekutivorganen durch die unabhängige Justiz – bei den Geheimdiensten durch parlamentarische Überwachungsgremien.

Jene Kontrolle durch die zuständigen Fachgerichte wird noch dadurch verstärkt, dass auf Verfassungsbeschwerde der Betroffenen (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG) das *BVerfG* die Rechtsstaatlichkeit der fraglichen Maßnahmen überprüft. Diese Überprüfung steht dabei nicht nur auf dem Papier; vielmehr hat das *BVerfG* von Anfang an ernst damit gemacht, die Kriminalitätsbekämpfung am Maßstab des Grundgesetzes zu messen, mithin zu überwachen.

Im Übrigen gibt es gegen rechtsstaatlich problematische Gesetze im Bereich der Kriminalitätsbekämpfung noch die Möglichkeit ihrer Überprüfung durch das *BVerfG* im Wege der konkreten bzw. der abstrakten Normenkontrolle (Art. 100 bzw. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG).

Schließlich fungiert als Wächter der Rechtsstaatlichkeit, und zwar mit wachsender Bedeutung, noch der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* in Straßburg (Art. 19 ff, 34 ff der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten)[91].

§ 12 Resümee

Die kontinuierliche Ausweitung des Bereichs verdeckter Ermittlungen zum Zwecke effektiver Bekämpfung der OK, des Terrorismus und anderer schwerer Straftaten mag Anlass zur Sorge sein, zumal diese Ausweitung einhergeht mit einer bedenklichen Extension der Instrumente der Kriminalitätsbekämpfung hinein in den Bereich des *Vorfeldes* von *Anfangsverdacht* (als Erfordernis der Strafverfolgung) und *konkreter Gefahr* (als klassischem Erfordernis präventiv-polizeilicher Eingriffe).

– Insbesondere die sog. Schleierfahndung[92], gewissermaßen eine anlassunabhängige Fahndung, nach Bundesgrenzschutzgesetz und Landespolizeigesetzen verdeutlicht diese Extension der „vorbeugenden Verbrechensbekämpfung“. –

---

90 Quelle: Berichte der Bundesregierung gemäß Art. 13 Abs. 6 S. 1 GG vom 27.12.1999, 6.8.2001 u. 9.8.2002, BT-Drucksachen 14/2452, 14/6778, 14/9860.

91 Dazu umfassend die bereits erwähnte große Monographie von Esser (Fn 61) m.w.N.

92 Kühne, StPO aaO (Fn 20), Rn 380, 381; eingehende Darstellung bei Notzon aaO (Fn 20), S. 170 ff.

Gleichwohl sollte man angesichts der erwähnten kriminalpolitischen Zwänge und insbesondere wegen der tatsächlich *effektiven Kontrolle* durch unabhängige Gerichte vorsichtig mit dem Vorwurf des „Marsches in den Überwachungsstaat“ sein.