

## Entscheidungen

Die mit \* gekennzeichneten Entscheidungen sind zum Abdruck in der amtlichen Sammlung bestimmt. Nicht rechtskräftige Entscheidungen sind mit dem Zusatz »n.r.« gekennzeichnet. Bei Leitsätzen, die nicht ausdrücklich als amtlich gekennzeichnet sind, handelt es sich um solche der Redaktion.

## Verfahrensrecht

### Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung

GG Art. 2, 3, 10, 13, 19 Abs. 1; StPO §§ 100a Abs. 2 und 4, § 101 Abs. 4 bis 6, § 160a StPO

#### Zur Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung vom 21.12.2007 (§ 100a Abs. 2 und 4, § 101 Abs. 4 bis 6 und § 160a StPO). (amtl. Leitsatz)

BVerfG, Beschl. v. 12.10.2011 – 2 BvR 236/08

**Aus den Gründen:** ... [175] C. Die Verfassungsbeschwerden sind, soweit zulässig, nicht begründet. Die angegriffenen Vorschriften verletzen die Bf. nicht in ihren Grundrechten.

[176] I. Das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung v. 21.12.2007 (BGBl. I S. 3198) verstößt nicht gegen das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG. [wird ausgeführt]

[196] II. Soweit sich die Bf. gegen die Erweiterung des Straftatenkatalogs in § 100a Abs. 2 StPO und gegen eine fehlende Präzisierung des Schwerwiegens der Anlasstat auch im Einzelfall nach § 100a Abs. 1 Nr. 2 StPO wenden, haben ihre Verfassungsbeschwerden ebenfalls keinen Erfolg. Auch die Rüge, dass der Kernbereich privater Lebensgestaltung durch § 100a Abs. 4 S. 1 StPO nicht ausreichend geschützt werde, greift nicht durch.

[197] **1.** § 100a StPO ermächtigt zur Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation und ermöglicht damit einen schwerwiegenden Eingriff in das durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützte Fernmeldegeheimnis (vgl. BVerfGE 113, 348 <382>).

[198] Vom Schutz des Fernmeldegeheimnisses nach Art. 10 Abs. 1 GG sind nicht nur die Kommunikationsinhalte, sondern auch die näheren Umstände der Telekommunikation erfasst. Das Fernmeldegeheimnis schützt zwar in erster Linie den Kommunikationsinhalt, umfasst aber ebenso die Kom-

munikationsumstände. Dazu gehört insbes., ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Einrichtungen Telekommunikationsverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist (vgl. BVerfGE 67, 157 <172>; 85, 386 <396>; 107, 299 <312 f.>). Auch insoweit darf der Staat grundsätzlich keine Kenntnis nehmen. Das Grundrecht will die Bedingungen einer freien Telekommunikation aufrechterhalten. Die Nutzung des Kommunikationsmediums soll in allem vertraulich möglich sein (vgl. BVerfGE 100, 313 <358>). Mit der grundrechtlichen Verbürgung der Unverletzlichkeit des Fernmeldegeheimnisses soll vermieden werden, dass der Meinungs- und Informationsaustausch mittels Telekommunikationsanlagen deswegen unterbleibt oder nach Form und Inhalt verändert verläuft, weil die Beteiligten damit rechnen müssen, dass staatliche Stellen sich in die Kommunikation einschalten und Kenntnisse über die Kommunikationsbeziehungen oder Kommunikationsinhalte gewinnen (vgl. BVerfGE 100, 313 <359>). Dabei erfasst Art. 10 Abs. 1 GG sämtliche, mit Hilfe der Telekommunikationstechniken erfolgenden Übermittlungen von Informationen, unabhängig davon, wer Betreiber der Übertragungs- und Vermittlungseinrichtungen ist (vgl. BVerfGE 107, 299 <322>).

[199] Ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis liegt vor, wenn staatliche Stellen sich ohne Zustimmung der Beteiligten Kenntnis von dem Inhalt oder den Umständen eines fernmeldetechnisch vermittelten Kommunikationsvorgangs verschaffen (vgl. BVerfGE 100, 313 <366>; 107, 299 <313>).

[200] **2.** Mit der Neufassung des Straftatenkatalogs des § 100a Abs. 2 StPO durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung wurden 19 Straftatbestände gestrichen und mehr als 30 Straftatbestände neu aufgenommen. Durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Klassifizierung der neu aufgenommenen Delikte als Katalogtaten für Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung, deren legitimen Zweck der Gesetzgeber darin sieht, den Strafverfolgungsbehörden die notwendigen Mittel zur Verfolgung schwerer und schwer ermittelbarer Kriminalität an die Hand zu geben (BTDrucks. 16/5846, S. 40), bestehen mit Blick auf Art. 10 GG nicht. Insbes. sind Verstöße gegen das Bestimmtheitsgebot und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht auszumachen.

[201] **a)** Das Gesetz erstreckt sich nach der Intention des Gesetzgebers auf alle neu aufgenommenen Straftatbestände, die sämtlich schwere und schwer ermittelbare Kriminalität

betreffen (siehe zu den einzelnen, neu durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung in § 100a Abs. 2 StPO aufgenommenen Straftatbeständen BTDrucks. 16/5846, S. 41 f.; nach Erhebung der Verfassungsbeschwerden im Jahr 2008 hat der Gesetzgeber den Straftatenkatalog des § 100a Abs. 2 StPO noch um § 89a StGB – durch Art. 3 Nr. 1 des Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten v. 30.07.2009, BGBl. I S. 2437, um § 184c Abs. 3 StGB – durch Art. 2 Nr. 1 des Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie v. 31.10.2008, BGBl. I S. 2149 und um § 19 Abs. 3 S. 2 Grundstoffüberwachungsgesetz <GÜG> durch Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Grundstoffüberwachungsrechts v. 11.03.2008, BGBl. I S. 306, ergänzt).

[202] **b)** Dem Bestimmtheitsgebot hat der Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass er den Einsatz der Telekommunikationsüberwachung streng auf den Ermittlungszweck – insbes. die Aufklärung der Straftat und die Feststellung des Aufenthaltsorts des Besch. – begrenzt. Zudem werden die Anlasstaten, bei denen die Telekommunikationsüberwachung als Ermittlungsmaßnahme in Betracht kommt, nicht lediglich mittels abstrakter Kriterien definiert, sondern in einem Katalog einzeln benannt. Ferner bedarf es einer gesicherten Tatsachenbasis (»bestimmte Tatsachen«) sowohl für die Annahme eines Tatverdachts als auch für die Erstreckung der Maßnahme auf Dritte als Nachrichtenmittler (vgl. *BVerfGE* 107, 299 <321 ff.>; 109, 279 <350 f.>; 113, 348 <373, 385 f.> zu § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO). Damit hat der Gesetzgeber die Voraussetzungen der Überwachungsmaßnahme in grundsätzlich nachvollziehbarer Weise umschrieben (vgl. *BVerfGE* 110, 33 <54>).

[203] **c)** Darüber hinaus wahrt der erweiterte Straftatenkatalog des § 100a Abs. 2 StPO den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Der Gesetzgeber verfügt über einen Beurteilungsspielraum bei der Bestimmung des Unrechtsgehalts eines Delikts und bei der Entscheidung darüber, welche Straftaten er zum Anlass für bestimmte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen machen will (vgl. *BVerfGE* 109, 279 <347>). Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis setzen jedoch die Qualifizierung einer Straftat als schwer voraus, was aber in der Strafnorm – insbes. etwa durch den Strafrahmen – einen objektivierten Ausdruck finden muss (vgl. *BVerfGE* 125, 260 <329>). Für diese Qualifizierung können auch das geschützte Rechtsgut und dessen Bedeutung für die Rechtsgemeinschaft von Bedeutung sein.

[204] Der Gesetzgeber hat in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO nur Delikte neu aufgenommen, deren Begehung mit einer Höchststrafe von mindestens fünf J. Freiheitsstrafe bedroht ist. Dies allein qualifiziert die Delikte allerdings noch nicht als schwere Straftaten, bei denen ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG erst verhältnismäßig ist (vgl. *BVerfGE* 124, 43 <63>; 125, 260 <328>). Eine Höchststrafe von fünf J. Freiheitsstrafe ist im StGB der Regelfall. Mit ihr sind auch Straftaten bedroht, die angesichts des jeweils geschützten Rechtsguts und bei teilweise nicht erhöhter Mindeststrafe allenfalls dem mittleren Kriminalitätsbereich zuzuordnen sind (vgl. *BVerfGE* 109, 279 <348>).

[205] Gleichwohl ist die gesetzgeberische Einstufung der in § 100a Abs. 2 StPO aufgenommenen Straftatbestände als »schwer« bei einer Gesamtschau vertretbar, die insbes. die jeweils geschützten Rechtsgüter in den Blick nimmt.

[206] Die in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO aufgenommenen, lediglich mit Freiheitsstrafe bis zu fünf J. bedrohten Delikte greifen entweder – wie die Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB), wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen (§ 298 StGB), gewerbs- oder bandenmäßige Vorbereitung der Fälschung von amtlichen Ausweisen (§ 275 Abs. 2 StGB), sowie das gewerbs- oder bandenmäßige Sich-Verschaffen von falschen amtlichen Ausweisen (§ 276 Abs. 2 StGB) – erheblich in die Funktionsfähigkeit des Staates oder seiner Einrichtungen ein, oder sie beeinträchtigen in einschneidender Weise die Rechtsgüter Privater – wie die Verbreitung, der Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften (§ 184b Abs. 1 StGB) sowie die Förderung des Menschenhandels (§ 233a Abs. 1 StGB). Daher ist die Zuordnung dieser Delikte zu den schweren Straftaten in qualitativer Hinsicht vom Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers umfasst.

[207] Ferner hat der Gesetzgeber die Überwachung der Telekommunikation nicht allein an den Verdacht geknüpft, dass jemand als Täter oder Teilnehmer eine Katalogtat i.S.d. § 100a Abs. 2 StPO begangen hat. § 100a Abs. 1 Nr. 2 StPO verlangt vielmehr, dass die zur Überwachung der Telekommunikation Anlass gebende Katalogtat auch im Einzelfall schwer wiegt. Hinzu kommt das Erfordernis, dass die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Besch. – ohne die Überwachung der Telekommunikation – wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre (§ 100a Abs. 1 Nr. 3 StPO). Damit hat der Gesetzgeber ein Schutzkonzept geschaffen, das dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht.

[208] **d)** Die tatbestandliche Voraussetzung des § 100a Abs. 1 Nr. 2 StPO, dass »die Tat auch im Einzelfall schwer wiegt«, genügt entgegen dem Beschwerdevorbringen schließlich dem Bestimmtheitsgebot. Indizien hierfür können, wie in der Rspr. des *BVerfGE* bereits mehrfach angesprochen, die Schutzwürdigkeit der verletzten Rechtsgüter (vgl. *BVerfGE* 109, 279 <346>), der Grad der Bedrohung der Allgemeinheit (vgl. *BVerfGE* 107, 299 <322>; 113, 348 <388>), die Art der Begehung der Straftat (vgl. *BVerfGE* 107, 299 <324>; 109, 279 <346>), die Anzahl der Geschädigten (vgl. *BVerfGE* 107, 299 <324>) und/oder das Ausmaß des Schadens (vgl. *BVerfGE* 107, 299 <324>) sein. Da es bei dem Tatbestandsmerkmal entscheidend auf die Würdigung der Umstände des Einzelfalls ankommt (vgl. zur Bedeutung dieser zusätzlichen, über die abstrakte Festlegung eines Straftatenkatalogs hinausgehenden Freiheitssicherung *BVerfGE* 125, 260 <329>; m.w.N.), bedarf es von Verfassungen wegen keiner weiteren Ausdifferenzierung auf gesetzlicher Ebene.

[209] **3.** Die durch § 100a Abs. 4 StPO geschaffenen Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung bei der Telekommunikationsüberwachung genügen sowohl auf der Erhebungsebene als auch in der Auswertungsphase den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

[210] **a)** Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die konkrete Ausgestaltung des Kernbereichsschutzes können je

nach der Art der Informationserhebung und der durch sie erfassten Informationen unterschiedlich sein (vgl. *BVerfGE* 120, 274 <337>). Eine gesetzliche Ermächtigung zu einer Überwachungsmaßnahme, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren kann, hat so weitgehend wie möglich sicherzustellen, dass Daten mit Kernbereichsbezug nicht erhoben werden (vgl. *BVerfGE* 120, 274 <337>; *Durner*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 10 Rn. 157 <Januar 2010>; *Hömig*, *Jura* 2009, S. 207 <212>). Bestehen im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte dafür, dass eine bestimmte Datenerhebung den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren wird, hat sie grundsätzlich zu unterbleiben (vgl. *BVerfGE* 120, 274 <338>; *Gudermann*, *Online-Durchsuchung im Lichte des Verfassungsrechts*, 2010, S. 208). Anders liegt es jedoch, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass kernbereichsbezogene Kommunikationsinhalte mit Inhalten verknüpft werden, die dem Ermittlungsziel unterfallen, um eine Überwachung zu verhindern (vgl. *BVerfGE* 109, 279 <328>; 120, 274 <338>).

[211] In vielen Fällen ist es allerdings praktisch unvermeidbar, dass die Ermittlungsbehörden Informationen zur Kenntnis nehmen, bevor sie deren Kernbereichsbezug erkennen. In derartigen Fällen ist es verfassungsrechtlich nicht gefordert, den Zugriff wegen des Risikos einer Kernbereichsverletzung auf der Erhebungsebene von vornherein zu unterlassen (vgl. *BVerfGE* 80, 367 <375, 381>; 120, 274 <338>). Ermittlungsmaßnahmen dürfen daher auch dann vorgenommen werden, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, jemand habe als Täter oder Teilnehmer eine auch im Einzelfall schwer wiegende Straftat begangen, in Fällen, in denen der Versuch strafbar ist, zu begehen versucht oder durch eine Straftat vorbereitet, wenn die Aufklärung ansonsten wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre (vgl. *BVerfGE* 120, 274 <337 f.>).

[212] In Fällen dieser Art ist es geboten, für hinreichenden Schutz in der Auswertungsphase zu sorgen (vgl. *BVerfGE* 120, 274 <337 f.>; *Durner*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 10 Rn. 157 <Januar 2010>). Der Gesetzgeber hat durch geeignete Verfahrensvorschriften sicherzustellen, dass dann, wenn Daten mit Bezug zum Kernbereich privater Lebensgestaltung erhoben worden sind, die Intensität der Kernbereichsverletzung und ihre Auswirkungen für die Persönlichkeit und Entfaltung des Betroffenen so gering wie möglich bleiben (vgl. *BVerfGE* 120, 274 <338>; *Gudermann*, *Online-Durchsuchung im Lichte des Verfassungsrechts*, 2010, S. 209). Entscheidende Bedeutung hat insoweit die Durchsicht der erhobenen Daten auf kernbereichsrelevante Inhalte. Ergibt die Durchsicht, dass kernbereichsrelevante Inhalte erhoben wurden, sind diese unverzüglich zu löschen; eine Weitergabe oder sonstige Verwendung ist auszuschließen (vgl. *BVerfGE* 109, 279 <324, 331 ff.>; 113, 348 <392>; 120, 274 <339>; *Hömig*, *Jura* 2009, S. 207 <212>).

[213] **b)** Die in § 100a Abs. 4 S. 1 StPO getroffene Regelung, nach der eine Maßnahme zur Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation unzulässig ist, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, dass durch die Maßnahme allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden, erfüllt die Anforderungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung auf der Ebene der Informationserhebung.

[214] **aa)** Der Gesetzgeber hat mit der Neuregelung des § 100a Abs. 4 StPO ein zweistufiges Schutzkonzept entwickelt, um den Betroffenen vor Eingriffen in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung zu bewahren. § 100a Abs. 4 S. 1 StPO ordnet an, dass eine zielgerichtete Erhebung kernbereichsrelevanter Daten unterbleibt. Kommt es dennoch – ohne dass dies im Vorfeld zu erwarten war – zu einer Berührung des Kernbereichs, ist in § 100a Abs. 4 S. 2 bis 4 StPO eine Dokumentations- und Löschungspflicht sowie ein Verwertungsverbot vorgesehen.

[215] **bb)** Ein ausschließlicher Kernbereichsbezug kann vor allem dann angenommen werden, wenn der Betroffene mit Personen kommuniziert, zu denen er in einem besonderen, den Kernbereich betreffenden Vertrauensverhältnis – wie zum Beispiel engsten Familienangehörigen, Geistlichen, Telefonseelsorgern, Strafverteidigern oder im Einzelfall auch Ärzten – steht (vgl. *BVerfGE* 109, 279 <321 ff.>). Soweit ein derartiges Vertrauensverhältnis für Ermittlungsbehörden erkennbar ist, dürfen Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung nicht durchgeführt werden.

[216] **cc)** Entgegen der Auffassung der Bf. müssen Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen aber nicht schon deshalb von vornherein unterlassen werden, weil auch Tatsachen mit erfasst werden, die auch den Kernbereich des Persönlichkeitsrechts berühren. Ein entsprechendes umfassendes Erhebungsverbot würde die Telekommunikationsüberwachung in einem Maße einschränken, dass eine wirksame Strafverfolgung gerade im Bereich schwerer und schwerster Kriminalität nicht mehr gewährleistet wäre. Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung ist in diesen Fällen durch einen hinreichenden Grundrechtsschutz in der Auswertungsphase sicherzustellen.

[217] Ein umfassender Kernbereichsschutz schon auf der Ebene der Informationserhebung würde bei der Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO – ebenso wie beim heimlichen Zugriff auf informationstechnische Systeme (vgl. *BVerfGE* 120, 274 <337>) – auf erhebliche praktische Schwierigkeiten stoßen, die überdies verschiedene Ursachen haben. Im Voraus lässt sich häufig kaum bestimmen, wann, wo und mit wem Telekommunikation stattfinden wird. Dementsprechend fehlt es in aller Regel an operationalisierbaren Kriterien, um eine Erhebung von Kommunikationsinhalten mit Kernbereichsbezug vorausschauend zu vermeiden (*Käß*, *BayVBl.* 2010, S. 1 <10>).

[218] Schwierigkeiten für einen umfassenden Kernbereichsschutz schon auf der Erhebungsebene ergeben sich insbes. daraus, dass Telekommunikationsüberwachung mittels automatisierter Aufzeichnung der Kommunikationsinhalte durchgeführt wird (vgl. *Bär*, in: *Kleinknecht/Müller/Reitberger*, *StPO*, 60. Lieferung <Mai 2011>, § 100a, Rn. 43; *Gusy*, *Auswirkungen des Lauschangriffsurteils außerhalb der strafprozessualen Wohnungsüberwachung*, in: *Schaar* <Hrsg.>, *Folgerungen aus dem Urte. des BVerfG zur akustischen Wohnraumüberwachung: Staatliche Eingriffsbefugnisse auf dem Prüfstand?*, S. 35 <52, 58>) und eine persönliche Überwachung durch (paralleles) Mithören in Echtzeit in der Regel nur punktuell stattfinden kann.

[219] Hinzu kommt, dass selbst bei persönlicher Überwachung der Telekommunikation durch ein Mithören in Echtzeit die Schwierigkeiten für einen wirkungsvollen Kern-

bereichsschutz auf der Erhebungsebene vielfach nicht zu beiseitigen wären. So wird ein Großteil der zu Zwecken der Strafverfolgung überwachten Telekommunikation in fremden, zum Teil nicht ohne Weiteres identifizierbaren Sprachen und Dialekten und darüber hinaus unter Benutzung von Geheimcodes geführt (vgl. BTDrucks. 16/5846, S. 44). Dies führt dazu, dass selbst bei ständigem Mithören in Echtzeit durch einen Beamten der Strafverfolgungsbehörde und einen Dolmetscher – oder ggf. mehrere Dolmetscher, falls die Gesprächsteilnehmer ihr(e) Telefongespräch(e) in wechselnden Sprachen oder Dialekten führen – der Inhalt der Gespräche und somit auch eine etwaige Kernbereichsrelevanz derselben nicht stets sofort zutreffend erfasst und beurteilt werden könnten (vgl. *BVerfGE* 120, 274 <338>; BTDrucks. 16/5846, S. 44). Vielmehr ist hierfür oftmals das wiederholte Abspielen und Anhören der aufgezeichneten Kommunikation unabdingbar. Darüber hinaus sind Gespräche auch aus sonstigen, der Nutzung des Mediums geschuldeten Gründen wie zum Beispiel Hintergrundrauschen oder schlechter Empfang kaum ohne technische Aufbereitung beim ersten Hören zu verstehen (vgl. BTDrucks. 16/5846, S. 44). Selbst in Fällen, in denen diese technisch bedingten Widrigkeiten nicht bestehen und das Telefongespräch in klarem, unverklausuliertem Deutsch geführt wird, gelingt die Zuordnung einer Stimme zu einer Person beim Mithören in Echtzeit nicht immer (vgl. *Käß*, BayVBl. 2008, S. 225 <232 f.>), so dass die Strafverfolgungsbehörden auch unter günstigsten Voraussetzungen vielfach nicht in der Lage wären, durch simultanes Mithören zu erschließen, in welchen persönlichen Beziehungen die Gesprächspartner zueinander stehen, und eine (etwaige) – echte und nicht lediglich zur Täuschung der Behörden vorgeschützte – Kernbereichsrelevanz geführter Gespräche zu erkennen.

[220] **dd)** Für den Fall, dass bei einer Überwachungsmaßnahme Daten erfasst werden, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren, bietet das in § 100a Abs. 4 S. 2 StPO normierte Verwertungsverbot einen hinreichenden Schutz in der Auswertungsphase (vgl. *Löffelmann*, in: *Krekeler/Löffelmann/Sommer, AnwaltKommentar StPO*, 2. Aufl. 2010, § 100a Rn. 11). Es ist umfassend und verbietet jedwede Verwendung, auch als Ermittlungs- oder Spurenansatz (vgl. *Schmitt*, in: *Meyer-Goßner, StPO*, 54. Aufl. 2011, § 100a Rn. 25; *Nöding*, *StraFo* 2007, S. 456 <459>). Mit dem absoluten Verwertungsverbot, dem unverzüglichen Lösungsgebot und der dazugehörigen Dokumentationsverpflichtung entspricht das Gesetz den Anforderungen an einen effektiven Kernbereichsschutz.

[221] **c)** Entgegen der Auffassung der Bf. ist es von Verfassung wegen nicht geboten, zusätzlich zu den staatlichen Ermittlungsbehörden eine unabhängige Stelle einzurichten, die über die (Nicht-)Verwendbarkeit der gewonnenen Erkenntnisse im weiteren Ermittlungsverfahren entscheidet.[wird ausgeführt]

[225] III. Die gegen die Ausgestaltung der Benachrichtigungspflicht in § 101 Abs. 4 bis 6 StPO gerichtete Rüge greift ebenfalls nicht durch.

[226] **1.** Das *BVerfG* hat in seinem Urt. zur (anlasslosen) Vorratsdatenspeicherung ausgeführt, dass der Gesetzgeber bei der heimlichen Erhebung von Daten seiner Bürger zur Transparenz verpflichtet sei. Er habe Regelungen zur Infor-

mation der von Datenerhebungen oder -nutzungen Betroffenen zu schaffen, da diese allg. zu den elementaren Instrumenten des grundrechtlichen Datenschutzes gehörten (vgl. *BVerfGE* 125, 260 <335> unter Verweis auf *BVerfGE* 100, 313 <361>; 109, 279 <363 f.>; 118, 168 <207 f.>; 120, 351 <361 f.>). Nur durch die Information des Betroffenen kann ein effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden. Ohne zumindest nachträgliche Kenntnis können die Betroffenen weder eine Unrechtmäßigkeit der Datenverwendung noch etwaige Rechte auf Löschung, Berichtigung oder Genußtuung geltend machen (vgl. *BVerfGE* 100, 313 <361>; 109, 279 <363>; 118, 168 <207 f.>; 120, 351 <361>; 125, 260 <335>).

[227] Ausnahmen von der Benachrichtigungspflicht kann der Gesetzgeber in Abwägung mit verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern Dritter vorsehen. Sie sind jedoch auf das unbedingt Erforderliche zu beschränken (vgl. *BVerfGE* 109, 279 <364>; 125, 260 <336>). Bei der Strafverfolgung sind Ausnahmen von den Benachrichtigungspflichten denkbar, wenn beispielsweise die Kenntnis des Eingriffs in das Telekommunikationsgeheimnis dazu führen würde, dass dieser seinen Zweck verfehlt, wenn die Benachrichtigung nicht ohne Gefährdung von Leib und Leben einer Person geschehen kann oder wenn ihr überwiegende Belange einer betroffenen Person entgegenstehen, etwa weil durch die Benachrichtigung von einer Maßnahme, die keine weiteren Folgen gehabt hat, der Grundrechtseingriff noch vertieft würde (vgl. *BVerfGE* 100, 313 <361>; 109, 279 <364 ff.>; 125, 260 <336>). Darüber hinaus ist es verfassungsrechtlich nicht geboten, vergleichbar strenge Benachrichtigungspflichten gegenüber Personen zu begründen, die nur zufällig von einer Ermittlungsmaßnahme gegen einen Besch. betroffen sind und somit nicht Ziel des behördlichen Handelns sind. Eine Benachrichtigung kann ihnen gegenüber im Einzelfall den Eingriff vielfach sogar vertiefen (vgl. *BVerfGE* 109, 279 <365>; 125, 260 <337>; *BVerfGK* 9, 62 <81>). In diesen Fällen kann eine Benachrichtigung grundsätzlich schon dann unterbleiben, wenn die Betroffenen von der Maßnahme nur unerheblich betroffen wurden und anzunehmen ist, dass sie kein Interesse an der Benachrichtigung haben (vgl. *BVerfGE* 125, 260 <337>).

[228] **2.** Gemessen an diesen Vorgaben halten die Regelungen des § 101 Abs. 4 bis 6 StPO einer verfassungsrechtlichen Prüfung stand.

[229] In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass § 101 StPO eine grundrechtssichernde Verfahrensvorschrift ist, die einheitlich für die Ermittlungsmaßnahmen des § 101 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 bis 12 StPO die Kennzeichnungspflicht (Abs. 3), die Benachrichtigungspflicht (Abs. 4), deren vorübergehende oder endgültige Suspendierung (Abs. 5 und 6), den Rechtsschutz (Abs. 7) und die Löschungspflicht (Abs. 8) regelt. Daneben macht die Norm in Abs. 2 für die akustische Wohnraumüberwachung (§ 100c StPO), die akustische Überwachung außerhalb von Wohnungen (§ 100f StPO), den Einsatz besonderer technischer Mittel für Observationszwecke (§ 100h Abs. 1 Nr. 2 StPO) und den Einsatz Verdeckter Ermittler (§ 110a StPO) gesetzliche Vorgaben für die Aktenführung. Den in § 101 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 bis 12 StPO aufgeführten Ermittlungsmaßnahmen ist gemein, dass sie eine begangene Straftat und konkrete Hinweise auf den Täter oder die Tatbeteiligten voraussetzen. Es

handelt sich – mit Ausnahme der v. *BVerfG* für nichtig erklärten Vorratsdatenspeicherung nach § 100g Abs. 1 StPO i.V.m. § 113a TKG (vgl. *BVerfGE* 125, 260) – somit nicht um eine anlasslose, verdachtsunabhängige Informationsbeschaffung mit großer Streubreite (vgl. zur Bedeutung dieser Kriterien für die Intensität von Grundrechtseingriffen *BVerfGE* 115, 320 <354>). Darüber hinaus steht die Anordnung aller Maßnahmen – mit Ausnahme des § 100h StPO, der außerhalb von Wohnungen die Erstellung von Bildaufnahmen des Besch. sowie den Einsatz technischer Hilfsmittel für Observationszwecke regelt – unter Richtervorbehalt. Mithin sind die Maßnahmen, von denen Betroffene zu benachrichtigen sein können, von einem Richter auf ihre Rechtmäßigkeit zum Zeitpunkt ihrer Anordnung geprüft und gebilligt worden.

[230] **a)** Nach § 101 Abs. 4 S. 3 StPO unterbleibt die Benachrichtigung einer von einer verdeckten strafprozessualen Ermittlungsmaßnahme betroffenen Person, wenn der Benachrichtigung überwiegende schutzwürdige Belange einer anderen, von der Maßnahme ebenfalls betroffenen Person entgegenstehen. Dies ist etwa der Fall, wenn Gespräche des Besch. mit einem an der Straftat unbeteiligten Geschäftspartner erfasst wurden (vgl. BTDrucks. 16/5846, S. 59; *Schmitt*, in: *Meyer-Götsner*, StPO, 54. Aufl. 2011, § 101 Rn. 16). Das kann zur Folge haben, dass insbes. Personen nicht benachrichtigt werden dürfen, die durch eine Ermittlungsmaßnahme zufällig betroffen sind, aber nicht Anlass zu ihr gegeben haben. Damit trägt § 101 Abs. 4 S. 3 StPO vor allem den Interessen des unmittelbar von der Ermittlungsmaßnahme Betroffenen Rechnung. Da zu diesem Zeitpunkt trotz vorhandenen Anfangsverdachts noch nicht feststeht, ob sich die Verdachtsmomente gegen ihn zu einem für die Eröffnung des Hauptverfahrens erforderlichen hinreichenden Tatverdacht (§ 203 StPO) verdichten oder nicht, ist der Besch. zu diesem Zeitpunkt mit Blick auf seine persönlichen und beruflichen Beziehungen besonders schutzbedürftig.

[231] Der Gesetzgeber hat mit der Regelung des § 101 Abs. 4 S. 3 StPO die Erwägung des *BVerfG* aufgenommen, nach der es verfassungsrechtlich nicht geboten ist, vergleichbar strenge Benachrichtigungspflichten gegenüber Personen zu begründen, deren Daten nur zufällig miterfasst wurden (vgl. *BVerfGE* 125, 260 <337>). In Bezug auf diese Personengruppe bedarf es von Verfassungs wegen keiner richterlichen Bestätigung der Abwägungsentscheidung über einen Ausschluss der Benachrichtigung nach § 101 Abs. 4 S. 3 StPO (vgl. *BVerfGE* 125, 260 <337>). Die Abwägung zwischen den Interessen des Besch. und des Nichtbeschuldigten bei der Entscheidung über dessen Benachrichtigung darf im Hinblick auf die vergleichsweise geringe Eingriffsintensität diesem gegenüber von Verfassungs wegen der StA überlassen bleiben.

[232] **b)** Die Vorschrift des § 101 Abs. 4 S. 4 StPO, nach der in den Fällen der Postbeschlagnahme, der Telekommunikationsüberwachung und der Telekommunikationsverkehrsdatenerhebung die Benachrichtigung einer Person unterbleiben kann, gegen die sich die Maßnahme nicht gerichtet hat, wenn sie von der Maßnahme nur unerheblich betroffen wurde und anzunehmen ist, dass sie kein Interesse an einer Benachrichtigung hat, ist ebenso wenig verfassungsrechtlich zu beanstanden. Denn bei lediglich unerheblichen

Grundrechtseingriffen gegen Personen, die nicht Ziel behördlichen Handelns waren, bedarf es keiner Bestätigung der Entscheidung, den Betroffenen hiervon nicht zu benachrichtigen, durch ein Gericht oder eine andere unabhängige Instanz (vgl. *BVerfGE* 125, 260 <337>).

[233] **c)** § 101 Abs. 4 S. 5 StPO befasst sich mit der Fallgestaltung, dass die Identität einer von einer heimlichen Ermittlungsmaßnahme betroffenen Person nicht bekannt ist, so dass eine Benachrichtigung praktisch nur erfolgen kann, wenn zuvor mittels entsprechender Nachforschungen ihre Identität festgestellt wird. Damit bezieht sich die Norm nicht auf einen Besch., dessen Identität in diesem Stadium des Ermittlungsverfahrens bereits bekannt ist, sondern – ebenso wie § 101 Abs. 4 S. 4 StPO – auf einen zufällig von der Ermittlungsmaßnahme betroffenen, nicht tatverdächtigen Dritten. In Bezug auf diese Personengruppe können Nachforschungen den Grundrechtseingriff sowohl für die Zielperson als auch für sonstige Beteiligte vertiefen (vgl. *BVerfGE* 109, 279 <365>; 125, 260 <337>; siehe auch BTDrucks. 16/5846 S. 60). Der Gesetzgeber durfte daher die in § 101 Abs. 4 S. 5 StPO vorgesehene Entscheidung den Ermittlungsbehörden zu übertragen, zumal sich die Identität der betroffenen Personen häufig nur mit hohem Aufwand ermitteln lassen dürfte. (vgl. *BVerfGE* 125, 260 <337>).

[234] **d)** Auch die Regelung des § 101 Abs. 5 S. 1 StPO, dass ein von der Ermittlungsmaßnahme Betroffener erst benachrichtigt wird, sobald dies ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks, des Lebens, der körperlichen Unversehrtheit und der persönlichen Freiheit einer Person und von bedeutenden Vermögenswerten, im Fall des § 110a StPO auch der Möglichkeit der weiteren Verwendung des verdeckten Ermittlers möglich ist, ist mit dem Grundgesetz vereinbar.[wird ausgeführt]

[235] Die Norm sieht differenzierte Regelungen vor, die den Grundsatz einer nachträglichen Benachrichtigung des Betroffenen verfassungsrechtlich tragfähig mit im Einzelfall ausnahmsweise entgegenstehenden überwiegenden Belangen in Ausgleich bringen (vgl. *BVerfGE* 125, 260 <353>).

[236] **aa)** Entgegen der Ansicht der Bf. ist das Tatbestandsmerkmal des »bedeutenden Vermögenswertes« hinreichend bestimmt. Um den rechtsstaatlichen Erfordernissen der Normklarheit und Justitiabilität gerecht zu werden, genügt es, dass eine Norm mit herkömmlichen juristischen Methoden ausgelegt werden kann (vgl. *BVerfGE* 65, 1 <54>; 78, 205 <212 f.>; 103, 21 <33>). Gegebenenfalls darf hierzu auch auf die Rspr. zu einem anderen Rechtsgebiet zurückgegriffen werden, falls dort eine ähnliche Norm oder deren Teile Gegenstand der Prüfung waren (vgl. *BVerfGE* 103, 23 <33 f.>). Vorliegend wird der Begriff des »Vermögenswertes« in gesetzlichen Bestimmungen vielfach verwendet (auf Verfassungsebene in Art. 135a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GG, auf einfachgesetzlicher Ebene beispielsweise in § 89a Abs. 2 Nr. 4, § 263 Abs. 3 Nr. 2, § 283a Nr. 2, § 283d Abs. 3 Nr. 2 StGB und in § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 3, § 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. m, § 100c Abs. 2 Nr. 1 lit. l, § 100d Abs. 5 Nr. 2 S. 2, § 111e Abs. 4 S. 3, § 111i Abs. 3 S. 3, Abs. 5 S. 1 und § 111l Abs. 1 StPO). Den Gerichten kann darüber hinaus überantwortet werden, bedeutende Vermögenswerte von unbedeutenden abzugrenzen. Sie können dazu

beispielsweise die Rspr. zum Merkmal der »Sachen von bedeutendem Wert« in § 315 Abs. 1, § 315a Abs. 1, § 315b Abs. 1, § 315c Abs. 1 StGB in den Blick nehmen.

[237] **bb)** Soweit in § 101 Abs. 5 S. 1 StPO die Benachrichtigung über den Einsatz eines Verdeckten Ermittlers mit Rücksicht auf die Möglichkeit seiner weiteren Verwendung zurückgestellt werden darf, genügt die vorgesehene Abwägung insbes. den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Der Zurückstellungsgrund ist hinreichend gewichtig, um eine gesetzliche Beschränkung der Benachrichtigungspflicht zu rechtfertigen.

[238] Zwar greift der Staat in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) ein, wenn sich einer seiner Beamten unter einer Legende in eine Kommunikationsbeziehung zu einem Grundrechtsträger begibt und sich unter Ausnutzung schutzwürdigen Vertrauens des Betroffenen Informationen über dessen kriminelles Verhalten verschafft, die er ansonsten nicht erhielte (vgl. *BVerfGE* 120, 274 <345>). Andererseits gestattet und verlangt das Rechtsstaatsprinzip auch die Berücksichtigung der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege (vgl. *BVerfGE* 122, 248 <272>), dem der mögliche anderweitige Einsatz des Verdeckten Ermittlers dient. Der Verhinderung, Verfolgung und Aufklärung von Straftaten kommt nach dem Grundgesetz eine hohe Bedeutung zu (vgl. *BVerfGE* 100, 313 <388>; 113, 29 <54>; 115, 166 <192>; 122, 248 <270, 272>). Damit den Strafverfolgungsbehörden die Wahrnehmung ihres Auftrags gerade im Hinblick auf besonders gefährliche Kriminalitätsfelder nicht zusätzlich erheblich erschwert oder gar unmöglich gemacht wird, bedarf es Verdeckter Ermittler (vgl. *BVerfGE* 57, 250 <284>). Sollte deren Einsatz unmöglich werden, weil eine Unterrichtung des Betroffenen in einem bestimmten Zeitraum den Betroffenen und sein Umfeld in die Lage versetzt, Rückschlüsse auf deren Identität zu ziehen, gingen wichtige Ermittlungsmöglichkeiten gerade dort verloren, wo die Aufklärung besonders schwierig ist und der Rechtsfrieden und die Sicherheit in besonderer Weise bedroht sind. Der Gesetzgeber hat mit der Regelung in § 101 Abs. 5 StPO einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Benachrichtigungsinteresse des von einer heimlichen Ermittlungsmaßnahme Betroffenen und dem Strafverfolgungsinteresse des Staates geschaffen.

[239] Entgegen der Ansicht der Bf. steht dem die Rspr. des *BVerfG* nicht entgegen. Das *BVerfG* hat sich in seinem Urt. zur akustischen Wohnraumüberwachung (*BVerfGE* 109, 279) nicht mit einer verzögerten oder gar suspendierten Benachrichtigungspflicht in Bezug auf den weiteren Einsatz eines Verdeckten Ermittlers auseinandergesetzt. Gegenstand der dort zur Prüfung stehenden Norm des § 101 Abs. 1 S. 1 StPO a.F. war vielmehr eine Suspendierung der Benachrichtigungspflicht bis zu dem Zeitpunkt, in dem die weitere Verwendung eines nicht offen eingesetzten Beamten nicht mehr gefährdet ist (vgl. *BVerfGE* 109, 279 <289 f., 366>).

[240] Ein nicht offen ermittelnder Beamter ist kein Verdeckter Ermittler, sondern ein Polizeibeamter, der nur gelegentlich – ohne vorherige Schaffung einer Legende – verdeckt auftritt und hierbei seine Funktion nicht offenlegt (vgl. *Nack*, in: KK-StPO, 6. Aufl. 2008, § 110a Rn. 6;

m.w.N.). Im Gegensatz zu den strengen Voraussetzungen, unter denen ein Verdeckter Ermittler zum Einsatz kommen darf (§§ 110a und 110b StPO), richtet sich der Einsatz eines nicht offen ermittelnden Polizeibeamten nach den Generalnormen der §§ 161 und 163 StPO (vgl. *Nack*, in: KK-StPO, 6. Aufl. 2008, § 110a Rn. 6). Während die Polizei selbst einen offen ermittelnden Beamten zu einem nicht offen ermittelnden machen kann, bedarf es für den Einsatz eines Verdeckten Ermittlers der Zustimmung der StA oder in besonderen Fällen des Ermittlungsgerichts als Kontrollinstanz (§ 110b Abs. 2 StPO). Eine Vermehrung der Anzahl der Verdeckten Ermittler liegt somit nicht in den Händen der Polizei. Darüber hinaus stellt der Einsatz verdeckter Ermittler die ultima ratio der Ermittlungsbehörden bei ihrer Arbeit dar. Sie dürfen nach § 110a Abs. 1 S. 3 StPO nur dann in den abschließend vom Gesetz aufgeführten Fällen zum Einsatz kommen, wenn die Aufklärung auf andere Weise aussichtslos oder erheblich erschwert wäre. Es bestehen mithin substantielle Unterschiede zwischen dem Einsatz eines Verdeckten Ermittlers und dem eines nicht offen ermittelnden Polizeibeamten.

[241] **e)** Auch § 101 Abs. 6 S. 3 StPO hält einer verfassungsrechtlichen Prüfung stand. Die Norm bestimmt, dass das Gericht dem endgültigen Absehen von der Benachrichtigung zustimmen kann, wenn die Voraussetzungen für eine Benachrichtigung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch in Zukunft nicht eintreten werden. § 101 Abs. 6 S. 2 und 3 StPO tragen der Tatsache Rechnung, dass Gründe, die die Benachrichtigungspflicht zu suspendieren vermögen, von vorübergehender oder dauerhafter Natur sein können. Sind sie vorübergehender Natur, stellt § 101 Abs. 6 S. 2 StPO die dann in Zeitabständen gebotene wiederkehrende gerichtliche Kontrolle sicher und sorgt dafür, dass die Zurückstellung der an sich zu veranlassenden Benachrichtigung in zeitlicher Hinsicht auf das unbedingt Erforderliche begrenzt bleibt. Das Gericht bestimmt dann gem. § 101 Abs. 6 S. 2 StPO eine weitere Zurückstellung und deren Dauer. Liegt hingegen ein Grund vor, der dauerhaft zur Suspendierung der Benachrichtigungspflicht führt, sieht § 101 Abs. 6 S. 3 StPO eine einmalige gerichtliche Kontrolle vor, um ggf. ein endgültiges Absehen von der Benachrichtigung zu ermöglichen.

[242] Der Gesetzgeber durfte davon absehen, die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte zu wiederholten Prüfungen weiterer Zurückstellungen zu verpflichten, wenn sich an der eine Benachrichtigung hindernden Sachlage aller Wahrscheinlichkeit nach auf Dauer nichts ändern wird. Mit dem Tatbestandsmerkmal »an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit« errichtet er für die Prognose der Dauerhaftigkeit eine hinreichend hohe Hürde, um vorschnelle Beurteilungen wirkungsvoll zu verhindern.

[243] **IV.** Die Regelung über den Schutz der Zeugnisverweigerungsberechtigten in § 160a Abs. 1 und Abs. 2 StPO verletzt die Bf. nicht in ihren Grundrechten. Der Gesetzgeber ist nicht verpflichtet gewesen, den Anwendungsbereich des in § 160a Abs. 1 StPO normierten absoluten Beweiserhebungs- und Verwendungsverbotes auch auf die in Abs. 2 der Vorschrift genannten Personengruppen zu erstrecken.

[244] **1. a)** § 160a StPO enthält ein abgestuftes System von Beweiserhebungs- und Verwendungsverböten bei Berufsge-

heimnisträgern, das – mit Ausnahme der Maßnahmen nach § 97 und § 100c StPO und soweit auf die §§ 97 und 100c StPO verwiesen wird (vgl. § 160a Abs. 5 StPO) – für sämtliche offenen und verdeckten Ermittlungsmaßnahmen gilt.

[245] § 160a Abs. 1 S. 1 StPO ordnet für Geistliche in ihrer Eigenschaft als Seelsorger (§ 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO), Verteidiger (§ 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO) und Abgeordnete (§ 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StPO) ein absolutes Beweiserhebungs- und -verwendungsverbot an; dieses Verbot hat der Gesetzgeber mit Wirkung v. 01.02.2011 durch Art. 1 des Gesetzes zur Stärkung des Schutzes von Vertrauensverhältnissen zu RAe im Strafprozessrecht v. 22.12.2010 (BGBl. I S. 2261) auf RAe, auf nach § 206 BRAO in eine RAKammer aufgenommene Personen sowie auf Kammerrechtsbeistände ausgedehnt.

[246] Demgegenüber sieht § 160a Abs. 2 StPO hinsichtlich der übrigen in § 53 Abs. 1 S. 1 StPO genannten Berufsheimnisträger ein von einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall abhängiges und damit relatives Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot vor.

[247] Die Regelung in § 160a Abs. 1 und Abs. 2 StPO bezweckt in Anlehnung an die in § 53 Abs. 1 StPO normierten Zeugnisverweigerungsrechte der Berufsheimnisträger den Schutz des zu diesen bestehenden Vertrauensverhältnisses. Mit der Differenzierung zwischen bestimmten Gruppen von Berufsheimnisträgern trägt der Gesetzgeber der Tatsache Rechnung, dass das Grundgesetz dem einzelnen Bürger einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung zuerkennt, der der Einwirkung der öffentlichen Gewalt und damit auch strafprozessualen Ermittlungen von vornherein entzogen ist: Soweit der Gesetzgeber annimmt, dass der Kontakt zwischen einem Bürger und einem Berufsheimnisträger typischerweise den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung berührt, gewährt er absoluten Schutz vor einer Erhebung, Verwendung oder Verwertung von Informationen (§ 160a Abs. 1 StPO). In allen anderen Fällen, in denen zwar ebenfalls eine besondere Vertrauensbeziehung zwischen Bürger und Berufsheimnisträger besteht, der Kernbereich privater Lebensführung zwar berührt sein kann, aus Sicht des Gesetzgebers bei typisierender Betrachtung jedoch nicht notwendig berührt ist, wird nur ein relativer Schutz gewährt (§ 160a Abs. 2 StPO). Soweit bei dieser Personengruppe im Einzelfall der unantastbare Kernbereich privater Lebensgestaltung tangiert wird, ist auch im Bereich des § 160a Abs. 2 StPO von einer Unzulässigkeit der Ermittlungsmaßnahme auszugehen (vgl. BTDrucks. 16/5846, S. 36 f.).

[248] **b)** Indem der Gesetzgeber das absolute Beweiserhebungs- und -verwendungsverbot des § 160a Abs. 1 StPO auf wenige Ausnahmefälle begrenzt, trägt er dem Umstand Rechnung, dass die Verfolgung von Straftaten hohe Bedeutung hat (vgl. *BVerfGE* 107, 299 <332>), denn der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn ausreichende Vorkehrungen getroffen sind, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden (*BVerfGE* 122, 248 <272, 273>).

[249] Das *BVerfG* hat wiederholt das verfassungsrechtliche Gebot einer effektiven Strafverfolgung hervorgehoben, das Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermitt-

lung im Strafverfahren betont und die wirksame Aufklärung gerade schwerer Straftaten als einen wesentlichen Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens bezeichnet (vgl. *BVerfGE* 29, 183 <194>; 77, 65 <76>; 80, 367 <375>; 100, 313 <388 f.>; 107, 299 <316>; 122, 248 <272, 273>). Die durch Strafverfolgungsmaßnahmen bezweckte Aufklärung von Straftaten und ihr Beitrag zur Durchsetzung der Strafgesetze können durch Zeugnisverweigerungsrechte oder vergleichbare verfahrensrechtliche Beschränkungen der Strafverfolgung empfindlich berührt werden (vgl. *BVerfGE* 77, 65 <76>; 107, 299 <332>). Solche Beeinträchtigungen bedürfen – auch vor dem Hintergrund des im Rechtsstaatsprinzip begründeten Anspruchs des Besch. auf ein faires Strafverfahren – der verfassungsrechtlichen Legitimation (vgl. *BVerfGE* 77, 65 <76>). Diese kann sich im Einzelfall aus Grundrechten ergeben, in die strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen regelmäßig eingreifen (vgl. Grundrechtseingriffe bedürfen der Rechtfertigung und sind regelmäßig im Rahmen einer Interessenabwägung dem öffentlichen Strafverfolgungsinteresse gegenüberzustellen).

[250] Dieser verfassungsrechtlich gebotenen Interessenabwägung trägt das Gesetz Rechnung, wenn es in § 160a Abs. 2 StPO für die ganz überwiegende Zahl der zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsheimnisträger strafrechtliche Ermittlungsmaßnahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall unterwirft. Damit trägt es zugleich zu einer Gleichbehandlung der Berufsgruppen bei, denen nach § 53 Abs. 1 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht zugesteht und die – von wenigen Ausnahmen abgesehen – in § 160a Abs. 2 StPO einem abwägungsgebundenen Beweisverbot unterstellt werden.

[251] **2.** Die Bf. sehen sich in ihren verfassungsmäßigen Rechten verletzt, weil § 160a Abs. 1 StPO einzelne Gruppen von Zeugnisverweigerungsberechtigten privilegiert und gegen sie gerichtete Ermittlungsmaßnahmen mittels eines absoluten Beweiserhebungs- und -verwendungsverbot für unzulässig erklärt. Das Begehren der Bf. geht dahin, im Hinblick auf ihre Berufstätigkeit in den Schutzbereich des § 160a Abs. 1 StPO aufgenommen zu werden. Die Bf. zu 2. und 3. in dem Verfahren 2 BvR 236/08 sind der Auffassung, dem Vertrauensverhältnis zwischen ihnen als Ärzten und ihren Patienten, das nicht weniger wiege als das zwischen Abgeordnetem und Bürger, komme eine überragende Wichtigkeit zu. Es müsse ohne staatliche Beeinflussung und ohne Furcht vor Abhörmaßnahmen aufgebaut werden können. Eine Überwachung der Telekommunikation mit Ärzten verletze den Kernbereich von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG. Auch seien sie in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip verletzt. Die als Publizistin tätige Bfin. zu 11. im Verfahren 2 BvR 422/08 rügt § 160a Abs. 2 StPO als zu unbestimmt, wobei sie sich auf die für die journalistische Arbeit entscheidende Bedeutung des Vertrauensverhältnisses zum Informanten bezieht und einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geltend macht.

[252] **3.** Die Bf. begehren eine Erstreckung der Regelung des § 160a Abs. 1 StPO auf ihre berufliche Tätigkeit und machen insoweit geltend, die Differenzierung zwischen Berufsgruppen in § 160a Abs. 1 und Abs. 2 StPO sei mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar.

[253] Der allg. Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. *BVerfGE* 112, 268 <279>; 116, 164 <180>; 122, 210 <230>; st. Rspr). Da der allg. Gleichheitssatz in erster Linie eine ungerechtfertigte Verschiedenbehandlung von Personen verhindern soll, unterliegt der Gesetzgeber bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen regelmäßig einer strengen Bindung (vgl. *BVerfGE* 55, 72 <88>; 88, 87 <96>; 89, 365 <375>; 95, 267 <316>). Dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind dabei umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann (vgl. *BVerfGE* 60, 123 <134>; 88, 87 <96>; 89, 15 <22 f.>; 90, 46 <56>; 95, 267 <316 f.>; 97, 271 <290 f.>; 103, 172 <193>; 105, 73 <110 f.>; 107, 27 <46>; 121, 317 <370>; st. Rspr). Dies gilt insbes. dann, wenn – wie hier durch die Anknüpfung an die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe – der Schutzbereich der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten freien Berufsausübung beeinträchtigt ist (vgl. *BVerfGE* 121, 317 <370>). Der allg. Gleichheitssatz ist in diesen Fällen verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder Normbetroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können (vgl. *BVerfGE* 55, 72 <88>; 93, 386 <397>; 105, 73 <110>; 107, 27 <46>; 121, 317 <369>; st. Rspr).

[254] Bei Regelungen, die Personengruppen verschieden behandeln oder sich auf die Wahrnehmung von Grundrechten nachteilig auswirken, prüft das *BVerfG* im Einzelnen nach, ob für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können (vgl. *BVerfGE* 88, 87 <97>; 95, 267 <317>).

[255] 4. Unter Anlegung dieser Maßstäbe verletzt die Differenzierung zwischen den Berufsgruppen in § 160a Abs. 1 und Abs. 2 StPO den allg. Gleichheitssatz nicht.

[256] a) Bei den von § 160a Abs. 1 StPO erfassten Berufsgruppen rechtfertigen jeweils besondere Gründe eine Privilegierung in Form eines absoluten Beweiserhebungs- und -verwendungsverbot.

[257] aa) Die Normierung eines absoluten Beweiserhebungs- und -verwendungsverbot in § 160a Abs. 1 StPO beschränkt die Strafverfolgung in erheblichem Maße, weil sie in Anknüpfung an die Zugehörigkeit zu bestimmten Berufsgruppen Ermittlungsmaßnahmen von vornherein untersagt und jede Verwendung dennoch erlangter Erkenntnisse unterbindet. Derartige absolute Verbote können nur in engen Ausnahmefällen zum Tragen kommen, insbes. wenn eine Ermittlungsmaßnahme mit einem Eingriff in den Schutzbereich der Menschenwürde verbunden wäre, die jeder Abwägung von vornherein unzugänglich ist. Nur in solchen Fällen ist es zulässig – und unter Umständen auch verfassungsrechtlich geboten –, bereits eine Beweiserhebung generell zu untersagen und jede Verwendung gleichwohl erlangter Erkenntnisse auszuschließen. Vor diesem Hintergrund hat das *BVerfG* bei der akustischen Wohnraumüberwachung die Notwendigkeit eines absoluten Schutzes unter

dem Aspekt des Menschenwürdegehalts der jeweiligen Beziehung zwischen den Gesprächspartnern lediglich für das seelsorgerliche Gespräch mit einem Geistlichen sowie für das Gespräch mit dem Strafverteidiger angenommen (*BVerfGE* 109, 279 <318 f., 322>).

[258] bb) Bei den von § 160a Abs. 1 StPO erfassten Berufsgruppen ist ein absolutes Beweiserhebungs- und -verwendungsverbot jeweils durch besonders gewichtige Gründe gerechtfertigt.

[259] (1) Für Geistliche in ihrer Eigenschaft als Seelsorger sowie für Strafverteidiger ergibt sich die Rechtfertigung für den absoluten Schutz daraus, dass ihre Kommunikation mit dem Besch. eines Strafverfahrens typischerweise einen Bezug zu Art. 1 Abs. 1 GG aufweist: So gehört das seelsorgerische Gespräch mit einem Geistlichen zu dem verfassungsrechtlichen Menschenwürdegehalt der Religionsausübung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG. Dem Verteidigergespräch kommt die zur Wahrung der Menschenwürde wichtige Funktion zu, darauf hinwirken zu können, dass der Besch. nicht zum bloßen Objekt im Strafverfahren wird (*BVerfGE* 109, 279 <322>). Auf diesen typischerweise vorhandenen Menschenwürdebezug hat auch der Gesetzgeber bei der Schaffung der Vorschrift abgestellt (vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG, BTDrucks. 16/5846, S. 25, zu der zunächst als § 53b Abs. 1 StPO-E vorgesehenen Regelung). Er rechtfertigt es, die Genannten von Ermittlungsmaßnahmen generell freizustellen.

[260] (2) Auch die gesetzgeberische Entscheidung, den absoluten Schutz des § 160a Abs. 1 StPO auf RAe, auf nach § 206 BRAO in eine RAKammer aufgenommene Personen sowie auf Kammerrechtsbeistände auszudehnen, ist vor Art. 3 Abs. 1 GG noch zu rechtfertigen.

[261] Die genannten Personengruppen waren nach früherer Rechtslage nur dann von dem absoluten Schutz erfasst, wenn sie als Verteidiger i.S.d. § 138 Abs. 1 StPO aufgetreten sind. In diesem Fall kam die Erwägung zum Tragen, dass das Verhältnis zwischen Verteidiger und Besch. typischerweise Bezüge zur Menschenwürdegarantie aufweist, was für die mit Wirkung v. 01.02.2011 in § 160a Abs. 1 StPO aufgenommenen Berufsgeheimnisträger nicht ohne Weiteres der Fall ist. Allein die Stellung der RAe als unabhängige Organe der Rechtspflege und ihre Teilnahme an der Verwirklichung des Rechtsstaats (vgl. BTDrucks. 17/2637, S. 6) heben sie noch nicht in einer Weise aus dem Kreis der lediglich von dem relativen Schutz des § 160a Abs. 2 StPO erfassten Berufsgeheimnisträger heraus, die einen Verzicht auf Ermittlungsmaßnahmen rechtfertigen könnte.

[262] Eine hinreichende Rechtfertigung kann jedoch in dem Umstand gesehen werden, dass eine Differenzierung zwischen Anwälten und Verteidigern aufgrund der Nähe der Tätigkeitsfelder faktisch kaum möglich ist (vgl. auch BTDrucks. 17/2637, S. 6 f.). Bei der Kontaktaufnahme eines von einer Ermittlungsmaßnahme Betroffenen mit einem RA wird sich aus der Außenperspektive vielfach nicht feststellen lassen, ob der Betroffene allg. rechtlichen Rat oder die Beratung durch einen Strafverteidiger sucht. Auch bei einem bereits bestehenden nicht strafrechtlichen Mandat ist



der Übergang zur Strafverteidigung mitunter fließend. Einem anwaltlichen Beratungsverhältnis ist – anders als dies etwa bei Steuerberatern der Fall ist – bei generalisierender Betrachtung die Option der Strafverteidigung immanent. Daher ist es mit Blick auf den Menschenwürdebezug der Strafverteidigung vertretbar, auch die nunmehr neu von § 160a Abs. 1 StPO erfassten Berufsgruppen an dem dort normierten absoluten Schutz teilhaben zu lassen.

[263] (3) Die Einbeziehung der Abgeordneten in § 160a Abs. 1 StPO kann sich hingegen auf eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Rechtfertigung stützen. Der Schutz der Abgeordneten dient zwar nicht dem Persönlichkeitsrecht der Besch., sondern wird den Abgeordneten um der Institution des Parlaments und seiner Funktionsfähigkeit willen gewährt (*BVerfGE* 109, 279 <323>). Deshalb ordnet das Grundgesetz für Bundestagsabgeordnete ein Zeugnisverweigerungsrecht und ein Beschlagnahmeverbot an (Art. 47 GG). Diese unmittelbar in der Verfassung normierten ausdrücklichen Verbote selbst offen durchgeführter Ermittlungsmaßnahmen heben die Abgeordneten aus dem Kreis der anderen Zeugnisverweigerungsberechtigten heraus und rechtfertigen insoweit auch einen besonderen, weitergehenden Schutz. Im Hinblick darauf durfte der Gesetzgeber Ermittlungsmaßnahmen – insbes. auch von § 160a Abs. 1 StPO ebenfalls umfasste verdeckte Maßnahmen – gegenüber Abgeordneten innerhalb der Reichweite ihres Zeugnisverweigerungsrechts generell untersagen (vgl. auch BTDrucks. 16/5846, S. 25).

[264] cc) Von diesen privilegierten Berufsgruppen unterscheiden sich die von § 160a Abs. 2 StPO erfassten anderen Berufsheimnisträger in einer Weise, die einen der Abwägung zugänglichen Schutz gegenüber Ermittlungsmaßnahmen rechtfertigt.

[265] (1) Für die Berufsgruppe der Ärzte hat das *BVerfG* bereits festgestellt, dass zwar bestimmte Inhalte, wie etwa Arztgespräche, im Einzelfall dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen sein können (vgl. *BVerfGE* 32, 373 <379>; 109, 279 <323>). Soweit dies der Fall ist, unterliegen die Inhalte nach dem Willen des Gesetzgebers auch im Rahmen des § 160a Abs. 2 StPO nicht dem Zugriff der öffentlichen Gewalt, weil dann im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ein Überwiegen der schutzwürdigen Individualinteressen anzunehmen und die Ermittlungsmaßnahme deshalb unzulässig ist (vgl. BTDrucks. 16/5846, S. 36 f.).

[266] Anders als für die Strafverteidigung, die ihrem Zweck nach insgesamt Kernbereichsbezug aufweist, ist für den ärztlichen Bereich allerdings nur unter besonderen Bedingungen des Einzelfalls der Kernbereich der privaten Lebensführung berührt. Demgegenüber sind etwa ärztliche Aufzeichnungen über Anamnese, Diagnose oder therapeutische Maßnahmen nicht ohne Weiteres dem unantastbaren Intimbereich, sondern grundsätzlich lediglich der Privatsphäre des Patienten zuzuordnen, in die bei zwingenden überwiegenden Belangen des Gemeinwohls eingegriffen werden darf (*BVerfGE* 32, 373 <379 f.>). Es begegnet daher keinen Bedenken, wenn auf solche Informationen bei einem Überwiegen des staatlichen Strafverfolgungsinteresses zugegriffen werden darf.

[267] (2) Der Gesetzgeber war auch nicht verpflichtet, Presse- beziehungsweise Medienvertreter in den absoluten Schutz nach § 160a Abs. 1 StPO einzubeziehen.

[268] Für Presse- und Medienvertreter hat das *BVerfG* bereits mehrfach betont, dass ein genereller und keiner Abwägung unterliegender Schutz gegenüber strafprozessualen Maßnahmen nicht in Betracht kommt, weil bei der Gewichtung der Medienfreiheit im Verhältnis zu dem Gebot funktionstüchtiger Strafrechtspflege keinem der verfolgten Interessen abstrakt ein eindeutiger Vorrang gebührt. Der Gesetzgeber ist weder gehalten, noch steht es ihm frei, der Presse- und Rundfunkfreiheit den absoluten Vorrang vor anderen wichtigen Rechtsgütern einzuräumen, wie etwa dem hier in Rede stehenden Gebot der Wahrheitserforschung im Strafprozess (vgl. *BVerfGE* 77, 65 <75 f.>; 107, 299 <332 f.>).

[269] b) Auch aus Art. 12 Abs. 1 GG selbst folgt keine Verpflichtung des Gesetzgebers, weitere Gruppen von Berufsheimnisträgern i.S.d. § 53 Abs. 1 S. 1, Nr. 3 bis 3b und Nr. 5 StPO in den Anwendungsbereich des § 160a Abs. 1 StPO einzubeziehen.

[270] Art. 12 Abs. 1 GG entfaltet seine Schutzwirkung nur gegenüber solchen Normen oder Akten, die sich entweder unmittelbar auf die Berufstätigkeit beziehen oder die zumindest eine objektiv berufsregelnde Tendenz haben (vgl. *BVerfGE* 95, 267 <302>; 97, 228 <253 f.>; 113, 29 <48>). Dies ist bei den Ermittlungsmaßnahmen ermöglichenden Eingriffsnormen der StPO genauso wenig der Fall wie bei Normen, die die grundsätzliche Pflicht des Bürgers zur Mitwirkung im Strafverfahren gegen eine andere Person einschränken (vgl. *BVerfGE* 33, 367 <387>; 38, 312 <324>; 113, 29 <48>). Derartige Regelungen richten sich an jedermann, ohne zu fragen, ob und ggf. welchen Beruf er ausübt.

[271] Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus einer Zusammenschau strafprozessualer Vorschriften, die das Vertrauensverhältnis zu bestimmten Berufsheimnisträgern aufgreifen. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 bis 3b und Nr. 5, § 97 Abs. 1 und § 148 StPO begrenzen relevante Eingriffsbefugnisse, vermögen aber – als Ausnahmenvorschriften zum Schutz bestimmter Vertrauensverhältnisse zwischen Berufsheimnisträgern und Mandanten, Patienten, Informanten, Klienten oder Kunden – keinen spezifischen Zusammenhang zwischen den Eingriffsbefugnissen und einer Berufstätigkeit zu begründen (vgl. *BVerfGE* 113, 29 <48>). Gewährt Art. 12 Abs. 1 GG mithin keinen Schutz gegenüber den Ermittlungsmaßnahmen ermöglichenden Eingriffsnormen der StPO, vermag dieses Grundrecht den Gesetzgeber auch nicht zu verpflichten, Berufsheimnisträger von ihrer Anwendung und deren Folgen durch Schaffung von Beweiserhebungs-, Beweisverwendungs- und Beweisverwertungsverböten auszunehmen.

[272] c) Im Hinblick auf die Regelung des § 160a Abs. 4 StPO, nach der die in Abs. 1 und 2 enthaltenen Erhebungs-, Verwendungs- und Verwertungsverböte entfallen, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass die zeugnisverweigerungsberechtigte Person an der Tat oder an einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei beteiligt ist, bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen einem Berufsheimnisträger und

einem bei ihm Rat und Hilfe Suchenden nicht darauf gerichtet ist, den Berufsheimnisträger im Falle des Verdachts, sich selbst strafbar gemacht zu haben, vor staatlichen Strafverfolgungsmaßnahmen zu schützen (vgl. BTDrucks. 16/5846, S. 37; *BVerfG*, Beschl. der 3. Kammer des 2. Senats v. 22. 05. 2000 – 2 BvR 291/92 –, NJW 2000, S. 3557 <3558> zum Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient und v. 27.02.2002 – 2 BvR 1979/01 –, NJW 2002, S. 2090 <2091> zum Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen RA und Mandant).

[273] Da § 160a Abs. 4 StPO einen auf bestimmte Tatsachen gegründeten Verdacht fordert, genießen Berufsheimnisträger einen ausreichenden Schutz vor ungerechtfertigten strafrechtlichen Ermittlungen. Der durch »bestimmte Tatsachen« begründete Verdacht unterliegt höheren Anforderungen als der bloße Anfangsverdacht, wenn er auch nicht den Grad eines »hinreichenden« oder gar »dringenden« Tatverdachts erreicht, den andere Normen der StPO vorsehen. Er erfordert eine konkretisierte Verdachtslage (vgl. *BVerfGE* 109, 279 <350>). Eine Anhebung der in § 160a Abs. 4 StPO enthaltenen Verdachtsstufe ist von Verfassungen wegen nicht geboten, zumal auch bei Vorliegen eines durch bestimmte Tatsachen begründeten Verdachts der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist, also insbes. die Schwere der Tat mitentscheidend dafür ist, ob eine strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme in einem angemessenen Verhältnis zu dem Gewicht der Grundrechtsbeeinträchtigung steht (vgl. *BVerfGE* 107, 299 <322>; 109, 279 <351>).

**Anmerkung: I.** Das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Maßnahmen zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG v. 21.12.2007<sup>1</sup> (TKÜNRegG) hat sich nicht nur sprachlich als wenig griffig erwiesen – es hält auch das *BVerfG* auf Trab: Ursprünglich geschaffen um – neben den europarechtlichen Vorgaben – gerade der jüngeren verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung<sup>2</sup> zu heimlichen Ermittlungsmaßnahmen und diesbezüglich insbesondere dem Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung gerecht zu werden, war es von Anfang an verfassungsrechtlicher Kritik ausgesetzt. Insbesondere das Schicksal der durch das Gesetz implementierten sog. Vorratsdatenspeicherung ist bekannt: Mit Urteil v. 01.03.2010 hat der 1. Senat<sup>3</sup> die durch das TKÜNRegG neugefassten §§ 113, 113a TKG sowie § 100g Abs. 1 S. 1 StPO, soweit danach Verkehrsdaten nach § 113a TKG erhoben werden durften, für verfassungswidrig erklärt. Auch weitere Normen standen von Anfang an in der Kritik: Die der Entscheidung zugrunde liegende Verfassungsbeschwerde ist insoweit durch eine ungewohnt breite Angriffsfläche bezüglich diverser durch das TKÜNRegG eingeführter bzw. modifizierter strafprozessualer Normen gekennzeichnet (*in concreto*: § 100a Abs. 2, § 100a Abs. 4 S. 1, § 100f Abs. 1, § 100f Abs. 2, § 101 Abs. 4 S. 3-5, § 101 Abs. 5, § 101 Abs. 6, § 110 Abs. 3, § 160a Abs. 1, § 160a Abs. 2, § 160a Abs. 4 StPO). Die Beschwerdeführer konnten letztlich mit keinem Vorbringen durchdringen. Dem Beschluss ging eine Entscheidung v. 15.10.2008<sup>4</sup> im einstweiligen Anordnungsverfahren voraus, in der die einstweilige Aussetzung der angegriffenen Normen bereits abgelehnt worden war. Einmal mehr hat sich gezeigt, dass das *BVerfG* abgesehen von einzelnen Lichtblicken wie der be-

reits angeführten Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung oder zur Online-Durchsuchung<sup>5</sup>, die allerdings beide verfassungsrechtlich wegen der zahlreichen »Spielräume und Hintertüren«<sup>6</sup> auch nicht überbewertet werden dürfen, im Spannungsfeld zwischen Freiheitsrechten des Bürgers und Sicherheits- bzw. Strafverfolgungsinteressen letzterem oft Vorrang gewährt.

**II.** Die Beschwerdeführer hatten in formeller Hinsicht das gesamte TKÜNRegG wegen Verstoßes gegen das Zitiergebot aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG gerügt, da es neben dem im Gesetz erwähnten Art. 10 GG nicht auch die ebenfalls tangierten Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 13 GG erwähne. Dem Zitiergebot unterfällt allerdings neben dem angeführten Art. 10 GG von den angeführten Normen lediglich Art. 13 GG, mit dem sich der Senat folgerichtig ausschließlich befassen musste. Zwar – so der Senat – sei Art. 13 GG betroffen (Rn. 182), allerdings sei dieser Eingriff im Verhältnis zum Vorläufernorm nur »unerheblich« (Rn. 195). Die dem Zitiergebot zukommende Warn- und Besinnungsfunktion,<sup>7</sup> die nicht nur für erstmalige Grundrechtseinschränkungen, sondern auch deutliche Erweiterungen einer Eingriffsgrundlage gilt,<sup>8</sup> sei insoweit vorliegend nicht erforderlich.<sup>9</sup> Dieses Ergebnis überrascht nicht, zumal spätestens seit der Entscheidung zum IMSI-Catcher-Einsatz<sup>10</sup> offensichtlich ist, dass das Gericht sich damit schwer tut, (vermeintlich »bloße«) handwerkliche Fehler des Gesetzgebers mit Blick auf das Zitiergebot auch konsequent zu ahnden.

Darüber hinaus wurden die Beschwerden, soweit sie sich gegen § 100f StPO (»Kleiner Lauschangriff«) sowie gegen einen Teil des Straftatenkatalogs aus § 100a Abs. 2 StPO richten, bereits als unzulässig verworfen, da sie nicht die Jahresfrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG wahren: § 100f StPO unterscheidet sich insoweit nur »marginal« von der Vorgängerregelung (Rn. 169). Gleiches gilt für den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO im Hinblick auf die angeführten Katalogtaten der Erpressung (§ 253 StGB) sowie die Vergehensbestände des § 34 Abs. 1–3 AWG, die bereits lange vor Inkrafttreten vom Katalog erfasst und seit Jahren bzw. Jahrzehnten abgesehen von Marginalien keine Veränderungen erfahren haben. Diesem Argument wird man sich nicht verschließen können.

Schließlich – so der Senat – sei die Beschwerde im Hinblick auf § 110 Abs. 3 StPO unzulässig, da die Beschwerdeführer insoweit nicht beschwerdebefugt gewesen seien: Mit Blick auf die erforderliche Rechtswegerschöpfung hätten sie den

1 BGBl. I, S. 3198.

2 Vgl. *BVerfGE* 100, 313; 109, 279 = StV 2004, 169; 113, 348 = StV 2007, 226.

3 *BVerfG* StV 2010, 281 m. Anm. Gercke. Die Beschwerdeführer im Verfahren 2 BvR 422/08 hatten sich ebenfalls gegen die dort angegriffenen Normen gewandt und waren insoweit nach Abtrennung des Verfahrens (§ 44 Abs. 2 GOBVerfG) erfolgreich.

4 *BVerfGE* 122, 63.

5 *BVerfG* NJW 2008, 822 = StV 2008, 169.

6 So zutr. *Spoernle* jurisPR-ITR 24/2008 Anm. 5.

7 *BVerfGE* 64, 72 (79 f.).

8 *BVerfGE* 113, 348 (366 f.) = StV 2007, 226.

9 Vgl. auch *BVerfGE* 5, 13 (16); 61, 82 (113); a.A. AK-GG/*Deminger*, 3. Aufl. 2001, Art. 19 Rn. 18.

10 *BVerfG* NJW 2007, 351; vgl. hierzu HK-StPO/*Gercke*, 4. Aufl. 2009, § 100i Rn. 2 sowie SK-StPO/*Wolter*, 4. Aufl. 2010, § 100i Rn. 19, jew. m.w.N.

Vollzugsakt, der die Durchführung der Norm voraussetzt, angreifen müssen. Auch diese Argumentation ist in sich schlüssig; dies ist insoweit bedauerlich als die von den Beschwerdeführern materiell gerügte Unbestimmtheit sowie die Verletzung der Grundrechte aus Art. 10 Abs. 1 GG und Art. 13 Abs. 1 GG durchaus eine nähere materielle Auseinandersetzung wert gewesen wären: Der Zugriff auf extern gespeicherte Daten, der grundsätzlich Art. 10 GG tangiert<sup>11</sup> und insoweit nach Maßgabe der Anforderungen der §§ 100a ff. StPO zu erfolgen hat, ist nach § 110 Abs. 3 StPO unter einfacheren Voraussetzungen möglich.<sup>12</sup> Das heimliche Vorgehen gegen unbeteiligte Dritte ist überdies mit den qualifizierten Anforderungen an heimliche Ermittlungsmaßnahmen<sup>13</sup> nur bedingt vereinbar; es wird auch durch die nachträgliche Unterrichtung und Gewährung rechtlichen Gehörs *qua* § 98 Abs. 2 StPO nicht ohne weiteres kompensiert.<sup>14</sup>

**III.** Auch materiell blieb der Beschwerde der Erfolg versagt. Zur (erneuten) Ausweitung des Straftatenkatalogs des § 100a StPO, der schon lange den Bereich der schwerstkriminellen Verbrechen verlassen hat und nach dem Willen des Gesetzgebers vielmehr – mit Blick auf das *ultima-ratio*-Prinzip bedenklich<sup>15</sup> – explizit auch tatsächlich oder vermeintlich »schwer ermittelbare Kriminalität«<sup>16</sup> erfasst, stellt der *Senat* kurz fest, dass sowohl Bestimmtheitsgebot als auch Verhältnismäßigkeitsprinzip gewahrt seien. Zwar räumt der *Senat* mit der von der Bundesregierung in Anlehnung an die Gesetzesbegründung auch im Beschwerdeverfahren vorgetragene(n) (vgl. Rn. 151) Mär auf, dass sich die Schwere der Tat aus der Mindesthöchststrafe von fünf Jahren ergebe: Hieraus lasse sich – so der *Senat* treffend – keine Qualifizierung als schwere Straftat herleiten, da diese Strafhöhe im StGB der Regelfall sei und sich insoweit eine Zuordnung zum »allenfalls (!) (...) mittleren Kriminalitätsbereich« vornehmen lasse (Rn. 204). Allerdings sei jedenfalls mit Blick auf das Erfordernis einer schwerwiegenden Tat im Einzelfall i.S.d. § 100a Abs. 1 Nr. 2 StPO dem Verhältnismäßigkeitsprinzip hinreichend Rechnung getragen.

Von wesentlich größerem Interesse ist die Bewertung des *Senats* von § 100a Abs. 4 StPO mit Blick auf den nach wie vor nicht hinreichend konturierten Kernbereich privater Lebensgestaltung:<sup>17</sup> Anders als bei § 100c Abs. 4 S. 1 StPO (»Großer Lauschangriff«) setzt ein Erhebungsverbot im Rahmen der Telekommunikationsüberwachung insoweit voraus, dass ein solches nur dann in Betracht kommt, wenn hierdurch »allein« Erkenntnisse aus dem Kernbereich erlangt werden. Damit – so die Beschwerdeführer im Einklang mit zahlreichen Stimmen aus dem Schrifttum – wird der Anwendungsbereich *de facto* »auf Null« reduziert, da es wohl kaum Telekommunikationskontakte gibt, die ausschließlich dem Kernbereich unterfallen.<sup>18</sup> Erst recht ist eine Prognose hierüber zum Anordnungszeitpunkt kaum möglich bzw. erforderliche »hellseherische Fähigkeiten«<sup>19</sup>. Die Norm läuft also *de facto* leer,<sup>20</sup> insbesondere solange nicht eine persönliche Überwachung durch paralleles Mithören in Echtzeit gewährleistet ist. Dies ist aber nach Gesetzesbegründung wie auch der Entscheidung des *Senats* praktisch nicht bzw. allenfalls »punktuell« durchführbar (Rn. 218). Das ist tatsächlich jedoch eine Frage der Betrachtung: Bei der stetig ausufernden bzw. seit Jahren konstant hohen Praxis der Telekommunikationsüberwachung<sup>21</sup> ist ein Echtzeitabhören in der Tat

nicht (mehr) durchgängig möglich.<sup>22</sup> Will man also ein – grundrechtsfreundliches, da einen Abbruch bzw. eine Unterbrechung ermöglichendes – Abhören in Echtzeit gewährleisten, so setzt dies ein – ebenfalls grundrechtsfreundliches – deutlich behutsameres Anordnungsverhalten der Ermittlungsrichter voraus. Dem *Senat* ist zuzugeben, dass bei Abhören in Echtzeit die Übersetzung fremdsprachiger Kommunikation und die damit verbundenen Verzögerungen sowie die leidige Problematik der Zuordnung von Stimmen zu Personen größere praktische Probleme auftreten als bei einer anschließenden Analyse der Gespräche mit der Möglichkeit des wiederholten Abspielens (vgl. Rn. 219). Dies bedeutet aber nicht, dass in den Fällen, in denen eine Echtzeitüberwachung möglich ist, hierauf verzichtet werden kann, zumal sich diese *und* die Aufzeichnung nicht ausschließen, sondern jener vielmehr eine »Filterfunktion« zukommt. Der *Senat* selbst weist – in erfreulicher Grundsätzlichkeit und wie in der Literatur in Anlehnung an die Entscheidung zum »Großen Lauschangriff«<sup>23</sup> bereits postuliert<sup>24</sup> – darauf hin, dass ein Kernbereichsbezug dann angenommen werden kann,

»wenn der Betroffene mit Personen kommuniziert, zu denen er in einem besonderen, den Kernbereich betreffenden Vertrauensverhältnis – wie zum Beispiel engsten Familienangehörigen, Geistlichen, Telefonseelsorgern, Strafverteidigern oder im Einzelfall auch Ärzten – steht« (Rn. 215).

Da zum Anordnungszeitpunkt nicht ersichtlich ist, mit wem der Überwachte spricht, und die automatische Aufzeichnung keinen Abbruch bei Gesprächen mit den etwa zuvor genannten Gesprächspartnern, die zum Kernbereich gehören bzw. einen solchen jedenfalls indizieren, ermöglicht, bedeutet der Verzicht auf Echtzeitüberwachung letztlich den Verzicht darauf, überhaupt nur den Versuch zu unternehmen, das – gesetzlich immerhin vorgesehene – Erhebungsverbot auch umzusetzen. Nach Ansicht des *Senats* wird einem effektiven Kernbereichsschutz durch das Verwertungsverbot in § 100a Abs. 4 S. 2 StPO, das einen »hinreichenden Schutz in der Auswertungsphase« biete, ausreichend Rechnung getragen (Rn. 220). Dies verkennt allerdings die Bedeutung von Beweiserhebungsverboten: Diesen kommt gerade faktisch ein wesentlich höherer Schutz als bloßen Beweisverwertungsverboten zu, da sie gewährleisten, dass sich – wenn auch im Ergebnis formal un-

11 Vgl. aber auch BVerfG StV 2009, 617 m. Anm. Gercke.

12 Krit. auch Puschke/Singelstein NJW 2008, 115.

13 Vgl. BVerfGE 112, 304.

14 Weitergehend Puschke/Singelstein NJW 2008, 113 (115) (»verfassungswidrig«); zum Ganzen auch HK-StPO/Gercke (Fn. 10), § 110 Rn. 32 f.

15 Krit. hierzu bereits: Lücking, Die strafprozessuale Überwachung des Fernmeldeverkehrs, 1992, S. 16 f.; vgl. ferner: Neuhaus FS Rieß, 2002, S. 375 (384); Nöding StraFo 2007, 456 (457).

16 So BT-Drucks. 16/5846, S. 2, 23, 40; krit. hierzu Eckhardt CR 2007, 336 (337).

17 Vgl. hierzu im Einzelnen: Warnjen, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung, 2007, S. 41 f.; Dammann, Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung, 2011, S. 33 f.

18 Puschke/Singelstein NJW 2008, 113 (114) (»verfassungswidrig«); Nöding StraFo 2007, 456 (458); vgl. auch Zöller StraFo 2008, 15 (22) (»Mogelpackung«).

19 So zutreffend: Zöller StraFo 2008, 15 (22).

20 AnwKo-StPO/Löffelmann, 2010, § 100a Rn. 11.

21 20.398 Anordnungen für 2010 (BMJ, Übersicht TKÜ 2010).

22 Vgl. nur: Wolter GA 2007, 183 (196) (»unvollziehbar«).

23 BVerfGE 109, 279 = StV 2004, 169.

24 Warnjen (Fn. 17), S. 61 f.

verwertbare – Beweise gar nicht erst im Bewusstsein der Ermittlungsbehörden wie auch der Strafjustiz verfestigen können.<sup>25</sup>

**IV.** Auch die in § 101 Abs. 4-6 StPO normierten Benachrichtigungspflichten im Falle heimlicher Beweisgewinnung halten nach Ansicht des *Senats* einer verfassungsrechtlichen Überprüfung stand: Hier sahen sich etwa die Ausnahmeregelungen des Abs. 4 S. 3 und 4 berechtigter Kritik des Schrifttums ausgesetzt.<sup>26</sup> Insbesondere der Maßstab, der an die Prüfung des Benachrichtigungsinteresses durch die Ermittlungsbehörden im Falle von § 101 Abs. 3 S. 4 StPO zu legen ist, wonach in den Fällen der Postbeschlagnahme (§ 99 StPO), der Telekommunikationsüberwachung (§ 100a StPO) und der Verkehrsdatenerhebung (§ 100g StPO) die Benachrichtigung bei nur »unerheblicher« Betroffenheit unterbleiben kann, bleibt weiterhin unklar. Der Gesetzgeber hatte insoweit sogar fiskalische Aspekte (»Gebot des wirtschaftlichen Haushaltens mit öffentlichen Mitteln«) als ein Kriterium der Ermessensabwägung angeführt,<sup>27</sup> was der Bedeutung von Art. 10 GG, der durch die angeführten Maßnahmen tangiert wird, nicht gerecht wird: So ist etwa im Hinblick auf die Subsidiaritätsklausel des § 100a StPO einhellig anerkannt, dass Kostengesichtspunkten keine maßgebliche Bedeutung zukommt.<sup>28</sup> Hier wäre jedenfalls eine Klarstellung des *Senats* wünschenswert gewesen.

Im Hinblick auf § 101 Abs. 5 StPO sah das Gericht keinen Verstoß gegen die von den Beschwerdeführern gerügte unzureichende Beachtung von Verhältnismäßigkeitsgebot und Bestimmtheitsprinzip. Im Hinblick auf letzteres stellt der *Senat* klar, dass sich insoweit bezüglich des Tatbestandsmerkmals »von bedeutenden Vermögenswerten« an der Rechtsprechung zum Merkmal der »Sachen von bedeutendem Wert« in § 315 Abs. 1, § 315a Abs. 1, § 315b Abs. 1, § 315c Abs. 1 StGB orientiert werden könne (Rn. 236).<sup>29</sup>

Im Hinblick auf § 101 Abs. 6 StPO hatten die Beschwerdeführer moniert, dass die Vorschrift nicht erkennen lasse, wann und wie eine Prognose, dass die Voraussetzungen für eine Benachrichtigung auch zukünftig nicht einträten, möglich sein solle. Dem hält der *Senat* entgegen, dass das Merkmal »mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit« eine »hinreichend hohe Hürde [gewähre], um vorschnelle Beurteilungen wirkungsvoll zu verhindern« (Rn. 242). Hinreichend hoch ist die Hürde allerdings nur dann, wenn die Prüfung auf einer ausreichenden und längerfristig angelegten Befassung basiert. Insoweit erscheint ein endgültiges Absehen mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG erst nach einer Zurückstellung über einen mehrjährigen Zeitraum, jedenfalls aber nicht unmittelbar nach Beendigung der Maßnahme möglich.<sup>30</sup>

**V.** Soweit die Beschwerdeführer die Verfassungswidrigkeit von § 160a StPO anführten, hatte sich die Beschwerde jedenfalls im Hinblick auf die frühere Nichterfassung von Rechtsanwälten durch das Gesetz zur Stärkung des Schutzes von Vertrauensverhältnissen zu Rechtsanwälten im Strafprozessrecht v. 22.12.2010<sup>31</sup> erledigt, da diese<sup>32</sup> nunmehr vom absoluten Schutz des § 160a Abs. 1 S. 1 StPO erfasst sind. Im Hinblick auf andere Berufsgeheimnisträger i.S.d. § 53 StPO, die nur vom relativen Schutz des § 160a Abs. 2 StPO erfasst werden, hat der *Senat* eine Differenzierung zu den absolut geschützten Personengruppen des Abs. 1 mit Blick

auf Art. 3 GG als ausreichend gerechtfertigt angesehen. Dass neben den bereits ursprünglich erfassten Gruppen (Geistliche, Strafverteidiger, Abgeordnete), deren Privilegierung sich auf eine lange verfassungsgerichtliche Rechtsprechung mit Blick auf Art. 4 GG, Art. 47 GG sowie im Hinblick auf Verteidiger auf die durch das Rechtsstaatsprinzip gebotene Gewährleistung wirksamer Verteidigung<sup>33</sup> sowie deren einfach-gesetzliche Ausprägung in § 148 StPO stützen kann, nunmehr auch (nur) Rechtsanwälte durch die Neuregelung in diesen Schutzbereich aufgenommen werden, rechtfertigt der *Senat* im Anschluss an die Gesetzesbegründung<sup>34</sup> wie folgt: »Eine Differenzierung zwischen Anwälten und Verteidigern [ist] aufgrund der Nähe der Tätigkeitsfelder faktisch kaum möglich«, zumal sich – so der Beschluss zutreffend – »bei der Kontaktaufnahme eines von einer Ermittlungsaufnahme Betroffenen mit einem Rechtsanwalt (...) aus der Außenperspektive vielfach nicht feststellen lassen [wird], ob der Betroffene allgemeinen rechtlichen Rat oder die Beratung durch einen Strafverteidiger sucht« und die Grenzen »mitunter fließend« sind (Rn. 262).<sup>35</sup> Insoweit hätte es allerdings – so die *Bundessteuerberaterkammer* zu Recht in ihrer Stellungnahme<sup>36</sup> – auch einer Aufnahme von Steuerberatern bedurft, da auch bei diesen der Übergang zwischen *Steuerberatung* und *Steuerstrafverteidigung* – sei es nun allein ggü. den Finanzbehörden oder gemeinsam mit einem Rechtsanwalt oder Hochschullehrer (vgl. § 392 Abs. 1 AO) – ebenso »fließend« sein dürfte. Diese Differenzierung kann mithin mit Blick auf Art. 3 GG nicht überzeugen; umso enttäuschender ist es, dass sich die Entscheidung hierzu mit keinem Wort verhält, zumal der *Senat* explizit zutreffend hervorhebt, dass die »Strafverteidigung (...) ihrem Zweck nach insgesamt Kernbereichsbezug aufweist« (Rn. 266). Es bleibt mithin für Steuerberater bei einem »Schutz 2. Klasse«.<sup>37</sup>

Gleiches gilt etwa auch bezüglich Journalisten und Ärzten, die sich ebenso wie die von Abs. 1 erfassten Berufsgruppen auf eine verfassungsrechtliche Privilegierung stützen können: Während für jene der besondere Schutz aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG gilt, dem etwa auch § 97 Abs. 5 S. 2 StPO

25 Vgl. auch Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 907, der zutreffend darauf hinweist, dass bei bloßen Beweisverwertungsverbieten die Nicht-Berücksichtigung der Erkenntnisse »von jedem Richter eine große psychische Leistung« erfordert.

26 Vgl. nur Nading StraFo 2007, 456 (462); Puschke/Singelstein NJW 2008, 113 (116).

27 BT-Drucks. 16/5846, S. 60.

28 Rudolphi FS Schaffstein, 1975, S. 433 (437); Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2008, Rn. 2493 i.V.m. Fn. 249; LR-StPO/Schäfer, 25. Aufl. 2004, § 100a Rn. 43; KK-StPO/Nack, 6. Aufl. 2008, § 100a Rn. 35.

29 Nach BGH StV 2011, 619 m. Anm. Jahn JuS 2011, 660 soll die Wertgrenze bei € 750 liegen, während in der obergerichtlichen Rspr. und im Schrifttum die Grenze bislang bei rd. € 1.300 angesetzt wurde (OLG Hamm NStZ-RR 2009, 185 (186); Sch/Sch-StGB/Heine, 28. Aufl. 2010, Vorb. § 306 Rn. 15).

30 Henrichs Kriminalistik 2008, 169 (172); Puschke/Singelstein NJW 2008, 113 (116); HK-StPO/Gercke (Fn. 10), § 101 Rn. 13; a.A. Meyer-Gofner, StPO, 54. Aufl. 2011, § 101 Rn. 24; vgl. auch BT-Drucks. 16/6979, S. 44.

31 BGBl. I, S. 2261.

32 Ebenso wie nach § 206 BRAO in eine Rechtsanwaltskammer aufgenommene Personen sowie Kammerrechtsbeistände.

33 Vgl. etwa BVerfG [K] NJW 2007, 2748 (2750).

34 Vgl. BT-Drucks. 17/2367, S. 6 f.

35 Krit. zur früheren Differenzierung etwa: Ignor NJW 2007, 3404; HK-StPO/Zöller (Fn. 10), § 160a Rn. 3 unter Bezugnahme auf EGMR StV 1988, 683 m. Anm. Kühne.

36 Vgl. auch BStBK, Verfassungsrechtliche Prüfung des § 160a StPO (Juli 2011).

37 Fahr DStR 2008, 375 (378).

Rechnung trägt, hat das *BVerfG* in seiner Entscheidung zum »Großen Lauschangriff« für Ärzte explizit festgestellt, dass die Kommunikation zwischen Arzt und Patient im Einzelfall dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung unterfällt<sup>38</sup> und damit gerade der in § 160a Abs. 2 StPO vom Wortlaut vorausgesetzten Abwägung entzogen ist.<sup>39</sup> In soweit wird letztere etwa im Hinblick auf Ärzte überhaupt erst ermöglicht, wenn es sich *nicht* um ein Patientengespräch handelt.<sup>40</sup> Da letztlich alle in § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 bis 3b und 5 StPO genannten Berufsgeheimnisträger sich auf einen besonderen aus der Verfassung ableitbaren Vertrauensschutz berufen können,<sup>41</sup> ist die Norm jedenfalls verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass sich im Zweifel ein Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot durchsetzt, um einer Entwertung der Zeugnisverweigerungsrechte Einhalt zu gebieten.<sup>42</sup> Insgesamt ist die Differenzierung zwischen Abs. 1 und 2 wenig überzeugend, zumal im Rahmen der Wohnraumüberwachung Berufsgeheimnisträger i.S.d. § 53 StPO ohne Differenzierung einen umfassenden Schutz genießen.<sup>43</sup> Die Entscheidung schließt damit, dass – wie auch bei § 97 Abs. 2 S. 3 StPO und insoweit stimmig – für die Nicht-Anwendung der Abs. 1-3 bei Verstrickung der Berufsgeheimnisträger ein auf »bestimmte Tatsachen« gegründeter Tatverdacht für ausreichend erachtet wird (Rn. 273). Auch wenn der *Senat* betont, dass – freilich ohne dies näher zu spezifizieren – dieser höheren Anforderungen als einen Anfangsverdacht i.S.d. § 152 Abs. 2 StPO unterliege und insoweit insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsprinzip eine mitentscheidende Beachtung zukomme, stellt dies – so *Zöller* zutreffend – »kein unüberwindliches Hindernis für die Aufhebung der Schutzwirkung des § 160a dar«<sup>44</sup>. Insbesondere die in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung stets wiederkehrenden Erläuterungen zur Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, die regelmäßig zur Begründung für die (»Noch«-)Verfassungskonformität einer Norm erhalten, bieten in der Anwendungspraxis keinen echten Grundrechtsschutz, da ihnen durch die Art der Begründung Rechnung getragen werden kann.<sup>45</sup>

VI. Gut vier Jahre nach Inkrafttreten des TKÜNRegG lässt sich festhalten, dass der Wille des Gesetzgebers mit dem Gesetz ein »harmonisches Rechtssystem« zu schaffen,<sup>46</sup> jedenfalls nicht vollständig umgesetzt wurde: Gerade § 160a StPO sowie die (Nicht-)Berücksichtigung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung bei den einzelnen Eingriffsgrundlagen offenbaren vielmehr statt Harmonie die ein oder andere Dissonanz. Zwar wird man entgegen erster Stellungnahmen die Entscheidung nicht als »Freibrief« verstehen können, »den umfassenden Erhebungsschutz bei der Wohnraumüberwachung zurückzunehmen und an das niedrigere Schutzniveau des § 100a StPO anzupassen«.<sup>47</sup> Allerdings tut sich das *BVerfG* erkennbar schwer damit, dem Kernbereichsschutz, der keineswegs auf Art. 13 GG beschränkt ist,<sup>48</sup> über die Wohnraumüberwachung hinaus auch umfassende, d.h. nicht nur auf Verhältnismäßigkeitserwägungen beschränkte Geltung im Strafverfahren zukommen zu lassen. Bei so viel (Über-)Betonung einer wirksamen Strafverfolgung ist aber gerade ein wirksamer Kernbereichsschutz dringend erforderlich, um die verfassungsrechtlich gebotene Balance zwischen legitimem staatlichem Aufklärungsinteresse einerseits sowie dem nicht nur auf die eigene Woh-

nung beschränkten Refugium der Privatsphäre zu gewährleisten.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht  
Dr. Björn Gercke, Köln.

## Unverwertbarkeit von mittels akustischer Überwachung aufgezeichneten Selbstgesprächen

GG Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, StPO § 100f

**Ein in einem Kraftfahrzeug mittels akustischer Überwachung aufgezeichnetes Selbstgespräch eines sich unbeobachtet fühlenden Beschuldigten ist im Strafverfahren – auch gegen Mitbeschuldigte – unverwertbar, da es dem durch Art. 2 Abs. 1 GG i.Vm. Art. 1 Abs. 1 absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit zuzurechnen ist (im Anschluss an BGH, Urt. v. 10.08.2005 – 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206 [= StV 2005, 591]). (amtl. Leitsatz)**

BGH, Urt. v. 22.12.2011 – 2 StR 509/10 (LG Köln)\*

**Aus den Gründen:** [1] Das *LG* hat die Angekl. jeweils wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Hiergegen richten sich die auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revisionen der Angekl. Die Rechtsmittel haben mit einer Verfahrensrüge Erfolg.

[2] *A.* Das *LG* hat folgendes festgestellt:

[3] Die Angekl. S. und I. K. sind Geschwister, der Angekl. W. K. ist der Ehemann von I. K., deren Ehe trotz Kinderwunschs kinderlos blieb. Die Angekl. I. und W. K. verfügen über ein Haus, in dem auch der Angekl. S. K. nach seiner Übersiedlung aus Chemnitz nach der Wiedervereinigung Deutschlands eine Wohnung erhielt. Dort nahm der Angekl. S. K. im Jahre 2001 seine Ehefrau L. auf, die er auf den Philippinen geheiratet hatte. Am 07.02.2002 wurde der Sohn M. der Eheleute geboren. Die Angekl. I. und W. K. mischten sich in deren Angelegenheiten ein, was L. zunehmend störte. Während der Angekl. S. K. sich wenig um sein Kind kümmerte, wurde der Junge von den Angekl. I. und W. K. wie ihr eigenes Kind behandelt. Vor diesem Hintergrund kam es zu Spannungen zwischen den Eheleuten L. und S. K. L. zog am 28.09.2005 zusammen mit ihrem Sohn aus der Ehemwohnung aus und bezog eine eigene Wohnung in K. Der Angekl. W. K. bot ihr Geld für den Fall an, dass sie das Kind im Hause K. aufwachsen lassen werde. L. lehnte dies entschieden ab. Am 18.01.2006 einigten sich die Eheleute über den Unterhalt. Am 27.01.2006 beantragte die Angekl. I. K. ein eigenes Umgangsrecht mit dem Kind; der Antrag blieb jedoch in allen Instanzen erfolglos. Der Angekl. S. K. erhielt vom Familiengericht ein Umgangsrecht zugesprochen. Er befürchtete jedoch, dass seine Ehefrau nach der Scheidung weit wegziehen werde, um seinen Kontakt mit dem Sohn zu vereiteln.

38 BVerfGE 109, 279 (322 f.) = StV 2004, 169.

39 Vgl. HK-StPO/Zöller (Fn. 10), § 160a Rn. 9.

40 Meyer-Göfner (Fn. 30), § 160a Rn. 13.

41 Zöller, in: Wolter/Schenke (Hrsg.), Zeugnisverweigerungsrechte bei (verdeckten) Ermittlungsmaßnahmen, 2002, S. 325, 337.

42 HK-StPO/Zöller (Fn. 10), § 160a Rn. 9.

43 Vgl. auch Radtke/Hohmann-StPO/Kretschmer, 2011, § 160a Rn. 13.

44 HK-StPO/Zöller (Fn. 10), § 160a Rn. 15.

45 Vgl. hierzu auch Gercke StV 2006, 453 (454); StV 2009, 624 (626).

46 BT-Drucks. 16/5846, S. 1 f.

47 So die Befürchtung von Leipold/Beukelmann NJW-Spezial 2012, 24.

48 BVerfG NJW 2005, 2603 (2611) = StV 2007, 226; Kuschka NVwZ 2005, 1231 f.; Puschke/Singelstein NJW 2005, 3534 f.; Löffelmann ZStW 118 (2006), 358 f.