

# Juristische Arbeitsblätter

8/9  
96

Seite 617 – 736

28. Jahrgang  
August 1996  
September 1996

N 21201

*Zeitschrift für Studenten und Referendare*

## Aus dem Inhalt

### Rechtsprechung

BGH:  
Eigene Arbeit als  
Vermögensaufwendung

BGH:  
Fall Dagobert

BVerfG:  
Mitbestimmung im Öffent-  
lichen Dienst

**Übungsblätter Studenten**  
Klausur Zivilrecht/Strafrecht:  
»Verspannungen« in der  
Liebesnacht

Lernbeitrag Strafrecht:  
Vermeintliche Mittäterschaft  
und Versuchsstrafbarkeit

Klausur Öffentliches Recht:  
»Im Rausch des Bärenanzes«

### Übungsblätter Referendare

Lernbeitrag Zivilrecht:  
Anwaltsklausur

Lernbeitrag Strafrecht:  
Verwertbarkeit bei  
»Lauschangriffen«

Klausur Öffentliches Recht:  
»Die nachträgliche  
Unterhaltssicherung«

### Aufsätze

Ökonomische Aspekte in der  
Rechtsanwendung

Einführung in die  
Arbeitnehmerüberlassung

Strafrechtliche Aspekte des  
»Plutoniumtourismus«

**Diesmal  
120 Seiten stark!**



Luchterhand

Gegenforderung aus Kostengründen<sup>54</sup> vorzuziehen. Deshalb ist in einem solchen Fall der Gegenanspruch erst nach der Beweisstation zu behandeln. Man beginnt dann mit einer neuen Beklagtenstation zum Gegenanspruch, in der dessen Schlüssigkeit geprüft wird. Dann schließt sich eine weitere Klägerstation an, in der Gegenvorbringen des Klägers auf seine Erheblichkeit untersucht wird. Danach kann unter Umständen eine weitere Beweisstation notwendig werden.

6. Zweckmäßigkeitserwägungen und zusammenfassender Vorschlag

Hier gilt sinngemäß dasselbe wie bei der Beratung des Klägers.

54 Zur Kostenentscheidung bei einer Aufrechnung *Anders/ Gebhe* Handbuch für das Zivilurteil, 2. Aufl, B 333 ff

■ Zur Verwertbarkeit von präventiv-polizeilichen Erkenntnissen aus »Lauschangriffen« im Strafverfahren

»Von hinten durch die Brust ins Auge« – Die Legalisierung des »Großen Lauschangriffs« durch die Rechtsprechung des BGH?

Dr. Jan Bockemühl, Rechtsanwalt, Landshut

Kaum ein strafprozessuales Ermittlungsinstrumentarium stand – und steht – in den letzten Jahren so im Blickpunkt und wurde so heftig und kontrovers diskutiert wie der »Lauschangriff in Wohnungen«. Um so erstaunlicher ist es, daß die »Grundsatzentscheidung« des 3. Strafsenats des BGH<sup>1</sup> zur »Zulässigkeit des Großen Lauschangriffs« für fast drei Monate – sowohl von der Öffentlichkeit, als auch von der juristischen Literatur – (fast)<sup>2</sup> unbemerkt blieb. Erst ein Bericht des *Spiegel*<sup>3</sup> spülte die Entscheidung des BGH an die Oberfläche und ins Blickfeld des Verfassers.

I. Der Beschluß des 3. Strafsenats

Der Beschluß des 3. Strafsenats des BGH sei an dieser Stelle nur kurz dargestellt:<sup>4</sup> Der Generalbundesanwalt führte gegen mehrere Personen ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts von Straftaten nach den §§ 129, 129 III StGB. Das Amtsgericht M hat durch Beschluß – auf Antrag des Landeskriminalamtes Rheinland-Pfalz – die Observation von zwei Blockhütten mittels »besonderer technischer Mittel« iS von § 25 b I POG Rh-Pf in Gestalt von Minisendern gestattet. Die Anordnung diene der »Erhebung öffentlich nicht zugänglicher personenbezogener Infor-

mationen«. Der Beschluß bezog sich auf die Observation der verdächtigen Personen, sowie »auf weitere Besucher der ... genannten Blockhütten, sofern bei dem letztgenannten Personenkreis die Voraussetzungen des § 25 b I Nr 2 POG Rh-Pf vorliegen«. Dieser »präventive Lauschangriff« war auf die Dauer von sechs Wochen befristet, wurde aber in der Folgezeit zweimal für jeweils weitere acht Wochen verlängert. Während dieses »Rekord-Lauschangriffs«<sup>5</sup> erlangten die Ermittlungsbehörden auch Informationen über eine – erst jetzt ins Blickfeld geratene – weitere Person (X). Diese Informationen gingen dahin, daß X sich ebenfalls in einer kriminellen Vereinigung betätigte und für diese warb. Der Generalbundesanwalt beantragte beim Ermittlungsrichter beim Bundesgerichtshof die Durchsuchung der Wohnung von dieser Per-

1 BGH Beschluß v 7. 6. 1995 – Az StB 16/95  
 2 Inzwischen ist die Entscheidung von *Welp* NSStZ 1995, 602 ff und *Köhler* StV 1996, 186 ff, besprochen worden; auch der 20. Strafverteidigertag hat sich kritisch mit dem Beschluß auseinandergesetzt, vgl die Berichte der Arbeitsgruppen 2 und 5 in: *Strafverteidigervereinigung* (Hrsg) *Aktuelles Verfassungsrecht und Strafverteidigung*, 1996  
 3 *Der Spiegel* 42/1995, S 48 ff  
 4 Sachverhalt und Gründe sind (auszugsweise) abgedruckt in NSStZ 1995, 601 f  
 5 *Der Spiegel* 42/1995, 48

son X. Gegen den ablehnenden Beschluß des Ermittlungsrichters beim Bundesgerichtshof legte der Generalbundesanwalt Beschwerde ein. – Der 3. Strafsenat hob den Beschluß auf und gestattete die Durchsuchung der Wohnung des X. Der BGH begründete seine Entscheidung damit, daß die Weitergabe der präventiv-polizeilich erlangten Informationen aus dem »Lauschangriff« auf die Blockhütten durch § 25 c POG Rh-Pf gedeckt sei und die Verwertung der so erlangten Informationen zu *repressiven Zwecken* nicht zu beanstanden sei, da »die Weitergabe der erhobenen Informationen ... das allein Erfolg versprechende Mittel ... zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung« sei.

Die Entscheidung des BGH kann, soviel sei hier schon gesagt, nicht überzeugen.

## II. Einführung in die Problematik

Bevor wir uns mit der Entscheidung des BGH befassen wollen, soll zunächst die Problematik des sogenannten »Lauschangriffs« kurz ausgebreitet werden.

### 1. Gesetzeslage

Der Strafprozessgesetzgeber hat durch das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG)<sup>6</sup> vom 15. 7. 1992 den § 100 c in die StPO eingeführt.

#### a) Lauschangriff auf Wohnungen

Dem Wortlaut des § 100 c I Nr 2 StPO nach werden zwar das Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes schlechthin erfaßt. Eine Differenzierung danach, ob es innerhalb oder außerhalb einer Wohnung gesprochen wird, läßt sich de lege lata nicht entnehmen.<sup>7</sup>

Unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift wird jedoch allgemein angenommen, daß § 100 c I Nr 2 StPO lediglich den *nicht auf Wohnungen* geführten Lauschangriff strafprozessual legalisieren soll.<sup>8</sup> Darauf ist später noch zurückzukommen.

#### aa) Entstehungsgeschichte – Änderung der Strafprozeßkultur

Das OrgKG hat sich durch die Einführung der Ermittlungsinstrumentarien des Verdeckten Ermittlers in den §§ 110 a ff StPO und des Einsatzes technischer Mittel in § 100 c StPO eine einschneidende Änderung des Strafprozesssystems festgeschrieben.

Der Reichsstrafprozessgesetzgeber ging ursprünglich – und insoweit sei ein historischer Rückblick erlaubt – von einem auf Offenheit angelegten Strafprozeß – zumindest für die Fälle eines Personalbeweises<sup>9</sup> – aus. Die Ermittlungsinstrumente, die den Strafverfolgungsbehörden an die Hand gegeben wurden,

zeichneten sich allesamt dadurch aus, daß der von den Ermittlungen Betroffene grundsätzlich von der Tatsache, daß gegen ihn ermittelt wurde, Kenntnis erlangte.<sup>10</sup> Untersuchungshaft, Beschuldigtenvernehmung, Beschlagnahme, Durchsuchung und körperliche Untersuchungen sind Instrumente, die für den Betroffenen erkennbar sind.<sup>11</sup> Selbstredend war und ist es jedoch erlaubt, solche Zwangsmaßnahmen von Seiten der Strafverfolgungsbehörden heimlich vorzubereiten.<sup>12</sup> Die Maßnahme selbst ist jedoch dann offen und erkenntlich zu führen und der Betroffene ist zumindest in Fällen der gerichtlichen Anwendung der Maßnahme gemäß § 33 II StPO vor der Anordnung zu hören.<sup>13</sup>

Seit dem »Abhörungs-gesetz« vom 13. 8. 1968 hat die StPO einen Richtungswandel erhalten. Mit den §§ 100 a ff StPO kennt die Strafprozessordnung seither eine (erste) echte heimliche Ermittlungsmethode.

Durch das OrgKG von 1992 wurden – mit den oben genannten Vorschriften – weitere heimliche Ermittlungsmethoden in das Strafprozesssystem aufgenommen. Diese »neueren Ermittlungsmethoden« haben das Gesicht des Strafprozesssystems grundlegend geändert.<sup>14</sup> Verdeckte, heimliche Ermittlungsmethoden sind nicht mehr nur eine »systemfremde Ausnahmeerscheinung« in der Form der Telefonüberwachung, sondern finden in größerem Maße Einzug in das gesamte Strafprozesssystem. Der Einsatz Verdeckter Ermittler und der heimliche Technischeinsatz, der technikgestützte Observationen ermöglicht, flankieren die bisherige »Ausnahmeerscheinung« der Telefonüberwachung und bieten ein reichhaltiges Repertoire an heimlichen Ermittlungsmethoden für die Strafverfolgungsbehörden an.

Trotz dieser Änderungen ist von Verfassungen wegen weiterhin von dem grundsätzlichen Gebot der Offenheit staatlichen Handelns auszugehen.<sup>15</sup> Von diesem Grundsatz sind allerdings gewisse Modifikationen durchaus zulässig. Die StPO läßt zumindest kein strik-

6 BGBl I S 1302

7 Vgl Krey Rechtsprobleme des strafprozessualen Einsatzes Verdeckter Ermittler (BKA-Forschungsreihe), 1993, Rn 33

8 Hilger NSStZ 1992, 457, 462 mit Fn 95; Kleinknecht/Meyer-Gößner StPO, 42. Aufl., § 100 c Rn 1; Krey/Hau- brich JR 1992, 309, 313; Krey (Fn 7) Rn 33, 331

9 Vgl Dencker StV 1994, 667, 674; dieser Grundsatz gilt insbesondere für »Vernehmungen«, welche gemäß § 133 (»zur Vernehmung zu laden«) und § 136 StPO (»bei Beginn« der Vernehmung zu belehren) welche offen geführt werden müssen; für die Zeugen- und Sachverständigen- vernehmung gilt nach den §§ 57, 52 III, 55 II und 72 StPO entsprechendes

10 Vgl nur Lammer Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß, 1992, S 150

11 § 106 StPO sieht sogar bei der Durchsuchung die regel- mäßige Hinzuziehung des Betroffenen vor.

12 BVerfG NSStZ 1984, 228; Rogall JZ 1987, 850

13 Lammer (Fn 10) S 151

14 Ebenso Wolter ZStW 107 [1995], 804

15 Weflauer Vorfeldermittlungen, 1989, S 205 f mN

tes Verbot von heimlichen Ermittlungsmaßnahmen erkennen.<sup>16</sup> Für die heimlichen Informationseingriffe sieht das Gesetz in den §§ 101 und 110 d StPO nachträgliche Benachrichtigungspflichten vor, welche den Eingriff zumindest kompensieren sollen und so den Mindestanforderungen des rechtsstaatlichen Offenheitsgebotes genüge leisten.<sup>17</sup>

**bb) Bereichsspezifische Regelung für Ermittlungsmaßnahmen unerlässlich**

Telefonüberwachung, V-Mann-Einsatz und der Einsatz technischer Mittel dienen der Informationserlangung zu strafprozessualen Zwecken. Spätestens seit dem Volkszählungsurteil des BVerfG<sup>18</sup> ist anerkannt, daß es keine belanglosen Informationen bezüglich eines Bürgers gibt. Eingriffe in das Recht des Bürgers auf informationelle Selbstbestimmung bedürfen einer Rechtfertigung durch ein formelles Gesetz.<sup>19</sup> Strafprozessuale Zwangseingriffe sind grundsätzlich nur dann zulässig, wenn eine – über die »Generalklauseln« der §§ 161, 163 StPO hinausgehende – bereichsspezifische Regelung vorliegt.<sup>20</sup> Diesem Erfordernis einer gesetzlichen Regelung ist der Gesetzgeber für das Abhören und Aufnehmen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes durch die Einführung des § 100 a I Nr 2 StPO nachgekommen.

**2. Auslegung des § 100 c I Nr 2 StPO**

Wie bereits oben angesprochen,<sup>21</sup> erfaßt § 100 c I Nr 2 StPO vom Wortlaut her sämtliche Abhör- und Aufnahmevergänge, also auch diejenigen in oder in Wohnungen hinein.

Die – zumindest in diesem Punkt – unglückliche Regelung des § 100 c I Nr 2 StPO hat einen längeren Werdegang hinter sich. Eine gesetzliche Fixierung der bis dahin auf die Generalklauseln gestützten Ermittlungsmethoden war verfassungsrechtlich und strafprozessual indiziert.<sup>22</sup> Das StVAG 1989<sup>23</sup> nahm die Kritik der Literatur an den fehlenden bereichsspezifischen Regelungen auf und sollte diese gesetzlichen Grundlagen schaffen. Einen modifizierten Gesetzesentwurf eines OrgKG<sup>24</sup> beschloß der Bundesrat 1991. Die Bundesregierung stimmte dem Gesetzesentwurf zum OrgKG in ihrer Stellungnahme<sup>25</sup> in weiten Teilen zu und das OrgKG wurde durch den Bundestag am 4. 6. 1992 verabschiedet und der Bundesrat stimmte am 26. 6. 1992 zu. Am 22. 7. 1992 wurde das Gesetz verkündet. Der ursprüngliche Gesetzesentwurf sah für das Abhören in Wohnungen – dieser Punkt war insbesondere mit Blick auf Art 13 GG äußerst umstritten – einen Kompromiß vor.<sup>26</sup> Das Abhören und Aufnehmen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes in Wohnungen sollte im Beisein eines verdeckt ermittelnden Beamten legalisiert werden. Diese Kompromißlösung wurde jedoch nicht Gesetz. Den einen ging dieser sog »Kleine Lauschangriff« mit Blick auf Art 13 GG zu weit, andere forderten den »Großen Lauschangriff« als notwendiges Instrumentarium zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität.

griff« als notwendiges Instrumentarium zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität.

**aa) »Kleiner und Großer Lauschangriff«**

Unter »Lauschangriff«<sup>27</sup> ist – in diesem Zusammenhang – das kontrollierte Abhören und Aufzeichnen von Lebensvorgängen innerhalb einer Wohnung mittels technischer Mittel durch die Strafverfolgungsbehörden zu verstehen.<sup>28</sup> Dabei ist es unerheblich, ob das Abhören und Aufzeichnen mit Hilfe technischer Mittel von außen in die Wohnung hinein<sup>29</sup> oder aber in der Wohnung selbst erfolgt.<sup>30</sup>

In der Diskussion zum Entwurf des OrgKG wurden nun zwei Varianten eines Lauschangriffes eingebracht. Der »Kleine Lauschangriff« sollte das Aufnehmen und Abhören in Wohnungen dann legalisieren, wenn die Ermittlungen im Beisein eines Verdeckten Ermittlers geführt würden. Als »Großer Lauschangriff« wurde diejenige Variante bezeichnet, bei der die Abhör- und Aufnahmemaßnahmen auch ohne die Anwesenheit eines Verdeckten Ermittlers zulässig sein sollten.

Sowohl der »Kleine Lauschangriff« als auch der »Große Lauschangriff« wurden nicht Gesetz. Die Kritik an beiden Varianten von Seiten der Literatur und der Politik hat sich durchgesetzt und so wurde der Lauschangriff auf Wohnungen »wegen der schwierigen rechtlichen, insbesondere auch verfassungsrechtlichen Fragen« vorläufig »auf Eis gelegt«.<sup>31</sup> Der Gesetzgeber hat sich »sehenden Auges« – vorerst – gegen das Abhören und Aufnehmen in Wohnungen entschieden.

**bb) Einschränkung des § 100 c I Nr 2 StPO auf Lauschangriffe außerhalb von Wohnungen**

Der – bezüglich der Lauschangriffs-Problematik – nicht eindeutige § 100 c I Nr 2 StPO soll nach herr-

16 Lammer (Fn 10) S 150 ff, 154

17 Vgl hierzu nur Lammer (Fn 10) S 152

18 BVerfGE 65, 1 ff

19 BVerfGE 65, 1, 44; Bottke Meyer-Gedächtnisschrift, S 37, 46

20 Von diesem Grundsatz ist jedoch für Eingriffe mit Bagatelldarakter eine Ausnahme zu machen; so Lammer (Fn 10) S 29 f; SK-StPO-Wolter (Stand: Mai 1995) vor § 151 Rn 92; bei solchen geringgewichtigen Grundrechtseingriffen sind die unspezifischen Generalermittlungsklauseln der §§ 161, 163 StPO ausreichend

21 Vgl oben II 1 b

22 Hilger NSStZ 1992, 458

23 Vgl dazu ua Wolter StV 1989, 358; Dokumentation in StV 1989, 172 ff

24 BR-Ds 219/91

25 BT-Ds 12/989, S 52 ff

26 Krey (Fn 7) Rn 34 ff

27 Vgl zum »negativen Image« dieses Kompositums Zacherl DRiZ 1992, 355

28 Ebenso Glauben DRiZ 1993, 41

29 Vgl zu den technischen Möglichkeiten mittels sog Akustik-Umwandlern oder Interferenzträgern, de Lazerl Rohlff JZ 1977, 207, 208

30 Glauben DRiZ 1993, 41

31 BT-Ds 12/2720, S 5, 43

schender Auffassung nur zu Lauschangriffen *außerhalb von Wohnungen* legitimieren.<sup>32</sup> Diese – aus der Entstehungsgeschichte der Regelung begründete – »historische Reduktion« des § 100 c I Nr 2 StPO wird teilweise heftig kritisiert.<sup>33</sup> Für eine historische Auslegung des Gesetzes – nach dem Willen des Gesetzgebers – sei immer dann kein Raum, wenn die grammatische Auslegung eindeutige Ergebnisse erbringen würde.

Indes ergibt nicht nur die historische Auslegung eine notwendige Reduktion des § 100 c I Nr 2 StPO. Vielmehr greifen hier verfassungsrechtliche Überlegungen und führen zu einer zwingenden Einschränkung des Gesetzeswortlautes mittels verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift.<sup>34</sup> Stellen wir diese Überlegungen jedoch noch ein wenig zurück. Soviel sei hier nur angedeutet, daß wir uns im Bereich des Wohnungsgrundrechts aus Art 13 GG bewegen werden. Zudem sind Menschenwürde und Menschenwürdegehalt der Grundrechte betroffen.

### III. Kritik an der BGH-Rechtsprechung

Wenden wir uns nun der jüngst ins Rampenlicht geratenen Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH zu, der sich mit einem polizeilichen Grundrechtseingriff im Hinblick auf die strafprozessuale Verwertbarkeit der erlangten Erkenntnisse befaßt.<sup>35</sup>

#### 1. »Gemengelage« und »präventive Strafverfolgung«

Das Amtsgericht M hat die technische Überwachung der Blockhütten auf die polizeirechtliche Ermächtigunggrundlage des § 25 b POG Rh-Pf gestützt. Hiergegen bestehen schon gravierende Zweifel. Zwar bestanden – bezüglich der erwarteten Anschläge – Anhaltspunkte für eine Gefahrabwehr, jedoch waren sämtliche betroffenen Personen verdächtig, sich an Straftaten nach § 129 a StGB zu beteiligen. Der Verdacht einer Strafbarkeit nach § 129 a StGB – immerhin lagen gegen weitere Personen Haftbefehle vor<sup>36</sup> – bestand und machte den Sachverhalt zu einem solchen, welcher nach repressiv-polizeilichen Grundsätzen zu beurteilen ist.<sup>37</sup> Eine »Gemengelage« von präventiver und repressiver Strafverfolgung lag hinsichtlich der Verdachtstaten des § 129 a StGB nicht vor. Lediglich in Bezug auf die befürchteten Anschläge kann man von einer solchen »Gemengelage« sprechen. Liegen aber Sachverhalte mit einer sog »Doppelfunktionalität«<sup>38</sup> vor, ist nach dem Schwerpunkt der Maßnahme zu fragen.<sup>39</sup> Aus dem – in dem Beschluß mitgeteilten – Sachverhalt läßt sich jedoch kein Überwiegen der präventiv-polizeilichen Belange entnehmen. Bei einem Dauerdelikt – wie in diesem Fall der § 129 a StGB – liegen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung nah beieinander. In solchen Fällen geht es um so ge-

nannte »präventive Strafverfolgung«,<sup>40</sup> welche jedoch *Strafverfolgung* ist. Eine strafprozessuale Ermächtigungsnorm für Maßnahmen der technischen Überwachung in Wohnungen ist (zumindest noch) nicht existent.

#### 2. Rechtmäßigkeit der präventiv-polizeilichen Erkenntnis-Erlangung

Fraglich erscheint zudem, ob § 25 b POG Rh-Pf als präventiv-polizeiliche Ermächtigunggrundlage den verfassungsrechtlichen Anforderungen im Hinblick auf Art 13 GG gerecht wird.<sup>41</sup> Der BGH-Beschluß enthält sich zu dieser Frage mit dem kurzen Hinweis, daß die Anordnung der technischen Überwachung »jedenfalls wirksam und nicht offensichtlich fehlerhaft« gewesen sei. Dieser kurze Hinweis des BGH entbehrt hingegen Problembewußtsein. Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob Erkenntnisse auf rechtswidrige Art und Weise durch die Präventiv-Polizei erlangt wurden und insofern die Rechtswidrigkeit auch auf die Verwertbarkeit durchschlagen könne. In Frage stand mithin ein mögliches (unselbständiges) Beweisverwertungsverbot. Die Rechtmäßigkeit der Beweiserlangung ist deshalb für die Einschätzung der Beweismittelverwertbarkeit im Strafverfahren unumgänglich.

#### 3. Weitergabe von präventiv-polizeilich erlangten Erkenntnissen und Zweckbindung von Daten

Der BGH wendet sich vielmehr sofort der Frage nach der Verwertbarkeit der Beweismittel zu. In Frage steht mithin ein selbständiges Beweisverwertungsverbot. Hier befinden wir uns nun im Bereich der Problematik der Weitergabe von *Beweismitteln* und der Frage nach der *Zweckbindung von Informationen*.

32 Kleinknecht/Meyer-Göfner (Fn 8) § 100 c Rn 1; KK-Nack StPO, 3. Aufl., § 100 c Rn 3; Krey/Haubrich JR 1992, 313; Wolter NStZ 1993, 2; SK-StPO-Rudolph (Fn 20) § 100 c Rn 10; Hilger NStZ 1992, 462; Schelher ZRP 1994, 52; Eisenberg NJW 1993, 1037; Möhrenschlager wistra 1992, 329; Vogt Kriminalistik 1994, 387

33 Vgl nur Körner NJW 1993, 233, 237

34 Ebenso Krey/Haubrich JR 1992, 313

35 Die Problematik der Verwertbarkeit von präventiv erlangten Erkenntnissen im Strafprozeß hat bereits den 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs beschäftigt. Vgl BGH NJW 1991, 2651 m Anm Wolter Jura 1992, 520 ff

36 Darauf weist Welp NStZ 1995, 602 zutreffend hin

37 Eine analoge Anwendung der präventiv-polizeilichen Eingriffsnormen verbietet sich in diesen Fällen, vgl hierzu Knemeyer Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., S 62. Eine planwidrige Regelungslücke bei § 110 a StPO besteht hinsichtlich der *Lauschangriffe auf Wohnungen* gerade nicht. Der »Große Lauschangriff« wurde bewußt nicht Gesetz, vgl BT-Ds 12/2720, S 43; ebenso Welp NStZ 1995, 602

38 So Welp NStZ 1995, 602

39 Vgl Welp NStZ 1995, 602 Fn 5 mwN

40 Vgl hierzu Wolter Jura 1992, 525 ff

41 Vgl hierzu die umfangreiche Untersuchung von Welp NStZ 1995, 602 ff und Köhler StV 1996, 186 ff

Seit dem sogenannten »Volkszählungsurteil« des BVerfG<sup>42</sup> steht nicht mehr in Frage, daß die Weitergabe von personenbezogenen Daten an eine andere als die zur Erhebung berechnete Stelle einen selbständig zu beurteilenden neuen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung darstellt.<sup>43</sup> Die Weitergabe von solchen personenbezogenen Daten bedarf mithin einer »ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung«.<sup>44</sup> Eine solche Ermächtigung findet sich hingegen nicht in den Polizeigesetzen der Länder. Da es sich im vorliegenden Fall – wie oben dargestellt<sup>45</sup> – um Strafverfolgung im eigentlichen Sinn handelte, kommt § 25 c Rh-Pf POG als Rechtsgrundlage für eine Weitergabe der Informationen nicht in Betracht.

Um es nochmals zu betonen: Es handelte sich beim vorliegenden Sachverhalt um Strafverfolgung. Die Strafprozeßordnung ist insoweit, da sie eine abschließende Regelung des repressiven Instrumentariums bietet, ausschließlich fruchtbar zu machen. Ein Schließen der Lücke durch präventiv-polizeiliche Maßnahmen kommt mithin nicht in Betracht.<sup>46</sup> Auch ein Rückgriff auf den hypothetischen Ersatzeingriff<sup>47</sup> führen in unserem Fall nicht weiter. Dieser könnte ein präventiv-polizeiliches Vorgehen gerade nur rechtfertigen, wenn dieselben Erkenntnisse auch durch vergleichbare repressiv-polizeiliche Maßnahmen hätte erlangt werden können.<sup>48</sup> Wie wir bereits oben<sup>49</sup> gesehen haben, eröffnet die Strafprozeßordnung jedoch (noch) nicht die Möglichkeit eines heimlichen Eingriffs in Wohnungen. Eine Weitergabe der präventiv-polizeilich erlangten Erkenntnisse zu repressiven Zwecken kommt mithin nicht in Betracht.<sup>50</sup>

Als Rechtsgrundlage für die Weitergabe der personenbezogenen Daten kommt jedoch § 163 II 1 StPO in Betracht. Die Polizeibehörden sind nach dieser Vorschrift verpflichtet sämtliche Ermittlungen der Staatsanwaltschaft mitzuteilen.<sup>51</sup> Diese Mitteilungspflicht fließt aus dem Legalitätsprinzip. Eine Entscheidungsprärogative obliegt der Polizei diesbezüglich nicht. Vielmehr hat die Staatsanwaltschaft die rechtliche Bewertung der übermittelten Ermittlungen und Informationen zu treffen. Mithin steht nicht die Weitergabe der gewonnenen Informationen zur Diskussion, sondern die Frage der Verwertbarkeit der übermittelten Daten für das weitere (Straf-) Verfahren.<sup>52</sup> Mit anderen Worten obliegt der Staatsanwaltschaft die Prüfung, ob der Verwertung der übermittelten Daten im Strafverfahren ein *Beweisverwertungsverbot* entgegensteht.

Der äußerst sensible Bereich der Erhebung und insbesondere der Weitergabe von personenbezogenen Daten wird jedoch nicht nur durch das Erfordernis einer bereichsspezifischen Erhebungs- und Weitergabennorm geschützt, sondern wird zudem durch das sogenannte *Zweckbindungsgebot* gewährleistet.<sup>53</sup> Steht mithin die Verwertung von Daten im Raum, welche zu einem anderen Zweck erhoben wurden, sind dieselben Anforderungen zu stellen, die für die Erhebung in Fra-

ge stehen.<sup>54</sup> Es ist mithin abermals im Wege eines »hypothetischen Ersatzeingriffes« zu fragen, ob eine Datenerhebung auch zu *diesem Zweck* zulässig wäre.

Der BGH bemüht für diesen Zweck die Vorschrift des § 25 c I POG Rh-Pf. Dabei verkennt er freilich, daß eine landesrechtliche Vorschrift im Bereich der – hier in Frage stehenden – strafprozessualen Verwertbarkeit eines Beweismittels nicht fruchtbar zu machen ist. *Welp* führt hierzu in seiner Anmerkung des Beschlusses zutreffend aus, daß es sich bei der »gerichtlichen Verwertbarkeit von Beweismitteln um eine strafprozessuale Materie handelt, für die der Bund nach Art 74 I GG die Gesetzgebungskompetenz besitzt«.<sup>55</sup> Die Strafprozeßordnung stellt insofern eine abschließende Regelung dar, welche dem Landesgesetzgeber die Gesetzgebungskompetenz für partikulares Strafverfahrensrecht entzieht.<sup>56</sup> Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, daß die Polizeigesetze der Länder umfangreiche Weitergabevorschriften für präventiv erlangte Daten beinhalten. Denn diesbezüglich besteht Einigkeit, daß diese Weitergabevorschriften lediglich die Weitergabe zu *präventiven Zwecken* umfassen.<sup>57</sup>

#### 4. Verwertung von präventiv-polizeilich erlangten Erkenntnissen im Strafprozeß

Die Verwertung von präventiv-polizeilich erlangten Erkenntnissen zum Zweck der Strafverfolgung stellt jedoch einen selbständigen, erneuten Eingriff in die (Grund-) Rechte des Betroffenen dar. Die Verwertung der Erkenntnisse aus dem präventiv-polizeilichen »Lauschangriff« führt zur erneuten Kenntnisnahme der durch Art 13 GG geschützten Gesprächsinhalte,<sup>58</sup> welcher als neuer, selbständiger Eingriff in Grundrechte einer eigenständigen Rechtfertigung bedarf.<sup>59</sup>

42 BVerfGE 65, 1 ff

43 Vgl hierzu *Ernst* Verarbeitung und Zweckbindung von Informationen im Strafverfahren, 1993, S 149 ff

44 BVerfGE 65, 1, 44, 51, 61

45 Vgl oben II 1

46 *Knemeyer* (Fn 37) S 62

47 Vgl hierzu *Wolter* ZStW 107 (1995), 812, 818 f

48 Vgl zum sog *qualifizierten hypothetischen Wiederholungseingriff* *Wolter* ZStW 107 (1995), 812 f

49 Vgl oben II 3

50 Ebenso *Wolter* ZStW 107 (1995), 840, der allerdings im Rahmen seiner Überlegungen zum hypothetischen Ersatzeingriff sein Ergebnis auf die Verfassungswidrigkeit des repressiven »Großen Lauschangriffs« stützt

51 *Kleinknecht/Meyer-Gößner* (Fn 8) § 163 Rn 25

52 Ebenso *Welp* NStZ 1995, 603

53 Vgl zum *Zweckbindungsgebot* *Ernst* (Fn 43) S 125, 153 ff

54 *Ernst* (Fn 43) S 155; ebenso *Welp* NStZ 1995, 603 bei Fn 14 mwN

55 *Welp* NStZ 1995, 603 mN

56 Darauf weist auch *Köhler* StV 1996, 187 zutreffend hin

57 Ebenso *Welp* NStZ 1995, 603; vgl für Rheinland-Pfalz *Roos* POG Rh-Pf, 1995, § 25 b Rn 5; für Bayern *Bernerl Köhler* PAG, 14. Aufl, Art 40 Rn 2

58 *Welp* NStZ 1995, 603

59 *Alsberg/Niisel/Meyer* Der Beweisanspruch im Strafprozeß, 5. Aufl, 513 mN

Zwar ist das Gericht gem § 244 II StPO zur umfassenden Aufklärung des Sachverhaltes gehalten, jedoch besteht diese *Aufklärungspflicht* nur im Rahmen eines rechtsstaatlichen Verfahrens.<sup>60</sup> Die grds allumfassende Aufklärungspflicht des Gerichts wird ua durch Beweisverwertungsverbote beschränkt.

Bundesrechtliche, strafprozessuale Normen, welche die Auswertung und Verwertung von präventiv-polizeilich erlangten Erkenntnissen regeln, fehlen hingegen.<sup>61</sup> Jedoch können sich auch Beweisverwertungsverbote direkt aus dem Grundgesetz ergeben.<sup>62</sup> Verfassungsrechtliche Verwertungsverbote sind namentlich dann anzunehmen, wenn die Verwertung des Beweismittels in den Kernbereich und/oder Menschenwürdegehalt eines speziellen Grundrechts eingreift.<sup>63</sup>

Ins Blickfeld unserer Betrachtung gerät nunmehr Art 13 GG als Prüfungsmaßstab für die Verwertung der erlangten Erkenntnisse.<sup>64</sup> Nach Art 13 I GG ist die Wohnung unverletzlich. Der Begriff der »Wohnung« ist weit auszulegen<sup>65</sup> und umfaßt ohne jeden Zweifel auch die fraglichen Blockhütten im vorliegenden Fall. Einschränkungen des Wohnungsgrundrechts sind nur nach Maßgabe des Art 13 II und III GG zulässig.<sup>66</sup>

Eine nach Art 13 II GG zulässige »Durchsuchung« liegt bei einem Lauscheingriff hingegen nicht vor. Das Abhören eines Gespräches in Wohnungen fällt nach einhelliger Auffassung gerade nicht in diesen Bereich,<sup>67</sup> da im Abhören – aufgrund der Heimlichkeit und der damit verbundenen anderen Qualität des Eingriffs – gerade keine *offene Durchsuchung* iS von Art 13 II GG zu erblicken ist.<sup>68</sup>

Auch Art 13 III GG reicht für eine Eingriffsrechtfertigung nicht aus, da hiervon nur Eingriffe zur Gefahrabwehr gedeckt werden. Als Eingriffsrechtfertigung für Maßnahmen repressiver Art kann Art 13 III GG nicht herangezogen werden.<sup>69</sup>

## 5. Fazit

Als Ergebnis bleibt festzuhalten: Ein Abhören von Wohnungen zu repressiven Zwecken ist – zumindest nach der momentanen Verfassungsrechtslage – unzulässig.<sup>70</sup>

Damit ist aber auch das Ergebnis hinsichtlich der Entscheidung des 3. Strafsenats gefunden. Mangels Regelung und Regelbarkeit – aufgrund der (momentanen) Verfassungslage – von Weitergabe- und Verwertungsverbote im Strafprozessrecht ist die Verwertung von präventiv-polizeilichen Erkenntnissen zu strafprozessualen Zwecken unzulässig.<sup>71</sup> Die vorliegende Entscheidung des BGH umgeht die verfassungsrechtlichen Erfordernisse im Hinblick auf das durch Art 13 I GG gewährleistete Wohnungsgrundrecht in unzulässiger Weise und »verwischt die Grenzen« zwischen Strafprozeß- und Polizeirecht.<sup>72</sup> Der »Große Lauschangriff« ist auch durch die »Hintertür des Polizeirechts« von Verfassungen wegen nicht zulässig. Eine Verwertung von präventiv-polizeilichen Erkenntnissen nach Weitergabe der Informationen an die Staatsanwaltschaft zu repressiven Zwecken höhlt die verfassungsrechtlichen Schranken unzulässig aus und ist deswegen nicht gangbar.

60 Kleinknecht/Meyer-Goßner (Fn 8) Einl Rn 50; BGHS 14, 358, 365

61 Welp NSStZ 1995, 603 weist zutreffend darauf hin, daß solche Auswertungsvorschriften lediglich für geheimdienstliche Maßnahmen bestehen

62 Kleinknecht/Meyer-Goßner (Fn 8) Einl Rn 56 ff

63 Klug 46. DJT, 1966, Bd II, F 37 nennt insbes die Art 4, 5, 10, 13 und 14 GG

64 Auch für die Verwertung der Erkenntnisse ist auf Art 13 GG abzustellen

65 v. Münch/Kunig-Kunig GG, 4. Aufl, Art 13 Rn 10 ff

66 v. Münch/Kunig-Kunig (Fn 65) Art 13 Rn 16, 22

67 Vgl nur Glauben DRiZ 1993, 41

68 Ebenso Eisenberg NJW 1993, 1038; Glauben DRiZ 1993, 41; Hilger NSStZ 1992, 462; Krey/Haubrich JR 1992, 313; Paeffgen in: Wolter (Hrsg) Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, 1995, S 36 f; Schelter ZRP 1994, 55; aA Guttenberg NJW 1993, 569, Ransiek GA 1995, 30

69 Eisenberg NJW 1993, 1038; Glauben DRiZ 1993, 41; Krey/Haubrich JR 1992, 313; Liskin ZRP 1993, 123 f; Paeffgen (Fn 68) S 37 ff; Schelter ZRP 1994, 55

70 Vgl zu den Möglichkeiten und Problemen der erforderlichen Grundgesetzänderung Eisenberg NJW 1993, 1038 f; Glauben DRiZ 1993, 41 f; Liskin ZRP 1993, 123; Zachert DRiZ 1992, 355 f

71 Wolter ZStW 107 (1995), 840; ders (Hrsg) Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, 1995, S 278

72 Schmidt-Jortzig in: Der Spiegel 3/1996 S 79, ebenso Köhler, StV 1996, 187