

BUCHBESPRECHUNGEN

Dominik Brodowski: Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafverfahrensrecht

von OStA Dieter Kochheim

2016, Mohr Siebeck, Tübingen, ISBN 978-3-16-154302-9, S. 649, Euro 124,00

Das Werk ist eine mächtige und gleichzeitig herausragende Dissertationsschrift auf dem Stand vom September 2015. Sie unternimmt – auf alles im Allen 682 Seiten und mit einem nahezu erschlagenden Quellenapparat – einen Rechtsgebietsvergleich, der sich von üblichen Rechts(ordnungs)vergleichen abhebt und die Verfahrensordnungen des Polizei- und des Strafverfahrensrechts im Zusammenhang mit verdeckten technischen Überwachungsmaßnahmen betrachtet, bewertet und einen besonderen Blick auf die gegenseitige Verwertbarkeit von Erkenntnissen wirft, die die jeweils eine Verfahrensordnung erhebt und die andere für die Wahrnehmung ihre eigenen Aufgaben übernehmen darf. Dieser Aspekt wird verfassungsrechtlich als *hypothetischer Ersatzeingriff* diskutiert.¹

Das Polizeirecht ist wegen seiner allgemeinen Formen Landesrecht, das besonders im Hinblick auf die Bundespolizeien und die Zollfahndung bundesrechtlich ausgestaltet ist. Daneben befassen sich auch verfassungsschutz- und nachrichtendienstliche Gesetze mit den technischen Überwachungsmaßnahmen, die eher eine Nähe zum Polizei- als zum Strafverfahrensrecht aufweisen. *Brodowski* beschränkt sich zu Recht auf das formenvielfältige Polizeirecht und stellt in den Vordergrund den Bezug, den es zum Strafverfahrensrecht hat: Die präventive, also polizeirechtliche Erkenntnisgewinnung über geplante, absehbare und befürchtete Straftaten einerseits und die repressive Aufklärung von Straftaten nach Maßgabe des Strafverfahrensrechts andererseits, die im Zusammenhang mit verdeckten Ermittlungen immer auch eine präventive Perspektive wegen erst noch geplanter Straftaten hat.

Im zweiten und dritten Teil des Buches betrachtet *Brodowski* die polizei- und strafverfahrensrechtlichen Instrumente für verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen. Dem Polizeirecht attestiert er eine zunehmende „Rückbesinnung ... an die Abwehr konkreter Gefahren“

(S. 40) im polizeirechtlichem Sinne (S. 89), wobei er anschaulich zwischen „hinreichenden“, „dringenden“, „gegenwärtigen“ sowie „unmittelbar bevorstehenden“ Gefahren unterscheidet und auf die subjektive „Sicht eines verständigen Polizeibeamten“ abstellt (S. 90).

Das Werk wurde vor dem Urteil des *BVerfG* zum aktuellen BKA-Gesetz² abgeschlossen und das ist *Brodowski* nicht vorzuwerfen. Ungeachtet dessen muss vorausgeschickt werden, dass besonders die technischen Überwachungsmaßnahmen nicht nur im Lichte der Verfahrensordnungen, sondern besonders wegen ihrer verfassungsrechtlichen Voraussetzungen und Grenzen betrachtet werden müssen, deren Meilensteine die Begrenzungen und Richtervorbehalte in Art. 10 Abs. 2 (Postgeheimnis und Telekommunikation) und Art. 13 Abs. 2 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung) sowie die vom Volkszählungsurteil hervorgehobenen Persönlichkeitsrechte (informationelle Selbstbestimmung)³ und das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme sind.⁴ Das hat *Brodowski* im Blick und beschreibt ausgiebig die Quellen für technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafverfahrensrecht. Nach meinem Eindruck lässt er jedoch die unterschiedlichen Eingriffstiefen der technischen Überwachungsmaßnahmen unbeachtet, indem er im Weiteren bevorzugt auf die Überwachung der Telekommunikation anspricht, auf die akustische Wohnraumüberwachung (großer Lauschangriff) und nebenbei auch auf die Quellen-TKÜ (S. 192 f.). Dabei betrachtet *Brodowski* die Quellen-TKÜ als strafverfahrensrechtlich unzulässig und beschränkt sich bei seiner Aussage auf wenige Quellen ohne inhaltliche Auseinandersetzung mit ihnen. Solange er damit nur ein Unbehagen formuliert, liegt er im Einklang mit dem *BVerfG*,⁵ das die Maßnahme letztlich doch nicht beanstandet hat.⁶

Den vierten Teil seines Buches widmet *Brodowski* der Gemengelage zwischen polizei- und strafverfahrensrechtlichen Eingriffsbefugnissen, die seit Jahrzehnten problembelastet und streitig sind. Nach klassischem Verständnis

¹ Auch Doppeltürmodell, Schwellengleichheit: *BVerfG*, Beschl. v. 24.1.2012 – 1 BvR 1299/05, Rn. 123; zur Zweckänderung im Strafverfahrensrecht selber: *BGH*, UrT. v. 27.11.2008 – 3 StR 342/08, Rn. 13.

² *BVerfG*, UrT. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09.

³ *BVerfG*, UrT. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83.

⁴ *BVerfG*, UrT. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, 595/07.

⁵ *BVerfG*, UrT. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, 595/07, Rn. 188.

⁶ *BVerfG*, UrT. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966, 1140/09, Rn. 234.

vom Strafverfahren endet die Prävention, sobald ein Anfangsverdacht für eine strafbar versuchte oder vollendete Straftat vorliegt, so dass die Eingriffsmaßnahme „selbst im Fall einer ‚Gemengelage‘ ... einheitlich an den Regelungen der StPO zu messen“ ist.⁷ Dem widerspricht *Brodowski*, indem er hervorhebt, dass „die Gefahrenabwehr ... erst dann [endet], wenn sich ein Schaden [im Sinne des Polizeirechts] bereits vollständig entwickelt hat oder dieser endgültig abgewendet werden konnte“ (S. 115). Daraus schließt er unter Hinweis auf die Anlage E zu den RiStBV (Informanten, Vertrauenspersonen usw.) auch, dass die Strafverfolgung im Interesse des Selbstschutzes des Beamten und der laufenden Maßnahme vorübergehend zurückgestellt werden darf (S. 116), soweit nicht übergeordnete Rechtsgüter gefährdet werden (Gesundheit, Leben). Der Widerspruch löst sich auf, wenn man die Einsatzart in dem vom *BGH* behandelten Fall betrachtet, die sich von einer beobachtenden Vertrauensperson zum aktiven Lockspitzel im Zusammenhang mit einer Straftat und einem Scheinkauf wandelte. Mutig ist seine Argumentation wegen des Zurückstellens von Ermittlungsmaßnahmen, weil er den Aspekt der Eigensicherung im Zusammenhang mit verdeckten personalen Ermittlungen aus einer Verwaltungsvorschrift hervorhebt, um das gesetzliche Legalitätsprinzip wenigstens zeitlich zu verschieben. Ohne eine Güterabwägung im Einzelfall wird man dem nicht folgen können.

Unter § 12 vergleicht *Brodowski* die Schutzgüter, die im Polizei- und im Strafverfahrensrecht die Voraussetzungen für technische Eingriffsmaßnahmen geben. Sie sind weitgehend gleich (Leben, Gesundheit und Freiheit der Person sowie der Bestand der verfassungsrechtlichen Ordnung), weisen aber im Detail deutliche Unterschiede auf: „So ist etwa die schlichte Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) ebenso wenig Katalogtat wie Körperverletzungsdelikte (§§ 223 ff. StGB); so sind mit gewissen Katalogtaten keine dieser spezifischen polizeirechtlichen Gefahren verbunden“ (S. 593). Die Erklärung dafür ist einfach: Das Strafverfahrensrecht orientiert sich nicht am Rechtsgut als solches, sondern an der Schwere der kriminellen Ausformung. Der Gesetzgeber hat sich dazu entschlossen, die Grundformen der Freiheitsberaubung und der Körperverletzung als mittlere Kriminalität zu behandeln und mit Freiheitsstrafen bis zu fünf Jahren zu bedrohen. Die TKÜ setzt dagegen eine schwere Kriminalität voraus, die mit höherer Freiheitsstrafe bedroht ist, und der große Lauschangriff sogar eine besonders schwere Kriminalität, wie auch in seinem eigenen Straftatenkatalog zum Ausdruck kommt.

Recht hat *Brodowski* hingegen damit, dass die schwere Kriminalität, auf die der Straftatenkatalog des § 100a Abs. 2 StPO abstellt, häufig Serienstraftaten betrifft, bei denen die Aufklärung begangener Straftaten (Repression) einher geht mit der Verhinderung geplanter und noch erst versuchter Straftaten (Prävention), so dass bei dieser Form

der Prävention das Polizei- und das Strafverfahrensrecht dieselben technischen Überwachungsmaßnahmen eröffnen (S. 218 f.). Eine praktische Lösung präsentiert *Brodowski* nicht und spricht abschließend von „einem (weichen) Gesamtabwägungsmaßstab“ mit einer Tendenz zugunsten des Polizeirechts (S. 591; §§ 13, 19, 20), die ich nicht teile.

Im fünften Teil betrachtet *Brodowski* die rechtshilfe- und europarechtlichen Rahmenbedingungen, aus denen er nur wenige Erkenntnisse ableitet, um im abschließenden sechsten Teil ein einheitliches operatives Ermittlungsrecht zu diskutieren. Sehr hilfreich – und nötig – sind dabei seine Zwischenfazite, mit denen er seine Arbeitsergebnisse schrittweise zusammenfasst und fortschreibt, bis er in seiner Schlussbetrachtung ab S. 585 eine konzentrierte Gesamtschau unternimmt. Allein sie umfasst 15 Seiten und verschafft einen glänzenden Überblick.

Die Zwischenergebnisse sind vielfältig und können an dieser Stelle nicht vollständig wiedergegeben werden. Ich beschränke mich deshalb auf die wesentlichen Ergebnisse des Werkes.

Das Problem der Gemengelage interessiert *Brodowski* unter einem anderen Aspekt weitaus mehr: Wie sind „doppelfunktionale“ Eingriffsmaßnahmen wegen ihrer unterschiedlichen Voraussetzungen und dem Verwertungsinteresse in der jeweils anderen Verfahrensordnung zu behandeln und zu harmonisieren?

Den damit verbundenen Einzelfragen widmet *Brodowski* einen breiten Raum. Im Ergebnis stellt er beim aktuellen Stand des Rechts breite Überschneidungen zwischen den beiden Verfahrensordnungen fest, welche „sich auch zu einer (bedenklichen) Auffangfunktion des einen Rechtsgebiets für das jeweils andere nutzen lässt“ (S. 594; 352 ff.). Das lässt Additionseffekte (S. 354), eine Fragmentierung des Rechts (verschiedene gerichtliche Zuständigkeiten) und schließlich eine gewisse Beliebigkeit bei der Wahl der Verfahrensordnung befürchten, die als Grundlage für eine Überwachungsmaßnahme gewählt wird („Befugnisshopping“; S. 355). Dadurch fehlt es bereits an klaren Maßstäben für den Übergang vom verdeckten zum offenen (Ermittlungs-) Verfahren, für die Auslösung von Mitteilungspflichten (zum Beispiel in § 101 StPO) und zur Begrenzung additiver Grundrechtseingriffe.⁸ *Brodowski*s Bedenken lassen sich fortführen: Es fehlt auch ein gemeinsames polizeiliches und staatsanwaltschaftliches Verfahrensregister, dessen Abgleich das *BVerfG* zur Pflicht für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren im Hinblick auf den großen Lauschangriff gemacht hat.⁹ „Besondere Schwächen“ sieht *Brodowski* schließlich in beiden Verfahrensordnungen „bei der präventiven wie nachträglichen Kontrolle sowie bei der Ahndung von Fehlverhalten der Ermittlungspersonen bei rechtswidrigen Überwachungsmaßnahmen“ (S. 534 ff., 597).

⁷ *BGH*, Urt. v. 18.11.1999 – 1 StR 221/99, Rn. 52; Lockspitzel, Scheinkauf.

⁸ „Rundumüberwachung“ durch die Kombination verschiedener Überwachungsmaßnahmen, die dadurch eine besondere Eingriffsqualität erlangen; *BVerfG*, Urt. v. 3.3.2004 - 1 BvR 2378/98, Rn. 150.

⁹ *BVerfG*, Urt. v. 12.4.2005 - 2 BvR 581/01, Rn. 62.

Infolge dessen diskutiert *Brodowski* die bisherigen Lösungsansätze für die Harmonisierung der beiden Verfahrensordnungen. Dazu arbeitet er sechs „verfassungsrechtliche ... und regulatorische ... Funktionen“ (siehe zusammenfassend S. 597 f.) und „zwölf Leitfragen einer gesetzlichen Regelung verdeckter technischer Ermittlungsmaßnahmen“ heraus (siehe zusammenfassend S. 598).

„Eine Aufgabe der Trennung zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei ist mit den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen nicht vereinbar und erscheint auch nicht als geboten“ (S. 598, 553 ff.). Sie scheitert zunächst an den unterschiedlichen Gesetzgebungskompetenzen. Die Gesetzgebung ist grundsätzlich den Ländern zugewiesen (Art. 70 Abs. 1 GG) und dem Bund nur im Wege der konkurrierenden oder ausschließlichen Kompetenz (Art. 72, 73 GG). Wenn der Bund zulässig seine Kompetenz ausübt, bricht Bundesrecht das Landesrecht (Art. 31 GG; siehe auch Art. 102 GG versus Art. 21 Abs. 1 S. 2 der Verfassung des Landes Hessen). Im Hinblick auf das Polizeiwesen ist dem Bund jedoch nur die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz wegen der länderübergreifenden Terrorismusabwehr und wegen der Zusammenarbeit der Polizeien zugewiesen (Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a, 10 GG). Daran scheitert ein bundeseinheitliches (m.m.W.) „Eingriffsmaßnahmenverfahrensgesetz“. Dagegen spricht auch – in gewissen Grenzen – die Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 GG). Während die Polizei der vollziehenden Gewalt zugehört, hat die Staatsanwaltschaft eine Doppelfunktion, weil sie als Exekutive auch der rechtsprechenden Gewalt zugeordnet ist.

Unter der „großen Lösung“ soll der Staatsanwaltschaft „die Gesamtverantwortung für die operative Führung der Ermittlungen zugewiesen“ (S. 599, 562 ff.) und die justizielle Kontrolle nicht nur vereinheitlicht, sondern vor allem auch gestärkt werden. Dagegen steht die „kleine Lösung“ (S. 575 ff.), „bei der die Ermittlungsmaßnahmen noch weitergehend als bisher aufeinander abgestimmt werden sollten, insbesondere aber auch hier die Staatsanwaltschaft bei der Vornahme polizeirechtlicher verdeckter technischer Überwachungsmaßnahmen mit einbezogen werden sollte, wie es bislang nur § 23 Abs. 7 ZFdG in dieser Deutlichkeit vorsieht“ (S. 599). Sie würde zu einer Vereinheitlichung des Rechtsweges und dazu führen, dass die Beliebigkeit bei der Wahl der Verfahrensordnung entfiel. Im Ergebnis fordert *Brodowski* eine grundlegende Reform des Strafverfahrensrechts, „um dieses und dessen Anwendung in der Praxis den ineinander verschränkten Idealen wieder näherzubringen, denen es in einem liberalen, demokratischen Verfassungsstaat verpflichtet sein sollte:

- Achtung der Beschuldigtenrechte
- Rechtsstaatlichkeit und Verhältnismäßigkeit
- Gewährleistung von Freiheitsräumen der Bürger“ (sic!, S. 600).

Kritik

Allein schon *Brodowskis* Ausführungen zum hypothetischen Ersatzeingriff sind lesenswert und erhellend. Sie haben jedenfalls mein Hintergrundwissen deutlich erweitert und allein das ist ein Wert für sich. Darüber hinaus präsentiert *Brodowski* eine Zusammenfassung des vielgestaltigen Polizeirechts, die allein für sich betrachtet bemerkenswert ist.

Brodowski konzentriert sich auf die wissenschaftliche (akademische) Auseinandersetzung und bemängelt zum Beispiel zu Recht, dass „Erkenntnisse aus verdeckten technischen Überwachungsmaßnahmen häufig nicht oder nur ergänzend zur Beweisführung in strafrechtlichen Hauptverhandlungen eingesetzt“ werden (S. 195, 589 f.), obwohl der „Spurenansatz“ grundsätzlich auch die polizeilichen Erkenntnisse über Hintergründe und kriminelle Strukturen im Strafverfahren verwertbar macht.¹⁰ Mit dieser verfassungsrechtlich zulässigen Durchbrechung des hypothetischen Ersatzeingriffs geht *Brodowski* etwas unbeholfen um: Der *Strengbeweis* gilt für die gerichtliche Überzeugungsbildung, auf der die Verurteilung beruht (§ 261 StPO), der *Freibeweis* für alle Entscheidungen im Ermittlungsverfahren und in der Hauptverhandlung, „die der Urteilsfindung vorausgehen“ (§ 305 StPO). Das führt dazu, dass polizeiliche Erkenntnisse, die etwa durch eine Onlinedurchsuchung gewonnen wurden, zwar nicht als Vollbeweis (= Strengbeweis) gegen einen Angeklagten verwendet werden dürfen, wohl aber als tatsächlicher Anhaltspunkt (= Spur), um andere Eingriffsmaßnahmen zu begründen. Auch an anderer Stelle streift *Brodowski* dieses Thema, wenn er die Formenstrenge und Behäbigkeit der Internationalen Rechtshilfe in strafrechtlichen Angelegenheiten bemängelt und den vereinfachten polizeilichen Informationsaustausch nach Maßgabe der „Schwedischen Initiative“ positiv hervorhebt (S. 454 ff.).

Seine Arbeit ist an akademischen Maßstäben zu messen und sie gibt damit keinen Anlass zur Kritik. Unter praktischer Betrachtung ist hingegen zu fragen, was „formlose“ polizeiliche Auskünfte und Einschätzungen für den Strengbeweis bringen (= nichts) und welche Alternative zur aus der Diplomatie abgeleiteten internationalen Rechtshilfe besteht (vorerst = keine). „Schengen“ läuft gut und wegen aller anderen internationalen Erkenntnisquellen kann die Strafverfolgung nur das leisten, was möglich ist.

Eingriffsmaßnahmen im Polizei- und im Strafverfahrensrecht reichen von der öffentlichen und offenen Informationsbeschaffung (Recherche in öffentlichen Quellen, Befragungen, Auskunftersuchen) bis hin zu verdeckten Ermittlungen, die beim Datenabgleich anfangen (§§ 98a, 98c StPO) und über Beschlagnahmen bei Dritten (§§ 94 Abs. 2, 99 StPO) bis zu den geheimen Einsätzen von Personen (Informanten, Vertrauenspersonen, Nicht offen ermittelnde Polizeibeamte – NoeP, Verdeckte Ermittler) und eben den technischen Überwachungsmaßnahmen reichen. *Brodowski* konzentriert sich auf die technischen

¹⁰ BVerfG, Urt. v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, 1084/99, S. 64; BVerfG, Beschl. v. 25.4.2005 – 2 BvR 866/05, Rn. 4.

Überwachungsmaßnahmen, die in der Tradition der Rechtsprechung des *BVerfG* die tiefsten Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte bilden. Damit blendet er das durchaus problematische Feld der (bezahlten) „Polizeispitzel“ aus. Das ist unter wissenschaftlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden, schränkt jedoch die Perspektive bei der Gesamtbetrachtung ein.

Tiefe des Eingriffs bei technischen Überwachungsmaßnahmen

Probleme bereitet mir *Brodowskis* verengter Maßstab bei der Betrachtung der technischen Ermittlungsmaßnahmen selber, weil er sich weitgehend auf die Überwachung der Telekommunikation und die akustische Wohnraumüberwachung konzentriert. Dabei vernachlässigt er nach meinem Eindruck die niederschweligen technischen Überwachungsmaßnahmen (Auskünfte, Observationstechnik und andere). Sie hätten ihn dazu veranlasst, auch die TKÜ und den großen Lauschangriff differenzierter zu betrachten, wobei sich die TKÜ (schwere Kriminalität) vom großen Lauschangriff (besonders schwere Kriminalität) ganz deutlich absetzt.

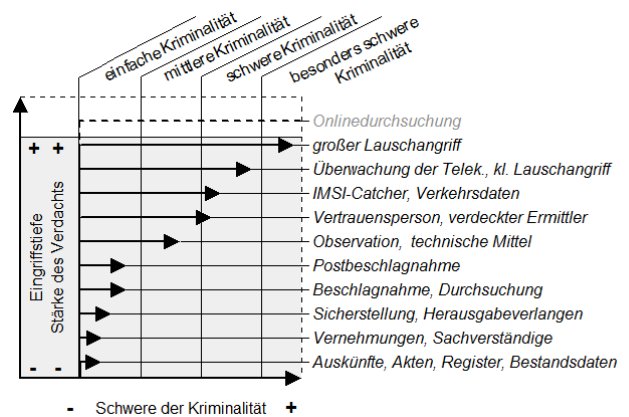
Der Prüfungsmaßstab des *BVerfG* zu den Grundrechtseingriffen lässt sich grob zusammenfassen und ist ein konkretisierter Leitfaden für die praktische Prüfung der Verhältnismäßigkeit:¹¹

- 1) Tiefe des Eingriffs im Einzelfall. Nur oberflächlich wirkende Eingriffe werden zum Beispiel von der Ermittlungsgeneralklausel des § 161 Abs. 1 StPO gerechtfertigt und verlangen nach keiner besonderen Eingriffsbefugnis.¹²
- 2) Schwere der Kriminalität. „Schwere Kriminalität“ sind solche Erscheinungsformen, die mit einer Höchststrafe von mehr als 5 Jahren bedroht sind¹³ und das sind – auch ungeachtet ihrer tatsächlichen Strafdrohung – alle Straftaten, die im Katalog des § 100a Abs. 2 StPO aufgeführt sind. Nur „besonders schwere“ Formen der Kriminalität rechtfertigen einen großen Lauschangriff und eine Onlinedurchsuchung, wie wir seit dem Urteil zum BKA-Gesetz wissen.¹⁴
- 3) Fehlen einer Alternative. Dieser Gesichtspunkt hat eine tatsächliche und eine zeitliche Ausrichtung, die die Verhältnismäßigkeit in ihrem Kern betreffen. Wenn eine notwendige Erkenntnis nur mit einer bestimmten Eingriffsmaßnahme gewonnen oder abgesichert werden kann, dann ist sie – vorbehaltlich ihrer übrigen Voraussetzungen – gerechtfertigt. Die Strafverfolgungsbehörden sind zudem zur Sicherung vergänglicher Spuren verpflichtet (§ 143 Abs. 2 GVG, § 160 Abs. 2 StPO). Das führt zu absurden Eingriffen, weil der Gesetzgeber zum Beispiel auf eine stabile Vorratsdatenspeicherung verzichtet hat:

Wenn der Staatsanwalt zunächst klärende Ermittlungen durchführen könnte, dann könnte er womöglich auf die Erhebung von Geodaten (Funkzellendaten) verzichten. Wenn diese jedoch nach wenigen Tagen gelöscht werden, dann muss er sie sichern, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen zu ihrer Erhebung bestehen. Eine Begrenzung des Eingriffs erfolgt dann dadurch, dass nur solche Bestands- und Verkehrsdaten deanonymisiert werden, die tatsächlich einen Rückschluss auf den Täter zulassen.

- 4) Streubreite. Der Grundrechtseingriff ist desto unangemessener je breiter er auch Unbeteiligte trifft.¹⁵ Das betrifft besonders die Rasterfahndung, die Funkzellendaten und die Vorratsdatenspeicherung als solche.

Danach ergibt sich eine hier grafisch dargestellte Gewichtung der verschiedenen Eingriffsmaßnahmen nach Maßgabe des Strafverfahrensrechts:



Bezogen auf die verdeckten technischen Eingriffsmaßnahmen stellt das Strafverfahrensrecht verschiedene Instrumente zur Verfügung, deren Einsatzvoraussetzungen besonders im Hinblick auf die Eingriffstiefe, die Schwere der verfolgten Kriminalität und der unvermeidbaren Streubreite gestaffelt sind. Auf den niederschweligen Ebenen sind technikbezogene Auskünfte und die Datenbeschlagnahme angesiedelt.

Ein Beispiel für eine zulässige Zweckänderung sind die Bestandsdatenauskünfte, die mit dem § 100j StPO 2013 eine neue Ausformung bekommen haben und ein anschauliches Beispiel für das von *Brodowski* sehr gut herausgearbeitete Doppeltürmodell geben (S. 137). § 113 TKG „öffnet“ zunächst die nach dem Telekommunikationsrecht erhobenen Daten für die Strafverfolgung (§ 113 Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1 TKG) und § 100j StPO öffnet die zweite Tür zum Strafverfahrensrecht (§ 100j Abs. 1 StPO) und erweitert sie mit der Befugnis, für die Bestandsdaten im Zusammenhang mit dynamischen IP-Adressen auch auf die gespeicherten Verkehrsdaten zuzugreifen (Vor-

¹¹ *BVerfG*, Beschl. v. 16.6.1981 – 1 BvR 1094/80, Rn. 40, 4.

¹² Beschlagnahme von Daten beim Rechtsanwalt und von E-Mail-Accounts; *BVerfG*, Beschl. v. 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02, Leitsatz 2; *BVerfG*, Beschl. v. 16.6.2009 – 2 BvR 902/06.

¹³ *BVerfG*, Urt. v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/97, 1084/99, Rn. 238.

¹⁴ *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 115, 210.

¹⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 17.2.2009 – 2 BvR 1372, 1745/07, Rn. 29.

ratsdaten; § 100j Abs. 2 StPO). Denselben Weg beschreibt die neue Fassung des wegen ihres eingeschränkten Straftatenkatalogs völlig praxisuntauglichen § 100g StPO wegen der rekursiven Vorratsdatenerhebung.

Auf der Ebene der „Sicherstellung“ ist die E-Mail-Beschlagnahme angesiedelt, die jedenfalls nach der Ansicht des *BVerfG* mit den klassischen Instrumenten der Herausgabe (§ 95 Abs. 1 StPO), Sichtung (§ 110 Abs. 1 StPO) und abschließender Beschlagnahme (§ 98 StPO) erhoben werden dürfen.¹⁶

Verdeckte technische Maßnahmen im engeren Sinne sind bereits im Hinblick auf die erhebliche Kriminalität zugelassen, wofür der maschinelle Datenabgleich (§ 98c StPO), die Rasterfahndung (§ 98a StPO) und der Einsatz technischer Observationsmittel Beispiele geben (§ 100h Abs. 1 StPO). Strengere Voraussetzungen verlangen schließlich die akustische Überwachung außerhalb von Wohnräumen (kleiner Lauschangriff; § 100f StPO) und die Überwachung der Telekommunikation (§ 100a StPO), die erst im Zusammenhang mit den Formen der schweren Kriminalität zulässig und wenn sie im Straftatenkatalog des § 100a StPO aufgeführt sind.

Über die größte Eingriffstiefe verfügen die akustische Wohnraumüberwachung (großer Lauschangriff; § 100c StPO), die sich nur der besonders schweren Kriminalität öffnet, und die vom Strafverfahrensrecht nicht zugelassene Onlinedurchsuchung, soweit sie nicht nur die Telekommunikation betrifft (Quellen-TKÜ).

Diese Differenzierung zwischen erheblichen Delikten wegen der technischen Observationsmittel, ihren schweren Formen im Hinblick auf den kleinen Lauschangriff und der Überwachung der Telekommunikation sowie schließlich die besonders schweren im Zusammenhang mit dem großen Lauschangriff kommt bei *Brodowski* nach meinem Eindruck zu kurz. Das führt dazu, dass er die TKÜ und den großen Lauschangriff als prinzipiell gleichwertig behandelt, was sie im Hinblick auf ihre Eingriffstiefe nicht sind. Nicht zuletzt kommt das in den besonders strengen Anordnungsvoraussetzungen für den großen Lauschangriff, dem engen Straftatenkatalog in § 100c Abs. 2 StPO, den verkürzten Berichtspflichten und den strengen Verwertungsgrenzen zum Ausdruck. Sie tragen nachhaltig dazu bei, dass der große Lauschangriff nur in wenigen Fällen eingesetzt wird.¹⁷

Vereinheitlichung des Eingriffsrechts

Das klassische (preußische) Polizeirecht kann zum Beispiel durch Bau- und Gewerbeverbote Existenzen gefährden und vernichten. Technische Überwachungsmaßnahmen bleiben dagegen verhältnismäßig oberflächlich, beschränken zwar maßgeblich individuelle Freiheitsrechte, bleiben aber zeitlich und wegen ihrer Nachhaltigkeit begrenzt. Das gerichtliche Hauptverfahren in Strafsachen ist

erheblich konfrontativer als das Verwaltungsgerichtsverfahren aufgrund polizeilicher Maßnahmen, weil dort – jedenfalls im Zusammenhang mit der schweren Kriminalität – mehrjährigen Haftstrafen, Geldstrafen bis hin zu zwei Jahresgehältern oder die Unterbringung nach einem Sicherungsverfahren drohen.

Die forensische Erfahrung lehrt, dass Erkenntnisse leichter in das gerichtliche Strafverfahren eingeführt werden können, wenn sie nach Maßgabe seines eigenen Verfahrensrechts erhoben wurden, weil grundsätzlich auch die Rechtmäßigkeit des Ersteingriffes (Eingangstür) und nicht nur die Verwendung im laufenden Verfahren in Frage steht (Ausgangstür). Außerdem wird die Staatsanwaltschaft von der Rechtsprechung in eine besondere Verantwortung genommen: Sobald ein Anfangsverdacht auf eine Straftat besteht, greift die Gesamtverantwortung der Staatsanwaltschaft¹⁸ und müssen grundsätzlich die Instrumente des Strafverfahrensrechts angewendet werden. Nur wenn die polizeirechtlich bestimmte Gefahr in der Güterabwägung ein über die Repression deutlich überwiegendes Interesse hat, gebührt der polizeirechtlichen Maßnahme der Vorzug. Das entscheidet der „verständige Polizeibeamte“ aber nicht selber, weil er auch Ermittlungsperson ist (solange er nicht dem höheren Dienst angehört; § 152 Abs. 1 GVG), sondern bedarf der Abstimmung nach dem Maßstab der Anlage E zu den RiStBV, wobei dem Staatsanwalt die abschließende Entscheidung zusteht, solange es um die Aufklärung – auch erst noch geplanter, aber schon strafbarer – Straftaten geht.

Das „große Modell“ widerspricht dem klassischen Polizeibegriff (Eingriffsverwaltung) und würde die Staatsanwaltschaft noch mehr als jetzt von der rechtsprechenden Gewalt entfernen. Im Ergebnis würde das weder der professionellen und kollegialen Zusammenarbeit mit der Polizei noch mit den Gerichten nutzen. Beachtlich ist das „kleine Modell“. Die polizeilichen Ermittlungsbehörden müssen frühzeitig in die Pflicht genommen werden, um ihre strafrechtlich relevanten Ermittlungen gegenüber der Staatsanwaltschaft zu offenbaren, damit gemeinsam ein tragfähiges Ermittlungskonzept abgestimmt wird, das in der strafgerichtlichen Hauptverhandlung Bestand hat. Das Ziel ist zunächst die Verhinderung von Kriminalität (= [polizeiliche] Prävention) und wenn sie nicht gelungen ist, die nachhaltige Strafverfolgung.¹⁹

Nach meinen Erfahrungen lassen sich „doppelfunktionale“ Gerichtsbeschlüsse im Strafverfahren eher schneller erreichen, weil die bürokratische Abstimmung im Polizeiapparat entfällt. Andererseits gilt: Die Staatsanwaltschaft ist kein Antragsautomat. Auch ich muss über nachhaltige Anträge „einmal schlafen“, wenn keine sofortige Entscheidung nötig ist. Die politische Dimension dabei ist, dass den Staatsanwaltschaften meistens die personellen Ressourcen fehlen, um die von mir geforderten „proaktiven“ Aufgaben zu leisten.

¹⁶ *BVerfG* Beschl. v. 16.6.2009 – 2 BvR 902/06.

¹⁷ 10 Objekte in 2015, BT-Drs. v. 15.9.2016 – 18/9660.

¹⁸ *BGH*, Beschl. v. 23.8.2011 – 1 StR 153/11, Rn. 18; *BVerfG*, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628, 2883/10, 2155/11, Rn. 93.

¹⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 18.3.2009 – 2 BvR 2025/07, Rn. 16; *BVerfG*, Urt. v. 2.3.2006 – 2 BvR 2099/04, Rn. 98).

Für *Brodowskis* Plädoyer für eine grundlegende Reform des Strafverfahrensrechts fehlt mir das (praktische) Verständnis. Die technischen Überwachungsmaßnahmen wurden in die Polizeigesetze erst in jüngerer Zeit eingefügt und das Strafverfahrensrecht ist dagegen viel länger und mit seinen eigenen Strukturen und Querbezügen gereift. Die Onlinedurchsuchung und der große Lauschangriff haben so gut wie keine Bedeutung, wenn man die tatsächlich durchgeführten Eingriffsmaßnahmen betrachtet. Auch ich wünsche mir ihre *optionale* Bereitstellung als Instrumente des Strafverfahrens.

Wesentliche Gründe sprechen gegen eine grundlegende Reform des Strafverfahrensrechts: Zuletzt hat der Gesetzgeber mit der Neufassung des § 100g StPO und den flankierenden Vorschriften im TKG bewiesen, dass er systematisch murkst: Ein Straftatenkatalog zur Erhebung von Vorratsdaten, der strenger ist als der für ihre beiläufige Erhebung im Zusammenhang mit Inhaltsdaten und strenger ist als für den großen Lauschangriff, ist einfach nur unlogisch.

Das Strafverfahrensrecht bildet ein – nicht immer schlüssiges, aber weithin – ausgewogenes System der Abwägung unterschiedlicher Interessen im Verfahren selber, wobei die persönlichen Freiheitsrechte dem Staatsziel der effektiven Strafverfolgung gegenüberstehen.²⁰ Dagegen gibt es kein einheitliches Polizeirecht, sondern landesbezogene Varianten, die sich erst im Laufe der Zeit nach Maßgabe der Rechtsprechung einander anpassen.²¹ Die ersten Schritte wären die weitgehende Vereinheitlichung der Polizeirechtsordnungen und klarere Regeln für die „Ausgangstür“ ins Strafverfahrensrecht nach dem Vorbild der internationalen Rechtshilfe.²²

Auch ein einheitliches „Eingriffsmaßnahmenverfahrensgesetz“ wäre sinnvoll, weil es Klarheit über den hypothetischen Ersatzeingriff in den anderen Verfahrensordnungen schaffen könnte. Seine Schaffung ist wegen der ver-

schiedenen Gesetzgebungskompetenzen eher Illusion. Deshalb greift *Brodowskis* Lösung auch zu kurz: Es müsste kein neues Strafverfahrensgesetz geschaffen werden, sondern eine durch Gesetze präzisierte Verständigung darauf, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Grenzen wie tief in Freiheitsrechte von Staats wegen eingegriffen werden darf.

Resümee

Brodowskis Werk ist spannend, erkenntnisreich und fordernd. Besonders wegen des hypothetischen Ersatzeingriffs und des Doppeltürmodells hat es mir wesentliche Erkenntnisse gegeben. Seinen Ausführungen hätte es nach meinem Eindruck gut getan, etwas weniger ausholend und deshalb konzentrierter zu sein. Angesichts der geringen Fallzahlen, in denen eine akustische Wohnraumüberwachung durchgeführt wurde, wäre es sinnvoll gewesen, nicht die (tiefen) technischen Überwachungsmaßnahmen als solche, sondern nur die Überwachung der Telekommunikation in den verschiedenen Verfahrensordnungen zu betrachten. Das ändert nichts daran, *Brodowski* eine große Anerkennung für seine Leistung auszusprechen!

Zum Konkurrenzverhältnis zwischen Polizei- und Strafverfahrensrecht hat sich zwischenzeitlich der *BGH* im Zusammenhang mit der „legendierten Kontrolle“ geäußert.²³ Sie betrifft polizeirechtliche Kontrollmaßnahmen (Anhalterecht, Nachschau; auch von Bundespolizei, Zoll), die während verdeckter strafverfahrensrechtlicher Maßnahmen (zum Beispiel TKÜ oder Einsatz eines verdeckten Ermittlers) auch ohne eine gerichtlich angeordnete Durchsuchung nach Maßgabe der StPO durchgeführt werden. Der *BGH* betrachtet solche Maßnahmen nicht nur als zulässig, sondern lässt auch die Verwertung der durch sie erlangten Erkenntnisse im Strafverfahren zu. Dem Vorwurf der Willkür mit der Folge eines strengen Verwertungsverbotes²⁴ ist damit jedenfalls wegen der legendierten Kontrolle der Boden entzogen.

²⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 18.3.2009 – 2 BvR 2025/07, Rn. 16.

²¹ Zum Beispiel nach *BVerfG*, Urt. v. 27. 7.2005 - 1 BvR 668/04; *BVerfG*, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370, 595/07.

²² Eingeschränkter Maßstab für die „Eingangstür“: *BGH*, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12, Leitsatz 3.

²³ *BGH*, Presseerklärung 54/2017 v. 27.4.2017, "Legendierte Polizeikontrollen" grundsätzlich zulässig.

²⁴ Willkürliche Annahme von Gefahr im Verzug wegen einer Wohnungsdurchsuchung: *BGH*, Beschl. v. 30.8.2011 – 3 StR 210/11, Rn. 8.