

## **Vorlesung "Strafprozeßrecht, insbesondere strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen" (Teil 2)**

### **A. Gliederungsübersicht**

- medizinische Zwangsmaßnahmen
- 1. körperliche Untersuchung: §§ 81a, 81c, 81d StPO; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 8 EMRK  
zudem: *DNA-Analyse*: §§ 81e, 81f i.V.m. §§ 81a Abs. 1, 81c StPO; Artt. 1 Abs. 1 i.V.m. 2 Abs. 1 GG;  
Art. 8 EMRK
- 2. DNA-Identitätsfeststellung: § 81g i.V.m. §§ 81a Abs. 2, 81f StPO, s.a. DNA-Identitätsfeststellungsgesetz (DNA-IFG)
- verdeckte Zwangs- bzw. Ermittlungsmaßnahmen
- 3. *Postbeschlagnahme*: §§ 99, 100 StPO; Art. 10 GG; Art. 8 EMRK
- 4. *Überwachung der Telekommunikation*: §§ 100a, 100b StPO; Art. 10 GG; Art. 8 EMRK
- 5. *besondere Beobachtung bei allgemeinen Polizeikontrollen (sog. polizeiliche Beobachtung)*, § 163e StPO
- 6. (kurz- und) längerfristige Observation: (§§ 161, 163;) 163f StPO
- 7. Einsatz technischer Observierungsmittel und von Abhör- und Aufzeichnungsgeräten, *auch in Wohnungen (sog. großer Lauschangriff)*: §§ 100c - 100f StPO; Artt. 2 Abs. 1 (i.V.m. 1 Abs. 1), 13 Abs. 3-6 GG; Art. 8 EMRK
- 8. Einsatz Verdeckter Ermittler, §§ 110a - 110e StPO; Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK  
zudem: Problematik des Einsatzes von sog. Vertrauenspersonen und nicht offen ermittelnden Polizeibeamten (noeP)
- computergestützte Ermittlungsmaßnahmen
- 9. *Rasterfahndung*: §§ 98a, 98b StPO
- 10. Datenabgleich mit Strafverfolgungs- und Präventionsdateien (z.B. INPOL, SPUDOK): § 98c StPO
- 11. Schleppnetzfahndung: § 163d StPO

### **B. Aktuelle Entscheidungen zu strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen**

- BGH, Urt. v. 10.2.2000 - 4 StR 558/99 = BGHSt 45, 378 = NJW 2000, 1348 - *Zum Festnahmerecht nach § 127 Abs. 1 Satz 1 StPO*
- BVerfG, Beschl. v. 14.12.2000 - 2 BvR 1741/99 = EuGRZ 2001, 70 = NJW 2001 (H. 12), 879 = NSTZ 2001 (H. 6), 328 - *DNA-Identitätsfeststellung ("genetischer Fingerabdruck")*
- BGH, Urt. v. 24.1.2001 - 3 StR 324/00 = NJW 2001 (H. 22), 1658 = NSTZ 2001 (H. 7), 386 - *Beweisgewinnung unter Verwendung des satellitengestützten Navigationssystems "Global Positioning System"*
- BVerfG, Urt. v. 20.2.2001 - 2 BvR 1444/00 = EuGRZ 2001, 136 = NJW 2001 (H. 15), 1121 = NSTZ 2001 (H. 7), 382 - *Durchsuchung einer Wohnung wegen Gefahr im Verzug*
- BGH, Beschl. v. 21.2.2001 - 2 BGs 42/01 = NJW 2001 (H. 21), 1587 - *Anordnung der Überwachung des Fernmeldeverkehrs nach §§ 100a, 100b StPO (Mitteilung geografischer Daten des Mobiltelefons)*; dazu krit. Anm. Bernsmann, NSTZ 2002, 103
- BGH, Urt. v. 30.5.2001 - 1 StR 42/01 = NJW 2001 (H. 40), 2981 = NSTZ 2001 (H. 10), 552 [Fortführung zu BGHSt 45, 321 = NJW 2000, 1123 = NSTZ 2000, 269] - *Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens durch Tatprovokation einer Vertrauensperson*

## I. Medizinische Zwangsmaßnahmen

### 1. Körperliche Untersuchung

#### a) **Körperliche Untersuchung des Beschuldigten, Entnahme von Blutproben und andere körperliche Eingriffe; § 81a StPO**

**§ 81a StPO.** (1) <sup>1</sup>Eine *körperliche Untersuchung*<sup>2</sup> des *Beschuldigten*<sup>1</sup> darf zur *Feststellung von Tatsachen*<sup>5</sup> angeordnet werden, die für das Verfahren von *Bedeutung sind*<sup>6</sup>. <sup>2</sup>Zu diesem Zweck sind Entnahmen von *Blutproben und andere körperliche Eingriffe*<sup>2)3)</sup>, die von einem *Arzt*<sup>6</sup> nach den *Regeln der ärztlichen Kunst*<sup>6</sup> zu Untersuchungszwecken vorgenommen werden, *ohne Einwilligung*<sup>4</sup> des Beschuldigten zulässig, wenn *kein Nachteil für seine Gesundheit*<sup>6</sup> zu befürchten ist.

(2) Die Anordnung steht dem Richter, bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung auch der Staatsanwaltschaft und ihren Hilfsbeamten (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) zu.

(3) Dem Beschuldigten entnommene Blutproben oder sonstige Körperzellen dürfen nur für Zwecke des der Entnahme zugrundeliegenden oder eines anderen anhängigen Strafverfahrens verwendet werden; sie sind unverzüglich zu vernichten, sobald sie hierfür nicht mehr erforderlich sind.

#### (1) Vorab: Der Beschuldigten-Begriff in der Strafprozeßordnung

*(Tat-)Verdächtiger* ist derjenige, der objektiv der Beteiligung an einer Straftat verdächtig ist; neben dem Beschuldigten kann übrigens auch ein Zeuge tatverdächtig (§§ 50, 60 Nr. 2 StPO) sein.

*Beschuldigter* ist (nur) der Tatverdächtige, gegen den ein Strafverfahren (als Beschuldigter) betrieben wird, d.h. zu dem Tatverdacht muß somit ein Willensakt der Strafverfolgungsbehörden hinzutreten, das *Strafverfahren* gegen der Verdächtigen als Beschuldigten zu betreiben (vgl. auch § 397 AO). Wann der Verdächtige zum Beschuldigten wird, steht im pflichtgemäßen Ermessen der Strafverfolgungsorgane, doch ist die Verfolgungsbehörde bei Vorliegen eines konkreten (!) *Anfangsverdachts* (§ 152 Abs. 2 StPO: "zureichende tatsächliche Anhaltspunkte [für das Vorliegen einer verfolgbaren Straftat]"), also wenn konkrete tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die nach den kriminalistischen Erfahrungen die Beteiligung des Betroffenen an einer verfolgbaren Straftat als *möglich* erscheinen lassen, verpflichtet, dem Verdächtigen den Beschuldigtenstatus - an den etwa die Belehrungspflicht nach § 136 [auch in Verbindung mit § 163a Abs. 3, 4 StPO] anknüpft - zuzuerkennen; ansonsten kommt ihm dieser bei willkürlichem Vorenthalten automatisch zu.

*Angeschuldigter* (§ 157 Hs. 1 StPO) ist der Beschuldigte, gegen den die öffentliche Klage erhoben ist (siehe § 170 Abs. 1 StPO), wofür das Vorliegen eines *hinreichenden* (nicht: dringenden) *Tatverdachts*, nämlich die *Wahrscheinlichkeit* einer Verurteilung, Voraussetzung ist (siehe § 203 StPO).

*Angeklagter* (§ 157 Hs. 2 StPO) ist der Beschuldigte, gegen den die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen ist (siehe § 203 StPO).

Nicht nur da das Gesetz häufig bei den Ermittlungsmaßnahmen zwischen solchen gegen den "Beschuldigten" und solchen gegen "andere" (§§ 81a, 81c StPO) unterscheidet, sondern Zwangsmaßnahmen meist nur gegen "Beschuldigte" zuläßt, ist der Begriff eigentlich von wesentlicher Bedeutung. Doch wird der Beschuldigtenbegriff (gerade deswegen?) praktisch - auch von dem Bundesverfassungsgericht (2 BvR 1511/96 v. 2.8.1996 = NJW 1996, 3071 = NStZ 1996, 606; zw.) - etwa bei § 81a StPO im Hinblick auf die Ermöglichung von sog. Massenuntersuchungen weit verstanden (nach a.A. ist hier auf § 81c StPO abzustellen; s.u.). - Soweit § 81a StPO an den Beschuldigtenstatus anknüpft, bedeutet dies nicht, daß bereits ein Ermittlungsverfahren anhängig sein muß, vielmehr kann es auch erst mit der Anordnung nach § 81a StPO eingeleitet werden, *sofern* bereits hinreichende Anhaltspunkte für eine Straftat vorliegen (nicht aber, um sie erst aufzuspüren; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 81a Rn 2). Als Beschuldigte sind auch der Angeschuldigte und der Angeklagte sowie der Verurteilte, der zur Vorbereitung einer Prognoseentscheidung nach §§ 57 Abs. 1, 67d Abs. 2 S. 1 StGB untersucht werden soll (so *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 81a Rn 2; str.), anzusehen.

(2) Abgrenzung der "körperlichen Untersuchung" von dem "körperlichen Eingriff"

Die *körperliche Untersuchung* (Abs. 1 Satz 1) dient dazu, die - von dem subjektiven Willen des Beschuldigten unabhängige - objektive Beschaffenheit des Körpers (z.B. auf Kratzwunden als Tatspuren) oder einzelner Körperteile, auch das Vorhandensein von Fremdkörpern in den natürlichen Körperöffnungen (z.B. Mund, After, Scheide), oder den psychischen Zustand des Beschuldigten und die Arbeitsweise des Gehirns, auch die körperbedingten psychischen Funktionen, durch sinnliche Wahrnehmung ohne körperliche Eingriffe festzustellen (Körper als Augenscheinsobjekt).

Im Unterschied zur körperlichen *Durchsuchung* nach §§ 102, 103 StPO dient die körperliche *Untersuchung* nicht dem *Auffinden* in oder unter der Kleidung, auch auf der Körperoberfläche oder in den natürlichen Körperöffnungen versteckter Gegenstände (als Beweismitteln), sondern der *Beobachtung* des (unbekleideten) menschlichen Körpers zur (weiteren) Abklärung des Tat- bzw. Schuldvorwurfs; maßgeblich für die Unterscheidung ist somit allein der *Zweck* der Maßnahme (str.).

Etwa in Entsprechung zu der für die körperliche Integrität maßgeblichen Innen-/Außen-Grenze liegt hingegen ein *körperlicher Eingriff* (Abs. 1 Satz 2) vor bei der Entnahme natürlicher Körperbestandteile (z.B. Blut, Liquor, Samen, Harn) oder wenn dem Körper Stoffe zugeführt werden bzw. er diesen ausgesetzt wird (z.B. Röntgen, Kernspin- und Computertomographie) oder wenn sonst in das haut- und muskelum-schlossene Innere des Körpers eingegriffen wird. Hierbei handelt es sich stets um (zunächst tatbestandliche) Körperverletzungen i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB, die jedoch durch § 81a StPO gerechtfertigt werden.

Während die körperlichen Eingriffe dem Arzt vorbehalten sind, können körperliche Untersuchungen (auch) durch die Ermittlungsbeamten (beachte § 81d StPO: Untersuchung einer Frau) vorgenommen werden. Zu beachten ist, daß die Anordnung *schwerer körperlicher Eingriffe* (z.B. Liquor-Entnahme) nicht nur im Hinblick auf den Tatvorwurf dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen muß, sondern von Verfassungs wegen *allein dem Richter vorbehalten* ist (BVerfGE 16, 194 = NJW 1963, 1597).

(3) Körperliche Eingriffe sind u.a.

a) die *Blutprobe* (z.B. zur Feststellung der Blutalkoholkonzentration, ggf. auch der Schuldfähigkeit) die aber (regelmäßig) auch bei zwangsweiser Vornahme, als absolut ungefährlicher und leichter Eingriff gilt und auch zur Verfolgung "leichter" Taten eingesetzt werden darf (arg. § 46 Abs. 4 OWiG),

Ob und inwieweit die Blutprobe auf HIV-Antikörper untersucht werden darf (*AIDS-Test*), ist gerade wegen der Problematik sog. heimlicher AIDS-Test fraglich (im Hinblick auf zivilrechtliche [Schadensersatz- bzw. vor allem] Schmerzensgeldansprüche aus §§ 823, 847 BGB wegen Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung [Persönlichkeitsrecht] sowie eine strafbare Körperverletzung, da nach h.M. durch § 223 StGB auch das Selbstbestimmungsrecht des Eingriffsadressaten mitgeschützt ist; vgl. *Lackner/Kühl*<sup>23</sup>, § 228 Rn 15): Richtigerweise wird bei rechtmäßig angeordneter und lege artis durchgeführter Blutentnahme die Verwendung des so gewonnenen Blutes zur Durchführung weitergehender Untersuchungen keine Strafbarkeit begründen, auch wenn dies ohne Wissen des Beschuldigten geschieht und selbst wenn dieser (heimliche) Verwendungszweck bereits bei der Blutentnahme gegeben war (arg. § 81e StPO?; *Benfer*, Rechtseingriffe, Rn 939); allerdings wird, wenn der AIDS-Test anderen Zwecken als der Strafverfolgung, nämlich etwa dem Schutz Dritter dienen soll, eine vorherige Aufklärung und Einwilligung zu fordern sein, soweit nicht ausnahmsweise eine Rechtfertigung durch Notstand anzunehmen ist (*Lackner/Kühl*<sup>23</sup>, § 228 Rn 15).

b) die *Haarprobe* (z.B. zur Feststellung von Drogen),

c) die *Urinprobe* (z.B. zum Nachweis von Drogen oder Pharmaka [Doping!]), wobei die Harnentnahme mittels Katheters als schwerwiegender, schmerzhafter und nicht ungefährlicher Eingriff allenfalls bei besonders schwerwiegenden Straftaten angeordnet werden darf, sofern die Feststellung dieser Tatsache für das Verfahren von wesentlicher Bedeutung ist (so *Benfer*, Rechtseingriffe Rn. 944; ganz abl. *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 81a Rn 21 f),

d) die *Exkorporation* durch das Verabreichen von Brech- (sog. Magenausheben) oder Abführmitteln, die allerdings wohl nur bei schweren Straftaten in Betracht kommt, soweit der Abbau des Beweismittels im Körper vor der (natürlichen) Ausscheidung des Stoffes erfolgen kann und dadurch sowohl die Beweisführung erheblich erschwert oder gar unmöglich gemacht wird als auch von dem betreffenden Gegenstand

eine konkrete Gefahr für Leben oder Gesundheit des Eingriffsadressaten ausgeht (etwa bei verschluckten "Kokain-Bubbles" bzw. "-bömbchen") (so *Benfer*, Rechtseingriffe, Rn. 945, der allerdings von der ratio legis her Bedenken gegen eine derartige Beweis[mittel]gewinnung hegt, allerdings auch darauf verweist, daß das Verabreichen brechreizender Mittel weder eine Durchsuchung nach § 102 StPO noch - wegen des erheblichen Eingriffs - eine ähnliche [erkennungsdienstliche] Maßnahme nach § 81b StPO darstellt; weitergehend allerdings *Beulke*, Strafprozeßrecht<sup>5</sup>, Rn 241 m.w.N.; siehe auch obiter dictum in *BVerfG* NStZ 2000, 96 m. abl. Anm. *Rixen*, NStZ 2000, 381: grundsätzlich verfassungsrechtlich unbedenklich).

Soweit die Ausscheidung des betreffenden Gegenstandes auf natürlichem Weg abgewartet werden kann, dürfte dies vorzuziehen sein, doch stellt sich dabei das Problem der erforderlichen andauernden Freiheitsentziehung als "implizierte Befugnis".

e) Ob auch das (im Ergebnis allgemein als zulässig angesehene) *Verändern des äußeren Erscheinungsbildes* (z.B. das zwangsweise Verändern der Haar- oder Barttracht, einschließlich der Haar- oder Bartabnahme) ein körperlicher Eingriff i.S.d. § 81a StPO darstellt (so etwa *Rüping*, Strafverfahrensrecht<sup>3</sup>, Rn 262; auch *BVerfGE* 47, 239 [247 f] = NJW 1978, 1149), ist umstritten, wird aber wohl überwiegend verneint (KK-StPO<sup>4</sup>/*Senge*, § 81a Rn 6; *Kleinknecht/Meyer-Gößner*<sup>45</sup>, § 81a Rn 22; *Benfer*, Rechtseingriffe, Rn 929) und als - zulässige - Vorbereitungsmaßnahme zu einer körperlichen Untersuchung oder einer erkennungsdienstlichen Behandlung nach § 81b StPO (bzw. § 163b StPO) angesehen.

f) Als unzulässig werden ihrer Gefährlichkeit wegen die Angiographie, Harnentnahme mittels Katheters (str., s.o.) und die zwangsweise Phallographie (Aufzeichnung der Penisreaktion auf sexuelle Reize) angesehen; hingegen sind zur Aufklärung schwerer Straftaten u.U. die Entnahme von Gehirn- oder Rückenmarkflüssigkeit (Liquor; *BVerfGE* 16, 194 = NJW 1963, 1597), die Hirnkammerluftfüllung (Pneumencephalographie) zur Ermöglichung einer Röntgenaufnahme des Gehirns (*BVerfGE* 17, 108 [115] = NJW 1963, 2368; vgl. *BGHSt* 23, 176 [186]) und die Exkorporation (str., s.o.) zulässig (im einzelnen siehe *Kleinknecht/Meyer-Gößner*<sup>45</sup>, § 81a Rn 22).

#### (4) Die Einwilligung und Mitwirkung des Beschuldigten

Das Gesetz stellt auf einen Eingriff "ohne Einwilligung" des Beschuldigten ab, woraus sich ergibt, daß dessen freiverantwortliche Einwilligung (nicht bloß die Hinnahme des Eingriffs) die Anwendung des § 81a StPO ausschließt und auch weitergehende, hiernach unzulässige Eingriffe ermöglicht. Die (Wirksamkeit der) Einwilligung richtet sich nach denselben Voraussetzungen wie bei der materiellrechtlichen Rechtfertigung (bzw. nach a.A. dem Tatbestandsausschluß) einer (tatbestandsmäßigen) Handlung (vgl. § 228 StGB nF), insbesondere darf der Eingriff (unter Mitberücksichtigung des "Tatzwecks"), etwa wegen besonderer Gefährlichkeit, nicht gegen die guten Sitten verstoßen (schwerwiegende Eingriffe bedürfen deshalb gleichwohl zudem der richterlichen Anordnung): Der Beschuldigte muß somit über die nötige Verstandesreife (nicht unbedingt Geschäftsfähigkeit) verfügen und ausdrücklich und eindeutig aus freiem Entschluß (hieran fehlt es auch bei Androhung anderenfalls zwangsweiser Anordnung und Durchführung) einwilligen, was regelmäßig eine Belehrung über die Bedeutung, Gefährlichkeit und Nachwirkungen erheblicher Eingriffe erfordert, daneben aber auch u.U. eine (erweiterte) strafprozessuale Belehrung über die Beschuldigtenrechte (§ 136 Abs. 1 S. 2 StPO) und die fehlende Verpflichtung zur aktiven Mitwirkung (nemo-tenetur-Grundsatz).

Denn der Betroffene muß die Maßnahmen *lediglich dulden* (was allerdings im engen Rahmen auch aktive Begleithandlungen, nämlich die üblicherweise berechtigterweise von einem Patienten zu fordernde Mitwirkung wie das Entkleiden, Aufkrepeln der Ärmel und Hinhalten der Arme bei der Blutentnahme oder Einnahme einer bestimmten Körperhaltung umfaßt; *Geppert*, JK StPO § 81a/2), aber *nicht aktiv an ihnen mitwirken*: Es trifft ihn etwa keine Verpflichtung, sich einem Alkoholtest durch Blasen in ein Prüfröhrchen oder einen Alcomaten zu unterziehen, Brechmittel zu schlucken (die ggf. aber durch einen Arzt nach § 81a StPO mittels einer Magensonde verabreicht werden können; s.o.), Kontrastmittel für eine Röntgenaufnahme zu schlucken, Schrift-, Sprech- oder Gehörproben zu machen oder Fragen zu beantworten bzw. Übungen (z.B. Knie beugen, Arme ausstrecken, Gehproben, auch Trinkversuche) vorzunehmen; hierzu darf er auch nicht gezwungen werden (siehe auch § 136a StPO). Die *freiwillige Mitwirkung* bei der Untersuchung erfordert daher auch eine entsprechende *besondere Belehrung* durch das

Strafverfolgungsorgan, das die Untersuchung anordnet (allerdings nicht für die üblichen "Tests" im Zusammenhang mit einer Blutprobenentnahme zur Blutalkoholbestimmung).

Die Einwilligung ist jederzeit frei widerruflich, was bis dahin ermittelt ist, bleibt aber verwertbar.

#### (5) Verfahrensrelevante Tatsachen

Zweck der Untersuchung darf nur die Feststellung *verfahrensrelevanter Tatsachen* sein, für deren Vorliegen bereits bestimmte Anhaltspunkte bestehen, so insbesondere Tatsachen, die - gegebenenfalls auch nur mittelbar - die Straftat, die Täterschaft, die Schuld des Beschuldigten beweisen oder die Rechtsfolgenentscheidung beeinflussen können, ferner zur Abklärung der Reise- bzw. Verhandlungsfähigkeit des Beschuldigten dienen können. Solche Tatsachen sind etwa die Beschaffenheit des Körpers des Beschuldigten und seiner Bestandteile, das Vorhandensein von Fremdkörpern, auch sein psychischer Zustand.

#### (6) Vornahme körperlicher Eingriffe durch einen Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst

Während körperliche Untersuchungen auch durch andere Personen vorgenommen werden dürfen, sind körperliche Eingriffe - die stets nach den Regeln der ärztlichen Kunst (*lege artis*) vorzunehmen sind - *approbierten Ärzten* (und zwar Humanmediziner, ggf. bei besonders gefährlichen Eingriffen sogar einem Facharzt) vorbehalten. Auch die durch einen *Nicht-Arzt* (kunstgerecht) gewonnene Blutprobe ist jedoch verwertbar (*BGHSt* 24, 125 [128]), soweit der Anordnende nicht zudem bewußt die Arzteigenschaft vor-täuscht (arg. § 136a StPO).

Nur der für die körperliche Untersuchung bzw. den körperlichen Eingriff (etwa Blutentnahme) formell durch den Richter oder Staatsanwalt (ggf. auch die Polizei, diese kann aber die Durchführung nicht erzwingen) zum Sachverständigen (§§ 73, 75, 161a StPO) bestellte Arzt ist zu deren Durchführung verpflichtet.

Erlaubt sein soll im übrigen die Sicherstellung und Benutzung *einer zu anderen Zwecken entnommenen Blutprobe*, wenn diese aufgrund einer Anordnung nach § 81a StPO hätte entnommen werden dürfen (*OLG Celle*, *NSStZ* 1989, 385; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 81a Rn 33 m.w.N.; str.).

Mit dem Eingriff dürfen *keine gesundheitlichen Nachteile* verbunden sein, die über die mit der Durchführung des Eingriffs ohnehin verbundenen körperlichen Beeinträchtigungen hinausgehen und nicht völlig unbedeutend sind.

#### (7) Zwangsweise Durchsetzung: Implizierte Befugnisse

Die Anordnungen (auch der Staatsanwaltschaft und ihrer Hilfsbeamten) sind zwangsweise durchsetzbar, gegebenenfalls kann der Beschuldigte hierzu auch festgehalten (auch vorübergehend festgenommen) und zum nächsten geeigneten und erreichbaren Arzt oder Krankenhaus bzw. Polizeirevier verbracht werden. Zudem ist eine vorübergehende Unterbringung zur Vorbereitung einer Untersuchung zulässig, sie bedarf jedoch der richterlichen Anordnung (*Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 81a Rn 24).

Eine körperliche Durchsuchung oder Wohnungsdurchsuchung zwecks Ergreifung müssen jedoch stets gesondert angeordnet werden.

#### (8) Verwertungsverbot

Ein Verstoß gegen § 81a StPO begründet nach h.M. grundsätzlich kein Verwertungsverbot (siehe oben die Fälle der Blutentnahme durch einen Nichtarzt und "Beschlagnahme" eines Restes einer zur Operationsvorbereitung entnommenen Blutprobe); dies soll auch für formale Zuständigkeitsmängel gelten (im einzelnen siehe *KK-StPO*<sup>4</sup>/*Senge*, § 81a Rn 14).

**b) Körperliche Untersuchung anderer Personen (Zeugen- u. Spurengrundsatz), § 81c StPO**

**§ 81c StPO.** (1) Andere Personen als Beschuldigte dürfen, wenn sie als *Zeugen*<sup>1)</sup> in Betracht kommen, ohne ihre Einwilligung nur untersucht werden, soweit zur Erforschung der Wahrheit *festgestellt werden muß*<sup>3)</sup>, ob sich *an*<sup>4)</sup> ihrem Körper eine *bestimmte Spur oder Folge*<sup>2)</sup> einer Straftat befindet.

(2) <sup>1</sup>Bei anderen Personen als Beschuldigten sind *Untersuchungen zur Feststellung der Abstammung und die Entnahme von Blutproben*<sup>5)</sup> ohne Einwilligung des zu Untersuchenden zulässig, wenn kein Nachteil für seine Gesundheit zu befürchten und die Maßnahme zur Erforschung der Wahrheit unerlässlich ist. <sup>2</sup>Die Untersuchungen und die Entnahme von Blutproben dürfen stets nur von einem Arzt vorgenommen werden.

(3) <sup>1</sup>Untersuchungen oder Entnahmen von Blutproben *können aus den gleichen Gründen wie das Zeugnis verweigert werden*<sup>7)</sup>. <sup>2</sup>Haben Minderjährige wegen mangelnder Verstandesreife oder haben Minderjährige oder Be- treute wegen einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung von der Bedeutung ihres Weigerungsrechts keine genügende Vorstellung, so entscheidet der gesetzliche Vertreter; § 52 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 gilt entsprechend. <sup>3</sup>Ist der gesetzliche Vertreter von der Entscheidung ausgeschlossen (§ 52 Abs. 2 Satz 2) oder aus sonstigen Gründen an einer rechtzeitigen Entscheidung gehindert und erscheint die sofortige Untersuchung oder Entnahme von Blutproben zur Beweissicherung erforderlich, so sind diese Maßnahmen nur auf besondere Anordnung des Richters zulässig. <sup>4</sup>Der die Maßnahmen anordnende Beschluß ist unanfechtbar. <sup>5</sup>Die nach Satz 3 erhobenen Beweise dürfen im weiteren Verfahren nur mit Einwilligung des hierzu befugten gesetzlichen Vertreters verwertet werden.

(4) Maßnahmen nach den Absätzen 1 und 2 sind unzulässig, wenn sie dem Betroffenen bei Würdigung aller Umstände *nicht zugemutet werden können*<sup>6)</sup>.

(5) <sup>1</sup>Die Anordnung steht dem Richter, bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung, von den Fällen des Absatzes 3 Satz 3 abgesehen, auch der Staatsanwaltschaft und ihren Hilfsbeamten (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) zu. <sup>2</sup>§ 81a Abs. 3 gilt entsprechend.

(6) <sup>1</sup>Bei *Weigerung des Betroffenen*<sup>8)</sup> gilt die Vorschrift des § 70 entsprechend. <sup>2</sup>Unmittelbarer Zwang darf nur auf besondere Anordnung des Richters angewandt werden. <sup>3</sup>Die Anordnung setzt voraus, daß der Betroffene trotz Festsetzung eines Ordnungsgeldes bei der Weigerung beharrt oder daß Gefahr im Verzuge ist.

§ 81c StPO enthält eine *abschließende Regelung* der zulässigen Untersuchungsmaßnahmen gegenüber Dritten; so sind etwa - ohne Einwilligung des Betroffenen, meist Zeugen - keine Untersuchungen auf den psychischen Zustand, z.B. auf seine Merkfähigkeit, Sehtüchtigkeit oder insbesondere seine Glaubwürdigkeit zulässig. Bei weitergehenden Untersuchungsmaßnahmen *mit Einwilligung* des Betroffenen ist gegebenenfalls eine dahingehende besondere Belehrung erforderlich, jedenfalls bei Geltendmachung eines Zeugnisverweigerungsrechts.

Bei Verweigerung einer "Glaubwürdigkeitsprüfung" hilft man sich, indem einer richterlichen Vernehmung ein Sachverständiger beiwohnt, den Zeugen auch unmittelbar befragt (§ 80 Abs. 2 StPO), und sich anschließend gutachtlich äußert (BGHSt 23, 1; Kleinknecht/Meyer-Goßner<sup>45</sup>, § 81c Rn 8 m.w.N.; str.).

**(1) Zeugengrundsatz (§ 81c Abs. 1 StPO)**

Nach § 81c Abs. 1 StPO ist die Untersuchung auf Spuren und Tatfolgen nur bei *Zeugen* zulässig (sog. *Zeugengrundsatz*), wobei der Zeugenbegriff allerdings weiter als sonst verstanden wird, nämlich neben den *Zeugen* im eigentlichen Sinn -

- also Personen, die in einem gegen eine andere Person gerichteten Verfahren Wahrnehmungen über Tatsachen durch Aussagen kundtun können (RGSt 52, 239), die sich regelmäßig auf vergangene Vorgänge beziehen -

auch Handlungs- und Willensunfähige in den Kreis der zu untersuchenden Personen einbezogen werden, so daß der Grundsatz gilt, daß jede *tatunverdächtige Person*, bei der Spuren oder Tatfolgen zu vermuten sind, ohne ihre Einwilligung untersucht werden darf (Kleinknecht/Meyer-Goßner<sup>45</sup>, § 81c Rn 10); die ungenaue (restriktive) Formulierung soll breit angelegten "Reihenuntersuchungen" entgegenwirken (s.u.).

(2) Spurengrundsatz (§ 81c Abs. 1 StPO)

Zweck der Untersuchung muß die *Feststellung von Spuren oder Tatfolgen* sein (sog. *Spurengrundsatz*). *Spuren* sind unmittelbar durch die Tat verursachte (objektiv erkennbare) Veränderungen am Körper, die Rückschlüsse auf den Täter oder die Tatausführung ermöglichen (z.B. Stichwunde, Einschußkanal, Blutspuren, Spermienreste, Hautreste unter den Fingernägeln); *Tatfolgen* sind durch die Tat eingetretene Veränderungen am Körper des Opfers, die solche Hinweise nicht zulassen (z.B. Hautabschürfungen, Zahn-lücken, Krankheitszustand).

Die Spuren bzw. Tatfolgen müssen nicht notwendig zum gesetzlichen Tatbestand der Straftat gehören, es genügt, daß sie für die Strafzumessung von Bedeutung sein können.

Es darf nur nach *bestimmten* Spuren oder (Tat-)Folgen gesucht werden, d.h. es müssen bestimmte Vorstellungen und Anhaltspunkte über die Spuren und Tatfolgen bestehen, um deren Auffindung es geht, somit bereits gewisse Kenntnisse sowohl von der Tat als auch von dem Gesuchten gegeben sein. Reihenuntersuchungen nach Spurenlägern sind daher auch insofern unzulässig.

(3) Notwendigkeit der Untersuchung (§ 81c Abs. 1 StPO)

Wenn die Untersuchung zur Wahrheitserforschung auch erforderlich sein muß, so kommt sie doch nicht nur als letztes Mittel in Betracht, sondern ist vielmehr auch bei Vorhandensein anderer Beweismittel zulässig, *soweit* diese die Aufklärung des Sachverhalts nicht mit ausreichender Sicherheit ermöglichen, also Zweifel an der verfahrensmäßigen Bedeutung der anderen Beweismittel bestehen, etwa wegen subjektiver Färbung der Zeugenaussage oder der gegebenen Gefahr des Widerrufs eines Geständnisses.

(4) Am Körper (§ 81c Abs. 1 StPO)

Die Spur oder Tatfolge muß sich *am Körper* befinden, also an der Körperoberfläche, aber auch in natürlichen Körperöffnungen oder gegebenenfalls auch erst durch eine (ungefährliche) Ultraschalluntersuchung (so *Benfer*, Rechtseingriffe, Rn 1001; aber nicht: Röntgenaufnahmen oder -durchleuchtungen, Magenausheben) sichtbar gemacht werden. Körperliche Eingriffe, auch harmlose, sind daher nach § 81c Abs. 1 StPO unzulässig. Im übrigen gilt für die insoweit begrenzt zulässige körperliche Untersuchung dasselbe, wie bei § 81a StPO, insbesondere besteht keine Pflicht zur aktiven Mitwirkung.

(5) Abstammungsuntersuchung / Entnahme einer Blutprobe (§ 81c Abs. 2 StPO)

Die *bei Dritten* nach § 81c Abs. 2 StPO ausnahmsweise zulässigen körperlichen Eingriffe beschränken sich auf solche zur Abstammungsuntersuchung (neben der Blutprobenentnahme sind Lichtbildaufnahmen, Messungen und Fingerabdrücke zu dulden) und die Blutprobenentnahme (sowie m.E. gegebenenfalls die Entnahme einer Speichelprobe als weniger schwerwiegende, ungefährliche, aber ebenso geeignete Maßnahme zur Gewinnung von Körperzellen für eine DNA-Analyse; s.u.).

Insoweit gilt weder der Zeugen-, noch der Spuren-, vielmehr der Aufklärungsgrundsatz (doch muß die Maßnahme zur Aufklärung "unerlässlich" sein, was soviel wie in Abs. 1 "notwendig" bedeutet).

(6) Zumutbarkeit i.S.d. Abs. 4 (= Verhältnismäßigkeit)

Durch die Zumutbarkeitsklausel wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (nochmals) besonders hervorgehoben, wobei das Persönlichkeitsrecht (und etwaige andere Grundrechtspositionen) des Betroffenen und das Aufklärungsinteresse gegeneinander abzuwägen sind.

(7) Untersuchungsverweigerungsrecht i.S.d. Abs. 3

In Fortführung zu dem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO (nicht §§ 53, 53a StPO) räumt § 81c Abs. 3 StPO ein Untersuchungsverweigerungsrecht ein, über das der Betroffene gesondert zu belehren ist.

Einem *Verstoß gegen diese Belehrungspflicht* ist durch die Nichtberücksichtigung des Untersuchungsergebnisses Rechnung zu tragen (Verwertungsverbot), doch kann die unterlassene oder fehlerhafte Belehrung durch eine aufgrund nachgeholtter Belehrung erteilte Zustimmung des Betroffenen zur Verwertung oder den späteren Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht geheilt werden (*BGHSt* 12, 235 [242]; 20, 234).

Obwohl das Gesetz kein weitergehendes Untersuchungsverweigerungsrecht auch bei bestehendem *Auskunftsverweigerungsrecht* nach § 55 StPO kennt, wird teilweise (etwa *Benfer*, Rechtseingriffe, Rn 1013 m.w.N.) dem Nichtbeschuldigten ein solches Recht zur Untersuchungsverweigerung zuerkannt, sofern er sich durch die Untersuchung der Gefahr aussetzt, selbst wegen einer Straftat verfolgt zu werden (abl. wohl h.M., etwa *Kleinknecht/Meyer-Gößner*<sup>45</sup>, § 81c Rn 23; siehe auch unten bei § 81e StPO).

#### (8) Durchsetzung nach Abs. 6 (i.V.m. § 70 StPO) bei Weigerung des Betroffenen

Nach § 81c Abs. 6 StPO gilt § 70 StPO entsprechend (somit nicht: § 161a Abs. 2 StPO), d.h. dem Betroffenen (nicht nur dem Zeugen i.S.d. Abs. 1) können die durch seine Weigerung entstehenden Kosten auferlegt werden, zudem kann - aber nur durch den Richter - gegen ihn ein Ordnungsgeld (wohl nicht Ordnungshaft, da dann Abs. 6 S. 2 mit der Anwendung unmittelbaren Zwanges eingreift; im übrigen ist beides gegen den gesetzlichen Vertreter unzulässig) verhängt werden. In dem Nichterscheinen zur Untersuchung wird "regelmäßig" eine Weigerung gesehen. - Auch bei Gefahr im Verzug darf unmittelbarer Zwang nur durch den Richter angeordnet werden.

#### c) Hinweis auf § 81d StPO: Untersuchung einer Frau

**§ 81d StPO.** (1) <sup>1</sup>Kann die körperliche Untersuchung einer Frau das Schamgefühl verletzen, so wird sie einer Frau oder einem Arzt übertragen. <sup>2</sup>Auf Verlangen der zu untersuchenden Frau soll eine andere Frau oder ein Angehöriger zugelassen werden.

(2) Diese Vorschrift gilt auch dann, wenn die zu untersuchende Frau in die Untersuchung einwilligt.

Ausnahmsweise ist nach h.M. die körperliche Untersuchung (dasselbe gilt nach h.M. für eine Durchsuchung nach §§ 102, 103 StPO) einer Frau bei Gefahr für das Untersuchungsergebnis (dann wohl aber nur zur Aufklärung schwerer Straftaten; so anscheinend KK-StPO<sup>4</sup>/*Senge*, § 81d Rn 1) oder gar erhebliche Gefahr für den Ermittlungsbeamten auch durch einen (männlichen) Ermittlungsbeamten zulässig.

Soweit keine besondere (insbesondere medizinische) Sachkenntnis erforderlich ist, wird auch der Arzt nicht als Sachverständiger, sondern Zeuge gehört, und es kann insoweit statt seiner an sich jede Frau mit der Untersuchung beauftragt werden, doch sollte sie gleichwohl grundsätzlich durch einen Arzt erfolgen.

Gegen eine analoge Anwendung der Norm auf Männer im Sinne eines "Gleichgeschlechtlichkeitsgrundsatzes" bestehen keine Bedenken.

#### d) DNA-Analyse, §§ 81e, 81f i.V.m. § 81a Abs. 1, 81c StPO

**§ 81e StPO.** (1) <sup>1</sup>An dem durch Maßnahmen nach § 81a Abs. 1 erlangten Material dürfen auch molekulargenetische Untersuchungen durchgeführt werden, soweit sie zur Feststellung der Abstammung oder der Tatsache, ob aufgefundenenes Spurenmaterial von dem Beschuldigten oder dem Verletzten stammt, erforderlich sind. <sup>2</sup>Untersuchungen nach Satz 1 sind auch zulässig für entsprechende Feststellungen an dem durch Maßnahmen nach § 81c erlangten Material. <sup>3</sup>Feststellungen über andere als die in Satz 1 bezeichneten Tatsachen dürfen nicht erfolgen; hierauf gerichtete Untersuchungen sind unzulässig.

(2) <sup>1</sup>Nach Absatz 1 zulässige Untersuchungen dürfen auch an aufgefundenem, sichergestelltem oder beschlagnahmtem Spurenmaterial durchgeführt werden. <sup>2</sup>Absatz 1 Satz 3 und § 81a Abs. 3 erster Halbsatz gelten entsprechend.

**§ 81f StPO.** (1) <sup>1</sup>Untersuchungen nach § 81e dürfen nur durch den Richter angeordnet werden. <sup>2</sup>In der schriftlichen Anordnung ist der mit der Untersuchung zu beauftragende Sachverständige zu bestimmen.

(2) <sup>1</sup>Mit der Durchführung der Untersuchung nach § 81e sind Sachverständige zu beauftragen, die öffentlich bestellt oder nach dem Verpflichtungsgesetz verpflichtet oder Amtsträger sind, die der ermittlungsführenden Behörde nicht angehören oder einer Organisationseinheit dieser Behörde angehören, die von der ermittlungsführenden Dienststelle organisatorisch und sachlich getrennt ist. <sup>2</sup>Diese haben durch technische und organisatorische Maßnahmen zu gewährleisten, daß unzulässige molekulargenetische Untersuchungen und unbefugte Kenntnisnahme Dritter ausgeschlossen sind. <sup>3</sup>Dem Sachverständigen ist das Untersuchungsmaterial ohne Mitteilung des Namens, der Anschrift und des Geburtstages und -monats des Betroffenen zu übergeben. <sup>4</sup>Ist der Sachverständige eine



nichtöffentliche Stelle, gilt § 38 des Datenschutzgesetzes mit der Maßgabe, daß die Aufsichtsbehörde die Ausführung der Vorschriften über den Datenschutz auch überwacht, wenn ihr keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Verletzung dieser Vorschriften vorliegen und der Sachverständige die personenbezogenen Daten nicht in Dateien verarbeitet.

Schon vor Einfügen des § 81e StPO in die StPO durch das *Strafverfahrensänderungsgesetz - DNA-Analyse* v. 17.3.1997 (BGBl. I, 534) wurden die molekulargenetische Untersuchung und die Entnahme von Körperzellen zu diesem Zweck von der h.M. für zulässig erachtet, soweit sie sich auf die sog. nicht-kodierenden (persönlichkeitsneutralen) Merkmale beschränkte (*BVerfG* NJW 1996, 771 = *NStZ* 1996, 45). Die DNA-(= DNS, Desoxyribonukleinsäure) oder Genom-Analyse mittels Erstellen eines sog. genetischen Fingerabdrucks (DNA-Fingerprinting) erfolgt heute meist im Wege der Polymerase-Kettenreaktion (PCR-Analyse), deren Beweiswert allerdings begrenzt ist: Als lediglich statistische Wahrscheinlichkeitsaussage reicht sie jedenfalls für sich alleine für eine Überführung nicht ohne weiteres aus und macht eine Würdigung aller (anderen vorhandenen) Beweismittel keineswegs überflüssig (*BGHSt* 38, 320); ihre Durchführung kann jedoch zur Entlastung des Beschuldigten geboten sein (einem entsprechenden Antrag ist daher regelmäßig stattzugeben).

Die DNA-Analyse darf nur zur Feststellung (1) der Abstammung oder ob (2) aufgefundenes Spurenmaterial von dem *Beschuldigten oder Verletzten* stammt, verwendet werden, wobei eine Beschränkung auf nicht-kodierende Merkmale nicht vorgeschrieben ist.

Bei *Dritten* ist die Untersuchung erlaubt um festzustellen, von wem das aufgefundene Spurenmaterial stammt (§ 81e Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 81c StPO), weshalb nach h.M. auch *Reihenuntersuchungen* (sog. Massenscreenings) zur Feststellung des Täters zulässig sind (*BVerfG*, NJW 1996, 3071 = *NStZ* 96, 606; **krit.** *Benfer*, *Rechtseingriffe*, Rn 960 ff; *Busch*, NJW 2001, 1335):

Zwar ist bei einer größeren Personengruppe die in §§ 81a, 81e Abs. 1 S. 1 StPO vorausgesetzte Beschuldigteneigenschaft überaus fraglich (sie folgt keineswegs aus der Weigerung, an einem "freiwilligen" Test teilzunehmen). Und nach § 81e Abs. 2 i.V.m. §§ 94, 98 StPO sichergestelltes oder beschlagnahmtes Spurenmaterial wäre erst zu gewinnen, was § 81e Abs. 2 StPO aber nicht ermöglicht. Jedoch können nach § 81e Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 81c Abs. 2 StPO auch bei Dritten Blut- oder Speichelproben entnommen werden (ohne daß insoweit der Zeugen- oder Spurengrundsatz [dazu s.o.] gilt), doch ist die Verhältnismäßigkeit zu wahren, der Eingriff muß "zumutbar" sein (§ 81 Abs. 4 StPO), woran es jedenfalls fehlt, wenn keine auf Tatsachen beruhende Verbindung der Betroffenen zu der aufzuklärenden Straftat besteht und keine konkrete Beweisbedeutung erkennbar ist (so *Busch*, NJW 2001, 1335 ff). Damit bedarf es der Einwilligung des Betroffenen zu derartigen Reihenuntersuchungen. (Im übrigen stellte sich bei einem Abstellen auf § 81c StPO die Frage, ob analog zu dem "Zeugnisverweigerungsrecht" nach Abs. 3 auch ein "Auskunftsverweigerungsrecht" (arg. § 55 StPO, Grundsatz des *nemo tenetur se ipsum accusare*) anzuerkennen ist; [verneinend die h.M., hier etwa *Beulke*, *Strafprozeßrecht*<sup>5</sup>, Rn 242; a.A. *Busch*, NJW 2001, 1336]).

Die (auf Antrag der Staatsanwaltschaft !) erfolgende (schriftliche) *Anordnung* der molekulargenetischen Untersuchung ist nach § 81f Abs. 1 StPO dem Richter vorbehalten (wobei str. ist, ob dieser Richtervorbehalt auf § 81e Abs. 1 StPO teleologisch zu reduzieren ist, also Anordnungen betreffend nach § 81e Abs. 2 StPO gewonnenen Spurenmaterials auch durch die Staatsanwaltschaft [und ihre Hilfsbeamten?] ergehen können; so *Sprenger/Fischer*, NJW 1999, 1830 [1833]; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 81f Rn 1; **a.A.** *LG Hamburg*, StV 2000, 659; SK-StPO/Rogall, § 81f Rn 4); hingegen kann die Anordnung der Entnahme der Blut- oder Speichelprobe etc. bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft oder ihre Hilfsbeamten erfolgen (§§ 81a Abs. 2, 81c Abs. 5 StPO).

Nach § 101 Abs. 1 StPO ist der Betroffene nachträglich von der Durchführung der Zwangsmaßnahme zu *benachrichtigen*.

## 2. DNA-Identitätsfeststellung, § 81g i.V.m. §§ 81a Abs. 2, 81f StPO u. DNA-Identitätsfeststellungsgesetz (DNA-IFG)

**§ 81g StPO.** (1) Zum Zwecke der Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren dürfen dem *Beschuldigten*<sup>1)</sup>, der einer *Straftat von erheblicher Bedeutung*, insbesondere eines Verbrechens, eines Vergehens gegen die sexuelle Selbstbestimmung, einer gefährlichen Körperverletzung, eines Diebstahls in besonders schwerem Fall oder einer Erpressung *verdächtig ist*<sup>2)</sup>, Körperzellen entnommen und zur Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters molekulargenetisch untersucht werden, wenn wegen der Art oder Ausführung der Tat, der Persönlichkeit des Beschuldigten oder sonstiger Erkenntnisse Grund zu der Annahme besteht, daß gegen ihn *künftig erneut Strafverfahren wegen einer der vorgenannten Straftaten zu führen sind*<sup>3)</sup>.

(2) <sup>1)</sup>Die entnommenen Körperzellen dürfen nur für die in Absatz 1 genannte molekulargenetische Untersuchung verwendet werden; sie sind unverzüglich zu vernichten, sobald sie hierfür nicht mehr erforderlich sind. <sup>2)</sup>Bei der Untersuchung dürfen andere Feststellungen als diejenigen, die zur Ermittlung des DNA-Identifizierungsmusters erforderlich sind, nicht getroffen werden; hierauf gerichtete Untersuchungen sind unzulässig.

(3) § 81a Abs. 2 und § 81f gelten entsprechend.

Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung siehe *BVerfG*, Beschl. v. 14.12.2000 - 2 BvR 1741/99 = EuGRZ 2001, 70 = NJW 2001 (H. 12), 879 = NStZ 2001 (H. 6), 328

Wenn auch die Maßnahme erkennungsdienstlichen Zwecken in einem *künftigen* Strafverfahren dient, so ist sie doch - gerade deshalb (wegen der verfolgten Beweisbeschaffung zur Verwendung in einem Strafverfahren) - nicht polizeirechtlicher, sondern strafverfahrensrechtlicher Rechtsnatur.

Wegen des Verweises auf § 81a Abs. 2 StPO kann die Probenentnahme bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft und ihre Hilfsbeamten angeordnet werden, sie bedarf dann keiner richterlichen Bestätigung; doch ist die *Anordnung* der Untersuchung des Materials dem Richter vorbehalten (§ 81g Abs. 3 i.V.m. § 81f StPO).

### Voraussetzungen:

1. Die Maßnahme ist nur beim *Beschuldigten* (arg. e contrario zu § 2 Abs. 1 DNA-IFG: nicht bei Kindern, u.U. aber bei nach § 3 JGG nicht-verantwortlichen Jugendlichen) und nur zur Ermittlung des DNA-Identifizierungsmusters zulässig.
2. *Verdacht* der Verwirklichung einer *Straftat von erheblicher Bedeutung* (sog. Anlaßtat), als solche gelten insbesondere (!) Verbrechen sowie schwerwiegende Vergehen (des näheren genannt werden solche gegen die sexuelle Selbstbestimmung, die Gefährliche Körperverletzung oder der Diebstahl in einem besonders schweren Fall; siehe auch den Anhang zum DNA-IFG), d.h. die Anlaßtat muß mindestens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzuordnen sein, den Rechtsfrieden empfindlich stören und dazu geeignet sein, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen (vgl. *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 98a Rn 5),
3. *Gefahr* der Begehung neuer Straftaten von erheblicher Bedeutung (sog. Prognosestat), was anhand der bei der Anlaßtat gewonnenen Erkenntnisse, nämlich Art und Ausführung der Tat (Tatschwere, kriminelle Energie, Nachtatverhalten), Persönlichkeit des Beschuldigten (kriminelle Karriere, Vorstrafen, Rückfälle, soziales Umfeld, psychiatrische Erkrankungen) oder sonstiger kriminalistisch und kriminologisch anerkannter Erfahrungsgrundsätze zu beurteilen ist.  
Hierbei ergeben sich Probleme zum einen bei noch nicht erfolgter Verurteilung des Beschuldigten im Hinblick auf die fragliche und u.U. begrenzte Tatsachengrundlage, zum anderen bei einer Verurteilung (siehe § 2 DNA-IFG) im Hinblick auf mögliche Widersprüche zu einer dort angestellten günstigen Sozialprognose (etwa bei einer Verurteilung auf Bewährung), wobei dann die Anordnung allerdings besonderer Begründung bedarf (krit. daher *Benfer*, Rechtseingriffe, Rn 966 ff).
4. Während der Beschuldigte bei der Anlaßtat keine Körperzellen abgesondert haben muß, muß dies bei der Prognosestat grundsätzlich zu erwarten sein (str.; s. *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 81g Rn 7).
5. Verhältnismäßigkeit

## II. Verdeckte Zwangs- bzw. Ermittlungsmaßnahmen

### 3. Postbeschlagnahme, §§ 99, 100 StPO

**§ 99 StPO.** <sup>1</sup>Zulässig ist die *Beschlagnahme*<sup>1)</sup> der *an den*<sup>4)</sup> *Beschuldigten*<sup>3)</sup> gerichteten *Postsendungen und Telegramme*<sup>2)</sup>, die sich im Gewahrsam von Personen oder Unternehmen befinden, die geschäftsmäßig Post- oder Telekommunikationsdienste erbringen oder daran mitwirken. <sup>2</sup>Ebenso ist eine Beschlagnahme von *Postsendungen und Telegrammen*<sup>2)</sup> zulässig, bei denen aus vorliegenden Tatsachen zu schließen ist, daß sie *von dem*<sup>5)</sup> *Beschuldigten*<sup>3)</sup> herrühren oder für ihn bestimmt sind und daß ihr Inhalt für die Untersuchung Bedeutung hat.

**§ 100 StPO.** (1) Zu der Beschlagnahme (§ 99) ist nur der Richter, bei Gefahr im Verzug auch die Staatsanwaltschaft befugt.

(2) Die von der Staatsanwaltschaft verfügte Beschlagnahme tritt, auch wenn sie eine Auslieferung noch nicht zur Folge gehabt hat, außer Kraft, wenn sie nicht binnen drei Tagen von dem Richter bestätigt wird.

(3) <sup>1</sup>Die Öffnung der ausgelieferten Gegenstände steht dem Richter zu. <sup>2</sup>Er kann diese Befugnis der Staatsanwaltschaft übertragen, soweit dies erforderlich ist, um den Untersuchungserfolg nicht durch Verzögerung zu gefährden. <sup>3</sup>Die Übertragung ist nicht anfechtbar; sie kann jederzeit widerrufen werden. <sup>4</sup>Solange eine Anordnung nach Satz 2 nicht ergangen ist, legt die Staatsanwaltschaft die ihr ausgelieferten Gegenstände sofort, und zwar verschlossene Postsendungen ungeöffnet, dem Richter vor.

(4) <sup>1</sup>Über eine von der Staatsanwaltschaft verfügte Beschlagnahme entscheidet der nach § 98 zuständige Richter. <sup>2</sup>Über die Öffnung eines ausgelieferten Gegenstandes entscheidet der Richter, der die Beschlagnahme angeordnet oder bestätigt hat.

**Art. 10 GG.** (1) Das Briefgeheimnis sowie das Post- und Fernmeldegeheimnis sind unverletzlich.

(2) <sup>1</sup>Beschränkungen dürfen nur auf Grund eines Gesetzes angeordnet werden. <sup>2</sup>Dient die Beschränkung dem Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes, so kann das Gesetz bestimmen, daß sie dem Betroffenen nicht mitgeteilt wird und daß an die Stelle des Rechtsweges die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane tritt.

**§ 39 PostG. Postgeheimnis.** (1) Dem *Postgeheimnis* unterliegen die näheren Umstände des Postverkehrs bestimmter natürlicher oder juristischer Personen sowie der Inhalt von Postsendungen.

(2) <sup>1</sup>Zur Wahrung des Postgeheimnisses ist verpflichtet, wer geschäftsmäßig Postdienste erbringt oder daran mitwirkt. <sup>2</sup>Die Pflicht zur Geheimhaltung besteht auch nach dem Ende der Tätigkeit fort, durch die sie begründet worden ist.

(3) <sup>1</sup>Den nach Absatz 2 Verpflichteten ist es untersagt, sich oder anderen über das für die Erbringung der Postdienste erforderliche Maß hinaus Kenntnis vom Inhalt von Postsendungen oder den näheren Umständen des Postverkehrs zu verschaffen. <sup>2</sup>Sie dürfen Kenntnisse über Tatsachen, die dem Postgeheimnis unterliegen, nur für den in Satz 1 genannten Zweck verwenden. <sup>3</sup>Eine Verwendung dieser Kenntnisse für andere Zwecke, insbesondere die Weitergabe an andere, ist nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder eine andere gesetzliche Vorschrift dies vorsieht und sich dabei ausdrücklich auf Postsendungen oder Postverkehr bezieht. <sup>4</sup>Die Anzeigepflicht nach § 138 des Strafgesetzbuches hat Vorrang.

(4) <sup>1</sup>Die Verbote des Absatzes 3 gelten nicht, soweit die dort bezeichneten Handlungen erforderlich sind, um

1. bei entgeltbegünstigten Postsendungen das Vorliegen tariflicher Voraussetzungen zu prüfen,
2. den Inhalt beschädigter Postsendungen zu sichern,
3. den auf anderem Weg nicht feststellbaren Empfänger oder Absender einer unanbringlichen Postsendung zu ermitteln,
4. körperliche Gefahren abzuwenden, die von einer Postsendung für Personen und Sachen ausgehen.

<sup>2</sup>Die Auslieferung von Postsendungen an Ersatzempfänger im Rahmen der vertraglichen Vereinbarung mit dem Absender ist zulässig.

(5) Mitteilungen über den Postverkehr einer Person sind zulässig, soweit sie erforderlich sind, um Ansprüche gegen diese Person gerichtlich oder außergerichtlich geltend zu machen, die im Zusammenhang mit der Erbringung einer Postdienstleistung entstanden sind, oder um die Verfolgung von Straftaten zu ermöglichen, die beim Postverkehr zum Schaden eines Postunternehmens begangen wurden.

Die Postbeschlagnahme stellt einen Eingriff in das durch Art. 10 GG geschützte Postgeheimnis (vgl. zu diesem § 39 Abs. 1 PostG) und das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 [i.V.m. Art. 1 Abs. 1] GG) dar; zu dem strafrechtlichen Schutz siehe § 206 StGB (früher § 354 StGB).

### (1) Die Postbeschlagnahme als Sonderfall der Beschlagnahme

Die Postbeschlagnahme ist ein *Sonderfall der Beschlagnahme* (näher zur Durchführung unten) und regelt weniger die Beschlagnahme "von" Postsendungen und Telegrammen, denn "bei" Postunternehmen (neben der Deutschen Post AG auch private Kurier- und Zustelldienste), also soweit die Postsendungen sich in deren Gewahrsam und damit auf dem Postweg von der Einlieferung (z.B. Einwurf in den öffentlichen Postbriefkasten) bis zur Zustellung beim Empfänger befinden (z.B. Einwurf in den privaten Hausbriefkasten; dort kann die eingetroffene Post wieder nach den allgemeinen Beschlagnahmenvorschriften der §§ 94, 98 StPO beschlagnahmt werden).

Neben der Beschlagnahme umfaßt § 99 StPO als weniger schwerwiegende Maßnahme auch das Recht, unter denselben Voraussetzungen Auskunft über Postsendungen zu verlangen (z.B. über die Absender, Empfänger, Sendungsart; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 99 Rn 13).

Sowohl Absender wie Empfänger, nicht aber das Postunternehmen (das das - nach § 206 Abs. 2 StGB strafbewehrte - Postgeheimnis [§ 39 PostG] zu wahren hat), können in die *Herausgabe* (dann keine Beschlagnahme nach §§ 99, 94 StPO) *einwilligen*.

Die Postbeschlagnahme ist - wie allgemein die Beschlagnahme (§ 94 Abs. 1 StPO) - nur *zur Gewinnung von Beweisgegenständen* zulässig, nicht aber *zur Sicherstellung von Verfalls- und Einziehungsgegenständen*, die nach §§ 111b, 111c (bei Druckwerken zudem nach §§ 111m, 111n) StPO erfolgt. Doch können auch dem Verfall oder der Einziehung unterliegende Gegenstände *zu Beweis Zwecken* (auch auf dem Postweg) beschlagnahmt werden.

### (2) Gegenstände der Postbeschlagnahme

Der Anwendungsbereich der Postbeschlagnahme - auch in Abgrenzung zur Überwachung der Telekommunikation nach § 100a StPO - betrifft *Postsendungen (einschließlich Telegrammen)*, also auf dem Postweg beförderte Verkörperungen von Gedanken in Form von Briefen, Postkarten, Paketen, Telegrammen, Zahlkarten, Postanweisungen, Streifbandzeitungen o.ä. Nicht hierzu zählen der Fernschreib- und Fernkopier- (Telefax-) Verkehr (siehe § 3 Nr. 16, 17 TKG) oder elektronische Post (e-mails), für sie gilt § 100a StPO (s.u.).

### (3) Im Verfahren gegen einen bestimmten Beschuldigten

Die Postbeschlagnahme setzt ein gegen einen - der Person, nicht unbedingt aber dem Namen nach - *bekanntem Beschuldigten* voraus (ggf. wird das Ermittlungsverfahren durch die Postbeschlagnahme eröffnet).

Im selbständigen Einziehungsverfahren nach § 440 StPO ist die Postbeschlagnahme daher unzulässig (*BGHSt* 23, 329).

### (4) An den Beschuldigten gerichtete Postsendungen (§ 99 S. 1 StPO)

Beschlagnahmt werden dürfen nach Satz 1 nur die *an den Beschuldigten gerichteten*, d.h. an ihn adressierten Postsendungen bzw. Telegramme (auch wenn sie für einen anderen bestimmt sind). Die Beweismittelhaftung muß nach h.M. nicht geprüft werden (so *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 99 Rn 10; a.A. *SK-StPO/Rudolphi*, § 99 Rn 13); doch wenn diese bekanntermaßen fehlt, ist § 99 StPO nicht anwendbar.

### (5) Von dem Beschuldigten herrührende bzw. für diesen bestimmte Postsendungen (§ 99 S. 2 StPO)

Ferner dürfen nach Satz 2 von dem Beschuldigten herrührende (Hs. 1) oder für diesen bestimmte (Hs. 2) Postsendungen bzw. Telegramme beschlagnahmt werden, wobei beides allerdings nicht nur vermutet werden darf, sondern hierauf aus Tatsachen geschlossen werden muß. Das gilt hier - insofern abweichend zu den an den Beschuldigten gerichteten Postsendungen - auch für die Beweismittelhaftung. Die aufgrund von Tatsachen gegebene Möglichkeit der Beweiseignung muß jedoch nur für die betroffene Post insgesamt, nicht aber auf für jedes einzelne Poststück gegeben sein; soweit sie jedoch für ein Poststück erkennbar fehlt, darf dies nicht beschlagnahmt werden.

### (6) Ausnahmen

Abgesehen von dem zu beachtenden *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* (wobei bei der Prüfung der Bedeutung der Sache auch der Verdachtsgrad zu berücksichtigen ist, weshalb eine Postbeschlagnahme bei nur geringem Verdacht bzw. nur geringfügiger Tat als unverhältnismäßig ausscheidet),

ist - soweit gegen den Verteidiger kein Verdacht der Tatbeteiligung besteht (*BGH*, NJW 1973, 2035; KK-StPO<sup>4</sup>/*Nack*, § 99 Rn 11) - die *Verteidigerpost* von der Beschlagnahme ausgenommen (arg. § 148 StPO).

§ 97 StPO findet im übrigen schon deswegen keine (analoge) Anwendung, weil die auf der Post beschlagnahmten Sendungen sich nicht im Gewahrsam des Zeugnisverweigerungsberechtigten befinden.

### (7) Anordnungsbefugnis

Die Anordnungsbefugnis regelt § 100 Abs. 1 StPO: Primär zuständig ist der Richter, die Staatsanwaltschaft kann nur bei Gefahr im Verzug die Postbeschlagnahme "anordnen" (nie die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft). In diesem Fall tritt die Anordnung außer Kraft, wenn binnen dreier Tage (nach Eingang der Anordnung bei dem Postunternehmen; es gilt § 42 StPO) keine richterliche Bestätigung erfolgt (ohne daß die bis dahin erfolgte oder auf drei Tage begrenzte Postüberwachung zu ihrer Wirksamkeit der richterlichen Bestätigung bedürfte; KK-StPO<sup>4</sup>/*Nack*, § 100 Rn 6; fragl.).

Die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft sollen nicht einmal das kurzfristige Anhalten der Sendungen bei der Post oder Telegraphenanstalt bis zur Erwirkung einer staatsanwaltschaftlichen oder richterlichen Beschlagnahmeanordnung verlangen können (LR<sup>24</sup>-*Schäfer*, § 100 Rn 4; m.E. fragl. bei bloßer Auswirkung auf die postinternen Arbeitsabläufe, nicht aber auf den üblichen Zustellungszeitpunkt).

### (8) Durchführung der Postbeschlagnahme

Die Postbeschlagnahme erfolgt (ähnlich wie bei Durchsuchung und Beschlagnahme) zweistufig,

1. indem zunächst der Richter, bei Gefahr im Verzug auch die Staatsanwaltschaft (§ 100 Abs. 1 StPO), das Postunternehmen nach §§ 99, 100 StPO anweist, die in dem Beschluß bezeichneten Postsendungen und Telegramme auszusondern und auszuliefern (das Gesetz spricht hier von "Beschlagnahme")
2. und sodann der Öffnung und Durchsicht der Post durch den Richter (oder - nach § 100 Abs. 3 StPO - den Staatsanwalt), bei der - soweit verfahrenserheblich - erst die *eigentliche* Beschlagnahme erfolgt, indem das Zurückbehalten der Sendung oder Nachricht (vgl. § 101 Abs. 2, 3 StPO) zum Zweck der Beweisführung im Strafverfahren regelmäßig durch den Richter (nach §§ 94, 98 StPO!) verfügt wird.

Die *Öffnung* (und die Durchsicht) der beschlagnahmten Post steht nur dem Richter zu. Dieser kann die Befugnis jedoch in Eilfällen (d.h. bei Gefahr im Verzug) der Staatsanwaltschaft übertragen (§ 100 Abs. 3 StPO); die nach der Prüfung erfolgende *eigentliche Beschlagnahme* (gemäß §§ 94, 98 StPO) ist dann gleichwohl regelmäßig dem *Richter vorbehalten* (KK-StPO<sup>3</sup>/*Nack*, § 100 Rn 8).

Eine *äußerliche Grobsichtung* der beschlagnahmten (und noch verschlossenen) Post durch die Staatsanwaltschaft (auch im Hinblick auf § 101 Abs. 2 StPO) vor der Aushändigung an den Richter ist stets zulässig; hierzu kann sie m.E. auch ihre Hilfsbeamten *mit* heranziehen (*LG Freiburg*, DRZ 1948, 258 - zu § 100 StPO a.F. - steht dem jedenfalls nicht entgegen).

Nach § 101 Abs. 1 StPO sind der Beschuldigte sowie Absender bzw. Adressat nachträglich (durch die Staatsanwaltschaft bzw. den Richter) von der Durchführung der Zwangsmaßnahme zu *benachrichtigen*; nach § 101 Abs. 2 StPO sind ungeöffnete Sendungen sofort *auszuhändigen*, ebenso geöffnete, aber nicht mehr benötigte Sendungen ("Zurückbehaltung nicht mehr erforderlich"); ferner sind nach § 101 Abs. 3 StPO dem Empfangsberechtigten jene Teile eines zurückbehaltenen Briefes *abschriftlich mitzuteilen*, deren Vorenthaltung nicht durch die Rücksicht auf die Untersuchung geboten ist.

### (9) Verwertungsverbot

Für Beweismittel, die unter Verstoß gegen §§ 99, 100 StPO (und damit Art. 10 GG) erlangt sind, besteht ein Verwertungsverbot. Strittig ist insofern allerdings, ob dies auch bei besonders schweren Verbrechen und für Verfahrensmängel "formaler" Art, soweit diese nicht auf Willkür beruhen, gilt (verneinend KK-StPO<sup>4</sup>/*Nack*, § 99 Rn 12, unter Verweis auf die bei der Telefonüberwachung vertretenen Grundsätze).

#### 4. Überwachung der Telekommunikation (TÜ), §§ 100a, 100b StPO

**§ 100a StPO.** <sup>1</sup>Die Überwachung und Aufzeichnung<sup>2</sup> der Telekommunikation<sup>1</sup> darf angeordnet werden, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen<sup>3</sup>, |[Straftatenkatalog:] daß jemand als Täter oder Teilnehmer

1. a) Straftaten des Friedensverrats, des Hochverrats und der Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates oder des Landesverrats und der Gefährdung der äußeren Sicherheit (§§ 80 bis 82, 84 bis 86, 87 bis 89, 94 bis 100a des Strafgesetzbuches, § 20 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 des Vereinsgesetzes),
- b) Straftaten gegen die Landesverteidigung (§§ 109d bis 109h des Strafgesetzbuches),
- c) Straftaten gegen die öffentliche Ordnung (§§ 129 bis 130 des Strafgesetzbuches, § 92 Abs. 1 Nr. 7 des Ausländergesetzes),
- d) ohne Soldat zu sein, Anstiftung oder Beihilfe zur Fahnenflucht oder Anstiftung zum Ungehorsam (§§ 16, 19 in Verbindung mit § 1 Abs. 3 des Wehrstrafgesetzes),
- e) Straftaten gegen die Sicherheit der in der Bundesrepublik Deutschland stationierten Truppen der nichtdeutschen Vertragsstaaten des Nordatlantikvertrages oder der im Land Berlin anwesenden Truppen einer der Drei Mächte (§§ 89, 94 bis 97, 98 bis 100, 109d bis 109g des Strafgesetzbuches, §§ 16, 19 des Wehrstrafgesetzes in Verbindung mit Artikel 7 des Vierten Strafrechtsänderungsgesetzes),
2. eine Geld- oder Wertpapierfälschung (§§ 146, 151, 152 des Strafgesetzbuches), einen schweren Menschenhandel nach § 181 Abs. 1 Nr. 2, 3 des Strafgesetzbuches, einen Mord, einen Totschlag oder einen Völkermord (§§ 211, 212, 220a des Strafgesetzbuches), eine Straftat gegen die persönliche Freiheit (§§ 234, 234a, 239a, 239b des Strafgesetzbuches), einen Bandendiebstahl (§ 244 Abs. 1 Nr. 2 des Strafgesetzbuches) oder einen schweren Bandendiebstahl (§ 244a des Strafgesetzbuches), einen Raub oder eine räuberische Erpressung (§§ 249 bis 251, 255 des Strafgesetzbuches), eine Erpressung (§ 253 des Strafgesetzbuches), eine gewerbsmäßige Hehlerei, eine Bandenhehlerei (§ 260 des Strafgesetzbuches) oder eine gewerbsmäßige Bandenhehlerei (§ 260a des Strafgesetzbuches), eine Geldwäsche, eine Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte nach § 261 Abs. 1, 2 oder 4 des Strafgesetzbuches, eine gemeingefährliche Straftat in den Fällen der §§ 306 bis 306c oder 307 Abs. 1 bis 3, des § 308 Abs. 1 bis 3, des § 309 Abs. 1 bis 4, des § 310 Abs. 1, der §§ 313, 314 oder 315 Abs. 3, des § 315b Abs. 3 oder der §§ 316a oder 316c des Strafgesetzbuches,
3. eine Straftat nach § 52a Abs. 1 bis 3, § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2, Satz 2 des Waffengesetzes, § 34 Abs. 1 bis 6 des Außenwirtschaftsgesetzes oder nach § 19 Abs. 1 bis 3, § 20 Abs. 1 oder 2, jeweils auch in Verbindung mit § 21, oder § 22a Abs. 1 bis 3 des Gesetzes über die Kontrolle von Kriegswaffen,
4. eine Straftat nach einer in § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 des Betäubungsmittelgesetzes in Bezug genommenen Vorschrift unter den dort genannten Voraussetzungen oder eine Straftat nach §§ 29a, 30 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4, § 30a oder § 30b des Betäubungsmittelgesetzes oder
5. eine Straftat nach § 92a Abs. 2 oder § 92b des Ausländergesetzes oder nach § 84 Abs. 3 oder § 84a des Asylverfahrensgesetzes,

begangen oder in Fällen, in denen der Versuch strafbar ist, zu begehen *versucht* oder *durch eine Straftat vorbereitet hat*], und |[Subsidiaritätsklausel:] wenn die *Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre*<sup>5</sup>. <sup>2</sup>Die Anordnung darf sich nur *gegen den Beschuldigten oder gegen Personen*<sup>4</sup> richten, von denen auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, daß sie für den Beschuldigten bestimmte oder von ihm herrührende Mitteilungen entgegennehmen oder weitergeben oder daß der Beschuldigte ihren Anschluß benutzt.

**§ 100b StPO.** (1) <sup>1</sup>Die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation (§ 100a) darf nur durch den Richter angeordnet werden. <sup>2</sup>Bei Gefahr im Verzug kann die Anordnung auch von der *Staatsanwaltschaft* getroffen werden. <sup>3</sup>Die Anordnung der Staatsanwaltschaft tritt außer Kraft, wenn sie nicht binnen drei Tagen von dem Richter bestätigt wird.

(2) <sup>1</sup>Die Anordnung ergeht schriftlich. <sup>2</sup>Sie muß Namen und Anschrift des Betroffenen, gegen den sie sich richtet, und die Rufnummer oder eine andere Kennung seines Telekommunikationsanschlusses enthalten. <sup>3</sup>In ihr sind Art, Umfang und Dauer der Maßnahmen zu bestimmen. <sup>4</sup>Die Anordnung ist auf höchstens drei Monate zu befristen. <sup>5</sup>Eine Verlängerung um jeweils nicht mehr als drei weitere Monate ist zulässig, soweit die in § 100a bezeichneten Voraussetzungen fortbestehen.

(3) <sup>1</sup>Auf Grund der Anordnung hat jeder, der *geschäftsmäßig* Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt, dem Richter, der Staatsanwaltschaft und ihren im Polizeidienst tätigen Hilfsbeamten (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation zu ermöglichen. <sup>2</sup>Ob und in

welchem Umfang hierfür Vorkehrungen zu treffen sind, ergibt sich aus § 88 des Telekommunikationsgesetzes und der auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsverordnung zur technischen und organisatorischen Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen. <sup>3</sup>§ 95 Abs. 2 gilt entsprechend.

(4) <sup>1</sup>Liegen die Voraussetzungen des § 100a nicht mehr vor, so sind die sich aus der Anordnung ergebenden Maßnahmen unverzüglich zu beenden. <sup>2</sup>Die Beendigung ist dem Richter und dem nach Absatz 3 Verpflichteten mitzuteilen.

(5) [[Verwertung von Zufallserkenntnissen:] Die durch die Maßnahmen erlangten personenbezogenen Informationen dürfen in anderen Strafverfahren zu Beweis Zwecken nur verwendet werden, soweit sich bei Gelegenheit der Auswertung Erkenntnisse ergeben, die zur Aufklärung einer der in § 100a bezeichneten Straftaten benötigt werden.]<sup>7)</sup>

(6) <sup>1</sup>Sind die durch die Maßnahmen erlangten Unterlagen zur Strafverfolgung nicht mehr erforderlich, so sind sie unverzüglich unter Aufsicht der Staatsanwaltschaft zu vernichten. <sup>2</sup>Über die Vernichtung ist eine Niederschrift anzufertigen.

**§ 85 TKG. Fernmeldegeheimnis.** (1) <sup>1</sup>Dem Fernmeldegeheimnis unterliegen der Inhalt der Telekommunikation und ihrer näheren Umstände, insbesondere die Tatsache, ob jemand an einem Telekommunikationsvorgang beteiligt ist oder war. <sup>2</sup>Das Fernmeldegeheimnis erstreckt sich auch auf die näheren Umstände erfolgloser Verbindungsversuche.

(2) <sup>1</sup>Zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses ist verpflichtet, wer geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt. <sup>2</sup>Die Pflicht zur Geheimhaltung besteht auch nach dem Ende der Tätigkeit fort, durch die sie begründet worden ist.

(3) <sup>1</sup>Den nach Absatz 2 Verpflichteten ist es untersagt, sich oder anderen über das für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienste erforderliche Maß hinaus Kenntnis vom Inhalt oder den näheren Umständen der Telekommunikation zu verschaffen. <sup>2</sup>Sie dürfen Kenntnisse über Tatsachen, die dem Fernmeldegeheimnis unterliegen, nur für den in Satz 1 genannten Zweck verwenden. <sup>3</sup>Eine Verwendung dieser Kenntnisse für andere Zwecke, insbesondere die Weitergabe an andere, ist nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder eine andere gesetzliche Vorschrift dies vorsieht und sich dabei ausdrücklich auf Telekommunikationsvorgänge bezieht. <sup>4</sup>Die Anzeigepflicht nach § 138 des Strafgesetzbuches hat Vorrang.

(4) Befindet sich die Telekommunikationsanlage an Bord eines Fahrzeugs für Seefahrt oder Luftfahrt, so besteht die Pflicht zur Wahrung des Geheimnisses nicht gegenüber dem Führer des Fahrzeugs oder seinem Stellvertreter.

§ 100a StPO rechtfertigt einen Eingriff in das Post- und Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG, § 85 TKG) und das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 [i.V.m. Art. 1 Abs. 1] GG). Die Anzahl der angeordneten Telefonüberwachungen hat sich von 1990 (2.493) bis 1999 (12.651) mehr als verfünffacht und wird, auch bei Berücksichtigung der modernen, immer weiter verbreiteten Formen der Telekommunikation (Mobilfunk, e-mail, SMS), nach überwiegender Ansicht zu häufig angeordnet.

*Keinen (rechtswidrigen) Eingriff in das Fernmeldegeheimnis* soll nach h.M. das durch einen Gesprächspartner *erlaubte Mithören* darstellen (BGHSt 42, 139 [154]; 39, 335; **abw.** aber EGHMR zit. bei Tietje, MDR 1994, 1078 [1080]): Der Grundrechtsschutz ende am Endgerät des Fernsprechteilnehmers, so daß kein (rechtswidriger) Eingriff vorliege, wenn auch nur einer der Teilnehmer am Fernmeldeverkehr damit einverstanden ist, daß ein Dritter mithört, gleichgültig ob dies eine Privatperson (ggf. aber Verwertungsverbot aus rechtsstaatlichen Gründen, BGHSt 42, 139 [154 ff, 157]) oder ein Polizeibeamter (fragl.) sei.

Daneben erlaubt § 1 G 10 (neugefaßt durch das *Gesetz zur Neuregelung von Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses* v. 26.6.2001, BGBl. I, 1254; dazu Huber, NJW 2001, 3296) den Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder sowie dem Militärischen Abschirmdienst (MAD) und dem Bundesnachrichtendienst (BND) "zur Abwehr von drohenden Gefahren für die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes einschließlich der in der Bundesrepublik Deutschland stationierten Truppen der nichtdeutschen Vertragsstaaten des Nordatlantikvertrages ... die Telekommunikation zu überwachen und aufzuzeichnen ...".

Beachte zudem §§ 4 Abs. 4; 7 Abs. 4 G 10 n.F. (zur Vorgängernorm des § 3 Abs. 5 G 10 a.F. siehe BVerfG, NJW 2000, 55 [68], wonach diese Regelung tw. verfassungswidrig war): Nach § 4 Abs. 4 G 10 können die aufgrund der Beschränkungen nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 G 10 nF erlangten Daten "soweit sie zur Erfüllung der Aufgaben des Empfängers erforderlich sind" "nur übermittelt werden 1. zur Verhin-

derung oder Aufklärung von Straftaten, wenn a) tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht bestehen, daß jemand eine [bestimmte Katalogtat] plant oder begeht, [oder] b) bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, daß jemand eine sonstige [Katalogtat] plant oder begeht, [sowie ferner] 2. zur Verfolgung von Straftaten, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, daß jemand eine in Nummer 1 bezeichnete Straftat begeht oder begangen hat". Im Rahmen der sog. strategischen Überwachung nach § 5 G 10 nF gewonnene personenbezogene Daten können gem. § 7 Abs. 2 G 10 nF "zur Verhinderung von Straftaten an die mit polizeilichen Aufgaben betrauten Behörden übermittelt werden, wenn 1. tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht bestehen, daß jemand [bestimmte Katalogtaten] plant oder begeht oder 2. bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, daß jemand [bestimmte Katalogtaten] plant oder begeht", wobei die Daten (auch) "zur Verfolgung von Straftaten an die zuständigen Behörden übermittelt werden [dürfen], wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, daß jemand eine in Satz 1 bezeichnete Straftat begeht oder begangen hat."

Auf die strenge Zweckbindung (§§ 4 Abs. 2 S. 2 u. Abs. 5 S. 1 Hs. 2, Abs. 6 S. 1; 6 Abs. 2 S. 2; 7 Abs. 4 S. 2, Abs. 5 S. 2 Hs. 2, Abs. 6 S. 1 G 10) der so übermittelten Daten ist zu achten (*Verwertungsverbot*, insbesondere bei Nichtvorliegen einer der Katalogtaten nach dem G 10).

§ 100a StPO ist nach h.M. als *abschließende* Regelung *eng* auszulegen.

#### (1) Telekommunikation (vgl. § 3 Nr. 16 u. 17 TKG)

Die Regelung ist mit Verwendung des Begriffs "Telekommunikation" bewußt offen gehalten, so daß sie alle Formen der Nachrichtenübermittlung durch technische Einrichtungen einschließt und - ebenso wie Art. 10 GG bzw. Art. 8 EMRK - im Hinblick auf künftige Übertragungsmöglichkeiten dynamisch ausgelegt werden kann (*BGH*, NJW 1997, 1935).

*Telekommunikation* ist der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Nachrichten jeglicher Art in der Form von Zeichen, Sprache, Bildern oder Tönen mittels technischer Einrichtungen oder Systeme, die als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden, übertragen, vermitteln, empfangen, steuern oder kontrollieren können (vgl. § 3 Nr. 16, 17 TKG).

Erfasst sind somit neben dem

- *Fernschreib- und Fernkopier- (Telefax-) Verkehr* (s.o.)
- nach *BGH* NJW 1997, 1934 (= *NStZ* 1997, 247) auch der - einmalige und unter analoger Beachtung von § 103 Abs. 1 S. 1 StPO erfolgende - Zugriff auf die (noch) in *Mail- oder Voiceboxen* des Diensteanbieters gespeicherten Daten, die unter den überwachten Telefonanschlüssen erreichbar sind (dazu *Kudlich*, JA 2000, 227; krit. *Kramer*, Grundbegriffe<sup>4</sup>, Rn 220; abw. auch *KK-StPO/Nack*<sup>4</sup>, § 100a Rn 7 ff, der den Schutz des Fernmeldeverkehrs nur auf den Sendevorgang bezieht, so daß zwar für Eingriffe während des Zeitraums des Absendens der Nachricht bis zu deren Ankommen im Speicher sowie den Zeitraum des Abrufens aus dem Speicher durch den Empfänger bis zum Ankommen bei diesem eine Anordnung nach § 100a StPO erforderlich ist, im Speicher ruhende Nachrichten aber nach § 94 StPO beschlagnahmt werden können sollen; unter Verweis auf *BGH* aaO zu Recht zweifelnd *Benfer*, Rechtsingriffe, Rz. 1277 f, da es sich um einen einheitlichen elektronischen Vorgang vom Absenden bis zum Ankommen der Nachrichten handelt);

ähnlich wie bei der Postüberwachung ist allerdings nach §§ 94, 99 StPO eine Beschlagnahme der beim Empfänger im Rechner bereits eingegangenen (d.h. dort gespeicherten) Daten (dort) zulässig.

*Gegenstand des verfassungsrechtlichen Schutzbereichs* der Telekommunikation, aber (damit) auch deren Einschränkung im Rahmen der Telefonüberwachung (und Übermittlung), ist neben dem Inhalt und/oder Angaben über die Partner der Telekommunikation (*Was? Wer? Mit wem?*) auch das *Wo, das Wie und das Wann* der Telekommunikation (vgl. § 85 Abs. 1 S. 1 TKG: "ihre näheren Umstände"), somit können auch die *Verbindungsdaten* erhoben werden, was die Einrichtung von *Fangschaltungen* (vgl. § 89 Abs. 2 Nr. 3 TKG) und sog. *Zählervergleichseinrichtungen* (durch die Telefonanschlüsse in der Weise überwacht werden, daß die jeweils angewählten Telefonnummern mit Zeitpunkt und Dauer der Telefonverbindung festgestellt und diese Daten auf einem Leseband automatisch ausgedruckt werden, so daß der Telefonverkehr des überwachten Telefonanschlusses festgehalten wird; dazu *BGHSt* 35, 32) ermöglicht, allerdings nur aufgrund entsprechender richterlicher Anordnung;



nicht erfaßt sind allerdings Auskünfte darüber, welche Karten (= Rufnummern) anderer Personen (= Dritter) über das Mobiltelefon eines Beschuldigten benutzt wurden bzw. werden (keine "Geräteüberwachung"; so *Benfer*, *Rechtseingriffe*, Rn 1281, unter Verweis auf *LG Hamburg*, NStZ-RR 1999, 82 f); Zu weiteren (nach Ansicht des *BVerfG*[E 85, 386] erforderlichen besonderen) gesetzlichen Eingriffsgrundlagen siehe auch § 10b FAG i. V. m. der Fernmelde-ÜberwachungsVO v. 18.5.1995 und § 12 FAG (das FAG gilt aber nur noch bis zum 31.12.2001!), doch kann hiernach nach h.M. nur Auskunft über *zurückliegende* Gespräche etc. erlangt werden und keine Auskunfts- und Aufzeichnungspflicht für zukünftige Gespräche etc. begründet werden (doch erfolgt diese Aufzeichnung ohnehin aus betrieblichen Gründen); vgl. hierzu *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 100a Rn 3; *Schäfer*, *Strafverfahren*<sup>6</sup>, Rn 446.

- zu den Verbindungsdaten im weiteren Sinn zählt auch die Auskunft über die *geographischen Positionsmeldungen* (sog. Funkzellen) betriebsbereiter, aber "nicht telefonierender" Mobiltelefone, die ebenfalls im Wege der Telefonüberwachung erhoben werden können (*BGH*, NJW 2001, 1587; krit. Anm. *Bernsmann*, NStZ 2002, 103);
- ferner können die sog. *Bestandsdaten* aus dem Telekommunikationsdienstleistungsvertragsverhältnis (vgl. § 89 Abs. 6 S. 1; 90 Abs. 1, 3 Nr. 1 [an die Strafverfolgungsbehörden] u. Nr. 2 [an die Polizei zur Gefahrenabwehr] TKG) erhoben werden, etwa sind die Rufnummern einer namentlich bekannten Person bzw. die Namen von Anschlußinhabern bei bekannten Rufnummern mitzuteilen.

#### Nicht erfaßt

- ist die Überwachung privat oder behördlich betriebener *interner Telefonanlagen*, soweit über diese nicht zugleich *geschäftsmäßig* Telekommunikationsdienste erbracht werden (arg. § 100b Abs. 3 StPO), dies ist allerdings bei Nebenstellenanlagen in Hotels und Krankenhäusern der Fall, ebenso in Betrieben und Behörden, *wenn* sie den Beschäftigten auch zur privaten Nutzung zur Verfügung gestellt werden (*Kramer*, *Grundbegriffe*<sup>4</sup>, Rn 220)
  - geschäftsmäßiges Erbringen von Telekommunikationsdiensten* ist das "nachhaltige Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht" (§ 3 Nr. 5 TKG)
- Auch gestattet § 100a StPO nicht das *heimliche Abhören eines nicht-öffentlichen Gesprächs* außerhalb des Fernmeldeverkehrs (*BGHSt* 34, 39 [50]) oder die Verwertung von sog. *Raumgesprächen* (bei nicht richtig aufgelegtem Telefonhörer [vgl. *BGHSt* 31, 296]; dagegen sollen nach *Benfer*, *Rechtseingriffe*, Rn 1284, unter Verweis auf *OLG Düsseldorf*, NJW 1995, 975 [976], nach dem Wählvorgang, aber vor dem Melden des Teilnehmers über den bereits abgehobenen Hörer erlangbare Raumgespräche durch die Telefonüberwachung erfaßt sein; zu Recht abl. *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 100a Rn 1), insofern sind aber die Voraussetzungen des § 100c StPO zu prüfen.

#### (2) Überwachung und Aufzeichnung

Während bei der *Fernsprechüberwachung* beides (Überwachung und Aufzeichnung) anzuordnen ist, beinhaltet beim *Fernschreibverkehr* das Überwachen (= Mitlesen) bereits die Übertragung auf Schriftrträger.

Zur Fangschaltung und Schaltung einer Zählervergleichseinrichtung sowie zur Übermittlung von Verbindungsdaten s.o.

#### (3) Bestimmte Tatsachen bezüglich des Vorliegens einer Katalogtat

Der (ständig umfangreicher werdende) *Straftatenkatalog* ist zwar abschließend (enumerative Aufzählung), umfaßt allerdings neben

- der *täterschaftlichen Tatbegehung*,
- die *Teilnahmehandlung* (auch am Versuch, s.u.),
  - (nicht: Begünstigung, Strafvereitelung und einfache Hehlerei, §§ 257, 258, 259 StGB; hingegen sind die gewerbsmäßige und Bandenhehlerei, §§ 260, 260a StGB, selbst Katalogtaten)
- sowie die (strafbaren; beachte § 23 StGB!) *Versuchshandlungen* (auch die strafbare versuchte Teilnahme nach § 30 StGB, s.o.),
- als auch andere (!) ihrerseits (!) *als selbständige Straftaten strafbare Vorbereitungshandlungen*, die keine Vorbereitungshandlungen im eigentlichen Sinn zu einer Katalogtat sein müssen, sondern eine beliebige - vollendete oder versuchte - Straftat darstellen können (so ist nach h.M. etwa die Telefonüber-

wachung bei dem Beteiligten zulässig, der [in Unkenntnis der Katalogtat nur] das zur Begehung einer Katalogtat eingesetzte Kraftfahrzeug gestohlen hat, obwohl Diebstahl, § 242 StGB, keine Katalogtat ist; fragl.).

Als *Tatverdacht* genügt ein einfacher, allerdings auf *konkreten* ("bestimmten") *Tatsachen* (!) gründender (Anfangs-) Verdacht; damit scheidet routinemäßig und aus lediglich allgemeiner polizeilicher Erfahrung gewonnene Erkenntnisse für die Anwendung des § 100a StPO aus (sog. qualifiziert belegter Anfangsverdacht, *Schäfer*, Strafverfahren<sup>6</sup>, Rn 455).

Ob beim Einsatz der Telefonüberwachung zur *Aufenthaltsermittlung* weitergehend ein dringender Tatverdacht erforderlich ist, ist str. (verneinend *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 100a Rn 6 m.w.N.).

#### (4) Betroffene der Telefonüberwachung

Die Telefonüberwachung muß sich gegen bestimmte Personen richten,

nämlich gegen einen (u.U. noch nicht identifizierten) *Beschuldigten*;

sie kann aber auch bei einem *Nichtverdächtigen* erfolgen (selbst bei einem nach § 52 StPO zeugnisverweigerungsberechtigten Dritten, *BGHSt* 29, 23 [25]; ob und inwieweit eine Telefonüberwachung bei den *Berufsheimnisträgern* nach § 53 StPO zulässig ist, siehe unten), soweit dieser als Nachrichtenmittler (*BGH*, NJW 1995, 2904 [2907]) für den Beschuldigten tätig wird oder der Beschuldigte seinen Anschluß benutzt.

Der hiernach erforderlichen Abgrenzung des *Verdächtigen* vom *Nichtverdächtigen* kommt bei Anschluß- oder Beihilfetaten besondere Bedeutung zu, da nur die Beihilfehandlung Katalogtat ist, während eine Strafvereitelung, Begünstigung oder einfache Hehlerei nicht erfaßt wird.

Im Hinblick auf den meist unvermeidlichen Eingriff in die Grundrechte unverdächtigter Dritter kommt insoweit der Regelung des § 100b StPO Abs. 6 StPO (sowie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) besondere Bedeutung zu; auch muß die Erforderlichkeit des Eingriffs gegen einen Unverdächtigen gezielt überprüft werden (eine dauerhafte Überwachung scheidet insofern bei ihm regelmäßig aus).

Allerdings darf der *Telefonanschluß des Verteidigers* im Hinblick auf § 148 StPO nicht abgehört werden (*BGHSt* 33, 347; siehe auch *EGHMR*, StV 1998, 683 - Fall Kopp, m. Anm. *Kühne*, der für ein allgemeines, an § 53 StPO anknüpfendes Beweiserhebungsverbot eintritt), solange dieser nicht nach § 138a Abs. 1 Nr. 1 StPO von der Verteidigung ausgeschlossen worden ist (so *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 100a Rn. 13; *Volk*, Strafprozeßrecht<sup>2</sup>, § 11 Rn 47; a.A. KK-StPO/*Nack*<sup>4</sup>, § 100a Rn 30: ausreichend seien gewichtige Anhaltspunkte für eine Beteiligung des Verteidigers an der Tat; zw.).

Wohl aber soll ein *Rechtsanwalt*, der selbst einer Katalogtat verdächtig ist, überwacht werden können, auch wenn er als Strafverteidiger tätig ist (*BVerfGE* 30, 1 [32] = NJW 1975, 275; *BGHSt* 33, 347 [349]; a.A. SK-StPO/*Rudolphi*, § 100a Rn 19; LR<sup>24</sup>-*Schäfer*, § 100a Rn 26).

Für andere nach § 53 StPO zur Zeugnisverweigerung berechnete *Berufsheimnisträger* fehlt eine Regelung (kein Verweis auf § 97 StPO), weshalb nach wohl h.L. eine einschränkende Auslegung vorzunehmen ist, so daß für Mitteilungen, von denen anzunehmen ist, daß sie nach § 53 Abs. 1 StPO dem Berufsheimnis unterliegen, eine Telefonüberwachung gegen den Berufsheimnisträger nur unter analoger Anwendung des § 97 Abs. 2 S. 3 StPO zulässig ist (also wenn er dementsprechend der Teilnahme oder einer Anschlußtat verdächtig ist; KK-StPO<sup>4</sup>/*Nack*, § 100a Rn 12; *Volk*, Strafprozeßrecht<sup>2</sup>, § 10 Rn 42; a.A. LR<sup>24</sup>-*Schäfer*, § 100a Rn 25).

#### (5) Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Das Gesetz verlangt, daß die Telefonüberwachung *unenitbehrlich* ist, weil "die Erforschung des Sachverhalts oder Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise *aussichtslos* [!; d.h. andere Aufklärungsmittel sind nicht vorhanden] oder wesentlich erschwert wäre" (hier: *qualifizierte Subsidiaritätsklausel*, vgl. auch § 100c Abs. 2, 3 StPO; zu den sonst üblichen einfachen Subsidiaritätsklauseln siehe etwa §§ 98; 163e; 163f StPO). Es ist somit zu prüfen, ob andere Aufklärungsmittel vorhanden und ob deren Erfolgsaussichten der Telefonüberwachung allenfalls gleichwertig sind. Eine *wesentliche Erschwerung* liegt insbesondere vor, wenn die Benutzung anderer Aufklärungsmittel einen erheblich größeren Zeitauf-

wand erfordern und daher zu einer wesentlichen Verfahrensverzögerung führen würde oder mit einem deutlich größeren Arbeitsaufwand verbunden wäre; nicht ausreichend ist ein anderenfalls größerer Kostenaufwand (so *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 100a Rn 7; str.).

Wenngleich der Straftatenkatalog bereits Ausdruck gesetzgeberischer Konkretisierung der Verhältnismäßigkeit der Zwangsmaßnahme ist, wird - zu Recht - zudem noch die gesonderte Prüfung der *Verhältnismäßigkeit* der Maßnahme gefordert (diese ist etwa zu verneinen bei geringer Schuld des Täters; *Benfer*, Rechtseingriffe, Rn 1290).

#### (6) (Nicht-) Verwertbarkeit der Erkenntnisse

Im *Verfahren gegen den Beschuldigten und alle Tatbeteiligten* (hier einschließlich der "Anschlußtaten" der Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei) sind die *Erkenntnisse aus einer (rechtmäßigen) Telefonüberwachung* uneingeschränkt *verwertbar* (etwa durch Vernehmung der Überwachungsbeamten als Zeugen, Inaugenscheinnahme [= Abhören] der Ton- oder Schriftrträger oder Verlesung deren in Niederschriften festgehaltenen Inhalte),

- auch hinsichtlich Ermittlungsergebnissen für *mit der Katalogtat in Tateinheit stehenden Nicht-Katalogtaten* bzw. im Fall der §§ 129, 129a StGB hinsichtlich aller Taten, die die Mitglieder der Vereinigung in Verfolgung der kriminellen bzw. terroristischen Ziele der Vereinigung abgesprochen oder begangen haben (*BGHSt* 28, 122 [127]),
- dies auch, wenn der zunächst (objektiv) gegebene Tatverdacht einer Katalogtat *nachträglich* entfällt;
- weiter zur *Ermittlung* (nicht: Beweisführung; KK-StPO/*Nack*<sup>4</sup>, § 100a Rn 15a; ferner nicht zur Gefahrenabwehr, so zu Recht *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 100a Rn 15a, str.) *anderer begangener Straftaten* (*BGHSt* 28, 122), auch wenn es sich um Nicht-Katalogtaten handelt (fragl.).
- Auch das Bestehen eines *Zeugnisverweigerungsrechtes* für den Gesprächsteilnehmer (*BGH*, NStZ 1988, 562; siehe auch oben) soll nicht zur Unverwertbarkeit führen.

Grundsätzlich nicht verwertbar sind die Ergebnisse einer gerichtlich (sei es durch den Ermittlungsrichter oder - eher - durch den zu einer umfassenden Prüfung verpflichteten Tat- oder auch Revisionsrichter) für *rechtswidrig* erachteten Telefonüberwachung, *sofern* die Fehler nicht nur bei der Anordnung (etwa nach § 100b Abs. 2 StPO) liegen (so *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 100a Rn 21, str.;

so auch bei Aufhebung einer staatsanwaltlichen Anordnung, *BGHSt* 32, 68 [70]; *aber* im Fall bloßer Nichtbestätigung staatsanwaltlicher Eilanordnung [Beurteilungsmaßstab ist die Sachlage im Zeitpunkt der richterlichen Entscheidung] bleibt grundsätzlich verwertbar, was innerhalb der ersten drei Tage aufgezeichnet wurde, *Volk*, Strafprozeßrecht<sup>2</sup>, § 10 Rn 46; vgl. *BGHSt* 41, 64 [66 f] zu § 110b StPO).

Ein Verwertungsverbot besteht hiernach

- bei Erlangung der Beweismittel unter "völliger Umgehung" des § 100a StPO (*BGHSt* 31, 304; 35, 32);
- bei bewußter Überschreitung der gesetzlichen Befugnisse (*BGHSt* 28, 122 [124], 31, 304 [309]; etwa: fehlender Tatverdacht, kein Verdacht einer Katalogtat, Mißachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes),
- bei einer Anordnung durch die Polizei (kein Abstellen auf die Möglichkeit eines hypothetischen - richterlich verfügbaren - Ersatzeingriffs);
- sowie grundsätzlich bei Überwachung des Fernmeldeverkehrs mit dem Verteidiger (*BGHSt* 33, 347 [352]; nach *BGH*, NStZ 1988, 562 = StV 1990, 435 m. krit. Anm. *Taschke* soll aber die Verwertung eines zulässigerweise überwachten Telefongesprächs des Verteidigers mit einem Dritten erlaubt sein), ermitteln die Behörden aber *gegen den Verteidiger* wegen einer Katalogtat, so sind die bei dieser Telefonüberwachung gewonnenen Erkenntnisse gegen diesen, grundsätzlich aber nicht gegen seinen Mandanten verwertbar (*BGH*, NStZ 1986, 294 [297 f]: Grundgedanke der Aussagefreiheit).

Ein Verstoß gegen § 100a StPO soll grundsätzlich nicht zur Unverwertbarkeit jener Beweismittel führen, die (erst) durch Ermittlungen aufgrund der Telefonüberwachung erlangt wurden (*keine Fernwirkung eines Beweisverwertungsverbotes*; *BGHSt* 32, 68 [70];

zu Recht zieht KK-StPO<sup>4</sup>/*Nack*, § 100a Rn 51, die Grenze zwischen der verbotenen unmittelbaren und der nach der Rspr. zulässigen mittelbaren Verwertung derart, daß *ausschließlich und unmittelbar* aufgrund der [unverwertbaren] Telefonüberwachung erlangte Beweismittel nicht verwertbar sind [und so-

mit *allein* auf sie auch keine weiteren prozessualen Zwangsmaßnahmen gestützt werden dürfen], siehe zum Ganzen *Kramer*, Grundbegriffe<sup>4</sup>, Rn 220 mit Fn 210, Rn 165-165a; i.e. str.; im übrigen müssen - zur Vermeidung der Umgehung der Eingriffsvoraussetzungen - bewußte Rechtsverstöße Fernwirkung haben, so zutreffend *Volk*, Strafprozeßrecht<sup>2</sup>, § 10 Rn 47, *Kramer*, aaO Rn 165a).

Unzulässig gewonnene (und deshalb nicht verwertbare) Ermittlungsergebnisse dürfen auch nicht im Verfahren vorgehalten werden; aufgrund solch eines *Vorhaltes* erfolgende (auch spätere, hierdurch noch beeinflusste) Bekundungen sind daher ebenfalls nicht verwertbar (*BGHSt* 27, 355 [358]; 35, 32).

#### (7) Zufallserkenntnisse (§ 100b Abs. 5 StPO)

Für *Zufallserkenntnisse*, nämlich *personenbezogene Informationen* (zu diesem - umfassenden - Begriff vgl. § 3 Abs. 1 BDSG) zu anderen als den von dem Beschluß erfaßten Straftaten, gilt nicht § 108 StPO (keine analoge Anwendbarkeit, *BGHSt* 26, 298 [303]), sondern § 100b Abs. 5 StPO:

- Danach dürfen Zufallserkenntnisse zur Strafverfolgung *gegen den Beschuldigten und die Teilnehmer* an seiner Tat uneingeschränkt verwertet werden, soweit es sich um *Katalogtaten* handelt (auch andere als die der konkreten Telefonüberwachung zugrundeliegenden Katalogtaten) oder im engen Zusammenhang mit einer Katalogtat stehen (so bei einer anderen, im Katalog nicht erfaßten Begehungsform einer [Katalog-] Tat, bei Tateinheit oder prozessualer Tatidentität; *BGH*, *NStZ* 1998, 426 [427]),  
also nicht unmittelbar (!) verwertbar sind Zufallserkenntnisse über *Nicht-Katalogtaten einschließlich der Anschlußtaten* Begünstigung, Strafvereitelung und (einfache) Hehlerei, §§ 257, 258, 258a, 259 StGB (*BGHSt* 27, 355 [356]);  
insoweit soll aber eine *mittelbare Verwertung* zulässig sein (sie können also Grundlage weiterer Ermittlungen sein und die hierbei erlangten [anderen] Beweismittel sind verwertbar; *BGHSt* 27, 355; a.A. *SK-StPO/Rudolphi*, § 100a Rn 19);
- weiter sind Zufallserkenntnisse zur *Strafverfolgung gegen Dritte*, soweit sie sich auf eine *Katalogtat* beziehen, uneingeschränkt verwertbar (*BGHSt* 28, 122 [129]; 32, 10 [15]),  
bei *Nicht-Katalogtaten* soll wiederum eine mittelbare Verwertung in Betracht kommen (*BGHSt* 26, 293 [302]).

Hinweis: Wenn auch die Taten der Rauschgiftkonsumenten (§ 29 Abs. 1 Nr. 1, 3 BtMG) in einem inneren Zusammenhang mit jenen des Rauschgifthändlers nach §§ 29 Abs. 3; 29a Abs. 1; 30 Abs. 1 BtMG stehen (und weiterhin die Verwertbarkeit grundsätzlich nicht personen-, sondern tatbezogen zu beurteilen ist; *BGHSt* 32, 10 [15]), so ist doch nach der Rspr. hier mangels Vorliegens einer Katalogtat eine Verwertbarkeit im Verfahren gegen den Konsumenten unzulässig (*BGH*, *StV* 1991, 208; *BayObLG* MDR 1982, 690; krit. *Kramer*, Grundbegriffe<sup>4</sup>, Rn 224).

#### (8) Anordnungsbefugnis, Dauer der Überwachung, Vernichten der Unterlagen (§ 100b StPO)

Zuständig für die Anordnung der Telefonüberwachung ist der *Richter*. Bei Gefahr im Verzug kann auch die Staatsanwaltschaft (nicht: der Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft) eine Telefonüberwachung anordnen, doch tritt diese Anordnung nach drei Tagen (ab Anordnung, nicht Eingang bei dem Telekommunikationsunternehmen, *BGHSt* 44, 243 [245 f]; es gilt jedoch § 43 Abs. 2 StPO) außer Kraft, sofern binnen der drei Tage keine richterliche Bestätigung erfolgt. Im übrigen schreibt das Gesetz eine schriftliche Anordnung vor und legt deren Inhalt fest (§ 100b Abs. 2 S. 1-3 StPO).

Die *Dauer der Telefonüberwachung* ist auf höchstens drei Monate beschränkt, doch ist eine erneute Anordnung ("Verlängerung") zulässig, § 100b Abs. 2 S. 4, 5 StPO; bei Wegfall der Voraussetzungen ist die Maßnahme zu beenden (§ 100b Abs. 4 StPO).

Das durch die Telefonüberwachung gewonnene Material ist, soweit es für das Verfahren nicht mehr erforderlich oder prozessual nicht verwertbar ist, zu vernichten (§ 100b Abs. 6 StPO),

das gilt auch, wenn sich (nicht verwertbare!) Hinweise auf Nicht-Katalogtaten ergeben haben sollten. Wiederum ist § 101 StPO (nachträgliche Benachrichtigung) zu beachten.

## 5. Besondere Beobachtung bei allgemeinen Polizeikontrollen (sog. polizeiliche Beobachtung), § 163e StPO

**§ 163e StPO.** (1) <sup>1</sup>Die Ausschreibung zur Beobachtung *anlässlich von polizeilichen Kontrollen*, die die Feststellung der Personalien zulassen, kann angeordnet werden, wenn *zureichende tatsächliche Anhaltspunkte* dafür vorliegen, daß eine *Straftat von erheblicher Bedeutung* begangen wurde. <sup>2</sup>Die Anordnung darf sich nur *gegen den Beschuldigten* richten und nur dann getroffen werden, *[[Subsidiaritätsklausel:] wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre]*. <sup>3</sup>*Gegen andere Personen* ist die Maßnahme zulässig, wenn auf Grund *bestimmter Tatsachen* anzunehmen ist, daß sie mit dem Täter in Verbindung stehen oder eine solche Verbindung hergestellt wird, daß die Maßnahme zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters führen wird und dies auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.

(2) Das *Kennzeichen eines Kraftfahrzeugs* kann ausgeschrieben werden, wenn das Fahrzeug für eine nach Absatz 1 ausgeschriebene Person zugelassen ist oder von ihr oder einer bisher namentlich nicht bekannten Person benutzt wird, die einer Straftat mit erheblicher Bedeutung verdächtig ist.

(3) Im Falle eines Antreffens können auch personenbezogene Informationen eines *Begleiters* der ausgeschriebenen Person oder des *Führers eines ausgeschriebenen Kraftfahrzeugs* gemeldet werden.

(4) <sup>1</sup>Die Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung darf nur durch den *Richter* angeordnet werden. <sup>2</sup>Bei Gefahr im Verzug kann die Anordnung auch durch die *Staatsanwaltschaft* getroffen werden. <sup>3</sup>Hat die Staatsanwaltschaft die Anordnung getroffen, so beantragt sie unverzüglich die richterliche Bestätigung der Anordnung. <sup>4</sup>Die Anordnung tritt außer Kraft, wenn sie nicht binnen drei Tagen von dem Richter bestätigt wird. <sup>5</sup>Die Anordnung ist auf höchstens ein Jahr zu befristen. <sup>6</sup>§ 100b Abs. 2 Satz 5 gilt entsprechend.

Auf der Grundlage der *Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung* wird eine Person anlässlich einer anderen polizeilichen Kontrolle - z.B. Kontrollstelle (§ 111 StPO), Kontrollfahndung (§ 163d StPO), Grenzkontrolle oder Kontrollstelle nach den Landespolizeigesetzen - "erfaßt" und ihr Antreffen einschließlich der dabei festgestellten für die Aufklärung bedeutsamen Umstände zur Auswertung an die ausschreibende Strafverfolgungsbehörde gemeldet, ohne daß der Betroffene davon unterrichtet wird.

Unter dem Begriff *polizeiliche Beobachtung* wird die planmäßige, grundsätzlich heimliche Beobachtung einer Person (oder eines Objekts) zwecks Erstellung eines vollständigen Bewegungsbildes verstanden (etwa um so Rückschlüsse auf die Lebensweise des Verdächtigen, seine Anwesenheit in bestimmten Regionen oder auf bestimmte Kurierwege zu ermöglichen oder um - etwa bei organisierter Kriminalität - Zusammenhänge und Querverbindungen zu anderen Personen aufdecken zu können).

Die Regelung des § 163e StPO wurde durch das *Organisierte Kriminalitätsgesetz* v. 15.7.1992 (BGBl. I, 1302) neu in die StPO eingefügt und so eine gesetzliche Grundlage für die bisherige Praxis repressiver polizeilicher Beobachtung geschaffen.

Literatur: *Krahl*, NStZ 1998, 339

### 1. Anordnung gegen den Beschuldigten (§ 163e Abs. 1 S. 2 StPO)

- Der Betroffene muß *Beschuldigter* sein,
- wobei ein *Anfangsverdacht* gegen ihn bestehen (= *tatsächliche Anhaltspunkte* geben) muß, daß er
- eine *Straftat von erheblicher Bedeutung* begangen hat, d.h. die Straftat muß mindestens dem mittleren Kriminalitätsbereich zuzurechnen sein, den Rechtsfrieden empfindlich stören und geeignet sein, das Rechtsgefühl der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen (anders als in §§ 98a Abs. 1, 100a, 110a StPO, aber wie in §§ 81g, 163f StPO hat der Gesetzgeber keine gegenständliche Einschränkung durch einen Straftatenkatalog vorgenommen);
- es ist die *einfache Subsidiaritätsklausel* zu beachten (die weiter gefaßt ist als die in § 100a S. 1 a.E. StPO), d.h. andere Maßnahmen müssen "erheblich weniger erfolgversprechend" (Erfolgsprognose; bei § 100a StPO: "aussichtslos"! ) oder die Aufklärung muß anderenfalls "wesentlich erschwert" sein (insbesondere Verfahrensverzögerung; siehe insoweit oben bei § 100a StPO);
- im übrigen ist auch der *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* zu beachten.

2. Anordnung gegen "andere Personen" (§ 163e Abs. 1 S. 3 StPO)

- Auch hier sind tatsächliche Anhaltspunkte dafür erforderlich, daß durch eine bereits bekannte, als Täter verdächtige Person eine Straftat von erheblicher Bedeutung begangen worden ist (s.o.),
- zudem muß aufgrund *bestimmter Tatsachen* (nicht nur aufgrund bloßer Mutmaßungen oder Befürchtungen, siehe oben bei § 100a StPO) anzunehmen sein, daß die zu beobachtende (*Kontakt-*) Person bereits eine (recht enge, nicht nur flüchtige; so zu Recht *Benfer*, Rechtseingriffe, Rn 1225) Verbindung zum Täter habe oder diese herstellen wolle,
- und es müssen *bestimmte Tatsachen* dafür gegeben sein, daß die Maßnahme der Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters führen wird.
- Es ist wie in Abs. 1 S. 1 derselbe *einfache Subsidiaritätsgrundsatz* (s.o.) zu beachten, ferner die *Verhältnismäßigkeit* zu wahren.

3. Ausschreibung eines Kfz-Kennzeichens (§ 163e Abs. 2 StPO)

- Das Kraftfahrzeug muß auf einen Beschuldigten oder eine andere (= Kontakt-) Person im Sinne des Abs. 1 zugelassen sein oder von diesen benutzt werden
- oder das Kraftfahrzeug wird von einer namentlich nicht bekannten, einer erheblichen Straftat verdächtigen Person verwendet.

(Eine Subsidiaritätsklausel fehlt, wohl aber ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten.)

4. Datenerhebung betreffend weiterer Personen (§ 163e Abs. 3 StPO)

... die als Begleiter einer nach Abs. 1 ausgeschriebenen Person oder als Führer eines nach Abs. 2 ausgeschriebenen Kraftfahrzeuges angetroffen werden (da verfassungsrechtlich nicht unproblematisch, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besonders beachten!).

5. Anordnung, Dauer der Ausschreibung (§ 163e Abs. 4 StPO)

Zuständig für die Anordnung der polizeilichen Beobachtung ist der Richter. Wie bei §§ 98b Abs. 1, 100b Abs. 1 StPO kann bei Gefahr im Verzug auch die Staatsanwaltschaft (nicht: der Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft!) eine polizeiliche Beobachtung anordnen, doch tritt diese Anordnung nach drei Tagen (ab Anordnung, beachte § 43 Abs. 2 StPO) außer Kraft, sofern binnen der drei Tage keine richterliche Bestätigung erfolgt; diese ist "unverzüglich" zu beantragen.

Die *Dauer* der polizeilichen Beobachtung ist auf höchstens ein Jahr beschränkt, doch ist eine erneute Anordnung ("Verlängerung") um drei Monate (*Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 163e Rn 15; *Benfer*, Rechtseingriffe, S. 249; **a.A.** *Rieß*, NJ 1992, 497: ein Jahr) zulässig.

Hinweis auf § 463a Abs. 2 StPO: Ausschreibung eines unter Führungsaufsicht stehenden Verurteilten zur polizeilichen Beobachtung

**§ 463a StPO.** (1) Die Aufsichtsstellen (§ 68a des Strafgesetzbuches) können zur Überwachung des Verhaltens des Verurteilten und der Erfüllung von Weisungen von allen öffentlichen Behörden Auskunft verlangen und Ermittlungen jeder Art, mit Ausschluß eidlicher Vernehmungen, entweder selbst vornehmen oder durch andere Behörden im Rahmen ihrer Zuständigkeit vornehmen lassen.

(2) <sup>1</sup>Die Aufsichtsstelle kann für die Dauer der Führungsaufsicht oder für eine kürzere Zeit anordnen, daß der Verurteilte zur Beobachtung anläßlich von polizeilichen Kontrollen, die die Feststellung der Personalien zulassen, *ausgeschrieben* wird. <sup>2</sup>§ 163e Abs. 2 gilt entsprechend. <sup>3</sup>Die Anordnung trifft der Leiter der Führungsaufsichtsstelle. <sup>4</sup>Die Erforderlichkeit der Fortdauer der Maßnahme ist mindestens jährlich zu überprüfen.

(3) <sup>1</sup>Örtlich zuständig ist die Aufsichtsstelle, in deren Bezirk der Verurteilte seinen Wohnsitz hat. <sup>2</sup>Hat der Verurteilte keinen Wohnsitz im Geltungsbereich dieses Gesetzes, so ist die Aufsichtsstelle örtlich zuständig, in deren Bezirk er seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hat und, wenn ein solcher nicht bekannt ist, seinen letzten Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort hatte.

## 6. (Kurz- und) längerfristige Observation: (§§ 161, 163;) 163f StPO

**§ 163f StPO.** (1) <sup>1</sup>Liegen zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vor, dass eine Straftat *von erheblicher Bedeutung* begangen worden ist, so darf [[Legaldefinition:] eine planmäßig angelegte Beobachtung *des Beschuldigten* angeordnet werden, die

1. durchgehend länger als 24 Stunden dauern oder
2. an mehr als zwei Tagen stattfinden

soll (*längerfristige Observation*)]. <sup>2</sup>Die Maßnahme darf nur angeordnet werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters *auf andere Weise erheblich weniger Erfolg versprechend oder wesentlich erschwert wäre*. <sup>3</sup>*Gegen andere Personen* ist die Maßnahme zulässig, wenn auf Grund *bestimmter Tatsachen* anzunehmen ist, dass sie mit dem Täter in Verbindung stehen oder eine solche Verbindung hergestellt wird, dass die Maßnahme zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters führen wird und dies auf andere Weise erheblich weniger Erfolg versprechend oder wesentlich erschwert wäre.

(2) Die Maßnahme darf auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden.

(3) <sup>1</sup>Die Maßnahme bedarf der Anordnung durch die *Staatsanwaltschaft*; bei Gefahr im Verzug darf sie auch durch ihre *Hilfsbeamten* (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) angeordnet werden. <sup>2</sup>Hat einer der Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft die Anordnung getroffen, so ist unverzüglich die staatsanwaltschaftliche Bestätigung der Anordnung zu beantragen. <sup>3</sup>Die Anordnung tritt außer Kraft, wenn sie nicht binnen drei Tagen von der Staatsanwaltschaft bestätigt wird.

(4) <sup>1</sup>Die Anordnung ist unter Angabe der maßgeblichen Gründe aktenkundig zu machen und auf *höchstens einen Monat* zu befristen. <sup>2</sup>Die Verlängerung der Maßnahme bedarf einer neuen Anordnung, die nur durch den *Richter* getroffen werden darf.

Unter einer *Observation* wird die in der Regel unauffällige planmäßige - gegebenenfalls unter Einsatz technischer Mittel erfolgende, siehe dann zudem § 100c StPO - Beobachtung einer Person oder eines Objekts mit dem Ziel der Erhebung diesbezüglicher Erkenntnisse verstanden.

Ist eine Observation mit anderen (schwerwiegenden) Eingriffen verbunden, z.B. mit dem Einsatz technischer Mittel nach § 100c StPO, so müssen zusätzlich die dafür erforderlichen Voraussetzungen gegeben sein (BGH, NJW 2001, 1658).

Die durch das *Strafverfahrensänderungsgesetz 1999* (StVÄndG 1999) v. 2.8.2000 (BGBl. I, 1253; in Kraft getreten am 1.11.2000) neu in die StPO eingefügte Vorschrift des § 163f StPO - die übrigens eng an die Regelung des § 163e StPO angelehnt ist - regelt die (repressive) *längerfristige Observation* im Gegensatz zur *kurzfristigen Observation*, die - als weniger schwerwiegende Ermittlungsart - aufgrund der (ebenfalls durch das StVÄndG 1999 geschaffenen) Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161, 163 StPO ohne weitere Einschränkungen durch die Staatsanwaltschaft und Polizei vorgenommen werden kann.

**§ 161 StPO.** (1) <sup>1</sup>Zu dem in § 160 Abs. 1 bis 3 bezeichneten Zweck *ist die Staatsanwaltschaft befugt, von allen Behörden Auskunft zu verlangen und Ermittlungen jeder Art entweder selbst vorzunehmen oder durch die Behörden und Beamten des Polizeidienstes vornehmen zu lassen, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften ihre Befugnisse besonders regeln*. <sup>2</sup>Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes sind verpflichtet, dem Ersuchen oder Auftrag der Staatsanwaltschaft zu genügen, und in diesem Falle befugt, von allen Behörden Auskunft zu verlangen.

(2) In oder aus einer Wohnung erlangte personenbezogene Informationen aus einem Einsatz technischer Mittel zur Eigensicherung im Zuge nicht offener Ermittlungen auf polizeirechtlicher Grundlage dürfen unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu Beweis Zwecken nur verwendet werden (Artikel 13 Abs. 5 des Grundgesetzes), wenn das Amtsgericht (§ 162 Abs. 1), in dessen Bezirk die anordnende Stelle ihren Sitz hat, die Rechtmäßigkeit der Maßnahme festgestellt hat; bei Gefahr im Verzug ist die richterliche Entscheidung unverzüglich nachzuholen.

**§ 163 StPO.** (1) <sup>1</sup>Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes haben Straftaten zu erforschen und alle keinen Aufschub gestattenden Anordnungen zu treffen, um die Verdunkelung der Sache zu verhüten. <sup>2</sup>*Zu diesem Zweck sind sie befugt, alle Behörden um Auskunft zu ersuchen, bei Gefahr im Verzug auch, die Auskunft zu verlangen, sowie Ermittlungen jeder Art vorzunehmen, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften ihre Befugnisse besonders regeln*.

(2) <sup>1</sup>Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes übersenden ihre Verhandlungen ohne Verzug der Staatsanwaltschaft. <sup>2</sup>Erscheint die schleunige Vornahme richterlicher Untersuchungshandlungen erforderlich, so kann die Übersendung unmittelbar an das Amtsgericht erfolgen.

Die (bisher fehlende) *Ermittlungsgeneralklausel* bildet nunmehr die gesetzliche Grundlage für Ermittlungen jeder Art, auch für solche, mit einem Grundrechtseingriff verbundene Ermittlungsmaßnahmen, die weniger intensiv eingreifen und daher von keiner speziellen Eingriffsermächtigung erfaßt werden, wie z.B. die kurzfristige Observation, der Einsatz von V-Leuten (s.u.) oder Scheinaufkäufern, auch einfache Fahndungsmaßnahmen; hierzu gehört insbesondere auch das *Einholen behördlicher Auskünfte* (wobei die Polizeibeamten nach § 163 Abs. 1 S. 2 StPO aus eigener Kompetenz - anders als die Staatsanwaltschaft - nur bei Gefahr im Verzug Auskunft *verlangen* können [= Auskunftspflicht], sofern sie nicht ausdrücklich im Auftrag der Staatsanwaltschaft nach § 161 Abs. 1 S. 1, 2 StPO tätig werden).

Eine *längerfristige Observation* liegt vor, wenn die planmäßige Beobachtung des Beschuldigten durchgehend länger als 24 Stunden andauert oder an mehr als zwei Tagen stattfindet (Legaldefinition):

### 1. Anordnung gegen den Beschuldigten (§ 163f Abs. 1 S. 1, 2 StPO)

- Der Betroffene muß *Beschuldigter* sein,
- wobei ein *Anfangsverdacht* gegen ihn bestehen muß (gleichlautend mit § 163e Abs. 1 S. 1 StPO, s.o.),
- daß er eine *Straftat von erheblicher Bedeutung* begangen hat (gleichlautend mit § 163e Abs. 1 S. 1 StPO; s.o.);
- es sind die *einfache Subsidiaritätsklausel* (S. 2; gleichlautend mit § 163e Abs. 1 S. 2 StPO; s.o.)
- und der *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* zu beachten.

### 2. Anordnung gegen "andere Personen" (§ 163f Abs. 1 S. 3 StPO)

- Auch hier sind tatsächliche Anhaltspunkte dafür erforderlich, daß durch eine bereits bekannte, als Täter verdächtige Person eine Straftat von erheblicher Bedeutung begangen worden ist (s.o.),
- zudem muß aufgrund *bestimmter Tatsachen* anzunehmen sein, daß die zu beobachtende (*Kontakt-*) *Person* bereits eine Verbindung zum Täter habe oder diese herstellen wolle (gleichlautend mit § 163e Abs. 1 S. 3 StPO; s.o.),
- und es müssen *bestimmte Tatsachen* dafür gegeben sein, daß die Maßnahme der Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters führen wird;
- der *einfache Subsidiaritätsgrundsatz* (s.o.) ist zu beachten und die *Verhältnismäßigkeit* ist zu wahren.

Soweit (sonstige) *Dritte* unvermeidbar mitbetroffen sind, steht dies der Zulässigkeit der Maßnahme nicht entgegen, § 163f Abs. 2 StPO.

### 3. Anordnung, Dauer der Observation

*Beachte: Insoweit weicht die Regelung des § 163f StPO von jener nach § 163e StPO ab!*

Zuständig für die Anordnung der längerfristigen Observation *bis zur Dauer von einem Monat* (vgl. § 163f Abs. 4 StPO) ist (nicht der Richter, sondern) die *Staatsanwaltschaft*. Bei Gefahr im Verzug können auch deren *Hilfsbeamte* eine solche längerfristige Observation anordnen, doch tritt diese Anordnung nach drei Tagen (ab Anordnung; beachte § 43 Abs. 2 StPO) außer Kraft, sofern binnen der drei Tage keine Bestätigung durch die Staatsanwaltschaft erfolgt; diese ist "unverzüglich" zu beantragen (§ 163f Abs. 3 StPO).

Die *Dauer der längerfristigen Observation* ist (zunächst) auf einen Monat befristet; jede darüber hinaus andauernde Observation bedarf einer erneuten, nun *richterlichen* Anordnung (§ 163f Abs. 4 S. 2 StPO; diese sollte - arg. §§ 163e, 100a StPO - auf drei Monate [allerhöchstens ein Jahr] befristet sein).

Die Anordnung(en) sind *aktenkundig* zu machen, und hierbei sind die maßgeblichen Gründe für die Anordnung der Maßnahme festzuhalten.



## 7. Einsatz technischer Observierungsmittel und von Abhör- und Aufzeichnungsgeräten, auch in Wohnungen (sog. großer Lauschangriff): §§ 100c - 100f StPO

### § 100c StPO. (1) Ohne Wissen des Betroffenen

1. dürfen
  - a) Lichtbilder und Bildaufzeichnungen hergestellt werden,
  - b) *sonstige besondere für Observationszwecke bestimmte technische Mittel* zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters verwendet werden, wenn Gegenstand der Untersuchung eine *Straftat von erheblicher Bedeutung* ist, und wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise weniger erfolgversprechend oder *erschwert* wäre,
2. [sog. kleiner Lauschangriff:] darf das *nichtöffentlich* gesprochene Wort *mit technischen Mitteln* abgehört und aufgezeichnet werden, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, daß jemand eine in § 100a bezeichnete Straftat begangen hat, und die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise *aussichtslos* oder *wesentlich* erschwert wäre,
3. [sog. großer Lauschangriff:] darf das *in einer Wohnung nichtöffentlich* gesprochene Wort des Beschuldigten *mit technischen Mitteln* abgehört und aufgezeichnet werden, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, daß jemand
  - a) eine Geldfälschung, eine Wertpapierfälschung (§§ 146, 151, 152 des Strafgesetzbuches) oder eine Fälschung von Zahlungskarten und Vordrucken für Euroschecks (§ 152a des Strafgesetzbuches), einen schweren Menschenhandel nach § 181 Abs. 1 Nr. 2, 3 des Strafgesetzbuches, einen Mord, einen Totschlag oder einen Völkermord (§§ 211, 212, 220a des Strafgesetzbuches), eine Straftat gegen die persönliche Freiheit (§§ 234, 234a, 239a, 239b des Strafgesetzbuches), einen Bandendiebstahl (§ 244 Abs. 1 Nr. 2 des Strafgesetzbuches) oder einen schweren Bandendiebstahl (§ 244a des Strafgesetzbuches), einen schweren Raub (§ 250 Abs. 1 oder Abs. 2 des Strafgesetzbuches), einen Raub mit Todesfolge (§ 251 des Strafgesetzbuches) oder eine räuberische Erpressung (§ 255 des Strafgesetzbuches), eine Erpressung (§ 253 des Strafgesetzbuches) unter den in § 253 Abs. 4 Satz 2 des Strafgesetzbuches genannten Voraussetzungen, eine gewerbsmäßige Hehlerei, eine Bandenhehlerei (§ 260 des Strafgesetzbuches) oder eine gewerbsmäßige Bandenhehlerei (§ 260a des Strafgesetzbuches), eine Geldwäsche, eine Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte nach § 261 Abs. 1 bis 4 des Strafgesetzbuches, eine Bestechlichkeit (§ 332 des Strafgesetzbuches) oder eine Bestechung (§ 334 des Strafgesetzbuches),
  - b) eine Straftat nach § 52a Abs. 1 bis 3, § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2, Satz 2 des Waffengesetzes, § 34 Abs. 1 bis 6 des Außenwirtschaftsgesetzes oder nach § 19 Abs. 1 bis 3, § 20 Abs. 1 oder 2, jeweils auch in Verbindung mit § 21, oder § 22a Abs. 1 bis 3 des Gesetzes über die Kontrolle von Kriegswaffen,
  - c) eine Straftat nach einer in § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 des Betäubungsmittelgesetzes in Bezug genommenen Vorschrift unter den dort genannten Voraussetzungen oder einer Straftat nach §§ 29a, 30 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4, § 30a oder § 30b des Betäubungsmittelgesetzes,
  - d) Straftaten des Friedensverrats, des Hochverrats und der Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates oder des Landesverrats und der Gefährdung der äußeren Sicherheit (§§ 80 bis 82, 85, 87, 88, 94 bis 96, auch in Verbindung mit § 97b, §§ 97a, 98 bis 100a des Strafgesetzbuches),
  - e) eine Straftat nach § 129 Abs. 4 in Verbindung mit Abs. 1, § 129a des Strafgesetzbuches oder
  - f) eine Straftat nach § 92a Abs. 2 oder § 92b des Ausländergesetzes oder nach § 84 Abs. 3 oder § 84a des Asylverfahrensgesetzes
 begangen hat und die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise unverhältnismäßig erschwert oder *aussichtslos* wäre.

(2) <sup>1</sup>Maßnahmen nach Absatz 1 dürfen sich nur *gegen den Beschuldigten* richten. <sup>2</sup>*Gegen andere Personen* sind Maßnahmen nach Absatz 1 Nr. 1 Buchstabe a zulässig, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise *erheblich* weniger erfolgversprechend oder *wesentlich* erschwert wäre. <sup>3</sup>Maßnahmen nach Absatz 1 Nr. 1 Buchstabe b, Nr. 2 dürfen gegen *andere Personen* nur angeordnet werden, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, daß sie mit dem Täter in Verbindung stehen oder eine solche Verbindung hergestellt wird, daß die Maßnahme zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters führen wird und dies auf andere Weise *aussichtslos* oder *wesentlich* erschwert wäre. <sup>4</sup>Maßnahmen nach Absatz 1 Nr. 3 dürfen nur in Wohnungen des *Beschuldigten* durchgeführt werden. <sup>5</sup>In

Wohnungen *anderer Personen* sind Maßnahmen nach Absatz 1 Nr. 3 nur zulässig, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, daß der Beschuldigte sich in diesen aufhält, die Maßnahme in Wohnungen des Beschuldigten *allein nicht* zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters führen wird und dies auf andere Weise *unverhältnismäßig* erschwert oder *aussichtslos* wäre.

(3) Die Maßnahmen dürfen auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden.

**§ 100d StPO.** (1) <sup>1</sup>Maßnahmen nach § 100c Abs. 1 Nr. 2 dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft und ihre Hilfsbeamten (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) angeordnet werden. <sup>2</sup>§ 98b Abs. 1 Satz 2, § 100b Abs. 1 Satz 3, Abs. 2, 4 und 6 gelten sinngemäß.

(2) <sup>1</sup>Maßnahmen nach § 100c Abs. 1 Nr. 3 dürfen nur durch die in § 74a des Gerichtsverfassungsgesetzes genannte Strafkammer des Landgerichts angeordnet werden, in dessen Bezirk die Staatsanwaltschaft ihren Sitz hat. <sup>2</sup>Bei Gefahr im Verzug kann die Anordnung auch durch den Vorsitzenden getroffen werden. <sup>3</sup>Dessen Anordnung tritt außer Kraft, wenn sie nicht binnen drei Tagen von der Strafkammer bestätigt wird. <sup>4</sup>§ 100b Abs. 2 Satz 1 bis 3 gilt sinngemäß.

(3) <sup>1</sup>In den Fällen des § 53 Abs. 1 ist eine Maßnahme nach § 100c Abs. 1 Nr. 3 unzulässig. <sup>2</sup>Dies gilt auch, wenn zu erwarten ist, daß sämtliche aus der Maßnahme zu gewinnenden Erkenntnisse einem Verwertungsverbot unterliegen. <sup>3</sup>In den Fällen der §§ 52 und 53a dürfen aus einer Maßnahme nach § 100c Abs. 1 Nr. 3 gewonnene Erkenntnisse nur verwertet werden, wenn dies unter Berücksichtigung der Bedeutung des zugrundeliegenden Vertrauensverhältnisses nicht außer Verhältnis zum Interesse an der Erforschung des Sachverhalts oder der Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters steht. <sup>4</sup>Sind die zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten einer Teilnahme oder einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei verdächtig, so ist Satz 1 unanwendbar; außerdem muß dieser Umstand bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit berücksichtigt werden. <sup>5</sup>Über die Verwertbarkeit entscheidet im vorbereitenden Verfahren das in Absatz 2 Satz 1 bezeichnete Gericht.

(4) <sup>1</sup>Eine Anordnung nach § 100c Abs. 1 Nr. 3 ist auf höchstens vier Wochen zu befristen. <sup>2</sup>Eine Verlängerung um jeweils nicht mehr als vier Wochen ist zulässig, solange die Voraussetzungen für die Maßnahme fortbestehen. <sup>3</sup>§ 100b Abs. 4 und 6 gilt sinngemäß.

(5) <sup>1</sup>*Personenbezogene Informationen*, die durch die Verwendung technischer Mittel nach § 100c Abs. 1 Nr. 2 erlangt worden sind, dürfen in anderen Strafverfahren zu Beweis Zwecken nur verwendet werden, soweit sich bei Gelegenheit der Auswertung Erkenntnisse ergeben, die zur Aufklärung einer in § 100a bezeichneten Straftat benötigt werden. <sup>2</sup>Personenbezogene Informationen, die durch eine Maßnahme nach § 100c Abs. 1 Nr. 3 erlangt worden sind, dürfen in anderen Strafverfahren zu Beweis Zwecken nur verwendet werden, soweit sich bei Gelegenheit der Auswertung Erkenntnisse ergeben, die zur Aufklärung einer in § 100c Abs. 1 Nr. 3 bezeichneten Straftat benötigt werden.

(6) <sup>1</sup>Auch nach Erledigung einer Maßnahme nach § 100c Abs. 1 Nr. 3 kann der Beschuldigte, in den Fällen des § 100c Abs. 2 Satz 5 auch der Inhaber dieser Wohnung, die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Anordnung sowie der Art und Weise des Vollzugs beantragen. <sup>2</sup>Vor Erhebung der öffentlichen Klage entscheidet das in Absatz 2 Satz 1 genannte, danach das mit der Sache befaßte Gericht. <sup>3</sup>Dieses kann über die Rechtmäßigkeit in der Entscheidung befinden, die das Verfahren abschließt.

[§ 100e StPO begründet eine Berichtspflicht für die Staatsanwaltschaft an das Landes-Justizministerium]

**§ 100f StPO.** (1) *Personenbezogene Informationen*, die durch eine Maßnahme nach § 100c Abs. 1 Nr. 3 ermittelt worden sind, dürfen nur für Zwecke eines Strafverfahrens (§ 100d Abs. 5 Satz 2) und zur Abwehr einer im Einzelfall bestehenden Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit einer Person oder erhebliche Sach- oder Vermögenswerte verwendet werden.

(2) Sind personenbezogene Informationen *durch eine polizeirechtliche Maßnahme* erlangt worden, die der Maßnahme nach § 100c Abs. 1 Nr. 3 entspricht, dürfen sie zu Beweis Zwecken nur verwendet werden, soweit sich bei Gelegenheit der Auswertung Erkenntnisse ergeben, die zur Aufklärung einer in § 100c Abs. 1 Nr. 3 bezeichneten Straftat benötigt werden.

**Art. 13 GG.** (1) Die Wohnung ist unverletzlich.

(2) Durchsuchungen dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzuge auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe angeordnet und nur in der dort vorgeschriebenen Form durchgeführt werden.

(3) <sup>1</sup>Begründen bestimmte Tatsachen den Verdacht, daß jemand eine durch Gesetz einzeln bestimmte *besonders schwere Straftat* begangen hat, so dürfen zur Verfolgung der Tat auf Grund richterlicher Anordnung *technische Mittel zur akustischen Überwachung* von Wohnungen, in denen der Beschuldigte sich vermutlich aufhält, eingesetzt werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos

wäre. <sup>2</sup>Die Maßnahme ist zu befristen. <sup>3</sup>Die Anordnung erfolgt durch einen mit drei Richtern besetzten Spruchkörper. <sup>4</sup>Bei Gefahr im Verzuge kann sie auch durch einen einzelnen Richter getroffen werden.

(4) <sup>1</sup>Zur Abwehr dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit, insbesondere einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr, dürfen *technische Mittel zur Überwachung* von Wohnungen nur auf Grund richterlicher Anordnung eingesetzt werden. <sup>2</sup>Bei Gefahr im Verzuge kann die Maßnahme auch durch eine andere gesetzlich bestimmte Stelle angeordnet werden; eine richterliche Entscheidung ist unverzüglich nachzuholen.

(5) <sup>1</sup>Sind technische Mittel *ausschließlich zum Schutze der bei einem Einsatz in Wohnungen tätigen Personen* vorgesehen, kann die Maßnahme durch eine gesetzlich bestimmte Stelle angeordnet werden. <sup>2</sup>Eine *anderweitige Verwertung* der hierbei erlangten Erkenntnisse ist nur zum Zwecke der Strafverfolgung oder der Gefahrenabwehr und nur zulässig, wenn zuvor die Rechtmäßigkeit der Maßnahme richterlich festgestellt ist; bei Gefahr im Verzuge ist die richterliche Entscheidung unverzüglich nachzuholen.

(6) <sup>1</sup>Die Bundesregierung unterrichtet den Bundestag jährlich über den nach Absatz 3 sowie über den im Zuständigkeitsbereich des Bundes nach Absatz 4 und, soweit richterlich überprüfungsbedürftig, nach Absatz 5 erfolgten Einsatz technischer Mittel. <sup>2</sup>Ein vom Bundestag gewähltes Gremium übt auf der Grundlage dieses Berichts die parlamentarische Kontrolle aus. <sup>3</sup>Die Länder gewährleisten eine gleichwertige parlamentarische Kontrolle.

(7) Eingriffe und Beschränkungen dürfen im übrigen nur zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen, auf Grund eines Gesetzes auch zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutze gefährdeter Jugendlicher vorgenommen werden.

Der Einsatz technischer Mittel wurde früher, soweit er nicht vereinzelt, etwa in §§ 81b, 100a, 163d StPO geregelt war, auf die §§ 161, 163 StPO gestützt (die damals allerdings noch nicht einmal als generelle Eingriffsermächtigung für staatsanwaltliche bzw. polizeiliche Zwangseingriffe im Ermittlungsverfahren ausgestaltet waren). Erst durch die Einfügung der §§ 100c, 100d (a.F.) und Änderungen in § 101 StPO durch das *Organisierte Kriminalitätsgesetz* v. 15.7.1992 (BGBl. I, 302) sind weitere spezielle gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen für tiefergehende Zwangseingriffe in die verfassungsrechtlich geschützte persönliche Sphäre Betroffener ("Recht auf Privatheit") geschaffen worden, und dabei wurde auch der sog. *kleine Lauschangriff* ermöglicht (BGHSt 34, 39 [50], hatte diesen für unzulässig erklärt). Die Regelungen ermöglichten aber nach h.M. keine Eingriffe in die Unverletzlichkeit der Wohnung, so daß schließlich durch Gesetz v. 26.3.1998 (BGBl. I, 160) zunächst in Art. 13 Abs. 3-6 GG insoweit eine besondere Schrankenregelung vorgesehen wurde (deren Verfassungsmäßigkeit allerdings umstritten ist, vgl. *Kleinknecht/Meyer-Gößner*<sup>45</sup>, § 100c Rn 4 m.w.N.), auf die sich dann das *Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität* v. 4.5.1998 (BGBl. I, 845) mit der Regelung des sog. *großen Lauschangriffs* in §§ 100c Abs. 1 Nr. 3; Abs. 2 S. 4+5; 100d Abs. 2-4, Abs. 5 S. 2, Abs. 6; 100e, 100f StPO stützte.

Die Zulässigkeit des *heimlich erfolgenden* ("ohne Wissen", gemeint ist: ohne Einverständnis des Betroffenen, so daß ein Bemerkten der Maßnahme durch den Betroffenen die Anordnung nach § 100d Abs. 1, 2 StPO keineswegs überflüssig macht) *Einsatzes technischer Mittel* richtet sich - auch bei gleichzeitigem Vorliegen einer längerfristigen *strafprozessualen Observation* (§ 163f StPO) - nach § 100c StPO, ausgenommen den Einsatz technischer Mittel zur Überwachung der Telekommunikation, für die § 100a StPO gilt (dazu s.o.; jedoch unterfällt das "Mithören" eines Telefongesprächs im Wege der *Raumüberwachung* mit technischen Mitteln § 100c Abs. 1 Nr. 2, 3 StPO).

Nicht ausdrücklich geregelt hat der Gesetzgeber die zum *Ein- und Ausbau von technischen Mitteln* erforderlichen Eingriffe: Nach der Rspr. sollen gleichwohl Vorbereitungs- und Begleitmaßnahmen, die mit solch einem Abhören typischerweise unerlässlich verbunden sind oder nur geringfügig in den Rechtskreis des Betroffenen eingreifen als implizierte (Annex-) Maßnahmen zulässig sein (so z.B. das Öffnen eines Pkw's zum Einbau einer Abhöreranlage bzw. eines GPS-Senders oder das Nutzen einer Stromquelle, BGH NJW 1997, 2189; 2001, 1658 [1659]; während die erste Entscheidung des Ermittlungsrichters noch ausdrücklich hierfür ein vorübergehendes Verbringen in eine Werkstatt für unzulässig erklärte [zust. *Schäfer*, Strafverfahren<sup>6</sup>, Rn 451] nimmt der 3. Senat im letzteren Urteil nebenbei, ohne sich näher mit der Gegenansicht auseinanderzusetzen, das Gegenteil an [zust. *Kramer*, Grundbegriffe<sup>4</sup>, Rn 225 Fn. 220]).

Alle Maßnahmen dürfen auch dann durchgeführt werden, soweit Dritte unvermeidbar betroffen werden, § 100c Abs. 3 StPO.

Im einzelnen regelt § 100c StPO

1. die Verletzung des Rechts am eigenen Bild bzw. des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 [i.V.m. Art. 1 Abs. 1] GG) durch
  - a) das *Herstellen von Lichtbildern und Bildaufzeichnungen* (durch Film- und Videoaufnahmen), soweit dies in der Öffentlichkeit (= außerhalb von Wohnungen, s.u.) geschieht (**Abs. 1 Nr. 1 lit. a**), hier nur zum Zweck der Observation (arg. Abs. 1 Nr. 1 lit b, vgl. BGHSt 44, 13; so daß das Anfertigen von Lichtbildern am Tatort zur Beweissicherung und Auswertung [Spurensicherung] nicht § 100c Abs. 1 Nr. 1 lit. a StPO, sondern der Ermittlungsgeneralklausel nach §§ 161, 163 Abs. 1 unterfällt; weiter unterfällt das im Rahmen des Strafverfahrens, insbesondere bei der erkennungsdienstlichen Behandlung *nicht-heimliche, mit Kenntnis des Betroffenen* erfolgende Herstellen von Lichtbildern und Bildaufzeichnungen der Eingriffsermächtigung des § 81b StPO)
  - b) sowie den *Einsatz sonstiger* (d.h. nicht der Bild- und/oder Tonaufzeichnung - fragl., s.u. - dienender) *technischer Mittel* zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters, soweit dies außerhalb von Wohnungen geschieht (**Abs. 1 Nr. 1 lit. b**), z.B. der Einsatz von besonderen Sichthilfen (Nachtsichtgeräten; wohl nicht Ferngläser, da es sich bei diesen um *einfache* technische Mittel handelt, für deren Einsatz die Ermittlungsgeneralklausel ausreicht, so zu Recht Kramer, Grundbegriffe<sup>4</sup>, Rn 228 Fn 243, abw. Benfer, Rechtseingriffe, Rn 1158), sog. Alarmkoffern, Bewegungsmeldern, Peilsendern, auch des "Global Positioning Systems" (= satellitengestütztes Ortungssystem, durch das Bewegungen und Standzeiten eines Fahrzeuges verfolgt werden können; BGH, NJW 2001, 1658)
2. die Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes (Art. 2 Abs. 1 [i.V.m. Art. 1 Abs. 1] GG: Allgemeines Persönlichkeitsrecht) durch das *Abhören und Aufzeichnen des außerhalb einer Wohnung (!) nicht-öffentlich gesprochenen Wortes* mit technischen Mitteln, sog. *kleiner Lauschangriff* (**Abs. 1 Nr. 2**), *Nicht-öffentlich* wird ein Wort gesprochen, wenn es nicht an die Allgemeinheit oder über einen durch persönliche oder sachliche Beziehungen abgegrenzten Personenkreis hinaus gerichtet, sondern ausschließlich für den jeweiligen Gesprächspartner bestimmt ist (Schäfer, Strafverfahren<sup>6</sup>, Rn 454; vgl. § 201 StGB).  
 Nach Benfer, Rechtseingriffe, Rn 1160 f, muß ein Ermittlungsbeamter, der als solcher unerkannt aber offen an dem Gespräch teilnimmt und es unbemerkt aufzeichnet, § 100c Abs. 1 Nr. 2 StPO beachten. Die Aufzeichnung des außerhalb der Wohnung *öffentlich* gesprochenen Wortes soll aufgrund der Generalermächtigung in §§ 161, 163 StPO n.F. zulässig sein (SK-StPO/Rudolphi/Wolter, § 100c Rn 11a; fragl., vorzugswürdig erscheint mir der Rückgriff auf Abs. 1 Nr. 1 lit. b).
3. die Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes (s.o.) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) durch das *Abhören und Aufzeichnen des innerhalb einer Wohnung nicht-öffentlich gesprochenen Wortes* mit technischen Mitteln, sog. *großer Lauschangriff* (**Abs. 1 Nr. 3**).  
*Wohnung* ist hier jeder nicht allgemein zugängliche Raum, der zur Stätte des Aufenthalts oder Wirkens von Menschen gemacht wird, erfaßt werden also auch Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume (BGHSt 42, 372 [375]), ferner Vorgärten von Wohnhäusern (BGH, NJW 1997, 2189; als Bestandteil der Rückzugssphäre individueller Lebensgestaltung), nicht aber der Pkw (BGH, NJW 1997, 2189 = JR 1998, 162) oder der Besuchsraum einer Strafvollzugsanstalt (BGHSt 44, 138 [141]; beachte, die Haftzelle unterfällt nicht Art. 13 GG, BVerfG, 1996, 2643, fragl.).  
 Unter Abs. 1 Nr. 3 fällt nicht nur das Abhören mit in der Wohnung angebrachten technischen Mitteln ("Wanzen"), sondern auch das Abhören des in der Wohnung gesprochenen Wortes *von außen* mit technischen Mitteln (z.B. mittels eines Richtmikrophons, BGH, NJW 1997, 2189 [2190]; Benfer, Rechtseingriffe, Rn 1156).  
Kein Eingriff in Art. 13 GG und damit kein Anwendungsfall des Abs. 1 Nr. 3 (sondern Abs. 1 Nr. 2) liegt vor, wenn der berechtigte Wohnungsinhaber seine Einwilligung erklärt; auch in *allgemein zugänglichen* ("Wohn-") Räumen (dazu krit. Kramer, Grundbegriffe<sup>4</sup>, Rn 226) oder bei Räumen im Gefängnis greift nicht Abs. 1 Nr. 3, sondern Abs. 1 Nr. 2 ein (KK-StPO<sup>4</sup>/Nack, § 100c Rn 17).  
 Eine *optische Wohnraumüberwachung* ("Spähangriff") - zum Zweck der Strafverfolgung - ist unzulässig (arg. Abs. 1 Nr. 3 bzw. Art. 13 Abs. 3, 4 GG; SK-StPO/Rudolphi/Wolter, § 100c Rn 2, 2a unter Verweis auf BT-Drs. 12/989, S. 39; Kramer, Grundbegriffe<sup>4</sup>, Rn 227a, 228), auch bei einem Überwachen der Wohnung oder des Vorgartens von außen (Schäfer, Strafverfahren<sup>6</sup>, Rn 450, 456).

Entsprechend der Schwere der Grundrechtseingriffe sind die Anordnungsvoraussetzungen und -befugnisse wie folgt unterschiedlich geregelt:

### 7.1. Herstellen von Lichtbildern und Bildaufzeichnungen außerhalb von Wohnungen, § 100c Abs. 1 Nr. 1 lit. a StPO

Die Herstellung von Lichtbildern und Bildaufzeichnungen wurde von dem Gesetzgeber als weniger schwerwiegender Grundrechtseingriff angesehen, da in der Öffentlichkeit niemand vor Beobachtungen durch andere geschützt sei (*Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 100c Rn 1 verneint gar einen Grundrechtseingriff; zu Recht a.A. SK-StPO/*Rudolphi/Wolter*, § 100c Rn 4a) und deshalb die Maßnahme an ganz geringe Voraussetzungen geknüpft, insbesondere hierfür auch keinen Straftatenkatalog formuliert, zudem keine besondere Regelung der Anordnungsbefugnis getroffen.

#### Voraussetzungen:

- a) Betroffener der Maßnahme kann neben dem Beschuldigten (Abs. 2 S. 1) auch jede andere Person (= Dritter; Abs. 2 S. 2) sein;
- b) ein einfacher Anfangsverdacht gegen den Beschuldigten reicht aus,
- c) während für die gegen den Beschuldigten gerichteten Maßnahme nur die *abgemilderte Subsidiaritätsklausel* des Abs. 1 Nr. 1 gilt ("weniger erfolgversprechend oder erschwert"), der praktisch kaum eine eigenständige Einschränkungsfunktion zukommt, gilt für Ermittlungsmaßnahmen gegen andere Personen (Dritte) nach Abs. 2 S. 2 die *einfache Subsidiaritätsklausel* (ebenso bei §§ 98a, 163e, 163f StPO: "*erheblich* [!] weniger erfolgversprechend oder *wesentlich* [!] erschwert wäre")
- d) Verhältnismäßigkeit

Anordnungsbefugt sind - mangels einer ausdrücklichen Regelung ist auf §§ 161, 163 StPO als Zuständigkeitsnorm zurückzugreifen (a.A. *Benfer*, Rechtseingriffe, Rn 1171, der die Grundsätze des § 163f Abs. 3 StPO entsprechend anwenden will) - nach h.M. die Staatsanwaltschaft und *alle* Beamten des Polizeivollzugsdienstes (*also nicht nur* die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft, so aber *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 100d Rn 1; *Schäfer*, Strafverfahren<sup>6</sup>, Rn 465; wie hier *Kramer*, Grundbegriffe<sup>4</sup>, Rn 228).

### 7.2. Verwenden sonstiger technischer Mittel außerhalb von Wohnungen (ausgenommen das Abhören und Aufzeichnen nicht-öffentlich gesprochener Worte), § 100c Abs. 1 Nr. 1 lit. b StPO

#### Voraussetzungen:

- a) Betroffener der Maßnahme kann neben dem Beschuldigten (Abs. 2 S. 1) grundsätzlich auch jede andere Person (= Dritter; Abs. 2 S. 3) sein,
- b) der Tatverdacht muß sich auf eine *Straftat von erheblicher Bedeutung* (vgl. §§ 81g, 163e StPO, s.o.) beziehen,
- c) während für die gegen den Beschuldigten gerichtete Maßnahme nur die (abgemilderte) Subsidiaritätsklausel des Abs. 1 Nr. 1 gilt (s.o.), ist die Ermittlungsmaßnahme gegen andere Personen (Dritte) nur zulässig, wenn
  - (1) *bestimmte Tatsachen* (vgl. §§ 100a, 163e Abs. 1 S. 3, 163f Abs. 1 S. 3 StPO, s.o.) dafür gegeben sind, daß sie mit dem Täter in Verbindung stehen oder eine solche Verbindung hergestellt wird,
  - (2) weiter *bestimmte Tatsachen* dafür gegeben sind, daß die Maßnahme der Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters führen wird
  - (3) und dies auf andere Weise *aussichtslos* oder wesentlich erschwert wäre (*qualifizierte Subsidiaritätsklausel*; ebenso wie bei § 100a StPO).
- d) Verhältnismäßigkeit

Anordnungsbefugt sind wie bei Abs. 1 Nr. 1 lit. a die Staatsanwaltschaft und alle Polizeivollzugsbeamten (keine ausdrückliche Regelung, daher Rückgriff auf §§ 161, 163 StPO; s.o.). § 101 StPO ist zu beachten.

### 7.3. Kleiner Lauschangriff: Abhören und Aufzeichnen des außerhalb von Wohnungen nicht-öffentlich gesprochenen Wortes, § 100c Abs. 1 Nr. 2 StPO

*Hinweis:* Die Regelung des kleinen Lauschangriffs nach § 100c Abs. 1 Nr. 2, 100d Abs. 1 StPO ist eng an die Regelung der Überwachung der Telekommunikation nach §§ 100a, 100b StPO angelehnt.

#### Voraussetzungen:

- a) Betroffener der Maßnahme kann neben dem Beschuldigten (Abs. 2 S. 1) grundsätzlich auch jede andere Person (= Dritter; Abs. 2 S. 3) sein (vgl. oben § 100a S. 2 StPO);
- b) gegen den Beschuldigten darf die Maßnahme nur ergriffen werden,
  - aa) wenn *bestimmte Tatsachen* (s.o.) gegen ihn den (Anfangs-) *Verdacht* für das Vorliegen einer *Katalogtat nach § 100a StPO* begründen (wie § 100a S. 1 StPO, s.o.: also neben der täterschaftlichen Begehung der Katalogtat reicht auch die Teilnahme an dieser, deren Versuch oder jede strafbare Vorbereitungshandlung zu derselben aus; KK-StPO/Nack<sup>4</sup>, § 100c Rn 39) und
  - bb) die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise *aussichtslos* oder wesentlich erschwert wäre (qualifizierte Subsidiaritätsklausel, wie in § 100a StPO, s.o.)

gegen Dritte ist die Ermittlungsmaßnahme nur zulässig,

  - aa) wenn *bestimmte Tatsachen* (s.o.) dafür gegeben sind, daß der (Tat-) Verdächtige eine *Katalogtat nach § 100a StPO* begangen hat,
  - bb) weiter bestimmte Tatsachen (s.o.) dafür gegeben sind, daß der Dritte mit dem Täter in Verbindung steht oder eine solche Verbindung herstellt, und
  - cc) ferner bestimmte Tatsachen dafür gegeben sind, daß die Maßnahme zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters führen wird
  - dd) und dies auf andere Weise *aussichtslos* oder wesentlich erschwert wäre (qualifizierte Subsidiaritätsklausel, s.o.)
- c) Verhältnismäßigkeit

#### Verwertungsverbote:

- a) hinsichtlich der (Nicht-) Verwertbarkeit der erlangten Beweismittel gilt das bei § 100a StPO Gesagte entsprechend: die Beweismittel aus einer rechtmäßigen Überwachung sind grundsätzlich *nur zum Nachweis einer Katalogtat* nach § 100a StPO verwendbar, im übrigen grundsätzlich nicht (unmittelbar) verwertbar
- b) für *Zufallsfunde personenbezogener Informationen* stellt § 100d Abs. 5 S. 1 StPO (wie § 100b Abs. 5 StPO) ein relatives Beweisverwertungsverbot auf, als sie in *anderen* Strafverfahren nur verwendet werden dürfen, soweit dies zur Aufklärung einer in § 100a StPO bezeichneten Katalogtat nötig ist

#### Anordnungsbefugnis, Formalia (§ 100d Abs. 1 StPO):

Die primäre Anordnungsbefugnis liegt bei dem Richter, doch kommt bei Gefahr im Verzug der Staatsanwaltschaft und ihren Hilfsbeamten eine sekundäre Anordnungsbefugnis zu; im letzteren Fall tritt die Anordnung außer Kraft, wenn sie nicht binnen drei Tagen richterlich bestätigt wird (Verweis auf § 100b Abs. 1 S. 3 StPO; wie dort ist das bis dahin Erlangte verwertbar, so *Schäfer*, Strafverfahren<sup>6</sup>, Rn 466; fragl.), die richterliche Entscheidung muß unverzüglich beantragt werden (Verweis auf § 98 b Abs. 1 S. 2 StPO). Für die Anordnung wird auf die Formvorschriften und Fristen (Befristung auf maximal drei Monate mit entsprechender Verlängerungsmöglichkeit) des § 100b Abs. 2 StPO verwiesen (s.o.), ferner hinsichtlich der Beendigung der Maßnahme und die Verpflichtung zur Vernichtung nicht mehr benötigter Aufzeichnungen auf § 100b Abs. 4, 6 StPO. § 101 StPO ist zu beachten.

#### 7.4. Großer Lauschangriff: Abhören und Aufzeichnen des innerhalb von Wohnungen nicht-öffentlich gesprochenen Wortes, § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO

Literatur: *Dittrich*, NStZ 1998, 336 (insb. mit verfassungsrechtlicher Kritik); *Momsen*, ZRP 1998, 459

##### Voraussetzungen:

- a) Betroffener der Maßnahme kann neben dem Beschuldigten (Abs. 2 S. 4) nur ausnahmsweise eine andere Person (= Dritter; Abs. 2 S. 5, s.u.) sein,  
zumal die Maßnahme allein die Aufzeichnung der Worte des Beschuldigten (!) *bezweckt* (s.u.);
- b) gegen den Beschuldigten darf die Maßnahme nur ergriffen werden,
- aa) wenn *bestimmte Tatsachen* (s.o.) gegen ihn den (Anfangs-) *Verdacht* für das Vorliegen einer *Katalogtat nach § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO* (von § 100a StPO abweichender Straftatenkatalog!) begründen (wobei jede Form der Beteiligung und wohl auch der Versuch, abweichend von § 100a StPO aber nicht die Vorbereitungstat erfaßt wird, KK-StPO<sup>4</sup>/*Nack*, § 100c Rn 44) und
- bb) diese Katalogtat im konkreten Fall "*besonders schwerwiegend*" ist (verfassungskonforme Auslegung!, h.M., *Benfer*, Rechtseingriffe, Rn 1257 f)
- cc) die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise *aussichtslos* oder *unverhältnismäßig* (= wesentlich; so *Benfer*, Rechtseingriffe, Rn 1256; für "höhere" Anforderungen *Schäfer*, Strafverfahren<sup>6</sup>, Rn 458) *erschwert* wäre (entspricht der qualifizierten Subsidiaritätsklausel in § 100a StPO, s.o. - str.)  
gegen Dritte (d.h. in deren Wohnung) ist die Ermittlungsmaßnahme nur zulässig,
- aa) wenn *bestimmte Tatsachen* (s.o.) dafür gegeben sind, daß der (Tat-) Verdächtige eine *Katalogtat nach § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO* begangen hat,
- bb) und diese *besonders schwer* wiegt (s.o.),
- cc) wenn weiter bestimmte Tatsachen (s.o.) dafür gegeben sind, daß der *Beschuldigte* (!) sich in der Wohnung aufhält,
- dd) und Ermittlungsmaßnahmen in Wohnungen des Beschuldigten allein nicht zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters führen wird sowie dies auf andere Weise wesentlich erschwert ("auf andere Weise unverhältnismäßig", s.o.) oder *aussichtslos* wäre (doppelt qualifizierte Subsidiaritätsklausel)
- c) kein Eingreifen *absoluter Beweiserhebungsverbote* nach § 100d Abs. 3 StPO; sie gelten soweit
- aa) dem Betroffenen (insbesondere bei einer gegen Dritte gerichteten Maßnahme) als *Berufsgeheimnisträger* ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 StPO (nicht: §§ 52, 53a StPO, insoweit s.u.), § 100d Abs. 3 S. 1 StPO (vgl. § 97 StPO) zusteht  
Ausnahme: die hiernach zur Zeugnisverweigerung berechtigten Berufsgeheimnisträger sind selbst der Teilnahme oder einer Anschlußtat (Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei) verdächtig, § 100d Abs. 3 S. 4 Hs. 1 StPO [vgl. § 97 Abs. 2 S. 3 StPO],  
wiederum mit dem *Sonderfall des Strafverteidigers* (arg. §§ 148, 138a StPO; vgl. oben bei § 100a StPO; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 100d Rn 5)
- bb) zu erwarten ist, daß *sämtliche* aus der Maßnahme zu gewinnenden Erkenntnisse *einem Verwertungsverbot unterliegen* (etwa nach § 100d Abs. 3 S. 3 StPO oder unmittelbar aufgrund der Verfassung; siehe dazu unten), § 100d Abs. 3 S. 2 StPO
- d) Verhältnismäßigkeit (siehe auch § 100d Abs. 3 S. 4 Hs. 2 StPO),  
dies setzt nach *Beulke*, Strafprozeßrecht<sup>5</sup>, Rn 266 (im Anschluß an *LG Bremen*, StV 1998, 525) zumindest konkrete Anhaltspunkte dafür voraus, daß in den zu überwachenden Räumlichkeiten im Überwachungszeitraum verfahrensrelevante und im weiteren Verfahren verwertbare Gespräche geführt werden (vgl. auch zuvor c)bb))

Verwertungsverbote (zur Entscheidung hierüber siehe § 100d Abs. 3 S. 5 StPO):

Zwar bezweckt der große Lauschangriff die Aufzeichnung der Worte des Beschuldigten, doch sind auch die im Zuge einer rechtmäßigen Maßnahme erlangten Äußerungen Dritter verwertbar.

- a) Aus den vorgenannten Beweiserhebungsverböten folgt auch ein *absolutes Beweisverwertungsverbot* und dies *auch* für solche Gespräche, die bei einer sonst zulässigen Wohnraumüberwachung mit einer hiernach geschützten Person (Berufsgeheimnisträger, unter obigen besonderen Voraussetzungen auch ein Angehöriger bzw. Berufshelfer) geführt werden (*Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 100d Rn 6, 8); dies gilt auch für - unzutreffend - auf eine präventiv-polizeirechtliche Grundlage gestützte Maßnahmen gegen hiernach geschützte Personen (keine Verwertbarkeit nach § 100f Abs. 2 StPO), aber nur für deren unmittelbare Verwertung.
- b) Ein *relatives Beweisverwertungsverbot nach § 100d Abs. 3 S. 3 StPO* besteht, soweit dem Betroffenen als Angehörigem nach § 52 StPO oder als Berufshelfer nach § 53a StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht und unter Berücksichtigung des Vertrauensverhältnisses die Verwertung außer Verhältnis zum Interesse an der Erforschung des Sachverhaltes oder der Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters steht (für diese Abwägung gelten die in *BGHSt [GS] 42, 139* aufgestellten Grundsätze entsprechend, i.e. siehe unten bzw. *KK-StPO*<sup>4</sup>/*Nack*, § 110c Rn 20 f);
- c) Für *Zufallsfunde personenbezogener Informationen* ergibt sich aus § 100d Abs. 5 S. 2 StPO (vgl. § 100b Abs. 5 StPO) ein relatives Beweisverwertungsverbot, als sie in *anderen* Strafverfahren zu Beweis Zwecken nur verwendet werden dürfen, soweit dies zur Aufklärung einer in § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO bezeichneten Katalogtat nötig ist;  
der Begriff der *personenbezogenen Informationen* ist (wie in § 100b Abs. 5 StPO) umfassend zu verstehen (vgl. § 3 Abs. 1 BDSG: "Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren Person").
- d) Für *auf polizeirechtlicher Grundlage durchgeführte (präventive) große Lauschangriffe* regelt § 100f Abs. 2 StPO die (repressive) *Verwertbarkeit personenbezogener Informationen zu Beweis Zwecken im Strafverfahren* und erlaubt sie nur, soweit sie zur Aufklärung einer in § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO bezeichneten Straftat benötigt werden;  
im übrigen dürfen nach § 161 Abs. 2 StPO die *zur Eigensicherung (!)* durch den Einsatz technischer Mittel in oder aus einer Wohnung erlangten personenbezogenen Informationen auch zum Zwecke der Strafverfolgung verwendet werden, wenn die Rechtmäßigkeit der Maßnahme richterlich festgestellt bzw. - bei Gefahr im Verzug - bestätigt wurde.
- e) Umgekehrt können nach § 100f Abs. 1 StPO die gemäß § 100d Abs. 1 Nr. 3 StPO im Wege des repressiven großen Lauschangriffs erlangten personenbezogenen Informationen auch "zur Abwehr einer im Einzelfall bestehenden Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit einer Person oder erhebliche Sach- oder Vermögenswerte", also *zur präventiven polizeilichen Gefahrenabwehr* verwendet werden.  
Hinweis: Analog § 100f Abs. 1 StPO ist wohl auch die Verwertung repressiv, im Wege der Telefonüberwachung (§ 100a StPO) oder durch den Einsatz technischer Observationsmittel nach § 100c Abs. 1 Nr. 1, 2 StPO erlangter Erkenntnisse zur präventiven polizeilichen Gefahrenabwehr verwertbar (so *Kramer*, Grundbegriffe<sup>4</sup>, Rn 227c).
- Ein Fernwirkungsverbot nimmt die Rechtsprechung auch hier wohl nicht an.

Anordnungsbefugnis, Formalia (§ 100d Abs. 2, 4 StPO):

Die primäre Anordnungsbefugnis liegt bei der sog. *Staatsschutzkammer* (§ 74a GVG) am Sitz der ermittlungsführenden und antragstellenden Staatsanwaltschaft; bei Gefahr im Verzug kann der Kammervorsitzende alleine entscheiden, die Anordnung ist dann jedoch binnen dreier Tage durch die Kammer zu bestätigen, anderenfalls tritt sie außer Kraft (§ 100d Abs. 2 StPO). Im übrigen wird für die Formvorschriften auf § 100b Abs. 2 S. 1-3 StPO verwiesen. Abweichend von §§ 100a, 100b StPO ist die Maßnahme auf *vier Wochen* zu befristen, eine Verlängerung jeweils um vier Wochen jedoch zulässig (§ 100d Abs. 4 StPO). Im übrigen gelten nach § 100d Abs. 4 S. 3 StPO hinsichtlich der Beendigung der Maßnahme und dem Vernichten der Aufzeichnungen die § 100b Abs. 4, 6 StPO entsprechend.

Weiter ist § 101 StPO (Benachrichtigungspflicht) zu beachten; daneben greift eine Berichtspflicht nach § 100e StPO ein (vgl. auch Art. 13 Abs. 6 GG).

Hinweis: Der *Rechtsschutz* ist in § 100d Abs. 6 StPO gesondert geregelt.



**8. Einsatz Verdeckter Ermittler, §§ 110a - 110e StPO;**

**zudem: die Problematik des Einsatzes von sog. Vertrauenspersonen und nicht offen ermittelnden Polizeibeamten (noeP)**

**§ 110a StPO.** (1) <sup>1</sup>Verdeckte Ermittler dürfen zur Aufklärung von Straftaten eingesetzt werden, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß eine *Straftat von erheblicher Bedeutung*

1. auf dem Gebiet des unerlaubten Betäubungsmittel- oder Waffenverkehrs, der Geld- oder Wertzeichenfälschung,
2. auf dem Gebiet des Staatsschutzes (§§ 74a, 120 des Gerichtsverfassungsgesetzes),
3. gewerbs- oder gewohnheitsmäßig oder
4. von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert

begangen worden ist. <sup>2</sup>Zur Aufklärung von *Verbrechen* dürfen Verdeckte Ermittler auch eingesetzt werden, soweit auf Grund bestimmter Tatsachen die Gefahr der Wiederholung besteht. <sup>3</sup>Der Einsatz ist nur zulässig, soweit die Aufklärung auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. <sup>4</sup>Zur Aufklärung von *Verbrechen* dürfen Verdeckte Ermittler *außerdem* eingesetzt werden, wenn die besondere Bedeutung der Tat den Einsatz gebietet und andere Maßnahmen aussichtslos wären.

(2) <sup>1</sup>*Verdeckte Ermittler* sind Beamte des Polizeidienstes, die unter einer ihnen verliehenen, auf Dauer angelegten, veränderten Identität (Legende) ermitteln. <sup>2</sup>Sie dürfen unter der Legende am Rechtsverkehr teilnehmen.

(3) Soweit es für den Aufbau oder die Aufrechterhaltung der Legende unerlässlich ist, dürfen entsprechende Urkunden hergestellt, verändert und gebraucht werden.

**§ 110b StPO.** (1) <sup>1</sup>Der Einsatz eines Verdeckten Ermittlers ist erst nach *Zustimmung der Staatsanwaltschaft* zulässig. <sup>2</sup>Besteht Gefahr im Verzug und kann die Entscheidung der Staatsanwaltschaft nicht rechtzeitig eingeholt werden, so ist sie unverzüglich herbeizuführen; die Maßnahme ist zu beenden, wenn nicht die Staatsanwaltschaft binnen drei Tagen zustimmt. <sup>3</sup>Die Zustimmung ist schriftlich zu erteilen und zu befristen. <sup>4</sup>Eine Verlängerung ist zulässig, solange die Voraussetzungen für den Einsatz fortbestehen.

(2) <sup>1</sup>Einsätze,

1. die sich gegen einen bestimmten Beschuldigten richten oder
  2. bei denen der Verdeckte Ermittler eine Wohnung betritt, die nicht allgemein zugänglich ist,
- bedürfen der *Zustimmung des Richters*. <sup>2</sup>Bei Gefahr im Verzug genügt die Zustimmung der Staatsanwaltschaft. <sup>3</sup>Kann die Entscheidung der Staatsanwaltschaft nicht rechtzeitig eingeholt werden, so ist sie unverzüglich herbeizuführen. <sup>4</sup>Die Maßnahme ist zu beenden, wenn nicht der Richter binnen drei Tagen zustimmt. <sup>5</sup>Absatz 1 Satz 3 und 4 gilt entsprechend.

(3) <sup>1</sup>Die *Identität des Verdeckten Ermittlers* kann auch nach Beendigung des Einsatzes geheimgehalten werden. <sup>2</sup>Der Staatsanwalt und der Richter, die für die Entscheidung über die Zustimmung zu dem Einsatz zuständig sind, können verlangen, daß die Identität ihnen gegenüber offenbart wird. <sup>3</sup>Im übrigen ist in einem Strafverfahren die Geheimhaltung der Identität nach Maßgabe des § 96 zulässig, insbesondere dann, wenn Anlaß zu der Besorgnis besteht, daß die Offenbarung Leben, Leib oder Freiheit des Verdeckten Ermittlers oder einer anderen Person oder die Möglichkeit der weiteren Verwendung des Verdeckten Ermittlers gefährden würde.

**§ 110c StPO.** <sup>1</sup>Verdeckte Ermittler dürfen unter Verwendung ihrer Legende eine *Wohnung* mit dem Einverständnis des Berechtigten *betreten*. <sup>2</sup>Das Einverständnis darf nicht durch ein über die Nutzung der Legende hinausgehendes Vortäuschen eines Zutrittsrechts herbeigeführt werden. <sup>3</sup>Im übrigen richten sich die Befugnisse des Verdeckten Ermittlers nach diesem Gesetz und anderen Rechtsvorschriften.

**§ 110d StPO.** (1) Personen, deren nicht allgemein zugängliche Wohnung der Verdeckte Ermittler betreten hat, sind vom Einsatz zu benachrichtigen, sobald dies ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks, der öffentlichen Sicherheit, von Leib oder Leben einer Person sowie der Möglichkeit der weiteren Verwendung des Verdeckten Ermittlers geschehen kann.

(2) <sup>1</sup>Entscheidungen und sonstige Unterlagen über den Einsatz eines Verdeckten Ermittlers werden bei der Staatsanwaltschaft verwahrt. <sup>2</sup>Zu den Akten sind sie erst zu nehmen, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllt sind.

**§ 110e StPO.** Die durch den Einsatz des Verdeckten Ermittlers erlangten *personenbezogenen Informationen* dürfen *in anderen Strafverfahren* zu Beweis Zwecken nur verwendet werden, soweit sich bei Gelegenheit der Auswertung Erkenntnisse ergeben, die zur Aufklärung einer in § 110a Abs. 1 bezeichneten Straftat benötigt werden; § 100d Abs. 5 bleibt unberührt.

Siehe ergänzend auch die Verwaltungsvorschriften der "Gemeinsame[n] Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen) und Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung" (= RiStBV Anlage D).

### Begriffe:

- *Informant* ist eine [Privat-] Person, die im Einzelfall bereit ist, [offen oder nur] gegen Zusicherung der Vertraulichkeit der Strafverfolgungsbehörde [gelegentlich] Informationen zu geben (Nr. 2.1 RiStBV Anl. D).
- *Vertrauensperson [im engeren Sinne] (V-Person; auch "freier Mitarbeiter" der Polizei)* ist eine Person, die ohne einer Strafverfolgungsbehörde anzugehören, bereit ist, diese bei der Aufklärung von Straftaten auf längere Zeit vertraulich zu unterstützen, und deren Identität grundsätzlich geheimgehalten wird (Nr. 2.2 RiStBV Anl. D).

Teilweise wird der Begriff des V-Mannes auch weiter gezogen und darunter jede Person verstanden, die der Polizei regelmäßig oder gelegentlich durch ihre Mitarbeit und Informationstätigkeit bei der Aufklärung von Straftaten hilft und deren Identität nach Möglichkeit von der Behörde geheimgehalten wird; dabei soll *dieser* Oberbegriff auch polizeiliches Eindringen in das kriminelle Milieu durch verdeckte Ermittlungen einschließlich der Tätigkeit polizeilicher Lockspitzel erfassen (vgl. *Malek/Wohlers*, Zwangsmaßnahmen, Rn 475 ff).

- *Verdeckter Ermittler* sind Beamte des Polizeidienstes (nicht: Steuer- und Zollfahndungsbeamte; *Kramer*, Grundbegriffe<sup>4</sup>, Rn 265a Fn 369), die unter einer ihnen verliehenen, auf Dauer angelegten, veränderten Identität, der sog. *Legende*, im Umfeld des Tatverdächtigen und solcher Personen ermitteln, die Erkenntnisse über die Tat oder den Täter haben können (vgl. § 110a Abs. 2 StPO).
- Sog. *nicht offen ermittelnde Polizeibeamte* (noeP, auch NOP oder NOEB) sind Beamte, die im Einzelfall unter einer (ihnen zugeteilten) Legende verdeckt ermitteln, d.h. ihr Einsatz beschränkt sich in einem bestimmten Verfahren auf wenige, konkret bestimmte Ermittlungshandlungen (so z.B. der gelegentliche Scheinaufkäufer).

Für die Frage, wann ein verdeckt operierender Polizeibeamter Verdeckter Ermittler im Sinne des § 110a StPO ist, kommt es darauf an, ob unter Würdigung der gesamten Umstände sein Ermittlungsauftrag über *wenige, konkret bestimmte* Ermittlungshandlungen hinausgeht, die Täuschung einer *unbestimmten Vielzahl* von Personen über die Identität des Beamten erforderlich werden wird und ob sich von vornherein absehen läßt, daß der Schutz des Beamten seine Geheimhaltung auch *für die Zukunft* erfordert, so daß er im Strafverfahren nicht oder nur eingeschränkt als Zeuge zur Verfügung stehen wird (*BGH*, NJW 1997, 1516 ff; 1996, 2108; 1995, 2237 = *BGHSt* 41, 64 [65]).

- "*Lockspitzel*" (*agent provocateur*) ist eine Person - meist Vertrauensperson, nicht offen ermittelnder Polizeibeamter oder Verdeckter Ermittler -, die einen Tatverdächtigen zu einer (zumindest als Versuch) strafbaren Handlung verleitet, d.h. regelmäßig zu dieser nach § 26 StGB anstiftet, um ihn bei deren Begehung überführen zu können; dabei soll die materielle Vollendung (= Beendigung) der Tat möglichst durch das Eingreifen der Polizei verhindert werden.

Nach der neueren Rechtsprechung ergibt sich die Grenze der Zulässigkeit des Einsatzes polizeilicher Lockspitzel - unbeschadet der sonstigen Einsatzvoraussetzungen - aus dem Rechtsstaatsprinzip i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EMRK: Ausgehend von der Rspr. des EGHR (EuGRZ 1999, 660 = StV 1999, 127 m. Anm. *Kempf*) sieht der BGH (unter Aufgabe seiner früheren Rspr., *BGHSt* 32, 345, nach der insofern eine Gesamtabwägung verschiedener Faktoren verlangt worden war) nunmehr bereits den Einsatz gegen einen Nichtverdächtigen als unzulässig an, sofern dieser Einsatz über das bloße Ansprechen hinausgeht (*BGH*, NJW 2000, 1123). Wird die Grenze des Zulässigen überschritten, soll aber weder ein Verfahrenshindernis noch (analog § 136a StPO) ein Verwertungsverbot entstehen, sondern (in Fortsetzung der früheren Rspr.) die Verleitung durch den Lockspitzel in erheblichem Umfang bei der Strafzumessung berücksichtigt werden. Die Intensität der Einflußnahme, die Tatbereitschaft und das Maß der eigenen, nicht fremdgesteuerten Aktivitäten des Beschuldigten sind weitere gewichtige Strafzumessungsumstände.

- Sog. "*Under-cover-agents*", also Polizeibeamte, die langfristig ohne konkreten Ermittlungsauftrag in die kriminelle Szene eingeschleust werden und sich dort frei und unkontrolliert bewegen, u.U. auch strafbar machen dürfen, kennt das deutsche Strafprozeßrecht nicht (*Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 110a Rn 4).

Der Einsatz von verdeckt ermittelnden Beamten berührt zunächst das *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* des Betroffenen sowie dessen "Recht auf Privatheit" als Ausfluß des *Allgemeinen Persönlichkeitsrechts* (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), daneben kann er aber auch bei Verstoß gegen die Grundsätze eines fairen Verfahrens (etwa durch Täuschung oder übermäßige Tatanreizung) das *Rechtsstaatsgebot* (Art. 20 Abs. 3 GG) verletzen. Dies gilt auch, soweit der Staat sich anstelle der Polizei Privater (insbesondere Vertrauenspersonen) bei der Aufklärung und Verfolgung von Straftaten bedient, denn der Staat kann sich insofern seiner Grundrechtsbindung nicht durch eine (teilweise) "Aufgabenübertragung" entziehen. Soweit die verdeckt ermittelnden Beamten eine Wohnung betreten (und sich dort "nebenbei umsehen") ist ferner ein Eingriff in das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung gegeben (dazu *Frister*, StV 1993, 151; *Felsch*, StV 1998, 287 f, die insoweit wegen Verstoßes gegen das Zitiergebot [Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG] von der Verfassungswidrigkeit der Regelung ausgehen, str.).

Während überwiegend ein kriminalpolitisches Bedürfnis verdeckter Ermittlungen anerkannt wird (wie im übrigen das strafrechtliche Ermittlungs- bzw. Vorverfahren bisher weitgehend ein nicht-öffentliches ist, vgl. §§ 141, 147, 169a, 170 StPO, aber auch §§ 110 Abs. 3, 136 [auch i.V.m. § 163a], 168c, 168d StPO und *BGHSt* 42, 15), so waren und sind doch deren Voraussetzungen und Grenzen umstritten (siehe etwa *Malek/Wohlers*, Zwangsmaßnahmen, Rn 478 ff). Zur Bekämpfung der sog. Organisierten Kriminalität, insbesondere der Rauschgiftkriminalität und des Terrorismus, wurde schließlich mit dem *Organisierten Kriminalitätsgesetz* vom 15.7.1992 (BGBl. I, 1302) eine gesetzliche Regelung (nur!) des Einsatzes des Verdeckten Ermittlers in §§ 110a ff StPO geschaffen. Eine analoge Anwendung der für ihn geltenden Vorschriften auf andere verdeckt ermittelnde Polizeibeamte oder gar Vertrauenspersonen wird grundsätzlich abgelehnt (*BGHSt* 41, 42). Damit sind allerdings nach h.M. andere, auf die Generalermächtigung der §§ 161, 163 StPO gestützte Formen verdeckter Ermittlungen nicht unzulässig (a.A. *Malek/Wohlers*, Zwangsmaßnahmen, Rn 481 ff), doch sind diese Maßnahmen im Einzelfall am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und der rechtsstaatlichen Gewährleistung eines fairen Verfahrens zu messen.

Ein Einsatz von *Vertrauenspersonen* oder auch *nicht offen ermittelnden Polizeibeamten*, um so die Einsatzvoraussetzungen und -befugnisse des Verdeckten Ermittlers zu umgehen (etwa beim Betreten von Wohnungen) ist unzulässig (KK-StPO<sup>4</sup>/*Nack*, § 110a Rn 9) und führt zu einem Verwertungsverbot. Mangels spezieller Ermächtigung ist ein gezieltes, insbesondere verhörerähnliches Nachfragen der *Vertrauensperson* (statt bloßem Zuhören) unzulässig, die so gewonnen Erkenntnisse sind nicht verwertbar (so *Benfer*, Rechtseingriffe, Rn 1182a, unter Verweis auf *BVerfG*, NStZ 2000, 489 [490] m. Anm. *Rogall*; str.).

Aber auch der *Verdeckte Ermittler* darf nicht zur Umgehung der sonstigen strafprozessualen Regelungen (insbesondere der Belehrungspflichten, der Zeugnis- und Auskunftverweigerungsrechte bzw. des nemo-tenetur-Grundsatzes) eingesetzt werden, weshalb Erkenntnisse aus sog. verdeckten Verhören (und eingeschränkt auch aus sog. vernehmungähnlichen Gesprächen) nicht verwertbar sind (im einzelnen streitig; vgl. zum Ganzen *BGHSt* [GS] 42, 139).

### - Der Verdeckte Ermittler, §§ 110a - 110d StPO

Die Tätigkeit des Verdeckten Ermittlers ist - ebenso wie die des nicht offen ermittelnden Polizeibeamten - amtliche Sachverhaltserforschung im Sinne der §§ 160, 161, 163 StPO. Als heimliche und zudem verdeckt erfolgende Ermittlungstätigkeit kann sie u.a. im Widerspruch zu den Belehrungspflichten (etwa §§ 136, 163a StPO), dem Verbot der Täuschung (§ 136a StPO), dem Legalitätsprinzip (§ 152 Abs. 2 StPO), der allgemeinen polizeilichen Pflicht zur Verhinderung von Straftaten oder gar zu dem Verbot der Begehung von Straftaten stehen, die schon mit dem Herstellen und Handeln unter der Legende beginnen können (vgl. § 267 StGB). Denn der *Aufbau einer Legende* umfaßt insbesondere die Zuteilung eines anderen Namens, einer anderen Anschrift sowie die Veränderung von Beruf, familiären und sonstigen persönlichen Umständen. Doch können, soweit erforderlich, hierzu nach § 110a Abs. 3 StPO entsprechende Urkunden hergestellt, verändert und gebraucht werden (allerdings nicht bestehende richtige Eintragungen in Büchern und Registern abgeändert werden; KK-StPO<sup>4</sup>/*Nack*, § 110a Rn 10). Ferner können die Verdeckten Ermittler unter der Legende auch am *Rechtsverkehr teilnehmen* (§ 110a Abs. 2 S. 2 StPO), also Verträge schließen, klagen und verklagt werden und sogar unter dem neuen Namen in öffentliche Register eingetragen werden (wobei Schädigungen Dritter hierdurch zu vermeiden oder auszugleichen sind, dazu KK-

StPO<sup>4</sup>/Nack, § 110a Rn 12). Weiter können sie unter ihrer Legende *fremde Wohnungen betreten*, allerdings nur mit dem - lediglich hinsichtlich der Identität irrtumsbehafteten - Einverständnis des Berechtigten (§ 110c S. 1, 2 StPO; näher dazu *Felsch*, StV 1998, 285: verboten ist etwa das Ausgeben als Stromableser o. dgl., um so Zutritt zu erlangen).

Während es ersterer Regelungen zur *Rechtfertigung* von Urkundenstraftaten bedarf, hätte es letzterer Ermächtigungsnorm nach den Grundsätzen des tatbestandsausschließenden Einverständnisses aus strafrechtlicher Sicht nicht bedurft, da hiernach trotz des durch Täuschung erschlichenen Zutritts ohnehin kein Eindringen im Sinne des § 123 StGB vorläge (h.M., vgl. *Wessels/Beulke*, AT<sup>30</sup>, Rn 367; *Wessels/Hettinger*, BT<sup>24</sup>, Rn 587 f; **abw.** *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 110c Rn 1, wegen des gegebenen Grundrechtseingriffs, s.o.); aus letzterem folgen Probleme für das Handeln sonstiger nicht offen ermittelnder Polizeibeamter, nämlich ob diese zum Betreten einer nicht offen zugänglichen Wohnung - trotz Einverständnis des Betroffenen - einer richterlichen Zustimmung bedürfen (bejahend KK-StPO<sup>4</sup>/Nack, § 110b Rn 13, § 110c Rn 4, der für die Nichtverwertbarkeit der ohne richterliche Zustimmung erlangten Erkenntnisse eintritt; siehe auch *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 110c Rn 1a).

Im übrigen zieht sich das Gesetz auf die Feststellung zurück, daß die *Befugnisse des Verdeckten Ermittlers* sich nach der Strafprozeßordnung und anderen Rechtsvorschriften richten (§ 110c S. 3 StPO)

(beachte insbesondere § 136a StPO hinsichtlich nicht-legendenbedingter Täuschungen; andere Eingriffsmaßnahmen wären übrigens - soweit sie das Gesetz nicht als verdeckte vorsieht - offen [!] zu treffen, für den Einsatz technischer Mittel gelten zudem §§ 100c, 100d StPO),

läßt also die Frage ungeklärt, ob und inwieweit dem Verdeckten Ermittler die *Begehung sog. milieutypischer Straftaten* erlaubt sein soll, was insbesondere im Hinblick auf die meist von einem in eine kriminelle Organisation eingeschleusten "Neuling" verlangten "Keuschheitsproben" (wie Zuhälterei, Mitwirkung an Körperverletzungen, Diebstählen, Kurierfahrten zur Drogenbeschaffung etc.) Probleme aufwirft; doch hat der Gesetzgeber bewußt die Begehung milieubedingter Straftaten grundsätzlich nicht zugelassen (allenfalls in Ausnahmefällen mag deren Rechtfertigung bzw. Entschuldigung nach §§ 32, 34; 35 StGB in Betracht kommen).

### Voraussetzungen:

#### 1. Nach § 110a Abs. 1 S. 1 StPO:

a) *Anfangsverdacht* für das Vorliegen einer (bereits begangenen oder zumindest im strafbaren Versuchs- bzw. Vorbereitungsstadium befindlichen, nicht: nur geplanten; *BGH*, StV 1995, 364) *Straftat von erheblicher Bedeutung*, die (abweichend von §§ 81g, 100c Abs. 1 Nr. 1 lit. b, 163e, 163 f StPO, aber wie in § 98a StPO) näher durch einen *Straftatenkatalog* eingegrenzt wird (und deren Voraussetzungen höher, zumindest aber vergleichbar § 100a StPO, anzusiedeln sind), indem es sich um eine Straftat

(1) auf dem Gebiet des unerlaubten Betäubungsmittel- (vgl. §§ 29-30a BtMG) oder Waffenverkehrs (vgl. §§ 52a, 53 WaffG), der Geld- oder Wertzeichenfälschung (§§ 146-152a StGB) *oder*

(2) auf dem Gebiet des Staatsschutzes (Verweis auf die Zuständigkeitskataloge der §§ 74a, 120 GVG) handeln muß, *oder*

(3) sie gewerbs- oder gewohnheitsmäßig *oder*

(4) von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert begangen worden ist;

Hinweis: Der Straftatenkatalog entspricht insoweit exakt jenem nach § 98a Abs. 1 Nr. 1-2, 5-6 StPO; abweichend von § 98a Abs. 1 StPO hat der Gesetzgeber die dortigen Nr. 3, 4 in § 110a Abs. 1 StPO durch den formellen Verbrechensbegriff ersetzt (s.u.) und insoweit einerseits engere, andererseits aber auch weitergehende Eingriffsmöglichkeiten gegeben.

b) *qualifizierte Subsidiaritätsklausel* ("aussichtslos oder wesentlich erschwert", vgl. § 100a StPO, s.o.)

c) *Verhältnismäßigkeit*

#### oder 2. nach § 110a Abs. 1 S. 2 StPO:

a) *Anfangsverdacht* für das Vorliegen eines *Verbrechens* (§ 12 Abs. 1 StGB),

b) *bestimmte Tatsachen* begründen die Annahme von *Wiederholungsgefahr* (vgl. § 112a StPO),

c) *qualifizierte Subsidiaritätsklausel* (s.o.)

d) *Verhältnismäßigkeit*

Hinweis: Diese Eingriffsermächtigung ist angesichts der nachfolgenden, die nach h.M. (*Malek/Wohlers*, Zwangsmaßnahmen, Rn 499) keine Wiederholungsgefahr voraussetzt, weitgehend bedeutungslos.

oder 3. nach § 110a Abs. 1 S. 4 StPO:

- a) Anfangsverdacht für das Vorliegen eines *Verbrechens* (§ 12 Abs. 1 StGB),
- b) *spezielle Subsidiaritätsklausel:* "wenn die *besondere Bedeutung* [vgl. §§ 24 Abs. 1 Nr. 3, 74 Abs. 1 S. 2 etc. GVG, wo insoweit insbesondere auf das Ausmaß der Rechtsverletzung und die Auswirkungen der Straftat, aber etwa auch die Wirkung in der Öffentlichkeit abgestellt wird] den Einsatz *gebietet* [also dringend erforderlich macht] und andere Maßnahmen *aussichtslos* [s.o.] wären"
- c) Verhältnismäßigkeit

Verwertungsverbote (siehe auch oben):

- a) Grundsätzlich sind die durch den Einsatz des Verdeckten Ermittlers erlangten *personenbezogenen Informationen* (vgl. § 100d Abs. 5 StPO, s.o.) *nur* im zugrundeliegenden Verfahren verwertbar.

Hier zwangsläufig gegebene Verstöße gegen Belehrungspflichten stehen der Verwertbarkeit nicht entgegen.

In anderen Verfahren sind sie nach § 100e StPO nur verwertbar, soweit sie dort *zur Aufklärung einer Straftat nach § 110a Abs. 1 StPO* "benötigt werden" (vgl. die entsprechenden Regelungen bei §§ 98b Abs. 3 S. 3, 100b Abs. 5, 100d Abs. 5 StPO - s.o.); sind die Erkenntnisse *zudem durch den Einsatz technischer Mittel gewonnen sind*, verbleibt es bei der Regelung des § 100d Abs. 5 StPO (was angesichts der unterschiedlichen Straftatenkataloge wichtig ist).

Eine mittelbare Verwendung von Zufallserkenntnissen über Nicht-Katalogtaten soll wiederum zulässig sein (kein Fernwirkungsverbot; KK-StPO<sup>4</sup>/*Nack*, § 110e Rn 4).

- b) Schwerwiegende *Verfahrensmängel* (vgl. oben bei § 100a StPO), insbesondere die fehlende (str., dazu unten) oder willkürlich bzw. unvertretbar erteilte Zustimmung (unstr.) machen die so gewonnenen Ermittlungsergebnisse unverwertbar; ein Fernwirkungsverbot besteht aber nicht (im einzelnen siehe *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 110b Rn 11).
- c) Gegen einen *Strafverteidiger*, der nicht selbst Beschuldigter ist, darf wegen § 148 StPO kein Verdeckter Ermittler eingesetzt werden (*Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 110a Rn 5).
- d) Erkenntnisse eines aufgrund *präventiv-polizeilicher Tätigkeit* verdeckt tätigen Ermittlers dürfen grundsätzlich auch im Strafverfahren verwendet werden (*Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 110a Rn 14; **abw.** SK-StPO/*Rudolphi*, § 110a Rn 2), soweit das Polizeigesetz keine Verwendungsbeschränkung enthält; das gilt auch umgekehrt (zum Ganzen KK-StPO<sup>4</sup>/*Nack*, § 110e Rn 6, 7).  
Zur Problematik verdeckter Ermittlungen in einer Gemengelage von präventiv-polizeilicher und repressiver Tätigkeit (etwa bei Herausbilden eines Anfangsverdachts einer Straftat, die u.U. keine Katalogtat ist) siehe KK-StPO<sup>4</sup>/*Nack*, § 110a Rn 14; § 110e Rn 7.

Anordnungsbefugnis, Formalia:

Grundsätzlich entscheidet über den Einsatz eines Verdeckten Ermittlers die Polizei, jedoch bedarf sie hierzu der *Zustimmung der Staatsanwaltschaft*, die bei Gefahr im Verzug auch ("unverzüglich") nachträglich eingeholt werden kann; wird sie nicht innerhalb von drei Tagen (ab Anordnung) erteilt, so ist die Maßnahme zu beenden (§ 110b Abs. 1 S. 1, 2 StPO).

Sobald sich der Einsatz *gegen einen bestimmten Beschuldigten* richtet

(der übrigens in der Zustimmungserklärung konkret, wenn auch nicht namentlich, zu bezeichnen ist, so daß bei Erweiterung der gezielten Ermittlungen auf eine weitere Person eine weitere Zustimmungserklärung einzuholen ist; *BGH*, NStZ-RR 1999, 340)

oder der Verdeckte Ermittler im Einsatz *eine nicht allgemein zugängliche Wohnung betritt* (hier reicht die allgemeine Zustimmung), bedarf es zudem der *Zustimmung des Richters*, die bei Gefahr im Verzug zunächst durch die vorherige oder unverzüglich nachträglich herbeigeführte Zustimmung der Staatsanwaltschaft ersetzt werden kann, doch muß (jedenfalls) spätestens binnen drei Tagen die richterliche Zustimmung vorliegen, ansonsten ist die Maßnahme zu beenden (§ 110b Abs. 2 StPO).

Die richterliche Zustimmung ist (wie in § 105 StPO) näher zu begründen (vgl. § 34 StPO): "Inhaltlich muß die schriftliche Begründung sämtliche materiellen und prozessualen Voraussetzungen der §§ 110a und 110b StPO einschließlich der in Bezug genommenen Vorschriften abdecken ... Sie darf sich nicht auf die Wiedergabe der Eingriffsnormen

beschränken und ist einzelfallbezogen mit Tatsachen zu belegen. Sie muß gleichsam korrigierend gewährleisten, daß mögliche Interessen der aus der Natur der Sache heraus notwendigerweise nicht vorher gehörten Betroffenen (vgl. Art. 19 Abs. 4 GG) beachtet werden ... [Dies gilt] erst recht, wenn, ... zugleich in den höchstpersönlichen Lebensbereich (Art. 2 Abs. 1 GG) mit möglicherweise irreparablen Beeinträchtigungen bei den Betroffenen eingegriffen wird ... Ist Entscheidungsgrundlage des Antrags allein ein Hinweis einer V-Person, ist besondere Vorsicht geboten, um eine Außensteuerung der Justiz oder Selbstermächtigung des Verdeckten Ermittlers zu verhindern. Hiermit wird dem Willen des Gesetzgebers entsprochen, dem Gewaltenteilungsprinzip folgend, die Entscheidung eines unabhängigen Richters zur notwendigen Voraussetzung für derartig tiefgreifende Grundrechtseingriffe zu machen. Es liegt allein in der Verantwortung des Richters, die ihm noch erforderlich erscheinenden Informationen - insbesondere auch zur Verlässlichkeit des Informanten und der Identität des einzusetzenden Verdeckten Ermittlers ... - einzuholen. Reichen ihm diese nicht aus, hat er die Zustimmung abzulehnen." (BGHSt 42, 103 [104 f])

Eine *fehlende richterliche Bestätigung* soll aber - auch hier (vgl. oben bei §§ 100, 100a StPO) - nicht die Unverwertbarkeit der bis dahin mit Zustimmung des Staatsanwalts erlangten Erkenntnisse zur Folge haben (BGHSt 41, 64 [66 f]; fragl., abl. *Malek/Wohlers*, Zwangsmaßnahmen, Rn 507); Entsprechendes soll für die *staatsanwaltliche Zustimmung* bei polizeilichem Tätigwerden wegen Gefahr im Verzug für die innerhalb der Drei-Tages-Frist erlangten Erkenntnisse gelten, doch wird richtigerweise ein (sonst) rechtswidriges Tätigwerden bzw. die (deshalb) versagte vorherige oder nachträgliche Zustimmung (zumindest) der Staatsanwaltschaft zur Unverwertbarkeit der durch einen Verdeckten Ermittler erlangten Erkenntnisse führen (vgl. *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup>, § 110b Rn 11 mit weiteren Hinweisen, auch zur Rügeobliegenheit).

Die Zustimmung (der Staatsanwaltschaft bzw. des Richters) ist *schriftlich* zu erteilen (doch führt eine nur mündlich erteilte Zustimmung nicht zu einem Verwertungsverbot, BGH, StV 1995, 398) und zu *befristen* (nach *Benfer*, Rechtseingriffe, Rn 1206: nicht über drei Monate), eine Fristverlängerung ist möglich (§ 110b Abs. 1 S. 3, 4, Abs. 2 S. 5 StPO).

Der für die Zustimmung zu dem Einsatz zuständige Staatsanwalt oder Richter kann verlangen, daß ihm gegenüber die (wahre) *Identität aufgedeckt wird* (§ 110b Abs. 3 S. 2 StPO), im übrigen kann diese auch nach Beendigung des Einsatzes und - nach § 96 StPO - auch im späteren Strafverfahren geheimgehalten werden (§ 110b Abs. 3 S. 1, 3 StPO; s.u.). Die Entscheidungen und Unterlagen zum Einsatz des Verdeckten Ermittlers werden in geheimen *Sonderakten* verwahrt (§ 110d Abs. 2 S. 1 StPO).

Sobald dies ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks, der öffentlichen Sicherheit, von Leib oder Leben einer Person sowie der Möglichkeit der weiteren Verwendung des Verdeckten Ermittlers geschehen kann, sind *Personen, deren nicht allgemein zugängliche Wohnung der Verdeckte Ermittler betreten hat*, von dem Einsatz zu *benachrichtigen* (§ 110d Abs. 1 StPO; weshalb entsprechende Aufzeichnungen anzufertigen sind!), zudem kommen die Sonderakten zu den Verfahrensakten (§ 110d Abs. 2 S. 2 StPO; dann unterfallen sie auch dem Akteneinsichtsrecht des Verteidigers nach § 147 StPO). Im übrigen soll es keine Benachrichtigungspflicht des Beschuldigten nach § 110b Abs. 2 Nr. 1 StPO geben.

Die Einführung der Erkenntnisse des Verdeckten Ermittlers (oder einer Vertrauensperson) in das Strafverfahren hat an und für sich durch deren Vernehmung als *Zeuge* (§ 69 StPO) zu erfolgen, der jedoch häufig das Geheimhaltungsinteresse entgegensteht, das, soweit Polizeibeamte (auch als V-Mann-Führer) betroffen sind, meist durch eine sog. Sperrklärung nach §§ 96, 110b Abs. 3 StPO abgesichert wird (siehe auch § 110d Abs. 2 StPO). Sie führt nach h.M. zur Unerreichbarkeit des Zeugen i.S.v. §§ 244 Abs. 3 S. 2; 251 Abs. 1 u. 2 StPO (BGHSt 32, 115; 36, 159; BVerfGE 57, 250; a.A. etwa *Malek/Wohlers*, Zwangsmaßnahmen, Rn 529, die eine Verurteilung *allein* aufgrund der durch die Sperrklärung erforderlich gewordenen Beweissurogate [und damit der unmittelbar im Wege der verdeckten Ermittlungen erlangten Erkenntnisse für] unzulässig erachten) und damit zur Ersetzbarkeit seiner persönlichen Vernehmung durch die Vernehmung des den verdeckten Einsatz führenden Beamten ("V-Mann-Führer") als Zeuge vom Hörensagen, die Verlesung einer Niederschrift über die kommissarische Vernehmung oder einer schriftlichen Äußerung des V-Mannes im Wege des Urkundenbeweises; ggf. kommt auch eine audiovisuelle Zeugenvernehmung nach § 247a StPO in Betracht.

### III. Computergestützte Ermittlungsmaßnahmen

#### 9. Rasterfahndung: §§ 98a, 98b StPO

**§ 98a StPO.** (1) <sup>1</sup>Liegen zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vor, daß eine Straftat von erheblicher Bedeutung

1. auf dem Gebiet des unerlaubten Betäubungsmittel- oder Waffenverkehrs, der Geld- oder Wertzeichenfälschung,
2. auf dem Gebiet des Staatsschutzes (§§ 74a, 120 des Gerichtsverfassungsgesetzes),
3. auf dem Gebiet der gemeingefährlichen Straftaten,
4. gegen Leib oder Leben, die sexuelle Selbstbestimmung oder die persönliche Freiheit,
5. gewerbs- oder gewohnheitsmäßig oder
6. von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert

begangen worden ist, so dürfen, unbeschadet §§ 94, 110, 161, personenbezogene Daten von Personen, die bestimmte, auf den Täter vermutlich zutreffende Prüfungsmerkmale erfüllen, mit anderen Daten maschinell abgeglichen werden, um Nichtverdächtige auszuschließen oder Personen festzustellen, die weitere für die Ermittlungen bedeutungsvolle Prüfungsmerkmale erfüllen. <sup>2</sup>Die Maßnahme darf nur angeordnet werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.

(2) Zu dem in Absatz 1 bezeichneten Zweck hat die speichernde Stelle die für den Abgleich erforderlichen Daten aus den Datenbeständen auszusondern und den Strafverfolgungsbehörden zu übermitteln.

(3) <sup>1</sup>Soweit die zu übermittelnden Daten von anderen Daten nur mit unverhältnismäßigem Aufwand getrennt werden können, sind auf Anordnung auch die anderen Daten zu übermitteln. <sup>2</sup>Ihre Nutzung ist nicht zulässig.

(4) Auf Anforderung der Staatsanwaltschaft hat die speichernde Stelle die Stelle, die den Abgleich durchführt, zu unterstützen.

(5) § 95 Abs. 2 gilt entsprechend.

**§ 98b StPO.** (1) <sup>1</sup>Der Abgleich und die Übermittlung der Daten dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft angeordnet werden. <sup>2</sup>Hat die Staatsanwaltschaft die Anordnung getroffen, so beantragt sie unverzüglich die richterliche Bestätigung. <sup>3</sup>Die Anordnung tritt außer Kraft, wenn sie nicht binnen drei Tagen von dem Richter bestätigt wird. <sup>4</sup>Die Anordnung ergeht schriftlich. <sup>5</sup>Sie muß den zur Übermittlung Verpflichteten bezeichnen und ist auf die Daten und Prüfungsmerkmale zu beschränken, die für den Einzelfall benötigt werden. <sup>6</sup>Die Übermittlung von Daten, deren Verwendung besondere bundesgesetzliche oder entsprechende landesgesetzliche Verwendungsregelungen entgegenstehen, darf nicht angeordnet werden. <sup>7</sup>Die §§ 96, 97, 98 Abs. 1 Satz 2 gelten entsprechend.

(2) Ordnungs- und Zwangsmittel (§ 95 Abs. 2) dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft angeordnet werden; die Festsetzung von Haft bleibt dem Richter vorbehalten.

(3) <sup>1</sup>Sind die Daten auf Datenträgern übermittelt worden, so sind diese nach Beendigung des Abgleichs unverzüglich zurückzugeben. <sup>2</sup>Personenbezogene Daten, die auf andere Datenträger übertragen wurden, sind unverzüglich zu löschen, sobald sie für das Strafverfahren nicht mehr benötigt werden. <sup>3</sup>Die durch den Abgleich erlangten personenbezogenen Daten dürfen in anderen Strafverfahren zu Beweis Zwecken nur verwendet werden, soweit sich bei Gelegenheit der Auswertung Erkenntnisse ergeben, die zur Aufklärung einer in § 98a Abs. 1 bezeichneten Straftat benötigt werden.

(4) <sup>1</sup>§ 163d Abs. 5 gilt entsprechend. <sup>2</sup>Nach Beendigung einer Maßnahme gemäß § 98a ist die Stelle zu unterrichten, die für die Kontrolle der Einhaltung der Vorschriften über den Datenschutz bei öffentlichen Stellen zuständig ist.

## **10. Datenabgleich mit Strafverfolgungs- und Präventionsdateien (z.B. INPOL, SPUDOK): § 98c StPO**

**§ 98c StPO.** <sup>1</sup>Zur Aufklärung einer Straftat oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes einer Person, nach der für Zwecke eines Strafverfahrens gefahndet wird, dürfen personenbezogene Daten aus einem Strafverfahren mit anderen zur Strafverfolgung oder Strafvollstreckung oder zur Gefahrenabwehr gespeicherten Daten maschinell abgeglichen werden. <sup>2</sup>Entgegenstehende besondere bundesgesetzliche oder entsprechende landesgesetzliche Verwendungsregelungen bleiben unberührt.



## 11. Schleppnetzfahndung: § 163d StPO

**§ 163d StPO.** (1) <sup>1</sup>Begründen bestimmte Tatsachen den Verdacht, daß

1. eine der in § 111 bezeichneten Straftaten  
oder

2. eine der in § 100a Satz 1 Nr. 3 und 4 bezeichneten Straftaten

begangen worden ist, so dürfen die anlässlich einer grenzpolizeilichen Kontrolle, im Falle der Nummer 1 auch die bei einer Personenkontrolle nach § 111 anfallenden Daten über die Identität von Personen sowie Umstände, die für die Aufklärung der Straftat oder für die Ergreifung des Täters von Bedeutung sein können, in einer Datei gespeichert werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß die Auswertung der Daten zur Ergreifung des Täters oder zur Aufklärung der Straftat führen kann und die Maßnahme nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht.

<sup>2</sup>Dies gilt auch, wenn im Falle des Satzes 1 Pässe und Personalausweise automatisch gelesen werden. <sup>3</sup>Die Übermittlung der Daten ist nur an Strafverfolgungsbehörden zulässig.

(2) <sup>1</sup>Maßnahmen der in Absatz 1 bezeichneten Art dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft und ihre Hilfsbeamten (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) angeordnet werden. <sup>2</sup>Hat die Staatsanwaltschaft oder einer ihrer Hilfsbeamten die Anordnung getroffen, so beantragt die Staatsanwaltschaft unverzüglich die richterliche Bestätigung der Anordnung. <sup>3</sup>Die Anordnung tritt außer Kraft, wenn sie nicht binnen drei Tagen von dem Richter bestätigt wird.

(3) <sup>1</sup>Die Anordnung ergeht schriftlich. <sup>2</sup>Sie muß die Personen, deren Daten gespeichert werden sollen, nach bestimmten Merkmalen oder Eigenschaften so genau bezeichnen, wie dies nach der zur Zeit der Anordnung vorhandenen Kenntnis von dem oder den Tatverdächtigen möglich ist. <sup>3</sup>Art und Dauer der Maßnahmen sind festzulegen. <sup>4</sup>Die Anordnung ist räumlich zu begrenzen und auf höchstens drei Monate zu befristen. <sup>5</sup>Eine einmalige Verlängerung um nicht mehr als drei weitere Monate ist zulässig, soweit die in Absatz 1 bezeichneten Voraussetzungen fortbestehen.

(4) <sup>1</sup>Liegen die Voraussetzungen für den Erlass der Anordnung nicht mehr vor oder ist der Zweck der sich aus der Anordnung ergebenden Maßnahmen erreicht, so sind diese unverzüglich zu beenden. <sup>2</sup>Die durch die Maßnahmen erlangten personenbezogenen Daten sind unverzüglich zu löschen, sobald sie für das Strafverfahren nicht oder nicht mehr benötigt werden; eine Speicherung, die die Laufzeit der Maßnahmen (Absatz 3) um mehr als drei Monate überschreitet, ist unzulässig. <sup>3</sup>Über die Löschung ist die Staatsanwaltschaft zu unterrichten. <sup>4</sup>Die gespeicherten personenbezogenen Daten dürfen nur für das Strafverfahren genutzt werden. <sup>5</sup>Ihre Verwendung zu anderen Zwecken ist nur zulässig, soweit sich bei Gelegenheit der Auswertung durch die speichernde Stelle Erkenntnisse ergeben, die zur Aufklärung einer anderen Straftat oder zur Ermittlung einer Person benötigt werden, die zur Fahndung oder Aufenthaltsfeststellung aus Gründen der Strafverfolgung oder Strafvollstreckung ausgeschrieben ist.

(5) Von den in Absatz 1 bezeichneten Maßnahmen sind die Personen, gegen die nach Auswertung der Daten weitere Ermittlungen geführt worden sind, zu benachrichtigen, es sei denn, daß eine Gefährdung des Untersuchungszwecks oder der öffentlichen Sicherheit zu besorgen ist.