

# Gregor Staechelin

## § 100a StPO als Seismograph der jüngeren Strafrechts- und Strafverfahrenrechtsgeschichte

### *I. Einleitung*

1. Die Vorschrift des § 100a StPO regelt die sachlichen Voraussetzungen, unter denen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren die Überwachung des Fernmeldeverkehrs, insbesondere eines Telefonanschlusses, erlaubt ist. Die Regelungstechnik ist dabei die Etablierung eines Kataloges von Straftaten. Begründen tatsächliche Erkenntnisse den Verdacht einer solchen Straftat, ihres Versuches oder einer strafbaren Vorbereitungshandlung,<sup>1</sup> so darf, unter Beachtung der formellen Voraussetzungen des § 100b StPO, eine Telefonüberwachung bei dem Beschuldigten selbst oder einem »Nachrichtenmittler«<sup>2</sup> geschaltet werden.<sup>3</sup> Der Straftatenkatalog ist somit das Herzstück der Regelung. Die Aufnahme einer Norm des besonderen Teils des StGB in diesen Katalog ist eine Bewertung dieses Delikts als besonders schwerwiegend und bedrohlich,<sup>4</sup> denn die Überwachung der Telekommunikation ist ein Eingriff in Art. 10 Grundgesetz<sup>5</sup> – ein besonders schwerwiegender zudem, denn er geschieht heimlich.

Die Beobachtung der Reformen des Straf- und Strafverfahrensrechts der jüngeren Vergangenheit zeigt nun, daß der § 100a StPO besonders häufig geändert wird. Änderung bedeutet dabei immer Ausweitung des gerade angesprochenen Straftatenkatalogs. Dieser Zusammenhang zwischen Änderungsfrequenz einerseits und Aussagekraft des Katalogs hinsichtlich der kriminalpolitischen Bewertung von Unrechtsbeschreibungen im besonderen Teil des Strafgesetzbuches andererseits, drängt zu dem Versuch, die Geschichte der Vorschrift gleichsam als Mikrokosmos der jüngsten Straf- und Strafverfahrensgeschichte zu untersuchen. Der Schwerpunkt der Betrachtungen wird dabei im Bereich der materiellen Strafbestimmungen liegen, die § 100a StPO in Bezug nimmt. Eine weitere Ausdehnung der Untersuchung auf die Dogmatik der Anordnungsvoraussetzungen wie Tatverdacht, Verhältnismäßigkeitsprinzip und die Betroffenen der Maßnahmen (etwa die Nachrichtenmittler<sup>6</sup>) könnte sich

1 Zu der sich hieraus ergebenden Weite des Anwendungsbereiches und den dagegen bestehenden Bedenken vgl. LR-StPO-Schafer, Rz. 11 zu § 100a StPO und SK-StPO-Rudolph, Rz. 10 zu § 100a StPO.

2 Bedenken gegen die dadurch bewirkte Ausdehnung der Überwachungsmöglichkeiten bei J. Welp, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, Heidelberg 1974, S. 76 f.

3 Hier soll es nur um die – nach klassischer und vielleicht überholter Diktion – »repressiven« Überwachungsanordnungen gehen. Zu den »klassisch präventiven« vergleiche T. Mann/R.-G. Müller, Präventiver Lauschangriff via Telefon, ZRP 1995 (Heft 5), S. 180 ff.

4 So die Begründung des Gesetzentwurfes, BT-DrS. V/1880, S. 12 v. 13. 6. 1967

5 Durig in: Maunz/Durig, GG-Kommentar, München 1994, Rz. 36 ff. zu Art. 10; W. Lower in: v. Münch/Kunig, GG-Kommentar, 4. Aufl., München 1992, Rz. 33 zu Art. 10 und LR-Schafer, Rz. 1 zu § 100a StPO.

6 Für die Fragen, die den Strafverteidiger als potentiellen Nachrichtenmittler betreffen, vgl. W. Mohrlein, Der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Verteidiger und Beschuldigtem im Rahmen des § 100a StPO, München 1993.

zwar als ergiebig herausstellen, würde aber den Rahmen eines solchen Beitrages sprengen.

2. Hält man sich vor Augen, daß die hier in Rede stehende Vorschrift des § 100a StPO, also die gesetzliche Grundlage der Überwachung des Fernmeldeverkehrs, erst wenig älter als zweieinhalb Dekaden ist,<sup>7</sup> so stellt sich zunächst die Frage, ob dieser Gegenstand überhaupt (schon) einer rechtsgeschichtlichen Betrachtung zugänglich ist. Ich meine, er ist dies, was sich aus zwei Gründen ergibt.

a) Zunächst setzt sich mehr und mehr die Erkenntnis durch, daß der zeitgeschichtlichen Forschung der Historiker auch ein Interesse an juristischer Zeitgeschichte als Forschungsgegenstand korrelieren kann und soll.<sup>8</sup> Dabei ist mit Blick auf die zeitliche Ausdehnung des Gegenstands nur ein Eckpunkt unbestritten: Juristische Zeitgeschichte findet ihre Grenze an der Gegenwart; wie weit sie zurückreicht, wird unterschiedlich beantwortet,<sup>9</sup> spielt hier aber keine Rolle, da sich die Entwicklung des § 100a StPO in jüngster Vergangenheit abgespielt hat. Der Ertrag der Beschäftigung mit juristischer Zeitgeschichte liegt darin, daß historische Erkenntnisse in Beziehung zu (meist noch) geltendem Recht gebracht werden können. Für den Umgang mit der *lex lata* eröffnen sich damit Argumente aus der Entstehungsgeschichte der Norm, ihrer historischen Bedingtheit, den zentralen Kontinuitätszusammenhängen und ihrer heutigen Funktion im Vergleich mit der ursprünglichen Rechtslage, die für die Normsetzung einmal ausschlaggebend war.<sup>10</sup> Gleichzeitig ergeben sich für die Diskussion *de lege ferenda* konstruktive Perspektiven, da die historische Betrachtung bis zur Gegenwart reicht.

b) Der zweite Grund ist darin zu sehen, daß die relativ kurze Geschichte des § 100a StPO reichhaltig an Veränderungen ist und unterschiedlichen Einflüssen ausgesetzt war.

aa) Zunächst – gewissermaßen – als Kontrapunkt zu einer sonst liberalen Gesamtentwicklung im Strafrecht,<sup>11</sup> jedenfalls einer depenalisierenden Entwicklung in den späten sechziger und frühen siebziger Jahren,<sup>12</sup> eingeführt, folgen sodann die Veränderungen des materiellen Strafrechts, gerade aber auch des Verfahrensrechts in Zusammenhang mit der so empfundenen Bedrohung des Staates durch den Terrorismus der siebziger Jahre.<sup>13</sup> Nach einer Phase relativer Ruhe in den achtziger Jahren beeinflußt die – allgemein diagnostizierte – Ausdehnung des Strafrechts und der Zuwachs der Zwangsmittel im Strafprozeß,<sup>14</sup> insbesondere aber der geheimen Zwangsmittel,<sup>15</sup> die Vorschrift selbst, ihren normativen Kontext und die tatsächliche

7 Eingeführt durch das sogenannte G 10 Gesetz: Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses vom 13. 8. 1968, BGBl. I, S. 949 (951).

8 Vgl. dazu T. Vormbaum, *Juristische Zeitgeschichte – Allgemeine Überlegungen sowie Überlegungen zur Strafgesetzgebung in der gegenwertigen Rechtsepoche*, in: Justizministerium NRW (Hrsg.), *Juristische Zeitgeschichte*, Band 2, S. 1 ff. und allgemeiner M. Stolleis (Hrsg.), *Juristische Zeitgeschichte – ein neues Fach?*, Baden-Baden 1993.

9 T. Vormbaum (Fn. 8), S. 2 ff. stellt einige Vorschläge zur Debatte, die allesamt zumindest 50 Jahre umfassen, im einzelnen aber an historische Ereignisse angelehnt sind.

10 Ebd. S. 6.

11 Zum Begriff der Liberalität in der Kriminalpolitik G. Staechelin, *Laßt sich das »Untermaßverbot« mit einem liberalen Strafrechtskonzept vereinbaren?*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.): *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt 1995, S. 267 ff. (269–272).

12 Man denke nur an den Einfluß der Alternativ-Entwürfe zum AT des StGB und die Entkriminalisierungen im Sexualstrafrecht.

13 Insbesondere: Beschränkung der Verteidigerrechte; Einführung des § 129a StGB und Aufnahme desselben in den Katalog des § 100a StPO.

14 O. König, *Die Entwicklung der strafprozessualen Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren seit 1877*, Frankfurt 1993.

15 Typisch für diese neuen Zwangsmittel im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren ist, daß sie geheim sind und den individuellen Bezug zum Beschuldigten verlieren; vgl. dazu O. König (Fn. 14), S. 132 f. und W. Hassemer in: Hassemer/Starzacher (Hrsg.), *Organisierte Kriminalität – geschützt vom Datenschutz?*, Baden-Baden 1993, S. 18.

Umsetzung durch das Kriminaljustizsystem. Die in dieser Folge vorläufig letzten großen Entwicklungsschritte sind die im Zusammenhang mit der sogenannten organisierten Kriminalität<sup>16</sup> angedachten und zum Teil im OrgKG<sup>17</sup> und dem »Verbrechensbekämpfungsgesetz«<sup>18</sup> realisierten neuen Zwangsmittel im Ermittlungsverfahren beziehungsweise Erweiterungen der alten Mittel.<sup>19</sup> Weitere historische Bezugspunkte der Entwicklung der normativen Bedeutung der Vorschrift und der Bedingungen des justiziellen Umgangs mit dem § 100a StPO, deren Tragweite noch nicht vollständig absehbar ist, sind die technischen Neuerungen<sup>20</sup> im Bereich der Telekommunikation einerseits<sup>21</sup> und die Privatisierung der Infrastruktur dieser Telekommunikation andererseits.<sup>22</sup>

bb) Zwei weitere Aspekte für die Bedeutung der kurzen Geschichte der Vorschrift über die Überwachung des Fernmeldeverkehrs sollen hier Erwähnung finden. Zum einen ist die Telefonüberwachung (TÜ) häufig Quelle von sogenannten Zufallsfunden, also ermittlungstechnisch relevanten Erkenntnissen, deren Ermittlung nicht mit der stattgefundenen Überwachung intendiert war, und die häufig, mangels einschlägiger Katalogtat auch nicht auf diesem Wege hätten ermittelt werden dürfen. Dies liegt in der Natur der Zwangsmaßnahme begründet, die wahllos alle Kommunikationen betrifft, die von dem überwachten Anschluß ausgehen oder dort eintreffen. Eine Begrenzung der Untersuchung ad personam oder nur auf Tatsachen, die im Zusammenhang mit einer der Katalogtaten in § 100a StPO stehen, ist technisch zu meist unmöglich.<sup>23</sup> Diese Häufung von Zufallsfunden hat zu einer heftigen Auseinandersetzung über die Verwertbarkeit der so erlangten Informationen geführt. Während der BGH<sup>24</sup> – nur<sup>25</sup> – Erkenntnisse verwerten lassen will, die eine Katalogtat betreffen<sup>26</sup> oder eine Tat betreffen, die in engem Zusammenhang mit einer Katalogtat stehen, wendet sich ein beachtlicher Teil der Literatur gegen eine Verwertung in diesen Fällen.<sup>27</sup> Der Diskussionsstand ist indessen wesentlich komplexer als hier angedeutet.<sup>28</sup> Für den vorliegenden Zusammenhang kommt es jedoch nur darauf an, daß die fragliche Vorschrift in der relativ kurzen Zeit ihrer Existenz die Dogmatik der Verwertbarkeit von Beweismitteln im Strafprozeß bereits nachhaltig beeinflusst hat.<sup>29</sup>

16 Eine luzide Annäherung an das Phänomen der »organisierten Kriminalität«, vor allem mit Blick darauf, inwieweit es etwas Neues darstellt, hat jüngst der Frankfurter Arbeitskreis Strafrecht, StV 1994, S. 693 f., vorgelegt.

17 Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität (OrgKG) v. 15. 7. 1992, BGBl. I, S. 1302 ff.

18 Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz) v. 28. 10. 1994, BGBl. I, S. 3186 ff.

19 Die Stichworte sind hier: kleiner und großer Lauschangriff, verdeckte Ermittler und die Rechtfertigung milieutypischer Straftaten für diese usf.

20 Technische Überwachungsprobleme ergeben sich etwa bei den inzwischen sehr verbreiteten digitalen (Funk-)Telefonen. Deswegen versucht das Bundeskabinett nun, per Rechtsverordnung die Hersteller solcher Geräte dazu zu verpflichten, die technischen Grundvoraussetzungen der Abhörbarkeit zu schaffen (vgl. etwa NJW 1995, Heft 21, S. XXXIII).

21 Dazu aber bereits Welp in: Hassemer/Starzacher (Fn. 15), S. 43.

22 Orientierung bei Nack in: KK, StPO, 3. A., München 1993, Rz. 3 zu § 100a.

23 Soweit die technischen Möglichkeiten dazu ausnahmsweise doch bestehen, sind Begrenzungen außerordentlich aufwendig und kostenintensiv, was regelmäßig dazu führt, sie als inopportun anzusehen.

24 BGHSt 28, 122; 32, 10.

25 Insofern bereits entgegen OLG Hamburg, NJW 1973, 154 (157) mit Anmerkung G. Weber, ebd. S. 1056.

26 Dem entspricht auch die durch das OrgKG (vgl. Fn. 17) eingeführte Vorschrift des § 100b V StPO.

27 Deziert C. Prittwitz, Die Grenzen der Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus der Telefonüberwachung gemäß § 100a StPO, StV 1984, S. 302 ff. (zu den Zufallsfunden S. 309 ff.); aus neuerer Zeit K. Malek, Die Überwachung des Fernmeldeverkehrs im Strafverfahren, NJ 1992, S. 242 ff.

28 Sehr guter Überblick bei J. Wolter, Verwertungsverbot bei zulässiger Telefonüberwachung, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln u. a. 1989, S. 761 ff.

29 Das mag an der Reichweite der durch das G 10 Gesetz eingeführten Infragestellungen grundrechtlich

Zum anderen ist, im Zusammenhang mit kriminalpolitischen Begehrlichkeiten hinsichtlich neuer technischer Ermittlungsmöglichkeiten im Strafverfahren, Kritik am Umfang der in Deutschland bereits heute durchgeführten Telefonüberwachung geübt worden.<sup>30</sup> Dabei ist auf den, aus anderen normativen Grundlagen<sup>31</sup> resultierenden, geringeren Umfang an Überwachungen in anderen Ländern hingewiesen worden. Die Kritik mündet in der Forderung nach besserer Kontrolle der Eingriffe in das Privatleben der Betroffenen durch eine zu etablierende öffentliche Rechenschaftspflicht der überwachenden Behörden oder Amtsträger. Dieser Ruf nach Legitimationssicherung erscheint gerade vor dem Hintergrund der sensiblen Natur des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung,<sup>32</sup> welches durch Abhörmaßnahmen gleichfalls betroffen ist, von erheblicher Tragweite zu sein,<sup>33</sup> hat aber gleichwohl bislang nicht zu erkennbaren Konsequenzen geführt.<sup>34</sup>

## II. Die historische Entwicklung der Vorschrift

1. Die Einführung der Vorschrift der Überwachung des Fernmeldeverkehrs fußte auf zwei Begründungssträngen. Zum einen sei dem deutschen Gesetzgeber aufgrund des Art. 5 II des Deutschlandvertrages vom 26. 5. 1952<sup>35</sup> »die Aufgabe gestellt, diese aus der Zeit der militärischen Besatzung Deutschlands verbliebenen Rechte der Besatzungsmächte abzulösen.«<sup>36</sup> Zur Wiedererlangung staatlicher Souveränität sah es der Gesetzgeber als notwendig an, für seine innere Sicherheit ebenso wie für die Sicherheit der weiterhin in Deutschland stationierten Truppen der Alliierten und der Nato zu sorgen und war dazu auch bereit, Mittel wie partielle Kommunikationsüberwachung einzusetzen. Folgerichtig wurden in den Straftatenkatalog des § 100a StPO Delikte des ersten, zweiten und fünften Abschnittes des besonderen Teils des StGB aufgenommen. Es handelt sich dabei um Delikte gegen den Frieden, gegen zentrale Strukturen des demokratischen Staatsgefüges, gegen die Landesverteidigung sowie Hoch- und Landesverrat.

Zum anderen wurde die gesetzgeberische Maßnahme mit dem Erfordernis der effektiven Bekämpfung »bestimmter schwerer Straftaten«, namentlich der Fälle »von erpresserischer Kindesentführung, die sich in den letzten Jahren ereigneten« begründet.<sup>37</sup> Dieser Zielsetzung entspricht der § 100a Nr. 2 StPO in der Fassung des Jahres 1968: Tötungen, Raub und Erpressung sind aufgeführt. Hinzu kommen aber bereits in der Urfassung Münzverbrechen und der Katalog des § 138 StGB. Über ihn, den

gesicherter Freiraum liegen, die Durg dazu veranlaßt haben, dieses Gesetz bereits kurz nach seiner Einführung als »orwellisches Experiment« zu bezeichnen: Ders., Ein orwellisches Experiment, ZRP 1968, S. 11 ff.

30 Ch. Pfeiffer, in: Hassemer/Starzacher (Fn. 15), S. 64 ff.; ausführlicher dann A. Bottger/Chr. Pfeiffer, Der Lausangriff in den USA und in Deutschland, ZRP 1994, S. 7 ff.; die zahlenmäßige Entwicklung der Anordnungen seit 1973 ist bei N. Puttner, Telefonüberwachung (TÜ), Gilp (Bürgerrechte & Polizei) Nr. 50 (1/1995), S. 79 dargestellt.

31 Dazu wiederum A. Bottger/Chr. Pfeiffer (ebd.) und S. Walther, Die »strafprozessuale« Überwachung des Fernmeldeverkehrs: Ein rechtsvergleichender Blick auf das gesetzliche Regelungsmodell in den USA, StV 1991, S. 270 ff. für die USA und E. Lucking, Die strafprozessuale Überwachung des Fernmeldeverkehrs, Freiburg 1992, für einige europäische Länder und Deutschland im Rechtsvergleich.

32 BVerfGE 65, I (44) – Volkszahlungsurteil.

33 Hinweise bei W. Hassemer, Telefonüberwachung und Gefahrenabwehr, ZRP 1991, S. 121 ff. (123).

34 Dabei ist nicht zu verkennen, daß fundamentale Unterschiede zwischen den Justizsystemen der USA und Deutschlands – etwa bedingt durch die Wahl der die Telefonüberwachung anordnenden Richter – eine schlichte Übernahme des nordamerikanischen Modells verbieten; vgl. dazu S. Walther (Fn. 31), S. 278 f.

35 BGBl. II, S. 305.

36 BT-Drs. V/1880, S. 6.

37 BT-Drs. V/1880, S. 7.

§ 47 I Nr. 7 Ausländergesetz und den § 129 StGB erhält die Vorschrift bereits einen recht weit gefaßten Anwendungsbereich. Neben der genannten ausländerrechtlichen Vorschrift finden sich in § 20 I Nr. 1–4 Vereinsgesetz die einzigen Vorschriften des Nebenstrafrechts, also sanktionsbewehrte Normen außerhalb der Kodifikation, innerhalb des Katalogs des § 100a StPO.

2. Seit ihrer Einführung ist die Norm zumindest 15mal direkt geändert worden. Die einzelnen Änderungen in vollständiger Art und Weise hier vorzustellen erscheint müßig, zumal einzelne Variationen auch eher redaktioneller Natur waren. Bevor die fundamentalen Änderungen dargestellt werden, ist aber noch darauf hinzuweisen, daß die gezählten 15 Änderungen nur diejenigen sind, die unmittelbar auf den Wortlaut der Vorschrift Einfluß genommen haben. Es liegt nämlich in der Natur einer Katalogvorschrift, daß ihre materielle Reichweite bei gleichbleibender textlicher Fassung variiert, sobald eine der im Katalog angeführten Normen ihrerseits geändert wird. Erfährt beispielsweise das Paßgesetz eine Änderung, die Auswirkungen auf die Strafvorschriften des Ausländergesetzes hat, so ändert sich der Anwendungsbereich des § 100a StPO, soweit er auf diese Bezug nimmt: nach der heutigen Fassung<sup>38</sup> können so §§ 92 I Nr. 7, 92a II und 92b Ausländergesetz betroffen sein.

Noch variationsanfälliger wird der Regelungsbereich einer Katalognorm, wenn in ihrem Katalog weitere Katalognormen aufgenommen sind. Dies ist bei § 100a StPO bezüglich §§ 129a und 138 StGB der Fall. Ändert sich der materielle Anwendungsbereich einer Vorschrift, die etwa im Katalog des § 129a StGB inkorporiert ist, beispielsweise § 305a StGB (Zerstörung wichtiger Arbeitsmittel), so ändert sich materiell § 129a StGB und damit ändern sich auch die sachlichen Voraussetzungen der Anordnung einer Telefonüberwachung. Im genannten Beispielsfall wäre noch zu beachten, daß die Änderungskette auch bei § 316b Nr. 1 und 2 StGB beginnen könnte, da § 305a StGB auf diesen verweist, um die Qualifikation der Tatobjekte zu beschreiben.

Anstatt diese Rabulistik weiterzutreiben, ist zweierlei festzuhalten. Zunächst wird deutlich, daß die Ineinanderschaltung von Katalognormen – hier – die Anlaßstaten für Zwangseingriffe im strafprozessualen Ermittlungsverfahren, wenn nicht verschleiert, so doch versteckt: nach kurzer Lektüre des Katalogs des § 100a StPO ist man doch überrascht, daß auch der Verdacht einer qualifizierten Sachbeschädigung unter den organisatorisch-strukturellen Voraussetzungen des § 129a StGB Anlaß für eine Telefonüberwachung sein kann.

Daneben ist festzuhalten, daß Änderungen des materiellen Gehalts des § 100a StPO nicht nur durch Variation seiner textlichen Fassung möglich sind, sondern auch über die in Bezug genommenen Normen des Katalogs.<sup>39</sup> Man kann dieses Phänomen als indirekte Änderung bezeichnen. Es soll hier aber weitgehend außen vor bleiben, denn die sonst insgesamt erfaßten Änderungen wären kaum mehr zu überblicken.

a) Durch das Waffengesetz vom 19. 9. 1972<sup>40</sup> wurden Strafvorschriften des Waffenrechts erstmals in den Katalog aufgenommen. Eine Erweiterung ergab sich insofern 1978.<sup>41</sup> Nach heutigem Stand kann Anlaß für eine Telefonüberwachung ein Großteil der in den §§ 52a und 53 Waffengesetz unter Strafe gestellten Umgangsformen mit

<sup>38</sup> Fassung nach dem sogenannten Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28. 10. 1994, BGBl. I, S. 3186.

<sup>39</sup> Das funktioniert auch in anderer Richtung. W. Steinke, Der Entwurf für ein neues BKA-Gesetz, ZRP 1995 (Heft 6), S. 212 ff. (216), weist darauf hin, daß nach § 16 des geplanten BKA-Gesetzes diejenigen Informationen, die BKA-Beamte zur Eigensicherung mittels technischer Hilfe erlangt haben, immer dann in Strafverfahren verwendet werden dürfen, wenn sie eine Katalogtat des § 100a StPO betreffen. Eine Änderung des Katalogs führt also wiederum zu Folgeänderungen in diesem Bereich.

<sup>40</sup> BGBl. I, S. 1797.

<sup>41</sup> Gesetz zur Änderung des Waffenrechts v. 31. 5. 1978, BGBl. I, S. 641.

Schußwaffen und Munition sein. Dabei fällt auf, daß es sich bei diesen Straftaten um abstrakte Gefährungsdelikte handelt.<sup>42</sup> Die Erweiterung des Anwendungsbereiches des § 100a StPO stützt sich somit auf Vorverlagerungen des Rechtsgüterschutzes im materiellen Strafrecht.

b) Mit dem EGStGB von 1974<sup>43</sup> wurde die heutige Nr. 1 d) in den § 100a StPO eingeführt. Sie verweist auf Vorschriften aus dem Wehrstrafrecht, die Handlungen von Nichtsoldaten gegen die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr inkriminieren. Diese Änderung entspricht noch sehr weitgehend dem Geist der ersten Säule der Begründung der Urfassung.<sup>44</sup> In Ergänzung der Strafvorschriften zum Schutz der Landesverteidigung (heute §§ 109d–g StGB) und der wehrstrafrechtlichen Normen, die für Soldaten gelten, dient sie dem Versuch der Sicherung staatlicher Souveränität. Das Projekt der Ablösung der alliierten Truppen hat sich (im Lichte der vorangetriebenen Wiederbewaffnung) konsolidiert.

c) Der textlich unveränderte Hinweis auf die §§ 129 bis 130 StGB erweiterte den Anlaßstaten-katalog mit Einführung des § 129a StGB<sup>45</sup> auch auf die Bildung und Unterstützung einer terroristischen Vereinigung sowie die Werbung für eine solche. § 129a StGB ist, ebenso wie § 129 StGB, ein sogenanntes Organisationsdelikt.<sup>46</sup> Charakteristisch dafür ist, daß die Unrechtsbeschreibung des Tatbestandes von der individuellen Rechtsgutsverletzung abgelöst ist und sich den – potentiell – gefährlichen Strukturen und Organisationen zuwendet. Somit ist eine Ausweitung der Anwendbarkeit des Zwangsmittels auf Personen geschaffen, die nicht selbst schwerer Rechtsgutsverletzungen im Sinne der Katalogtaten des § 129a StGB als Täter oder Beteiligten verdächtig sind, sondern »nur« der Unterstützung der Organisation. Auf den Aspekt der Verlagerung des Ermittlungseingriffs vom Individuum hin zur als gefährlich angenommenen Struktur wird an späterer Stelle zurückzugreifen sein.

d) Aus heutiger Sicht vielleicht übertrieben reagierte der Gesetzgeber Anfang der siebziger Jahre auf den zunehmenden Konsum von Betäubungsmitteln. Man sah ein »Heer von 60 000 Frührentnern vor der Tür« stehen.<sup>47</sup> Dem entspricht die Unrechtsbewertung einiger Umgangsformen mit Drogen durch die Aufnahme derselben in den Katalog des § 100a StPO im Jahre 1974.<sup>48</sup> Der heutige Gesetzgeber entfernt sich – soweit überhaupt – nur mühsam von seiner damaligen apokalyptischen Sicht der Dinge, obwohl das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf sogenannte weiche Drogen inzwischen eine pragmatischere Betrachtung und Reaktion auf das Problem einfordert.<sup>49</sup> Nach heutigem Stand enthält der Katalog des § 100a StPO vor allem gewerbsmäßigen, bandenmäßigen oder sonst als besonders gefährlich angesehenen

42 Nach Erbs/Kohlhaas-Steindorf, *Strafrechtliche Nebengesetze*, München (Stand: Jan. 1995), Rz. 1 zu § 53 WaffG erklären sich die Strafvorschriften »in Hinblick auf die Folgen der Zuwiderhandlungen«. Ausführlicher dazu C. Nestler, *Rechtsgüterschutz und Strafbarkeit des Besitzes von Schußwaffen und Betäubungsmitteln*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.) (Fn. 11), S. 69 ff.

43 Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 2. 3. 1974, BGBl. I, S. 469 (504).

44 Vgl. oben II 1

45 Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung, des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Bundesrechtsanwaltsordnung und des Strafvollzugsgesetzes v. 18. 8. 1976, BGBl. I, S. 2181.

46 Dreher/Trondle, *StGB-Kommentar*, 47. A., Rz. 2 zu § 129a.

47 So ausdrücklich BT-Plenarprotokoll VI/142, S. 8170; vgl. ausführlicher S. Scheerer, *Die Genese des Betäubungsmittelgesetzes*, Göttingen 1982.

48 Durch das 1. Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts v. 9. 12. 1974, BGBl. I, S. 3393; vgl. dann die Änderung (auch des § 100a StPO) durch das Gesetz zur Neuregelung des BtmG v. 28. 7. 1981, BGBl. I, S. 681.

49 Kritik an der Cannabis-Entscheidung des BVerfG (abgedruckt in StV 1994, S. 295 = NJW 1994, S. 1577) ist dennoch angebracht: dazu G. Staechelin, *Don't »Legalize it« – but »Opportunize it«*, JA 1994, S. 245 ff.; L. Bollinger, *Grenzenloses symbolisches Strafrecht*, KJ 1994, S. 405 ff. und U. Nelles/P. Velten, *Einstellungsvorschriften als Korrektiv für unverhältnismäßige Strafgesetze*, NStZ 1994, S. 366. ff.

Umgang mit Betäubungsmitteln. Die Grundstruktur der Delikte des BtmG zeichnet sich dadurch aus, daß es sich jeweils um sogenannte opferlose Taten handelt. Aus einer an Freiheit orientierten Perspektive lassen sie sich in rechtlichen Termini am besten dadurch beschreiben, daß die Ermöglichung oder Vereinfachung eigener/fremder Selbstgefährdung unter Strafe gestellt wird.<sup>50</sup>

e) Durch das Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze<sup>51</sup> wurden im Jahre 1992 die Vorschriften des § 34 I–VI des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) in den Katalog des § 100a StPO aufgenommen. In § 34 I AWG wird der genehmigungslose Export von bestimmten Waren, namentlich von Waffen und Rüstungsmaterialien, Stoffen zur Erzeugung von Kernenergie, gewisser chemischer (Vor-)Produkte und Anlagen zur Herstellung biologischer oder chemischer Kampfstoffe unter Strafe gestellt. Ausweislich der parlamentarischen Materialien ist dabei der früher notwendige Nachweis der Eignung der Exporte zur erheblichen Gefährdung äußerer Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, ihrer auswärtigen Beziehungen oder des friedlichen Zusammenlebens der Völker nun<sup>52</sup> nicht mehr erforderlich.<sup>53</sup> Der in § 100a StPO inkorporierte Straftatbestand ist also ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Noch erweitert wird der Anwendungsbereich dadurch, daß § 34 II, IV AWG die Förderung der illegalen Exporte selbständig bestraft, beziehungsweise den Versuch der Exporte unter Strafe stellt.

Mit Blick auf einen potentiellen Adressaten einer Überwachung ist darauf hinzuweisen, daß sich der Verdacht einer Handlung gemäß § 34 AWG regelmäßig nicht gegen eine natürliche Person, sondern gegen eine gesellschaftsrechtlich verfaßte juristische Person richten wird.<sup>54</sup> Demzufolge können mögliche Überwachungsmaßnahmen nur sehr wenig zielgenau eingesetzt werden, was wiederum bedeutet, daß bei einer Vielzahl unbeteiligter Dritter Eingriffe in Art. 10 GG stattfinden.

f) Ebenfalls im Jahre 1992 erfuhr der Katalog des § 100a StPO durch das OrgKG<sup>55</sup> eine zusätzliche Erweiterung. Danach kann seitdem beim Verdacht von Diebstahl und Hehlerei eine Überwachung angeordnet werden, soweit sich der Verdacht darauf erstreckt, daß diese Delikte gewerbsmäßig (bzgl. der Hehlerei) und/oder bandenmäßig begangen worden sind. In Zusammenhang mit dieser Änderung sind zwei Aspekte von besonderem Interesse. Zunächst fällt auf, daß die gesetzliche Mindeststrafe für Bandendiebstahl (§ 244 I Nr. 3 StGB) und für gewerbs- oder bandenmäßige Hehlerei (§ 260 I StGB) bei lediglich 6 Monaten liegt. Zieht man mit ins Kalkül, daß Überwachungen auch beim Verdacht der Teilnahme an den Katalogtaten des § 100a StPO möglich sind, so daß beim Gehilfen unter Berücksichtigung der obligatorischen Strafmilderung gemäß §§ 27 II, 49 I StGB Freiheitsstrafe nach dem gesetzlichen Mindestmaß – oder aber wegen § 47 StGB sogar nur Geldstrafe<sup>56</sup> – Mindeststrafe ist, so werden erhebliche Zweifel daran genährt, ob hier wirklich eine spezifische Gewichtung der Unrechtsbedeutung Auslöser für die Aufnahme in den Katalog des § 100a StPO war.

<sup>50</sup> K. Luderssen, Das »Recht über sich selbst« – Freigabe von Drogen im Rahmen des Arzneimittelrechts, StV 1994, S. 508 ff. und M. Kohler, Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht, ZStW 1992 (Bd. 104), S. 3 ff.

<sup>51</sup> Gesetz v. 28. 2. 1992, BGBl. I, S. 372.

<sup>52</sup> Zur Gesetzgebungsgeschichte und weiteren Einzelheiten vgl. R. Michalke, Die strafrechtlichen und verfahrensrechtlichen Änderungen des Außenwirtschaftsgesetzes, StV 1993, S. 262 ff.

<sup>53</sup> BT-Drs. 12/1134, S. 9: »Eines besonderen Nachweises, daß eine Eignung zur Gefährdung dieser Rechtsgüter vorliegt, bedarf es künftig nicht mehr.«

<sup>54</sup> Vgl. wiederum Michalke (Fn. 52), S. 268, die auf entsprechende Äußerungen Hassemers im Gesetzgebungsverfahren hinweist.

<sup>55</sup> OrgKG v. 15. 7. 1992, BGBl. I, S. 1302.

<sup>56</sup> Dreher/Trondle (Fn. 46), Rz. 5 zu § 49.

Daneben ist zu konstatieren, daß in den Straftatbeständen erneut strukturiertes und organisiertes Vorgehen beschrieben wird und gerade dieses Eingang in den Katalog findet. Die neu aufgenommenen Tatbestände gelten als »OK-typische Delikte«.<sup>57</sup>

g) Als vorläufig letzte Erweiterung des § 100a StPO kann die Hinzunahme der Nr. 5 gelten.<sup>58</sup> Damit sind Anlaßstaten für Fernmeldeüberwachungen nunmehr auch bestimmte Formen des Einschleusens von Ausländern und die Verleitung zur mißbräuchlichen Asylantragstellung, soweit dies banden- oder gewerbsmäßig geschieht. Verständlich wird diese Ausdehnung allenfalls, wenn man sie in Zusammenhang mit den jüngsten Änderungen des Asylrechts im allgemeinen sieht.

Die Ausweitung der Änderung entspricht in ihrer rechtspolitischen Ausrichtung dem, was auch schon für die Erweiterung typisch war, die durch das OrgKG eingeführt wurde. Wiederum ist Anknüpfungspunkt die (mögliche) Kollektivität von potentiellen Tätern, die vereint und in irgendeiner Form organisiert vorgehen.

h) Zum Abschluß dieses historisch deskriptiven Teils möchte ich noch einen Ausblick anfügen, der gleichzeitig ein Rückblick ist. Die Kriminalpolitik der letzten Jahre ist dermaßen in Bewegung, daß erneute Initiativen, auch in Richtung einer Erweiterung des Kataloges von § 100a StPO, zu erwarten sind. Dabei kann damit gerechnet werden, und auch dies ist typisch für den kriminalpolitischen Stil der letzten Zeit, daß auf bereits diskutierte Gesetzentwürfe, die sich bislang nicht durchsetzen konnten, zurückgegriffen wird.<sup>59</sup>

Ein solcher Rückgriff käme etwa auf den Entwurf eines zweiten OrgKG in Frage.<sup>60</sup> Dieser sah vor, den Katalog des § 100a StPO um ein Dutzend Vorschriften aus dem materiellen Strafrecht zu erweitern.<sup>61</sup> Vorgesehen waren: Geldwäsche, verschiedene Formen des Betruges, besonders schwere Untreue, Veruntreuung von Arbeitsentgelt, besonders schwerer Bankrott, schwere Umweltdelikte sowie schwere Steuerhinterziehung und Steuerhehlerei.<sup>62</sup> Eine Gruppierung und systematische Betrachtung der sich durch diese Auswahl von Delikten ergebenden kriminalpolitischen Desiderate erscheint kaum möglich, die Ergänzungsvorschläge betreffen Tatbestände aus ganz unterschiedlichen Bereichen des materiellen Strafrechts. Gemeinsam ist ihnen wohl, daß sie allesamt für die gesetzliche Umschreibung von Einzelfällen erhalten können, die in letzter Zeit die öffentliche Meinung in negativer Weise berührt haben.<sup>63</sup>

Als Korrektiv dieser ganz erheblichen Erweiterungen war die voraussichtliche Zuständigkeit des Landgerichts oder des OLG als Gericht des ersten Rechtszuges für die Anlaßtat vorgesehen. Da im Prinzip die landgerichtliche Zuständigkeit erst ab einer Straferwartung im Einzelfall von vier Jahren Freiheitsstrafe beginnt (§§ 74, 28, 24 GVG), hätte dieses Korrektiv erhebliche Wirkung entfalten können.<sup>64</sup> Allerdings wäre eine Prognose der Straferwartung in einem Ermittlungsstadium, in dem sich die ermittelnden Behörden von einer Fernmeldeüberwachung maßgeblichen Erkennt-

<sup>57</sup> H. Hilger, Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG – 1. Teil, NStZ 1992, S. 457 ff. (462).

<sup>58</sup> Eingeführt durch das »Verbrechensbekämpfungsgesetz« v. 28. 10. 1994, BGBl. I, S. 3186.

<sup>59</sup> In Einzelfällen drängt sich der Verdacht auf, daß geplante Einschränkungen von Freiheitsrechten zunächst versuchsweise vorgeschlagen werden, damit dann, wenn sich – zunächst vielleicht entstehende öffentliche – Proteste wieder gelegt haben, die geplante Änderung im zweiten Anlauf relativ reibungslos durchgesetzt werden kann.

<sup>60</sup> Gesetzentwurf der SPD-Fraktion eines zweiten OrgKG v. 4. 2. 1994, BT-Drs. 12/6784.

<sup>61</sup> Ebd., S. 5.

<sup>62</sup> Genauer dazu W. Hetzer, Vermögensziehung, Geldwäsche, Wohnraumüberwachung, wistra 1994, S. 176 ff. (177).

<sup>63</sup> Insoweit ist der Verdacht eines (wahlkampfbedingten) Populismus' naheliegend, vgl. dazu P. A. Albrecht, Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik, StV 1994, S. 265 ff.

<sup>64</sup> Optimistisch insoweit offenbar Hetzer (Fn. 62), S. 178.



nisfortschritt versprechen, kaum zuverlässig vorzunehmen gewesen, was wiederum die potentielle Wirkung des Korrektivs in Frage stellt.

i) Zusammenfassend läßt sich die Gesetzgebungsgeschichte des § 100a StPO dadurch kennzeichnen, daß innerhalb von 27 Jahren erhebliche Änderungen an den materiellen Voraussetzungen des Zwangsmittels eingetreten sind. Diese Änderungen erscheinen allerdings nicht als Ergebnis einer Reform mit langfristigen Perspektiven, sondern sind durch sukzessiven Umbau zustande gekommen. Immer wieder wurde an den Katalog des § 100a StPO ein wenig angestückt, mit dem Ergebnis, daß der textliche Umfang der Norm sich inzwischen ebenso verdoppelt hat, wie die darin enthaltenen Tatbestände, die Anlaß einer Fernmeldeüberwachung sein können. Dieser Zuwachs an Anlaßstaten ist sicher ein Grund dafür, daß die Zahl der Überwachungsanordnungen seit 1973 um etwa 3500% gestiegen ist. Heute ist mit einer jährlichen Anzahl von Überwachungsanordnungen in der Größenordnung von dreibis viertausend zu rechnen. Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß sich eine Anordnung auf mehrere Einzelanschlüsse beziehen kann, außerdem kann die Überwachung eines Anschlusses im Einzelfall auch mehrere tausend Kommunikationsvorgänge mit dutzenden oder hunderten Gesprächsteilnehmern betreffen.<sup>65</sup>

### III. Rechtspolitische Ausrichtung der Änderungen

Welche Schlüsse im Sinne der oben angedeuteten juristisch zeitgeschichtlichen Betrachtungsweise<sup>66</sup> können nun aus der dargestellten historischen Entwicklung gezogen werden? Zu erkennen sind rechtspolitische Trends, die anhand von fünf Thesen zusammengefaßt werden sollen:

#### 1. Das Junktim zwischen der Unrechtsbedeutung und der Intensität der Ermittlungseingriffe verliert an Bedeutung.

Wie gesehen, werden in den Katalog des § 100a StPO zunehmend Delikte mit geringerer Mindeststrafenandrohung, insbesondere also Vergehen, aufgenommen. Damit zeigt sich, daß die zweite tragende Säule der Rechtsidee, die 1968 die Einführung des § 100a StPO legitimiert hatte,<sup>67</sup> also das Erfordernis einer herausragenden Unrechtsbedeutung, heute nicht mehr tragfähig ist. Dem entspricht die Tendenz, neue Ermittlungseingriffe, insbesondere solche, die heimlicher Art sind, nicht mehr – nur – an einen harten Katalog von Anlaßstaten zu knüpfen, sondern auf unbestimmte Rechtsbegriffe zu beziehen.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> Genauere Hinweise und absolute Zahlen bei N. Puttner (Fn. 30), S. 79, für die Jahre 1987–1992 auch bei A. Bottger/Chr. Pfeiffer (Fn. 30), S. 8.

<sup>66</sup> Vgl. oben I 2. a).

<sup>67</sup> BT-Drs. V/1880, S. 12.

<sup>68</sup> Beispiel: der Verdacht einer »Straftat von erheblicher Bedeutung« ist gem. § 110a StPO Voraussetzung für den Einsatz verdeckter Ermittler; entsprechend sind die Voraussetzungen der sogenannten Rasterfahndung in § 98a StPO geregelt. Bei beiden Vorschriften findet sich übrigens eine katalogartige Technik, die ihrerseits wieder auf Kataloge verweist, genauer auf Zuständigkeitsregelungen aus dem GVG (§§ 74a und 120). Dies führt zu einer ähnlichen Änderungsanfälligkeit, wie sie oben für § 100a StPO dargestellt worden ist.

Während der Gesetzentwurf zu § 100a StPO aus dem Jahre 1967<sup>69</sup> noch völlig ohne nebenstrafrechtliche Vorschriften auskam und die in Gesetzeskraft erwachsene Urfassung nur wenige Delikte aus dem Vereinsgesetz und dem Ausländergesetz enthielt,<sup>70</sup> sind in der heute geltenden Fassung Strafvorschriften aus acht nebenstrafrechtlichen Regelungsbereichen enthalten. Allgemein wird davon ausgegangen, daß die Aufnahme einer Materie in die Kodifikation des Strafgesetzbuches Ausdruck einer besonderen Bedeutung der Sache, auch mit Blick auf die Unrechtsgewichtung sei. Dies ist etwa bei Einführung des heutigen Umweltstrafrechts<sup>71</sup> behauptet worden.<sup>72</sup> Folgt man diesem Postulat, so ergäbe sich im Umkehrschluß, daß Materien, die (noch) nicht Eingang in die Kodifikation gefunden haben, eine geringere Unrechtsbedeutung haben, was wiederum ein zweifelhaftes Licht auf die umfängliche Bezugnahme des § 100a StPO auf die nebenstrafrechtlichen Vorschriften wirft. Wie gerade bei These I gezeigt, geht die Prämisse, daß § 100a StPO nur Straftaten mit außergewöhnlich hohem Unrechtsgehalt inkorporiert, allerdings heute fehl.

Die Häufung nebenstrafrechtlicher Regelungen innerhalb des Kataloges ist vielmehr Ausdruck der allgemein zunehmenden Bedeutung des Nebenstrafrechts in der Praxis. So kann man beispielsweise davon ausgehen, daß ein ganz erheblicher Teil der in bundesdeutschen Gefängnissen einsitzenden Personen nach nebenstrafrechtlichen Vorschriften, insbesondere nach dem BtMG, verurteilt worden ist.<sup>73</sup> Die Zunahme der Bedeutung des Nebenstrafrechts ist wiederum ein Beleg für den ungebrochenen Glauben an die Steuerungsfähigkeit des Strafrechts, entgegen vielfach geäußelter theoretischer Bedenken.<sup>74</sup> Strafrecht verliert dabei den Anspruch, als »ultima ratio« gelten zu können; die Bezeichnung als »sola ratio«<sup>75</sup> erscheint treffender, gerade im Nebenstrafrecht, wo kaum eine Neuregelung irgendeines gesellschaftlichen Problems ohne flankierende Strafbestimmungen auszukommen scheint.<sup>76</sup>

### 3. Universelle oder mediatisierte Rechtsgüter nehmen erheblich zu.

In der Nr. 2 der Urfassung des § 100a StPO waren vor allem Delikte aufgeführt, die Individualrechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Eigentum und Freiheit schützen sollten. Ein Großteil der neu hinzugekommenen Katalogdelikte schützt Universalrechtsgüter (innere Sicherheit, Volksgesundheit, auswärtige Beziehungen des Staates). Sieht man, wie dies die personale Rechtsgutslehre vertritt,<sup>77</sup> den intendierten strafrechtlichen Schutz auch bei abstrakten Gütern letztlich doch als auf das Individuum bezogen an, so stellen sich die unmittelbar geschützten Abstrakta als Medien

69 BT-Drs. V/1880, S. 4 v. 13. 6. 1967.

70 G 10 Gesetz v. 13. 8. 1968, BGBl. I, S. 949 (951).

71 Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität v. 28. 3. 1980, BGBl. I, S. 373.

72 Vgl. dazu Dreher/Trondle (Fn. 46), Rz. 4 vor § 324; Steindorf, in: LK zum StGB, Rz. 2 ff. vor § 324 und BT-Drs. 8/2382, S. 1.

73 1989 waren ausweislich der Rechtspflegestatistik Fachserie 10, Reihe 1, S. 26 f. etwa 10% der verhängten Freiheitsstrafen ohne Bewahrung solche nach dem BtMG.

74 Z. B. K. Luderßen, Die Steuerungsfunktion des Gesetzes, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtspolitik 1988 (Bd. 13), S. 151 ff.

75 So in kritischer Absicht W. Hassemer, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, Heidelberg 1994, S. 8.

76 Daß dies mit einem überzogenen Sicherheitsdenken zu tun hat, habe ich an anderer Stelle zu zeigen versucht: G. Staechelin (Fn. 11), S. 272 ff.; vgl. auch K. Gunther, Kampf gegen das Böse? Zehn Thesen wider die ethische Aufrüstung der Kriminalpolitik, KJ 1994, S. 135 ff. (141 ff.).

77 M. Marx, Zur Definition des Begriffes »Rechtsgut«, München 1972; W. Hassemer, AK zum StGB, Neuwied 1989, Rz. 255 ff. vor § 1; Ders., Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, FS-Arthur Kaufmann, Heidelberg 1989, S. 85 ff.; O. Hohmann, Das Rechtsgut der Umweldelikte, Frankfurt 1991.

des Schutzes der Person dar. Dieser mittelbare Schutz scheint in besonderem Maße legitimationsbedürftig zu sein, insbesondere, wenn diese Medien bereits vor Vorformen einer Verletzung – sub specie abstrakter Gefährdung – bei Strafandrohung bewahrt werden sollen. Dies ist, wie oben<sup>78</sup> gezeigt, bei einigen Delikten des aktuellen § 100a StPO der Fall.<sup>79</sup> Insgesamt bildet die Veränderung des Deliktskataloges insoweit eine allgemeine Tendenz zur Vorverlagerung strafbewehrter Verbote ab.<sup>80</sup>

4. *Effizienzerwägungen verdrängen normative Erwägungen bei der Frage der Legitimität des Einsatzes von Zwangsmitteln.*

Wie oben gezeigt,<sup>81</sup> wird gerade dann, wenn der Verdacht eines irgendwie organisierten Vorgehens mehrerer Beteiligter vorliegt, die Fernmeldeüberwachung für notwendig und geeignet gehalten. Die Begründung für den Einsatz heimlicher Ermittlungsmethoden ist dabei regelmäßig die besondere und neue Qualität der Bedrohung durch arbeitsteiliges Vorgehen von Straftätern, wie dies etwa für die »organisierte Kriminalität« typisch sei.<sup>82</sup> Soweit dabei auf ein qualitativ neues Phänomen abgestellt wird, besteht die Gefahr der Irreführung: »Zu keinem Zeitpunkt waren es nur Einzelpersonen, die Straftaten begangen haben. Vielmehr gab es stets auch die unterschiedlichsten Erscheinungsformen der Kriminalität durch Tätergruppen, die auf mehr oder weniger hohem Organisationsgrad ihre Straftaten arbeitsteilig begangen haben.«<sup>83</sup> Geeignet ist die Überwachung des Fernmeldeverkehrs beim Verdacht von Straftaten, an denen mehrere beteiligt sind, durchaus. Eine Vielzahl von Personen, die gemeinsam ein Ziel verfolgt, ist auf Kommunikation angewiesen. Kann man diese Kommunikation und ihre Inhalte ermitteln, so verspricht das Aufklärungserfolge. Die Orientierung an Effizienz scheint für die Aufnahme der fraglichen Tatbestände in § 100a StPO im Vordergrund zu stehen, während die Unrechtsbedeutung der Taten als Kriterium in den Hintergrund tritt.<sup>84</sup>

Dabei kann Effizienz nicht allein mit Blick auf die Überführung von Verdächtigen verstanden werden. Die Vorstellung, daß Gemeinschaften, Organisationen, Strukturen und sogar Orte potentiell gefährlich seien,<sup>85</sup> führt zu einem Informationsbedürfnis, welches nicht auf eine konkrete Strafverfolgung konzentriert ist, sondern längerfristigen Kontrollinteressen dient. Dies gilt für die sogenannte Organisierte Kriminalität ebenso, wie für »terroristische Aktivitäten« in einem weitesten Sinne,<sup>86</sup> und deutet darauf hin, daß wir in einer Informationsgesellschaft leben.

78 Teil II 2.

79 Waffendelikte, Außenwirtschafts- und Betaubungsmitteldelikte.

80 Zur Vorverlagerung G. Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld von Rechtsgutsverletzungen*, ZStW 1985 (Bd. 97), S. 751 ff.

81 Teil II 2. c), f) und g).

82 BT-Drs. 12/989, S. 1, 20 ff., 33.

83 Frankfurter Arbeitskreis Strafrecht (Fn. 16), S. 693.

84 Ähnliche Analyse bei O. König (Fn. 14), S. 136, 157 ff. und passim, der allerdings den Zusammenhang mit polizeilich präventiver Ausrichtung der Ermittlungen stärker betont.

85 In dieser Richtung das Votum der »Gewaltkommission« in: Schwind/Baumann u. a. (Hrsg.): *Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt*, Band I, Berlin 1990.

86 So hat M. Furst, *Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129a StGB*, Frankfurt 1989, S. 263 ff., gezeigt, daß der § 129a StGB sich in der justiziellen Praxis als »Ermittlungsparagraf« darstellt.

Opferlose Delikte sind dadurch gekennzeichnet, daß es kein Opfer gibt, welches sich durch die Tat geschädigt fühlt und etwa Anzeige erstattet, oder in sonstiger Weise zur Aufklärung beitragen würde. Klassisches Beispiel sind die betäubungsmittelrechtlichen Strafvorschriften. Unter »opferfernen« Delikten verstehe ich im vorliegenden Zusammenhang solche, bei denen nicht unmittelbar, sondern erst vermittelt oder bei Kumulation ein Schaden durch die tatbestandlich vertypete Handlung oder Unterlassung hervorgerufen wird. Dies ist regelmäßig bei abstrakten Gefährdungen universeller Rechtsgüter der Fall.<sup>87</sup> Die Tendenz zur Häufung solcher opferloser oder opferferner Delikte im Katalog des § 100a StPO bildet deren Bedeutungszunahme im gesamten Strafrecht ab.

Die Ermittlung solcher Straftaten begegnet erheblichen praktischen Schwierigkeiten, denn ein Erfolg im engeren Sinn,<sup>88</sup> etwa im Sinne eines sichtbaren Schadens, fehlt häufig ebenso, wie ein Opfer, welches Hinweise auf den Täter oder die Begehungswiese machen könnte. Gerade für solche Delikte haben deshalb heimliche Ermittlungseingriffe Konjunktur. Die Überwachung des Fernmeldeverkehrs beispielsweise setzt beim Beschuldigten an, ist dagegen auf Identifizierung eines Opfers oder Beschreibung eines konkreten Schadens nicht angewiesen.

Das strafrechtliche und strafverfahrensrechtliche Instrumentarium wird inzwischen in einem neuen Arbeitsschwerpunkt eingesetzt, der der gesellschaftlichen Entwicklung zu einer Informationsgesellschaft entspricht. Es sieht so aus, als bekämen die Ermittlungen gefährlicher oder gefahrträchtiger Strukturen und Organisationen eine eigenständige Bedeutung. Dafür spricht, daß mehr und mehr Verfahren im Ermittlungsstadium stehenbleiben,<sup>89</sup> nicht selten nach Einsatz heimlicher Ermittlungsmethoden. Dies zeigt eine Entwicklung von der Repression zur Prävention,<sup>90</sup> deren Endergebnis noch keineswegs fixierbar erscheint, die sich aber aller Voraussicht nach auch weiterhin in Änderungen des Anlaßtatenkatalogs des § 100a StPO abbilden wird.

<sup>87</sup> Vgl. soeben bei These 3.

<sup>88</sup> Man kann als »Erfolg« natürlich auch den Eintritt einer abstrakten Gefährdung sehen; der hier bezeichnete engere Sinn meint einen vom konkreten Opfer konkret beschreibbaren Schaden.

<sup>89</sup> W. Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, S. 378 ff. (382).

<sup>90</sup> O. König (Fn. 14), S. 144, 146: König arbeitet aber auch die Kontinuitäten dieser Entwicklung seit 1877 heraus (S. 148 ff.).