

Christiane Krüpe-Gescher, Die Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO in der Rechtspraxis, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2005; Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für internationales Strafrecht – Kriminologische Forschungsberichte, Bd. K 127, 255 S., € 31,-.

Claudia Dorsch, Die Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2005; Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für internationales Strafrecht – Kriminologische Forschungsberichte, Bd. K 126, 330 S., € 31,-.

I. Die hier anzuzeigenden Arbeiten resultieren aus Untersuchungen, die das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht im Auftrag des Bundesjustizministeriums über die „Rechtswirklichkeit und Effizienz der Telekommunikationsüberwachung“ durchgeführt hat.¹ Nahezu zeitgleich zur Veröffentlichung dieser Studie ist eine weitere empirische Untersuchung von *Backes* und *Gusy* (Bielefeld) erschienen, die ihren Fokus auf den Richtervorbehalt bei der Telefonüberwachung gelegt hat.² Empirische Forschung im Bereich strafprozessualer Grundrechtseingriffe hat also Konjunktur³ – und das mit Grund! Nachdem diese bereits Anfang der 80er Jahre des vergangenen Jahrhunderts für Durchsuchungen z.T. besorgniserregende Ergebnisse geliefert hat,⁴ scheint sich dieses Bild jetzt bei den „modernen“ Eingriffsermächtigungen fortzusetzen. Insbesondere die Handhabung der Mechanismen, die die Grundrechte der Betroffenen schützen sollen (v.a. Richtervorbehalt und Benachrichtigungspflichten) wird als defizitär entlarvt.⁵ Hier setzt die Arbeit von *Krüpe-Gescher* an, die sich mit der Rechtspraxis der Überwachung und dabei insbesondere auch der grundrechtssichernden Mechanismen befasst. Die Arbeit von *Dorsch* ist Fragen der Effizienz der Telekommunikationsüberwachung (TKÜ), also dem Verhältnis von Mitteleinsatz und Zielerreichung, gewidmet.

Die Untersuchungen sind dabei eingebettet in eine Diskussion über die Methoden staatlicher Überwachung. Diese Diskussion hat in der Entscheidung des BVerfG zum großen

¹ Vgl. hierzu den Abschlussbericht, an dem auch die *Verf.* der beiden Arbeiten beteiligt waren: *Albrecht/Dorsch/Krüpe*, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, 2003.

² *Backes/Gusy*, Wer kontrolliert die Telefonüberwachung? Eine empirische Untersuchung zum Richtervorbehalt bei der Telefonüberwachung, 2003.

³ Siehe auch die Arbeit von *Wieck*, Der Große Lauschangriff – Eine empirische Untersuchung zu Anwendung und Folgen des § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO, 2005.

⁴ Vgl. die Arbeit von *Nelles*, Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozeßordnung, 1980, insb. S. 206 ff.

⁵ S. zunächst nur *Backes/Gusy* (Fn. 2), S. 44 ff. und S. 71 ff. sowie sogleich im Text.

Lauschangriff⁶ neue, wertvolle Impulse erhalten. Die Reichweite der Aussagen der Entscheidung zu den Grenzen staatlicher „Strafverfolgungsüberwachung“ ist längst nicht auf den großen Lauschangriff beschränkt, sondern zeitigt Wirkungen auch für die Telefonüberwachung und darüber hinaus für vergleichbare präventiv-polizeiliche Grundrechtseingriffe.⁷ Die Bundesregierung hat u.a. die hier zu besprechenden Untersuchungen sowie die Entscheidung des BVerfG zum Anlass genommen, einen Gesetzentwurf über die Neuregelung der TKÜ und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen vorzulegen.⁸

II. 1. Die Untersuchung von *Krüpe-Gescher* gliedert sich in sechs Teile, von denen die Teile drei bis fünf empirisch angelegt sind. Der *erste Teil* steckt die Rahmenbedingungen der Untersuchung ab. Nach einem kurzen Rekurs auf die verfassungsrechtlichen Grundlagen (S. 14 ff.) geht *Krüpe-Gescher* auf ausgewählte „neuralgische Punkte“ der derzeitigen gesetzlichen Ausgestaltung sowie der exekutiven Handhabung der Telekommunikationsüberwachung ein (S. 19 ff.), die bereits andeuten, dass Rechtslage und Praxis in einigen Teilen inkongruent sind. Dogmatische Bedenken werden dabei dem Untersuchungsziel (Darstellung der „Rechtspraxis“) gemäß lediglich angedeutet; die Arbeit trägt in diesem Teil referierende Züge, obwohl es durchweg interessant gewesen wäre, die Auffassung der *Autorin* zu erfahren. Breiten Raum nimmt die defizitäre Ausübung und Regelung der richterlichen Kontrolle (Stichwort Richtervorbehalt) ein (S. 23 ff.). Als ein weiteres wesentliches Problem wird die derzeitige Handhabung der Benachrichtigungspflicht (§ 101 StPO) ausgemacht. *Krüpe-Gescher* geht dann kurz auf die Entwicklung der Telekommunikationsüberwachung in den vergangenen Jahren ein (S. 38 ff.): Sowohl die Verfahren, in denen eine TKÜ angeordnet wurde, als auch die Zahl der Anordnungen und die Zahl der Betroffenen sind seit Beginn der 90er Jahre erheblich angestiegen. Hierfür scheinen mehrere Gründe verantwortlich zu sein, hervorzuheben ist aber die steigende Anzahl von Mobilfunktelefonen.

2. Im *zweiten Teil* schildert *Krüpe-Gescher* die Methode der empirischen Untersuchung, die sich im Wesentlichen auf Aktenanalyse, schriftliche Befragungen und Expertengespräche stützt (S. 51 ff.). Die *Aktenanalyse* greift dabei – anders als die Bielefelder Studie⁹ – auf eine breite Basis von über 600 Verfahren aus dem ganzen Bundesgebiet zurück. Dem schließt sich im *dritten Teil* eine Analyse der Grunddaten an (S. 69 ff.). Dabei werden „allgemeine Erkenntnisse“ in Bezug auf die genannten empirischen Untersuchungen dargestellt,

⁶ BVerfGE 109, 279 ff.

⁷ Allgemein zur TKÜ *Petri*, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, Kap. H Rn. 23 m.w.N.; zur präventiv-polizeilichen TKÜ BVerfGE 113, 348 (390 ff.); *Bergemann*, in: Roggan (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Liskens, 2004, S. 69 ff.

⁸ BT-Drs. 16/5846.

⁹ Diese Studie hat Akten aus fünf Landgerichtsbezirken untersucht, vgl. *Backes/Gusy* (Fn. 2), S. 10.

etwa dass die meisten TKÜ bei Btm-Delikten angeordnet werden. Für die Aktenanalyse erscheint hervorhebenswert, dass die Staatsanwaltschaften in den meisten Fällen mit dem Ermittlungsverfahren erstmals zeitgleich mit der Anregung, eine TKÜ durchzuführen, betraut werden. Ob man hieraus allerdings mit *Krüpe-Gescher* schließen kann, dass die TKÜ einer Verpolizeilichung der Ermittlungen entgegenwirke (S. 75), erscheint zumindest fragwürdig. Allenfalls kann eine solche Funktion den formalen Vorschriften der Anordnungs-kompetenz für Richter und (im Eilfall) Staatsanwaltschaft zukommen. Die Untersuchungen haben auch ergeben, dass die TKÜ häufig in einem frühen Ermittlungsstadium (S. 77 f.) sowie mehrmals angeordnet bzw. verlängert wird (S. 78 ff.).

Ergänzend zu den Aktenanalysen wurden Praktiker jeweils zu verschiedenen Punkten schriftlich und mündlich befragt. Die *schriftlichen Befragungen* thematisierten Verdachtsgrad und Straftatenkatalog des § 100a StPO (S. 87 ff.). Nicht überraschend votierten rund 40 % der Polizisten und Staatsanwälte für eine Ausweitung des Katalogs, während diese Zahl bei Richtern (20 %) und Anwälten (9 %) deutlich abnahm (S. 89). In den *Expertengesprächen* wurde nach typischen TKÜ-Verfahren (am häufigsten wurden Btm-Verfahren genannt), dem Hierarchieverhältnis verschiedener Eingriffsmaßnahmen sowie den Bedingungen für die Initiierung einer Überwachung gefragt (S. 94 ff.).

Im Folgenden zieht *Krüpe-Gescher* erste Konsequenzen aus den bisherigen Erhebungen (S. 105 ff.). Sie plädiert dafür, den Straftatenkatalog zugunsten einer Regelung aufzugeben, die abstrakt an die Tatschwere, die Mindeststrafen-erwartung und die Eignung der TKÜ zur Sachverhaltserforschung oder Aufenthaltsermittlung anknüpft (S. 110). Es mag hier dahinstehen, ob es sich bei den Straftatenkatalogen nicht doch um durchaus geeignete Instrumente des Gesetzgebers handelt, die Vorgaben des Übermaßverbots in generalisierender Weise zu sichern. Das gilt umso mehr, als die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte für Anordnung und Vollzug der TKÜ daneben selbst an das Übermaßverbot gebunden sind, wodurch sich jegliche (Anordnungs-) Automatismen von selbst verbieten.

3. Der *vierte Teil* untersucht die Überwachungsintensität der TKÜ, und zwar zunächst im Hinblick auf die Zahl der betroffenen Personen (S. 113 ff.). Verlässliche empirische Daten existierten bisher hierzu nicht, insbesondere nicht dazu, wie viele Personen neben dem Beschuldigten im Schnitt von einer TKÜ betroffen sind.¹⁰ Leider konnte auch die vorliegende Arbeit zumindest insoweit nicht Licht ins Dunkel bringen, weil die Gesprächsprotokolle den Auswertungsakten (teils aus Datenschutz-, teils wohl auch aus Gründen der Löschung gem. § 100b Abs. 6 StPO) nicht beigelegt waren. Danach war es ausgeschlossen auszuzählen, wie viele unbeteiligte Gesprächsteilnehmer von der TKÜ betroffen waren.

¹⁰ Gemeint ist hier das Betroffensein in dem (weiten) Sinn, dass ein Teilnehmer mit jemandem telefoniert, dessen Anschluss überwacht wird.

Das ist umso bedauerlicher, als die TKÜ auch gegenüber solchen Unbeteiligten einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 10 GG darstellt. Die Anordnungen selbst wertet die Arbeit sehr gründlich aus. Die Dauer der Maßnahmen war empirisch verlässlicher zu erheben (S. 129 ff.). Während die TKÜ in der Regel mit der gesetzlichen Maximaldauer richterlich gestattet wurde, lag die Dauer des tatsächlichen Abhörens meist (erheblich) darunter. *Krüpe-Gescher* folgert hieraus, dass generell eine genügsamere Ausrichtung bei der Überwachungsanordnung angezeigt ist und fügt rechtsvergleichend an, dass die TKÜ in anderen Ländern zumeist (zunächst) auf kürzere Zeiträume beschränkt ist. Die gewonnenen Erkenntnisse werden schließlich noch delikts- und bundeslandspezifisch (letzteres allerdings leider anonymisiert) ausgewertet (S. 136 ff.).

Weniger aussagekräftig sind die Erkenntnisse der schriftlichen Befragungen zur Überwachungsintensität (S. 144 ff.). Insbesondere zeigen sich deutliche Unterschiede im Hinblick auf die verschiedenen Berufsgruppen, was nicht verwundert. Dass bspw. ein Verteidiger eher geneigt sein wird, den Strafverfolgungsbehörden eine ausgeprägtere Bereitschaft zur Überwachung zuzuschreiben, als diese selbst, liegt wohl in der Natur der Sache.

4. Im *fünften Teil* widmet sich *Krüpe-Gescher* schließlich der Kontrolle der TKÜ. Nach einer kurzen Einführung über die Anforderungen an die Prüfung durch den Ermittlungsrichter,¹¹ wendet sie sich zunächst den Ergebnissen der Aktenanalyse zu (S. 155 ff.). Nach den erhobenen Daten sind 80,5 % der TKÜ vom Richter angeordnet worden¹² – immerhin, möchte man fast sagen, schließlich ist man von empirischen Erhebungen zu Wohnungsdurchsuchungen zumindest aus Zeiten vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Gefahr im Verzug¹³ „Schlimmeres“ gewohnt.¹⁴

¹¹ Die Behauptung, dem Ermittlungsrichter sei bei der Prüfung des Tatverdachts ein Beurteilungsspielraum eingeräumt (S. 154; differenzierter allerdings *Albrecht/Dorsch/Krüpe* [Fn. 1], S. 10 ff.), kann sich zwar auf Rspr. des BGH stützen (BGHSt 41, 30 [33 f.]). Dieser verkennt allerdings die Lehre vom Beurteilungsspielraum, wie sie im Verfassungsrecht heute verstanden wird. Grundsätzlich verbietet nämlich Art. 19 Abs. 4 GG die Annahme eines Beurteilungsspielraums für unbestimmte Rechtsbegriffe; Ausnahmen greifen nur in bestimmten Fallgruppen Platz, von denen hier keine einschlägig ist. Mit der inzwischen wohl h.L. ist daher davon auszugehen, dass dem Ermittlungsrichter – wie den Strafverfolgungsbehörden auch – im Hinblick auf unbestimmte Rechtsbegriffe in strafprozessualen Eingriffsermächtigungen *kein Beurteilungsspielraum* zusteht (vgl. hierzu auch ausführlich *Schulz*, Normiertes Misstrauen, 2001, S. 620 ff.; *Kühne*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2007, Rn. 340; *Bernsmann*, NStZ 1995, 512; *Bach*, Jura 2007, 12 [14 f.]; a.A. aber *Beulke*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2006, Rn. 311).

¹² Die Erhebung deckt sich damit mit der Untersuchung von *Backes/Gusy* (Fn. 2), S. 53.

¹³ BVerfGE 103, 142 ff.

Allerdings ist damit nur gesagt, dass der Ermittlungsrichter eingeschaltet wird, nicht wie er seinem Kontrollauftrag nachkommt. Interessanter ist denn auch, wie der Richter mit den staatsanwaltschaftlichen Anträgen umgeht: Nur 0,4 % der Anträge werden abgelehnt,¹⁵ wohingegen in 90,3 % der Fälle dem Antrag nach Umfang und Dauer unverändert stattgegeben wurde. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass insgesamt nur Akten ausgewertet wurden, in denen überhaupt (vorher oder nachher) eine Überwachung stattgefunden hat; Verfahren, in denen es vor oder nach einem abgelehnten Antrag keine TKÜ gegeben hat, konnten mangels statistischer Erhebung nicht untersucht werden. Die Quote ist damit letztlich nicht verlässlich. Anders als die Bielefelder Studie von *Backes* und *Gusy*¹⁶ analysiert *Krüpe-Gescher* nicht en detail die Vollständigkeit staatsanwaltschaftlicher Anträge sowie richterlicher Anordnungen, sondern beschränkt sich auf den Begründungsinhalt im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip (S. 159 ff.). Die Untersuchungen ergeben, dass – mit signifikanten Schwankungen zwischen verschiedenen Bundesländern und Staatsanwaltschaften (s. S. 175 ff.) – zum großen Teil weder die richterlichen Anordnungen noch die staatsanwaltschaftlichen Anträge substanzielle Ausführungen zur Subsidiarität enthalten. Nimmt man die erwähnten Erkenntnisse der Bielefelder Studie hinzu,¹⁷ ist der Befund über die Kontrolldichte des Ermittlungsrichters – vorsichtig ausgedrückt – äußerst unbefriedigend. Womöglich tragen hierzu auch die äußerst kurzen Abstände zwischen der Anregung einer TKÜ durch die Polizei und dem Antrag durch die Staatsanwaltschaft (in 63 % der Fälle max. ein Tag) einerseits und jenem Antrag und dem richterlichen Beschluss (in 68 % der Fälle max. ein Tag) andererseits bei (s. S. 165). Bemerkenswertes fördert die *Autorin* auch über den Abstand zwischen richterlicher Anordnung und der technischen Realisierung der TKÜ zu Tage: Die Aktenauswertung hat ergeben, dass die TKÜ durch die Telekommunikationsunternehmen teilweise vor Erlass einer (notwendigen)¹⁸ richterlichen Anordnung aufgeschaltet wurde. Die Bemerkung der *Autorin*, dass dies ja nur anzutreffen sei, „wenn zwischen Dienstanbieter und Ermittlungsbehörden eine vertrauensvolle Zusammenarbeit besteht“ erscheint etwas euphemistisch für eine solche allzu „vertrauensvolle Zusammenarbeit“, die schließ-

lich auch einen Straftatbestand (§ 201 StGB) erfüllt. Den Finger in die sprichwörtliche Wunde legt *Krüpe-Gescher*, wenn sie im Folgenden nicht nur den präventiven Grundrechtsschutz durch den Richtervorbehalt, sondern die Überprüfung der Maßnahme untersucht (S. 181 ff.). „Echten“ Rechtsschutz gegen den strafprozessualen Grundrechtseingriff kann die inzidente Kontrolle der TKÜ im Rahmen der Hauptverhandlung nicht darstellen. Davon abgesehen, dass nicht jedes „TKÜ-Verfahren“ in eine Hauptverhandlung mündet und nicht jeder Betroffene überhaupt Beschuldigter (d.h. von einer Hauptverhandlung „betroffen“) ist, verlangt Art. 19 Abs. 4 GG die Eröffnung eines „Nebenprozesses“, um die Grundrechtsbeeinträchtigung effektiv abzuwehren bzw. dessen Rechtswidrigkeit feststellen zu lassen.¹⁹ Allerdings kann der Betroffene nicht zu seinem Recht kommen, wenn er von der Maßnahme nicht informiert wird. Die Pflicht zur nachträglichen Information von dem Überwachungseingriff folgt aus Art. 19 Abs. 4 GG.²⁰ Da das Abhören jedes Gesprächs einen Grundrechtseingriff darstellt, muss demzufolge jeder – zumindest ohne weiteres identifizierbare – Gesprächsteilnehmer benachrichtigt werden. *Krüpe-Gescher* weist nach, dass die Benachrichtigungspflicht des § 101 StPO deutlich defizitär gehandhabt wird: Nur in etwa 15 % der Fälle ist der Beschuldigte und/oder der Anschlussinhaber (durch die Akte dokumentiert) benachrichtigt worden. *Krüpe-Gescher* schlägt eine gesetzliche Novellierung vor, bei der genau bestimmt sein soll, wer zu benachrichtigen ist. Dass dies weit genug geht, ist aber nicht sicher. Problematisch ist schließlich auch die Kontrolle der Einhaltung der Benachrichtigungspflicht. Der Gesetzgeber sollte erwägen, besondere Datenschutzbeauftragte für Strafverfahren mit Befugnissen zu Aktenkontrollen auszustatten, um die Erfüllung eines Mindestmaßes jener Pflicht zu gewährleisten.

Schriftliche Befragungen (S. 194 ff.) und Expertengespräche (S. 199 ff.) haben wenig Überraschendes gebracht, insbesondere „verteidigen“ die Strafverfolger die niedrige Ablehnungsquote sowie den mangelhaften Begründungsinhalt v.a. damit, dass die TKÜ wegen der praktischen Schwierigkeiten ihrer Durchführung ohnehin nur dann angewendet werde, wenn „die Sache Hand und Fuß“ habe. Immerhin wurde aber in den Befragungen der Richter deutlich, dass die personellen Ressourcen der Justiz wohl zu gering sind, um den (vor dem Hintergrund der steigenden Eingriffsermächti-

¹⁴ S. nur *Nelles*, Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung, 1980, S. 214. Hiernach sind nur 8 % der Durchsuchungen vom Richter angeordnet worden.

¹⁵ Nach der Studie von *Backes/Gusy* (Fn. 2), S. 44: 0,3 % (ein Fall).

¹⁶ Vgl. Fn. 2, S. 41 ff.

¹⁷ *Backes/Gusy* (Fn. 2), S. 41 ff. Auszugsweise sei nur erwähnt: Nur 21 % der staatsanwaltschaftlichen Anträge, nur 24 % der richterlichen Anordnungen und nur 9 % der staatsanwaltschaftlichen Eilanordnungen sind vollständig; in 92 % der Fälle hat der Ermittlungsrichter einen staatsanwaltschaftlichen Beschlussentwurf übernommen (wobei gerade jene Beschlussentwürfe überdurchschnittlich unvollständig waren).

¹⁸ D.h. es handelte sich nicht um einen Fall von Gefahr im Verzug.

¹⁹ Dabei liegt es in der Natur der TKÜ, dass eine Überprüfung regelmäßig erst nach Erledigung der Maßnahme in Betracht kommt. Hierfür ist nach der Rspr. des BVerfG – der sich der BGH inzwischen angeschlossen hat – ein besonderes Feststellungsinteresse vonnöten (s. nur BVerfGE 96, 27 [40]; BGHSt 45, 183 [186 f.]), das hier freilich bereits in der besonderen Schwere des Eingriffs in die Telekommunikationsfreiheit liegen dürfte.

²⁰ Nach BVerfGE 100, 313 (361) vermittelt für Eingriffe in Art. 10 GG sogar das materielle Grundrecht selbst einen solchen Anspruch als „spezifisches Datenschutzrecht“ ohne „Verengung“ auf den gerichtlichen Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG.

gung wachsenden) Anforderungen richterlicher Prüfung immer gerecht werden zu können.²¹

5. In ihren abschließenden Reformüberlegungen (S. 241 ff.) plädiert *Krüpe-Gescher* u.a. überzeugend dafür, dass Ermittlungsrichter stärker spezialisiert und problemorientierter fortgebildet werden sollten – zu ergänzen wäre wohl, dass die Defizite auch mit der Auslastung der Richter zu tun haben, eine Erkenntnis, die nicht vornehmlich den Gesetzgeber, sondern eher die Justizverwaltung zum Handeln zwingt. Ähnliche Vorschläge – wie etwa von *Brüning*²² – hat allerdings bereits *Heghmanns* mit der wahrscheinlich angemessenen Skepsis kommentiert.²³ Abschließend formuliert *Krüpe-Gescher* einen Reformvorschlag (S. 245) für eine Neuregelung der TKÜ u.a. unter Verzicht auf einen Straftatenkatalog, eine Verkürzung der Überwachung auf zwei Monate und Kodifizierung eines (sehr weit gehenden) Verwertungsverbots.²⁴ Der Vorschlag, die Anordnungsdauer auf zwei Monate zu verkürzen, hat beim BMJ Gehör und Eingang in den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung der TKÜ gefunden.²⁵

III. 1. *Dorsch* beleuchtet in ihrem ersten Teil den verfassungsrechtlichen Rahmen der TKÜ etwas breiter als *Krüpe-Gescher*. Sie hält mit der derzeit h.M.²⁶ die Kostenbelastung der Dienstanbieter, die daraus resultiert, dass sie technische Vorkehrungen zur Überwachung vorhalten müssen, für verfassungswidrig (S. 33 ff.). Anschließend analysiert die Arbeit die Eingriffsermächtigung der StPO (§§ 100a, 100b) und aktuelle Reformbestrebungen – den erwähnten Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung der TKÜ²⁷ konnte die Arbeit naturgemäß noch nicht berücksichtigen. Die Methode der empirischen Untersuchung entspricht weitgehend der *Krüpe-Geschers*; durchgeführt wurden Aktenanalysen, schriftliche Befragungen und Experteninterviews. Im Hinblick auf die Effizienz der TKÜ untersucht *Dorsch* zusätzlich eine Kontrollgruppe von Verfahren, die rechtlich die Voraussetzungen einer TKÜ (grundsätzlich) erfüllten, bei denen eine solche aber nicht angewendet wurde.

²¹ Wenn ein Ermittlungsrichter etwa davon spricht, 6.200 Verfahren im Jahr bewältigen zu müssen (S. 218), wird man kaum davon ausgehen können, dass er ausreichend Zeit findet, u.U. umfangreiche Akten durchzuarbeiten, um den Antrag der Staatsanwaltschaft in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu prüfen.

²² Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2005, S. 223 ff.

²³ *Heghmanns*, ZIS 2006, 456 (458).

²⁴ S. für eine differenzierte Lösung im Hinblick auf die Nichtbeachtung des Richtervorbehalts *Amelung/Mittag*, NStZ 2005, 614 ff.

²⁵ § 100b Abs. 1 S. 4 des Entwurfs (s. Fn. 8).

²⁶ S. nur *Bock*, in Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 110 Rn. 15 ff. m.w.N.

²⁷ S. Fn. 8.

2. a) Nach einer Darstellung der statistischen Analysemethoden (S. 78 ff.) wendet sich *Dorsch* im Hauptteil den Untersuchungsergebnissen zur Effizienz der TKÜ zu. Als „Effizienz“ i.S.d. Untersuchung versteht die *Autorin* das Verhältnis von Mitteleinsatz zur Zielerreichung (S. 90 ff.). Als Beurteilungskriterien zieht *Dorsch* den Erfolg der TKÜ im Ermittlungsverfahren, den Verfahrensausgang, die Rolle der TKÜ als Beweismittel und im Rechtsmittelverfahren sowie ihren Einfluss auf Geständnis- und Absprachebereitschaft heran. Die Grunddaten (S. 92 ff.) entsprechen weitgehend – bei Differenzierungen im Detail und in der Darstellungsart – denen *Krüpe-Geschers*.

b) aa) *Dorsch* untersucht zunächst im Hauptteil der empirischen Untersuchung den Erfolg der TKÜ für das *Ermittlungsverfahren* (S. 103 ff.), wobei der Erfolg ein unmittelbarer (u.a. Entlastung, Belastung des Beschuldigten, Erweiterung des Tatvorwurfs, Aufenthaltsortsermittlung) und ein mittelbarer (Hinweise auf Straftaten Dritter, auf neue Straftaten des Beschuldigten, Ermittlungsansätze im Hinblick auf andere Straftaten) sein kann. Strafverfolger bzw. Richter antworteten auf die allgemeine Frage, wann eine TKÜ erfolgreich ist, überwiegend nur relativ vage (S. 107 f.). Vielleicht etwas undifferenziert ist eine Schlussfolgerung, die *Dorsch* hieraus zieht (S. 108), nämlich dass die Anforderungen an einen Erfolg verhältnismäßig niedrig angesiedelt würden; zumindest Staatsanwälte und Richter stellten überwiegend (soweit aus der vorliegenden Untersuchung ersichtlich) eher auf konkrete und unmittelbare Erfolge für das Strafverfahren ab, während Polizeibeamte – wie es scheint – eher (oder auch) an einer „Beleuchtung“ des Umfeldes interessiert sind.

bb) Die Aktenanalyse hat ergeben (S. 116 ff.), dass drei Arten von Ermittlungserfolgen deutlich dominieren: Belastung des Beschuldigten (29 %), mittelbare Ermittlungsansätze im Hinblick auf Katalogstraftaten (22 %) sowie den Verdacht neuer Taten Dritter (knapp 22 %); insgesamt überwiegen aus der Gesamtzahl der Erfolge die nur mittelbaren Erfolge (53 %) gegenüber den unmittelbaren (38 %). Fälle der (Selbst-) Belastung des Beschuldigten machen dabei mehr als drei Viertel der unmittelbaren Ermittlungserfolge aus.

cc) Die mittelbaren Ermittlungserfolge (S. 124 ff.) bestehen zu jeweils knapp über 40 % aus Ermittlungsansätzen im Hinblick auf (die bereits verfolgten) Katalogstraftaten und aus bislang unbekanntem Straftatverdachten im Hinblick auf Dritte; zu knapp 15 % sind Verdachtsmomente für neue Straftaten des Beschuldigten aufgetreten. Die Ermittlungsansätze für Katalogtaten sind z.B. neu bekannt gewordene Telefonanschlüsse (über 30 %), Hinweise auf geplante Straftaten bzw. Tatmodalitäten, Hinweise auf unbekannt Taten in der Vergangenheit. Die Ermittlungsansätze wurden zum größten Teil (über 50 %) dadurch umgesetzt, dass eine weitere TKÜ geschaltet wurde, was sich v.a. daraus erklärt, dass die meisten Ermittlungsansätze im Bekanntwerden neuer Telefonverbindungen bestehen. Die Art der jeweils ergriffenen Maßnahme hängt also erwartungsgemäß von den Erkenntnissen aus der TKÜ ab. Etwas mehr als die Hälfte der aufgrund der Ermittlungsansätze getroffenen Maßnahmen sind nach der

Untersuchung ihrerseits als Erfolg zu werten (S. 132 ff.), wobei dieser Erfolg ganz unterschiedlicher Natur sein kann (z.B. Auffinden sachlicher Beweismittel, Erlangen weiterer Erkenntnisse aufgrund technischer Maßnahmen oder belastende Zeugenaussagen). Zumindest ein größerer Teil dieser Maßnahmen wertet die (Ausgangs-) TKÜ gewissermaßen auf, führt also im Ergebnis zu unmittelbaren Erfolgen (S. 141). Auffällig ist auch, dass etwa Durchsuchungen und Observationen, die aufgrund von Informationen aus einer TKÜ durchgeführt wurden, nach der verfügbaren Datenlage im Schnitt erfolgreicher waren als solche, die mit einer TKÜ nicht in Zusammenhang standen (S. 144).

dd) Insgesamt stellt *Dorsch* fest, dass in mehr als 60 % der TKÜ-Verfahren mindestens *ein* Ermittlungserfolg, im Durchschnitt vier Ermittlungserfolge (Median 1) zu verzeichnen war (S. 159). In der Aufschlüsselung nach den verschiedenen Katalogstraftaten treten Ermittlungserfolge tendenziell eher bei von *Dorsch* sog. „Transaktionskriminalität“ auf, d.h. bei Delikten, die besonders mit Kommunikation, Handel und Organisation einhergehen (S. 162 ff.). Bei den schriftlichen Praktikerbefragungen haben 71 % der Befragten angegeben, es gebe Kriminalitätsformen, für die die TKÜ besonders geeignet sei, wobei – bei berufsständischen Unterschieden – Btm-Delikte und „Organisierte Kriminalität“ besonders häufig genannt wurden (S. 169 ff.).

ee) Im Anschluss werden die Erfolge der TKÜ ins Verhältnis zu den in den Anträgen bzw. Anordnungen genannten Zielen gesetzt. Zunächst stellt *Dorsch* fest, dass die Zielsetzung zu einem Drittel allgemeiner Natur war (Sachverhaltserforschung), immerhin zu 27 % sind aber spezielle Ziele (Identifizierung des Aufenthaltsorts des Beschuldigten, Aussagen des Beschuldigten oder abgehörter oder sonstiger Dritter, Feststellung von Mittätern oder Bandenstrukturen) für spezifische Anschlüsse sowie zu etwa 20 % aus Kombinationen verschiedener Ziele angegeben worden (S. 173). Die Erfolgsquoten haben sich dort als am niedrigsten erwiesen, wo keine (Quote von 48 %) oder nur sehr allgemeine Ziele (Quote von etwa 55 %) formuliert worden sind, während bei einer Kombination verschiedener Ziele eine Quote von ca. 80 % erreicht worden ist (S. 175). Je weniger konkret die Zielvorstellungen sind, desto geringer ist im Ergebnis der relative Anteil an unmittelbaren Erfolgen der TKÜ im Verhältnis zu den mittelbaren und sonstigen Erfolgen (S. 177). Nicht gesagt ist damit allerdings, dass die errungenen Erfolge mit den konkreten Zielvorstellungen übereinstimmen. Interessant ist sodann die Verteilung der Erfolge (Fälle mit mindestens *einem* Ermittlungserfolg) auf verschiedene Anschlussarten: Während sich die Erfolge für private Festnetzanschlüsse (knapp 52 %) und Mobilfunkanschlüsse (knapp 59 %) nicht signifikant unterscheiden, ist die Erfolgsquote für das Abhören eines betrieblichen Festnetzanschlusses mit etwa 10 % deutlich geringer (S. 180). Weniger die Tatsache, dass die Überwachung betrieblicher Anschlüsse weniger Erfolg verspricht, überrascht, als vielmehr der Umstand, dass es keinen nennenswerten Unterschied zwischen Festnetz- und Mobilfunkanschlüssen gibt. Man hätte erwarten können, dass sich in Zeiten der stärkeren Verbreitung von Mobiltelefonen und ihrer relativen „Anonymität“ auch das Anrufverhalten

der Überwachten ändert. Allerdings weist *Dorsch* darauf hin, dass sich die erhobenen Daten auf das Jahr 1998 beziehen; eine Bewertung heute also möglicherweise anders ausfiele (S. 181 f.).

ff) In knapp 20 % der TKÜ haben die Sachbearbeiter der Akten (Strafverfolger) eine subjektive Einschätzung über den Erfolg der Maßnahme abgegeben. Daneben haben für 59 % der verbleibenden Akten (nicht also für die gleichen) an der Untersuchung beteiligte Auswerter eine subjektive Einschätzung über den Erfolg abgegeben. Insgesamt haben die Sachbearbeiter die TKÜ in etwa 40 % der überwachten Anschlüsse für erfolgreich erklärt, während von den Auswertern nur knapp 20 % einen Erfolg verzeichnen konnten, dabei aber eine etwas größere Anzahl für bedingt erfolgreich hielten (S. 186 f.). Die Überwachung von Mobilfunkanschlüssen erreicht dabei die größte Erfolgsquote (S. 190). Im Hinblick auf die *Verfahren* (nicht die Anschlüsse) halten knapp 54 % der Bearbeiter die TKÜ für erfolgreich, während 26 % der Auswerter einen Erfolg und weitere 35 % einen bedingten Erfolg konstatieren (S. 193). Dabei wird v.a. der Überwachung in Btm-Verfahren großer Erfolg beschieden (Sachbearbeiter: 75 %, Auswerter: 36 % + 43 %), wohingegen in Verfahren bei Mord/Totschlag die Quote deutlich geringer ist (Sachbearbeiter: 21 %, Auswerter: 16 % + 21 %). Das bestätigt zumindest in wesentlichen Teilen die Aktenanalyse.

gg) *Dorsch* sucht sodann für Verfahren, bei denen nach der Aktenanalyse die TKÜ erfolglos war, nach Gründen für die Erfolglosigkeit (S. 201 ff.). Untersuchte Parameter waren: Verfahren gegen Unbekannt, besonderes Dezernat, Gruppenbegehung, Kapazitätsengpässe, technische Mängel, unvollständige Akten. Nur im Hinblick auf den ersten Parameter ließen sich deutliche Unterschiede im Hinblick auf den Erfolg feststellen (Verfahren gegen Unbekannt: TKÜ in 33 % der Fälle erfolgreich; Verfahren gegen Bekannt in 66 % der Fälle erfolgreich). Eine wenn auch weit geringere Signifikanz hat die Untersuchung für die Anzahl der Personen ergeben, die die in Rede stehende Tat begangen haben sollen: Eine TKÜ ist relativ erfolgreicher, wenn die Tat mehrere begangen haben (65 % zu 55 %). Das nährt insgesamt die Vermutung, dass vornehmlich Gründe der konkreten Fallkonstellation für den Misserfolg einer TKÜ verantwortlich sind. Die Praktiker sehen Probleme v.a. beim verfügbaren Auswertungspersonal und -material sowie den Kosten der TKÜ (S. 214). In den Expertengesprächen wurden vornehmlich „Dolmetscherprobleme“ gesehen (S. 215 ff.).

hh) Eher im wirtschaftlichen Sinn wird die Effizienz gesehen, wenn man die Kostenfrage stellt. Im Schnitt ermittelt *Dorsch* (S. 219) pro TKÜ Gesamtkosten – ohne Dolmetscherkosten – von 5.952 DM (Median 2.748 DM). Die Dolmetscherkosten – sofern notwendig – betragen im Schnitt 14.492 DM (Median 4.835 DM). Ob die Kostenfrage für das „Ob“ einer Antragstellung eine Rolle spielt, wurde in Experteninterviews nicht homogen beantwortet. Offenbar fühlt man sich bei der Polizei – wohl aufgrund zunehmender Budgetierung – eher an wirtschaftliche Erwägungen gebunden, als bei Staatsanwaltschaft oder Gericht (S. 220). Mit diesen Erwägungen endet der Hauptteil der Arbeit, die Untersuchung zum Erfolg der TKÜ im Ermittlungsverfahren.

c) Der Erfolg einer TKÜ für das Ermittlungsverfahren bedeutet noch nicht, dass die Erkenntnisse aus der TKÜ auch für den *Verfahrensabschluss* relevant sind. *Dorsch* stellt fest (S. 228), dass in Verfahren, bei denen mindestens ein Beschuldigter angeklagt wurde, signifikant häufiger ein Erfolg der TKÜ im Ermittlungsverfahren vorlag (knapp 75 % gegenüber knapp 43 %). Dass das Verfahren gegen alle Beschuldigten auch in Fällen eingestellt werden musste, in denen ein Ermittlungserfolg zu verzeichnen war, kann ganz unterschiedliche Gründe haben, die statistisch sicher nicht abschließend erhoben werden können. *Dorsch* kann aber immerhin deutlich machen, dass sich in solchen Fällen spezifische Erfolge signifikant häufiger (Entlastung, mittelbare Ermittlungsansätze) oder seltener (Selbstbelastungen) einstellten, als in „weitergeführten“ Verfahren.

d) *Dorsch* untersucht in einem weiteren Schritt die Bedeutung der TKÜ als Beweismittel für Anklage, Hauptverhandlung und Urteil (S. 233 ff.). Bei knapp 16 % aller in den Anklagen angegebener Beweismittel handelte es sich um TKÜ-Erkenntnisse (Protokolle, Bänder, teilweise aber nur allgemein „TKÜ“). Damit nimmt die TKÜ nach dem Zeugenbeweis (26 %) den größten Raum ein (S. 234). Subjektiv haben die Auswerter der Akten (der Verfahren, die angeklagt wurden) der TKÜ zu knapp einem Viertel eine sehr hohe oder hohe, allerdings zu 36 % auch gar keine Bedeutung beigemessen.

In die Hauptverhandlung eingeführt wurde die TKÜ in knapp 18 % der Fälle (Zeugen 66 %; S. 239). In den Expertenbefragungen zeigte sich, dass die TKÜ nicht nur als förmliches Beweismittel wirkt, sondern auch andere, mittelbare Auswirkungen auf die Hauptverhandlung zeitigt (z.B. Aussageverhalten des Angeklagten), die ein förmliches Einführen u.U. entbehrlich werden lässt. Für die Beweiswürdigung spielte die TKÜ in 16 % der Fälle eine Rolle (S. 242). Die Quote deckt sich zum Großteil mit der Anzahl der in die Hauptverhandlung eingeführten TKÜ (18 %), wird die TKÜ also in die Hauptverhandlung eingeführt, hat sie in den allermeisten Fällen (ca. 93 %) eine Bedeutung für die Beweiswürdigung im Urteil. In mehr als 30 % dieser Fälle wurde die Bedeutung der TKÜ für das Urteil von den Auswertern als hoch oder sehr hoch eingestuft, keine Bedeutung hatte die TKÜ danach in knapp 20 % der Fälle (S. 245). Auf alle Verfahren mit einer TKÜ bezogen, die in das Hauptverhandlungsstadium gekommen ist, überwiegt demgegenüber die Anzahl derjenigen, für die die TKÜ überhaupt keine Bedeutung hat bei weitem (ca. 64 %). Für diese relativ geringen Werte macht *Dorsch* sehr heterogene Gründe aus (S. 247 ff.): Erfolglosigkeit der TKÜ bereits im Ermittlungsverfahren, nur mittelbare Erfolge der TKÜ sowie der (je nach Berufsgruppe unterschiedlich) hohe Anteil der Praktiker, die der TKÜ generell einen eher geringen (unmittelbaren) Beweiswert zuschreiben. Auch die Arbeitsintensität für ein aussichtsreiches Einführen der TKÜ in die Hauptverhandlung scheint eine Rolle zu spielen (S. 253), was vor dem Hintergrund etwas erstaunen mag, dass die Arbeitsintensität der Informationserhebung kaum geringer sein dürfte. Der Wert der TKÜ scheint

dann doch eher ein mittelbarer zu sein, d.h. auf weitere Erkenntnisse hinzuführen (S. 254 ff.). So wird nach den erhobenen Daten die TKÜ eher dann eingeführt, wenn der Angeklagte nicht geständig ist (knapp 23 % im Vergleich zum Anteil von ca. 13 % bei geständigen Angeklagten; S. 258 und 260). Überwiegend wird der TKÜ von den Praktikern denn auch Einfluss auf die Geständnisbereitschaft (S. 261), aber auch auf die Absprachebereitschaft zugesprochen (S. 262 ff.)

e) Mit etwa 20 % der Verfahren, die mit Urteil endeten, wurde das Revisionsgericht befasst (in weiteren 5 % das Berufungsgericht). Nur 2 % der Revisionsbegründungen bezogen sich auf die TKÜ (S. 269); gerügt wurden hierbei nur (angeblich) fehlerhaft abgelehnte Beweisanträge. *Dorsch* bemerkt daher zu Recht, dass der TKÜ an sich im Rechtsmittelverfahren kaum Bedeutung zukommt.

3. Abschließend untersucht *Dorsch* eine Kontrollgruppe von Verfahren, bei denen die Voraussetzungen der TKÜ gegeben waren, diese aber nicht angeordnet wurde (S. 271 ff.). Dabei haben für die Kontrollgruppe aber nicht alle Voraussetzungen der TKÜ, insbesondere die Subsidiarität, vorgelegen.²⁸ Zudem fiel es *Dorsch* für Btm-Verfahren bereits schwer, überhaupt geeignete Verfahren zu finden. Das gelingt zwar für „Raub/räuberische Erpressung und Mord/Totschlag“ (S. 273 ff.), die Erkenntnisse erschöpfen sich aber im Wesentlichen darin, dass die Verfahren, in denen die Telekommunikation überwacht wird, komplexer sind, was sich u.a. am größeren Anteil der Verfahren mit mehr als einem Beschuldigten oder einer größeren Anzahl von Beweismitteln (neben der TKÜ) zeigt. Unterschiede im Verfahrensverlauf oder -abschluss sind hingegen kaum signifikant (S. 282 ff.). Die Analyse der Akten durch die Auswerter ergibt im Übrigen, dass die TKÜ häufig aus Subsidiaritäts- oder Verhältnismäßigkeitsgründen nicht hätte angeordnet werden dürfen (S. 303). Dass vor diesem Hintergrund die breite Untersuchung der Kontrollgruppe überhaupt sinnvoll war, mag man bezweifeln. Sie konnte bestenfalls ergeben, dass sich Verfahren, in denen eine TKÜ angeordnet werden durfte (oder jedenfalls angeordnet wurde) von Verfahren, in denen eine solche Maßnahme nicht angeordnet werden durfte, in einigen Merkmalen unterscheiden.

IV. Die Arbeiten von *Krüpe-Gescher* und *Dorsch* hinterlassen einen durchweg positiven Eindruck. Ihre besondere Stärke liegt sicher im empirischen, weniger im dogmatischen Bereich. In Teilen werden nämlich die knappen dogmatischen Ausführungen dem rechtlichen Problem in Tiefe und Literaturerfassung nicht vollständig gerecht. Das kann aller-

²⁸ So deutlich die Aktenanalyse auf S. 302. Auf S. 73 heißt es im Gegenteil: „Da mit vorliegender Untersuchung gerade der durch die Anordnung und Durchführung einer TKÜ ausgelöste Effekt kontrolliert werden sollte, wurden Strafverfahren ausgewählt, die rechtlich alle Voraussetzungen der §§ 100a, 100b StPO erfüllten, bei denen eine TKÜ aber nicht angeordnet wurde.“ Hierzu hätte auch die Subsidiarität gehört.

dings den Wert der Arbeiten nicht schmälern. Insbesondere aufgrund der imponierend breiten Datenlage können die *Autorinnen* ein nahezu vollständiges Bild von der Praxis der repressiven TKÜ in Deutschland zeichnen. Die Untersuchung von *Krüpe-Gescher* bestätigt dabei empirisch bisher nur unbestimmte Befürchtungen über die (Un-)Wirksamkeit rechtsstaatlicher Schutzmechanismen und trägt damit maßgeblich dazu bei, dass das Problem in den Fokus nicht nur der Fachöffentlichkeit gerät. Wenn man bedenkt, dass die Telefonüberwachung bereits seit beinahe 40 Jahren fester Bestandteil staatlicher Überwachungstätigkeit ist, kann man ermessen, welcher Verdienst empirischen Arbeiten zukommt, die die erwarteten Defizite argumentativ fassbar machen. Die Untersuchung von *Dorsch* hat im Ergebnis gezeigt, dass die TKÜ in bestimmten Ermittlungskonstellationen für die Strafverfolgungsbehörden wichtige Erkenntnisquelle ist. Umso wichtiger erscheint es zum einen, den Grundrechtsschutz nicht zu vernachlässigen. Zum anderen wird durch die Arbeit auch deutlich, dass die Erkenntnisse im Hinblick auf das konkrete Strafverfahren oft nur mittelbarer Natur sind. Die TKÜ erscheint im Prozess selbst vornehmlich als Instrument, die Geständnis- und Absprachebereitschaft des Beschuldigten zu fördern.²⁹ Insgesamt geben die Untersuchungen immens wichtige Anstöße, die rechtlichen Fragen der TKÜ und des Grundrechtsschutzes des Betroffenen neu zu durchdenken und an der gesetzlichen Ausgestaltung zu arbeiten. Dass dieser Prozess mit dem mehrfach erwähnten Gesetzentwurf der Bundesregierung³⁰ abgeschlossen ist, darf bezweifelt werden.³¹ Eine genauere Auseinandersetzung hiermit sprengte allerdings den Rahmen dieser Rezension.

Wiss. Assistent Matthias Mittag, Dresden

²⁹ So auch die Einschätzung von *Gusy*, JZ 2004, 194.

³⁰ Siehe Fn. 8.

³¹ So ist etwa zweifelhaft, ob mit § 101 Abs. 4 Nr. 2 StPO i.d.F. des Entwurfs die mit den Arbeiten offenbar gewordenen Unklarheiten über die Benachrichtigungspflicht beseitigt werden können.