

---

# Kommentar

---

Johann Bizer

## Die Evaluierung der Telekommunikations-Überwachung

### Kritische Anmerkungen zur MPI-Studie<sup>1</sup>

Die Beauftragung einer unabhängigen Einrichtung mit einer rechtstatsächlichen Untersuchung über die „Rechtswirklichkeit und Effizienz“ der TK-Überwachung durch das Bundesministerium der Justiz im Jahr 1999 war alles andere als eine Selbstverständlichkeit. Sie ist das Ergebnis einer langjährigen rechtspolitischen Auseinandersetzung über Art, Umfang und Auswirkungen heimlicher Erhebungsmethoden mit technischen Hilfsmitteln.<sup>2</sup> Vor diesem Hintergrund ist die Auftragsvergabe als Indiz für eine „aufgeklärten Sicherheitsdebatte“ zu verstehen, die die ritualisiert und reflexhaft erhobenen Forderungen nach mehr Sicherheit in Form von neuen oder erweiterten Ermittlungsbefugnissen nicht nur auf den Boden der Wirklichkeit zurückzuführen versucht, sondern sich auch um Transparenz gegenüber der Öffentlichkeit und damit um Vertrauen für die Arbeit der Sicherheitsbehörden bemüht. Die Erwartungen an die Ergebnisse der Studie sind also hoch. Auch bleibt abzuwarten, ob die Bundesregierung diesen Weg weiterhin beschreiten wird. Nachdem die Studie zur TK-Überwachung nun vorliegt (Albrecht u.a. 2003)<sup>3</sup>, gilt es ihre Ergebnisse kritisch zu würdigen.

### 1. Gegenstand und Methode der MPI-Studie

Die Überwachung der Telekommunikation<sup>4</sup> gehört nach der Postkontrolle zu den ältesten der heimlichen Überwachungsmethoden der Sicherheitsbehörden.<sup>5</sup> Die öffentliche Aufmerksamkeit gegenüber der TK-Überwachung beruht auf der *besonderen Sensibilität* dieser Überwachungsmethode, die zum einen unter Mitwirkung des Dienstansbieters gegenüber den Betroffenen heimlich durchgeführt wird, und zum anderen mit einer erheblichen Streubreite auch das sozi-

---

1 Die Bundesregierung hatte das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg, (im Weiteren abgekürzt MPI) mit der Durchführung der Studie betraut. Die Studie wurde für diesen Kommentar dankenswerter Weise von den AutorInnen vor Verlagsauslieferung zur Verfügung gestellt.

2 Ein anderes Ergebnis dieser Auseinandersetzung ist die Evaluierung des Großen Lauschangriff nach Art. 13 Abs. 6 GG, § 101 e StPO oder bspw. die Evaluierung einiger Maßnahmen des TerrBekämpfungG 2002.

3 Zitiert wird die Studie im Text ohne Autorenangabe mit Seitenzahl.

4 Im Weiteren abgekürzt als TK-Überwachung oder TKÜ.

5 Erstaunlich ist, wie wenig gesicherte Informationen über Umfang und Auswirkungen der Postkontrolle verfügbar sind (Bizer 2001a: Art. 10, Rn. 111).

ale Umfeld der Zielperson einbezieht und sich damit insbesondere auf völlig unverdächtige Kommunikationsteilnehmer erstreckt. Bereits mit ihrer rechtlichen Legitimation 1968 im Rahmen der Gesetzgebung zur Notstandsverfassung und der Ablösung der alliierten Vorbehaltsrechte (näher bei Bizer 2001a, Art. 10, Rn. 1, 11) löste die TK-Überwachung einschließlich ihrer rechtlichen Begrenzung politische Kontroversen aus, die schließlich auch vor dem Bundesverfassungsgericht ausgetragen wurden (BVerfGE 30, 1 ff.) und noch heute mit jeder gesetzlichen Ausweitung nachwirken.

Der zweite Grund für die besondere Aufmerksamkeit der TK-Überwachung ist der *Bedeutungszuwachs der elektronischen Kommunikation* durch Mobilfunk und Internet, der sich wiederum in einem national und international wachsenden Telekommunikationsmarkt niederschlägt.<sup>6</sup> Ob nun dieser oder andere Gründe die Ursache für die zunehmende Attraktivität der TK-Überwachung sind, war eine der politischen Ausgangsfragen für die Beauftragung der MPI-Studie (vgl. u. 4.) Fest steht zum einen, dass die Zahl der Überwachungsanordnungen nach § 100 a, b StPO seit 1990 von 2.494 Anordnungen zunächst stetig (1995: 3.667) und dann sprunghaft bis auf 21.874 im Jahre 2002 gestiegen ist (S. 29). Fest steht aber auch, dass im internationalen Vergleich westlicher Staaten die Zahl der Anordnungen bezogen auf die Bevölkerung krass divergieren: Während in den USA umgerechnet auf den Zeitraum 1998-2002 0,5 strafprozessuale Anordnungen auf 100 Tsd. Einwohner gezählt wurden, sind es in Deutschland nach Erkenntnissen des MPI 15, aber in Frankreich 23,5 sowie in den Niederlanden 62 und Italien 76 Anordnungen (S. 104). Eine differenzierte Analyse, ob und inwieweit diese Divergenzen auf unterschiedlichen Erhebungsmethoden oder rechtlichen Voraussetzungen beruhen, steht noch aus (vgl. für die USA und Deutschland aber bspw. Schwartz 2003). Erste Ansätze für weitere Fragen und Untersuchungen liefert der internationale Überblick der Studie (S. 59 ff.). Zumindest für Deutschland hat die MPI-Studie das empirische Umfeld der strafprozessualen TKÜ näher aufzuhellen versucht.

Der Auftrag hat die Untersuchung auf die strafprozessuale TK-Überwachung nach § 100 a, b StPO beschränkt, die auch aufgrund der jährlich veröffentlichten Zahlen die größte politische Aufmerksamkeit genießt.<sup>7</sup> Nach dieser Regelung sind Überwachungsmaßnahmen gegen Beschuldigte oder Kontaktpersonen zulässig, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht der Begehung einer Straftat begründen, die in einem umfangreichen und immer wieder durch den Gesetzgeber erweiterten Katalog festgelegt sind (S. 12 ff.). Die Anordnung der TK-Überwachung steht allerdings unter der Voraussetzung, dass die Erforschung

---

6 Zahlenbelege in RegTP 2001/2002 und [www.itu.org](http://www.itu.org).

7 Nicht Gegenstand der Untersuchung waren die Befugnisse zur Überwachung von Individualanschlüssen nach § 39 AWG durch das Zollkriminalamt und nach § 3 ff. G-10-Gesetz durch die Nachrichtendienste des Bundes und der Länder sowie schließlich die strategische Überwachung nach § 5 ff. G-10-Gesetz. Nur am Rande wurde die Verpflichtung zur Herausgabe von Verbindungsdaten an die Staatsanwaltschaft nach § 12 FAG (alt) bzw. § 100 g, h StPO (neu) berührt, die nach Einschätzung von TK-Dienstleistern in der Praxis allerdings eine große Bedeutung hat, über deren Umfang aber keine Informationen erhoben werden (vgl. Bizer 2001a: Art. 10, Rn. 111, 20).

des Sachverhaltes oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes „auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre“ („ultima ration-Klausel“, § 100 a Satz 1 StPO). Sie muss durch einen Richter (§ 100 b Abs. 1 StPO) schriftlich angeordnet werden, wobei „Art, Umfang und Dauer“ der Maßnahmen zu bestimmen sind (§ 100 b Abs. 2 StPO).

*Methodisch* stützt sich die Untersuchung auf eine Strafaktenanalyse von 523 Strafverfahren mit TK-Überwachung aus dem Jahre 1998 gegenüber einer Grundgesamtheit von insgesamt 2.705 Verfahren, die zum Teil gezielt nach Anlasstaten für die Anordnung der TK-Überwachung, zum Teil auch nach dem Zufallsprinzip ausgewählt wurden (S. 132 f.). Daneben wurde eine Stichprobe von ca. 6.000 Verfahrensbeteiligten aus Polizei, Staatsanwaltschaft, Justiz und Strafverteidigung mit Hilfe eines Fragebogens zur Praxis der TK-Überwachung schriftlich befragt (S. 137)<sup>8</sup> sowie schließlich 43 Experten zur TK-Überwachung gezielt interviewt (S. 141).

Im Mittelpunkt der Untersuchung standen Umfang, Durchführung und Erfolge der TK-Überwachung (S. 432). Ich beschränke mich auf eine kritische Würdigung der für eine Evaluierung zentralen Aspekte, um im letzten Abschnitt einen zentralen Einwand gegen die verfassungsrechtliche Maßstabslosigkeit der gesamten Untersuchung zu formulieren.

## 2. Erkenntnisse aus der TK-Überwachung

Von Bedeutung für die Evaluierung der TK-Überwachung sind neben ihrem Umfang und ihren Auswirkungen die für die Straftatverfolgung *relevanten Erkenntnisse*.<sup>9</sup> Hier hat die Studie bemerkenswerte Ergebnisse zu Tage gefördert: Nur in 60% der Fälle mit mindestens einer TKÜ-Maßnahme wurde ein (unmittelbarer oder mittelbarer) „Erfolg“ erzielt (S. 366). Unter diesen steht der überwiegende Teil der aus der TKÜ gewonnenen Erkenntnisse mit dem die Maßnahme auslösenden Verdacht einer Straftat nur in einer entfernten Beziehung: Der Anteil der „unmittelbaren Erfolge“ betrug nur 28%, während die „mittelbaren „Erfolge“ 62% ausmachten (S. 371).<sup>10</sup> Bei den unmittelbaren „Erfolgen“ hatte die Gruppe der Selbstbelastungen den größten Anteil (69% von 28%). Bei den mittelbaren „Erfolgen“ (Gesamtanteil 62%) ergaben sich in 41% Hinweise auf neue Straftaten Dritter, in 39% auf Ermittlungsansätze für weitere Katalogstraftat sowie in 17% auf neue Straftaten des Beschuldigten (S. 375). Ein statistisch signifikanter Zusammenhang zwischen dem Erfolg von TKÜ-Maßnahmen und der Katalogstraftat, die den Anlass der TKÜ bildete, war also nicht feststellbar (S. 456). Stattdessen konstatieren die Ermittler, dass die TKÜ nur eine unter mehreren Maßnahmen der Ermittlung und Beweisführung ist (S. 324), so dass die Bedeutung der TKÜ erheblich relativiert ist.

Auch eine Bewertung der Erfolgsbilanz – differenziert nach der Einschätzung der Ermittler (soweit sie den Akten zu entnehmen war) und der Auswerter –

---

8 Mitarbeiter der nach § 100 b Abs. 3 StPO zur Mitwirkung an der TKÜ verpflichteten TK-Unternehmen wurden leider nicht befragt.

9 Die Autoren sprechen euphemistisch von „Erfolgen“, S. 356 ff.

10 10% „sonstige Hinweise“.

bestätigt dieses Bild: Während die Ermittler (nach Aktenlage) lediglich 52% der Maßnahmen als erfolgreich bewerteten, kamen die Auswerter der Untersuchung nach Durchsicht der Akten sogar nur auf eine *Erfolgsbilanz von 26%* (S. 384). Nur 50% der Beschuldigten, gegen die eine TKÜ-Anordnung erlassen worden war, wurden angeklagt (S. 344), wovon die allermeisten verurteilt wurden (S. 345). Zudem ist die Bedeutung der TKÜ als *Beweismittel* in der Anklage, sie wurde nur bei etwa 12% der Beschuldigten als Beweismittel in der Anklage aufgeführt (S. 401 f.) und bei 20% der angeklagten Beschuldigten auch in die Hauptverhandlung eingeführt (S. 403). Aus diesem Grund bewerten die Autoren die TKÜ nachvollziehbar als eine Maßnahme der Ermittlung, aber nicht der Beweisführung (S. 411). Zudem führt ein Vergleich der Zahlen für die USA, Australien und Deutschland zu der frappierenden Erkenntnis, dass mit zunehmender Häufigkeit der Anordnungen die durchschnittliche Zahl der Verurteilungen abnimmt (S. 105).

### **3. Die Rolle der TKÜ als proaktives Ermittlungsinstrument**

Die Autoren werten die Bedeutung der TKÜ als Ermittlungsmaßnahme als eine Bestätigung ihrer These, dass sich die TKÜ-Verfahren nach Art und Umfang in die Aufklärung opferloser Delikte (Transaktionskriminalität, Organisierte Kriminalität, BTM) und klassischer Opferdelikten unterscheiden lasse. Die TKÜ werde zum einen „proaktiv“ durch eigene Informationen veranlasst, um Strukturen und Verbindungen, Handelswege und Verbindungsleute aufzuklären, und zum anderen klassisch reaktiv durch Hinweise, Anzeigen oder Verdachtsmeldungen (S. 155). Die tatbestandlichen Begrenzungen des § 100 a StPO sowie die Grenzziehung zwischen präventiver Aufklärung und proaktiver Ermittlung war nicht Gegenstand der Untersuchung des MPI, wohl aber die Rechtswirklichkeit der strafprozessualen TKÜ. Vor diesem Hintergrund hätte es der Studie allerdings gut angestanden, die These von der proaktiven Ermittlung nicht nur als Erklärungsmuster anzubieten, sondern diese durch eine delikts- und begehungsspezifische Untersuchung zu überprüfen. Immerhin spricht gegen die These der proaktiven Ermittlung, dass ausweislich der Akten eine zur Ermittlung von BTM-Delikten durchgeführte TKÜ nur in 12% der Fälle mit der Begründung geschaltet wurde, Strukturen zu ermitteln (S. 165).<sup>11</sup> Die Autoren behelfen sich mit der Feststellung, dass immerhin in 42% der Fälle, die TKÜ mit dem Ziel durchgeführt werden sollte, Hinweise auf Mittäter und weitere Beteiligte zu bekommen (S. 165 f.). Die Reichweite und Grenzen einer Strukturermittlung an den durch den Gesetzgeber gesetzten Grenzen zu messen, versagen sich die Autoren. Sie deuten stattdessen aber die Option einer „Reform“ an, bei der proaktive Ermittlungen für Formen der Transaktionskriminalität legalisiert, während für die Ermittlung klassischer Begehungsformen die Verdachtsschwelle erhöht werden könnte (S. 464 ff.). Diese Andeutung wirft nun allerdings eine Reihe von rechtlichen Fragen auf, in deren Mittelpunkt die Rechtmäßigkeit der bisherigen Überwachungspraxis sowie die Zulässigkeit der TKÜ-Überwachung zu präventiven Zwecken stehen, denen sich die Autoren allerdings nicht stellen.

---

11 Das Ergebnis wird dadurch relativiert, dass nur in 35% der Anträge anschluss-spezifische Ziele oder Erwartungen der TKÜ zu entnehmen war (S. 162).

#### 4. Die Begründung der Steigerungsraten der TKÜ

Die seit den 90er Jahren festzustellende deutliche Steigerung der Überwachungszahlen lässt sich nach den Erkenntnissen der Studie nicht auf einen Anstieg der Kriminalität zurückführen (S. 33), aber mit dem Anstieg insbesondere der Mobilfunkanschlüsse seit Mitte der 90er Jahre korrelieren (S. 36 ff., 43). Wirklich verifizieren lässt sich diese These allerdings erst, wenn man nicht nur die Zahl der Anschlüsse, sondern vor allem das Verkehrsaufkommen mit den letztlich überwachten Gesprächsminuten korrelieren würde. Nähere Ermittlungen haben die Verfasser leider nicht angestellt.<sup>12</sup> Im Übrigen ist die These nicht von der Hand zu weisen, dass die Verfügbarkeit elektronischer Überwachungstechniken im Arsenal polizeilicher Ermittlungsmethoden ihre Attraktivität mindestens ebenso bedingt wie die zunehmende Nutzung des Mobiltelefons durch die Bürgerinnen und Bürger.

Nicht nachzuvollziehen ist die Behauptung der Autoren, der Anstieg der TKÜ Anordnungen sei auf die Umstellung der statistischen Erfassung von der Deutschen Bundespost auf die TK-Unternehmen zurückzuführen (S. 39). Eine unzureichende Implementierung der Erhebung für die Jahresstatistik nach § 88 Abs. 5 TKG müsste in diesem Fall zu weniger, aber nicht zu mehr überwachten Anschlüssen führen. Dass einige TK-Unternehmen fälschlicherweise auch die Überwachungsanordnungen nach dem G 10-Gesetz in die Jahresstatistik einbezogen haben, ist lediglich für 1996 belegt (Strafrechtsausschuss 1999, S. 7) und erklärt nicht die Steigerung der Anordnungen seit 1997.<sup>13</sup> Im Übrigen ist es angesichts der verhältnismäßig geringen Zahl der vom Bundesamt für Verfassungsschutz erlassenen Anordnungen sehr unwahrscheinlich, dass die Zahl der Überwachungsanordnungen nach dem G 10-Gesetz die Jahresstatistik nach § 100 a StPO signifikant verfälscht haben könnte.<sup>14</sup>

#### 5. Der Zustand der Akten

Eine der erschütternden Ergebnisse der Untersuchung ist die *Qualität der Aktenführung* in der deutschen Justizverwaltung. Nur ein paar Beispiele: In der Hälfte der Fälle konnte wegen lückenhafter Akten der Antrag der Staatsanwaltschaft und die Anordnung des Richters nicht verglichen werden (S. 169), in 29% der Fälle war aus den Akten nicht ersichtlich, ob die Maßnahme vor Ablauf der angeordneten Überwachungsfrist abgeschaltet worden war (S. 171). Telefonische Eilanträge (6% der TKÜ-Anträge) wurden in den Akten nicht dokumentiert (S. 175 f.). Für 25% der Eilentscheidungen konnte ein nachträglicher richterlicher Beschluss den Akten nicht entnommen werden (S. 176). Häufig war weder dem Beschluss noch den Akten zu entnehmen, in welcher Beziehung der Inhaber des überwachten Anschlusses zu dem Beschuldigten stand, so dass auch nicht

---

12 Die Angaben über das Verkehrsvolumen hätten bspw. mit Hilfe der statistischen Daten der Internationalen Fernmeldeunion untersucht werden können ([www.itu.org](http://www.itu.org)).

13 1996: 6.428 Anordnungen; 1997: 7.776; 1998: 9.802; 1999: 12.651, 2000: 15.471; 2001, 19.896; 2002: 21.874. (S. 30).

14 Der Verfassungsschutz hat bspw. zwischen Juni 2000 und Juli 2001 in „zwischen 39 bis 46 Verfahren“ „zwischen 230 und 247 Personen“ gezielt überwacht (BT-Drs. 14/8312, S. 4). Frühere Zahlen sind nicht bekannt.

festgestellt werden konnte, ob ein Zeugnisverweigerungsrecht bestand (S. 270). Für zwei Drittel der Anschlüsse konnte den Akten eine Auseinandersetzung „mit der Frage der Benachrichtigung“ nicht entnommen werden (S. 276). Soweit Betroffene benachrichtigt wurde, konnte in knapp der Hälfte der Fälle (45%) das Datum der Benachrichtigung nicht festgestellt werden (S. 277) usw. usw.

Die Ordnungsmäßigkeit der Aktenführung ist alles andere als bürokratischer Formalismus, sondern Ausdruck und Beleg für die *Gesetzmäßigkeit der Verwaltung* (Art. 20 Abs. 3 GG) und der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Pflicht der Behörde zur Objektivität (BVerfG NJW 1983, 2135). Die Akten einer Behörde sind „die Grundlage allen weiteren behördlichen Handelns und müssen daher vollständig sein“ (BVerfG NJW 1983, 2135). Die Rechtskontrolle kann ihre grundrechtssichernde Funktion gegenüber dem Betroffenen nur erfüllen, wenn die den Richter vorgelegten Akten den Sachverhalt vollständig dokumentieren (BVerfGE 103, 142, 151 ff.). Auch aus Art. 19 Abs. 4 GG ergeben sich für die Strafverfolgungsbehörden *Dokumentations- und Begründungspflichten* ihrer Tätigkeit als Voraussetzung für einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutzes (BVerfGE 103, 142, 160 f.; 61, 82 (110), 69, 1 (49)). Die Erkenntnisse über den Zustand der Aktenführung bieten genügend Anlass, die Anforderungen an die Aktenführung zu präzisieren und im Rahmen der Dienstaufsicht systematisch zu kontrollieren.

## 6. Begründungen und Kontrolle

Natürlich muss man nicht erst das Verfassungsrecht bemühen, um auf den Grundsatz der Aktenwahrheit und -vollständigkeit zu kommen (s.a. Nr. 12 RiStBV). „*Quod non est in actis, non est in mundo*“, heißt es bereits im römischen Recht, aber was bedeutet dies für die Interpretation der Akteninhalte? Wenn nur in 39% der ausgewerteten TKÜ-Verfahren den Akten eine *Erfolgsabschätzungen* der *sachbearbeitenden Dienststelle* zu entnehmen war (S. 384), dann lässt dies nur den Schluss zu, dass in 61% der Fälle eine solche Rechtfertigung auch nicht reflektiert worden ist. Entsprechendes gilt für die Begründung der Anträge der *Staatsanwaltschaften*, von denen sich 40% nur allgemein mit dem Hinweis auf das Ziel einer „Erforschung des Sachverhaltes oder Feststellung des Beweismaterials“ begnügten (S. 162) und nur 22% als substantiell begründet eingestuft werden konnten (S. 228). Regelmäßig erfolgt die Begründungstätigkeit nach den Erkenntnissen der Studie durch die Polizei (S. 447, 267). Waren diese Begründungen substantiell, dann ließ sich dies auch für die Anträge der Staatsanwaltschaft und die Anordnungen der Richter feststellen (S. 234 ff.). So waren eben auch nur 23,5% der *richterlichen Anordnungen* nach Einschätzung der Auswerter substantiell und 22% lediglich formelhaft begründet (S. 232). Eine Auseinandersetzung mit dem Merkmal der *Subsidiarität* – immerhin ein in § 100 a Satz 1 StPO vorgesehene gesetzliches Tatbestandsmerkmal<sup>15</sup> – fand in den Beschlüssen überwiegend keine Dokumentation (S. 266, 447).<sup>16</sup>

15 .. wenn die Erforschung des Sachverhaltes oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre“.

16 Im Übrigen wird S. 159 festgestellt, dass die Kenntnis eines Sachverhaltes regelmäßig schnell zum Einsatz der TKÜ führe, so dass sie weniger letztes Mittel als vielmehr das der „ersten Wahl“ sei.

Gleichwohl winden sich die Autoren, ihre Erkenntnisse als ein *Versagen der richterlichen Kontrolle* zu werten (S. 267 f., 446). Der fehlenden Dokumentation will man allenfalls eine Indizwirkung zubilligen (S. 446), der angesichts der Arbeitsbelastung der Ermittlungsrichter (S. 258), der Kürze der Prüfungszeit (Schätzwert 10 bis 30 Minuten, S. 258) und den Selbstauskünften der Ermittlungsrichter (S. 245 ff.) allerdings ein starkes Gewicht zukommt. Verständnisvoll heißt es dann aber wieder in der Zusammenfassung, von der Nichtdokumentation könne nicht auf eine fehlende Kontrolle geschlossen werden, es sei aber „wünschenswert“ einen Niederschlag der Überprüfungstätigkeit vorzufinden (S. 447, Fn. 438, S. 446).

Legt man als Maßstab das geltende Recht zugrunde, so muss die Bewertung deutlicher ausfallen: Was nicht dokumentiert ist, hat auch nicht stattgefunden. Und wer nicht die Grundsätze der ordnungsgemäßen Verwaltung vom römischen Recht bis zur RiStBV bemühen will, dem erklärt es auch das BVerfG: „Bei dem Beschuldigten soll nicht der Eindruck entstehen können, als habe es der Richter, indem er statt genauer Bezeichnung der Tat nur den Gesetzeswortlaut formelhaft wiederholt, an der ihm obliegenden selbständigen Prüfung der Voraussetzungen seiner Anordnung fehlen lassen (BVerfGE 20, 162, 228, s.a. BVerfGE 103, 142, 151 f.). Die Begründung ist also an den Betroffenen gerichtet – auch wenn dieser von dem Eingriff erst nachträglich Kenntnis erhält. Die Betonung liegt auf der „*Prüfung* der Voraussetzungen der Anordnung“, die dem Betroffenen gegenüber zu vermitteln ist.<sup>17</sup> Es reicht also nicht aus, den Prüfungs- und Begründungsvorgang „im Kopf“ des Ermittlungsrichters lediglich zu unterstellen, wenn er keinen Niederschlag in dem Text der Begründung findet (vgl. nun auch BGH, StV 2003, 2, 3).

Nichts anderes gilt übrigens für die Begründung der *Verlängerungsanordnung*<sup>18</sup>, bei denen die Studie ebenfalls erhebliche Defizite feststellt (S. 240 f.). Allerdings wählen die Autoren für ihre Interpretation den falschen Bezugspunkt: Die Anforderungen an die Begründung sind nicht abhängig von der Dauer der Überwachung (S. 240) – jede Überwachung ist ein Eingriff (Bizer 2001a: Art. 10, Rn. 70 m.w.N.), sondern eine Verlängerung muss sich mit Blick auf die Subsidiarität mit den mittlerweile gewonnenen Erkenntnissen auseinandersetzen und begründen, warum die Überwachung weiterhin notwendig ist.<sup>19</sup>

---

17 Zahlreiche Widersprüche von TK-Unternehmen gegen Überwachungsanordnungen waren in den Anfangsjahren der Liberalisierung der Telekommunikation nicht auf eine angemäße Prüfungskompetenz (so ein Experte S. 205), sondern auf die fehlende Bestimmtheit der richterlichen Anordnungen zurückzuführen. Die Anordnungen waren nach den Berichten aus den Unternehmen schlichtweg nicht vollziehbar und wurden häufig auch nachgebessert. Staatsanwälte und Richter mussten sich nach 1996 offensichtlich erst daran gewöhnen, dass die TK-Überwachung nicht mehr im Wege der Amtshilfe einfach „durchgewunken“ werden konnte.

18 Nach der Aktenanalyse 13% der Fälle (S. 174). Keine Erwähnung findet, dass die RegTP für 1998 von einem Anteil von 21% berichtet, RegTP 1998/1999.

19 Es bedarf bspw. neuer verdachtsbegründender Tatsachen, um eine bislang ergebnislose TKÜ zu verlängern.

## 7. Kosten und Aufwände

Dürrtig sind die Feststellungen über die *Kosten und Aufwände* der TKÜ. Auch sie sind ein für die Angemessenheit der TK-Überwachung relevanter Faktor, der alleine durch den Hinweis auf das Legalitätsprinzip (so aber S. 356 f.) nicht außer Acht gelassen werden darf. Bereits der vom Parlament verabschiedete Haushalt limitiert die für die Strafrechtsverfolgung zur Verfügung stehenden Sach- und Personalmittel, mit denen schonend und sparsam umgegangen werden muss. Für jede Tätigkeit der Verwaltung lassen sich die Personal- und Sachkosten einschließlich der Kosten ihrer Bereitstellung ermitteln, so dass die Behauptung (S. 356) unzutreffend ist, auf die Polizei könnten die Grundsätze der Kosten-Leistungsrechnung keine Anwendung finden. Praktisch muss die Polizeiführung laufend unter den Bedingungen begrenzter Ressourcen über die Verwendung von Personal und Ressourcen entscheiden und damit Prioritäten setzen.

Die Studie hätte die Umstände derartiger Entscheidungen näher aufklären können und müssen, zumal einigen Interviews entsprechende Hinweise zu entnehmen sind. So berichten Ermittler, dass „mitunter“ eine zeitnahe und umfassende Bearbeitung der Erkenntnisse wegen Personalmangel, Überstundenregelungen und zum Teil fehlender Qualifizierung unmöglich war (S. 196, 245). An einer anderen Stelle berichten Ermittler, dass fünf bis sechs Beamte je TKÜ in Fällen eingesetzt werden mussten, in denen die Beschuldigten mehrere Telefone benutzten. Um derartige Berichte bewerten zu können, müsste man bspw. wissen, ob und über welche Zeiträume die Anschlüsse in Echtzeit überwacht worden sind oder ob lediglich die Bänder mit den aufgezeichneten Gesprächen in regelmäßigen Abständen abgehört und ausgewertet worden sind und wie groß der durchschnittliche Personalaufwand war. Leider finden sich in der Studie keine näheren Angaben über den für TKÜ-Maßnahmen erforderlichen Personaleinsatz nach Zeit und Qualifikation für das Abhören und Auswerten der TK-Überwachung.<sup>20</sup>

Aber selbst dort, wo die Kosten ohne weiteres hätten erhoben werden können, wird nur eine dürftige und substanzlose Auswertung geboten. Zu den Dolmetscherkosten wird der interessierte Leser mit der mageren Information abgepeist, die Kosten für Dolmetscher hätten in 94 Verfahren zwischen 55 und 218.999 DM gelegen (S. 182). Ohne Bezug zu der Anzahl der Gespräche ist diese Information ohne praktischen Wert. Ohne einen Mittelwert der Kosten anzubieten, sehen sich die Autoren aber gleichwohl in der Lage, „sehr hohe Kosten“ für Dolmetscher zu konstatieren (S. 215). Man kann diese Aussage auch als Dementi der Behauptung lesen, für die Bewertung der Kosten der Polizei stünden keine Referenzwerte zur Verfügung (S. 356). Der Maßstab bleibt gleichwohl im Dunkeln. Besonders ärgerlich ist ein Abschnitt unter der Überschrift „Kosten der TKÜ“, der aus ganzen drei Sätzen besteht: Die Autoren wollen *Gesamtkosten* für 82 Verfahren abschließend ermittelt haben, erläutern

---

20 Hier hätten überschlägige Schätzwerte zunächst genügt: Bspw. zur Überprüfung einer TKÜ mit zwischen 450 und 500 in deutscher Sprache geführten Gespräche ca. 50 Personenstunden.

aber nicht, aus welchen Positionen in welcher Höhe diese Gesamtkosten bestehen und in welchen Verfahren sie ermittelt werden konnten (S. 185).<sup>21</sup>

An zahlreichen Stellen weisen die Autoren zum Teil unter Rückgriff auf die Interviews auf den „immensen Arbeitsaufwand und Umfang“ der TKÜ hin (S. 196, 214, 438, 444). Aber nur für 456 von 2.370 Anschlüssen ließen sich „den Akten gesicherte Erkenntnisse“ über die Anzahl der abgehörten Gespräche entnehmen (S. 180), die in der Studie zudem nur unzureichend aufgeschlüsselt werden.<sup>22</sup> Bemerkenswert ist, dass in 35% der überwachten Anschlüsse kein einziges Gespräch anfiel. Leider fehlt aber eine delikts- und ergebnisbezogene Auswertung. Stattdessen findet sich die Behauptung, in den USA würde durchschnittlich etwa fünf Mal häufiger Kommunikation überwacht als in Deutschland (S. 180). Ein Mittelwert der in Deutschland überwachten Gespräche wird aber nicht angeboten. Die Quelle für die US-amerikanische Vergleichszahl fehlt.<sup>23</sup> Man hat die Zahlen nicht, aber kann sie bewerten.

## 8. Kampf um die Daten

Die jahrelangen Auseinandersetzungen über eine rechtstatsächliche Untersuchung im Bereich der TKÜ verdeutlichen, dass mit der Erhebung der Rechtswirklichkeit immer auch die Auseinandersetzung um ihre *Deutungshoheit* beginnt. Vor diesem Hintergrund ist es erstaunlich, dass sich die Autoren der Studie trotz der schlechten, weil widersprüchlichen und unvollständigen statistischen Daten (siehe zuletzt Bizer 1998: 437; 1999b: 466; 2000: 483f.; 2001b: 498 f.) jeglicher Vorschläge zur Verbesserung der Datenlage enthalten.<sup>24</sup>

Diese Enthaltensamkeit in eigener Sache ist vor dem Hintergrund jahrelanger Auseinandersetzungen über die *Berichterstattung der Bundesregierung* gegenüber dem Deutschen Bundestag über Art und Umfang der durchgeführten TKÜ nicht nachvollziehbar. Aktuell in der Diskussion ist die von den TK-Unternehmen nach § 88 Abs. 5 TKG anzufertigende Jahresstatistik, in der die ihnen vorgelegten Überwachungsanordnungen nach § 100 a StPO zusammengefasst und an die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) gemeldet werden. Der Öffentlichkeit werden diese Daten über den zweijährigen Bericht der RegTP oder aus Antworten der Bundesregierung auf parlamentarische Anfragen bekannt. Eingeführt worden ist die Jahresstatistik 1996 mit der Liberalisierung des TK-Marktes, um sich Erkenntnisse „über die Entwicklung dieses politisch sensiblen Bereiches zu verschaffen und etwaigen Missbräuchen vor-

---

21 Der Absatz schließt S. 185 mit dem Satz: „Die Gesamtkosten beinhalten im Falle des Vorliegens nicht die Dolmetscherkosten, sie weisen Beträge zwischen 75 DM und 42.828 DM aus“.

22 Bei 23% zwischen eins und 100 Gesprächen, bei weiteren 23% 100 bis 500, bei 10% 500 bis 1.000 und bei 8% zwischen 1.000 und 4.000 Gesprächen (S. 180).

23 S. 98 werden die Zahlen für 2001 mit 1.565 angegeben. Die Durchschnittszahl der überwachten Gespräche je Anordnung betrug 1998 in den USA 1.858. Für die Ermittlungen waren durchschnittlich 350 Gespräche je Anordnung von Bedeutung.

24 Ich kenne den Text der Ausschreibung BAnz. 1999, Nr. 163, S. 15.203. Man darf als Wissenschaftler auch unbeauftragt den einen oder anderen Rat erteilen.

zubeugen“ (BT-Drs. 13/3609, S. 55). Dieses Anliegen wurde von den Bundesregierungen allerdings nur halbherzig verfolgt. Sowohl die Regierung Kohl als auch die Regierung Schröder war an einer Konkretisierung der Anforderungen nicht interessiert und schöpfte die Möglichkeit nicht aus, über eine Rechtsverordnung nach § 88 Abs. 5 Satz 2 TKG die Ausgestaltung der Statistik „im einzelnen“ zu präzisieren (Bizer 2002: 482 f.; Albrecht u.a. 2003: 41).<sup>25</sup> Anstatt nun die Qualität der Statistik zu verbessern, sollte die Verpflichtung zur Jahresstatistik nach dem Willen des Bundeswirtschaftsministeriums ersatzlos gestrichen werden. Damit stünden nun also nur noch die Angaben der Landesjustizverwaltungen zur Verfügung.

Aber auch diese, ebenfalls seit 1996 geführte Statistik der Landesjustizverwaltung zur TK-Überwachung ist alles andere als ein valide Basis für eine qualitative Evaluierung (vgl. auch S. 44 f.). Zahlreiche parlamentarische Anfragen im Bundestag zu Art, Umfang, Erfolg und Kosten der TK-Überwachung nach § 100 a StPO mussten in den letzten Jahren unbeantwortet bleiben, weil die Bundesregierung über die entsprechenden Daten nicht verfügte und gesonderte Erhebungen von den Landesjustizverwaltungen mit Hinweis auf ihre starke Arbeitsbelastung verweigert wurden (Vgl. bspw. BT-Drs. 13/555, S. 5; BT-Drs. 13/3618; BT-Drs. 14/4437, S. 6 ff.; BT-Drs. 13/4942, S. 34 ff.). Dabei ist – wie das Beispiel der US-amerikanischen wiretap reports zeigt – eine aussagekräftige Statistik über Art und Umfang der TK-Überwachung für eine Justizverwaltung kein Ding der Unmöglichkeit (<http://www.uscourts.gov/wiretap.html>).<sup>26</sup>

Eine 1994 von der *Innenministerkonferenz* angekündigte systematische Rechtstatsachensammlung zur TKÜ, für die sich insbesondere die Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder eingesetzt hatten (BfD 1994, 34, 64, 499), scheiterte, weil sie von der Mehrzahl der Bundesländer nicht mit den erforderlichen Informationen beliefert wurde (BfD, 1996, 36 f., 237). Die Begründung lässt tief blicken: Eine systematische Erhebung könnte geeignet sein, die Telefonüberwachung „hinsichtlich bestimmter Katalogtatbestände als solche in Frage zu stellen“ (BT-Prot. 13/33, 2610). Eine stattdessen eingeführte Bund/Länder-Fallsammlung sollte sich auf die „anlassbezogene Darstellung echter Problemfälle“ beschränken, „mit denen entsprechende rechtspolitische Forderungen gestellt und untermauert werden können“. Ohne derartige Rechtstatsachen seien „Bedürfnisse z. B. nach Einführung neuer gesetzlicher Ermächtigungen (...) politisch praktisch nicht durchsetzbar“, hieß es 1994 in der Beschlussvorlage der Innenministerkonferenz (zitiert in: LfD Schleswig-Holstein 1995, Pkt. 4.1.2.1).

Eine erneute Initiative zur Erfassung der einschlägigen Daten ging erst Jahre später am 16. Januar 1998 aus, nun aber vom *Deutschen Bundestag* auf Antrag der Fraktionen CDU/CSU, SPD und FDP. In einer Entschließung bat der Deut-

---

25 Die Anforderungen an die Jahresstatistik ergeben sich aus einer Anlage zu § 25 TKÜV vom 20.2.2002. (BGBl. I S. 3317), sind aber für eine qualitative Evaluierung zu dürrftig (siehe Bizer 2002: 482 f.).

26 Auf die rechtsvergleichende Studie von Schwartz (2003) sei hier nur hingewiesen.

sche Bundestag die *Justizministerkonferenz* zu prüfen, „wie Zahl, Art, Umfang und Verlauf von Telefonüberwachungen (...) nach einheitlichen Grundsätzen statistisch zu erfassen sind“, damit auf dieser Grundlage die Bundesregierung dem Deutschen Bundestag „jährlich einen Bericht über Anlass, Verlauf und Ergebnisse der Telefonüberwachung in Bund und Ländern vorlegen“ könne (BT-Drs. 13/8652, BT-Prot. 13/214, S. 19566(C)). Die Justizministerkonferenz ließ prüfen, kam aber zu dem Ergebnis, dass „nach dem derzeitigen Erkenntnisstand kein Anlass bestünde, die geltende gesetzliche Regelung einzuschränken“. <sup>27</sup> Eine Entscheidung zur Erweiterung der Statistik zur TK-Überwachung wurde zurückgestellt, weil man abwarten wollte, welche Erkenntnisse sich aus dem mittlerweile von der Bundesministerin der Justiz in Auftrag gegebenen Forschungsvorhaben ergeben (BT-Drs. 14/3893, 18 f.; 15/725, S. 2 f.). Nachdem die Studie nun fünf Jahre nach der Entschließung des Deutschen Bundestages endlich vorliegt, werden die Abgeordneten nach präzisen Anforderungen an Statistik und Akteninhalte leider vergeblich suchen müssen.

## 9. Zum Maßstab der Evaluierung

Die Evaluierung der Auswirkungen von Eingriffsbefugnissen ist nicht nur geschickte Rechtspolitik, sondern auch als angewandtes Verfassungsrecht zu würdigen, aus deren Sicht die Evaluierung ein zentrales Element im Schutzkonzept grundrechtlich geschützter Freiheitsrechte ist (Bizer 2001a: Art. 10, Rn. 84 ff.). Ihre Aufgabe ist es, auf der Grundlage der bisherigen Erfahrungen mit der zu evaluierenden Befugnis die Annahmen zu überprüfen, unter denen der Gesetzgeber die Eingriffsbefugnisse ursprünglich verfassungsrechtlich gerechtfertigt hatte. Während das BVerfG dem Gesetzgeber in ständiger Rechtsprechung eine *Einschätzungsprärogative* über die zukünftigen Auswirkungen einer von ihm erlassenen Regelung einräumt (BVerfGE 50, 290: 331 ff.), dient eine erfahrungsgestützte Evaluierung dazu, das zum Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses bestehende Informationsdefizit nachträglich auszugleichen und die ursprüngliche Prognose zu überprüfen.

### 9.1 Pflicht zur Evaluierung

Die Anerkennung einer Einschätzungsprärogative zugunsten des Gesetzgebers hat für die von Eingriffen betroffenen Grundrechtsträger erhebliche Konsequenzen: Sie haben Grundrechtseingriffe zunächst hinzunehmen, obwohl in dem Regelungsfeld zum Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses ausreichende Erkenntnisse über die Wirkungen der vorgesehenen Mittel nicht zur Verfügung standen und lediglich die begründete Erwartung eines Erfolges (bspw. SächsVerfGH SächsVBl. 1996, 160, 176) bzw. die „abstrakte Möglichkeit“ der Zweckerreichung bestand (So BVerfGE 100, 313, 373). Die Eingriffsmaßnahmen können sich mit anderen Worten auch als unwirksam erweisen oder zu unzumutbaren Nebenfolgen führen, so dass sie sich – aber erst ex post – als verfassungswidrig erweisen könnten. Derartige *Grundrechtseingriffe unter Ungewissheitsbedingungen* sind den Betroffenen allerdings nicht unbegrenzt zuzumuten. Selbst

---

27 Welch eine grandiose Formulierung: Der Bundestag bat nicht um eine Einschränkung, sondern um eine valide Berichterstattung über die Anwendungspraxis.

zum Schutz gewichtiger Rechtsgüter können Eingriffsgesetze keinen Bestand haben, wenn sich nach Ablauf einer gewissen Frist herausstellt, dass sie ganz oder teilweise auf unzutreffenden Prognosen beruhen (BVerfGE 50, 290, 335, 352), nicht mehr wirksam sind oder mit unverhältnismäßigen Nebenfolgen verbunden sind (Bizer 2001: Art. 10, Rn. 107; vgl. auch BVerfGE 100, 51, 101).

Der Einschätzungsprärogative korrespondiert verfassungsrechtlich *eine Pflicht zur regelmäßigen Evaluierung*, in deren Rahmen auf der Grundlage der nun verfügbaren Informationen die ursprüngliche Prognose zu überprüfen ist (bspw. Bizer 2001, Art. 10, Rn. 106 ff.; 1999a: 30f.). Das BVerfG spricht von *Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten* des Gesetzgebers gegenüber den von ihm unter Bedingungen der Ungewissheit getroffenen gesetzlichen Regelungen (BVerfGE 88:203, 265, 310ff.). Dies gilt um so mehr, wenn der Gesetzgeber – wie im Fall der TK-Überwachung – schwere Grundrechtseingriffe nicht nur gegenüber Beschuldigten ermöglicht, sondern auch gegenüber Kontaktpersonen, Anschlussmittlern und anderen unverdächtigen Gesprächspartnern, die den überwachten Anschluss lediglich mitbenutzen oder anwählen (Bizer 2001a: Art. 10, Rn. 106, 91).

Gegenstand der Evaluierung sind die vom Gesetzgeber mit der Eingriffsbefugnis angestrebten Ziele und die hierzu eingesetzten Mittel. Ein wichtiges Kriterium für die Angemessenheit eines Eingriffes ist, wie viele Personen wie intensiven Beeinträchtigungen ausgesetzt sind (BVerfGE 100, 313, 376). Aber auch die verfahrensrechtlichen und organisatorischen Vorkehrungen – wie bspw. die nachträgliche Benachrichtigung der Betroffenen –, mit denen der Gesetzgeber die Auswirkungen der mit der Eingriffsbefugnis verbundenen Grundrechtseingriffe abzufedern versucht, sind Gegenstände der verfassungsrechtlich gebotenen Evaluierung (vgl. BVerfGE 56, 54, 81f.).

Als Schutz der Vertraulichkeit in der Telekommunikation ist das Fernmeldegeheimnis aber auch eine zentrale Voraussetzung für den freien Meinungs- und Informationsaustausch in einem demokratischen System (BVerfGE 100, 313, 359, 381). Der Schutz der Vertraulichkeit soll eine unbefangene Kommunikation ermöglichen, die bereits gefährdet ist, wenn die Befürchtung einer Überwachung bei den Betroffenen „zu einer Befangenheit in der Kommunikation, zu Kommunikationsstörungen und zu Verhaltensanpassungen führt“ (BVerfGE 100, 313, 381; 65, 1, 43). Auch unter diesem Gesichtspunkt müssen also die Auswirkungen und Nebenfolgen der Überwachungsmaßnahmen der elektronischen Kommunikation auf die Bedingungen des individuellen und öffentlichen Meinungsbildungsprozesses in den Blick genommen und gewürdigt werden.

## 9.2 Drei Beispiele der verfassungsrechtlichen Maßstabslosigkeit

Diesen verfassungsrechtlich formulierten Erwartungen an eine Evaluierung entspricht die Studie nur bedingt. Verfassungsrechtliche Reflektionen zum Maßstab der Evaluierung sucht man vergeblich. Nicht einmal der Versuch findet sich, die Elemente und Kriterien der Untersuchung in ihrer verfassungsrechtlichen Bedeutung zu erfassen, zu interpretieren und als Maßstab zu konkretisieren. Die Untersuchung ist materialreich und mitnichten ohne Ergebnis, aber sie vergisst, die Ausübung öffentlicher Gewalt auf ihren zentralen Maßstab zurückzuführen (Art. 1 Abs. 3 GG). Die Autoren zeigen sich an der grundrechtsschützenden

Funktion ihrer Studie desinteressiert und beschränken sich zunächst auf den Versuch, mit den Rechtsanwendern „auf Augenhöhe“ zu kommen.<sup>28</sup>

Ein erstes Beispiel für die verfassungsrechtliche Maßstabslosigkeit ist die Interpretation des *Effizienzkriteriums*, welches die Autoren auf die Formel reduzieren, „ob die Dinge richtig getan werden oder nicht“ (S. 356). Anstatt die Operationalisierung des Effizienzkriteriums an der Verhältnismäßigkeit der TK-Überwachung (Mittel) und ihres Zweckes (Zweck-Mittelrelation) zu orientieren, haben sich die Autoren darauf beschränkt, den Beitrag der TKÜ zur Ermittlung von Straftaten zu untersuchen (S. 357). Diese Reduktion wirkt sich bspw. auf die fehlende Aufbereitung der im Rahmen einer TKÜ-Anordnung angefallenen Gespräche und der hierbei erfassten Personen (S. 180) und ihrer Beziehung zur jeweiligen den Anlassstrafaten nach § 100 a StPO aus.<sup>29</sup> Dies ist misslich, weil für eine verfassungsrechtlichen Anforderungen genügende Evaluierung der Verhältnismäßigkeit der Grundrechtseingriffe die Zahl der erfassten Gespräche und Personen im Verhältnis zu den dabei gewonnenen Erkenntnissen für eine Straftatverfolgung von maßgeblicher Bedeutung ist (vgl. BVerfGE 100, 313, 376; Bizer 1999a: 45).

Ein zweites Beispiel ist die Interpretation der von Bundesland zu Bundesland unterschiedlichen *Steigerungsraten* und Fallzahlen der TKÜ umgerechnet auf die Bevölkerung (S. 50 ff.; Bizer 2002: 218). Die Unterschiede sind zum Teil gravierend und können nicht mit unterschiedlichen Bevölkerungsstrukturen oder mit der „politischen Farbe“ der jeweiligen Landesregierung erklärt werden.<sup>30</sup> Die Studie beschränkt sich auf die lapidare Bemerkung, regionale Unterschiede des Kriminalrechts seien nicht überraschend, sie ließen sich „auf allen Ebenen der Entscheidungen beobachten“ (S. 53). Eine wirklich überraschende Einsicht, zumal das BVerfG seit 1960 in ständiger Rechtsprechung von einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung der Länder „zum im wesentlichen einheitlichen Vollzug von Bundesgesetzen“ spricht (BVerfGE 11, 6, 18; 76, 1, 77; 90, 145, 190). Die Autoren hätten sich vor diesem Hintergrund an den Ursachen für die unterschiedliche Handhabung des §§ 100 a, b StPO nicht gänzlich desinteressiert zeigen dürfen.

Das dritte Beispiel für die verfassungsrechtliche Orientierungslosigkeit der Autoren ist die Schlussfolgerung, die die Verfasser aus den Defiziten der *Benachrichtigung* ziehen. Die Studie bestätigt die Untersuchung von Backes/Gusy (2003), dass trotz der gesetzlichen Verpflichtung nach § 101 Abs. 1 StPO, die Betroffenen zumindest nachträglich über die Überwachung ihrer Gespräche zu benachrichtigen, diese für 2/3 der Anschlüsse nicht den Akten entnommen wer-

---

28 Als Beleg mag die verständnisvolle Interpretation der gesetzlichen Benachrichtigungspflicht dienen. Siehe sogleich drittes Beispiel.

29 Die zusammengefassten Ergebnisse werden nicht näher aufgeschlüsselt.

30 Drei Beispiele: Auf Je 100 Tsd. Einwohner kamen in den Stadtstaaten Hamburg 7,1 und Bremen 10,2, aber in Berlin nur 4,0 Verfahren. In den „schwarzen“ Ländern sind es in Baden-Württemberg 6,3, aber in Bayern nur 4,5, in Hessen dagegen 7,3 Verfahren. Im Flächenstaat und „roten“ Mecklenburg-Vorpommern waren es 6,3, aber im benachbarten (1998 ebenfalls) „roten“ Brandenburg lediglich 2,9 Verfahren.

den konnte (S. 276). Nur in 6,4% der Fälle war in den Akten ausdrücklich festgehalten, dass eine Benachrichtigung nicht erfolgen solle (S. 451). Wenn Betroffene benachrichtigt wurden, dann in der Regel der Beschuldigte bzw. der Anschlussinhaber, aber nur selten die ebenfalls überwachten Gesprächspartner (S. 277 f.). Die Studie kommentiert diesen Befund mit der Aussage, eine normierte, aber faktisch nicht durchführbare Regelung erscheine als „eine Provokation des Regelungsbruches“ (S. 472) und schlagen für die Benachrichtigung eine Differenzierung zwischen geschäftlicher und privater Kommunikation vor (S. 471).

Wer nun die einschlägigen Entscheidungen des Verfassungsrechts gelesen hat, kann die Frage, wer als Betroffener im Sinne von § 101 StPO zu benachrichtigen ist, schnell beantworten.<sup>31</sup> Jede Kenntnisnahme vertraulicher Kommunikation ist ein Eingriff in das durch Art. 10 GG geschützte Fernmeldegeheimnis eines jeden Teilnehmers, sogar wenn sich der Eingriff wie im Fall der vom BND durchgeführten elektronischen Rasterfahndung nach dem G 10 Gesetz nicht gezielt gegen einen bestimmten Anschluss richtet, sondern die Kommunikation nach Suchworten erfasst, die erst später einzelnen Personen zugeordnet werden kann (BVerfGE 100, 313, 366). An dieser Betroffenheit fehlt es nur, wenn „Anschlüsse ungezielt und allein technikbedingt zunächst miterfasst, aber unmittelbar nach der Signalaufbereitung technisch spurlos ausgesondert werden“ (ebd.). Dies ist nicht der Fall, wenn im Rahmen der Überwachungsmaßnahme bereits die Verbindungsdaten der anrufenden oder angerufenen Gesprächsteilnehmer erfasst werden. Die Grundrechtsbetroffenheit ist sogar gegeben, wenn die im Rahmen einer Überwachung erfassten Daten „nicht sofort“, sondern erst später bestimmten Personen zugeordnet werden können (ebd.).

Wer eine Differenzierung nach *privaten oder geschäftlichen Gesprächsinhalten* anregt (S. 471), muss zur Kenntnis nehmen, dass Art. 10 Abs. 1 GG „keinen Unterschied zwischen Kommunikationen privaten und anderen, etwa geschäftlichen oder politischen Inhalts“ macht (BVerfGE 100, 313, 358; 67, 157, 172). Sogar juristische Personen können den Schutz des Art. 10 GG in Anspruch nehmen (BVerfGE 100, 313, 356 f.). Zu benachrichtigen sind also *alle*, deren vertrauliche Kommunikation berührt ist (BVerfGE 100, 313, 361), wenn die Datenerhebungen heimlich erfolgen, Auskunftsansprüche nicht eingeräumt worden sind oder den Rechten des Betroffenen nicht angemessen Rechnung tragen (BVerfGE 30, 1, 21, 31f.). Unter Umständen kann die Benachrichtigung auch erst nachträglich erfolgen, wenn aufgrund der Kenntnis des Betroffenen die Überwachungsmaßnahme ihren Zweck verfehlen würde (BVerfGE 100, 313, 361).

Das entscheidende Kriterium für die Pflicht zur Benachrichtigung ist mit anderen Worten der *Personenbezug* in Bändern, Wortprotokollen und Zusammenfassungen. Wer an verfassungskonformen, aber auch praktisch umsetzbaren Lösun-

---

31 Im Unterschied zu jenem als Experten befragten Richter eines Landgerichts, der sich zu der Aussage verstieg, die Debatte, wann wer wie in welchen Rechten geschützt werden soll, sei „eine Modeerscheinung“ (S. 285). Wenn dies keine Einzelmeinung sein sollte, muss man sich ernsthafte Sorgen um die Güte der deutschen Justiz machen.

gen interessiert ist, wird sich demnach mit der Handhabung des Personenbezuges befassen müssen. Ein Themengebiet, das der empirisch arbeitenden Kriminologie aus Gründen des Vertrauensschutzes gegenüber ihrer Klientel berufsethisch, aber auch aus datenschutzrechtlichen Gründen an sich wohl vertraut ist.

## Fazit

Die Studie des MPI markiert auf dem steinigen Weg der Evaluierung von polizeilichen Eingriffsgesetzen eine wichtige Etappe: Die Analyse der Akten und die Rekonstruktion von Argumentationslinien auf dem Weg zu einer richterlichen Anordnungen hat wichtige Einsichten in die Rechtspraxis der TK-Überwachung vermittelt. Zentral ist, dass der Erkenntnisgewinn der TK-Überwachung nach § 100 a, b StPO bezogen auf den sie veranlassenden Verdacht nur sehr gering ist. Die Bedeutung der TK-Überwachung liegt stattdessen vornehmlich in der Ermittlung von Strukturen, aber nicht in der Bereitstellung von Beweismittel gegen den Beschuldigten. Ob diese Praxis den gesetzlichen Anforderungen entspricht, lässt die Studie offen. Mit der Legalisierung einer präventiven TK-Überwachung in den Polizeigesetzen einiger Bundesländer wird diese Frage jedoch die weitere Diskussion bestimmen. Als defizitär haben sich die Begründung der Anträge und Anordnungen auf eine TK-Überwachung und damit die Durchführung der richterlichen Kontrolle erwiesen. Entgegen der Gesetzeslage werden die Betroffenen in den meisten Fällen nicht nachträglich über die TKÜ benachrichtigt.

Allerdings hat die Studie wichtige Fragen, insbesondere nach der Zahl der von einer TK-Überwachung betroffenen Personen, die Zahl der überwachten Gespräche sowie nach den Sach- und Personalaufwänden für eine TK-Überwachung nicht beantworten können. Anforderungen zur Verbesserung der Datenlage lassen sich der Studie leider nicht entnehmen. Ein durchgehendes Defizit der Studie ist ihre fehlende verfassungsrechtliche Verortung und die daraus resultierende Maßstabslosigkeit, die – an drei Beispielen demonstriert – die Praxis der Rechtsanwendung zum normativen Prinzip ihrer Veränderung erhebt.

## Literatur

- Albrecht, Hans-Jörg/Dorsch, Claudia/Krüpe, Christiane (2003): Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmethoden, Eine rechtstatsächliche Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Freiburg.
- Backes, Otto/Gusy, Christoph (2003): Wer kontrolliert die Telefonüberwachung, Strafverteidiger (StV) 23, S. 249-252.
- BfD (1994): Bundesbeauftragter für den Datenschutz, 15. Tätigkeitsbericht 1993-1994, Bonn 1994. (BT-Drs. 13/1150).
- BfD (1996): Bundesbeauftragter für den Datenschutz, 16. Tätigkeitsbericht 1995-1996, Bonn 1996. (BT-Drs. 13/7500).
- Bizer, Johann (2002): Praxis der TK-Überwachung, Datenschutz und Datensicherheit (DuD) 26, S. 216-220.
- Bizer, Johann (2001a): Art. 10 GG in: Alternativkommentar zum Grundgesetz, Neuwied 2001.
- Bizer, Johann (2001b): Telekommunikation und Innere Sicherheit 2000 in: Herbert Kubicek u.a. (Hrsg.), Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft 2001, Heidelberg, 496-509.

- Bizer, Johann (2000): Telekommunikation und Innere Sicherheit 1999 in: Herbert Kubicek u.a. (Hrsg.): Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft 2000, Heidelberg, S. 482-491.
- Bizer, Johann (1999a): Evaluierung der TK-Überwachung, in: Helmut Bäumler, (Hrsg.), Polizei und Datenschutz, Neuwied 1999, S. 130-145.
- Bizer, Johann (1999b): Telekommunikation und Innere Sicherheit 1998 in: Herbert Kubicek u.a. (Hrsg.), Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft 1999, Heidelberg, S. 464-474.
- Bizer, Johann (1998): Telekommunikation und Innere Sicherheit 1997 in: Herbert Kubicek u.a. (Hrsg.), Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft 1998, Heidelberg, S. 430-441.
- LfD Schleswig-Holstein (1995): 17. Tätigkeitsbericht, Kiel 1995.
- Schwartz, Paul M. (2003): German and U.S. Telecommunications Privacy Law: Legal Regulation of Domestic Law Enforcement Surveillance, in: Hastings Law Journal 54, S. 751-800.
- Strafrechtsausschuss (1999): Schlussbericht des Strafrechtsausschusses, Statistiken und Berichte zum Einsatz technischer Mittel zum Abhören und zur Telefonüberwachungen, vorgelegt zur Konferenz der Justizministerinnen und -minister in Bonn am 10. November 1999.
- Institut für Öffentliches Recht, Johann Wolfgang Goethe-Universität, Senckenberganlage 31, D-60325 Frankfurt am Main, email: bizer@jur.uni-frankfurt.de