

Dr. Dr. h.c. Burkhard Hirsch
Rechtsanwalt am Oberlandesgericht
Land- und Amtsgericht Düsseldorf

40545 Düsseldorf
Rheinallee 120
Tel.: 0211 - [REDACTED]
Fax: 0211 - [REDACTED]

An das
Bundesverfassungsgericht
Schloßbezirk 3
76131 Karlsruhe

15. Juni 2009

In der Verfassungsbeschwerde [REDACTED]

- Beschwerdeführer -

g e g e n

das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG

Aktz.: 1 BvR 263 / 08 sowie 2 BvR 422 / 08

nehme ich in Ergänzung meines Schriftsatzes v. 4. 2. 09 wie folgt Stellung:

A. Zum Fragebogen des 1. Senats v. 21. 4. 09.

Zu Fragen 1 bis 3: Es gibt eine dem Umfang nach nicht geregelte Differenz zwischen den Verkehrsdaten i. S. des § 96 TKG, die der jeweilige Anbieter speichert, und der enumerativen Aufzählung der nach § 113 a TKG vom Anbieter auf Vorrat zu speichernden Daten, die dem Abruf nach § 113 b TKG unterliegen. Irgendeine institutionelle Sicherung dafür, daß tatsächlich nur die nach § 113 a TKG zu speichernden Daten auf Abruf mitgeteilt werden, gibt es nicht.

Zu Frage 4: Es ist richtig, daß man durch sog. stille SMS gezielt speicherpflichtige Verkehrsdaten erzeugen kann und erzeugt hat. Für diese Ermittlungsart gibt es keine Rechtsgrundlage. Durch die Änderung des § 100 g StPO ist sie bei der Strafverfolgung wohl nicht mehr üblich. Dabei kommt es nun nicht einmal mehr darauf an, ob es sich um eine Straftat i. S. des § 100 a Abs. 2 StPO handelt, da der neue § 100 g StPO durch die Einfügung des Wortes "insbesondere" eben auch Straftaten anderer Art erfaßt, wenn sie nur "im Einzelfall erhebliche Bedeutung" haben.

Im übrigen werden eindeutig auch die Signale erfaßt, die sich aus dem LKW – Maut – System ergeben, obwohl es sich dabei nicht um Kommunikation im üblichen Sinn

handelt, sondern allein um ein durch technische Signale zu Rechnungszwecken erzeugtes Bewegungsbild.

Zu Frage 7: Die Frage, ob auch unentgeltliche Telekommunikationsdienste nach

§ 113 a TKG speicherungspflichtig sind, ist hoffnungslos streitfähig.

Folgt man der irrigen Ansicht des EuGH, daß die Richtlinie 2006/24/EG ihre Rechtsgrundlage in Art. 95 EG findet, dann muß es sich bei der Tätigkeit des Anbieters um eine gewerbliche, also entgeltliche Tätigkeit handeln. Das schließt allerdings nicht aus, daß der nationale Gesetzgeber auch hier bei der Umsetzung der Richtlinie über ihren eigentlichen Inhalt hinausgegangen ist. Das lag deswegen nahe, weil es in Wirklichkeit überhaupt nicht um die Harmonisierung von Tatbeständen von wirtschaftlicher Bedeutung ging, sondern um den Wunsch, mit Hilfe des europäischen Rechts Ermittlungsmöglichkeiten zu eröffnen, die mit dem Grundgesetz nicht vereinbar sind und im Bundestag auf heftigen Widerstand stießen. Der § 113 a TKG spricht nur von "öffentlich zugänglichen TK-Diensten für Endnutzer". Eine Unterscheidung wirtschaftlicher Art ist nicht ersichtlich. In den Gesetzgebungsmaterialien habe ich dazu keine eindeutige Aussage gefunden. Das legt nahe, daß weder die für die Formulierung des Gesetzentwurfs Verantwortlichen, noch der Gesetzgeber darüber überhaupt nachgedacht haben.

Im Ergebnis muß man davon ausgehen, daß die Vorratsdatenspeicherung bei unentgeltlicher Vermittlung von TK-Diensten jedenfalls in der EG-Richtlinie keine Rechtsgrundlage findet. Sie unterliegt hinsichtlich der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit ausschließlich der Entscheidung des angerufenen Gerichts.

Zu Frage 9: Dazu beziehe ich mich auf die Darstellung im Schriftsatz des Kollegen

Starostik¹, sowie auf meinen SchrS. v. 4. 2. 09 S. 7 f. Auch die in wenigen Tagen veröffentlichte Kriminalpolizeiliche Statistik f. 2008 wird ergeben, daß die Vorratsdatenspeicherung auf die Entwicklung der Kriminalität keine meßbare Wirkung hat. Die Gesamtkriminalität sinkt entsprechend der demographischen Entwicklung der in der Bundesrepublik ansässigen Bevölkerung. Die Aufklärungsrate bei schweren Delikten ist wie schon vor Einführung der Vorratsdatenspeicherung unverändert hoch. Die Gesamtaufklärungsquote hängt unverändert vom Anteil der Diebstahlsdelikte an der Gesamtkriminalität² und davon ab, ob das Delikt in einer Stadt oder im ländlich geprägten Umfeld begangen wird.

Zu Frage 10: Auch insoweit beziehe ich mich zur Vermeidung von Wiederholungen auf den SchrS. Starostik, a.a.O. S. 9.

Der § 113 TKG bezieht sich auf alle bei dem Anbieter vorhandenen Verkehrsdaten der §§ 95, 111 TKG. Er erfaßt dabei auch die auf Vorrat gespeicherten Daten des § 113 a TKG und umgeht damit die in § 113 b S. 1 TKG für den Abruf vorgesehenen Begrenzungen.

¹ SchrS. des Kollegen Starostik v. 9. 6. 09 (Aktz. 1 BvR 256/ 08; 1 BvR 508 / 08)

² Ein typisches Beispiel dafür ist die besonders niedrige Aufklärungsquote in Münster/Westf., weil die dortige Kriminalität durch den hohen Anteil schwer aufklärbarer Fahrraddiebstähle geprägt ist.

Zu Fragen 11, 12. : Jede Datensammlung erzeugt Begehrlichkeiten, die durch technische Systeme nur dann verhindert werden könnten, wenn die unfehlbar wären. Darum ist die Frage, ob die anlaßlose und verdachtslose Vorratsdatenspeicherung überhaupt vertretbar ist, durch ein technisches Schutzsystem nicht zu beantworten.

Wenn die Vorratsdatenspeicherung verfassungsrechtlich zulässig sein sollte, dann wäre zumindest die Sicherung der Bestände nach dem jeweils neusten technischen Stand der Technik und die Möglichkeit der Bundesagentur erforderlich, diesen Stand zu definieren und zu kontrollieren. Ebenso erforderlich wäre eine verschuldensunabhängige Schadensersatzpflicht des Anbieters auch hinsichtlich des Nichtvermögensschadens, wenn Daten aus dem Bestand unberechtigt mitgeteilt oder entnommen wurden.

Zu Frage 13: Die inzwischen ergangenen Polizeigesetze enthalten eine bunte Mischung von Regelungen, die die Speicherung und Nutzung von TK-Verbindungsdaten näher regeln wollen. Sie sind überwiegend am Ermittlungsinteresse der zuständigen Behörde orientiert. Wir haben schon darauf hingewiesen³, daß der Gesetzgeber, der eine grundrechtsbeschränkende Ermittlungsmaßnahme einführt, gleichzeitig und abschließend definieren muß, wer und unter welchen Maßgaben diese Ermittlungsmaßnahmen nutzen darf.⁴

Wir sind der Auffassung, daß die anlaßlose Vorratsdatenspeicherung mit Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 GG unvereinbar ist und daher auch mit eingehenden Detailregelungen nicht hingenommen werden kann.

Eine andere Bewertung könnte sich allenfalls dann ergeben, wenn die technische Entwicklung ohne anlaßlose Vorratsdatenspeicherung bei schweren Delikten zu wesentlichen Ausfällen bei der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung führen würde. Das ist nicht der Fall.

Wäre die Vorratsdatenspeicherung rechtlich vertretbar, dann müßte zu ihrer Regelung gefordert werden :

- eine normenklare Gesetzgebung, auch hinsichtlich der Art der zu speichernden Daten, der von den Anbietern zu leistenden Schutzvorkehrungen für die entstehenden Datensammlungen; eine nicht verlängerbare Dauer der Vorratsspeicherung; die Kennzeichnung der herausgegebenen Daten und die Beschränkung ihrer Herausgabe an ausländische Stellen, wenn der Empfänger nicht vergleichbaren gesetzlichen Beschränkungen unterliegt;
- der Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensführung und der beruflichen Zeugnisverweigerungsrechte;

³ vgl. SchrS. v.4. 2. 2009, S.4 f.

⁴ Die a.a.O. erhobene Kritik an dem Bay. und dem Thüring. PAG halte ich im Ergebnis aufrecht, auch wenn beide Gesetze kompliziertere Regelungen enthalten. Das ist jedoch Gegenstand der entspr. Verfassungsbeschwerden und kann hier dahingestellt bleiben.

- bei der Strafverfolgung eine enumerative Aufzählung der in Betracht kommenden Delikte; bei der Gefahrenabwehr der konkrete Nachweis tatsächlicher Vorbereitungshandlungen, die die Annahme des alsbaldigen Eintritts einer dringenden Gefahr für Leib, Leben und Freiheit einer Person oder einer gemeinen Gefahr rechtfertigen;
- die Verpflichtung zur Benachrichtigung, für die eine gesetzliche Maximalfrist bestimmt werden sollte;
- die richterliche Kontrolle und die Nichtverwertbarkeit von Ergebnissen von Eilmaßnahmen, wenn sie vom Richter nicht nachträglich bestätigt werden;
- schließlich die schon erwähnte verschuldensunabhängige Schadensersatzpflicht der Beteiligten.

B. Zu dem Urteil des EuGH v. 10. 2. 09 zur Rechtsgrundlage der Richtlinie 2006/24/EG⁵ – ist darauf hinzuweisen, daß der EuGH zwar in Art. 95 EG eine zulässige Rechtsgrundlage der Richtlinie sieht, dabei aber ausdrücklich erklärt hat, daß er nicht darüber entscheidet, ob die Richtlinie als Folge von mit ihr verbundenen Eingriffen in das Recht der Privatsphäre Grundrechte verletzt.⁶

1. Selbst wenn man berücksichtigt, daß sich der EuGH in seiner Spruchpraxis immer nur zu den Fragen geäußert hat, mit denen er ausdrücklich konfrontiert wurde, zielte doch die Klage Irlands nicht nur auf die Klärung einer Kompetenzfrage ab, sondern auf die Rechtsverbindlichkeit der angefochtenen Richtlinie. Da Irland schon vor der Richtlinie eine Vorratsdatenspeicherung nach nationalem Recht eingeführt hatte, konnte es sich in dem Verfahren vor dem EuGH natürlich nur auf das Fehlen einer Rechtsgrundlage der Richtlinie berufen, um sie zu Fall zu bringen. Das ändert aber nichts daran, daß der EuGH auch die Vereinbarkeit der Richtlinie mit europäischen Grundrechten hätte prüfen müssen, wenn er zur Entscheidung über die Rechtsverbindlichkeit der Richtlinie angerufen wird. Er kann nicht entscheiden, daß Art. 95 EG eine denkbare Kompetenzgrundlage für die Einführung einer Vorratsdatenspeicherung biete, aber dahingestellt sein lassen, ob eine solche Vorratsdatenspeicherung überhaupt zulässig ist, ob also die denkbare Kompetenz in rechtswidriger Weise genutzt wurde. Er ist schließlich nicht dazu angerufen worden, ein europarechtliches Gutachten zu fertigen oder um ein rein akademisches Interesse zu befriedigen.
2. Der EuGH hat in seiner Entscheidung sowohl die Vorgeschichte der Richtlinie nur höchst teleologisch berücksichtigt⁷, als auch die Tatsache zur Seite geschoben, daß es sich hier um Daten handelt, die nicht für die Erbringung einer Dienstleistung der TK-Anbieter, sondern auf staatliche Anordnung hin allein deswegen gespeichert werden sollen, um Zwecken der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr zu

⁵ EuGH, NJW 09, S. 1801 ff

⁶ vgl. EuGH a.a.O. Rdnr. 57

⁷ vgl. dazu die Beschwerdeschrift v. 1. 1. 08, S. 7 ff und eindrucksvoll Simitis, Der EuGH und die Vorratsdatenspeicherung oder die verfehlte Kehrtwendung bei der Kompetenzregelung, in NJW 09, S. 1782 ff

dienen. Diese vom EG-Vertrag für eine zwingende Richtlinie nicht gedeckte Zweckbestimmung war bei der Entscheidung des EuGH über die Behandlung von Daten der Fluggpassagiere noch der entscheidende Gesichtspunkt gewesen, dort überzeugend die Unvereinbarkeit des Ratsbeschlusses 2004/496/EG mit europäischem Recht festzustellen.⁸

Nunmehr hat der EuGH einen tragenden Grundsatz des europäischen Datenschutzrechts, nämlich die Zweckbindung personenbezogener Daten, unter Berufung auf eine angeblich beabsichtigte Harmonisierung wirtschaftlicher Bedingungen⁹ aufgegeben¹⁰, ohne diese Veränderung einer für das Persönlichkeitsrecht entscheidenden Rechtsgrundlage auch nur mit einem Wort zu begründen.

3. Es hat unseres Wissens bisher keinen Fall gegeben, in dem der EuGH eine von ihm im Rahmen eines anhängigen Rechtsstreits zu entscheidende Frage ohne weitere Begründung offen gelassen hat, ob ein europäischer Rechtsakt mit dem materiellen Verfassungsrecht der Gemeinschaft und den gemeinsamen Rechtstraditionen der Mitgliedsstaaten vereinbar ist, obwohl diese Frage in dem zu entscheidenden Rechtsstreit rechtserheblich war und darum hätte beantwortet werden müssen, mit welchem Ergebnis auch immer.

4. Wir sind unverändert der Auffassung, daß der EuGH nicht gesetzlicher Richter i. S. Art. 101 GG in einer Sache sein kann, in der die Gültigkeit einer Europäischen Richtlinie davon abhängt, ob sie materiell gegen Art. 1 GG verstößt.¹¹ Denn kein Hoheitsakt des deutschen Gesetzgebers kann der Europäischen Gemeinschaft im Rahmen des Art. 23 GG das Recht übertragen haben, Regelungen zu treffen, die Art. 1 GG verletzen. Ob eine solche kompetenzüberschreitende Verletzung vorliegt, kann demnach nur nach dem deutschen nationalen Recht und von keinem Organ der Gemeinschaft entschieden werden. Solange die Europäische Gemeinschaft kein Staat eigenen Rechts ist, kann die Kompetenzkompetenz, also die Entscheidung darüber, welche Hoheitsrechte der Gemeinschaft durch nationalen Rechtsakt übertragen wurden, nur bei dem BVerfG selbst liegen.¹²

5. Die Entscheidung des EuGH zur Vorratsdatenspeicherung gibt aber darüber hinaus Veranlassung darauf hinzuweisen, daß das BVerfG in seiner Solange II – Entscheidung¹³ ausdrücklich ausgeführt hat, daß der damals einschlägige Art. 24 Abs. 1 GG kein Recht zur schrankenlosen Übertragung von Hoheitsrechten gewährt. Das BVerfG hat damals den wesentlichen Schritt des EuGH in dessen Entscheidung gesehen, daß er "keine Maßnahmen als Rechtens anerkennen" könne, "die unvereinbar sind mit dem von den Verfassungen dieser Staaten anerkannten und geschützten Grundrechten."

⁸ vgl. EuGH NJW 06, 2029 und EuGH NJW 09, 1801 ff, Rdnr. 88.

⁹ vgl. zur Vorgeschichte u. dazu, daß eine Harmonisierung der wirtschaftlichen Bedingungen mit dieser Richtlinie keinesfalls erreicht werden konnte, Beschwerdeschrift. v. I. 1. 08, S. 7 ff u. SchrS. v. 4. 2. 09, S. 10.

¹⁰ vgl. zur Analyse des EuGH-Urteils insbes. Simitis a.a.O.

¹¹ Beschwerdeschrift S. 12 ff

¹² so auch Hess. DSchB., Stellungnahme v. 9. 2. 09 zur anhängigen VerfB, S. 7 ff unter kritischer Würdigung der Grundrechts-Rechtsprechung des EuGH.

¹³ vgl. Beschl. v. 22. 10. 86, BVerfGE 73, 339 ff; NJW 87, 577 ff, 581.

Im vorliegenden Fall hat der EuGH nicht einmal die Frage geprüft, ob die angefochtene Richtlinie mit den gemeinsamen Verfassungstraditionen und -überzeugungen der Mitgliedstaaten vereinbar ist. Auch darum ist das BVerfG nicht gehindert, seine Gerichtsbarkeit über die Anwendung von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht im Hoheitsbereich der Bundesrepublik in Ansehung des Art. 1 GG selbst auszuüben. Es hat vielmehr das ständige Recht und die Pflicht, darüber selbst materiell zu entscheiden, ob eine Handlung oder ein Rechtsakt der Gemeinschaft die ihr nach Art. 23 GG übertragenen Rechte überschreitet, also *ultra vires*, ohne eigene Rechtsgrundlage vorgenommen wurde.¹⁴

6. In seinem Maastricht-Urteil hat sich das BVerfG dementsprechend das Recht vorbehalten, Gemeinschaftsrecht für unanwendbar zu erklären, wenn es gegen den Wesensgehalt der Grundrechte des GG verstößt oder *ultra vires* ergangen ist, weil es zur Aufgabe des BVerfG gehöre, den Wesensgehalt auch gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaft zu schützen und jedenfalls dann selbst zu gewährleisten.¹⁵, wenn das Gemeinschaftsrecht keinen gleichwertigen Schutz sicherstellt.

Im Bereich der Telekommunikation kann, wie das anhängige Verfahren zeigt, von einem gleichwertigen Schutz der Grundrechte leider keine Rede mehr sein. Die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung höhlt das europäische Datenschutzrecht mit seinen bisherigen Grundsätzen des Schutzes der Privatheit, der Anonymität, der Datensparsamkeit, des Gebotes der Zweckbestimmung personenbezogener gespeicherter Daten, der Verpflichtung zur Löschung vollkommen aus.¹⁶ Konnten diese Grundsätze von den Mitgliedsstaaten unter bestimmten Voraussetzungen der nationalen Sicherheit durch Gesetz eingeschränkt werden, so gibt nun die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung diese fundamentalen Grundsätze des Datenschutzrechts auf und führt darüber hinaus die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten zur anlaßlosen Speicherung ohne konkrete Zweckbestimmung - angeblich zur Wahrung wirtschaftlicher Interessen - ein. Sie verletzt damit das auf Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 GG beruhende informationelle Selbstbestimmungsrecht, das ein fundamentaler Bestandteil des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ist.¹⁷

Wenn der EuGH sich in einer solchen Frage darauf beschränkt, die Kompetenzfrage mit der schlichten Überlegung zu bejahen, daß diese Kompetenz mit dem eigentlichen Zweck der Vorratsdatenspeicherung nichts zu tun habe, der ja erst später mit dem Abruf dieser Daten durch die nationalen Behörden verwirklicht werde, dann will er die eigentlich gestellte Verfassungsfrage sehenden Auges nicht behandeln. Darum ist das BVerfG nicht etwa gehindert, sondern geradezu veranlaßt, diese Frage jedenfalls hinsichtlich der Rechtsanwendung der Richtlinie im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik selbst zu entscheiden.

¹⁴ vgl. Hirsch, Bemerkungen z. Schutz d. Grundrechte im 'Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts' der EG, in KritV, 06, 307 ff, 320.

¹⁵ vgl. BVerfGE 89, 155 ff, 175, 195, 210

¹⁶ vgl. dazu insbes. die eingehende Urteilsanalyse v. Simitis a.a.O.

¹⁷ vgl. dazu auch die Beschwerdeschrift S. 27 ff.

C. Soweit die Verfassungsbeschwerde hinsichtlich der angefochtenen Regelungen der StPO vor dem 2. Senat anhängig ist, weisen wir darauf hin, daß die Einschränkung des Beweiserhebungs- bzw. Verwendungsverbotes zum Nachteil von Berufsgeheimnisträgern i. S. des § 53 StPO nach dem Vorbild des von uns angegriffenen § 160 a StPO inzwischen geradezu epidemischen Charakter angenommen hat. Sie wird bei jeder sich bietenden gesetzgeberischen Gelegenheit routinemäßig wiederholt. Dazu beziehen wir uns z. B. auf § 20 u BKA- Ges., § 5 Abs. 7 S. 6 Ges. zur Stärkung der Sicherheit in der Informationstechnik des Bundes (BSI-Ges.), auf § 5 Abs. 3, 4 Thüring.PAG und Art. 34 c Bay.PAG¹⁸. Daher nehmen wir Veranlassung, zu diesem Punkt in Ergänzung unserer Beschwerdeschrift noch weiter vorzutragen.

1. Ausgangspunkt dieser Entwicklung ist offenbar die gezielte Überinterpretation der Erörterung des Umfangs des Kernbereichs der privaten Lebensführung gem. Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 GG in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum sog. Großen Lauschangriff¹⁹.

Dort führt das Gericht aus, daß sich dieser Kernbereich nur teilweise mit den strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechten überschneidet. Der Schutz des § 53 StPO erfolge nicht in allen Fällen um der Menschenwürde willen, wie das bei dem seelsorgerischen Gespräch mit dem Geistlichen, dem Gespräch mit dem Strafverteidiger und im Einzelfall mit dem Arzt angenommen werden müsse. Der Senat weist dann aber ausdrücklich darauf hin, daß es in dem dort zu entscheidenden Fall keiner Entscheidung bedürfe, ob es verfassungsrechtlich geboten sei, allen Berufsgeheimnisträgern nach § 53 StPO ein absolutes Überwachungsverbot einzuräumen. Das wird vom Bundesverfassungsgericht jedenfalls nicht ausgeschlossen und ist in dem hier anhängigen Verfahren hinsichtlich der Rechtsanwälte zu bejahen.²⁰

2. In der hier vorliegenden Verfassungsbeschwerde ist diese Frage nur insoweit zu erörtern, als die Beschwerdeführer anwaltlich tätig sind und soweit es sich nicht um eine Wohnraumüberwachung handelt.

Hinsichtlich ihrer Tätigkeit als Abgeordnete des Bundestages oder eines Landtages räumt § 160 a Abs. 1 StPO den Beschwerdeführern die ihnen verfassungsrechtlich zustehende Sonderstellung ein.

Bei Wohnraumüberwachungen schützt sie § 100 c Abs. 6 StPO. Diese über die zitierte Entscheidung hinausgehende Beschränkung des sog. Großen Lauschangriffs beruht nicht etwa auf grundsätzlichen Überlegungen des Gesetzgebers. Denn in dem Gesetzesentwurf, den die Bundesregierung als Folge der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einbrachte, war ursprünglich die Regelung enthalten, die hier mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen wird. Erst nach massiven öffentlichen Protesten hinsichtlich der anwaltlichen Tätigkeit, der Pressefreiheit und der Ärzteschaft erweiterte der Bundestag damals das zunächst beschränkte Beweiserhebungsverbot auf alle Berufsgeheimnisträger.

¹⁸ Das BayPAG enthält in Art. 34 c immerhin eine Sonderregelung für Geistliche, Verteidiger, Anwälte, Drogenberater und Psychotherapeuten, läßt aber u.a. andere Beratungsstellen, Notare, Steuerberater und Journalisten aus.

¹⁹ BVerfG NJW 04, 999 ff.

²⁰ Wir sind darüber hinaus der Auffassung, daß das zumindest auch für Journalisten zur Wahrung der Pressefreiheit und für bestimmte Beratungsstellen gelten muß, vgl. dazu u.a. Gola, Klug, Reif, Datenschutz u. presserechtliche Bewertung der "Vorratsdatenspeicherung", NJW 07, 2599 ff, 2602.

3. Die unterschiedliche Behandlung von Verteidigern und Rechtsanwälten ist durchweg auf berechtigte öffentliche Kritik gestoßen.²¹

Sie ergibt sich schon daraus, daß § 53 Abs. 1 Zif. 2 StPO unter dem Begriff 'Verteidiger' nicht etwa auf anderen Gebieten tätige Rechtsanwälte ausschließen wollte, sondern im Gegenteil zusätzlich diejenigen Berufsgeheimnisträger schützen will, die eine Strafverteidigung übernommen haben, ohne Rechtsanwälte zu sein, also z. B. Hochschullehrer oder Referendare.

Rechtsanwälte werden in ihrer gesamten Berufstätigkeit durch § 53 Abs. 1 Zif. 3 StPO geschützt. Sie sind Organ der Rechtspflege. Ihre Berufstätigkeit ist durch gesetzliche Bestimmungen über ihre Zulassung und ihre standesrechtlichen Verpflichtungen in vielfältiger Weise besonders geregelt. Sie sind gesetzlich zur Verschwiegenheit verpflichtet. Der Bürger ist im Bereich des im Interesse der Rechtspflege bestehenden Anwaltszwangs verpflichtet, sich für wichtige gerichtliche Verfahren der Hilfe eines Anwaltes zu bedienen. Diese besonderen Regelungen bestimmen die Grundregeln der freien Advokatur. Sie konkretisieren das Grundrecht anwaltlicher Berufsfreiheit des Art. 12 GG, und schützen das Recht des Bürgers auf ein faires Verfahren i. S. des Art. 103 GG.

Wir haben schon in der Beschwerdeschrift²² darauf hingewiesen, daß die Tätigkeit eines Anwaltes von der des Verteidigers nicht getrennt werden kann, da beide Tätigkeiten nach der jeweiligen Art des Mandats ineinander übergehen können und weil sie in gleicher Weise ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant voraussetzen. Ein ähnliches Problem entsteht dann, wenn der Anwalt – wie heute durchweg üblich – in einer Sozietät tätig ist, in der Anwälte mit unterschiedlichen Spezialisierungen denselben Mandanten beraten. Dabei muß der Mandant sich bei seinen Informationen auf unterschiedslose Vertraulichkeit verlassen können und nicht danach differenzieren müssen, welchen Teil des Mandates der jeweilige Partner der Sozietät behandelt.

Ohne dieses besondere Vertrauensverhältnis ist eine sinnvolle und sachgerechte anwaltliche Tätigkeit nicht möglich. Der Schutz dieses Vertrauensverhältnisses kann nicht davon abhängen, ob ein formelles Strafverfahren bereits eröffnet wurde oder ob der Anwalt auf andere Weise Kenntnis davon erhalten hat, daß gegen seinen Mandanten strafrechtliche Ermittlungen anhängig sind. Kein Mandant, der eine Selbstanzeige erwägt oder wissen will, ob er noch straffrei von dem Versuch einer Straftat zurücktreten kann, könnte es wagen, sich einem Anwalt anzuvertrauen, mag es in seiner eigenen Wohnung, in der Wohnung des Anwalts, in dessen Praxisräumen oder bei einem einsamen Waldspaziergang sein, wenn er sich nicht sicher sein kann, daß seine Äußerungen der absoluten Vertraulichkeit unterliegen. Das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant ist nicht mehr gewährleistet, wenn er mit heimlichen Überwachungsmaßnahmen rechnen muß.²³ Darum muß es sich bei dem Schutz

²¹ vgl. Puschke / Singelnstein, NJW 08, 113 ff, 117 u.d.d.Zit; Kirchberg, Grundgesetz und Anwaltschaft, BRAK-Mitt. 09, 95 ff; Piltz, Achtung der Grundrechte, BRAK-Mitt. 09, 103 ff.

²² Beschwerdeschrift S. 34 f.

²³ BVerfG NJW 07, 2749 (27519) zur Telefonüberwachung – die zwangsläufig alle von dieser Sozietät betrauten Mandate betreffen kann.

dieses Vertrauensverhältnisses um ein Beweiserhebungsverbot und nicht nur um ein dem Verhältnismäßigkeitssatz unterliegendes Verwertungsverbot handeln.

"Der Schutz der anwaltlichen Berufsausübung vor staatlicher Kontrolle und Bevormundung liegt dabei nicht allein im individuellen Interesse des einzelnen Anwalts oder des einzelnen Rechtssuchenden. Der Rechtsanwalt ist Organ der Rechtspflege.....Sein berufliches Tätigwerden liegt im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege....Voraussetzung für die Erfüllung dieser Aufgabe ist ein Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant. Integrität und Zuverlässigkeit des einzelnen Berufsangehörigen sowie das Recht und die Pflicht zur Verschwiegenheit sind die Grundbedingungen dafür, daß dieses Vertrauen entstehen kann. Die Verschwiegenheitspflicht rechnet daher zu den anwaltlichen Grundpflichten. Als unverzichtbare Bedingung der anwaltlichen Berufsausübung hat sie Anteil am Schutz des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG." ²⁴

4. Hinzu kommt, daß der § 160 a Abs. 2 StPO jede Normenklarheit vermissen und es unvorhersehbar werden läßt, wie die Verhältnismäßigkeit einer ermittelten, dem Zeugnisverweigerungsrecht unterliegenden Information am Ende der polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen bewertet und ob sie als Ermittlungsansatz oder als Beweismittel verwendet werden wird oder nicht. ²⁵

Mit der vom Gesetzgeber gewählten Formulierung kann die Strafverfolgungsbehörde jede von ihr gewünschte Entscheidung begründen. Sie bleibt in Wirklichkeit der Behörde überlassen. Das ist angesichts der hier berührten Art. 12, 103 GG und des Rechtsstaatsgebotes nicht ausreichend. Der Gesetzgeber hat selbst in § 138 Abs. 2 S. 2 StGB ausdrücklich normiert, welche hohe Bedeutung er der beruflichen Verschwiegenheitspflicht von Geistlichen, Rechtsanwälten, Ärzten und Therapeuten selbst angesichts drohender schwerster Kriminalität beimißt. ²⁶

Das gilt um so mehr, als sich § 138 Abs. 2 StGB auf geplante Verbrechen, also auf Fälle drohender, noch abwehrbarer Gefahren bezieht.

- D. Bisher liegt mir noch keine Stellungnahme der Bundesregierung oder eines anderen Verfahrensbeteiligten zu diesem Teil unserer Verfassungsbeschwerde vor. Wir gehen davon aus, daß wir uns zu einer entsprechenden Stellungnahme nochmals äußern können.

Rechtsanwalt

²⁴ vgl. BVerfGE 110, 226, 252 mit zahlreichen weiteren Nachweisen, ferner BVerfGE 113, 29, 49; Papier, Das anwaltliche Berufsrecht i. Licht der Rspr. des BVerfG, BRAK-Mitt. 05, 50 und Jaeger, NJW 04, 1.

²⁵ vgl. Beschwerdeschrift S. 36.

²⁶ Insofern ist Art. 34 Bay.PAG konsequenter, vgl. oben Anm. 18.