

An den
Deutschen Bundestag
-Rechtsausschuss-
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Fachbereich Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für Deutsches, Euro-
päisches und Internationales
Strafrecht und Strafprozessrecht,
Kriminologie

Prof. Dr. Hans-Heiner Kühne

Visiting Professor an der West-
minster Universität London und
Kültür Üniversitesi Istanbul
D-54286 Trier
Tel. (0651) 201-2598
Fax (0651) 201-3924
E-Mail: kuehne@uni-trier.de
Homepage: www.prof-kuehne.de

**Sachverständigengutachten
für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
über den Gesetzesentwurf zur Änderung des
Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze**

zu Nr. 7a: § 18 I Nr. 2. Die Formulierung "aus der Verwertung der Taten Vorteile ziehen" und "sich ihrer zu Begehung von Straftaten bedienen könnte" können nicht vernünftig konkretisiert werden. Auf der Basis einer Vorverdachtssituation sind solche Schlussfolgerungen nur spekulativ. Eben deshalb besteht die Gefahr, dass solche Spekulationen einen beliebigen Kreis von Personen erschließen kann, welcher dann mit planmäßigen Beobachtungen Grundrechtseinschränkungen ausgesetzt wäre. Die vom Bundesverfassungsgericht (Entscheidung vom 27. Juli 2005) in Rn116 ff festgeschriebene Voraussetzung der Konkretheit solcher Bestimmungen wird nicht erfüllt. Diese Passage des Entwurfs sollte gestrichen werden.

zu Nr. 8 a, 9a, 10a: Vgl. oben die Anmerkungen zu 7a.

zu Nr. 12: § 22a III erscheint insofern inkonsequent als bei Datenaufnahme zur Eigensicherung eine Zuführung dieser Daten zu anderen Zwecken möglich sein soll. Auch der Richtervorbehalt schützt hier nicht. Denn die richterliche Erklärung der Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit der Maßnahme kann sich nur auf den Zweck der Eigensicherung und ihrer Zulässigkeit beziehen. Durch die Formulierung in Abs. III wird das grundsätzlich richtige und zulässige Konzept der Eigensicherung zu einem Trojanischen Pferd für eine Datennutzung zu anderen Zwecken und damit in eine strukturelle Missbrauchssituation verbracht.

Dies wäre nur dann unschädlich, wenn die genannten "anderen Zwecke" der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung gleichwertig wären. Dies ist bei der Gefahrenabwehr bestenfalls dann der Fall, wenn es um die Abwendung einer unmittelbar bevorstehenden schweren Gefahr ginge,

nicht aber so wie es der Entwurf formuliert bei generellen polizeilichen Gefahren.

Mit dem Zweck der Strafverfolgung scheint eine Vergleichbarkeit grundsätzlich überhaupt nicht möglich zu sein. Auch der Hinweis auf das - nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowieso zu berücksichtigende - Verhältnismäßigkeitsprinzip kann den Mangel nicht kompensieren. Es fehlt an konkreten Beschreibungen von anderen Zwecken, die mit dem der Eigensicherung vergleichbar sind und damit eine Datentransfer rechtfertigen könnten.

Folglich wird empfohlen Abs. III wie folgt zu ändern: "*...genannten Zwecken nur zur Abwehr unmittelbar bevorstehender schwerer Gefahren verwendet werden, wenn ...*"

b: Es sollte in Abs. III klargestellt werden, dass Informationen aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung die im Abs. II gesonderten Schutz erhalten **nicht** von Abs. III erfasst werden.

Es wird daher vorgeschlagen dem Abs. III einen vierten Satz folgenden Inhaltes beizufügen: "*Abs. II bleibt unberührt*".

Die obigen Ausführungen gelten auch entsprechend für die Nr. 23 in Bezug auf § 32a.

Nr. 13 (c): Die Formulierung in Satz I, dass Beschränkungen von vornherein verboten sind, wenn die Annahme begründet ist, dass **allein** Kommunikationsinhalte aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen sein werden, ist bestenfalls gut gemeint. Eine solche Annahme wird sich zwingend nie ergeben, da selbst bei höchstpersönlichen Kommunikationsmitteln wie etwa bei Liebesbriefen nie auszuschließen ist, dass auch andere Informationen enthalten sein könnten. Diese Formulierung hat daher keinerlei einschränkende Wirkung.

Andererseits verhält sich die Wohnraumsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht zu gemischten Kommunikationsinhalten. Die im Entwurf gewählte Formulierung wäre also insofern verfassungsrechtlich nicht bedenklich, wenngleich sie eine schützende Selektion vorspiegelte, die real nicht umsetzbar wäre.

Soll aber angesichts der ins Vorfeld der Kriminalitätsbegehung verlegten Eingriffsmöglichkeiten und den damit notwendig verbundenen Unsicherheiten bei der Tatsachbeurteilung (Bundesverfassungsgericht vom 27.07.2005 Rn 121, 122) wirklich ein Bürgerschutz vor allzu leichter Ausspähung umgesetzt werden, so empfiehlt sich eine Formulierung, die die Begriffe "*überwiegend Kommunikationsinhalte*" benutzt.

Nr. 13 g: Es ist bedenklich, wenn Zeugnisverweigerungsrechte nach § 53 I 3-3b StPO relativiert und nach Maßgabe einer Verhältnismäßigkeitprüfung durchbrochen werden können. Eine solche Differenzierung ist im § 53

StPO nicht angelegt und würde daher der Vorschrift Gewalt antun. Im Übrigen steht eine solche Annahme im Hinblick auf Rechtsanwälte im Widerspruch zur EMRK und der Rechtsprechung des EGMR, wie sich aus dessen Entscheidung in Sachen Kopp gegen die Schweiz ergibt (StV 1998, 6 83 mit Anm. Kühne).

Überdies täuscht die Vorschrift des Entwurfs Prognosemöglichkeiten vor, die so in der Realität nicht bestehen, weshalb fälschlich der Eindruck entsteht hier könne - auch zugunsten der betroffenen Individualrechte - subsumiert werden. Es ist abwegig anzunehmen, dass die folgende Ansammlung mehrdeutiger Tatsachen schlussfolgernd zusammengesetzt werden könnte:

- vielleicht plant A die Straftat
- B ist eine Person, die mit dieser möglichen Planung vielleicht in Verbindung steht
- B hat ein Aussageprivileg nach § 53 I 3 StPO und wird möglicherweise in diesem Rahmen auch kommunizieren
- diese mögliche Kommunikation wird aber so relevant für die Prävention der vielleicht geplanten Tat an der er, der B, vielleicht teilnehmend sein, dass diese Wichtigkeit den Wert des Zeugnisverweigerungsrecht überwiegt.

Die Fassung des Entwurfs ist entweder überhaupt nicht subsumierbar oder aber in Ermangelung objektiver Überprüfungskriterien immer anwendbar und damit ein wohlfeiles allgemeines Überwachungsinstrument. Deshalb muss diese Formulierung **ersatzlos** gestrichen werden.

Nr. 13 e:

Satz 2 macht keinen Sinn, da sich die verwiesene Vorschrift des Abs. V S. 3 lediglich auf die formale Information bezieht (Daten wurden erhoben und gelöscht). Gemeint ist aber, dass die zu löschenden / gelöschten Informationen zur Gefahrenabwehr genutzt werden können sollen. Richtig muss sich Abs. V a Satz 2 auf Abs. V Satz 2 beziehen.

Obwohl in den Erläuterungen zu Abs. V a erwähnt wird, dass Daten aus dem persönlichen Kernbereich geschützt bleiben, ergibt sich dies nicht zwangsläufig aus der Fassung des Abs. V a. Dieser Absatz sollte daher ergänzt werden: "*§ 23 a IV a bleibt unberührt*".

Des Weiteren fehlt es an einer Regelung für den Fall, dass sich die in Abs. V a erwähnte Gefahr nicht ergeben / nicht realisiert hat. Für diesen angesichts der mehrstufigen Mehrdeutigkeiten der Tatsachen sicherlich nicht selten Fall, muss die **nachträgliche Löschung** dieser Daten gesetzlich vorgesehen werden. Die Vorschrift ist entsprechen zu ergänzen.

Nr. 16:

§ 23 g III. Es fehlt eine Regelung, die besagt was mit den Daten zu geschehen hat, die durch eine rechtswidrige weil nicht vom Gericht bestätigte Anordnung erhoben worden sind. Diese Daten müssen gelöscht und mit einem Verwertungsverbot versehen werden. § 23 g III ist daher

durch einen zweiten Satz zu ergänzen: *"Die Daten aus gerichtlich nicht bestätigten Anordnungen dürfen nicht verwendet und müssen unverzüglich gelöscht werden"*.

§ 23 g IV: Es ist kein Grund erkennbar, warum Satz 2 eine Ausnahme von § 23 b IV Satz 2 Nr. 2 (bestimmte Bezeichnung der Telekommunikation) vorsieht. Im Übrigen verstößt diese Ausnahme gegen das vom Bundesverfassungsgericht geforderte Bestimmtheitsgebot, was angesichts der Vorbereitungsphase auf den sich diese Vorschrift bezieht besonderes Gewicht erhält. Satz 2 muss **gestrichen** werden.

Nr. 18:

Die Ergänzung ist insoweit erfreulich als sie die Datenerhebung bei nicht öffentlichen Stellen unter gewisse Bedingungen stellt. Damit wird einer Stigmatisierung von Personen, die ins Visier der Zollfahndung geraten sind, vorgebeugt. Allerdings ist die Formulierung "dürfen... erheben" nicht eindeutig. Eine Interpretation, die -fälschlich- eine entsprechende Pflicht zur Herausgabe von Informationen aus der Vorschrift herauslesen würde, erscheint zumindest als möglich. Deshalb ist statt des Verbs "erheben", der Begriff "**anfragen**" klarer und vorzugswürdig, um zweifelsfrei zu stellen, dass keinerlei Verpflichtung auf Seiten der Privaten besteht.

Trier, 16. April 2007

Prof. Dr. Hans-Heiner Kühne