

Innenausschuss
A-Drs. 16(4)460A

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt (BT-Drucksache 16/9588)

I. Vorbemerkung

Das Gesetz über das Bundeskriminalamt in seiner gegenwärtig geltenden Fassung ist ein Regelungswerk, welches sich aus rudimentären Anfängen in einer großen Zahl von Einzeländerungen hin zum gegenwärtig geltenden Rechtszustand entwickelt hat. Im Zentrum standen dabei Regelungen über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten der Kriminalpolizei, welche Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG als die maßgeblichen Aufgaben des BKA beschreibt. Dieser Aufgabenbestand hat sich durch die Neuschaffung des Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG wesentlich geändert. Es besteht daher Neuregelungsbedarf: Der hier vorgelegte Entwurf ist daher grundsätzlich notwendig.

Angesichts der Fokussierung des Entwurfs auf die Abwehr der Gefahren des internationalen Terrorismus ist es nahe liegend, dass zahlreiche neuartige Rechtsfragen zu regeln versucht worden sind. Da terroristische Gefahren zu den schwerwiegendsten Herausforderungen der Gegenwart zählen, indem sie einerseits die Möglichkeit besonders schwerwiegender Gefahren begründen und andererseits wegen ihres internationalen Bezuges besonders schwierig abzuwehren sind, ist es nachvollziehbar, dass das Gesetz sich zahlreichen neu-

...

artigen Rechtsfragen zuwendet, welche im geltenden Landes- und Bundesrecht bislang nicht oder allenfalls im Ansatz beantwortet sind. Dies gilt namentlich für die Zulassung einzelner besonders eingriffsintensiver Ermittlungsinstrumente, die ihrerseits in der rechtswissenschaftlichen Diskussion noch keineswegs abschließend geklärt sind. Dass der Gesetzgeber hier mit seinen Neuregelungsbemühungen Position beziehen will und muss, macht jede Regelung angreifbar. Der intensive politische Streit um den vorgelegten Entwurf ist in diesem Sinne ganz wesentlich ein Zeugnis davon, wie wenig die neuartigen Fragestellungen bislang geklärt sind und welcher hoher Dissens auch in grundsätzlichen Fragen von Freiheit und Sicherheit gegenwärtig besteht. Doch bleibt festzuhalten:

Der vorgelegte Entwurf enthält keine grundsätzliche Verschiebung des Koordinatensystems von Freiheit und Sicherheit zu Lasten der Freiheit. Er geht in den meisten Eingriffsermächtigungen nicht über dasjenige Maß hinaus, welches für vergleichbare Fragen im Landesrecht und in anderen Bundesgesetzen schon jetzt zulässig wäre. Umgekehrt lässt sich aber ebenso wenig feststellen, dass der Entwurf Sicherheitsbelange in ungerechtfertigter Weise hinter der Freiheit zurücktreten ließe.

Diese grundsätzliche Feststellung schließt nicht aus, dass in zahlreichen Einzelfragen noch Diskussionsbedarf besteht. Gleichfalls bleibt festzuhalten: Die faktischen Auswirkungen der Anwendung des Gesetzes auf die Zuordnung von Freiheit und Sicherheit werden bedeutsamer sein als die rechtlichen Konsequenzen. Diese Feststellung findet ihre Grundlage in der aktuellen Situation des Polizeirechts und der Polizei namentlich auf Länderebene. Hier hat die personelle, sachliche und technische Ausstattung der Polizei nicht überall mit ihrer rechtlichen Entwicklung Schritt gehalten. Für anspruchsvollere Grundrechtseingriffe der neueren Art – etwa: Wohnungsüberwachung, Aufzeichnung des fließenden Verkehrs u.a. – fehlen in einzelnen Ländern bislang die Ausstattung und Erfahrung. Dort geltende Eingriffsermächtigungen stehen insoweit bislang überwiegend auf dem Papier. Ein solches Auseinanderfallen von Eingriffsbefugnis einerseits und Eingriffsmöglichkeit andererseits wird beim BKA hingegen allenfalls für ganz kurze Zeiträume auftreten. Angesichts der personellen, technischen und wissenschaftlichen Ausstattung des BKA ist zu erwarten, dass vorhandenen Eingriffsbefugnissen entweder sofort oder aber binnen kurzer Zeit die faktischen Eingriffsmöglichkeiten entsprechen werden. Hier ist tatsächlich eine gewisse Verschiebung der Koordinaten von Freiheit und Sicherheit zu erwarten: Ein faktischer Freiheitsschutz dadurch, dass Polizeibehörden geltende Ermächtigungsgrundlagen nicht oder nur ganz rudimentär anwenden können, wird in Zukunft jedenfalls für das BKA und seine Aufklärungs-

...



aufgaben und -befugnisse wegfallen. Hier liegt die eigentliche Neuerung des vorgelegten Entwurfs und der in ihm angelegten Neujustierung von Freiheit und Sicherheit.

Umso größere Bedeutung kommt der sachgerechten und angemessenen Ausgestaltung der konkreten Rechtsnormen zu, wie sie der vorgelegte Entwurf enthalten soll.

II. Der E-BKAG im System des Polizeirechts

Das Bundesverfassungsgericht hat die Aufgaben des Gesetzgebers bei der Schaffung polizeirechtlicher Eingriffsbefugnisse so beschrieben: Grundrechtseingriffe bedürfen „einer gesetzlichen Grundlage, die dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit zu entsprechen hat. Der Anlass, der Zweck und die Grenzen des Eingriffs müssen in der Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden. Dies soll sicherstellen, dass der betroffene Bürger sich darauf einstellen kann, dass die gesetzesausführende Verwaltung für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können.“¹

Konkret bedeutet dies: Bestimmt sein muss das Gesetz, nicht (bloß) das Grundgesetz und auch nicht (erst) das Bundesverfassungsgericht. Es ist die Aufgabe des Gesetzgebers, innerhalb des vom Grundgesetz vorgegebenen Rahmens die Befugnisregelungen selbst angemessen auszugestalten, um dadurch sowohl Behörden als auch Bürgern und potenziell Betroffenen hinreichend Orientierungssicherheit zu bieten. Diese Aufgabe stellt sich umso eher, je schwerwiegender die jeweiligen Grundrechtseingriffe sind. Der Gesetzgeber kann es also jedenfalls bei intensiven Grundrechtseingriffen nicht dabei belassen, einfach die einschlägigen Regelungen des Grundgesetzes oder Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts wörtlich zu übernehmen. Vielmehr ist innerhalb der vom Grundgesetz und seiner maßgeblichen Auslegung gezogenen Rahmen ein eigenständiger Gestaltungswille und Gestaltungsinhalt notwendig.

Der vorgelegte Entwurf versucht diesen Anforderungen durch eine Vielzahl ausführlicher Einzelregelungen gerecht zu werden. Tatsächlich vermitteln diese im Allgemeinen den Eindruck eines ausgeprägten Bewusstseins, durch prozedurale und materielle Vorkehrungen die Abgrenzung von Freiheit und Sicherheit an entscheidenden Nahtstellen eigenständig

...



gestalten zu wollen. Aus diesem Grunde ist es auch sachgerecht, dass die jeweiligen Eingriffsbefugnisse im Detail Unterschiede aufweisen, welche dem Schutzzumfang und der Schutzrichtung des jeweils von ihnen zentral betroffenen Grundrechts Rechnung tragen soll.

Daraus resultiert allerdings eine gewisse Unübersichtlichkeit und Detailverliebtheit des Entwurfs, welche die Gesetzesanwendung durch Behörden und Gerichte nicht notwendig erleichtern wird. Am Beispiel: Ob es wirklich notwendig und sinnvoll ist, in jeder Eingriffsermächtigung, welche auch den Kernbereich der Privatsphäre betreffen kann, eigenständige Regelungen über dessen Schutz zu treffen, erscheint durchaus fragwürdig. Solche Bestimmungen sollen sich in Zukunft – jeweils leicht differenzierend – etwa in §§ 16, 20h, 20k, 20l E-BKAG enthalten sein. Hier würde es sich eher anbieten, eine allgemeine Norm zum Kernbereichsschutz einzufügen, welche auf alle sie möglicherweise betreffenden Eingriffsermächtigungen anwendbar wäre. Dadurch würden Lesbarkeit und Vollziehbarkeit des Entwurfs wesentlich erhöht.

Der vorgelegte Entwurf lässt ein dreischichtiges Regulationssystem im Bundespolizeirecht erkennen: Ausgangspunkt sind – für die begrenzten Zwecke der Terrorismusabwehr – die neu zu schaffenden Aufgaben- und Befugnisnormen, welche die Materie ebenso umfassend wie detailfreudig regeln sollen. Zweite Regelungsebene sind die allgemeinen Vorschriften des schon geltenden BKAG, welche ergänzend zur Anwendung kommen können. Dies gilt namentlich dann, wenn der vorgelegte Entwurf auf sie verweist. Dies kann namentlich für jene Bestimmungen des BKAG gelten, welche sich mit der Aufklärung und Abwehr von Straftaten befassen und daher gleichsam einen „allgemeinen Teil“ zu den hier vorgelegten Spezialregelungen darstellen können. Deren Anwendbarkeit kann sich einerseits aus Verweisungen ergeben, wie sie der vorgelegte E-BKAG an zahlreichen Stellen enthält. Er kann sich aber auch subsidiär daraus ergeben, dass allgemeine Regelungen des geltenden BKAG zur Schließung von Lücken des vorgelegten Entwurfs herangezogen werden. Das gilt etwa für die Bestimmungen der §§ 10 ff. BKAG, welche allgemeine Regelungen über den Datenaustausch mit in- und ausländischen Stellen enthalten. Sie sind zumindest grundsätzlich geeignet, die insoweit offenen Regelungen der §§ 20v, 20w, 20x E-BKAG zu ergänzen. Ob und inwieweit dies jedoch geschehen soll, bleibt nach Gesetzestext und -begründung wenig klar. Gegen eine zumindest lückenfüllende Heranziehung der allgemeinen Regelungen spricht der detaillierte und detailfreudige Charakter der hier vorgelegten Regelungen, welche den Eindruck einer abschließenden Regelung für den Bereich der Ter-

¹ BVerfGE 110, 33, 53, unter Rückgriff auf BVerfGE 65, 1, 44 ff., 54; 100, 313, 359; 109, 279, 328 ff.

...

rorismusbekämpfung vermitteln können. Für deren Heranziehung spricht hingegen, dass trotz aller Detailfreude doch einige wichtige Rechtsfragen offen bleiben, welche ergänzender Regelung bedürfen. Dabei läge es dann nahe, auf die allgemeinen Bestimmungen des BKAG zurückzugreifen. Hier entsteht – allen umfassenden Gestaltungswillens und aller Detailfreude des E-BKAG zum Trotz – grundsätzlicher Diskussionsbedarf.

Eine dritte Regelungsschicht im Bundespolizeirecht ist das Bundespolizeigesetz, welches durch einige Verweise im E-BKAG gleichfalls partiell heranzuziehen ist. Da dieses schon gegenwärtig ausdifferenzierte Regelungen zur Gefahrenabwehr enthält, spricht viel dafür, dass es zu einem allgemeinen Teil des Bundespolizeirechts für den Bereich der Gefahrenabwehr wird. Doch auch hier gilt: Ob und inwieweit es lückenfüllend herangezogen werden kann bzw. heranzuziehen ist, bleibt angesichts der Detailfreude des hier vorgelegten Entwurfs im Einzelnen diskussionsbedürftig.

Erschwert wird die Entscheidung dieser Fragen durch die Entwurfsbegründung. Sie weist (S. 50) darauf hin, dass der vorgelegte Entwurf die bislang geltenden Regelungen des BKAG unberührt lassen soll. Die Verwendung von Gesetzesbegriffen im Entwurf soll insbesondere keinerlei Auswirkungen auf die Auslegung derselben Begriffe im bereits geltenden Recht erlangen. „Insoweit soll es bei dem bestehenden Regelungssystem und den bisherigen Befugnissen des BKA verbleiben.“ Dadurch würde eine recht systematische Auslegung des BKAG in Zukunft weitgehend unmöglich. Ebenso wird eine lückenfüllende Heranziehung geltender Bestimmungen zur Ergänzung des vorgelegten Entwurfs zumindest erschwert. Damit stellt sich ganz grundsätzlich die Frage, ob ein Gesetzentwurf – gleichsam „historisch“ – andere Auslegungsmethoden, namentlich die systematische Auslegung, ausschließen kann. In Anbetracht der Tatsache, dass für die Gesetzesauslegung zentral auf den objektivierten, im Gesetzestext zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers abzustellen ist,² ist dies kaum möglich. Gesetze müssen nicht notwendig systematisch sein, ihre Auslegung muss es jedoch. Insoweit wird es in Zukunft notwendig sein, den vorgelegten Entwurf in das System des Bundespolizeirechts einzuordnen und insoweit systematische Auslegungen vorzunehmen. Dies kann durch die vorgelegte Begründung nicht generell ausgeschlossen werden. Dass eine derartige systematische Interpretation notwendig ist, zeigt bereits die Frage nach der lückenschließenden Funktion der schon bislang geltenden Regelungen im Anwendungsbereich des Entwurfs.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten:

...

Der vorgelegte Entwurf könnte hinsichtlich seiner Lesbarkeit und Anwendbarkeit entlastet werden, wenn die zahlreichen Einzelregelungen zu vergleichbaren Fragestellungen (etwa: Kernbereichsschutz der Privatsphäre, Verfahrensregelungen u.ä.) in allgemeinen Bestimmungen zusammengefasst würden.

Zudem ist die Einordnung des Entwurfs in das System des Bundespolizeigesetzes notwendig.

III. Die Aufgabennormen des § 4a E-BKAG

Die Aufgabennormen des § 4a E-BKAG übernimmt zunächst den Wortlaut des Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG. Insoweit entspricht sie den verfassungsrechtlichen Vorgaben und damit dem Anlass der Neuregelung. Der bislang wenig geklärte und erst recht nicht konsentierter Begriff des „Terrorismus“ im juristischen Sinne wird in § 4a Abs. 1 S. 2 E-BKAG ansatzweise definiert. Diese Umschreibung ist für eine Aufgabennorm auch hinreichend konkret. Dabei bleibt aber darauf hinzuweisen, dass die Umschreibung auch auf subjektive Umstände der Tat abstellt („... dazu bestimmt sind...“). Solche Umstände werden vielfach, wenn es um die Klärung der Zuständigkeitsfrage geht, noch kaum erkennbar sein. Dies gilt umso mehr, als die Träger solcher Intentionen im Kontext des „internationalen“ Terrorismus vielfach im Ausland agieren werden. Ein Abstellen auf ihre Intentionen für die Zuständigkeit zur Gefahrenabwehr kann daher im Einzelfall zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen.

Der Entwurf stellt die Übernahme der Aufgabe der Gefahrenabwehr in das Ermessen des BKA (§ 4a Abs. 1 S. 1 E-BKAG („... kann...“)). Eine Wahrnehmungspflicht durch das BKA besteht danach – auch im Umfang des § 4a Abs. 1 E-BKAG - nicht. Vielmehr soll die Entscheidung sowohl ressourcen- als auch einzelfallabhängig sein (Begründung S. 50). Die Folgerungen für den Fall der Übernahme einer Aufgabe im Einzelfall durch das BKA sind in § 4a Abs. 2 E-BKAG näher geregelt. Nicht hingegen geregelt sind die Folgerungen einer Ablehnung. Für diesen Fall enthält das Gesetz keine Regelungen darüber, dass die Aufgabe von einer anderen Stelle als dem BKA wahrzunehmen wäre. Daraus kann sich – namentlich im Anwendungsbereich des § 4a Abs. 1 Nr. 2 E-BKAG – die Situation ergeben, dass im Falle einer Übernahme der Aufgabe durch das BKA dieses zuständig ist, im Falle

² BVerfGE 1, 312; 8, 307; 10, 244; 11, 130 f.; 24, 15; 33, 294; 35, 278; 38, 163; 48, 256.

...



einer Ablehnung der Übernahme hingegen die Zuständigkeit ganz unbestimmt bleibt. Wenn das BKA die Aufgabe nicht übernimmt und eine andere Behörde nicht zuständig ist, bleibt jedenfalls im Entwurf eine Regelungslücke: Es ist nicht erkennbar, welche Behörde zuständig sein soll. Eine solche Fallkonstellation erscheint zumindest regelungsbedürftig: Immerhin setzt § 4a Abs. 1 E-BKAG die Erkennbarkeit von „Gefahren des internationalen Terrorismus“ voraus. Dass für die Abwehr dieser Gefahren das BKA – nach Ermessen – mit seinem erheblichen Arsenal an rechtlichen und faktischen Möglichkeiten oder aber sonst gar keine Behörde zuständig sein soll, erscheint wenig sinnvoll. Für solche Konstellationen wäre daran zu denken, einen Mechanismus für die Bestimmungen der Zuständigkeit festzulegen, wenn das BKA eine Aufgabe nicht übernimmt.

IV. Die Befugnisregelungen des E-BKAG

Die Befugnisregelungen des E-BKAG orientieren sich vielfach an entsprechenden Regelungen der Länderpolizeigesetze. Da es hier ganz überwiegend um Gefahraufklärungseingriffe geht, ist hier die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu zahlreichen Erscheinungsformen solcher Eingriffe bedeutsam. Der Entwurf schöpft dabei die Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers zum Schutz der öffentlichen Sicherheit weitgehend aus. Hierzu bleibt nochmals festzuhalten: Die Abwägung zwischen Freiheit und Sicherheit ist Aufgabe des Gesetzgebers und kann nicht durch das Bundesverfassungsgericht oder wörtliche Übernahme seiner Entscheidungsgründe geleistet werden.

Im Einzelnen sind folgende Anmerkungen zu machen:

1) zu § 20b E-BKAG

Die Vorschrift lässt die Datenerhebung nicht nur bei potenziellen Störern oder Gefährdern, sondern auch bei deren Begleit- und Kontaktperson zu. Hier orientiert sich die Definition wesentlich an § 21 Abs. 2 Nr. 2 BPolG. Diese wird vorsichtig fortentwickelt und versucht so, die Grundsätze des Bundesverfassungsgerichts³ zu konkretisieren. Hier fordert das Bundesverfassungsgericht, dass „der Gesetzgeber selbst Verantwortung übernehmen“ muss und Konkretisierungen in den Gesetzesbegründungen allein nicht ausreichen. Als mögliche Abgrenzungskriterien werden genannt, das eine nähere Qualifizierung des Kontakts zwi-

...

schen den Straftätern und der „anderen Person“ maßgeblich sein könne. Dies könne etwa gelten, wenn „entweder nähere persönliche oder geschäftliche Beziehungen zu der eigentlichen Zielperson bestehen müssen oder der Kontakt über einen längeren Zeitraum unterhalten oder aber unter konspirativen Umständen hergestellt oder gepflegt wird, während äußerlich flüchtige oder zufällige Alltagskontakte nicht ausreichen sollen“. Dies hat auch die Entwurfsbegründung (S. 56) im Blick. Doch wäre es sinnvoll, konkretisierende Hinweise auch in den Gesetzestext selbst aufzunehmen.

2) zu § 20c E-BKAG

Der Entwurf enthält hier die grundsätzliche Entscheidung, dass im präventiv polizeilichen Bereich die Zeugnisverweigerungsrechte der StPO in bestimmten Fällen nicht anwendbar sind. Dem soll hier nicht grundsätzlich widersprochen werden. Jedoch ist die Formulierung des § 22c Abs. 3 S. 2 E-BKAG zu weit geraten. Die Ausnahme von den Zeugnisverweigerungsrechten darf m.E. nur stattfinden, wenn (1) eine „dringende Gefahr“ (und nicht bloß eine Gefahr) für ein Rechtsgut von herausragender Bedeutung besteht und (2) keine alternativen Möglichkeiten zur Verfügung stehen, um die benötigten Informationen zu erlangen (Subsidiarität). Diese Subsidiarität ist m.E. in dem bloßen Wort „erforderlich“ in § 20c Abs. 3 S. 2 E-BKAG nur unzureichend zum Ausdruck gebracht. Immerhin geht es um Einschränkungen von Aussageverweigerungsrechten etwa für Geistliche, Abgeordnete, Ärzten und Therapeuten, Journalisten usw.

3) zu § 20g E-BKAG

Die Regelung ist in einzelnen Hinsichten zu weit geraten. Sie enthält schwerwiegende Grundrechtseingriffe, welche kaum stärker abgestuft werden können. Insbesondere ist es nicht allein § 20g Abs. 2 Nr. 5 E-BKAG, der als besonders schwerwiegend einzustufen wäre.

a) Diskussionsbedürftig sind hier insbesondere die „Kontakt- und Begleitpersonen“ (§ 20g Abs. 1 Nr. 3 E-BKAG), die hier völlig undefiniert stehen: Möglicherweise würde es sich sogar anbieten, eine einheitliche Definition in das Gesetz aufzunehmen (s.o. II).

b) Zur Verfahrensregelung des § 20g Abs. 3 E-BKAG: Die hier genannten Eingriffe sind nicht derart unterschiedlich schwerwiegend, dass für einen Eingriff ein gerichtlicher Be-

³ Zuletzt: BVerGE 113, 348, 380 f.

...



schluss, für die anderen hingegen eine Anordnung durch besondere Beamte durch das BKA ausreichend wären. Vielmehr handelt es sich um im Wesentlich vergleichbar schwere Eingriffe, welche ein einheitliches Verfahren voraussetzen sollen. Da es sich um schwerwiegende Grundrechtseingriffe handelt, welche für den Betroffenen im vorhinein nicht erkennbar sind und gegen die keine Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen, bietet es sich an, hier die richterliche Genehmigung vorzusehen.

4) zu § 20h E-BKAG

Die optische und akustische Wohnungsüberwachung kann in einzelnen schwerwiegenden Fällen notwendig sein, um besonders schwerwiegende Gefahren aufzuklären und abzuwenden. Das Bundesverfassungsgericht hat solche Eingriffe in Ausnahmefällen für grundgesetzkonform erklärt, ins einzelne gehende Rechtsprechung zu dem hier relevanten Art. 13 Abs. 4 GG liegt vom Bundesverfassungsgericht aber noch nicht vor.

Der Kreis möglicher Adressaten solcher Überwachungsmaßnahmen wird in § 20h Abs. 2 Nr. 2 E-BKAG vergleichsweise weit ausgedehnt. Hier kann es einerseits sogar um Kontakt oder Begleitpersonen von Nichtverantwortlichen gehen. Dies dehnt den Kreis möglicher Adressaten von Überwachungsmaßnahmen sehr weit aus. Zudem werden keine besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Überwachung solcher Personen gestellt. Es findet sich hierzu allein eine allgemeine Subsidiaritätsklausel. Damit ist ein Legitimationsbedarf für derart weitreichende Eingriffe nicht ausreichend gesichert: Je weiter der Kreis potenziell Eingriffsbetroffener, desto konkreter müssen die Voraussetzungen für Eingriffe namentlich gegenüber solchen Personen sein, die nicht als potenziell Verantwortliche in Anspruch genommen werden können, sondern lediglich als „Ermittlungshelfer“ in Betracht kommen. Hier wäre an die Einführung einer „zwingenden Erforderlichkeit“ als zusätzliche Voraussetzung zu denken.

Grundsätzlich gilt auch im Anwendungsbereich des Art. 13 Abs. 4 GG der Richtervorbehalt. Die richterlicher Genehmigung ist grundsätzlich vor Beginn der Maßnahme einzuholen. Angesichts des erheblichen Aufwandes für eine Wohnungsüberwachung sowohl in technischer wie auch in logistischer Hinsicht erscheint es nicht erforderlich, in § 20h Abs. 3 E-BKAG eine Eilzuständigkeit des BKA einzuführen. Dies gilt umso mehr, als inzwischen ein richterlicher Bereitschaftsdienst auch nach Feierabend und an Wochenenden sichergestellt ist.

...



Der richterlichen Anordnung kommt für die spätere Nachprüfung der Rechtmäßigkeit von Überwachungsmaßnahmen und der Verwendbarkeit der dabei gewonnenen Daten hohe Bedeutung zu. Daher unterliegt der Beschluss nach § 20h Abs. 4 E-BKAG nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts besonderen formellen Anforderungen. Deren Normierung ist umso wichtiger, als die Maßnahme vergleichsweise neuartig ist und es hierzu weder Gesetzgebungs- noch Rechtsprechungstraditionen gibt. Insbesondere sind in dem Beschluss anzugeben:

- die konkrete Verdachtslage, insbesondere diejenigen Umstände, welche den entsprechenden Verdacht begründen sollen;
- Hinweise zur Abwägung der relevanten öffentlichen und privaten Belange im Einzelfall;
- im Einzelfall erforderliche Hinweise zu Grenzen der Überwachung im Hinblick auf den unantastbaren Kernbereich der Privatsphäre, wenn dieser durch die Maßnahme absehbar in besonderer Weise betroffen sein könnte;
- Hinweise zur Subsidiarität.

Diese Aspekte⁴ sind in dem Gesetzestext aufzunehmen, da gerade insoweit in der Vergangenheit Unklarheiten und Lücken in der Rechtsprechung aufgetreten sind.

Der „unantastbare Kernbereich der Privatsphäre“ scheint im Gesetz ausreichend bestimmt zu sein, um jedenfalls den herabgesetzten Anforderungen der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu genügen.⁵ Dies folgt insbesondere aus einer systematischen Betrachtung der zahlreichen Einzelregelungen zu dieser Materie.

5) zu § 20j E-BKAG

Dass nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Rasterfahndung⁶ noch ein sinnvoller Anwendungsbereich für die präventiv polizeiliche Rasterfahndung bestehen kann, ist kaum noch erkennbar. Derartige Rasterungen finden als Gefahr- bzw. Gefährderaufklärungsmaßnahmen überwiegend im Vorfeld konkreter Gefahrenabwehrmaßnahmen statt. Von daher droht die Maßnahme im Gefahrenabwehrrecht selbst widersprüchlich zu werden. Je konkreter die Zulässigkeitsvoraussetzung formuliert werden, desto weniger tauglich ist das Instrument der Rasterfahndung gerade zur Abwehr der so beschriebenen Gefahren.

⁴ Dazu BVerfG, U. v. 27.02.2008, 1 BvR 370/07, Rn 259.

⁵ BVerfG, B. der 3. Kammer des 2. Senats vom 11.5.2007, 2 BvR 543/06.

...



Umgekehrt gilt aber auch: Je abstrakter und unbestimmter die Eingriffsvoraussetzungen umschrieben werden, desto weniger zulässig sind die weitreichenden und ganz überwiegend nichtverantwortliche und unverdächtige treffende Eingriffswirkungen.

Wenn man unter diesen Umständen überhaupt einen sinnvollen Anwendungsbereich für Rasterfahndungen bei der Gefahrenabwehr finden will, so kann dieser allenfalls bei der Abwehr schwerwiegendster Straftaten liegen, für deren Begehung konkrete Anhaltspunkte vorliegen und bei denen andere Möglichkeiten, die möglichen Urheber zu finden, nicht erkennbar sind.

Im Bereich der Gefahrenabwehr steht allerdings der Nachweis für eine Sinnhaftigkeit der Rasterfahndung bislang aus. Einzelne Erfolgsmeldungen finden sich bislang allein aus Rasterfahndungen zur Strafverfolgung.

In Anbetracht der außergewöhnlich umfangreichen logistischen, technischen und organisatorischen Vorarbeiten im Hinblick auf eine Rasterfahndung, erscheint jedenfalls eine Eilfallzuständigkeit nicht erforderlich: § 20 Abs. 4 S. 2 E-BKAG erscheint in jedem Falle entbehrlich.

6) zu § 20k E-BKAG

Der verdeckte Eingriff in informationstechnische Systeme kann grundsätzlich eine Maßnahme sein, welche in Einzelfällen zur Aufklärung und Abwehr schwerster Gefahren notwendig und zulässig ist. Der hier zu schaffenden Eingriffsermächtigung kommt angesichts der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁷ eine Pilotfunktion zu. Die Suche nach einer angemessenen Ausgestaltung des Aufklärungsinstruments und seiner notwendigen Begrenzung steht noch aus. Hierzu enthält der vorgelegte Entwurf einige wichtige Schritte.

Die Eingriffsvoraussetzungen (§ 20k Abs. 1 E-BKAG) sollten denjenigen des Lauschangriffs nach Art. 13 Abs. 4 GG, § 20h E-BKAG entsprechen. Maßgeblich ist danach eine „dringende Gefahr“, insbesondere eine „gemeine Gefahr“ oder eine „Lebensgefahr“. § 20k Abs. 1 E-BKAG geht darüber allerdings hinaus.

⁶ BVerfGE 115, 320.

⁷ BVerfG, NJW 2008, 822.

...



Die Anforderungen an den begründeten Beschluss (§ 20k Abs. 6 E-BKAG) und die Vorkehrungen zum Schutz des unantastbaren Kernbereich der Privatsphäre (§ 20k Abs. 7 E-BKAG) sollten gleichfalls an diejenigen hinsichtlich der Wohnungsüberwachung angepasst werden. Danach wäre insbesondere der Kernbereichsschutz von dem „anordnenden Gericht“, ggf. demjenigen Gericht, welches für die Anordnung zuständig wäre, vorzunehmen. Die Vorzugswürdigkeit dieser Lösung würde aus mehreren Aspekten folgen: Da ist zunächst der Schutz vor Eingriffen in den unantastbaren Kernbereich der Privatsphäre, also einem Eingriff, der eigentlich unzulässig wäre. Da ist weiter die Notwendigkeit externer und unabhängiger Kontrolle, weil für Betroffene Rechtsschutz nicht oder nicht rechtzeitig möglich wäre. Da ist schließlich der Aspekt vorweggenommenen Rechtsschutzes: Informationen aus dem Kernbereich dürfen nicht verwendet werden. Hierüber sollte möglichst zeitnah und abschließend entschieden werden. Im Zuge weiterer polizeilicher Ermittlungen würden auf der Grundlage der einmal erlangten Informationen aus Online-Durchsuchungen weitere Informationen gewonnen werden, deren Verwendbarkeit später erneut Gegenstand gerichtlicher Verfahren werden könnte. Um hier rechtzeitig rechtlich einzuschreiten, wäre eine zeitnahe gerichtliche Kontrolle vorzugswürdig. Daraus allein folgt jedoch nicht die Verfassungswidrigkeit der in § 20k Abs. 7 E-BKAG gefundenen Lösung.

7) zu § 20o E-BKAG

Die geplante Vorschrift wirkt an dieser Stelle etwas deplaziert. Auch ist ihr unmittelbare Bezug zur Terrorismusbekämpfung nicht erkennbar. Es wäre sinnvoller, diese Regelung in die allgemeinen Befugnisse des BKAG zu übernehmen.

8) zu § 20u E-BKAG

Neben den grundrechtlich besonders geschützten Privatsphären der Wohnung, der Telekommunikation und der Familie unterliegen auch bestimmte Vertrauensverhältnisse einem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz. Sie sind in §§ 52, 53 StPO genannt und vom Bundesverfassungsgericht als solche ausdrücklich anerkannt worden. Derartige Vertrauensverhältnisse begründen grundsätzlich nicht nur ein Aussage- bzw. Zeugnisverweigerungsrecht, sondern darüber hinaus auch besonderen Schutz gegenüber sonstigen staatlichen Ermittlungsmaßnahmen. Insbesondere darf das Zeugnisverweigerungsrecht nicht mit technischen oder sonstigen Hilfsmitteln umgangen werden. Der Schutz solcher Vertrauens-

...



verhältnisse ist vom Bundesverfassungsgericht erst jüngst⁸ näher konkretisiert worden. Das gilt insbesondere für das Vertrauensverhältnis zwischen Journalisten und ihren Informanten, welches in der Vergangenheit zu zahlreichen fach- und verfassungsgerichtlichen Entscheidungen Anlass gegeben hat. Hier hat das Bundesverfassungsgericht entschieden: Es gibt verfassungsrechtlich anerkannte Vertrauensverhältnisse, welche polizeiliche und sonstige behördliche Ermittlungstätigkeit einschränken können. Diese sind teils durch besondere Grundrechte, teils durch das subsidiäre Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG besonders geschützt. Dabei ist deren Schutz allerdings kein schematischer. Er darf vom Gesetzgeber ausgestaltet und ggf. differenziert werden. Grundsätzliche Bedenken hinsichtlich einer im Einzelfall unterschiedlichen gesetzlichen Behandlung unterschiedlicher Vertrauensstatbestände werden vom Bundesverfassungsgericht also nicht erhoben.

Hinsichtlich des Grundrechts der *Pressefreiheit* gilt danach: Staatliche Maßnahmen, welche in die Pressefreiheit eingreifen, müssen (1) das Vertrauensverhältnis der Presse zu ihren Informanten grundsätzlich berücksichtigen, (2) unzulässige Ausforschungen gegenüber der Presse vermeiden, und zwar sowohl im Hinblick auf mögliche Straftaten der Presse selbst wie aber auch hinsichtlich möglicher Straftaten Dritter, (3) hinreichend bestimmte Eingriffstatbestände aufweisen.

§ 20u E-BKAG verbessert den Schutz hinsichtlich einzelner grundrechtlich anerkannter Vertrauensverhältnisse. Demgegenüber wird gerade gegenüber der Presse der Vertrauensschutz auf niedrigerem Niveau gelassen. Diese Ungleichbehandlung allein ist kein Verfassungsverstoß: Das gilt jedenfalls dann, wenn hierfür ausreichende Gründe vorgebracht werden können. Deutlich defizitär ist demgegenüber die Ausgestaltung des Vertrauensschutzes der Presse selbst. Das betrifft namentlich folgende Umstände:

- zunächst den Umfang des Vertrauensschutzes: Dieser ist „im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit unter Würdigung des öffentlichen Interesses an den von dieser Person wahrgenommenen Aufgaben und des Interesses an der Geheimhaltung der dieser Person anvertrauten oder bekannt gewordenen Tatsachen besonders zu berücksichtigen“. Diese – auch schon in § 23a ZFDG enthaltene Passus kombiniert eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe, lässt aber keinerlei Abwägungskriterien erkennen. Auch der Umfang des Schutzes bleibt letztlich offen: Wie und von wem die Vertrauensbeziehungen der Presse zu ihren Informanten „besonders zu berücksichtigen“ ist, bleibt völlig offen. Insbesondere findet sich kein Hinweis

⁸ BVerfGE 117, 244 („Cicero“); 107, 299.

...



darauf, wie das Vertrauensverhältnis noch gesichert werden kann. Eine derart allgemeine Abwägungsklausel wird dem Schutz der Presse, wie er namentlich vom Bundesverfassungsgericht jüngst wieder hervorgehoben worden ist, in keiner Weise gerecht. Das gilt umso mehr, als die Presse gerade bei der Kontrolle staatlicher Maßnahmen zur Strafverfolgung und Gefahrenabwehr eine hohe rechtliche und praktische Bedeutung erlangt.

- Aber auch der Ansatz eines Grundrechtsschutzes durch Verfahren (§ 20u Abs. 2 S. 2 E-BKAG) läuft letztlich leer. Er geht davon aus, dass vorrangig unzulässige Eingriffe zu unterlassen sind, sodann Eingriffe möglichst beschränkt werden sollen und nur subsidiär Eingriffe in das Vertrauensverhältnis stattfinden sollen, wobei dann erst die Prüfungs- und Abwägungsnotwendigkeit des § 20u Abs. 2 S. 1 E-BKAG greifen kann. Doch läuft dieser prozedurale Ansatz faktisch leer. Denn jedenfalls das „Interesse an der Geheimhaltung der dieser Personen anvertrauten oder bekannt gewordenen Tatsachen“ kann erst dann in einer Verwaltungsentscheidung eingebracht werden, wenn jene Informationen bereits bekannt sind. Demnach setzt die Entscheidung nach § 20u Abs. 2. S. 2 E-BKAG das Vorhandensein der Informationen – auch solcher im Sinne des § 20u Abs. 2 S. 1 E-BKAG – bereits voraus. Zu diesem Zeitpunkt kann die Maßnahme aber nicht mehr unterlassen oder beschränkt werden.

Ergänzend sei noch darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung und Umfang des Zeugnisverweigerungsrechts nach § 53 Abs. 1 StPO gegenwärtig noch im Fluss ist. Von daher liegt es nicht nahe, bestimmte Einzelheiten des aktuellen Rechtsprechungsstandes in der Gesetzesbegründung festzuhalten. Es gilt letztlich allein der Verweis im Gesetz, der Inhalt und Umfang des Zeugnisverweigerungsrechts regelt.

9) zu § 20v E-BKAG

Die Bestimmung regelt die in ihr genannten Materien nur zum Teil. Es sollte ausdrücklich darauf hingewiesen werden, welche Regelungen für den Informationsaustausch mit ausländischen Stellen (und ggf. Privaten) Anwendung finden sollen.

Zudem ist die Übermittlungsregelung des § 20v Abs. 5 Nr. 3 E-BKAG vergleichsweise weit geraten. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die äußerst sensiblen Daten auch zur Verfol-

...



gung von solchen Straftaten übermittelt werden dürfen, die nicht einmal ein Verbrechen darstellen. (z. B. § 242 StGB: Diebstahl)

In Anbetracht der außerordentlich restriktiven Erhebungsvoraussetzungen für derartige Informationen ist eine derart weitreichende Streuung erlangter Informationen mit dem Schutzzweck des Datenverarbeitungsrechts kaum vereinbar. Grundsätzlich hat vielmehr zu gelten: Die Übermittlung personenbezogener Daten darf lediglich zu solchen Zwecken erfolgen, zu denen sie auch hätten erlangt werden dürfen.

10) zu § 20w E-BKAG

Die hier genannte Aufzählung entspricht ihrem System und ihrem wesentlichen Inhalt nach derjenigen in § 101 StPO. Ebenso wie dort ist allerdings darauf hinzuweisen: Die Nennung derart zahlreicher Personengruppen, welche von Maßnahmen zu benachrichtigen sind, verkennt und verfälscht die Realität. Wichtig sind die Ausnahmeregelungen des § 20w Abs. 1 S. 2 ff. E-BKAG, welche – zutreffend – darauf hinweisen, dass eine nachteilige Information unterbleiben darf, wenn vorrangige Rechtsgüter auch des Betroffenen selbst entgegenstehen. Insbesondere sind polizeiliche Nachforschungen hinsichtlich der Identität möglicherweise betroffener Personen regelmäßig unverhältnismäßig und zu vermeiden. Von daher sollte die Liste der zahlreichen zu benachrichtigenden Personen gestrafft werden.

Dies gilt umso mehr, als der nachträglichen Benachrichtigung ohnehin nur geringe praktische Relevanz zukommt. Neueste empirische Daten sind nicht zugänglich. Für die Telefonüberwachung kamen im Jahre 2003 zwei parallele Untersuchungen zu dem Ergebnis, dass nur in einer kleinen einstelligen Prozentzahl überhaupt Benachrichtigungen stattfinden. Ähnliches gilt für Maßnahmen nach § 2 G10. Die Rechtsprechung hat bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass eine derartige Praxis mit dem Sinn und Zweck der Rechtsschutzgarantie nur schwerlich in Einklang zu bringen ist. Doch ist eine Klausel wie § 20w Abs. 1 E-BKAG – trotz und zweifelhaft bester Absichten – nicht geeignet, diesen Rechtszustand zu verbessern.

IV. Schlussbemerkung

...



Auch wenn die zuvor (unter II., III.) aufgelisteten Anregungen recht zahlreich geworden sind, bleibt doch festzuhalten: Eine große Zahl von ihnen ist dem Experimentiercharakter zahlreicher Vorschriften des vorgelegten Entwurfs geschuldet. Hier ist der Beratungsbedarf von Legislative und Exekutive höher als in bereits längerfristig angelegten Regelungen. Dies spricht nicht gegen die Qualität der Bemühungen, welche dem Entwurf zugrunde lagen und den Beratungen zugrunde liegen.

Im Übrigen sollten die Befugnisregelungen dieses Gesetzes – zumindest solche, welche neuartige Befugnisse regeln – nach Ablauf von fünf Jahren evaluiert werden. Das sollte namentlich für die Wohnungsüberwachung (§ 20h E-BKAG), die Onlinedurchsuchung (§ 20k E-BKAG), und ggf. die Rasterfahndung (§ 20j E-BKAG) gelten. Fristen und Verfahren der Evaluation sollten an die Evaluationsklauseln der jüngeren Polizeigesetze des Bundes angelehnt werden.

Bielefeld, 18.08.2008

Prof. Dr. Christoph Gusy