

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

Europa und damit auch Deutschland sind von terroristischen Anschlägen bedroht. Deshalb hat der Staat die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, um akuten Gefährdungen durch den internationalen Terrorismus zu begegnen und die Sicherheit der Bevölkerung best möglich zu gewährleisten. Bei aller berechtigten Sorge um die Sicherheit, muss aber klar bleiben, wofür das Grundgesetz steht, wo die Grenzen staatlicher Eingriffe liegen und welche Werte im Rechtsstaat verteidigungswert sind. Deshalb kann Sicherheit und können Maßnahmen, diese zu gewährleisten, nie alleiniger Maßstab sein. Es ging und geht immer um die Garantie der Menschenwürde und um die vom Grundgesetz gebotene Balance zwischen Freiheit und Sicherheit. Der Gesetzgeber ist aufgerufen, die hierzu erforderlichen verfahrensrechtlichen Vorkehrungen normenklar zu treffen.

Mit diesem Gesetzentwurf soll das Bundeskriminalamt erstmals die Aufgabe der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus und hierzu zahlreiche weit reichende Befugnisse erhalten. Bei Anwendung dieser umfangreichen Befugnisse besteht das Risiko, dass der Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen wird. Aber selbst dort, wo zwar dieser Kernbereich unberührt bleibt, können diese Befugnisse gleichwohl zumindest schwerwiegende Grundrechtseingriffe bewirken, insbesondere bei deren kumulativer Anwendung, was besondere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen im Einzelnen gebietet.

Mit der erstmaligen Ausweitung der Aufgaben des Bundeskriminalamts auf den präventiven Bereich entstehen nicht nur neue Abgrenzungsfragen zu den im föderalen Staat vorrangig hierzu zuständigen Polizeien der Länder. Da die Aufgabe der Gefahrenabwehr ganz generell immer weiter in das Gefahrenvorfeld verlagert wird und dem Bundeskriminalamt Befugnisse zu zahlreichen heimlichen Maßnahmen eingeräumt werden, kann es auch zu Überlagerungen mit den Tätigkeiten der Nachrichtendienste kommen, denen ebenfalls Aufgaben im Zusammenhang mit der Bekämpfung des internationalen Terrorismus übertragen sind. In der Sicherheitsarchitektur Deutschlands erhält das Bundeskriminalamt als personell und sachlich qualifiziert ausgestattete Polizeibehörde mit dieser Bündelung von zusätzlichen Befugnissen endgültig eine Sonderstellung, die vom Gesetzgeber, auch mit Blick auf eine eventuelle besondere parlamentarische Kontrolle, noch nicht hinreichend gewürdigt worden ist. Schließlich müssen die Auswirkungen auf die rechtliche Beziehung zwischen Generalbundesanwaltschaft und Bundeskriminalamt, die bislang von der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsherrschaft geprägt ist, geprüft werden.

Die Klärung dieser Fragen muss vom Gesetzgeber gleichzeitig mit der Übertragung der neuen Aufgaben an das Bundeskriminalamt vorgenommen werden und darf nicht nur der Rechtsprechung überlassen werden. Noch weniger darf die Frage dadurch beantwortet

werden, wer mehr Personal, mehr Knowhow einsetzen kann und damit die Kompetenzen am intensivsten ausfüllt.

I. Generelle Anmerkungen

1. Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung

Das Bundesverfassungsgericht hat eindeutig klargestellt, dass der Kernbereich privater Lebensgestaltung, also der absolut geschützte Achtungsanspruch des Einzelnen auf Wahrung seiner Würde, ungeachtet des Gewichts der betroffenen Verfassungsgüter jedem Eingriff des Staates entzogen bleiben muss (BVerfGE 115, 320/358 f.). Dieser Kernbereich ist keiner Abwägung mit noch so bedrohlichen Gefahren und noch so wichtigen staatlichen Aufgaben zugänglich. Hier hat der Staat außen vor zu bleiben. Auf Maßnahmen, die den Kernbereich verletzen, müssen staatliche Stellen verzichten, und stattdessen die Gefahren des internationalen Terrorismus mit anderen Mitteln abwehren. Von dieser Linie ist das Bundesverfassungsgericht auch nicht in seiner jüngsten Entscheidung zur „Online-Durchsuchung“ abgerückt (BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27. 2. 2008). Mit dem ausschließlich hierfür entwickelten „Zweistufenkonzept“ wird der Schutz des Kernbereichs nicht aufgeweicht, sondern im Grenzbereich durch zusätzliche verfahrensrechtliche Sicherungen gestärkt.

Der Kernbereich privater Lebensgestaltung kann insbesondere berührt werden durch die Anwendung der Befugnisse zur akustischen und optischen Wohnraumüberwachung, der Online-Durchsuchung sowie der Telekommunikationsüberwachung einschließlich der „Quellen -Telekommunikationsüberwachung“. Aber auch mit der längerfristigen Observation und der akustischen wie optischen Überwachung außerhalb von Wohnungen können kernbereichsrelevante Sachverhalte erfasst werden. Wegen der Bandbreite der dem Bundeskriminalamt eröffneten Befugnisse ist auch zu beachten, dass nicht durch den Einsatz mehrerer Maßnahmen, ggf. noch über einen längeren Zeitraum hinweg, nahezu lückenlos in einer Art „Rundumüberwachung“ alle Bewegungen und Lebensäußerungen des Betroffenen registriert und zur Grundlage für ein umfassendes Persönlichkeitsprofil des Betroffenen werden, das die Menschenwürde verletzen würde und deshalb unzulässig wäre (BVerfGE 109, 279/323).

Der Kernbereich privater Lebensgestaltung ist unabhängig von der Art der einzelnen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr zu beachten. Wegen des hohen Schutzgutes sind an die Normenklarheit von Schutzvorschriften besonders hohe Anforderungen zu stellen. Unterschiedlich hohe Zulässigkeitsvoraussetzungen für vergleichbare Eingriffe können Anlass für hier nicht hinzunehmende Missverständnisse liefern.

Daraus folgt:

- Gerade wegen der Absolutheit des Kernbereichsschutzes läge es nahe, eine „vor die Klammer“ gezogene für alle potentiellen Eingriffe geltende Regelung zu schaffen. Dann wären jeweils einzelne Regelungen für die verschiedenen Maßnahmen überflüssig. Zudem würde eine „vor die Klammer“ gezogene Regelung zum Kernbereichsschutz auch für solche Maßnahmen gelten, für die derzeit Kernbereichsregelungen nicht vorgesehen sind.
- Außerdem sollte geprüft werden, inwieweit nicht die kürzlich mit Blick auf die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts überarbeiteten Regelungen in der StPO –

insbesondere zur akustischen Wohnraumüberwachung (§§ 100c f. StPO) - als Muster herangezogen werden könnten.

Unterschiedliche Schutzvorkehrungen für den Kernbereich

Obgleich also der Kernbereich privater Lebensgestaltung, der sich direkt aus der Garantie der Menschenwürde ableitet, absolut zu schützen ist, enthält der Gesetzentwurf unterschiedliche und teilweise unvollkommene Regelungen zu dessen Schutz:

Akustische oder optische Wohnraumüberwachung sind nach § 20 h Abs. 5 Satz 1 nur zulässig, wenn auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass durch die Überwachung Erkenntnisse, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, nicht erfasst werden. Damit wird dem Schutzbedürfnis des Kernbereichs privater Lebensgestaltung Rechnung getragen.

Hingegen sind eine Online-Durchsuchung (§ 20k Abs. 7 Satz 1) oder die Überwachung der Telekommunikation (§ 20l Abs. 6 Satz 1) nur dann unzulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, dass durch diese Maßnahmen „allein“ Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden. Damit soll ein Verbot zur Online-Durchsuchung und zur Telekommunikationsüberwachung nach dem ausdrücklichen Wortlaut nur bestehen, wenn sämtliche Erkenntnisse dem Kernbereich zuordnen sind. Bei strikter Auslegung würden § 20k Abs. 7 Satz 1 und § 20l Abs. 6 Satz 1 dazu führen, dass ein Verbot dieser Maßnahmen allenfalls höchst ausnahmsweise besteht, weil mit Hilfe von Telekommunikationseinrichtungen geführte Gespräche oder auf einem privaten informationstechnischen System gespeicherte Daten in der Regel durch ein Gemengelage unterschiedlicher Inhalte geprägt sind (vgl. BVerfGE 109, 279/330). Das heißt, selbst wenn auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte erkennbar wäre, dass mit der Maßnahme zumindest einzelne Erkenntnisse aus dem absoluten Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt werden, also in diesen eigentlich absolut zu schützenden Raum eingegriffen wird, wären diese Maßnahmen nach dem Wortlaut des Gesetzentwurfs noch zulässig.

Damit ordnet der Gesetzeswortlaut gerade nicht unmissverständlich an, dass der Kernbereich privater Lebensgestaltung zu achten ist und Datenerhebungen, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren werden, grundsätzlich zu unterbleiben haben. „Eine gesetzliche Ermächtigung zu einer Überwachungsmaßnahme, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren kann, hat so weitgehend wie möglich sicherzustellen, dass Daten mit Kernbereichsbezug nicht erhoben werden“ (BVerfG, 1BvR 370/07 vom 27. 2. 2008, Absatz-Nr. 277). Eine Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, quasi sehenden Auges, ist mit der Garantie der Menschenwürde unvereinbar und ist nicht verfassungsgemäß. Überdies akzeptiert das Bundesverfassungsgericht (a.a.O. Absatz-Nr. 279) nur die Hinnahme des „Risikos einer Kernbereichsverletzung“, wenn die Kernbereichsrelevanz nicht vorher abschätzbar ist. Daraus kann nicht gefolgert werden, das Bundesverfassungsgericht würde auch eine bereits absehbare oder sich bereits abzeichnende Kernbereichsverletzung als verfassungsrechtlich hinnehmbar gestatten. Auch automatische Aufzeichnungen dürfen demnach nicht standardmäßig zum Einsatz kommen, da ihnen eine mögliche Kernbereichsverletzung immanent ist. Sie dürfen vielmehr nur erfolgen, wenn vorab geprüft wird, ob der Kernbereich betroffen sein wird.

Daraus folgt:

- Um den notwendigen Kernbereichsschutz zu wahren, sind die §§ 20k Abs. 7 Satz 1 und 20l Abs. 6 Satz 1 zu ändern. Hierzu könnte entweder die entsprechende Formulierung aus § 20h Abs. 5 Satz 1 übernommen oder das Wort „allein“ muss gestrichen werden.
- Daraus ergibt sich die weitere Anforderung an den Gesetzgeber, ausdrücklich die Verpflichtung zu regeln, dass vor Einsatz der beabsichtigten Maßnahme intensiv geprüft wird, ob Kernbereichsverletzungen durch die beabsichtigte Maßnahme zu befürchten sind. Eine solche vorhergehende intensive Prüfung gehört zu den vom Bundesverfassungsgericht geforderten „gesetzlichen Vorkehrungen, um Eingriffe in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung durch (derartige) Maßnahmen ...zu vermeiden“ (BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27. 2. 2008, Absatz-Nr. 270). Deshalb darf auch eine „automatische Aufzeichnung“ nicht erfolgen, wenn nach der Prognoseentscheidung mit einer Kernbereichsverletzung zu rechnen ist.

Auswertungsphase nach dem zweistufigen Schutzkonzept des Bundesverfassungsgerichts

In den Fällen, in denen es gleichwohl in einem Einzelfall praktisch unvermeidbar ist, Informationen zur Kenntnis zu nehmen, bevor ihr Kernbereichsbezug bewertet werden kann, ist entsprechend dem vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Online-Durchsuchung zweistufig ausgestalteten Schutzkonzept (a.a.O. Absatz-Nr. 280 ff.) für den Kernbereich privater Lebensgestaltung jedenfalls für einen „hinreichenden Schutz in der Auswertungsphase“ zu sorgen (a.a.O. Absatz-Nr. 277). Die insoweit geforderte Durchsicht der erhobenen Daten auf kernbereichsrelevante Inhalte hat den besonderen Interessen des Betroffenen an Wahrung seiner höchstpersönlichen Daten Rechnung zu tragen und hat deshalb durch eine unabhängige und neutrale Stelle zu erfolgen.

Auch hinsichtlich dieser auf der zweiten Stufe zu erfolgenden Durchsicht sieht der Gesetzentwurf unterschiedliche Anforderungen vor, die dem notwendigen Schutz des Betroffenen nicht ausreichend Rechnung tragen. Hat bei der Telekommunikationsüberwachung nach § 20l Abs. 6 Sätze 3 und 4 oder der akustischen und optischen Wohnraumüberwachung nach § 20h Abs. 5 Sätze 3 und 4 der Richter in Zweifelsfällen über eine Verwertbarkeit der Daten zu entscheiden, sollen bei der Online-Durchsuchung nach § 20k Abs. 7 Satz 3 zunächst zwei Bedienstete des Bundeskriminalamts die erhobenen Daten auf kernbereichsrelevante Inhalte durchsehen. Auch wenn diese beiden Bediensteten mit der Maßnahme selbst nicht befasst sein sollten, gehören sie der Sphäre der die Maßnahme durchführenden Bundeskriminalamts an und sind damit nicht unabhängig, wie dies die Wahrung der Belange des Betroffenen aber erfordert. Da generell davon ausgegangen wird, dass auf privaten informationstechnischen Systemen auch kernbereichsrelevante Informationen gespeichert sein können, ist nicht auszuschließen, dass bereits mit der ersten Durchsicht der im Wege einer Online-Durchsuchung gewonnenen Daten auf einen möglichen Kernbereichsbezug kernbereichsrelevante Daten zur Kenntnis genommen und der Kernbereich erneut verletzt werden kann.

Wenngleich letzteres auch nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts bei einer Online-Durchsuchung im Einzelfall hinzunehmen ist, muss aber diese erste Durchsicht auf eine etwaige Kernbereichsverletzung zumindest von einer unabhängigen und neutralen Stelle vorgenommen werden. Beste Gewähr für Unabhängigkeit und Neutralität bietet nur ein Richter (vgl. BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2. 2008, Absatz-Nr. 269). Nach derzeitiger Regelungsabsicht wird einem Richter aber nur und erst dann vorgelegt, wenn die beiden Bediensteten des Bundeskriminalamts ihrerseits schon Zweifel hegen (§ 20k Abs. 7 Satz 5).

Diese Regelung wird dem besonderen Gewicht des Schutzes privater Lebensgestaltung nicht gerecht.

Daraus folgt:

Die erste Durchsicht der im Wege einer Online-Durchsuchung gewonnenen personenbezogenen Daten ist daher einem unabhängigen Richter anzuvertrauen.

2. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Der Fokus darf sich aber nicht nur auf den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung richten; der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist jedenfalls auch schon dort zu beachten, wo eine Maßnahme nicht bereits den Kernbereich verletzt. Die dem Bundeskriminalamt mit dem Gesetzesentwurf einzuräumenden Befugnisse sind grundsätzlich geeignet, schwerwiegende Grundrechtseingriffe zu bewirken und tief in die Grundrechte der davon Betroffenen einzugreifen, insbesondere in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, die Unverletzlichkeit der Wohnung und das Fernmeldegeheimnis. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für einen Grundrechtseingriff sind umso strenger zu handhaben, je intensiver sich der Eingriff im Einzelfall auswirkt.

Der Gesetzesentwurf beachtet nicht die vom Bundesverfassungsgericht insoweit wiederholt geforderte Balance zwischen Freiheit und Sicherheit (vgl. BVerfGE 115, 320/358), die es auch bei der Bekämpfung schwerster Angriffe auf den freiheitlichen, demokratischen, Rechtsstaat und auf Menschenleben einzuhalten gilt. Dabei gibt es selbstverständlich keinerlei Zweifel, dass Sicherheit und Bestand des Staates sowie die von ihm – unter Achtung von Würde und Eigenwert des Einzelnen - zu gewährleistende Sicherheit der Bevölkerung Verfassungswerte von hohem Rang sind und mit anderen hochwertigen Gütern im gleichen Rang stehen (BVerfGE 49, 24/56 f.; 115, 320/346; BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27. 2. 2008, Absatz-Nr. 220). Zwar ist dem Entwurf das Bemühen anzusehen, die vielfachen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zu berücksichtigen. Das geht so weit, dass ein Satz aus der Urteilsbegründung unmittelbar wörtlich in den Gesetzestext einfließt (vgl. a.a.O. Absatz-Nr. 251). Doch geschieht dies erkennbar in einer formalen Weise, die auf die einzelnen Maßnahmen und die einzelnen Befugnisse bezogen bleibt, jedoch die Gesamtheit der Befugnisse aus den Augen verliert und somit auch nicht geeignet ist, die besondere Eingriffsintensität der möglicherweise kumulativ anzuwendenden Maßnahmen zu berücksichtigen. So stehen Regelungen wie Bausteine eingefügt teils beziehungslos nebeneinander. Sie lassen teilweise einen einheitlichen Duktus vermissen und zeigen, dass die hier maßgeblichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nicht in ihrer Gesamtheit bedacht und gewürdigt worden sind. Auch wenn sich manche Gesetzesformulierungen eng an den Wortlaut von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts anlehnen, berücksichtigen sie dadurch nicht zwingend den aus den verschiedenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts herauszulesenden „Geist der Verfassung“. Dies wird besonders deutlich, wenn einzelne Befugnisse bis zum verfassungsrechtlich noch zulässigen ausgeweitet werden. Denn der Wesensgehalt des Grundgesetzes ergibt sich nicht nur aus einzelnen Formulierungen, sondern auch aus dem Kontext der jeweiligen verfassungsgerichtlichen Entscheidung. Im Übrigen treffen den Gesetzgeber andere Verpflichtungen als ein den Einzelfall behandelndes Gericht. Der Gesetzgeber muss die maßgeblichen Weichenstellungen und Konkretisierungen abschließend selbst vornehmen.

Dies wird nicht nur, wie oben angemerkt, beim Kernbereichsschutz deutlich. Auch der Schutz der Rechtsgüter, der den Staat zum Handeln verpflichtet, muss in einem angemessenen Verhältnis zu den mit dem Gesetzentwurf eröffneten intensiven Grundrechtseingriffen stehen.

Unterschiedliche Zulässigkeitsvoraussetzungen

Der Gesetzgeber sieht unterschiedliche Zulässigkeitsvoraussetzungen vor für

- die akustische und optische Wohnraumüberwachung,
- die Online-Durchsuchung und
- die Telekommunikationsüberwachung (§§ 20h, 20 k und 20l des Entwurfs):

§ 20h Abs. 1 und § 20l Abs. 1 setzen die „dringende“ Gefahr voraus. § 20k lässt trotz der auch vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich betonten Eingriffsschwere einer Online-Durchsuchung eine konkrete Gefahr genügen, ohne dass dies näher begründet wäre. Angemessen wäre deshalb aus verfassungsrechtlicher Sicht, bei der Maßnahme nach § 20k ebenfalls das Vorliegen einer „dringenden“ Gefahr als Zulässigkeitsvoraussetzung zu verlangen. Zwar ist erkennbar, dass der Gesetzentwurf sich exakt an den Wortlaut der Begründung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (a.a.O. Absatz-Nr. 251) hält, doch ist der Gesetzgeber gefordert, auch aus Gründen der Normenklarheit bei vergleichbarer Eingriffstiefe vergleichbare Anforderungen an die Zulässigkeit einer Maßnahme zu stellen. Das Bundesverfassungsgericht entscheidet punktuell zu dem ihm vorliegenden Verfahrensgegenstand. Der Gesetzgeber hat jedoch ein in sich stimmiges und ausgewogenes Gesetz zu erlassen.

Grundrechtseingriffe von hoher Intensität sind nur verhältnismäßig, wenn der gesetzlich geregelte Eingriffsanlass ein besonderes Gewicht aufweist. „Der Staat kommt seinen verfassungsrechtlichen Aufgaben nach, indem er Gefahren durch terroristische oder andere Bestrebungen entgegen tritt.“ „Die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit der Bevölkerung vor Gefahren für Leib, Leben und Freiheit sind Verfassungswerte, die mit anderen hochwertigen Gütern im gleichen Rang stehen.“ (BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27. 2. 2008, Absatz-Nr. 220). In dieser Entscheidung zur Online-Durchsuchung (a.a.O. Absatz-Nr. 220) bringt das Bundesverfassungsgericht damit deutlich zum Ausdruck, dass gerade in dem Schutz der „Bevölkerung“ die besondere Aufgabe liegt.

Daraus folgt:

Diese Präzisierung des Rechtsgüterschutzes auf den Schutz der „Bevölkerung“, die die nach diesem Gesetzentwurf eröffneten schwerwiegenden Grundrechtseingriffe im Einzelfall angemessen sein lassen, sollte jedenfalls bei den Befugnissen für die Online-Durchsuchung, die akustische und optische Wohnraumüberwachung sowie bezüglich der Überwachung der Telekommunikation als Zulässigkeitsvoraussetzung normenklar in den Gesetzestext aufgenommen werden. Damit würden das Schutzgut, um das es bei diesen tief eingreifenden Maßnahmen geht, besonders deutlich und die Legitimität des Zweckes klargestellt

Bei der Online-Durchsuchung setzt § 20k Abs. 1 auch hinsichtlich einer Gefahr für Sachen voraus, dass diese vorliegt für „solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt“. Hingegen genügt es nach § 20h Abs. 1 und § 20l Abs. 1 Nr. 1, dass es sich um „Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist“, handelt. Diese unterschiedlichen Voraussetzungen lassen sich letztlich nicht nachvollziehen. Besonders deutlich wird dies hinsichtlich der „Quellen –Telekommunikationsüberwachung“

in § 201 Abs. 1 und 2, die Eingriffen im Wege einer Online-Durchsuchung zumindest technisch besonders ähnlich ist (BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27. 2. 2008, Absatz-Nr. 188).

Daraus folgt:

Wegen der besonderen Schwere dieser Grundrechtseingriffe sollte jedenfalls bezüglich der Gefahr für „Sachen“ die engere Zulässigkeitsvoraussetzung in § 20k auch in § 20h und § 20l übernommen werden, um die Verhältnismäßigkeit derartiger Maßnahmen zu wahren.

Unabhängig davon sollte wenigstens in der Begründung näher definiert werden, was unter „Güter der Allgemeinheit“ verstanden werden soll.

Die Maßnahmen zur Wohnraumüberwachung, Online-Durchsuchung und Überwachung der Telekommunikation dürfen nach §§ 20h Abs. 1 Satz 1, 20k Abs. 1 Satz 3 und 20l Abs. 1 Satz 1 nur durchgeführt werden, wenn die Abwehr der Gefahr auf andere Weise „aussichtslos oder wesentlich erschwert“ wäre. Angesichts der Eingriffstiefe müssen diese Maßnahmen, um noch verhältnismäßig zu bleiben, aber jeweils ultima ratio sein. Sie dürfen also nur dann eingesetzt werden, wenn andere Maßnahmen tatsächlich nicht zum Erfolg geführt haben oder „ausgereizt“ sind. Deshalb sollte auch in diesen Fällen die einschränkende Formulierung in § 100c Abs.1 Nr. 4 StPO „unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos“ Vorbild sein und hier gewählt werden (vgl. BVerfGE 109, 279/316). Eine solche Angleichung der jeweiligen Formulierungen würde im Übrigen auch der Normenklarheit dienen, weil dann für vergleichbar intensive Grundrechtseingriffe die gleichen Anforderungen gestellt würden. Die Voraussetzung der „ultima ratio“ zur Beachtung der Verhältnismäßigkeit gilt bei derart schwerwiegenden Eingriffen unabhängig davon, ob Maßnahmen zur Gefahrenabwehr oder zur Strafverfolgung eingesetzt werden.

Außerdem darf die Maßnahme, um verhältnismäßig zu sein, nur angeordnet werden, wenn aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass durch die Maßnahme Erkenntnisse erlangt werden, die zur Abwehr der Gefahr von Bedeutung sind (vgl. BVerfG NJW 2007, 2753/2757). Hierauf hat sich die jeweilige Maßnahme auch zu beschränken (BVerfGE 109, 279/323). Die entsprechende Formulierung in § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO könnte insoweit als Vorbild dienen.

Rundumüberwachung und kumulierende Maßnahmen

Eine ausdrückliche Regelung des Verbots der Rundumüberwachung ist (BVerfG NJW 2007, 2753/2757 Rdnr. 59) bei § 100 c StPO von Verfassungen wegen nicht erforderlich (a.a.O. Rdnr. 61). Gleichwohl könnte dies beim „Bundeskriminalamtgesetz“ angezeigt sein. Gerade weil dem Bundeskriminalamt zahlreiche neue Befugnisse eingeräumt werden sollen, kann sich das Problem der kumulierenden Maßnahmen stellen, die sich gegen einen Betroffenen richten. Hier kann im Einzelfall das Übermaßverbot verletzt werden. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in einem solchen Fall von der Staatsanwaltschaft geführter strafrechtlichen Ermittlungen nicht eine ausdrückliche gesetzliche Regelung verlangt, welche die Beachtung des Übermaßgebotes ausdrücklich betont. Allerdings hat es eine Dokumentation sämtlicher Eingriffe gefordert.

Hinzu kommt noch folgendes: Auch wenn sich viele der besonderen Eingriffsbefugnisse in einigen Polizeigesetzen finden, macht es einen vom Gesetzgeber zu berücksichtigenden Unterschied, wenn diese Befugnisse einer schlagkräftigen, personell und sächlich bestens ausgestatteten polizeilichen Großbehörde eingeräumt werden, zumal sich in keinem Polizeigesetz kumulativ alle Eingriffsbefugnisse finden (vgl. hierzu BVerfG, 2 BvR 581/01 vom 12. 4. 2005, Absatz-Nr. 60 ff.).

Daraus folgt:

Da gesetzliche Vorkehrungen zum Schutz der Grundrechte auch dem Vertrauen der Bürger in den Rechtsstaat dienen, ist es wegen der Fülle der dem Bundeskriminalamt zugewiesenen Befugnisse gleichwohl anzuraten, dass der Gesetzgeber beide Themenstellungen ausdrücklich regelte.

3. Konfliktfeld Generalbundesanwaltschaft und Bundeskriminalamt

Mit den neuen Aufgaben und Befugnissen zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus entsteht ein im Gesetzentwurf auch nicht im Ansatz gelöstes neues Konfliktfeld zwischen der Generalbundesanwaltschaft als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ und dem Bundeskriminalamt. Dies war schon bisher nicht völlig spannungsfrei – zu erinnern ist beispielsweise an die vom Bundeskriminalamt geführten „Strukturverfahren“ zur Vorbereitung von eventuell notwendiger Strafverfolgung. Nun werden die Kompetenzen auf diesem wichtigen Kriminalgebiet unübersichtlich. Zwar scheint diese Frage auf den ersten Blick einfach zu sein. Für die Prävention ist im Verhältnis zur Generalbundesanwaltschaft ausschließlich das Bundeskriminalamt zuständig und für die Repression bleibt es bei der Sachherrschaft der Generalbundesanwalt. Tatsächlich entsteht gerade bei der Auseinandersetzung mit dem internationalen Terrorismus eine doppelte Konfliktsituation:

Betrifft derselbe Lebenssachverhalt sowohl wegen einer fortdauernden Gefahrenlage die Zuständigkeit der für die Gefahrenabwehr verantwortlichen Polizei und wegen bereits strafbarer Vorbereitungshandlungen die Strafverfolgungskompetenz der Staatsanwaltschaft, ist die Präferenz der Zuständigkeit alles andere als unumstritten (auf die umfangreiche diesbezügliche Literatur sei verwiesen). Von durchaus namhaften Stimmen wird von einem prinzipiellen Vorrang der Prävention gegenüber der Strafverfolgung ausgegangen. Jedenfalls im Einzelfall kann durchaus der gewichtige Belang einer wirksamen Strafrechtspflege gegenüber der Gefahrenabwehr zurückstehen müssen (vgl. BVerfGE 29, 183/194).

Dieser Rechtsstreit mag im Alltag zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei in der Praxis keine größere Rolle spielen, im Verhältnis zwischen Generalbundesanwaltschaft und Bundeskriminalamt kann er eine gewichtige Bedeutung erlangen, weil die Generalbundesanwaltschaft wegen der herausgehobenen Bedeutung der von ihr zu verfolgenden Straftaten wesentlich stärker von der staatsanwaltschaftlichen Sachleitungsbefugnis Gebrauch machen muss. Die Unklarheit im Vorrang präventiver oder repressiver Zuständigkeit im Einzelfall hätte ausgerechnet bei der auch juristisch häufig diffizilen Bekämpfung des internationalen Terrorismus zur Folge, dass Streit über die Zuständigkeit entstehen könnte. Möglicherweise hätte nicht die Generalbundesanwaltschaft das entscheidende Wort, sondern das Bundeskriminalamt und dessen vorgesetztes Bundesministerium des Innern.

Hinzu kommt, dass mit den Organisationsdelikten §§ 129a und 129b StGB der Rechtsgüterschutz durch Strafrecht wegen der besonderen Gefährlichkeit terroristischer Vereinigungen vorverlagert worden ist. Diese Vorverlagerung soll letztlich die Begehung der in § 129a StGB genannten Straftaten verhindern. Damit haben die §§ 129a und 129b StGB eine eindeutig präventive Funktion (vgl. BGH NStZ 1995, 601). Geht man aber von diesem spezifisch Gefahren abwehrenden Charakter dieser Straftatbestände aus, beginnt Strafverfolgung nicht erst mit dem Anfangsverdacht, sondern bereits mit der Prüfung und Klärung, ob die Voraussetzungen des Anfangsverdachts für eine verfolgbare Straftat (§ 152

Abs. 2 StPO) vorliegen. Dann bliebe aber wenig Raum für präventive Maßnahmen des Bundeskriminalamts:

Das potentielle Konfliktfeld zwischen Bundeskriminalamt/Bundesministerium des Innern und Generalbundesanwaltschaft wird damit jedenfalls noch deutlicher.

Die Bekämpfung des internationalen Terrorismus ist aber zu wichtig und damit verbunden auch die Verantwortlichkeit für die Maßnahmen, die zur Erhebung von personenbezogenen Daten eingesetzt werden dürfen, als dass es einer zu einem noch nicht absehbaren späteren Zeitpunkt hierzu ergehenden Rechtsprechung überlassen werden dürfte, wie diese Kompetenzen klar abgegrenzt werden müssen. Vielmehr ist hier der Gesetzgeber gefordert, bereits mit der Übertragung der neuen Aufgaben und Befugnisse an das Bundeskriminalamt diese Frage klar zu beantworten. Wie die Verfasser des Gesetzentwurfs die Antwort sehen, lässt sich aus Seite 54 der Begründung entnehmen: „Ist eine Straftat im Sinne von § 4a Abs.1 Satz 2 beendet und erwächst aus ihr auch sonst keine weitere Gefahr oder kein fortdauernder Schaden für die öffentliche Sicherheit, kommt nur eine Tätigkeit des Bundeskriminalamts im Rahmen der Strafverfolgung in Betracht.“ Damit wäre nach dieser Auffassung wohl auch erst dann der für die Strafverfolgung verantwortliche Generalbundesanwalt zuständig. Dies kann der Gesetzgeber nicht wollen. Zugespitzt bedeutete dies im Ergebnis, dass die Generalbundesanwaltschaft keine Ermittlungen wegen der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung führen dürfte, wenn diese noch keinen Anschlag verübt oder versucht hätte. Hier besteht die Gefahr einer weitgehenden Verschiebung der Zuständigkeit zur Terrorismusbekämpfung von der Generalbundesanwaltschaft zum Bundeskriminalamt.

Daraus folgt:

Das Bundeskriminalamt muss verpflichtet werden, die Generalbundesanwaltschaft umgehend zu unterrichten, sobald es auf Grund der neuen Kompetenzen bei der Bekämpfung des internationalen Terrorismus tätig wird. Die Generalbundesanwaltschaft erhält damit zumindest Gelegenheit selbst umgehend zu prüfen, ob sie ebenfalls zuständig ist, und kann dann ggf. ihren Aufgaben sofort nachkommen.

4. Veränderte Sicherheitsarchitektur

Wie eingangs angesprochen, verschiebt sich mit dem Bedeutungszuwachs des Bundeskriminalamts durch neue Aufgaben und Befugnisse das Gefüge zwischen den Sicherheitsbehörden auf Bundes- und Landesebene.

Die nun entstehenden Doppelzuständigkeiten der Polizeien der Länder und des Bundeskriminalamts werden in § 4a nicht normenklar geregelt:

Das Bundeskriminalamt „kann“ Aufgaben der Gefahrenabwehr übernehmen. Die Befugnisse der Länder und anderer Polizeibehörden des Bundes „bleiben unberührt“. Die Aufgabenwahrnehmung erfolgt in gegenseitigem „Benehmen“, also ohne notwendige Einigung.

Die somit eröffneten Doppelzuständigkeiten gefährden die Effektivität der Maßnahmen, ganz abgesehen davon, dass Betroffene möglicherweise doppelt und damit ggf. unverhältnismäßig von gegen sie gerichteten Maßnahmen erfasst werden können. Außerdem ist die politische Verantwortlichkeit ausgerechnet in den brisanten Fällen des internationalen Terrorismus schwieriger festzustellen.

Daraus folgt:

Gesetzestext und Begründung zu § 4a müssen präzisiert werden.

Wegen der Überlagerung der Aufgaben der Nachrichtendienste mit denen des Bundeskriminalamts und anderen Polizeibehörden, die sich schon seit längerem abzeichnet (vgl. etwa das Gemeinsame Dateigesetz), sollte die jetzt anstehende Gesetzgebung zum Anlass genommen werden, auch insoweit Klarheit zu schaffen. Eine Diskussion um das Trennungsgebot wird zunehmend theoretisch, wenn die Aufgabenfelder sich teilweise überlagern und ursprünglich nachrichtendienstliche, „heimliche“ Ermittlungsmethoden weitgehend auch den Polizeibehörden zur Verfügung stehen.

II. Ergänzend zu einzelnen Bestimmungen:

Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus nach § 4a Abs. 1 Satz 1

§ 4a Abs. 1 Satz 1 weist dem Bundeskriminalamt die Aufgabe der Abwehr des internationalen Terrorismus zu.

Das Fehlen einer Definition des Begriffs „Terrorismus“ oder gar des „Internationalen Terrorismus“ wird allgemein gerügt. Da diese Begriffe aber konstitutiv für die erstmalige Zuweisung von Aufgaben im Bereich der Prävention an das Bundeskriminalamt sind und sich daraus auch die Abgrenzung zu den entsprechenden Aufgaben der Polizeien der Länder ergibt, sollten diese Begriffe ausdrücklich im Gesetz und nicht nur in der Begründung definiert werden.

Allerdings bleibt die Begründung viel zu vage und muss dringend einschränkend formuliert werden, wenn die Voraussetzungen für eine Zuständigkeit des Bundeskriminalamts bei lediglich in Deutschland tätigen Gruppen bereits erfüllt sein können „durch Einbindung in international propagierte ideologische Strömungen“ (Begründung, Seite 50).

Anders als in § 20a Abs. 2, der eine im Einzelfall bestehende Gefahr, also eine konkrete Gefahr für die Anwendung der Befugnisse nach §§ 20b ff. voraussetzt, belässt es § 4a Abs. 1 Satz 1 bei der „Abwehr von Gefahren“, womit eine abstrakte Gefährdung ausreichen würde. Wenn wie in der Begründung ausgeführt aber auch insoweit nur das Vorliegen einer konkreten Gefahr erfasst sein soll, wäre dies, um Missverständnisse mit Blick auf die präzisere Formulierung in § 20a Abs. 2 zu vermeiden, klarzustellen.

Verhütung von Straftaten nach § 4a Abs. 1 Satz 2

In § 4a Abs. 1 Satz 2 wird dem Bundeskriminalamt ausdrücklich auch die Aufgabe der Verhütung von Straftaten im Rahmen der Gefahrenabwehr zugewiesen.

Die Verhütung von Straftaten gilt allgemein als Unterfall der Abwehr von Gefahren und wird dem präventiven Bereich zugerechnet. Es wird nicht ersichtlich, was der Gesetzgeber beabsichtigt, wenn er diesen Unterfall der Gefahrenabwehr ausdrücklich neben der Gefahrenabwehr als quasi weitere Aufgabe dem Bundeskriminalamt überträgt. Sollen hier dem Bundeskriminalamt in Abgrenzung zu der für die Strafverfolgung und damit auch für die Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten zuständigen Staatsanwaltschaft Aufgaben übertragen werden, etwa für eine eigenständige Zuständigkeit zur Verarbeitung personenbezogener Daten? Dabei ist auch zu bedenken, dass etwa einige Landesgesetzgeber

in deren Polizeigesetzen den Begriff „Verhütung von Straftaten“ nur in den speziellen Tatbeständen der Datenerhebung verwenden und nicht in der allgemeinen Aufgabennorm. Die Erforderlichkeit dieser Aufgabenzuweisung wäre zu prüfen. Außerdem wäre ggf. klarzustellen, wer letztlich für die Verarbeitung personenbezogener Daten in diesem Schnittbereich verantwortlich ist. Schließlich wäre insoweit auch in der Begründung Klarheit zu schaffen.

Protokollierung nach § 11 Abs. 6 Satz 1

Die Protokollierung hat nicht nur zu Zwecken der Datenschutzkontrolle zu erfolgen. Vielmehr muss auch dem Betroffenen die Möglichkeit eröffnet werden, insbesondere nach der Benachrichtigung gemäß § 20w, die ihn betreffenden Maßnahmen auf deren Rechtmäßigkeit „im Rahmen des nachträglichen Rechtsschutzes“ (vgl. BVerfGE 113, 348/362 zum fachgerichtlichen Rechtsschutz) überprüfen zu lassen.

§ 11 Abs. 6 Satz 1 ist entsprechend zu ergänzen.

Kernbereich privater Lebensgestaltung bei Eigensicherung nach § 16 Abs. 1a

Auf die Ausführungen oben zu I. 1. verweise ich.

Wie auch bereits oben vermerkt, empfiehlt sich eine „vor die Klammer“ gezogene Regelung zum Kernbereichsschutz.

Wird jedoch der Schutz des Kernbereichs jeweils nur bereichsspezifisch geregelt, dann muss dieser aber zumindest in der jeweiligen Regelung vollständig normiert werden. So fehlt es in § 16 Abs. 1a an einer § 20k Abs. 7 Satz 2 vergleichbaren Regelung zum „technischen“ Kernbereichsschutz.

Die Beschränkung der Nutzung der Daten (nur) zur Datenschutzkontrolle in § 16 Abs. 1a Satz 5 ist zu eng. Auch dem Betroffenen muss die Überprüfung der gegen ihn gerichteten Maßnahmen eröffnet werden; vergleiche meine Anmerkung zu § 11 Abs. 6 Satz 1.

Außerdem zeigt sich noch ein ganz grundsätzliches Problem: Nach § 16 Abs. 1a Satz 1 ist eine Maßnahme innerhalb einer Wohnung abzubrechen, wenn der Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen ist, „sobald dies ohne Gefährdung der beauftragten Person möglich ist“. Damit nimmt der Gesetzgeber eine unzulässige Abwägung zwischen dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung und dem Schutzbedürfnis einer beauftragten Person vor. Denn nicht einmal eine vorhergehende Prognoseentscheidung über eine mögliche Verletzung des Kernbereichs wird gefordert, obwohl auch die beauftragte Person den Kernbereich privater Lebensgestaltung selbstverständlich nicht verletzen darf. Eine vorgeschriebene Prognoseentscheidung könnte wenigstens einen zusätzlichen Schutz bieten.

Kontakt- und Begleitpersonen nach § 20b Abs. 2 Nr. 2

Zum Kreis der Personen zu denen personenbezogene Daten erhoben werden dürfen, zählen auch die so genannten Kontakt- und Begleitpersonen. Dies bedeutet, dass sich Maßnahmen gezielt gegen diese Personen richten können, auch wenn diese die Gefahr nicht selbst herbeiführen. § 20b Abs. 2 Nr. 2 macht diese Personen zum primären Ziel staatlicher Eingriffe; es handelt sich daher nicht etwa um zwangsläufig von einer Maßnahme betroffene Dritte. In Anbetracht der zum Beispiel in § 20h Abs. 1 Nummer 1c vorgesehenen Befugnisse zu akustischer und optischer Wohnraumüberwachung gegen die Kontakt- und Begleitpersonen, etwa auch von „Zustandsstörern“, ist der Kreis viel zu weit gezogen und

nicht hinreichend präzise. Der Gesetzgeber senkt damit die Eingriffsschwelle ab, weil diese Personen als Nichtstörer andernfalls nur subsidiär Ziel staatlicher Eingriffe wären:

Soweit etwa eine Person von einer Straftat nach § 4a Abs. 1 Satz 2 zwar Kenntnis hat, jedoch ihrer Anzeigepflicht nachgekommen ist, ist jedenfalls die Aufnahme dieser Person in den Kreis der Kontakt- und Begleitpersonen mit den sich daran möglicherweise anknüpfenden Folgen – der Behandlung wie ein Störer – nicht verhältnismäßig. Das Bundesverfassungsgericht verlangt, dass Kontakt- und Begleitpersonen in den Hintergrund oder das Umfeld der Straftat verwickelt sein müssen (BVerfG, 1 BvR 1104/92 vom 25. 4. 2001, Absatz-Nr. 54). Dies ist bei sämtlichen Fällen des § 20b Abs. 2 Nr. 2 nicht zu erkennen.

Zu weit ist die Definition für Kontakt- und Begleitpersonen auch, wonach es genügt, um zu diesem Personenkreis gerechnet zu werden, wenn die Person Vorteile aus der Verwertung der Tat ziehen *könnte* oder die Person nach Nummer 1 sich ihrer zur Begehung der Straftat bedienen *könnte*. Für beide Fallkonstellationen muss es konkrete Anhaltspunkte geben.

Befragung und Auskunftspflicht nach § 20c

1. § 20c Abs. 3 ist missglückt und teilweise nicht verfassungskonform. Das Verhältnis von Abs. 3 zu Abs. 2 Satz 2 ist unklar, soweit durch die Verweisung auf § 20 Abs. 1 des Bundespolizeigesetzes bereits die Nichtstörer erfasst werden. Zu Nichtstörern zählen aber auch die dann in Abs. 3 nochmals genannten, zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten. Die Normenklarheit verlangt für die Nichtstörer eine gesonderte Regelung, in der neben Zeugnisverweigerungsrechten auch sonstige im Einzelfall höherwertige Interessen berücksichtigt werden.

2. Soweit von § 20c Abs. 3 Gespräche mit Beichtcharakter betroffen sein können, ist die Regelung verfassungswidrig. Der Schutz der Beichte oder sonstiger Gespräche mit Beichtcharakter gehören zum verfassungsrechtlichen Menschenwürdegehalt der Religionsausübung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG (BVerfGE 109, 279/322). § 20c Abs. 3 Satz 2, der laut § 20u Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich unberührt bleibt, missachtet diesen Schutz der Menschenwürde, wenn einem Geistlichen für die dort geregelte Fallkonstellation die Verweigerung der Auskunft versagt wird. So wenig wie ein Beichtstuhl mit Abhöreinrichtungen versehen werden darf, so wenig darf ein Geistlicher nach Verlassen des Beichtstuhls oder nach Beendigung eines vergleichbaren seelsorgerischen Gesprächs zur Auskunft verpflichtet sein.

Es muss in der ausschließlichen Entscheidungshoheit des Geistlichen bleiben, ob und inwieweit er aus einem solchen Gespräch Auskünfte erteilt oder diese verweigert.

Soweit es sich um seelsorgerische Tätigkeit eines Geistlichen handelt, unterfällt diese Tätigkeit dem besonderen Schutz der Religionsausübung nach Art. 4 Abs. 2 GG. Dieser Schutz gilt generell und nicht nur für Angehörige einer öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaft. Eine derartige ausnahmslose Beschränkung bei seelsorgerischer Tätigkeit, wie diese sich aus der Begründung (Seite 89) hinsichtlich des Schutzes zeugnisverweigerungsberechtigter Personen ergibt, ist verfassungsrechtlich und aus menschenrechtlichen Gesichtspunkten nicht unproblematisch.

3. Auch für einen Strafverteidiger muss gelten, dass ausschließlich er selbst entscheiden können muss, inwieweit er in den Fällen des § 20c Abs. 3 Satz 2 Auskunft erteilen will und kann. Eine Verpflichtung zur Auskunft darf wegen der besonderen Bedeutung eines Strafverteidigers für ein rechtsstaatliches Strafverfahren nicht angeordnet werden. Eine derartige Verpflichtung verstößt gegen das Rechtsstaatsgebot.

Schließlich sollte auf die hier vorgesehene Unterscheidung zwischen Strafverteidigern und sonstigen Anwälten nicht zuletzt wegen vieler möglicher Berührungspunkte der verschiedenen anwaltlichen Tätigkeiten verzichtet werden; wo beginnt Strafverteidigung und wo endet die „normale“ anwaltliche Tätigkeit?

Auch andere Berufsgruppen, etwa Ärzte und Psychologen, können mit ihren Tätigkeiten Kernbereichsrelevanz aufweisen. Gleiches gilt für Familienangehörige und engste Vertraute.

4. Inwieweit Abgeordnete, denen in dieser Eigenschaft Tatsachen anvertraut werden, eine vollständige Befreiung von der Auskunftspflicht in Anspruch nehmen können müssen, ist von diesen zu beantworten.

5. Schließlich bleibt unklar, weshalb in § 20c Abs. 3 der Begriff „Betroffener“ verwendet wird. Gemeint ist wohl die „befragte Person“ nach § 20c Abs. 2.

Besondere Mittel der Datenerhebung nach § 20g

1. Auch bei diesen besonderen Mitteln der heimlichen Datenerhebung sollte der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung ausdrücklich geregelt werden, um den Umkehrschluss zu vermeiden, dass der Kernbereich nur dort, wo ausdrücklich geregelt, besonders zu beachten sei. Dass das Bundesverfassungsgericht bislang nur bei Maßnahmen, die Art. 10 und 13 GG und die Online-Durchsuchung betroffen haben, eine ausdrückliche Regelung gefordert hat, steht dem nicht entgegen. Auch hier zeigt sich, dass eine vor die Klammer gezogene Kernbereichsregelung alle diese Fragen lösen könnte.

2. Gerade in § 20g Abs. 1 Nummer 3 zeigt sich, dass der Begriff „Kontakt- und Begleitpersonen“ viel zu weit gefasst und zu wenig bestimmt definiert ist. Damit ist aber die Verhältnismäßigkeit der gegen diese eröffneten Eingriffe nicht gesichert; zum Beispiel: Einsatz eines Verdeckten Ermittlers gegen eine Person deren sich eine andere Person zur Begehung einer Straftat bedienen könnte.

3. Einsatz eines Verdeckten Ermittlers

Beim Einsatz eines Verdeckten Ermittlers wird grundsätzlich ein schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen in die Identität und die Motivation seines Kommunikationspartners ausgenutzt, um persönliche Daten zu erlangen, die der Betroffene sonst nicht preisgeben würde (vgl. BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27. 2. 2008, Absatz-Nr. 310). Der Einsatz eines Verdeckten Ermittlers kann einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bedeuten.

Nach § 20g Abs. 3 Satz 1 müssen Maßnahmen unter Einsatz eines Verdeckten Ermittlers nur dann vom Gericht angeordnet werden, wenn die Maßnahmen sich gegen eine bestimmte Person richten oder bei denen der Verdeckte Ermittler eine nicht allgemein zugängliche Wohnung betritt. Ob ein Einsatz eines Verdeckten Ermittlers sich auch gegen eine bestimmte Person richten wird, kann wohl rechtzeitig abgesehen werden. Damit dürfte die notwendige Entscheidung des Gerichts rechtzeitig eingeholt werden können. Aber das Betreten einer Wohnung kann sich spontan als erforderlich erweisen. Hier wird in aller Regel weder Zeit für eine richterliche Entscheidung noch auch nur für eine der Abteilungsleitung sein. Dass sich das Betreten einer Wohnung kurzfristig als erforderlich erweisen kann, wird auch aus § 20g Abs. 4 Nummer 2 deutlich, wonach der Verdeckte Ermittler ausdrücklich befugt sein soll,

eine Wohnung zwar mit Einverständnis des Berechtigten, wenngleich unter Legende, zu betreten.

Wenn der Gesetzgeber das Betreten einer Wohnung zu Recht unter Richtervorbehalt stellen will, dann sollte aber der Einsatz eines Verdeckten Ermittlers, der dies meist intendiert, grundsätzlich von vorneherein von einem Richter angeordnet werden. Andernfalls läuft die Regelung des Richtervorbehalts insoweit leer.

Wegen des Grundrechtseingriffs, der mit dem Einsatz eines Verdeckten Ermittlers ganz generell verbunden sein kann, sollte bei Vorliegen einer Gefahr im Verzuge nicht die Abteilungsleitung, sondern nur der Präsident/Vizepräsident diese Maßnahme anordnen. Allerdings generell vorzuziehen ist eine Anordnung durch ein Gericht.

4. Einsatz einer Vertrauensperson

Der Einsatz von Vertrauenspersonen sollte auch bei Gefahr im Verzug mindestens auf der Ebene der Abteilungsleitung angeordnet werden. Deren Einsatz erfolgt nicht so häufig, dass die Abteilungsleitung von derartigen Anordnungen überfordert wäre. Der Einsatz kann aber für den Betroffenen wegen der – aus seiner Sicht - Heimlichkeit der Maßnahme zu einem schweren Grundrechtseingriff führen.

Wohnraumüberwachung § 20h BKAG-E

Ergänzend zu den generellen Ausführungen zum Schutz des Kernbereichs und der Wahrung der Verhältnismäßigkeit ist noch auf Folgendes hinzuweisen:

1. Mit mehreren Novellierungen der Bestimmungen zur Telekommunikationsüberwachung, zuletzt mit Gesetz vom 21. 12. 2007 hat der Gesetzgeber auf die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts reagiert und dabei auch die Regelungen zur akustischen Wohnraumüberwachung in §§ 100c ff. StPO (BVerfGE 109, 279 ff.) aktualisiert. Diese umfassende Regelung sollte zumindest Anhaltspunkt für die parallele Regelung im BKA-Gesetz werden und nicht hinter den dortigen Zulässigkeitsvoraussetzungen zurückbleiben. Soweit Abweichungen allein wegen der unterschiedlichen Einsatzrichtung, hier zur Prävention, erforderlich sind, sollte dies in der Begründung klar niedergelegt werden.

2. Optische Überwachung einer Wohnung (vgl. auch BVerfGE 109, 279/309, 327)

Gerade im Zusammenhang mit der durch § 20h Abs. 1 Nummer 2 eröffneten Möglichkeit zur optischen Wohnraumüberwachung ist an Folgendes nachdrücklich zu erinnern:

Die Achtung der Menschenwürde ist tragendes Konstitutionsprinzip und oberster Verfassungswert. Mit der Würde des Menschen ist es unvereinbar, ihn zum bloßen Objekt der Staatsgewalt zu machen. Die Menschenwürde wird schon verletzt, wenn durch die Art der Maßnahme die Subjektqualität der Person grundsätzlich in Frage gestellt wird (BVerfGE 109, 279/312 f.).

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Schutz der Privatsphäre gewährleistet dem Einzelnen einen räumlich bestimmten Bereich, der grundsätzlich frei von unerwünschter Einsichtnahme bleiben soll (BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27. 2. 2008, Absatz-Nr. 197; E 27, 344/350 ff.; E 101, 361/382 f.; und weitere Verweise). Die Privatwohnung muss der Raum bleiben, in den der Einzelne sich zurückziehen kann, in dem er ein Recht auf Einsamkeit besitzt. In diesem Raum muss der Einzelne frei von jeder Beobachtung tun und lassen können, was ihm beliebt, ohne befürchten zu müssen, dass staatliche Stellen sein

Verhalten überwachen. Die Unverletzlichkeit der Wohnung, als einem letzten Refugium, hat auch einen engen Bezug zur Menschenwürde (BVerfGE 109, 279/314). Dem Einzelnen soll das Recht, in Ruhe gelassen zu werden, gerade in seinen Wohnräumen gesichert sein (BVerfGE 75, 318/328; E 109, 279/313). Auch wenn dies nicht einen absoluten Schutz der Räume der Privatwohnung verlangt, bedarf es eines absoluten Schutzes des Verhaltens in diesen Räumen, soweit es sich als individuelle Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung darstellt.

Kann nun zu einer akustischen Überwachung noch die optische Überwachung der Privatwohnung hinzukommen, gerät der Einzelne zunehmend in Gefahr, zum Objekt staatlicher Ausforschung zu werden. Bei einer optischen Beobachtung eines Menschen in seiner Privatwohnung ist zu vermuten, dass kernbereichsrelevante Handlungen erfasst werden können. Optische wie akustische Überwachung können grundsätzlich geeignet sein, nahezu lückenlos alle Bewegungen und Lebensäußerungen in einer Privatwohnung zu registrieren und somit Grundlage für ein Persönlichkeitsprofil zu werden (BVerfGE 109, 279/323). Die Befürchtung in der eigenen Privatwohnung möglicherweise von der Polizei beobachtet zu werden, kann das Vertrauen in den Staat untergraben (BVerfGE 107, 299/328) und ein Gefühl der Unfreiheit erzeugen. Dies kann zu „Einschüchterungseffekten“ führen (BVerfGE 109, 279/354). Die Möglichkeit zur „höchstpersönlichen“ Entfaltung (BVerfGE 109, 279/313) wird durch eine optische Überwachung besonders eingeschränkt. Dabei geht es nicht nur um Ausdrucksformen der Sexualität, sondern auch um sonstige „höchstpersönliche Handlungen“ (BVerfGE a.a.O. 321) oder auch um Verhaltensweisen, die für sich genommen nicht von vorneherein dem Kernbereich zugehören, deren Beobachtung aber für den Beobachteten ein Gefühl der Erniedrigung erzeugen können, vor der die Menschenwürdegarantie aber gerade schützen soll (a.a.O. 312). Werden alle Regungen eines Menschen erfasst und nicht „nur“ seine Kommunikation, besteht die Gefahr, dass der Einzelne zum Objekt staatlichen Handelns wird. Dies würde aber seine Menschenwürde verletzen.

Der Satz des Bundesverfassungsgerichts, dass Abhörmaßnahmen „ausgeschlossen sind, wenn es wahrscheinlich ist, dass mit ihnen absolut geschützte Gespräche erfasst werden“ (BVerfGE 109, 279/320), muss in mindest gleicher Weise bei optischer Überwachung gelten. Mehr noch als bei „bloßer“ akustischer Überwachung (vgl. auch BVerfG NJW 2007, 2753/2754) muss vor Einsatz einer optischen Überwachung eine auf ermittelte Tatsachen beruhende Prognose vorgenommen werden, um in concreto den Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht zu berühren und damit eine Kernbereichsverletzung von vorneherein zu vermeiden. Dies mag im Einzelfall bedeuten, dass insbesondere auch vor dem Einsatz einer optischen Überwachung zunächst mit anderen Maßnahmen die notwendigen Erkenntnisse gesammelt werden müssen, um eine Kernbereichsverletzung zu vermeiden (BVerfGE 109, 279/323). Diese Anforderung muss sich dem Gesetzestext klar entnehmen lassen; insoweit ist eine Ergänzung geboten.

Zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung gerade bei einer optischen Überwachung sind also nicht nur entsprechende „Äußerungen“, wie bisher in § 20 h Abs. 5 Satz 1 geregelt, von deren Erfassung auszunehmen. Dieses Verbot muss sich ausdrücklich auch auf optisch wahrzunehmende „Verhaltensweisen“ erstrecken, die dem Kernbereich unterfallen. Das heißt, dass zur Vermeidung von Verletzungen des Kernbereichs bei der optischen Überwachung zusätzliche Vorkehrungen zum Schutz der Menschenwürde getroffen werden müssen. Kann die Kernbereichsverletzung nicht ausgeschlossen werden, muss auf die optische Wohnraumüberwachung verzichtet werden; siehe auch unten zu Nr. 5.

Schließlich sind für den Einsatz einer akustischen verbunden mit einer optischen Überwachung weitere Vorkehrungen zu treffen, damit neben dem unantastbaren Kernbereich

privater Lebensgestaltung auch die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme gewahrt bleibt. Denn diese doppelte Überwachung, soweit sie nicht im Einzelfall unter den Kernbereichsschutz fällt und damit ohnehin unzulässig ist, stellt in aller Regel einen besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriff dar. Eine solche kombinierte Maßnahme dürfte deshalb allenfalls zulässig sein, wenn durch den Einsatz anderer Maßnahmen tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, dass der Kernbereich nicht berührt wird und nur durch eine gezielte optische Überwachung eines konkret zu benennenden Raumes (BVerfGE 109, 279/360) die unmittelbar drohende Gefahr eines terroristischen Anschlags beseitigt werden kann. Diese Voraussetzung könnte etwa vorliegen, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass der oder die Betroffenen in einem bestimmten Raum der Wohnung Vorbereitungen zum Bau von Bomben treffen. Nicht ausreichend dürfte jedenfalls sein, dass durch den kombinierten Einsatz nur die Zuordnung von Personen erleichtert würde, wie dies die Bundesregierung auf entsprechende Fragen ausgeführt hat (BT-Drucksache 16/8580, Seite 10).

3. Sachen als Schutzgut (§ 20h Abs. 1)

Soweit die Maßnahme einer akustischen und/oder optischen Überwachung einer Privatwohnung zur Abwehr einer dringenden Gefahr für „Sachen“ eingesetzt werden soll, sind wegen der hier möglichen Eingriffstiefe an die Bedeutung einer Sache besonders hohe Anforderungen zu stellen. Der Begriff „Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist“, ist jedoch viel zu unbestimmt und kann zu unverhältnismäßigen Eingriffen führen.

Daraus folgt:

Die wesentlich präzisere und der Intensität des Eingriffs angemessenere Formulierung in § 20k Abs. 1 bezüglich der Bedeutung der Sachen für die Zulässigkeit einer Maßnahme zur Online-Durchsuchung sollte auch für die Wohnraumüberwachung übernommen werden; siehe hierzu auch bereits oben I. 2.

Außerdem stellt sich die Frage nach der Verhältnismäßigkeit der Überwachung von Zustandsstörern sowie Kontakt- und Begleitpersonen (§ 20h Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a und c).

4. Zu § 20h Abs. 4

Die Anforderungen an den Inhalt der Begründung einer Anordnung zur Wohnraumüberwachung nach § 20h Abs. 4 Satz 2 genügen nicht den diesbezüglichen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 109, 279/358 ff.). Die Begründung muss sich auf sämtliche materiellen und prozessualen Voraussetzungen beziehen. Aus ihr muss sich die konkrete Verdachtslage ergeben, die stattgefundenen Einzelfallabwägung sowie wegen der ultima ratio-Klausel die Beachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes.

Was unter dem Begriff „die wesentlichen Gründe“ in § 20h Abs. 4 Satz 2 Nummer 4 zu verstehen ist, erschließt sich nicht und trägt damit nicht zur Präzisierung der Begründungsanforderungen bei.

5. Zu § 20h Abs. 5

Mit einer optischen Überwachung können nicht nur „Äußerungen“, sondern auch Verhaltensweisen verschiedenster Art erfasst werden (vgl. oben Nr. 2). Die Regelung in Abs. 5 Satz 1, die bislang nur zur Zulässigkeit von Maßnahmen bei der Überwachung von „Äußerungen“ Anforderungen enthält, muss der Gesetzgeber deshalb zur Sicherstellung des Kernbereichsschutzes auch bei einer eventuellen optischen Überwachung entsprechend ergänzen. Darüber hinaus sind weiter reichende Anforderungen an die Zulässigkeit einer akustischen und/oder optischen Überwachung des Betroffenen in seiner Privatwohnung

notwendig, um auch die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu gewährleisten.

Sofern Maßnahmen zur akustischen oder optischen Wohnraumüberwachung im Einzelfall im Wege automatischer Aufzeichnungen erfolgen (erst nach der oben angesprochenen Prognoseentscheidung bezüglich einer Kernbereichsverletzung), ist die Überprüfung der Aufzeichnung immer von einem Richter vorzunehmen, da eine Verletzung des Kernbereichs, anders als bei einer unmittelbaren Überwachung, nicht sofort erkennbar ist.

Abs. 5 Satz 4 ist missverständlich oder unvollständig, da nur für automatische Aufzeichnungen nach Abs. 5 Satz 3 (Zweifel ob Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen) die Durchsicht auf eine mögliche Kernbereichsverletzung und die entsprechende richterliche Entscheidung vorgesehen sind. Für sonstige automatische Aufzeichnungen wäre demnach eine den Kernbereich schützende Durchsicht durch eine unabhängige und neutrale, die Belange des Betroffenen wahrende Person demnach nicht erforderlich.

Daraus folgt:

Zum notwendigen Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, der gerade durch Maßnahmen der akustischen und/oder optischen Wohnraumüberwachung berührt sein kann, muss entweder eine automatische Aufzeichnung bei Maßnahmen nach § 20h ausdrücklich untersagt oder eine richterliche Entscheidung auch für diese Fälle im Gesetz angeordnet werden.

6. Vorkehrungen bei Gericht

Um gerade den Kernbereich privater Lebensgestaltung besonders zu schützen, sind richterliche Entscheidungen vorgesehen. Dies setzt aber zunächst die Übermittlung der zu schützenden personenbezogenen Daten an das Gericht voraus, was diese Daten einem neuen Risiko aussetzt. Da der Gesetzgeber gehalten ist, die notwendigen Vorkehrungen zum Schutz der Grundrechte der Betroffenen zu treffen, sollte erwogen werden bei Gericht die notwendigen organisatorischen Maßnahmen anzuordnen, um die Geheimhaltung der dort für richterliche Entscheidungen eingehenden personenbezogenen Daten besonders sicherzustellen. In diesem Zusammenhang wäre auch an eine besondere Geheimhaltungspflicht für die Personen zu denken, die in diesem Zusammenhang kernbereichsrelevante Daten zur Kenntnis bekommen (z.B. auch Übersetzer).

7. Protokollierung

Maßnahmen nach § 20h sind zu protokollieren, um die Rechtmäßigkeit der Durchführung kontrollieren zu können. Die Regelung in § 20k Abs. 3 bei Online-Durchsuchungen kann im Grundsatz als Beispiel für eine Regelung der Protokollierungspflicht dienen. Jedenfalls sind bei den Aufzeichnungen nach Abs.5 auch die Personalien der beim Abhören oder automatischer Aufzeichnung Beteiligten aufzunehmen. Dies ist auch eine der Voraussetzungen für die effektive nachträgliche Kontrollmöglichkeit. Dies ist hier nicht gewährleistet, wenn die Daten nur zum Zwecke der Datenschutzkontrolle gespeichert und nach spätestens einem Jahr gelöscht werden. So kann der Betroffene praktisch nie überprüfen lassen, ob unberechtigt der Kernbereich seiner privaten Lebensgestaltung ausgeforscht worden ist.

8. Eilkompetenz nach § 20h Abs. 3

Ob in Anbetracht des Vorbereitungsaufwands eine Eilkompetenz notwendig ist, muss auch hier noch nachgewiesen werden.

Rasterfahndung nach § 20j

1. Das Bundesverfassungsgericht hat das Vorliegen einer konkreten Gefahr als Voraussetzung bezeichnet für eine vom Gesetzgeber vorzusehende Maßnahme der Rasterfahndung (BVerfGE 115, 320/360 ff.). Ob die in § 20j Abs. 1 Satz 1 genannte Regelvermutung – „eine solche Gefahr liegt auch dann vor, wenn ...“ den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an das notwendige Vorliegen einer konkreten Gefahr entspricht, erscheint zweifelhaft.

2. Von der Rasterfahndung nach § 20j Abs. 2 können auch Daten von besonderer Persönlichkeitsrelevanz (vgl. § 3 Abs. 9 BDSG) betroffen sein – lediglich einem Berufs- oder besonderem Amtsgeheimnis unterliegende Daten sind ausgenommen. Wegen des besonderen Gewichts der damit verbundenen Grundrechtseingriffe (BVerfGE 115, 320/353) bedarf es zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit einer besonderen gesetzlichen Regelung.

So sollten solche besondere Arten personenbezogener Daten im Rahmen einer Rasterfahndung vom Bundeskriminalamt für Zwecke einer Rasterfahndung nur angefordert werden dürfen, wenn andernfalls die Rasterfahndung aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

3. Die in § 20j Abs. 4 vorgesehene Regelung für Fälle von „Gefahr im Verzug“ erscheint überflüssig. Mit Blick auf den Vorbereitungsaufwand für eine Rasterfahndung ist ein solcher Eilfall kaum vorstellbar.

Online-Durchsuchung nach § 20k

1. Die hohe Intensität der Grundrechtseingriffe durch eine Online-Durchsuchung hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27. 2. 2008) deutlich betont: Die Gesamtschau der auf einem informationstechnischen System gespeicherten Daten ermögliche weit reichende Rückschlüsse über die Persönlichkeit des Betroffenen bis hin zu einer Bildung von Verhaltens- und Kommunikationsprofilen (a.a.O. Absatz-Nr. 232); eine besondere Schwere liege darüber hinaus vor bei einer längerfristigen Überwachung (a.a.O. Absatz-Nr. 234).

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht mit der vorgenannten Entscheidung vom 27. 2. 2008 den Weg für eine gesetzliche Regelung der Online-Durchsuchung grundsätzlich frei gemacht hat, muss der Gesetzgeber gleichwohl intensiv prüfen und dann in der Begründung detailliert darlegen, ob eine Maßnahme von solcher Eingriffsintensität tatsächlich vorgesehen werden muss, also andere mildere Mittel definitiv nicht ausreichen. In der Begründung ist nicht überzeugend nachgewiesen, dass es der Befugnis zur Online-Durchsuchung tatsächlich bedarf, um die Sicherheit der Bevölkerung vor den Gefahren des internationalen Terrorismus in einem dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechenden Maße zu erhöhen. Schließlich ist zu bedenken, dass der dem Gesetzgeber eingeräumte Einschätzungsspielraum nicht bedeutet, das aus verfassungsrechtlicher Sicht gerade noch Vertretbare auch tatsächlich ausnutzen zu müssen.

2. Um die besondere Intensität des Eingriffs durch eine Online-Durchsuchung zu betonen, setzt das Bundesverfassungsgericht voraus, dass „eine existentielle Bedrohungslage“ besteht (a.a.O. Absatz-Nr. 248). Dem entspricht § 20k Abs. 1 Satz 1 mit der formelhaften Worten „eine Gefahr vorliegt für 1. Leib, Leben oder Freiheit einer Person“

nicht. An der herausragenden Bedeutung dieser Werte besteht zwar kein Zweifel. Die besonderen Voraussetzungen für die Anordnung einer Maßnahme rechtfertigen diese ohne Bezug auf die existentielle Bedrohungslage für den Staat oder die Grundlagen der Existenz der Menschen jedoch nicht. Letzterer Bezug nur beim Schutz von Gütern der Allgemeinheit genügt jedenfalls nicht.

Das Bundesverfassungsgericht stellt weiter fest: „Die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit der Bevölkerung vor Gefahren für Leib, Leben und Freiheit sind Verfassungswerte, die mit anderen hochwertigen Gütern im gleichen Rang stehen.“ „Der Staat kommt seinen verfassungsrechtlichen Aufgaben nach, indem er Gefahren durch terroristische oder andere Bestrebungen entgegen tritt.“

Daraus folgt:

Auch die Aufgabe des Schutzes der „Sicherheit der Bevölkerung“ sollte in der Zweckbeschreibung in § 20k Abs. 1 deutlich zum Ausdruck kommen, um das Schutzgut, um das es bei der tief eingreifenden Online-Durchsuchung geht, besonders herauszustellen und die Legitimität des Zweckes klarzustellen. Ihrem Wortlaut nach erfasst die Regelung selbst eine einfache Körperverletzung.

3. Wenig nachvollziehbar ist, weshalb die Anordnung nach § 20k Abs. 6 Satz 2 auf den langen Zeitraum von drei Monaten befristet werden darf. Vergleichbar bei einer Wohnraumüberwachung (§ 20h Abs. 4 Satz 2) sollte, auch um eine engere richterliche Kontrolle zu gewährleisten, die Frist auf einen Monat begrenzt werden.

4. Zum Kernbereichsschutz nach § 20 k Abs. 7 verweise ich auf die einleitenden Ausführungen.

Ergänzend noch folgendes:

Bei privat genutzten informationstechnischen Systemen besteht eine Vermutung, dass darauf auch Daten gespeichert sind, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren (vgl. zu einer Vermutung dieser Art bei der Wohnraumüberwachung BVerfGE 109, 279/321). Dem wird der Gesetzgeber nicht gerecht, wenn er die Unzulässigkeit einer Maßnahme an die engen Voraussetzungen in Abs. 7 Satz 1 knüpft, obgleich die Vermutung der Kernbereichsbetroffenheit erfordern müsste, dass im konkreten Fall Tatsachen vorliegen, dass der Kernbereich nicht verletzt werden wird. Die Formulierung, dass „tatsächliche“ Anhaltspunkte vorliegen müssen, dass „allein“ Erkenntnisse aus dem Kernbereich erlangt werden, lässt nämlich faktisch den gerade hier zu erwartenden Eingriff in den Kernbereich fast immer zu. Damit ist aber der Kernbereichsschutz nicht gewährleistet. „Eine gesetzliche Ermächtigung zu einer Überwachungsmaßnahme, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren kann, hat so weitgehend wie möglich sicherzustellen, dass Daten mit Kernbereichsbezug nicht erhoben werden“ (BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27. 2. 2008, Absatz-Nr. 277). „Gibt es im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte dafür, dass eine bestimmte Datenerhebung den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren wird, so hat sie grundsätzlich zu unterbleiben“(a.a.O. Absatz-Nr. 281).

Dem wird § 20k Abs. 7 Satz 1 nicht gerecht und muss geändert werden.

5. Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne darf in Anbetracht der Schwere der potentiellen Grundrechtsbeeinträchtigung einer Online-Durchsuchung auf den hinreichenden Wahrscheinlichkeitsgrad der Aussicht auf den Erfolg des beabsichtigten Rechtsgüterschutzes nicht verzichtet werden (vgl. BVerfGE 115, 320/361). Deshalb darf die Maßnahme einer Online-Durchsuchung außerdem nur angeordnet werden, wenn aufgrund

tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass durch die Maßnahme Erkenntnisse erlangt werden, die zur Abwehr der in § 20k Abs. 1 genannten Gefahren auch tatsächlich geeignet sind. Die Formulierung in § 100c Abs. 1 Nr. 3 könnte insofern als Vorbild dienen.

6. Leben mehrere Personen in einer Wohnung, ob im Familienverband oder aus anderen Gründen, muss bei einer Maßnahme der Online-Durchsuchung sichergestellt sein, dass tatsächlich das von der Zielperson genutzte informationstechnische System und nur dieses von der Online-Durchsuchung betroffen ist. Eine Online-Durchsuchung, die mangels Übersehbarkeit der konkreten Umstände in einer Wohnung das Gerät eines unbeteiligten Dritten, also eines Nichtstörers, erfasste, wäre nicht verfassungsgemäß. Ein solcher Nichtstörer gehört nicht zu den Dritten, die unvermeidbar bei Maßnahmen dieser Art erfasst werden dürfen (vgl. BVerfG 1 BvR 370/07 vom 27. 2. 2008, Absatz-Nr. 233).

Auch der Ausschluss derartiger Nichtstörer verlangt intensive Vorermittlungen, die der Gesetzgeber im Rahmen der notwendigen Vorkehrungen zum Schutz Unbeteiligter zu treffen hat. Unklar bleibt, welche Personen der Gesetzgeber als Zustandsstörer im Auge hat.

7. Richtervorbehalt und Gefahr im Verzug (§ 20k Abs. 5):

In Anbetracht der Eingriffstiefe einer Online-Durchsuchung sollte erwogen werden, ob diese Aufgabe nicht dem Landgericht zugewiesen werden sollte (vgl. § 100d Abs. 1 Satz 1 StPO für die strafprozessuale akustische Wohnraumüberwachung).

Ob überhaupt Fallkonstellationen denkbar sind, in denen wegen Gefahr im Verzug eine richterliche Entscheidung nicht eingeholt werden kann, müsste näher begründet werden. Denn es bestehen Zweifel, ob bei der Dauer der Vorbereitung einer solchen Maßnahme, überhaupt ein Anwendungsfall der Gefahr im Verzug denkbar ist. Insoweit ist auch auf die ohnehin notwendige Vorprüfung zur Sicherung des Kernbereichsschutzes nach § 20k Abs. 7 Sätze 1 und 2 hinzuweisen. Ferner hat das Bundesverfassungsgericht inzwischen erneut deutlich gemacht, dass durch eine geeignete Gerichtsorganisation sicherzustellen ist, dass ein Richter auch kurzfristig erreichbar ist. Jedenfalls dürfte die Frist von drei Tagen bei Gefahr im Verzug (§ 20k Abs. 5 Satz 2) angesichts der Tiefe des Eingriffs und der Geschwindigkeit, mit der durch Auslesen der Daten der Eingriff schon abgeschlossen sein kann, zu lange sein. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass das Bundesverfassungsgericht solche Eilfälle unter engen Voraussetzungen akzeptiert (a.a.O. Absatz-Nr. 261; BVerfGE 103, 142/153 ff.). Würde wie in § 100d Abs. 1 Satz 2 StPO das Landgericht als zuständiges Gericht bestimmt, könnte dessen „Vorsitzenden-Lösung“ für den Fall der Gefahr in Verzug auch hier vorgesehen werden.

Sofern der Richter der wegen Gefahr in Verzug bereits begonnenen Online-Durchsuchung nachträglich nicht zustimmt, müsste ein Verwertungsverbot bezüglich der bereits erhobenen Daten bestimmt werden. Meines Erachtens bestehen aber erhebliche Zweifel, ob bei der Dauer der Vorbereitung einer solchen Maßnahme, überhaupt ein Anwendungsfall der Gefahr im Verzug denkbar ist (vgl. auch die notwendige Vorprüfung, um den Kernbereichsschutz nach § 20k Abs. 7 Sätze 1 und 2 zu gewährleisten).

8. Zur notwendigen Detailliertheit der Anordnung nach § 20k Abs. 6 gilt das zu § 20h Abs. 4 Ausgeführte.

9. Im Rahmen des zweistufigen Schutzkonzepts zur Sicherung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung kommt der Durchsicht der erhobenen Daten auf eine mögliche

Kernbereichsverletzung durch eine unabhängige Stelle besondere Bedeutung zu. Dabei ist den Belangen des Betroffenen Rechnung zu tragen (BVerfG, a.a.O. Absatz-Nr. 283). Gewähr für die nötige Neutralität und Unabhängigkeit bietet grundsätzlich nur ein Richter (a.a.O. Absatz-Nr. 259 f.). Deshalb darf die Durchsicht der erhobenen Daten auf eine mögliche Kernbereichsverletzung hin nicht durch zwei weisungsgebundene Bedienstete des Bundeskriminalamts erfolgen. Wenn die für den Eingriff verantwortliche Institution selbst ihr Handeln kontrolliert, wird den Belangen des Betroffenen insoweit nicht entsprochen.

Daraus folgt:

Ein Externer muss die gewonnenen Daten prüfen, eventuell sogar ein Richter, der nicht mit der Anordnung der Maßnahme der Online-Durchsuchung befasst war.

10. Die Kontrolle einer möglichen Kernbereichsverletzung durch den Betroffenen selbst muss möglich sein, sie ist aber überhaupt nicht vorgesehen. Eine längere gesicherte Speicherung für diesen Zweck ist auch für die unter § 20k Abs. 7 fallenden Daten notwendig. Die Löschung darf deshalb nicht schon „am Ende des Kalenderjahres, das dem Jahr der Dokumentation folgt“ erfolgen, wie in § 20k Abs. 7 Satz 8 vorgesehen.

11. Schutz sonstiger besonders sensibler personenbezogener Daten

Es besteht die allgemeine Vermutung, dass auf einem privaten informationstechnischen System viele sensible personenbezogene Daten gespeichert sind. Selbst wenn eine Online-Durchsuchung im Einzelfall den Schutz des Kernbereichs beachtet und verhältnismäßig ist, bedürfen diese sensiblen Daten, deren Erhebung ein Grundrechtseingriff ist, des besonderen Schutzes. Entsprechende verfahrensrechtliche Regelungen zur Datensicherung fehlen bislang. Geeignete, der hohen Eingriffsintensität angemessene Verfahrensvorkehrungen sind hier aber ausdrücklich vorzusehen (a.a.O. Absatz-Nr. 257): Zum einen müssen alle Daten, die für die Gefahrenabwehr nicht erforderlich sind, sofort gelöscht werden als Maßnahme der verfahrensrechtlichen Vorkehrungen zum Schutz des Persönlichkeitsrechts. Außerdem sind erhobene sensible Daten stets besonders gegen unbefugte Benutzung zu sichern. Dies gilt auch, wenn diese Daten einen Bezug zur Gefahrenabwehr haben können und deshalb noch nicht gelöscht sind.

12. Betreten der Wohnung für Zwecke einer Online-Durchsuchung

Auch wenn die durch Art. 13 Abs. 1 GG gewährleistete Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung Schutzlücken lassen mag, wenn auf informationstechnische Systeme von außen zugegriffen wird (vgl. a.a.O. Absatz-Nr. 191), bedeutet dies selbstverständlich nicht, dass Art. 13 Abs. 1 GG bei Online-Durchsuchungen ohne Bedeutung bleibt. Sollte zum Zweck der Installation von technischem Gerät oder zur Manipulation von Hardware oder Software aber die Wohnung betreten werden, ist das Schutzgut von Art. 13 Abs. 1 GG betroffen (vgl. auch BVerfG NJW 2007,2753/2754).

Bezüglich einer Online-Durchsuchung wird nun vorgetragen, dass hierzu das Betreten der Wohnung nicht erforderlich sei, vielmehr die Infiltration in das informationstechnische System und die notwendigen Manipulationen von außen vorgenommen werden könnten. Wenn dem so ist, sollte in § 20k ausdrücklich klargestellt werden, dass mit dessen Befugnis das Betreten einer von Art. 13 Abs. 1 GG geschützten Wohnung nicht umfasst ist. Diese Klarstellung scheint umso notwendiger, als allgemein davon ausgegangen wird, dass das heimliche Betreten von Wohnungen für das Anbringen von Abhöreinrichtungen zur akustischen Wohnraumüberwachung nach § 100c StPO von dessen Befugnis umfasst sei (so wohl auch BVerfG NJW a. a. O. 2754).

Die mit § 20t eröffnete Befugnis zum „Betreten und Durchsuchen von Wohnungen“ erlaubt wegen der eigenständigen und anderen Zweckrichtung von § 20t das Anbringen von Überwachungsgerät oder vergleichbare Manipulationen an in der Wohnung vorhandenen informationstechnischen Systemen jedenfalls nicht.

13. Technische Schutzmaßnahmen nach § 20k Abs. 2

In § 20k Abs.1 Sätze 2 und 3 wird lediglich angeordnet, dass die Veränderungen der betroffenen informationstechnischen Systeme sowie der Schutz der kopierten Daten sich nach dem Stand von Wissenschaft und Technik richten muss. Das reicht nicht aus: Der Gesetzgeber muss selbst entscheiden, ob heute dieser Stand erreicht ist. Nur für die Zukunft darf er eine dynamische Verweisung vorsehen.

Außerdem fehlt der klare gesetzliche Befehl, dass die originär auf dem informationstechnischen System gespeicherten Daten nicht verändert werden dürfen. Andernfalls erhöhen sich die Zweifel am Informationswert der auf diesem Wege gewonnenen Daten; letzteres ist für die Frage der Verhältnismäßigkeit entscheidend.

Überwachung der Telekommunikation nach § 20l

Mit § 20l wird nicht nur die Telekommunikationsüberwachung bisheriger Art geregelt, sondern zusätzlich die „Quellen-Telekommunikationsüberwachung“ eröffnet.

Mit dieser wird aber vergleichbar der Online-Durchsuchung in die häusliche Sphäre des davon Betroffenen eingewirkt. Das Bundesverfassungsgericht weist auf die damit verbundene Gefährdung für den Betroffenen deutlich hin: „Wird ein komplexes informationstechnisches System zum Zweck der Telekommunikationsüberwachung technisch infiltriert (Quellen-Telekommunikationsüberwachung“), so ist mit der Infiltration die entscheidende Hürde genommen, um das System insgesamt auszuspähen. Die damit verbundene Gefährdung geht weit über die hinaus, die mit einer bloßen Überwachung der laufenden Telekommunikation verbunden ist“ (BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27. 2. 2008, Absatz-Nr. 188). Denn die herkömmliche Telekommunikationsüberwachung wird „nur“ beim Betreiber vorgenommen. Wegen dieser neuen Gefährdungen für den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung und der notwendigen Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sind weitere über die bisher in § 20l vorgesehenen gesetzlichen Schutzvorkehrungen hinaus erforderlich.

Daraus folgt:

Weil die Eingriffsintensität der Quellen-Telekommunikationsüberwachung derjenigen der Online-Durchsuchung zumindest ähnlich ist, sollten insoweit auch die für die Online-Durchsuchung in § 20k vorgesehenen gesetzlichen Schutzvorkehrungen auch in § 20l übernommen werden.

Allgemeine polizeiliche Befugnisse nach §§ 20o mit 20t

1. Ob die Zuweisung der polizeilichen Standardbefugnisse wie Platzverweis und andere für die Abwehr der konkreten Gefahren des internationalen Terrorismus wirklich zwingend ist, erscheint zumindest zweifelhaft. Die Begründung etwa zu §20o mit dem durch einen Verkehrsteilnehmer blockierten Parkplatz überzeugt nicht.

2. Zwar soll ausweislich der Begründung das Betreten und Durchsuchen einer Wohnung (§ 20t) nur unter engen Voraussetzungen zulässig sein. Jedoch gestattet § 20t Abs. 3 das Betreten der Wohnung, wenn dort „erfahrungsgemäß“ Personen Straftaten nach § 4a Abs. 1

Satz 2 verabreden, vorbereiten oder verüben. Nicht erkennbar ist, was das Betretungsrecht einer Wohnung unter den Voraussetzungen des Abs. 3 bezweckt, wenn darin laut Begründung keine Ermächtigung für eine Durchsuchung liegen soll. Die Eingriffsschwelle genügt mangels eines klaren Gefahrenbezugs nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

3. Schließlich muss es in § 20t Abs. 1 Satz 1 Nummer 1 statt „§ 20n“ wohl „§ 20p“ heißen.

Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Personen nach § 20u

Die Differenzierung zwischen den Zeugnisverweigerungsberechtigten nach § 20u Abs. 1 und Abs. 2 sollte nochmals überprüft werden. Zum Beispiel können vom Arztgeheimnis oft Daten berührt sein, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechen sind; und dem Kontakt mit Rechtsanwälten kommt im Rechtsstaat auch besonderer Schutz zu.

Es ist eindeutig darzulegen, was Zeugnisverweigerungsberechtigten der Schutz durch § 20u nützt, wenn § 20c unberührt bleibt, also ggf. eine Auskunftspflicht besteht. Eine normenklare Abstimmung zwischen diesen beiden Vorschriften scheint geboten.

Ferner darf der Gesetzgeber die Abwägung zwischen öffentlichem Interesse und Vertraulichkeitsschutz in § 20u Abs. 2 nicht der Verwaltung überlassen, sondern muss diese selbst regeln.

Übermittlung der Daten an andere Stellen nach § 20v Abs. 5

§ 20v Abs. 5 erlaubt eine zu weitgehende Übermittlung der mit den besonderen Ermittlungsmethoden dieses Unterabschnittes erhobenen Daten und damit über das verfassungsrechtlich zulässige Maß hinaus. Die Übermittlung dieser personenbezogenen Daten stellt einen eigenständigen Grundrechtseingriff dar, der grundsätzlich allenfalls unter den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen zulässig ist, unter denen auch die Erhebung zulässig ist.

Daraus folgt:

Diese Beschränkung muss ausdrücklich im Gesetz niedergelegt sein.

Zudem muss eine Datenübermittlung an andere Polizeien und sonstige öffentlichen Stellen im Einzelfall erforderlich sein.

1. „Das Bundeskriminalamt kann *„die“* nach diesem Unterabschnitt erhobenen Daten an andere Polizeien ... übermitteln“. Mit der Verwendung des Wortes „die“ kann der unrichtige Eindruck vermittelt werden, als könnten im Falle der Erforderlichkeit einer Übermittlung von Daten sämtliche und nicht nur jeweils einzelne erforderliche Daten übermittelt werden. Dies wird etwa besonders deutlich, wenn es nach Abs. 5 Satz 1 Nummer 1 nur um die „Herbeiführung des gegenseitigen Benehmens“ geht.

Daraus folgt:

Um sicherzustellen, dass im Einzelfall nur die wirklich erforderlichen Daten übermittelt werden, sollte das Wort „die“ gestrichen werden.

2. Da Datenübermittlungen zur Gefahrenabwehr, insbesondere im Falle einer Datenerhebung durch akustische Wohnraumüberwachung, Online-Durchsuchung und Telekommunikationsüberwachung, nur unter den selben Voraussetzungen zulässig sind, unter

denen die jeweilige Erhebung der Daten erlaubt war, ist dies in § 20v Abs. 5 Satz 1 Nummer 2 eindeutig zu bestimmen.

3. Da Ziel des Gesetzentwurfs die Bekämpfung des internationalen Terrorismus ist und deshalb eine internationale Zusammenarbeit des Bundeskriminalamts mit ausländischen Behörden nahe liegt, ist eine spezielle Regelung für die Datenübermittlung an das Ausland erforderlich, die der besonderen Schutzbedürftigkeit der aufgrund dieser neuen Befugnissen gewonnenen Daten entspricht. Dabei ist besonders darauf zu achten, dass nicht im Wege allgemeiner europäischer oder sonstiger internationaler Verpflichtungen zum polizeilichen Datenaustausch oder zu einem polizeilichen Datenverbund mit besonders qualifizierten Befugnissen gewonnene Daten übermittelt werden. Die grundlegenden Maßstäbe des Grundgesetzes sind auch bei internationaler Zusammenarbeit zu beachten. In dieser Regelung zur Datenübermittlung an ausländische Stellen wäre außerdem ausdrücklich die Pflicht aufzunehmen, das Datenschutzniveau der Empfängerstaaten vorab zu prüfen. § 14 BKA-Gesetz genügt in seiner Allgemeinheit den verfassungsrechtlichen Anforderungen für die hier in Rede stehenden Daten nicht.

4. Auch die Anforderungen für die Weitergabe der personenbezogenen Daten zur Verfolgung von Straftaten (§ 20v Abs. 5 Satz 1 Nummer 3) werden mit der Anforderung „im Höchstmaß mit mindestens fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind“ der Schwere des jeweiligen mit der Erhebung verbundenen Grundrechtseingriffs nicht gerecht und sind nicht verhältnismäßig. Die Ausführungen in der Begründung machen zudem deutlich, dass eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit vor einer Übermittlung der personenbezogenen Daten nicht für erforderlich gehalten wird.

Maßstab für die Zulässigkeit einer Übermittlung könnten insoweit die wesentlich engeren Regelungen in der StPO zu den jeweiligen Voraussetzungen unter denen dort für Zwecke der Strafverfolgung die entsprechenden Eingriffe zulässig sind. Um jedenfalls den Bereich mittlerer Kriminalität zu verlassen, müsste zumindest bei Datenerhebungen nach §§ 20h, 20k oder 20l ein fünf Jahre übersteigendes Höchststrafmaß für die Zulässigkeit einer Übermittlung vorausgesetzt werden (vgl. BVerfGE 109, 279/348).

5. Bezüglich der Zulässigkeit einer Übermittlung dieser Daten an die Nachrichtendienste nach § 20v Abs. 5 Satz 2 wird die Verweisung auf die generellen Übermittlungsregelungen in § 18 Bundesverfassungsschutzgesetz, § 10 MAD-Gesetz und § 8 BND-Gesetz dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht gerecht. Dies gilt ganz augenfällig bei personenbezogenen Daten, die etwa durch eine Online-Durchsuchung oder im Rahmen einer Telekommunikationsüberwachung erhoben worden sind. Die in § 20v Abs. 5 Satz 3 für nach § 20h erhobene Daten vorgesehene Zweckbegrenzung müsste jedenfalls auch etwa für im Wege einer Online-Durchsuchung erhobene Daten gelten. An der Regelung in § 20v Abs. 5 Satz 3 zeigt sich wieder einmal deutlich, dass die Entwurfverfasser sich minimalistisch nur an den einzelnen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts orientiert haben und selbst für vergleichbare Grundrechtseingriffe keine Konsequenzen gezogen haben. Zur Zweckänderung bei akustischer Wohnraumüberwachung verweise ich auch auf BVerfGE 109, 279/ 374 ff.

Verwendung personenbezogener Daten nach § 20v Abs. 4 Satz 2

Das Vorstehende gilt im Grundsatz auch für die zu wenig präzise Erlaubnis in § 20v Abs. 4 Satz 2 für die dort genannte Verwendung der Daten. Inwieweit für die Erfüllung der dort

genannten Aufgaben (Schutz der Mitglieder der Bundesregierung, Zeugenschutz) wirklich „die“ einzelnen durch besondere Ermittlungsmethoden gewonnenen Daten erforderlich sind, müsste noch dargelegt werden. Ob insoweit nicht generelle Hinweise auf eine konkrete Gefährdung genügen, müsste je Aufgabe im Einzelfall geprüft werden. Die vorgesehene Regelung zwingt mit dem lapidaren Hinweis „soweit dies erforderlich ist“ nicht zu einem den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechenden Vorgehen. Jedenfalls sollte auch das Wort „die“ gestrichen werden, um nur die im Einzelfall erforderlichen Daten zu verwenden.

Unterbleibende Löschung personenbezogener Daten nach § 20v Abs. 6 Satz 5

Nach § 20v Abs. 6 unterbleibt die Löschung der mit den besonderen Befugnissen erhobenen Daten ohne weitere präzisere Einschränkung bereits dann, wenn die Daten „zur Verhütung oder zur Vorsorge für die künftige Verfolgung einer Straftat mit erheblicher Bedeutung erforderlich sind.“ Diese weitgehende Ausnahme von der Löschungspflicht, insbesondere solcher Daten, die nach §§ 20h, 20k oder 20l erhoben worden sind, entspricht nicht den vom Bundesverfassungsgericht mehrfach geforderten Lösungsverpflichtungen. Aber auch bei anderen mit den besonderen Befugnissen des hier zur Rede stehenden Unterabschnitts erhobenen Daten muss der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall beachtet werden; dies hat der Gesetzgeber zum Ausdruck zu bringen.

Benachrichtigung der Betroffenen nach § 20w (über Maßnahmen nach §§ 20g bis 20n)

Der Benachrichtigung des Betroffenen weist das Bundesverfassungsgericht einen hohen Stellenwert zu, denn Eingriffe durch Maßnahmen nach §§ 20g bis 20n bergen „hohe Risiken für die Rechte der Betroffenen auch deshalb in sich, weil diese gegen die Maßnahmen frühestens dann mit rechtlichen Mitteln vorgehen können, wenn sie bereits vollzogen sind, und dies auch nur, wenn sie darüber informiert werden“ (vgl. BVerfGE 113, 348/384). Der Betroffene soll mit der Benachrichtigung in die Lage versetzt werden, die ihn betreffenden Maßnahmen auf deren Rechtmäßigkeit gerichtlich überprüfen zu lassen. Entsprechend der strafprozessuralen Benachrichtigungspflicht in § 101 Abs. 7 Sätze 2 bis 4 StPO sollte auch im BKA-Gesetz dieser Rechtsschutz selbst und außerdem der Hinweis auf diesen Rechtsschutz (vg. § 101 Abs.4 Satz 2 StPO) ausdrücklich geregelt werden. Dies gehört zu den verfahrensrechtlichen Maßnahmen, die erforderlich sind, um dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerecht zu werden.

Der Betroffene kann – wie oben ausgeführt – seine Rechte nur wahrnehmen, wenn er von gegen ihn gerichteten Maßnahmen erfährt. Durch eine erst spät erfolgende Benachrichtigung wird auch die in Art. 19 Abs. 4 GG enthaltene Garantie effektiven Rechtsschutzes berührt und die Intensität des Eingriffs verstärkt (BVerfGE 113, 348/384,390). Die diesbezügliche Praxis der vergangenen Jahre hat gezeigt, dass die Benachrichtigung häufig spät erfolgt oder gar völlig unterbleibt. Auch § 20w sieht eine Reihe der bekannten Ausnahmen vor, bei deren Vorliegen die Benachrichtigung unterbleibt. Der besondere Wert der Benachrichtigung für die Verfassungsmäßigkeit des Vorgehens gegen einen Betroffenen insgesamt kommt in den formelhaften Ausnahmetatbeständen von § 20w Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und 3 nicht hinreichend zum Ausdruck.

Als Ausgleich für die eingeschränkte Überprüfungsmöglichkeit der Rechtmäßigkeit dieser intensiven Grundrechtseingriffe durch den Betroffenen selbst sind weitere Schutzvorkehrungen erforderlich:

III: Weitere erforderliche gesetzliche Schutzvorkehrungen zur Sicherung der Rechte Betroffener bei heimlichen Datenerhebungen

Gerade bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen nach §§ 20h, 20k und 20l, die außerdem noch heimlich erfolgen, was deren Intensität erhöht, ist nach weiteren verfahrensrechtlichen Mitteln zu suchen, um die Grundrechte des Betroffenen zu sichern und damit die Balance zwischen Freiheit und Sicherheit zu wahren. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass diese neuen Maßnahmen im Kontext mit zahlreichen weiteren stehen, wie etwa der Rasterfahndung, der Observation, der Polizeilichen Beobachtung, dem Einsatz eines verdeckten Ermittlers, der Akustischen Überwachung außerhalb von Wohnungen, der Auskunft über Verkehrsdaten der Telekommunikation, ggf. einschließlich des Standorts, der Vorratsdatenspeicherung der Telekommunikationsverbindungsdaten, Maßnahmen bei Mobilfunkendgeräten, dem Einsatz technischer Mittel für Observation und für Bestimmung des Aufenthaltsortes.

Auch bei derartigen heimlichen Maßnahmen der Datenerhebung muss das verfassungsrechtlich garantierte Rechtsstaatsprinzip gewährleistet bleiben.

Denn bei „offenen“ Maßnahmen, z.B. der Durchsuchung seiner Wohnung, hat der Betroffene grundsätzlich die Möglichkeit, ggf. unter Heranziehung eines anwaltlichen Beistands bereits der Durchführung der Maßnahme entgegenzutreten, wenn es seiner Ansicht nach an den gesetzlichen Voraussetzungen fehlt. Außerdem kann der Betroffene die Einhaltung der im richterlichen Beschluss gezogenen Grenzen überwachen und eventuellen Ausuferungen des Vollzugs der richterlichen Anordnungen widersprechen (BVerfGE 115, 166/194f.). Damit entfällt wegen der Offenheit einer Maßnahme das Risiko für den Betroffenen, auf Grund der eigenen Unkenntnis von dem staatlichen Eingriff vorübergehend an der Wahrnehmung seiner Rechtsschutzmöglichkeiten faktisch gehindert zu sein (BVerfGE 115, 166/195).

Bei „heimlichen“ Ermittlungsmethoden, wie bei den in diesem Unterabschnitt des BKA-Gesetzes vorgesehenen Maßnahmen, darf der Betroffene im Grundsatz nicht schlechter gestellt werden. Tatsächlich ist dem Betroffenen die rechtzeitige Wahrnehmung seiner Rechte hingegen vor oder während der Durchführung der Maßnahmen aber mangels Kenntnis nicht möglich. Zur Intensivierung des „heimlichen“, nicht offenen Eingriffs, etwa bei einer akustischen, optischen oder Telekommunikationsüberwachung, trägt außerdem bei, dass die Betroffenen den Überwachungsmaßnahmen in einer Situation vermeintlicher Vertraulichkeit ausgesetzt werden (vgl. BVerfGE 107, 299/321). Eingriffe dieser Art bergen damit „hohe Risiken für die Rechte der Betroffenen auch deshalb in sich, weil diese gegen die Maßnahmen frühestens dann mit rechtlichen Mitteln vorgehen können, wenn sie bereits vollzogen sind, und dies auch nur, wenn sie darüber informiert werden oder auf andere Weise Kenntnis erlangen“ (BVerfGE 113, 348/384; vgl. auch BVerfGE 118, 168,197 f.). Deshalb sind die Interessen des Betroffenen verfahrensrechtlich abzusichern (BVerfG, 1 370/07 vom 27. 2. 2008, Absatz-Nr. 257).

Weil derartige „heimliche“ Ermittlungsmaßnahmen geeignet sind, intensiv in Grundrechte einzugreifen, stehen sie unter dem Vorbehalt richterlicher Anordnung. „Ein solcher Vorbehalt ermöglicht die vorbeugende Kontrolle einer geplanten heimlichen Ermittlungsmaßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz“ (BVerfG a.a.O. Absatz-Nr. 258; vgl. auch BVerfGE 103, 142/151; E 107, 299/325). Dabei geht es nur um „vorbeugende“ richterliche Kontrolle. Die Kontrolle der Anordnung der Maßnahme selbst und die Kontrolle der Durchführung der Maßnahme sind dadurch aber nicht gewährleistet.

Bei dem besonders intensiven Eingriff einer Wohnraumüberwachung sieht die Strafprozessordnung deshalb eine Art begleitende Kontrolle durch das anordnende Gericht vor (§ 100 d Abs. 4): „Das anordnende Gericht ist über den Verlauf und die Ergebnisse der Maßnahme zu unterrichten. Liegen die Voraussetzungen der Anordnung nicht mehr vor, so hat das Gericht den Abbruch der Maßnahme anzuordnen, sofern der Abbruch nicht bereits durch die Staatsanwaltschaft veranlasst wurde.“ (vgl. hierzu auch BVerfGE 103,142/152; E 109, 279/358 ff.). Zweifelsohne stellt diese Regelung eine Verbesserung des Schutzes des durch diese heimliche Maßnahme Betroffenen dar. Eine vergleichbare Regelung wäre auch bei Maßnahmen nach § 20h geboten.

Das Bundesverfassungsgericht hat darüber hinaus immer wieder auf die Notwendigkeit einer Benachrichtigung des Betroffenen von gegen ihn gerichteten heimlichen Ermittlungsmaßnahmen hingewiesen und damit auch deutlich gemacht, dass der „vorbeugende Rechtsschutz“ im Wege des Richtervorbehalts allein nicht genügt. Der Betroffene muss von einem solchen Eingriff überhaupt Kenntnis erlangen können.

Die nach § 20w vorgesehene nachträgliche Unterrichtung des Betroffenen ist aber, wie bereits ausgeführt, an enge Voraussetzungen geknüpft. Nach den Erfahrungen mit vergleichbaren heimlichen Maßnahmen nach der Strafprozessordnung wird oft sehr spät oder gar nicht benachrichtigt. Dies hat zur Folge, dass auch die in Art. 19 Abs. 4 GG enthaltene Garantie eines effektiven Rechtsschutzes berührt wird. Das Recht, sich rechtzeitig selbst gegen staatliche, auch richterlich angeordnete, Maßnahmen, seien diese offen oder heimlich, wehren und hierzu gegebenenfalls die Gerichte anrufen zu können, ist aber eine Essentiale des Rechtsstaats. Damit ist auch der verfassungsrechtlich verbürgte Anspruch auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren tangiert, der sich aus dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit dem allgemeinen Freiheitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) ableitet (vgl. BVerfGE 110, 226/253). Die bisher insoweit vorgesehenen Regelungen, nämlich die „vorbeugende“ Kontrolle durch einen Richter und die nachträglich Unterrichtung, können aus verfassungsrechtlicher Sicht und aus der Sicht eines Betroffenen nicht befriedigen. Der Richtervorbehalt genügt für sich allein als Grundrechtsschutz nicht, da selbstverständlich auch richterliche Entscheidungen ihrerseits gerichtlicher Kontrolle unterliegen müssen. Dies gilt für nicht verdeckte Maßnahmen und muss erst recht für heimliche Maßnahmen gelten.

Daraus folgt:

Weil die Voraussetzungen an ein faires rechtsstaatliches Verfahren, hier nach frühzeitiger Unterrichtung über die anstehenden Eingriffe, in den Fällen heimlicher Maßnahmen aus der Natur der Sache nicht erfüllbar sind, muss auch zur Gewährleistung der Balance zwischen Sicherheit und Freiheit ein anderer Ausgleich geschaffen werden (vgl. BVerfGE 115, 320/358).

In diesem Zusammenhang ist weiter zu berücksichtigen, dass das Bundesverfassungsgericht mehrfach und sehr eindringlich im Zusammenhang mit für den Einzelnen nicht überschaubaren Vorgängen betont hat, dass die Demokratie den aktiven Bürger braucht. Die Demokratie könne aber gefährdet werden, wenn der Einzelne aus Sorge nicht überschauen zu können, was mit den Informationen über sein Verhalten geschieht, auf die Wahrnehmung seiner Freiheiten und auf die aktive Teilnahme am politischen Leben verzichtete (BVerfGE 65, 1/43; zuletzt in BVerfGE 115, 320/354 f.). Das heißt: Es ist entscheidend wichtig gerade auch für die Funktionsfähigkeit der Demokratie, das Vertrauen der Bürger in den Rechtsstaat zu erhalten und möglichst zu stärken.

Dazu muss die Überprüfbarkeit staatlicher Maßnahmen vollständig und zeitnah möglich und auf die Belange der jeweils Betroffenen ausgerichtet sein. Nur so können gegebenenfalls unberechtigte Eingriffe schnell beendet werden. Andererseits dürfen berechnete Geheimhaltungsinteressen, etwa für eine wirkungsvolle Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung in den Fällen, in denen heimliche Ermittlungsmethoden eingesetzt werden, nicht gefährdet werden. Der hierzu zu schaffende zusätzliche Rechtsschutz sollte jedoch nicht in der Sphäre des Staates angesiedelt werden, um Zweifel des Betroffenen an der Unabhängigkeit und an der Neutralität von vorneherein zu vermeiden.

Als eine Lösungsmöglichkeit könnte daran gedacht werden, eine unabhängige Institution (vergleichbar der G 10 – Kommission) oder eine unabhängige Person (etwa einen erfahrenen Strafverteidiger) mit der Wahrnehmung der Rechte des Betroffenen zu beauftragen; im folgenden „Bürgeranwalt“ genannt – wobei die Bezeichnung für eine derartige Institution zunächst einmal nebensächlich ist. Damit ließe sich das Problem der mangelnden Kontrollierbarkeit heimlicher Ermittlungsmaßnahmen durch den Betroffenen selbst entscheidend entschärfen: Der „Bürgeranwalt“ würde an Stelle des unwissenden Betroffenen dessen Rechte wahrnehmen, wie wenn er vom Betroffenen hierzu mandatiert wäre.

Die so eröffnete Überprüfung hätte sich nicht nur auf die Rechtmäßigkeit der Anordnung der Maßnahme an sich zu beschränken, also etwa, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für diese Ermittlungsmaßnahme im konkreten Fall gegen den konkreten Betroffenen vorliegen und ob die vom anordnenden Gericht niedergelegte Begründung den insoweit vom Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 109, 279/ 359 f.) geforderten hohen Anforderungen entspricht. Zu überprüfen wäre auch die Durchführung der Maßnahme, also zum Beispiel, ob die im richterlichen Beschluss gezogenen Grenzen eingehalten werden, der Vollzug in seinen einzelnen Schritten verhältnismäßig ist, eine möglicherweise unzulässige Zweckänderung der dabei gewonnenen Daten vorliegt oder ob sich gegen den Betroffenen gerichtete Maßnahmen deshalb als besonders schwerwiegend darstellen, weil etwa die hierbei erhobenen Informationen gerade für dessen Persönlichkeit besonders hohe Relevanz haben (vgl. BVerfGE 118, 168/197). Außerdem wäre auch dafür Sorge zu tragen, dass erhobene Daten, die den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung betreffen, sofort gelöscht werden.

Um die Rechte des Betroffenen wirkungsvoll wahrnehmen zu können, müsste der „Bürgeranwalt“ in Fällen der Maßnahmen zur heimlichen Datenerhebung von Anfang an eingeschaltet werden. Deshalb sollte er gleichzeitig mit der richterlichen Anordnung der heimlichen Maßnahme – möglichst bereits von dem die Maßnahme anordnenden Richter - eingesetzt werden. Sodann müsste er vollständig über die richterlich angeordnete Maßnahme einschließlich deren Begründung, alle einzelnen gegen den Betroffenen in Durchführung dieser Maßnahme vollzogenen Schritte und die in diesem Zusammenhang angefallenen Erkenntnisse unterrichtet werden.

Entscheidender Vorteil einer solchen Lösung wäre, dass die heute bestehende Lücke in der Überprüfbarkeit heimlicher Eingriffe in die Rechte von Bürgern also weitgehend geschlossen wäre. Der davon Betroffene würde von den heimlichen Datenerhebungen und von dem zu seinen Gunsten erfolgenden Einsatz des Bürgeranwalts zwar nichts erfahren, solange Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen. Seine Rechte würden aber tatsächlich unverzüglich mit Beginn der eingesetzten heimlichen Ermittlungsmaßnahmen durch den „Bürgeranwalt“ gewahrt. Das Vertrauen des Betroffenen, dass seine Belange auch im Falle des Einsatzes heimlicher Ermittlungsmaßnahmen beachtet werden, wäre bei einer solchen Lösung wohl am besten gesichert. Zudem käme die hier zum Schutz des einzelnen

Betroffenen vorgeschlagene Lösung auch dem Vertrauen der Allgemeinheit in eine grundrechtsschonende Überwachungspraxis zu gute.

Mit diesem Vorschlag wäre die rechtzeitige Beachtung des Kernbereichsschutzes und der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen mit dieser begleitenden Kontrolle durch eine unabhängige und sachkundige Person/Institution im Interesse des Betroffenen wesentlich verbessert. Auch ist der Gedanke eines Ausgleich zwischen Rechtsschutzinteressen des Betroffenen mit der notwendigen Geheimhaltung unserem Recht nicht völlig fremd: § 99 VwGO ist dafür ein Beispiel. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Lösungsweg positiv gewürdigt (BVerfGE 101, 106/127 ff).