

Georg-August-Universität Göttingen
Lehrstuhl für öffentliches Recht,
insbesondere Staatsrecht

**Verfassungsrechtliche Stellungnahme zum Entwurf des
Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das
Bundeskriminalamt (BKAG-E)
(BT-Drucks. 16/9588)**

Eine verfassungsrechtliche Beurteilung des vorliegenden Gesetzes sollte zumindest einleitend daran erinnern, dass eine Gesetzgebung, die sich nur an den Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen orientiert, verfassungspolitisch immer zweifelhaft wirkt: Der bloßen Ausfüllung des verfassungsrechtlichen Rahmens fehlt es an politischer Gestaltung. Sie erscheint angesichts der Tatsache, dass das Verfassungsrecht nur letzte Grenzen ziehen soll, im Zweifelsfall relativ einseitig an Sicherheitsinteressen orientiert. Im Großen und Ganzen wird man diese Diagnose auch dem vorliegenden Gesetzentwurf bescheinigen müssen.

I. Querschnittsfragen

1. Kernbereichsschutz

Der vom Bundesverfassungsgericht entwickelte zweistufige Schutz des Kernbereichs bezog sich ursprünglich auf Art. 13 GG. Im Prinzip erscheinen aber auch andere Eingriffe geeignet, diese verfassungsrechtlichen Grenzen zu berühren. Dies setzt allerdings Umstände voraus, die die Persönlichkeit der Überwachten besonders betreffen. Insbesondere können die Länge, die Heimlichkeit und der konkrete Kommunikationszusammenhang einer Überwachungsmaßnahme Einblicke in die Persönlichkeit ermöglichen, die in ihrer Wirkung den Kernbereich persönlicher Lebensgestaltung betreffen.

Obwohl der Kernbereichsschutz als Folge des Grundrechtsschutzes immer gilt, muss er doch nicht in jeder polizeigesetzlichen Regelung abgebildet werden. Geboten erscheint dies allerdings, wenn die Art der gesetzlichen Eingriffsbefugnisse eine Berüh-

nung des Kernbereichs typischerweise möglich erscheinen lässt. In diesem Fall genügt der Hinweis auf die allgemeine Geltung der verfassungsrechtlichen Grenzen, also die unmittelbare Verpflichtungswirkung des Art. 1 GG für alle staatliche Gewalt, nicht. Vielmehr ist es dann – wie in allen anderen grundrechtlichen Eingriffskonstellationen – die aus dem Vorbehalt des Gesetzes folgende Pflicht des Gesetzgebers, der Polizei die verfassungsrechtlichen Vorgaben anwendungsgerecht vorzugeben. Auch praktisch sollten Polizeibehörden keine unmittelbare, nicht durch den Gesetzgeber vermittelte Grundrechtsanwendung leisten. Dass die strafprozessualen und polizeirechtlichen Regelungen die Anforderungen der Rechtsprechung an diesen Kernbereichsschutz noch nicht flächendeckend übernommen haben, kann hier nicht als Argument dienen. Vielmehr sollte jede Gelegenheit einer Neukodifikation genutzt werden.

Im vorliegenden Fall erscheint eine solche Kernbereichsregelung – jenseits der Regelungen des § 20 k und 20l BKAG-E – auch mit Blick auf die Befugnisse in § 20g BKAG-E geboten. Denn diese Regelung gestattet eine heimliche, auf Dauer angelegte Observation von Personen, auch durch verdeckte Ermittler. Diese Mittel gestatten sehr wohl auch die – beabsichtigte oder unbeabsichtigte – Erhebung von Informationen, die den absoluten persönlichen Kernbereich betreffen. Hier greift der Umstand, dass die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts von einem materiellen Konzept des Persönlichkeitsschutzes ausgeht, der im Schutz der Wohnung nur einen möglichen Gegenstand gefunden hat. § 20g BKAG-E sollte daher in jedem Fall um eine Kernbereichsregelung ergänzt werden.

Die Kernbereichsregelungen in §§ 20k Abs. 7 und 20 l Abs. 6 BKAG-E sind zudem nicht ausreichend, soweit sie die erste Stufe des Schutzes auf Maßnahmen beschränken, die „allein“ kernbereichsrelevante Maßnahmen zutage fördern. Dies wird praktisch niemals der Fall sein, es sind kaum Kommunikationsinhalte denkbar, die sich auf einen Kernbereichsgehalt beschränken. Damit wird die filternde Funktion der ersten Stufe in dieser Regelung faktisch weitestgehend ausgehöhlt. Dies entspricht nicht den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts.

Auf der zweiten Stufe des Kernbereichsschutzes erscheint eine Überprüfung der erhobenen Daten auf ihre Kernbereichsrelevanz durch Beamte der Polizeibehörde zwar nicht als unmittelbar verfassungsrechtlich unzulässig – ein derartiger Maßstab findet sich in der Rechtsprechung nicht –, sie erscheint aber sehr wohl praktisch wenig überzeugend. Auch wenn man den besten Willen aller Beteiligten unterstellt,

sollte die Überprüfung durch Personen erfolgen, die kein unmittelbares institutionelles Interesse an der Verwertung der erhobenen Informationen haben. Will man es trotzdem bei einer administrativen Überprüfung belassen – und dafür spricht manches –, sollte man hierzu beschlusskammerartige intern unabhängige Gremien einrichten.

2. Richterliche Entscheidungsbegründung

Das Bundesverfassungsgericht hat die Standards an die richterliche Begründung für Grundrechtseingriffe in der Entscheidung zur Online-Durchsuchung relativ ausführlich entwickelt: sämtliche prozessuale und materielle Umstände, konkrete Verdachtslage, Abwägung im Einzelfall, ultima ratio-Erfordernis. Hintergrund dieser Vorgaben dürfte nicht zuletzt eine breite Praxis mangelhafter richterlicher Prüfung exekutiver Ermittlungspraxis sein, die sich in den Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts findet. Vor diesem Hintergrund ist nicht klar, warum sich der Gesetzgeber in § 20k Abs. 6 Nr. 4 BKAG-E auf die formelhafte Vorgabe von „wesentlichen Gründen“ beschränken sollte. „Wesentlich“ ist noch nicht einmal ein mit üblichen Mitteln konkretisierbarer Rechtsbegriff, sondern eine völlig leere Formel, wie wir aus der Praxis der „Wesentlichkeitstheorie“ schmerzlich erfahren mussten.

Selbst wenn eine genauere Formulierung nicht unmittelbar verfassungsrechtlich geboten wäre, würde sie doch eine verfassungsgerechte Einzelfallpraxis befördern – eben weil sich die Gerichte erfahrungsgemäß des verfassungsrechtlichen Kontextes der von ihnen angewendeten Gesetze nicht immer bewusst sind. All dies spricht für eine genauere gesetzliche Positivierung der Begründungsstandards, die insbesondere verhindert, dass die Gerichte Begründungsbausteine verwenden.

3. Eilfallkompetenzen

Exekutive Eilfallkompetenzen können im Prinzip in jeder Eingriffskonstellation zulässig sein. Dies setzt im Einzelfall plausible Gründe und zudem auch eine Eingriffsstruktur voraus, die nicht der Behauptung der Eile von vornherein widersprechen.

Ein solcher Widerspruch scheint zunächst in § 20g Abs. 3 S. 7 u. 8 BKAG-E vorzuliegen. Es ist nicht klar, warum die lange vorhersehbare Verlängerung einer auslaufenden Maßnahme auch durch einen Vertreter der Behörde ausgesprochen werden darf. Um einen Eilfall handelt es sich wohl nur, wenn seitens der Behörde ein

Organisationsverschulden vorliegt, das aber diese grundrechtlich relevante Verfahrensregelung nicht rechtfertigen kann.

Gleiches gilt für § 20j Abs. 4 S. 2 BKAG-E. Für die organisatorisch von vornherein vorbereitungsbedürftige Rasterfahndung wird immer Zeit für eine richterliche Entscheidung bleiben.

Zumindest zweifelhaft ist vor diesem Hintergrund die Regelung in § 20k Abs. 5 BKAG-E. Denn auch der verdeckte Eingriff auf informationstechnische Systeme bedarf eingehender technischer Vorbereitung.

4. Evaluation und Befristung

Eine allgemeine verfassungsrechtliche Pflicht zur Beobachtung der Gesetzesanwendung besteht für den Gesetzgeber nicht. Je intensiver der Gesetzgeber unter Berufung auf die öffentliche Sicherheit Grundrechte beschränkt, desto eher neigt das Bundesverfassungsgericht allerdings dazu, Beobachtungspflichten zu stipulieren, gerade weil die Erforderlichkeitsbegründung des Gesetzgebers nicht selten relativ spekulativ wirkt: Dies ist zuletzt in der einstweiligen Anordnung im Verfahren Vorratsdatenspeicherung geschehen.

Im vorliegenden Fall ist eine pauschale Befristungs- und Evaluierungsregelung nicht geboten, weil viele Regelungen in der polizeirechtlichen Praxis erprobt sind. Allerdings bedürfen einzelne Regelungen, deren Nutzen, jedenfalls soweit sie nicht verfassungsrechtlich unbedenklich sind, dringend der Evaluation. Dies gilt namentlich für die Rasterfahndung in § 20j BKAG-E.

II. Zu einzelnen Befugnisnormen

1. § 20b BKAG-E: Erhebung personenbezogener Daten

Die Regelung erscheint im Ergebnis unbedenklich. Die Erweiterung auf Personen nach Abs. 2 Nr. 2 folgt sicherlich keinem Ideal an Bestimmtheit, dürfte aber auch angesichts der Eingriffsintensität hinzunehmen sein. Ob positive Kriterien die Bestimmtheit gegenüber den hier verwandten negativen Kriterien praktisch erhöht hätten, erscheint jedenfalls zweifelhaft. Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe für die TKÜ (BVerfGE 113, 348 [381]) sind nicht einfach analog anwendbar.

2. § 20c BKAG-E: Befragung und Auskunftspflicht

Das in Abs. 3 S. 2 in bestimmten Fällen ausgenommene Zeugnisverweigerungsrecht ist jedenfalls teilweise verfassungsrechtlich geschützt. Die genannten Berufsfelder können sich auf die Pressefreiheit und die Berufsfreiheit berufen.

Am problematischsten erscheint diese Regelung mit Blick auf § 53 Abs. 1 Nr. StPO, das sogenannte Seelsorgegeheimnis. Die vorliegende Ausnahmegvorschrift stellt unzweifelhaft einen Eingriff selbst in einen eng verstandenen Schutzbereich des Art. 4 GG dar: denn seelsorgerische Kommunikation dürfte in der Regel durch den Glauben der Betroffenen *geboten* sein. Der Eingriff betrifft die Religionsfreiheit beider Seiten der Kommunikation. Als vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht kann ein Eingriff in die Religionsfreiheit nur durch Güter mit Verfassungsrang gerechtfertigt werden. Bei dieser Rechtfertigung ist zu berücksichtigen, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Großen Lauschangriff den Schutzbereich in einen engen Zusammenhang zur Menschenwürde gestellt hat (BVerfGE 109, 279 [322]). In der Seelsorge auftauchende persönliche Geheimnisse dürften im Regelfall dem Kernbereichsschutz unterfallen. Eine pauschale Einschränkung mit Blick auf die in der Norm genannten Rechtsgüter ist nicht zulässig. Die Vorschrift verstößt in dieser Form recht eindeutig gegen Art. 4 GG. Sie steht im Übrigen in einem systematischen Widerspruch zu § 139 Abs. 2 StGB.

Diese Beurteilung deckt sich mit der Stellungnahme des Bundesrates v. 4. 7. 2008 (BR-Drucks. 404/08), der ihrerseits die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung (S. 3) in der Sache zugestimmt hat.

3. § 20g BKAG-E Besondere Mittel der Datenerhebung

Adressaten der Maßnahme

Anders als im Fall des § 20b BKAG-E bedarf die Regelung des § 20g BKAG-E wegen ihrer deutlich höheren Eingriffsintensität einer Einschränkung hinsichtlich der Eingriffsadressaten. Namentlich die in § 20 Abs. 2 Nr. 2 c) BKAG-E vorgesehenen Maßnahmen gegenüber Personen, derer sich der Handlungstörer bedienen will, enthält keine ausreichende Eingrenzung. Dies setzt noch nicht einmal eine wechselseitige Beziehung zwischen beiden Personen voraus und erscheint so zu weitreichend.

siehe zum Kernbereichsschutz in dieser Norm, oben, I. 1.

siehe zur Eilfallregelungen in dieser Norm, oben I., 3.

4. § 20h BKAG-E: Einsatz technischer Mittel in oder aus Wohnungen

Gefahrenmaßstab

Der Gefahrenmaßstab der Norm hat sich an Art. 13 Abs. 4 GG zu orientieren, der eine „dringende“ Gefahr voraussetzt. Diese Dringlichkeit bringt nicht die Höhe der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts zum Ausdruck, es handelt sich nicht um eine Form der „konkreten“ Gefahr, sondern sie fordert eine Kombination aus Wahrscheinlichkeit und Größe der drohenden Einbußen. Diesem Erfordernis wird die Regelung angesichts der in § 20h Abs. 1 genannten Rechtsgüter größtenteils gerecht: Bedenklich erscheint allerdings das Rechtsgut der „Sache von bedeutendem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten erscheint.“ Es erscheint angesichts der Schwere des Eingriffs nicht gewichtig genug und in jedem Fall nicht ausreichend definiert.

Adressaten der Maßnahme

§ 20h Abs. 1 Nr. 1 BKAG-E i.V.m. § 18 BPolG ermöglicht die Überwachung eines Zustandstörers. Auch in diesem Fall wäre noch einmal zu klären, welche Fallkonstellationen diese Regelung erforderlich machen und ob diese angesichts der Schwere des Eingriffs auch verhältnismäßig erscheinen.

§ 20h Abs. 2 Nr. 2 BKAG-E gestattet zudem die Überwachung auch in Wohnungen anderer Personen. Dies ermöglicht etwa die Überwachung eines Nichtstörers nach Abs. 1 Nr. 1 b) in einer fremden Wohnung. Der Zusammenhang zur eigentlichen Gefahr kann hier bis zur Unkenntlichkeit gestreckt werden. Der Schutz Unbeteiligter erscheint zu schwach.

Die Subsidiaritätsklausel des Abs. 1 erstreckt sich bereits nach der vorliegenden Version auch auf die Überwachung nach Abs. 2 Nr. 1. Einer Klarstellung bedarf es insoweit nicht.

zum Begründungserfordernis siehe oben, I., 2.

5. § 20j BKAG-E: Rasterfahndung

Ob Regelungen zur Rasterfahndung überhaupt noch verfassungsrechtlichen Erforderlichkeitsmaßstäben entsprechen, darf bezweifelt werden.

Gefahrenmaßstab

§ 20j Abs. 1. S. 1, 2. Hs BKAG-E setzt das Vorliegen einer konkreten Gefahr mit dem Vorliegen von Vorbereitungshandlungen für Straftaten nach § 4a Abs. 1 S. 2 BKAG gleich. Diese Gleichsetzung erscheint mit Blick auf § 129a StGB bedenklich. § 129a StGB stellt seinerseits Vorbereitungshandlungen unter Strafe. Die Strafbarkeit wird schon durch Handlungen ausgelöst, die keine konkrete Gefährdung für irgendwelche Rechtsgüter erzeugen. Die Gleichsetzung erfasst damit die Vorbereitung einer Tat, die ihrerseits keine konkrete Gefährdung voraussetzt. Sie setzt also systematisch zwei Stufen vor der konkreten Gefahrenschwelle an. Aus diesem Grund dürfte die Norm nicht mehr den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Maßstäben an die Zulässigkeit einer Rasterfahndung entsprechen.

Siehe zur Eilfallregelungen, oben I., 3.

6. § 20k BKAG-E: Verdeckter Eingriff in informationstechnische Systeme

Gefahrenmaßstab

Die Maßstäbe der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. 2. 2008 werden eingehalten. Insbesondere gestattet die Entscheidung auch einen unterhalb der Schwelle der konkreten Gefahr liegenden Zugriffstatbestand. Die Formulierung im Gesetz entspricht der Formulierung in der Entscheidung (1. Leitsatz, Tz. 247). Die zu schützenden Rechtsgüter sind ausreichend qualifiziert.

Adressaten der Maßnahme

Noch weniger klar als bei § 20h BKAG-E ist in der vorliegenden Regelung, was die Haftung eines Zustandsstörers nach § 20k Abs. 4 i.V.m. § 18 BPolG in der vorliegenden Konstellation bedeuten soll. Sollen alle Netzbetreiber einer solchen Maßnahme unterworfen werden? Die Regelung bedarf einer eigenen ausgestaltenden

Formulierung. Die überlieferten polizeirechtlichen Kategorien erfassen das Problem nicht.

7. § 20u BKAG-E: Schutz des Zeugnisverweigerungsrechts

Grundsätzlich dürfte die verfassungsrechtliche Position von Geistlichen, Strafverteidigern und Abgeordneten zugriffsfester ausgestaltet sein als die in § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO erwähnten Gruppen, die nur von der Berufsfreiheit geschützt werden. Die Privilegierung in § 20v Abs. 1 BKAG-E ist insoweit unbedenklich.

Die in der Gesetzesbegründung (S. 82) unterstellte Privilegierung von öffentlich-rechtlich inkorporierten Religionsgesellschaften entspricht keineswegs einer herrschenden Meinung, sondern allenfalls der in der Praxis viel benutzten Kommentarliteratur. Sie dürfte wegen des Menschenwürdekerns des Schutzes des Seelsorgeheimnisses, der aus Gründen der Normhierarchie nichts mit dem Faktum der Korporation zu tun haben kann, unhaltbar sein. Aber auch gesetzssystematisch ist unklar, warum eine auf individuelle Kommunikation zugeschnittene Vorschrift wie § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO einen ungeschriebenen Organisationsvorbehalt enthalten sollte. § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO stellt kein gesetzgeberisches Privileg dar, sondern konkretisiert die durch Art. 4 GG gezogenen Grenzen. Auf Art. 4 GG können sich aber unbestritten individuelle Gläubige aller Religionen berufen.

8. § 20v BKAG-E: Gerichtliche Zuständigkeit, Kennzeichnung, Verwendung und Löschung

Abs. 4 S. 1 erscheint überflüssig. Der Hinweis auf sonstige öffentliche Stellen entspricht nicht den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsstandards, die das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich formuliert hat (BVerfGE 110, 33 [70]). Behörden, die Adressaten der Informationsweitergabe werden sollen, müssen im Gesetz konkret genannt werden.