

►► **Prof. Dr. Fredrik Roggan**



►► Prof. Dr. Roggan | Bürgermeister-Stahn-Wall 9 | 31582 Nienburg

Deutscher Bundestag
- Innenausschuss -

11011 Berlin

► Professor für
Straf- und Strafverfahrensrecht

► Dienstanschrift:
Polizeiakademie Niedersachsen
Bürgermeister-Stahn-Wall 9
31582 Nienburg / Weser

Tel.: 05021 / 9778 - 838

E-Mail FredrikRoggan@gmx.de

► Berlin/Nienburg,
16.03.2012

►

**Zu dem Entwurf eines
Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung des Rechtsextremismus
Bt-Drs 17/8672**

wird – sofern das von hier aus angezeigt erscheint – wie folgt Stellung genommen:

I. Zur Betroffenheit des Trennungsgebots

Gemeinsame Dateien von Polizei- und Geheimdienstbehörden berühren – auch dann, wenn sie als (erweiterte) Index-Dateien geführt werden – das mit Verfassungsrang ausgestattete Trennungsgebot. Es ist in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bislang nicht entschieden, ob in der gesetzlichen Verankerung solcher Datenbestände eine Verletzung dieses Verfassungsprinzips zu sehen ist (dazu weiter unter IV.).

Unabhängig davon ist nach hier vertretener Auffassung die Zusammenarbeit zwischen Polizei und Geheimdiensten in Gestalt von Datenübermittlungen allenfalls als gesetzlicher Ausnahmefall vorzusehen. Eine „planmäßige“ Zusammenführung von jeweils vorhandenen Erkenntnissen widerspricht dem Grundgedanken des

Trennungsgebots. Sie lässt gleichsam die jeweiligen gesetzlichen Voraussetzungen für Datenerhebungen verschwimmen und ermöglicht die Nutzung von Informationen durch die Polizei, die sie qua polizei- oder strafprozessrechtlicher Tatbestände selber nicht besitzen dürfte¹.

II. Zu einzelnen Regelungen des Rechtsextremismus-Datei-Gesetzes - RED-G – Entwurf -

1. Grundrechtsrelevanz und Verhältnismäßigkeit einer Speicherung in der RED

Bereits in der Speicherung von personenbezogenen Daten in der RED liegt ein Eingriff in Grundrechte, der nach einer differenzierten Bestimmung der grundrechtsspezifischen Voraussetzungen verlangt. Dem wird der Entwurf nur teilweise gerecht.

a) Eingriffsqualität

Das Gesetz selber erkennt die Eingriffsqualität der Speicherung an, indem es die Grundrechte aus Art. 10 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 GG explizit als eingeschränkt nennt (§ 14 RED-G-Entwurf). Daneben kommt aber insbesondere auch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung² als tangierter Belang in Betracht.

Zwar soll die RED als Index-Datei ausgestaltet werden, bei der abfragende Behörden im Fall eines Treffers lediglich Zugriff auf Grunddaten erhalten. Jedoch wird auf Ersuchen und einzelfallbezogen auch der Zugriff auf erweiterte Grunddaten gewährt (§ 5 Abs. 1 RED-G-Entwurf). Zwar richten sich die Voraussetzungen hierfür nach den jeweils einschlägigen Übermittlungsregelungen. Jedoch macht dieser Umstand deutlich, dass eine Speicherung personenbezogener Daten,

¹ Ausführlich dazu etwa *Roggan/Bergemann*, NJW 2007, 876 ff. mwN.

² BVerfGE 65, 1.

die für sich genommen noch keinen Sachverhaltsbezug und damit ggf. (hoch-)sensiblen Charakter besitzen (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 RED-G-Entwurf), gerade mit dem Ziel einer Vertiefung des Grundrechtseingriffs in Gestalt (zumindest) eines Zugriffs auf die erweiterten Grunddaten (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 RED-G-Entwurf) erfolgen soll. Gleiches gilt für den Eilfall (§ 5 Abs. 2 RED-G-Entwurf). Hieran können sich weitere Datenübermittlungen anschließen. Aus diesem Grund ist eine Index-Datei stets als Erhöhung des Risikos von Folgeeingriffen anzusehen. Bereits die Speicherung von Grunddaten muss sich daher am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen lassen.

b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz i.e.S.

aa) Gedanke des hypothetischen Ersatzeingriffs

In der verfassungsrechtlichen Judikatur ist entschieden, dass es mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht vereinbar ist, solche personenbezogene Daten, die lediglich unter spezifischen Voraussetzungen erlangt werden durften, ohne Einhaltung von besonderen Tatbestandsvoraussetzungen an Behörden zu übermitteln, die einen anderen Aufgabenzuschnitt haben³.

Ungeklärt ist dagegen, welche Anforderungen zu stellen sind, wenn „Artikel-10-Daten“ oder „Artikel-13-Daten“ in einer Index-Datei gespeichert werden sollen. Hierbei kann es sich um Daten handeln, in deren Besitz eine zugreifende Behörde kraft eigener Befugnisse nicht gelangen könnte. Dies kann unter dem Gesichtspunkt des hypothetischen Ersatzeingriffs⁴ einem Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gleichkommen.

Zwar ist diesbezüglich zu berücksichtigen, dass ein Treffer keinen Zugriff auf Inhaltsdaten im engeren Sinne bedeutet, sondern lediglich die Information vermittelt, dass eine andere Sicherheitsbehörde über Kenntnisse über bestimmte Personen oder Vereinigungen verfügt. Auf erweiterte Grunddaten kann lediglich bei Vorliegen der Übermittlungsvoraussetzungen zugegriffen werden und die speichernde Behörde hat hierfür eine einzelfallbezogene Entscheidung zu treffen. Bei

³ BVerfGE 100, 313 (391 ff.).

⁴ Vgl. dazu etwa *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl. 2011, S. 137.

dieser Entscheidung wäre auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in genannter Weise zu beachten.

Jedoch ist zu bedenken, dass die (erweiterten) Grunddaten, auf die im Eilfall unmittelbar zugegriffen werden können (§ 5 Abs. 2 RED-G-Entwurf), durchaus schon Hinweise auf den Speicherungsgrund (vgl. etwa § 3 Abs. 1 Nr. 1. b) gg) RED-G-Entwurf) enthalten können und dies den abfragenden Behörden eine Bewertung der Gefährlichkeit einer überprüften Person ermöglicht. Dies kann etwa zu einer „Stigmatisierung“ des Betroffenen führen⁵.

Daraus folgt, dass nach hier vertretener Position eine Speicherung in der RED einen Grundrechtseingriff bedeutet, der größere Beeinträchtigungen als der Ersteingriff zur Folge haben kann und damit von erheblicher Bedeutung ist⁶. Danach ist eine Speicherung nur dann nicht als Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes anzusehen, wenn schon für die Speicherung der Grunddaten die grundrechtsspezifischen Voraussetzungen für eine Zweckänderung gegeben sind. Dem wird der Entwurf nicht gerecht.

bb) Begriffliche Unschärfe des Gewaltbegriffs in § 2 Nr. 2 RED-G-Entwurf

Der in § 2 Nr. 2 RED-G-Entwurf verwandte zentrale Begriff der „Gewalt“ ist zu vielgestaltig⁷, als dass er unterschiedslos als anlassgebendes (Kriminalitäts-) Phänomen in Bezug genommen werden sollte.

Gewalt kann nicht nur gegen Personen, sondern auch gegen Sachen ausgeübt werden. Insbesondere aber werden von der Rechtsprechung auch Verhaltensweisen vom Gewaltbegriff erfasst, die keineswegs notwendig ein Gefahrenpotential aufweisen, das unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten eine Speicherung von Personen in der RED erlauben würde: Nach Rechtsprechung des *BGH* ist von Gewalt im Sinne von § 240 StGB auch schon auszugehen, wenn bei (Straßen-)Sitzblockaden eine zweite Reihe von Verkehrsteilnehmern durch eine erste Reihe von (blockierten) Autofahrern am Fortkommen gehindert wird (sog. Zweite-Reihe-Rechtsprechung)⁸. Diese Judikatur wurde jüngst vom *BVerfG* als ver-

⁵ Zur vergleichbaren Regelung des § 3 ATDG vgl. *Arzt*, demnächst in: *Schenke/Graulich/Fetzer* (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2012, § 3 B.I.1. mwN.

⁶ *BVerfGE* 100, 313 (391).

⁷ Vgl. etwa die Nachweise bei *Fischer*, *StGB*, 59. Aufl. 2012, § 240 Rdnr. 12.

⁸ *BGHSt* 41, 182 (185 f.); 41, 231 (241).

einbar mit dem Bestimmtheitsgrundsatz bezeichnet⁹. Vor diesem Hintergrund könnte nach dem Wortlaut von § 2 Nr. 2 RED-G-Entwurf eine Person in der RED gespeichert werden, die zur (im Übrigen friedlichen) Blockade einer Straße öffentlich aufruft, wenn dies von der hier interessierenden Motivation flankiert wird. Das wäre nicht nur mit dem gesetzgeberischen Leitmotiv der Bekämpfung des gewaltbezogenen Rechtsextremismus nur schwer vereinbar, sondern dürfte angesichts der ggf. erheblichen Eingriffsintensität einer Speicherung auch mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unvereinbar sein.

Erforderlich wäre zumindest eine Präzisierung des Gewaltbegriffs in dem Sinne, dass nur unmittelbar gegen Menschen oder Sachen wirkende physische Gewaltanwendung die tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm erfüllt.

Diese Präzisierung ist auch deswegen erforderlich, weil nur auf diese eine zumindest annähernde Gleichwertigkeit mit dem Speicherungsanlass nach § 2 Nr. 1 RED-G-Entwurf erreicht würde, der seinerseits Tatsachen für die Annahme verlangt, dass eine Person Mitglied in einer (rechts-)terroristischen Vereinigung ist oder diese zumindest unterstützt.

cc) Kontaktpersonen

Problematisch erscheint zunächst, dass auch solche Kontaktpersonen gespeichert werden sollen, deren Bezugspersonen selber nicht notwendig ein solches Gewaltpotential aufweisen (müssen), dass deren Speicherung verhältnismäßig erschiene. Insoweit wird das unter bb) betrachtete Phänomen potenziert: Erlaubt wäre die Erfassung solcher Rechtsextremisten, die einen nicht nur flüchtigen oder zufälligen Kontakt zu Personen unterhalten, deren Gewalttätigkeit sich auf die Organisation von Sitzblockaden beschränkt. Damit könnte im Ergebnis eine Wirkung erzielt werden, die jedenfalls die Entwurfsbegründung gerade vermeiden will: Das Einrichten einer „Gesinnungsdatei“¹⁰.

Darüber hinaus müssen hinsichtlich der Kontaktpersonen selbst keine Tatsachen für die Annahme bestehen, dass diese von in Nr. 2 genannten Verhaltensweisen überhaupt Kenntnis besitzen, es sich also um „dolose“ Kontaktpersonen handelt¹¹.

⁹ BVerfG, StV 2011, 668 ff.

¹⁰ BT-Drs. 17 /8672, S. 25.

¹¹ Krit. zur insoweit vergleichbaren Regelung des § 2 Nr. 3 ATDG Arzt (o. Fn. 5), § 3 II.3.

Mit Blick auf die Schwere des Grundrechtseingriffs erscheint das unvereinbar mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Letzteres ergibt sich auch aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, wonach gerade bei Informationseingriffen gegenüber Kontaktpersonen ein besonders strenger Maßstab anzulegen ist¹² und deshalb zumindest ein Bezug zu den anlassgebenden Verhaltensweisen (Aufruf zur Gewalt [Nr. 2] etc.) bestehen müsste¹³.

Die Wendung, wonach durch die Kontaktpersonen weiterführende Hinweise für die Aufklärung oder Bekämpfung des gewaltbezogenen Rechtsextremismus zu erwarten sind, erfüllt diese zu fordernde Begrenzungswirkung schon deswegen nicht, weil diese allgemein auf das hier interessierende Phänomen bezogen ist, nicht jedoch auf konkrete Sachverhalte. Zudem wird sich eine solche Prognose kaum jemals belastbar belegen lassen.

2. Freitextfelder

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 b) oo) RED-G-Entwurf sind in der RED auch zusammenfassende besondere Bemerkungen, ergänzende Hinweise und Bewertungen zu Grunddaten und erweiterten Grunddaten zu speichern. Dies soll offenbar – ohne dass dies im Wortlaut des vorgeschlagenen Gesetzes explizit zum Ausdruck käme – in sog. Freitextfeldern erfolgen.

Eine wirksame Begrenzung für den Umfang der Speicherung enthält das Gesetz nicht, sondern nur die inhaltliche Beschränkung, dass die Aufnahme der Informationen im Einzelfall nach pflichtgemäßem Ermessen geboten und zur Aufklärung oder Bekämpfung des gewaltbezogenen Rechtsextremismus unerlässlich sein muss. Vom Wortlaut her können mithin gesamte Dossiers zu Personen in dieses Freitextfeld eingestellt werden¹⁴. Das ist nicht nur mit dem Trennungsgebot unvereinbar, sondern erhöht auch wesentlich die Eingriffsintensität gegenüber den betroffenen Personen.

¹² BVerfG, NVwZ 2001, 1261 (1262).

¹³ LVerfG Bbg, LKV 1999, 450 (458); vgl. zu diesem Problemkreis im Bereich des Polizeirechts auch Petri, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, S. 880; Roggan, in: Roggan/Kutscha (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2. Aufl. 2006, S. 190.

¹⁴ Krit. zur vergleichbaren Regelung im ATDG etwa Petri, in: Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Kap. G Rdnr. 112. (im Erscheinen); Roggan/Bergemann, NJW 2007, 876 (878).

3. Projektbezogene Datennutzung

Nach § 7 Abs. 1 RED-G-E wird die Möglichkeit zur projektbezogenen erweiter-ten Datennutzung eröffnet. Diese Nutzung bezieht sich auf sämtliche in der Datei gespeicherten Daten, also auch auf die weit reichende Einblicke in bisher erlangte Erkenntnisse gewährenden, erweiterten Grunddaten¹⁵. Beispielsweise auf Seiten der polizeilichen Staatsschutzbehörden besteht im Rahmen von sog. Strukturermittlungen also etwa die Möglichkeit, geheimdienstliche Erkenntnisse mit poli-zeispezifischen Kriterien zu kategorisieren. Dabei bleibt der Begriff des „Pro-jekts“ auch in Ansehung von § 7 Abs. 1 Satz 1 RED-G-Entwurf weitgehend un-klar.

Dies ist nicht nur unter Bestimmtheitsgesichtspunkten zweifelhaft, sondern macht auch den Widerspruch dieser Fremddaten-Nutzung mit dem Grundgedanken des Trennungsgebots besonders deutlich.

4. Abwägung Geheimhaltung vs. Gefahren für hochrangige Rechtsgüter

Nach § 4 Abs. 2 S. 2 RED-G-Entwurf kann im Falle einer verdeckten Speiche- rung eine einspeichernde Behörde von der Kontaktaufnahme mit einer abfragen- den Stelle absehen, wenn Geheimhaltungsinteressen auch nach den Umständen des Einzelfalls überwiegen. Für sich genommen ist eine solche Interessenabwä- gung nicht zu beanstanden.

Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* können Geheimhaltungsinteressen durch- aus Verfassungsrang besitzen. Dies ist beispielsweise im Zusammenhang mit der sog. V-Mann-Problematik anerkannt. Es existiert deshalb im Strafverfahren kein umfassendes Offenbarungsgebot beispielsweise über Arbeitsweisen der für die innere (und äußere) Sicherheit tätigen Behörden¹⁶.

Anders dürfte es sich aber im Bereich der polizeilichen Prävention verhalten und dies insbesondere dann, wenn es um die Abwehr von konkreten oder gar gegen- wärtigen Gefahren für hochrangige Rechtsgüter (Leib und Leben etc.) geht. Etwa ein Überwiegen von geheimdienstlichen Geheimhaltungsinteressen gegenüber

¹⁵ Vgl. oben 1. b) aa).

¹⁶ BVerfGE 57, 250 (284).

den genannten Gefahren für die öffentliche Sicherheit wird sich nicht begründen lassen, so dass gegebenenfalls etwa die Enttarnung von V-Leuten einer Verfassungsschutzbehörde in Kauf zu nehmen ist.

Aus Gründen der Klarstellung sollte daher vorgesehen werden, dass eine Verpflichtung zur Kontaktaufnahme mit einer anfragenden (Polizei-)Behörde besteht, wenn dies zur Abwehr einer (gegenwärtigen) Gefahr für die genannten hoch- und höchstrangigen Belange erforderlich erscheint.

III. Rechtspolitische Schlussbemerkungen

Die RED ist in weiten Teilen der Antiterrordatei zur Bekämpfung des islamistischen Terrorismus nachgebildet. Eben jenes ATDG wurde nicht nur in der Sachverständigenanhörung des Innenausschusses vom 6.11.2006 sowie in der Literatur¹⁷ durchaus lebhaft diskutiert¹⁸, sondern befindet sich derzeit auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts, das ausweislich der Liste der in 2012 zu erledigenden Verfahren in näherer Zukunft über die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes entscheiden wird. In Anbetracht der hier wie dort zu beantwortenden, grundsätzlichen Fragen sollte diese Entscheidung abgewartet werden.

Es ist bemerkenswert, dass die Gesetzesbegründung auf den offensichtlichen Anlass des Gesetzes, das Aufdecken der Terrorakte der sog. „Zwickauer Terrorzelle“, lediglich am Rande eingeht. In der Begründung zu § 7 heißt es dazu, dass sich in der Nachbereitung von Vorfällen (wie z. B. der Ceska-Morde bzw. der Morde des Zwickauer Trios) regelmäßig ein Defizit an Informationsfluss und der Informationsbewertung durch die einzelnen Sicherheitsbehörden von Bund und Ländern zeige¹⁹.

¹⁷ Lang, Das Antiterrordateigesetz, 2011; Petri (o. Fn. 14); Roggan/Bergemann, NJW 2007, 876 ff.; Stubenrauch, Gemeinsame Verbunddateien von Polizei und Nachrichtendiensten, 2009; Wolff, JA 2008, 81 ff..

¹⁸ Vgl. dazu die in der Sitzung vom 6.11.2006 vorgestellten gutachterlichen Stellungnahmen der Sachverständigen Badura, Geiger, Hilbrans, Hilgendorf, Möstl, Poscher, Roggan/Bergemann, Schaar sowie Weber.

¹⁹ BT-Drs. 17/8672, S. 39.

Tatsächlich haben zwischenzeitlich in Bund und Ländern verschiedene Gremien (des Bundestags, des sächsischen und thüringischen Landtages, eine Bund-Länder-Kommission sowie die sog. „Schäfer-Kommission“ in Thüringen) ihre Arbeit aufgenommen und sich dabei namentlich die Untersuchung der Arbeit der

Ermittlungsbehörden zum Ziel gesetzt. Sollten sich durch deren Tätigkeit Fehler der genannten Art zeigen und diese auch ursächlich für die nicht verhinderten Taten des „Nationalsozialistischen Untergrunds (NSU)“ sein, so ist zunächst an eine Optimierung dieser sicherheitsbehördlichen Tätigkeit zu denken. Sodann wäre zu erörtern, ob die Vermeidung solcher Fehler mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer recht- bzw. frühzeitigen Aufdeckung der Tätigkeit der „Zwickauer Terrorzelle“ einschließlich dessen Umfelds geführt hätte.

Jedenfalls sollte der Gesetzgeber aber den Eindruck vermeiden, dass er auch zukünftig von einer unvollkommenen Aufgabenerfüllung der Sicherheitsbehörden ausgeht und deshalb rechtspolitisch durchaus kritisch zu würdigende Verschränkungen von an sich (Trennungsgebot!) zu trennenden Datenbeständen vornimmt, um diese auch künftig erwarteten Fehlleistungen zu kompensieren.

(gez. *Roggan*)

▶▶ Prof. Dr. Fredrik Roggan
Seite 10 meiner Stellungnahme vom 16.03.2012