



DeutscherAnwaltVerein

Schleswig-Holsteinischer Landtag □
Umdruck 16/3444

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Innenausschuss
Landeshaus
Düsternbrooker Weg 70
24105 Kiel

Rechtsanwältin Bettina Bachmann
Tel. +49 (0)30 726152-123
bachmann@anwaltverein.de
Sekretariat Judith Schwarz
Tel. +49 (0)30 726152-133
Fax +49 (0)30 726152-190
schwarz@anwaltverein.de

16. September 2008

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins zum Entwurf eines Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt (BT-Drucksache 16/10121)

Sehr geehrte Damen und Herren,

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) kritisiert in seiner Stellungnahme insbesondere, dass der Begriff des „internationalen Terrorismus“ in § 4 a BKAG-E nicht präzisiert wird, so dass die neue Aufgabe des BKA ins Weite tendiert und im Ergebnis dazu führt, dass eine zentrale Behörde zur Terrorismusbekämpfung insgesamt geschaffen wird, die jenseits eines konkreten Anfangsverdachts befugt ist, personenbezogene Daten zu erheben. Diese „Vernachrichtlichung“ der Polizeibefugnisse ist abzulehnen, da sie gegen das Trennungsgebot verstößt. Die in § 20 u BKAG-E vorgenommene Differenzierung innerhalb der Gruppe der Berufsgeheimnisträger - Geistliche, Verteidiger und Abgeordnete einerseits, Rechtsanwälte, Ärzte und Journalisten andererseits - stößt nach wie vor auf Ablehnung. Sie führt im Bereich der anwaltlichen Tätigkeit zu Abgrenzungsschwierigkeiten und Wertungswidersprüchen.

Auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rasterfahndung und zur Online-durchsuchung wird nicht hinreichend umgesetzt, der Kernbereich privater Lebensgestaltung wird nur unzureichend geschützt.

Mit freundlichen Grüßen

Bettina Bachmann
Geschäftsführerin

Anlage

Littenstraße 11
D-10179 Berlin
Telefon 0 30/ 72 61 52-0
Telefax 0 30/ 72 61 52-1 90
dav@anwaltverein.de

German Bar Association
1, Avenue de la Joyeuse Entrée
B-1040 Brüssel
Telefon +32/ 2/ 2 80 28 12
Telefax +32/ 2/ 2 80 28 13
bruessel@anwaltverein.de

Postbank
Köln 2300 93-503
BLZ 370 100 50

Dresdner Bank
Bonn 2 160 444
BLZ 370 800 40

Berlin im September 2008

Stellungnahme Nr. 49/08

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins
durch die Ausschüsse für Gefahrenabwehrrecht, Strafrecht und
Informationsrecht
zum
Entwurf eines Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des
internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt
vom 13. August 2008 (BT-Drucksache 16/10121)

Mitglieder des Ausschusses Gefahrenabwehrrecht:

Rechtsanwältin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam
(Vorsitzende und Berichterstatterin)

Rechtsanwalt Wilhelm Achelpöhler, Münster
(Berichterstatter)

Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt a.M.

Rechtsanwalt Sönke Hilbrans, Berlin
(Berichterstatter)

Rechtsanwältin Kerstin Ötjen, Freiburg

Mitglieder des Strafrechtsausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Stefan König, Berlin (Vorsitzender)

Rechtsanwalt Dr. h.c. Rüdiger Deckers, Düsseldorf
Rechtsanwältin Dr. Gina Greeve, Frankfurt a.M.

Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt a.M.
(Berichterstatter)

Rechtsanwältin Gabriele Jansen, Köln

Rechtsanwalt Eberhard Kempf, Frankfurt a.M.

Rechtsanwältin Gül Pinar, Hamburg

Rechtsanwalt Michael Rosenthal, Karlsruhe

Rechtsanwalt Martin Rubbert, Berlin

Rechtsanwältin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam
(Berichterstatterin)

Rechtsanwalt Dr. Rainer Spatscheck, München

Mitglieder des Ausschusses Informationsrecht

Rechtsanwalt Dr. Helmut Redeker, Bonn (Vorsitzender)

Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt a.M. (Berichterstatter)

Rechtsanwalt Niko Härting, Berlin

Rechtsanwalt Prof. Dr. Jochen Schneider, München

Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Zuck, Stuttgart

Zuständige DAV-Geschäftsführer:

Rechtsanwältin Bettina Bachmann, Rechtsanwalt Peter Altemeier, Rechtsanwalt Jens Wagener, Berlin

Verteiler:

- Bundeskanzleramt
- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz

- Deutscher Bundestag - Vorsitzender des Rechtsausschusses
- Deutscher Bundestag - Vorsitzender des Innenausschuss
- Deutscher Bundestag - Rechtsausschuss
- Deutscher Bundestag - Innenausschuss
- Deutscher Bundestag - Wirtschaftsausschuss
- Deutscher Bundestag - Finanzausschuss
- Deutscher Bundesrat - Innenausschuss
- Deutscher Bundesrat - Rechtsausschuss
- Deutscher Bundesrat - Wirtschaftsausschuss
- Deutscher Bundesrat - Finanzausschuss

- Arbeitsgruppen Inneres der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Recht der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien

- Justizministerien der Länder
- Landesministerien und Senatsverwaltungen des Innern
- Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
- Landesdatenschutzbeauftragte
- Innenausschüsse der Landtage
- Rechtsausschüsse der Landtage

- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Richterbund
- Humanistische Union
- Vorstand und Landesverbände des DAV
- Vorsitzende der Gesetzgebungs- und Geschäftsführenden Ausschüsse des DAV

- NJW
- NStZ
- StraFo
- DANA - Datenschutznachrichten

Der Deutsche Anwaltsverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit circa 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

A) Übersicht und Zusammenfassung

Als Reaktion auf die Terroranschläge in New York, Madrid und London wurde die Forderung erhoben, dem Bundeskriminalamt nicht nur strafverfolgende, sondern auch – erstmalig – gefahrenabwehrende Befugnisse einzuräumen und es, wie die Länderpolizeien, mit umfassenden Kompetenzen zur „präventiven Informationserhebung“ auszustatten¹.

Mit Artikel 73 Abs. 1 Nr. 9 a GG – eingefügt durch das 52. GG-ÄndG vom 28. August 2006 („Föderalismusreform“) – als verfassungsrechtlicher Ermächtigungsgrundlage ist eine Voraussetzung zur Erfüllung dieser Forderung geschaffen worden. Danach hat der Bund die ausschließliche Gesetzgebung über die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalpolizeiamt in Fällen, in denen eine länderübergreifende Gefahr vorliegt, die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde nicht erkennbar ist oder die oberste Landesbehörde um eine Übernahme ersucht. Endgültig umgesetzt werden soll die Forderung nunmehr mit dem von der Bundesregierung vorgelegten „Entwurf eines Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt vom 04. Juni 2008“².

Die folgende Stellungnahme erörtert den mit der Ausdehnung der Bundeskompetenz verbundenen Verlust der vom Föderalismusprinzip bezweckten Freiheitssicherung. Illustrieren lässt sich dies am Beispiel einzelner ausgewählter Regelungen des Entwurfes, die veranschaulichen, dass das Verlangen nach umfassender Sicherheit abermals zu Lasten der ebenso vom Grundgesetz vorgegebenen Freiheitssicherung geht. Dies muss auch in Zeiten tatsächlicher oder vermeintlicher Bedrohung aufgezeigt werden dürfen, denn nicht zuletzt die Rechtsgeschichte des Polizeirechts sowie die Verfassungsgeschichte zeigen, dass rasch geopfert Freiheitsrechte nur sehr mühsam wieder errungen werden können³.

Vor diesem Hintergrund ist kritisch anzumerken:

¹ Ziercke, in: Polizei-heute 5/2005, 156 ff.

² Im Folgenden: BKAG-E.

³ Lisken/Denninger-Boldt/Stolleis, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl., S. 41.

1. Nach dem Entwurf soll die Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern in „gegenseitigem Benehmen“ erfolgen. Dies scheint wenig praktikabel zu sein. Hierdurch kann „Kompetenzgerangel“ entstehen. Zudem bleibt unklar, welche Behörde die Verantwortung für „Ermittlungsspannen“ zu tragen hat. Dass solche bei einer Parallelzuständigkeit von BKA und Landespolizei eintreten können, haben nicht zuletzt die Ermittlungen im Fall *Schleyer* gezeigt.
2. Da der Begriff des „internationalen Terrorismus“ nicht präzisiert wird, tendiert die neue Aufgabe des BKA ins Weite und im Ergebnis dazu, dass mit ihr eine zentrale Behörde zur Terrorismusbekämpfung insgesamt geschaffen wird.
3. Die Aufgabenzuweisung des § 4 a Abs. 1 S. 2 BKAG-E i.V.m. der Befugnisnorm des § 20 b Abs. 2 Nr. 1 BKAG-E macht deutlich, dass es nicht um eine störerorientierte Gefahrenabwehr, sondern vornehmlich um eine Vorsorge von Daten zur Verfolgung künftiger Straftaten geht: Jenseits eines konkreten Anfangsverdachts soll das BKA mittels einer Prognoseentscheidung befugt werden, personenbezogene Daten zu erheben, mithin für zukünftige Strafverfolgung informationell vorzusorgen. Diese „Vernachrichtlichung“ der Polizeibefugnisse ist abzulehnen, sie verstößt gegen das Trennungsgebot.
4. Auch die übrigen neuen Befugnisse des BKA gehen zu weit. Die rechtspolitische Anleihe bei den länderpolizeilichen Befugnisnorm führt dazu, dass die landesgesetzlichen Vorschriften, die die Freiheitsrechte schonungsloser beeinträchtigen als diejenigen Polizeigesetze, die immerhin versuchen, private Lebensgestaltung umfassender und intensiver zu gewährleisten, herausgegriffen und wenig überzeugend zusammengefügt werden.
5. Unverhältnismäßig ist es, Unbeteiligte und Berufsheimnisträger zur Auskunft (§ 20 c BKAG-E) und damit zur Zusammenarbeit mit der Polizei zu verpflichten.
6. Die Voraussetzungen, unter denen ausnahmsweise in die Sphäre der zeugnisverweigerungsberechtigten Personen (§ 20 u BKAG-E) eingegriffen werden soll, sind nicht eng genug gefasst. Insbesondere muss wie in den Länderpolizeigesetzen normiert werden, dass Berufsheimnisträger nicht zu den „Kontakt- und Begleitpersonen“ gehören. Die Einteilung der Zeugnisverweigerungsberechtigten in zwei Klassen ist nach wie vor abzulehnen. Der differenzierte Schutz von Berufsheimnisträgern - Geistliche, Strafverteidiger und Abgeordnete werden absolut Rechtsanwälte, Ärzte und Journalisten jedoch nur relativ geschützt - ist nicht sinnvoll und führt zu Wertungswidersprüchen. Überdies wer-

den Geistliche, die nicht öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften angehören, diskriminiert – diese sollen nicht als zeugnisverweigerungsberechtigte Personen angesehen werden.

7. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zur Rasterfahndung (§ 20 j BKAG-E) und zur Onlinedurchsuchung (§ 20 k, I BKAG-E) wird nicht hinreichend umgesetzt. Der Gesetzesentwurf ist weit davon entfernt, die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu erfüllen, insbesondere der Kernbereich privater Lebensgestaltung wird nur unzureichend geschützt.
8. Für die gerichtliche Entscheidung über die Anordnung der unter Richtervorbehalt stehenden Ermittlungsmaßnahmen muss das Gericht zuständig sein, in dessen Bezirk die Maßnahme erfolgen soll – nicht das Gericht, in dessen Bezirk das BKA seinen Sitz hat.
9. Damit strafprozessuale Verfahrensgarantien nicht präventivpolizeilich unterlaufen werden, muss § 20 v Abs. 5 S. 1 Nr. 3 BKAG-E ergänzt werden.
10. Die vorgesehenen Benachrichtigungspflichten sind grundsätzlich zu begrüßen – sie beenden die Heimlichkeit des Eingriffes. Ergänzungsbedarf besteht aber auch hier, insbesondere ist die Frist, innerhalb derer nach Beendigung der Maßnahme von der Benachrichtigung abgesehen werden kann, mit fünf Jahren zu kurz bemessen.

B) Einzelne Regelungen:

I. Parallele Zuständigkeiten des Bundes und der Länder: Praktikabel?

Artikel 73 Abs. 1 Nr. 9 a GG weist dem Bund eine – über die Zentralstellenfunktion des Bundeskriminalamtes nach Artikel 87 Abs. 1 S. 2 GG deutlich hinausgehende – Verwaltungskompetenz zu für Gefahren, deren Abwehr traditionell von den Ländern wahrgenommen worden ist. Mit dieser Tradition hat der verfassungsändernde Gesetzgeber nicht nur gebrochen, sondern er weicht mit Artikel 73 Abs. 1 Nr. 9 a GG zudem von der üblichen Systematik des Grundgesetzes ab - dadurch, dass nach der Gesetzesbegründung⁴ die Länderzuständigkeiten auch künftig bestehen bleiben. Es wird also keine bestimmte sonderpolizeiliche Aufgabe aus der Polizeihochheit der Länder „herausgebrochen“, vielmehr tritt die Zuständigkeit des BKA neben die der Landesbehörden⁵. Hingegen sind nach Artikel 30 GG und Artikel 83 ff. GG die Verwaltungszuständigkeiten von Bund und

⁴ BT-Drs. 16/813, S. 12.

⁵ Vgl. Tams, in: DÖV 2007, S. 367, 371 m.w.N..

Ländern grundsätzlich getrennt. Diese Kompetenzverteilung ist eine wichtige Ausformung des bundesstaatlichen Prinzips und zugleich ein Element zusätzlicher Gewaltenteilung⁶. Zudem soll die organisatorische und funktionelle Trennung zwischen Bundes- und Landesverwaltung sicherstellen, dass die Verwaltung in ihren Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten für den einzelnen „greifbar“ wird und der Bürger weiß, „wen er wofür (...) verantwortlich machen kann“⁷.

Dass die Parallelzuständigkeit von BKA und Landesbehörden durch Artikel 73 Abs. 1 Nr. 9 a GG legitimiert ist, steht – trotz der vielen berechtigten dogmatischen Kritik⁸ - außer Frage. Aufgabe des einfachen Gesetzesrechts ist es aber, die verfassungsrechtlichen Vorgaben so umzusetzen, dass in der Verwaltungspraxis keine Hindernisse entstehen.

Wohin „Kompetenzgerangel“ und „Ermittlungspannen“ führen können, haben nicht zuletzt die Ermittlungen im *Schleyer-Fall* gezeigt: Der Hinweis der örtlichen Polizeibehörde auf die Wohnung, in der die Täter ihr Opfer entführt hatten, erreichte das BKA nicht, sondern ging in der Koordinierungsstelle im Polizeipräsidium in der Vielzahl der Informationen unter.

Die Zusammenarbeit des BKA mit den Ländern will der vorliegende Gesetzesentwurf nunmehr wie folgt geregelt wissen:

„Die zuständigen obersten Landesbehörden und, soweit zuständig, anderen Polizeibehörden des Bundes sind unverzüglich zu benachrichtigen, wenn das Bundeskriminalamt die Aufgabe nach Abs. 1 wahrnimmt“ (§ 4 a Abs. 2 S. 2 BKAG-E).

Ausweislich der Begründung des Entwurfes⁹ orientiere sich diese Regelung an dem bewährten Verfahren nach § 4 Abs. 3 BKAG. Gemäß § 4 a Abs. 2 S. 3 BKAG-E soll die Aufgabenwahrnehmung „in gegenseitigem Benehmen“ erfolgen. Nach der Begründung des Entwurfes¹⁰ bedeutet dies,

„dass sich die beteiligten Behörden gegenseitig Gelegenheit zur Stellungnahme geben und die Stellungnahme des anderen in ihre Überlegungen mit einbeziehen. Es bedeutet nicht Einvernehmen und setzt damit nicht die Zustimmung oder einen gemeinsamen Entschluss hinsichtlich der Bewältigung der Gefahrenlage voraus“.

⁶ BVerfGE 108, 169, 181 ff.

⁷ BVerfG, 1 BvR 2433/04 vom 20.12.2007, Tz 158, <http://www.bverfg.de/entscheidungen>.

⁸ Vgl. Tams, in: DÖV 2007, S. 367, 369 m.w.N..

⁹ S. 15.

¹⁰ S. 16.

Praktikabel erscheint dies nicht. Unklar bleibt, „wozu“ und „wie oft“ die „gegenseitige Gelegenheit zur Stellungnahme“ gegeben werden soll: einmalig oder dauerhaft (?), nur zur Aufgabenübernahme und/oder auch zu jedem Einsatz des BKA? Wer ist verantwortlich, falls „Ermittlungsspannen“ eintreten? Lautet das Ziel des BKAG-E, angeblich „praktische Hindernisse in der Aufspaltung der Kompetenz zwischen dem Bund und den Ländern“¹¹ zu vermeiden, so muss sichergestellt sein, dass mit der Parallelzuständigkeit keine neuen „praktischen Hindernisse“ geschaffen werden. Tritt das BKA ein und übernimmt es die Aufgabe der Gefahrenabwehr – nach der Entwurfsbegründung¹² legt das BKA in einem „Übernahmefernschreiben“ Art und Umfang des Lebenssachverhaltes fest – so sollte dies exklusive, zuständigkeitsverdrängende Wirkung haben.

II. Unbestimmte Aufgabe - keine Definition des „internationalen Terrorismus“

Die – neue – Aufgabe des BKA, mithin die Abwehr von Gefahren des „internationalen Terrorismus“ (§ 4 a Abs. 1 S. 1 BKAG-E), wird inhaltlich nicht konkretisiert. Der Entwurf wiederholt lediglich den Wortlaut des Artikel 73 Abs. 1 Nr. 9 a GG. Terrorismusqualifizierende Merkmale werden nicht geregelt. Dies aber verstößt gegen den Grundsatz der Normenbestimmtheit und gegen das Gebot der Normenklarheit. Denn die Reichweite der Kompetenz des BKA hängt maßgeblich davon ab, wie der Begriff des „internationalen Terrorismus“ ausgelegt wird. Ohne gesetzliche Definition der die den „internationalen Terrorismus“ qualifizierenden Merkmale tendiert die neue Aufgabe in eine unbestimmte Weite. Insoweit hilft auch nicht die Begründung des Gesetzesentwurfes zur Verhütung von den dem internationalen Terrorismus „entsprechenden Straftaten“ weiter. Im Gegenteil: Nach der Entwurfsbegründung¹³ soll der für die „entsprechenden Straftaten“ erforderliche internationale Bezug auch bei lediglich in Deutschland tätigen Gruppen

„durch Einbindung in international propagierte ideologische Strömungen, etwa eines weltweiten „Jihad“

erfüllt sein.

Wenn aber bereits – unbestimmte – „ideologische Strömungen“ ohne organisatorische Konturen ausreichend sein sollen, erweist sich die neue Aufgabe des Bundeskriminalamtes nicht als Antwort auf neue Fälle des internationalen Terrorismus, sondern als Schaf-

¹¹ Siehe Begründung des Entwurfes S. 1.

¹² S. 15,16.

¹³ S. 15.

fung einer zentralen Bundesbehörde mit der Kompetenz, den Terrorismus insgesamt und „nicht nur“ international zu bekämpfen.

III. Befugnisse des BKA

1) Erhebung personenbezogener Daten, § 20 b BKAG-E

Liest man die Aufgabenzuweisung des § 4 a Abs. 1 S. 2 BKAG-E im Zusammenhang mit § 20 b Abs. 2 Nr. 1 BKAG-E wird deutlich, dass es mit dem vorliegenden Entwurf nicht um eine störerorientierte Gefahrenabwehr, sondern vornehmlich um eine Vorsorge von Daten zur Verfolgung künftiger Straftaten geht.

a) Erhebung personenbezogener Daten zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus, § 20 b Abs. 1 i.V.m. § 4 a Abs. 1 BKAG-E

Als Grundnorm regelt § 20 b Abs. 1 BKAG-E die Befugnis des BKA, personenbezogene Daten zu erheben, soweit dies zur Erfüllung der ihm nach § 4 a Abs. 1 BKAG-E obliegenden Aufgabe erforderlich ist. In der Begründung des Entwurfes¹⁴ wird klargestellt, dass zu diesem Zweck personenbezogene Daten auch von unbeteiligten Personen wie „Hinweisgeber, Zeugen oder Opfer“ erhoben werden können.

b) Erhebung personenbezogener Daten zur Verhütung von Straftaten, § 20 b Abs. 2 i.V.m. § 4 a Abs. 1 S. 2 BKAG-E

Während die Datenerhebung nach § 20 b Abs. 1 BKAG-E eine konkrete Gefahr voraussetzt, geht es bei der Datenerhebung nach § 20 b Abs. 2 BKAG-E um die Datenerhebung zur Verhütung von Straftaten im Sinne von § 4 a Abs. 1 S. 2 BKAG-E, mithin um Sachverhalte,

„die sich zum Einen noch nicht zu einer konkreten Gefahr verdichtet haben, zum Anderen aber aufgrund einer Prognose den Eintritt eines schädigenden Ereignisses durch die Begehung einer Straftat im Sinne von § 4 a Abs. 1 S. 2 möglich erscheinen lassen“¹⁵.

Wegen ihres präventiven Charakters soll die Maßnahme nur unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 20 b Abs. 2 Nr. 1 und 2 BKAG-E möglich sein. Das bedeutet, dass die Datenerhebung nur zulässig sein soll, soweit Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass

¹⁴ S. 20.

¹⁵ So die Begründung zu § 20 b Abs. 2 BKAG-E, S. 20.

- „die Person eine Straftat gemäß § 4 a Abs. 1 S. 2 begehen will und die erhobenen Daten zur Verhütung dieser Straftat erforderlich sind“ (§ 20 b Abs. 2 Nr. 1 BKAG-E)

oder

- eine Kontakt- und Begleitperson mit einer Person nach § 20 b Abs. 2 Nr. 1 BKAG-E nicht nur flüchtig oder in zufälligem Kontakt in Verbindung steht.

c) Keine störerorientierte Gefahrenabwehr

In der Literatur¹⁶ wird bereits zutreffend darauf hingewiesen, dass es sich bei § 20 b Abs. 2 BKAG-E nicht um die Verhütung von Straftaten als Unterfall störerorientierter Gefahrenabwehr handelt, sondern um die Vorsorge von Daten zur Verfolgung künftiger Straftaten. Denn die für die „Gefahrenermittlungen“ erforderliche konkrete Gefahr fehlt. Nach der Begründung des Entwurfes sollen für den Eingriff **Prognoseentscheidungen** ausreichen, die die Begehung solcher Straftaten möglich erscheinen lassen, die von § 129 a StGB erfasst werden. Mit anderen Worten heißt dies: Anders als es der Wortlaut des § 20 b Abs. 2 BKAG-E vorzugeben versucht, geht es nicht um die „Verhütung von Straftaten“, sondern um die „bloße informationelle Vorsorge für zukünftige Strafverfolgung“¹⁷. Dies aber verstößt gegen die Kompetenzzuweisung des Artikels 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. In seiner Entscheidung über das NdsSOG hat das Bundesverfassungsgericht¹⁸ klargestellt, dass eine Verfolgungsvorsorge, bei der es jenseits eines konkreten Anfangsverdaches um die Beweisbeschaffung zur Verwendung im künftigen Strafverfahren, nicht aber um eine präventive Datenerhebung zur Verhütung von Strafverfahren geht, zum gerichtlichen Verfahren im Sinne des Artikels 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gehört. Dies aber bedeutet, dass der Bund sein Polizeirecht nicht mit einer Befugnis zur Beschaffung von Beweismitteln ausstatten darf – dies fällt in das Straf(prozess)recht. Dass es sich insbesondere bei § 20 b Abs. 2 BKAG-E um keine präventive Datenerhebung zur Verhütung von Straftaten, sondern um eine Beweisbeschaffungsmaßnahme handelt, geht nicht zuletzt aus der Begründung zu § 20 b Abs. 2 BKAG-E hervor. Danach fehlt es an der konkreten Gefahr, es wird lediglich auf eine Prognose, das heißt auf „nicht gerichtsfeste oder nachprüfbar Tatsachen vermisch mit nachrichtendienstlichen – gesperrten – Quellenerkenntnissen, auf ungesicherten Auswertergebnissen beruhende Vorhersagen“¹⁹ zurückgegriffen. Bei

¹⁶ Von Denkowski, Kriminalistik 2008, S. 410, 413 f..

¹⁷ Von Denkowski, Kriminalistik 2008, S. 410, 414.

¹⁸ NJW 2005, S. 2603, 2605.

¹⁹ Von Denkowski, Kriminalistik 2008, S. 410, 412.

solchen Einschätzungen aber geht es um Gefahrenprognose – und nicht um Gefahrenabwehr.

Sieht man diesen Befund im Kontext zum „Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren Gewalttaten“²⁰, zeichnet sich im Bereich der Terrorismusbekämpfung die Tendenz ab, dass aus dem Strafrecht ein „verkapptes Polizeireich“ und aus dem Recht der Gefahrenabwehr eine Verfolgungsvorsorge gemacht werden soll. Solche Entwicklungen opfern freiheitssichernde Grenzen, weder Risikostrafrecht noch Gefahrenermittlungen „ins Blaue hinein“ sind rechtsstaatlich tragbar. Sowie die schützenden Formen des Strafprozesses dem Druck einer erfolgreichen Terrorismusbekämpfung nur standhalten, wenn es gelingt, das Strafrecht gegen die Ausuferungen eines Risikostrafrechtes zu behaupten²¹, ist eine störerorientierte Gefahrenabwehr nur garantiert, wenn es gelingt, die Befugnisse der Polizei vor einer „Vernachrichtlichung“ zu behaupten. Ist Sinn und Zweck des Trennungsgebotes der Verzicht der Nachrichtendienste auf exekutive Mittel, so darf dieses Gebot nicht dadurch unterlaufen werden, dass eine geheimdienstliche Nachrichtenzentrale mit Exekutivbefugnissen geschaffen wird. Auch wenn die Gründe für die „Dekretierung des Trennungsgebotes“ im Dunkeln liegen mögen²², steht fest, dass das Trennungsgebot zwischen Verfassungsschutz und Polizei ursprünglich auf den sogenannten „Polizeibrief“ der alliierten Militärgouverneure vom 24. April 1949 zurückgeht und die Alliierten Sorge vor einer unzureichenden Kontrollmöglichkeit einer starken Zentralgewalt hatten sowie der Errichtung einer Geheimstaatspolizei entgegenwirken wollten²³. Das Risiko einer unkontrollierbaren Zentralbehörde realisiert sich aber, wenn eine mit Exekutivbefugnissen ausgestattete Polizeibehörde in politischen Strafsachen unkontrolliert Informationen für eine Beweismittelbeschaffung in künftigen Strafverfahren sammeln darf.

2) Befragung und Auskunftspflicht, § 20 c BKAG-E

§ 20 c BKAG-E räumt dem BKA nicht nur die Befugnis ein, eine Person zu befragen, sondern regelt darüber hinaus die Voraussetzungen, unter denen Personen und gar Auskunfts- sowie Zeugnisverweigerungsberechtigte (§§ 52 bis 55 StPO) zur Auskunft verpflichtet sind.

Die - aufgrund ihrer Gesetzestechnik (Grundsätze, Ausnahmen, Rückausnahmen, Verweisungen) nur schwer zu durchschauende - Vorschrift ist abzulehnen. Sie verpflichtet Unbeteiligte zur Zusammenarbeit mit der Polizei. Sie verpflichtet zur Angabe von Perso-

²⁰ Referentenentwurf des BMJ, Bearbeitungsstand: 21. April 2008, ablehnend *Deckers/Heusel*, ZRP 2008, S. 169 ff..

²¹ *König/Harrendorf* AnwBl. 2008, S. 566, 569.

²² *Nehm* NJW 2004, S. 3289, 3290.

²³ So auch *Nehm* NJW 2004, 3289, 3290 m.w.N..

nalien, obgleich dies nur unter den – engeren – Voraussetzungen der Identitätsfeststellung nach § 20 d Abs. 1 BKAG-E möglich ist. Eine Auskunftspflicht der Berufsgeheimnisträger ist nicht erforderlich. Hier wird völlig unverhältnismäßig in die letzten noch geschützten Kommunikationsfreiräume eingegriffen.

a) Befugnis zur Befragung

Nach § 20 c Abs. 1 S. 1 BKAG-E kann das Bundeskriminalamt eine Person befragen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person sachdienliche Angaben für die Erfüllung der dem Bundeskriminalamt nach § 4 a Abs. 1 S. 1 obliegenden Aufgaben (Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus) machen kann. Flankiert wird dies mit der Befugnis nach § 20 c Abs. 1 S. 2 BKAG-E, jeden Betroffenen zum Zwecke der Befragung anhalten zu dürfen.

b) Auskunftspflicht des Befragten

Die Bejahung der Befugnis zur Befragung beinhaltet noch keine Pflicht zur Auskunftserteilung. In den Polizeigesetzen der Länder sind die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen eine Auskunftspflicht besteht, uneinheitlich geregelt. Während nach einigen Polizeigesetzen²⁴ („nur“) Störer und – soweit polizeilicher Notstand gegeben ist – auch Nichtstörer zur Auskunft verpflichtet sind, gehen andere Polizeigesetze²⁵ noch weiter und verpflichten „jeden“, an den die Polizei Fragen stellen darf, zur Auskunftserteilung mit Ausnahme seiner Personalien – diese müssen nur zur Abwehr einer im Einzelfall bevorstehenden Gefahr offenbart werden. Weitere Polizeigesetze²⁶ unterscheiden zwischen der Pflicht zur Angabe von Personalien und „weiteren Auskünften“. Danach müssen die Angaben zur Person mitgeteilt werden, wenn die Voraussetzungen einer Befragung vorliegen. Zu „weiteren Auskünften“ ist der Befragte nur verpflichtet, soweit „gesetzliche Handlungspflichten“ bestehen.

In § 20c BKAG-E sollen nunmehr sämtliche Eingriffe, die die uneinheitlichen Polizeigesetze insgesamt anzubieten haben, zusammengestellt werden. Die Vorschrift beinhaltet nicht nur die Pflicht zur Angabe von Personalien, sondern auch eine weitergehende Auskunftspflicht für Störer und Nichtstörer sowie für Personen, für die gesetzliche Handlungspflichten bestehen.

aa) Pflicht zur Angabe von Personalien

²⁴ § 12 Abs. 2 HSOG, § 12 Abs. 3 NdsSOG und § 14 Abs. 2 SOG LSA.

²⁵ § 28 Abs. 2 SOG MV und § 180 Abs. 2 LVwG SH.

²⁶ Artikel 12 BayPAG; § 18 Abs. 3 S. 3 ASOG Bln; § 11 Abs. 2 S. 1 BbgPolG; § 3 Abs. 2 S. 2 HmbDatenVPoIG; § 9 Abs. 2 PoIG NW; § 13 Abs. 2 ThürPAG.

Nach § 20 c Abs. 2 S. 1 BKAG-E ist die befragte Person verpflichtet, Namen, Vornamen, Tag und Ort der Geburt, Wohnanschrift und Staatsangehörigkeit anzugeben, soweit dies zur Erfüllung der dem Bundeskriminalamt nach § 4 a Abs. 1 S. 1 BKAG-E obliegenden Aufgabe (Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus) erforderlich ist.

Diese Vorschrift ist abzulehnen – insbesondere in zweierlei Hinsicht:

Zum Einen werden mit dieser Bestimmung Unbeteiligte zur Zusammenarbeit mit der Polizei verpflichtet – dies verstößt bereits gegen den Grundsatz, dass Nichtstörer nur unter den Voraussetzungen des polizeilichen Notstandes in Anspruch genommen werden dürfen²⁷. Zum Anderen kollidiert § 20 c Abs. 2 S. 1 BKAG-E mit der Befugnis zur Identitätsfeststellung, die auf die Erlangung eben dieser Daten gerichtet ist. Die Identitätsfeststellung nach § 20 d Abs. 1 BKAG-E umfasst ausdrücklich auch die Befragung des Betroffenen. Denn nach dieser Vorschrift kann das Bundeskriminalamt entsprechend § 23 Abs. 3 S. 2 BPolG die Identität einer Person feststellen. Hiernach kann der Betroffene insbesondere angehalten und nach seinen Personalien befragt werden. Die Identitätsfeststellung nach § 20 d Abs. 1 BKAG-E ist – anders als § 20 c Abs. 2 S. 1 BKAG-E – an engere Voraussetzungen geknüpft. So muss etwa die Feststellung der Identität aufgrund auf die Person bezogener Anhaltspunkte erforderlich sein. Demgemäß sind die Regelungen über die Identitätsfeststellung spezieller als die Vorschriften über die Befragung, soweit diese auf die Mitteilung von Personalien abzielt. „Letztere treten deshalb zurück. Personalien dürfen (...) nur unter den engeren Voraussetzungen der Identitätsfeststellung erfragt werden. Im übrigen sind nicht alle der gesetzlich bezeichneten persönlichen Angaben zur Aufgabenerfüllung erforderlich“²⁸.

bb) „Weitergehende Auskunftspflicht“

Soweit die Auskunft zur Abwehr einer Gefahr erforderlich ist, besteht gemäß § 20 c Abs. 2 S. 2 BKAG-E eine weitergehende Auskunftspflicht für Handlungs- und Zustandsstörer (§§ 17, 18 BPolG), Nichtstörer (§ 20 BPolG) und für Personen, für die gesetzliche Handlungspflichten bestehen.

Diese Regelung begegnet insoweit rechtliche Bedenken, als ein Störer verpflichtet sein soll, mit der Polizei zusammenzuarbeiten. Dies geht über den Umfang der bislang geltenden Rechtslage hinaus. Danach ist ein Störer verpflichtet, den von ihm zu verantwortenden rechtswidrigen Zustand auf Verlangen zu beseitigen – nicht aber zur Zusammen-

²⁷ Lisken/Denninger-Rachor, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl., S. 492.

²⁸ so Lisken/Denninger-Rachor, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl., S. 492.

arbeit mit der Polizei. Der Umfang einer Mitwirkungspflicht des Störers kann sich aus anderen „gesetzlichen Handlungspflichten“ wie etwa § 323 c StGB und § 138 StGB ergeben. Folglich sollte eine „weitergehende Auskunftspflicht“ nur für die befragte Person statuiert werden, für die ohnehin gesetzliche Handlungspflichten bestehen.

c) Kein Auskunftsverweigerungsrecht

Zwar regelt § 20 c Abs. 3 S. 1 BKAG-E, dass der Betroffene unter den in den §§ 52 bis 55 StPO bezeichneten Voraussetzungen zur Verweigerung der Auskunft berechtigt ist. Jedoch bestimmt § 20 c Abs. 3 S. 2 BKAG-E hiervon eine „Rückausnahme“ und regelt, dass § 20 c Abs. 3 S. 1 BKAG-E nicht gilt,

„soweit die Auskunft zur Abwehr einer Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Staates oder Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist“.

aa) Berufsgeheimnisträger, §§ 53 f. StPO

Eine „Rückausnahme“ für Berufsgeheimnisträger ist nicht erforderlich, mithin unverhältnismäßig. Ihre Handlungspflichten ergeben sich bereits aus §§ 138, 139 StGB. Danach besteht – nach Maßgabe des § 139 StGB auch für Berufsgeheimnisträger – eine Pflicht zur Anzeige der in § 138 Abs. 1 Nr. 1 bis 8 StGB aufgezählten Delikte wie etwa Mord und Totschlag. Zudem kollidiert die „Rückausnahme“ mit § 139 Abs. 2 StGB, der die Geistlichen ausdrücklich von der Anzeigepflicht befreit, soweit ihnen etwas in ihrer Eigenschaft als Seelsorger anvertraut worden ist. Hinzu kommt, dass die „Rückausnahme“ die Berufsgeheimnisträger in ein kaum lösbares Spannungsverhältnis zwischen der Gefahr einer Strafbarkeit wegen Verletzung von Privatgeheimnissen gemäß § 203 Abs. 1 StGB und rechtlichen Folgeproblemen einer – unterlassenen – möglicherweise bestehenden Auskunftspflicht bringen wird.

Gerade mit Blick auf vorstehende Bedenken ist nicht nachvollziehbar, wieso der – noch mit dem am 01. Januar 2008 in Kraft getretenen Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung immerhin garantierte – Schutz von Verteidigern, Geistlichen und Abgeordneten vor Ermittlungsmaßnahmen nunmehr ausgehöhlt und ein unbedingt zu schützender Kommunikationsfreiraum für staatliche Eingriffe geöffnet werden soll. Dass Terroristen ihre Absicht, einen Anschlag oder eine Geiselnahme zu verüben, vorher einem Pfarrer, ihrem Verteidiger und/oder Abgeordneten verraten würden, ist zudem kaum vorstellbar.

bb) Selbstbezeichnung

Die „Rückausnahme“ für die nach § 55 StPO Auskunftsverweigerungsberechtigten führt dazu, dass der Auskunftspflichtige auch solche Auskünfte erteilen muss, die ihn selbst in strafrechtlicher Hinsicht belasten. Damit die Selbstbezichtigung das Persönlichkeitsrecht des Auskunftspflichtigen nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt²⁹, muss sichergestellt sein, dass wegen des offenbaren Sachverhalts kein Strafverfahren gegen den Auskunftspflichtigen eingeleitet wird. Fehlt eine solche Schutzvorkehrung, wäre die Auskunftsverpflichtung zur Zweckerreichung ungeeignet, also wiederum unverhältnismäßig. Denn nur ein Verfolgungsverbot gewährleistet, dass der zur Auskunft Verpflichtete auch wahrheitsgemäße Mitteilungen machen und auf diese Weise zur Abwehr einer Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Staates oder Leib, Leben oder Freiheit einer Person beitragen wird. Das in § 20 Abs. 3 S. 4, § 20 c BKAG-E geregelte Verwendungsverbot – danach dürfen Auskünfte, die gemäß S. 2 erlangt wurden, nur für den dort bezeichneten Zweck verwendet werden - wird vorstehenden Maßgaben also nur gerecht, wenn es als **Strafverfolgungshindernis** respektive eine den Ermittlungen entgegenstehende landesgesetzliche Verwendungsregelung i.S.d. § 160 Abs. 4 StPO verstanden wird. Dies muss klargestellt werden

3) Lausch- und Spähangriff, § 20 h BKAG-E

§ 20 h BKAG-E regelt die Voraussetzungen, unter denen durch den verdeckten Einsatz technischer Mittel „in oder aus Wohnungen“ das nicht öffentliche Wort einer Person abgehört werden kann (Lauschangriff) sowie Lichtbilder und Bildaufzeichnungen über diese Personen hergestellt werden können (Spähangriff). Dass technische Überwachungsmittel nicht nur in der Wohnung selbst, sondern auch von außen – zum Beispiel durch Richtmikrofone – eingesetzt werden können, folgt aus dem Merkmal „in oder aus Wohnungen“.

Diese Befugnisnorm zeigt exemplarisch, dass es dem Entwurf nicht gelungen ist, das Streben nach Sicherheit angemessen und vernünftig zu begrenzen. Vergleicht man § 20 h BKAG-E mit den – uneinheitlichen – Polizeigesetzen der Länder, wird vielmehr deutlich, dass sich der Entwurf zuvörderst an den landesgesetzlichen Regelungen orientiert, die vornehmlich dem Sicherheitsgedanken Rechnung tragen – nicht aber an denjenigen, die zumindest versuchen, etwa den Schutz der Berufsgeheimnisträger und den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung intensiver zu gewährleisten.

Im einzelnen:

²⁹ Vgl. hierzu *BVerfGE* 56, 37, 50 f..

a) **Betroffener Personenkreis**

„Zur Abwehr einer dringenden Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Staates oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist“, dürfen Lausch- und Spähangriff gerichtet werden gegen eine Person,

- die entsprechend § 17 oder § 18 des Bundespolizeigesetzes verantwortlich ist (§ 20 h Abs. 1 Nr. 1 a BKAG-E),
- bei der konkrete Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen die begründete Annahme rechtfertigen, dass sie Straftaten gemäß § 4 a Abs. 1 S. 2 BKAG-E begehen wird (§ 20 h Abs. 1 Nr. 1 b BKAG-E),

oder

- die eine Kontakt- und Begleitperson einer Person nach Buchstabe a) oder b) ist, wenn die Abwehr der Gefahr auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

b) **Unzureichender Schutz der Berufsgeheimnisträger**

Während zahlreiche Polizeigesetze der Länder an die einfach gesetzlichen Bestimmungen der §§ 203 StGB, 53 f. StPO anknüpfen und das ausdrückliche Verbot eines Eingriffes mittels heimlicher Ermittlungsmethoden in ein geschütztes Vertrauensverhältnis statuieren³⁰ und teilweise sogar ausdrücklich normieren, dass Berufsgeheimnisträger nicht zu den Kontakt- und Begleitpersonen zählen, soweit das geschützte Vertrauensverhältnis reicht³¹, verzichtet der Entwurf wiederum auf solche Regelungen. Vielmehr öffnet er mittels § 20 u Abs. 4 BKAG-E geschützte Vertrauensverhältnisse für heimliche Zugriffe. § 20 u Abs. 4 BKAG-E bestimmt eine Rückausnahme. Danach sind heimliche Ermittlungsmaßnahmen auch gegen die in § 53 StPO genannten Personen zulässig,

„sofern Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die zeugnisverweigerungsrechtliche Person für die Gefahr verantwortlich ist“.

Dies aber ist nicht nur zu unbestimmt, sondern im übrigen auch nicht erforderlich. Ausreichend ist es, die Rückausnahme nur in den Fällen zuzulassen, in denen für die

³⁰ §§ 34 Abs. 2 BremPolG, 39 Abs. 2 SächsPolG, § 28 Abs. 4 POG RP.

³¹ § 33 a Abs. 2 S. 5 BbgPolG.

zeugnisverweigerungsrechtliche Person gesetzliche Handlungspflichten gemäß §§ 138, 139 StGB bestehen. An diese Überlegungen noch angeknüpft hatte der Ursprungsentwurf (Stand: 11. Juli 2007). Danach soll der Schutz der Berufsgeheimnisträger nur entfallen, wenn

„Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass Inhalte erfasst werden, die einen unmittelbaren Bezug zu den in den angeordneten Maßnahmen genannten Gefahren und Straftaten haben, ohne dass über ihren Inhalt das Zeugnis nach §§ 53, 53a Strafprozessordnung verweigert werden könnte“.

Dies heißt mit anderen Worten: Der Entwurf in seiner Fassung vom 11. Juli 2007 zeigt, dass es anders, mithin besonnener und vernünftiger, geht.

c) Unzureichender Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung

§ 20 h Abs. 5 S. 2 BKAG-E regelt zwar, dass Abhören und Beobachten unverzüglich zu unterbrechen seien,

„soweit sich während der Überwachung tatsächliche Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Inhalte, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, erfasst werden“.

Diese Schutzvorkehrung aber wird von § 20 h Abs. 5 S. 3 BKAG-E dadurch durchkreuzt, dass eine automatische Aufzeichnung fortgesetzt werden darf, „insoweit Zweifel bestehen“. Zur Begründung rekurriert der Entwurf auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes vom 11. Mai 2007 (2 BvR 543/06) mit dem Hinweis, in diesem Beschluss habe das Bundesverfassungsgericht ausgeführt,

„dass seinem Urteil vom 03. März 2004 nicht entnommen werden könne, dass eine automatische Aufzeichnung in jedem Fall von Verfassung wegen unzulässig sei. Ein generelles Verbot automatischer Aufzeichnungen sei nicht ersichtlich, soweit keine Gefahr der Erfassung kernbereichsrelevanter Inhalte bestehe“³².

Dies aber überzeugt nicht. Bestehen Zweifel, ist die Gefahr der Erfassung kernbereichsrelevanter Inhalte nicht ausgeschlossen. Somit kann gerade nicht davon ausgegangen werden, dass keine Gefahr besteht. Zweifel dürfen nicht zu Lasten der Freiheitsicherung gehen: in dubio pro libertate.

³² Begründung des Entwurfes S. 64.

4) **Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung, § 20 i BKAG-E**

a) **Allgemeines**

Die Vorschrift liegt im Wesentlichen auf der Linie bereits bestehender Regelungen der Polizeigesetze der Länder und des § 163 e StPO und harmonisiert im Ansatz mit Art. 99 SDÜ/Art. 5 Abs. 1 SchÜbkDÜbkG. Auf Seiten der meldenden (anderen) Polizeibehörden des Bundes und der Länder (§ 20 i Abs. 1 BKAG-E) bedarf es korrespondierender Vorschriften für die Erhebung personenbezogener Daten und der Übermittlung an das Bundeskriminalamt. Diese sind regelmäßig vorhanden; Schwächen des auf diese Stellen Anwendung findenden Rechts sind nicht Gegenstand der Regelung im BKAG. Eine Ausschreibung zur verdeckten Kontrolle (Art. 99 Abs. 5 SDÜ) wird auch mit dem BKAG-E nicht eingeführt.

b) **Im Einzelnen**

Der Entwurf ist technisch insoweit missglückt, als das Speichern personenbezogener Daten in einer Datei zwecks Ausschreibung nur einen Teilaspekt der Funktionalität der polizeilichen Beobachtung beschreibt. Eine Klarstellung, insbesondere im Hinblick auf die Spezialregelung für (sonstige) Datenspeicherungen zur polizeilichen Beobachtung (§ 9 Abs. 1 S. 1 BKAG) bzw. das polizeiliche Informationssystem (INPOL, § 11 BKAG) wäre schon im Interesse der Rechtsklarheit sinnvoll. Ebenso eine Verwendungsregelung für die bei Gelegenheit des Antreffens einer ausgeschriebenen Person zwangsläufig der meldenden Stelle bekannt werdenden Daten über die Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung.

Die **materiellen Voraussetzungen** der Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung (§ 20 i Abs. 2 BKAG-E) zielen auf die Verhütung von Straftaten. Damit ist die Ausschreibung eine Methode zur Beobachtung des Vorfeldes konkreter Gefahren bzw. Straftaten und nicht auf die Gefahrenabwehr (§ 4 a Abs. 1 S. 1, § 20 a Abs. 2 BKAG-E) beschränkt. Das Bundeskriminalamt könnte diese Daten auf anderem Wege angesichts der Einschränkungen nach § 20 b Abs. 2 BKAG-E nicht ohne weiteres erheben. Dies gilt für beide Zulässigkeitsvarianten der Ausschreibung (§ 20 i Abs. 2 BKAG-E). Die offenbar angestrebte Synchronisierung mit der Ausschreibung im Schengen-Raum ist ebenfalls nicht gewährleistet, da die Kriterien nach § 20 i Abs. 2 BKAG-E an den § 129 a Abs. 2 StGB/§ 4 a Abs. 1 S. 2 BKAG-E orientiert und keinesfalls trennscharf sind. Ungeachtet der subjektiven Zielrichtung etwaiger Gefährder sind objektiv die Voraussetzungen einer Ausschreibung nach Art. 99 Abs. 2 SDÜ („außergewöhnlich schwere Straftaten“) nicht ohne weiteres erfüllt.

Bedenken begegnet insbesondere die Ausschreibung nach **§ 20 i Abs. 2 Nr. 1 BKAG-E**: Die Vorschrift setzt bei einer prognostischen Gesamtwürdigung der Person des Betroffenen, einschließlich bis dahin begangener Straftaten, an. Kriminalistische oder forensische Erfahrungswerte für die Prognose sind angesichts des nach dem Willen des Gesetzgebers nur eng beschränkten Zuständigkeitsbereichs nach dem Unterabschnitt 3 a des BKAG-E und des insgesamt jedenfalls bei der gebotenen restriktiven Handhabung des Gesetzes nur sehr überschaubaren betroffenen Personenkreises bislang so gut wie nicht vorhanden. Für die Gesamtwürdigung einer Person bedarf es überdies regelmäßig komplexer Erkenntnisse, welche über bislang begangenen Straftaten hinausgehen und sich nur aus intensiven Ermittlungen ergeben können. Der an Art. 99 Abs. 2 lit.b SDÜ und vergleichbaren Vorschriften im nationalen Recht angelehnte Text der Vorschrift grenzt unter diesen Umständen den nach § 20 i Abs. 2 Nr. 1 BKAG-E betroffenen Personenkreis nicht effektiv ein. Die niedrigschwellige Anordnungsvoraussetzung muss entweder ins Leere gehen oder lädt zur unangemessen großzügigen Handhabung ein.

Die tatbestandlichen Unschärfen der Vorschrift und die unklaren Prognosekriterien können durch einen **Richtervorbehalt** grundsätzlich nicht kompensiert werden. Angesichts des Umstandes, dass von der Vorfeldmaßnahme nach § 20 i BKAG-E neben der Zielperson auch Dritte betroffen werden, sollte auch bei Korrekturen an dem Entwurf in Anlehnung an § 163 b Abs. 4 S. 1 StPO der Richtervorbehalt bereits für die Erstausschreibung vorgesehen werden.

5) **Rasterfahndung, § 20 j BKAG-E**

Durch § 20 j Abs.1 S.1 BKAG-E soll den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts vom 04.04.2006 1 BvR 518/02 Rechnung getragen werden, durch § 20 j Abs. 1 S. 1 2. Halbsatz BKAG-E wird jedoch der Versuch unternommen werden, sich von diesem Vorgehen zu lösen.

Das Bundesverfassungsgericht hatte in seiner Entscheidung zur Rasterfahndung darauf hingewiesen, dass eine Rasterfahndung nur dann zulässig ist, wenn eine konkrete Gefahr vorliegt. Eine Maßnahme für die Rasterfahndung dürfe nicht im Vorfeld einer konkreten Gefahr ermöglicht werden, denn sie könne zu vollständig verdachtlosen und mit großer Streubreite erfolgenden Grundrechtseingriffen führen, die Informationen mit intensivem Persönlichkeitsbezug erfassen können.

vgl. BVerfG, Beschluss vom 04.04.2006 (1 BvR 518/02)

Vorausgesetzt ist nach dieser Entscheidung des Gerichts eine Sachlage, bei der im konkreten Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die betroffenen Rechtsgüter eintreten wird. Die Feststellung einer konkreten Gefahr muss sich auf Tatsachen beziehen. Vage Anhaltspunkte oder bloße Vermutungen ohne greifbaren, auf den Einzelfall bezogenen Anlass reichen nicht aus.

Durch § 20 j Abs. 1, 2. Halbsatz BKAG-E wird eine Regelvermutung für das Vorliegen einer solchen Gefahr aufgestellt. Eine solche Gefahr soll in der Regel bereits dann vorliegen, wenn konkrete „Vorbereitungshandlungen“ die Annahme rechtfertigen, dass eine Straftat nach § 4 a Abs. 1 S. 2 BKAG-E begangen werden soll. Damit wird letztlich der vom Bundesverfassungsgericht vorgegebene Gefahrenbegriff und seine Konkretisierung ersetzt durch den Begriff der „Vorbereitungshandlung“, wobei der Gesetzgeber selbst einräumt, dass eine Vorbereitungshandlung nicht stets die Annahme rechtfertigt, dass eine konkrete Gefahr vorliegt, denn er stellt selbst die „Vorbereitungshandlung“ nur als ein Regelbeispiel dar.

Der Begriff der „Vorbereitungshandlung“ wird üblicherweise bislang nur allein im Hinblick auf die weitere Durchführung der Tat konkretisiert, also etwa zum Versuch der Tat. Zur anderen Seite hin gibt es derzeit keine klaren Abgrenzungskriterien, also wann sich ein konkretes Handeln als alltägliches Handeln oder aber als Vorbereitungshandlung einer Straftat darstellt. Auch stellt sich die Frage der Abgrenzung der Vorbereitungshandlung zu unterstützenden Handlungen, werbenden Maßnahmen etc.

Damit verlässt der Gesetzgeber ohne Not den vom Bundesverfassungsgericht vorgegebenen Rahmen. Es steht zu befürchten, dass künftig allein eine Subsumtion unter § 20 j Abs. 1 S. 1 2. Halbsatz BKAG-E in dem Sinne erfolgt, dass geprüft wird, ob eine Handlung vorliegt, die Vorbereitungshandlung sein könnte.

§ 20 j Abs. 2 S. 2 BKAG-E ermöglicht es de facto, Zugriff auf komplette Datensätze der ersuchten Stellen zu erlangen, ohne dass diese Daten vollständig für die Durchführung der Rasterfahndung benötigt würden. Damit wird eine faktische Schwelle zur Durchführung der Rasterfahndung als eines empfindlichen Grundrechtseingriff drastisch gesenkt.

Nach § 20 w Abs. 1 Nr. 5 BKAG-E sollen von der Durchführung der Rasterfahndung nur die betroffenen Personen informiert werden, gegen die nach Auswertung der Daten

weitere Maßnahmen getroffen werden. Das bedeutet, dass die Personen, deren Daten im Rahmen der Rasterfahndung übermittelt worden sind, keine Nachricht über die Durchführung der Maßnahme erhalten. Für eine solche Begrenzung der Maßnahme besteht kein Anlass. Zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Rasterfahndung wäre es niemals gekommen, hätte nicht der Betroffene auf andere als nunmehr vorgesehene Weise Kenntnis von den Rastermerkmalen und damit von dem polizeilichen Eingriff in sein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung erlangt. Deshalb gebietet effektiver Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG, dass hier durch geeignete Form, etwa öffentliche Bekanntmachung, alle von der Maßnahme Betroffenen informiert werden.

6) „Onlinedurchsuchung“, § 20 k BKAG-E i.V. m. § 20 I Abs. 2 BKAG-E

a) § 20 k BKAG-E

Die sich über drei DIN-A4-Seiten erstreckende Vorschrift des § 20 k BKAG-E zur Onlinedurchsuchung und Onlineüberwachung (ergänzt für die Zwecke der Überwachung der über Internet verschlüsselt stattfindenden Telekommunikation in § 20 I Abs. 2 BKAG-E) ist erkennbar geprägt von einer grundlegenden Fehlinterpretation der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27.2.2008 (1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07). Das Bundesverfassungsgericht hat unter Betonung und Abgrenzung der Reichweite von Art. 10 GG, Art. 13 GG und dem bereits seit dem Volkszählungsurteil bekannten Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung für die zwischen diesen drei Schutzbereichen klaffenden Lücken ein neues Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme definiert, um dem Gesetzgeber die Mindestbedingungen aufzugeben, bei deren Vorliegen ein staatlicher Eingriff erlaubt werden darf. Zu diesen Mindestvoraussetzungen gehört nicht nur die vom Bundesverfassungsgericht selbst noch allgemein formulierte vom einfachen Gesetzgeber an den Rechtsanwender „weiterzugebende“ Tatbestandsvoraussetzung („tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut wie Leib, Leben und Freiheit der Person oder solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt“), sondern darüber hinaus insbesondere auch die Erfüllung der Konkretisierungsaufgabe des einfachen Gesetzgebers selbst. Der vorliegende Entwurf leistet aber weder das eine noch das andere. Der Umfang der Vorschriften erklärt sich nämlich gerade nicht aus einem Versuch der Verfasser, über die vom Bundesverfassungsgericht bezeichneten Mindestanforderungen hinaus dem Bundeskriminalamt und den mit der Frage der Legalität der Maßnahme befassten Gerichten klare Grenzen und konkrete Voraussetzungen an die Hand zu geben. Der Wort-

reichtum der entworfenen Vorschriften findet eher im Gegenteil seine Erklärung in dem Bemühen der Verfasser des Entwurfs, die vom Bundesverfassungsgericht formulierten Mindestbedingungen für den schweren Grundrechtseingriff unter teilweise wörtlicher Übernahme von Begründungselementen so in das Gesetz zu transportieren, dass auch noch jeder sprachlich denkbare Interpretationsspielraum in Richtung auf eine Zulässigkeit der Maßnahme ausgeschöpft werden könnte. Bereits diese Tendenz zu einer „Indubio-pro-Eingriff-Regel“ widerspricht diametral dem Geist und den Grundaussagen des Bundesverfassungsgerichts.

Die Tendenz zur Verfälschung des Willens des Bundesverfassungsgerichts zeigt sich bereits darin, dass die Begründung des Entwurfs bei ansonsten gleich gebliebenem Wortlaut erst seit der Neufassung vom 4.6.2008 bei der Wiedergabe der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2008 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07) bereit ist, die Bezeichnung „**Grundrecht**“ überall dort zu verwenden, wo von dem aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art 1 Abs. 1 GG abgeleiteten „*Grundrecht auf Gewährung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*“ (so schon der Leitsatz 1 der Entscheidung) die Rede sein sollte. Noch in der Fassung des Entwurfs vom 16.4.2008 war immer nur von dem „*Schutzgut Vertraulichkeit*“ die Rede. Mit dem Austausch der Vokabel in den neueren Fassungen der Entwurfsbegründung ist es aber nicht getan. Damit, dass der Begründungsduktus im Übrigen nahezu gleich geblieben ist, wird der fatale Eindruck erweckt, als erkannten die Verfasser des Entwurfs den Charakter des vom Bundesverfassungsgericht benannten Grundrechts mit allen Folgen für die formellen und materiellen Voraussetzungen für einen staatlichen Eingriff nach wie vor nicht an.

Nach den eindeutigen Aussagen des Bundesverfassungsgerichts handelt es sich keineswegs nur um einen gegen die anderen „Schutzgüter“ abzuwägenden Wertbegriff, der schon dann zurückzutreten hat, wenn irgendwelche Gefahren für Leib, Leben oder die Grundlagen des Staates oder der Existenz der Menschen als Gefahrenabwehrgegenstände in Rede stehen, sondern um ein vollwertiges Grundrecht, in das nur eingegriffen werden kann, wenn es dem dies legitimierenden Gesetzgeber gelingt, hinreichend bestimmt und vorbehaltlos Eingriffe in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung von vorne herein zu verhindern und die Auswertung von informationstechnischen Systemen im Übrigen auf den allein verfassungsrechtlich zulässigen Zweck zu beschränken.

Die Verfasser des Entwurfs haben offenbar erkannt, dass diese verfassungsrechtlichen Vorgaben durch den einfachen Gesetzgeber schwer (oder auch gar nicht) zu erfüllen sind. Statt daraus dann jeweils die verfassungsrechtlich zwingende Konsequenz zu

ziehen, das Verbot des Eingriffs, haben die Entwurfsverfasser eine Reihe von nur scheinbar bestimmten oder auch offen unbestimmte Öffnungsklauseln eingebaut, die bei Inkrafttreten des Entwurfs als Gesetz letztlich auf eine mit den Grundaussagen des Bundesverfassungsgerichts unvereinbare Durchlöcherung des Grundrechtsschutzes hinauslaufen würden.

Die an mehreren Stellen eingestreuten Vorbehalte wie „soweit möglich“ (20 k Abs. 7 S. 2 BKAG-E), „soweit technisch möglich“ (§ 20 k Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BKAG-E) oder auch „nach dem Stand von Wissenschaft und Technik“ (§ 20 k Abs. 2 S.2 BKAG-E) schließen jeweils das Zugeständnis ein, dass letztlich auch grundrechtsunverträgliche Eingriffe unvermeidbar bleiben.

Das gilt auch für die scheinbar auf ein Höchstmaß an Grundrechtsschonung hindeu-
tende Formulierung in § 20 k Abs. 2 Sätze 2 und 3 BKAG-E:

„Das eingesetzte Mittel ist nach dem Stand von Wissenschaft und Technik gegen unbefugte Nutzung zu schützen. Kopierte Daten sind nach dem Stand von Wissenschaft und Technik gegen Veränderung, unbefugte Löschung und unbefugte Kenntnisnahme zu schützen.“

Der Standard „Stand von Wissenschaft und Technik“ wird in anderen Rechtsgebieten verwendet, um noch über die „allgemein anerkannten Regeln der Wissenschaft und Technik“ hinaus z.B. im Atomgesetz die Genehmigungsfähigkeit potentiell hochgefährlicher Anlagen von der Einhaltung einer in den betreffenden Fachkreisen klar definierten Risikominimierung abhängig zu machen. Der Entwurf suggeriert mit der Übernahme jener Formel, es sollten auch die Grundrechtseingriffe bei der Onlinedurchsuchung einem ähnlich hohen Sicherheitsstandard unterworfen werden. Dabei wird aber verschwiegen, dass sich bei der Entwicklungsgeschwindigkeit von Informationstechnik der „Stand von Wissenschaft und Technik“ nahezu täglich ändert. Davon zeugen z.B. die laufend notwendigen Updates der Schutzprogramme gegen Viren, Trojaner und sonstige „Mal-ware“, ohne die der von den Internetnutzern sinnvoller- und notwendigerweise betriebene Selbstschutz gegen kriminelle Angreifer auf ihre mit dem WEB verbundenen Computer stets schon nach wenigen Tagen veraltet wäre. Die darin zum Ausdruck kommende Flüchtigkeit des jeweils optimalen Sicherheitsstandards bedeutet auch, dass die Einhaltung des Standes von Wissenschaft und Technik – zumal im Nachhinein - praktisch nicht zu kontrollieren wäre. Die Folge wäre, dass auch die richterliche Kontrolle der Einhaltung dieser „fließenden“ Standards praktisch leer lief.

Ähnliches gilt für den Umgang des Entwurfs mit dem verfassungsgerichtlichen Auftrag an den Gesetzgeber, neben der Vertraulichkeit auch die **Integrität** der Nutzung informationstechnischer Systeme zu sichern.

Indem § 20 k Abs. 2 Ziff. 1 BKAG-E vorschreibt, dass „nur Veränderungen“ an dem angegriffenen informationstechnischen System „vorgenommen“ werden dürften, „die für die Datenerhebung unerlässlich sind“, gestehen die Entwurfsverfasser zu, dass die Maßnahme überhaupt nur möglich ist, indem auch Veränderungen auf den Datenspeichern (Festplatte) des Zielcomputers vorgenommen werden. Deshalb sollen solche Veränderungen nach § 20 k Abs. 2 Ziff. 2 BKAG-E nur „*soweit dies technisch möglich ist, automatisch rückgängig gemacht werden*“. Auch darin steckt das (zutreffende) Eingeständnis, dass eine restlose Beseitigung der Manipulationen bzw. automatisch bewirkten „Sachbeschädigungen“ an der Hardware und Programmänderungen an der Software nicht möglich ist.

In der Begründung (Seite 71 der Fassung aus dem Juli 2008) heißt es dazu:

„Vor nicht unbedingt erforderlichen Veränderungen zu schützen sind nicht nur die von dem Nutzer des informationstechnischen Systems angelegten Anwenderdateien, sondern auch die für die Funktion des IT-Systems erforderlichen Systemdateien. Auch Beeinträchtigungen der Systemleistung sind auf das technisch Unvermeidbare zu begrenzen. Nach Satz 1 Nr. 2 sind bei Beendigung der Maßnahme alle an dem infiltrierten System vorgenommenen Veränderungen rückgängig zu machen, soweit dies technisch möglich ist. Insbesondere ist die auf dem IT-System installierte Überwachungssoftware vollständig zu löschen und sind Veränderungen an den bei der Installation der Überwachungssoftware vorgefundenen Systemdateien rückgängig zu machen. Die Rückgängigmachung der vorgenommenen Veränderungen hat im Interesse einer möglichst zuverlässigen und einfachen Abwicklung grundsätzlich automatisiert zu geschehen. So weit eine automatisierte Rückgängigmachung technisch unmöglich ist, sind die vorgenommenen Veränderungen manuell rückgängig zu machen.“

Abgesehen davon, dass es z.B. in den Betriebssystemen von Microsoft seit Windows NT eine sogenannte Registrierungsdatenbank („Registry“) gibt, in deren tiefsten Hierarchieschichten Veränderungen an den Programmen auch dann noch Spuren hinterlassen, wenn die Programme wieder deinstalliert wurden, und dass dies auch Auswirkungen auf die Funktionalität des ganzen Systems haben kann, wäre hier zu prüfen, ob

die vorgeschlagene Regelung mehr der Vermeidung eines Entdeckungsrisikos für die Maßnahme selbst als dem Grundrechtsschutz dienen soll.

Es fällt auch auf, dass der Begründungssatz, wonach die „*Beeinträchtigungen der Systemleistung auf das technisch unvermeidbare zu begrenzen*“ seien, keine Entsprechung im vorgeschlagenen Gesetzestext findet. Auch dies erweckt den Eindruck, als gehe es letztlich darum, dass der Betroffene nicht - etwa wegen der plötzlich beobachteten Verlangsamung seines Computers – Verdacht schöpft, sodass die Heimlichkeit oder gar der Erfolg der Maßnahme gefährdet werde.

Auch die in § 20 k Abs. 2 S. 2 vorgesehene Vorschrift, wonach die eingesetzten technischen Mittel („nach dem Stand von Wissenschaft und Technik“ s.o.) „gegen unbefugte Nutzung zu schützen“ seien, dürften mehr die Interessen der die Maßnahme durchführenden Dienststelle als die der jeweiligen Grundrechtsträger im Blick haben. Aber immerhin kann man darin auch das Eingeständnis erkennen, dass eine einmal zum Zwecke der Durchführung der Maßnahme geöffnete Backdoor eines Computers auch von anderen – weniger im Allgemeinwohl tätigen – an Infiltration Interessierten als die staatlichen Gefahrenabwehrbehörden genutzt werden können.

Unter ähnlichen technischen Aspekten ist auch äußerste Skepsis angezeigt gegen den Versuch, in § 20 k Abs. 7 BKAG-E den **Kernbereich privater Lebensgestaltung** gegen jeglichen Eingriff zu sichern. Dass (wiederum nur „soweit möglich“) hier eine technische Vorsorge gegen die Datenerhebung vorgeschrieben werden soll, wäre ebenso wie die dann folgenden Verwertungsverbote für alle anderen Fälle prinzipiell zu begrüßen, wenn nicht die technische Untrennbarkeit der sonstigen von den Kernbereichsdaten ein genereller Einwand gegen die Zulassung der Maßnahme für polizeirechtliche Zwecke wäre. Dass auf diesem hochsensiblen Gebiet des Eingriffs in die Vertraulichkeit der informationstechnischen Intimsphäre der Grundsatz vorherrschen sollte: „in dubio pro libertate“, erschließt sich unmittelbar aus der Entscheidung des BVerfG vom 27.2.2008, (1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07) und der vorausgegangenen Entscheidung zum „großen Lauschangriff“ (BVerfGE 109, 279). Beide Urteile zwingen dazu, jedenfalls solche gesetzliche Ermächtigung für Grundrechtseingriffe gänzlich zu unterlassen, die geradezu denknotwendig zu einem Eindringen des Staates in jenen privaten Kernbereich des Persönlichkeitsrechts führen müssen.

Genau dies soll aber mit dem hier vorgeschlagenen Gesetzesvorhaben legalisiert werden.

Bereits der erste Satz in § 20 k Abs. 7 BKAG-E räumt das verdeckt ein, indem er formuliert:

„Liegen tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vor, dass durch die Maßnahme allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden, ist die Maßnahme unzulässig.“ (Hervorhebung nur hier)

Das bedeutet im Umkehrschluss, dass die Maßnahme (beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen) stets schon dann zulässig ist, wenn sich auf dem betreffenden Datenträger bzw. in der mit kernbereichsrelevanten Informationen beschriebenen Festplatten-Partition auch die eine oder andere unverfängliche Eintragung (z.B. ein abgespeicherter Pressebericht oder eine Podcast-Version der Tagesschau) befindet. Mit anderen Worten: Da es wohl kaum jemanden gibt, der für sein intimes Tagebuch, seine privaten Briefe und für seine Internettelefonate mit Familienangehörigen oder heimlichen Liebschaften einen „Extra-Computer“ betreibt, mithin das gleichzeitige Vorhandensein von kernbereichsrelevanten und sonstigen personenbezogenen bis öffentlich bekannten Informationen die nahezu ausnahmslose Regel sein dürfte, liefe bei der vorgeschlagenen Regelung der eigentlich „absolute“ und sogar abwägungsfeste Schutz des Kernbereichs privater Persönlichkeit ins Leere.

Ein weiterer grundlegender Fehler des Entwurfs besteht darin, dass aus der Begründung der Verfassungsgerichtsentscheidung vom 27.02.2008 einzelne Hilfsüberlegungen wie Textbausteine herausgelöst werden und dann in noch einmal leicht veränderten Wortlaut zum Gesetzestext erhoben werden sollen, wobei die Tendenzverschiebung nur durch eine genaue Textanalyse erkennbar wird: So heißt es in TZ 251 der BVerfG-Entscheidung bezogen auf die für den Eingriff vorauszusetzende konkrete Gefahrenprognose:

„Diese Prognose muss auf die Entstehung einer konkreten Gefahr bezogen sein. Dies ist eine Sachlage, bei der im Einzelfall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ohne Eingreifen des Staates ein Schaden für die Schutzgüter der Norm durch bestimmte Personen verursacht wird. Die konkrete Gefahr wird durch drei Kriterien bestimmt: den Einzelfall, die zeitliche Nähe des Umschlagens einer Gefahr in einen Schaden und den Bezug auf individuelle Personen als Verursacher. Der hier zu beurteilende (scil.: für die Aufgaben des Geheimdienstes Verfassungsschutz!) Zugriff auf das informationstechnische System kann allerdings schon gerechtfertigt sein, wenn sich noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lässt, dass die Gefahr schon in näherer Zukunft eintritt, sofern bestimmte Tatsachen auf eine im

*Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen. Die **Tatsachen müssen** zum einen **den Schluss** auf ein wenigstens seiner Art nach **konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen**, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann.“*

Aus dieser auf die Zweckbindungen der Geheimdienste gemünzten bloßen Hilfsüberlegung wollen die Entwurfsverfasser in § 20 k Abs. 1 Satz 2 BKAG-E für die polizeirechtliche Gefahrenabwehr folgende apodiktische gesetzliche Ermächtigung herleiten:

*„Eine Maßnahme nach Satz 1 **ist** auch zulässig, wenn sich noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lässt, dass ohne Durchführung der Maßnahme in näherer Zukunft ein Schaden eintritt, sofern bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall durch bestimmte Personen drohende Gefahr für eines der in Satz 1 genannten Rechtsgüter hinweisen.“*

Durch diese Formulierung soll erkennbar eine eng umgrenzte Ausnahme in all den Fällen zur Regel gemacht werden, in denen - losgelöst von den einzelnen Kriterien einer konkreten Gefahrenprognose - die Tatsachen nach allgemeiner polizeilicher Lagebeurteilung auf eine „drohende Gefahr ... (lediglich) hinweisen“.

Damit würde der Gesetzgeber seiner ihm vom Bundesverfassungsgericht aufgegebenen Pflicht, die Ermächtigungsvoraussetzungen konkret vorzugeben, gerade nicht gerecht werden, zumal das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich die betreffende Textpassage in seiner Entscheidung auf die Zwecke des Verfassungsschutzes abgestellt hat, was im Entwurf völlig unerwähnt bleibt. Damit erspart sich der Entwurf auch eine Begründung, weshalb das BKA für seine polizeirechtliche Aufgabenerfüllung auch bereits beim bloßen Vorliegen von „Hinweisen“ auf terroristische Gefahren auf den schweren Eingriff in das Grundrecht angewiesen sein soll.

b) § 20 I BKAG-E

Ein Sonderproblem der heimlichen Online-Zugriffe auf IT-Systeme betrifft die Überwachung verschlüsselter Internet-Telekommunikation unter den Voraussetzungen der bereits bestehenden Eingriffsbefugnisse.

Hierzu gibt es in der Literatur und in der rechtspolitischen Diskussion die Auffassung, eine „Quellen-TKÜ“ (Abgreifen der Telekommunikationsinhalte nicht „auf der Strecke“ beim Netzbetreiber, sondern am Mikrofon oder an der Tastatur der als Endgeräte funktierenden Computer nach dem heimlichen Auslesen der Entschlüsselungsdaten aus den Festplatten) sei bereits nach geltendem Recht zulässig (zum Meinungsstand und den technischen Differenzierungen vgl. *Axel Henrichs*, *Kriminalistik* 2008 [Heft 7] S. 438 ff., der sich aber für eine gesetzliche Regelung nach dem Muster des § 20 i Abs. 2 BKAG-E ausspricht).

Diese Auffassung ist de lege lata aus den gleichen Gründen wie die Online-Durchsuchung nach § 20 k BKAG-E abzulehnen. Bereits der Umstand, dass alle bestehenden Gesetze, die allein der Einschränkung des Art 10 GG dienen, nicht geeignet sein können, auch das „neue“ Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme einzuengen, spricht zwingend dagegen, die Legitimation der Quellen-TKÜ dem geltenden Recht zu entnehmen. Darüber hinaus spricht aber auch hier die faktische Untrennbarkeit von kernbereichsrelevanten und sonstigen personenbezogenen Daten gegen die Legalisierung auch dieses heimlichen Zugriffs auf Festplatten mit einer Vorschrift, wie sie in § 20 i Abs. 2 BKAG-E vorgeschlagen wird.

Gleichwohl kann nicht verkannt werden, dass ein Bedürfnis bestehen dürfte, sowohl im präventiven als auch im repressiven Aufgabenbereich der Sicherheits- bzw. Strafverfolgungsbehörden eine verfassungsverträglich gesetzlich legitimierte Überwachung der Internet-Telekommunikation der traditionellen TKÜ gleichzustellen. Dazu wäre es wohl notwendig, die von den Vermittlerfirmen für internetgestützte Telekommunikation zum Schutz ihrer Kunden gegen private und staatliche Eingriffe verwendete Verschlüsselung anders als durch das Eindringen in die auch für andere Zwecke genutzten „Endgeräte“ zu entschlüsseln.³³

Sollte auf diese Weise das Problem der unterschiedlichen Zugriffsmöglichkeiten auf die verschiedenen Formen der Telekommunikation lösbar sein, wäre es Aufgabe des Gesetzgebers, unter Beachtung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts eine gesetzliche Ermächtigung zu schaffen, die vor allen davon betroffenen Grundrechten Bestand hätte.

³³ Presseberichten aus den letzten Wochen war zu entnehmen, dass auch bereits der größte Anbieter von Internettelefonie und Message-Service (Skype) Berichte „unkommentiert lässt“, wonach er dabei sei, den staatlichen Stellen unter den jeweils gesetzlichen Voraussetzungen die Überwachung zu ermöglichen www.planetskype.de Meldung vom 24.7.2008: „Backdoor für Behörden & Staaten?“

Die im BKAG-E vorgesehenen Regelungen sind hiervon unvertretbar weit entfernt.

IV. Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Personen, § 20 u BKAG-E

Dass der Entwurf an § 160 a StPO anknüpft und ebenso die Zeugnisverweigerungsberechtigten in zwei Klassen einteilt und darüber hinaus den absoluten Schutz von Abgeordneten, Strafverteidiger und Geistlichen wieder relativiert, ist bereits vorstehend bei der Analyse der §§ 20 c, h BKAG-E angesprochen worden. Festzuhalten bleibt, dass die Differenzierung innerhalb der Berufsgeheimnisträger nicht sinnvoll ist. Der Deutsche Anwaltverein hat bereits mit Stellungnahme Nr. 41/2007 zum *Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG* auf die mit der Differenzierung verbundenen Gefahren und Risiken hingewiesen und klargestellt, dass es nicht um Privilegien für herausgehobene Berufsgruppen geht, sondern um die Persönlichkeitsrechte von Bürgern, deren Vertrauen darauf, sich bestimmten Menschen rückhaltlos und unzensiert anvertrauen zu können, geschützt werden muss.

Ebenso wenig ist die Diskriminierung der Geistlichen hinzunehmen, die keinen öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften angehören. Fortlaufend nach der Begründung des Gesetzesentwurfes³⁴ sollen von dem Zeugnisverweigerungsrecht nur Geistliche der öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften erfasst werden, „und dies auch nur insoweit, als sie im konkreten Fall seelsorgerisch tätig sind“. Eine solche Differenzierung aber ist im Grundgesetz nicht angelegt. Grund des besonderen Schutzes seelsorgerischer Tätigkeit ist das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Geistlichem und Gläubigem, ohne das eine seelsorgerische Beratung oder eine Beichte nicht denkbar ist³⁵. Dass der Staat sich einer besonderen Verfassungstreue des Seelsorgers sicher sein kann, ist nicht Grund des besonderen Schutzes seelsorgerischer Tätigkeit. Grund ist ausschließlich das Vertrauensverhältnis zwischen Geistlichem und Gläubigem.

V. Gerichtliche Zuständigkeit, § 20 v Abs. 2 S. 1 BKAG-E

Der Entwurf sieht vor, dass heimliche Ermittlungsmaßnahmen wie „Lausch- und Spähangriff“, Überwachung der Telekommunikation und „Onlinedurchsuchung“ entsprechend Artikel 13 Abs. 4 GG grundsätzlich nur durch das Gericht angeordnet werden dürfen (§§ 20 h Abs. 3 S. 1, 20 k Abs. 5 S. 1, 20 l Abs. 3 S. 1 BKAG-E). Zuständig hierfür soll nach § 20 v Abs. 2 S. 1 BKAG-E das Amtsgericht sein, in dessen Bezirk das Bundeskriminalamt seinen Sitz hat. Dies reicht nicht aus:

³⁴ S. 54.

³⁵ So zutreffend *Baum/Schantz ZRP* 2008, 137, 139 m.w.N..

1) **Örtliche Zuständigkeit**

Zweckmäßiger ist es, wenn das Amtsgericht zuständig ist, in dessen Bezirk die Maßnahme erfolgen soll. Nur eine solche Regelung hilft, die Bedenken aufzuwiegen, die aus der Nähe zwischen Bundeskriminalamt und entscheidendem Richter resultieren, die nicht allein räumlich, sondern dadurch auch persönlich entsteht.

2) **Sachliche Zuständigkeit**

Auch wenn nach Artikel 13 Abs. 4 S. 1 GG für die (präventivpolizeiliche) Anordnung der Wohnungsüberwachung die Entscheidung durch einen Richter ausreichen soll, sollte die sachliche Zuständigkeit wie in den Länderpolizeigesetzen³⁶ dem Landgericht zugewiesen und die Entscheidung über die Anordnung durch einen mit drei Mitgliedern besetzten richterlichen Spruchkörper erfolgen. Auf diese Weise wird dem besonderen Gewicht des intensiven Grundrechtseingriffs Rechnung getragen und die Einheit der Rechtsordnung sichergestellt.

VI. **Verwendung präventiv polizeilicher Erkenntnisse für Zwecke der Strafverfolgung, § 20 v Abs. 5 S. 1 Nr. 3 BKAG-E**

In § 20 v Abs. 5 S. 1 Nr. 3 BKAG-E werden die Voraussetzungen geregelt, unter denen das BKA die nach §§ 20 a ff. BKAG-E erhobenen personenbezogenen Daten „an andere Polizeien des Bundes oder der Länder sowie an sonstige Stellen übermitteln“ darf. Damit geht es um die Voraussetzungen, unter denen präventiv polizeiliche Erkenntnisse für Zwecke der Strafverfolgung verwendet werden dürfen.

Aufgrund der Gesetzestechnik (Grundsatz, Ausnahme und Verweisung) ist die Vorschrift nur schwer zu durchschauen.

1) **Grundsatz**

Grundsätzlich sollen die Daten „zur Verfolgung von Straftaten“ übermittelt werden, wenn ein Auskunftsverlangen nach der Strafprozessordnung zulässig wäre. Ausweislich der Begründung des Entwurfes³⁷ soll mit dieser Voraussetzung „ein Gleichlauf“ zwischen der strafprozessualen Erhebungsbefugnis und der Befugnis des BKA, entsprechende Auskünfte zu erteilen, gewährleistet werden.

2) **„Auskunftsverlangen“ nach der StPO**

³⁶ Vgl. nur § 33 a Abs. 4 S. 2 BbgPolG.

³⁷ S.58.

- a) Die Strafverfolgungsbehörden sind gemäß §§ 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1 S. 2 StPO grundsätzlich befugt, von allen Behörden – und damit auch vom BKA – Auskunft zu verlangen.

- b) Dies gilt nicht, soweit besondere bundesgesetzliche oder entsprechende landesgesetzliche Verwendungsregelungen entgegenstehen (§ 160 Abs. 4 StPO). Eine solche entgegenstehende Verwendungsregelung ergibt sich insbesondere aus § 161 Abs. 2 StPO³⁸. Diese Vorschrift regelt die Verwendung von Daten, die durch **nicht** strafprozessuale hoheitliche Maßnahmen erlangt wurden.

- aa) Nach § 161 Abs. 2 S. 1 StPO dürfen, soweit eine Maßnahme nach der StPO nur bei Verdacht bestimmter Straftaten zulässig ist, die aufgrund einer entsprechenden Maßnahme nach anderen Gesetzen erlangten personenbezogenen Daten ohne Einwilligung der von der Maßnahme betroffenen Personen „**zu Beweiszwecken**“ im Strafverfahren nur zur Aufklärung solcher Straftaten verwendet werden, zu deren Aufklärung eine solche Maßnahme nach der StPO hätte angeordnet werden dürfen. Mit anderen Worten heißt dies:

Grundsätzlich werden alle vom Verdacht bestimmter Straftaten abhängigen Ermittlungsmaßnahmen gleich behandelt. Werden Daten aus vergleichbaren Maßnahmen nach anderen Gesetzen (zum Beispiel Polizeigesetze der Länder, BKAG) in das Strafverfahren eingeführt, so dürfen sie ohne Einwilligung der von der Maßnahme betroffenen Person nur dann „**zu Beweiszwecken**“ verwendet werden, wenn die Maßnahme auch nach der StPO hätte angeordnet werden dürfen (Gedanke des hypothetischen Ersatzeingriffs). Soll die Verwendung der Daten indes „nicht zu Beweiszwecken“, sondern zum Beispiel als weiterer Ermittlungsansatz (**Spurenansatz**) oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Beschuldigten erfolgen, soll die Beschränkung des § 161 Abs. 2 S. 1 StPO hingegen nicht gelten und die Daten zur Gewinnung neuer Beweismittel verwendet werden dürfen³⁹.

- bb) Geht es aber um aus einer akustischen Wohnraumüberwachung (Lauschangriff) gewonnene personenbezogene Daten, gilt die Beschränkung des § 161 Abs. 2 S. 1 StPO nicht: Die Verwendung von Spurenansätzen ist ebenfalls an die Katalogtaten gebun-

³⁸ Eingefügt durch das Gesetz vom 21.12.2007 (BGBl. I 3198).

³⁹ Meyer-Göfner Strafprozessordnung, 51. Aufl., § 161 Rdn. 18 c.

den, weil § 100 d Abs. 5 S. 3 StPO das Merkmal „zu Beweis Zwecken“ weggelassen hat⁴⁰. Dass § 100 d Abs. 5 S. 3 StPO der Regelung in § 161 Abs. 2 S. 1 StPO vorgeht, ergibt sich aus § 161 Abs. 2 S. 2 StPO. Danach bleibt § 100 d Abs. 5 Nr. 3 StPO „unberührt“.

3) **Zwischenfazit**

Geht man nach der Verweisungstechnik des § 20 v Abs. 5 S. 1 Nr. 3, 1. Halbsatz, darf das BKA den Strafverfolgungsbehörden personenbezogene Daten übermitteln, soweit die Daten auch nach der Strafprozessordnung hätten erhoben werden dürfen.

4) **Beschränkung gemäß § 20 v Abs. 5 S. 1 Nr. 3 S. 2 BKAG-E**

Nach § 20 v Abs. 5 S. 1 Nr. 3, 2. Halbsatz BKAG-E wird die Übermittlung für Daten, die nach §§ 20 h (Lausch- und Spähangriff), 20 k (Onlinedurchsuchung) oder 20 l (TKÜ) erhoben worden sind, weiterhin eingeschränkt. Diese Daten sollen nur zur Verfolgung von Straftaten übermittelt werden, die im Höchstmaß mit mindestens fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind.

Diese weitere Beschränkung ist zu begrüßen, sie reicht aber nicht aus. Es besteht Klarstellungs- und Ergänzungsbedarf.

- a) Die Norm wird klarer, wenn ein Übermittlungsverbot statuiert wird. Hier sollte ausdrücklich geregelt werden, dass die Übermittlung unzulässig ist, soweit besondere bundesgesetzliche oder entsprechende landesgesetzliche Verwendungsregelungen entgegenstehen.
- b) Zudem muss geregelt werden, dass sämtliche personenbezogene Daten, die durch präventiv polizeiliche Maßnahmen erlangt werden, als Anlass für weitere Ermittlungen nur der Katalogtaten und nur zur Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Beschuldigten genommen werden dürfen. Wird das Verwendungsverbot – wie in § 161 Abs. 2 StPO – nur auf Erkenntnisse zu Beweis Zwecken beschränkt, könnten sämtliche präventiv polizeilich erlangten personenbezogene Daten (mit Ausnahme der aus der akustischen Wohnraumüberwachung) zum Anlass weiterer Ermittlungen („Spurenansätze“) genommen werden. Würde zum Beispiel die präventiv polizeiliche Überwachung der Telekommunikation Anhaltspunkte für einen unerlaubten Umgang mit ge-

⁴⁰ SK StPO-Wolter, § 100 d Rdn. 67.

fährlichen Abfällen gemäß § 326 StGB ergeben, dürften die entsprechenden personenbezogenen Daten von den Strafverfolgungsbehörden zum Anlass weiterer Ermittlungen genommen werden. Dies aber steht den Intentionen des Gesetzgebers entgegen. Denn § 326 StGB ist keine schwere Straftat, diese Vorschrift wird vom Straftatenkatalog des § 100 a Abs. 2 StPO nicht erfasst. Diese engere Regelung darf nicht durch § 20 v Abs. 5 S. 1 Nr. 3 BKAG-E i.V.m. § 161 Abs. 2 StPO unterlaufen werden. **Polizeirecht und Strafprozessrecht sind zu trennen.** Für eine Unterscheidung zwischen Verwendung „zu Beweis Zwecken“ und Verwendung „von Spurenansätzen“ gibt es keinen sachlichen Grund. Verwendbar für Zwecke der Strafverfolgung sind nur solche Erkenntnisse, die die Polizei im Rahmen ihrer repressiven Aufgaben aufgrund einer Ermächtigungsgrundlage in der StPO rechtmäßig erlangt hat. Präventiv polizeilich erlangte personenbezogene Daten können demgemäß für die Strafverfolgung nur verwendet werden, wenn sie hypothetisch auch nach der StPO hätten gewonnen werden können. Ist dies nicht der Fall, dürfen die Daten nicht verwendet werden.

VII. Benachrichtigungen, § 20 w BKAG-E

1) Allgemeines

Die kompakte Regelung der Benachrichtigungspflichten nach einem weitgehend einheitlichen System ist zu begrüßen. Die Benachrichtigung nach § 20 w BKAG-E beendet die Heimlichkeit eines Informationseingriffs und beschränkt damit seine Eingriffsintensität mit Wirkung für die Zukunft. Sie setzt die Betroffenen zugleich in die Lage, nachträglich Rechtsschutz und/oder die Berichtigung, Sperrung oder Löschung erhobener personenbezogener Daten zu erreichen. Erst durch die regelmäßige Benachrichtigung von heimlichen Informationseingriffen werden diese ausnahmsweise zulässigen Maßnahmen überhaupt verfassungsrechtlich erträglich (BVerfG, U. v. 03.03.2004 – 1 BvR 2378/98 u. a. („Großer Lauschangriff“), Rn. 291). Daraus ergeben sich für Einschränkungen der Benachrichtigung von Verfassung wegen Konsequenzen. Im Detail begegnet der Entwurf dabei einigen durchgreifenden Bedenken.

2) Im Einzelnen

Bei den **maßnahmespezifischen Bestimmungen** über die jeweils zu benachrichtigenden Personen greift der Entwurf in Einzelfällen zu kurz. Dass nach § 20 w Abs. 1 S. 1 Nr. 5 BKAG-E (vergleichbar § 101 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 StPO) nur diejenigen von einer **Rasterfahndung** betroffenen Personen, gegen die nach Auswertung der Daten weitere Maßnahmen ergriffen wurden, benachrichtigt werden sollen, untertrifft das verfassungsrechtlich gebotene Maß an verfahrensrechtlicher Sicherung. Denn die Rasterfahndung ist von erheblicher Eingriffsintensität und trifft die Betroffenen, ohne dass die-

se dazu Anlass gegeben hätten. In diesen Fällen besteht ein legitimes Interesse an der nachträglichen Benachrichtigung, um gerichtlichen Rechtsschutz auch faktisch zu ermöglichen. Die Festlegung der Benachrichtigung auf Fälle von evtl. getroffenen „weiteren Maßnahmen“ untertrifft zudem das gebotene Maß an Bestimmtheit. So bleibt unklar, ob bereits die Erhebung weiterer Daten (§ 20 b BKAG-E) als Maßnahme im Sinne der Vorschrift gelten soll (wogegen der Vergleich mit § 101 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 StPO spricht). Ebenso bleibt das Verhältnis zwischen „Auswertung der Daten“ und dem Abgleich nach § 20 j Abs. 1 S. 1 BKAG-E ungeklärt.

Die **Ausschlussklausel zugunsten überwiegender schutzwürdiger Belange** einer (anderen) betroffenen Person (§ 20 w Abs. 1 S. 2 BKAG-E) ist dem Grunde nach zu befürworten. Bei der zu treffenden Interessengewichtung, welche das Gesetz (ebenso wie die Entwurfsbegründung) nicht weiter anleitet, ist insbesondere zu berücksichtigen, ob die zu beauskunftende Person Zielperson oder zufällig betroffener Dritter war, welche Beeinträchtigung in dem Persönlichkeitsrecht der Betroffenen die Benachrichtigung anderer Betroffener anrichten kann (vgl. BVerfG, Urteil v. 03.03.2004 – 1 BvR 2378/98 u. a. („Großer Lauschangriff“), Rn. 297), ob die Maßnahme bekannt geworden ist, ob Folgemaßnahmen gegen die Betroffenen eingeleitet wurden und ob sie sich bei einer nachträglichen Betrachtung als erforderlich erwiesen hat oder aber der Gefahrverdacht gegenstandslos war. Diese und denkbare weiteren Gesichtspunkte, welche in die Gewichtung von schutzwürdigen Belange einzugehen haben, werden von dem Gesetz nicht vertypt. Ungeachtet des im Grundsatz begrüßenswerten gesetzgeberischen Ansatzes fällt die Vorschrift daher unnötig unbestimmt aus. Eine gesetzgeberische Anleitung, etwa im Sinne eines **Kriterienkataloges**, erscheint an dieser Stelle geboten und möglich. Ebenso sollte Berücksichtigung finden, ob es sich bei den Betroffenen um mit anderen Betroffenen in geschützter Beziehung stehende **Berufsgeheimnisträger** gehandelt hat, welche naturgemäß auch als zufällig Drittbetroffene ein Interesse an nachträglichem Rechtsschutz haben. Die von § 20 w Abs. 1 S. 3 BKAG-E geforderte **Prognose über das Interesse** nur unerheblich Drittbetroffener sollte sich an den gleichen Kriterien orientieren und entsprechend gesetzlich angeleitet werden. Unter diesen Umständen kann auf diese Sonderregelung für bestimmte Maßnahmen auch verzichtet werden.

Das Bundesverfassungsgericht hat die **Zurückstellung der Benachrichtigung** der Betroffenen verfassungsrechtlich nicht beanstandet, soweit und solange dies nicht ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks und von Leib und Leben einer Person geschehen kann (BVerfG, Urteil v. 03.03.2004 – 1 BvR 2378/98 u. a., Rn. 299 ff). Diese

Forderung wird im Grundsatz von § 20 w Abs. 2 S. 1 BKAG-E abgebildet, soweit eine Maßnahme auf die Abwehr einer Gefahr nach § 4 a Abs. 1 S. 1 BKAG-E zielt. Grundsätzlich ist zu beachten, dass sich das Kriterium für die Zurückstellung der Benachrichtigung nicht von dem Zweck der Maßnahme löst (BVerfG, Urteil v. 03.03.2004 – 1 BvR 2378/98 u. a., Rn. 303).

Die Zurückstellung der Benachrichtigung nach § 20 w Abs. 2 S. 1 BKAG-E hat demgegenüber nicht zwingend gleichwertige Rechtsgüter im Blick und leidet unter der Unbestimmtheit der Formel von „**Sachen von bedeutendem Wert**, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist“. Eine Gefährdung derartiger Sachen ist, soweit sie nicht mit dem Zweck der Maßnahme in eins fällt, nur ein hypothetischer Ausnahmefall, der eher zu allgemeinen Mutmaßungen über das zukünftige Verhalten der Betroffenen denn zu einer tragfähigen Gefahrenprognose anleitet. Auf diese Formel sollte im Interesse der Rechtssicherheit verzichtet werden.

Mit der Entscheidung für den kategorischen Schutz der Möglichkeit der weiteren Verwendung von verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen (§ 20 w Abs. 2 S. 1 BKAG-E) setzt sich der Entwurf in direktem Widerspruch zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 03.03.2004 (BVerfG, Urteil v. 03.03.2004 – 1 BvR 2378/98 u. a., Rn. 303). Die Begründung des Gesetzentwurfs demgegenüber kann nicht überzeugen: Mit dem Bundesverfassungsgericht ist daran festzuhalten, dass die etwaige Gefährdung von Leib, Leben oder Freiheit der Ermittler bereits von der Vorschrift abgedeckt wird. Es besteht auch gerade bei langfristig eingesetzten verdeckten Ermittlern oder Vertrauenspersonen eine im Einzelfall ganz erhebliche Eingriffsintensität, da der Erfolg dieser Maßnahmen wesentlich davon abhängt, dass die Betroffenen langfristig über Identität und Vorgehensweise dieser Ermittler getäuscht bleiben. Die von der Entwurfsbegründung behaupteten Unterschiede zwischen einem „verdeckt ermittelnden Beamten“ (dazu BVerfG, Urteil v. 03.03.2004 – 1 BvR 2378/98 u. a., Rn. 303) und Vertrauenspersonen bzw. verdeckten Ermittlern nach § 20 g Abs. 2 Nr. 4 und 5 BKAG-E bestehen in der Sache offensichtlich nicht und können nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Gleichbehandlung dieser Eingriffsinstrumente aus der Sicht der betroffenen Grundrechte verfassungsrechtlich geboten ist.

Die **Überleitung der Verantwortung für die Benachrichtigung auf Strafverfolgungsbehörden** nach § 20 w Abs. 2 S. 2 BKAG-E führt zwar angesichts der im Wesentlichen gleichgerichteten Regelungen in § 101 Abs. 4, 5 StPO nicht zu wesentlichen Unterschieden im materiellrechtlichen Konzept. Ausgewechselt wird allerdings der tra-

gende Bezugspunkt der Zurückhaltung der Benachrichtigung: Statt der Gefährdung des Zwecks der Maßnahme (§ 20 w Abs. 2 S. 1 BKAG-E) wird auf die Gefährdung des Untersuchungszwecks (§ 101 Abs. 5 S. 1 StPO) abzustellen sein. Damit perpetuiert der Entwurf die Geheimhaltung insbesondere in den Fällen, in denen eine Gefahr i.S.d. § 4 a Abs. 1 StPO nicht mehr vorliegt, der Zweck der Maßnahme nach § 20 w Abs. 1 S. 1 BKAG-E mithin erschöpft ist, aber der strafverfahrensrechtliche Verfolgungsanspruch noch geschützt werden soll. In der Sache tritt damit neben die Gründe nach § 20 w Abs. 2 S. 1 BKAG-E ein weiterer Benachrichtigungszurückstellungsgrund. Derartige öffentliche Interessen mögen im Einzelfall ihrem Gewicht nach an die von § 20 w Abs. 2 S. 1 BKAG-E geschützten Interessen heranreichen können. Die Lösung des Entwurfs untertrifft mit der pauschalen Überantwortung der Verantwortung auf die Strafverfolgungsbehörden allerdings bei Weitem die an die Zurückstellung zustellenden Anforderungen. Der sachliche Bezugspunkt „zugrunde liegender Sachverhalt“ ist ebenfalls zu unpräzise und lässt – da es sich nicht um die Verfolgung von Straftaten im Sinne von § 4 a Abs. 1 S. 2 BKAG-E handeln muss – eine gewichtige Bewertung der widerstreitenden öffentlichen und individuellen Interessen gänzlich vermissen. Auch ist eine Identität des Sachverhalts dann nicht ausreichend, wenn die Betroffenen in keiner Weise in dem Ermittlungsverfahren eine Rolle spielen. Mit dem strafrechtlichen Untersuchungszweck nach § 101 Abs. 5 S. 1 StPO nicht im Zusammenhang stehende, gleichwohl aber den zugrunde liegenden Sachverhalt nach § 20 w Abs. 2 S. 2 BKAG-E betreffende Maßnahmen blieben so vor den Betroffenen geheim, ohne dass ein gewichtiges öffentliches Interesse besteht. § 101 Abs. 5 S. 1 StPO trifft auch keine Lösung für Fälle, in denen aufgrund von Umständen, welche die Betroffenen nicht beeinflussen können, das Strafverfahren nicht zum Abschluss geführt wird (etwa bei Einstellung wegen Untertauchens oder Ausreise des Beschuldigten, § 205 StPO). Es ist dem Gesetzgeber unbenommen, eine ausnahmsweise mögliche Gefährdung eines Strafverfahrens nach § 20 w Abs. 2 S. 1 BKAG-E angemessen zu berücksichtigen.

Die Überleitung der Zuständigkeit an die Strafverfolgungsbehörde birgt im Übrigen die Gefahr, dass den Betroffenen die Durchführung strafrechtlicher Ermittlungen gegen Dritte - welche nicht zwingend in Zusammenhang mit der Maßnahme stehen müssen – bekannt werden, da sie durch eine Strafverfolgungsbehörde benachrichtigt werden.

Die eng an § 101 Abs. 6 StPO angelehnte Entwurfsfassung eines § 20 w Abs. 3 BKAG-E privilegiert hinsichtlich der **Frist zur Prüfung der Benachrichtigung** die Betroffenen der besonders eingriffsintensiven Wohnraumüberwachung (§ 20 h BKAG-E). Eine Ungleichbehandlung zwischen den Betroffenen einer Wohnraumüberwachung und den

Betroffenen anderer besonders eingriffsintensiver Maßnahmen (etwa nach §§ 20 k, 20 l, 20 u BKAG-E oder des Einsatzes von Vertrauenspersonen und verdeckten Ermittlern (§ 20 g Abs. 2 Nr. 4 und 5 BKAG-E) ist nicht nachvollziehbar. Heimliche Maßnahmen nach dem Unterabschnitt 3 a des BKAG-E sind ihrer Natur nach nicht auf Dauer angelegt, sondern dienen der kurzfristigen Intervention unter besonderen Voraussetzungen (vgl. § 20 a Abs. 2 BKAG-E). Es handelt sich – anders als bei der nachrichtendienstlichen Beobachtung – nicht um ihrer Zweckbestimmung nach langfristige Maßnahmen. Eine nach Eingriffsintensität abgestufte Regelprüfungsfrist ist daher nicht angemessen. Insoweit ist eine Differenzierung nach der Eingriffsintensität auch nicht angezeigt, da die Betroffenen in jedem Fall von Verfassung wegen einen Anspruch auf frühest mögliche Benachrichtigung haben. Auch die Dauer der erstmaligen Zurückstellung bedarf in allen Fällen des § 20 w BKAG-E einer gesetzlichen Regelung. § 20 w Abs. 3 S. 3 und 4 BKAG-E sollten daher dahingehend vereinheitlicht werden, dass das Gericht die Dauer einer weiteren Zurückstellung bis zu nicht mehr als sechs Monate bestimmen kann.

Die Entwurfsfassung erlaubt nach frühestens fünf Jahren ein **endgültiges Absehen von der Benachrichtigung**, wenn diese mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch in Zukunft nicht rechtlich möglich ist (§ 20 w Abs. 3 S. 5 BKAG-E). Ein endgültiges Absehen von der Benachrichtigung bedeutet in der Sache, dass den Betroffenen keine Möglichkeit eingeräumt werden soll, nachträglich Rechtsschutz zu suchen. Die Entwurfsbegründung enthält sich einer Darlegung der vom Gesetzgeber dabei ins Auge gefassten Fallkonstellationen. Bei den in Rede stehenden heimlichen Maßnahmen handelt es sich, insbesondere in den Fällen besonderer Eingriffsintensität, um Maßnahmen zur Abwehr bestimmter Gefahren für hochrangige Rechtsgüter.

Die Frist von fünf Jahren ist zu kurz bemessen. In dieser Zeit dürfte sich in vielen Fallkonstellationen – etwa soweit eine persönliche Gesinnung, Zugehörigkeit zu einer ethnischen oder politischen Gruppe, Kontakte zu bestimmten Personenzusammenhängen usw. Ausgangspunkt einer Gefahrenprognose war – auch längere Zeit nach der Beendigung einer Maßnahme nichts daran geändert haben, dass die Betroffenen von (anderen) Maßnahmen, Datenerhebungen und –speicherungen des Bundeskriminalamts noch erfasst werden. Das Rechtsschutzbedürfnis der Betroffenen erledigt sich ebenso wenig zwangsläufig mit Zeitablauf, wie eine tragfähige Prognose bereits nach fünf Jahren getroffen werden kann. Es mag in besonderen Fällen – etwa: Ausreise oder Untertauchen der Betroffenen im Ausland, endgültiger Verlust eines Aufenthaltsrechts für die Bundesrepublik Deutschland – Konstellationen geben, in denen die regelmäßige Prüfung der Voraussetzungen des Absehens von der Benachrichtigung sinnlos erscheint.

Diese Fälle können gesetzlich vertypet werden. Ein genereller Verzicht auf die Benachrichtigung ist dem gegenüber insbesondere in Fällen, in denen sich die Gründe für das Absehen von einer Benachrichtigung nicht aus dem Verhalten der Betroffenen selbst ergeben, sondern von diesen nicht zu beeinflussen sind (etwa: Maßnahmen richten sich gegen nahe Angehörige) von Verfassung wegen nicht erträglich. Es sollte ferner festgehalten werden, dass eine Benachrichtigung solange nicht unterbleiben darf, wie noch Daten zu dem Betroffenen aus einer benachrichtigungspflichtigen Maßnahme gespeichert sind.