

Bundesvorstand:
Prof. Dr. Rosemarie Will, Vorsitzende
Dr. Christoph Bruch
Franz-Josef Hanke
Johann-Albrecht Haupt
Dr. Jens Puschke
Dr. Fredrik Roggan, stellv. Vors.
Björn Schreinermacher
Hartmuth H. Wrocklage

Geschäftsführung:
Sven Lüders

Beiratsmitglieder:
Prof. Edgar Baeger
Priv.-Doz. Dr. Thea Bauriedl
Prof. Dr. Volker Bialas
Prof. Dr. Lorenz Böllinger
Daniela Dahn
Dr. Dieter Deiseroth
Prof. Dr. Erhard Denninger
Prof. Dr. Helga Einsele †
Prof. Carl-Heinz Evers
Prof. Dr. Monika Frommel
Prof. Dr. Hansjürgen Garstka

Prof. Dr. Wilfried Gottschalch
Prof. Dr. Gerald Grünwald
Dr. Klaus Hahnzog
Dr. Heinrich Hannover
Prof. Dr. Hartmut von Hentig
Heide Hering
Dr. Dr. h. c. Burkhard Hirsch
Prof. Dr. Herbert Jäger
Prof. Dr. Walter Jens
Prof. Dr. Helmut Kentler
Elisabeth Kilali
Ulrich Krüger-Limberger

Prof. Dr. Erich Küchenhoff
Renate Künast, MdB
Prof. Dr. Martin Kutscha
Prof. Dr. Rüdiger Lautmann
Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, MdB
Dr. Till Müller-Heidelberg
Prof. Dr. Heide Pfarr
Claudia Roth, MdB
Jürgen Roth
Georg Schlaga
Helga Schuchardt
Prof. Dr. Jürgen Seifert †

Prof. Klaus Staeck
Prof. Dr. Ilse Staff
Prof. Dr. Wilhelm Steinmüller
Werner Vitt
Prof. Ulrich Vultejus
Dr. Klaus Waterstradt
Heidemarie Wieczorek-Zeul, MdB
Rosi Wolf-Almanasreh
Prof. Dr. Karl-Georg Zinn

Stand: November 2007

BÜRGERRECHTSORGANISATION seit 1961

HUMANISTISCHE UNION e.V.

Haus der Demokratie und Menschenrechte, Greifswalder Str. 4, 10405 Berlin

Deutscher Bundestag
- Innenausschuss -
Platz der Republik 1
11011 Berlin

RA Dr. Fredrik Roggan
Müllerstraße 153
13353 Berlin
Tel.: 030 / 46 90 63 61
Fax: 030 / 46 90 63 62

roggan@humanistische-union.de
www.humanistische-union.de

**Humanistische
Union**

Berlin, den 27. August 2008

**Zu dem Gesetzentwurf
der Fraktionen der CDU/CSU u. SPD für ein Gesetz zur Abwehr von Gefahren des
internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt
BT- Drucks. 16/9588**

wird – soweit dies von hier aus angezeigt erscheint – wie folgt Stellung genommen:

I. Kompetenzfragen

Nach dem § 4a Abs. 1 BKAG-E soll das Bundeskriminalamt (BKA) unter im Einzelnen bestimmten Voraussetzungen die Aufgabe der Abwehr von *Gefahren des internationalen Terrorismus* wahrnehmen. Zu den alternativen Voraussetzungen gehören das Vorliegen einer länderübergreifenden Gefahr (Nr. 1), die nicht erkennbare Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde (Nr. 2) und das Ersuchen einer obersten Landesbehörde (Nr. 3). Innerhalb dieser Aufgabe soll es auch einzeln bestimmte Straftaten verhüten.

Mit der Kompetenz zur Straftatenverhütung wird das Bundeskriminalamt mit der Vorfeldaufklärung betraut, konkrete (terroristische) Gefahren müssen mithin nicht vorliegen. Der Wortlaut des Gesetzes versteht diese auch aus den Landespolizeigesetzen bekannte Aufgabe als *Unterfall* der Gefahrenabwehr. Hieraus entstehen nicht nur Probleme mit der sich aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG ergebenden Gesetzgebungskompetenz, sondern auch begriffliche Grenzverwischungen, die einer näheren Betrachtung bedürfen.

Als Kompetenztitel für die genannte Beauftragung kommt nur Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG in Betracht. Diese durch die Föderalismusreform 2006¹ eingefügte Vorschrift bestimmt die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes bei der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das BKA in Fällen, in denen eine länderübergreifende Gefahr vorliegt, die Zuständigkeit einer Landesbehörde nicht erkennbar ist oder die oberste Landesbehörde um eine Übernahme ersucht. Eine Bundeszuständigkeit für die Normsetzung im Gefahrenvorfeld wäre demnach nur dann anzunehmen, wenn die angesprochene *Gefahrenabwehr* mit der *Straftatenverhütung* im Sinne des BKAG gleichzusetzen wäre. Eine nähere Betrachtung zeigt, dass dies nicht der Fall ist.

Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG ist mit Blick auf den Schutz der fortbestehenden Landeszuständigkeit für Sicherheit und Ordnung (Art. 70 Abs. 1 GG) *restriktiv* auszulegen². Insbesondere auch die Wortwahl, die von „Fällen“ spricht, die als *Einzelfälle* zu verstehen sind, weist in diese Richtung. Der Gefahrenbegriff in seiner überkommenen Wortbedeutung meint eine im *Einzelfall* bestehende Sachlage, bei der die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit eintreten wird³. Gefahrenabwehr in diesem Sinne ist also die Abwehr *konkreter* Gefahren.

Hiervon zu unterscheiden ist die in den Polizeigesetzen genannte Verhütung von zukünftigen Gefahren, namentlich zukünftigen Straftaten⁴. Die Polizeien der Länder werden insoweit mit der Aufklärung des Gefahrenvorfeldes beauftragt, um die Gefahren selber gar nicht erst eintreten zu lassen bzw. in unbestimmter Zukunft liegende, ungewisse Straftaten zu verhindern⁵. Bei dieser Teilaufgabe der *vorbeugenden Verbrechensbekämpfung* handelt es sich nicht, worauf der Wortlaut in § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG-E um einen „Unterfall“ der Abwehr konkreter Gefahren, sondern um die sog. „dritte Polizeiaufgabe“, die *neben* derjenigen der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr besteht⁶.

¹ BGBl. I, S. 2034.

² Stettner, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl. 2007, Bd. 2, Supplementum 2007, Art. 73 Rn. 54.

³ BVerfG, NJW 2006, 1939 (1947) – Rasterfahndungen.

⁴ Vgl. § 1 Abs. 1 MEPOIG.

⁵ Vgl. Denninger, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl., München 2007, S. 377.

⁶ Grundlegend hierzu WeBlau, Vorfeldermittlungen, Berlin 1989, S. 158 ff.

Unzweifelhaft ist die Straftatenverhütung den sog. (operativen) Vorfeldermittlungen zuzurechnen. Diese ihrerseits sind vor allem dadurch gekennzeichnet, dass die Polizei nicht unmittelbar auf ein bestimmtes, polizeilich relevantes Geschehen im Sinne einer konkreten Gefahr reagiert, sondern bereits im Vorfeld konkreter Gefahren (oder auch eines strafprozessualen Tatverdachts) „proaktiv“ und vor allem durch die Gewinnung von Informationen tätig wird⁷.

Auf einfachgesetzlicher Ebene versucht § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG-E, die Unterscheidung zwischen Gefahrenabwehr im genannten Sinne einerseits und die Straftatenverhütung andererseits zu nivellieren. Dies geschieht dadurch, dass die „Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus“ offenbar als Oberbegriff aller präventiven Tätigkeit im Bereich der „Terrorabwehr“ verstanden wird. Damit würden selbst abstrakte Gefährdungen in den Gefahrenbegriff einbezogen und dieser seinerseits aufgeweicht.

Der Wortlaut des genannten Kompetenztitels im Grundgesetz weist im Unterschied hierzu darauf hin, dass es sich bei der Wahrnehmung von Sicherheitsaufgaben in zentralisierter Zuständigkeit um einen Ausnahmefall handeln soll. Eine generelle Zuständigkeit des BKA für die Aufklärung terroristischer Strukturen, ohne dass konkrete Gefahren vorliegen müssten, würde eine weitreichende Parallelzuständigkeit von BKA und Landespolizeien mit parallelen Befugnissen nach sich ziehen und damit die Gefahr von doppelten Datenerhebungen in sich bergen. Diese Konsequenz ist nur dadurch vermeidbar, dass das BKA nur in Fällen konkret drohender Rechtsgutsbeeinträchtigungen tätig werden darf. Damit wird die Aufgabe der Behörde auf die Gefahrenabwehr im engeren Sinne beschränkt. In Betracht kommt also ein Tätigwerden bei einer (terroristischen) Dauergefahr, nicht jedoch bei einer allgemeinen Bedrohungslage, wie sie etwa nach dem 11. September 2001 bestanden hat⁸. Im Ergebnis richtig weist deshalb der Bundesrat (in der Wortwahl freilich sehr vorsichtig) darauf hin, dass die Formulierung in § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG-E dahingehend missverstanden werden könnte, dass eine Aufgabenerweiterung gewollt sei, die den grundgesetzlich begrenzten Bereich verlasse⁹. Tatsächlich geht der Gesetzentwurf über das grundgesetzlich Erlaubte hinaus.

⁷ WeBlau (o. Fn. 6) S. 25 ff.

⁸ Insoweit zur Rasterfahndung BVerfG, NJW 2006, 1939 (1947).

⁹ BR-Drucks. 404/1/08, S. 4.

Die beschriebene Auslegung des Kompetenztitels hat weitreichende Folgen: Sämtliche Befugnisse, die nicht eine konkrete terroristische Gefahr als tatbestandliche Voraussetzung vorsehen, wären im Falle der unveränderten Verabschiedung des Gesetzentwurfs kompetenz- und damit verfassungswidrig.

II. Allgemeiner Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung

Der Gesetzentwurf enthält in § 16 Abs. 1a, § 20h Abs. 5, § 20k Abs. 7 und § 20l Abs. 6 BKA-G Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung. Bei anderen Befugnissen sollen demnach keine Vorkehrungen zum Schutz der Intimsphäre getroffen werden. Dies ist mit dem aus der Menschenwürdegarantie hergeleiteten Anspruch auf Wahrung eines unantastbaren Bereichs, der dem staatlichen Zugriff bedingungslos entzogen ist, unvereinbar.

Es besteht weitgehende Einigkeit, dass der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung nicht auf die Grundrechte des Telekommunikationsgeheimnisses aus Art. 10 GG¹⁰, das Wohnungsgrundrecht aus Art. 13 GG¹¹ sowie das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme¹² beschränkt ist¹³. Kurz: Heimliche Informationsbeschaffung darf generell nicht in diesen absolut geschützten Bereich eindringen¹⁴.

¹⁰ BVerfGE 109, 279 (318 ff.).

¹¹ BVerfGE 113, 348 (391 f.).

¹² BVerfG, NJW 2008, 822 (833 ff.).

¹³ Vgl. *Baldus*, in: *Schaar* (Hrsg.), *Folgerungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum großen Lauschangriff*, Bonn 2005, S. 19 ff.; *Denninger*, in: *Roggan* (Hrsg.), *Lisken-GS*, Berlin 2004, S. 21 ff.; *Gusy*, JuS 2004, 461; *ders.*, *Polizeirecht*, 6. Aufl., Tübingen 2006, S. 97; *Kötter*, DÖV 2005, 225.; *Kugelman*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, Berlin 2006, S. 217 f.; *Kutscha*, in: *Roggan/Kutscha* (Hrsg.), *Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit*, 2. Aufl., Berlin 2006, S. 60 f.; *Petri*, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 4. Aufl., München 2007, S. 840; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 4. Aufl., München 2007, S. 282; *Roggan*, in: *Blaschke u. a.* (Hrsg.), *Sicherheit statt Freiheit?*, Berlin 2005, S. 51 ff.; *Schenke*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 5. Aufl., Heidelberg 2007, S. 114 ff.; *Warntjen*, *Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung*, Diss., Baden-Baden 2007; *Württemberg/Heckmann*, *Polizeirecht in Baden-Württemberg*, 6. Aufl., Heidelberg 2005, S. 292 ff.; a. A. wohl nur *Haas*, NJW 2004, 3082 ff. und *Löffelmann*, NJW 2005, 2033 (2035).

¹⁴ So *Götz*, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 14. Aufl., München 2008, S. 173.

Für den Gesetzgeber bestehen unterschiedliche Möglichkeiten der Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben. Er kann es bei dem befugnispezifischen Schutz, wie er sich in den genannten Vorschriften des BKAG-E ausprägt, belassen. Dann jedoch bedarf es der Einfügung entsprechender Regelungen in allen genannten (Einzel-)Vorschriften, die solche verletzungsgeneigten Befugnisse enthalten. Im Unterschied hierzu hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, einen „Vor-die-Klammer“ gezogenen Kernbereichsschutz vorzusehen¹⁵, wie er etwa im Brandenburgischen Polizeigesetz seit der letzten Reform zu finden ist¹⁶.

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die verschiedenen Datenerhebungsmethoden durchaus mit differenzierten Risiken der Verletzung der Intimsphäre verbunden sind. Dies spräche für eine jeweils spezifische Ausformung des Kernbereichsschutzes¹⁷. Indessen würde ein „Vor-die-Klammer“ gezogener Kernbereichsschutz die Frage vermeiden, welche Ermittlungsmethode bei abstrakter Betrachtung überhaupt verletzungsgeneigt ist. Zudem wäre eine solche Klausel ein durchaus effizientes Mittel zur „Verschlankung“ der auch im Bereich des Polizeirechts immer detaillierteren Eingriffsbefugnisse¹⁸.

Es steht dem Gesetzgeber grundsätzlich frei, auf welche Weise er den obligatorischen Kernbereichsschutz umfassend bewirkt. Indessen darf er hierauf nicht längerfristig – und erst recht nicht bei der Einführung neuer Befugnisse in ein Sicherheitsgesetz – verzichten. Insoweit besteht entsprechender Ergänzungsbedarf.

III. Formelle Rechtmäßigkeitserfordernisse

Regelungen zum sog. *Richtervorbehalt* finden sich in §§ 20g Abs. 3 (VE), 20h Abs. 3 (gr. Lauschangriff), 20j Abs. 4 (Rasterfahndung), 20k Abs. 5 (Online-Durchsuchung), 20l Abs. 3 (TKÜ), 20m Abs. 3 (TK-Verbindungsdaten), 20n Abs. 3 (IMSI-Catcher) und 20t Abs. 5 (Wohnungsdurchsuchung) BKAG-E. Die örtliche Zuständigkeit wird einheitlich in § 20v

¹⁵ Instrukтив hierzu *Zöller*, StraFo 2008, 21 f.

¹⁶ Vgl. zur dortigen Regelung in § 29 Abs. 6 BbgPolG *Roggan*, NJ 2007, 199.

¹⁷ So etwa *Wolter*, GA 2007, 191.

¹⁸ Wie hier *Zöller*, StraFo 2008, 22; *Warntjen*, in: *Roggan* (Hrsg.), Online-Durchsuchungen, Berlin 2008, S. 66 f. sowie *Baum/Schantz*, ZRP 2008, 137.

Abs. 2 BKAG-E bestimmt. Insoweit ist es mit dem Erfordernis eines effektiven, prozessualen Grundrechtsschutzes nicht vereinbar, dass bei Befugnissen, die mit einem nicht nur wenige Stunden währenden Vorlauf verbunden sind, nicht ausnahmslos der Vorbehalt einer richterlichen Anordnung von tiefgreifenden Grundrechtseingriffen gilt.

Das *Bundesverfassungsgericht* misst dem Richtervorbehalt in ständiger Rechtsprechung eine große Bedeutung zu. Zuletzt in der Entscheidung zu den Online-Durchsuchungen stellte es fest, dass bei heimlichen Ermittlungsmaßnahmen, die einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff bedeuteten, eine vorbeugende Kontrolle durch eine unabhängige Instanz verfassungsrechtlich geboten sei, weil der Betroffene sonst ungeschützt bliebe¹⁹. Von dem Erfordernis einer vorherigen Kontrolle der Maßnahme durch eine dafür geeignete neutrale Stelle dürfe eine Ausnahme für Eilfälle, etwa bei Gefahr im Verzug, vorgesehen werden, wenn für eine anschließende Überprüfung durch die neutrale Stelle gesorgt sei. Für die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen der Annahme eines Eilfalls bestünden wiederum verfassungsrechtliche Vorgaben²⁰. Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben wurden in der Entscheidung vom 20.2.2001 dahingehend präzisiert, dass die nicht-richterliche Anordnung von schwerwiegenden Grundrechtseingriffen eine Ausnahme zu sein habe. Dies müsse sich einerseits in der Auslegung einer Gefahr im Verzuge und andererseits in organisatorischen Vorkehrungen der Ermittlungsbehörden niederschlagen, die eine jederzeitige Erreichbarkeit von (Ermittlungs-)Richtern ermögliche²¹.

Vor diesem Hintergrund erscheinen diejenigen Ausnahmen vom Vorbehalt einer richterlichen Anordnung von Vorfeldermittlungen unvertretbar, die auf solche Maßnahmen bezogen sind, die sich durch einen erheblichen zeitlichen Vorlauf auszeichnen. Hierzu zählen beispielsweise der Einsatz verdeckter Ermittler²², die Quellen-TKÜ oder auch Online-Durchsuchungen²³. Die Gesetzesbegründung versucht insoweit nicht einmal eine substantiierte Darlegung, in welchen Konstellationen eine richterliche

¹⁹ BVerfG, NJW 2008, 822 (832, Abs. 259).

²⁰ BVerfG, NJW 2008, 822 (832, Abs. 261).

²¹ BVerfG, NStZ 2001, 382 (383 f.); ausführlich dazu *Frister*, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl., München 2007, S. 767 f.

²² Vgl. etwa *Pieroth/Schlink/Kniesel* (o. Fn. 13), S. 273.

²³ *Roggan*, in: *ders.* (Hrsg.), Online-Durchsuchungen, Berlin 2008, S. 101.

Entscheidung nicht rechtzeitig eingeholt werden kann und damit eine Gefahr im Verzuge im Sinne einer ernststen Gefährdung des Maßnahmeerfolgs²⁴ überhaupt – zumindest theoretisch – anzunehmen wäre.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Suspendierung des Richtervorbehalts sich auf gesetzlicher Ebene jedenfalls nicht über einen längeren Zeitraum rechtfertigen lässt, als das *Bundesverfassungsgericht* die Unerreichbarkeit eines Richters über bestimmte (Nacht-)Zeiten toleriert.

IV. Verfassungsrechtliche Evaluationsgebote

Der Gesetzentwurf sieht die Einführung der Rasterfahndung sowie der sog. Online-Durchsuchung vor. Insoweit handelt es sich um Regelungen, bei denen sich in gesteigertem Maße die Frage der Erforderlichkeit stellt.

1. Evaluation der Rasterfahndungen nach dem 11. September 2001

Bei der Rasterfahndung (§ 20j BKAG-E) handelt es sich um eine Maßnahme, die zuletzt nach dem 11. September 2001 der Suche nach sog. „Schläfern“ dienen und auf diese Weise terroristische Anschläge verhindern sollte. Tatsächlich blieben die Maßnahmen aber erfolglos²⁵. In Anbetracht der Tatsache, dass die Maßnahme in der Vergangenheit keine nennenswerten Erfolge zeigte und deshalb die Einschätzung selbst von Befürwortern, wonach es sich bei Rasterfahndungen um „kein besonders treffsicheres Instrument, vielleicht auch ein ziemlich schlechtes Fahndungs- und Vorbeugemittel“ (*Brugger*)²⁶ handelt, durchaus sachgerecht erscheint, wäre eine Evaluation der bisherigen Anwendungen eine Voraussetzung dafür, ihre zukünftige Effektivität und verhältnismäßige Anwendbarkeit überhaupt prognostizieren zu können.

²⁴ *Denninger* (o. Fn. 5), S. 328.

²⁵ *BVerfG*, NJW 2006, 1939.

²⁶ *Brugger*, Sicherheit und Freiheit, Baden-Baden 2004, S. 91.

Auch vor dem Hintergrund einer gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative ist es danach geboten, die bisherigen Rasterfahndungen einer *unabhängigen* (dazu im Folgenden) Überprüfung zu unterziehen und – wenn überhaupt – erst dann über ihre Einfügung in das BKAG zu entscheiden.

2. Anordnung einer Evaluation bei Online-Durchsuchungen

Bezüglich der Online-Durchsuchungen (§ 20k BKAG-E) ist bereits treffend festgestellt worden, dass (auch) diese Maßnahme als „Wunderwaffe“ angepriesen werde, ohne die die innere Sicherheit nicht mehr zu gewährleisten sei. Wenn aber nach Nachweisen ihrer Unverzichtbarkeit gefragt werde – so etwa *Hoffmann-Riem* –, käme entweder fast gar nichts oder es folgten Beschwörungsformeln²⁷.

Vor diesem Hintergrund erscheint es – ungeachtet der im Folgenden zu erörternden Kritik an der vorgeschlagenen Regelung in § 20k BKAG-E – unvertretbar, eine Befugnis zur verdeckten Ausforschung von informationstechnischen Systemen ohne eine Evaluationsverpflichtung vorzusehen. Dies gilt auch vor dem Hintergrund einer gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative²⁸.

Richtigerweise macht der *Sächsische Verfassungsgerichtshof* die Zubilligung einer Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Geeignetheit von Befugnissen ausdrücklich von einer Evaluations- und Nachbesserungspflicht abhängig: „Sollten sich bei der Anwendung in der Praxis Effektivitätsmängel zeigen, geben diese erst dann Anlaß zu verfassungsgerichtlichem Einschreiten, wenn der Gesetzgeber eine spätere Überprüfung und Verbesserung trotz ausreichender Erfahrungen für eine sachgerechtere Lösung unterließe“²⁹. Mit anderen Worten: Die Pflicht zur Evaluation ergibt sich als Kehrseite der gesetzgeberischen Kompetenz zur Einführung neuer Eingriffsregelungen in Konstellationen, in denen über tatsächliche Sachlagen oder Entwicklungen sowie über die

²⁷ *Baum/Schantz*, ZRP 2008, 137 (138) sowie ausführlich *Hoffmann-Riem*, Interview in der Süddeutschen Zeitung v. 12.4.2008, abrufbar unter www.sueddeutsche.de/deutschland/artikel/992/168505/rint.html.

²⁸ Vgl. dazu etwa BVerfGE 104, 337 (347f.) sowie die Nachweise bei *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 8. Aufl., München 2006, Art. 20 Rdnr. 87.

²⁹ *SächsVerfGH*, Urt. v. 14.5.1996, Vf. 44-II-94 – Urteilsdruck, S. 95.

Regelungsfolgen eine besonders gesteigerte Ungewissheit besteht³⁰. In dieser Hinsicht muss eine Evaluation so gestaltet werden, dass der Gesetzgeber durch sie zu einem festzulegenden Zeitpunkt sachgerechte, also hinreichend umfangreiche, qualitativ richtige und sinnvoll aufbereitete Informationen über die tatsächlichen Sachverhalte und Entwicklungen sowie über die relevanten Wirkungen der zu evaluierenden Ermächtigung erhält³¹.

Die verfassungsrechtlich gebotene Überprüfungs- und Nachbesserungspflicht³² erstreckt sich dabei mitnichten auf eine bloße Wirksamkeitskontrolle von neuen Befugnissen. Vielmehr muss eine Überprüfung insgesamt die Auswirkungen auf einen effektiven Grundrechtsschutz einschließlich des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Blick haben. Mit diesen Prinzipien ist es beispielsweise unvereinbar, eine beteiligte Behörde oder ein verantwortliches Ministerium mit einer Evaluation zu beauftragen oder gar sicherheitsbehördliche (Erfolgs-)Statistiken ausreichen zu lassen. Erforderlich sind vielmehr gesetzlich festgelegte Verfahren, die wissenschaftlichen – und damit *unabhängigen!* – Standards genügen.

V. Online-Durchsuchungen

§ 20k BKAG-E hält sich bei den tatbestandlichen Voraussetzungen zwar an die Vorgaben des *Bundesverfassungsgerichts*, versäumt beim Kernbereichsschutz aber eine hinreichend präzise Bestimmung von Datenerhebungsverboten und lässt die Modalitäten der Durchführung der Maßnahme völlig offen. Letzteres ist mit dem Vorbehalt des Gesetzes unvereinbar.

³⁰ *Albers*, in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), *Menschenrechte – Innere Sicherheit – Rechtsstaat*, Berlin 2006, S. 35.

³¹ *Albers* (o. Fn. 30), S. 33.

³² Ausführlich dazu auch *Gusy*, in: *Roggan* (Hrsg.), *Mit Recht für Menschenwürde und Verfassungsstaat – Hirsch-FG*, S. 139 ff.

1. Regelungsbedürfnis

In Anbetracht der regelmäßig gegebenen *Doppelfunktionalität* von Online-Durchsuchungen stellt sich die Frage nach dem Anwendungsbereich einer Regelung im (Bundes-)Polizeirecht³³. Es handelt sich insoweit um eine rechtliche Problemlage, die vom *Bundesverfassungsgericht* in der einschlägigen Entscheidung nicht erörtert wurde – freilich auch nicht erörtert werden musste.

Bei Online-Durchsuchungen handelt es sich um Maßnahmen, die regelmäßig gleichzeitig präventive wie auch repressive Zwecke erfüllen können bzw. sollen. Regelmäßig wird insoweit sowohl ein Straftatverdacht – etwa wegen eines Organisationsdelikts (§§ 129a, b StGB) – bestehen. Jeweils setzt eine Strafbarkeit hier schon im Vorfeld konkreter Rechtsgutsgefährdungen an und stellt die Strafbarkeit von abstrakt gefährlichen Personenzusammenschlüssen unter Strafe³⁴. Strafverfolgung setzt insoweit schon weiter im Vorfeld terroristischer Taten an, als dies bei den vom *Bundesverfassungsgericht* verlangten tatsächlichen Anhaltspunkten für eine konkrete Gefahr der Fall ist. Damit stellt sich die Frage, unter welchen Umständen eine polizeirechtliche Befugnis überhaupt einschlägig sein kann. Denn hiermit verbunden ist untrennbar auch eine *Zuständigkeitsverlagerung* von der Staatsanwaltschaft (Bundesanwaltschaft) hin zu einer (Bundes-)Polizeibehörde.

Die Diskussion über die rechtliche Behandlung doppelunktionaler Maßnahmen kann an dieser Stelle nicht nachgezeichnet werden³⁵. Feststellen lässt sich jedenfalls, dass die ganz überwiegende Meinung auf den *Maßnahmeschwerpunkt* abstellt. Bei der Anordnung der Maßnahme ist demnach jeweils die Frage zu beantworten, in welchem Aufgabengebiet der Schwerpunkt der Maßnahme liegt. Sodann kann sich die Rechtsgrundlage bei präventivem Schwerpunkt ausschließlich aus dem Polizeirecht

³³ Ausführlicher hierzu *Roggan* (o. Fn. 23), S. 105 ff.

³⁴ Vgl. hierzu MünchKommStGB-*Miebach/Schäfer*, München 2005, § 129a Rdnr. 1 ff.

³⁵ Vgl. dazu aus der Literatur etwa *Kutscha* (o. Fn. 13), S. 84; *Pieroth/Schlink/Kniesel* (o. Fn. 13), S. 27; *Würtenberger/Heckmann* (O. Fn. 13), S. 95; *Knemeyer*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2007, S. 83 f.; *Kugelman* (o. Fn. 13), S. 15 f.; *Denninger* (o. Fn. 13), S. 376; *Götz* (o. Fn. 14), S. 184 f.; ausführlich *Rieger*, Die Abgrenzung doppelunktionaler Maßnahmen der Polizei, Frankfurt/M. 1994; die Diskussion zusammenfassend *Ehrenberg/Frohne*, Kriminalistik 2003, 373 ff.; *Nolte*, Kriminalistik 2007, 343 ff.; *Roggan*, Die Polizei 2008, 112 ff.

ergeben, bei repressivem aus dem Strafverfahrensrecht. Als Indikatoren werden insoweit die Bedeutung der bedrohten Rechtsgüter, der Grad der Gefahr und die Anzahl der betroffenen Rechtsgutsträger einerseits sowie die Stärke des Tatverdachts und die Deliktsschwere in strafrechtlicher Hinsicht andererseits genannt³⁶.

In jedem Falle ist bei der Festlegung des Schwerpunkts zu beachten, dass die strafprozessualen Sicherungen durch eine präventive Bestimmung der Rechtsgrundlage nicht leer laufen³⁷. Mit anderen Worten: Der Verlust der Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren ist in besonderem Maße rechtfertigungsbedürftig. Dieses Problem ist zu lösen, indem bei allen Konstellationen, in denen ein strafprozessualer Anfangsverdacht besteht und die Gefahrenabwehr nicht unzweifelhaft im Vordergrund steht, auf das repressive Eingriffsinstrumentarium zurückzugreifen ist³⁸. Lediglich situationsbedingt kann im Einzelfall die Gefahrenabwehr (wieder) in den Vordergrund treten. Das kommt namentlich dann in Betracht, wenn der Schutz von hochrangigen Rechtsgütern vor *gegenwärtigen* Gefahren zu besorgen ist. Andersherum schließt also ein strafprozessualer Anfangsverdacht einen präventiven Schwerpunkt keineswegs grundsätzlich aus³⁹. Vielmehr kann der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Einzelfall durchaus verlangen, dass der gewichtige Belang einer wirksamen Strafrechtspflege (vorübergehend oder gar endgültig) zurückzustehen hat. In allen anderen Zweifelskonstellationen ist das strafprozessuale Regelungsregime einschlägig⁴⁰.

Diese Folge ist unter dem Gesichtspunkt eines effektiven Rechtsgüterschutzes keineswegs mit Einbußen verbunden. Keineswegs sorgt die (rechtspolitisch durchaus und mit Recht umstrittene) Vorfeldpönalisierung im Bereich terroristischer Vereinigungen – unter der Herrschaft der Staatsanwaltschaft! – für Sicherheitsdefizite. Die Anwendbarkeit einer

³⁶ *Ehrenberg/Frohne*, Kriminalistik 2003, 737 (742).

³⁷ *Hornmann*, HSOG, 2. Aufl., München 2008, § 1 Rdnr. 31.

³⁸ Ebenso *Benfer*, Rechteingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft, 3. Aufl. 2005, S. 7;; *Hornmann* (o. Fußn. 37), § 1 Rdnr. 31 („Gefahr [...], daß die strafprozessualen Verfahrensgarantien präventivpolizeilich unterlaufen werden“); ebenso *KK-Schoreit* (o. Fußn. 26), § 152 Rdnr. 18c; vgl. auch *Gusy* (o. Fußn. 11), S. 12 f.; noch restriktiver *Merten*, NJW 1992, 354 (355) unter Verweis auf *Schoreit*, DVR 1982, 47: „Sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, kommt nur Repression in Betracht“; a. A. aber *Ehrenberg/Frohne*, Kriminalistik 2003, 737 (742).

³⁹ *Knemeyer* (o. Fn. 35), S. 83; *Dörschuck*, Kriminalistik 1997, 740 (741).

⁴⁰ *Roggan*, Die Polizei 2008, 112 (114).

(bundes-)polizeirechtlichen (Vorfeld-)Befugnis zur Online-Durchsuchung ist demnach nicht erkennbar. Etwas anderes dürfte lediglich bei zum Anordnungszeitpunkt bestehenden gegenwärtigen Gefahren (namentlich Dauer Gefahren) für hochrangige Rechtsgüter gelten.

2. Kernbereichsschutz

Der vorliegende Entwurf beschränkt ein Datenerhebungsverbot auf die Annahme, dass *alleine* Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden. Dies ist mit den verfassungsgerichtlichen Vorgaben, die auf eine Minimierung der Kernbereichsverletzung gerichtet sind, unvereinbar.

Zu konstatieren ist zunächst, dass das Schutzkonzept aus dem Urteil zur Online-Durchsuchung⁴¹ im Vergleich zu demjenigen aus der Lauschangriff-Entscheidung⁴² als relativiert⁴³, abgeschwächt⁴⁴ bzw. aufgeweicht⁴⁵ zu bezeichnen ist⁴⁶. Es ist deshalb als *konsequent* zu bezeichnen, dass die gesetzlichen Vorschriften nicht in gleichem Maße das Risiko einer Intimsphärenverletzung zu verhindern haben⁴⁷. Indessen ist damit die Frage nicht beantwortet, ob sich der Gesetzgeber auf ein Datenerhebungsverbot in Fällen beschränken durfte, in denen *alleine* (ausschließlich) Kernbereichsdaten erlangt würden. Unproblematisch festzuhalten ist jedenfalls, dass solche Fälle praktisch nicht vorkommen werden und die Maßnahme damit an dieser tatbestandlichen Restriktion kaum scheitern wird⁴⁸. Bemerkenswerterweise benennt die Entwurfsbegründung auch keine Beispiele, in denen ein solchermaßen zu begründendes Datenerhebungsverbot eingriffe. Mit anderen Worten: Die Maßnahme ist auch dann zulässig, wenn *sicher* zu erwarten ist, dass *auch* bzw. unter anderem Kernbereichsdaten erfasst werden⁴⁹.

⁴¹ BVerfG, NJW 2008, 822 (833 ff.).

⁴² BVerfGE 109, 279 (313 ff.).

⁴³ Volkman, DVBl. 2008, 590 (593).

⁴⁴ Hornung, CR 2008, 299 (305).

⁴⁵ Warntjen (o. Fn. 18), S. 63.

⁴⁶ Vgl. auch Petri, DuD 2008, 443 (447).

⁴⁷ Roggan (o. Fn. 23), S. 110.

⁴⁸ Baum/Schantz, ZRP 2008, 137 (138).

⁴⁹ Ebenso Hilbrans, DatenschutzNachrichten 2/2008, 60 (62).

Das *Bundesverfassungsgericht* hat diese Art des leer laufenden Kernbereichsschutzes keineswegs vorgegeben. In der Entscheidung vom 27.2.2008 heißt es, dass eine gesetzliche Ermächtigung zu einer Überwachungsmaßnahme, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren kann, so weitgehend wie möglich sicherzustellen hat, dass Daten mit Kernbereichsbezug nicht erhoben werden⁵⁰. Als Ausprägung dieses Grundsatzes führt es im Folgenden sodann aus, dass im Rahmen eines zweistufigen Schutzkonzepts ein Datenerhebungsverbot zu statuieren sei, wenn im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte dafür existieren, dass eine bestimmte Datenerhebung den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren wird⁵¹. Diese Vorgabe „überlagert“ die Erkenntnis, dass es – wie bei dem heimlichen Zugriff auf ein informationstechnisches System – praktisch unvermeidbar ist, Informationen zur Kenntnis zu nehmen, bevor ihr Kernbereichsbezug bewertet werden kann⁵². Das *Bundesverfassungsgericht* darf demnach nicht in einer Weise (miss-)verstanden werden, dass bei verdeckten Zugriffen auf informationstechnische Systeme die Betroffenheit des Kernbereichs privater Lebensgestaltung praktisch stets unvermeidbar ist und die gesetzlichen Regelungen die vielen Fälle, in denen das Antasten dieser unantastbaren Sphäre mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, ungeregelt lassen dürfte.

Insoweit weist *Warntjen* richtig darauf hin, dass die Ausführungen aus der Lauschangriff-Entscheidung – selbst wenn sie nicht ohne weiteres auf Online-Durchsuchungen übertragbar sind – für die Frage von Erhebungsverboten durchaus dienstbar sind⁵³: Ein privat genutzter PC wird typischerweise viel eher die als schutzwürdig und als dem Kernbereich zugehörig eingestuft „Dateien höchstpersönlichen Inhalts“⁵⁴ enthalten, als ein in geschäftlichen oder öffentlichen Zusammenhängen genutzter PC. Auch das im Lauschangriffsurteil vom *Bundesverfassungsgericht* verwendete Kriterium der Anwesenheit von Personen des höchstpersönlichen Vertrauens hätte für die Situation der Online-Durchsuchung insofern fruchtbar gemacht werden können, als die Beteiligung dieses Personenkreises an Kommunikationsvorgängen innerhalb eines PCs bzw.

⁵⁰ BVerfG, NJW 2008. 822 (834, Abs. 277).

⁵¹ BVerfG, NJW 2008. 822 (834, Abs. 281).

⁵² BVerfG, NJW 2008. 822 (834, Abs. 277).

⁵³ *Warntjen* (o. Fn. 18), S. 62.

⁵⁴ Vgl. hierzu auch die Beispiele bei *Jahn/Kudlich*, JR 2007, 57 (59 in Fn. 20).

informationstechnischen System für eine erhöhte Wahrscheinlichkeit sprechen könnte, dass die Vorgänge kernbereichsrelevant sind.

Solchen Überlegungen enthält sich der vorliegende Entwurf vollständig. Das nahezu uneingeschränkte Risiko einer Kernbereichsverletzung ist mit der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* unvereinbar.

4. Modalitäten der Durchführung

a) Verstoß gegen Vorbehalt des Gesetzes

Mit dem Vorbehalt des Gesetzes ist es unvereinbar, dass sich der Entwurf nicht zur Frage der Art und Weise der Infiltration von informationstechnischen Systemen äußert⁵⁵.

Wie auch bei anderen technischen Überwachungsmethoden ist bei Online-Durchsuchungen die Vorbereitung der Maßnahme von selbstständiger Bedeutung, weil sie mit Grundrechtsbeschränkungen verbunden sein kann, die über eine Beeinträchtigung des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme hinausgeht: Denkbar ist das Aufspielen von geeigneter Software über die Verbindung des Rechners zum Internet. Es bedarf insoweit keines physischen Zugriffs auf den Rechner. Diese Methode hat den Vorteil, dass das Risiko einer Entdeckung der Maßnahme, wird sie nur sorgfältig genug vorbereitet, minimiert werden kann⁵⁶. Indessen wird auf diese Weise „nebenher“ der Nachweis erbracht, dass das infiltrierte System nicht nur für die Ermittler „offen“ steht, sondern auch von Dritten kontrolliert werden könnte, die ihrerseits auf dem Zielrechner – auch ohne Wissen des Nutzers – Daten speichern oder anderweitige Veränderungen vornehmen können⁵⁷. Dieser

⁵⁵ Wie hier *Roggan* (o. Fn. 23), S. 99 ff. und 110 f.

⁵⁶ Auf die Möglichkeiten zur Umgehung dieser Art von Infiltration soll hier nicht näher eingegangen werden. Dass vielfältige Maßnahmen zur „Gegenwehr“ denkbar und tatsächlich umsetzbar sind, ändert auch nach Ansicht des *BVerfG* nichts an der grundsätzlichen Eignung dieser Infiltrations-Methode, vgl. *BVerfG*, NJW 2008, 822 (829).

⁵⁷ *Hansen/Pfitzmann*, DRiZ 2007, 225 (227).

Umstand ist so lange – jedenfalls im Ansatz⁵⁸ – unschädlich, wie es auf die Gewinnung belastbarer Informationen – etwa im Sinne revisionsfester Beweise im strafprozessualen Sinne – nicht ankommt⁵⁹. Eine sichere Zuordnung von bestimmten Daten zu einer bestimmten Person bzw. einem bestimmten informationstechnischen System kommt – auch nach den Feststellungen der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht – auf diese Weise jedenfalls nicht in Betracht⁶⁰. Aufschlussreich war insoweit insbesondere die Antwort, die BKA-Präsident *Ziercke* auf die Frage danach geben ließ, woran man denn erkennen könne, dass man das richtige System infiltriert habe: Ein hinzugezogener Techniker antwortete, dass man dies daran erkenne, wenn man die Daten finde, die man suche⁶¹.

Eine andere Methode zur Manipulation eines informationstechnischen Systems besteht im unmittelbaren, physischen Zugriff. Nur auf diese Weise kann – was gelegentlich übersehen wird⁶² – ausgeschlossen werden, dass beispielsweise Rechner von unbeteiligten Dritten ebenfalls in den Focus der Ermittler geraten⁶³ und folglich eine „exklusive Kontrolle“ gewährleistet wird⁶⁴. Befindet sich ein auszuspähdendes System in einer Wohnung, so hat dieser Umstand erhebliche Konsequenzen: Es bedarf dann des heimlichen Eindringens in die entsprechende Räumlichkeit. Sodann ist der komplette Inhalt der Festplatte auf einen mitnahmefähigen Datenträger zu kopieren. Nach der Analyse des Inhalts ist in der Sicherheitsbehörde ein Programm zu entwickeln, das individuell auf den auszuforschenden Rechner zugeschnitten ist. Zur Installation dieser „Remote Forensic Software“ (RFS) ist abermals das heimliche Betreten der Wohnung erforderlich. Sodann sollen für die betroffenen Zielpersonen keine Möglichkeiten mehr bestehen, die Ausforschung ihres Rechners zu bemerken⁶⁵. Es ist in dieser Konstellation unproblematisch, neben der Betroffenheit des Grundrechts auf Vertraulichkeit und

⁵⁸ Vgl. dazu aber unten Punkt III.3a).

⁵⁹ *BVerfG*, NJW 2008, 822 (829).

⁶⁰ *Hansen/Pfitzmann*, in: *Roggan* (Hrsg.), *Online-Durchsuchungen*, Berlin 2008, S. 139; vgl. auch die Stellungnahme von *Fox*, abrufbar unter www.secorvo.de/publikationen/stellungnahme-secorvo-bverfg-online-durchsuchung.pdf, S. 7.

⁶¹ Zitiert nach *Hansen/Pfitzmann* (o. Fn. 60), S. 139.

⁶² Vgl. etwa *Kemper*, ZRP 2007, 105 (106).

⁶³ *Hansen/Pfitzmann*, DRiZ 2007, 225 (227).

⁶⁴ *Hansen/Pfitzmann*, DRiZ 2007, 225 (228).

⁶⁵ Entsprechend die Darstellung von *Leipold*, CHIP 9/2007.

Integrität informationstechnischer Systeme auch die Einschlägigkeit des Wohnungsgrundrechts anzunehmen⁶⁶.

Letzterer Umstand hat weitreichende Konsequenzen: Immer dann, wenn es auf die (möglichst) zweifelsfreie Kenntnis der Zielperson ankommt, etwa um ihn als Adressaten von gefahrbesetzenden Maßnahmen zu identifizieren, dürften Online-Durchsuchungen regelmäßig mit Eingriffen in Art. 13 Abs. 1 GG verbunden sein. Folgerichtig wird bei einschlägigen Gesetzentwürfen in Bayern eine heimliche Wohnungsdurchsuchung als „notwendige Begleitmaßnahme“ ausdrücklich vorgesehen⁶⁷.

Grundrechtseinschränkende Befugnisse müssen stets restriktiv interpretiert werden. Damit ist die Akzeptanz von sog. Annexkompetenzen – also etwa das Betreten von Wohnungen zum Zwecke der Installation von Überwachungstechnik – unverträglich⁶⁸. Die Problematik ist auch deswegen zu bewältigen, weil Artikel 5 des vorliegenden Entwurfs⁶⁹ die Einschränkung von Art. 13 GG ausdrücklich nennt und die Regelung deshalb nicht in der Weise einschränkend auszulegen wäre, dass der physische Zugriff auf in Wohnungen befindliche Computer ausgeschlossen ist.

b) Verstoß gegen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Auch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten unterliegt der Gesetzentwurf erheblichen Zweifeln⁷⁰. Diese knüpfen an die bereits zitierte Aussage des BKA-Präsidenten *Ziercke* an, wonach das Auffinden der „richtigen“ Daten durchaus mit der irrtümlichen Infiltration von „falschen“ Zielsystemen verbunden sein kann. Dieser Umstand ist unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit von erheblicher Bedeutung. Denn es kann aufgrund der technischen Bedingungen der Maßnahme offenbar nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gewährleistet werden, dass auch tatsächlich das von der Zielperson beherrschte System infiltriert wird. Es ist deshalb im Ansatz durchaus konsequent, von einem „Risiko“ auszugehen, wenn bei der Durchführung der Maßnahme auf den

⁶⁶ Ebenso *BVerfG*, NJW 2008, 822 (826).

⁶⁷ Ausführlich hierzu *Roggan* (o. Fn. 23), S. 112 und 118 f.

⁶⁸ Ausführlich hierzu *Kühne*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2007, S. 304 f.

⁶⁹ BT-Drucks. 16/9588, S. 34.

⁷⁰ *Roggan* (o. Fn. 23), S. 111.

physischen Zugriff auf den Rechner, der sich regelmäßig in umschlossenen Räumen befinden wird, verzichtet wird⁷¹. Insoweit unterscheiden sich Online-Durchsuchungen grundlegend von Lauschangriffen oder auch Telekommunikationsüberwachungen, wo, von tatsächlichen Irrtümern abgesehen, die Orte bzw. die Gelegenheiten der Überwachung mit Gewissheit feststehen. Bei den gegenständlichen Maßnahmen besteht demgegenüber ein durchaus erhebliches Risiko, dass Nicht-Störer betroffen werden, die mit der zukünftig abzuwehrenden Gefahr in keinerlei Beziehung stehen. Es ließe sich gar von einer in Kauf genommenen „Streubreite eigener Art“ sprechen, die über die vom *Bundesverfassungsgericht* durchaus gesehene, unvermeidbare Einbeziehung von Nicht-Störern⁷² deutlich hinausgeht. Anders also als bei Lauschangriffen, TKÜ oder technischen Observationen müssen bei Online-Durchsuchungen schon auf gesetzlicher Ebene Sicherungen vorgesehen werden, die diese technische Problematik bewältigen. Ansonsten würde dem Bundeskriminalamt das Eingehen des beschriebenen Risikos zugebilligt.

VI. Weitere Eingriffsbefugnisse (Kurzkommentierung)

1. Identitätsfeststellungen

a) Gefahrenabwehr

Die Regelung der Identitätsfeststellung in § 20d Abs. 1 Nr. 1 BKAG-E ist von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes nicht gedeckt. Nach der Vorschrift sollen BKA-Beamte *zur Abwehr einer* (nicht näher bestimmten) *Gefahr* die Identität einer Person feststellen können, wenn (gleichzeitig) Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine (terroristische) Straftat begangen werden soll.

Offenbar sollen hier zwei zu unterscheidende Polizeiaufgaben in einer einzigen Vorschrift verschränkt werden: Anlässlich von bestimmten Gefährdungslagen („wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen...“) soll das BKA beliebige Gefahren durch die Feststellung der

⁷¹ So etwa der Bayerische Innenminister *Herrmann* im Interview mit der Berliner Zeitung, erschienen am 17.4.2008.

⁷² *BVerfG*, NJW 2008, 822 (830, Abs. 233).

Identität von Personen abwehren. Dies ist mit dem Kompetenztitel des Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG unvereinbar.

Überdies handelt es sich bei der Umschreibung des Gefahrenvorfeldes als Voraussetzung für eine gefahrenabwehrende Maßnahme um ein bislang nicht bekanntes Rechtsphänomen, das offenbar dem Umstand geschuldet ist, dass sämtliche Standardmaßnahmen aus den Landespolizeigesetzen in das BKAG überführt werden sollten. Im Falle der Identitätsfeststellungen führt dies zu einer völlig missglückten Regelung.

b) Orte, an denen sich Personen ohne Aufenthaltstitel aufhalten

Auch hinsichtlich § 20d Abs. 1 Nr. 2b) fehlt es an der Gesetzgebungskompetenz des Bundes, weil ein Bezug zur Abwehr terroristischer Gefahren nicht gegeben ist. Die Anknüpfung an eine allgemeine Gefährungslage (s. o.) reicht hierfür nicht aus.

2. Platzverweisung

Auch die Platzverweisung (§ 20o BKAG-E) ist tatbestandlich nicht an die Aufgabenbeschreibung des § 4a Abs. 1 BKAG-E angebunden. Während dort von spezifischen (terroristischen) Gefahren gesprochen wird, kann die nach § 20o BKAG-E abzuwehrende Gefahr beliebigen Charakters sein. Sie ist allgemein-gefahrenabwehrrechtlicher Natur und damit mit Blick auf Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG kompetenzwidrig.

3. Weitere Regelungen allgemein-gefahrenabwehrrechtlicher Natur

Für die Tatbestände der §§ 20p Abs. 1 Nr. 1, 20q Abs. 1 Nr. 1 bis 3, 20r Abs. 1 Nr. 1 bis 4, 20s, 20t Abs. 1⁷³ BKAG-E gilt – z. T. mit Einschränkungen – das unter 2. Gesagte entsprechend.

4. Insbesondere: Rasterfahndungen

Die in § 20j BKAG-E vorgesehene Rasterfahndung ist mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unvereinbar. Hiernach sollen konkrete Vorbereitungshandlungen, die die Annahme rechtfertigen, dass Straftaten begangen werden sollen, ausreichen.

Zuletzt in der Onlinedurchsuchungs-Entscheidung stellte das *Gericht* fest, dass in dem Spannungsverhältnis zwischen der Pflicht des Staates zum Rechtsgüterschutz und dem Interesse des Einzelnen an der Wahrung seiner von der Verfassung verbürgten Rechte es zur Aufgabe des Gesetzgebers gehöre, in abstrakter Weise einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen zu erreichen. Dies könne dazu führen, dass bestimmte intensive Grundrechtseingriffe nur zum Schutz bestimmter Rechtsgüter und erst von bestimmten Verdachts- oder Gefahrenstufen an vorgesehen werden dürfen⁷⁴. Für Rasterfahndungen hat das *Gericht* festgelegt, dass diese erst ab der tatbestandlichen Schwelle einer konkreten Gefahr zu rechtfertigen sind⁷⁵.

Diese tatbestandliche Schwelle wird in dem Gesetzentwurf unterschritten. Denn Vorbereitungshandlungen stellen eben noch keine Gefahren dar, sondern sind lediglich deren zeitlich vorgelagerte Voraussetzung. Ob sich die (potentielle) Gefahr selber aber jemals realisiert und damit das Stadium der Konkretetheit erreicht, kann zum Zeitpunkt von nicht näher definierten Vorbereitungen naturgemäß überhaupt noch nicht festgestellt

⁷³ Unzutreffend wird in § 20t Abs. 1 Nr. 1 BKAG-E auf § 20n verwiesen. Die Regelung über den Gewahrsam befindet sich tatsächlich in § 20p BKAG-E.

⁷⁴ *BVerfG*, NJW 2008, 822 (831, Abs. 243).

⁷⁵ *BVerfG*, NJW 2006, 1939 (1946, Abs. 134).

werden. Deshalb kann in entsprechenden Fällen auch nicht von einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit eintreten wird⁷⁶, ausgegangen werden.

Unabhängig davon hätte es nahe gelegen, auf die Rasterfahndungen wegen vielfach unter Beweis gestellter Erfolglosigkeit – zuletzt nach dem 11. September 2001⁷⁷ – ganz zu verzichten.

⁷⁶ So die Legaldefinition in § 2 Nr. 3a BremPolG.

⁷⁷ BVerfG, NJW 2006, 1939.

VII. Zusammenfassende Einschätzung des Gesetzentwurfs

Der Gesetzentwurf scheint von dem Bestreben getragen zu sein, alle in den Landespolizeigesetzen vorgesehenen (Standard-)Befugnisse in den Kompetenzbereich des BKA zu übertragen. Indessen weist schon der wenig systematische Standort der verschiedenen Datenerhebungsmethoden „zwischen“ den Standardmaßnahmen der Vorladung (§ 20f BKAG-E) und der Platzverweisung (§ 20o BKAG-E) darauf hin, dass bei der Erstellung des Entwurfs nicht mit der gebotenen Sorgfalt vorgegangen wurde. Hierauf weisen neben unrichtigen Verweisungen (siehe hierzu Fußnote 72) auch die mit der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* längst nicht mehr vereinbaren Regelungen über die Zuständigkeitsverschiebung (*Gefahr im Verzuge*) bei der Anordnung von bestimmten Datenerhebungen hin. Hier scheinen ungeprüft die (überholten) Regelungen aus anderen Regelungswerken (etwa der StPO) übernommen worden zu sein.

Auch bedürfen einzelne Regelungen schon deswegen der Anpassung an die Aufgaben des BKA aus § 4a Abs. 1 BKAG-E, weil sie augenscheinlich unverändert aus dem Landespolizeirecht übernommen wurden und das BKA damit Parallelbefugnisse ohne Anknüpfung an die Abwehr terroristischer Gefahren erhalten würde (Bsp.: § 20o ff. BKAG-E).

gez.
Dr. Fredrik Roggan
Rechtsanwalt
Stellv. Bundesvorsitzender