



Bundesministerium
des Innern



Bundesministerium
der Justiz

Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetzgebung in Deutschland

vom 28. August 2013

Professor

Dr. Matthias Bäcker, LL.M.

Ministerialdirektor a. D.

Dr. Volkmar Giesler

Generalbundesanwältin a. D.

Professor Monika Harms

Rechtsanwalt

Dr. Dr. h.c. Burkhard Hirsch

Ministerialdirektor

Stefan Kaller

Professor

Dr. Heinrich Amadeus Wolff

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis _____	XVII
1. Auftrag der Regierungskommission _____	1
2. Verfahrensgang _____	3
3. Untersuchungsgegenstand _____	5
3.1 Hintergrund der Untersuchung _____	5
3.1.1 Aktuelle Gefährdungslage _____	5
3.1.2 Rechtliche, insbesondere grundrechtliche Maßstäbe _____	9
3.2 Untersuchte Gesetze, historische Entwicklung der Sicherheitsgesetzgebung _____	16
3.2.1 Terrorismusbekämpfungsgesetz _____	16
3.2.2 Zollfahndungsdienstgesetz _____	19
3.2.3 Vierunddreißigstes Strafrechtsänderungsgesetz _____	20
3.2.4 Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses Terrorismusbekämpfung _____	21
3.2.5 Gesetz zur Errichtung gemeinsamer Dateien von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten des Bundes und der Länder _____	22
3.2.6 Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz _____	24
3.2.7 Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt _____	25
3.2.8 Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten _____	27
3.2.9 Erstes Gesetz zur Änderung des Artikel 10-Gesetzes _____	29
3.2.10 Gesetz zur Änderung des Bundesverfassungsschutzgesetzes _____	32
3.2.11 Gesetz zur Errichtung einer standardisierten Datei von Polizei und Nachrichtendiensten von Bund und Ländern zur Bekämpfung des gewaltbezogenen Rechtsextremismus _____	34
4. Untersuchungsfelder _____	36
4.1 Aufgaben und Befugnisse der Sicherheitsbehörden und ihr Verhältnis zueinander _____	36
4.1.1 Erweiterungen im Terrorismusstrafrecht und ihre Auswirkungen auf das Strafverfahren _____	36
4.1.2 Präventivpolizeiliche Terrorismusabwehr durch das BKA _____	57
4.1.3 Verhältnis von präventivpolizeilicher und strafrechtlicher Terrorismusbekämpfung _____	88

4.1.4 Der Militärische Abschirmdienst (MAD)	115
4.1.5 Terrorismusbekämpfung durch die Nachrichtendienste: Befugnisse	126
4.1.6 Überschneidungen der Aufgabenbereiche (zwischen Nachrichtendiensten und Polizei)	146
4.2 Zusammenarbeitsformen zwischen Polizei und Nachrichtendiensten, insbesondere gemeinsame Dateien und Plattformen	165
4.2.1 Gemeinsame Zentren	165
4.2.2 Gemeinsame Dateien	194
4.2.3 Gemeinsame Projektdateien	197
4.2.4 Übermittlungsvorschriften	198
4.3 Rechtsstaatliche Absicherung und Kontrolle	208
4.3.1 Rolle des Generalbundesanwalts bei der Sachleitung von Ermittlungen durch das Bundeskriminalamt	208
4.3.2 Parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste	233
4.3.3 Zusammensetzung und Ausstattung der G 10-Kommission	237
4.3.4 Ausgestaltung der Benachrichtigungspflichten	239
4.3.5 Ausgestaltung des G 10	243
4.3.6 Interne administrative Kontrollen	246
4.3.7 Kontroll- und Prüfungskompetenzen des BfDI	247
4.3.8 Ausgestaltung des Kernbereichsschutzes	250
4.3.9 Zeitliche Begrenzung der Verwendungsmöglichkeiten, Löschungspflichten und Sperrpflichten	253
4.4 V-Leute	255
4.4.1 Bestandsaufnahme	255
4.4.2 Bewertung und Analyse	257
4.4.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen	258
4.5 Weitere gesetzliche Handlungsoptionen	259
5. Zusammenfassung	261
5.1 Aufgaben und Befugnisse der Sicherheitsbehörden und ihr Verhältnis zueinander	261
5.1.1 Erweiterungen im Terrorismusstrafrecht und ihre Auswirkungen auf das Strafverfahren	261
5.1.2 Präventivpolizeiliche Terrorismusabwehr durch das Bundeskriminalamt	263
5.1.3 Verhältnis von präventivpolizeilicher und strafrechtlicher Terrorismusbekämpfung	265

5.1.4 Der Militärische Abschirmdienst (MAD)	268
5.1.5 Terrorismusbekämpfung durch die Nachrichtendienste: Befugnisse	269
5.1.6 Überschneidungen der Aufgabenbereiche (zwischen Nachrichtendiensten und Polizei)	270
5.2 Zusammenarbeitsformen zwischen Polizei und Nachrichtendiensten, insbesondere gemeinsame Dateien und Plattformen	271
5.2.1 Gemeinsame Zentren	271
5.2.2 Gemeinsame Dateien	273
5.2.3 Gemeinsame Projektdateien	274
5.2.4 Übermittlungsvorschriften	274
5.3 Rechtsstaatliche Absicherung und Kontrolle	276
5.3.1 Rolle des Generalbundesanwaltes bei der Sachleitung von Ermittlungen durch das Bundeskriminalamt	276
5.3.2 Parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste	278
5.3.3 Zusammensetzung und Ausstattung der G 10-Kommission	279
5.3.4 Ausgestaltung der Benachrichtigungspflichten	279
5.3.5 Ausgestaltung des G 10	280
5.3.6 Interne administrative Kontrollen	280
5.3.7 Kontroll- und Prüfungskompetenzen des BfDI	281
5.3.8 Ausgestaltung des Kernbereichsschutzes	281
5.3.9 Zeitliche Begrenzung der Verwendungsmöglichkeiten, Löschungspflichten und Sperrpflichten	282
5.4 V-Leute	283

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis _____	XVII
1. Auftrag der Regierungskommission _____	1
2. Verfahrensgang _____	3
3. Untersuchungsgegenstand _____	5
3.1 Hintergrund der Untersuchung _____	5
3.1.1 Aktuelle Gefährdungslage _____	5
3.1.1.1 Neue Dimension der terroristischen Bedrohung auf Grund der Anschläge vom 11. September 2001 und der Folgeanschläge in Europa _____	6
3.1.1.2 Einzeltäterproblematik _____	7
3.1.1.3 Rechtsterrorismus _____	8
3.1.1.4 Wandel in der Telekommunikationstechnik _____	8
3.1.2 Rechtliche, insbesondere grundrechtliche Maßstäbe _____	9
3.1.2.1 Beachtung der Grund- und Freiheitsrechte _____	10
3.1.2.1.1 Der Schutz hochrangiger Gemeinschaftsgüter _____	11
3.1.2.1.2 Grundrechtliche Schutzpflichten für Leben und körperliche Unversehrtheit _____	11
3.1.2.1.3 Der Kernbereich privater Lebensgestaltung _____	11
3.1.2.1.4 Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit _____	12
3.1.2.1.5 Der Grundsatz der Normenklarheit und -bestimmtheit _____	13
3.1.2.1.6 Rechtsschutz und Benachrichtigungspflichten _____	13
3.1.2.2 Feststehende Rahmenbedingungen _____	13
3.1.2.2.1 Der föderale Aufbau der Bundesrepublik Deutschland _____	13
3.1.2.2.2 Das Trennungsgebot _____	14
3.1.2.2.3 Die parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste _____	14
3.2 Untersuchte Gesetze, historische Entwicklung der Sicherheitsgesetzgebung _____	16
3.2.1 Terrorismusbekämpfungsgesetz _____	16
3.2.2 Zollfahndungsdienstgesetz _____	19
3.2.3 Vierunddreißigstes Strafrechtsänderungsgesetz _____	20
3.2.4 Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses Terrorismusbekämpfung _____	21
3.2.5 Gesetz zur Errichtung gemeinsamer Dateien von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten des Bundes und der Länder _____	22

3.2.6 Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz _____	24
3.2.7 Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt _____	25
3.2.8 Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten _____	27
3.2.9 Erstes Gesetz zur Änderung des Artikel 10-Gesetzes _____	29
3.2.10 Gesetz zur Änderung des Bundesverfassungsschutzgesetzes _____	32
3.2.11 Gesetz zur Errichtung einer standardisierten Datei von Polizei und Nachrichtendiensten von Bund und Ländern zur Bekämpfung des gewaltbezogenen Rechtsextremismus _____	34
4. Untersuchungsfelder _____	36
4.1 Aufgaben und Befugnisse der Sicherheitsbehörden und ihr Verhältnis zueinander _____	36
4.1.1 Erweiterungen im Terrorismusstrafrecht und ihre Auswirkungen auf das Strafverfahren _____	36
4.1.1.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme _____	36
4.1.1.2 Analyse und Bewertung _____	37
4.1.1.2.1 Auffassung der Mitglieder Bäcker, Hirsch und Wolff _____	37
4.1.1.2.1.1 Terrorismusstrafrecht als kriminalpräventives Strafrecht _____	37
4.1.1.2.1.1.1 Begriff des kriminalpräventiven Strafrechts _____	38
4.1.1.2.1.1.2 Formen kriminalpräventiver Straftatbestände im Terrorismusstrafrecht _____	38
4.1.1.2.1.1.2.1 Rolle des Täters bei der Bezugstat _____	39
4.1.1.2.1.1.2.2 Nähe zwischen Vorfeld- und Bezugstat _____	42
4.1.1.2.1.2 Prozessuale Funktionen des Terrorismusstrafrechts _____	44
4.1.1.2.1.3 Unions- und völkerrechtliche Vorgaben _____	48
4.1.1.2.2 Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller _____	50
4.1.1.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen _____	52
4.1.1.3.1 Auffassungen der Mitglieder Bäcker, Hirsch und Wolff _____	52
4.1.1.3.2 Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller _____	55
4.1.1.3.3 Auffassung des Mitglieds Giesler _____	56
4.1.2 Präventivpolizeiliche Terrorismusabwehr durch das BKA _____	57
4.1.2.1 Auffassung der Mitglieder Bäcker und Hirsch _____	57
4.1.2.1.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme _____	57
4.1.2.1.1.1 Die Aufgabenzuweisung in § 4a BKAG _____	57

4.1.2.1.1.2	Geregelte Befugnisse	59
4.1.2.1.1.3	Typen von Eingriffstatbeständen	60
4.1.2.1.1.3.1	Gefahrtatbestände	61
4.1.2.1.1.3.2	Vorfelddatbestände	62
4.1.2.1.1.3.3	Sonderfälle	63
4.1.2.1.1.3.3.1	Wohnraumüberwachung und Rasterfahndung	63
4.1.2.1.1.3.3.2	„Online-Durchsuchung“	64
4.1.2.1.2	Analyse und Bewertung	65
4.1.2.1.2.1	Operationalisierbarkeit der Vorfelddatbestände	65
4.1.2.1.2.1.1	Unterschiede im Gegenstand des polizeilichen Wahrscheinlichkeitsurteils?	66
4.1.2.1.2.1.2	Unterschiede in der Dichte der Tatsachengrundlage?	68
4.1.2.1.2.1.3	Zwischenergebnis	70
4.1.2.1.2.2	Verhältnis von Gefahr- und Vorfelddatbeständen	70
4.1.2.1.2.2.1	Redundanz der Vorfelddatbestände?	70
4.1.2.1.2.2.2	Erforderlichkeit der Vorfelddatbestände?	72
4.1.2.1.2.2.2.1	Flexibilität und Begrenzungswirkung der Gefahrtatbestände	73
4.1.2.1.2.2.2.1.1	Fallbeispiel 1: Düsseldorfer al-Qaida-Prozess	74
4.1.2.1.2.2.2.1.2	Fallbeispiel 2: Schläferfahndung	77
4.1.2.1.2.2.2.2	Umfang des verbleibenden Bedürfnisses für Vorfelddatbestände	80
4.1.2.1.2.2.3	Ergebnis	82
4.1.2.1.2.3	Sinnhaftigkeit besonderer Eingriffstatbestände	83
4.1.2.1.3	Schlussfolgerungen/Empfehlungen	85
4.1.2.2	Auffassung des Mitglieds Wolff	86
4.1.2.3	Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller	86
4.1.3	Verhältnis von präventivpolizeilicher und strafrechtlicher Terrorismusbekämpfung	88
4.1.3.1	Sachdarstellung/Bestandsaufnahme	89
4.1.3.1.1	Präventiv-repressive Gemengelagen als strukturelles Phänomen	89
4.1.3.1.2	Verfahrensrechtliche und institutionelle Folgen der strukturellen Gemengelage	91
4.1.3.1.3	Geregelte Befugnisse in BKAG und StPO	93
4.1.3.1.4	Richtervorbehalte in BKAG und StPO	96
4.1.3.2	Analyse und Bewertung	97

4.1.3.2.1 Partielle Entflechtung durch Zuordnung von Befugnissen _____	102
4.1.3.2.2 Harmonisierung von Eingriffsstufen und prozeduralen Sicherungen _____	103
4.1.3.2.3 Regelung des Verhältnisses von präventivpolizeilicher und strafrechtlicher Terrorismusbekämpfung _____	104
4.1.3.2.4 Weitere allgemeine Ausführungen zum Richtervorbehalt und den zugehörigen Verfahrensregeln _____	107
4.1.3.2.4.1 Exkurs: Verfahrensbeauftragter _____	109
4.1.3.2.4.2 Versagte Bestätigung _____	110
4.1.3.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen _____	110
4.1.3.4 Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller _____	112
4.1.3.4.1 Abgrenzung präventiver und repressiver Maßnahmen _____	112
4.1.3.4.1.1 Gefahrenabwehr _____	113
4.1.3.4.1.2 Gemengelage _____	113
4.1.3.4.1.3 Strafverfolgung _____	113
4.1.3.4.1.4 Richtervorbehalt _____	114
4.1.3.4.2 Gerichtliche Zuständigkeit für Gefahrenabwehrmaßnahmen _____	114
4.1.3.4.3 Verfahrensbeauftragter _____	115
4.1.4 Der Militärische Abschirmdienst (MAD) _____	115
4.1.4.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme _____	115
4.1.4.2 Analyse und Bewertung der Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff _____	115
4.1.4.3 Empfehlungen der Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff _____	118
4.1.4.4 Analyse und Bewertung der Mitglieder Harms und Kaller _____	119
4.1.4.5 Empfehlungen der Mitglieder Harms und Kaller _____	125
4.1.5 Terrorismusbekämpfung durch die Nachrichtendienste: Befugnisse _____	126
4.1.5.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme _____	126
4.1.5.2 Analyse und Bewertung _____	126
4.1.5.2.1 Ordnung der Informationserhebungsbefugnisse _____	126
4.1.5.2.2 Die Differenzierung der Eingriffsbefugnisse nach Eingriffsschwellen _____	128
4.1.5.2.3 Tatsachen oder tatsächliche Anhaltspunkte für eine näher beschriebene Annahme _____	129
4.1.5.2.3.1 Voraussetzung, dass Tatsachen eine Annahme rechtfertigen _____	130
4.1.5.2.3.2 Tatsächliche Anhaltspunkte _____	130
4.1.5.2.3.3 Verhältnis von „tatsächlichen Anhaltspunkten“ und „Tatsachen“ _____	132
4.1.5.2.3.3.1 Begrifflicher Unterschied _____	132

4.1.5.2.3.3.1.1 Befund _____	132
4.1.5.2.3.3.1.2 Bewertung _____	133
4.1.5.2.3.3.2 Verwendung der Begriffspaare _____	136
4.1.5.2.3.3.2.1 Erfordernis eines Bezugspunkts _____	136
4.1.5.2.3.3.2.2 Problematische Einzelfälle _____	137
4.1.5.2.4 Verwendung des Begriffs der Gefahr _____	137
4.1.5.2.4.1 Allgemein _____	137
4.1.5.2.4.2 Gefahr im Verzug _____	138
4.1.5.2.4.2.1 Befund _____	138
4.1.5.2.4.2.2 Wertung _____	138
4.1.5.2.4.3 Polizeirechtliche Verwendung _____	138
4.1.5.2.4.3.1 Befund _____	138
4.1.5.2.4.3.2 Begriffliche Problemfälle _____	139
4.1.5.2.4.3.3 Die Eignung des Gefahrbegriffs für nachrichtendienstliche Aufgaben _____	139
4.1.5.2.4.4 Der spezifische nachrichtendienstliche Gebrauch _____	141
4.1.5.2.4.4.1 Befund _____	141
4.1.5.2.4.4.2 Bezugnahme auf Aufgabenfelder _____	142
4.1.5.2.4.4.3 Bezugnahme auf Gefahrenlage _____	142
4.1.5.2.4.4.4 Bezugnahme auf nachrichtendienstliche Schutzgüter _____	142
4.1.5.2.4.5 Anknüpfung an den Verdacht einer begangenen Straftat _____	143
4.1.5.2.5 Revision der Eingriffsbefugnisse _____	144
4.1.5.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen _____	145
4.1.6 Überschneidungen der Aufgabenbereiche (zwischen Nachrichtendiensten und Polizei) _____	146
4.1.6.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme _____	146
4.1.6.1.1 Überschneidungen innerhalb der Nachrichtendienste _____	147
4.1.6.1.2 Überschneidungen zu der polizeilichen Aufgabenerledigung _____	148
4.1.6.1.3 Überschneidungen zu den Ermittlungsbehörden _____	149
4.1.6.1.4 Überschneidungen aus föderalem Kontext _____	149
4.1.6.2 Analyse und Bewertung _____	150
4.1.6.2.1 Vergrößerung der Überschneidungen _____	150
4.1.6.2.1.1 Allgemein _____	150
4.1.6.2.1.2 Vorverlagerungen im Bereich der Polizeibehörden _____	151
4.1.6.2.1.3 Verschiebungen im Bereich der Nachrichtendienste _____	153

4.1.6.2.2 Die Besonderheiten bei Überschneidungen _____	155
4.1.6.2.3 Möglichkeiten der Bewältigung der spezifischen Probleme von Überschneidungsbereichen _____	158
4.1.6.2.3.1 Potentiale für die Rückführung der Überschneidungsbereiche _____	159
4.1.6.2.3.1.1 Rückzug der Polizeibehörden aus dem Bereich der Vorfeldaufklärung _____	159
4.1.6.2.3.1.2 Rückzug der Nachrichtendienste aus dem Überschneidungsbereich _____	161
4.1.6.2.3.2 Die Frage der besseren Eignung _____	162
4.1.6.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen _____	164
4.2 Zusammenarbeitsformen zwischen Polizei und Nachrichtendiensten, insbesondere gemeinsame Dateien und Plattformen _____	165
4.2.1 Gemeinsame Zentren _____	165
4.2.1.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme _____	165
4.2.1.1.1 Errichtung des GTAZ _____	165
4.2.1.1.1.1 Zur Entstehungsgeschichte des GTAZ _____	166
4.2.1.1.1.2 Organisation des GTAZ _____	168
4.2.1.1.2 Errichtung des Gemeinsamen Abwehrzentrums Rechtsextremismus (GAR) und des Gemeinsamen Extremismus- und Terrorismusabwehrzentrums (GETZ) _____	171
4.2.1.2 Analyse und Bewertung _____	172
4.2.1.2.1 Die Position der Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff _____	172
4.2.1.2.1.1 Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage _____	172
4.2.1.2.1.1.1 Tragfähigkeit der bestehenden Übermittlungsvorschriften _____	173
4.2.1.2.1.1.2 Verdichteter Informationsfluss _____	174
4.2.1.2.1.1.2 Ergänzende Kontrollmechanismen _____	175
4.2.1.2.1.1.3 Reichweite der gesetzlichen Grundlage _____	176
4.2.1.2.2 Die Position der Mitglieder Harms und Kaller _____	180
4.2.1.2.2.1 Schaffung einer besonderen gesetzlichen Grundlage _____	180
4.2.1.2.2.2 Kontrolle der Abwehrzentren _____	183
4.2.1.2.2.3 Einschätzung des GTAZ am Beispiel der „Sauerland-Gruppe“ _____	186
4.2.1.2.2.4 Im Kontrast hierzu: Praxis des Informationsaustauschs zwischen Sicherheitsbehörden außerhalb der Zentren, insbesondere am Beispiel „NSU“ _____	188
4.2.1.2.2.5 Bewertung der Arbeit des GETZ/GAR _____	190

4.2.1.2.2.6 Zusammenfassende Erwägungen _____	191
4.2.1.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen _____	193
4.2.2 Gemeinsame Dateien _____	194
4.2.2.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme _____	194
4.2.2.2 Schlussfolgerungen/Empfehlungen _____	196
4.2.3 Gemeinsame Projektdateien _____	197
4.2.4 Übermittlungsvorschriften _____	198
4.2.4.1 Die Strukturen der gegenwärtigen Vorschriften _____	198
4.2.4.2 Auswirkungen des BVerfG-Urteils auf die bestehenden Übermittlungsvorschriften _____	200
4.2.4.2.1 Auswirkungen nach Auffassung der Mitglieder Bäcker, Hirsch und Wolff _____	202
4.2.4.2.2 Auswirkungen nach Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller _____	204
4.2.4.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen _____	207
4.3 Rechtsstaatliche Absicherung und Kontrolle _____	208
4.3.1 Rolle des Generalbundesanwalts bei der Sachleitung von Ermittlungen durch das Bundeskriminalamt _____	208
4.3.1.1 Bestandsaufnahme _____	208
4.3.1.2 Analyse und Bewertung _____	209
4.3.1.2.1 Verfahrensrechtliche Fragen _____	209
4.3.1.2.1.1 Einbindung des GBA durch die Länder _____	209
4.3.1.2.1.2 Zusammenarbeit des GBA mit dem BKA _____	214
4.3.1.2.2 Evokationsrecht nach § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GVG _____	215
4.3.1.2.3 Zuständiger Richter im Bereich §§ 4, 4a BKAG _____	223
4.3.1.2.4 §§ 120 Abs. 1 Nr. 6 GVG, 129a StGB _____	225
4.3.1.2.5 Erweiterung der originären Zuständigkeit des GBA? _____	228
4.3.1.2.6 Sonstiges _____	229
4.3.1.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen _____	230
4.3.2 Parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste _____	233
4.3.2.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme _____	233
4.3.2.2 Analyse und Bewertung _____	233
4.3.2.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen _____	235
4.3.3 Zusammensetzung und Ausstattung der G 10-Kommission _____	237
4.3.3.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme _____	237
4.3.3.2 Analyse und Bewertung _____	238

4.3.3.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen	238
4.3.4 Ausgestaltung der Benachrichtigungspflichten	239
4.3.4.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme	239
4.3.4.2 Analyse und Bewertung	240
4.3.4.3 Ausschluss der Benachrichtigung	242
4.3.4.4 Schlussfolgerungen/Empfehlungen	243
4.3.5 Ausgestaltung des G 10	243
4.3.5.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme	243
4.3.5.2 Analyse und Bewertung	244
4.3.5.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen	244
4.3.6 Interne administrative Kontrollen	246
4.3.6.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme	246
4.3.6.2 Analyse und Bewertung	246
4.3.6.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen	247
4.3.7 Kontroll- und Prüfungskompetenzen des BfDI	247
4.3.7.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme	247
4.3.7.2 Analyse und Bewertung	247
4.3.7.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen	248
4.3.8 Ausgestaltung des Kernbereichsschutzes	250
4.3.8.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme	250
4.3.8.2 Analyse und Bewertung	250
4.3.8.2.1 Tatbestandsmerkmal „allein“	250
4.3.8.2.2 Berufsgeheimnisträger	250
4.3.8.2.3 Löschung von Protokolldaten	251
4.3.8.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen	251
4.3.8.3.1 Tatbestandsmerkmal „allein“	251
4.3.8.3.2 Berufsgeheimnisträger	252
4.3.8.3.3 Löschung von Protokolldaten	253
4.3.9 Zeitliche Begrenzung der Verwendungsmöglichkeiten, Löschungspflichten und Sperrpflichten	253
4.3.9.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme	253
4.3.9.2 Schlussfolgerungen/Empfehlungen	254
4.4 V-Leute	255
4.4.1 Bestandsaufnahme	255
4.4.1.1 Die gesetzlichen Grundlagen	255

4.4.1.2 Die inhaltlichen Vorgaben	256
4.4.2 Bewertung und Analyse	257
4.4.2.1 Der Regelungsbedarf	257
4.4.2.2 Sicherungsinstrumente	258
4.4.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen	258
4.5 Weitere gesetzliche Handlungsoptionen	259
5. Zusammenfassung	261
5.1 Aufgaben und Befugnisse der Sicherheitsbehörden und ihr Verhältnis zueinander	261
5.1.1 Erweiterungen im Terrorismusstrafrecht und ihre Auswirkungen auf das Strafverfahren	261
5.1.2 Präventivpolizeiliche Terrorismusabwehr durch das Bundeskriminalamt	263
5.1.3 Verhältnis von präventivpolizeilicher und strafrechtlicher Terrorismusbekämpfung	265
5.1.4 Der Militärische Abschirmdienst (MAD)	268
5.1.4.1 Empfehlungen der Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff	268
5.1.4.2 Empfehlungen der Mitglieder Harms und Kaller	268
5.1.5 Terrorismusbekämpfung durch die Nachrichtendienste: Befugnisse	269
5.1.6 Überschneidungen der Aufgabenbereiche (zwischen Nachrichtendiensten und Polizei)	270
5.2 Zusammenarbeitsformen zwischen Polizei und Nachrichtendiensten, insbesondere gemeinsame Dateien und Plattformen	271
5.2.1 Gemeinsame Zentren	271
5.2.2 Gemeinsame Dateien	273
5.2.3 Gemeinsame Projektdateien	274
5.2.4 Übermittlungsvorschriften	274
5.3 Rechtsstaatliche Absicherung und Kontrolle	276
5.3.1 Rolle des Generalbundesanwaltes bei der Sachleitung von Ermittlungen durch das Bundeskriminalamt	276
5.3.2 Parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste	278
5.3.3 Zusammensetzung und Ausstattung der G 10-Kommission	279
5.3.4 Ausgestaltung der Benachrichtigungspflichten	279
5.3.5 Ausgestaltung des G 10	280
5.3.6 Interne administrative Kontrollen	280
5.3.7 Kontroll- und Prüfungskompetenzen des BfDI	281

5.3.8 Ausgestaltung des Kernbereichsschutzes	281
5.3.9 Zeitliche Begrenzung der Verwendungsmöglichkeiten, Löschungspflichten und Sperrpflichten	282
5.4 V-Leute	283

Abkürzungsverzeichnis

34. StrÄndG	Vierunddreißigstes Strafrechtsänderungsgesetz – § 129b StGB
a. a. O	am angegebenen Ort
a. D.	außer Dienst
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AG	Amtsgericht, Arbeitsgemeinschaft
AK IV	Arbeitskreis IV – Verfassungsschutz– der IMK (→ <i>IMK</i>)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
ATD	Antiterrordatei
ATDG	Gesetz zur Errichtung einer standardisierten zentralen Antiterrordatei von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten von Bund und Ländern (Antiterrordateigesetz)
Aufl.	Auflage
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
BAMF	Bundesamt für Migration und Flüchtlinge
BAO	Besondere Aufgabenorganisation
BayPAG	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (Polizeiaufgabengesetz)
BayVSG	Bayerisches Verfassungsschutzgesetz
BBG	Bundesbeamtenengesetz
BbgPolG	Gesetz über die Aufgaben, Befugnisse, Organisation und Zuständigkeit der Polizei im Land Brandenburg (Brandenburgisches Polizeigesetz)
Bd.	Band
BfDI	Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
BfV	Bundesamt für Verfassungsschutz
BGBl. I	Bundesgesetzblatt, Teil I
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGS	Bundesgrenzschutz
BGSG	Gesetz über den Bundesgrenzschutz (Bundesgrenzschutzgesetz)

BHO	Bundeshaushaltsordnung
BKA	Bundeskriminalamt
BKAG	Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten (Artikel 1 des Gesetzes über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten – Bundeskriminalamtgesetz)
BMI	Bundesministerium des Innern
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BMVg	Bundesministerium der Verteidigung
BND	Bundesnachrichtendienst
BNDG	Gesetz über den Bundesnachrichtendienst (BND-Gesetz)
BPolG	Gesetz über die Bundespolizei (Bundespolizeigesetz)
bremPolG	Bremisches Polizeigesetz
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfSchG	Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz (Bundesverfassungsschutzgesetz)
BVerfSchGÄndG	Gesetz zur Änderung des Bundesverfassungsschutzgesetzes
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bwPolG	Polizeigesetz des Landes Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa/zirka
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern e. V. (→ e. V.)
d. h.	das heißt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Dr.	Doktor/Doktorin
Dr. h.c.	Doktor honoris causa (Doktor ehrenhalber)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DuD	Datenschutz und Datensicherheit

DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EG	Ermittlungsgruppe, Europäische Gemeinschaft
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
etc.	et cetera (und so weiter)
EU	Europäische Union
e. V.	eingetragener Verein
f./ff.	folgende (Seite), folgender (§)/folgende (Seiten), folgende (§§)
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FDP	Freie Demokratische Partei
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
G 10	Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz)
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GAR	Gemeinsames Abwehrzentrum Rechtsextremismus
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (der → EU)
GBA	Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof
GCHQ	Government Communications Headquarters (britischer Nachrichten- und Sicherheitsdienst)
gem.	gemäß
GETZ	Gemeinsames Extremismus- und Terrorismusabwehrzentrum
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GGO	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien
ggf.	gegebenenfalls
GIZ	Gemeinsames Internetzentrum
GTAZ	Gemeinsames Terrorismusabwehrzentrum
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVVG	Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten
h. M.	herrschende Meinung
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht

Hrsg.	Herausgeber/Herausgeberin
Hs.	Halbsatz
HSOG	Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
i. d. R.	in der Regel
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
IMK	Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder
IMSI	International Mobile Subscriber Identity (Kennung zur eindeutigen Identifizierung von Mobilfunknetzteilnehmern)
InnenA-BT-Drs.	Drucksache des Innenausschusses des Bundestages
JA	Juristische Arbeitsblätter
JI	Bereich Justiz und Inneres (der → <i>EU</i>)
KBA	Kraftfahrzeugbundesamt
KIA	Koordinierte Internetauswertung
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
LG	Landgericht
lit.	litera (Buchstabe)
LL.M.	Master of Laws (akademischer Grad)
lt.	laut
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MAD	Militärischer Abschirmdienst
MADG	Gesetz über den militärischen Abschirmdienst (MAD-Gesetz)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MEPoIG	Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes
NATO	North Atlantic Treaty Organization (Atlantisches Bündnis)
ND	Nachrichtendienst
Nds. SOG	Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
NIAS	Nachrichtendienstliche Informations- und Analysestelle
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Nummer der Beschwerdesache
NordÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland

Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NSA	National Security Agency (Nachrichtendienst der Vereinigten Staaten von Amerika)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NSU	Nationalsozialistischer Untergrund
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
o.	oben
o. ä.	oder ähnliche
o. g.	oben genannte
Okt.	Oktober
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PC	personal computer (persönlicher Einzelplatzrechner)
PIAS	Polizeiliche Informations- und Analysestelle
PKGr	Parlamentarisches Kontrollgremium
PKGrG	Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes (Kontrollgremiumgesetz)
POG RP	Polizei- und Ordnungsbehördengesetz des Landes Rheinland-Pfalz
PolG NRW	Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
Prof.	Professor/Professorin
RED	Rechtsextremismusdatei
RED-G	Gesetz zur Errichtung einer standardisierten Datei von Polizei und Nachrichtendiensten von Bund und Ländern zur Bekämpfung des gewaltbezogenen Rechtsextremismus
RES	Resolution (Beschluss der Vereinten Nationen)
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
Rn.	Randnummer
S.	Seite
s.	siehe
s. a.	siehe auch
s. o.	siehe oben
SächsPolG	Polizeigesetz des Freistaates Sachsen
SEV	Sammlung der Europaratsverträge

SG	Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten – Soldatengesetz
SIS	Schengener Informationssystem
sog.	sogenannte
SOG LSA	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt
SOG M-V	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg- Vorpommern (Sicherheits- und Ordnungsgesetz)
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StA	Staatsanwaltschaft
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
SÜG	Gesetz über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes (Sicherheitsüberprüfungsgesetz)
TBEG	Gesetz zur Ergänzung des Terrorismusbekämpfungsgesetzes (Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz)
TBG	Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz)
TCP/IP	Transmission Control Protocol/Internet Protocol (für die Funktionsweise des Internet bedeutsames Netzwerkprotokoll)
TK	Telekommunikation
TKÜ	Telekommunikationsüberwachung
u. a.	und andere, unter anderem
u. U.	unter Umständen
UA	Untersuchungsausschuss
UN	United Nations (Vereinte Nationen)
USA	United States of America (Vereinigte Staaten von Amerika)
v. a.	vor allem
V-Leute	Verbindungs-/Vertrauens-Leute
V-Mann	Verbindungs-/Vertrauens-Mann
VereinsG	Vereinsgesetz
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VSG NRW	Gesetz über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen (Verfassungsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen)

WaffG	Waffengesetz
WDO	Wehrdisziplinarordnung
WRÜ	Wohnraum-Überwachung
z. B.	zum Beispiel
ZDv	Zentrale Dienstvorschrift
ZFdG	Gesetz über das Zollkriminalamt und die Zollfahndungsämter (Zollfahndungsdienstgesetz)
ZFnrG	Gesetz zur Neuregelung des Zollfahndungsdienstes (Zollfahndungsneuregelungsgesetz)
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZKA	Zollkriminalamt
ZollVG	Zollverwaltungsgesetz
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zzt.	zurzeit

1. Auftrag der Regierungskommission

Der Auftrag der Regierungskommission geht auf einen Beschluss¹ der Bundesregierung vom 17. August 2011 zurück.

Nach den vom Bundeskabinett gebilligten Eckpunkten soll die Regierungskommission die Entwicklung der Gesetzgebung zur Terrorismusbekämpfung in der Bundesrepublik Deutschland kritisch untersuchen und hieraus Schlussfolgerungen für die Gesetze zum Vorgehen gegen Terrorismus im weiteren Sinne und für die künftige Ausgestaltung der Sicherheitsarchitektur in Deutschland ziehen. Fokus der Untersuchung solle eine kritische Gesamtschau der verschiedenen Behörden und ihres Zusammenwirkens sowie der Entwicklung ihrer Aufgaben und Befugnisse, insbesondere unter dem Gesichtspunkt von Überschneidungen und Mehrfachzuständigkeiten, sein sowie die Entwicklung der Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus und internationaler Gefährdung. Die Kommission soll aus einer übergeordneten rechtsstaatlichen Perspektive die Auswirkungen untersuchen, die sich aus den Entwicklungen der Gesetzgebung zur Terrorismusbekämpfung, insbesondere seit den Anschlägen vom 11. September 2001, ergeben haben. Es blieb darum unberücksichtigt, dass die Veränderungen der Sicherheitsarchitektur schon lange vor dem 11. September 2001 auch mit dem Ziel begannen, vorbeugende Eingriffsmöglichkeiten zu schaffen, die sich nicht nur am Terrorismus, sondern auch an der Kriminalität im traditionellen Sinn orientierten. Die gefundenen Erkenntnisse sollen in Empfehlungen für die Gesetzgebung und für die weitere Entwicklung der Sicherheitsstruktur in Deutschland, sowohl bezogen auf den Aufgabenzuschnitt der Behörden als auch auf ihre materiellen Befugnisse, münden.

Auf Grund der Ereignisse und späteren Erkenntnisse im Zusammenhang mit dem Nationalsozialistischen Untergrund (NSU) wurde die inhaltliche Ausrichtung und organisatorische Aufstellung der beschlossenen Regierungskommission den neuen Gegebenheiten angepasst. Dabei wurde berücksichtigt, dass in weitem Umfang gesetzliche Regelungen, die ursprünglich mit Blick auf den internationalen jihadistischen Terrorismus geschaffen worden sind, auch der Bekämpfung des Rechtsterrorismus dienen können.

¹ Mitschrift Regierungspressekonferenz vom 17.08.2011, abrufbar unter: <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2011/08/2011-08-17-regpk.html> (letzter Abruf am 19. Juli 2013).

Aufgabe der Regierungskommission war damit die Bearbeitung der folgenden Fragestellung:

Wie ist die Entwicklung der Gesetzgebung zur Bekämpfung des gewalttätigen Extremismus in der Bundesrepublik Deutschland, insbesondere seit dem 11. September 2001, aus rechtsstaatlicher Sicht rechtlich und rechtspolitisch zu bewerten und welche Schlussfolgerungen ergeben sich daraus für eine künftige gesetzliche Ausgestaltung und Absicherung (Kontrolle) der Aufgaben und Befugnisse der Sicherheitsbehörden auf Bundesebene?

Die Regierungskommission hat sich dieser Aufgabe wie folgt angenommen:

1. Schritt: Bestandsaufnahme

In einer Bestandsaufnahme wurde zunächst allgemein und dann jeweils themenbezogen die Entwicklung der gesetzlichen Aufgaben und Befugnisse der Sicherheitsbehörden auf Bundesebene einschließlich der rechtlichen Absicherungen seit 2001 festgestellt.

2. Schritt: Verknüpfung der gefundenen Ergebnisse; rechtliche und rechtspolitische Bewertung

Sodann wurden, gesondert in jedem behandelten Themenbereich, Tendenzen in der Entwicklung der Sicherheitsgesetzgebung und der Tätigkeit der Behörden erörtert und die Ergebnisse im Hinblick auf mögliche parallele Entwicklungen und Tendenzen in den verschiedenen Bereichen abgeglichen. Zudem wurde erörtert, wie die Feststellungen rechtlich zu bewerten waren, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der grundrechtlichen Eingriffstiefe. Aus bedenklichen Entwicklungen oder Feststellungen von Optimierungsmöglichkeiten wurden rechtspolitische Folgerungen entwickelt.

3. Schritt: Empfehlungen für den Gesetzgeber

In einem dritten Schritt wurden als Ergebnisse insbesondere Empfehlungen für den Gesetzgeber formuliert.

Der Bericht folgt im Wesentlichen diesem Aufbau.

2. Verfahrensgang

Die konstituierende Sitzung der Regierungskommission fand am 28. Januar 2013 in der Bundesakademie für Sicherheitspolitik in Berlin statt.

Die Kommission wurde vom Bundesminister des Innern und der Bundesministerin der Justiz geleitet. Sie wurde mit je einem Vertreter des Bundesministeriums des Innern (Herr Ministerialdirektor Stefan Kaller) und des Bundesministeriums der Justiz (Herr Ministerialdirektor a. D. Dr. Volkmar Giesler) und vier externen Experten besetzt, von denen jeweils zwei von BMI und BMJ benannt worden sind. Als Experten wurden von den Ministerien Herr Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff; Herr Prof. Dr. Matthias Bäcker, LL.M.; Herr Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Burkhard Hirsch und Frau Generalbundesanwältin a. D. Prof. Monika Harms berufen. Die externen Experten waren innerhalb des Arbeitsauftrages der Regierungskommission unabhängig und weisungsfrei tätig.

Die Mitglieder der Regierungskommission wurden von den Geschäftsstellenmitarbeiterinnen und -mitarbeitern des Bundesministeriums des Innern und des Bundesministeriums der Justiz unterstützt. Die Geschäftsstelle erledigte die erforderlichen vorbereitenden und begleitenden Arbeiten (z. B. Erstellung von Beratungsvorlagen); sie stellte der Kommission zudem die notwendigen tatsächlichen Informationen über Organisation und Aufgabenwahrnehmung der untersuchten Behörden zur Verfügung und vermittelte ihr den Zugang zu diesen Informationen. Daneben nahm die Geschäftsstelle das Sekretariat und weitere logistische Arbeiten für die Kommission wahr.

Mitglieder der Geschäftsstelle waren:

für BMJ: Herr Richter am Landgericht Dr. Heino Kirchner; Herr Richter am Amtsgericht Christian Sangmeister; Herr Ministerialrat Dr. Christoph Henrichs, LL.M.; Herr Fabian Hollwitz; Frau Karoline Riegel;

für BMI: Frau Ministerialrätin Dr. Barbara Slowik; Herr Regierungsdirektor Dr. Oliver Maor; Frau Regierungsamtfrau Ulrike Bartsch; Herr Marc Elxnat.

Die Kommission nutzte die Gelegenheit, weiteren Sachverständigen zur Aufbereitung der Fragestellungen hinzuzuziehen, indem sie betroffene Behörden um Informationen bat. Von den Kommissionsmitgliedern aufgeworfene Fragen wurden an die betroffenen Behörden über die Geschäftsstelle herangetragen. Zudem führten die Mitglieder der Regierungskommission zweifach Gespräche mit den Präsidenten des Bundeskriminalamtes

und des Bundesamtes für Verfassungsschutz sowie dem Generalbundesanwalt und Mitarbeitern dieser Behörden, wobei einer dieser Termine vor Ort im Gemeinsamen Terrorismusabwehrzentrum in Berlin-Treptow stattfand. Weitere tatsächliche Erhebungen waren der Kommission nicht möglich.

Das Bundeskanzleramt sowie das Bundesministerium der Finanzen und das Bundesministerium der Verteidigung nahmen als betroffene Ressorts durch Vertreter an den Sitzungen der Regierungskommission teil und erhielten im gewünschten Umfang sämtliche internen Unterlagen der Regierungskommission. Ein Treffen mit den Behörden aus den Geschäftsbereichen dieser Ressorts hat in Anbetracht der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit nicht stattgefunden.

Die Kommissionsmitglieder verständigten sich auf der Grundlage einer zuvor von ihnen selbst erstellten Liste von Sachfragen auf die aus ihrer Sicht wesentlichen Kernpunkte der Untersuchung, die unter den Experten zur genauen Bearbeitung thematisch aufgeteilt worden sind. Die Kommission nutzte weiterhin die Möglichkeit, mit Vertretern der Sicherheitsbehörden über die praktischen Auswirkungen der Sicherheitsgesetze und möglicher Änderungen zu sprechen. Im Rahmen von acht Arbeitssitzungen wurden anhand der von den Experten erstellten Papiere Konsens- und Diskurspunkte herausgearbeitet, welche sich in diesem Abschlussbericht wiederfinden.

Wegen der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit war es der Kommission nicht möglich, alle Fragen abzuhandeln, die im Zusammenhang mit der Entwicklung von Sicherheitsarchitektur und Sicherheitsrecht erörterungswürdig wären. Der Bericht setzt darum bewusst Schwerpunkte und versteht sich nicht als abschließender Problemerkatalog.

3. Untersuchungsgegenstand

3.1 Hintergrund der Untersuchung

Die Entscheidung über die Zusammensetzung der Regierungskommission wurde mit dem Ziel getroffen, unterschiedliche Erfahrungsgrundlagen und Sichtweisen einzubinden. Die Kommission hat sich bewusst dafür entschieden, dass diese unterschiedlichen Ausgangspunkte, die den Arbeiten der Kommissionsmitglieder zu Grunde lagen, in der Darstellung des Berichts nicht eingeebnet werden sollten. Vielmehr wurde ein besonderer Mehrwert darin gesehen, den Kenntnis- und Erfahrungsschatz der einzelnen Kommissionsmitglieder umfassend einzubringen. Hieraus ergab sich zwangsläufig, dass zu einzelnen Themenfeldern, deren Bearbeitung unter allen Kommissionsmitgliedern konsentiert war, unterschiedliche, teils auch sich widersprechende Einschätzungen bestanden. Das ist in diesem Bericht jeweils kenntlich gemacht worden. Dasselbe gilt für Ausführungen, die auf eigenen Erfahrungen einzelner Kommissionsmitglieder beruhen, und die durch andere Kommissionsmitglieder inhaltlich teils weder bestätigt noch bestritten werden konnten. Gerade durch die transparente Darstellung unterschiedlicher Gesichtspunkte und zahlreicher Argumente für und wider einzelne Empfehlungen und Lösungsansätze zu Einzelthemen wird aus Sicht aller Kommissionsmitglieder eine künftige, argumentativ fundierte politische Entscheidungsfindung erleichtert werden.

Die Feststellungen zu einzelnen Sachverhalten wurden im Juli 2013 abgeschlossen. Zu diesem Zeitpunkt lagen keine verwertbaren Erkenntnisse über die Auswirkungen der Programme Prism der NSA und des Programms Tempora des britischen GCHQ, sowie über eine Tätigkeit der NSA und ihre Zusammenarbeit mit dem BND vor. Die Kommission konnte diese Sachverhalte daher weder behandeln noch daraus Folgerungen oder Empfehlungen herleiten.

3.1.1 Aktuelle Gefährdungslage

Die Kommission weist darauf hin, dass sie keine eigenen Feststellungen über die tatsächliche Sicherheitslage und ihre Entwicklung getroffen hat.

Nach Auffassung der Kommission war die Sicherheitsgesetzgebung seit dem 11. September 2001 durch folgende Umstände geprägt:

3.1.1.1 Neue Dimension der terroristischen Bedrohung auf Grund der Anschläge vom 11. September 2001 und der Folgeanschläge in Europa

Kurz nach den Anschlägen des 11. September 2001 in den Vereinigten Staaten von Amerika wurde – wie anhand der Begründung zum Gesetzentwurf zum Terrorismusbekämpfungsgesetz² deutlich wurde – vom Gesetzgeber „weltweit eine neue Dimension“ der terroristischen Bedrohung gesehen. Es wurde angenommen, dass hinter dem internationalen – islamistisch geprägten – Terrorismus ein weitgehend einheitliches Netzwerk, nämlich al-Qaida, stand, von dem eine weltweite Bedrohung ausging.

Zugleich wurde diese terroristische Bedrohung damals als maßgeblich von außen nach Deutschland und in andere westliche Staaten „importiert“ wahrgenommen.

In den darauffolgenden Jahren änderte sich die Bedrohung durch den internationalen Terrorismus erneut wesentlich. Hervorzuheben sind dabei zwei Ereignisse:

Am 11. März 2004 wurden in Madrid in einer Serie Bombenanschläge auf Vorortzüge verübt. Die Täter hielten sich vor dem Anschlag teils bereits länger in der Europäischen Union auf. Die Ermittlungen kamen zudem zu dem Ergebnis, dass sie keine direkten oder erkennbaren Verbindungen zu al-Qaida hatten. Vielmehr folgten sie den zahlreichen Aufforderungen in Videobotschaften der al-Qaida.

Am 7. Juli 2005 wurden in London Anschläge auf den öffentlichen Personennahverkehr verübt. Diese Anschläge hatten ebenfalls einen islamistischen Hintergrund. Drei der vier Täter waren Briten pakistanischen Ursprungs, die aus England stammten. Am 21. Juli 2005 misslang in London ein Folgeattentat.

Die Hintergründe dieser Anschläge legten nahe, dass das Bild von hauptsächlich aus dem Ausland stammenden, in einer Organisation vernetzten Terroristen nicht mehr zutraf. Vielmehr wurden durch islamistische Akteure Anschläge im Westen durch so genannte „Homegrown“-Terroristen verübt. Durch Internetpropaganda radikalisierte und bislang in der Zielregion eines Anschlages integrierte und daher unauffällige Akteure wurden gesucht und motiviert, um terroristische Verbrechen zu verüben.

² BT-Drs. 14/7386 (neu), S. 35.

Hinzu trat, dass zunehmend im Westen radikalisierte Personen in Zielgebiete wie ursprünglich die pakistanisch-afghanischen Grenzregionen ausreisten. Ziel war es, dort ein terroristisches Training zu absolvieren und anschließend in die Heimatregion zurückzukehren, um Anschläge verüben zu können. Die Mitglieder der am 4. September 2007 festgenommenen so genannten „Sauerland-Gruppe“ stellen das in Deutschland bekannteste Beispiel dar.

3.1.1.2 Einzeltäterproblematik

Ein weiterer Wandel der terroristischen Bedrohung vollzog sich in den vergangenen fünf Jahren und setzt sich bis heute fort. Zunehmend werden Anschläge oder Anschlagversuche durch Personen durchgeführt, die als Einzelne oder Kleinst-, oft Zweiergruppen Anschläge begehen, ohne dass eine für die Sicherheitsbehörden erkennbare persönliche Verbindung zu radikalisierenden und rekrutierenden Hintermännern bestand. Diese Einzeltäter verhalten sich vor der Begehung des Anschlages unauffällig und radikalisieren sich über Internetpropaganda. Al-Qaida propagiert wegen der strategischen Vorteile die Anschlagbegehung in westlichen Ländern durch Einzelpersonen, etwa in ihrer englischsprachigen, über das Internet verbreiteten „Zeitschrift“ mit der Bezeichnung „Inspire“.

Ein prominentes Beispiel eines solchen, von einem Einzeltäter begangenen Anschlages stellt der Angriff durch Arid Uka auf US-Soldaten am Flughafen Frankfurt am Main am 2. März 2011 dar.

Auch die zwei Brüder, die im Verdacht stehen, den Anschlag auf den Marathonlauf in Boston am 15. April 2013 verübt zu haben, können in die Kategorie der Einzeltäter eingeordnet werden. Dasselbe gilt für die beiden Tatverdächtigen, denen vorgeworfen wird, am 22. Mai 2013 im Londoner Stadtteil Woolwich auf offener Straße einen britischen Militärangehörigen ermordet zu haben.

Einzeltäter stellen für die Sicherheitsbehörden eine besondere Herausforderung dar. Ihre Radikalisierung vollzieht sich weitgehend unbemerkt und ohne formale oder kommunikative Anbindung an bekannte islamistisch-terroristische Vereinigungen. Diese fehlende Anbindung potenzieller Attentäter verringert ihr Entdeckungsrisiko durch Sicherheitsbehörden in der Vortatphase. Die Umsetzung eines kurzfristigen Tatentschlusses eines Einzeltäters oder einer Kleinstgruppe ist unter diesen Umständen im Vorfeld kaum zu vereiteln.

3.1.1.3 Rechtsterrorismus

Eine erneute Anpassung der Organisationsstrukturen bei der Bekämpfung des Terrorismus wurde wegen der Morde der Gruppierung „Nationalsozialistischer Untergrund“ für erforderlich gehalten. Diese Forderungen reagierten vor allem auf den Befund, dass eine Aufdeckung der „NSU“-Morde möglicherweise durch eine mangelhafte Kooperation der mit dem Phänomenbereich „rechts“ befassten Behörden zumindest erschwert worden war.³

Zeitlich unmittelbar nach der Aufdeckung der NSU-Morde wurden Maßnahmen ergriffen, um die Bekämpfung des Rechtsextremismus und -terrorismus zu verbessern. Zentral waren dabei Maßnahmen nach dem Vorbild des Vorgehens gegen den internationalen islamistischen Terrorismus.

3.1.1.4 Wandel in der Telekommunikationstechnik

Erweiterungen der Befugnisse von Sicherheitsbehörden sollten in den vergangenen Jahren auch technischen und wirtschaftlichen Weiterentwicklungen begegnen. Insbesondere sind die stetig wachsende Bedeutung informationstechnischer Systeme für die Lebensgestaltung der Bürgerinnen und Bürger, der zunehmende Ausbau der Telekommunikation, insbesondere im Mobilfunk, sowie die wachsende Verbreitung netzbasierter Kommunikation, die über die hergebrachte Sprachtelefonie weit hinausgeht, zu nennen. Die damit verbundenen Entfaltungsmöglichkeiten können selbstverständlich auch für kriminelle und insbesondere terroristische Zwecke genutzt werden.

So hat in den vergangenen Jahren das Internet auch als zentrales Kommunikationsmedium von Terroristen an Bedeutung gewonnen. Hierzu trugen die immer weiter wachsenden Kapazitäten und Bandbreiten bei. Terroristen nutzen das Internet, um sich an die Öffentlichkeit zu wenden, zur Verbreitung von Propaganda an Gleichgesinnte sowie zur Kommunikation untereinander. Bei der Kommunikation untereinander nutzen sie in steigendem Maße die weit verbreiteten und kostenlos erhältlichen Möglichkeiten zum Austausch kryptierter Nachrichten.

³ Anmerkung: Der Bericht des NSU-UA des Deutschen Bundestages lag bei Abschluss der Untersuchungen der Kommission noch nicht vor.

Neben der zunehmenden Radikalisierung mit islamistischen Internetinhalten nutzen zunehmend auch Rechtsextremisten modernere Formen der Ansprache Jugendlicher und junger Erwachsener im Internet; so spielten nach Angaben von jugendschutz.net „Social Media“ im Jahr 2012 für neonazistische Agitation die wichtigste Rolle. jugendschutz.net verzeichnete in interaktiven Internetmedien mit 5.500 Beiträgen im Vergleich zum Vorjahr einen Zuwachs um fast 50 %. Drei von vier gesichteten Angeboten waren nach Angaben von jugendschutz.net im Social Web zu verorten.⁴

3.1.2 Rechtliche, insbesondere grundrechtliche Maßstäbe

Der Gesetzgeber ist bei seinen Reaktionen auf eine bestimmte Sicherheitslage oder die sich wandelnden technischen Gegebenheiten keineswegs frei, sondern unterliegt verfassungsrechtlichen Bindungen. Insbesondere sind die Schranken, welche sich aus den Grund- und Freiheitsrechten ergeben, eine dauerhafte und große Herausforderung für den Gesetzgeber, indem sie ihn immer wieder vor die Aufgabe stellen, eine angemessene und verfassungsrechtlich tragfähige Balance zwischen dem Bedürfnis nach hinreichender Sicherheit vor Kriminalität einerseits und dem Anspruch der Bürgerinnen und Bürger auf größtmögliche Achtung und Wahrung ihrer persönlichen Freiheit und Privatheit andererseits herbeizuführen.⁵

Diese Ergebnisse müssen vor dem Bundesverfassungsgericht Bestand haben. Hinzu kommen weitere feststehende Rahmenbedingungen politischer oder (verfassungs-)rechtlicher Art. Die Kommission hat die sich hieraus ergebenden Maßstäbe bei ihren Wertungen und Schlussfolgerungen berücksichtigt. Soweit die Mitglieder dabei zu unterschiedlichen Einschätzungen und Ergebnissen gelangt sind, ist dies im Berichtstext kenntlich gemacht worden.

Im Einzelnen ist die Kommission von Folgendem ausgegangen:

⁴ Jugendschutz.net: „Rechtsextremismus im Netz beobachten und nachhaltig bekämpfen“, Bericht über Recherchen und Maßnahmen im Jahr 2012; Mainz 2013 unter: <http://hass-im-netz.info/fileadmin/dateien/pk2013/bericht2012.pdf> (letzter Abruf am 31. Juli 2013).

⁵ *Voßkuhle* in FS für Thomas Würtenberger, 2013, 1101 ff. unter Hinweis auf *Grimm*, Die Freiheit sichern! Ohne starke Bürgerrechte bleibt Sicherheit wertlos, in: Zypries (Hrsg.), Die Renaissance der Rechtspolitik, 2008, S. 25 (26).

3.1.2.1 Beachtung der Grund- und Freiheitsrechte

Der Gesetzgeber hat bei seinen Entscheidungen die Anforderungen an Freiheit einerseits und Sicherheit andererseits jeweils in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen. Wie dies im Einzelnen zu geschehen hat und ob dies bei den zurückliegenden gesetzgeberischen Entscheidungen immer gelungen ist, wird allerdings häufig unterschiedlich beantwortet. Derartige unterschiedliche Einschätzungen haben sich auch in den Auffassungen der Kommissionsmitglieder widerspiegelt und in einer Reihe von Fragen zu – im Bericht jeweils kenntlich gemachten – unterschiedlichen Voten geführt.

Die Entwicklung der Sicherheitsgesetzgebung namentlich seit den Ereignissen vom 11. September 2001 hat – neben einer kaum noch überschaubaren kritischen Begleitung im wissenschaftlichen Schrifttum – zu einer ganzen Reihe zum Teil grundlegender verfassungsrechtlicher Entscheidungen geführt, in denen, vor allem im Zusammenhang mit der modernen Informationstechnologie, wesentliche grund- und freiheitsrechtliche Grenzen staatlicher Eingriffsbefugnisse aufgezeigt wurden. Dabei wurden mehrfach sicherheitsrechtliche Eingriffsermächtigungen, die inhaltlich zu weit gingen oder zu unklar formuliert waren, für verfassungswidrig erklärt. Hervorzuheben sind insoweit etwa die Entscheidungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensführung, zur Formulierung eines das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ergänzenden Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme sowie zur Feststellung eines grundrechtlich abgeleiteten informationellen Trennungsprinzips für den Datenaustausch von Polizei und Nachrichtendiensten. In seiner Entscheidung zur vorsorglich anlasslosen Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten hat das Bundesverfassungsgericht zudem hervorgehoben, es gehöre zur verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland, dass die Freiheitswahrnehmung der Bürger nicht total erfasst und registriert werden darf.⁶

Nachfolgend werden einige der für den Schutz von Freiheits- und Bürgerrechten wesentlichen Maßgaben aufgelistet, über deren prinzipielle Beachtlichkeit bei der Prüfung und Entwicklung ihrer Vorstellungen auch in der Kommission Einvernehmen bestand.

⁶ Vgl. BVerfGE 125, 260 (324).

3.1.2.1.1 Der Schutz hochrangiger Gemeinschaftsgüter

Schwerwiegende Grundrechtseingriffe, mit denen Maßnahmen mit „hoher Persönlichkeitsrelevanz“⁷ regelmäßig verbunden sind, müssen auf legitime, in ihrer Bedeutung mindestens gleichgewichtige Ziele gerichtet sein. Die Bekämpfung des internationalen Terrorismus, mit der die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht sowie der Schutz der Bevölkerung vor Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit gewährleistet werden soll, stellt grundsätzlich ein solches legitimes Ziel dar.⁸ Auch insoweit gilt aber, dass bereits bei der Ausgestaltung gesetzlicher Eingriffsbefugnisse eine Zweck-Mittel-Relation hergestellt werden muss, so dass besonders intensive Grundrechtseingriffe u. U. erst von bestimmten Verdachts- oder Gefahrenstufen (z. B. dem Vorliegen einer konkreten Gefahr) an vorgesehen werden dürfen.⁹

3.1.2.1.2 Grundrechtliche Schutzpflichten für Leben und körperliche Unversehrtheit

Die Möglichkeit zur Ausübung von Freiheitsrechten ist den in einem Gemeinwesen zusammenlebenden Menschen nur umfassend möglich, wenn sie vor unrechtmäßigen Eingriffen Dritter faktisch wirksam geschützt sind. Aus dem staatlichen Gewaltmonopol und den Grundrechten, insbesondere dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, leiten sich dementsprechend staatliche Schutzpflichten ab, die auf die Gewährung von Sicherheit gerichtet sind.¹⁰

3.1.2.1.3 Der Kernbereich privater Lebensgestaltung

Der Kernbereich privater Lebensgestaltung genießt als verfassungsrechtliches Gebot unbedingter Achtung einer Sphäre des Bürgers für eine ausschließlich private und höchstpersönliche Entfaltung absoluten Schutz und ist einer Abwägung gegenüber – auch an sich legitimen – Zwecken staatlicher Eingriffsmaßnahmen nicht zugänglich.¹¹ Er enthält

⁷ Vgl. BVerfGE 115, 320 (347 ff.).

⁸ Vgl. z. B. BVerfGE 115, 320 (346 f.); 120, 274 (319); BVerfG vom 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 –, Rn. 133 = NJW 2013, 1499 (1506).

⁹ Vgl. BVerfGE 115, 320 (347 f.). Eine Rasterfahndung darf danach nur vorgenommen werden, wenn eine konkrete Gefahr vorliegt, vgl. a. a. O., 346 ff. Ähnliches gilt für die Durchführung einer sog. Online-Durchsuchung, vgl. BVerfGE 120, 274 (321 ff.).

¹⁰ Grundlegend BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 88, 203 (251 sowie zum Untermaßverbot: 254).

¹¹ Vgl. insbesondere BVerfGE 109, 279 (313 ff.).

gemeinsam mit dem informationellen Selbstbestimmungsrecht, dem Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme wesentliche Elemente der Menschenwürde und staatlicher Selbstbeschränkung in der modernen Informationsgesellschaft.

3.1.2.1.4 Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Der vom Bundesverfassungsgericht gerade auch im Zusammenhang mit staatlichen Eingriffen zur Erlangung oder einer bestimmten Verwendung persönlicher Daten immer wieder hervorgehobene Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt, dass der Staat mit dem Grundrechtseingriff einen legitimen Zweck mit geeigneten, erforderlichen und angemessenen Mitteln verfolgt.¹² Insbesondere erfordert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne dass die Schwere des Eingriffs nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe stehen darf.¹³

Die Bewertung der Intensität von Informationseingriffen hängt dabei – ebenso wie das Gewicht der gegenläufigen öffentlichen Interessen – maßgeblich auch von der Entwicklung des Realbereichs ab. Dies zeigt sich besonders deutlich bei Ermittlungen mit Bezug zur Informations- und Kommunikationstechnik: Moderne informationstechnische Systeme und die heutige Kommunikationstechnik eröffnen den Bürgern neue Entfaltungsmöglichkeiten, bergen aber auch gewichtige Persönlichkeitsrisiken. So führen die annähernd umfassende Digitalisierung der Kommunikation, die informationstechnische Unterstützung von immer mehr Lebensvorgängen und die stetig zunehmenden Analysekapazitäten dazu, dass über Persönlichkeit und Lebensgestaltung Einzelner heute mit vergleichsweise geringem Aufwand eine früher ungeahnte Fülle von Erkenntnissen erzeugt werden kann.¹⁴ Die moderne Informations- und Kommunikationstechnik erweitert damit das Handlungsspektrum nicht nur von Kriminellen, sondern auch von staatlichen Stellen – was qualitativ neue Fehler- und Missbrauchsrisiken erzeugt, die grundrechtlich abgeschirmt werden müssen.

¹² Vgl. z. B. BVerfGE 109, 279 (335); 115, 320 (345).

¹³ Vgl. z. B. BVerfGE 120, 274 (321 f.).

¹⁴ Vgl. BVerfGE 120, 274 (303 ff.).

3.1.2.1.5 Der Grundsatz der Normenklarheit und -bestimmtheit

Gesetzliche Ermächtigungen zu Eingriffen in die grundrechtlich geschützte Privatsphäre der Bürger, vor allem die Erhebung und Verwendung persönlicher Daten, müssen dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit entsprechen.¹⁵ Namentlich bei Eingriffsgrundlagen zur verdeckten Informationsgewinnung sind besondere Anforderungen an die Normbestimmtheit zu stellen. Voraussetzungen und Grenzen des Zugriffs auf Informationen sowie die Sammlung von Informationen müssen durch hinreichend konkrete und qualifizierte Eingriffsschwellen auf der Grundlage normenklarer gesetzlicher Regelungen festgelegt werden.¹⁶

3.1.2.1.6 Rechtsschutz und Benachrichtigungspflichten

Auch bei heimlichen Maßnahmen muss ein effektiver Schutz der betroffenen Grundrechte gewährleistet sein. Wer durch eine heimliche Maßnahme von einem schwerwiegenden Grundrechtseingriff betroffen ist, hat deshalb grundsätzlich einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Benachrichtigung, um zumindest nachträglich die Möglichkeit der Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes zu eröffnen.¹⁷ Eine Zurückstellung der Benachrichtigung oder gar ein endgültiger Verzicht auf sie können nur in schwerwiegenden und eng begrenzten Ausnahmefällen sowie unter besonderen verfahrensrechtlichen Sicherungen in Betracht kommen.¹⁸

3.1.2.2 Feststehende Rahmenbedingungen

Als feststehende Rahmenbedingungen, die aus politischen oder verfassungsrechtlichen Gründen nicht zur Disposition stehen und deshalb auch von der Kommission zugrunde gelegt worden sind, sind insbesondere zu nennen:

3.1.2.2.1 Der föderale Aufbau der Bundesrepublik Deutschland

Der föderale Aufbau der Bundesrepublik Deutschland hat zu einer entsprechenden föderalen Struktur der Sicherheitsbehörden mit Primärzuständigkeit der Länder und

¹⁵ Vgl. insbesondere BVerfGE 110, 33 (53 ff.).

¹⁶ Vgl. Urteil BVerfG vom 24.04. 2013 – 1 BvR 1215/07 –, Rn. 123 = NJW 2013, 1499 (1505).

¹⁷ Vgl. BVerfGE 109, 279 (363 ff.).

¹⁸ Vgl. BVerfGE 109, 279 (366 ff.).

Sekundärzuständigkeit des Bundes geführt. Die föderale Gliederung gerade der Sicherheitsbehörden ist wesentlicher Bestandteil der gewaltengliedernden Ordnung des Grundgesetzes, die hoheitliche Macht zur Sicherung der Freiheit der Bürger auf unterschiedliche Stellen verteilt. Allerdings stellen Forderungen nach einer Neuordnung namentlich im Bereich des Verfassungsschutzes – etwa nach Stärkung der Zentralstellenfunktion des BfV oder der Zusammenlegung einzelner Landesämter für Verfassungsschutz –, unabhängig von der Frage ihrer politischen Durchsetzbarkeit, die föderale Struktur in diesem Bereich nicht grundsätzlich in Frage.

3.1.2.2.2 Das Trennungsgebot

Das sog. Trennungsgebot beinhaltet – unabhängig von den hier nicht weiter zu verfolgenden Fragen seiner (verfassungs-)rechtlichen Ableitung und seiner Funktionen im Einzelnen – zum einen unstreitig das Gebot einer organisatorischen Trennung von Polizei und Verfassungsschutz, mithin das Verbot einer Vereinigung von Polizei und Nachrichtendienst in einer Behörde. Zum anderen gilt, wie das Bundesverfassungsgericht in seinem kürzlich ergangenen Urteil¹⁹ zum Antiterrordateigesetz entschieden hat, ein aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung folgendes informationelles Trennungsprinzip. Der Austausch von Daten der Nachrichtendienste und der Polizeibehörden unterliegt danach engen verfassungsrechtlichen Grenzen. Er ist nur ausnahmsweise zulässig, soweit er einem herausragenden öffentlichen Interesse dient und auf der Grundlage normenklarer gesetzlicher Regelungen erfolgt, die ihrerseits hinreichend konkrete und qualifizierte Eingriffsschwellen vorsehen müssen.²⁰ Das BVerfG hat vor diesem Hintergrund die überbehördliche Zusammenarbeit in der Form der Anti-Terror-Datei nach diesen Maßgaben gebilligt.

3.1.2.2.3 Die parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste

Die parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste gehört ebenfalls zu den feststehenden Rahmenbedingungen nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes wie der Länder. Auf Bundesebene ist sie inzwischen – durch die Einfügung des Art. 45d GG im Jahre 2009 – auch verfassungsrechtlich festgeschrieben. Derzeit findet die parlamentarische

¹⁹ Urteil BVerfG vom 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 – = NJW 2013, 1499.

²⁰ Vgl. BVerfG 1 BvR 1215/07, Rn. 115, 123 = NJW 2013, 1499 (1504, 1505).

Kontrolle der Nachrichtendienste durch das in Art. 45d GG verankerte Parlamentarische Kontrollgremium, die G 10-Kommission und das Vertrauensgremium statt. Zudem übt der Deutsche Bundestag insgesamt und insbesondere durch seinen Ausschuss für Innere Angelegenheiten die Kontrolle über die Sicherheitsbehörden des Bundes aus. Die Kommission ist davon ausgegangen, dass Überlegungen zu einer Ausdehnung der Kontrolle, insbesondere durch Einführung zusätzlicher Richtervorbehalte oder eines neuartigen Beauftragten, die parlamentarische Kontrolle im herkömmlichen Sinne allenfalls ergänzen, nicht aber ersetzen könnten.

3.2 Untersuchte Gesetze, historische Entwicklung der Sicherheitsgesetzgebung

Die Regierungskommission beschränkt sich bei der Untersuchung der Sicherheitsgesetzgebung auf die unter diesem Gliederungspunkt genannten Gesetze, da in der Kürze der Zeit eine umfassendere Untersuchung schwerlich möglich war. Sie will damit aber nicht zum Ausdruck bringen, dass eine weitere Untersuchung der gesamten Sicherheitsarchitektur nicht erforderlich sei.

3.2.1 Terrorismusbekämpfungsgesetz²¹

Am 1. Januar 2002 trat das Terrorismusbekämpfungsgesetz (TBG) in Kraft. Hintergrund dieses Artikelgesetzes, welches insbesondere das Bundesverfassungsschutzgesetz, das Gesetz über den Militärischen Abschirmdienst, das Bundesnachrichtendienstgesetz, das Bundesgrenzschutzgesetz, das Bundeskriminalamtgesetz, das Vereinsgesetz, das Ausländergesetz, das Asylverfahrensgesetz, das Gesetz über das Ausländerzentralregister, das Luftverkehrsgesetz sowie das Personalausweis- und Paßgesetz änderte, waren die Terroranschläge am 11. September 2001.

Diese allgemein als Sicherheitspaket II bezeichnete Gesetzgebungsmaßnahme zielte – im Gegensatz zum sogenannten Sicherheitspaket I vom 30. November 2001 – auf die präventiven Möglichkeiten zur Terrorismusbekämpfung ab.

Die Aufgabe des Bundesamtes für Verfassungsschutz (BfV) wurde dahingehend erweitert, dass nunmehr auch Bestrebungen beobachtet werden konnten, welche sich „gegen den Gedanken der Völkerverständigung oder gegen das friedliche Zusammenleben der Völker richteten“. Darüber hinaus wurde das Bundesverfassungsschutzgesetz (BVerfSchG) um Auskunftsbefugnisse gegenüber Unternehmen der Privatwirtschaft erweitert. Danach durfte das BfV bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen die im Einzelnen bezeichneten Auskünfte von Banken und Finanzunternehmen, Postdienstleistern, Luftverkehrsunternehmen und Anbietern von Telekommunikations- und Telediensten einholen.

²¹ BGBl. I 2002, 361.

Weiterhin erhielt das BfV eine Befugnis zum Einsatz eines sogenannten IMSI-Catchers zur Ermittlung der Geräte- und Kartenummer von Mobilfunkgeräten sowie zur Ermittlung dessen Standorts.

Letztlich wurde im BVerfSchG eine Pflicht des Bundesamts für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge zur Übermittlung personenbezogener Daten an das BfV neu eingefügt.

Das Gesetz über den Militärischen Abschirmdienst wurde ebenfalls dahingehend erweitert, dass zusätzlich Informationen über Angehörige des Geschäftsbereiches des Bundesministeriums der Verteidigung gesammelt werden können, welche sich „gegen den Gedanken der Völkerverständigung oder gegen das friedliche Zusammenleben der Völker richteten“.

Die ins BVerfSchG neu eingefügte Ermächtigung zum Einsatz von IMSI-Catchern wurde auch auf die Befugnisse des MAD übertragen. Darüber hinaus wurde mit § 10 Abs. 3 MADG eine Vorschrift geschaffen, welche identisch mit § 8 Abs. 8 BVerfSchG war und dem MAD ein Auskunftsrecht gegenüber Telekommunikationsdienste- und Telediensteanbietern gibt.

Für den Bundesnachrichtendienst wurden mit § 2 Abs. 1a und § 8 Abs. 3a BNDG Befugnisse geschaffen, welche mit denen in § 8 Abs. 5 und Abs. 8 BVerfSchG inhaltlich identisch waren.

Die Änderungen im Personalausweis- und Paßgesetz betreffen die Einführung der Möglichkeit, zusätzlich zu den Angaben zur Person, des Lichtbildes und der Unterschrift des Inhabers auch biometrische Daten in beide Dokumente aufnehmen zu können. Damit sollte die Identität des Inhabers des Ausweisdokumentes zweifelsfrei überprüft werden können.

Durch die Erweiterungen des Ausländergesetzes wurde u. a. die Möglichkeit geschaffen, die Aufenthaltsgenehmigung zu verweigern, wenn der Ausländer Aktivitäten unternommen hat, welche die freiheitliche demokratische Grundordnung oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährdet oder dieser einer Vereinigung angehört, welche den Terrorismus unterstützt. Zudem wurden neben umfassenden weiteren Änderungen neue Befugnisse zur Bestimmung der Identität und des Herkunftsmitgliedstaates eines Ausländers neu eingeführt.

Das Ausländerzentralregistergesetz wurde zum Zwecke einer Verbesserung der Erkenntnisgewinnung aus dem Ausländerzentralregister dahingehend verändert, dass die Visadatei zu einer Visaentscheidungsdatei ausgebaut wurde, um eine bessere Kontrolle des einreisenden Verkehrs zu ermöglichen. Darüber hinaus wurde der Zugriff der

Polizeibehörden auf die Dateien vereinfacht, um die Feststellung zu erleichtern, ob sich ein Ausländer illegal in Deutschland aufhält. Um die Arbeit der Sicherheitsdienste effektiver zu unterstützen, wurde die Möglichkeit geschaffen, auf den Datenbestand im automatisierten Verfahren zugreifen zu können.

Die Veränderungen im Bundesgrenzschutzgesetz zielten einerseits auf eine Ausdehnung des räumlichen Einsatzgebietes des Bundesgrenzschutzes ab, andererseits wurde eine rechtliche Möglichkeit zum Einsatz von Beamten des Bundesgrenzschutzes an Bord von Luftfahrzeugen geschaffen (§ 4a BGS). Korrespondierend wurde im Luftverkehrsgesetz (§ 29 Abs. 3 Satz 3 LuftVG) eine Rechtsgrundlage für den Schusswaffengebrauch an Bord eines Luftfahrzeugs durch die Beamten des Bundesgrenzschutzes geschaffen.

Das Bundeskriminalamtgesetz wurde dahingehend verändert, dass das BKA nunmehr eine neue Ermittlungskompetenz (§ 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BKAG) für Straftaten nach § 303b StGB bekam, wenn die innere oder äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland bedroht ist oder sicherheitsempfindliche Stellen betroffen sind, deren Ausfall eine Bedrohung für die Gesundheit oder das Leben von Menschen eine Bedrohung wäre. Durch die Änderung des § 7 Abs. 2 BKAG wurde das BKA ermächtigt, in seiner Funktion als Zentralstelle unmittelbar Datenauskünfte bei allen öffentlichen und nichtöffentlichen Stellen einzuholen. Zudem wurde der Bereich, in dem technische Mittel zur Eigensicherung eingesetzt werden können, erweitert.

Der Kreis der Personen, welche sich einer Sicherheitsüberprüfung unterziehen müssen, wurde durch die Änderung des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes auch auf Personen in privatwirtschaftlichen Unternehmen erweitert, welche an sicherheitsempfindlichen Stellen von lebens- oder verteidigungswichtigen Einrichtungen beschäftigt sind, um so einen präventiven Sabotageschutz für diese zu schaffen.

Im Vereinsgesetz wurden durch das TBG im Wesentlichen zusätzliche Möglichkeiten eingefügt, um sogenannte Ausländervereine Unter bestimmten Voraussetzungen verbieten zu können.

3.2.2 Zollfahndungsdienstgesetz²²

Am 24. August 2002 trat das Gesetz über das Zollkriminalamt und die Zollfahndungsämter (Zollfahndungsdienstgesetz – ZFdG) in Kraft. Das ZFdG wurde als Artikel 1 des insgesamt elf Artikel umfassenden Gesetzes zur Neuregelung des Zollfahndungsdienstes (Zollfahndungsneuregelungsgesetz – ZFnrG) beschlossen. Ausweislich der Begründung zum Gesetzentwurf zielte das ZFnrG darauf ab, einen „einheitlichen Organisationsstrang“ im Wege der Neustrukturierung des Zollfahndungsdienstes zu schaffen. Das Zollkriminalamt fungiert als Zentralstelle für den Zollfahndungsdienst und – insoweit vergleichbar mit dem BKA – als Zentralstelle für das Auskunfts- und Nachrichtenwesen der Zollverwaltung. Ihm unterstellt sind die Zollfahndungsämter als örtliche Behörden.

Das Gesetz enthält auch materielle Befugnisse der Behörden des Zollfahndungsdienstes zur Datenerhebung teilweise auch mit verdeckten Mitteln, die polizeilichen Befugnissen gleichkommen. Insbesondere zu erwähnen ist die Befugnis zur Telekommunikationsüberwachung nach § 23a ZFdG zu Präventivzwecken, die mit zahlreichen materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Begleitregelungen versehen ist, wie sie auch aus vergleichbaren Regelungen in anderen Gesetzeswerken bekannt sind. Der heutige Stand der Regelungen hat sich durch zahlreiche Änderungen seit dem erstmaligen Inkrafttreten der Vorschrift vor gut zehn Jahren entwickelt.

Die Befugnis zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (amtliche Überschrift) wurde Ende des Jahres 2004 zunächst beschränkt bis Ende 2005 eingefügt, danach mehrfach verlängert.

Korrespondierend zu der Befugnisnorm des § 23a ZFdG wurden die weiteren befristeten Begleit-Regelungen geschaffen, beginnend bei der Gerichtlichen Anordnung (amtliche Überschrift § 23b ZFdG) bis zur Entschädigung für Leistungen (amtliche Überschrift § 23f ZFdG).

Die neu eingefügte Vorschrift des § 23a ZFdG erfuhr ihrerseits eine wesentliche inhaltliche Änderung durch das Gesetz zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze von 2007: Hierdurch wurde mit Wirkung zum 15. Juni 2007 u. a. ein neuer Absatz

²² BGBl. I 2002, 3202.

4a eingefügt, der eine gesetzliche Regelung zum Kernbereichsschutz enthält. Weiterhin ist die Befristungsklausel des § 47 ZFdG ersatzlos aufgehoben worden, sodass der § 23a und seine Begleitvorschriften (§§ 23b bis 23f ZFdG) nunmehr dauerhaft unbefristet gelten. Ferner wurde mit demselben Gesetz die neue Befugnis zur Erhebung von Verkehrsdaten (amtliche Überschrift) nach der Vorschrift des § 23g ZFdG geschaffen.

3.2.3 Vierunddreißigstes Strafrechtsänderungsgesetz²³

Durch das am 30. August 2002 in Kraft getretene 34. Strafrechtsänderungsgesetz ist insbesondere der § 129b StGB eingefügt worden. Die Tatbestände der §§ 129 und 129a StGB setzten vorher voraus, dass die betroffene Vereinigung zumindest in Form einer Teilorganisation im Bundesgebiet bestand. Es bestanden insbesondere gegenüber dem islamistischen Terrorismus nur beschränkte Möglichkeiten eines strafrechtlichen Einschreitens nach § 129a StGB, weil es regelmäßig an einer in Deutschland tätigen Verbandsstruktur als inländischer Teilorganisation fehlte. Die neue Vorschrift des § 129b StGB ermöglicht nunmehr, deutschlandbezogenen terroristischen Aktivitäten von Unterstützern und Mitgliedern ausländischer terroristischer Vereinigungen mit den Mitteln des Strafrechts zu begegnen, bevor Anschlagvorhaben in die Tat umgesetzt werden. Damit sollen auch vorbereitende terroristische Aktivitäten von ausländischen terroristischen Vereinigungen mit Bezug nach Deutschland strafrechtlich sanktioniert werden können.

Mit der Einfügung des § 129b StGB ist nicht verbunden, dass das deutsche Strafrecht nunmehr auf alle Beteiligungshandlungen an kriminellen oder terroristischen Vereinigungen weltweit anzuwenden wäre. Das allgemeine Strafanwendungsrecht der §§ 3 ff. StGB ist hierdurch nicht außer Kraft gesetzt worden, sondern findet auch in diesem Deliktsbereich Anwendung.

Soweit sich die Tat auf eine Vereinigung bezieht, die nicht im Bereich der Europäischen Union besteht, setzt die Strafverfolgung eine Ermächtigung des Bundesministeriums der Justiz voraus (§ 129b Abs. 1 Satz 3 StGB). Dieses Ermächtigungserfordernis erlaubt es, nicht strafwürdige Fälle auszuschneiden und die Strafverfolgung auf schwerwiegende Sachverhalte zu beschränken.

²³ BGBl. I 2002, 3390.

Flankiert wurde die Neuregelung des § 129b StGB durch ergänzende Regelungen insbesondere im StGB (etwa die Aufnahme der §§ 129, 129a StGB in den Vortatenkatalog des Geldwäschetatbestandes gem. § 261 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 StGB), in der Strafprozessordnung sowie im Gerichtsverfassungsgesetz.

3.2.4 Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses Terrorismusbekämpfung²⁴

Mit Wirkung zum 28. Dezember 2003 wurde mit dem Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates²⁵ vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung und zur Änderung anderer Gesetze insbesondere der Straftatenkatalog des § 129a StGB erweitert. Dies gilt vor allem im Hinblick auf die Verursachung schwerer seelischer Schäden im Rahmen des § 226 StGB, Computersabotage, Zerstörung von Bauwerken, Störung von Telekommunikationsanlagen, Umweltverbrechen, Verstöße gegen das Kriegswaffenkontrollgesetz sowie die Verletzung allgemeiner waffenrechtlicher Vorschriften. Der durch dieses Gesetz umgesetzte Rahmenbeschluss war Teil eines umfassenden – ausdrücklich durch die Ereignisse des 11. September 2001 mitbestimmten – Vorgehens der Europäischen Union gegen den Terrorismus.

Durch die Aufnahme der §§ 303b, 305 und 317 StGB in den Katalog des § 129a Abs. 2 Nr. 2 StGB wurden weitere Vergehenstatbestände in den Vorfeldtatbestand des § 129a StGB integriert, der selber ein Verbrechen darstellt. Dies führt zu der Konsequenz, dass Vorbereitungshandlungen unter den dort genannten Voraussetzungen einen – teilweise deutlich – höheren Strafrahmen haben als die späteren Verletzungsdelikte, zu deren Zweck die terroristische Vereinigung gegründet wurde.

Die Möglichkeit, die Untersuchungshaft gem. § 112 Abs. 3 StPO auch ohne einen konkreten Haftgrund anzuordnen, wurde entsprechend im Hinblick auf den neuen Straftatenkatalog des § 129a StGB erweitert. Die Erweiterung des Straftatenkataloges wurde auch auf die Übermittlungsvorschrift des § 7 Abs. 4 Nr. 1 lit. a G 10 übertragen.

²⁴ BGBl. I 2003, 2836.

²⁵ Rahmenbeschluss 2002/475/JI des Rates der Europäischen Union vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung, ABI. L 164 S. 3.

Der neu geschaffene § 129a Abs. 2 StGB wurde gem. § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GVG dem Evokationsrecht des Generalbundesanwalts unterstellt. Somit sind nunmehr die Oberlandesgerichte erstinstanzlich zuständig für entsprechende Straftaten, wenn ein Zusammenhang mit der Tätigkeit einer nicht oder nicht nur im Inland bestehenden Vereinigung besteht, deren Zweck oder Tätigkeit die Begehung von Straftaten dieser Art zum Gegenstand hat, und der Generalbundesanwalt wegen der besonderen Bedeutung des Falles die Verfolgung übernimmt.

3.2.5 Gesetz zur Errichtung gemeinsamer Dateien von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten des Bundes und der Länder²⁶

Am 31. Dezember 2006 trat das Gemeinsame-Dateien-Gesetz in Kraft. Dessen wesentlicher Bestandteil war das Antiterrordateigesetz, mit dem die Rechtsgrundlage für die Antiterrordatei geschaffen wurde. Diese wurde am 30. Mai 2007 freigeschaltet.

Der Informationsaustausch von Bundeskriminalamt (BKA), Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV), Bundesnachrichtendienst (BND), Bundespolizei, Militärischem Abschirmdienst (MAD), den Landeskriminalämtern, Landesverfassungsschutzämtern und dem Zollkriminalamt (ZKA) sollte durch die standardisierte, zentrale Antiterrordatei verbessert und intensiviert werden, um eine effektivere Bekämpfung des internationalen Terrorismus zu gewährleisten. Die Antiterrordatei ist dabei grundsätzlich als Indexdatei angelegt und dient als Mittel zur Erleichterung der Kontaktabbahnung, durch die die Stelle, die nähere Erkenntnisse über eine gesuchte Person hat, schneller auffindbar sein soll und sodann außerhalb der Datei kontaktiert werden kann. Die gespeicherten Daten unterscheiden sich hierbei in Grunddaten und erweiterte Grunddaten. Die Grunddaten dienen lediglich der Identifizierung einer Person oder eines bestimmte Objektes und sind bei Abfragen für alle Behörden unmittelbar einsehbar. Die erweiterten Grunddaten enthalten darüber hinaus noch Informationen, welche eine Gefährdungseinschätzung enthalten. Diese erweiterten Grunddaten sind nicht unmittelbar in der Datei einsehbar, sondern müssen bei der speichernden Behörde nachgefragt werden. Die Informationsübermittlung richtet sich dabei nach den bestehenden bilateralen Übermittlungsregelungen. Eine Ausnahme besteht im Eilfall; hier darf die nachfragende Behörde sofort auf die erweiterten Grunddaten

²⁶ BGBl. I 2006, 3409.

zugreifen. Ein Eilfall liegt vor, wenn die Kenntnis der erweiterten Grunddaten zur „Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person oder für Sachen von erheblichem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist, unerlässlich ist und die Datenübermittlung eines Ersuchens nicht rechtzeitig erfolgen kann.“

In Fällen, in denen besondere Geheimhaltungsinteressen der Speicherung von erweiterten Grunddaten entgegenstehen, kann von deren Speicherung abgesehen werden. Dies soll sicherstellen, dass hochsensible Informationen nur bei der speichernden Behörde abgefragt werden können und diese Daten nicht im Eilfall offen gelegt werden (beschränkte Speicherung). Dies dient insbesondere dem Schutz des Vertrauensverhältnisses von Quellen und Ansprechpartner im Nachrichtendienst, der Zusammenarbeit mit ausländischen Diensten oder der Verhütung einer möglichen Gefährdung der Quelle durch polizeiliche Ermittlungen.

Darüber hinaus wurde die Möglichkeit geschaffen, eine verdeckte Speicherung vorzunehmen. Dies dient ähnlich wie die beschränkte Speicherung dem Quellenschutz. Im Falle einer verdeckten Speicherung erhält die speichernde Behörde eine Treffermeldung, damit sie unverzüglich mit der abfragenden Behörde Kontakt aufnehmen kann, um zu klären, ob Erkenntnisse gemäß den bestehenden Regelungen übermittelt werden können.

Mit Urteil²⁷ vom 24. April 2013 bestätigte das Bundesverfassungsgericht, dass die Antiterrordatei grundsätzlich verfassungsgemäß ist, verwies aber auf die besondere verfassungsrechtliche Sensibilität des Informationsaustausches zwischen Polizei und Nachrichtendiensten und betonte die besondere Schwere des damit verbundenen Grundrechtseingriffs. Das Bundesverfassungsgericht statuierte in einigen Bereichen Nachbesserungsbedarf zur Eingrenzung der gesetzlichen Regelungen und stellte zudem Vorgaben zur aufsichtlichen Kontrolldichte und zu Berichtspflichten gegenüber Parlament und Öffentlichkeit auf.

Durch das Gemeinsame-Dateien-Gesetz wird außerdem für das BKA, das BfV und den BND die Möglichkeit geschaffen, projektbezogene befristete gemeinsame Dateien von Polizei und Nachrichtendiensten zu errichten. Diese Projektdateien sollen die Arbeit in den

²⁷ 1 BvR 1215/07 = NJW 2013, 1499.

Analyseprojekten und Arbeitsgruppen der verschiedenen Dienste unterstützen, da zwar der Informationsaustausch auf Grundlage der Übermittlungsvorschriften stattfindet, jeder Mitarbeiter dennoch gezwungen war, für seinen Dienst eine eigene Datei zu führen. Um die Projektarbeit effizienter zu gestalten, soll nun in jedem Projekt nur noch eine Datei geführt werden, auf die alle Projektmitarbeiter der verschiedenen Dienste zugreifen können. Die Führung der gemeinsamen Dateien erfolgt unter engen gesetzlichen inhaltlichen und verfahrensmäßigen Vorgaben, die der besonderen Sensibilität der gemeinsamen Dateiführung über die Grenzen der Sicherheitsbehörden hinweg Rechnung tragen soll.

3.2.6 Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz²⁸

Das am 11. Januar 2007 in Kraft getretene Gesetz zur Ergänzung des Terrorismusbekämpfungsgesetzes (TBEG) hatte zum einen das Ziel, die durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz (TBG) geschaffenen und nach Art. 22 Abs. 2 TBG befristeten Veränderungen des BVerfSchG, des MADG, des BNDG, des Artikel 10-Gesetzes (G 10), des SÜG und des BKAG um weitere fünf Jahre befristet zu verlängern. Weiterhin wurden mit dem TBEG die Ergebnisse der Evaluierung des TBG aufgenommen und umgesetzt.

Das BVerfSchG wurde dahingehend verändert, dass die durch das TBG neugeschaffenen Auskunftsrechte entsprechend dem unterschiedlichen Eingriffsgewicht differenzierter gestaltet wurden. Deren Voraussetzungen und Verfahren wurde entsprechend angepasst.

Den anderen Nachrichtendiensten des Bundes (MAD und BND) wurden durch Änderungen in den jeweiligen Fachgesetzen die gleichen Auskunftsbefugnisse gegenüber Unternehmen der Privatwirtschaft eingeräumt, die das BfV bereits hatte. Die Voraussetzungen, unter denen die Nachrichtendienste die Auskünfte erfragen können, sind an die jeweils spezifischen Aufgabenstellungen der Dienste gekoppelt.

Neu hinzugekommen sind die Möglichkeiten für die Nachrichtendienste, Auskünfte zu Fahrzeug- und Halterdaten aus dem Zentralen Fahrzeugregister auch automatisiert abrufen und Ausschreibungen im Schengener Informationssystem (SIS) veranlassen zu können.

²⁸ BGBl. I 2007, 2.

Im BNDG wurde die Frist zur regelmäßigen Überprüfung, ob personenbezogene Daten zu löschen sind, verlängert.

Des Weiteren wurde das Vereinsgesetz in der Hinsicht verändert, dass alle Wirtschaftsvereinigungen, welche eine Gefahr für die freiheitliche demokratische Grundordnung oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes darstellen, verboten werden können. Durch die Erweiterung des § 17 VereinsG um die Nummer 2 wurden als Verbotgründe die Verstöße gegen das Staatsschutzstrafrecht und die Verwirklichung des Straftatbestands der Volksverhetzung benannt, um auf diese Weise Rechtssicherheit für Verbotverfahren zu schaffen.

Darüber hinaus wurde der Zollverwaltung im Rahmen der Überwachung des grenzüberschreitenden Bargeldverkehrs eine mitwirkende Rolle bei der Verhinderung und Verfolgung der Finanzierung einer terroristischen Vereinigung nach §§ 129a, 129b StGB zugewiesen. Diese Änderung erfolgte zur Umsetzung internationaler Vorgaben²⁹. Um diese Aufgabe erfüllen zu können, wurde § 12a ZollVG durch einen Absatz 2a ergänzt, sodass das für Bargeld und diesem gleichgestellte Zahlungsmittel vorgesehene Sicherstellungsverfahren bei Verdacht auf Geldwäsche auch in Verdachtsfällen der Terrorismusfinanzierung angewendet werden kann.

Die Veränderung des Straßenverkehrsgesetzes ermöglicht es den Nachrichtendiensten, Informationen aus dem zentralen Fahrzeugregister des Kraftfahrzeugbundesamtes (KBA) im automatisierten Verfahren abrufen zu können und ihnen so die gleichen Möglichkeiten wie den Polizeibehörden und der Zollverwaltung zu geben.

3.2.7 Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt³⁰

Am 1. Januar 2009 trat das Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt in Kraft. Es bewirkte die Einfügung von § 4a in den ersten Abschnitt des BKAG. Danach kann das Bundeskriminalamt in näher bestimmten

²⁹ Resolution des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen 1373 (2001), 1390 (2002); Gemeinsame Standpunkte des Rates der Europäischen Union 2001/931/GASP, 2002/402/GASP.

³⁰ BGBl. I 2008, 3083.

Fällen, die dem internationalen Terrorismus zuzuordnen sind, zur Gefahrenabwehr tätig werden. Bei dieser Neuregelung machte der verfassungsgebende Gesetzgeber von dem Kompetenztitel aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG Gebrauch; seit der Föderalismusreform liegt diese ausschließliche Gesetzgebungskompetenz beim Bund. Es ist das erste Mal, dass dem Bundeskriminalamt originäre präventiv-polizeiliche Befugnisse zugewiesen werden.

Zur Erfüllung der neu zugewiesenen Aufgabe der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus erhält das BKA in einem neuen Unterabschnitt 3a weitreichende polizeiliche Befugnisse (§§ 20a bis 20x BKAG).

Mit ihrer Schaffung wurde teilweise technisches und juristisches Neuland betreten. Dies gilt insbesondere für die Online-Durchsuchung nach § 20k BKAG, die von einer breiten öffentlichen Diskussion begleitet wurde. Die Regelung wurde erst getroffen, nachdem das Bundesverfassungsgericht mit Urteil³¹ vom 27. Februar 2008 zum Verfassungsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen das „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ als besonderen Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts entwickelt hatte. Die Tatbestandsschwellen des § 20k BKAG sind wörtlich an die Vorgaben des Urteils angelegt. Daneben ist die Regelung mit einer Reihe von weiteren materiell-rechtlichen und verfahrensmäßigen Vorgaben, inklusive einer gesetzlichen Regelung zum Kernbereichsschutz, versehen, die die besondere Grundrechtsrelevanz des hier vorgesehenen Eingriffs widerspiegeln. § 20l BKAG enthält zum einen in Absatz 1 eine Regelung zur hergebrachten Telekommunikationsüberwachung (TKÜ), zum anderen in Absatz 2 eine – ebenfalls neuartige – ausdrückliche Regelung zur sog. Quellen-Telekommunikationsüberwachung (Quellen-TKÜ). Da zunehmend Telekommunikation auf verschlüsseltem Wege übermittelt wird, muss die TKÜ erfolgen, bevor die Kommunikationsinhalte verschlüsselt werden. Dazu muss – wie bei der Online-Durchsuchung – ein besonderes Programm in den PC der Zielperson eingeführt werden, das aber keine über die TKÜ hinausgehende Fähigkeit zur Ausforschung des gesamten PC besitzen darf. Auch die Befugnisse des § 20l BKAG werden von zahlreichen verfahrensrechtlichen Regelungen begleitet.

³¹ BVerfGE 120, 274.

§ 20m BKAG enthält die Befugnis zur Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten und Nutzungsdaten. § 20n BKAG regelt die Maßnahme der Identifizierung und Lokalisierung von Mobilfunkkarten und -endgeräten (IMSI-Catcher). Zu nennen als Maßnahmen von herausgehobener grundrechtlicher Relevanz sind außerdem noch § 20h BKAG, der die Wohnraumüberwachung vorsieht, und § 20j BKAG zur Rasterfahndung. Für das Verfahren ist § 20v BKAG von Belang, wonach für die erforderlichen richterlichen Anordnungen das AG Wiesbaden zuständiges Gericht ist. Der – insoweit nicht umgesetzte – Koalitionsvertrag von 2009 sah vor, die Zuständigkeit auf den Ermittlungsrichter am Bundesgerichtshof durch Vermittlung des Generalbundesanwalts zu übertragen. Auch sah der Koalitionsvertrag vor, das BKA-Gesetz darauf zu überprüfen, ob und inwieweit der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung zu verbessern ist.

3.2.8 Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten³²

Am 4. August 2009 trat das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG) in Kraft. Der Gesetzgeber reagierte damit insbesondere auf die Terroranschläge von Madrid und London. Die neuen Gesetze dienten jedoch auch der Umsetzung zweier internationaler Rechtsinstrumente: Zum einen des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung des Terrorismus vom 16. Mai 2005³³, welches am 1. Juli 2007 in Kraft getreten war, von Deutschland aber erst am 10. Juni 2011 ratifiziert wurde; zum anderen des Rahmenbeschlusses 2008/919/JI vom 28. November 2008 des Rates zur Änderung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI zur Terrorismusbekämpfung³⁴.

Ziel des Gesetzes war insbesondere die Ermöglichung einer strafrechtlichen Verfolgung auch von organisatorisch nicht gebundenen Tätern, die bestimmte „schwere staatsgefährdende Gewalttaten vorbereiten“. Hierzu wurde das bestehende Instrumentarium des Staatsschutzstrafrechts um Vorschriften ergänzt, die nach Einschätzung des Gesetzgebers den besonderen Gefährdungslagen bei der Vorbereitung terroristischer Anschläge gerecht werden sollte. Es sei im Hinblick auf die Gefährdungen insbesondere

³² BGBl. I 2009, 2437.

³³ Vom 16. Mai 2005, SEV Nr. 196.

³⁴ EU ABI. L 330 vom 09.12.2008, S. 21.

durch den islamistischen Terrorismus erforderlich, das Strafrecht möglichst frühzeitig eingreifen zu lassen. So wurden mit den §§ 89a, 89b und 91 StGB neue Straftatbestände geschaffen, die eine Strafbarkeit bereits in einem sehr frühen Stadium der Rechtsgutsgefährdung begründen. Ausgangslage für den Gesetzgeber war dabei, dass die Vorbereitung bestimmter schwerer Straftaten von den §§ 129a und 30 StGB nicht erfasst war, wenn lediglich ein einzelner Täter – ohne das Versuchsstadium zu erreichen – handelte. Wegen der erheblichen Gefahren, die mit der Vorbereitung bestimmter staatsgefährdender Straftaten verbunden sind sowie wegen der zunehmenden Zahl einzelner, nicht in eine Organisation eingebundener terroristischer Täter, erschien dem Gesetzgeber zur Schließung von Strafbarkeitslücken ein frühzeitigeres Eingreifen des Strafrechts erforderlich.

So wurden in dem neuen § 89a StGB bestimmte Fälle der Vorbereitung einer „schweren staatsgefährdenden Gewalttat“ unter Strafe gestellt. Hierbei handelt es sich um Straftaten nach den §§ 211 (Mord), 212 (Totschlag), 239a (Erpresserischer Menschenraub) und 239b StGB (Geiselnahme), die nach den Umständen bestimmt und geeignet sind, den Bestand oder die Sicherheit eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beeinträchtigen oder innerstaatliche Verfassungsgrundsätze zu beseitigen, außer Geltung zu setzen oder zu untergraben. Als strafwürdig wurden dabei folgende Vorbereitungshandlungen angesehen und in den neuen Tatbestand des § 89a StGB aufgenommen:

- die Ausbildung und das Sichausbildenlassen z. B. in einem terroristischen „Trainingslager“;
- die Herstellung, das Sichverschaffen, Überlassen oder Verwahren von Waffen, bestimmten Stoffen oder besonderen zur Ausführung der Tat erforderlichen Vorrichtungen;
- das Sichverschaffen oder Verwahren von wesentlichen Gegenständen oder „Grundstoffen“, um diese Waffen, Stoffe oder Vorrichtungen herzustellen und
- die Finanzierung von Anschlägen.

Durch den neuen § 89b StGB wurden die Aufnahme und das Unterhalten von Beziehungen zu einer terroristischen Vereinigung unter Strafe gestellt, wenn der Täter in der Absicht handelt, sich beispielsweise in einem „Terrorcamp“ in der Begehung einer schweren staatsgefährdenden Straftat im Sinne von § 89a StGB ausbilden zu lassen.

§ 91 StGB erfasst das Anpreisen oder Zugänglichmachen von Schriften, die nach ihrem Inhalt geeignet sind, als Anleitung zur Begehung bestimmter schwerer staatsgefährdender

Gewalttaten zu dienen, und die nach den Umständen ihrer Verbreitung auch geeignet sind, bei anderen die Bereitschaft zu fördern oder zu wecken, solche Taten zu begehen. Erfasst werden soll davon insbesondere die vielfach ohne konkreten Tatbezug erfolgende Verbreitung von Bombenbauanleitungen über das Internet. Auch das Sichverschaffen von solchen Schriften wurde unter Strafe gestellt, wenn es zur Vorbereitung der Begehung einer solchen Tat erfolgt.

Schließlich wurden im Zusammenhang mit terroristisch motivierten Straftaten bereits vorhandene einschlägige Vorschriften – insbesondere auch in der StPO – um die Regelung des § 89a StGB ergänzt, soweit dies für sachgerecht erachtet wurde. So wurde etwa der neue Vorfeldtatbestand des § 89a StGB in § 112a Abs. 1 Nr. 2 StPO als Anlasstat für einen Haftbefehl wegen Wiederholungsgefahr aufgenommen.

3.2.9 Erstes Gesetz zur Änderung des Artikel 10-Gesetzes³⁵

Bei der wegen eines Urteils des Bundesverfassungsgerichts notwendigen Novellierung des Artikel 10-Gesetzes (G 10) am 20. Juni 2001 wurde die Bundesregierung vom Bundestag aufgefordert, ihn über die mit der Novellierung gemachten Erfahrungen zu unterrichten. Der Erfahrungsbericht aus dem Jahr 2003 führte aus, dass die Nachrichtendienste ihre Aufgaben mit den vorhandenen Beschränkungsmaßnahmen gut erfüllen könnten. Das Gesetz werde den Erfordernissen des Datenschutzes gerecht. Gleichwohl wurden gerade im Bereich des Bundesnachrichtendienstes einige Schwächen in der bis dahin geltenden Gesetzeslage gesehen, sodass der Bundestag schließlich im Jahr 2009 das erste Gesetz zur Änderung des Artikel 10-Gesetzes beschloss, welches am 5. August 2009 in Kraft trat. Ziel dieses Gesetzes war, die Informationsgewinnung durch den BND im Bereich der strategischen Informationsgewinnung auszubauen und gleichzeitig aktuelle Urteile des Bundesverfassungsgerichts umzusetzen.

Zunächst wurde § 2 Abs. 2 G 10 dahingehend konkretisiert, dass der verpflichtete Post- oder Telekommunikationsdienst nun die Pflicht auferlegt bekommt, ohne schuldhaftes Zögern denjenigen zu benennen, der der Sicherheitsüberprüfung unterzogen werden soll. Der Grund hierfür liegt darin, dass die in Rede stehende Beschränkungsmaßnahme schnellstmöglich

³⁵ BGBl. I 2009, 2499.

durchgeführt werden soll und keine ernsthaften Verzögerungen durch das Unternehmen entstehen sollen. Weiterhin wurde eine Eilfallregelung geschaffen, welche es auf Antrag eines Behördenleiters und mit Zustimmung des Bundesministeriums des Innern ermöglicht, die Beschränkungsmaßnahme schon vor Abschluss der Sicherheitsüberprüfung durchführen zu lassen.

Die Regelung des § 3 G 10 wurde um einen Absatz 1a ergänzt, welcher dem Bundesnachrichtendienst die Befugnis zur Überwachung von Telekommunikationsanschlüssen auf deutschen Hochseeschiffen außerhalb der deutschen Hoheitsgewässer gibt. Dies war aus der Sicht des Gesetzgebers notwendig geworden, weil Kriegswaffen überwiegend auf dem Seewege transportiert werden und die Befugnisse aus dem G 10 es dem BND nicht gestatteten, Beschränkungsmaßnahmen anzuwenden.

Um den Urteilen des Bundesverfassungsgerichtes im Hinblick auf den Schutz des Kernbereiches privater Lebensgestaltung Rechnung zu tragen, wurde das G 10 um § 3a ergänzt. Er regelt, unter welchen Umständen Beschränkungsmaßnahmen unzulässig sind und regelt das Verfahren, wenn Zweifel bestehen, ob eine Information ausschließlich dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen ist (sog. „Richterband“). Des Weiteren wird geregelt, wie mit unzulässig erlangten Erkenntnissen umgegangen werden muss.

Um einen Schutz von zeugnisverweigerungsberechtigten Personen und ihren Berufshelfern zu schaffen – soweit diese nicht selbst als Mittäter verdächtig sind –, wurde das G 10 um § 3b ergänzt, der sich an der Regelung des § 20u BKAG orientiert.

Durch die Anpassung des Wortlautes des § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 G 10 sollte klargestellt werden, dass Beschränkungsmaßnahmen des BND im Bereich des internationalen Drogenhandels auch immer einen strategischen Bezug zur Bundesrepublik Deutschland haben müssen und nicht bei jedem grenzüberschreitenden Drogenhandel Beschränkungsmaßnahmen durchgeführt werden dürfen. Da bei Rauschgifttransporten unter Umständen im Zeitpunkt der Entdeckung nicht das Zielland festgestellt werden kann, wird dem BND die Befugnis eingeräumt, auch Lieferungen in andere Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu beobachten, sofern ein Bezug zur Bundesrepublik Deutschland besteht.

Weiterhin wurde § 5 G 10 dahingehend ergänzt, dass dem BND nun eine Befugnis zur strategischen Fernmeldeaufklärung in Fällen der illegalen Schleuserkriminalität übertragen wurde. Der BND darf von dieser Befugnis jedoch lediglich in Fällen von strategischer

Bedeutung Gebrauch machen, welche der Gesetzgeber in § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 lit. a bis c G 10 abschließend normiert hat. Durch die neue Befugnis soll es dem BND ermöglicht werden, ein umfassendes Lagebild in strategisch bedeutsamen Fällen der Schleuserkriminalität zu erstellen. Diesbezüglich wird auch der § 7 G 10 verändert, sodass die erlangten Informationen des BND auch an die zuständigen Polizeibehörden weitergeleitet werden dürfen.

Die Ergänzung des § 5 Abs. 2 G 10 betrifft die im Rahmen einer Telekommunikationsüberwachung verwendeten Suchbegriffe und ergänzt die bisherige Regelung um das Verbot, keine Suchbegriffe zu benutzen, welche zum Sammeln von kernbereichsrelevanten Daten führen würden.

Diese Änderung soll auch dem Urteil³⁶ des Bundesverfassungsgerichts Rechnung tragen, da das Bundesverfassungsgericht auch für den einfachgesetzlichen Bereich Vorkehrungen zum Schutz des privaten Kernbereichs der Lebensgestaltung gefordert hat.

Durch die Einfügung des § 6 Abs. 3 G 10 sollte die Arbeit des BND effektiver gestaltet werden, da die Möglichkeit geschaffen wurde, die im Zuge der Überwachung des Fernmeldeverkehrs gesammelten Gespräche im Rahmen eines automatischen Verfahrens mit vorhandenen Daten wie Rufnummern nachrichtendienstlich relevanter Personen abzugleichen. Dies sollte zu einer erheblichen Zeitersparnis führen, da Mitarbeiter des BND nicht mehr alle Gespräche anhören müssen, um relevantes Material von dem zu trennen, welches unverzüglich gelöscht werden muss.

Die Einfügung des § 7a G 10 trägt der verstärkten internationalen Zusammenarbeit im Sicherheitsbereich Rechnung und schafft eine Rechtsgrundlage für die Übermittlung von personenbezogenen Daten an ausländische, öffentliche Stellen. Dabei wird zunächst in Absatz 1 geregelt, in welchen Fällen Daten übermittelt werden können und unter welchen Voraussetzungen dies zu geschehen hat. Die Regelung des Absatzes 2 betrifft die Mitteilung von Anschlagplanungen an in Deutschland stationierte Streitkräfte ausländischer Staaten. Die in Absatz 4 geschaffene Empfängerverpflichtung soll dem BND die Möglichkeit geben, die von ihm weitergegebenen Daten weiterhin kontrollieren zu können. Darüber hinaus

³⁶ BVerfGE 113, 348.

bestehen bezüglich der Datenübermittlung Unterrichtungspflichten gegenüber der G 10-Kommission und dem Parlamentarischen Kontrollgremium.

Die Vorschrift des § 8 Abs. 3 G 10 wurde so angepasst, dass es dem BND ermöglicht werden sollte, im Falle von Entführungen, Naturkatastrophen oder Geiselnahmen auch die Telekommunikationsanschlüsse deutscher Staatsangehöriger im Ausland als Suchbegriffe zu nutzen. Die Gründe hierfür liegen in der Tatsache, dass Entführer dazu neigen, ihren Opfern die Kommunikationsmittel abzunehmen und sie dann für den eigenen Gebrauch zu nutzen, sodass der Anschluss mithin der einzige Anhaltspunkt für den Aufenthaltsort von Entführer und Entführtem ist. Weiterhin wurde § 8 G 10 so ergänzt, dass die Maßnahmen nur durchgeführt werden dürfen, wenn eine Gefahr für Leib oder Leben der deutschen Staatsangehörigen eingetreten ist und nicht um die Gefahr im Vorfeld zu erkennen.

3.2.10 Gesetz zur Änderung des Bundesverfassungsschutzgesetzes³⁷

Das Gesetz zur Änderung des Bundesverfassungsschutzgesetzes (BVerfSchGÄndG) wurde am 7. Dezember 2011 verkündet und trat am 10. Januar 2012 in Kraft. Im Rahmen der Evaluation des TBEG vom 5. Januar 2007 wurden Verbesserungsmöglichkeiten des BVerfSchG sowohl im Rahmen des Rechtsschutzes und der Kontrolle, als auch in der Effektivität der Aufgabenerfüllung aufgezeigt. Die Befugnisse der Nachrichtendienste, Auskunftersuchen an Unternehmen der Privatwirtschaft zu richten, wurden erneut, bis zum 16. Januar 2016, befristet verlängert und teilweise ergänzt. Dabei wurden die rechtsstaatliche Kontrolle und der Grundrechtsschutz verbessert. Insbesondere wurden hier die jeweiligen materiellen Eingriffsschwellen erhöht.

Wegen des Verweises in § 2a BNDG und in § 4a MADG gelten diese Anpassungen auch für die entsprechenden Befugnisse von BND und MAD.

Im Einzelnen:

Die Kompetenz zum Abruf von Bestandsdaten von Postdienstleistern wurde gestrichen, da sie von den Nachrichtendiensten nicht zur Terrorismusbekämpfung eingesetzt wurde und damit entbehrlich ist. Die Auskunftsbefugnis für Teledienste blieb weiterhin bestehen, erfuhr

³⁷ BGBl. I 2011, 2576.

aber die Einschränkung, dass die Eingriffsschwelle erhöht wurde und nunmehr tatsächliche Anhaltspunkte für eine schwerwiegende Gefahr für die in § 3 Abs. 1 BVerfSchG genannten Güter vorliegen musste.

Die Möglichkeit zur Auskunft über Flugtransportleistungen wurde dahingehend ergänzt, dass neben der Anfrage bei Luftfahrtunternehmen nun auch bei Betreibern von Computerreservierungssystemen und Globalen Distributionssystemen für Flüge angefragt werden kann.

Das Bundesamt für Verfassungsschutz bekam durch das BVerfSchGÄndG des Weiteren die Möglichkeit (§ 8a Abs. 2a BVerfSchG) über das Bundeszentralamt für Steuern Kontostammdaten abzurufen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für eine schwerwiegende Gefahr für die in § 3 Abs. 1 BVerfSchG genannten Güter vorliegen.

Der neue § 8b BVerfSchG enthält nun konzentriert die Verfahrensregeln zu einer Auskunftsabfrage nach § 8a BVerfSchG. Neben einer Anpassung bei der Antragsberechtigung wurde auch die Beteiligung der G 10-Kommission ausgebaut.

Das Sicherheitsüberprüfungsgesetz wurde zunächst in § 1 Abs. 4 SÜG um eine Klarstellung bezüglich des vorbeugenden Sabotageschutzes ergänzt, um deutlich zu machen, dass eine Sicherheitsüberprüfung keine allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzung für Tätigkeiten im sicherheitsrelevanten Bereich ist. Diesbezüglich wurde auch § 14 Abs. 3 Satz 2 SÜG geändert. Die Gewinnung von sicherheitsrelevanten Erkenntnissen soll sich in Zukunft nach dem Zweck des Sicherheitsüberprüfungsverfahrens richten und so – wo möglich – zwischen Geheimschutzaspekten und präventiver Sabotagevorbeugung differenziert werden.

Eine weitere Änderung des SÜG betrifft den § 9 Abs. 2, welcher dahingehend ergänzt worden ist, dass nunmehr auch in bestimmten gesetzlich normierten Fällen von der Sicherheitsüberprüfung abgesehen werden kann, um in Ausnahmefällen auf die Praxisbedürfnisse Rücksicht zu nehmen. Durch eine sicherheitsüberprüfte Begleitperson sollte gewährleistet werden, dass die nicht sicherheitsüberprüfte Person keinen freien Zugang zu dem sicherheitsrelevanten Bereich bekommt.

Durch die Ergebnisse der Evaluierung des TBEG ist darüber hinaus festgestellt worden, dass im Rahmen der Sicherheitsüberprüfung nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 SÜG Daten gesammelt worden sind, welche für den eigentlichen Normzweck, den vorbeugenden, personellen Sabotageschutz, nicht notwendig und durch die Fülle an Daten sogar kontraproduktiv waren.

Das BVerfSchGÄndG verpflichtet die Bundesregierung zur erneuten Evaluierung der Terrorismusabwehrbefugnisse bis zum 10. Januar 2016 und hat deren Geltung daher bis zum 10. Januar 2016 befristet. Die Evaluierung hat unter Mitwirkung von externen wissenschaftlichen Sachverständigen, welche von der Bundesregierung im Einvernehmen mit dem Deutschen Bundestag zu bestellen sind, zu erfolgen. Sie hat die Häufigkeit und die Auswirkungen der mit den Eingriffsbefugnissen verbundenen Grundrechtseingriffe einzubeziehen und in Beziehung zu setzen zu der anhand von Tatsachen darzustellenden Wirksamkeit zum Zwecke der Terrorismusbekämpfung.

3.2.11 Gesetz zur Errichtung einer standardisierten Datei von Polizei und Nachrichtendiensten von Bund und Ländern zur Bekämpfung des gewaltbezogenen Rechtsextremismus³⁸

Als Konsequenz der aufgedeckten NSU-Mordserie beschloss der Bundestag das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Rechtsextremismus, welches am 31. August 2012 in Kraft trat. Bei der Errichtung der Rechtsextremismus-Datei orientierte sich der Gesetzgeber an den Erfahrungen, welche im Rahmen der Antiterrordatei gemacht worden sind.

Ziel des Gesetzes war die Verbesserung und Intensivierung des Informationsaustausches zwischen dem Bundeskriminalamt (BKA), den Landeskriminalämtern, den Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder und dem Militärischen Abschirmdienst (MAD) im Bereich des gewaltbezogenen Rechtsextremismus durch eine gemeinsame, standardisierte, zentrale Datei. Die Datei soll dazu beitragen, aus den einzelnen Erkenntnissen der beteiligten Behörden durch Verknüpfung miteinander die Bekämpfung des gewaltbezogenen Rechtsextremismus zu verbessern.

Die Rechtsextremismus-Datei ist dem Modell der Antiterrordatei nachgebildet. Wie diese ist sie im Kern als Indexdatei angelegt, die die Kontaktabahnung zwischen Behörden, die Erkenntnisse zu einer bestimmten gesuchten Person haben, erleichtern soll. Bei den Daten, welche die Datei enthält, wird zwischen Grunddaten und erweiterten Grunddaten unterschieden. Die Grunddaten sind solche, welche zur Identifizierung einer bestimmten Person oder eines bestimmten Objektes dienen. Die erweiterten Grunddaten enthalten

³⁸ BGBl. I 2012, 1798 (Art. 1).

darüber hinaus Informationen, welche eine Gefährdungseinschätzung zulassen. Diese erweiterten Grunddaten werden jedoch nur auf Ersuchen bei der speichernden Behörde nach den jeweiligen Übermittlungsvorschriften freigegeben. Eine Ausnahme besteht in den Fällen, in denen die Kenntnis der erweiterten Grunddaten zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person oder für Sachen von erheblichem Wert unerlässlich ist und eine Rücksprache mit der eingebenden Behörde nicht möglich ist.

Darüber hinaus besteht auch die Möglichkeit, bei besonderen Geheimhaltungsinteressen Speicherungen zu unterlassen oder lediglich verdeckt vorzunehmen.

Über die Regelungen der Antiterrordatei hinaus schafft das Gesetz die Möglichkeit, die Daten in einem engen gesetzlichen Rahmen auch in Form eines bestimmten zeitlich befristeten Projekts zu nutzen, wenn konkrete Erkenntnisse für das Vorliegen von gewaltbezogenem Rechtsextremismus vorliegen. Dies bedeutet, dass nicht nur Daten über Personen ausgelesen, sondern auch Zusammenhänge zwischen Personen, Institutionen und sonstigen Objekten hergestellt und ausgewertet werden können.

4. Untersuchungsfelder

4.1 Aufgaben und Befugnisse der Sicherheitsbehörden und ihr Verhältnis zueinander

4.1.1 Erweiterungen im Terrorismusstrafrecht und ihre Auswirkungen auf das Strafverfahren

Das Strafverfahren dient nach wie vor allein dazu, einzelne begangene Straftaten aufzuklären und abzuurteilen. Dementsprechend soll eine strafrechtliche Verurteilung nicht unmittelbar konkrete drohende Straftaten verhindern. Allerdings erhält das Strafverfahren ein präventives Gepräge, wenn das materielle Strafrecht seinerseits präventiv ausgerichtet wird. Diese Entwicklung zeigt sich besonders ausgeprägt im Terrorismusstrafrecht. Ausgehend von einer knappen Darstellung der Straftatbestände, die das geltende Terrorismusstrafrecht bilden, wird im Folgenden das Terrorismusstrafrecht als kriminalpräventives Strafrecht gekennzeichnet: Das Strafrecht wird hier als Instrument eingesetzt, um Schäden zu verhüten, die durch (weitere) Straftaten drohen. Dies führt zu einer partiellen Funktionsverschiebung des Strafverfahrens; für das Ermittlungsverfahren ist daneben bedeutsam, dass der zentrale Verdachtsbegriff an Konturen verliert. Das Terrorismusstrafrecht beruht allerdings teilweise, wenngleich bei weitem nicht in allen Einzelheiten, auf völker- und unionsrechtlichen Vorgaben, die nicht zur Disposition des deutschen Gesetzgebers stehen. Dies ist zu berücksichtigen, wenn Vorschläge zu seiner Reform ausgearbeitet werden.

4.1.1.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme

Bis 2009 war alleinige zentrale Norm des materiellen Terrorismusstrafrechts § 129a StGB, der Handlungen im Zusammenhang mit einer terroristischen Vereinigung unter Strafe stellt. Diese Vorschrift wurde insbesondere durch das Gesetz zur Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung³⁹ grundlegend umgestaltet. Der durch das 34. Strafrechtsänderungsgesetz geschaffene § 129b StGB ergänzt § 129a StGB durch eine besondere Strafanwendungsregelung sowie durch Regelungen zu erweitertem Verfall und Einziehung.

³⁹ Vgl. Fn. 25.

Hinzugekommen sind im Jahr 2009 die durch das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten geschaffenen Straftatbestände. Gegenstand dieser Normen sind Handlungen von oder gegenüber Personen, die nicht in hinreichend verfestigte terroristische Organisationen eingebunden sind, von denen aber gleichwohl schwerwiegende Straftaten befürchtet werden. Dabei wird eine schwere staatsgefährdende Gewalttat definiert als

„eine Straftat gegen das Leben in den Fällen des § 211 oder des § 212 oder gegen die persönliche Freiheit in den Fällen des § 239a oder des § 239b, die nach den Umständen bestimmt und geeignet ist, den Bestand oder die Sicherheit eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beeinträchtigen oder Verfassungsgrundsätze der Bundesrepublik Deutschland zu beseitigen, außer Geltung zu setzen oder zu untergraben.“⁴⁰

Im Einzelnen werden zunächst Handlungen eines potenziellen terroristischen Straftäters unter Strafe gestellt, mit denen sich dieser Wissen oder Tatmittel zu einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat beschafft⁴¹ oder eine solche Beschaffung vorbereitet.⁴² Weiter sind Handlungen strafbar, die einem solchen Straftäter Wissen oder Tatmittel zur Verfügung stellen⁴³ oder zumindest ein dahingehendes Risiko schaffen.⁴⁴ Schließlich werden Handlungen zur Finanzierung einer terroristischen Straftat bei Strafe verboten.⁴⁵

4.1.1.2 Analyse und Bewertung

4.1.1.2.1 Auffassung der Mitglieder Bäcker, Hirsch und Wolff

4.1.1.2.1.1 Terrorismusstrafrecht als kriminalpräventives Strafrecht

Das materielle Terrorismusstrafrecht fügt sich in eine seit geraumer Zeit laufende Entwicklung des Strafrechts insgesamt ein: Die Zahl der Straftatbestände nimmt stetig zu, die Handlungen bei Strafe verbieten, weil ihnen das Potenzial zugeschrieben wird, in der

⁴⁰ § 89a Abs. 1 Satz 2 StGB.

⁴¹ § 89a Abs. 2 Nr. 1 und 2, § 91 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

⁴² § 89a Abs. 2 Nr. 3, § 89b Abs. 1 StGB.

⁴³ § 89a Abs. 2 Nr. 1 und 2 StGB.

⁴⁴ § 91 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

⁴⁵ § 89a Abs. 2 Nr. 4 StGB.

Zukunft zu einem unerwünschten Zustand beizutragen. Ziel dieser Vorfeldtatbestände ist, einen Schaden mit strafrechtlichen Mitteln zu verhüten.⁴⁶

Das Terrorismusstrafrecht lässt sich einem Teil des so skizzierten Präventionsstrafrechts zuordnen, der hier als kriminalpräventives Strafrecht bezeichnet wird. Im Folgenden wird zunächst dieser Begriff erläutert. Anschließend werden die Formen kriminalpräventiver Straftatbestände dargestellt, die sich im Terrorismusstrafrecht finden.

4.1.1.2.1.1.1 Begriff des kriminalpräventiven Strafrechts

Als kriminalpräventives Strafrecht werden hier Normen bezeichnet, die eine Handlung bei Strafe verbieten, weil sie in (weitere) Straftaten des Handelnden und/oder Dritter einzumünden droht. Ein kriminalpräventiver Straftatbestand verweist damit zumindest implizit auf eine Bezugstat, die zum Zeitpunkt der Tathandlung noch nicht begangen ist und zu der auch noch nicht unmittelbar angesetzt wurde. Hinsichtlich dieser Bezugstat kriminalisiert der kriminalpräventive Tatbestand das ansonsten straffreie Vorfeld des Versuchs und verlagert die Strafbarkeit insoweit vor.

Regelungsmodell des kriminalpräventiven Strafrechts ist das abstrakte Gefährdungsdelikt. Abstrakte Gefährdungsdelikte haben ein Verhalten zum Gegenstand, das für sich genommen Rechtsgüter nicht in jedem Fall verletzt oder konkret gefährdet, aber unter bestimmten Randbedingungen zukünftig in eine solche Verletzung oder Gefährdung einmünden kann. Abstrakte Gefährdungsdelikte sind allerdings ein heterogenes Phänomen, das sich nur mit Blick auf ein spezifisches Erkenntnisinteresse systematisieren und würdigen lässt. Die folgenden Ausführungen dienen ausdrücklich nur dazu, die kriminalpräventiven Straftatbestände des Terrorismusstrafrechts einzuordnen und lassen sich nicht ohne weiteres auf andere Typen abstrakter Gefährdungsdelikte übertragen.

4.1.1.2.1.1.2 Formen kriminalpräventiver Straftatbestände im Terrorismusstrafrecht

Diese Tatbestände werden im Folgenden anhand von zwei Parametern geordnet: zum einen anhand der Rolle, die der Täter der Vorfeldstraftat bei der Bezugstat zu spielen zu droht,

⁴⁶ Umfassender als hier angelegte Systematisierungen mit unterschiedlichen Kategorien etwa bei *Wohlens*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 2000, S. 305 ff.; *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 153 ff.

zum anderen anhand der Nähe der kriminalisierten Vorfeldhandlung zu der Tathandlung der Bezugstat.

4.1.1.2.1.1.2.1 Rolle des Täters bei der Bezugstat

Nach der Rolle des Vorfeldstraftäters bei der Bezugstat können innerhalb des Terrorismusstrafrechts drei Deliktsgruppen unterschieden werden. Sie werden hier als Anschließungs-, Kooperations- und Vorbereitungsdelikte bezeichnet.⁴⁷

Bei *Anschließungsdelikten* schafft der Täter das Risiko von Bezugstaten Dritter, an denen er zumindest typischerweise nicht beteiligt ist. Er stellt diesen Dritten Gegenstände oder Informationen zur Verfügung, die dann zur Tatbegehung genutzt werden, oder trägt allgemeiner zu einer tatgeneigten Lage bei. Im Terrorismusstrafrecht hat das GVVG eine Reihe von Anschließungsstatbeständen geschaffen: Strafbar macht sich, wer einem Terroristen Fertigkeiten vermittelt, die dazu dienen, eine schwere staatsgefährdende Gewalttat zu begehen (§ 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB), wer Tatmittel einer solchen Tat verwahrt oder weitergibt (§ 89a Abs. 2 Nr. 2 und 3 StGB) oder wer Finanzmittel für die Begehung beschafft (§ 89a Abs. 2 Nr. 4 StGB). Ein Anschließungsdelikt enthält schließlich auch § 91 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Danach wird bestraft, wer eine Schrift⁴⁸ verbreitet, die als Anleitung für eine schwere staatsgefährdende Gewalttat dienen kann, wenn dies nach den Umständen der Verbreitung die Bereitschaft Dritter zu einer solchen Gewalttat fördern oder wecken kann.

Kooperationsdelikte kriminalisieren Handlungen, mit denen gemeinschaftliche Straftaten geplant oder vorbereitet werden. Zu nennen sind für das Terrorismusstrafrecht neben der Verbrechensverabredung nach § 30 StGB vor allem die Organisationsdelikte der §§ 129a f. StGB. Diese Normen stellen unter anderem die Gründung von und Beteiligung an terroristischen Vereinigungen unter Strafe. Dabei handelt es sich um organisatorisch verfestigte Zusammenschlüsse, die sich zum Ziel oder zumindest zum Zwischenziel⁴⁹ gesetzt haben, Straftaten zu begehen. Das Ziel einer terroristischen Vereinigung im Sinne

⁴⁷ Die folgende Systematisierung folgt teilweise der Einteilung von *Sieber*, Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt, NSTZ 2009, 353 (357 ff.), der allerdings von anderen Oberkategorien ausgeht.

⁴⁸ Legaldefiniert in § 11 Abs. 3 StGB.

⁴⁹ BGHSt 27, 325 (326); 41, 47 (56).

des § 129a StGB muss dabei darauf gerichtet sein, entweder bestimmte Kapitalverbrechen aus dem engen Katalog des § 129a Abs. 1 StGB oder eine Straftat aus dem weiter gefassten Katalog in § 129a Abs. 2 StGB zu begehen.

In den Fällen des § 129a Abs. 2 StGB müssen die geplanten Straftaten dabei ein spezifisch terroristisches Ziel verfolgen, nämlich

„die Bevölkerung auf erhebliche Weise einzuschüchtern, eine Behörde oder eine internationale Organisation rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt zu nötigen oder die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beseitigen oder erheblich zu beeinträchtigen“.

Zudem müssen die Taten eine besondere Schadenseignung aufweisen, nämlich

„durch die Art ihrer Begehung oder ihre Auswirkungen einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich schädigen können“.

Sowohl an das Ziel- als auch an das Eignungskriterium sind nach der Rechtsprechung hohe Anforderungen zu stellen.⁵⁰ Dabei ist das Eignungs- auf das Zielkriterium zu beziehen. Die im Raum stehende Straftat muss also – gegebenenfalls im Rahmen eines aus mehreren Einzeltaten bestehenden „Gesamtkonzepts“⁵¹ – tatsächlich geeignet sein, gerade ein spezifisch terroristisches Ziel der Einschüchterung, Nötigung oder Strukturbeeinträchtigung zu erreichen.⁵² Hierfür reichen insbesondere reine Sach- oder Vermögensschäden für sich genommen in aller Regel nicht aus, selbst wenn im Einzelfall hohe Schadensbeträge anfallen. Einige Straftaten mit geringerer Breitenwirkung, die sich im Katalog des § 129a

⁵⁰ Vgl. im Überblick Gazeas, in: *AnwaltKommentar zum StGB*, 2011, § 129a Rn. 20 ff., m. w. N.

⁵¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 10. Januar 2006 – 3 StR 263/05 – = NJW 2006, 1603.

⁵² BGHSt 52, 98 (102 ff.).

Abs. 2 StGB finden, dürften aufgrund des Eignungskriteriums allenfalls in Ausnahmefällen als Bezugstaten einer terroristischen Vereinigung ausreichen.⁵³

Die Rechtsprechung errichtet schließlich hohe Anforderungen an Struktur und Willensbildungsmechanismen einer terroristischen Vereinigung: Ihre innere Organisation muss so stark sein, dass sie ihre Ziele nach bestimmten Gruppenregeln durchsetzt, gegenüber denen der individuelle Gestaltungseinfluss des einzelnen Mitgliedes zurücktritt.⁵⁴ In voluntativer Hinsicht müssen die Mitglieder in die kriminellen Ziele der Vereinigung und in deren Willensbildung derart eingebunden sein, dass ihre Einzelmeinungen gegenüber einem Gruppenwillen zurückgestellt werden. Die bloße Feststellung, dass mehrere Personen sich zusammengetan haben, um gemeinsam Straftaten zu begehen, reicht dabei nicht aus, da danach gleichwohl der Wille des Einzelnen maßgeblich bleiben kann.⁵⁵ Wie der darüber hinausgehende Gruppenwille gebildet wird, ist gleichgültig, solange die Willensbildung ihrerseits vom Willen der Mitglieder getragen wird. Bei einer rein autoritären Organisationsstruktur, in deren Rahmen sich die Mitglieder einer Gruppierung lediglich je für sich der Führung einer Person unterwerfen, fehlt es jedoch an einem Gruppenwillen.⁵⁶ Diese Anforderungen haben zur Folge, dass einerseits streng hierarchisch gegliederte „quasi-militärische“ Organisationen, andererseits lockere Netzwerke aus dem Vereinigungsbegriff herausfallen. Insbesondere wegen der Anforderungen an den Gruppenwillen muss im Rahmen eines strafgerichtlichen Verfahrens grundsätzlich aufgeklärt werden, wie sich in der betroffenen Gruppierung der gemeinschaftliche Wille bildet. Nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist dies allerdings dann entbehrlich, wenn die Mitglieder der Organisation ein gemeinsames Ziel verfolgen, das über die Begehung

⁵³ Dies gilt vor allem für die folgenden Straftatbestände § 303b StGB (Computersabotage – anders allerdings in den Fällen des § 303b Abs. 4 Nr. 3 StGB); § 305a StGB (Zerstörung wichtiger Arbeitsmittel); § 306 StGB (einfache Brandstiftung); § 51 WaffG (unerlaubter Waffenbesitz); vgl. zu Stellungnahmen im Gesetzgebungsverfahren zu § 129a Abs. 2 StGB, die eine ähnliche Tendenz aufweisen, BGHSt 52, 98 (105 ff.).

⁵⁴ BGHSt 31, 202 (204); BGH, Urteil vom 3. Dezember 2009 – 3 StR 277/09 – = NJW 2010, 1979 (1982).

⁵⁵ BGH, Beschluss vom 8. August 2006 – 5 StR 273/06 – = NStZ 2007, 31.

⁵⁶ BGHSt 31, 239 (240); BGH, Urteil vom 1. Oktober 1991 – 5 StR 390/91 – = NStZ 1992, 1518 f.; Urteil vom 16. März 2004 – 5 StR 364/03 – = NStZ 2004, 574.

konkreter Straftaten hinausgeht, wie dies bei ideologisch, religiös oder weltanschaulich motivierten Verbänden der Fall ist.⁵⁷

Vorbereitungsdelikte verlagern die Strafbarkeit hinsichtlich einer Bezugstat des Täters selbst vor, an der nicht notwendigerweise weitere Personen beteiligt sein sollen. Die Tatneigung des Täters hat sich dabei bereits objektiv in einer Planungs- oder Vorbereitungshandlung manifestiert, ohne dass jedoch die Schwelle zum strafbaren Versuch erreicht wäre. Ob es zu der Bezugstat letztlich kommt, hängt auch nach Vollendung des Vorbereitungsdelikts vom Willen des Täters ab, er hat den Geschehensablauf also nicht einmal teilweise aus der Hand gegeben. Das GVG hat mehrere solche Vorbereitungstatbestände geschaffen: § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB verbietet es, Kenntnisse und Fertigkeiten zu erwerben, die dazu dienen, eine schwere staatsgefährdende Gewalttat zu begehen. Die Gesetzesbegründung hat dabei in erster Linie den Besuch eines „Terrorcamps“ im Auge.⁵⁸ Tatbestandlich erfasst sind daneben auch etwa das Selbststudium oder ein Unterricht durch einen gutgläubigen Lehrer, um sich beispielsweise natur- oder ingenieurwissenschaftliche Kenntnisse anzueignen. Daneben werden Erwerb und Herstellung von Gegenständen unter Strafe gestellt, die zur Tatbegehung dienen (§ 89a Abs. 2 Nr. 2 und 3 StGB). § 89b StGB verbietet es, Kontakt mit einer terroristischen Vereinigung in der Absicht aufzunehmen, sich in der Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat unterweisen zu lassen. Nach § 91 Abs. 1 Nr. 2 StGB wird bestraft, wer sich eine Schrift verschafft, die als Anleitung zu einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat dienen kann, um eine solche Tat zu begehen.

4.1.1.2.1.1.2 Nähe zwischen Vorfeld- und Bezugstat

Quer zu der Frage nach der Rolle des Täters bei der Bezugstat liegt die weitere Frage, wie nah die Tathandlung des Vorfelddelikts der Bezugstat steht. Dieses Kriterium gibt den Grad der Vorverlagerung der Strafbarkeit an. Je weitergehend der Vorfeldtatbestand die Strafbarkeit vorverlagert, desto mehr tritt für die Strafbegründung das tatbestandlich umschriebene Verhalten als äußerer Anlass der Strafbarkeit gegenüber der Gefährlichkeit der Person zurück, die sich in diesem Verhalten manifestiert.

⁵⁷ BGH, Urteil vom 3. Dezember 2009 – 3 StR 277/09 – = NJW 2010, 1979 (1983 f.); Beschluss vom 13. September 2011 – 3 StR 231/11 – = NJW 2012, 325 (326 f.).

⁵⁸ BT-Drs. 16/12428, S. 15.

Die Nähe zur Bezugstat ist nicht allein zeitlich-räumlich zu verstehen, sondern für sie sind drei Gesichtspunkte bedeutsam: die Konkretisierung der Bezugstat, Zahl und Art der Zwischenakte von der kriminalisierten Handlung bis zu der Bezugstat sowie der äußerlich erkennbare deliktische Sinngehalt der Vorfeldhandlung.

Zunächst kann ein kriminalpräventiv ausgerichteter Vorfeldtatbestand unterschiedlich hohe Anforderungen an die Konkretisierung der Bezugstat stellen, die verhindert werden soll. Möglich ist, dass die Bezugstat nach Art, Gegenstand, Ort und Zeit bereits deutlich konturiert sein muss. Die Vorfeldnorm zielt dann darauf ab, einen bestimmten absehbaren Geschehensablauf zu verhindern. Zu nennen sind etwa die Kooperationstatbestände des § 30 StGB. Hingegen errichten die Organisationsdelikte in §§ 129a f. StGB und die Vorfeldnormen des GVVG deutlich weitmaschigere Anforderungen. Diese Normen fordern lediglich, dass die Bezugstat in groben Zügen umrissen ist.⁵⁹

Die Frage nach Zahl und Art weiterer Zwischenakte dient dazu, die kriminalisierte Vorfeldhandlung in den Geschehensablauf einzuordnen, der schließlich in eine strafbare Rechtsgutsverletzung einzumünden droht. Ein Vorfeldtatbestand verlagert die Strafbarkeit besonders weit vor, wenn im Anschluss an die kriminalisierte Handlung noch zahlreiche weitere Handlungen und erheblicher Aufwand erforderlich sind, bis der Täter zu der Bezugstat ansetzen kann. Dies ist etwa bei § 89b und § 91 StGB der Fall. Diese Normen stellen die „Vorbereitung der Vorbereitung“⁶⁰ einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat unter Strafe, an die sich noch zahlreiche Folgehandlungen des Täters anschließen müssen, bis es zu der Gewalttat kommen kann.

Schließlich können strafbare Vorfeldhandlungen in unterschiedlichem Maße einen äußerlich erkennbaren Bezug zu späteren Straftaten aufweisen. So beschreiben einige Deliktstatbestände Handlungen, die sich von vornherein nur mit Blick auf die Bezugstat erklären lassen. Dies gilt etwa für die Gründung einer terroristischen Vereinigung. Am

⁵⁹ Vgl. zu § 129 StGB BGHSt 27, 325 (328); zu § 89a StGB die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/12428, S. 14.

⁶⁰ *Weißer*, Über den Umgang des Strafrechts mit terroristischen Bedrohungslagen, ZStW 121 (2009), 131 (151). Gemeint ist damit – entgegen der Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller – nicht, dass es sich um ein abgrenzbares selbstständiges Geschehensstadium handelte. Die Formulierung „Vorbereitung der Vorbereitung“ soll lediglich verdeutlichen, dass die Strafbarkeit besonders weit vorverlagert wird.

anderen Ende der Skala stehen Normen, die ein äußerlich unauffälliges Verhalten unter Strafe stellen, dessen deliktischer Sinngehalt sich ausschließlich aus den Motiven des Handelnden ergibt. Solche Regelungen kommen einer Strafbarkeit bloßer Gedanken oder Gesinnungen zumindest nahe.

Insbesondere die Straftatbestände des GVG verlagern nach diesem Kriterium die Strafbarkeit teilweise erheblich vor. Bereits die Tatbestände des § 89a Abs. 2 StGB erfassen in bedeutendem Umfang auch ein äußerlich neutrales Verhalten, das nur durch die damit verbundene innere Absicht des Täters zu einer Straftat wird. Beispielsweise verbietet § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB nicht nur den Besuch eines „Terrorcamps“, sondern auch etwa den Erwerb naturwissenschaftlicher Kenntnisse oder technischer Fertigkeiten von einem arglosen Lehrer. § 89a Abs. 2 Nr. 4 StGB stellt die Sammlung von Vermögenswerten für terroristische Anschläge auch dann unter Strafe, wenn der Täter seine Absicht, solche Anschläge zu finanzieren, gegenüber den Spendern nicht offenlegt.

Als extrem weit vor die Bezugstat verlegter Tatbestand ist § 91 StGB anzusehen. Bei den Schriften, deren Verbreitung und Bezug verboten wird, kann es sich auch um Texte ohne besonderen deliktischen Bezug wie etwa wissenschaftliche Dokumente handeln. Zudem reicht in der Verbreitungsalternative bereits bedingter Vorsatz aus, um die Strafbarkeit zu begründen. § 91 Abs. 2 StGB stellt dementsprechend Veröffentlichungen zu sozialadäquaten Zwecken in weitem Umfang straffrei.

4.1.1.2.1.2 Prozessuale Funktionen des Terrorismusstrafrechts

Kriminalpräventive Straftatbestände zielen zum einen darauf ab, schadensträchtige Geschehensabläufe bereits vor dem Schadenseintritt zu unterbrechen. Zum anderen sollen sie dazu beitragen, über das einzelne Schadensereignis hinaus kriminelle Strukturen aufzuklären und zu zerschlagen.

Diese Ziele scheinen dem hergebrachten retrospektiven und einzelfallbezogenen Ansatz des Strafverfahrens⁶¹ zu widersprechen. Jedoch knüpft das Strafprozessrecht an das materielle Strafrecht an und verändert sich mit ihm. Die Vorfelddatbestände des kriminalpräventiven Strafrechts verleihen sowohl dem Ermittlungsverfahren als auch der strafgerichtlichen

⁶¹ Näher *Gärditz*, Strafprozeß und Prävention, 2003, S. 52 ff.

Verurteilung ein präventives Gepräge. Für die kriminalpräventiven Straftatbestände des Terrorismusstrafrechts lassen sich drei Funktionen ausmachen, die hier als Ermittlungs-, Sicherungs- und Beweiserleichterungsfunktion bezeichnet werden.

Die *Ermittlungsfunktion* des kriminalpräventiven Strafrechts ergibt sich daraus, dass mit der materiellen Strafbarkeit auch die Zuständigkeit der Strafverfolgungsbehörden vorverlagert wird. Diese Behörden haben in der Folge strafprozessuale Ermittlungs- und Zwangsbefugnisse bereits im Vorbereitungsstadium, das ansonsten allenfalls auf der Grundlage polizeirechtlicher Regelungen überwacht und beeinflusst werden könnte. Dabei ermöglicht die Strafprozessordnung zum Teil höchst eingriffsintensive Maßnahmen, um dem Verdacht nachzugehen, dass ein kriminalpräventiver Vorfeldtatbestand verwirklicht wurde. Insbesondere gilt dies für die schwerer wiegenden Tatbestände des Terrorismusstrafrechts: Der Verdacht einer Straftat nach § 89a oder nach § 129a StGB eröffnet sämtliche Ermittlungsmaßnahmen der Strafprozessordnung.⁶² Die Vorfeldtatbestände des Terrorismusstrafrechts verlagern die Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden nicht lediglich zeitlich vor. Sie wirken sich auch auf das Erkenntnisziel strafprozessualer Ermittlungen aus. In der Folge verliert insbesondere der strafprozessuale Verdachtsbegriff, der solche Ermittlungen eröffnet und begrenzt, an Konturen, so dass sich die Ermittlungsbefugnisse der Strafverfolgungsbehörden beträchtlich ausweiten.

Bei den Organisationsdelikten der §§ 129a f. StGB ergibt sich dieser Konturverlust zum einen daraus, dass diese Tatbestände primär vereinigungs- und nicht individualbezogen formuliert sind. Zum anderen folgt er aus den nur niedrigen Anforderungen an die Konkretisierung der Bezugstaten der jeweiligen Vereinigung. §§ 129a f. StGB ermöglichen so strafprozessuale Ermittlungen, deren Erkenntnisziel über einzelne Tathandlungen deutlich hinausgeht. Besteht der Verdacht einer Beteiligungs- und Unterstützungshandlung, muss die Struktur der jeweiligen Vereinigung aufgeklärt werden. Die Ermittlungen können dann weitere Erkenntnisse produzieren, die zur weiteren Ausdehnung der Ermittlungen in sachlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht führen. Sie erhalten so ein prospektives Element, das Erkenntnisinteresse der Strafverfolgungsbehörden richtet sich gerade auch auf

⁶² Vgl. beispielhaft § 98a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StPO – Rasterfahndung; § 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. a und d StPO – Telekommunikationsüberwachung; § 100c Abs. 2 Nr. 1 lit. a und b StPO – Wohnraumüberwachung; § 110 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StPO – Einsatz verdeckter Ermittler; § 111 Abs. 1 Satz 1 StPO – Einrichtung von Kontrollstellen.

Gegenwart und Zukunft.⁶³ Bei weitem Verständnis des strafprozessualen Anfangsverdachts ist es zudem denkbar, den Verdacht eines Organisationsdelikts bereits dann zu bejahen, wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, dass eine bestimmte terroristische Vereinigung in der Bundesrepublik Deutschland Mitglieder oder Unterstützer hat, ohne dass notwendig bereits Hinweise auf bestimmte Personen oder konkrete Beteiligungs- oder Unterstützungshandlungen hindeuten.⁶⁴ Auf dieser Grundlage könnte das Ermittlungsverfahren als Überwachungsregime genutzt werden, um terroristische Strukturen weitgehend einzelfallunabhängig und möglichst umfassend aufzuklären.

Hingegen beziehen sich die Vorfeldtatbestände des GVVG zwar in erster Linie auf Handlungen von Einzelpersonen, so dass nach diesen Normen ein Übergang zu einer strukturbezogenen Ermittlungsweise weniger nahe liegt. Allerdings ergibt sich aus der teilweise sehr weiten Vorverlagerung der Strafbarkeit und der Pönalisierung äußerlich neutraler Handlungen, dass ein Anfangsverdacht bereits in einer weitgehend diffusen Bedrohungslage anzunehmen sein kann. So werden in dem 2012 erstellten ersten Evaluationsbericht zum GVVG auch Fälle aufgeführt, in denen selbst Ermittlungsmaßnahmen von hoher Eingriffsintensität vor allem auf Erkenntnisse zu den geäußerten Einstellungen, zu den sozialen Kontakten oder zu „verdächtigen“, aber ambivalenten Handlungen des Betroffenen gestützt wurden.⁶⁵ Hinzu kommt, dass insbesondere äußerlich neutrale Handlungen ihren deliktischen Sinngehalt erst aus den Zielen des Handelnden erlangen. Es erscheint daher zumindest denkbar, dass gerade Ermittlungen, die solche Handlungen zum Gegenstand haben, in weiterem Umfang auf die inneren Einstellungen und sozialen Kontakte zugreifen und darum auch weiter ausgedehnt werden als Ermittlungen wegen einer Handlung, die weitgehend aus sich heraus eingestuft werden kann. Als Indiz spricht hierfür auch, dass in den im Evaluationsbericht geschilderten Verfahren häufig zahlreiche Ermittlungsmaßnahmen nebeneinander eingesetzt wurden, die insgesamt zu einer ausgesprochen hohen Überwachungsichte führten. Der

⁶³ So aus polizeipraktischer Sicht zu Ermittlungen im Bereich der organisierten Kriminalität *Maletz*, *Kriminalistik* 2010, S. 428 (432).

⁶⁴ In diese Richtung *Griesbaum*, in: *Graulich/Simon, Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, 2007, S. 165 (170).

⁶⁵ Vgl. die Fallschilderungen bei *Oehmichen/Klukkert*, *Evaluationsbericht zum GVVG*, 2012, S. 142 ff., 184 ff.

Evaluierungsbericht belegt im Übrigen die Dringlichkeit einer aussagefähigen Evaluierung auf europäischer Ebene, die bislang fehlt.⁶⁶

Das spezifisch präventive Ziel der kriminalpräventiven Tatbestände des Terrorismusstrafrechts zeigt sich weiter auch im Rahmen der Hauptverhandlung und bei den Rechtsfolgen der Tat. Zum einen kommt insbesondere § 89a und §§ 129a f. StGB angesichts der hohen Strafdrohung eine *Sicherungsfunktion* zu. Diese Normen ermöglichen es, „Gefährder“ mit Hilfe des Strafrechts „über längere Zeit aus dem Verkehr“ zu ziehen. Die Strafe wird so tendenziell zum funktionalen Äquivalent einer langfristigen Präventivhaft, die weder mit Art. 2 Abs. 2 GG⁶⁷ noch mit Art. 5 EMRK⁶⁸ vereinbar wäre. Die Sicherungsfunktion des kriminalpräventiven Terrorismusstrafrechts zeigt sich besonders deutlich daran, dass § 89a StGB in den Katalog des § 112a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StPO aufgenommen worden ist. Die Gefahr der Wiederholung dieses bloßen Vorfelddelikts begründet also einen präventiv ausgerichteten Haftgrund, selbst wenn eine konkrete Gewalttat noch nicht absehbar ist. Über den auf akute Krisensituationen bezogenen und kurzfristig angelegten polizeirechtlichen Unterbindungsgewahrsam geht ein solcher Haftgrund weit hinaus.

Zum anderen haben diese Straftatbestände eine *Beweiserleichterungsfunktion*, welche die Begründung zum GVVG ausdrücklich hervorgehoben hat.⁶⁹ Aufgrund der Vorfeldtatbestände des Terrorismusstrafrechts können Personen wegen bestimmter Unterstützungshandlungen oder allgemeiner wegen ihrer Beteiligung an komplexen kriminellen Strukturen selbst dann strafrechtlich belangt werden, wenn nicht nachzuweisen ist, dass sie sich an einzelnen strafbaren Schädigungshandlungen beteiligt haben. Dies dient dazu, solche Strukturen möglichst umfassend und nachhaltig zu zerschlagen. Allerdings werfen insbesondere die Vorfeldtatbestände des GVVG ihrerseits Beweisprobleme auf. Soweit diese Normen äußerlich neutrale Handlungen wegen der damit verfolgten Ziele unter Strafe stellen, kann es erhebliche Schwierigkeiten bereiten, die erforderliche Zielsetzung als Teil des subjektiven Tatbestands nachzuweisen.

⁶⁶ Vgl. ebd., S. 36 f.

⁶⁷ So in einem *obiter dictum* BVerfGE 109, 190 (220).

⁶⁸ EGMR (Große Kammer), Urteil vom 19. Februar 2009, A. u. a. gegen Vereinigtes Königreich, No. 3455/05, §§ 171 f.

⁶⁹ BT-Drs. 16/12428, S. 12.

4.1.1.2.1.3 Unions- und völkerrechtliche Vorgaben

Das materielle Terrorismusstrafrecht beruht teilweise auf unions- und völkerrechtlichen Vorgaben. Zu nennen ist zunächst der EU-Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung⁷⁰, der unter anderem Pönalisierungsgebote für die Beteiligung an terroristischen Zusammenschlüssen sowie für bestimmte Handlungen terroristischer Einzeltäter enthält. Der Rahmenbeschluss lehnt sich dabei eng an das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung des Terrorismus⁷¹ an. Schließlich setzt § 89a Abs. 2 Nr. 4 StGB, der bestimmte Finanzierungshandlungen unter Strafe stellt, auch das UN-Übereinkommen zur Finanzierung des Terrorismus um.⁷²

Besonders bedeutsam sind dabei die unionsrechtlichen Vorgaben. Das deutsche Terrorismusstrafrecht bleibt hinter ihnen in einem wesentlichen Punkt wohl zurück, geht jedoch im Übrigen teils weit über sie hinaus.

Bei den Organisationsdelikten in §§ 129a f. StGB ergibt sich dabei ein zwiespältiges Bild: Das deutsche Recht geht über den Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung insoweit hinaus, als dieser in Art. 1 Abs. 1 für terroristische Straftaten durchweg besondere Anforderungen an Ziel und Schadenseignung errichtet, während § 129a StGB solche Anforderungen nur in Abs. 2, nicht aber hinsichtlich der in Abs. 1 genannten Verbrechen enthält.

Andererseits lassen sich die hohen Anforderungen an den Organisationsgrad terroristischer Vereinigungen, die der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung entwickelt hat, ohne Modifikation nicht mit dem Rahmenbeschluss vereinbaren. Der Rahmenbeschluss enthält nämlich Pönalisierungspflichten hinsichtlich terroristischer Vereinigungen,⁷³ die ausdrücklich „nicht notwendigerweise förmlich festgelegte Rollen für [ihre] Mitglieder, eine kontinuierliche Mitgliedschaft oder eine ausgeprägte Struktur“ haben müssen.⁷⁴ Gleichwohl hat der Bundesgerichtshof auch in seiner jüngsten Rechtsprechung an der restriktiven Interpretation

⁷⁰ Rahmenbeschluss 2002/475/JI des Rates der Europäischen Union vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung, ABl. L 164 S. 3, geändert durch den Rahmenbeschluss des Rates vom 28. November 2008, ABl. L 330 S. 21.

⁷¹ Vom 16. Mai 2005, SEV Nr. 196.

⁷² Vom 9. Dezember 1999, A/RES/54/109.

⁷³ Art. 2 Abs. 2 Rahmenbeschluss 2002/475/JI.

⁷⁴ Art. 2 Abs. 1 Satz 2 Rahmenbeschluss 2002/475/JI.

des Vereinigungsbegriffs ausdrücklich festgehalten. Entgegen einem in der Literatur verbreiteten Vorschlag⁷⁵ hat das Gericht eine rahmenbeschlusskonforme erweiternde Auslegung dieses Begriffs für unmöglich gehalten. Ansonsten werde systemwidrig der Unterschied zwischen Vereinigungen und bloßen Banden verwischt, deren Tätigkeit nur strafbarkeitserhöhend, aber nicht strafbarkeitsbegründend wirkt.⁷⁶ Allerdings nähert die bereits erwähnte jüngere Rechtsprechung, nach der bei bestimmten Gruppierungen die Anforderungen an die tatrichterlichen Feststellungen zum voluntativen Element des Vereinigungsbegriffs abgesenkt werden, für terroristische Vereinigungen den deutschen Vereinigungsbegriff den europarechtlichen Vorgaben zumindest an. Daher bedarf es noch näherer Untersuchung, die im Rahmen des für die Kommissionsarbeit verfügbaren Zeitrahmens nicht geleistet werden kann, ob und wie das deutsche Recht an die unionsrechtlichen Vorgaben angepasst werden sollte.

Hingegen gehen die kriminalpräventiven Tatbestände des GVVG einseitig und teils deutlich über das Maß hinaus, welches der Rahmenbeschluss gebietet.

Insbesondere enthält der Rahmenbeschluss Pönalisierungspflichten im ansonsten straffreien⁷⁷ Vorfeld terroristischer Straftaten primär gegenüber demjenigen, der die terroristische Straftat eines anderen durch öffentliche Aufforderung, Anwerbung oder Ausbildung fördert.⁷⁸ Der Rahmenbeschluss gebietet daher lediglich, Anschlussdelikte zu schaffen. Die Strafbarkeit eines potenziellen terroristischen Straftäters selbst ergäbe sich in der Folge lediglich aus den allgemeinen Teilnahmeregelungen, die insbesondere eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttat voraussetzen.⁷⁹

Hingegen erfassen die Straftatbestände des GVVG in weitem Umfang auch Vorbereitungshandlungen potenzieller terroristischer Straftäter, und zwar unabhängig davon,

⁷⁵ Grundlegend *Kreß*, Das Strafrecht in der Europäischen Union vor der Herausforderung durch organisierte Kriminalität und Terrorismus, JA 2005, 220 (223 ff.); differenzierend jetzt *Kreß/Gazeas*, in: FS Puppe, 2011, S. 1487 (1495 ff.).

⁷⁶ BGH, Urteil vom 3. Dezember 2009 – 3 StR 277/09 – = NJW 2010, 1979 (1981 f.); vgl. bereits zuvor offenlassend, aber skeptisch zu einer erweiternden Auslegung des Vereinigungsbegriffs im Rahmen von § 129a StGB BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2007 – StB 12, 13, 47/07 – = NSTz 2008, 146 (149); BGH, Urteil vom 14. August 2009 – 3 StR 552/08 – = NJW 2009, 3448 (3460).

⁷⁷ Außer Betracht bleibt hier die Pflicht zur (härteren) Bestrafung vorbereitender Diebstähle, Erpressungen und Urkundenfälschungen, vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. d bis f Rahmenbeschluss 2002/475/JI.

⁷⁸ Art. 3 Abs. 2 lit. a bis c Rahmenbeschluss 2002/475/JI.

⁷⁹ Vgl. §§ 26 f. StGB.

ob diese Personen erfolgreich mit einem dolosen Dritten Kontakt aufgenommen haben. So ist nach § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB das Sich-Unterweisen-Lassen in relevanten Fertigkeiten auch dann strafbar, wenn die Lehrperson gutgläubig ist. Auch das Vorbereitungsdelikt des § 89b StGB findet in dem Rahmenbeschluss kein Pendant. Schließlich geht jedenfalls⁸⁰ § 91 Abs. 1 Nr. 2 StGB über den Rahmenbeschluss hinaus, da diese Norm unabhängig von den Modalitäten der Verbreitung den Bezug von Schriften verbietet, die als Anleitung zu einer terroristischen Straftat dienen können.

4.1.1.2.2 Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller

Die Mitglieder Harms und Kaller weisen darauf hin, dass die Schaffung zusätzlicher Gefährdungsdelikte dem Umstand geschuldet ist, dass zunehmend – von Terrororganisationen wie al-Qaida auch gewollt – Vorbereitungen terroristischer Anschläge von Einzeltätern oder Kleinstgruppen durchgeführt werden. Diese Vorbereitungshandlungen würden seit Jahrzehnten – würden sie im Rahmen einer Vereinigung durchgeführt – nach § 129a StGB abgeurteilt. Neue Straftatbestände wie § 89a StGB stellen nach Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller eine Übertragung bereits zuvor vorhandener Wertungen des Strafrechts an einen veränderten Lebenssachverhalt dar, ähnlich wie die Einführung der computerbezogenen Straftaten auf die zunehmende Verbreitung von Computern zurückzuführen war, und der Straftatbestand des Computerbetruges die bereits früher gegebene Wertung des Gesetzgebers, Betrugshandlungen zu bestrafen, an die sich verändernden Rahmenbedingungen anpasste.

Die Erfahrungen mit radikalisierten Einzeltätern hätten gezeigt, dass die durch das GVVG strafrechtlich sanktionierten Verhaltensweisen vor allem wegen des typischen, sehr raschen Übergangs der Täter oder der von ihnen unterstützten bzw. angeleiteten Personen zu konkreten Vorbereitungen von Anschlagsszenarien einen echten strafwürdigen Unwert beinhalteten. Dass dieses strafrechtliche Unwerturteil durch die in der EU zusammengeschlossenen europäischen Rechtsstaaten geteilt wird, verdeutliche auch das europarechtliche Gebot, zahlreiche terroristische Vorbereitungshandlungen zu sanktionieren.

⁸⁰ Schwieriger zu beurteilen ist, ob § 91 Abs. 1 Nr. 1 StGB über Art. 3 Abs. 2 lit. a Rahmenbeschluss 2002/475/JI hinausgeht, was wesentlich davon abhängt, wie der Aufforderungsbegriff des Rahmenbeschlusses interpretiert wird, dazu *Kreß/Gazeas*, in: Sieber u. a. (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, § 19 Rn. 33.

Die Mitglieder Harms und Kaller betonen, dass dementsprechend mit der Schaffung der neuen Straftatbestände des GVVG nicht beabsichtigt war, Straftatbestände nur oder hauptsächlich zu dem Zweck zu schaffen, strafprozessuale Eingriffsgrundlagen in frühzeitig eingeleiteten Ermittlungsverfahren zu schaffen, auch wenn dies einen Nebeneffekt der Schaffung der Strafnormen darstellt.

Sie teilen zudem nicht die Schlussfolgerungen der Mitglieder Bäcker, Hirsch und Wolff aus dem Umstand, dass äußerlich neutrale Handlungen etwa in § 89a StGB wegen einer damit verbundenen Vorbereitungsabsicht pönalisiert werden.

Denn es ist nach Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller schon fraglich, ob z. B. das Einstellen einer Bombenbauanleitung im Internet als „äußerlich neutrale Handlung“ zu fassen ist. Außerdem kann nach Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller etwa von einer „äußerlich neutralen“ Handlung keine Rede sein, wenn etwa die Teilnahme an terroristischen Ausbildungslagern in Rede steht, denn welchem anderen Zweck sollte diese Teilnahme dienen, als sich für die Durchführung von Terroranschlägen zu ertüchtigen?

Soweit den Tatbeständen, die durch das GVVG geschaffen worden sind, eine überschießende Innentendenz beigelegt sei, während die äußere Handlung neutral sei, handele es auch sich um nichts Neues im Strafrecht. Auch im „klassischen Strafrecht“ würden oftmals äußerlich neutrale Handlungen erst im subjektiven Kontext, in dem sie vollzogen werden, zu strafwürdigem Unrecht erklärt; dies gilt in hohem Maße etwa für strafbare Versuche. Eine solche überschießende Innentendenz sei allen Vorbereitungsdelikten beigelegt und auch bei häufig angewendeten Tatbeständen, etwa demjenigen des Diebstahls nach § 242 StGB, entscheidendes Tatbestandsmerkmal. Im Vergleich mit zahlreichen anderen Straftatbeständen des StGB seien die Tatbestände des § 89a Abs. 2 StGB zudem relativ konkret gefasst. Als ein Beispiel aus dem Staatsschutzrecht könne § 83 StGB (Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens) angeführt werden. Der äußere Tatbestand sei dort viel vager – ausdrücklich im Gesetz nämlich gar nicht – umschrieben.

Ermittlungsmaßnahmen würden außerdem – auch wegen der begrenzten Ressourcen der Strafverfolgungsbehörden – vor allem dann nur in sinnvoller Weise durchgeführt werden können, wenn Aussicht bestehe, zu ermitteln, ob die subjektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt seien, die ihrerseits eine zumindest in einem gewissen Maße umrissene geplante Bezugstat erforderten.

Die Mitglieder Harms und Kaller sind zudem, anders als das Mitglied Bäcker, der Auffassung, dass sich eine „Vorbereitung“ von einer „Vorbereitung der Vorbereitung“ nicht trennscharf unterscheiden lässt, und dass die Gefährlichkeit und damit auch die Strafbarkeit einer Handlung nicht abstrakt von den bis zu einem vollendeten Anschlag erforderlichen Zwischenschritten, sondern von erkannten Gefährungsabläufen abhängt.

4.1.1.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen

Trotz ihrer erheblichen prozessualen Auswirkungen steht die grundsätzliche Erforderlichkeit der Organisationsdelikte in §§ 129a f. StGB heute weitgehend außer Streit. Anders verhält es sich mit den durch das GVG geschaffenen Straftatbeständen, die einerseits von weiten Teilen der rechtswissenschaftlichen Literatur unter rechtsstaatlichen Vorzeichen scharf kritisiert werden, deren Handhabbarkeit andererseits auch von Seiten der Praxis teils in Frage gestellt wird.

Es würde den der Kommission zur Verfügung stehenden Zeitrahmen sprengen, die Tatbestände des GVG detailliert rechtspolitisch und verfassungsrechtlich zu würdigen und gegebenenfalls einen ausgearbeiteten Vorschlag zu ihrer Reform zu unterbreiten. Jedoch lässt sich eine mögliche Prüfungsrichtung formulieren. Zudem kann eine denkbare Alternative zum derzeitigen Rechtsstand zumindest grob skizziert werden.

4.1.1.3.1 Auffassungen der Mitglieder Bäcker, Hirsch und Wolff

Die bisherigen Stellungnahmen zu den Straftatbeständen des GVG zeigen zwei Ansatzpunkte für Kritik auf, die bei näherer Betrachtung in der Sache teilweise verwandt sind, wenngleich sie in sehr unterschiedlicher Rhetorik vorgetragen werden: Insbesondere in der rechtswissenschaftlichen Literatur werden diese Tatbestände verbreitet für verfassungswidrig oder zumindest für kriminalpolitisch illegitim gehalten. Zur Begründung wird zum einen auf ihre Unbestimmtheit, zum anderen auf die weitreichende Vorverlagerung der Strafbarkeit verwiesen, die letztlich partiell auf eine Strafbarkeit böser Gedanken unabhängig von äußerlichen Gefährdungen hinauslaufe.⁸¹ Die Stellungnahmen aus der Praxis, die im Evaluationsbericht zum GVG zusammengefasst werden, schließen sich

⁸¹ Zusammenfassend Gazeas, in: *AnwaltKommentar zum StGB*, 2011, § 89a Rn. 6 ff., § 89b Rn. 4 ff., § 91 Rn. 5, jeweils m. w. N.

diesen Bedenken nicht an.⁸² Sie verweisen jedoch auf erhebliche Schwierigkeiten insbesondere der Beweisführung.⁸³ Diese Schwierigkeiten lassen sich dabei zumindest teilweise auf Faktoren zurückführen, die auch die rechtswissenschaftliche Kritik betont:

Bei den kriminalpräventiven Vorbereitungstatbeständen des GVVG stellt sich aus rechtsstaatlicher Sicht die Frage, inwieweit es erforderlich ist, eine Vorbereitungshandlung bei Strafe zu verbieten, wenn bereits die vorbereitete Bezugstat verboten ist und deren Ausführung auch nach der Vorbereitungshandlung allein vom Willen des Handelnden abhängt. Der Umstand, dass sich in der Vorbereitungshandlung der böse Wille des Täters manifestieren mag, reicht hierzu nicht aus. Einen Wandel vom Tat- zum Täterstrafrecht, also ein Gesinnungsstrafrecht, darf es unter dem Grundgesetz nicht geben. Die Erforderlichkeit eines Vorbereitungsverbots lässt sich hingegen bejahen, wenn der Handelnde sich mit dem verbotenen Verhalten äußerlich erkennbar auf eine Bezugstat festlegt. Das Vorfeldverbot markiert dann einen Punkt in einem mehraktigen Geschehensablauf, ab dem die Bezugstat wesentlich näher liegt als zuvor.⁸⁴ Kriterien hierfür können etwa der mit der Vorbereitungshandlung verbundene Aufwand und der äußerlich erkennbare deliktische Sinngehalt dieser Handlung sein. Daneben kann ein äußerlicher Tatbezug sich etwa daraus ergeben, dass der Handelnde durch die verbotene Handlung Bindungen gegenüber Dritten eingeht und sich so einem sozialen Druck aussetzt, die Bezugstat zu begehen. Problematisch ist ein Vorbereitungsverbot hingegen insbesondere, wenn es sich auf eine äußerlich neutrale und wenig schadensträchtige Handlung bezieht, die für den Handelnden zudem nur mit geringem Aufwand verbunden ist.

Bei den durch das GVVG geschaffenen Anschließungstatbeständen ist aus rechtsstaatlicher Sicht zu fragen, ob sie auf tragfähigen Zurechnungsgründen beruhen. Denn diese Tatbestände rechnen dem Handelnden das Risiko von Bezugstaten Dritter zu, die ihrerseits eigenverantwortlich handeln. Gegen eine solche Risikozurechnung bestehen dann keine Bedenken, wenn ein Verhalten verboten wird, das sich nur mit Blick auf eine solche Bezugstat erklären lässt. In solchen Fällen besteht kein anerkanntes Interesse des Verbotsadressaten an der verbotenen Handlung. Zudem steht diese Handlung äußerlich in

⁸² Vgl. *Oehmichen/Klukkert*, Evaluationsbericht zum GVVG, 2012, S. 137 ff.

⁸³ *Oehmichen/Klukkert*, Evaluationsbericht zum GVVG, 2012, S. 169 ff.

⁸⁴ Ähnlich *Sieber*, Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt, *NStZ* 2009, 353 (360).

einem Näheverhältnis zu der Bezugstat. Für die Verhältnismäßigkeit der Zurechnung spricht es weiter, wenn die Verbotsnorm hohe Anforderungen an die Konkretisierung der Bezugstat stellt und/oder wenn nur wenige weitere Schritte zwischen dem verbotenen Verhalten und der Bezugstat liegen. Problematisch sind hingegen insbesondere solche Verbotsnormen, die ein äußerlich neutrales und nicht besonders schadensträchtiges Verhalten vor allem deshalb untersagen, weil es nach der Vorstellung des Täters in die Straftat eines anderen einmünden kann oder soll.

Insgesamt decken sich die rechtsstaatlichen Bedenken gegen Straftatbestände, die übermäßig weit im Vorfeld angesiedelt sind, weitgehend mit den Anwendungsproblemen, die in dem Evaluationsbericht zum GVVG geschildert werden. Dies gilt insbesondere für die Beweisschwierigkeiten bei dem Verbot äußerlich neutraler Handlungen. Denn hier ist der Nachweis eines strafrechtlich relevanten Vorsatzes entscheidend, aber zugleich besonders schwierig.

Es ist daher notwendig, die durch das GVVG geschaffenen Tatbestände vor allem insoweit aus rechtsstaatlicher wie praktischer Sicht zu überprüfen, als sie die Strafbarkeit dadurch besonders weit vorverlagern, dass äußerlich neutrale Handlungen weit im Vorfeld von Gewalttaten unter Strafe gestellt werden. Betroffen von einem solchen Prüfungsauftrag wären alle Tatbestände des GVVG. Dabei ginge es im Rahmen von § 89a Abs. 2 Nr. 1 und 2 StGB eher um Randbereiche der jeweiligen Norm. Hingegen wären das Wesentlichkeitserfordernis des § 89a Abs. 2 Nr. 3 StGB und die Tatbestände des § 89a Abs. 2 Nr. 4 StGB grundlegend zu erörtern. Vollumfänglich auf den Prüfstand zu stellen wären zudem § 89b und § 91 StGB.

Dagegen können Beweisprobleme, die im Zusammenhang mit Handlungen im Ausland stehen, durch eine Gesetzesänderung nicht behoben werden. Insbesondere der denkbare Ausweg, terroristische Vorbereitungshandlungen im Ausland durch möglichst pauschale Verbotstatbestände zu erfassen⁸⁵ – beispielsweise den bloßen Aufenthalt in einem „Terrorcamp“ oder jede Kontaktaufnahme mit einer terroristischen Vereinigung im Ausland unter Strafe zu stellen – dürfte weder mit Art. 103 Abs. 2 GG noch mit dem

⁸⁵ Vgl. zu ambivalenten entsprechenden Stellungnahmen von Praktikern *Oehmichen/Klukkert*, Evaluationsbericht zum GVVG, 2012, S. 171.

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bzw. dem verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatz vereinbar sein.

Es könnte im Übrigen sinnvoll sein, die Tatbestände des GVVG enger an den unionsrechtlichen Vorgaben auszurichten. Danach wären in erster Linie Unterstützungshandlungen für terroristische Straftaten Dritter strafbar. Die Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen dieser Dritten selbst ergäbe sich erst infolge von Beteiligungsregelungen.⁸⁶ Das Erfordernis eines bewussten Zusammenwirkens des potenziellen Gewalttäters mit einem Dritten würde sowohl die rechtsstaatlichen Probleme des geltenden Rechts als auch die Beweisschwierigkeiten verringern. Dabei bliebe die gesetzgeberische Entscheidung unberührt, tatsächlich bedrohliche Vorbereitungshandlungen zu terroristischen Gewalttaten auch dann unter Strafe zu stellen, wenn sie außerhalb einer terroristischen Vereinigung erfolgen.

Insgesamt schlagen die Mitglieder Bäcker, Hirsch und Wolff damit Folgendes vor:

Die weitreichende Kriminalisierung von Handlungen im Vorfeld terroristischer Anschläge durch das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten sollte aus strafverfolgungspraktischer, verfassungsrechtlicher und rechtspolitischer Warte überprüft werden. Überprüfungsbedürftig sind die geschaffenen Tatbestände insbesondere insoweit, als sie äußerlich neutrale und nicht besonders schadensträchtige Vorfeldhandlungen unter Strafe stellen.

Im Rahmen dieser Überprüfung sollte als denkbare Alternative zum gegenwärtigen Regelungsansatz eine stärkere Orientierung an den unionsrechtlichen Vorgaben erwogen werden.

4.1.1.3.2 Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller

Die Mitglieder Harms und Kaller weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass eine grundlegende Überprüfung der genannten Tatbestände nur dann Sinn ergibt, wenn ausreichendes Fall- und Rechtsprechungsmaterial vorliegt, was bei der Evaluierung in der Mitte der 16. Wahlperiode des Deutschen Bundestages leider noch nicht der Fall war. Eine

⁸⁶ Vgl. Art. 4 Abs. 1 und 2 Rahmenbeschluss 2002/475/JI.

sinnvolle Überprüfung müsse anhand des dann erhobenen Materials (Tatsachen, Urteile) erfolgen. Gerade wenn eine Überprüfung durch externe Mitglieder erfolgen sollte, könne einer solchen Überprüfung nicht durch völlig abstrakt, ohne Bezug zu Fallmaterial und der Urteilspraxis, gebildeten Prüfkriterien und Arbeitshypothesen vorgegriffen werden. Dies gelte umso mehr, als die Vorschriften des GVVG nicht nur auf den bislang vorwiegend betrachteten Phänomenbereich des jihadistischen Terrorismus, sondern auch auf den Rechtsterrorismus Anwendung finden, der möglicherweise durch eigene Sachverhaltskonstellationen geprägt ist, wie etwa im Fall „NSU“ durch lange Zeit ausschließlich im Verborgenen tätige Kleingruppen.

Die Mitglieder Harms und Kaller sind zudem der Auffassung, dass durch das GVVG ein wichtiger Schritt zur effektiven Bekämpfung terroristischer Handlungen durch Einzeltäter gegangen worden ist.

Nach wie vor nicht angemessen strafrechtlich erfasst ist nach ihrer Auffassung allerdings die Werbung für terroristische Gruppierungen. An einer solchen Werbung besteht nach ihrer Auffassung keinerlei berechtigtes Interesse, umgekehrt birgt diese Werbung ein erhebliches Radikalisierungspotential und ist daher unter Strafe zu stellen.

Zudem sollten nach Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller die Regelungen in §§ 129, 129a StGB hinsichtlich des Vereinigungsbegriffes so angepasst werden, dass die Erfordernisse des Terrorismus-Rahmenbeschlusses der EU erfüllt werden; das Vorhandensein einer Vereinigung soll insbesondere nicht davon abhängen, dass in einer Gruppierung eine vereinsähnliche Willensbildung erfolgt.

4.1.1.3.3 Auffassung des Mitglieds Giesler

Eine Erweiterung der Strafbarkeit des Werbens für terroristische Vereinigungen in § 129a StGB ist aus der Sicht des Mitgliedes Giesler nicht erforderlich. Seit dem 34. StrÄndG im Jahre 2002 stellt § 129a Abs. 5 Satz 2 StGB nur noch das gezielte Werben um Mitglieder oder Unterstützer für eine terroristische Vereinigung, nicht aber die bloße Sympathie- oder Unterstützungswerbung unter Strafe. Grund dafür waren insbesondere die bei der Auslegung und Anwendung des sehr weit gefassten Tatbestands des Werbens aufgetretenen Praxisprobleme, auch mit Blick auf das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG. Im Rahmen der Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses Terrorismusbekämpfung im Jahre 2003 ist diese Tatbestandsbeschränkung bewusst beibehalten worden. Für eine Korrektur dieser wohlwogener gesetzgeberischen Entscheidungen sind keine Gründe ersichtlich.

Nach Auffassung des Mitgliedes Giesler machen zudem die europarechtlichen Vorgaben eine Änderung der Straftatbestände der §§ 129, 129a StGB nicht erforderlich (siehe unten 4.3.1.2.2 a. E.).

4.1.2 Präventivpolizeiliche Terrorismusabwehr durch das BKA

Schwerpunkt der Ausführungen zum BKAG sind die Ermächtigungen des Bundeskriminalamts zu verdeckten Ermittlungen. In der Kommission besteht dabei schon keine Einigkeit darüber, wie diese Ermächtigungen zu interpretieren und polizeirechtsdogmatisch einzuordnen sind. Dies wirkt sich auch auf ihre Bewertung aus. Darum werden die divergierenden Auffassungen hier von vornherein getrennt dargestellt.

4.1.2.1 Auffassung der Mitglieder Bäcker und Hirsch⁸⁷

Im Folgenden werden auf der Grundlage einer Bestandsaufnahme, die insbesondere die unterschiedlichen Tatbestandsfassungen des Gesetzes näher erörtert, die Vorfeldtatbestände des BKAG zueinander sowie zu den jeweils korrespondierenden Gefahrtatbeständen in Beziehung gesetzt.

4.1.2.1.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme

Ausgangspunkt der Bestandsaufnahme ist die Aufgabenzuweisung in § 4a BKAG, auf die sich die Befugnisregelungen in §§ 20a ff. BKAG beziehen. Nach einer knappen Darstellung der geregelten Befugnisse werden die in dem Gesetz enthaltenen unterschiedlichen Typen von Eingriffstatbeständen für verdeckte Ermittlungsmaßnahmen vorgestellt.

4.1.2.1.1.1 Die Aufgabenzuweisung in § 4a BKAG

Die Aufgabenzuweisung in § 4a BKAG hat – wie jede derartige Norm – die Funktion zu bestimmen, zu welchen Zwecken die Polizei handeln soll. Sie begründet so die sachliche

⁸⁷ Das Mitglied Hirsch vertritt gemeinsam mit den Rechtsanwälten Baum und Schantz die am Bundesverfassungsgericht anhängige Verfassungsbeschwerde 1 BvR 966/09 gegen §§ 4a, 14 (Datenübermittlung), 20g (besondere Mittel der Datenerhebung), 20h (Wohnraumüberwachung), 20k („Online-Durchsuchung“), 20l (Telekommunikationsüberwachung sowie Quellen-Telekommunikationsüberwachung), 20u (Zeugnisverweigerungsrechte) BKAG. Die in diesem Bericht dargestellte Auffassung des Mitglieds Hirsch beruht auf dem zurzeit noch geltenden Recht und steht unter dem Vorbehalt der noch ausstehenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.

Zuständigkeit des Bundeskriminalamts und legt einen normativen Rahmen für dessen präventivpolizeiliche Tätigkeit fest. Dabei beschränkt sich die Zuständigkeit des Bundeskriminalamts – entsprechend dem zugrunde liegenden Kompetenztitel in Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG – darauf, Gefahren des internationalen Terrorismus abzuwehren. Die Aufgabenzuweisung muss diesen Begriff näher bestimmen, um zu gewährleisten, dass sich die präventivpolizeiliche Tätigkeit des Bundeskriminalamts im Rahmen der Kompetenzordnung hält.⁸⁸

Diese Konkretisierung soll die für den gesamten Normkomplex zentrale Regelung in § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG leisten, auf die sämtliche Befugnisatbestände in §§ 20a ff. BKAG unmittelbar oder mittelbar zurückgreifen. Die Regelung legt damit allgemeingültig fest, was eine terroristische Handlung im Sinne des BKAG ist.⁸⁹ Dazu errichtet sie drei Voraussetzungen: Es muss eine schwere Straftat im Raum stehen, die sich in den Katalogen von § 129a Abs. 1 und Abs. 2 StGB findet. Diese Straftat muss zudem ein spezifisch terroristisches Ziel verfolgen und eine besondere Schadenseignung aufweisen. Hinsichtlich des Ziels und der Schadenseignung ist § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG wortlautidentisch mit § 129a Abs. 2 StGB. Zur Konkretisierung der Norm kann darum die oben bereits dargestellte strafgerichtliche Rechtsprechung herangezogen werden. Für die präventivpolizeiliche Tätigkeit des Bundeskriminalamts dürfte dabei das Eignungskriterium im Vordergrund stehen, da davon auszugehen ist, dass sich die Ziele mutmaßlicher Terroristen im Voraus allenfalls ansatzweise ausmachen lassen.

Zudem ist das Bundeskriminalamt nur zuständig, wenn eine Gefahr des *internationalen* Terrorismus besteht. Für terroristische Phänomene, die ohne internationale Bezüge auf Deutschland begrenzt sind, bleiben allein die Landespolizeibehörden zuständig. Nach der Gesetzesbegründung soll es allerdings bereits ausreichen, wenn eine nur in Deutschland tätige Gruppe in „international propagierte ideologische Strömungen“ wie etwa den „weltweiten Jihad“ eingebunden ist. Selbst ein Einzeltäter, der seine Tätigkeit auf Deutschland beschränkt und lediglich durch allgemein gehaltene ideologische Botschaften aus dem Ausland motiviert wird, könnte danach dem internationalen Terrorismus

⁸⁸ Außer Betracht bleibt hier das gleichfalls kompetenzrechtlich vorgegebene Verhältnis des Bundeskriminalamts zu den Landespolizeibehörden, wengleich sich auch hier durchaus Probleme stellen.

⁸⁹ In diese Richtung auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/10121, S. 16.

zugerechnet werden.⁹⁰ Wird diese extensive Interpretation zugrunde gelegt, so kommt dem Tatbestandsmerkmal des internationalen Terrorismus in Zeiten des Internet kaum eine Begrenzungswirkung zu. Beispielsweise lässt sich eine Präventivzuständigkeit des Bundeskriminalamts auf dieser Grundlage auch im Bereich des Rechtsterrorismus bejahen, wenn sich Täter auf international propagierte rechtsterroristische Ideologien („White Power“) stützen.

Vorzugswürdig erscheint indes eine restriktivere Auslegung dahingehend, dass entweder Anhaltspunkte für grenzüberschreitende Tätigkeiten bestehen müssen, die auf terroristische Straftaten gerichtet sind (etwa Unterstützungs-, Planungs-, Koordinierungs- oder Vorbereitungshandlungen), oder ein staatenübergreifender Schaden drohen muss. In dieser Auslegung hätte das Merkmal der Internationalität eine gewisse Begrenzungswirkung.

Schließlich besteht die Zuständigkeit des Bundeskriminalamts nur, wenn eine präventivpolizeiliche Tätigkeit der Landespolizeibehörden keine hinreichenden Erfolge verspricht. § 4a Abs. 1 Satz 1 BKAG benennt hierfür drei Fallgruppen, die wörtlich aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG übernommen sind. Danach ist das Bundeskriminalamt in den Fällen zuständig, in denen eine länderübergreifende Gefahr vorliegt, die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde nicht erkennbar ist oder die oberste Landesbehörde um eine Übernahme ersucht.⁹¹ Bei der Auslegung dieser Begriffe ist zu beachten, dass der föderale Aufbau der Polizei ein Teil der vom Grundgesetz errichteten bundesstaatlichen Gewaltengliederung ist, die insbesondere dazu dient, die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger zu gewährleisten.⁹²

4.1.2.1.1.2 Geregelt Befugnisse

§§ 20a ff. BKAG regeln die Befugnisse, die dem Bundeskriminalamt zur Erfüllung seiner präventivpolizeilichen Aufgabe zur Verfügung stehen. So kann das Bundeskriminalamt auf der Grundlage einer polizeilichen Generalklausel⁹³ wie auch von Sonderregelungen⁹⁴

⁹⁰ BT-Drs. 16/10121, S. 21.

⁹¹ Näher zum Verhältnis von Bundeskriminalamt und Landespolizeibehörden *Bäcker*, Terrorismusabwehr durch das Bundeskriminalamt, 2009, S. 36 ff., 57 ff.

⁹² BVerfG, Urteil vom 24. April 2013 – 1 BvR 1215/07 –, Rn. 113 = NJW 2013, 1499 (1503), so schon BVerfG NVwZ 1998, 495 (497).

⁹³ § 20a Abs. 1 Satz 1 BKAG.

schadensträchtige Geschehensabläufe mit Befehl und Zwang unterbrechen. Vor allem aber wird das Bundeskriminalamt mit umfassenden Ermittlungsbefugnissen ausgestattet. Insbesondere enthält der gesetzliche Befugnis-katalog zahlreiche verdeckte Ermittlungsmaßnahmen unter Einschluss von Maßnahmen, die sich in den Landespolizeigesetzen nur vereinzelt finden.⁹⁵

Gerade verdeckte Ermittlungsmaßnahmen sind allerdings verfassungsrechtlich wie rechtspolitisch besonders problematisch.⁹⁶ Sowohl die Diskussion um die grundrechtlichen Grenzen der staatlichen Sicherheitsgewähr als auch die Auseinandersetzung um neue rechtliche Maßstäbe der polizeilichen Arbeit wurden vor allem dadurch angestoßen, dass solche Maßnahmen vermehrt in die Polizeigesetze aufgenommen wurden.⁹⁷ Die weiteren Ausführungen beschränken sich daher auf die Ermächtigungen zu verdeckten Ermittlungsmaßnahmen.

4.1.2.1.1.3 Typen von Eingriffstatbeständen

Die Ermächtigungen des Bundeskriminalamts zu heimlichen Ermittlungsmaßnahmen knüpfen durchweg an die Aufgabenzuweisung des § 4a Abs. 1 BKAG an. Die Befugnisstatbestände lassen sich in zwei Gruppen einteilen, wobei sich in den meisten Regelungen Tatbestände beider Gruppen finden: zum einen Tatbestände, die sich an dem hergebrachten Regelungsmodell der präventivpolizeilichen Gefahrenabwehr orientieren, zum anderen Tatbestände, die sich von diesem Regelungsmodell lösen und den Eingriffsanlass zumindest auf den ersten Blick mehr oder weniger weitgehend in das Gefahrvorfeld verlagern. Drei Normen sind als Sonderfälle anzusehen. In ihnen finden sich – jeweils aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben – Eingriffstatbestände, die nicht ohne weiteres einzuordnen sind.

⁹⁴ § 20o BKAG – Platzverweisung; § 20p BKAG – Gewahrsam; § 20s BKAG – Sicherstellung.

⁹⁵ Im Einzelnen: § 20g BKAG – besondere Mittel der Datenerhebung; § 20h BKAG – Wohnraumüberwachung; § 20i BKAG – Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung; § 20j BKAG – Rasterfahndung; § 20k BKAG – „Online-Durchsuchung“; § 20l BKAG – Telekommunikationsüberwachung; § 20m BKAG – Erhebung von Telekommunikations-Verkehrsdaten und Telemedien-Nutzungsdaten; § 20n BKAG – „IMSI-Catcher“.

⁹⁶ Vgl. *Hirsch*, Auf dem Weg in den Überwachungsstaat, in: Huster/Rudolph, Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, 2008, S. 164 ff.

⁹⁷ Vgl. im Überblick *Kötter*, Pfade des Sicherheitsrechts, 2007, S. 157 ff.

4.1.2.1.1.3.1 Gefahrtatbestände

Die Ermächtigungen des BKAG zu verdeckten Ermittlungen enthalten überwiegend einen Befugnistatbestand, der die jeweils geregelte Ermittlungsmaßnahme zur Gefahrenabwehr zulässt.

Diese Tatbestände sind zunächst im Zusammenhang mit dem besonderen Gefahrbegriff des § 20a Abs. 2 BKAG zu lesen. Danach bezeichnet der Begriff der Gefahr in den §§ 20a ff. BKAG eine „im Einzelfall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit im Zusammenhang mit Straftaten gem. § 4a Abs. 1 Satz 2“ BKAG. Es muss sich also in hergebrachter polizeirechtlicher Terminologie zunächst um eine konkrete Gefahr handeln. Durch den Verweis auf § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG wird zudem der Gegenstand der polizeilichen Schadensprognose gegenüber dem allgemeinen polizeilichen Schutzgut der öffentlichen Sicherheit verengt: Es muss die Gefahr bestehen, dass eine terroristische Straftat im Sinne der Aufgabenzuweisung begangen oder fortgesetzt wird.⁹⁸

Der Gefahrbegriff des § 20a Abs. 2 BKAG ist zunächst für die Ermächtigungstatbestände maßgeblich, die ausdrücklich lediglich eine Gefahr voraussetzen.⁹⁹ Er führt dazu, dass der Eingriffsanlass gegenüber dem Gefahrbegriff der Landespolizeigesetze erheblich qualifiziert wird. Gefordert wird die Prognose einer schweren Straftat mit hohem Schädigungspotenzial; der Eingriffstatbestand entspricht am ehesten dem hergebrachten polizeirechtlichen Begriff der dringenden Gefahr.¹⁰⁰

Nach der systematischen Stellung und dem Sinn von § 20a Abs. 2 BKAG ist diese Norm daneben auch heranzuziehen, um die Befugnistatbestände¹⁰¹ zu konkretisieren, die das Gefahrerfordernis weiter einzuengen suchen. Diese Normen ermächtigen das Bundeskriminalamt zu besonders intensiven Grundrechtseingriffen. Sie verlangen weitgehend übereinstimmend eine „Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Staates, für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder Sachen von bedeutendem Wert, deren

⁹⁸ Ebenso die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/10121, S. 22.

⁹⁹ § 20c Abs. 2 Satz 2, § 20d Abs. 1 Nr. 1, § 20o, § 20s Abs. 1 Nr. 1 BKAG.

¹⁰⁰ Das Erfordernis einer dringenden Gefahr errichtet nach h. M. erhöhte Anforderungen allein an Art und Ausmaß des drohenden Schadens, BVerwGE 47, 31 (40); BGHSt 54, 69 (83 f.); undeutlich zu Art. 13 Abs. 4 GG BVerfGE 109, 279 (379).

¹⁰¹ § 20g Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 20h Abs. 1, § 20j Abs. 1 Satz 1, § 20k Abs. 1 Satz 1, § 20l Abs. 1 Nr. 1, § 20m Abs. 1 Nr. 1, § 20n Abs. 1 i. V. m. § 20l Abs. 1 Nr. 1 BKAG.

Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist“. Damit scheint auf den ersten Blick ein materiell qualifizierter Gefahrentatbestand geregelt worden zu sein. Tatsächlich läuft die scheinbare Qualifikation jedoch leer. Eine Gefahr, die nicht eines der genannten Rechtsgüter bedroht, wird schon den Anforderungen von § 20a Abs. 2 in Verbindung mit § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG nicht genügen, da die bevorstehende Straftat nicht die erforderliche terrorismusspezifische Schadenseignung aufweist. Die wortreiche Formulierung ist damit bestenfalls sinnlos. Schlimmstenfalls provoziert sie das Missverständnis, dass gerade eingriffsintensive Maßnahmen getroffen werden dürfen, um bloße Sachgefahren abzuwehren.¹⁰² Richtigerweise sind auch solche Maßnahmen hingegen nur zulässig, wenn eine Sachgefahr ausnahmsweise so schwer wiegt, dass sie im Sinne des § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich schädigen kann.

4.1.2.1.1.3.2 Vorfeldtatbestände

Das BKAG soll dem Bundeskriminalamt weiter erkennbar auch dann Ermittlungsbefugnisse einräumen, wenn (noch) keine Gefahr im Sinne des § 20a Abs. 2 BKAG besteht. Das Gesetz enthält dementsprechend zahlreiche Befugnisnormen, die den Eingriffsanlass ohne Rückgriff auf den Gefahrbegriff beschreiben. Dabei werden die Eingriffstatbestände im Gefahr vorfeld unterschiedlich gefasst.

Die Generalklausel des § 20b Abs. 1 BKAG ermöglicht dem Bundeskriminalamt allgemein Datenerhebungen mit dem Ziel, seine präventive Aufgabe nach § 4a Abs. 1 BKAG zu erfüllen. Dies wird für die Verhütung terroristischer Straftaten in § 20b Abs. 2 BKAG konkretisiert. Nach § 20b Abs. 2 BKAG dürfen personenbezogene Daten nur erhoben werden, wenn „Tatsachen die Annahme rechtfertigen“, dass jemand „eine Straftat“ gem. § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG begehen „will“. Zu beachten ist dabei, dass eine solche Generalklausel nur Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung von geringem Gewicht rechtfertigen kann.¹⁰³ Zudem sind personenbezogene Daten grundsätzlich offen zu erheben.

¹⁰² Dieses Missverständnis findet sich in den im Gesetzgebungsverfahren eingeholten – konsequenterweise kritischen – Stellungnahmen der Sachverständigen *Geiger*, InnenA-BT-Drs. 16(4)460 H, S. 6 f.; *Möllers*, InnenA-BT-Drs. 16(4)460 K, unter II 4.

¹⁰³ Vgl. zur Videoüberwachung im öffentlichen Raum auf der Grundlage einer allerdings noch pauschaleren Generalklausel BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 23. Februar 2007 – 1 BvR 2368/06 –, NVwZ 2007, 688 (690 f.).

Verdeckte Ermittlungsmaßnahmen können nur ausnahmsweise auf die Generalklausel gestützt werden.¹⁰⁴

Anders formuliert sind hingegen die Vorfeldtatbestände der Ermächtigungen zum Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung¹⁰⁵ sowie zur Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung.¹⁰⁶ Diese Normen ermöglichen die geregelten Maßnahmen, wenn „Tatsachen die Annahme rechtfertigen“, dass der Betroffene „Straftaten“ gem. § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG begehen „wird“.

Eine wiederum andere Formulierung findet sich schließlich in den Befugnisnormen, die Ermittlungsmaßnahmen mit Bezug zu Telekommunikation oder Telemedien regeln. Solche Maßnahmen können gegen eine Person getroffen werden, bei der „bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen“, dass sie „Straftaten“ gem. § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG „vorbereitet“.¹⁰⁷

4.1.2.1.1.3.3 Sonderfälle

In den Ermächtigungen zu Wohnraumüberwachungen, Rasterfahndungen und „Online-Durchsuchungen“ finden sich Eingriffstatbestände, deren Einordnung Schwierigkeiten bereitet. Die Ermächtigungen zu Wohnraumüberwachungen und Rasterfahndungen errichten innerhalb eines Gefahrtatbestands Eingriffsvoraussetzungen, die eher auf einen Vorfeldtatbestand hinzudeuten scheinen. Die Ermächtigung zu „Online-Durchsuchungen“ enthält einen Eingriffstatbestand, der zumindest auf den ersten Blick zwischen Gefahr und Gefahrvorfeld changiert.

4.1.2.1.1.3.3.1 Wohnraumüberwachung und Rasterfahndung

Wohnraumüberwachung und Rasterfahndung haben trotz ihrer völlig unterschiedlichen ermittlungstaktischen Bedeutung gemeinsam, dass beide Ermittlungsmaßnahmen von Verfassungs wegen an eine konkrete Gefahr gebunden werden müssen. Für die Wohnraumüberwachung ergibt sich dies ausdrücklich aus Art. 13 Abs. 4 GG, der für eine

¹⁰⁴ § 20b Abs. 3 BKAG i. V. m. § 21 Abs. 3 Satz 1 BPolG.

¹⁰⁵ § 20g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BKAG.

¹⁰⁶ § 20i Abs. 2 Nr. 2 BKAG.

¹⁰⁷ § 20l Abs. 1 Nr. 2, § 20m Abs. 1 Nr. 2, § 20n Abs. 1 i. V. m. § 20l Abs. 1 Nr. 2 BKAG. Eine sehr ähnliche Formulierung findet sich etwa in § 23a Abs. 1 Satz 1 ZFdG, wird dort jedoch in Abs. 2 der Vorschrift erläutert und durch Beispiele konkretisiert.

solche Maßnahme eine dringende und damit hinsichtlich des erwarteten Schadens qualifizierte konkrete Gefahr voraussetzt. Für die präventivpolizeiliche Rasterfahndung hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss zu den sogenannten Schläferfahndungen nach dem 11. September 2001 das Erfordernis einer konkreten Gefahr aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung abgeleitet. Dieses Erfordernis soll die hohe Streubreite der Maßnahme kompensieren.¹⁰⁸

Die Ermächtigungen zu Wohnraumüberwachungen und Rasterfahndungen setzen entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben jeweils eine konkrete Gefahr voraus. Sie enthalten allerdings auch Formulierungen, welche die Interpretation des jeweiligen Eingriffstatbestands erschweren: § 20h Abs. 1 Nr. 1 lit. b BKAG erlaubt die Wohnraumüberwachung auch gegen eine Person, „bei der konkrete Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen die begründete Annahme rechtfertigen, dass sie Straftaten gem. § 4a Abs. 1 Satz 2 [BKAG] begehen wird“. Nach § 20j Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BKAG liegt für die Rasterfahndung eine konkrete Gefahr „in der Regel auch dann vor, wenn konkrete Vorbereitungshandlungen die Annahme rechtfertigen, dass eine Straftat nach § 4a Abs. 1 Satz 2 [BKAG] begangen werden soll.“ Beide Formulierungen ähneln erkennbar nicht nur einander, sondern auch den oben dargestellten Vorfeldtatbeständen. Sie werfen darum die Frage auf, ob das Erfordernis einer konkreten Gefahr hier durch Regelungselemente verwässert wird, die dem Gefahrvorfeld zuzurechnen sind.

4.1.2.1.1.3.3.2 „Online-Durchsuchung“

Die Ermächtigung zu „Online-Durchsuchungen“ in § 20k BKAG enthält einen besonderen Befugnistatbestand, der sich eng an Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts orientiert, dadurch allerdings weder in die gängige polizeirechtliche Terminologie noch in die Systematik der sonstigen Regelungen des BKAG einzuordnen ist.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil zum Verfassungsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen klargestellt, welche Anforderungen sich aus dem Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme für eine

¹⁰⁸ BVerfGE 115, 320 (360 ff.).

Ermächtigung zu präventiven „Online-Durchsuchungen“ ergeben. Danach ist eine solche Ermittlungsmaßnahme nur zulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für eine konkrete Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut bestehen.¹⁰⁹

Der Eingriffstatbestand in § 20k Abs. 1 BKAG knüpft unmittelbar hieran an. Die Norm erlaubt eine „Online-Durchsuchung“, wenn „bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen“, dass eine Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut besteht. Weiter erklärt sie eine solche Maßnahme auch für 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 [...] genannten Rechtsgüter hinweisen.“ Diese Formulierung ist wörtlich aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts übernommen.¹¹⁰

Die vorfeldtypische Formulierung „bestimmte Tatsachen“ und die Regelung, dass „Online-Durchsuchungen“ auch zulässig sind, wenn ein Schaden nicht in näherer Zukunft bevorsteht, werfen die Frage auf, ob § 20k Abs. 1 BKAG als Gefahrtatbestand anzusehen oder dem Gefahrvorfeld zuzuordnen ist.

4.1.2.1.2 Analyse und Bewertung

Im Folgenden werden die Vorfeldtatbestände des BKAG in zweifacher Hinsicht bewertet: Zum einen wird untersucht, ob sie zueinander in einem stimmigen Verhältnis stehen. Zum anderen wird erörtert, wie sich diese Tatbestände zu den jeweils entsprechenden Gefahrtatbeständen verhalten. Anschließend werden die Tatbestände der Ermächtigungen zu Wohnraumüberwachungen, Rasterfahndungen und „Online-Durchsuchungen“ eingeordnet.

4.1.2.1.2.1 Operationalisierbarkeit der Vorfeldtatbestände

Zunächst stellt sich die Frage, ob die Vorfeldtatbestände sich zu einem in sich stimmigen Ganzen zusammenfügen. Dazu müssten sich die verschiedenen Formulierungen auch in praktischen Unterschieden niederschlagen, die geregelten Ermittlungsmaßnahmen müssten

¹⁰⁹ BVerfGE 120, 274 (327 ff.).

¹¹⁰ Vgl. BVerfGE 120, 274 (329).

also in unterschiedlichem Ausmaß verfügbar sein. Hierfür kommt es darauf an, ob diesen Formulierungen Differenzierungen im Grad der Vorverlagerung entnommen werden können und ob diese Differenzierungen sich auch praktisch operationalisieren lassen.

Unterschiede zwischen den verschiedenen Vorfeldtatbeständen könnten sich ergeben zum einen hinsichtlich des Gegenstands des jeweils angeordneten polizeilichen Wahrscheinlichkeitsurteils, zum anderen hinsichtlich der Dichte der Tatsachenbasis, die diesem Urteil jeweils zugrunde liegt. Letztlich spricht nach Ansicht der Kommission allerdings wenig dafür, dass sich die Vorfeldtatbestände des BKAG in ihren Auswirkungen signifikant voneinander unterscheiden.

4.1.2.1.2.1.1 Unterschiede im Gegenstand des polizeilichen Wahrscheinlichkeitsurteils?

Hinsichtlich des Gegenstands fällt zunächst auf, dass die Generalklausel in § 20b Abs. 2 Nr. 1 BKAG voraussetzt, dass der Betroffene „eine Straftat“ begehen will, während die anderen Vorfeldtatbestände auf „Straftaten“ abstellen. Hierin könnte ein Unterschied hinsichtlich der Konkretisierung drohender Schadensereignisse gesehen werden: Die Formulierung im Singular könnte darauf hindeuten, dass sich eine bestimmte Straftat nach Art, Ort, Zeit und Beteiligten bereits deutlich konturiert abzeichnen muss. Hingegen könnte die Formulierung im Plural so zu verstehen sein, dass von dem Betroffenen der jeweiligen Ermittlungsmaßnahme allgemein Straftaten eines bestimmten Typs erwartet werden, ohne dass sich jedoch schon eine konkrete Tat im Einzelfall abzeichnet. Bei diesem Verständnis ergäbe sich allerdings das befremdliche Ergebnis, dass die Generalklausel zur Datenerhebung, die lediglich Datenerhebungen von geringer Eingriffsintensität trägt, höhere Anforderungen errichtete als die spezifischen Ermächtigungen zu eingriffsintensiven Ermittlungsmaßnahmen. Es erscheint darum zweifelhaft, aus der Formulierung des Prognosegegenstands im Singular oder im Plural Rückschlüsse auf den Grad der Vorverlagerung zu ziehen. Unklar bleibt allerdings, ob das polizeiliche Wahrscheinlichkeitsurteil sich nach den verschiedenen Vorfeldermächtigungen nun auf eine konkret absehbare Straftat oder auf Straftaten, die lediglich dem Typ nach bestimmt sind, beziehen muss.

Ein Unterschied hinsichtlich des Urteilsgegenstands könnte weiter daraus abgeleitet werden, dass die Normen die Beziehung des Betroffenen der Ermittlungsmaßnahme zu den drohenden terroristischen Straftaten unterschiedlich beschreiben: Teils wird gefordert, dass

der Betroffene die Straftaten begehen „will“, teils dass er sie begehen „wird“, teils dass er sie „vorbereitet“.

Die Formulierung der Generalklausel zur Datenerhebung, dass der Betroffene eine terroristische Straftat begehen „will“, scheint auf den ersten Blick darauf zu deuten, dass das polizeiliche Wahrscheinlichkeitsurteil sich allein auf die subjektiven Wünsche des Betroffenen bezieht. Irrelevant wäre danach, ob auch nur die entfernte Möglichkeit besteht, dass der Betroffene diese Wünsche in die Tat umsetzen kann. Eine solche Interpretation der Norm liegt jedoch fern. Zum einen stellt sich die Frage, wie das Bundeskriminalamt ein tragfähiges Wahrscheinlichkeitsurteil über reines Wunschdenken fällen soll. Zum anderen kann solches Wunschdenken kein verfassungsrechtlich hinreichender Grund sein, um personenbezogene Daten zu erheben und so in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung einzugreifen. Dies ergibt sich indirekt auch aus dem Gesetz, da die erhobenen Daten nach § 20b Abs. 2 Nr. 1 BKAG weiter erforderlich sein müssen, um die Straftat zu verhüten. Das können sie nur, wenn zumindest möglich erscheint, dass der Betroffene seinen Willen auch in die Tat umsetzen kann. Die Generalklausel verlangt daher – wenn auch in missverständlicher Formulierung – ein Wahrscheinlichkeitsurteil (auch) über die Fähigkeit des Betroffenen, terroristische Straftaten zu begehen.

In dieser Interpretation der Generalklausel ist allerdings hinsichtlich des Prognosegegenstandes kein Unterschied zu den Normen erkennbar, die eine Prognose verlangen, dass der Betroffene terroristische Straftaten begehen „wird“. Denn diese Normen errichten keine weiteren Anforderungen an die Beurteilungsgrundlage der Prognose, etwa an die Art der zugrunde liegenden Tatsachen.¹¹¹ Werden sie weiter so gelesen, dass Straftaten des Betroffenen lediglich dem Typ nach prognostiziert werden müssen, so wird die Prognose damit sehr weitgehend geöffnet. Insbesondere wäre es nicht erforderlich, diese Prognose auf Umstände zu stützen, die auf einen mehr oder weniger konkret absehbaren Geschehensablauf in der Zukunft hindeuten. Vielmehr käme es allein darauf an, ob dem Betroffenen die Neigung und die Fähigkeit zu terroristischen Straftaten zuzutrauen sind. Ein

¹¹¹ Anders ist es etwa bei Regelungen, die verlangen, dass die Straftatenprognose auf „konkreten Vorbereitungshandlungen“ beruht.

solches Wahrscheinlichkeitsurteil könnte etwa auch (ausschließlich) von bestimmten Persönlichkeitsmerkmalen oder der Vordelinquenz des Betroffenen ausgehen.¹¹²

Schließlich erscheint fragwürdig, ob und inwieweit sich ein abweichender Urteilsgegenstand bei den Regelungen ergibt, die verlangen, dass der Betroffene terroristische Straftaten „vorbereitet“. Es ist schon unklar, ob der Eingriffstatbestand gegenüber der Prognose, dass der Betroffene solche Straftaten begehen „wird“, eingeengt oder sogar noch erweitert wird. Anders als bei Regelungen, die eine Straftatenprognose auf Vorbereitungshandlungen stützen, ist die Vorbereitung hier nämlich nicht Teil der Beurteilungsgrundlage einer Straftatenprognose. Vielmehr ist die Vorbereitung selbst Gegenstand des Wahrscheinlichkeitsurteils, das damit unmittelbar auf die Gegenwart und nicht etwa auf die drohenden Straftaten bezogen wird, und dessen Beurteilungsgrundlage aus anderen, nicht weiter spezifizierten Umständen besteht. Wer Straftaten „vorbereitet“, hat zwar bereits etwas unternommen, um diese Straftaten begehen zu können. Jedoch können diese Handlungen sich noch in einem so frühen Stadium befinden oder so untauglich sein, dass nicht notwendigerweise absehbar ist, ob der Betroffene die Straftaten begehen „wird“. Unklar bleibt des Weiteren wiederum, ob die Vorbereitung sich bereits auf eine konkrete Straftat beziehen muss oder ob das polizeiliche Wahrscheinlichkeitsurteil sich auch auf die unspezifische Vorbereitung noch unbestimmter Straftaten beziehen kann. Die Gesetzesbegründung zu § 20i BKAG hilft bei der Interpretation des Eingriffstatbestands nicht weiter, wenn es dort im Widerspruch zum Gesetzestext heißt, die Maßnahme könne sich gegen eine Person richten, bei der „bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Straftaten nach § 4a Abs. 1 Satz 2 [BKAG] begehen *wird*.“¹¹³

4.1.2.1.2.1.2 Unterschiede in der Dichte der Tatsachengrundlage?

Ein Unterschied im Grad der Vorverlagerung könnte weiter darin zu sehen sein, dass einige Befugnistatbestände als Grundlage des angeordneten Wahrscheinlichkeitsurteils „bestimmte Tatsachen“ verlangen, während die anderen bloße „Tatsachen“ ausreichen lassen.

¹¹² Allerdings differenziert § 20i Abs. 2 BKAG zwischen zwei Straftatenprognosen, von denen eine allgemein auf „Tatsachen“, die andere auf einer „Gesamtwürdigung der Person und ihre[r] bisher begangenen Straftaten“ beruht. Ob sich daraus ein Argument dafür ergibt, dass im Rahmen von § 20g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BKAG eine solche Würdigung für die Straftatenprognose nicht ausreichen soll, ist angesichts der systematischen Stellung unklar.

¹¹³ BT-Drs. 16/10121, S. 31, Hervorhebung nur hier.

Ob eine Differenzierung zwischen „Tatsachen“ und „bestimmten Tatsachen“ geeignet ist, unterschiedlich hohe tatbestandliche Anforderungen festzulegen, muss zumindest als bislang ungeklärt angesehen werden. Dabei kann insbesondere auf Rechtsprechung und Literatur zum Strafprozessrecht zurückgegriffen werden, dem die Unterscheidung von „Tatsachen“ und „bestimmten Tatsachen“ ursprünglich entstammt.¹¹⁴ Dort ist es zumindest bislang nicht gelungen, diese Unterscheidung in allgemeiner Form zu operationalisieren und das Erfordernis „bestimmter Tatsachen“ tragfähig gegen den stets erforderlichen Anfangsverdacht abzugrenzen.

So hat das Bundesverfassungsgericht zwar jüngst ausgeführt, der durch „bestimmte Tatsachen“ begründete Verdacht einer Straftat unterliege höheren Anforderungen als der bloße Anfangsverdacht und erfordere eine „konkretisierte Verdachtslage“.¹¹⁵ Worin genau sich diese „konkretisierte Verdachtslage“ vom strafprozessualen Anfangsverdacht unterscheidet, führt das Gericht allerdings nicht aus.

In der fachgerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur werden „bestimmte Tatsachen“ üblicherweise zunächst gegen den „dringenden Tatverdacht“ abgegrenzt, der eine erhöhte Begehungswahrscheinlichkeit kennzeichnet. Eine Steigerung im Wahrscheinlichkeitsgrad sollen die „bestimmten Tatsachen“ gerade nicht implizieren.¹¹⁶ Stattdessen soll das Erfordernis „bestimmter Tatsachen“ auf „konkrete und in gewissem Umfang verdichtete Umstände als Tatsachenbasis für den Verdacht“ verweisen. Hingegen sollen vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen als Verdachtsgrundlage ausscheiden.¹¹⁷ Allerdings lässt sich jeder Wahrscheinlichkeitsschluss, der über eine rein willkürliche, irrationale und schon deshalb unzulässige Spekulation hinausgeht, auf Tatsachen zurückführen und geht über eine bloße Vermutung hinaus. Dementsprechend wird auch zum einfachen

¹¹⁴ Näher zur Gesetzesentwicklung *Schulz*, Normiertes Misstrauen, 2001, S. 588 ff.

¹¹⁵ BVerfGE 129, 208 (268), zu § 160a StPO; ähnlich BVerfGE 109, 279 (350); vgl. zu dem Parallelproblem, ob es einen operationalisierbaren Unterschied zwischen „Tatsachen“ und „tatsächlichen Anhaltspunkten“ gibt, einerseits BVerfGE 100, 313 (393 ff.), andererseits BVerfGE 110, 33 (61).

¹¹⁶ Vgl. etwa zu § 100a StPO *Nack*, in: *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 6. Aufl. 2008, § 100a Rn. 34; *Graf*, in: *Beck'scher Online-Kommentar zur StPO*, Stand Okt. 2012, § 100a Rn. 37.

¹¹⁷ So *Graf*, in: *Beck'scher Online-Kommentar zur StPO*, Stand Okt. 2012, § 100a Rn. 37; weitgehend ebenso etwa BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 30. April 2007 – 2 BvR 2151/06 – = *NJW* 2007, 2752; ähnlich *Nack*, in: *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 6. Aufl. 2008, § 100a Rn. 34.

strafprozessualen Anfangsverdacht ausgeführt, seine Grundlage dürfe nicht in reinen Vermutungen bestehen.¹¹⁸

4.1.2.1.2.1.3 Zwischenergebnis

Insgesamt bestehen erhebliche Zweifel, ob die unterschiedlichen Tatbestandsfassungen der Vorfeldermächtigungen des BKAG zu verdeckten Ermittlungsmaßnahmen sich praktisch so handhaben lassen, dass sie tatsächlich unterschiedliche Eingriffsschwellen errichten. Auch die von der Kommission angehörten Vertreter des Bundeskriminalamts haben – jenseits des ohnehin stets zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – hierzu keine Anknüpfungspunkte genannt. Es besteht ein besonderes rechtsstaatliches Interesse, gerade bei den Eingriffstatbeständen zu einer sicheren und eindeutigen Terminologie zurückzukehren.

4.1.2.1.2.2 Verhältnis von Gefahr- und Vorfeldtatbeständen

Das Verhältnis der Vorfeldtatbestände des BKAG zu den entsprechenden Gefahrtatbeständen wird im Folgenden anhand zweier Leitfragen bearbeitet: Zunächst wird untersucht, ob die Vorfeldtatbestände möglicherweise überflüssig sind, weil sie den Befugnisbereich des Bundeskriminalamts gegenüber den Gefahrtatbeständen nicht erweitern. Anschließend wird erörtert, ob diese Vorfeldtatbestände möglicherweise deshalb nicht erforderlich sind, weil Gefahrtatbestände ausreichen, um dem Bundeskriminalamt Ermittlungen zur präventivpolizeilichen Terrorismusabwehr im sachlich gebotenen Ausmaß zu eröffnen.

4.1.2.1.2.2.1 Redundanz der Vorfeldtatbestände?

Die Vorfeldtatbestände des BKAG könnten zunächst ganz oder teilweise redundant sein. Dies wäre der Fall, wenn sie letztlich dieselbe Eingriffsschwelle wie der besondere Gefahrtatbestand des § 20a Abs. 2 BKAG errichteten, also den Gefahrbegriff lediglich reformulierten. In diesem Fall würde sich die Frage aufdrängen, welchen Sinn eine doppelte Normierung desselben Eingriffstatbestands mit unterschiedlichen Formulierungen hat.

¹¹⁸ So etwa BGH, Beschluss vom 1. Juni 1994 – 1 BJs 182/83 StB 10/94 – = NStZ 1994, 499 (500).

Um die Frage nach der Redundanz der Vorfeldtatbestände des BKAG zu beantworten, müssen die Voraussetzungen sowohl eines Gefahrtatbestands als auch dieser Vorfeldtatbestände näher bestimmt werden.

Ein Gefahrtatbestand bindet polizeiliches Handeln an die positive Prognose eines Schadensereignisses mit hinreichender Wahrscheinlichkeit.¹¹⁹ In den Fällen des § 20a Abs. 2 BKAG muss es sich bei diesem Schadensereignis um eine Straftat im Sinne des § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG handeln. Die prognostizierte terroristische Straftat muss sich nach Art, Ort, Zeit und Beteiligten zumindest ansatzweise konturiert abzeichnen.¹²⁰ Der Gefahrbegriff umfasst dabei nach wohl überwiegender Auffassung, der sich kürzlich auch das Bundesverfassungsgericht angeschlossen hat,¹²¹ auch den Gefahrverdacht, also eine Sachlage, in der zwar Anhaltspunkte auf eine Straftat hindeuten, aber noch Informationslücken bestehen, die mit Maßnahmen der Gefahrerforschung geschlossen werden sollen. Polizeiliche Maßnahmen auf der Grundlage eines Gefahrtatbestands müssen weiter das Ziel verfolgen, die drohende Gefahr abzuwehren, hier also die prognostizierte Straftat zu verhindern; dies gilt insbesondere auch für Ermittlungsmaßnahmen auf der Grundlage eines Gefahrverdachts.

Ob die Vorfeldtatbestände des BKAG über den so konkretisierten Gefahrbegriff hinausgehen oder nicht, lässt sich nicht ohne weiteres beantworten. Maßgeblich kommt es dafür auf die bereits oben als Auslegungsproblem angesprochene Frage an, ob diese Tatbestände die Prognose einer bestimmten terroristischen Straftat verlangen oder ob ihnen zufolge die allgemeine Erwartung ausreicht, dass von dem Betroffenen Straftaten eines bestimmten Typs drohen, der Betroffene also „gefährlich“ ist.

Hierbei dürfte es näherliegen, die Vorfeldtatbestände des BKAG weit auszulegen, da sie – mitsamt den resultierenden Interpretationsproblemen – erkennbar an Vorbilder in den Landespolizeigesetzen anknüpfen, die gerade geschaffen wurden, um

¹¹⁹ Die wohl immer noch gründlichste Auseinandersetzung mit dem Gefahrbegriff findet sich bei *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge, 1983, S. 22 ff.; als weiterführender jüngerer Beitrag ist v. a. zu nennen *Poscher*, Eingriffsschwellen im Recht der inneren Sicherheit, Die Verwaltung 41 (2008), 345 ff.

¹²⁰ *Poscher*, Eingriffsschwellen im Recht der inneren Sicherheit, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (363 ff.).

¹²¹ BVerfGE 130, 151 (205 f.).

einzelfallübergreifende polizeiliche Handlungskonzepte zu legitimieren. Über die Veränderungen der Landespolizeigesetze wird seit langem eine intensive Diskussion sowohl aus fachwissenschaftlicher Sicht als auch aus Praktikerperspektive geführt. Dabei besteht zwischen den Diskutanten Einigkeit, dass diese Veränderungen dazu dienen, Maßnahmen gerade unterhalb der hergebrachten polizeirechtlichen Eingriffsschwelle der konkreten Gefahr zuzulassen.¹²² Solche Maßnahmen sollen gerade nicht nur Schadensereignisse im Einzelfall verhindern, sondern einzelfallübergreifend kriminelle Strukturen großflächig ausleuchten, um sie möglichst nachhaltig zu zerschlagen. Dabei sollen die Ermittlungen teils zwar von Einzelfällen bzw. von einzelnen Personen ausgehen, aber über konkrete Handlungen solcher Personen hinaus deren soziale Vernetzungen herausarbeiten.¹²³

Werden allerdings die hier untersuchten Eingriffstatbestände des BKAG entgegen der hier vertretenen Auffassung als lediglich reformulierte Gefahrtatbestände begriffen, so drängt sich die Frage auf, warum es einer eigenständigen Normierung dieser Tatbestände bedurfte. Gerade der besondere Gefahrbegriff des § 20a Abs. 2 BKAG ist bereits auf terroristische Gefahrlagen zugeschnitten. Weitere Eingriffstatbestände, die zumindest sehr missverständlich formuliert sind, den Befugnisbereich des Bundeskriminalamts aber nicht erweitern, sind daneben redundant, zugleich jedoch mit praktischen Fehlanwendungsrisiken wie verfassungsrechtlichen Problemen behaftet. Werden die (dann nur vermeintlichen) Vorfeldtatbestände des BKAG als Gefahrtatbestände begriffen, so ist ihre Streichung dringend zu empfehlen.

4.1.2.1.2.2 Erforderlichkeit der Vorfeldtatbestände?

Werden die Vorfeldtatbestände des BKAG als „echte“ Vorfeldtatbestände angesehen, die präventivpolizeiliche Maßnahmen in weiterem Umfang ermöglichen als die entsprechenden Gefahrtatbestände, so ist die weitere Frage klärungsbedürftig, ob und inwieweit solche Vorfeldtatbestände erforderlich sind, um dem Bundeskriminalamt eine hinreichend effektive

¹²² Überblicke gerade über die schon ältere Diskussion bei *Weßlau*, *Vorfeldermittlungen*, 1989, S. 42 ff.; *Albers*, *Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge*, 2001, S. 108 ff.; *Kötter*, *Pfade des Sicherheitsrechts*, 2007, S. 182 ff.; alle m. w. N.

¹²³ Plastisch *Stümper*, in: Kube/Störzer/Timm (Hrsg.), *Kriminalistik*, Bd. 1, Kap. 10, Rn. 77: „Man ermittelt deliktsspezifisch (was unverzichtbar ist), zugleich aber führt man daraus resultierende Erkenntnisse, und zwar nicht nur täter-, sondern auch milieu-, umfeld- und kontaktbezogen, zusammen und versucht Querverbindungen zu erkennen“.

Ermittlungstätigkeit zu ermöglichen. Dass insbesondere ein Bedürfnis für nahezu flächendeckende Vorfeldermächtigungen besteht, wie sie das BKAG vorsieht, ist jedenfalls nicht selbstverständlich.

Um die Erforderlichkeit der Vorfeldtatbestände zu klären, müssen zunächst Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen der entsprechenden Gefahrtatbestände untersucht werden. Auf dieser Grundlage lässt sich erörtern, inwieweit das Bundeskriminalamt auch auf Ermittlungsermächtigungen im Gefahrvorfeld angewiesen ist.

4.1.2.1.2.2.1 Flexibilität und Begrenzungswirkung der Gefahrtatbestände

Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen der Gefahrtatbestände des BKAG ergeben sich daraus, dass der Gefahrbegriff sowohl flexibilisierende als auch begrenzende Elemente aufweist.

Die Flexibilität des Gefahrbegriffs besteht darin, dass dieser Begriff polizeiliche Maßnahmen an unterschiedlich hohe Anforderungen je nach Situation und Maßnahmetyp bindet. Zunächst hängt der erforderliche Wahrscheinlichkeitsgrad maßgeblich vom Gewicht des drohenden Schadensereignisses ab. Da § 20a Abs. 2 BKAG für die präventivpolizeiliche Tätigkeit des Bundeskriminalamts stets voraussetzt, dass eine schwere Straftat mit gravierenden Folgen verhindert werden soll, reicht hier durchweg bereits eine geringe Begehungswahrscheinlichkeit aus, um eine konkrete Gefahr zu bejahen. Wird eine Ermittlungsmaßnahme an einen Gefahrtatbestand gebunden, so erhöht sich die Flexibilität des Gefahrbegriffs weiter, insbesondere wenn der Gefahrverdacht als Unterfall der konkreten Gefahr begriffen wird. Ermittlungsmaßnahmen können in der Folge in hochgradig ungewissen Sachlagen zulässig sein, in denen lediglich erste Anhaltspunkte auf eine nur grob konturierte terroristische Straftat hindeuten.

Gleichwohl wird der Gefahrbegriff auch in Ermittlungsermächtigungen nicht konturenlos. Die Anforderungen an die Mindestkonturierung der drohenden Straftat und an das Ziel der Gefahrenabwehr gestalten die präventivpolizeiliche Tätigkeit des Bundeskriminalamts reaktiv aus und binden sie an Einzelfälle. Auf der Grundlage eines Gefahrtatbestands ist das Bundeskriminalamt daher nicht befugt, in diffusen Bedrohungslagen, in denen noch keine ansatzweise konturierten Straftaten abzusehen sind, selbsttätig nach Verdachtsmomenten zu suchen. Insbesondere eine einzelfallunabhängige fortlaufende Beobachtung verdächtiger Personen oder Milieus durch Maßnahmen, die in Grundrechte eingreifen, ist ihm verwehrt.

Flexibilität und Begrenzungswirkung eines Gefahrtatbestands werden im Folgenden anhand von zwei Fällen aus dem Bereich der Terrorismusabwehr beispielhaft aufgezeigt, die Gegenstand gerichtlicher Verfahren waren: Die Überprüfung einer präventivpolizeilichen Wohnraumüberwachung im Rahmen eines strafgerichtlichen Verfahrens illustriert, wie weitreichend Gefahrtatbestände polizeiliche Ermittlungsmaßnahmen eröffnen. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zu den sogenannten Schläferfahndungen nach dem 11. September 2001 zeigt exemplarisch die Grenzen des Gefahrbegriffs auf.

4.1.2.1.2.2.1.1 Fallbeispiel 1: Düsseldorfer al-Qaida-Prozess

Nach Art. 13 Abs. 4 GG dürfen präventivpolizeiliche Wohnraumüberwachungen nur durchgeführt werden, um eine dringende, also (qualifizierte) konkrete Gefahr abzuwehren. Diese verfassungsrechtliche Vorgabe prädestiniert diese Maßnahme als Referenz dafür, wie leistungsfähig der Gefahrbegriff ist, wenn er verdeckte Ermittlungsmaßnahmen anleiten soll. Dazu wird hier die bislang letzte der wenigen veröffentlichten Gerichtsentscheidungen¹²⁴ herangezogen, in denen eine Wohnraumüberwachung auf der Grundlage eines Polizeigesetzes überprüft wurde.

Diese Prüfung war Teil eines strafgerichtlichen Urteils des Oberlandesgerichts Düsseldorf,¹²⁵ das mit der Revision zum Bundesgerichtshof angegriffen wurde. Den Angeklagten wurde zur Last gelegt, sich an al-Qaida beteiligt beziehungsweise diese unterstützt zu haben. Insbesondere hatte einer der Angeklagten mehrere Lebensversicherungen beantragt und teilweise auch abgeschlossen. Die Angeklagten planten, später den Tod des Versicherungsnehmers vorzutäuschen und die Versicherungsleistungen an al-Qaida weiterzuleiten.

¹²⁴ Eine auf § 23 bwPolG gestützte Wohnraumüberwachung wurde beanstandet in den – bei unterschiedlichen Streitgegenständen – zum selben Sachverhalt ergangenen Entscheidungen OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 1999 – 4 W 148/98 – = DVBl 1999, 1229; BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 – III ZR 9/03 – = NJW 2003, 3693 (3695 ff.). Ferner hatte der Bundesgerichtshof in einem Beschluss aus dem Jahr 1995 zu entscheiden, ob Erkenntnisse aus einem präventiven Lauschangriff in einem Ermittlungsverfahren genutzt werden dürfen. Das Gericht überprüfte die Überwachungsmaßnahme dabei nur auf offensichtliche Mängel, vgl. BGH, Beschluss vom 7. Juni 1995 – 2 BJs 127/93 – StB 16/95 – = NSTZ 1995, 601.

¹²⁵ OLG Düsseldorf, Urteil vom 5. Dezember 2007 – III-VI 10/05 –, nicht veröffentlicht.

Die Verurteilung wurde unter anderem auf Erkenntnisse aus einer Wohnraumüberwachung bei dem Hauptverdächtigen – dem späteren Angeklagten K. – gestützt. Die Überwachung war auf der Grundlage von § 29 POG RP a. F. angeordnet und später einmal verlängert worden. Diese Regelung forderte als Anlass der Überwachung damals wie heute eine dringende Gefahr. Der Bundesgerichtshof bejahte für die ursprüngliche Anordnung eine dringende Gefahr mit folgender Begründung:

„Das Oberlandesgericht hat das Vorliegen einer dringenden Gefahr [...] anhand einer eigenständigen Rekonstruktion des Ermittlungsstandes im Zeitpunkt der Anordnung [...] mit plausibler und rechtlich nicht zu beanstandender Begründung bejaht. Dabei hat es insbesondere darauf abgestellt, dass die Ermittlungslage wegen einer zu vorangegangenen Terroranschlägen parallelen Grundkonstellation befürchten ließ, dass in der Wohnung des Angeklagten K. Planungs- oder Vorbereitungshandlungen für Terroranschläge, also schwerste Straftaten gegen Leib und Leben Unbeteiligter durchgeführt würden, und damit eine gemeine Gefahr [...] vorlag. Diese Einschätzung basierte nicht auf bloßen Vermutungen, sondern auf konkreten Tatsachen, namentlich der extremistischen Grundeinstellung der sich in der Wohnung des Angeklagten K. treffenden Personen, ihren teilweisen Kontakten zu weiteren Personen, gegen die wegen des Verdachts der Einbindung in terroristische Netzwerke ermittelt wurde, dem konkreten Verdacht, dass der Angeklagte K. Kontakt zu terroristischen Strukturen in Afghanistan aufgenommen und sich dort an Kampfhandlungen beteiligt hatte, sowie nicht zuletzt auf dem Umstand, dass die Besucher der Wohnung konspirativ miteinander kommunizierten und sich Observationsmaßnahmen entzogen.“¹²⁶

Dafür, dass zum Zeitpunkt der Verlängerungsanordnung weiterhin eine dringende Gefahr bestand, bezieht sich der Bundesgerichtshof auf einen nicht veröffentlichten Beschluss des Oberlandesgerichts¹²⁷. In diesem Beschluss heißt es:

¹²⁶ BGHSt 54, 69 (93 f.).

¹²⁷ BGHSt 54, 69 (95 f.).

„Die zu Beginn der Wohnraumüberwachung [...] bejahte dringende Gefahr für die öffentliche Sicherheit bestand im Zeitpunkt der Maßnahmeverlängerung fort. Der bisherige Verlauf der Überwachung hatte nicht nur die bisherigen Annahmen zur extremistischen und im Grundsatz gewaltbereiten Ideologie des Angeklagten K[.] und des in seiner Wohnung regelmäßig verkehrenden Personenkreises bestätigt, sondern ferner Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Angeklagte K[.] aufgrund früherer Afghanistanaufenthalte Bezüge zur al-Qaida aufwies und sich zur Erfüllung eines Auftrags der terroristischen Organisation in Deutschland aufhielt. Seine diesbezüglichen Angaben [...] begründeten zur Zeit der richterlichen Verlängerungsanordnung den Verdacht, dass der Angeklagte K[.] seinen Aufenthalt in M[.] zur Rekrutierung gewaltbereiter Islamisten für ein – noch – nicht näher konkretisiertes terroristisches Vorhaben nutzte. Mag auch die Auswertung der bis zum Verlängerungsantrag aufgezeichneten Gespräche keinen Beleg für konkrete Anschlagplanungen des in der Wohnung verkehrenden Personenkreises erbracht haben, so erforderte der erreichte Erkenntnisstand im Interesse der Abwehr einer dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit aus präventivpolizeilicher Sicht dennoch eine Beobachtung der weiteren Entwicklung.“¹²⁸

Die Entscheidungen des Oberlandesgerichts und des Bundesgerichtshofs reizen den Gefahrtatbestand aus, wahren jedoch noch seine Grenzen.

Allerdings hatte die Polizei weder zum Zeitpunkt der ersten Überwachungsanordnung noch zum Zeitpunkt der Verlängerungsanordnung nähere Erkenntnisse über Art, Ort oder Zeit konkreter geplanter Straftaten. Dies räumt das Oberlandesgericht zu der Verlängerungsanordnung offen ein.

Zur Begründung einer dringenden Gefahr stützen sich die Gerichte in erster Linie auf persönliche Merkmale und das Vorverhalten des Angeklagten K. und seines Umfelds. Diese Begründung reicht zwar unproblematisch aus, um K. und möglicherweise auch die anderen überwachten Personen als potenzielle Straftäter anzusehen. Dies begründet jedoch für sich

¹²⁸ Zitiert nach OLG Düsseldorf, Urteil vom 5. Dezember 2007 – III-VI 10/05 –, nicht veröffentlicht, S. 93 f. des Umdrucks.

genommen noch nicht die Gefahr einer konkreten Straftat im Einzelfall. Allerdings verknüpfen die Entscheidungen die Belege für das Gewaltpotenzial des K. mit weiteren, davon unabhängigen Hinweisen, die nahelegten, dass er bereits erste Schritte unternommen hatte, um terroristische Straftaten vorzubereiten. Wenn auch diese Hinweise – konspirative Kommunikation der Betroffenen, Kontakte mit dritten „Gefährdern“, Angaben des K. zu seinem „Auftrag“ – ihrerseits eher vage ausfielen, erscheint es insgesamt vertretbar, die von den Gerichten beschriebene Situation als Gefahrverdacht einzustufen. In dieser Lage durfte die Polizei eine (weitere) Überwachung für angezeigt halten, um den Gefahrverdacht zu verdichten.¹²⁹

4.1.2.1.2.2.1.2 Fallbeispiel 2: Schläferfahndung

Das Begrenzungspotenzial des Gefahrbegriffs lässt sich an einem Sachverhalt aufzeigen, in dem die meisten Fachgerichte versucht haben, die Konturen dieses Begriffs aufzulösen, um die gewünschte Ermittlungsmaßnahme zu ermöglichen: den Rasterfahndungen nach terroristischen Schläfern ab Herbst 2001.

Nach den terroristischen Anschlägen in New York und Washington führten die Landespolizeibehörden bundesweit Rasterfahndungen durch, die vom Bundeskriminalamt koordiniert und unterstützt wurden. Hintergrund dieser Maßnahmen war, dass einige der Attentäter sich zuvor längere Zeit in der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten hatten. Die Rasterfahndungen sollten insbesondere dazu dienen, sogenannte terroristische Schläfer aufzuspüren.

Die Schläferfahndung wurde Gegenstand zahlreicher gerichtlicher Verfahren, teilweise wegen gesetzlicher Richtervorbehalte, teilweise weil Betroffene Rechtsbehelfe gegen die Maßnahme einlegten. Da eine Rasterfahndung zum damaligen Zeitpunkt nach den meisten Polizeigesetzen nur zulässig war, um eine gegenwärtige Gefahr abzuwehren, kam es für die rechtliche Beurteilung maßgeblich darauf an, ob eine solche (zeitlich und hinsichtlich des erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrads qualifizierte) Gefahrlage nach dem 11. September 2001 bestand.

¹²⁹ Das Bundesverfassungsgericht hat die Ausführungen des Bundesgerichtshofs zum Bestehen einer konkreten Gefahr ohne nähere Begründung gebilligt, BVerfGE 130, 1 (32).

Dies wurde in der fachgerichtlichen Rechtsprechung überwiegend bejaht.¹³⁰ Die Gerichte räumten zwar ein, dass zum Zeitpunkt der Rasterfahndung keine konkreten Hinweise für bevorstehende terroristische Aktivitäten in Deutschland bestanden hätten. Jedoch genüge angesichts des befürchteten Schadensausmaßes eine nur geringe Schadenswahrscheinlichkeit, um eine Gefahr anzunehmen. Um zu begründen, dass der erforderliche Wahrscheinlichkeitsgrad erreicht war, beriefen sich die Gerichte zum einen auf eine Serie terroristischer Anschläge mit islamistischem Hintergrund seit 1998, zum anderen auf die gespannte außenpolitische Lage im Vorfeld des Kriegs in Afghanistan. Die Sachlage wurde häufig als Dauergefahr gekennzeichnet, in der ein Schaden nicht notwendigerweise unmittelbar bevorsteht, aber jederzeit eintreten kann.

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Rechtsprechung anlässlich eines Falls aus Nordrhein-Westfalen beanstandet. Das Gericht führt in seinem Beschluss aus, eine Rasterfahndung der durchgeführten Art setze von Verfassungs wegen zumindest eine konkrete Gefahr voraus.¹³¹ Eine solche Gefahr habe jedoch nicht vorgelegen. Die von den Gerichten angeführten Anhaltspunkte begründeten vielmehr lediglich die allgemeine Möglichkeit eines Anschlags.¹³²

Dieser Beschluss lässt sich anhand des hier vorgestellten Verständnisses des Gefahrbegriffs rekonstruieren: Die Schläferfahndung ging nicht von einem bestimmten, wenn auch möglicherweise nur grob konturierten Schadensereignis aus, das abgewendet werden sollte.

¹³⁰ Zu der Rasterfahndung in Berlin: KG, Beschluss vom 16. April 2002 – 1 W 89/02 u. a. – = DuD 2002, 692 ff.; in Nordrhein-Westfalen: AG Düsseldorf, Beschluss vom 2. Oktober 2001 – 151 Gs 4092/01 – = DuD 2001, 754 f.; LG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Oktober 2001 – 151 II 1/01 – = DuD 2001, 755 f.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Februar 2002 – 3 Wx 356/01 –; in Rheinland-Pfalz: VG Mainz, Beschluss vom 19. Februar 2002 – 1 L 1106/01.MZ – = DuD 2002, 303 ff.; OVG Koblenz, Beschluss vom 22. März 2002 – 12 B 10331/02.OVG – = DuD 2002, 307 ff. Gegen die Annahme einer gegenwärtigen Gefahr zu der Rasterfahndung in Berlin: LG Berlin, Beschluss vom 15. Januar 2002 – 84 T 278/01 u. a. – = DuD 2002, 175 ff. (dieser Beschluss wurde vom Kammergericht aufgehoben); in Hessen: OLG Frankfurt, Beschluss vom 21. Februar 2002 – 20 W 55/02 – = DuD 2002, 238 ff. Aufgrund dieser Entscheidung wurde das hessische Polizeigesetz geändert, um Rasterfahndungen im Gefahrvorfeld ohne Richtervorbehalt zu ermöglichen, und anschließend die Rasterfahndung durchgeführt, vgl. VG Gießen, Beschluss vom 8. November 2002 – 10 G 4463/02 – = DuD 2003, 43 ff.; VG Wiesbaden, Beschluss vom 31. März 2003 – 5 G 1883/02 – = DuD 2003, 375 ff. Vgl. ferner zu der Rasterfahndung in Bremen, wo sie aufgrund einer Gesetzesänderung nach dem 11. September 2001 auch im Gefahrvorfeld zulässig war, OVG Bremen, Beschluss vom 8. Juli 2002 – 1 B 155/02 – = NordÖR 2002, 372 ff.

¹³¹ BVerfGE 115, 320 (360 ff.).

¹³² BVerfGE 115, 320 (367 ff.).

Sie beruhte vielmehr auf der pauschalen Annahme, irgendwo im Bundesgebiet könnten Schläfer darauf warten, irgendwann an irgendeinem Ort zuzuschlagen. Damit wurden die Mindestanforderungen an die Konkretisierung des drohenden Schadensereignisses weit verfehlt. Eine konkrete Gefahr hätte vielmehr erfordert, dass die vorhandenen Erkenntnisse zumindest auf „Anschläge oder Anschlagsvorbereitungen gerade in Deutschland“ hindeuten.¹³³

Im Übrigen diene die Schläferfahndung wohl auch nicht dem Ziel, die allenfalls bestehende allgemeine Bedrohungslage¹³⁴ zu einem Gefahrverdacht zu verdichten, um letztlich eine konkrete bevorstehende Straftat zu verhüten. So hat das Bundeskriminalamt in seiner Stellungnahme gegenüber dem Bundesverfassungsgericht ausgeführt, im Rahmen der Rasterfahndungen seien aus einer Vielzahl von Daten Personen herausgefiltert worden, die „der islamistischen Szene zuzuordnen“ seien.¹³⁵ Analog dazu machten die in einer empirischen Studie befragten Angehörigen von Sicherheitsbehörden geltend, es sei mit Hilfe der Schläferfahndung gelungen, Strukturen von Organisationen und Vereinen zu durchleuchten und ein „Personenpotenzial“ auszugrenzen.¹³⁶ Diese Erfolgsmeldungen deuten auf ein kriminalstrategisches Konzept hin, das nicht vom Einzelfall, sondern von einem bedrohlichen Milieu ausgeht, dessen innere und äußere Vernetzungen aufgeklärt werden soll. Die Durchführung solcher Ermittlungskonzepte deckt ein Gefahrtatbestand jedoch gerade nicht.

Von außen nachvollziehen lassen sich die polizeilichen Erfolgsmeldungen dabei übrigens nicht. Nach den Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts hat die Schläferfahndung nicht zur Enttarnung auch nur eines einzigen terroristischen „Schläfers“, geschweige denn zu späteren Strafverfahren geführt.¹³⁷ Auch ansonsten ist ein greifbarer Erfolg der Schläferfahndung nicht bekannt geworden.

¹³³ BVerfGE 115, 320 (369).

¹³⁴ Als „allgemeine Gefahrenlage“ kennzeichnet die Situation *Poscher*, Eingriffsschwellen im Recht der inneren Sicherheit, *Die Verwaltung* 41 (2008), 345 (358).

¹³⁵ Vgl. BVerfGE 115, 320 (340).

¹³⁶ Vgl. *Pehl*, Die Implementation der Rasterfahndung, 2008, S. 275.

¹³⁷ BVerfGE 115, 320 (324).

4.1.2.1.2.2.2 Umfang des verbleibenden Bedürfnisses für Vorfeldtatbestände

Aufgrund der Flexibilität des Gefahrbegriffs stellt sich die Frage, ob Vorfeldermächtigungen, wie sie das BKAG für die meisten Ermittlungsmaßnahmen vorsieht, in allen betroffenen Normen erforderlich sind, um dem Bundeskriminalamt eine effektive Terrorismusabwehr zu ermöglichen.

Falls nämlich bestimmte Ermittlungsmaßnahmen ohnehin nur dann eingesetzt werden sollen, wenn sich ein wenigstens grob konturiertes Anschlagsgeschehen im Einzelfall bereits abzeichnet oder wenn etwa – wie in dem Düsseldorfer Fall – Anhaltspunkte dafür sprechen, dass sich in einer abgrenzbaren Gruppierung nunmehr „etwas zusammenbraut“, erscheint ein Vorfeldtatbestand entbehrlich. In einer solchen Situation besteht eine konkrete Gefahr im Sinne von § 20a Abs. 2 BKAG.

Erst wenn dem Bundeskriminalamt ermöglicht werden soll, einzelfallunabhängige oder einzelfallübergreifende Ermittlungsinteressen zu verfolgen, etwa ein bestimmtes Milieu laufend zu beobachten, ist die Leistungsgrenze des Gefahratbestands erreicht. Damit stellt sich die Frage, ob wirklich alle Ermittlungsmaßnahmen, für die das Gesetz derzeit Vorfeldermächtigungen enthält, für derartige Milieustudien bereitstehen sollen. Hierfür sind sowohl kriminaltaktische als auch verfassungsrechtliche Gesichtspunkte relevant.

Kriminaltaktisch ist zu fragen, ob die verschiedenen Ermittlungsmaßnahmen, die das BKAG zur Verfügung stellt, bestimmten Stadien der präventivpolizeilichen Terrorismusabwehr zugeordnet werden können. Vorstellbar wäre, dass manche Maßnahmen gerade auch für eine laufende Beobachtung verdächtiger Strukturen zum Zweck einer Früherkennung konkreter Verdachtsmomente benötigt werden, während andere Maßnahmen erst dann sinnvoll oder ermittlungswirtschaftlich effizient eingesetzt werden können, wenn bereits vorliegende Verdachtsmomente verdichtet werden sollen. Sollte eine solche Differenzierung bereits aus polizeipraktischer Sicht möglich sein, so böte sich an, diese Differenzierung auf der Ermächtigungsebene vorzuzeichnen, indem nur für die Früherkennungsmaßnahmen ein Vorfeldtatbestand geschaffen wird, während die Verdichtungsmaßnahmen an einen Gefahratbestand gebunden werden. Insbesondere für eingriffsintensive Maßnahmen, mit denen gezielt das Verhalten oder die Kommunikation bestimmter einzelner Personen überwacht werden, erscheint zumindest erörterungsbedürftig, ob es angesichts der Flexibilität des Gefahrbegriffs einer Vorfeldermächtigung bedarf.

Die von der Kommission angehörten Vertreter des Bundeskriminalamts haben allerdings ausgeführt, eine derartige kriminaltaktische Reihung von Ermittlungsmaßnahmen sei nicht möglich, vielmehr müsse jeweils mit Bezug auf den konkreten Sachverhalt entschieden werden, welche Maßnahmen zu ergreifen seien. Zugleich haben die Vertreter des Bundeskriminalamts jedoch betont, die präventivpolizeiliche Tätigkeit des Bundeskriminalamts gehe stets von Einzelfällen aus. Die dazu von dem Bundeskriminalamt geschilderten Fallbeispiele beschreiben auch durchweg reaktive Maßnahmen, mit denen zeitlich oder räumlich zumindest grob konturierte Schadensereignisse abgewendet werden sollten. Damit kamen – entgegen der Auffassung des Bundeskriminalamts – in allen geschilderten Fällen Maßnahmen der Gefahrenabwehr in Betracht. Die Ausführungen des Bundeskriminalamts sprechen damit nicht etwa dafür, für eine möglichst große Zahl von Ermittlungsmaßnahmen Vorfelderermächtigungen beizubehalten. Vielmehr erscheint auf ihrer Grundlage zweifelhaft, ob Vorfeldtatbestände für die präventivpolizeiliche Terrorismusabwehr überhaupt benötigt werden. Diese Frage kann hier nicht abschließend entschieden werden, jedenfalls erscheint aber eine nähere, ergebnisoffene Untersuchung angezeigt.

Unabhängig von den kriminaltaktischen Bedürfnissen müssen die Vorfelderermächtigungen des BKAG zudem die Grundrechte der Betroffenen wahren. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung mehrfach präventivpolizeiliche Vorfelderermächtigungen als zu unbestimmt und/oder unverhältnismäßig verworfen.¹³⁸ Teilweise hat das Gericht ausdrücklich gefordert, bestimmte Ermittlungsmaßnahmen an einen Gefahrtatbestand zu binden, und diese Maßnahmen dem Gefahrvorfeld so ganz entzogen.¹³⁹

Vorfelderermächtigungen sind angesichts dessen zumindest bei eingriffsintensiven Ermittlungsmaßnahmen als verfassungsrechtlich kritisch anzusehen. Gerade auch die Verfassungsmäßigkeit der Vorfeldtatbestände des BKAG ist teilweise sehr zweifelhaft. So entsprechen die Vorfeldtatbestände der Ermächtigungen zum Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung und zur Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung fast wörtlich einer

¹³⁸ Vgl. zur Telekommunikationsüberwachung BVerfGE 110, 33 (52 ff.); 113, 348 (375 ff.); zum automatisierten Abgleich von Kfz-Kennzeichen BVerfGE 120, 378 (401 ff.).

¹³⁹ BVerfGE 115, 320 (360 ff.) – Rasterfahndung; BVerfGE 120, 274 (315 ff.) – „Online-Durchsuchung“; BVerfGE 125, 260 (329 ff.) – Abruf bevorrateter Telekommunikations-Verkehrsdaten; wohl auch BVerfGE 130, 151 (205 f.) – Abruf von Telekommunikations-Bestandsdaten.

früheren landesgesetzlichen Ermächtigung zu Telekommunikationsüberwachungen,¹⁴⁰ die das Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt hat.¹⁴¹ Zwischen der Eingriffsintensität der geregelten Maßnahmen bestehen jedoch nicht durchweg solche Unterschiede, dass man die Regelungen des BKAG für verfassungskonform halten könnte. Die Vorfeldtatbestände der telekommunikationsbezogenen Ermittlungsmaßnahmen sind zwar geringfügig anders, nicht aber klarer formuliert, so dass die verfassungsrechtlichen Bedenken nicht ausgeräumt sind. Eine Rücknahme von Vorfeldermächtigungen, die für die praktische Ermittlungsarbeit des Bundeskriminalamts nicht erforderlich sind, dürfte damit einer Normverwerfung durch das Bundesverfassungsgericht lediglich zuvorkommen.

Soweit schließlich Vorfeldermächtigungen kriminaltaktisch erforderlich und verfassungsrechtlich nicht von vornherein ausgeschlossen sind, ist erörterungsbedürftig, wie solche Ermächtigungen gerade bei eingriffsintensiveren Ermittlungsmaßnahmen gefasst werden können, um die Vorfeldtätigkeit des Bundeskriminalamts auf ein grundrechtlich hinnehmbares Ausmaß zu begrenzen. Die derzeitigen Vorfeldtatbestände des BKAG sind zwar wortreich formuliert, lassen sich aber allem Anschein nach kaum trennscharf handhaben und errichten für diese Tätigkeit kaum Hürden. Ein tragfähiges regulatives Alternativkonzept ließ sich in der zur Verfügung stehenden Zeit zwar nicht entwickeln. Zu empfehlen ist jedoch, im Hinblick auf die Schwächen des geltenden Rechts die Ausarbeitung eines solchen Konzepts mit hoher Priorität zu betreiben.

4.1.2.1.2.2.3 Ergebnis

Die besseren Gründe sprechen dafür, die Vorfeldtatbestände des BKAG als „echte“ Vorfeldtatbestände zu begreifen, die polizeiliche Maßnahmen in einer Situation ermöglichen, in der sich eine konkrete terroristische Straftat noch nicht abzeichnet. Als solche sind diese Vorfeldtatbestände zumindest teilweise verfassungsrechtlich bedenklich. Zudem erscheint zweifelhaft, ob es angesichts der beträchtlichen Flexibilität des Gefahrbegriffs für alle betroffenen Ermittlungsmaßnahmen eines Vorfeldtatbestands neben dem jeweiligen Gefahrtatbestand bedarf.

¹⁴⁰ § 33a Nds. SOG a. F.

¹⁴¹ Vgl. BVerfGE 113, 348 (378 f., 388 f.).

4.1.2.1.2.3 Sinnhaftigkeit besonderer Eingriffstatbestände

Erörterungsbedürftig ist schließlich noch, welchen Sinn die schwer einzuordnenden Eingriffstatbestände in den Ermächtigungen zu Wohnraumüberwachungen, Rasterfahndungen und „Online-Durchsuchungen“ haben.

Bei den Tatbeständen zu Wohnraumüberwachungen und Rasterfahndungen ist zunächst davon auszugehen, dass die zusätzlichen Tatbestandselemente an dem verfassungsrechtlich vorgegebenen Gefahrerfordernis nichts ändern, sondern dieses Erfordernis lediglich konkretisieren sollen. In der Sache liegt eine Gefahr im Sinne des § 20a Abs. 2 BKAG in den tatbestandlich umschriebenen Situationen auch vor. Beide Normen verlangen, dass „konkrete Vorbereitungshandlungen“ auf eine terroristische Straftat hindeuten. Handlungen lassen sich nur dann als solche „Vorbereitungshandlungen“ einstufen, wenn das Geschehen zumindest grob konturiert werden kann, das sie vorbereiten. Kann diese Einstufung geleistet werden, ist nach dem oben Gesagten eine konkrete Gefahr zu bejahen.¹⁴²

Allerdings stellt sich die Frage nach dem Sinn dieser Eingriffstatbestände. Da sie dem Gefahrerfordernis nichts hinzufügen, es andererseits aber auch nicht verengen, kann dieser Sinn nur darin bestehen, den Gefahrbegriff mit Blick auf Terrorismussachverhalte zu konkretisieren. Ob diese Tatbestände eine solche Konkretisierungsleistung erbringen, ist zweifelhaft. Das Erfordernis „konkreter Vorbereitungshandlungen“ ist nicht bestimmter oder besser handhabbar als das Erfordernis der konkreten Gefahr einer terroristischen Straftat. Bei der Ermächtigung zu Rasterfahndungen kommt hinzu, dass diese Ermittlungsmaßnahme herkömmlich als „Verdächtigengewinnungseingriff“¹⁴³ angesehen wird, der eine Gruppe von Personen auswerfen soll, die aufgrund bestimmter Merkmale als Störer in Betracht kommen. Ein Eingriffstatbestand, der von bereits bekannten „konkreten Vorbereitungshandlungen“ ausgeht, setzt hingegen voraus, dass das Bundeskriminalamt über den Handelnden

¹⁴² Es trifft daher nicht zu, dass § 20j Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BKAG das Gefahrerfordernis für Rasterfahndungen verwässert, so aber die im Gesetzgebungsverfahren angehörten Sachverständigen *Geiger*, InnenA-BT-Drs. 16(4)460 H, S. 18; *Heckmann*, InnenA-BT-Drs. 16(4)460 C, S. 7 f.; *Möllers*, InnenA-BT-Drs. 16(4)460 K, unter II 5; *Roggan*, InnenA-BT-Drs. 16(4)460 B, S. 19 f.; wie hier hingegen *Möstl*, InnenA-BT-Drs. 16(4)460 I, S. 13 f.; *Poscher*, InnenA-BT-Drs. 16(4)460 J, S. 26.

¹⁴² BVerfGE 115, 320 (355).

¹⁴³ BVerfGE 115, 320 (355).

immerhin bereits genug weiß, um seine Handlungen als solche Vorbereitungshandlungen einstufen zu können. Angesichts dessen erscheint fragwürdig, ob das Regelbeispiel in § 20j Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BKAG einen typischen Anwendungsfall der Rasterfahndung beschreibt, wie es der Regelmethode entspräche.

Die Ermächtigung zu „Online-Durchsuchungen“ enthält trotz des missverständlichen, herkömmliche polizeirechtliche Regelungsmuster ebenso wie die Systematik der §§ 20a ff. BKAG sprengenden Wortlauts letztlich einen Gefahrtatbestand. Indem § 20k Abs. 1 Satz 2 BKAG fordert, dass „bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall durch bestimmte Personen drohende Gefahr“ hinweisen, errichtet die Norm so hohe Anforderungen an die Konkretisierung der bevorstehenden terroristischen Straftat, dass das Gefahrerfordernis stets erfüllt sein wird.

Irrelevant ist hingegen, dass nach dieser Norm der Schaden nicht notwendig „in näherer Zukunft“ eintreten muss, da der Gefahrbegriff dies gleichfalls nicht verlangt.¹⁴⁴ Vielmehr kann eine konkrete Gefahr durchaus vorliegen, wenn das drohende Schadensereignis erkennbar noch länger auf sich warten lassen kann, sofern dieses Schadensereignis sich gleichwohl bereits hinreichend konturiert abzeichnet und mit der betreffenden Maßnahme der Gefahrenabwehr nicht mehr zugewartet werden kann, ohne die Abwehrchancen zu vermindern. Dementsprechend verlangen die Landespolizeigesetze, die den Gefahrbegriff legaldefinieren, auch lediglich, dass der drohende Schaden „in absehbarer Zeit“ droht.¹⁴⁵ Diese Formulierung verweist auf die zeitliche Konkretisierung des Schadensereignisses, nicht aber auf eine besondere zeitliche Nähe.

Dass § 20k BKAG in der Sache das Gefahrerfordernis reformuliert, zeigt sich auch daran, dass „Online-Durchsuchungen“ nach § 20k Abs. 4 BKAG nur gegen Störer im Sinne von §§ 17 f. BPolG durchgeführt werden dürfen. Die Störerhaftung setzt jedoch tatbestandlich eine konkrete Gefahr voraus. Einen Störer ohne oder im Vorfeld der Gefahr gibt es nicht. Selbst wenn § 20k BKAG teilweise als Vorfeldtatbestand anzusehen wäre, liefe die Norm damit im Vorfeld letztlich leer.

¹⁴⁴ Zumindest missverständlich daher BVerfGE 120, 274 (329); 125, 260 (330).

¹⁴⁵ § 2 Nr. 3 lit. a BremPolG; § 3 Abs. 3 Nr. 1 SOG M-V; § 2 Nr. 1 lit. a Nds. SOG; § 3 Nr. 3 lit. a SOG LSA.

Insgesamt erweitern damit die atypischen Eingriffstatbestände des BKAG den Gefahrbegriff nicht, können aber Verwirrung stiften. Da diese Tatbestände im Übrigen keinen erkennbaren Ertrag bringen, empfiehlt es sich, sie zu streichen beziehungsweise im Fall des § 20k BKAG die Norm auf einen Gefahrtatbestand umzustellen, der an § 20a Abs. 2 BKAG anknüpft.

4.1.2.1.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen

Die Mitglieder Bäcker und Hirsch empfehlen insgesamt für die Überprüfung der präventivpolizeilichen Befugnisregelungen im BKAG folgendes Vorgehen:

Im Interesse klarer Zuständigkeiten sollte der Begriff des „internationalen Terrorismus“ in § 4a BKAG dahingehend konkretisiert werden, dass das Bundeskriminalamt nur zuständig ist, wenn eine tatsächlich grenzüberschreitende Tätigkeit anzunehmen ist, die insbesondere über bloße ideologische Übereinstimmungen von in- und ausländischen Gruppierungen und über allgemeine psychische Einflüsse hinausgehen muss.

Es sollte zunächst überprüft werden, ob und inwieweit (insbesondere hinsichtlich welcher Maßnahmen) das Bundeskriminalamt für eine effektive Terrorismusabwehr Befugnisse zu verdeckten Ermittlungsmaßnahmen benötigt, die bereits im Vorfeld einer konkreten Gefahr einsetzen. Soweit eine bestimmte Ermittlungsmaßnahme kriminaltaktisch dazu dient, Verdachtsmomente zu verdichten, die sich auf ein zumindest ansatzweise nach Art, Ort, Zeitpunkt sowie Beteiligten konturiertes konkretes Anschlagsgeschehen beziehen, ist eine Vorfeldermächtigung nicht erforderlich.

Soweit danach Vorfeldermächtigungen überhaupt erforderlich sind, sollten die gegenwärtig geregelten Befugnistatbestände unter polizeipraktischen wie verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten überprüft werden:

Zum einen bestehen erhebliche Zweifel, ob die unterschiedlichen Tatbestandsfassungen der derzeitigen Vorfeldermächtigungen in praktisch handhabbarer Form unterschiedliche Ermittlungsanlässe beschreiben.

Zum anderen ist sehr zweifelhaft, ob diese Vorfeldermächtigungen die Ermittlungstätigkeit des Bundeskriminalamts wirksam auf das erforderliche und verfassungsrechtlich hinnehmbare Maß begrenzen. Das Mitglied Hirsch ist der Auffassung, dass die §§ 4a, 14, 20c Abs. 3, 20g, 20h und 20k BKAG aus den Gründen, die in der bei dem Bundesverfassungsgericht anhängigen Verfassungsbeschwerde vorgetragen wurden, verfassungswidrig sind.

Schließlich sollten die Ermächtigungen zu Wohnraumüberwachungen, Rasterfahndungen und „Online-Durchsuchungen“ korrigiert werden. Diese Normen binden die geregelten Maßnahmen – entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben – an die konkrete Gefahr eines terroristischen Anschlags. Sie enthalten jedoch missverständliche Formulierungen, die eine Aufweichung des Gefahrerfordernisses anzuzeigen scheinen.

4.1.2.2 Auffassung des Mitglieds Wolff

Der Analyse der Befugnisnormen des Bundeskriminalamtes stimmt das Mitglied Wolff uneingeschränkt zu. Es bestehen auch nach seiner Auffassung die niedergelegten systematischen und strukturellen Probleme.

Die Bewertung ist etwas zu streng formuliert, wird aber gleichwohl grundsätzlich mitgetragen. Ihm scheint bei der Bewertung aber nicht ausreichend zum Ausdruck zu kommen, dass die geschilderten Schwierigkeiten auch darauf beruhen, dass das Bundesverfassungsgericht bei geheimen Informationserhebungsbefugnissen eine sehr detaillierte Eingriffsbefugnis verlangt, und aus seiner Sicht die geschilderten Schwierigkeiten auch darin ihren Grund finden. Weiter scheint dem Mitglied Wolff der angedeutete Schluss, das BKA bedürfe der genannten Eingriffsbefugnisse ggf. überhaupt nicht, etwas weiter gehend als der bisherige Sachstand gestatte. Die in dem Bericht durch das Mitglied Bäcker eingenommene Position entspräche schließlich einer in sich schlüssigen, wissenschaftlich unterfütterten und verfassungsrechtlich gut vertretbaren strengen, rechtsstaatlichen Ausgangsposition, die allerdings nicht die einzige denkbare sei. Die Wahl zwischen den verschiedenen verfassungsrechtlich denkbaren Varianten werde in der Rechtspraxis im Ergebnis vom Bundesverfassungsgericht bestimmt. Angesichts der ausstehenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit der Normen des BKAG erscheint es dem Mitglied Wolff praktisch gesehen sinnvoller, Änderungsvorstellungen zu den Normen des BKAG-Gesetzes deutlich subsidiär zu potenziellen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zu formulieren. Um Missverständnisse zu vermeiden, weist das Mitglied Wolff noch einmal ausdrücklich darauf, dass seine Vorbehalte sich nicht auf die inhaltliche Position beziehen, sondern nur auf die daraus gezogenen Handlungsempfehlungen, die ihm aus den genannten Gründen etwas zu streng erscheinen.

4.1.2.3 Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller

Die Mitglieder Harms und Kaller stimmen den Empfehlungen in Gänze nicht zu. Schon der systematische Ansatz der Mitglieder Bäcker und Hirsch, in den §§ 20a ff. BKAG zwischen

Vorfeld- und Gefahrenabwehrtatbeständen zu unterscheiden, greift zu kurz. Denn typische Vorfeldbefugnisse – wie etwa die Videoüberwachung öffentlicher Plätze zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten, bei der zwar abstrakt angenommen wird, dass an bestimmten Orten Straftaten begangen werden, diese aber weder hinsichtlich der möglichen Taten noch der potentiellen Täter konkretisiert werden können – sind in den §§ 20a ff. BKAG gerade nicht enthalten

Das Mitglied Bäcker spricht – insoweit zutreffend – auch von „vorfeldtypischen Formulierungen“ z. B. in § 20k BKAG, kommt dann aber pauschal zum Schluss, die „Vorfeldtatbestände seien echte Vorfeldtatbestände“.

Tatsächlich hat der Gesetzgeber versucht, angesichts der besonderen Bedrohung des internationalen Terrorismus einerseits und der Rechtsprechung des BVerfG zum Bestimmtheitsgebot hinsichtlich der grundrechtsintensiven Eingriffsbefugnisse andererseits die Schwelle, ab der die entsprechenden Maßnahmen ergriffen werden können, möglichst präzise und bestimmt zu fassen. Dies betrifft insbesondere die Befugnisse zur Rasterfahndung und zur Online-Durchsuchung. Dabei hat er teilweise die Anforderungen, wie konkret ein Gefahrverdacht sein muss, abgesenkt, wenn dafür der möglicherweise eintretende Schaden für die polizeirechtlich geschützten Rechtsgüter besonders hoch ist. Damit wird zwar die Eingriffsschwelle vorverlegt, im Ergebnis bleiben die Tatbestände aber in der – auch in den Polizeigesetzen der Länder üblichen – Systematik des Gefahrenabwehrrechts. Ist im Falle eines Gefahrverdachts der befürchtete Schaden besonders hoch – und dies ist bei Gefahren durch den internationalen Terrorismus immanent – müssen wenigstens Eingriffe zur Gefahrerforschung möglich sein.

Die Mitglieder Harms und Kaller gehen dabei davon aus, dass innerhalb des Bereichs der Verhütung von Straftaten, der dem Stadium der konkreten Gefahr unmittelbar vorgelagert ist, kein Stufenverhältnis vom Gesetzgeber vorgesehen ist; die Bewertung bei der Abgrenzung von Verhütung und konkreter Gefahr ist – hierauf hatten die Vertreter des Bundeskriminalamtes anhand von zahlreichen Beispielfällen (§ 4a-BKAG-Lagen) hingewiesen – jeweils im Einzelfall aus polizeifachlicher Sicht zu prüfen.

Bei den vom Mitglied Bäcker als „Vorfeldtatbestände“ bezeichneten Vorschriften handelt es sich durchweg um gegenüber dem allgemeinen Gefahrenbegriff konkretisierte Tatbestandsvoraussetzungen. Teilweise sind die Formulierungen wörtlich Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts entnommen, mit denen das Gericht jeweils höhere Eingriffsschwellen vorgesehen hat. Dass die Tatbestandsvoraussetzungen in den einzelnen

Befugnisnormen sehr stark ausdifferenziert sind, ist dabei – wie auch das Mitglied Wolff zutreffend darlegt – den sehr detaillierten Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an die Bestimmtheit dieser Eingriffstatbestände geschuldet.

Soweit im Rahmen der §§ 20a ff. BKAG Befugnisse bereits ausgeübt werden können, bevor sich eine Gefahr konkretisiert (z. B: nach § 20b Abs. 1 BKAG), ist auf folgendes hinzuweisen:

Die polizeirechtliche und polizeidogmatische Differenzierung von konkreter Gefahr und Verhütung, welche sich auch im Polizeirecht der Länder bewährt hat, kann nur aufgegeben werden, wenn gleichzeitig Handlungssicherheit und effiziente Wahrnehmung der Gefahrenabwehraufgaben gewährleistet sind, da die Beibehaltung der o. g. geltenden differenzierten Regelung notwendig ist, um die erforderlichen, ersten Maßnahmen treffen zu können, bevor das Stadium der bislang üblichen Definition einer konkreten Gefahr erreicht ist. Dazu führte der Präsident des BKA im Termin bei der Kommission aus, dass die Abgrenzung einer konkreten Gefahr von der Verhütung von Straftaten für die Praxis bezüglich der Reichweite der möglichen Eingriffsbefugnisse erhebliche Bedeutung hat und stellte dies am Beispiel von zwei § 4a BKAG-Lagen in der Praxis dar.

Auch im Übrigen treten die Mitglieder Harms und Kaller der vorgeschlagenen Auslegung des § 4a BKAG durch die Mitglieder Bäcker und Hirsch ausdrücklich entgegen, wonach die Zuständigkeit des BKA erst dann eröffnet wäre, wenn entweder Anhaltspunkte für grenzüberschreitende Tätigkeiten bestehen, die auf terroristische Straftaten gerichtet sind, oder ein staatenübergreifender Schaden droht. Der § 4a Nr. 1 BKAG lässt ausdrücklich eine länderübergreifende Gefahr genügen. Die § 4a Nr. 2 und 3 sieht nicht einmal dies vor. Voraussetzung ist vielmehr, dass es sich um eine Form des internationalen Terrorismus handelt, auch wenn sie von einer rein lokalen Gruppierung oder gar Einzelperson ausgeht. Die Mitglieder Harms und Kaller weisen in diesem Zusammenhang außerdem darauf hin, dass sich häufig auch Täter, die ihr Hauptaugenmerk auf nationale politische Zusammenhänge legen, inzwischen – etwa über das Internet – staatenübergreifend zu vernetzen versuchen.

4.1.3 Verhältnis von präventivpolizeilicher und strafrechtlicher Terrorismusbekämpfung

Präventivpolizeiliche und strafrechtliche Regelungen zur Terrorismusbekämpfung müssen aufeinander abgestimmt werden. Denn diese Regelungen stehen in einem Wechselwirkungsverhältnis, welches das geltende Recht jedoch kaum thematisiert. Im

Folgenden werden zunächst verschiedene Facetten dieses Wechselwirkungsverhältnisses exemplarisch dargestellt. Anschließend werden die unterschiedlichen Auffassungen innerhalb der Kommission darüber dargestellt, ob und wie das Verhältnis von präventivpolizeilicher und strafrechtlicher Terrorismusbekämpfung umstrukturiert werden kann und soll.

4.1.3.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme

In Gemengelage sind in der polizeilichen Praxis regelmäßig Entscheidungen zu treffen, ob bei konkret anstehenden Maßnahmen der Schwerpunkt der Strafverfolgung oder der Gefahrenabwehr zuzurechnen ist.

Bei der Terrorismusbekämpfung stellt sich das grundsätzlich bekannte Phänomen präventiv-repressiver Gemengelage wegen der flächendeckenden Vorfeldkriminalisierung als Strukturproblem dar. In der Folge ist insbesondere das institutionelle Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft kritisch. Dies wird hier entsprechend der Ausrichtung der Kommission vor allem mit Blick auf Bundeskriminalamt und Generalbundesanwalt ausgeführt. Wegen der weitgehenden parallelen Anwendbarkeit von präventivpolizeilichen und strafprozessualen Eingriffsermächtigungen ist zudem ein Vergleich zwischen den Regelungen beider Regimes zu den Eingriffsschwellen und den prozeduralen Sicherungen für vergleichbare Maßnahmen von besonderem Interesse. Exemplarisch für die prozeduralen Regelungen werden hier die gesetzlich angeordneten Richtervorbehalte untersucht.

4.1.3.1.1 Präventiv-repressive Gemengelage als strukturelles Phänomen

Die weitreichende Vorverlagerung der Strafbarkeit im Terrorismusstrafrecht hat zur Folge, dass Gemengelage zwischen präventivpolizeilichen und strafrechtlichen Aufgaben bei der Terrorismusbekämpfung ein strukturelles Phänomen darstellen. Wegen des Zuschnitts der präventivpolizeilichen Aufgabe des Bundeskriminalamts handelt es sich damit für diese Behörde um ein Phänomen, das einen Großteil ihrer präventivpolizeilichen Tätigkeit durchzieht.

Eine präventiv-repressive Gemengelage entsteht dann, wenn gleichzeitig der Anfangsverdacht einer Straftat besteht und die Voraussetzungen einer präventivpolizeilichen Eingriffsermächtigung vorliegen, weil die Tat noch andauert oder von dem Tatverdächtigen weitere Straftaten erwartet werden. Dieses Phänomen ist im Grundsatz seit langem bekannt und wird aus polizeilicher Sicht unter dem Schlagwort der doppelfunktionalen Maßnahme erörtert. Es ist aus verschiedenen Gründen erforderlich, eine Eingriffsmaßnahme der Polizei

dem Polizei- oder dem Strafprozessrecht zuzuordnen: Prozessual entscheidet diese Abgrenzung darüber, welcher Rechtsweg gegen polizeiliche Maßnahmen eröffnet ist. Verfahrensrrechtlich folgt aus ihr, welche Regelungen das Handeln der Polizei anleiten. Schließlich bestimmt diese Abgrenzung institutionell darüber, bei welcher Stelle die Verfahrensherrschaft liegt.

Die „klassische“ Diskussion um doppelfunktionale Maßnahmen der Polizei, die oftmals die Rechtswegfrage in den Vordergrund stellt,¹⁴⁶ befasst sich mit punktuellen Abgrenzungsproblemen in akuten Krisenlagen wie etwa einem noch andauernden Banküberfall mit Geiselnahme. Die Gemengelage lässt sich hier vielfach auflösen, indem die einzelnen polizeilichen Maßnahmen differenziert betrachtet und nach dem jeweiligen Maßnahmeziel eingeordnet werden. Im Übrigen genießt in einer akuten Krisenlage die präventivpolizeiliche Tätigkeit, mit der durch imperative Zugriffe (weitere) Schäden verhindert werden sollen, den Vorrang vor der Strafverfolgung. Dementsprechend hat in solchen Situationen im Zweifel oder bei einer Interessenkollision die Polizei die Entscheidungshoheit.¹⁴⁷

Bei Ermittlungen zur Terrorismusbekämpfung wird die Abgrenzung von Strafprozess- und Polizeirecht hingegen von einer punktuellen Zweifelsfrage zu einem Strukturproblem. Dies hat zwei Gründe:

Zum einen kommt es hier häufig zu einer Gemengelage zwischen beiden Regimen. Grund hierfür ist der Ansatz des materiellen Terrorismusstrafrechts, Handlungen im Vorfeld terroristischer Anschläge möglichst großflächig unter Strafe zu stellen. In der Folge wird einerseits neben dem Anfangsverdacht einer Vorfeldstraftat meistens eine – je nach Vorfeldtatbestand mehr oder weniger deutlich konturierte – Bezugstat im Raum stehen. Wenn andererseits die konkrete Gefahr eines terroristischen Anschlags besteht, wird angesichts der weitreichenden Vorfeldkriminalisierung und der niedrigen Anforderungen an einen strafprozessualen Anfangsverdacht zumindest in vielen Fällen zugleich der Verdacht eines Vorfelddelikts gegeben sein. Zumindest wird sich ein solcher Anfangsverdacht

¹⁴⁶ So etwa *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. 2009, Rn. 419 ff.

¹⁴⁷ Vgl. Anlage A zu den RiStBV, Teil B, Nr. III.

regelmäßig im Verlauf des präventivpolizeilichen Verfahrens einstellen, sofern die ursprünglichen Verdachtsmomente sich verdichten.

Zum anderen beruhen sowohl die präventivpolizeiliche als auch die strafprozessuale Terrorismusbekämpfung in weitem Ausmaß auf verdeckten Ermittlungsmaßnahmen, für die sich oftmals in beiden Rechtsregimes Ermächtigungen finden. Gerade hier werden dieselben Maßnahmen für beide denkbaren behördlichen Handlungsziele gleichermaßen nützlich sein. Die Terrorismusbekämpfung lässt sich auch nicht ohne weiteres primär einer der beiden Aufgaben zuordnen. Eine akute Krisenlage, in der nach hergebrachten Kriterien ein Vorrang präventivpolizeilichen Vorgehens begründbar wäre, wird oftmals nicht vorliegen. Sowohl das materielle Terrorismusstrafrecht als auch der Vorfeldansatz der präventivpolizeilichen Terrorismusabwehr sollen vielmehr möglichst vermeiden, dass eine solche Krisenlage überhaupt entsteht. Eine Abgrenzung nach dem (Haupt-)Ziel einer Ermittlungsmaßnahme hilft vielfach ebenfalls nicht weiter: Zwar sollen gerade Terroristen letztlich bestraft und so über längere Zeit unschädlich gemacht werden; hierin liegt die bereits angesprochene Sicherungsfunktion des materiellen Terrorismusstrafrechts. Jedoch muss auch – gegebenenfalls mit imperativen gefahrenabwehrrechtlichen Mitteln, selbst wenn diese eine Strafverfolgung erschweren – verhindert werden, dass eine terroristische Gewalttat begangen wird.

4.1.3.1.2 Verfahrensrechtliche und institutionelle Folgen der strukturellen Gemengelage

Für die Terrorismusbekämpfung relevant sind die verfahrensrechtlichen und die damit verbundenen institutionellen Aspekte der strukturell bedingten Gemengelage von Polizei- und Strafrecht. Auf den ersten Blick scheint die Vorverlagerung der Strafbarkeit eine Stärkung der Strafverfolgung und damit institutionell der Staatsanwaltschaft zu indizieren. Es gibt allerdings auch Gründe für die Annahme, dass sich die institutionelle Balance zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft sogar noch zugunsten der Polizei verschiebt. Dies könnte insbesondere für das Verhältnis des Bundeskriminalamts, das in wichtigen Teilbereichen sowohl für die präventivpolizeiliche¹⁴⁸ als auch für die strafrechtliche¹⁴⁹

¹⁴⁸ § 4a BKAG.

Terrorismusbekämpfung zuständig ist, zu den für das Terrorismusstrafrecht zuständigen Staatsanwaltschaften¹⁵⁰ gelten.

Hinweise auf drohende terroristische Anschläge, aus denen sich vielfach zugleich der Anfangsverdacht einer terroristischen Straftat ergeben dürfte, werden in der Regel das Bundeskriminalamt vor der zuständigen Staatsanwaltschaft erreichen. Gründe hierfür sind insbesondere die Zentralstellenfunktion des Bundeskriminalamts, seine internationalen Vernetzungen und seine Zuständigkeit für präventivpolizeiliche Maßnahmen im Vorfeld terroristischer Gefahren. In der Folge hat das Bundeskriminalamt den weiteren Umgang mit diesen Hinweisen – insbesondere die Frage, ob die Hinweise zunächst präventivpolizeilich oder strafprozessual abgearbeitet werden sollen – rein faktisch in der Hand. Auch rechtlich hat das Bundeskriminalamt durchaus die Handhabe, um über diesen Umgang zumindest bis zu einem gewissen Grad eigenständig zu entscheiden.

Zunächst kann eine Pflicht, eingegangene Hinweise strafprozessual zu nutzen, erst entstehen, wenn der Anfangsverdacht einer Straftat besteht. Damit hat die Beurteilung, ob ein solcher Anfangsverdacht vorliegt, maßgebliche Bedeutung für die weitere Verfahrensgestaltung. Das geltende Recht regelt jedoch zumindest nicht ausdrücklich, welcher Stelle diese Beurteilung obliegt. Insbesondere gibt es keine eindeutig festgelegte Rechtspflicht des Bundeskriminalamts, an dieser Beurteilung die Staatsanwaltschaft zu beteiligen, die im Fall eines Anfangsverdachts für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren zuständig wäre. Man mag versuchen, eine solche Rechtspflicht dem strafprozessualen Legalitätsprinzip zu entnehmen;¹⁵¹ dies ist jedoch zumindest nicht zwingend.

Wenn das Bundeskriminalamt weiter einen solchen Anfangsverdacht bejaht, stellt sich die weitere Frage, ob der Fall ab sofort ausschließlich mit strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen abgearbeitet werden muss. Zwar verpflichtet das strafprozessuale Legalitätsprinzip auch die Polizei, Straftaten zu erforschen.¹⁵² Damit ist allerdings noch nicht

¹⁴⁹ § 4 Abs. 1 Nr. 3 und 5 BKAG; in bedeutenden Fällen kommt ansonsten noch eine Zuständigkeit auf Ersuchen oder Anordnung nach § 4 Abs. 2 BKAG in Betracht.

¹⁵⁰ Primär ist das Verhältnis zum Generalbundesanwalt relevant, dessen Zuständigkeit sich aus § 120 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 2 Nr. 1 bis 3 i. V. m. § 142a Abs. 1 GVG ergeben kann.

¹⁵¹ So *Griesbaum/Wallenta*, Strafverfolgung zur Verhinderung terroristischer Anschläge – Eine Bestandsaufnahme, NStZ 2013, 369 (375 f.).

¹⁵² § 163 Abs. 1 Satz 1 StPO.

zwingend gesagt, dass präventivpolizeiliche Ermittlungshandlungen ab dem Anfangsverdacht einer Straftat unzulässig sind. Jedenfalls in der Literatur wird vertreten, strafprozessuale Ermittlungshandlungen dürften – zumindest solange das strafprozessuale Beschleunigungsgebot gewahrt bleibt und keine akute Verdunkelungsgefahr besteht¹⁵³ – vorübergehend zurückgestellt werden, um ein breiter angelegtes Überwachungsprojekt auf präventivpolizeilicher Grundlage durchzuführen oder wenigstens abzuschließen.¹⁵⁴ Das Legalitätsprinzip wird insoweit für flexibel gehalten. Es begründet danach keinen strikten, ausnahmslosen Vorrang des strafprozessualen Ermittlungsverfahrens vor präventivpolizeilichen Ermittlungen. Ausdrücklich ist ein solcher Vorrang ohnehin nicht geregelt.

Solange das Bundeskriminalamt Hinweisen im Rahmen eines präventivpolizeilichen Verfahrens nachgeht, ist es im Übrigen gesetzlich auch zumindest nicht ausdrücklich verpflichtet, die zuständige Staatsanwaltschaft zu informieren: § 4a BKAG enthält keine Regelung, die § 4 Abs. 3 Satz 1 BKAG entspräche; die Vorlagepflicht des § 163 Abs. 2 Satz 1 StPO bezieht sich nur auf strafprozessuale Ermittlungsvorgänge. In Betracht kommt noch eine erweiternde oder analoge Anwendung von § 4 Abs. 3 Satz 1 BKAG, um eine solche Informationspflicht zu begründen;¹⁵⁵ auch diese Rechtsauffassung ist jedoch zumindest nicht zwingend.

4.1.3.1.3 Geregelt Befugnisse in BKAG und StPO

Für das Verhältnis von präventivpolizeilicher und strafprozessualer Terrorismusbekämpfung durch das Bundeskriminalamt ist auch von Interesse, welche Befugnisse beide Regime unter welchen materiellen Voraussetzungen bereitstellen.

Hinsichtlich der verfügbaren Ermittlungsmaßnahmen besteht eine breite Übereinstimmung. Sowohl das BKAG – vorbehaltlich der anstehenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts – als auch die StPO ermöglichen akustische

¹⁵³ In der Gefahr eines Beweismittelverlusts sieht den Hauptkonfliktpunkt einzelfallübergreifender polizeilicher Ermittlungsansätze mit dem Legalitätsprinzip *Weßlau*, Vorfeldermittlungen, 1989, S. 231.

¹⁵⁴ Vgl. zum Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter *Rebmann*, Der Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung, NJW 1985, 1 (4 f.).

¹⁵⁵ Dafür *Bäcker*, Terrorismusabwehr durch das Bundeskriminalamt, 2009, S. 64.

Wohnraumüberwachungen,¹⁵⁶ verschiedene Maßnahmen mit Telekommunikationsbezug (Inhaltsüberwachungen,¹⁵⁷ Erhebungen von Verkehrs-¹⁵⁸ und Bestandsdaten¹⁵⁹ sowie den Einsatz von „IMSI-Catchern“¹⁶⁰), Ausschreibungen zur polizeilichen Beobachtung¹⁶¹ sowie Rasterfahndungen.¹⁶² Die im BKAG entsprechend polizeirechtlicher Gepflogenheit¹⁶³ als „besondere Mittel der Datenerhebung“ zusammengefassten Maßnahmen¹⁶⁴ finden sich über verschiedene Normen verteilt auch in der StPO. Für die meisten dieser Maßnahmen enthält die StPO dabei ausdrückliche Ermächtigungen.¹⁶⁵ Der nicht ausdrücklich geregelte strafprozessuale Einsatz von Vertrauenspersonen wird auf die Generalklausel des § 161 Abs. 1 StPO gestützt.¹⁶⁶

Unterschiede ergeben sich teilweise hinsichtlich der gesetzlichen Eingriffsschwellen. Dabei versteht sich von selbst, dass präventivpolizeiliche und strafprozessuale Eingriffsschwellen voneinander abweichen und darum nicht unmittelbar miteinander verglichen werden können. Bemerkenswert ist aber, dass BKAG und StPO die geregelten Ermittlungsmaßnahmen teilweise unterschiedlich abstufen, wie sich im Vergleich der Eingriffsschwellen innerhalb des jeweiligen Gesetzes zeigt. So behandelt das BKAG alle Maßnahmen mit Telekommunikationsbezug – mit Ausnahme des Bestandsdatenabrufs – hinsichtlich der Eingriffsschwelle gleich, während die StPO für Inhaltsüberwachungen eine höhere Schwelle errichtet als für den Zugriff auf Verkehrsdaten und den Einsatz von „IMSI-Catchern“.¹⁶⁷ Auch die „besonderen Mittel der Datenerhebung“ werden im BKAG an eine einheitliche

¹⁵⁶ § 20h Abs. 1 Nr. 1 BKAG, § 100c StPO.

¹⁵⁷ § 20i BKAG, § 100a StPO.

¹⁵⁸ § 20m Abs. 1 BKAG, § 100g StPO.

¹⁵⁹ § 20n Abs. 1 BKAG, § 100g StPO.

¹⁶⁰ § 20n BKAG, § 100i StPO.

¹⁶¹ § 20i BKAG, § 163e StPO.

¹⁶² § 20j BKAG, § 98a StPO.

¹⁶³ Vgl. § 8c MEPolG und die entsprechenden Regelungen der Polizeigesetze der Länder.

¹⁶⁴ § 20g BKAG.

¹⁶⁵ Vgl. § 110a StPO – Einsatz eines verdeckten Ermittlers; § 100f StPO – Tonaufzeichnung außerhalb von Wohnungen; § 100h Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO – Bildaufnahmen außerhalb von Wohnung; § 100h Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StPO – Einsatz technischer Observationsmittel; § 163f StPO – längerfristige Observation.

¹⁶⁶ Patzak, in: Beck'scher Online-Kommentar StPO, Stand 2012, § 161 Rn. 10.

¹⁶⁷ Vgl. einerseits § 100a Abs. 1 Nr. 1 StPO, der zwingend den Verdacht einer Katalogtat nach § 100a Abs. 2 StPO verlangt, andererseits § 100g Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 100i Abs. 1 StPO, die den Katalog nur beispielhaft („insbesondere“) in Bezug nehmen, ferner § 100g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StPO.

Eingriffsschwelle gebunden, während die StPO sie unter teils deutlich verschiedenen Voraussetzungen erlaubt.¹⁶⁸

Weiter werden einige Ermittlungsmaßnahmen nur durch eines der beiden Regime ermöglicht. Allein das BKAG erlaubt dem Bundeskriminalamt die Anfertigung von Bildaufzeichnungen aus Wohnungen¹⁶⁹ sowie die Durchführung von „Online-Durchsuchungen“.¹⁷⁰ Umstritten ist weiter, ob „Quellen-Telekommunikationsüberwachungen“, für die sich in § 20I Abs. 2 BKAG eine besondere Regelung findet, ohne eine entsprechende Regelung auf der Grundlage von § 100a StPO durchgeführt werden dürfen. Während derartige Überwachungen auf Landesebene verbreitet angeordnet und durchgeführt werden,¹⁷¹ hat sich der Generalbundesanwalt der Gegenauffassung angeschlossen, die eine besondere Ermächtigung für erforderlich hält.¹⁷²

Andererseits geht die StPO insoweit über das BKAG hinaus als nach gängiger Praxis die Generalklausel des § 161 StPO den Zugriff auf komplexe Datenbestände ermöglichen soll, die sich bei gesellschaftlichen Akteuren wie etwa Kreditinstituten, Versicherungen oder den Betreibern von Kundenbindungssystemen befinden.¹⁷³ Die strafprozessuale Befugnis soll sogar eine verbindliche Aufforderung an Unternehmen decken, ihre Datenbestände nach kriminalistischen Kriterien, die von den Strafverfolgungsbehörden vorgegeben werden, auszuwerten und die Ergebnisse an diese Behörden auszuleiten.¹⁷⁴ Hingegen sieht das BKAG eine vergleichbare Zugriffsmöglichkeit jenseits des Sonderfalls der Erhebung von

¹⁶⁸ Vgl. etwa einerseits § 100f Abs. 1 StPO – Tonaufzeichnungen außerhalb von Wohnungen nur bei dem Verdacht einer Straftat aus dem für Telekommunikationsüberwachungen maßgeblichen Katalog des § 100a Abs. 2 StPO; andererseits § 100h Abs. 1 Nr. 1 StPO – Bildaufnahmen außerhalb von Wohnungen wegen des Verdachts jeder Straftat oder (wegen § 46 Abs. 1 OWiG) Ordnungswidrigkeit.

¹⁶⁹ § 20h Abs. 1 Nr. 2 BKAG; eine entsprechende strafprozessuale Regelung wäre von Verfassungs wegen auch nicht möglich, da Art. 13 Abs. 3 GG für das Strafverfahren nur akustische Wohnraumüberwachungen zulässt.

¹⁷⁰ § 20k BKAG.

¹⁷¹ Vgl. beispielhaft den bei *Buermeyer/Bäcker*, HRRS 2009, 433 (435 f.) wiedergegebenen und anschließend kritisch besprochenen Anordnungsbeschluss eines Amtsgerichts.

¹⁷² Vgl. Vermerk vom 29. Oktober 2010, abrufbar unter: https://fragdenstaat.de/files/foi/7011/Gutachten_Quellen_TK.pdf (letzter Abruf am 15. April 2013).

¹⁷³ Näher *Brodowski*, Der „Grundsatz der Verfügbarkeit“ von Daten zwischen Staat und Unternehmen, ZIS 2012, 474 ff., der insoweit treffend von einem „Grundsatz der Verfügbarkeit“ von Daten zwischen Staat und Unternehmen spricht.

¹⁷⁴ Vgl. als Beispielsfall BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 17. Februar 2009 – 2 BvR 1372/07, 2 BvR 1745/07 – = NJW 2009, 1405 – Verpflichtung von Kreditinstituten, sämtliche geführten Kreditkartenkonten auf Überweisungen in einer bestimmten Höhe an ein bestimmtes Empfängerkonto zu überprüfen („Operation Mikado“).

Telekommunikationsdaten, der auch in der StPO speziell geregelt wird, nur für Telemedien-Nutzungsdaten vor.¹⁷⁵ Kenntnisse über andere gesellschaftliche Datenbestände kann das Bundeskriminalamt nur auf dem Weg über ein polizeiliches Auskunftersuchen erlangen. Der Ersuchte ist jedoch – wiederum entsprechend polizeirechtlicher Regelungskonvention – zur Auskunft nur verpflichtet, wenn er polizeipflichtig ist oder wenn eine besondere gesetzliche Handlungspflicht besteht.¹⁷⁶ Dies wird gerade bei diffusen Bedrohungslagen im Frühstadium eines terroristischen Geschehens oder bei Milieustudien auf der Grundlage eines einzelfallübergreifenden kriminalstrategischen Konzepts häufig nicht der Fall sein. Zudem ist zumindest sehr fragwürdig, ob der Ersuchte selbst in Fällen, in denen eine Auskunftspflicht besteht, verpflichtet werden kann, sich benötigte Informationen zunächst durch eine Analyse seiner Datenbestände nach vorgegebenen Kriterien zu verschaffen.

4.1.3.1.4 Richtervorbehalte in BKAG und StPO

Von Interesse ist schließlich auch ein Vergleich der prozeduralen Sicherungen, die für Eingriffsmaßnahmen der präventivpolizeilichen und der repressiven Terrorismusbekämpfung bestehen. Ein solcher Vergleich wird hier exemplarisch für die in BKAG und StPO angeordneten Richtervorbehalte geleistet.

Beide Gesetze stellen eine Vielzahl von Maßnahmen unter den Vorbehalt richterlicher Anordnung. Der Richtervorbehalt wird damit in beiden Regimen als wesentlicher Baustein eines prozeduralen Grundrechtsschutzes bei eingriffsintensiven Ermittlungsmaßnahmen eingesetzt. Allerdings decken sich die Anwendungsbereiche dieses Sicherungsmechanismus nicht vollständig. Das BKAG bleibt vielmehr hinsichtlich einiger Ermittlungsmaßnahmen von erheblicher, aber nicht „höchster“ Eingriffsintensität hinter der StPO zurück: Nur die StPO sieht generell eine richterliche Entscheidung für Tonaufnahmen außerhalb von Wohnungen¹⁷⁷ sowie für längerfristige Observationen¹⁷⁸ vor; nach dem BKAG ist eine richterliche Entscheidung hierfür hingegen erst erforderlich, wenn eine solche Maßnahme

¹⁷⁵ § 20m Abs. 2 BKAG.

¹⁷⁶ § 20c Abs. 2 Satz 2 BKAG.

¹⁷⁷ § 100f Abs. 4 i. V. m. § 100b Abs. 1 StPO.

¹⁷⁸ § 163f Abs. 3 StPO.

länger als einen Monat andauern soll.¹⁷⁹ Weiter enthält nur die StPO einen Richtervorbehalt für die Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung.¹⁸⁰

Hinzu kommt, dass gerade bei der Terrorismusbekämpfung für die Anordnung präventivpolizeilicher und strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen ein Unterschied in der instanziellen Zuständigkeit besteht: Nach dem BKAG ist für richterliche Anordnungen generell das Amtsgericht Wiesbaden zuständig.¹⁸¹ Hingegen ergibt sich aus der StPO in den häufigen Fällen, in denen der Generalbundesanwalt die Ermittlungen leitet,¹⁸² die Zuständigkeit des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs.¹⁸³

4.1.3.2 Analyse und Bewertung

In der Kommission besteht keine Einigkeit, ob und inwieweit die strukturelle Gemengelage von präventivpolizeilicher und strafrechtlicher Terrorismusbekämpfung gesetzgeberischen Handlungsbedarf auslöst. Die bestehenden Auffassungen werden darum im Folgenden getrennt voneinander dargestellt.

Es ist angezeigt, das derzeitige strukturell bedingte Nebeneinander von präventivpolizeilicher und repressiver Terrorismusbekämpfung teils zu entflechten und im Übrigen rechtlich stärker zu strukturieren als bislang. Hierfür sprechen folgende Erwägungen:

Das geltende Terrorismusstrafrecht stellt Handlungen im Vorfeld terroristischer Anschläge großflächig unter Strafe. Einige Regelungen sind dabei sicher diskussionswürdig, manche bedürfen möglicherweise auch der Korrektur. Das dahinter stehende Vorverlagerungskonzept ist aber im Grundsatz angesichts der drohenden Schäden kriminalpolitisch nachvollziehbar. Es wird zudem in erheblichem Umfang durch überstaatliche Regelwerke vorgegeben, die nicht zur Disposition des deutschen Gesetzgebers stehen.

Die breite Vorfeldkriminalisierung im Terrorismusbereich sollte jedoch dann auch praktisch genutzt werden. Dies bedeutet insbesondere, dass dem Anfangsverdacht einer

¹⁷⁹ § 20g Abs. 3 Satz 8 BKAG.

¹⁸⁰ § 163e Abs. 4 StPO; vgl. hingegen § 20i Abs. 3 BKAG.

¹⁸¹ § 20v Abs. 2 BKAG.

¹⁸² Vgl. § 120 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 2 Nr. 1 bis 3 i. V. m. § 142a Abs. 1 GVG.

¹⁸³ § 169 Abs. 1 Satz 2 StPO.

Vorfeldstraftat gerade mit strafprozessualen Mitteln nachzugehen ist. Auf diese Weise wird einerseits von vornherein der Weg hin zu einer Reaktion mit den schlagkräftigeren und nachhaltigeren Eingriffsmitteln des Strafrechts vorgezeichnet. Andererseits wird gewährleistet, dass den Betroffenen die schützenden Formen und Verfahrensvorkehrungen des Strafprozesses möglichst frühzeitig zugutekommen. Insbesondere ist die Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft auch faktisch zu sichern.

Das geltende Recht gewährleistet diese Verfahrensherrschaft nicht hinreichend. Zwar mag es möglich sein, über allgemeine Rechtsgrundsätze oder Rechtsanalogien die Stellung der Staatsanwaltschaft zu stärken. Es fehlt insoweit jedoch an ausdrücklichen und klaren Vorgaben; die Vorschläge, die sich auf allgemein formulierte Normen oder Rechtsanalogien stützen, sind dementsprechend auch keineswegs unumstritten. Geht man davon aus, dass derzeit weder eine frühzeitige Information der Staatsanwaltschaft aus dem präventivpolizeilichen Verfahren geboten ist noch ein solches Verfahren bei Vorliegen eines Tatverdachts sofort und ausnahmslos in ein strafprozessuales Verfahren übergeleitet werden muss, so ergeben sich erhebliche Risiken für die Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft. Diese Risiken werden im Folgenden an dem für die Terrorismusbekämpfung besonders relevanten Verhältnis von Bundeskriminalamt und zuständiger Staatsanwaltschaft erläutert:

Zwar liegt es vielfach im eigenen Interesse des Bundeskriminalamts, sein Vorgehen mit der zuständigen Staatsanwaltschaft abzustimmen, um kumulative Grundrechtseingriffe oder einander ermittlungstaktisch widersprechende Maßnahmen zu vermeiden. Gleichwohl verbleibt dem Bundeskriminalamt in nicht unerheblichem Ausmaß die faktische wie – nach der soeben dargestellten Rechtsauffassung – auch die rechtliche Wahlfreiheit, ob es Hinweise zunächst im Rahmen eines strafprozessualen oder eines präventivpolizeilichen Verfahrens abarbeitet. Diese Wahlfreiheit geht über die faktische Ermittlungsprärogative der Polizei, die praktisch alle strafrechtlichen Ermittlungsverfahren kennzeichnet,¹⁸⁴ noch hinaus. Gerade bei der Terrorismusbekämpfung werden vielfach eingriffsintensive Ermittlungsmaßnahmen eingesetzt, über die nach der Strafprozessordnung nur die

¹⁸⁴ Statt vieler *Frister*, in: Lisen/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Rn. D 180 ff.

Staatsanwaltschaft entscheiden darf.¹⁸⁵ Das Bundeskriminalamt könnte diese strafprozessualen Entscheidungsvorbehalte, welche – gerade auch im Interesse des Beschuldigten – die Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft gewährleisten sollen, in erheblichem Umfang relativieren, wenn es dieselben Maßnahmen eigenverantwortlich auf polizeirechtlicher Grundlage durchführen darf.¹⁸⁶ Die gewonnenen Erkenntnisse können schließlich auch dann in der Regel vollumfänglich, zumindest aber als Spurenansatz strafprozessual verwertet werden.¹⁸⁷

Weiter kann die zuständige Staatsanwaltschaft ihre Aufgabe, die repressive Ermittlungstätigkeit des Bundeskriminalamts anzuleiten und zu kontrollieren, möglicherweise selbst dann nicht vollständig wirksam wahrnehmen, wenn das Bundeskriminalamt ein zunächst präventivpolizeiliches Verfahren schließlich in ein strafprozessuales Ermittlungsverfahren überführt hat. Denn zu diesem Zeitpunkt kann die Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft wegen eines Informationsvorsprungs des Bundeskriminalamts faktisch erheblich reduziert sein. Dies gilt insbesondere, wenn das Bundeskriminalamt zunächst auf der Grundlage von Vorfeldermächtigungen tätig geworden ist, die ihm ermöglichen, seinen Ermittlungen ein einzelfallübergreifendes strategisches Überwachungskonzept zugrunde zu legen. Das Erkenntnisinteresse der Staatsanwaltschaft im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren kann wegen des Tatbezugs dieses Verfahrens deutlich enger dimensioniert sein als das Erkenntnisinteresse des Bundeskriminalamts im

¹⁸⁵ Vgl. etwa § 100b Abs. 1 Satz 1 StPO – Telekommunikationsüberwachung; § 100d Abs. 1 Satz 1 StPO – akustische Wohnraumüberwachung; § 100f Abs. 4 i. V. m. § 100b Abs. 1 Satz 1 StPO – Abhören außerhalb von Wohnungen; § 100g Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 100b Abs. 1 Satz 1 StPO – Erhebung von Telekommunikations-Verkehrsdaten.

¹⁸⁶ Ähnlich der im Gesetzgebungsverfahren zum BKAG angehörte Sachverständige *Geiger*, InnenA-BT-Drs. 16(4)460 H, S. 8 f.

¹⁸⁷ Vgl. § 20v Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 BKAG, § 100d Abs. 5 Nr. 3, § 161 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, § 163 Abs. 1 StPO. Es würde den Rahmen dieser Ausarbeitung und teils auch den Arbeitsauftrag der Kommission sprengen, eingehend zu erörtern, ob diese Normen und die an sie anknüpfende behördliche Praxis auch angesichts der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (insbesondere BVerfGE 125, 260; 130, 151) in jeder Hinsicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an datenschutzrechtliche Zweckänderungen genügen. Die Frage sei hier nur als Merkposten angesprochen.

Vorfeldverfahren.¹⁸⁸ In der Folge liegt es in erheblichem Umfang faktisch in der Hand des Bundeskriminalamts, inwieweit es seine Erkenntnisse in das Ermittlungsverfahren einbringt. Dabei bestimmen die Auswahlentscheidungen des Bundeskriminalamts mit darüber, inwieweit die überführten Informationen im Ermittlungsverfahren überprüft werden können und wie sie interpretiert werden.¹⁸⁹

Ein weitgehend unverbundenes Nebeneinander von präventivpolizeilicher und strafprozessualer Terrorismusbekämpfung, wie es das geltende Recht zumindest nicht ausdrücklich ausschließt, kann damit insgesamt den rechtsstaatlichen Anliegen, die hinter dem strafprozessualen Legalitätsprinzip stehen, erheblich schaden. Letztlich entscheidet danach faktisch die Polizei nach eigenen kriminaltaktischen Maßstäben, wann ein einheitlich gedachtes Bekämpfungsverfahren ganz oder teilweise in ein oder mehrere Strafverfahren übergeleitet wird. Dies kann dazu führen, dass die zuständige Staatsanwaltschaft ihre rechtsstaatlichen Leitungs- und Kontrollfunktionen selbst nach einer solchen Überleitung nicht mehr hinreichend effektiv wahrnehmen kann.

¹⁸⁸ Mit kritischer Stoßrichtung *Preuß*, Justizielle und polizeiliche Wahrheit im Strafverfahren, KJ 1981, 109 (111): „Die Polizei beobachtet und beurteilt soziale Prozesse, die Justiz Handlungen und deren individuelle Urheber.“ Diese Formulierung aus polizeilicher Sicht aufgreifend und affirmativ wendend *H. Schäfer*, Die Prädominanz der Prävention, GA 1986, 49 (51 f.), der den Unterschied von polizeilicher und staatsanwaltschaftlicher Perspektive näher konturiert: Für den Staatsanwalt sei es „nicht nötig, theoretische Strategien zu entwickeln, da ihm nicht die Aufgabe obliegt, eine Mehrheit von Menschen und Material über Zeit und Raum hinweg zur Erreichung eines bestimmten politisch vorgegebenen Zieles zu führen. [...] Die hier anfallenden Aufgaben hat typischerweise und unmittelbar die Polizei zu erfüllen, wobei sie die Gefahrenabwehr (d. h. die Kriminalitätsbekämpfung) nicht nur taktisch, sondern auch strategisch zu organisieren und operativ zu bewältigen hat.“, sowie ebd., S. 53: „Die Polizei entspricht ihrem Auftrag zur Gefahrenabwehr (Kriminalitätsbekämpfung), indem sie – und nur sie allein – sowohl Überlegungen auf der Ebene der theoretischen Kriminalstrategie anstellt, als auch diese Überlegungen operativ und taktisch umsetzt. Dabei entscheidet sie über Prioritäten, über die Zeit und den Raum, in denen ihre Maßnahmen realisiert werden sollen, nach eigenen u. a. organisationsbestimmten und ausstattungsbedingten Kriterien.“

¹⁸⁹ Kritisch *Schünemann*, Die Zukunft des Strafverfahrens – Abschied vom Rechtsstaat?, ZStW 119 (2007), 945 (948): „Nur [die Polizei] bestimmt, welche Details ihrer operativen Tätigkeit in die einzelne Ermittlungsakte Eingang finden, und weil ohne die Kenntnis der aussortierten Details nicht beurteilt werden kann, ob die vorgenommene Selektion fair und objektiv ist, kann ein großer Teil der Ermittlungsergebnisse später in der Hauptverhandlung weder vom Gericht in seiner Objektivität überprüft noch von der Verteidigung in einer durch Fakten belegten Weise in Frage gestellt werden.“ Vgl. beispielhaft die eingehende Schilderung eines Falls, in dem – wohl bereits aufgrund unvollständiger Information des Generalbundesanwalts durch das Bundeskriminalamt – ein Antrag auf richterliche Anordnung einer Telekommunikationsüberwachung relevante Informationen nicht enthielt, was letztlich zu einer rechtswidrigen Anordnung führte, von *G. Schäfer*, in: FS Roxin, 2011, S. 1299 ff. (zu BGH, Beschluss vom 11. März 2010 – StB 16/09 – = NSTZ 2010, 711).

Zwar haben die von der Kommission angehörten Vertreter des Bundeskriminalamts und der Bundesanwaltschaft einmütig erklärt, in der aktuellen Verfahrenspraxis werde der Generalbundesanwalt bereits frühzeitig über neue terroristische Bedrohungslagen informiert. Bejahe der Generalbundesanwalt den Anfangsverdacht einer Straftat, so würden in der Folge ausschließlich Eingriffsmaßnahmen auf strafprozessualer Grundlage durchgeführt. Diese Übung mag ein weitgehend harmonisches Verhältnis beider Regime gewährleisten und die strafprozessuale Verfahrenshoheit des Generalbundesanwalts wahren. Sie ist jedoch verfahrensrechtlich nicht hinreichend klar abgesichert und darum auf einen fortbestehenden Kooperationswillen der beteiligten Behörden angewiesen. Aus juristischer Sicht kann dies nicht befriedigen. Im Übrigen deuteten die Ausführungen der Vertreter des Generalbundesanwalts an, dass auch in der gegenwärtigen Praxis sehr wohl Zuordnungsprobleme und Reibungsverluste dann auftreten, wenn am Verfahren Landespolizeibehörden beteiligt sind.

Erforderlich ist darum ein regulatives Konzept, das präventivpolizeiliche und strafprozessuale Terrorismusbekämpfung durch das Bundeskriminalamt rechtlich aufgliedert und einander zuordnet. Dieses Konzept könnte auf mehreren Bausteinen beruhen: Zunächst wäre näher zu untersuchen, inwieweit durch eine entsprechende Gestaltung der jeweiligen Befugnisverzeichnisse das Verhältnis von Polizei- und Strafverfahrensrecht klarer strukturiert werden kann als bislang. Soweit sich Befugnisüberschneidungen nicht vermeiden lassen, sollte zumindest rechtlich darauf hingewirkt werden, dass Beeinträchtigungen für das Strafverfahren vermieden werden. Hierzu dient zunächst eine Harmonisierung von Eingriffsschwellen und prozeduralen Sicherungen zwischen BKAG und StPO, die denkbare verfahrensrechtliche Anreize für eine „Flucht in das Polizeirecht“ vermindert. Um die Verfahrensherrschaft des Generalbundesanwalts zu sichern, sollte diese Behörde zudem auch in das präventivpolizeiliche Verfahren nach dem BKAG eingebunden werden.

Das Mitglied Hirsch ist hierzu der Auffassung, dass § 4 Abs. 3 und § 4a Abs. 2 Satz 2 BKAG bereits jetzt eine weitestgehende Benachrichtigung der obersten Landesbehörden, also sowohl des Innen- wie des Justizministeriums des jeweiligen Bundeslandes für den Fall sicherstellen wollten, dass das Bundeskriminalamt im Rahmen der Strafverfolgung oder der Bekämpfung des internationalen Terrorismus eine Tätigkeit im Bereich eines Bundeslandes aufnehmen will oder aufgenommen hat. Es ist gerade angesichts der wachsenden Überschneidungen zwischen präventiven und repressiven Vorgängen kein schützenswertes rechtliches Interesse erkennbar, warum die eine Behörde einen Informationsvorsprung vor einer anderen Behörde hätte bekommen sollen, deren Zusammenarbeit gewünscht und

dringend erforderlich ist. Es kann darum auch kein opportunistisches Ermessen des Bundeskriminalamts geben, ab wann es die Staatsanwaltschaft informieren und in welchem Umfang es ihr die Möglichkeit geben will, zu entscheiden, ob sie entsprechend dem Legalitätsprinzip eine Strafverfolgung einleiten möchte oder nicht. Dies gilt umso mehr, je unterschiedlicher die Eingriffsschwellen strafprozessualer und polizeirechtlicher Art geregelt sind.

4.1.3.2.1 Partielle Entflechtung durch Zuordnung von Befugnissen

Eine zumindest partielle Entflechtung von präventivpolizeilicher und strafrechtlicher Terrorismusbekämpfung wäre möglich, wenn bestimmte Ermittlungsmaßnahmen sich allein dem Strafverfahren zuordnen ließen. Solche Ermittlungsmaßnahmen wären sodann allein in der StPO zu regeln. Gerade im Terrorismusbereich könnte eine solche Zuordnung für manche Maßnahmen gelingen:

Aufgrund der großflächigen Kriminalisierung von Vorfeldhandlungen im aktuellen Terrorismusstrafrecht wird zumeist lange vor einem drohenden Anschlag der Anfangsverdacht einer Vorfeldstraftat bestehen. Insbesondere wird ein solcher Anfangsverdacht vielfach zu bejahen sein, wenn die Entwicklung das Stadium der konkreten Gefahr eines Anschlags erreicht hat. Andererseits dürfen bestimmte eingriffsintensive Ermittlungsmaßnahmen mit präventivpolizeilicher Zielsetzung von Verfassungen wegen erst bei einer solchen konkreten Gefahr durchgeführt werden. Manche Maßnahmen lassen sich zudem möglicherweise kriminaltaktisch erst sinnvoll durchführen, wenn bereits eine verdichtete Bedrohungslage besteht, in der oft oder sogar regelmäßig auch der Anfangsverdacht einer Straftat vorliegt. Insbesondere für solche Ermittlungsmaßnahmen stellt sich die Frage, ob für eine präventivpolizeiliche Ermächtigung überhaupt ein Bedarf besteht oder ob eine solche Ermächtigung nicht gegenüber einer entsprechenden strafprozessualen Ermächtigung weitgehend entbehrlich ist. Eine Lücke für den Rechtsgüterschutz droht dann nicht. Das Terrorismusstrafrecht ist vielmehr gerade darauf angelegt, lange vor konkreten Anschlägen zu greifen. Dementsprechend dienen Strafverfolgungsmaßnahmen auch dazu, einen begonnenen schadensträchtigen Kausalverlauf zu unterbrechen. Gerade hierin liegt die Pointe kriminalpräventiv ausgerichteter Straftatbestände, wie sie sich im Terrorismusstrafrecht nahezu flächendeckend finden.

Beispielsweise sollte kritisch geprüft werden, ob die Ermächtigungen zu Rasterfahndungen und Wohnraumüberwachungen im BKAG gegenüber den entsprechenden Ermächtigungen

in der StPO einen ermittlungspraktischen Mehrwert schaffen oder ob die präventivpolizeilichen Ermächtigungen tatbestandlich zumindest überwiegend nur in Situationen greifen, in denen auch strafprozessuale Maßnahmen zulässig wären. Sollte Letzteres zutreffen, so wären die Befugnisregelungen des BKAG möglicherweise entbehrlich. Auch etwa für das Abhören des gesprochenen Worts außerhalb von Wohnungen oder für Inhaltsüberwachungen der Telekommunikation ist sowohl kriminalistisch als auch verfassungsrechtlich erörterungsbedürftig, ob eine präventivpolizeiliche Ermächtigung neben den entsprechenden strafverfahrensrechtlichen Regelungen überhaupt benötigt wird.

4.1.3.2.2 Harmonisierung von Eingriffsstufen und prozeduralen Sicherungen

Soweit sich ein Nebeneinander von präventivpolizeilichen und strafprozessualen Ermittlungsermächtigungen nicht vermeiden lässt, sollten zumindest verfahrensrechtliche Anreize zu einer Bevorzugung der präventivpolizeilichen Terrorismusabwehr reduziert werden.

Hierzu sollte zunächst bei der Stufung der gesetzlichen Eingriffsschwellen angesetzt werden. Problematisch ist es insbesondere, wenn Ermittlungsmaßnahmen, die im Strafverfahrensrecht als besonders eingriffsintensiv eingestuft und darum an strenge Anforderungen gebunden werden, im BKAG als minder schwere Eingriffe unter großzügigen Voraussetzungen zugelassen werden. Im Übrigen kann der Umstand, dass strafprozessual eine hohe Eingriffsschwelle besteht, als Indiz dafür angesehen werden, dass die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer weit gefassten präventivpolizeilichen Ermächtigung zumindest problematisch ist. Beispielhaft sei auf das Abhören des gesprochenen Worts außerhalb der Wohnung verwiesen, das in der StPO analog zur Telekommunikationsüberwachung, im BKAG hingegen wie Bildaufnahmen in der Öffentlichkeit oder der Einsatz von Vertrauenspersonen behandelt wird, die wiederum strafprozessual grundsätzlich zur Aufklärung jeder Straftat zulässig sind.

Des Weiteren sollten für präventivpolizeiliche und strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen grundsätzlich die gleichen prozeduralen Sicherungen greifen, soweit nicht Eigenarten eines der beiden Regime eine Übertragung auf das andere verhindern. Solche Eigenarten dürften sich dabei in erster Linie für akute Krisenlagen ergeben, in denen auf polizeirechtlicher Grundlage rasch und effektiv interveniert werden muss, ohne dass durchweg vergleichbare Formen und Verfahrensrechte wie im Strafprozess gewährleistet werden könnten.

Hingegen dürften sich präventivpolizeiliche und strafprozessuale Ermittlungen zur Terrorismusabwehr im Vorfeld derartiger Krisen so stark ähneln, dass in prozeduraler Hinsicht in der Regel eine vollständige Harmonisierung erzielt werden kann. So sind für Richtervorbehalte Eigenarten des Polizeirechts oder des Strafverfahrensrechts, die unterschiedliche Regelungen rechtfertigen könnten, jedenfalls außerhalb von Eilsituationen nicht ersichtlich. Daher befremdet es und sollte geändert werden, dass das BKAG Ermittlungsmaßnahmen ohne richterliche Anordnung zulässt, die nach der StPO einer solchen Anordnung bedürfen. Befremdlich erscheint daneben, dass für Anordnungen nach dem BKAG das Amtsgericht zuständig ist, während strafprozessual vielfach der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs zur Entscheidung berufen ist. Zu § 169 Abs. 1 Satz 2 StPO wird einleuchtend auf die besondere faktische und rechtliche Komplexität von Staatsschutzsachen und das daraus folgende Erfordernis verwiesen, Expertise für solche Verfahren zu bündeln.¹⁹⁰ Diese Erwägung dürfte für die präventivpolizeiliche Terrorismusabwehr ebenso gelten; zudem liegt es nahe, die Sachkenntnisse der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs auch hier zu nutzen, wie dies bereits der – insoweit bislang nicht umgesetzte – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP für die laufende Legislaturperiode vorsieht.

4.1.3.2.3 Regelung des Verhältnisses von präventivpolizeilicher und strafrechtlicher Terrorismusbekämpfung

Selbst wenn den bisherigen Vorschlägen gefolgt wird, ist die strukturelle Gemengelage von präventivpolizeilicher und strafrechtlicher Terrorismusbekämpfung nicht vollständig bewältigt. Es ist zunächst davon auszugehen, dass für viele Ermittlungsmaßnahmen Doppelermächtigungen nicht zu vermeiden sind. Hinsichtlich dieser Maßnahmen wird zudem selbst bei einer Harmonisierung von Eingriffsstufen und prozeduralen Regelungen das Risiko bestehen bleiben, dass das Bundeskriminalamt – mit der bereits ausgeführten Folge möglicher Beeinträchtigungen der Strafverfolgung – einen Anfangsverdacht zu Unrecht verneint oder trotz bestehenden Anfangsverdachts Ermittlungen weiterhin auf der Grundlage des BKAG durchführt.

¹⁹⁰ Statt vieler *Griesbaum*, in: *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 6. Aufl. 2009, § 169 Rn. 1.

Um diesem Risiko zu begegnen, sollte das BKAG¹⁹¹ um Regelungen zum Verhältnis von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung für den Terrorismusbereich ergänzt werden. Dabei erscheint sowohl ein materiell- als auch ein (rein) verfahrensrechtlicher Regelungsansatz denkbar.

Materiellrechtlich könnte ein Vorrang der Strafverfolgung festgelegt werden: Sobald der Anfangsverdacht einer Straftat vorliegt, wäre diesem Verdacht demnach strafprozessual unter der Sachleitung der zuständigen Staatsanwaltschaft nachzugehen. Eine Ausnahme wäre für akute Krisensituationen (in polizeirechtlicher Terminologie: bei gegenwärtigen Gefahren) vorzusehen, um dem Bundeskriminalamt eine rasche Reaktion auf besonders dringliche Hinweise zu ermöglichen. Im Übrigen beschränkte sich die präventivpolizeiliche Zuständigkeit des Bundeskriminalamts auf Situationen im Vorfeld eines Anfangsverdachts. Da maßgeblicher Schalterpunkt für die Entscheidung über das anwendbare Regime danach die Prüfung eines Anfangsverdachts wäre, müsste die zuständige Staatsanwaltschaft in diese Prüfung eingebunden werden. Hierzu böte sich eine Pflicht des Bundeskriminalamts an, die jeweils zuständige Staatsanwaltschaft (oder zur Vermeidung von Abgrenzungsproblemen wohl besser: stets den Generalbundesanwalt) regelmäßig in allgemeiner Form über seine präventivpolizeiliche Tätigkeit sowie auch außerhalb des Turnus über vorliegende personen- oder konkret situationsbezogene Verdachtsmomente zu unterrichten.

Ein Regelungsansatz, der weniger weit von hergebrachten Mustern abweiche, könnte sich auf frühzeitige Informationspflichten beschränken.¹⁹² Dem Generalbundesanwalt oder der sonst zuständigen Staatsanwaltschaft würde so die Möglichkeit gegeben, die strafprozessuale Sachleitung zu übernehmen, wenn der Anfangsverdacht einer Vorfeldstraftat vorliegt. So könnte das präventivpolizeiliche Verfahren zumindest teilweise in ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren überführt werden.

¹⁹¹ Vorstellbar ist auch eine Regelung in der StPO, die das Verhältnis von präventivpolizeilichen und strafprozessualen Ermittlungen allgemein ordnet. Hierzu bedürfte es allerdings noch kompetenzrechtlicher und regelungstechnischer Überlegungen, welche die Kommission im verfügbaren Zeitrahmen nicht leisten kann.

¹⁹² Eine frühzeitige Beteiligung des Generalbundesanwalts fordert auch etwa *Griesbaum*, in: FS Nehm, 2006, S. 125 (132).

Beide Ansätze dürften sich dabei letztlich nicht allzu stark voneinander unterscheiden. In jedem Fall bliebe trotz eines vorliegenden Anfangsverdachts für präventivpolizeiliche Ermittlungen insoweit Raum, als entweder kurzfristig eine gegenwärtige Gefahr abgewehrt werden muss oder diese Ermittlungen in ihrer Reichweite über das strafrechtliche Ermittlungsverfahren hinausgehen (etwa wenn über den Anfangsverdacht hinausgehend die Strukturen weiter aufgeklärt werden sollen, denen die Verdächtigen zugerechnet werden). Andererseits ergäbe sich selbst bei einer rein verfahrensrechtlichen Lösung aus der Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft im Zusammenwirken mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz letztlich ein partieller Vorrang des Strafverfahrens: Bejaht die Staatsanwaltschaft einen Anfangsverdacht, so hat sie die Entscheidungsgewalt über Maßnahmen zur Verdachtsaufklärung. Parallel durchgeführte präventivpolizeiliche Ermittlungen mit demselben Erkenntnisziel wären nicht erforderlich und darum unzulässig. Eine rein verfahrensrechtliche Lösung brächte allenfalls dadurch einen gewissen Flexibilitätsgewinn, dass eine Fortführung präventivpolizeilicher Ermittlungen möglich wäre, wenn die Staatsanwaltschaft – in den Grenzen des Legalitätsprinzips – bereit ist, das Strafverfahren zugunsten solcher Ermittlungen vorläufig zurückzustellen.

Dieser Flexibilitätsgewinn und die allgemeine Erwägung, dass Eingriffe in gewachsene rechtliche Strukturen gering gehalten werden sollten, sprechen für einen rein verfahrensrechtlichen Ansatz. Auch ein solcher Ansatz betritt Neuland, indem erstmals die Staatsanwaltschaft ausdrücklich in präventivpolizeiliche Verfahren eingebunden wird. Immerhin ist eine Einbeziehung des Generalbundesanwalts in gewissem Grad allerdings schon durch den Koalitionsvertrag vorgesehen, wo es heißt, die im BKAG vorzusehenden Anordnungen des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs sollten „durch Vermittlung des Generalbundesanwalts“ ergehen.

Das Mitglied Hirsch ist der Auffassung, dass die oben¹⁹³ dargestellte, streitige Auslegung der §§ 4, 4a BKAG über die Benachrichtigung der obersten Landesbehörden durch das Bundeskriminalamt und die exakte Umschreibung der Zuständigkeiten des Bundeskriminalamts im Fall des internationalen Terrorismus unverzüglich gesetzlich klargestellt werden muss. Er teilt im Übrigen die Auffassung des Mitglieds Bäcker, dass eine Harmonisierung der Eingriffsschwellen sowohl dringlich wie auch möglich ist und dass es bei

¹⁹³ S. o. 4.1.3.2.1.

den Zuständigkeiten des Bundeskriminalamts nahe liegt, die richterliche Zuständigkeit des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs einzuführen.

4.1.3.2.4 Weitere allgemeine Ausführungen zum Richtervorbehalt und den zugehörigen Verfahrensregeln

Die richterliche Kontrolle wird sowohl verfahrensbegleitend vollzogen – insbesondere im polizeirechtlichen und strafprozessualen Bereich – als auch als nachträgliche Rechtskontrolle i. S. d. Art. 19 Abs. 4 GG.

Die verfahrensbegleitende richterliche Kontrolle bezieht sich:

- auf die Zulassung heimlicher Ermittlungen,
- auf die Einhaltung der dafür gegebenen inhaltlichen und zeitlichen Grenzen und
- auf die Benachrichtigung der Betroffenen¹⁹⁴.

Für die verfahrensbegleitende Kontrolle ist zu entscheiden, wer sie nach welchen Verfahrensregeln durchführen soll. Im Polizeirecht der Länder sowie im BPolG und § 20v Abs. 2 BKAG wird in aller Regel das Amtsgericht am Sitz der handelnden Behörde als zuständig benannt¹⁹⁵. Diese Zuweisung ist nicht ohne Kritik geblieben, die mit einem Zweifel wegen der Überlastung der Gerichte und mit der Annahme verbunden ist, dass der Einzelrichter dazu neigen wird, plausible Begründungen von Polizei oder Staatsanwaltschaft zu übernehmen, zumal ihm keine Gegenargumente vorgetragen werden.

Bei aller Würdigung der wesentlichen Bedeutung einer richterlichen Entscheidung folgt aus der Rechtswirklichkeit aber auch, dass bei gravierenden heimlichen Grundrechtseingriffen grundsätzlich die Kammerentscheidung eines Landgerichts gefordert werden muss und dass dabei ebenso die ständige verfahrensbegleitende Information der Kammer und ihre alsbaldige Benachrichtigung vom Ergebnis der Maßnahme unverzichtbar ist, vgl. etwa

¹⁹⁴ Im BPolG wird der Richtervorbehalt nur in § 28 Abs. 3 für die Verlängerung bestimmter Observationsmaßnahmen erwähnt, in § 28 Abs. 5 BPolG bei der Benachrichtigung überhaupt nicht. Die Bestimmung, dass die Benachrichtigung bei einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit ohne weitere Begrenzung und ohne richterliche Entscheidung unterbleiben kann, ist verfassungsrechtlich problematisch.

¹⁹⁵ Vgl. z. B. Art. 34 Abs. 4, Abs. 5 Satz 6 BayPAG; § 17 Abs. 6 PolG NRW; § 38 Abs. 8, 12 SächsPolG; § 16 Abs. 5, § 39 Abs. 1 HSOG. In § 23b ZFdG ausnahmsweise das AG Köln, sowie das LG in § 100c StPO.

§ 100d StPO bei der heimlichen Datenerhebung in oder aus einer Wohnung, sowie eine Reihe weiterer polizeirechtlicher Regelungen¹⁹⁶.

Das sollte in gleicher Weise gelten für die Wohnraumüberwachung nach § 20h BKAG, die Online-Durchsuchung eines privaten Computers nach § 20k BKAG, die Quellen-TKÜ nach § 20l Abs. 2 BKAG und die Zurückstellung bzw. die endgültige Ablehnung der Benachrichtigung eines Betroffenen nach § 20w Abs. 3 BKAG. In diesem Fall liegt das deswegen nahe, weil mit der Entscheidung über den Ausschluss einer Benachrichtigung gleichzeitig das Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG – Garantie des Rechtswegs – zur Überprüfung der gegen ihn gerichteten Maßnahme abgeschnitten wird.

Daher wird eine entsprechende Änderung jedenfalls der § 20h, 20k, 20l, 20v und 20w BKAG gefordert¹⁹⁷.

Schließlich ist die Frage zu behandeln, nach welchem Verfahrensrecht die richterlichen Entscheidungen getroffen werden sollen. Das im Polizeirecht durchweg in Anspruch genommene FamFG – vgl. im Bundesrecht insbesondere § 20v Abs. 2, 23 Abs. 3 BKAG, § 23 Abs. 3 BPolG – geht von einem kontradiktorischen Verfahren als Normalfall aus, das in den hier relevanten Fällen aber gerade nicht stattfinden soll. Nur in Ausnahmefällen – z. B. §§ 276 oder 419 FamFG – findet ein einseitiges Verfahren statt. In ihm kann jedoch ein Verfahrensvertreter benannt werden, der die Interessen des Betroffenen wahrnehmen soll.

Differenziert ist die Regelung in § 34a EGGVG im Fall der Kontaktsperre. Hier wird eine Kontaktperson eingeführt, die die Interessen des Betroffenen vertritt, ohne sein Vertreter zu sein.

¹⁹⁶ Vgl. z. B. §§ 30 Abs. 5, 35a Abs. 4 Nds. SOG, §§ 17 Abs. 6, 18 Abs. 2 PolG NRW.

¹⁹⁷ In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass in § 20u BKAG hinsichtlich der Berufsheimnisträger die Regelung nachvollzogen werden muss, die der Bundesgesetzgeber bei § 160a StPO insbesondere zugunsten der Rechtsanwälte bereits getroffen hat. Die zurzeit noch gegebene Ungleichbehandlung in der StPO und dem BKAG einerseits, dem G 10 und dem BVerfSchG andererseits ist rechtlich weder erklärbar noch systematisch vertretbar.

4.1.3.2.4.1 Exkurs: Verfahrensbeauftragter

In diesem Zusammenhang ist zu entscheiden, ob und wann es in den hier relevanten Verfahren einen Vertreter des Interesses des Betroffenen geben sollte (Verfahrensbeauftragten).

Dieser Gedanke liegt jedenfalls bei gravierenden grundrechtsrelevanten Entscheidungen nahe, so:

- bei der Verlängerung heimlicher akustischer oder optischer Datenerhebungen in oder aus Wohnungen,
- bei länger dauernden Überwachungen der Telekommunikation,
- bei der im BKAG kodifizierten Online-Durchsuchung eines PC,
- bei der Verschiebung einer Benachrichtigung des Betroffenen über 5 Jahre hinaus und
- bei der endgültigen Entscheidung über den Ausschluss einer Benachrichtigung.

Als Vorbild könnte der § 34a EGGVG dienen, der die rechtswahrende Einführung eines Anwaltes (dort Kontaktperson genannt) bei der Kontaktsperre regelt.

Bisher hat das BVerfG die Einführung eines am Verfahren zu beteiligten Verfahrensbeauftragten zwar nicht gefordert. Es stellt sich auch die praktische Frage, wie viele Personen für eine solche Aufgabe gewonnen werden können. Bei der Betrauung eines Datenschutzbeauftragten, sei es des Bundes oder eines Bundeslandes, mit dieser Funktion wird zu prüfen sein, ob dies zu Kollisionen mit seiner eigentlichen Aufgabe führen könnte, wenn er bereits als Bürgerrechtsbeauftragter an der Entscheidung eines von ihm datenschutzrechtlich zu prüfenden Verfahrens beteiligt war.

Die Einführung eines Verfahrensbeauftragten wird aber umso dringender politisch gefordert werden müssen, wenn heimliche Verdatungen und Ermittlungen im grundrechtlich geschützten Bereich nach Art, Umfang und Zahl in demselben Maße zunehmen sollten, wie die TKÜ-Maßnahmen in den vergangenen Jahren.

Es muss daher dringend empfohlen werden, im Zusammenhang mit den anstehenden Evaluierungen der Sicherheitsgesetze die Fragestellung des oben erwähnten Gutachtens über die Effektivität der richterlichen Kontrolle der heimlichen Ermittlungen erneut aufzugreifen und zu dokumentieren, ob und wie sich die damaligen Feststellungen verändert haben.

4.1.3.2.4.2 Versagte Bestätigung

Schließlich bleibt die Frage zu erörtern, welche Folgen eintreten, wenn eine Eilentscheidung getroffen, aber die gerichtliche Bestätigung der Maßnahme abgelehnt wird, vgl. z. B. § 100d Abs. 1 StPO, § 20g Abs. 3 BKAG, § 8b Abs. 2 BVerfSchG. Während in § 20g Abs. 3 BKAG lediglich geregelt wird, dass die Maßnahme spätestens nach drei Tagen „außer Kraft“ tritt, erklärt die entsprechende Regel in § 8b Abs. 2 BVerfSchG, dass bei einer ablehnenden Entscheidung der G 10-Kommission die bis dahin angefallenen Daten einem absoluten Verwendungsverbot unterliegen und unverzüglich zu löschen sind. Dementsprechend sieht auch § 17 Abs. 2 PolG NRW – im Gegensatz zu den meisten Polizeigesetzen der Bundesländer – vor, dass bei einer negativen oder innerhalb von drei Tagen nicht getroffenen richterlichen Genehmigung die bis dahin bereits erhobenen Daten nicht verwendet werden dürfen und unverzüglich zu löschen sind.

Die entsprechenden bundesrechtlichen Bestimmungen sollten diese Regelung ausdrücklich übernehmen.

4.1.3.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen

Die Mitglieder Bäcker und Hirsch kommen zu den folgenden Schlussfolgerungen und Empfehlungen:

Insgesamt führt die großflächige Kriminalisierung terroristischer Vorfeldhandlungen zu einer strukturellen Gemengelage von präventivpolizeilicher und strafrechtlicher Terrorismusbekämpfung, die Risiken für die Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft und letztlich für die Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens insgesamt birgt. Diese Gemengelage sollte, soweit möglich, teilweise entflochten, im Übrigen rechtlich klarer strukturiert werden.

Zur Entflechtung der gegenwärtigen Gemengelage muss das Verhältnis von präventivpolizeilichen Gefahr- und strafprozessualen Verdachtstatbeständen im Terrorismusbereich insbesondere mit Blick auf verdeckte Ermittlungsmaßnahmen näher untersucht werden. Überprüfungsbedürftig ist insbesondere, für welche Ermittlungsmaßnahmen im Terrorismusbereich neben strafprozessualen Ermittlungsermächtigungen ein Bedürfnis für entsprechende präventivpolizeiliche Ermächtigungen besteht, welche die jeweilige Maßnahme an eine konkrete Gefahr binden.

Soweit sich parallele Ermächtigungen im Strafprozess- und im Polizeirecht nicht vermeiden lassen, sollte zur Bewältigung der strukturellen Gemengelage beider Regime zumindest eine Information der Staatsanwaltschaft durch die Polizei im präventivpolizeilichen Verfahrensrecht gewährleistet werden, damit die Staatsanwaltschaft prüfen kann, ob der Anfangsverdacht einer Straftat besteht. Zudem sollten die gesetzlichen Abstufungen der Eingriffstatbestände sowie die vorgesehenen prozeduralen Sicherungen so weit wie möglich harmonisiert werden.

Die Mitglieder Bäcker, Hirsch und Harms empfehlen, bei der anstehenden Evaluierung der Sicherheitsgesetze die Effektivität der richterlichen Kontrollen erneut zu prüfen. Dabei sollte nach Auffassung der Mitglieder Bäcker und Hirsch beim BKAG die Zuständigkeit für ermittelungsrichterliche Anordnungen vom Amtsgericht Wiesbaden auf den Ermittlungsrichter beim Bundesgerichtshof übertragen werden. Im Übrigen sollte bei gravierenden Grundrechtseingriffen – wie z. B. der Wohnraumüberwachung oder bei dem endgültigen Ausschluss der Benachrichtigung eines Betroffenen – die Kammerentscheidung eines Landgerichts gefordert werden. Es sollte geprüft werden, ob und in welchen Fällen in diesem Verfahren für den abwesenden Betroffenen ein Verfahrensbeauftragter bestellt werden sollte. Wird die richterliche Bestätigung einer im Eilverfahren getroffenen polizeilichen Entscheidung versagt, so sollte vorgesehen werden, dass die bis dahin erhobenen Daten gelöscht werden müssen.

Das Mitglied Giesler schließt sich den vorstehenden Schlussfolgerungen an.

Das Mitglied Wolff stimmt der Analyse der Mitglieder Bäcker und Hirsch uneingeschränkt und der Bewertung weitgehend zu. Allerdings erscheint ihm die in der Bewertung zugrunde liegende Annahme, es solle bei Gemengelagen im Zweifelsfall ein Vorrang der Wahl des strafverfahrensrechtlichen Ermittlungsverfahrens vor dem präventiven Verfahren gewählt werden, zu vereinfachend. Dieser Vorschlag sei unter der Prämisse überzeugend, dass für die konkreten Sachverhalte der Sache nach kein Unterschied zwischen der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr bestehe. Nach Einschätzung des Mitgliedes Wolff lässt sich dies nicht zweifelsfrei annehmen, aber auch nicht zweifelsfrei ablehnen. Entscheidend wäre nach seiner Ansicht, inwieweit Maßnahmen des Bundeskriminalamtes vorkommen, die einerseits eine Gefahrenabwehr bewirken und andererseits nicht zugleich strukturgleich mit einer Ermittlungsmaßnahme in einem Strafverfahren anzusehen wären. Sollten die tatsächlichen Verhältnisse so sein, dass in allen Fällen, in denen das BKA mit polizeilichen Mitteln über die Informationserhebung hinaus tätig geworden ist, ein Strafverfahren stattgefunden haben, bei

dem die entsprechenden Handlungen auch hätten vorgenommen werden können, wäre der Vorschlag, des grundsätzlichen Vorrangs des Strafverfahrens allerdings sachlich begründet. Den Forderungen im Zusammenhang mit den Ausführungen zum „Exkurs: Verfahrensbeauftragter“ und zur „versagten Bestätigung“ tritt das Mitglied Wolff hingegen uneingeschränkt bei.

4.1.3.4 Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller

4.1.3.4.1 Abgrenzung präventiver und repressiver Maßnahmen

Die Mitglieder Harms und Kaller teilen die Schlussfolgerungen hinsichtlich der Abgrenzung von präventiven und repressiven Befugnissen nicht. Das Nebeneinander von gefahrenabwehrrechtlichen und strafprozessualen Befugnissen gibt es im Polizeirecht seit jeher und hat bislang noch nie zu ernsthaften Problemen geführt. Da Straftaten stets auch eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellen, ist diese Konkurrenzsituation dem Strafverfahrens- und Gefahrenabwehrrecht immanent und wird in der Praxis ohne Probleme gehandhabt. Ausschlaggebend ist jeweils der Schwerpunkt der Maßnahme. So wird bei einer Abwägung die Rettung von Menschenleben Vorrang vor strafprozessualen Ermittlungen haben. Ein Wahlrecht ist somit nicht gegeben. Mit der sachleitenden StA oder dem GBA sind die Maßnahmen im Einvernehmen zu treffen. Dies erfolgt schon im wechselseitigen oder beidseitigen Interesse, um zu vermeiden, dass die Maßnahmen sich nicht kumulieren oder die Maßnahmen gar aus taktischer Hinsicht durchkreuzen.

Dementsprechend ist aus Sicht der Mitglieder Harms und Kaller der vom Mitglied Bäcker vorgenommene grundsätzliche Priorisierung von strafprozessualen Maßnahmen zugunsten von gefahrenabwehrrechtlichen Maßnahmen mit Vorsicht zu begegnen.

Das Mitglied Kaller weist darauf hin, dass schon aus dem Legalitätsprinzip eine Informationspflicht gegenüber der Staatsanwaltschaft folgt, wenn sich aus einer Gefahrenlage auch der Anfangsverdacht einer Straftat ergibt, und keiner zusätzlichen gesetzlichen Regelung bedarf. Er weist zudem darauf hin, dass die polizeirechtliche Dogmatik wie Systematik in der Abgrenzung zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung mit der „Schnittstelle Gemengelage“ in § 4a BKAG-Lagen sich keinesfalls anders gestaltet als im Landespolizeirecht seit Jahrzehnten bewährt. Demnach gilt auch im Aufgabenfeld § 4a BKAG:

4.1.3.4.1.1 Gefahrenabwehr

Im Rahmen eines „reinen“ Gefahrenabwehrvorganges obliegt die Anordnungsbefugnis von Maßnahmen der Polizei selbst oder dem zuständigen Amtsgericht (in Fällen des BKA das AG Wiesbaden). Ein Abstimmungsprozess mit der Staatsanwaltschaft ist hier allerdings aus dem Grund geboten, dass der Gefahrenabwehrvorgang ggf. in ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren übergehen soll. Bei der Entscheidung, ob eine Maßnahme auf gefahrenabwehrrechtlicher Basis durchgeführt werden soll, sind daher auch kriminal- bzw. verfahrenstaktische Aspekte zu beachten.

4.1.3.4.1.2 Gemengelage

In einer sog. Gemengelage kann keine klare Zuordnung zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung vorgenommen werden. In diesen Fällen ist es abhängig von den vorliegenden Erkenntnissen, ob eine Maßnahme auf Grund einer gefahrenabwehrrechtlichen oder einer strafprozessualen Ermächtigungsgrundlage stattfindet. Eine intensive Abstimmung zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft ist inhärent. Bei einem erheblichen Gefahrenüberhang würde das BKA trotz Ablehnung der Maßnahme durch den BGH/GBA die in Frage stehende Maßnahme ggf. dennoch polizeirechtlich beantragen und begründen, um seiner Aufgabe der effektiven Gefahrenabwehr gerecht zu werden. Die Ablehnung durch die Strafverfolgungsbehörden würde in die Antragsbegründung aufgenommen werden, um der entscheidungsbefugten Stelle (AG Wiesbaden, Amts- oder Abteilungsleitung des BKA) eine Entscheidung in Kenntnis aller Umstände zu ermöglichen. Die obigen Ausführungen zu Punkt 1 gelten entsprechend.

4.1.3.4.1.3 Strafverfolgung

Die Staatsanwaltschaft ist „Herrin des Ermittlungsverfahrens“. Ihr obliegt daher die Weisungsbefugnis gegenüber der Polizei.

Es wird darüber hinaus auf die Rechtsprechung¹⁹⁸ zur „Doppelfunktionalität“ von Maßnahmen verwiesen. Hierbei gibt es keine automatische Vorrangstellung. Die Schwerpunktbildung muss in jedem Einzelfall erfolgen. Lässt sich jedoch ein Schwerpunkt im

¹⁹⁸ BVerwGE 47, 255.

Einzelfall nicht bilden, ist die Rechtmäßigkeit der Maßnahme unter allen in Betracht kommenden Rechtsvorschriften zu prüfen. In den bislang beim BKA geführten Gefahrenabwehrvorgängen hat die genannte Problematik keine Rolle gespielt.

Liegt ein Anfangsverdacht einer Straftat vor, so ergibt sich eine Informationspflicht schon aus dem Legalitätsprinzip. Dies bedarf nach Auffassung des Mitgliedes Kaller keiner zusätzlichen Regelung. Die bestehenden Abspracheregelungen zwischen BKA und GBA sind ausreichend, um diese Sachverhalte rechtlich angemessen und falladäquat zu bearbeiten.

4.1.3.4.1.4 Richtervorbehalt

Zu den Forderungen des Mitglieds Bäcker zum Richtervorbehalt weisen die Mitglieder Harms und Kaller darauf hin, dass die Ausgestaltung des § 20k BKAG in enger Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerfG zur Online-Durchsuchung erfolgte und auch die Vorgaben des BVerfG zum Schutz des Kernbereichs berücksichtigt. Auch die übrigen Regelungen für verdeckte Maßnahmen bieten – soweit verfassungsrechtlich geboten – etwa bei der TKÜ einen ausreichenden Schutz für den Kernbereich privater Lebensgestaltung und der privilegierten (d. h. absolut geschützten) Berufsgeheimnisträger.

4.1.3.4.2 Gerichtliche Zuständigkeit für Gefahrenabwehrmaßnahmen

Das Mitglied Kaller weist darauf hin, dass sich die Zuständigkeit des AG Wiesbaden in den zwölf bisherigen Gefahrenabwehrvorgängen aus Sicht des BKA bewährt hat. Es sei insoweit nicht erkennbar, welchen Mehrwert (für ggf. Betroffene einer Maßnahme oder das BKA) eine Verlagerung der richterlichen Zuständigkeit zu einem Kollegialgericht oder dem BGH-Ermittlungsrichter hätte. Auch bei eingriffsintensiven Maßnahmen nach dem jeweiligen Polizeigesetz eines Landes ist stets das AG zuständig. Ohnehin ist das Gefahrenabwehrrecht der Länder im Unterschied zur StPO hinsichtlich des Richtervorbehaltes tendenziell offener gestaltet: Auch bei schwerwiegenden bzw. verdeckten Eingriffsmaßnahmen nach den Polizeigesetzen der Länder (WRÜ, TKÜ etc.) entscheidet ohne Ausnahme das jeweils zuständige Amtsgericht. Es ist daher nicht nachvollziehbar – und wird auch durch das Mitglied Bäcker nicht begründet – warum diese Regelzuständigkeit der Amtsgerichte ausgerechnet bei gefahrenabwehrenden Maßnahmen durch das BKA keine Gültigkeit haben soll.

4.1.3.4.3 Verfahrensbeauftragter

Die Mitglieder Harms und Kaller lehnen auch den Vorschlag eines Verfahrensbeauftragten ab, weil sich die Situation einer betroffenen Person maßgeblich von der in § 34a EGGVG vorausgesetzten unterscheidet. Eine Kontaktsperre kann danach angeordnet werden, wenn sie geboten ist, um eine von einer terroristischen Vereinigung ausgehenden Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person abzuwehren. Als Ausgleich ist solchen Inhaftierten, die einer Kontaktsperre unterliegen, auf Antrag ein Anwalt als Kontaktperson beizuordnen. Im Bereich heimlicher Ermittlungsführung geht es hingegen nicht darum, einem isolierten Inhaftierten die Kommunikation mit der Außenwelt zur Wahrnehmung strafprozessualer Recht zu ermöglichen.

Des Weiteren würde der Verfahrensbeauftragte nach Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller den Grundrechtsschutz nicht verbessern. Für die genannten verdeckten Maßnahmen gibt es bereits zahlreiche verfahrensrechtliche Absicherung durch das Erfordernis der richterlichen Anordnung sowie die Möglichkeiten des nachträglichen Rechtsschutzes durch den Betroffenen, die insbesondere durch die Benachrichtigungspflichten gesichert werden.

4.1.4 Der Militärische Abschirmdienst (MAD)

4.1.4.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme

Der Militärische Abschirmdienst nimmt – bezogen auf den Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Verteidigung – in Teilen ähnliche Aufgaben wahr wie das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) und unterliegt der Aufsicht des Bundesministeriums der Verteidigung. Dem MAD kommt durch dessen sachliche Beschränkung eine Sonderrolle zu, die Anlass dafür geben, dass im politischen Raum Forderungen für seine Auflösung und Überführung seiner Aufgaben in den Zuständigkeitsbereich des BfV bestehen. Die parlamentarischen Gremien haben die Frage des Bestandes des MAD in jüngerer Zeit, auch in Ansehung des Strukturwandels der Bundeswehr, wiederholt thematisiert und evaluiert und in der Folge keine Strukturänderung vorgenommen. In der Kommission bestehen unterschiedliche Sichtweisen hinsichtlich der Notwendigkeit des MAD. Die wesentlichen Standpunkte werden im Folgenden kurz dargestellt:

4.1.4.2 Analyse und Bewertung der Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff

Nach Auffassung dieser Mitglieder erscheint eine selbstständige Behörde mit dem Aufgabenkreis des MAD nicht auf Anhieb zwingend, zumal die Aufgaben des MAD in

anderen sicherheitssensiblen Verwaltungsbereichen ohne eigene spezialisierte Nachrichtendienste gelingen. Die Frage der Rechtfertigung der Selbstständigkeit des MAD wird daher ohne eine Aufgabenkritik und Sachverhaltsermittlung des MAD nicht möglich sein. Die Frage nach der Revision des MAD darf nicht missverstanden werden als Zweifel an der Effizienz der Arbeit des MAD, an der Verfassungsmäßigkeit des MAD, an der Eindeutigkeit der Entscheidung des Gesetzgebers, den MAD einmal gewollt zu haben oder an der Notwendigkeit, eventuelle Änderungen durch Gesetz umzusetzen. Ursache der Frage ist vielmehr das im Rechtsstaatsprinzip begründete Gebot, Stellen der vollziehenden Gewalt, die mit verdeckten oder geheimen Befugnissen handeln, permanent auf ihre Notwendigkeit hin zu überprüfen. Eine mit nachrichtendienstlichen Mitteln ausgestattete und arbeitende Behörde, die zumindest auch einen staatlichen Personalkörper „durchleuchtet“, um bei diesem Mitarbeiter mit verfassungsfeindlicher Einstellung und extremistischen Plänen aufzuspüren, ist grundrechtlich nur als Ausnahmeerscheinung denkbar und muss sich daher einer immerwährenden Rechtfertigung stellen. Entscheidend ist dabei, ob die Ziele, die mit der Aufgabenerfüllung einer solchen speziellen Behörde verfolgt werden, in einer Weise mit den nachrichtendienstlichen Mitteln so viel besser erfüllt werden, dass dies ihren Einsatz rechtfertigt. Weiter ist entscheidend, ob es Aufgaben gibt, die erstens nur von einem Nachrichtendienst und zweitens darüber hinaus nur von einem separaten Nachrichtendienst wahrzunehmen sind.

Misst man an diesem Maßstab die einzelnen Aufgaben des MAD, so gilt:

Sofern der MAD die Aufgabe der Spionageabwehr wahrnimmt, handelt es sich um eine mit nachrichtendienstlichen Mitteln zu erfüllende Aufgabe. Die nachrichtendienstliche Tätigkeit im Ausland, die einen Bezug zur Spionage besitzt, übernimmt außerhalb von § 14 MADG der BND. Im Inland erscheint eine Wahrnehmung dieser Aufgabe durch das BfV denkbar. Sollte die Spionagetätigkeit aus fachlicher Sicht unbedingt eine Behörde im Geschäftsbereich des Bundesministers der Verteidigung erfordern, ist der MAD mit auf diesen Bereich beschränkten Aufgaben rechtfertigungsfähig. Die Frage, ob die Spionageabwehr von einer Behörde innerhalb des Geschäftsbereichs des Bundesministers des Innern oder des Bundesministers der Verteidigung wahrzunehmen ist, betrifft unmittelbar auch die Organisationsgewalt der Bundesregierung und ist daher in diesem Rahmen zu lösen.

Die Aufgabe der Sicherheitsüberprüfungen bildet eine Annexaufgabe und kann insoweit auch vom BfV übernommen werden. Dies dürfte für sich genommen eine eigene Behörde nicht rechtfertigen.

Die Aufgabe der besonderen Auslandsverwendungen gem. § 14 MADG – bezogen auf Auslandsliegenschaften – ist relativ neu, praktisch von großer Bedeutung und für die Sicherheit der Streitkräfte von essentieller Wichtigkeit. Sachlich ist die Zuordnung dieser Aufgabe an den MAD nicht zwingend und auch nicht naheliegend, da trotz der Anknüpfung an Liegenschaften der Bundeswehr der Tätigkeitsort im Ausland liegt und der deutsche Auslandnachrichtendienst der BND ist. Sachlich handelt es sich um eine Zuständigkeitserweiterung zu Gunsten des MAD. Sollte der BND nicht in der Lage sein oder sich nicht in der Lage sehen, diese Aufgabe zu übernehmen, spricht das insoweit für die weitere Existenz des MAD als selbstständige Behörde.

Von zentraler Bedeutung und unter dem oben genannten grundrechtlich begründeten Rechtfertigungsbedarf besonders sensibel ist schließlich die Frage der Extremistenabwehr. Unmittelbar einleuchtend ist dabei zunächst die Notwendigkeit selbst, Extremisten von den Streitkräften fernzuhalten als auch der Umstand, dass diese teilweise häufig eine enge Affinität zu den Streitkräften besitzen. Extremisten haben in den Streitkräften nichts zu suchen. Für diese Aufgabe ist ein Nachrichtendienst selbst isoliert aber nicht geeignet. Nachrichtendienste haben Aufklärungsaufgaben. Mit einer Informationserhebung allein können jedoch Personen von einem Personalkörper weder ferngehalten noch aus diesem entlassen werden. Es bedarf daher immer noch dienstrechtlicher Entscheidungen bis hin zum Einsatz des Disziplinarrechts und als ultima ratio des Strafrechts. Ein Nachrichtendienst kann daher in diesem Bereich die Information für eine Verwaltungsaufgabe nur verbessern. Zu klären ist daher, inwieweit die tatsächlich durchgeführten Disziplinarverfahren wirklich zentral auf die Zulieferung des MAD angewiesen waren, und ob die Abwehr von Extremisten ohne eine mit nachrichtendienstlichen Mitteln arbeitende Behörde in erheblicher Weise erschwert wird. Durch den Umstand, dass die Wehrpflicht ausgesetzt worden ist, hat sich die Notwendigkeit, die Abwehrmaßnahmen unbedingt in die Streitkräfte zu verlegen und dafür nachrichtendienstliche Mittel einzusetzen, eher verringert als erhöht. Sofern es gelingt, bei der Entscheidung über die Aufnahme von Personen in die Streitkräfte eine wirkungsvolle Prüfung, ob extremistische Einstellungen vorliegen, durchzuführen, ist wegen der grundrechtlichen Rechtfertigungsbedürftigkeit des Einsatzes nachrichtendienstlicher Mittel ernsthaft über den Entzug dieses Aufgabenbereichs nachzudenken. Eine Hinwendung zum Extremismus während der Dienstzeit und die höhere Effektivität der spezialisierten Behörde können die hohe rechtsstaatliche Belastung, die eine mit nachrichtendienstlichen Mitteln arbeitende Behörde zur Durchleuchtung des eigenen Personalkörpers hervorruft, nur begrenzt aufwiegen.

Ob die Abwehr allerdings auch ohne nachrichtendienstliche Mittel in ausreichendem Maße gelingt und gelingen kann, kann wiederum nicht abschließend beantwortet werden. Eine Entscheidung dieser Frage setzt nicht nur rechtliche, sondern auch empirische Feststellungen voraus, die in der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit nicht möglich waren. Die weitgehende Identität der Aufgaben von Verfassungsschutz und MAD sollte den Gesetzgeber veranlassen, diese seit Jahrzehnten immer wieder erörterte Frage in der nächsten Legislaturperiode zu evaluieren und abschließend zu entscheiden.

4.1.4.3 Empfehlungen der Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff

1. Die Selbstständigkeit des MAD ist nach Auffassung der Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff nur zu rechtfertigen, wenn
 - die vom MAD wahrgenommenen Aufgaben den Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel dringend gebieten und
 - die Aufgaben, die einen Nachrichtendienst erfordern, nicht genauso gut von dem BfV oder dem BND wahrgenommen werden können.
2. Die Aufgaben der Spionageabwehr und der besonderen Auslandsverwendungen sind Aufgaben, die den Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel rechtfertigen. Eine Zuordnung zum MAD ist sachlich dann begründbar, wenn die anderen Nachrichtendienste diese Aufgaben nicht ebenso gut erfüllen können oder wollen. Diese Frage bedarf einer vertieften, eingehenden Prüfung.
3. Die Einrichtung einer eigenen Behörde, die zu wesentlichen Teilen auch die Aufgabe hat, in einem eigenen Personalkörper mit nachrichtendienstlichen Mitteln die Existenz extremistischen Gedankenguts zu ermitteln, ist erheblich rechtfertigungsbedürftig. Eine Rechtfertigung ist dann denkbar, wenn die Abwehr von Extremisten mit nachrichtendienstlichen Mitteln erstens deutlich leichter und besser ausfallen wird als ohne und diese Erleichterung in einem angemessenen Verhältnis zu der Belastung steht, die geheime Informationserhebungen grundrechtlich bedeuten. Die Aussetzung der Wehrpflicht hat den Rechtfertigungsdruck erhöht. Der Rechtfertigungsbedarf besteht daher nicht einmal, sondern ist immerwährend. Ob gegenwärtig eine ausreichende Rechtfertigung besteht, muss umfassend geprüft werden.

4.1.4.4 Analyse und Bewertung der Mitglieder Harms und Kaller

Die Aufgaben des MAD auf Grundlage des MAD-Gesetzes sind nach Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller vielfältig und haben durch die Neuausrichtung der Bundeswehr nicht an Bedeutung verloren. Sie umfassen neben der Aufgabe der „Extremismusabwehr“ u. a. auch die Gebiete der Spionage- und Terrorismusabwehr, die Beurteilung der Sicherheitslage, die Mitwirkung an Sicherheitsüberprüfungsverfahren für den Geschäftsbereich des BMVg sowie die Aufgaben zum Schutz der Truppe bei Auslandsverwendungen der Bundeswehr.¹⁹⁹ Hierbei sind die Aufgabenfelder der Extremismus-, Spionage- und Terrorismusabwehr – wie beim BfV auch – klassische Felder nachrichtendienstlicher Tätigkeit und bedürfen des Einsatzes nachrichtendienstlicher Mittel.

Soweit Überlegungen angestellt werden, die dem MAD für den Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Verteidigung (BMVg) zugewiesene Aufgabe der „Extremismusabwehr“ müsse auf den Prüfstand gestellt werden, weil die Anwendung nachrichtendienstlicher Mittel einerseits eine hohe grundrechtliche und rechtsstaatliche Belastung mit sich bringe, andererseits aber weniger eingreifende Mittel wie das Disziplinarrecht vorhanden seien, werden diese der tatsächlichen Bedeutung des MAD für die „Truppe“ nicht gerecht. Solche Überlegungen lassen auch den Zweck und die rechtlichen Möglichkeiten des Disziplinarrechts²⁰⁰ sowie die praktischen Möglichkeiten des Disziplinarvorgesetzten außer Betracht.

Der Zweck des Disziplinarrechts besteht in der Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs. Die Aufnahme disziplinarrechtlicher Vorermittlungen oder Ermittlungen setzt den Verdacht eines Dienstvergehens voraus (§§ 32 Abs. 1 und 92 der Wehrdisziplinarordnung – WDO), also die schuldhaft Verletzung einer (konkret zu benennenden) Dienstpflicht (§ 23 Abs. 1 des Soldatengesetzes – SG). Eine (spätere) Verhängung einer Disziplinarmaßnahme verlangt – als Folge des Schuldgrundsatzes (Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG) – den Nachweis eines Dienstvergehens.

¹⁹⁹ Vgl. S. 168 Antwort 208 der Großen Anfrage der SPD-Bundestagsfraktion „Bundeswehr-Einsatzarmee im Wandel“ BT-Drs.17/13254 vom 24.04.2013.

²⁰⁰ Inhaltlich wird beispielhaft ausschließlich auf die Normen des für Soldaten geltenden Wehrdisziplinarrechts eingegangen. Die grundsätzlichen Erwägungen gelten jedoch für die anderen dem Geschäftsbereich des BMVg angehörenden Statusgruppen unter Beachtung der spezialgesetzlichen Regelungen entsprechend.

Die Zuständigkeit des MAD dagegen besteht in der Sammlung und Auswertung von Informationen u. a. zu extremistischen Bestrebungen (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MADG). Im Rahmen dieses Auftrags zur „politischen Vorfeldaufklärung“²⁰¹ unterrichtet der MAD das die Rechts- und Fachaufsicht im BMVg ausübende Referat Recht II 5 oder – in der Regel über dieses Referat – den zuständigen Staatssekretär und damit die Leitungsebene des BMVg.²⁰² Insgesamt erstellt der MAD damit ein Lagebild u. a. über extremistische Bestrebungen in der Bundeswehr. Damit trägt er zur Gewährleistung der militärischen Sicherheit und Erhaltung der Einsatzbereitschaft der Streitkräfte bei.

Es ist hervorzuheben, dass die Zuständigkeit des MAD bereits bei Vorliegen „tatsächlicher Anhaltspunkte“ für eine extremistische Bestrebung einsetzt. Gemeint sind damit Umstände, die bei vernünftiger Betrachtung auf solche Bestrebungen hindeuten und deshalb eine weitere Klärung erforderlich erscheinen lassen. Dabei reicht es aus, dass in einer Gesamtschau unter Einbeziehung nachrichtendienstlicher Erfahrungen alle konkreten Umstände auf entsprechende Bestrebungen hindeuten.²⁰³ Der Aufgabenbereich des MAD setzt damit vor der erkennbaren/offenkundigen Gefahr der Verletzung von Dienstpflichten ein und ist grundsätzlich von dem Aufgabenbereich des Disziplinarvorgesetzten zu unterscheiden.

Zur Feststellung solcher im Vorfeldbereich konkreter Tatsachen und Gefahren liegender „Anhaltspunkte“ braucht es zum einen – wie beim BfV für den Bereich außerhalb der Bundeswehr auch – nachrichtendienstlicher Befugnisse. Zum anderen ist der ständige vertrauensvolle Austausch mit anderen Sicherheitsbehörden „auf Augenhöhe“ und der Einsatz erfahrener, im Bereich „extremistischer Bestrebungen“ und ihren Verästelungen in der Bundeswehr spezialisierter „Ermittler“ erforderlich, die befähigt sind, solche Zusammenhänge zu erkennen und richtig einzuordnen.²⁰⁴

Abgesehen vom Fehlen entsprechender gesetzlicher Befugnisse ist der Disziplinarvorgesetzte hierzu – mit Ausnahme offenkundiger Fälle (wie z. B. dem Zeigen des

²⁰¹ BVerfG vom 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 –, Rn. 119 = NJW 2013, 1499 (1504).

²⁰² Grundsatzweisung für den MAD, Sts Biederbick vom 23.04.2004.

²⁰³ *Rose-Stahl*, Recht der Nachrichtendienste, 2002, S. 36.

²⁰⁴ Vgl. S. 14 des Protokolls zum Bericht der „Bund-Länder-Kommission“ gegenüber dem 2. UA-NSU am 13.12.2012: „Die Spezialisierung des MAD kann für den Bereich der Bundeswehr keine andere Organisation leisten.“

Hitlergrußes) – i. d. R. nicht in der Lage. Er hat insgesamt vielfältige Aufgaben zu erfüllen, von denen lediglich eine die Aufrechterhaltung der militärischen Ordnung und Disziplin ist. Hinzu kommt eine relativ kurze Stehzeit, in der er eine dem MAD vergleichbare Expertise nicht entwickeln kann. Infolgedessen vermag er in der Praxis in vielen Fällen die für die Aufnahme disziplinarrechtlicher Ermittlungen erforderlichen Verdachtstatsachen erst gar nicht zu erkennen, geschweige denn in der für spätere disziplinarrechtliche Maßnahmen notwendigen Form nachzuweisen. Regelmäßig verhält es sich vielmehr so, dass gerade die Informationen des MAD den Disziplinarvorgesetzten in die Lage versetzen, geeignete Maßnahmen zu ergreifen.

Vor diesem Hintergrund sind auch die (gegenseitigen) Unterrichtungspflichten des MAD oder aus der Truppe zu verstehen. Der Disziplinarvorgesetzte ist angehalten, den MAD zur Abklärung des Verdachts extremistischen Handelns ergänzend zur Beratung heranzuziehen²⁰⁵ bzw. nachrichtendienstliche Verdachtsfälle – auch und gerade im Zusammenhang mit dem Verdacht von Dienstvergehen und/oder Straftaten mit extremistischem Hintergrund – an den MAD zu melden.²⁰⁶ Umgekehrt ist der MAD grundsätzlich verpflichtet, den Disziplinarvorgesetzten über „vorhaltbare Erkenntnisse“ zu extremistischen Bestrebungen nach § 11 Abs. 1 MADG in Verbindung mit § 19 Abs. 1 BVerfSchG zu unterrichten, die dem Disziplinarvorgesetzten nicht zugänglich sind.

Diese praktische Zusammenarbeit hat sich seit Gründung der Bundeswehr und Einrichtung des MAD – bis 1984 unter der Bezeichnung „Amt für die Sicherheit in der Bundeswehr“ – auch bewährt.

Bereits aus dem kurzen Vergleich wird deutlich, dass sich Ansatz und Umfang der Ermittlungen, deren Zielrichtung sowie die Güte der Faktenermittlung deutlich unterscheiden. Durch disziplinarrechtliche Mittel alleine kann der o. g. Zweck des MAD nicht erreicht werden. Der Wegfall des mit nachrichtendienstlichen Mitteln und Befugnissen ausgestatteten MAD wird im Ergebnis zu erheblichen Schutzlücken in der „Extremismusabwehr“ führen, die angesichts ihrer hohen Relevanz nicht hinnehmbar sind.

²⁰⁵ ZDv 10/5, Nr. 311.

²⁰⁶ ZDv 14/3, B 118.

Kommt man danach um die Feststellung der Erforderlichkeit eines ND für den Bereich der „Extremismusabwehr“ nicht herum, bedarf es auch für die Zukunft des MAD als eigenständigem ND für den Geschäftsbereich des BMVg und unter Fach- und Rechtsaufsicht des BMVg. Gegen die Übertragung der Aufgabe an das BfV oder – für den Bereich der Einsatzabschirmung – an den BND, die diese Aufgabe nur mit zusätzlichem Personal als „Dienstleister“ für die Bundeswehr übernehmen könnten, sprechen gewichtige sachliche Gründe:

Die Arbeit des MAD genießt aufgrund seiner hohen fachliche Spezialisierung und Verwurzelung in der Bundeswehr hohe Wertschätzung und großes Vertrauen. Wie zuletzt die Bund-Länder-Kommission Rechtsterrorismus in ihrem Zwischenbericht gegenüber dem 2. Untersuchungsausschuss zur Terrorzelle „Nationalsozialistischer Untergrund“ festgestellt hat,²⁰⁷ wird die Erfüllung dieser Arbeit mit gleicher Qualität und Akzeptanz in den Streitkräften durch eine andere, noch dazu ressortfremde Organisation wie dem BfV kaum zu leisten sein.

Die Ausführungen in der Gesetzesbegründung zu § 1 des MADG²⁰⁸ haben unverändert Gültigkeit:

„Nur ein militärischer Nachrichtendienst ist in der Lage, diesen Auftrag zu erfüllen. Obwohl bei der Aufstellung der Bundeswehr schon Nachrichtendienste des Bundes und der Länder bestanden, ergab sich aus der Eigenart des militärischen Dienstes und aus der Erkenntnis, dass die Bundeswehr ein Hauptangriffsziel gegnerischer Nachrichtendienste werden würde, die Notwendigkeit, einen militärischen Abschirmdienst zu errichten. Insbesondere die eigenständigen organisatorischen Gliederungsformen der Bundeswehr, ihre Zugehörigkeit zum Nordatlantischen Bündnis und die damit verbundenen organisatorischen und personellen Verflechtungen einschließlich der besonderen Sicherheitserfordernisse integrierter Bereiche schaffen für die Erfüllung des nachrichtendienstlichen Auftrages Bedingungen, die von denen eines zivilen Nachrichtendienstes erheblich abweichen. So ist es unerlässlich, den MAD

²⁰⁷ Vgl. Fn. 204.

²⁰⁸ BT-Drs. 11/4306, S. 66.

entsprechend der Dislozierung der Bundeswehr zu gliedern und damit bundesweit einzusetzen; er verfügt über das vor- und ausgebildete Personal, das mit den militärischen Verhältnissen der Bundeswehr und des Bündnisses vertraut ist. Zivile Verfassungsschutzbehörden wären nur bedingt in der Lage, Aufgaben eines militärischen Nachrichtendienstes zu erfüllen.“

Die erfolgreiche Arbeit des MAD beruht zumeist auf entsprechenden Hinweisen aus der Truppe, ohne die ein ND in den Streitkräften weitgehend blind bleibt. Für die Aufgabenerfüllung wirkt es sich positiv aus, dass der MAD personell zum großen Teil aus Soldaten besteht und – über die regional zuständigen MAD-Stellen – in der Fläche präsent ist. Tatsächlich macht es in der Lebenswelt des Militärs einen nicht zu unterschätzenden Unterschied, ob ein Soldat oder ob ein ziviler Vertreter des BfV zum Gespräch erscheint. Mit dieser Verwurzelung gehen die oben beschriebene positive Wahrnehmung des MAD und das ihm entgegengebrachte Vertrauen in der Truppe einher.

Auch nach Aussetzung der Wehrpflicht bewegt sich der Aufwand, der erforderlich ist, um Extremisten oder Unterstützer von den Streitkräften fernzuhalten, unverändert auf hohem Niveau. Insbesondere der Umstand, dass die freiwilligen Bewerber auf Grund ihrer – im Vergleich mit Wehrpflichtigen – deutlich längeren Dienstzeit regelmäßig mit sicherheitsrelevanten Tätigkeiten in Berührung kommen können, erfordert eine qualitativ anspruchsvollere und intensivere Ermittlungstätigkeit.

„Vorfälle“ aufgrund extremistischen Handelns sind oft von hoher Relevanz. Besonders negativ können die Auswirkungen bei entsprechenden Vorkommnissen in den Einsatzgebieten der Bundeswehr gerade mit Blick auf das Ansehen bei der einheimischen Bevölkerung oder verbündeten Streitkräften²⁰⁹ sein. Bislang konnten solche Auswirkungen durch frühzeitige Information der Leitung des BMVg und der für Disziplinar- oder Statusmaßnahmen zuständigen Stellen der Bundeswehr durch den MAD, der sowohl im Inland als auch bei Einsatzkontingenten vertreten sei und eine „ununterbrochene Meldekette“ aufrecht erhalte, in der Regel vermieden werden. Auch die Presse, die Öffentlichkeit oder das Parlamentarische Kontrollgremium konnten frühzeitig, vollständig und wahrhaftig unterrichtet werden.

²⁰⁹ Vgl. z. B. BVerwG, Urteil vom 28.02.2002 – 2 WD 35.01 – = NVwZ 2003, 350.

Eine Aufgabenverlagerung auf das BfV oder den BND wäre mit der Verlagerung in eine andere Ressortverantwortung verbunden. Das hätte zur Folge, dass zusätzliche Schnittstellen, Meldewege und Verantwortlichkeiten entstünden („Diener zweier Herren“). Damit wäre zwangsläufig auch ein Informations- und Steuerungsverlust für die Leitung des BMVg als Träger der politischen Verantwortung für die Bundeswehr verbunden.

Die angeführten Argumente (Spezialisierung, Wahrnehmung, Vertrauen, Information an die Leitung) gegen eine Aufgabenübertragung gelten sinngemäß auch für die (nachrichtendienstlichen) Aufgaben des MAD zur Terrorismus- und Spionageabwehr sowie zur Einsatzabschirmung. Eine Übertragung der Aufgaben an das BfV (oder für die Einsatzabschirmung an den BND) ist gerade in diesen Aufgabenbereichen unter fachlichen Gesichtspunkten mit erheblichen, nicht hinzunehmenden Nachteilen für die Bundeswehr und ihre Soldaten verbunden.

Das Nichterkennen von Terroristen – aktuell insbesondere aus dem islamistischen Spektrum – stellt sowohl in Deutschland als auch in den Einsatzgebieten eine Bedrohung für Leib und Leben von Soldaten dar. Wie mehrere Fälle insbesondere aus den USA zeigen, kann das Nichterkennen auch nur eines „potentiellen Attentäters“ fatale Folgen haben. Gerade in diesem Bereich ist eine Abschwächung des jetzigen Schutzniveaus nicht hinnehmbar.

Die Bundeswehr ist in vielen Bereichen für Spionage aus anderen Staaten von erheblichem Interesse. Das Gebiet der Spionageabwehr ist ein von außerhalb des Geschäftsbereichs des BMVg nur sehr schwer zu durchschauendes Feld. Zur Erkennung und Aufdeckung entsprechender Spionagetätigkeiten bedarf es über Jahre entwickelter, spezialisierter Kenntnisse über „Angriffsflächen“, Interessenschwerpunkte und die Methodik fremder ND. Außerdem bedarf es entsprechender Verbindungen in die Bundeswehr und des ständigen vertrauensvollen Informationsaustauschs mit Partnerdiensten im In- und Ausland.²¹⁰ Gerade dieser für den Schutz der Truppe und damit auch für die Bereiche Terrorismusabwehr und

²¹⁰ Das NATO Office of Security empfahl den baltischen Staaten die Aufstellung eines abwehrenden militärischen ND aufgrund der fehlenden „Verzahnung“ des zivilen ND in militärische Strukturen und des dadurch bedingten fehlenden Einblicks. Diese Staaten hatten die militärischen ND zum Zeitpunkt ihres NATO-Beitritts in die zivilen Strukturen eingegliedert, vgl. im Weiteren den „Abschlussbericht der Bundesregierung an das Vertrauensgremium vom 1. März 2012“, S. 19/20 und 32.

Einsatzabschirmung wichtige Informationsaustausch mit ausländischen (militärischen, abwehrenden) Partnerdiensten würde durch eine Aufgabenverlagerung auf das BfV/den BND²¹¹ mit erheblichen negativen Folgen für den Schutz der Truppe und des Geschäftsbereichs insgesamt völlig wegbrechen. Damit entfielen außerdem ein wichtiger Baustein der Zusammenarbeit mit den Bündnispartnern.

4.1.4.5 Empfehlungen der Mitglieder Harms und Kaller

Insgesamt zeigt sich nach Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller, dass bereits die oben aufgeführten Gründe gegen eine Verlagerung der Aufgaben des MAD auf das BfV oder – in Teilen – auf den BND sprechen.

Im Übrigen wäre die Zentralisierung von nachrichtendienstlichen Kompetenzen auch unter dem Gesichtspunkt der Gewaltendifferenzierung und Binnengliederung in der Verwaltungsorganisation des Bundes problematisch. Die Entscheidung des Gesetzgebers, neben dem BfV einen eigenen Dienst für die Bundeswehr einzurichten, ist unter diesem rechtsstaatlich-organisatorischen Gesichtspunkt ernst zu nehmen. Methodisch ist dabei zu berücksichtigen, dass die Entscheidung des Gesetzgebers für den MAD verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist. Weiter ist nicht ersichtlich, dass ein so weitreichender Wandel der Normsituation eingetreten wäre, dass die ursprünglichen Überlegungen zur Einrichtung bzw. Bestätigung des MAD²¹² obsolet geworden wären.

Die Mitglieder Harms und Kaller sind somit der Meinung, dass der MAD seine Arbeit als Behörde im Geschäftsbereich des BMVg weiter fortsetzen sollte und eine Abschaffung bzw. Umverteilung der Aufgaben kontraproduktiv wäre und der herausgehobenen Stellung der Streitkräfte nicht gerecht würde.

²¹¹ Im Falle einer Aufgabenverlagerung der Einsatzabschirmung auf den BND würde der bislang stete und vertrauensvolle Informationsfluss von ausländischen Partnerdiensten möglicherweise eingestellt oder verringert.

²¹² Vgl. Fn. 208 sowie Zitat auf S. 122.

4.1.5 Terrorismusbekämpfung durch die Nachrichtendienste: Befugnisse

4.1.5.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme

Die gesetzliche Normierung der Befugnisse der deutschen Nachrichtendienste kann auf noch keine sehr lange Normgeschichte zurückblicken. Anlass der Normierung war die Entwicklung eines selbstständigen verfassungsrechtlichen Datenschutzes und die daraus resultierende Notwendigkeit einer dichteren gesetzlichen Normierung der einzelnen Datenverarbeitungsschritte. Die datenschutzrechtlich motivierten Eingriffsbefugnisse wurden nach dem 11. September 2001 erweitert um spezielle Befugnisse, die gerade die Informationssammlung im Bereich des internationalen Terrorismus erleichtern sollen, ohne auf diesen tatbestandlich beschränkt zu sein. Im Fokus stehen hier die sogenannten besonderen Auskunftsbeugnisse, die mittlerweile zweimal reformiert wurden und heute in den §§ 8a, 8b BVerfSchG niedergelegt sind.

Mögliche Folgerungen, die sich aus der Zusammenarbeit des BND mit der NSA ergeben könnten, konnten von der Kommission nicht berücksichtigt werden, weil bei Abschluss ihrer Arbeiten noch keine gesicherten tatsächlichen Feststellungen vorlagen.

4.1.5.2 Analyse und Bewertung

4.1.5.2.1 Ordnung der Informationserhebungsbefugnisse

Die Normen des BVerfSchG wurden mehrfach punktuell geändert, mit der Folge einer in sich nicht ganz glücklichen Gesamtsystematik. Dem Gesetz sind zum einen die Ursprünge aus der ersten Zeit der datenschutzrechtlichen Kodifikationen anzumerken (§ 10 Abs. 1 BVerfSchG – Anknüpfung an die Datei), andererseits bemüht es sich, die aus dem Polizeirecht bekannte Dreiteilung, Aufgabe, Befugnisse, Datenverarbeitungsermächtigung zu übernehmen (vgl. §§ 3, 8 Abs. 2, 9 Abs. 1, 10 BVerfSchG). Das Gesetz sieht aber auch selbst, dass die wichtigste Befugnis, d. h. in gewisser Form die „Generalklausel“ unter den Befugnissen, gerade in einer Datenverarbeitungsermächtigung beruht (§ 8 Abs. 1 BVerfSchG). Schließlich kamen dann die speziellen Befugnisse im Zuge der Terrorabwehr hinzu (§§ 8a, 8b BVerfSchG). Dies alles führt dazu, dass die Gesetzssystematik heute nicht mehr glücklich ist und überarbeitet werden sollte. Aus diesen Gründen ist eine Überprüfung des Gesetzes angezeigt, in deren Rahmen auch die noch auszuführenden weiteren inhaltlichen Probleme aufzugreifen wären. Aus systematischer Sicht fallen insbesondere folgende Gesichtspunkte auf:

Das Verhältnis von einfacher Datenverarbeitung und Dateien sollte deutlicher werden. Das BVerfSchG kennt die Unterscheidung zwischen Akten und Dateien. So wird sowohl von Akten (§§ 6, 11 Abs. 1, Abs. 2, 13 Abs. 1, 15 Abs. 4, 18 Abs. 5, 19 Abs. 3 BVerfSchG) und von Dateien (§§ 10 Abs. 1, 11, 12, 14 Abs. 2, 22 BVerfSchG), als auch von automatisierten Dateien (§ 14 BVerfSchG) und von gemeinsamen Dateien (§§ 6, 22a BVerfSchG) gesprochen. Teilweise werden die Begriffe bewusst und in ihrer spezifischen Bedeutung verwendet, so etwa im § 11 BVerfSchG, wenn dort für Minderjährige unterschiedliche Hürden hinsichtlich der Speicherung in Akten einerseits und Dateien andererseits verlangt werden. Gleiches gilt für die Berechtigung der Verwendung personenbezogener Daten, einmal in Dateien (§ 10 Abs. 1 BVerfSchG) und zum anderen in allgemeiner Form (§ 8 Abs. 1 BVerfSchG) oder in den unterschiedlichen Voraussetzungen für die Berichtigung bzw. Löschung, je nach Akten oder Dateien in § 12 bzw. § 13 BVerfSchG. Teilweise bleibt allerdings fraglich, ob die Erwähnung der einen Speicherform einen Ausschluss der anderen nach sich zieht. So spricht § 15 BVerfSchG von einem Auskunftsanspruch hinsichtlich der in Akten befindlichen personenbezogenen Daten, ist aber im Erst-recht-Schluss auch auf Dateien zu erstrecken, weil das Gesetz, wie an den genannten Differenzierungen ersichtlich wird, die Speicherung in Dateien für einen erheblicheren Eingriff hält.

Die Schwierigkeit der Unterscheidung zwischen Akten einerseits und Dateien andererseits wird rein tatsächlich erheblich erhöht, sofern elektronische Akten geführt werden. Das Bundesverfassungsschutzgesetz geht noch von einem Aktenbegriff aus, der unter Akten solche in Papierform meint. Für elektronische Akten können die Vorgaben für Papierakten aber gewisse Friktionen hervorrufen. So kennen jüngere Verfassungsschutzgesetze, wie etwa das Verfassungsschutzgesetz NRW ausdrücklich die elektronische Akte (unterschieden nach personenbezogenen und sachbezogenen – s. § 8 VSG NRW).

Auch in das BVerfSchG sollten Regelungen zu den elektronischen Akten und ihrem Verhältnis zum Bundesarchivgesetz aufgenommen werden. So sollten die Vorschriften des Bundesverfassungsschutzgesetzes entsprechend der neueren Entwicklung angepasst werden. Dabei empfiehlt es sich, elektronische Akten von Dateien im jeweiligen Normtext abzugrenzen.

Auch die Systematik der Befugnisregelungen des Gesetzes leuchtet nicht ein. So ermächtigt § 8 Abs. 2 BVerfSchG das BfV zum Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel. Die Voraussetzungen eines solchen Einsatzes werden jedoch erst in § 9 Abs. 1 BVerfSchG geregelt, der von der anderen Norm durch die später hinzugekommenen §§ 8a ff. BVerfSchG

getrennt wird. § 9 BVerfSchG regelt zudem weitere eingriffsintensive Informationserhebungen (Wohnraumüberwachung, Einsatz von „IMSI-Catchern“), was im Verhältnis zu § 8a BVerfSchG systematisch fragwürdig erscheint. Hinzu kommt, dass die Eingriffsintensität der in § 8 Abs. 2 BVerfSchG genannten nachrichtendienstlichen Mittel nicht durchweg hinter den besonders in § 8a BVerfSchG geregelten Datenerhebungen zurückbleibt; dieser Gedanke findet sich in § 9 Abs. 3 BVerfSchG, dessen quasi-salvatorische Regelungstechnik verfassungsrechtlich allerdings problematisch ist.²¹³ Insgesamt empfiehlt es sich, die Befugnisregelungen neu zu ordnen.

Drittens verwendet das BVerfSchG den Begriff der Erforderlichkeit in drei unterschiedlichen Weisen. Einmal isoliert (s. z. B. § 19 Abs. 1 BVerfSchG), dann wieder im Zusammenhang mit der Ergänzung, es müssten tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, es sei erforderlich (§ 18 Abs. 1a BVerfSchG) bzw. mit der Ergänzung, es müssten Tatsachen für die Annahme vorliegen, es sei erforderlich (§ 17 Abs. 3 BVerfSchG). Der jeweilige Kontext des Begriffs ist gleich (Datenübermittlung), so dass die Frage entsteht, welche tatsächliche Basis für die „normale Erforderlichkeit“ gegeben sein muss, Tatsachen, tatsächliche Anhaltspunkte oder etwas Drittes.

4.1.5.2.2 Die Differenzierung der Eingriffsbefugnisse nach Eingriffsschwellen

Die Nachrichtendienste besitzen unterschiedliche Eingriffsbefugnisse mit unterschiedlichen Eingriffsschwellen. Etwas vereinfacht lassen sich folgende Eingriffsschwellen unterscheiden:

- die Erforderlichkeit für die Aufgabenerfüllung (§ 8 Abs. 1 BVerfSchG);
- Möglichkeit der Gewinnung von Informationen über Bestrebungen oder Tätigkeiten gem. § 3 Abs. 1 BVerfSchG;
- Gefahren für die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes einschließlich der Sicherheit in § 1 Abs. 1 G 10;
- schwerwiegende Gefahren für die Schutzgüter im Sinne von § 3 Abs. 1 BVerfSchG (vgl. § 8a Abs. 1, § 8a Abs. 2 i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 2 bis 4, § 8a Abs. 2a, § 9 Abs. 4 BVerfSchG);

²¹³ Vgl. zu dem insoweit gleichlautenden § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 2 VSG NRW a. F. BVerfGE 120, 274 (317 f.).

- schwerwiegende Gefahren für die Schutzgüter im Sinne von § 3 Abs. 1 durch bestimmte Bestrebungen (vgl. § 8a Abs. 2 i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG);
- die Gefahr der Begehung einer in § 5 Abs. 1 G 10 genannten Handlung;
- die Gefahr einer näher bezeichneten aggressiven Handlung in § 5 Abs. 1 G 10;
- die Abwehr einer gegenwärtigen gemeinen Gefahr, vgl. § 9 Abs. 2 BVerfSchG;
- die erhebliche Gefahr in § 24 Abs. 1 BVerfSchG;
- Verdacht der Planung, Begehung oder Ermittlung einer Katalogtat gem. § 3 Abs. 1 G 10;
- einer gemeinen Gefahr oder einer gegenwärtigen Lebensgefahr in § 9 Abs. 2 BVerfSchG.

Die unterschiedlich formulierten Eingriffsschwellen sollen unterschiedliche Voraussetzungen für die jeweiligen Informationserhebungsbefugnisse begründen. Dem liegt die Annahme des Gesetzgebers zugrunde, dass die unterschiedlichen Informationseingriffsbefugnisse unterschiedlich schwer wiegen. Dieser Gedanke ist dem Grunde nach nachvollziehbar und rechtsstaatlich erforderlich. Eine andere Frage ist dagegen, ob die konkret formulierten Eingriffsschwellen aus sich heraus verständlich sind. Dies ist nicht immer der Fall. So soll § 9 Abs 1 BVerfSchG eine höhere Eingriffsschwelle als § 8 Abs. 1 BVerfSchG formulieren, ohne dass klar ist, worin der höhere Schwellengrad besteht, weil die in § 9 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG genannten Bestrebungen und Tätigkeiten gerade den Aufgabenbereich gem. § 3 Abs. 1 BVerfSchG kennzeichnen. Die Mitglieder Harms und Kaller weisen darauf hin, dass die erhöhte Schwelle gerade aus der Möglichkeit folgt, nachrichtendienstliche Mittel einzusetzen.

4.1.5.2.3 Tatsachen oder tatsächliche Anhaltspunkte für eine näher beschriebene Annahme

Das Aufgabenfeld der Nachrichtendienste im Vorfeld der polizeilichen Gefahr bedingt es, dass die Eingriffsgrundlagen und die Aufgabenbezeichnung nicht an den Gefahrenbegriff anknüpfen können. Das Gesetz verwendet für die Bezeichnung des Vorfeldes sowohl den Begriff der Tatsache als auch den Begriff der Anhaltspunkte. Die vorgelagerte Eingriffsschwelle wird häufig mit der Wendung beschrieben, dass ein Einschreiten bzw. der Gebrauch eines bestimmten Informationsmittels zulässig ist, wenn Tatsachen bzw. tatsächliche Anhaltspunkte eine näher beschriebene Annahme rechtfertigen.

4.1.5.2.3.1 Voraussetzung, dass Tatsachen eine Annahme rechtfertigen

Die Formulierung: „Wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen“ kommt vor in

- § 8a Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG,
- § 8a Abs. 2a BVerfSchG,
- § 9 Abs. 1 BVerfSchG,
- § 3 BNDG und
- § 3 Abs. 2 Satz 3 G 10.

Mittelbar wird diese Schwelle übernommen, sofern auf § 8a BVerfSchG verwiesen wird, wie insbesondere in § 9 Abs. 4 BVerfSchG und § 4a BNDG.

4.1.5.2.3.2 Tatsächliche Anhaltspunkte

Alternative Formulierungen einer Eingriffsschwelle gehen dahin, dass „tatsächliche Anhaltspunkte“ für

- die Annahme einer Gefahr,
- das Vorliegen einer bestimmten Handlung,
- die Annahme einer näher beschriebenen Situation (s. etwa § 6 Abs. 3 Satz 2 G 10) oder
- das Vorliegen eines Verdachts

bestehen müssen.

Die Formulierung der tatsächlichen Anhaltspunkte ist häufiger als die der Tatsachen, die eine Annahme rechtfertigen. Die Formulierung „tatsächliche Anhaltspunkte“ kommt vor in

- § 8a Abs. 1 BVerfSchG („tatsächliche Anhaltspunkte für schwerwiegende Gefahren für die in § 3 BVerfSchG genannten Schutzgüter“).
- § 8a Abs. 3 Nr. 1 BVerfSchG („tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass betroffene Personenschädigungen die Gefahren fördern“).
- § 10 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG („tatsächliche Anhaltspunkte für Bestrebungen oder Tätigkeiten nach § 3 Abs. 1“).
- § 11 Abs. 1 BVerfSchG („tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Minderjährige bestimmte Straftaten planen, begehen oder begangen haben“).

- § 17 Abs. 3 BVerfSchG („tatsächliche Anhaltspunkte für grenzüberschreitenden Verkehr“).
- § 18 Abs. 1a BVerfSchG („tatsächliche Anhaltspunkte für die Erforderlichkeit der Übermittlung“).
- § 18 Abs. 6 BVerfSchG („tatsächliche Anhaltspunkte für die Planung, Begehung oder Durchführung einer bestimmten Straftat“).
- § 20 Abs. 1 BVerfSchG („tatsächliche Anhaltspunkte für die Erforderlichkeit zur Verhinderung oder Verfolgung von Staatsschutzdelikten“).
- § 24 Abs. 2 BVerfSchG („tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass die Übermittlung für die Verfolgung bestimmter Straftaten erforderlich ist“).
- § 8 BNDG („tatsächliche Anhaltspunkte, dass Übermittlung für Eigensicherung oder zur Sammlung von informationsbestimmten Gefahrenbereichen erforderlich ist“).
- § 2 MADG („tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass bestimmte Personen mit anderen zusammenarbeiten“).
- § 3 Abs. 2 MADG („tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Personen mit anderen Personen zusammenarbeiten“).
- § 10 Abs. 1 MADG („tatsächliche Anhaltspunkte, dass Unterrichtung zur Aufgabenerfüllung erforderlich ist“).
- § 3 Abs. 1 G 10 („tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht bestehen, dass jemand eine Katalogtat plant, begeht oder begangen hat“).
- § 3 Abs. 1a G 10 („tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass jemand eine dort genannte Straftat plant, begeht oder begangen hat“).
- § 3a G 10 („tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme, dass der Kernbereich berührt wird“).
- § 3b Abs. 4 G 10 („tatsächliche Anhaltspunkte, dass bewusste Unterstützung vorliegt“).
- § 4 Abs. 4 G 10 („tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht der Planung oder Begehung einer Straftat“).
- § 6 Abs. 3 G 10 („tatsächliche Anhaltspunkte, dass die Person im Zusammenhang mit Gefahrenbereichen steht“).
- § 7 Abs. 2 Nr. 1 G 10 („tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass die Daten erforderlich sind für die Auswertung bestimmter Bestrebungen“).
- § 7 Abs. 4 G 10 („tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass jemand bestimmte Straftaten plant oder begeht“).

- § 8 Abs. 6 G 10 („tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht, dass jemand eine Straftat plant oder begeht, die bestimmte Eigenschaften aufweist“).

4.1.5.2.3.3 Verhältnis von „tatsächlichen Anhaltspunkten“ und „Tatsachen“

Die Formulierungen „Tatsachen die Annahme rechtfertigen“ und „tatsächliche Anhaltspunkte für“ sind dem Umstand geschuldet, dass die Nachrichtendienste im Vorfeld der polizeilichen Gefahr tätig werden und dieses Vorfeld von dem Bereich der Vermutungen oder der Mutmaßungen abgegrenzt werden muss, sodass eine begriffliche Beschreibung notwendig ist. Dieses Ziel ist unmittelbar einleuchtend.

4.1.5.2.3.3.1 Begrifflicher Unterschied

4.1.5.2.3.3.1.1 Befund

Die Formulierung von „Tatsachen“ einerseits und „tatsächlichen Anhaltspunkten“ andererseits ist so ähnlich, dass man sich auf den ersten Blick fragen kann, ob mit diesen Formulierungen nicht in Wirklichkeit das Gleiche gemeint ist und daher durch unterschiedliche Begriffe nur Verwirrung gestiftet wird.

Dies trifft in dieser Form jedoch nicht zu. Zwischen der Voraussetzung „Tatsachen“ einerseits und „tatsächlichen Anhaltspunkten“ andererseits besteht bei grammatikalischer Auslegung insofern ein Unterschied, als dass die Grundlage für einen Schluss, der auf Tatsachen beruht, gesicherter und umfassender sein muss als ein Schluss, der auf tatsächlichen Anhaltspunkten beruht.

Der Unterschied zwischen beiden tatsächlichen Voraussetzungen ist abstrakt gesehen daher insofern relativ klar fassbar, als auf diese Weise ein Rangverhältnis festgelegt wird. Formuliert eine Eingriffsgrundlage als Voraussetzung das Vorliegen von tatsächlichen Anhaltspunkten, gestattet sie den Eingriff daher früher als eine vergleichbare Eingriffsgrundlage, die anstelle von tatsächlichen Anhaltspunkten das Vorliegen von Tatsachen verlangt.

Tatsächliche Anhaltspunkte liegen dann vor, wenn eine Tatsache selbst nicht sicher feststeht, aber (vorgelagerte) Tatsachen die Annahme rechtfertigen, diese Tatsache sei gegeben. Der Unterschied zwischen „Tatsachen“ und „tatsächlichen Anhaltspunkten“ ist dann relativ leicht zu ziehen, wenn bekannt ist, um welches Tatbestandsmerkmal es geht und das Tatbestandsmerkmal gewisse Voraussetzungen erfüllt. Handelt es sich um ein

Tatbestandsmerkmal, dessen Vorliegen aus bestimmten Tatsachen sicher zu schließen ist, läge die Voraussetzung der Tatsachen dann vor, wenn diese von der handelnden Behörde festgestellt worden ist, während bei tatsächlichen Anhaltspunkten dieser Umstand selbst nicht festgestellt worden ist, von den Behörden aber Umstände ermittelt werden, die den Schluss auf das Vorliegen rechtfertigen.

Verlangt beispielsweise eine Gesetzesnorm das Merkmal Rechtsanwalt, wäre eine Tatsache, die die Annahme der Rechtsanwaltseigenschaft rechtfertigt, die Kenntnis der Mitgliedschaft in der örtlich relevanten Rechtsanwaltskammer, während Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen, der Umstand wäre, dass der Betroffene das zweite Staatsexamen abgelegt hat.

Der Umstand, dass beide Begriffe eine unterschiedliche Dichte an tatsächlichen Erkenntnissen für einen bestimmten Schluss verlangen, war dem Gesetzgeber auch bekannt. Er verwendet den Begriff Tatsachen dann, wenn er für Informationseingriffe eine gesichertere tatsächliche Grundlage voraussetzen möchte als für die allgemeinen nachrichtendienstlichen Informationseingriffe. Sichtbar wird dies am Verhältnis von § 8a Abs. 1 und § 8a Abs. 2 BVerfSchG. In § 8a Abs. 1 BVerfSchG ist die Sprache von tatsächlichen Anhaltspunkten für schwerwiegende Gefahren und in § 8a Abs. 2 BVerfSchG von Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen, dass schwerwiegende Gefahren vorliegen. Die unterschiedliche Formulierung von § 8a Abs. 1 BVerfSchG und § 8a Abs. 2 BVerfSchG beruht offenbar auf dem Umstand, dass der Eingriff in § 8a Abs. 1 BVerfSchG geringer zu gewichten ist als der in Absatz 2 und daher eine abgesenkte Eingriffsschwelle möglich erscheint.

4.1.5.2.3.3.1.2 Bewertung

Lässt sich der Unterschied zwischen den beiden Anforderungen an die Dichte der tatsächlichen Grundlage abstrakt gesehen dahin konkretisieren, dass die eine mehr verlange als das andere, so entstehen Zweifel an der Sinnhaftigkeit der unterschiedlichen Formulierungen aber dann, wenn man versucht, die Unterschiede konkreter zu fassen, etwa im Wege einer begrifflichen Definition. Dies dürfte nicht oder zumindest nur mit erheblichem gedanklichen Aufwand möglich sein. Der Unterschied zwischen beiden Formulierungen besteht darin, dass die gedanklichen Schritte der Schlüsse von einer (tatsächlichen) Grundlage auf eine Folgerung (Tatbestandsmerkmal) im menschlichen Denken unendlich groß sind und das besagte Begriffspaar versucht, mit Worten unterschiedliche Längen von

gedanklichen Ableitungsketten zu erfassen. Versucht man, menschliches Denken in Worte zu fassen, wird man aber immer mit einem erheblichen Graubereich kämpfen müssen.

Es stellt sich daher die Frage, ob die Schwierigkeit der Differenzierung zwischen beiden Tatbestandsmerkmalen Grund sein sollte, auf eines der beiden Tatbestandsmerkmale zu verzichten.

Ist man sich einig, dass hinsichtlich der tatsächlichen Dichte eine Umschreibung mehr verlangt als die andere, würde der Verzicht auf eine Umschreibung zugleich die Möglichkeit einer differenzierteren gesetzlichen Beschreibung entfallen lassen. Dies wäre für den Bereich der nachrichtendienstlichen Tätigkeit nicht sinnvoll. Der Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich verpflichtet, die Eingriffssituationen möglichst konkret zu beschreiben. Dies ist deswegen erforderlich, weil wegen der weitgehend fehlenden Kenntnis des Betroffenen vom Eingriff der Gesetzgeber verpflichtet ist, die Voraussetzung für den Eingriff konkreter zu umschreiben als in den Bereichen, in denen eine offene Informationserhebung stattfindet. Ist der Gesetzgeber im besonderen Maße zur Bestimmtheit verpflichtet, wäre es nicht empfehlenswert, ihm Möglichkeiten der Differenzierung zu nehmen.

Ein Verzicht auf die Differenzierung wäre nur dann sinnvoll, wenn man einheitlich und geschlossen feststellen könnte, dass die niederschwelligere Voraussetzung verfassungsrechtlich grundsätzlich für Informationseingriffe nicht genügt. Dies wird man aber generell nicht annehmen können. Informationserhebungseingriffe der Nachrichtendienste in ihrem Aufgabenfeld, die sich auf tatsächliche Anhaltspunkte für einen Schluss stützen, sind nicht generell verfassungswidrig.

Eine andere Frage ist, ob das Verhältnis der beiden Anforderungsprofile an die tatsächlichen Voraussetzungen immer überzeugend ist. So wäre etwa bei folgenden Fallgestaltungen zu überlegen, ob die Voraussetzung der tatsächlichen Anhaltspunkte nicht durch die Voraussetzung des Vorliegens von Tatsachen verändert werden könnte, gemeint sind:

- § 11 Abs. 1 BVerfSchG („tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Minderjährige bestimmte Straftaten planen, begehen oder begangen haben“);
- § 17 Abs. 3 BVerfSchG („tatsächliche Anhaltspunkte für grenzüberschreitenden Verkehr“).

Nach Ansicht der Mitglieder Bäcker und Hirsch lässt sich die Unterscheidung zwischen „Tatsachen“ und „tatsächlichen Anhaltspunkten“ zwar möglicherweise auf einer hohen

Abstraktionsebene so verstehen, dass die eine Formulierung eine kürzere Schlusskette zwischen den festgestellten Tatsachen und dem gesetzlichen Eingriffsanlass fordere als die andere. Dies lässt sich aber in praktikabler Form nicht operationalisieren. Das Problem liegt ebenso wie bei der polizeirechtlichen und strafprozessualen Unterscheidung zwischen „Tatsachen“ und „bestimmten Tatsachen“.

Hieraus ergeben sich für die Mitglieder Bäcker und Hirsch erhebliche Zweifel daran, dass die gesetzliche Unterscheidung zwischen „tatsächlichen Anhaltspunkten“ und „Tatsachen“ mit den vielfältigen weiteren Differenzierungen geeignet ist, die Ermittlungstätigkeit der Nachrichtendienste in der Praxis hinreichend differenziert anzuleiten. Diese Unterscheidung kann als Hinweis auf die Einschätzung des Gesetzgebers erhalten bleiben, welche Eingriffsintensität einer nachrichtendienstlichen Maßnahme zukommt. Sie ist jedoch kein tragfähiges Regelungsmodell, um verfassungsrechtlich gebotene Einschränkungen bestimmter Eingriffsmaßnahmen umzusetzen. Zumindest aus verfassungsrechtlicher Sicht handelt es sich – so die Auffassung der Mitglieder Bäcker und Hirsch – bei der Unterscheidung von „tatsächlichen Anhaltspunkten“ und „Tatsachen“ nur um eine scheinbare tatbestandliche Differenzierung.

Insgesamt bedürfen die Eingriffstatbestände des Nachrichtendienstrechts nach Einschätzung der Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff darum einer grundlegenden Überarbeitung. Es bietet sich hierfür an, diese Eingriffstatbestände mit zunehmender Eingriffsintensität näher an hergebrachte polizeirechtliche Regelungsmuster anzunähern. Für den Einsatz weniger eingriffsintensiver Mittel mögen Anhaltspunkte für die Existenz bestimmter verfassungsfeindlicher Bestrebungen hinreichen. Für Maßnahmen mittlerer Intensität kommt eine tatbestandliche Qualifikation dadurch in Betracht, dass die Tatsachengrundlage konkretisiert wird (indem bestimmte besonders aussagekräftige oder riskante Handlungen festzustellen sind, die noch nicht die Gefahr- oder Strafbarkeitsschwelle erreichen müssen) oder dass der Gegenstand des nachrichtendienstlichen Wahrscheinlichkeitsurteils verschärft wird (indem etwa Anhaltspunkte für eine aktuelle Gewaltbereitschaft bestehen müssen). Verdeckte Ermittlungen von hoher Eingriffsintensität dürfen hingegen auch im Nachrichtendienstrecht erst vorgesehen werden, wenn eine hinreichend qualifizierte konkrete Gefahr im polizeirechtlichen Sinne vorliegt. Für eine Differenzierung zwischen den

Erkenntnisanliegen und Folgebefugnissen von Polizei und Nachrichtendiensten, die sich in unterschiedlich hohen Eingriffsschwellen niederschlägt, besteht hier – anders als bei Maßnahmen von geringer bis mittlerer Eingriffsintensität²¹⁴ – kein Raum.²¹⁵ In der Folge wird – so die Schlussfolgerung der Mitglieder Bäcker und Hirsch – allerdings zu überlegen sein, ob es überhaupt sinnvoll ist, den Nachrichtendiensten derartige Ermittlungsmaßnahmen zu ermöglichen, oder ob sie nicht vielmehr den Polizei- und Strafverfolgungsbehörden vorbehalten bleiben sollten.

Die Mitglieder Harms und Kaller halten dagegen an der bisherigen Differenzierung fest. Sie sind der Auffassung, dass die genannte, geltende Unterscheidung nicht nur auf einer abstrakten Ebene, sondern konkret dazu geeignet ist, die jeweilige Eingriffssituation an die passende tatbestandliche Voraussetzung zu knüpfen. Die vom Mitglied Bäcker vorgeschlagene Annäherung an das polizeiliche Regelungsmuster halten sie nicht für die Nachrichtendienste geeignet. Es knüpft an die Ermittlungstätigkeit der Polizeien an, die bei den Nachrichtendiensten nicht erfolgt. Vielmehr sind die Eingriffsbefugnisse und ihre Voraussetzungen stets vor dem Hintergrund der Aufgabenerledigung des Verfassungsschutzes festzulegen, die auf die Auswertung und Sammlung von Informationen beschränkt ist (§ 3 Abs. 1 BVerfSchG).

4.1.5.2.3.3.2 Verwendung der Begriffspaare

4.1.5.2.3.3.2.1 Erfordernis eines Bezugspunkts

Die Formulierung des Vorliegens von „Tatsachen, die eine Annahme rechtfertigen“ beziehungsweise „tatsächlichen Anhaltspunkten, die die Annahme rechtfertigen,“ ist nur dann sinnvoll, wenn auf diese Weise mehr ausgesagt wird, als man aussagen würde, wenn man allein die Existenz dessen verlangen würde, auf das sich die Annahme bezieht. Spricht das Gesetz dafür, dass Tatsachen die Annahme eines Verdachts rechtfertigen müssen, ist diese Formulierung nur sinnvoll, wenn dadurch etwas anderes gemeint ist, als wenn das Gesetz das Vorliegen eines Verdachts verlangen würde.

²¹⁴ So allgemein BVerfG, Urteil vom 24. April 2013 – 1 BvR 1215/07 –, Rn. 116 ff. = NJW 2013, 1499 (1504 f.); zur Erhebung von Telekommunikations-Bestandsdaten BVerfGE 130, 151 (206).

²¹⁵ So zu „Online-Durchsuchungen“ BVerfGE 120, 274 (329 ff.); zum Abruf bevorrateter Telekommunikations-Verkehrsdaten BVerfGE 125, 260 (331 f.).

Beide Formulierungen besitzen nur dann einen Erkenntniswert, wenn

- erstens klar ist, auf welche Annahme sich die Formulierung bezieht und
- zweitens, durch die Formulierung die Voraussetzung für diese Annahme konkreter gesteuert wird.

4.1.5.2.3.3.2 Problematische Einzelfälle

Unter diesen Gesichtspunkten erscheint die Verwendung beider Begriffspaare in den gegenwärtigen Gesetzesformulierungen nicht immer glücklich. Im Einzelnen bestehen in folgenden Fällen Reibungen:

- Nicht glücklich ist die Verwendung in § 4 Abs. 1 Satz 3 BVerfSchG. Die Formulierung, dass „Voraussetzung das Vorliegen von tatsächlichen Anhaltspunkten ist“, ist in sich unvollständig. Es bleibt offen, worauf sich tatsächliche Anhaltspunkte beziehen. Fraglich ist, ob die tatsächlichen Anhaltspunkte den Schluss, dass Bestrebungen im Sinne von § 3 Abs. 1 BVerfSchG vorliegen, rechtfertigen oder erzwingen.
- Ebenfalls unglücklich ist die Formulierung im G 10, sofern dort von tatsächlichen Anhaltspunkten für den Verdacht die Rede ist (§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 6, 8 Abs. 6 G 10). Der Begriff des Verdachts sollte rechtsstaatlich schon vom Begriff her auf das Vorliegen von tatsächlichen Anhaltspunkten bezogen sein, sodass die ausdrückliche Wiederholung dieser Voraussetzung die Norm eher abschwächt. Näher läge es daher, den Begriff des Verdachtes allgemein zu definieren.

4.1.5.2.4 Verwendung des Begriffs der Gefahr

4.1.5.2.4.1 Allgemein

Der Begriff der Gefahr kommt in den nachrichtendienstlichen Gesetzen in unterschiedlicher Form vor. Er wird dabei mitunter mit der gerade beschriebenen Wendung des Vorliegens von Tatsachen bzw. tatsächlichen Anhaltspunkte für seine Annahme kombiniert.

Der Gefahrbegriff scheint dabei in unterschiedlicher Form verwendet zu werden. Man wird drei Formen unterscheiden können: die spezifische Verwendung i. S. v. Gefahr im Verzug, die Verwendung im polizeirechtlichen Sinne und die Verwendung in einem spezifischen nachrichtendienstlichen Sinne.

4.1.5.2.4.2 Gefahr im Verzug

4.1.5.2.4.2.1 Befund

Zunächst wird verfahrensbezogen mitunter von der Gefahr im Verzug gesprochen, wobei hier der Begriff, wie auch sonst in der Rechtsordnung, in dem Sinne gemeint ist, dass die Einhaltung des eigentlichen vorgesehenen Verfahrens den Verfahrenserfolg infrage stellen würde, vgl. § 8b Abs. 2b BVerfSchG, § 4 Abs. 3 G 10, § 14 Abs. 2 G 10, § 15 Abs. 6 G 10.

4.1.5.2.4.2.2 Wertung

Spezifische Probleme sind mit dieser Begriffsverwendung nicht verbunden.

4.1.5.2.4.3 Polizeirechtliche Verwendung

4.1.5.2.4.3.1 Befund

Bei der Beschreibung von Gefahrenlagen sind mindestens drei Aspekte auseinander zu halten, erstens, welches Schutzgut geschützt ist, zweitens, welche Bedrohungslage für dasselbe bestehen muss und drittens, wie sicher die Annahme des Vorliegens der Bedrohungslage für die Handelnden sein muss. Im Polizeirecht werden die letzten beiden Aspekte in dem Begriff der Gefahr zusammengefasst und der erste mit dem polizeilichen Schutzgut umschrieben. Sofern der Begriff der Gefahr in den nachrichtendienstlichen Gesetzen wie im Polizeirecht in dem Sinne eingesetzt wird, dass damit eine Situation gemeint ist, die nach allgemeiner Lebenserfahrung bei ungehindertem Verlauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schadenseintritt eines näher bezeichneten Rechtsguts führt, sprechen terminologisch keine durchschlagenden Gesichtspunkte gegen die Verwendung dieses Begriffs. In dieser Weise wird der Begriff mitunter verwendet. Dies ist dann der Fall, sofern von der Gefahr für Leib oder Leben einer näher bezeichneten Person gesprochen wird (§ 24 Abs. 2 BVerfSchG, § 4 Abs. 2 BNDG, §§ 5 Abs. 1 Nr. 7b und 8 G 10), bzw. von einer erheblichen Gefahr für Leib oder Leben einer Person (§ 11 BVerfSchG) oder gegenwärtigen Lebensgefahr (§ 9 Abs. 2 BVerfSchG).

Der polizeiliche Gefahrenbegriff ist typischer Weise bezogen auf ein Schutzgut. Er lässt sich auch beziehen auf eine konkrete Handlung, die einen Schadenseintritt hervorrufen kann. In letzterem Sinne ist er verwendet in § 5 Abs. 1 G 10. Auch diese Verwendung weicht von der in den Polizeigesetzen nicht strukturell ab.

4.1.5.2.4.3.2 Begriffliche Problemfälle

Aus dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit bestehen solange keine grundsätzlichen Bedenken, wenn er erkennbar gleich wie im Polizeirecht verwendet wird. Mitunter ist aber die Verwendung des Gefahrbegriffs innerhalb der nachrichtendienstlichen Gesetze im Einzelfall nicht immer ganz eindeutig. Dies ist dann der Fall, wenn das Schutzgut bzw. die abzuwehrende Störung des Schutzgutes, auf das sich die Gefahr bezieht, nicht hinreichend deutlich wird. Man wird wegen des Unterschiedes der Nachrichtendienste zur Polizei nicht davon ausgehen können, die Gefahr beziehe sich auf die allgemeinen polizeilichen Schutzgüter „Öffentliche Sicherheit und Ordnung“. Aus diesem Blickwinkel verursacht die Verwendung des Begriffs „Gefahr“ in § 24 Abs. 1 Satz 2 BVerfSchG Schwierigkeiten. Hier ist die Rede von der Abwehr einer erheblichen Gefahr, ohne dass klar ist, auf welches Schutzgut sich die Gefahr beziehen muss. Dieses Maß an Unbestimmtheit ist innerhalb einer komplexen Rechtsordnung nicht unüblich, dennoch würde sich auch hier, ebenso wie bei den oben unter 4.1.5.2.1 genannten Fälle eine mögliche Klarstellung empfehlen.

4.1.5.2.4.3.3 Die Eignung des Gefahrbegriffs für nachrichtendienstliche Aufgaben

Bei der Bewertung oder Verwendung des polizeilichen Gefahrenbegriffs in den nachrichtendienstlichen Gesetzen ist die Frage der hinreichenden Bestimmtheit von der Frage der sachlichen Legitimation zu trennen. Angesichts des Aufgabenbereichs der Nachrichtendienste, primär Informationen über näher bezeichnete verfassungsfeindliche Bestrebungen bzw. Informationen von außenpolitischer Bedeutung zu erheben, lässt sich die Frage stellen, weshalb der Gefahrenbegriff in den Informationserhebungsbefugnissen eine Rolle spielen kann, da in den Fällen, in denen er wie im Polizeirecht verwendet wird, es nicht mehr um spezifische nachrichtendienstliche Aufgabenfelder geht, sondern um die Ermittlung von Gefahrensituationen, für die eigentlich die Polizei zuständig ist.

Sofern der Gefahrenbegriff im polizeilichen Sinne verwendet wird, dient er der näheren Kennzeichnung von Eingriffsschwellen qualifizierter Informationseingriffsbefugnisse der Nachrichtendienste. Dies liegt daran, dass nach Einschätzung des Gesetzgebers für die betreffenden Eingriffsbefugnisse allein der Bezug zu den Aufgabenerfüllungen der Nachrichtendienste nicht genügt. Dies ist rechtsstaatlich untermauert und weitgehend von der Verfassung verlangt.

Entscheidend ist aber, ob die Zuweisung von Informationserhebungsbefugnissen, die die Schwelle der Gefahr verlangen, an die Nachrichtendienste überhaupt sinnvoll ist. Ist eine

Gefahr im polizeilichen Sinne als Eingriffsvoraussetzung erforderlich, dann ist gleichzeitig auch eine Gefahr i. S. d. Kompetenzbereiche mit der Folge gegeben, dass die Polizei ebenfalls zuständig ist. Werden Informationsbefugnisse der Nachrichtendienste an das Vorliegen bestimmter Gefahrensituationen gekoppelt und kommt es daher im Bereich der Ermittlungsbefugnisse zu Überschneidungen, so bleibt dennoch ein wesentlicher Unterschied bestehen als die Nachrichtendienste nicht berechtigt sind, die Gefahr abzuwehren, sofern dafür mehr erforderlich ist, als Informationserhebung und Informationsweitergabe. Die Anknüpfung an den Gefahrenbegriff hat daher bei den Nachrichtendiensten nur den Sinn, eine bestimmte Eingriffsschwelle zu definieren, ab der die Nachrichtendienste für ihre eigentliche Aufgabenerfüllung Informationserhebungsbefugnisse erhalten, die intensiver in Grundrechte eingreifen als die allgemeinen nachrichtendienstlichen Mittel i. S. v. § 8 Abs. 2 BVerfSchG.

Nach Auffassung der Mitglieder Bäcker und Giesler muss an dieser Stelle hingegen differenziert werden: Es ist grundsätzlich ein verfassungsrechtlich zulässiges und gerade für die Nachrichtendienste durchaus sinnvolles Regelungsmodell, zwar als Anlass einer Überwachungsmaßnahme eine konkrete Gefahr im polizeirechtlichen Sinne zu verlangen, die geregelte Maßnahme jedoch – insoweit anders als im Polizeirecht – nicht an das Ziel zu binden, die Gefahr abzuwehren. Die einmal eingetretene Gefahr dient dem Dienst dann gewissermaßen als Sprungbrett, um ein Überwachungskonzept zu verfolgen, das weit über den gesetzlichen Überwachungsanlass hinausgehen und insbesondere dazu dienen kann, die verfassungsfeindlichen Strukturen möglichst großflächig auszuleuchten, von denen die Gefahr ausgegangen ist.

Dieser Regelungsansatz ist auch nach Meinung der Mitglieder Bäcker und Hirsch jedoch dann nicht tragfähig, wenn von Verfassungs wegen die Überwachungsmaßnahme erst bei einer konkreten Gefahr zulässig ist, wie es sich für Wohnraumüberwachungen aus Art. 13 GG ergibt und wie es das Bundesverfassungsgericht zudem für „Online-Durchsuchungen“²¹⁶ und für den Abruf von bevorrateten Telekommunikations-Verkehrsdaten²¹⁷ ausdrücklich auch mit Blick auf die Nachrichtendienste gefordert hat. Diese verfassungsrechtliche Vorgabe würde in erheblichem Ausmaß unterlaufen, wenn das

²¹⁶ BVerfGE 120, 274 (329 ff.).

²¹⁷ BVerfGE 125, 260 (331 f.).

verfassungsrechtliche Gefahrerfordernis nur auf den Anlass, nicht aber auf das Ziel der Maßnahme bezogen würde. Es ist gerade ein wesentlicher Bestandteil des hergebrachten polizeirechtlichen Gefahrtatbestands, auf den sich das Bundesverfassungsgericht bezieht, dass mit der Beschränkung des Eingriffsziels auf die Gefahrenabwehr die Reichweite des Eingriffs selbst begrenzt wird.

Die verfassungsrechtliche Vorgabe eines Gefahrtatbestands auch für Nachrichtendienste führt allerdings dazu, dass die betreffende Überwachungsmaßnahme im Nachrichtendienstrecht einen Fremdkörper bildet. Denn die Nachrichtendienste sind gerade nicht dazu berufen, Gefahren durch Befehl und Zwang abzuwehren. Eine derartige Überwachungsmaßnahme ergibt darum für die Nachrichtendienste nur als subsidiäre Hilfsmaßnahme für die Polizei Sinn; für die Wohnraumüberwachung sieht dies § 9 Abs. 2 BVerfSchG folgerichtig auch vor. Dies ist jedoch nicht als Webfehler, sondern als durchaus intendierte grundrechtsschützende Auswirkung des verfassungsrechtlichen Gefahrerfordernisses zu begreifen.²¹⁸

4.1.5.2.4.4 Der spezifische nachrichtendienstliche Gebrauch

4.1.5.2.4.4.1 Befund

In spezifischer nachrichtendienstlicher Weise wird der Gefahrbegriff verwendet, sofern davon die Rede ist, es müssten schwerwiegende Gefahren für die in § 3 Abs. 1 BVerfSchG genannten Schutzgüter vorliegen (§ 8a Abs. 1, Abs. 2, Abs. 2a BVerfSchG). Auf den BND bezogen muss demgegenüber eine schwerwiegende Gefahr für die in § 5 Abs. 1, Satz 3 Nr. 1 bis 4 bzw. Nr. 6 G 10 genannten Gefahrenbereiche vorliegen (§ 2a BNDG). Für den MAD müssen schwerwiegende Gefahren für die in § 1 Abs. 1 MADG genannten Schutzgüter vorliegen (§ 4a MADG). Das G 10 spricht von Gefahren für die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes (§ 1

²¹⁸ Dies zeigt sich insbesondere im Vorratsdaten-Urteil, wo es ausdrücklich heißt: „Der Senat verkennt nicht, dass damit eine Verwendung der vorsorglich gespeicherten Telekommunikationsverkehrsdaten von Seiten der Nachrichtendienste in vielen Fällen ausscheiden dürfte. Dies liegt jedoch in der Art ihrer Aufgaben als Vorfeldaufklärung und begründet keinen verfassungsrechtlich hinnehmbaren Anlass, die sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergebenden Voraussetzungen für einen Eingriff der hier vorliegenden Art abzumildern“, BVerfGE 125, 260 (332).

Das bisher in § 7 Abs. 2 VSG NRW enthaltene subsidiäre Recht zum Lauschangriff in Wohnungen wurde nie angewandt und ist bei der nun erfolgten Novellierung ersatzlos gestrichen worden.

Abs. 1 G 10) bzw. von der Gefahr einer näher bezeichneten aggressiven Handlung (§ 5 Abs. 1 G 10). Die nachrichtendienstliche Verwendung des Gefahrenbegriffs wirft drei unterschiedliche Problemfälle auf.

4.1.5.2.4.4.2 Bezugnahme auf Aufgabenfelder

Die Verwendung ist insofern unscharf, als sich die in § 8a BVerfSchG – und vergleichbar in § 4a MADG – genannte Gefahr auf die in § 3 Abs. 1 BVerfSchG bzw. in § 1 Abs. 1 MADG niedergelegten Schutzgüter bezieht. In § 3 Abs. 1 BVerfSchG und § 1 MADG werden gerade keine Schutzgüter bezeichnet, sondern Aufgabenfelder. Es ist methodisch nicht ausgeschlossen, aus der Aufgabe, bestimmte Tätigkeiten oder Sachlagen aufzuklären, auch Schutzgüter zu formulieren, die durch diese Aufklärungen gewahrt werden sollen; dennoch ist der interpretatorische Aufwand hoch und dient nicht der Rechtsklarheit. Es wäre angesichts der Bedeutung der Eingriffsgrundlagen deutlich klarer, wenn das Schutzgut, auf das sich die schwerwiegende Gefahr beziehen muss, nicht mit einem Verweis auf den Aufgabenbereich umschrieben wird.

4.1.5.2.4.4.3 Bezugnahme auf Gefahrenlage

In gleicher Weise unscharf ist die Verwendung des Gefahrbegriffs im § 2a BNDG. Dort wird von schwerwiegenden Gefahren für die in § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 bis 4 bzw. Nr. 6 G 10 genannten Gefahrenbereiche gesprochen. Die schwerwiegende Gefahr für einen Gefahrenbereich verwässert den Begriff der Gefahr in unnötiger Weise. Gemeint ist offenbar das Vorliegen einer schwerwiegenden Gefahr der in § 5 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 bzw. Nr. 6 G 10 genannten Handlungen. Die schwerwiegende Gefahr einer Handlung ist aber grammatikalisch wiederum unglücklich, gemeint ist vielmehr eine gegenwärtige Gefahr.

4.1.5.2.4.4.4 Bezugnahme auf nachrichtendienstliche Schutzgüter

Bei der nachrichtendienstlichen Verwendung des Gefahrenbegriffs (§ 8a BVerfSchG, § 2a BNDG und § 4a MADG) entsteht das Auslegungsproblem, ob durch die Wahl eines nachrichtendienstlichen Schutzgutes die inhaltlichen Anforderungen an den Gefahrenbegriff Änderungen erfahren. So ist es wertungsmäßig durchaus denkbar, dass durch die Anknüpfung an ein nachrichtendienstliches Schutzgut zugleich mit dem Begriff der Gefahr nicht der polizeiliche Gefahrenbegriff gemeint ist, sondern eine Vorstufe.

Dies wird verstärkt, sofern in der konkreten Formulierung von tatsächlichen Anhaltspunkten für die Annahme einer Gefahr beziehungsweise von Tatsachen für das Vorliegen einer

Gefahr die Sprache ist, weil dadurch der Eindruck entsteht, es müsse noch nicht eine Gefahr selbst vorliegen, sondern eine Situation, bei der man auf eine Gefahr schließen könne, ohne dass die Gefahr selbst gegeben sei.

Durch die Kombination des Gefahrenbegriffs mit nachrichtendienstlichen Schutzgütern und ggf. zusätzlich noch dem Verweis auf die tatsächliche Grundlagendichte im Sinne der nachrichtendienstlichen Eigenheiten (tatsächliche Anhaltspunkte bzw. Tatsachen) wird der Schluss nahegelegt, mit dem Begriff der Gefahr sei in diesem Zusammenhang nicht die polizeiliche Gefahr, sondern eine Vorstufe derselben, etwa im Sinne des Gefahrenverdachts gemeint.

Nicht ganz klar ist, wie sich dieser nachrichtendienstliche Gefahrbegriff zu dem nachrichtendienstlichen Verdacht verhält. Mitunter wird unter anderem darauf abgestellt, ob die Ermittlung notwendig ist, um den Verdacht, eine bestimmte Katalogtat werde begangen oder geplant, weiter aufzuklären (§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 4, 7 Abs. 2 G 10).

Eine nachrichtendienstliche Verwendung wirft durch die Bezugnahme auf Schutzgüter der nachrichtendienstlichen Tätigkeit die Frage auf, ob in den Fällen, in denen die Gefahr gegeben ist, auch immer eine polizeiliche Gefahr vorliegt. Dies hängt davon ab, ob die in § 3 Abs. 1 BVerfSchG und in § 1 Abs. 1 MADG mittelbar zugrunde liegenden Schutzgüter auch polizeiliche Schutzgüter im Sinne der polizeilichen Generalklausel sind. Dies wäre über die Fallgestaltung des Schutzes der Einrichtungen des Staates als Untergruppe der öffentlichen Sicherheit zwar grundsätzlich denkbar, aber interpretatorisch auch nicht zwingend gegeben. Diese Unklarheit sollte beseitigt werden.

4.1.5.2.4.5 Anknüpfung an den Verdacht einer begangenen Straftat

Vereinzelt erhalten die Nachrichtendienste ausdrücklich Informationserhebungsbefugnisse, die an den Verdacht einer begangenen Straftat anknüpfen, vgl. z. B. § 3 Abs. 1 Satz 1 G 10, § 4 Abs. 4 Nr. 2 G 10, § 11 Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG.

Die Zuweisung von Befugnissen anknüpfend an den Verdacht einer begangenen Straftat lässt sich mit dem Gedanken vertreten, dass die nachrichtendienstlichen Gefährdungslagen komplexe Sachverhalte sind, die auch Strafverfolgungskomplexe einbeziehen. Andererseits wäre die Anknüpfung an den Verdacht einer begangenen Straftat dann problematisch, wenn diese Befugnis zur Strafverfolgung eingesetzt werden würde. Es ist nicht wahrscheinlich und auch nicht ersichtlich, dass die Befugnisse zu repressiven Zwecken wahrgenommen werden. Der Normtext der Befugnisse schließt dies nicht ausdrücklich aus, allerdings folgt dies aus

der sachgerechten Interpretation der relevanten Eingriffsnormen (§§ 3 Abs. 1, 3 Abs. 1a G 10, § 11 Abs. 1 BVerfSchG). Denkbar wäre, die Variante der Anknüpfung an begangene Straftaten ganz zu streichen. Im Bereich der Landesgesetze wird auf diese Variante teilweise verzichtet und es ist nicht bekannt, dass dadurch die Ermittlungsmöglichkeiten nennenswert eingegrenzt wurden.

Die Mitglieder Harms und Kaller weisen darauf hin, dass der Verfassungsschutz keine Strafverfolgung betreibt und die zitierten Normen vielmehr an ein aufgabengerechtes, nachrichtendienstliches Handeln anknüpfen, welches in bestimmten Verdachtsfällen veranlasst ist.

4.1.5.2.5 Revision der Eingriffsbefugnisse

Die nachrichtendienstliche Tätigkeit dient der Aufklärung näher bezeichneter Verdachtslagen. Dies ist nur möglich, indem die Kommunikation bestimmter Gruppen beobachtet wird. Die Aufgabenerledigung der Nachrichtendienste hängt daher ersichtlich davon ab, dass diese die Eingriffsbefugnisse besitzen, die notwendig sind, um die Kommunikation im unerlässlichen Maße nachzuvollziehen. Im Zuge der erleichterten Reisemöglichkeiten, offener Grenzen, Globalisierung und vor allem elektronischer Kommunikationsmöglichkeiten, wandeln sich die Kommunikationsformen erheblich, sodass es einer stetigen Kontrolle des Gesetzgebers bedarf, ob die vorhandenen Informationseingriffsbefugnisse angesichts der tatsächlichen Verhältnisse noch angemessen sind. Der Gesetzgeber ist mit der Normierung besonderer Auskunftspflichten (§ 8a BVerfSchG) und ihrer zweifachen Überarbeitung diesem Grundgedanken in dem aus seiner Sicht gebotenen Maße nachgekommen. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass weitere Anpassungen, in Form von Aufgabe überholter Befugnisse oder von Erweiterungen für neue Kommunikationsformen erforderlich werden. Eine solche Überlegung läge auch auf Bundesebene nicht fern. Gerade die nachrichtendienstliche Aufklärung der im Internet stattfindenden Kommunikation besitzt einen engen Bezug zu den Aufgabenstellungen des § 3 BVerfSchG.

Der Landesgesetzgeber NRW hat in § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG NRW die Befugnis eingeführt, passwortgeschützte Foren beobachten zu dürfen, dabei jedoch eine Online-Überwachung ausdrücklich ausgeschlossen. Das entspricht der naheliegenden Überlegung, dass veränderte Techniken und veränderte Kommunikationsgewohnheiten auch neue Möglichkeiten tiefer Eingriffe in die Privatheit und das informationelle Selbstbestimmungsrecht ermöglichen können. Sie sind vom Gesetzgeber ständig daraufhin

zu prüfen, ob sie vertretbar und erwünscht sind oder aus rechtsstaatlichen Überlegungen und Grundsätzen abgelehnt werden müssen.

Andererseits ist auch zu erwägen, ob sich Eingriffsermächtigungen als überflüssig erwiesen haben. Ein Indiz dafür ist es, wenn bestimmte gesetzlich geregelte Maßnahmen über Jahre nicht oder nicht mit nennenswertem Ertrag durchgeführt wurden. Hierzu bedarf es einer regelmäßigen rechtstatsächlichen Überprüfung. Eine solche Überprüfung liegt etwa für die Ermächtigung zu Wohnraumüberwachungen nahe. Die Regierungskommission empfiehlt folglich, die vorhandenen Eingriffsbefugnisse auf ihre Änderungsbedürftigkeit in angemessenen Abständen zu überprüfen.

Die Mitglieder Harms und Kaller weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass eine zurückhaltende Nutzung einer Eingriffsbefugnis auch auf eine besonders grundrechtsschonende Handhabe der zum Eingriff ermächtigten Behörden hinweisen kann. Zudem existieren im Recht seit jeher zahlreiche Tatbestände, die nur in außergewöhnlichen Lagen oder sehr selten angewendet werden, sich in diesen Fällen allerdings als unentbehrlich erweisen können. Sie verweisen auf das so genannte Feuerwehrgenau, wonach eine örtliche Feuerwehr nicht deshalb abgeschafft wird, weil es in ihrem Bezirk einige Jahre lang nicht gebrannt hatte.

4.1.5.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen

1. Das Bundesverfassungsschutzgesetz sollte auf systematische Unstimmigkeiten hin überprüft werden und zudem sollten Regelungen zur elektronischen Aktenführung eingefügt werden.
2. Die erhöhten Eingriffsschwellen für die besondere Form der Datenerhebung durch nachrichtendienstliche Mittel (§ 9 Abs. 1 BVerfSchG) im Vergleich zur normalen Datenverarbeitung gem. § 8 Abs. 1 BVerfSchG sollten deutlicher gemacht werden.
3. Die Mitglieder Harms, Kaller und Wolff sind der Auffassung, die differenzierende Umschreibung der Eingriffsschwelle einmal mit dem Terminus „Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen“ und andererseits mit dem Terminus „tatsächliche Anhaltspunkte, die die Annahme rechtfertigen“, sei aufrechtzuerhalten. Dagegen bestehen bei den Mitgliedern Bäcker und Hirsch Zweifel, ob diese Differenzierung hinreichende Steuerungskraft entfalte.

4. Die Nachrichtendienste haben nicht die Aufgabe der Gefahrenabwehr im polizeirechtlichen Sinn. Hinsichtlich einiger nachrichtendienstlicher Befugnisse ist es jedoch verfassungsrechtlich geboten, das Vorliegen einer Gefahr als Eingriffsvoraussetzung gesetzlich festzulegen.
5. Bei der Verwendung des Begriffs der Gefahr muss im konkreten Zusammenhang deutlich werden, ob der Begriff im Sinne des polizeirechtlichen Gefahrenbegriffs oder abweichend verwendet wird. Eine Überprüfung der nachrichtendienstlichen Gesetze unter diesem Aspekt wird empfohlen.

4.1.6 Überschneidungen der Aufgabenbereiche (zwischen Nachrichtendiensten und Polizei)

4.1.6.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme

Im Bereich der nachrichtendienstlichen Sicherheitsgewährleistung kommt es zu zahlreichen Überschneidungen. Die gegliederte Sicherheitsarchitektur und die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung führen dazu, dass für eine Gefährdungs- oder Verdachtslage mehr als eine Sicherheitsbehörde zuständig sein kann. Wenn beispielsweise eine bundesweit tätige Gruppe Rechtsextremer in der Vergangenheit volksverhetzende Handlungen vorgenommen hat und dies in der Zukunft wiederholen möchte, sind die Landesämter für Verfassungsschutz, das Bundesamt für Verfassungsschutz, die Polizeibehörden und die Ermittlungsbehörden, hier ggf. wieder auf Bundes- und Landesebenen zuständig.

Abstrakt gesehen beruhen die Überschneidungen auf den folgenden vier Gründen:

- der föderalen Gliederung der deutschen Sicherheitsarchitektur;
- der Ausstrahlungswirkung von Gefährdungslagen in alle drei Zuständigkeitsbereiche (Gefahrenabwehr durch die Polizei/Nachrichtendienste/ Strafverfolgungsbehörden);
- der näheren Heranführung der drei Aufgabenbereiche zueinander durch den Gesetzgeber im Wege der Veränderung der Aufgaben- bzw. Befugnisbeschreibungen;
- der speziellen Kompetenznorm im Sinne von Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG.

Die Mitglieder Harms und Kaller betonen hierzu bereits an dieser Stelle ergänzend, dass diese Zuständigkeiten für die weitere Bearbeitung des Gesamtkomplexes durchaus

bestehen, die genannten Behörden hierbei allerdings unterschiedliche gesetzliche Aufträge verfolgen, und ihre Befassung jeweils anderen Zielen dient.

4.1.6.1.1 Überschneidungen innerhalb der Nachrichtendienste

Die Aufgaben der Nachrichtendienste liegen in der Erhebung und Sammlung von Informationen zu bestimmten Verdachtslagen. Die Zuständigkeit für das Gefahrenvorfeld ist dabei nicht in gleicher einheitlicher begrifflicher Schärfe formuliert wie die polizeiliche Gefahr. Die nachrichtendienstlichen Gesetze sprechen vielmehr von Bestrebungen gegen weit gefasste kollektive Schutzgüter, wie etwa den Bestand des Bundes oder eines Landes (§ 4 BVerfSchG oder § 1 Abs. 1 Nr. 1 MADG). Noch weiter ist die Formulierung beim BND, dort geht es um Erkenntnisse, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind.

Die Aufgaben der Nachrichtendienste untereinander grenzen sich nach der Art der relevanten Verdachtslage ab. Das Bundesamt für Verfassungsschutz ist v. a. zuständig für: (a) den Verfassungsschutz, (b) Spionagetätigkeit innerhalb Deutschlands, (c) terroristische Bestrebungen, die auf die Gefährdung der ausländischen Belange von Deutschland gerichtet sind und (d) Bestrebungen, die gegen die Völkerverständigung gerichtet sind (§ 3 Abs. 1 BVerfSchG). Der Militärische Abschirmdienst (MAD) ist insbesondere zuständig für den Verfassungsschutz und für Spionagetätigkeiten, sofern die Tätigkeiten von Personen der Bundeswehr ausgehen oder auf solche gerichtet sind (§ 1 Abs. 1 MADG). Der Bundesnachrichtendienst (BND) ist für die Sammlung von zur Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland zuständig, welche von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind (§ 1 Abs. 2 BNDG). Die Aufgaben der Landesämter für Verfassungsschutz entsprechen weitgehend (bundesrechtlich vorgegeben) denen des Bundesamtes, sind aber teilweise landesgesetzlich etwas weiter und immer aber auf das jeweilige Land bezogen. Zusätzliche Aufgaben kennt z. B. Bayern in der Aufgabe der Verdachtslage der organisierten Kriminalität (Art. 3 Abs. 1 Nr. 5 BayVSG).

Diese Dreiteilung auf Bundesebene und die Teilung auf Bundes- und Landesebene im Bereich des Verfassungsschutzes nimmt keine den Gefährdungslagen innewohnende Unterscheidung auf. Ein tatsächlich einheitliches Phänomen wird oftmals den Zuständigkeitsbereich mehr als einer Nachrichtendienstbehörde berühren. Eine international ausgerichtete Organisation, die Bezüge zu Deutschland aufweist und deren Anhänger zum Teil versuchen, in der Bundeswehr Fuß zu fassen und die lokale Niederlassungen besitzen und deren Aktivitäten die Schwelle des erforderlichen Verdachts überschreiten, eröffnet das

Aufgabenfeld aller drei Bundes-Nachrichtendienste und die der Verfassungsschutzämter der Länder, in denen Aktivitäten zu verzeichnen sind.

4.1.6.1.2 Überschneidungen zu der polizeilichen Aufgabenerledigung

Nicht nur innerhalb der Nachrichtendienste, sondern auch zwischen dem polizeilich-präventiven Aufgabenbereich und dem präventiven nachrichtendienstlichen Aufgabenbereich bestehen thematisch weitgehend Überschneidungen.

Die Polizei- und Ordnungsbehörden haben die Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren. Die öffentliche Sicherheit umfasst (a) den Schutz subjektiver Rechtsgüter und Rechte des Einzelnen, (b) den Schutz der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates und sonstiger Träger von Hoheitsgewalt und (c) die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung. Unter öffentlicher Ordnung ist die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln über das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung nach den herrschenden sozialen und ethischen Auffassungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten Gemeinschaftslebens betrachtet wird, zu verstehen. Die Definition der polizeilichen Aufgaben im Hinblick auf die Gefahrenabwehr wird vom Grundgesetz vorausgesetzt, aber nicht für jeden Einzelfall zwingend verlangt. Es ist von Verfassungs wegen nicht untersagt, die Polizeibehörden im Einzelfall mit Eingriffsbefugnissen auszustatten, die im Vorfeld der Gefahrenabwehr angesiedelt sind. Daher spricht man häufig von Vorfeldbefugnissen.

Die Beschränkung auf die Gefahrenabwehr gilt zudem nur für die Abgrenzung der Eingriffsbefugnisse. Der Aufgabenbereich der Polizei gestattet auch allgemeine Ermittlungsmaßnahmen ohne Eingriffscharakter zur Ermittlung des Vorliegens einer Gefahr auch in Bereichen, die im Vorfeld der Gefahrenabwehr angesiedelt sind. Daher ist etwa das allgemeine „Streifefahren“ auch in den Situationen erlaubt, in denen noch keine Gefahr vorliegt. Dieser Bereich ist weiter als der Vorfeldbereich des möglichen Vorliegens einer Gefahr (Gefahrenverdacht). Daher berechtigen nach überwiegender Ansicht die Eingriffsbefugnisse zur Abwehr der Gefahr in gewissen Konstellationen auch dazu, erst zu ermitteln, ob überhaupt eine Gefahr vorliegt (Gefahrerforschung).

Die Situation, die das Aufgabenfeld der Nachrichtendienste eröffnet, muss nicht, kann aber zugleich auch die Tatbestandsmerkmale einer polizeilichen Gefahr begründen, so dass der gleiche Sachverhalt die Zuständigkeit sowohl der Polizeibehörden als auch der Nachrichtendienstbehörden eröffnen kann. In dem hier im Vordergrund stehenden

Aufgabenfeld der Bekämpfung des gewaltbereiten Terrorismus ist häufig zugleich eine Zuständigkeit sowohl der Nachrichtendienste als auch der Polizei und bezogen auf vergangene Vorgänge auch eine Ermittlungszuständigkeit der strafverfahrensrechtlichen Ermittlungsbehörden gegeben.

4.1.6.1.3 Überschneidungen zu den Ermittlungsbehörden

Bestrebungen, die die Zuständigkeit eines Nachrichtendienstes auslösen, bewirken dies häufig deshalb, weil ihre Anhänger in der Vergangenheit Taten begangen haben, die Straftaten erfüllen. Daher können die gleichen Personen wegen ihres vergangenen Verhaltens das Aufgabenfeld der Ermittlungsbehörden erfüllen und wegen ihrer Pläne das der Polizei- und der Nachrichtendienste. Liegt eine Straftat im Bereich der Staatssicherheit vor, können daher in aller Regel in deren Vorfeld und in deren Nachgang auch die Inlandsnachrichtendienste tätig werden. Die Ziele, die Kompetenzen und die Folgen sind andere als die rechtlichen Möglichkeiten der parallelen Ermittlung der Strafverfolgungsbehörden. An der parallelen Ermittlung selbst ändert dies nichts.

4.1.6.1.4 Überschneidungen aus föderalem Kontext

Diese Überschneidungsbereiche der Aufgabenfelder zwischen Ermittlungsbehörden (Staatsanwaltschaften/Polizei/Finanzbehörden) und präventiven Zuständigkeiten (Polizeibehörden und Nachrichtendiensten/Finanzbehörden) erhöhen sich noch einmal, wenn man die föderale Gliederung mit einbezieht.

Zur Erfüllung der Zusammenarbeitspflicht des Bundes und der Länder sowie der Länder untereinander auf dem Gebiet des Verfassungsschutzes unterhält jedes Land eine eigene Behörde zur Bearbeitung der Angelegenheiten des Verfassungsschutzes (vgl. § 2 Abs. 2 BVerfSchG). Wegen des Wortlauts des § 2 Abs. 2 BVerfSchG („unterhält jedes Land eine Behörde“) ist fraglich, ob die Verfassungsschutzbehörden auf Länderebene fusioniert werden können. Das Bundesrecht sollte die länderübergreifende gemeinsame Erledigung der Aufgaben des Verfassungsschutzes deshalb ausdrücklich ermöglichen.²¹⁹

²¹⁹ Vgl. Regelungsvorschlag im Bericht der Bund-Länder-Kommission Rechtsterrorismus, S. 204.

Das Mitglied Kaller ist der Auffassung, dass einer solchen Rechtsänderung eine eindeutige politische Willensbekundung möglicher betroffener Länder vorausgehen müsste.

Die föderale Aufteilung ist für alle Sicherheitsbereiche unterschiedlich. Im Bereich des Polizeirechts besteht ein weitgehendes Monopol der Länder. Der Bund ist nur ausnahmsweise zuständig. Besitzt er eine Zuständigkeit, wie etwa im räumlichen Bereich der Grenzen, der Bahn oder der Flughäfen, so überschneiden sich diese Befugnisse mit denen der Landespolizeibehörden. Im Bereich der Nachrichtendienste besitzen die Länder mit den Landesämtern für Verfassungsschutz eigene Zuständigkeiten. Der Sache nach besteht aber ein deutliches Übergewicht des Bundes auf diesem Gebiet; jedenfalls nimmt in der Gesetzgebungspraxis der Bund eine weitgehende Regelungskompetenz für das Nachrichtendienstrecht in Anspruch.²²⁰ Im Bereich des Strafverfahrens besteht bei der Gesetzgebung ein erhebliches Übergewicht zu Gunsten des Bundes, während der Gesetzesvollzug überwiegend den Ländern vorbehalten ist.

4.1.6.2 Analyse und Bewertung

4.1.6.2.1 Vergrößerung der Überschneidungen

4.1.6.2.1.1 Allgemein

Der Umfang der Überschneidungsbereiche ist nicht von selbst gegeben, sondern hängt von der Definition der Aufgabenbereiche und der rein tatsächlichen Ausfüllung der Behörden ab. Die Aufgabenbereiche zwischen Polizeibehörden und Nachrichtendienste haben sich innerhalb der letzten Jahrzehnte immer weiter vergrößert. Dieser Prozess fand dabei für sich genommen bereichsbezogen statt, ist auch nicht systematisch motiviert und begründet auch keine flächendeckende Überschneidung, besitzt aber als Entwicklung einen selbstständigen

²²⁰ Diese Gesetzgebungspraxis ist insoweit nicht unproblematisch, als der Kompetenztitel in Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG dem Bund für den Verfassungsschutz – ebenso wie für die Kriminalpolizei – eine Regelungsbefugnis lediglich hinsichtlich der Zusammenarbeit von Bund und Ländern einräumt. Gleichwohl sieht sich der Bund im Verfassungsschutzrecht – anders als im Kriminalpolizeirecht – berufen, das Bundesamt für Verfassungsschutz umfänglich mit eigenständigen Eingriffsbefugnissen auszustatten, die nicht zwingend an eine Kooperation mit den Landesämtern anknüpfen. Diese Gesetzgebungspraxis wurde bislang allerdings in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung nicht und in der rechtswissenschaftlichen Literatur kaum in Frage gestellt; von ihr wird darum auch hier ausgegangen, vgl. allerdings kritisch mit Blick auf das G 10 *Bäcker*, Das G 10 und die Kompetenzordnung, DÖV 2011, 840 (843 f.) und DÖV 2012, 560 f.

Charakter. Die stärkere Annäherung vollzog sich dabei von beiden Seiten aus. Die Nachrichtendienste erstrecken ihre Tätigkeit etwas stärker in den Bereich der Aufklärung von Sachverhalten, die zugleich polizeilich-präventive Aufgaben darstellen. Gleichzeitig wurden die Aufgaben und Befugnisse der Polizeibehörden stark in das Vorfeld polizeilicher Gefahrenabwehr durch gesetzliche Veränderungen der Aufgabenbestimmungen und der Befugnisbestimmungen verlagert. Diese Vorverlagerung der Polizeibefugnisse erscheint dabei insgesamt stärker als die Erstreckung der Nachrichtendienste in dem Bereich der Gefahrenabwehr.

Die Mitglieder Harms und Kaller sind demgegenüber der Auffassung, dass auch nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen, etwa nach § 4a BKAG, der Aufgabenbereich der Polizeibehörden und damit auch die materiell-rechtliche Eingriffsschwelle für die Polizeibehörden nach wie vor durch den überkommenen Gefahrbegriff geprägt sind, also eine Vorverlagerung bereits auf Grund der materiellrechtlichen Bestimmungen nicht stattfand. Geändert haben sich Zuständigkeitsbestimmungen sowie – unabhängig von der fortbestehenden Einschlägigkeit des Gefahrbegriffes – das zur Gefahrenabwehr zur Verfügung stehende Instrumentarium.

4.1.6.2.1.2 Vorverlagerungen im Bereich der Polizeibehörden

Eine erhebliche Vorverlagerung der Befugnis der Polizeibehörden auf Bundesebene beruht weiter auf der Zuweisung erheblicher Ermittlungsbefugnisse im Vorfeldbereich zu Gunsten der Zollfahndungsbehörden. Die Zollfahndung war die Bundesbehörde, die als erstes einen deutlichen Kompetenzschub erhielt. Das lag daran, dass vor der Bekämpfung des internationalen Terrorismus die Bekämpfung der organisierten Kriminalität als neues Problem qualifiziert wurde und in diesem Zusammenhang die Verschärfung von Einfuhrkontrollen bezüglich des Rauschgifthandels, Menschenhandels und Schwarzgeldern nahe lag. Den Zollfahndungsbehörden wurde mit §§ 18 bis 23 bzw. 26 bis 32a ZFdG ein beachtlicher Kanon von geheimen Informationseingriffen (Observationen/verdeckte Bild- und Videoüberwachung/geheimes Mithören außerhalb von Wohnungen/Vertrauensleute/Wohnraumüberwachung/Sicherstellung, Verwahrung und Verwertung) gewährt. Die präventive Brief-, Post- und Fernmeldeüberwachung wurde überarbeitet, nachdem das BVerfG die Vorgängerbefugnis, die im AWG niedergelegt war,

wegen eines Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot für verfassungswidrig erklärte²²¹. Das BVerfG hat im Rahmen eines obiter dictums angedeutet, dass die Neuregelung den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen könnte.²²².

Die Mitglieder Harms und Kaller sehen hierin aus den oben genannten Gründen keine Vorverlagerung.

Eine weiter erwähnenswerte Vorverlagerung der Befugnis der Polizeibehörden auf Bundesebene ermöglicht die Einfügung des Kompetenztitels in Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG durch Gesetz vom 28.08.2006²²³, mit dem der Bund die Gesetzgebungskompetenz (und mittelbar die Verwaltungskompetenz) für die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalpolizeiamt in Fällen erhielt, in denen eine länderübergreifende Gefahr vorliegt, die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde nicht erkennbar ist oder die oberste Landesbehörde um eine Übernahme ersucht. Diese Vorverlagerung ist durch die Änderung des BKAG, beschlossen im Jahr 2008²²⁴, umgesetzt worden. Mit dieser Änderung sind dem BKA präventivpolizeiliche Befugnisse in erheblichem Umfang zugewiesen worden. Der erfasste polizeiliche Aufgabenbereich beschränkt sich auf Aufgaben zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus (§ 4a Abs. 1 BKAG). Umgekehrt proportional dazu steht die Befugnisfülle, die dem BKA zur Erfüllung dieser Aufgaben zusteht (§§ 20a ff. BKAG). Dem BKA sind nahezu alle bekannten polizeilichen Ermittlungsbefugnisse zugewiesen, wie etwa die Befugnisse zur optischen und akustischen Wohnraumüberwachung, zur Online-Durchsuchung, Rasterfahndung, Telekommunikationsüberwachung und anderen polizeilichen Kontrollmethoden. Über die Frage der Verfassungsmäßigkeit dieser Rechtsänderungen sind zwei verfassungsgerichtliche Verfahren anhängig²²⁵, deren Entscheidung das BVerfG für das Jahr 2013 avisiert²²⁶ hat.

²²¹ BVerfGE 110, 33.

²²² BVerfGE 113, 348, 378; s. a. BVerfGK 10, 283.

²²³ BGBl. I 2006, 2034.

²²⁴ BGBl. I 2008, 3083.

²²⁵ 1 BvR 966/09 sowie 1 BvR 1140/09.

²²⁶ So gem. der „Übersicht über die Verfahren, in denen das Bundesverfassungsgericht anstrebt, im Jahre 2013 unter anderem zu entscheiden“, abrufbar unter: http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/erledigungen_2013.html (letzter Abruf am 26. Juni 2013) – s. a. Hinweis des Mitglieds Hirsch in Fn. 87.

Die Mitglieder Harms und Kaller betonen hierzu, dass es sich um eine Zuständigkeitsverlagerung von den Ländern auf den Bund gehandelt hatte, nicht allerdings um eine Ausdehnung des Aufgabenbereichs der Polizeibehörden insgesamt. Nicht erkennbar sei, dass die Zuweisung nur beschränkter polizeilicher Aufgaben in Verhältnis gesetzt werden könne zum Umfang der zur Aufgabenerfüllung erforderlichen Befugnisse. Gerade bei der Bekämpfung des internationalen Terrorismus sei wegen der Vorgehensweise der Täter und wegen des hohen Gewichts der geschützten Rechtsgüter eine Einräumung der Befugnisse im gesetzlich vorgesehenen Umfang erforderlich und angemessen. Zudem weisen die Mitglieder Harms und Kaller darauf hin, dass das BKA bereits zuvor in Einzelbereichen Befugnisse zur Gefahrenabwehr innehatte, etwa zum Zwecke des Personenschutzes im Zuständigkeitsbereich des Bundes.

4.1.6.2.1.3 Verschiebungen im Bereich der Nachrichtendienste

Bei den Veränderungen der Nachrichtendienste ist zunächst die Zuweisung des Aufgabenbereichs der Aufklärung von Bestrebungen im Geltungsbereich dieses Gesetzes, die gegen den Gedanken der Völkerverständigung gerichtet sind, durch das Gesetz vom 01.09.2002²²⁷, zu nennen. Die Aufgabe ist zeitlich befristet bis zum 09.01.2016 durch das Gesetz vom 07.12.2011²²⁸.

Weiter wurden die Befugnisse im BVerfSchG, auf die das BNDG und das MADG weitgehend verweisen, mehrfach umgestaltet. Zu zentralen Änderungen kam es im Rahmen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes²²⁹ im Jahre 2002. Es wurden die besonderen Auskunftersuchen bei den Kreditinstituten, bei den Postdienstleistern, bei den Luftfahrtunternehmen (mit Ausnahme der Auskunftersuchen gegenüber Postdienstleistungsunternehmen) jüngst fortgeschrieben. Bei der akustischen Wohnraumüberwachung (§ 9 Abs. 4 BVerfSchG) wurden erleichterte Voraussetzungen für die akustische Wohnraumüberwachung zur Eigensicherung integriert. Die Befugnis des Einsatzes des IMSI-Catcher (§ 9 Abs. 4 BVerfSchG) wurde eingefügt. Die Speicherfrist für die Speicherung der Aufgabenfelder gem. § 3 Abs. 1 Nr. 3 und 4 BVerfSchG (auswärtige Belange und Völkerverständigung) wurde auf 15 Jahre erweitert (§ 12 Abs. 3 BVerfSchG).

²²⁷ BGBl. I 2002, 361; vgl. auch Ausführungen auf S. 16.

²²⁸ BGBl. I 2011, 2576, vgl. auch Ausführungen auf S. 32.

²²⁹ S. Fn. 227.

Im Jahr 2006 wurde durch das Gemeinsame-Dateien-Gesetz unter anderem mit § 22a BVerfSchG eine Rechtsgrundlage für projektbezogene gemeinsame Dateien geschaffen. Im Jahr 2007 wurden aufgrund einer behördeninternen Evaluation des TBG insbesondere die Bestimmungen zu besonderen Auskunftsrechten, die Regelung zum IMSI-Catcher neu gefasst. Die Möglichkeit der Ausschreibung von Personen im Schengener Informationssystem wurde eingefügt (§ 17 Abs. 3 BVerfSchG). Im Jahr 2009 wurden die Vorschriften über die Datenspeicherung von Minderjährigen präzisiert (§ 11 Abs. 1 BVerfSchG) und die Anfrage gem. § 18 Abs. 3a (Körperschaftsteuer) eingefügt.²³⁰ Durch Änderungsgesetz vom 7. Dezember 2011 wurden die speziellen Auskunftsrechte teilweise verfahrensrechtlich eingeschränkt und die akustische Wohnraumüberwachung zum Eigenschutz aufgehoben.²³¹

Daneben kam es zu Änderungen im Bereich des Artikel 10-Gesetzes. Erwähnenswert ist die Reform durch das erste Gesetz zur Änderung des Artikel 10-Gesetzes.²³² Mit dem Gesetz wurden insbesondere Bestimmungen zum Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung und zum – im Vergleich zu § 160a StPO noch unvollständigen – Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Personen (§§ 3a, 3b G 10), eingefügt sowie der Katalog bei zur strategischen Kontrolle in § 5 Abs. 1 Nr. 4 G 10 (bandenmäßig organisierter Rauschgifthandel) und die Nr. 7 (bandenmäßiges Einschleusen), zum automatischen Abgleich in § 6 Abs. 3 G 10, und die Übermittlungsbefugnis an ausländische Stellen in § 7a geändert bzw. eingefügt. Darüber hinaus wurde die Mitteilungspflicht verändert.

Die Aufgaben- und Befugnisweiterungen sind vor allem bezogen auf eine stärkere Ausrichtung der Nachrichtendienste hin zur Terrorbekämpfung. Dies sieht man daran, dass die neuen Auskunftsrechte weitgehend im Tatbestand eine verdichtete Gefährdungslage verlangen, die nicht soweit im Vorfeld der Gefahrenabwehr angesiedelt sind wie die allgemeinen nachrichtendienstlichen Mittel. Diese stärkere Ausrichtung der Nachrichtendienste hin zur Terrorabwehr wird unterstützt durch einen existenten, in seinem genauen Umfang aber unbekanntem Zuwachs an personellen und sachlichen Ressourcen und einer der Stärkung der Kommunikation mit anderen Sicherheitsbehörden.

²³⁰ BGBl. I 2009, 2499, vgl. auch Ausführungen auf S. 29.

²³¹ S. Fn. 228.

²³² S. Fn. 230.

4.1.6.2.2 Die Besonderheiten bei Überschneidungen

Der Hinweis auf bestehende Überschneidungen besitzt für sich genommen noch keine Bedeutung. Versucht man die Vor- und Nachteile von Überschneidungsbereichen zu erfassen, wird sich wohl folgendes sagen lassen:

Als Vorteile von Doppelzuständigkeiten lassen sich nennen:

- Unterschiedliche Behörden haben verschiedene Möglichkeiten, Informationen aus vertraulich arbeitenden verfassungsfeindlichen Bestrebungen zu gewinnen. Wenn zwei Behörden beispielsweise versuchen, einen verdeckten Ermittler einzuschleusen oder eine V-Person zu gewinnen, ist es beim parallelen Tätigwerden im günstigsten Fall wahrscheinlicher, dass dies zumindest einer der beiden Behörden gelingt.
- Eine doppelte Informationsgewinnung des gleichen Zustandes erlaubt, die Verlässlichkeit der gewonnenen Informationen zu überprüfen.
- Unterschiedliche Aufgabenbereiche und unterschiedliche behördliche Befugnisse rechtfertigen unterschiedliches Tätigwerden, obwohl es zu einer Parallelität kommt.
- Aus Sicht der Mitglieder Harms und Kaller besteht ein wesentlicher Vorteil der parallelen Zuständigkeit von Verfassungsschutz- und präventiv arbeitenden Polizeibehörden in der unterschiedlichen Ausrichtung der Tätigkeit, die auf den unterschiedlichen Aufgaben beruhen. Während es grundsätzlich Aufgabe der Polizeibehörden ist, konkrete, einzelne Gefahren abzuwehren, und diese Aufgabe mit der erfolgreichen Abwehr der Gefahr endet, ist es Aufgabe der Verfassungsschutzbehörden, die gesetzlich bezeichneten Bestrebungen langfristig zu beobachten und zu analysieren, Strukturen und Tendenzen zu erkennen und zu bewerten. Erst aus den Ergebnissen dieser beiden Tätigkeiten ergibt sich ein Gesamtbild, das eine verlässliche Einschätzung des insgesamt erforderlichen staatlichen Schutzes der betroffenen Rechtsgüter erlaubt.

Diesen Vorteilen stehen Nachteile von sich überschneidenden Zuständigkeiten gegenüber. Hierzu sind zu nennen:

- Es kann zu einer Splittung einzelner Informationsbruchstücke auf verschiedene Behörden kommen.

- Durch doppeltes Tätigwerden zweier unterschiedlicher Behörden für die gleiche Aufklärung entstehen unnötig doppelte Kosten.
- Sind zwei Behörden von unterschiedlichen Ländern oder von Bund und Land im gleichen Bereich tätig, kann es sein, dass diese aufgrund unterschiedlicher politischer Vorgaben der Behördenleitung oder der Regierung, verschiedene Aufklärungsstrategien verfolgen, mit der möglichen schlimmsten Folge, dass die beiden Sicherheitsbehörden sich gegenseitig behindern.
- Werden zwei Behörden im gleichen geheimen Aufklärungssektor tätig, unterliegen sie doppelten Kontrollinstanzen, mit der Folge, dass sich die Gefahr eines Vertraulichkeitsbruches verdoppelt und zur Folge hat, dass die Mitarbeiter ggf. beider Behörden gefährdet werden.
- In gleicher Weise ist die Kontrolle über die staatlichen Maßnahmen in diesem Bereich geteilt. Keine der Kontrollinstanzen kann das staatliche Handeln insgesamt kontrollieren. Das hat Schwierigkeiten bei der nachträglichen parlamentarischen Aufarbeitung, wie z. B. durch Untersuchungsausschüsse, zur Folge.
- Jede Behörde besitzt ein institutionelles Eigeninteresse. Gerade im Sicherheitsbereich wird man sich nicht des Eindrucks erwehren können, dass die handelnden Behörden von einem Kompetenzgerangel und institutionellen Eitelkeiten betroffen sind. Auf diese Weise kann es rein praktisch dazu kommen, dass bei der Ermittlung zweier Behörden die Aufklärung schwerer fällt, als wenn nur eine Zuständigkeit gegeben wäre.
- Die Konzentration der Ressourcen auf eine Ermittlungszuständigkeit kann ggf. mehr Informationsgewinn erbringen als die Ressourcenaufteilung auf zwei parallel arbeitende Behörden.
- Bei geheimen Informationseingriffen ist die Gefahr nicht zu leugnen, dass die Behörden sich ohne aktuelles Wissen gegeneinander beobachten und es auf diese Weise zu einer ungewollten, ergebnislosen Verschwendung von Kapazitäten der Nachrichtendienste kommt.
- Bei großen Schnittstellen/Schnittfeldern kann es zu kumulativen Grundrechtseingriffen kommen. Man spricht vom additiven Grundrechtseingriff.

Hierdurch könnte es insgesamt zu einer Rundumüberwachung kommen, die verfassungsrechtlich nicht mehr zu rechtfertigen wäre.²³³

Die Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff sind der Auffassung, dass Überschneidungen der Aufgabenbereiche von Polizei und Nachrichtendiensten grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig sind. Dabei gehen die Mitglieder Bäcker und Hirsch davon aus, dass die Nachteile der Überschneidungen überwiegen.

Die Mitglieder Harms und Kaller sind der Auffassung, dass die aufgezeigten Nachteile durchaus entstehen können. Allerdings beruhen sie, wenn sie auftreten, praktisch durchweg auf einer unsachgemäßen Organisation oder einem behebbaren Kommunikationsdefizit zwischen Behörden:

- Eine Splittung von Informationsbruchstücken kann durch geeignete Kooperationsformen weitgehend beseitigt werden. Die gegenseitige Information, an welchen Sachverhaltskomplexen andere Sicherheitsbehörden arbeiten, und von welcher Stelle ggf. Informationsbruchstücke erlangt werden können, ist hierzu sehr gut geeignet und kann ggf. in Gemeinsamen Zentren erfolgen.
- Eine doppelte Aufklärungstätigkeit kann durch eine solche systematische Information vermieden werden. Zumeist handelt es sich um ein rein theoretisches Problem und zwar auf Grund knapper Ressourcen.
- Unterschiedliche Zielrichtungen der Sachverhaltsaufklärung auf Grund politischer Vorgaben sind nur theoretisch denkbar. In der Praxis ist kein Fall bekannt, in dem sich politische Entscheidungsträger in operativ-taktische Einzelheiten derart eingemischt hätten, dass dies insgesamt zu einer gegenseitigen Behinderung der Tätigkeit von Behörden geführt hätte.
- Bei Vertraulichkeitsbrüchen handelt es sich um rechtswidriges Verhalten. Dieses ist naturgemäß von vornherein verboten; das Entdeckungsrisiko kann sich gerade steigern, wenn mehrere Behörden denselben Sachverhalt bearbeiten und demgemäß das Verhalten der anderen befassten Behörden genauer zur Kenntnis nehmen.

²³³ Zum Problem des additiven Grundrechtseingriffs und denkbaren verfahrensrechtlichen Lösungsansätzen BVerfGE 112, 304 (319 ff.).

- Behördliche Eigeninteressen können auf den unterschiedlichen Aufgabenstellungen und Herangehensweisen beruhen und sind nicht von vornherein negativ zu beurteilen; negative Auswüchse können nur durch stetige Vertrauensbildung und Verständnis für die legitimen Interessen der anderen Behörden verringert oder beseitigt werden, wofür sich Zusammenarbeitsformen wie die Gemeinsamen Zentren eignen.
- Wegen der unterschiedlichen Aufgaben mehrerer befasster Behörden weisen die – in der Praxis ohnehin zu koordinierenden – Eingriffe dieser Behörden jeweils eine andere Rechtsqualität auf und haben unterschiedliche Zielrichtungen, was sich nicht zuletzt in unterschiedlichen Verwendungsregelungen für die erlangten personenbezogenen Daten äußert.
- Danach sind Parallelzuständigkeiten in dem Sinne, dass unterschiedliche Behörden denselben Sachverhalt bearbeiten, nicht rechtfertigungs- sondern allenfalls erklärungsbedürftig. Parallele Zuständigkeiten im Zusammenhang mit demselben Sachverhalt würden im Übrigen nicht nur im Bereich der Sicherheitsbehörden bestehen. So sind für einige wirtschaftliche Sachverhalte – etwa die Beschäftigung und das Gehalt von Arbeitnehmern – zugleich die Sozial- als auch Finanzbehörden, jeweils mit eigenen Erhebungs- und Prüfungsrechten zuständig. Buchführungs- und Dokumentationspflichten und entsprechende Prüfungen treffen Kaufleute sowohl nach der Abgabenordnung als auch nach dem Handelsgesetzbuch, wobei hierzu auch unterschiedliche Bestimmungen Anwendung finden. Über ein schädigendes Ereignis kann sowohl vor Strafgerichten als auch, etwa im Zusammenhang mit Schadenersatzansprüchen, vor Zivilgerichten verhandelt werden, jeweils mit eigenen Beweiserhebungen nach eigenen Regeln. Die mehrfache Zuständigkeit verschiedener Stellen für einen Lebenssachverhalt ist der Rechtsordnung somit insgesamt keinesfalls fremd, sondern vielfach immanent.

4.1.6.2.3 Möglichkeiten der Bewältigung der spezifischen Probleme von Überschneidungsbereichen

Die spezifischen Schwierigkeiten, die durch die Aufteilung verschiedener Aspekte der Sicherheitsgewährleistung auf verschiedene Behörden bei gleichzeitiger Überschneidung derer Zuständigkeitsbereiche entstehen, lassen sich auf unterschiedliche Weise eingrenzen.

- Eine Möglichkeit der Bewältigung der auf diese Weise entstandenen Probleme bestünde darin, die vorhandenen Überschneidungsbereiche zu reduzieren oder zurückzuführen (s. dazu zugleich unter 4.1.6.2.3.1 bis 4.1.6.2.3.2).
- Eine andere Möglichkeit bestünde darin, die bestehenden Überschneidungsbereiche bestehen zu lassen, aber Sicherungsmechanismen oder Ausgleichsmechanismen vorzusehen, die die Aufgabe haben, spezifisch entstandene Probleme zu lösen. Spezifische Ausgleichsmechanismen könnten darin bestehen,
 - die Behörden im Überschneidungsbereich zu einer engen Zusammenarbeit zu verpflichten,
 - spezifische Kontrollinstrumente für den Überschneidungsbereich zu installieren.
 Diese Möglichkeit berührt zugleich die allgemeine Frage der Zusammenarbeit der Nachrichtendienste bzw. der Sicherheitsbehörden und wird daher selbstständig erörtert.

4.1.6.2.3.1 Potentiale für die Rückführung der Überschneidungsbereiche

Will man die Überschneidungsbereiche vermeiden, bestehen zwei Möglichkeiten: zum einen der eines Rückzugs der Polizeibehörden aus dem Bereich des Vorfeldes der polizeilichen Gefahr und zum anderen die des Rückzuges der Nachrichtendienste aus dem Feld der Gefahrenbekämpfung bzw. Gefahrenaufklärung.

Die Mitglieder Harms und Kaller weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sie eine Rückführung der Überschneidungsbereiche nicht befürworten und im Hinblick auf die jeweiligen, weiterhin zu erfüllenden Aufgaben der Verfassungsschutz- und Polizeibehörden auch nicht als praktikabel ansehen. Hierzu wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. Die nachfolgenden Ausführungen sind daher nach ihrer Auffassung eher theoretischer Natur.

4.1.6.2.3.1.1 Rückzug der Polizeibehörden aus dem Bereich der Vorfeldaufklärung

Für einen Rückzug der Polizeibehörden aus dem Bereich der Vorfeldermittlungen spricht:

- die Polizei besitzt anders als die Nachrichtendienste weitergehende administrative Zwangsbefugnisse zur Durchsetzung der Maßnahmen der Gefahrenabwehr, so dass bei einer stärkeren Zuständigkeit der Nachrichtendienste für den Überschneidungsbereich die Behörden ermitteln

(Nachrichtendienste), die keine Durchsetzungsbefugnisse in diesem Sinne besitzen;

- es ist denkbar, dass im Bereich des internationalen Informationsaustausches im Bereich der Terrorismusabwehr nationale Nachrichtendienste mehr Informationen von befreundeten Nachrichtendienste erhalten als Polizeibehörden, auch wenn diese funktional ähnliche Aufgaben besitzen und vergleichbare Vertraulichkeit gewährleisten können, weil bei jenen im internationalen Verkehr die Vertraulichkeitsgewährleistung als höher eingestuft wird;
- die bestehenden Einbrüche der Polizeibehörde in den Vorfeldbereich sind selektiv und einzeln, so dass hier ein Rückzug leichter möglich erscheint.

Gegen einen Rückzug der Polizeibehörden spricht wiederum:

- im Polizeibereich bestehen zahlreiche Länderkompetenzen, über die der Bund nicht verfügen kann, so dass ein alleiniger Rückzug der Bundespolizeibehörden im Vorfeldbereich wenig Sinn macht;
- die Polizeibehörden sind zur Gefahrenabwehr befugt und befähigt, wodurch eine unmittelbare Kopplung von Informationserhebung und Maßnahmendurchsetzung entsteht, die für die Gefahrenabwehr selbst einen Effektivitätsvorteil darstellen kann;
- bei den Polizeibehörden gilt nicht in gleicher Weise eine institutionelle Vertraulichkeit, sondern nur eine verfahrensbezogene, die konkret begründete Vertraulichkeitsbedürfnisse befriedigen kann, ohne den Gesamteindruck der Intransparenz hervorzurufen;
- der Richtervorbehalt bei sensiblen Eingriffen ist rechtsstaatlich wünschenswerter als die Beteiligung der G 10-Kommission, weil die Richter, anders als die G 10-Kommission, der dritten Gewalt zuzuordnen sind, die für die Kontrolle funktional gut geeignet ist;
- bei den Polizeibehörden ist eine höhere Fluktuation der Bediensteten innerhalb der einheitlichen Polizeibehörde zwischen den einzelnen Bereichen und somit den Bereichen der Bekämpfung des internationalen Terrorismus und den sonstigen Bereichen möglich, so dass auf diese Weise eine stärkere Öffnung des Vertrauensbereiches ermöglicht wird, was positiv zu bewerten ist, sofern damit nicht ein Effizienzverlust verbunden ist.

4.1.6.2.3.1.2 Rückzug der Nachrichtendienste aus dem Überschneidungsbereich

Wendet man den Blick und stellt die Frage eines Rückzugs der Nachrichtendienste aus dem Überschneidungsbereich wird man sagen können:

- Die Rechtfertigung der Nachrichtendienste beruht primär auf der Information der Bundesregierung über staatsgefährdende Vorgänge, beim Terrorismus geht es aber primär um die Bekämpfung und Abwehr von drohenden Rechtsgutverletzungen;
- die Eingriffsbefugnisse der Polizeibehörden sind grundsätzlich in ihrer Ausgestaltung mehr an den allgemeinen Verwaltungsverfahren orientiert und in ihrer Grundstruktur am Verwaltungsakt orientiert, auch wenn es um geheime oder vertrauliche Eingriffsverfahren ohne vorausgehende Verfügung geht, so dass hier die Nachteile, die bei Verfahren ohne Außenkontrolle grundsätzlich bestehen, strukturell stärker eingeschränkt sein dürften;
- der im polizeilichen Bereich geltende Richtervorbehalt erscheint gegenüber dem Vorbehalt der Beteiligung der G 10-Kommission im Bereich der Nachrichtendienste aus Gründen der Gewaltenteilung grundsätzlich wünschenswerter;
- über die Rückzüge der Nachrichtendienste kann der Bund umfassender bestimmen als über einen Rückzug der Polizeibehörden;
- nach der Entscheidung²³⁴ des BVerfG zum ATDG muss im Hinblick auf das informationelle Trennungsgebot ohnehin geprüft werden, ob und ggf. wann die Verfassungsschutzbehörden Erkenntnisse über strafrechtliche Sachverhalte an StA und Polizei mitzuteilen haben.

Demgegenüber sprechen folgende Gesichtspunkte gegen einen Rückzug der Nachrichtendienste aus dem Überschneidungsbereich:

- Die Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch Aufklärung ist eng verbunden mit der Aufklärung des internationalen Terrorismus im Vorfeld, für die wiederum die Nachrichtendienste ausschließlich zuständig sind;

²³⁴ Urteil vom 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 – = NJW 2013, 1499.

- beim internationalen Terrorismus erscheint die Zusammenarbeit mit Nachrichtendiensten anderer Staaten von zentraler Bedeutung, die jedoch von der Basis der Nachrichtendienste aus vermutlich leichter zu erreichen sein wird als von spezialisierten Polizeibehörden;
- die behördliche Trennung zwischen Nachrichtendiensten und den mit polizeilichen Eingriffsbefugnissen ausgestatteten Polizeibehörden ermöglicht eine größere Freiheitsgewährleistung für den Bürger;
- die Nachrichtendienste besitzen spezielle Informationserhebungsbefugnisse, die besonders gut für die Aufklärung geeignet sind.

4.1.6.2.3.2 Die Frage der besseren Eignung

Blickt man auf die Aufgaben des Überschneidungsbereichs und stellt abstrakt die Frage, wer die Aufklärung in diesem Bereich übernehmen soll, lässt sich zunächst feststellen, dass insgesamt auf die Zuständigkeit der Polizeibehörden kaum verzichtet werden kann. Die Abwehr der Gefahren selbst kann nur durch diese Behörden vorgenommen werden, und darauf ist nicht zu verzichten. Bezogen auf die Polizeibehörden kann nur die Frage sein, ob die geheimen Informationserhebungsbefugnisse wieder zurückgenommen werden sollen, die Aufgabe der Abwehr der Gefahren selbst kann ihnen nicht entzogen werden. Möglich wäre nur, die Polizeibehörden stärker auf die eigentliche Gefahrenabwehr zu beschränken und die Ermittlung, ob eine Gefahr vorliegt und wie diese beschaffen ist, materiell den Nachrichtendiensten zu überlassen. Allerdings wären dabei die verfassungsrechtlichen Grenzen für Ermächtigungen zu eingriffsintensiven Ermittlungsmaßnahmen zu beachten, die nicht im Vorfeld einer konkreten Gefahr im polizeirechtlichen Sinne zugelassen werden dürfen. Es liegt fern, solche Aufklärungsmaßnahmen bei den Nachrichtendiensten zu konzentrieren, die tatbestandlich erst zum Einsatz kommen (dürfen), wenn bereits die polizeiliche Kernaufgabe der Gefahrenabwehr (im engeren Sinne) eröffnet ist.

Die Frage der stärkeren Trennung im Überschneidungsbereich wandelt sich, wenn man sie auf die abstrakte Aufgabenverteilung bezieht daher dahin, ob man den Aufgabenbereich der Nachrichtendienste stärker aus der Terrorismusabwehr zurückziehen sollte. Ein Rückzug der Nachrichtendienste aus der Bekämpfung des internationalen Terrorismus (durch Aufklärung) liegt nicht völlig fern, wenn man den vom Bundesverfassungsgericht in seinem jüngsten Urteil vom 24.04.2013 zur Antiterrordatei vertretenen Standpunkt heranzieht, da dort das Gericht den Schwerpunkt der verfassungsrechtlich vorgezeichneten Aufgaben der Nachrichtendienste in der politischen Information und nicht in der operativen

Aufgabenwahrnehmung²³⁵ gesehen hat. Ein Rückzug aus der Bekämpfung des internationalen Terrorismus (durch Aufklärung) wäre, ohne Annahme einer Verfassungswidrigkeit und ohne Wechsel der grundsätzlichen politischen Schwerpunktsetzungen nur sinnvoll, wenn nicht auf diese Weise nennenswerte Verluste bei der Bekämpfung des Terrorismus eintreten würden. Versucht man die Vorteile zu formulieren, die die Aufklärung des internationalen Terrorismus durch die Nachrichtendienste in dem Bereich besitzt im Vergleich zu den Polizeibehörden, wird man nennen können:

- Die Grenze zwischen polizeibehördlich noch nicht zulässiger Aufklärung des gewaltbezogenen Terrorismus und polizeibehördlich zulässiger Aufklärung kann in Einzelfällen schwierig sein und dazu führen, dass ggf. denkbare Ermittlungen unterblieben, um rechtlich auf der sicheren Seite zu sein. Dieser „Graubereich“ der zulässigen Aufklärung würde abgedeckt werden, wenn man einen Überschneidungsbereich zu Gunsten der Nachrichtendienste zulässt, da der Aufgabenbereich der Nachrichtendienste vor der polizeilichen Gefahr anfängt und hier die Zuständigkeit nicht fraglich ist. Dieser Vorteil relativiert sich allerdings, soweit Ermittlungsmaßnahmen gesteigerter Eingriffsintensität durchgeführt werden sollen, die auch den Nachrichtendiensten nur in qualifizierten Bedrohungslagen oder sogar nur zur Abwehr einer konkreten Gefahr ermöglicht werden dürfen.
- Der Terrorismus ist in seiner Erscheinung politisch in der Regel gegen den Gesamtstaat gerichtet, so dass eine bundesstaatliche Zuständigkeit Vorteile besitzt. Die bundesstaatliche Zuständigkeit im Nachrichtendienst weicht aber von der Zuständigkeit im polizeilichen Bereich ab, so dass bei einer nachrichtendienstlichen Zuständigkeit mitunter zugleich eine Zuständigkeit des Bundes gegeben ist, die bei einer polizeilichen Zuständigkeit in der Form nicht gegeben wäre. Dies könnte grundsätzlich begrüßenswert sein.
- Die Nachrichtendienste besitzen vor allem in Form der besonderen Auskunftsrechte Befugnisse, die das BKA nicht besitzt.
- Die Zuständigkeit der G 10-Kommission führt dazu, dass die Kontrollinstanz insgesamt sachkundig in die Gesamtvorgänge eingebunden und auf diese Weise

²³⁵ Urteil vom 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 –, Rn. 101 und 122 ff. = NJW 2013, 1499 (1502 und 1505).

eine Verfahrensbeschleunigung möglich ist, im Vergleich zu einem Einbezug eines Richters.

- Weiter treten die Gründe hinzu, die generell für Doppelzuständigkeiten im Bereich der Sicherheitsgewährleistung angeführt werden können.

Legt man diese Abwägungsgesichtspunkte zugrunde, ergibt sich kein eindeutiges Ergebnis, in welcher Weise die Überschneidungsbereiche durch Rückführung einer der beiden Sicherheitsbereiche reduziert werden könnten.

4.1.6.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen

Nach Einschätzung der Mitglieder Bäcker, Giesler und Hirsch sollten Überschneidungen der drei Bereiche der nachrichtendienstlichen Tätigkeit, des präventivpolizeilichen Handelns und der Strafverfolgung möglichst vermieden werden und grundsätzlich nur bei wichtigen Gründen vorgenommen werden.

Die Mitglieder Bäcker, Hirsch und Wolff empfehlen, näher zu prüfen, ob und inwieweit Überschneidungsbereiche zurückgeführt werden können. Es liegt dabei nach ihrer Auffassung prima facie näher, die nachrichtendienstliche Zuständigkeit für die Aufklärung des gewaltbereiten Terrorismus einzuschränken.

Die Mitglieder Harms und Kaller schließen sich diesen Schlussfolgerungen nicht an. Es trifft nach ihrer Auffassung zu, dass die Probleme, die Überschneidungsbereiche bei Zuständigkeiten nach sich ziehen, anders als durch die Beschneidung von Aufgaben nicht nur gelöst werden können, sondern gelöst werden müssen. Die Aufgabenbereiche von Polizeien und Nachrichtendienste werden nach ihrer Auffassung nicht dadurch voneinander abgegrenzt, dass einzelne Sachverhalte einzelnen bearbeitenden Behörden zugewiesen sind, sondern dass die Zielsetzungen der Aufklärungs- und Ermittlungstätigkeit unterschiedlich und jeweils unerlässlich sind. Insofern sehen sie – wie auch der Fall „NSU“ nach ihrer Auffassung deutlich zeigte – in der engen Abstimmung und Kooperation der verschiedenen Behörden die einzige Handlungsoption. Zudem weisen die Mitglieder Harms und Kaller darauf hin, dass es der Rechtsordnung nicht fremd ist, dass verschiedene Stellen denselben Lebenssachverhalt aus unterschiedlichen Aufgabenstellungen heraus bearbeiten (Finanz- und Sozialbehörden zu Arbeitsverhältnissen; Zivil- und Strafgerichte zu durch Straftaten herbeigeführten Schäden).

4.2 Zusammenarbeitsformen zwischen Polizei und Nachrichtendiensten, insbesondere gemeinsame Dateien und Plattformen

Die Nachteile, die durch weitgehende Überschneidungsbereiche entstehen, können teilweise relativiert werden, wenn die Behörden zu einer stärkeren Zusammenarbeit eingebunden werden, weil auf diese Weise die gegenseitige Abschottung verringert wird. Die stark gegliederte Sicherheitsarchitektur Deutschlands, die bestehenden Überschneidungen der Aufgabenbereiche sowie die Besonderheiten des Informationssystems, die zwar im starken Maße einen möglichen Informationsfluss, aber nur in geringem Maße eine Pflicht zum Informationsfluss vorsehen, können in der Praxis zu Ergebnissen führen, die nicht sinnvoll sind und so nicht gewollt sind. Es kann dazu kommen, dass die zuständige Behörde Informationen nicht erhält, die sie erhalten dürfte, ohne dass ein wirklich einleuchtender Grund dafür besteht, weshalb der Informationsfluss unterbleibt.

Es haben sich drei Instrumente herausgearbeitet, um diese spezifischen Probleme zu überwinden. Das eine ist die Schaffung spezifischer gemeinsamer Dateien, das zweite die Schaffung von Projektdateien und das dritte ist die Schaffung von gemeinsamen Abwehrzentren. Daneben prägen auch die regulären Übermittlungsvorschriften die Zusammenarbeit zwischen den Sicherheitsbehörden.

Nach Meinung der Mitglieder Hirsch und Wolff können diese Probleme durch klare Übermittlungsregeln gelöst werden. Das eigentliche Problem liegt nicht in objektiven Schwierigkeiten, sondern in den sich widersprechenden subjektiven Vorstellungen der grundsätzlichen Überlegenheit zentralistischer Strukturen einerseits und der praktischen Erfahrung der täglichen Zusammenarbeit im örtlichen Milieu verankerter Landesbehörden andererseits.

4.2.1 Gemeinsame Zentren

4.2.1.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme

4.2.1.1.1 Errichtung des GTAZ

Die Errichtung des GTAZ geht auf die terroristischen Angriffe in den USA vom 11. September 2001 zurück. Da mehrere der Attentäter sich vor Begehung der Anschläge in Hamburg aufgehalten hatten, wurde seitens der Sicherheitsbehörden ein Bedürfnis für eine verbesserte Zusammenarbeit gesehen. Dadurch sollten – so die Vorstellung – terroristisch-

jihadistische Strukturen künftig zügiger erkannt werden, um rechtzeitig intervenieren zu können.

Um die Zusammenarbeit der Sicherheitsbehörden zu verstärken, wurden durch das BMI in Berlin-Treptow im Dezember 2004 das Gemeinsame Terrorismusabwehrzentrum (GTAZ) und im Januar 2007 das Gemeinsame Internetzentrum (GIZ) eingerichtet. Beide Zentren sollen zu einem „ganzheitlichen Bekämpfungsansatz“ beitragen. Die Zentren sollen die behördenübergreifende Zusammenarbeit durch neue, mehrsträngige Kommunikationswege stärken. Die ausgetauschten Informationen werden gebündelt und bewertet, um jeweils operative Maßnahmen der beteiligten Behörden im eigenen Zuständigkeitsbereich vorzubereiten. Durch die Kooperation einer Vielzahl von Innen- und Justizbehörden unter Einbeziehung der Ausländer-, Sozial- und Meldebehörden, insbesondere aber auch der Nachrichtendienste soll das Phänomen des jihadistischen Terrors in seiner ganzen Dimension erfasst werden, und es sollen terroristische Aktivitäten nebst den sie tragenden Organisationsstrukturen möglichst früh aufgedeckt werden können.

Bei den Zentren handelt es sich organisatorisch nicht um neue Behörden.

Das Mitglied Hirsch betont, dass es diese Bewertung auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht teilt. Eigene Feststellungen zu der Gründung der Zentren hat die Kommission nicht treffen können. Irgendwelche Unterlagen dazu sind ihr nicht vorgelegt worden. Offenbar sollte die Bildung der Zentren so intern und so inoffiziell bleiben wie irgend möglich. Tatsächlich waren die Zentren Organisationen, die unabhängig vom Wechsel der in ihnen tätigen Personen hoheitliche Aufgaben erfüllen sollten, die – nach der Vorstellung der Gründer der Zentren – jede einzelne der im Zentrum zusammenwirkenden Behörden allein nicht erfüllen konnte. Für das organisatorische oder das informationelle Trennungsgebot kommt es nicht nur darauf an, ob die Zentren Behörden im verwaltungsrechtlichen Sinn sind, sondern darauf, welche tatsächlichen Aufgaben von den „Zentren“ und den dort tätigen Mitarbeitern gemeinsam erfüllt werden sollten. Der Kern dieser Aufgabe war es, auf der Grundlage des Datenaustauschs eine gemeinsame Analyse, Bewertung und Planung zu entwickeln, also eine selbstständige Arbeit zu leisten.

4.2.1.1.1 Zur Entstehungsgeschichte des GTAZ

Zur Entstehungsgeschichte des GTAZ führt das Mitglied Kaller als Vertreter des BMI folgendes aus:

Der Aufbau des GTAZ wurde – als dreistufiges Grundkonzept – erstmals in einer BMI-internen Ministervorlage vom 14. Juni 2004 vorgeschlagen. Gebilligt wurde der Vorschlag, (1) ein polizeiliches Analysezentrum „Islamistischer Terrorismus“ beim BKA und (2) ein nachrichtendienstliches Analysezentrum „Islamistischer Terrorismus“ beim BfV aufzubauen und (3) beide Zentren in unmittelbarer räumlicher Nähe zueinander in Berlin-Treptow einzurichten, um einen intensiven Informationsaustausch, auch – falls erforderlich – ad hoc, zu ermöglichen. Vorgegangen war eine Ministerentscheidung, wichtige Arbeitseinheiten des BKA nach Berlin zu verlagern. Zur Begründung des dreistufigen Konzepts hieß es in der Vorlage:

„Die Erfahrungen mit den Informations- und Analyseboards zeigen eindrucksvoll, welcher Qualitätssprung sich in der Zusammenarbeit durch einen intensiven Informationsaustausch, begünstigt durch enge räumliche Nähe, erreichen lässt. Nach der hier vorgestellten Konzeption sollen die Analysezentren unter Beachtung des Trennungsgebots organisatorisch strikt voneinander getrennt bleiben. Arbeitstreffen der Mitarbeiter beider Zentren könnten auf diese Weise im engen zeitlichen Rhythmus, bei Bedarf ad hoc, durchgeführt werden, neue Lagen könnten in unmittelbarer zeitlicher Nähe zum Ereignis gemeinsam bewertet und analysiert werden. Das Trennungsgebot steht einer solchen Neuorganisation nicht im Wege.“

Nach Billigung dieses Vorschlages arbeiteten BKA und BfV ein Feinkonzept für das zu errichtende gemeinsame Zentrum aus, in denen im Wesentlichen die noch heute bestehenden Kooperationsformen der „Informations- und Analysezentren zum islamistischen Terrorismus“ vorgeschlagen wurden. Diese Konzeption wurde auf einer Behördentagung am 28. Oktober 2004, unter Beteiligung des Bundeskanzleramtes und des BND, verabschiedet. Sie wurde Anfang November 2004 vom Bundesminister des Innern gebilligt mit dem Ziel einer Arbeitsaufnahme der Zentren noch vor Jahresende 2004. Die Einbindung des damaligen BGS geschah im Wege BMI-interner Besprechungen; der MAD, des ZKA, und weitere Stellen wurden in das Zentrum im Wege von Ressortbesprechungen koordiniert.

Die Beteiligung der Länder wurde im Kaminesgespräch der IMK am 18. November 2004 in Lübeck angesprochen. Eine förmliche Befassung von Gremien der IMK erfolgte nicht. Mit der Klärung der Einzelfragen der Zusammenarbeit und der konkreten Tätigkeitsprofile der Verbindungsbeamten der Länder waren BKA und BfV beauftragt.

Zur Einrichtung des GTAZ war es also nach Auffassung der seinerzeit Beteiligten weder nötig, eine neue Behörde zu errichten, noch war es erforderlich, weitere rechtliche Grundlagen zu schaffen. Die Zusammenarbeit der beteiligten Behörden stützt sich auf die für die einzelnen Behörden jeweils geltenden Vorschriften, die die Erteilung von und das Ersuchen um Auskünfte regeln (Übermittlungsvorschriften). Die Zusammenarbeit erfolgt nach diesem Modell also im Wege des Informationsaustausches eigenständiger Behörden, das GTAZ schafft dabei die praktische Grundlage für diesen Informationsaustausch. Verbindliche Entscheidungen über operative Maßnahmen, insbesondere solche, die mit Eingriffen in Grundrechte Dritter verbunden sind, werden in den Arbeitsgruppen des GTAZ nicht getroffen, wohl aber werden operative Maßnahmen der beteiligten Behörden abgestimmt. Die Vertreter der einzelnen Behörden sollten durch die unmittelbare Anbindung an ihre Stammbehörde in die Lage versetzt werden, aktuelle Informationen unmittelbar einfließen zu lassen.

4.2.1.1.2 Organisation des GTAZ

Am GTAZ sind insgesamt 40 Behörden beteiligt, nämlich die jeweils 16 Verfassungsschutzbehörden der Länder und Landeskriminalämter, das Bundeskriminalamt, die Bundespolizei, das Zollkriminalamt, das Bundesamt für Verfassungsschutz, der Bundesnachrichtendienst, der Militärische Abschirmdienst, der Generalbundesanwalt und das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge.

Das GTAZ besteht aus zwei getrennten Auswertungs- und Analysezentren: der Nachrichtendienstlichen Informations- und Analysestelle (NIAS) und der Polizeilichen Informations- und Analysestelle (PIAS), in denen sich die Behörden von Bund und Ländern regelmäßig innerhalb ihres Verbundes (Verfassungsschutz und Polizei) getrennt austauschen.

Darüber hinaus kommen die Behörden von Polizei und Verfassungsschutz aus Bund und Ländern und andere beteiligte Behörden in verschiedenen Arbeitsgruppen zusammen.

Zentrales Gremium des Informationsaustauschs ist dabei die Arbeitsgruppe „Tägliche Lagebesprechung“, in der arbeitstäglich in etwa halbstündigen Besprechungen aktuelle Sachverhalte sowohl aus dem nationalen und dem internationalen Bereich erörtert werden, die bei den beteiligten Behörden angefallen sind.

Hieran nehmen sämtliche am GTAZ beteiligten Behörden teil.

Zusätzlich können anlassbezogen weitere Arbeitsgruppen mit unterschiedlichen Zielsetzungen und unterschiedlicher Besetzung eingerichtet werden.

Derzeit umfasst das GTAZ folgende neun Arbeitsgruppen (Stand 09.08.2013):

- Arbeitsgruppe „Tägliche Lagebesprechung“: Die Arbeitsgruppe dient dem arbeitstäglichen Zusammentreffen aller am GTAZ beteiligten Behörden, dem Austausch aktueller Lageerkenntnisse und ermöglicht das Erkennen von länder- bzw. behördenübergreifenden Sachzusammenhängen.
Rhythmus: arbeitstäglich
Dauer: bis zu 30 Minuten
Letzte Sitzung: 09.08.2013
- Arbeitsgruppe „Gefährdungsbewertung“: Die eingehenden Informationen und Erkenntnisse werden analysiert und bewertet. Die Ergebnisse sollen eine zuverlässige Evaluierung eines möglichen Handlungsbedarfs und der Gefährdungslage ermöglichen. Das Forum dient der Beschleunigung bei akuten Gefährdungssachverhalten. Bei zeitkritischen Sachverhalten wird die AG Gefährdungsbewertung zunehmend durch einen schriftlich erfolgenden Abstimmungsprozess ersetzt. Den jeweiligen Behörden wird hierbei ein Produkt (zum Beispiel die Lagefortschreibung der Gefährdungslage islamistischer Terrorismus) zur Abstimmung schriftlich zugesandt und nach erfolgreicher Abstimmung an den vorgesehenen Verteiler versandt.
Rhythmus: anlassbezogen bei Bedarf
Dauer: bis zu zwei Stunden
Letzte Sitzung: 30.08.2012
- Arbeitsgruppe „Operativer Informationsaustausch“: Hier findet ein strukturell fixierter Informationsaustausch mit dem Ziel einer schnellen und adäquaten Einsatzplanung statt.
Rhythmus: anlassabhängig (bei Bedarf)
Dauer: bis zu zwei Stunden
Letzte Sitzung: 08.08.2013
- Arbeitsgruppe „Fallauswertung“: Ziel ist die gemeinsame inhaltliche Klärung und Abstimmung einzelfallübergreifender Fragestellungen des islamistischen Terrorismus zwischen BKA, BND und BfV mit anlassbezogener Einbindung entsprechender Landeskriminalämter und Landesämter für Verfassungsschutz bei besonderen Berührungspunkten zu jeweiligen Bundesländern. Bei der

Fallauswertung werden Teilaspekte terroristischer Aktivitäten, einschließlich der sekundären Straftaten, wie beispielsweise illegale Ausweispapierbeschaffung und -fälschung oder die Beschaffung von Waffen und Sprengmitteln, bewertet. Dies dient unter anderem der Erarbeitung entsprechender Maßnahmen und Präventionsansätze.

Rhythmus: ca. drei- bis viermal im Jahr

Dauer: anlassabhängig, meist mehrere Stunden (ca. drei bis fünf)

Letzte Sitzung: 28.05.2013

- Arbeitsgruppe „Strukturanalysen“: Diese Arbeitsgruppe beschäftigt sich mit der gemeinsamen und zentralisierten Strukturanalyse zur Erkennung und Einordnung langfristiger Aspekte der Arbeitsweise und Methoden international operierender Terrorgruppierungen und -verdächtiger.

Rhythmus: anlassbezogen, keine feste Vereinbarung

Dauer: ca. drei bis vier Stunden

Letzte Sitzung: 06.08.2013

- Arbeitsgruppe „Islamistisch-terroristisches Personenpotenzial“: Diese Arbeitsgruppe befasst sich mit der Aufklärung des islamistisch-terroristischen Personenpotenzials einschließlich relevanter Personengruppen und potentieller Rekrutierungs- und Unterstützungsstrukturen in Deutschland.

Rhythmus: anlassbezogen

Dauer: bis zu drei Stunden

Letzte Sitzung: 31. Mai 2012

- Arbeitsgruppe „Statusrechtliche Begleitmaßnahmen“: Hier erfolgen Datenabgleich und Analyse der ausländerrechtlichen Melderegister zum frühzeitigen Erkennen rechtlich möglicher Präventionsmaßnahmen im Bereich des Ausländer- und Asylrechts.

Rhythmus: etwa alle 8 Wochen

Dauer: ca. zwei Stunden

Letzte Sitzung: 08.08.2013

- Arbeitsgruppe „Deradikalisierung“: Dieses Gremium tauscht Erfahrungen und Informationen über geeignete sicherheitspolitische Maßnahmen und Handlungsansätze zur Bekämpfung von Radikalisierungen im islamistischen Milieu aus.

Rhythmus: anlassbezogen

Dauer: bis zu einem Tag

Letzte Sitzung: 05.02.2013 (Lenkungsgruppe), Plenum: 19.04.2012

- Arbeitsgruppe „Transnationale Aspekte des islamistischen Terrorismus“: Im Rahmen dieser Arbeitsgruppe sollen vom Ausland ausgehende Einflussfaktoren und Entwicklungen des internationalen islamischen Terrorismus – soweit sie deutsche Interessen berühren – aufgeklärt und bewertet werden.

Rhythmus: ca. vierteljährlich

Dauer: bis zu drei Stunden

Letzte Sitzung: 20.06.2013

4.2.1.1.2 Errichtung des Gemeinsamen Abwehrzentrums Rechtsextremismus (GAR) und des Gemeinsamen Extremismus- und Terrorismusabwehrzentrums (GETZ)

Aus den Ermittlungsergebnissen in Sachen „Nationalsozialistischer Untergrund“ (NSU) wurde gefolgert, dass auch in anderen Phänomenbereichen der politisch motivierten Kriminalität derart intensive Radikalisierungsprozesse stattfinden können, dass sie bis hin zur Verübung schwerster Straftaten eskalieren und den Sicherheitsbehörden – möglicherweise mangels hinreichenden Informationsaustauschs und hinreichender Kooperation – verborgen bleiben können.

Vor diesem Hintergrund wurde das Modell des GTAZ zunächst mit dem Gemeinsamen Abwehrzentrum Rechtsextremismus (GAR) im Dezember 2011 auf den Rechtsextremismus/-terrorismus übertragen. Mit Errichtung des Gemeinsamen Extremismus- und Terrorismuszentrums (GETZ) im November 2012 wurde das GAR um die Phänomenbereiche Linksextremismus/-terrorismus, Ausländerextremismus/-terrorismus und Spionage/Proliferation (soweit ein nachrichtendienstlicher Bezug vorhanden ist) erweitert.

Nach dem Vorbild des GTAZ soll damit den Sicherheitsbehörden von Bund und Ländern mit dem GAR/GETZ eine gemeinsame Informations- und Kommunikationsplattform für alle relevanten Phänomene des Extremismus/Terrorismus zur Verfügung stehen. Auch hier soll ein verbesserter Informationsfluss auf der Basis der bestehenden Rechtsgrundlagen und die Bündelung von Fachexpertise innerhalb der föderalen Sicherheitsarchitektur gewährleistet werden. Die Arbeitsweise ist – unter Berücksichtigung phänomenspezifischer Besonderheiten – an die des GTAZ angelehnt. Auch hier wurde zusätzlich eine Koordinierte Internetauswertung (KIA) implementiert.

4.2.1.2 Analyse und Bewertung

Die Arbeit im GTAZ wird von keinem der Kommissionsmitglieder grundsätzlich infrage gestellt. Die Mitglieder Harms, Kaller und Wolff begrüßen die Arbeit des GTAZ ausdrücklich. Streitig gesehen werden vor allem die Fragen, ob die spezielle Arbeitsweise in den Abwehrzentren die Schaffung einer eigenständigen Rechtsgrundlage erfordert und inwieweit es einer besonderen institutionalisierten Kontrolle bedarf.

4.2.1.2.1 Die Position der Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff

Nach Einschätzung der Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff bildet das GTAZ eine nachvollziehbare Reaktion auf die Ereignisse vom 11. September 2001. Das GTAZ und die später gegründeten Zentren GAR/GETZ ermöglichen eine intensivere Zusammenarbeit innerhalb der durch den föderalen Aufbau und das Trennungsgebot begründeten Behördenstruktur in Deutschland. In der Intensivierung liegt zugleich eine Herausforderung für diese rechtsstaatlichen Grundsätze, insbesondere das Trennungsgebot. Es liegt daher nahe, die Konzeption der Gemeinsamen Zentren so zu fassen, dass einerseits die mit ihnen verfolgten Ziele uneingeschränkt erreicht werden können, andererseits die von der Verfassung gewollte institutionelle Gliederung der Sicherheitsbehörden nicht formell oder materiell unterlaufen wird. Aus diesem Grund besteht Reformbedarf in zwei Punkten: Zum einen hat nach ihrer Auffassung die Zusammenarbeit in den gemeinsamen Zentren mittlerweile eine Verfestigung, ein Ausmaß und eine Bedeutung erlangt, die eine eigenständige gesetzliche Grundlage erfordern. Weiter bedarf die deutliche Intensivierung des behörden- und länderübergreifenden Informationsaustausches einer korrespondierenden Verbesserung der behördenübergreifenden Kontrolle. Aus diesen Forderungen für die Zukunft kann nicht gefolgert werden, dass diese Mitglieder der Auffassung sind, die Einrichtung selbst oder die Tätigkeit in der Vergangenheit sei rechtswidrig gewesen.

4.2.1.2.1.1 Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage

Die gemeinsamen Zentren beruhen alle auf schwer nachvollziehbaren behördeninternen Akten und nicht auf gesetzlichen Normierungen. Der Informationsaustausch, der innerhalb der gemeinsamen Aktivitäten stattfindet, wird gestützt auf die Informationsweitergabenormen, die für die einzelnen Behörden bestehen. Diese Rechtsgrundlagen wurden zu einer Zeit konzipiert, in der an eine so intensive Zusammenarbeit wie die, die in den Zentren stattfindet, noch nicht gedacht wurde. Es stellt

sich daher die Frage, ob diese bestehenden Rechtsnormen eine so verdichtete Zusammenarbeit tragen oder nicht. Nach der Auffassung der Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff sind für die Zentren gesetzliche Grundlagen erforderlich, wobei sich ihre Vorstellungen über den Inhalt der gesetzlichen Regelung teilweise unterscheiden. Das Erfordernis einer generellen gesetzlichen Grundlage begründet sich dabei wie folgt:

4.2.1.2.1.1 Tragfähigkeit der bestehenden Übermittlungsvorschriften

Zunächst bestehen schon grundsätzliche Zweifel, ob die bestehenden Übermittlungsvorschriften das in den Zentren praktizierte Verfahren des Informationsaustauschs hinreichend abdecken können: Sämtliche in Frage kommenden Übermittlungsvorschriften bilden, soweit ersichtlich, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dahingehend ab, dass personenbezogene Daten nur übermittelt werden dürfen, wenn dies zur Aufgabenerfüllung entweder des Übermittelnden oder des Empfängers „erforderlich“ ist; nach § 19 Abs. 1 BVerfSchG muss der Empfänger die Daten für bestimmte Zwecke „benötigen“. Selbst wenn man unterstellt, dass die Frage der Erforderlichkeit für den Empfänger vor der – ggf. auch mündlichen – Weitergabe sorgfältig geprüft wird und u. U. sogar die anwesenden Behördenvertreter unter diesem Aspekt „gesiebt“ werden (so die Auskunft während des GTAZ-Besuchs), ist zweifelhaft, ob sich die Erforderlichkeitsvoraussetzung für Fallgestaltungen eignet, in denen die bei einer Behörde vorhandenen Informationen offen gelegt werden, mit dem Ziel, den anderen Behörden zu ermöglichen, sich die Daten „herauszugreifen“, die sie für ihre Aufgabenermittlung benötigen. Verneint man das oder verbleiben jedenfalls erhebliche Zweifel, bedeutet das noch nicht zwingend, dass ein derartiger Austausch von vornherein (verfassungsrechtlich) unzulässig ist; es bedeutet aber, dass hierfür zwingend eine hinreichend bestimmte bereichsspezifische Regelung zu schaffen wäre.

Dass die fachrechtlichen Übermittlungsvorschriften auf die Tätigkeit der Zentren nur begrenzt passen, lässt sich insbesondere auch am Beispiel des § 19 Abs. 1 BVerfSchG (der nach Auskunft während des GTAZ-Besuchs die wesentliche Grundlage für Übermittlungen des BfV gerade auch im Rahmen des Informationsaustauschs im GTAZ darstellt) illustrieren. Die Wortwahl „benötigt“ macht deutlich, dass die Übermittlungsbefugnis nach dieser Vorschrift, soweit es um eine Datenübermittlung zur Erfüllung der Aufgaben der Empfängerbehörde geht, zumindest primär auf Übermittlungen auf Ersuchen der Empfangsbehörde zugeschnitten ist. Als Grundlage einer fortdauernden Übermittlungspraxis auf eigene Initiative des BfV ist die Norm daher allenfalls begrenzt geeignet, da das Amt nicht durchweg

zuverlässig beurteilen kann – sondern dieses häufig im Rahmen der Arbeit des GTAZ gerade erst festgestellt werden soll –, welche Daten die Empfangsbehörde „benötigt“. Demgegenüber ist die auf Spontanübermittlungen zur Erfüllung der Aufgaben der Empfangsbehörde zugeschnittene Befugnisregelung des § 20 BVerfSchG deutlich zu restriktiv zugeschnitten, um, soweit es um die Übermittlung strafrechtlich relevanter Informationen geht, eine Beteiligung des BfV an den Zentren in nennenswertem Umfang zu ermöglichen.

Schließlich ist, wie beim Besuch der Regierungskommission im GTAZ deutlich wurde, davon auszugehen, dass sich die Arbeit in den Gemeinsamen Zentren nicht auf Informationsweitergabe beschränkt; vielmehr wird in institutionalisierten Arbeitsgruppen gemeinsame Analyse- und Auswertearbeit betrieben. Im Rahmen der Zusammenarbeit in den Zentren finden teilweise Datenverarbeitungen statt, die sich weder als bloße Übermittlung noch als Weiterverarbeitung allein durch die Empfangsbehörde abbilden lassen. Wenn etwa Fälle unter Nutzung personenbezogener Daten ausgewertet werden, Personenpotenziale durch Vergleich und Diskussion bewertet oder Lagebilder auch mit Bezug auf bestimmte Personen erstellt werden, so bündeln die jeweils beteiligten Behörden ihre analytischen Fähigkeiten, um aus den genutzten Daten Informationen zu erzeugen, über die keine der Behörden vor der Analyse verfügt hat. Eine derartige Zusammenarbeit erzeugt also aus den bei den verschiedenen Behörden vorhandenen Datenbeständen durch geeignete gemeinsame Weiterverarbeitung neue Daten. Ob die Übermittlungsregelungen in den Sicherheitsgesetzen derartige gemeinsame Datenverarbeitungen tragen, ist fraglich. So sieht auch ansonsten das geltende Recht solche Datenverarbeitungen nur in engen Grenzen vor. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist es darum angezeigt, spezialgesetzliche Befugnisgrundlagen für die Arbeit der Zentren zu schaffen.

4.2.1.2.1.1.2 Verdichteter Informationsfluss

Die Zentren schaffen im Vergleich zu der Situation, für die die Informationsweitergabenormen entstanden sind, eine erhöhte Gefahr der schnelleren und unkontrollierten Informationsweitergabe. Der Sinn dieser Zentren besteht gerade darin, durch räumliche Nähe und verstetigte Kooperation den Informationsfluss zu erleichtern und die Formalität zu begrenzen. Das Gefährdungspotenzial darf dabei auch nicht überschätzt werden. Der Informationsaustausch wird in der Regel mündlich erfolgen. Die Mündlichkeit setzt dem Informationsaustausch schon kapazitive Grenzen. Diese Entschärfung über das Prinzip der Mündlichkeit nimmt dem Vorgang insgesamt aber nicht seine rechtliche

Rechtfertigungsbedürftigkeit. Die Gefahr der Verletzung des Gebots der Einhaltung der konkreten Rechtsgrundlagen für die Übermittlung personenbezogener Daten wird durch die Einrichtung der Zentren von den beteiligten Behörden strukturell erhöht, weil mit den Vorteilen, die man mit den Zentren verfolgt, zugleich die Gefahr begründet wird, dass der Datenfluss nicht mehr im Einzelfall anhand der konkreten Normen rechtlich geprüft wird. Nach der sogenannten Wesentlichkeitstheorie bedürfen alle wesentlichen Entscheidungen einer gesetzlichen Grundlage. Ob eine Maßnahme wesentlich ist, richtet sich nach dem Demokratie- und dem Rechtsstaatsprinzip. Durch die institutionelle Verdichtung des Informationsaustauschs innerhalb der Zentren geraten die Grundsätze des Trennungsggebots so sehr unter Druck, dass die Forderung nach einer ausdrücklichen parlamentarischen Billigung zumindest nahe liegt.

4.2.1.2.1.2 Ergänzende Kontrollmechanismen

Nach Auffassung Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff sollte die gesetzliche Grundlage darüber hinaus auch spezifische Kontrollmechanismen für die Einhaltung der Informationsweitergabenormen vorsehen. Wie dargelegt unterliegen alle beteiligten Behörden ihren jeweiligen parlamentarischen und inneradministrativen Kontrollen. Die bestehenden Kontrollen können nach Ansicht der genannten vier Mitglieder allerdings ein strukturelles Problem nicht bewältigen. Keine der Kontrollstellen ist in der Lage, das Spezifische der Zusammenarbeit vollständig zu erfassen. Bei der Zusammenarbeit reichen die jeweiligen Kontrollen immer nur parallel zu dem Handeln der jeweiligen Behörden. Es existiert keine spezifische innerbehördliche Kontrolle, die in der Lage ist, gerade den systematisch angelegten behördenüberschreitenden Verkehr auf seine Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen. Die Informationen fließen über die Grenzen der unterschiedlichen Behörden bzw. über die Grenzen von Bund und Land bzw. zwischen Land und Land, die Kontrolle endet aber mit der Reichweite der jeweiligen geographischen und behördlichen Zuständigkeit. Es ist daher daran zu denken, eine übergreifende Institution zu schaffen, die gerade die Überschneidungsbereiche der Nachrichtendienste bzw. die Schnittstellen sowohl hinsichtlich der Effizienz als auch hinsichtlich der Rechtmäßigkeitskontrolle überprüft. Die inneradministrative Sicherung liegt deswegen nahe, da gerade das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in besonderer Weise verfahrens- und organisationsrechtliche Vorkehrungen verlangt, die die Verletzung des Grundrechts möglichst von vornherein verhindern. Weiter kann wegen der weitgehenden Mündlichkeit und des informellen Charakters der gemeinsamen Abwehrzentren nur eine interne Kontrollinstanz die Kontrolle der Informationsweitergabenormen leisten. Die Gründe, die für die Schaffung einer solchen

Institution sprechen, begründen dabei zugleich besondere Schwierigkeiten bei ihrer Ausgestaltung. Diese Schwierigkeiten ergeben sich daraus, dass für den Schnittstellenbereich die Kompetenzen des Bundes und der Länder jeweils eingeschränkt sind. Die Kontrollformen müssen aber ihrerseits die bundesstaatlichen Kompetenzgrenzen beachten. Die Forderung nach einer spezifischen Kontrollinstanz folgt nicht etwa aus einem konkret festgestellten Fehlverhalten. Es ist vielmehr eine rechtsstaatliche Forderung, dass jede Behörde einer inneradministrativen und justiziellen Kontrolle unterliegt, die um so intensiver sein muss, wenn mit der Tätigkeit der Behörde Grundrechtseingriffe verbunden sein können, die ohne Kenntnis des Betroffenen und ohne umfassende Dokumentation erfolgen. Es lassen sich verschiedene Sicherungsformen denken. Schon allein ein spezieller Datenschutzbeauftragter für den Informationsaustausch im Zentrum würde genügen, insbesondere dann, wenn er selbst keine administrativen Interessen verfolgt. Aber auch gemeinsame eingesetzte Beauftragte dürften, beschränkt auf die Tätigkeit der Zentren bundesstaatlich zulässig sein.

4.2.1.2.1.3 Reichweite der gesetzlichen Grundlage

Unter den Mitgliedern Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff besteht keine vollständige Übereinstimmung, wie dicht die gewünschte gesetzliche Grundlage für die informationelle Tätigkeit in den Zentren sein sollte. Einigkeit besteht darin, dass eine gesetzliche Grundlage zumindest dann getroffen werden sollte, wenn die Abwehrzentren sicherheitsbereichsübergreifend (Ermittlungsbehörden, Polizei, Nachrichtendienste) und/oder bund- und länderübergreifend arbeiten sollen. Weiter muss sich eine behördenübergreifende Analysetätigkeit auf Bereiche beschränken, von denen schwerste Gefährdungen für Leib, Leben oder Freiheit von Menschen oder herausragend bedeutsame, existenzsichernde Einrichtungen ausgehen. Eine pauschale Ausdehnung auf alle Bereiche des politischen Extremismus kommt von Verfassungs wegen nicht in Betracht.

Nach Auffassung des Mitglieds Wolff soll die gesetzliche Regelung nicht die Aufgabe haben, die gegenwärtige Konstruktion der Abwehrzentren zu verändern. Sie soll nur die sich aus der Wesentlichkeitstheorie ergebende Folgerung, dass der Gesetzgeber die Existenz dieser Zentren absichert, erfüllen. Die gesetzliche Grundlage hat nicht die Aufgabe, eine zusätzliche Regelung zum Informationsaustausch zu schaffen, vielmehr kann insoweit auf die bestehenden Normen zurückgegriffen werden, die durch die neue Regelung ergänzt werden. Die neue Grundlage soll nur die durch die Institutionalisierung geschaffene erhöhte Gefährdung der Verletzung der Vorschriften und die Intensivierung der Zusammenarbeit der

betroffenen Behörden, die durch die räumliche und zeitliche Nähe kreiert wird, durch eine Entscheidung des Gesetzgebers absichern. Die gesetzliche Grundlage sollte sich daher nur mit folgenden Fragen beschäftigen:

- die Festlegung eines Abwehrzentrums für einen bestimmten Aufgabenbereich,
- die beteiligten Behörden,
- die zeitliche Dauer des Abwehrzentrums,
- die zentrenspezifische Kontrolle.

Die Mitglieder Bäcker, Giesler und Hirsch empfehlen – insoweit über die Forderungen des Mitglieds Wolff hinausgehend – in der gesetzlichen Regelung den Informationsfluss und die Informationsverarbeitung in den Zentren besonders zu regeln. Die fachrechtlichen Datenübermittlungs- und Daten(weiter)verarbeitungsvorschriften reichen nicht aus, um komplexe oder regelmäßig angefertigte gemeinsame Gefährdungsanalysen zu tragen, an denen mehrere Behörden beteiligt sind. Hierfür bedarf es vielmehr einer spezifischen und eng zu begrenzenden Rechtsgrundlage. Inhaltliche Grenzen einer solchen behördenübergreifenden Analysetätigkeit ergeben sich vor allem dann, wenn hieran sowohl Polizei- als auch Verfassungsschutzbehörden beteiligt sind, aus dem von dem Bundesverfassungsgericht herausgearbeiteten informationellen Trennungsprinzip.

Diese weitergehende Ansicht ergibt sich nach Auffassung der Mitglieder Bäcker, Giesler und Hirsch auch aus dem Urteil²³⁶ des BVerfG zum Antiterrorsteuergesetz vom 24. April 2013. Das BVerfG hat darin – bei grundsätzlicher Betonung eines „informationellen Trennungsprinzips“ – die engen verfassungsrechtlichen Grenzen an die Zusammenführung von Daten von Polizei und Nachrichtendiensten im Hinblick auf deren deutlich voneinander unterschiedenen Aufgaben betont und daraus gesteigerte verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung entsprechender gesetzlicher Übermittlungsregelungen hergeleitet. Der Austausch von Daten zwischen Nachrichtendiensten und Polizeibehörden für ein mögliches operatives Tätigwerden muss danach „grundsätzlich einem herausragenden öffentlichen Interesse dienen, das den Zugriff auf Informationen unter den erleichterten Bedingungen, wie sie den Nachrichtendiensten zu Gebot stehen, rechtfertigt.“ Dies müsse durch „hinreichend konkrete und qualifizierte Eingriffsschwellen auf der

²³⁶ 1 BvR 1215/07 = NJW 2013, 1499.

Grundlage normenklarer gesetzlicher Regelungen gesichert sein; auch die Eingriffsschwellen für die Erlangung der Daten dürfen hierbei nicht unterlaufen werden“.²³⁷ Die Beachtlichkeit des Urteils für die hier aufgeworfenen Fragen ergibt sich im Übrigen auch daraus, dass, wie bei der Anti-Terror-Datei, mit den Gemeinsamen Zentren gezielt Strukturen geschaffen worden sind, die den Informationsfluss zwischen den Behörden im Hinblick auf die Entscheidung über operative Maßnahmen erleichtern sollen.

Unabhängig von der unten noch zu erörternden Frage, ob nicht die bestehenden Übermittlungsvorschriften im Lichte dieses Urteils insgesamt einer systematischen Überarbeitung bedürfen, ist jedenfalls nach der Ansicht der Mitglieder Bäcker, Giesler und Hirsch davon auszugehen, dass auch unter Zugrundelegung dieser verfassungsrechtlichen Anforderungen den Besonderheiten des Informationsaustauschs in den Zentren durch eine bereichsspezifische Regelung Rechnung getragen werden muss, die nicht nur den Informationsaustausch als solchen normenklar regelt und begrenzt, sondern z. B. auch die Nutzung und weitere Verwendung der Daten im Hinblick auf die besondere Form der Weitergabe bereichsspezifisch bestimmt. Dies gilt umso mehr, als auch hier – ähnlich wie bei der Antiterrordatei – der gegenseitige fachrechtliche Austausch gerade erleichtert werden soll und damit auch die bestehenden Einzelübermittlungsvorschriften materiell ein verändertes Gewicht bekommen.²³⁸ Schließlich bekommt in diesem Zusammenhang der genannte Aspekt einer durch die Besonderheiten des Informationsaustauschs bedingten „erhöhten Gefahr einer Missachtung der Informationsweitergabenormen“ besonderes Gewicht. Geht man nämlich davon aus, dass eine effektive Kontrolle jedenfalls bei einem mündlichen Informationsaustausch nur begrenzt möglich sein dürfte, kann dies – wenn überhaupt – nur dadurch kompensiert werden, dass jedenfalls die Austauschregeln so normenklar und bestimmt wie möglich anweisen, was unter welchen Voraussetzungen weitergegeben werden darf und was nicht.

Schließlich erscheint gerade auch im Lichte der ATDG-Entscheidung²³⁹ die allgemeine Übermittlungsregelung des § 19 Abs. 1 BVerfSchG angesichts ihrer diffusen Tatbestandsvoraussetzungen als eine höchst problematische Vorschrift. Datenempfänger

²³⁷ 1 BvR 1215/07, Rn. 123 = NJW 2013, 1499 (1505).

²³⁸ 1 BvR 1215/07, Rn. 127 = NJW 2013, 1499 (1505).

²³⁹ S. u. S. 200.

können im Prinzip sämtliche „inländische öffentliche Stellen“ (also nicht nur „Behörden“) sein, sofern sie die Daten zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder sonst für Zwecke der öffentlichen Sicherheit „benötigen“. Schon die erste Alternative ist praktisch kaum eingrenzbar. „Stellen“, auf welcher staatlichen Ebene auch immer, deren primäre Aufgabe der Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ist, gibt es – außer dem Verfassungsschutz (vgl. § 1 Abs. 1 BVerfSchG) selbst – nicht. Wann aber eine „Stelle“, gewissermaßen sekundär, „auch“ Daten zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung „benötigen“ kann, bleibt völlig unklar. Nicht besser steht es mit dem Begriff der „öffentlichen Sicherheit“. Die Begründung des Gesetzentwurfs²⁴⁰ verweist insoweit auf den polizeirechtlichen Begriff der öffentlichen Sicherheit im Sinne eines umfassenden Rechtsgüterschutzes. Dies ist Aufgabe der Polizei, was aber offenbar angesichts der Verwendung des allgemeinen Begriffs „öffentliche Stellen“ nicht gemeint ist. Damit aber wird die Verwendung auch dieses Begriffs völlig konturlos und in seiner potentiellen Weite praktisch nicht mehr eingrenzbar. Dies wirft bereits die Frage auf, ob § 19 Abs. 1 BVerfSchG schon in seinem ursprünglich gemeinten Sinne als Einzelübermittlungsvorschrift verfassungsrechtlich haltbar ist. Jedenfalls dürfte die Vorschrift aber im Hinblick auf die oben angesprochenen Besonderheiten des Informationsaustauschs in den Zentren den hohen verfassungsrechtlichen Ansprüchen an Klarheit, Bestimmtheit und Eingrenzbarkeit für den Datenaustausch zwischen Polizei und Diensten in keiner Weise gerecht werden. Auch unter diesem Aspekt ist es dringend erforderlich, eigenständige und normenklare Übermittlungsregelungen zu schaffen, die auf die speziellen Zielsetzungen des Informationsaustauschs in den Zentren zugeschnitten sind.

Erforderlich ist es daher nach Einschätzung dieser drei Mitglieder, auch bereichsspezifische Bestimmungen über den Informationsaustausch in den Zentren zu schaffen, die, den Anforderungen aus dem Urteil zum ATDG vom 24. April 2013 an die Normenklarheit und an die Bestimmung hinreichend konkreter und qualifizierter Eingriffsschwellen entsprechen. In diesem Zusammenhang müsste im Lichte des Urteils – neben einer präzisen Bestimmung der an dem Informationsaustausch teilnehmenden Behörden – ferner die Nutzung und weitere Verwendung der Daten im Hinblick auf die besondere Form der Weitergabe bereichsspezifisch geregelt werden. Schließlich empfehlen diese Mitglieder, Regelungen

²⁴⁰ Vgl. BT-Drs. 11/4306, S. 63 (zu § 14).

über die Protokollierung des Datenaustauschs zu schaffen, um auf diese Weise eine effektive Kontrolle der Zusammenarbeit zu ermöglichen.

4.2.1.2.2 Die Position der Mitglieder Harms und Kaller

4.2.1.2.2.1 Schaffung einer besonderen gesetzlichen Grundlage

Die Mitglieder Harms und Kaller teilen die Auffassung ihrer Kommissions-Kollegen nicht. Die Forderung nach Schaffung einer spezialgesetzlichen Rechtsgrundlage für die Gemeinsamen Zentren wird von ihnen nachdrücklich abgelehnt.

Die bereits oben aufgezeigten Probleme der historisch und verfassungsrechtlich gebotenen Aufgliederung der Sicherheitsarchitektur in Deutschland können nur durch einen sachgerechten Informationsaustausch ausgeglichen werden.

Die spezialgesetzlich geregelten Übermittlungsvorschriften stellen die Rechtsgrundlage für diesen Austausch personengebundener Daten zwischen den Sicherheitsbehörden dar. Diese Übermittlungsvorschriften sind jeweils für die einzelnen Sicherheitsbehörden in den diesbezüglichen Gesetzen enthalten, wie beispielsweise in §§ 17 bis 26 BVerfSchG. Sie regeln zum einen, unter welchen Voraussetzungen Behörden personengebundene Daten an eine Sicherheitsbehörde weiterleiten müssen (§ 18 BVerfSchG), und zum anderen, unter welchen Voraussetzungen personengebundene Daten von einer Sicherheitsbehörde erlangt werden können (§ 19 BVerfSchG) und in welchen Fällen personengebundene Daten von dieser übermittelt werden müssen (§§ 20, 21 BVerfSchG). Darüber hinaus sind in den Übermittlungsvorschriften auch die Übermittlungsverbote abschließend festgelegt.

Zum einen wird zugunsten einer eigenständigen gesetzlichen Regelung angeführt, dass die Zusammenarbeit im GTAZ zu einem intensivierten Informationsaustausch führe. Weiterhin gehe der kontinuierliche Informationsaustausch im GTAZ über den gesetzgeberischen Willen hinaus, welchen er durch die Übermittlungsvorschriften für die einzelnen Sicherheitsbehörden zum Ausdruck gebracht habe. Das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für das GTAZ könne auch dazu führen, dass in Form eines „Angebots“ der Übermittlung mitunter nicht erforderliche Daten zwischen den Sicherheitsbehörden ausgetauscht würden, indem zunächst zahlreiche Daten offen gelegt würden, die sich dann andere Behörden nach Erforderlichkeitskriterien „herausgreifen“. Zudem würde in institutionalisierten Arbeitsgruppen gemeinsame Analyse- und Auswertearbeit betrieben, die zu Datenverarbeitungen führe, die weder eine bloße Übermittlung noch eine Weiterverarbeitung allein durch die Empfangsbehörde darstellten.

Dem ist entschieden entgegenzutreten. Die Zusammenarbeit im GTAZ und GETZ und damit auch der Informationsaustausch zwischen den Sicherheitsbehörden ist – unabhängig von dem gewollten intensiveren Austausch von Erkenntnissen – durch die bestehenden Übermittlungsvorschriften abschließend geregelt. Der Umfang des Datenaustauschs, vor allem in Besprechungen, erreicht nicht dasjenige Ausmaß und diejenige Dichte, die anhand der Bezeichnung „Gemeinsame Zentren“ vermutet werden mag. Keinesfalls wird täglich, eventuell sogar rund um die Uhr, gemeinsame Arbeit mehrerer Behörden unter laufendem Austausch personenbezogener Daten geleistet. Vielmehr dauern die werktäglichen Lagebesprechungen teils nur einige Minuten an; ansonsten finden Jour-Fixe und Arbeitstreffen in unterschiedlichen Rhythmen, überwiegend höchstens einmal monatlich, statt. Es ist nicht ersichtlich, dass die Tatsache, dass der derart begrenzte Informationsaustausch regelmäßig und mündlich erfolgt, zwingend zu einer Regelungslücke in diesem Bereich führt. Mündliche Besprechungen auch zu personenbezogenen Daten zwischen Behörden sind von jeher, sogar bereits zur Zeit der Gründung der Bundesrepublik Deutschland, die Regel und an der Tagesordnung; die Annahme, dass der Gesetzgeber solche Besprechungen nicht in sein Vorstellungsbild aufgenommen habe, ist abwegig. Eine „besondere Form der Weitergabe“, die bisher unbekannt gewesen wäre, ist hier nicht erkennbar. Zudem wird darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber dadurch, dass er gemeinsame Projektdaten für gemeinsame Projekte zugelassen hat, auch davon ausgegangen ist, dass die Durchführung gemeinsamer Projekte grundsätzlich zulässig ist.

Auch nach geltendem Recht ist im Übrigen eine Abstimmung operativer Maßnahmen vor allem zwischen Polizei und Verfassungsschutz grundsätzlich geboten. Nach Auffassung der Bund-Länder-Kommission Rechtsterrorismus können durch nicht abgestimmtes Vorgehen die Maßnahmen der jeweils anderen Behörde gefährdet werden oder ins Leere laufen. Diese Abstimmung ist nach dieser zutreffenden Auffassung auch rechtlich geboten (Übermaßverbot: Gefahr doppelter Maßnahmen und damit Grundrechtseingriffe); auch die Staatsanwaltschaften sind dabei wegen ihrer Sachleitungsbefugnis einzubinden.²⁴¹ Für diese Abstimmung bieten die Gemeinsamen Zentren geeignete Möglichkeiten. Im GTAZ und GETZ bestehen hingegen entgegen anderer Vermutungen keine Gremien, denen Mitarbeiter

²⁴¹ Abschlussbericht der Bund-Länder-Kommission Rechtsterrorismus, Rn. 572.

verschiedener Behörden angehören, und die verbindliche Entscheidungen über ein operatives Vorgehen treffen dürften oder dies tatsächlich täten.

Es handelt sich bei den Gemeinsamen Zentren auch nicht um Zusammenarbeitsformen, die nur im Bund bzw. im Bund-Länder-Zusammenhang bestehen würden. So bestehen auch in einigen Ländern gemeinsame Informations- und Analyseeinrichtungen von Polizei und Verfassungsschutz.²⁴² Operationen von Polizeien und Verfassungsschutz werden in den Ländern grundsätzlich bei den „Koordinierungsstellen Spezialeinheiten“ angemeldet, die bei den Landeskriminalämtern eingerichtet sind.²⁴³

Wegen der bestehenden Übermittlungsvorschriften sind auch die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts aus der Entscheidung²⁴⁴ zum ATD-Gesetz eingehalten.

Dabei sieht das geltende Recht keinesfalls vor, dass jede personenbezogene Information zwischen Behörden, insbesondere zwischen Polizeien und Staatsanwaltschaften ausgetauscht werden darf. Es genügt nach geltendem Recht auch nicht, dass die Information bloß in irgendwelcher Weise oder in abstrakter Hinsicht nützlich für den Empfänger sein könnte.²⁴⁵

Es stellt sich zudem die Frage, welchen Inhalt im Sinne eines Mehrwertes eine gesetzliche Grundlage für das GTAZ haben sollte – vor allem, wenn der materielle Gehalt der bestehenden Übermittlungsvorschriften nicht berührt wird. Eine datenschutzrechtliche Sonderregelung für die Zentren würde nur dann Sinn ergeben, wenn sie von den bestehenden Übermittlungsvorschriften materielle Abweichungen vorsehen würde. Die Argumentation der Mitglieder Bäcker, Giesler und Hirsch zielt dabei auf eine „eng zu begrenzende“ Rechtsgrundlage ab. Gerade hierdurch würden letztendlich allgemein beklagte Abschottungstendenzen der Sicherheitsbehörden untereinander unterstützt werden. Es kann hinsichtlich der überwiegend sporadisch tagenden Arbeitsgruppen keinen Unterschied machen, ob einmonatliche gemeinsame Besprechungen unter Inkaufnahme von Dienstreisen am Sitz einer der Behörden stattfinden – wofür unbestritten die allgemeinen

²⁴² Abschlussbericht der Bund-Länder-Kommission Rechtsterrorismus, Rn. 570.

²⁴³ Abschlussbericht der Bund-Länder-Kommission Rechtsterrorismus, Rn. 574.

²⁴⁴ Urteil vom 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 – = NJW 2013, 1499.

²⁴⁵ Vgl. Abschlussbericht der Bund-Länder-Kommission Rechtsterrorismus, Rn. 527.

Übermittlungsvorschriften heranzuziehen sind – oder ob die Behörden an einem Ort konzentriert sind, damit der gewünschte Austausch in räumlicher Nähe zu den Arbeitsplätzen der Teilnehmer stattfinden kann.

Die Zentren sind unbefristet einzurichten. Die Zusammenarbeit in den Zentren ist nicht projektbezogen, sondern bezieht sich auf die laufende Arbeit der Behörden. Die Einrichtung der Zentren gleicht Defizite aus, die – wie dargelegt – aus strukturellen, nicht auf nur temporär vorhandenen Ursachen beruhen. Die bereits beschriebenen strukturellen Defizite würden durch eine unnötige Regulierung und zusätzlichen Bürokratisierung der bestehenden Vorschriften zum Informationsaustausch verstärkt, die Arbeit im operativen Bereich erschwert und verlangsamt. Einem derartigen Rückschritt stehen insbesondere die Erkenntnisse aus dem Komplex „NSU“ entgegen.

4.2.1.2.2.2 Kontrolle der Abwehrzentren

Nach Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller ist auch die Kontrolle des GTAZ umfassend und damit ausreichend ausgestaltet.

Die Kontrolle der Tätigkeit der Abwehrzentren beruht auf der Kontrolle der beteiligten Behörden, da die Zentren keine eigenständigen Behörden mit einer einzelnen, ihnen jeweils zugewiesenen Fachaufsichtsbehörde darstellen. Hierdurch vervielfacht sich letztendlich auch die Kontrolldichte ihrer Tätigkeiten. Die Teilnahme einer der 40 beteiligten Behörden an – theoretischen – unerlaubten Informationsübermittlungen kann – ebenfalls theoretisch – von jeder der für diese Behörden zuständigen Aufsichts- und Kontrollstellen gerügt und unterbunden werden.

Konkret unterliegen die Abwehrzentren damit hinsichtlich der Vorgänge, an denen die jeweiligen Geschäftsbereichsbehörden bzw. Behörden innerhalb der Kontrollzuständigkeit beteiligt sind,

- der Fachaufsicht des Bundeskanzleramts (BND), des Bundesministeriums des Innern (BKA, BfV, Bundespolizei, BAMF), des Bundesministeriums der Justiz (GBA) und des Bundesministeriums der Finanzen (ZKA),
- der Fachaufsicht von 16 obersten Landesinnenbehörden (Landeskriminalämter, Landesbehörden für Verfassungsschutz),
- der Datenschutzaufsicht der behördlichen Datenschutzbeauftragten der beteiligten Behörden,

- der Kontrolle des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit,
- der Kontrolle der Landesdatenschutzbeauftragten,
- der Kontrolle des Bundesrechnungshofes,
- der Kontrolle durch die Rechnungshöfe der Länder,
- der Kontrolle des Vertrauensgremiums des Deutschen Bundestages,
- der Kontrolle des Parlamentarischen Kontrollgremiums,
- der Kontrolle des Innenausschusses des Deutschen Bundestages,
- der Kontrolle der entsprechenden Gremien der Volksvertretungen der Länder, sowie
- auf Grund der Rechtsweggarantie des Artikels 19 Absatz 4 GG auch der Kontrolle im Wege des Rechtsschutzes durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Lässt man die Gerichtsbarkeit außer Betracht, unterliegt die Tätigkeit in den Zentren damit der Aufsicht von insgesamt nicht weniger als 125 Aufsichtsstellen, mit ihren jeweiligen Prüfkompetenzen und -schwerpunkten.

Entgegen der Auffassung der Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff reichen die Kontrollen dieser vorhandenen Kontrollinstanzen nicht nur „parallel zu dem Handeln der jeweiligen Behörden“. Auch die Überschneidungsbereiche zwischen den Behörden sind von den bereits vorhandenen Kontrollen umfasst. Gerade die Prüfung, ob eine Information den Bereich einer der beteiligten Behörden in Richtung einer anderen beteiligten Behörde verlassen bzw. von der empfangenden Behörde erhoben werden darf, unterliegt der innerbehördlichen und der externen Datenschutzkontrolle sowohl der übermittelnden als auch der empfangenden Behörde. Diese Prüfung der zu übermittelnden und der entgegenzunehmenden Informationen nehmen alle 40 beteiligten Behörden stets vor.

Das gegenwärtig bestehende, differenzierte und umfassende System garantiert nach Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller eine hohe Qualität der Datenschutzkontrolle. Für jede Behörde gelten andere Übermittlungsvorschriften. Die Kontrolle der Datenübermittlungen insbesondere durch die jeweils zuständigen Datenschutzbeauftragten garantiere, dass deren Expertise hinsichtlich der konkreten Übermittlungsregeln optimal genutzt werde und eine höchstmögliche Qualität der Beratung und Kontrolle der Mitarbeiter im GTAZ und im GETZ erfolgen könne.

Insbesondere wird vom Mitglied Harms die teils geforderte gesetzliche Einrichtung einer zusätzlich zu den bestehenden 125 Kontrollinstanzen aufzubauenden 126. Kontrollstelle nicht für notwendig gehalten. Wenn nicht alle dieser Kontrollinstanzen ihre Kontrollbefugnisse ausüben, wäre zunächst die Ausschöpfung der vorhandenen Kontrollbefugnisse gegenüber der Einrichtung einer neuen Kontrollstelle zu bevorzugen. Hierzu könnte auch eine aufgabenbezogene Verbesserung der Vernetzung dieser Kontrollinstanzen, etwa der Parlamentarischen Kontrollgremien, vorgenommen werden. In diesem Zusammenhang weist das Mitglied Harms darauf hin, dass sowohl der Bundesrechnungshof als auch der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit bei ihren intensiven Prüfungen des GTAZ keine Beanstandungen hatten, die nicht kurzfristig durch die Behörden beseitigt werden konnten.

Ein verfassungsrechtliches Hindernis bei der Errichtung einer gesonderten Kontrollstelle für die gemeinsamen Abwehrzentren, oder für jedes Abwehrzentrum, besteht nach Auffassung des Mitgliedes Harms darin, dass an den Zentren überwiegend Länderbehörden beteiligt sind. Wenn ein einheitlicher Datenschutzbeauftragter für die Zentren oder das jeweilige Zentrum nun die Rechtmäßigkeit der Datenübermittlung von einer Länderbehörde eines Bundeslandes an eine Behörde eines anderen Bundeslandes oder an eine Bundesbehörde überprüfen wolle, benötigte er hierfür Einsicht in die Akten der Landesbehörde. Dies würde zu der Situation führen, dass der Datenschutzbeauftragte des Zentrums bzw. der Zentren, als dann öffentliche Stelle des Bundes, die Rechtmäßigkeit des Handelns von Landesbehörden kontrollierte. Dies wäre vor dem Hintergrund des föderalen Aufbaus Deutschlands eine ungewöhnliche Lösung, die erheblichen verfassungsrechtlichen Prüfaufwand erfordern würde. Dabei wären auch die weiteren Folgerungen zu berücksichtigen, wie Zuständigkeitskollisionen mit den behördlichen Datenschutzbeauftragten der übrigen Behörden und die ggf. anzupassenden Kontrollbefugnisse des BfDI.

Eine rechtliche Kontrolle vor allem mit Blick auf die Einhaltung des Legalitätsprinzips und auf die Anwendung der strikten, den Beschuldigten schützenden Vorgaben der StPO ist nach Auffassung des Mitgliedes Harms zudem gewährleistet durch die Teilnahme der Bundesanwaltschaft an den Lagebesprechungen und anlassbezogen an weiteren Diskussionsforen, etwa im GTAZ und GETZ an den dortigen Arbeitsgruppen „Operativer Informationsaustausch“. Dadurch werde eine rechtliche Bewertung von Gefährdungshinweisen mit dem Ziel, präventive und repressive Handlungsoptionen aufeinander abzustimmen, möglich. Dies sei nicht nur der Fall, wenn ein

Ermittlungsverfahren bereits eingeleitet ist, sondern auch, wenn die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens nach § 152 Abs. 2 StPO erst nur in Betracht kommt, so dass letztendlich von Seiten der Justiz – und nicht der Innenbehörden, abhängig von deren Entscheidung einer Zuleitung ihrer Erkenntnisse – entschieden werde, wann eine laufende Fallbearbeitung nach den Regeln der Strafprozessordnung weitergeführt werden muss.

4.2.1.2.2.3 Einschätzung des GTAZ am Beispiel der „Sauerland-Gruppe“

Nach Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller haben sich die Institutionalisierung der Zusammenarbeit im GTAZ und der regelmäßige Informationsaustausch auf Grundlage der bestehenden Übermittlungsvorschriften bewährt. Den oben dargestellten, strukturell und historisch bedingten Defiziten im Informationsfluss zwischen Bund und Ländern, Polizeien und Nachrichtendiensten konnte durch diese Ausgestaltung der unmittelbaren Übermittlung von Informationen begegnet werden.

Dies wird insbesondere dadurch sehr deutlich, dass seit Errichtung des GTAZ zahlreiche Anschlagspannungen verhindert bzw. aufgeklärt werden konnten; hervorgehoben seien hier:

- Al-Qaida (2005, Rekrutierung Selbstmordattentäter und Finanzierungsaktivitäten in Mainz/Bonn/Marburg);
- Gescheiterte Anschläge auf Regionalzüge in Hamm und Koblenz (2006, Festnahmen in Kiel und im Libanon);
- EG Zeit/„Sauerland-Gruppe“ (2007, Festnahme von drei Beschuldigten, Sicherstellung größerer Mengen Chemikalien, die zur Herstellung von Sprengstoff verwendet werden sollten);
- BAO Komet/„Düsseldorfer Zelle“ (2011, Festnahme von drei Beschuldigten; geplanter Sprengstoffanschlag in Deutschland);
- BAO Pluto/Fortsetzung der Aktivitäten der „Düsseldorfer Zelle“ in Bochum und an anderen Orten (2011, Festnahme eines Beschuldigten; geplantes Schusswaffenattentat; Sicherstellung umfangreicher Beweismittel und tatrelevanter Unterlagen).

Als konkretes Beispiel für die erfolgreiche Arbeit des GTAZ kann des Weiteren der Fall der „Sauerlandgruppe“ dienen:

Ende des Jahres 2006 wurden durch nachrichtendienstliche Hinweise Kontakte der terroristischen Organisation „Islamische Dschihad-Union“ (IJU) zu mutmaßlichen Mitgliedern

in Deutschland bekannt. Im Verlauf der weiteren zunächst nachrichtendienstlichen, später polizeilichen Bearbeitung verdichtete sich der Verdacht der Planung von Anschlägen in Deutschland, so dass im März 2007 ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland (IJU) sowie deren Unterstützung nach §§ 129a, 129b StGB durch den GBA eingeleitet wurde.

Der Einsatz der Sicherheitsbehörden, der seinen Höhepunkt mit den Festnahmen von drei Beschuldigten im Sauerland am 4. September 2007 erreichte, ist eines der umfangreichsten Ermittlungsverfahren, das in den vergangenen Jahren durchgeführt wurde. Der Ermittlungserfolg beruhte insbesondere auf der guten nationalen und internationalen Zusammenarbeit sowohl der polizeilichen als auch der nachrichtendienstlichen Behörden und auch des GBA.

Ein maßgeblicher Anteil dieser guten Zusammenarbeit der Sicherheitsbehörden wurde hierbei über das GTAZ abgewickelt. So wurden die ersten nachrichtendienstlichen Erkenntnisse in der AG Operativer Informationsaustausch (s. o.) erörtert, in der als eine der wichtigsten Arbeitsgemeinschaften des GTAZ Geheiminformationen – auf Grundlage der bestehenden rechtlichen Regelungen – zwischen den beteiligten Behörden ausgetauscht werden können. Die dorthin entsandten Mitarbeiter sind dabei nicht nur zum Umgang mit Verschlusssachen ermächtigt, sondern besitzen auch die Sensibilität zu erkennen, inwiefern Geheimschutzbelange der behördlichen Partner, vermittelt durch ihre aus jeweils anderen Behörden entsandten Kollegen anderer Behörden, eine besondere Handhabung der Informationen jeweils individuell erfordern.

Die Ausgangsinformationen zu diesem Fall beinhalteten Gefährdungshinweise mit unbestätigten Informationen, die lediglich im Vorfeld eines Anfangsverdachts lagen, also nur „Anhaltspunkte“ im Sinne der Terminologie des Rechts der Nachrichtendienste lieferten. Die zunächst ungesicherten und keinesfalls umfassend – etwa in einem Strafprozess – verwertbaren Erkenntnisse konnten durch die Zusammenarbeit im GTAZ bewertet und die jeweils relevanten und verwertbaren Informationen herausgearbeitet werden. Die gegenseitige Kenntnis und das Verständnis der jeweiligen Arbeitsabläufe und Aufträge waren besonders in diesem Stadium entscheidend. Durch die erst hierdurch mögliche frühzeitige Informationsverdichtung entstand ein Zeitgewinn, der in Zusammenhang mit der exekutiven Weiterbehandlung des Falles in späteren Stadien die Beweisführung erleichterte.

Der bestehende so genannte Gefahrenüberhang (konkret der Verdacht der Planung von Anschlägen in Deutschland) wurde zudem in der GTAZ-AG Gefährdungsbewertung

thematisiert, die anlassbezogen abgehalten wurde. Die entsprechenden Hinweise und Meldungen sowie die hierzu gewonnen Erkenntnisse konnten schnell durch das BKA, das BfV und den BND weiter analysiert und bewertet werden. Mithin war eine beschleunigte Abstimmung des Gefährdungssachverhaltes hinsichtlich der Gewinnung eines Gesamtbildes sowie zur Gesamtbewertung der IJU möglich. Die Ergebnisse wurden im Rahmen der täglichen Lagebesprechung dargestellt und unabhängig davon unter Nutzung der bestehenden Meldewege durch Mitteilungen an die jeweiligen Bedarfsträger bundesweit umgesetzt.

Der Fall der Sauerlandgruppe wurde zudem in der GTAZ-AG Fallauswertung, die die Analysefähigkeit der beteiligten Behörden stärken soll, thematisiert. Hier wurden u. a. die Sprachaufenthalte der Beschuldigten im Ausland, deren Radikalisierung und Biografien, der Modus Operandi sowie die Rolle der IJU analysiert. Entsprechende Analysen dienen allgemein dazu herauszufinden, wie religiös motivierte Täter denken, planen und handeln. Es sollen Strukturen und Ziele erkannt werden, um in Situationen, in denen operativ gehandelt werden muss, mit polizeilichen und nachrichtendienstlichen Maßnahmen entgegen wirken zu können. Die entsprechende Aufbereitung von Hintergrundinformationen, z. B. zum Ablauf von Radikalisierungsprozessen, ist unumgänglich für die tägliche Arbeit der operativ arbeitenden Behörden, um eine möglichst treffsichere Einschätzung der konkreten Lage zu ermöglichen.

So wird anhand dieses Einzelfalles deutlich, wie das GTAZ konkret die Ziele der Früherkennung und Verhinderung von Bedrohungen durch Terrorismus, der Verbesserung des Informationsmanagements sowie einer schnellen Bündelung, Verdichtung und gemeinsamen Bewertung aller verfügbaren Informationen erfüllt hat.

Relevante Informationen wurden schnell zwischen den beteiligten Behörden ausgetauscht und konnten gemeinsam bewertet werden, was neben der Aufklärung des Sachverhalts auch zu einer Stärkung der Analysefähigkeit der beteiligten Behörden führte.

4.2.1.2.2.4 Im Kontrast hierzu: Praxis des Informationsaustauschs zwischen Sicherheitsbehörden außerhalb der Zentren, insbesondere am Beispiel „NSU“

Nach Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller erfolgte bei der Bearbeitung anderer Bereiche der politisch motivierten Schwerstkriminalität der hinsichtlich des jihadistischen Terrorismus vollzogene Paradigmenwechsel nicht, so dass die oben beschriebenen Defizite weiterbestanden. In der Praxis erfolgte dort der durch den Gesetzgeber mit den

Übermittlungsvorschriften vorgesehene Informationsaustausch zwischen Polizeien und Nachrichtendiensten über Ländergrenzen nur im Einzelfall. Die hierfür bestehenden, in der Mentalität und unterschiedlichen institutionellen Zielsetzungen verankerten Gründe wurden ebenfalls bereits oben umfassend dargestellt. In der Praxis schlugen sie sich auch in dem Umstand nieder, dass zwischen den Mitarbeitern der unterschiedlichen Behörden nur vereinzelt ein vertrauensvoller Austausch und eine entsprechende Zusammenarbeit bestanden, und dass auch diese meist nur anlassbezogen zustande kam. Die ohnehin auf seltene Fälle beschränkte Kooperation war damit beinahe ausschließlich von anderweitig institutionell angelegten persönlichen Kennverhältnissen abhängig. Die Übermittlungsvorschriften erlaubten und erlauben zwar den erforderlichen Informationsaustausch, die hierzu bestehenden Ermessensspielräume und Handlungsmöglichkeiten wurden allerdings nicht ausgeschöpft. Informationsaustausch findet nicht bereits auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung, sondern erst auf Grund von vertieften Erfahrungen und Wissens der Bearbeiter um den Bedarf des Empfängers und der Wichtigkeit der Wahrnehmung seiner Aufgaben statt.

Die Folgen des unzureichend institutionalisierten Informationsaustauschs wurden im Fall „NSU“ deutlich. Die Auseinandersetzung mit den neuen Herausforderungen des islamistischen Terrorismus führte dazu, dass das Augenmerk der vorhandenen Ressourcen auf diesen Bereich konzentriert wurde. Die Aufdeckung der NSU-Mordserie und die dieser Gruppierung zuzurechnenden Bombenanschläge und Banküberfälle in Serie seit dem Jahr 1999 läuteten einen Paradigmenwechsel ein, da nunmehr deutlich geworden war, dass sich trotz fortlaufender Beobachtung der rechten Szene dort rechtsterroristische Strukturen gebildet hatten. Hierzu bedurfte es der Ereignisse vom 4. November 2011 mit dem Zugriff der örtlichen Behörden in Eisenach nach einem Banküberfall, den Suiziden der Täter Mundlos und Böhnhardt und der Inbrandsetzung der Wohnung in der Zwickauer Frühlingsstraße durch Beate Zschäpe und der nachfolgenden Verbreitung des Bekennervideos, zumal bei den Mordermittlungen keine – einen terroristischen Hintergrund nahelegenden – Indizien (Bekennerschreiben oder Ähnliches) festgestellt werden konnten.

Im Verlauf der Arbeit der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse und Expertenkommissionen auf Bundes- und Länderebene verdichteten sich die Hinweise, dass sich durch eine bessere Zusammenführung aller Informationen an einer Stelle die Erkenntnismöglichkeiten und Zuordnung von Sachverhalten zur rechten Szene – eventuell sogar zu den flüchtigen Mitgliedern der Gruppierung National Sozialistischer Untergrund (NSU) – erhöht hätten. Eine sichere Zuordnung der vorhandenen Informationen war jedoch

erst möglich, nachdem in Eisenach der Zugriff erfolgte und Erkenntnisse aus der Sicherung von Beweisen in der Wohnung in Zwickau anfielen.

Bis zu diesem Zeitpunkt bestand bei den zuständigen Behörden im Bund und in den Ländern die Bewertung, dass gewaltbereite Täter im Phänomenbereich „rechts“ zwar im Einzelfall nicht vor Hass- und Gewaltstraftaten zurückschreckten, aber rechtsterroristische Organisationen oder Strukturen nicht erkennbar seien. Die Idee eines „GTAZ-rechts“ zur Zusammenführung aller Erkenntnisse über den Phänomenbereich (insbesondere zum gewaltbereiten Personenpotenzial in der Szene und dortigen Entwicklung) war nach der Erfahrung der Mitglieds Harms in den Jahren 2006 und 2007 nicht zu vermitteln, und zwar weder bei den Politikern der Innenressorts und der Justiz im Bund und Ländern, noch bei den Sicherheitsbehörden, einschließlich des BKA und des BfV.

Die näheren Ursachen für die Defizite bei der Fallaufklärung im Fall „NSU“ sind im Abschlussbericht der Bund-Länder-Kommission Rechtsterrorismus ausführlich dargestellt. Die Kommission hat so etwa aufgezeigt, dass trotz zahlreicher rechtlicher Möglichkeiten (bzw. einer entsprechenden Verpflichtung nach Nr. 25 RiStBV) eine zentrale Ermittlungsführung im NSU-Fall nicht vereinbart wurde, und zwar weder bei den Polizeien noch bei den Staatsanwaltschaften.²⁴⁶

4.2.1.2.2.5 Bewertung der Arbeit des GETZ/GAR

Die Erfahrungen aus der Arbeit des GETZ/GAR bewerten die Mitglieder Harms und Kaller als durchweg positiv. So hat die Arbeit im GAR, das nunmehr bereits über ein Jahr in Betrieb ist, Ansatzpunkte für mehrere neue Ermittlungsverfahren gegeben. Die Arbeitsgruppen haben z. B. Analysen aktueller Entwicklungen im Rechtsextremismus auf den Weg gebracht, die besonderes Augenmerk auf Gefährdungspotenziale legen und konkrete Handlungsempfehlungen für die zuständigen Behörden enthalten. Sie haben gemeinsame Gefährdungsbewertungen erstellt, bewerten das gefährdungsrelevante Personenpotenzial nach dort entwickelten Kriterien und tauschen sich darüber aus.

²⁴⁶ Abschlussbericht der Bund-Länder-Kommission Rechtsterrorismus, Rn. 507.

4.2.1.2.2.6 Zusammenfassende Erwägungen

Eine grundlegende Erkenntnis der Sicherheitsbehörden nach den terroristischen Angriffen auf Einrichtungen der Vereinigten Staaten von Amerika am 11. September 2001 war die Notwendigkeit, den Kenntnisstand und den Informationsaustausch der Sicherheitsbehörden zum weltweit agierenden islamistischen Terrorismus zu verbessern, um Anschläge planungen frühzeitiger zu erkennen und Anschläge rechtzeitig verhindern zu können.

Im Zuge der Ermittlungen gegen die von Deutschland aus handelnden Täter wurde deutlich, dass sich herausbildende Strukturen einer terroristischen Vereinigung islamistischer Prägung nicht erkannt oder unzutreffend bewertet und eingeschätzt worden waren.

Der Phänomenbereich des islamistischen Terrorismus ist geprägt von dezentral und flexibel organisierten Netzwerken, die nicht mehr vergleichbar sind mit den hierarchisch strukturierten terroristischen Organisationen deutscher Provenienz in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts.

Die Angriffsziele im Rahmen des „Jihad“ – der gewaltsamen Auseinandersetzung insbesondere mit den westlichen demokratisch verfassten Staaten der „Ungläubigen“ – sind nicht berechenbar.

Die Rekrutierung der „Kämpfer“ in dieser Auseinandersetzung und ihre Radikalisierung erfolgt auf vielfältige Weise. Das Internet wird zu diesem Zweck als Propagandamittel ebenso eingesetzt wie als Informations- und Kommunikationsmittel innerhalb einzelner Gruppierungen, die sich dem Jihad verpflichtet fühlen und zuvor außerhalb Deutschlands entsprechend geschult und vorbereitet worden sind.

Diese schwer fassbare Bedrohungslage erfordert bis heute große Aufmerksamkeit und flexible Reaktionen der Sicherheitsbehörden.

Vor diesem Erfahrungshintergrund wurde 2004 das Gemeinsame Terrorismusabwehrzentrum (GTAZ) und 2007 das Gemeinsame Internetzentrum (GIZ) errichtet.

Beide Einrichtungen dienen dem Zweck, im Rahmen der föderalen Struktur der Bundesrepublik Deutschland unter Bedacht auf die rechtsstaatlichen Grundsätze, denen auch die Nachrichtendienste, das BKA und die entsprechenden Landesbehörden verpflichtet sind, sowie unter Berücksichtigung des Trennungsprinzips die Informationsflüsse in diesem

Bereich so auszugestalten, dass eine möglichst effektive Auswertung aller Erkenntnisse möglich ist, um die Gesellschaft in Deutschland vor terroristischen Angriffen zu schützen.

Die Mitglieder Harms und Kaller treten der Rechtsauffassung der Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff ausdrücklich entgegen, die dafür herangezogenen Rechtsgrundlagen, die sich jeweils aus den bestehenden gesetzlichen Übermittlungsvorschriften herleiten und ergeben, die für die jeweils beteiligten 40 Behörden aus Bund und Ländern gelten, seien nicht ausreichend und legitimierten die Zusammenarbeit im GTAZ und im GIZ nicht.

Die vorhandenen Rechtsnormen reichen – wie bisher schon – für eine rechtsstaatliche Kontrolle der Zentren aus. Sie ermöglichen eine flexible Reaktion der beteiligten Sicherheitsbehörden auf einzelne Gefährdungslagen, sie sichern den rechtsstaatlich kontrollierten Datenaustausch und unterwerfen die beteiligten Behördenmitarbeiter einem engen rechtsstaatlich gesicherten Kontrollregime. Dabei streitet im Rechtsstaat des Grundgesetzes eine Vermutung für die Rechtmäßigkeit des Handelns aller staatlichen Gewalt. Denn diese ist von Verfassungs wegen an Recht und Gesetz gebunden (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG).

Die Besorgnisse der Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff, die Zusammenführung des Informationsaustausches an einem Ort und die Bündelung von Expertise setze diese rechtlichen Grundlagen faktisch außer Kraft und führe zu einer rechtsstaatlich bedenklichen Informationsverdichtung, die durch weitere verstärkte datenschutzrechtliche Kontrolle begrenzt und begleitet werden müsse, teilen die Mitglieder Harms und Kaller nicht. Abgesehen davon, dass sich keinerlei Anhaltspunkte dafür ergeben haben, die beteiligten Behörden hielten sich nicht an das jeweils ihnen vorgegebene Datenschutzregime, folgt vielmehr aus den bisherigen Erfahrungen im GTAZ für den Phänomenbereich des islamistischen Terrorismus, dass durch die erleichterte wechselseitige Information in den unterschiedlich strukturierten behördlichen Verfahren doppelte Grundrechtseingriffe vermieden werden und die jeweilige Arbeit der Sicherheitsbehörden im Hinblick auf vorhandene Ressourcen des Staates effektiver gesteuert werden kann.

Normenklarheit und klare Kontrollbefugnisse innerhalb des föderalen Systems dienen der Rechtssicherheit mehr als Bürokratisierung, Überregulierung und Vermehrung der Instanzen, die mit dem Vorschlag der Mitglieder Bäcker pp. verbunden wären, ohne dass die bewährte Struktur der Zentren solches rechtlich erfordert.

4.2.1.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen

Die Notwendigkeit eines verbesserten Informationsaustauschs wird von keinem der Kommissionsmitglieder grundsätzlich infrage gestellt. Die Mitglieder Harms, Kaller und Wolff begrüßen dabei das Modell des und die Arbeitsweise im GTAZ ausdrücklich. Nach Meinung der Mitglieder Hirsch und Wolff kann die nötige effektivere Zusammenarbeit dagegen auch durch klare Übermittlungsregeln gelöst werden. In der Kommission bestanden allerdings grundlegend unterschiedliche Auffassungen, ob die spezielle Arbeitsweise in den Abwehrzentren die Schaffung einer eigenständigen Rechtsgrundlage erfordert und inwieweit es einer besonderen institutionalisierten Kontrolle bedarf.

Die Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff empfehlen auch vor dem Hintergrund der BVerfG-Entscheidung zum ATDG die Schaffung einer eigenständigen gesetzlichen Grundlage für die Errichtung der und die Zusammenarbeit/den Informationsaustausch in den Abwehrzentren. Die Zusammenarbeit habe in den gemeinsamen Zentren eine Verfestigung, ein Ausmaß und eine Bedeutung erlangt, die eine eigenständige gesetzliche Grundlage erforderten. Die vorhandenen Übermittlungsvorschriften seien auf diese Form der Zusammenarbeit nicht zugeschnitten und nicht mehr ausreichend. Eine gesetzliche Grundlage sei zumindest dann angezeigt, wenn die Abwehrzentren sicherheitsbereichsübergreifend (Ermittlungsbehörden, Polizei, Nachrichtendienste) und/oder bund- und länderübergreifend arbeiten sollen. Eine behördenübergreifende Analysetätigkeit sei zudem auf Bereiche zu beschränken, von denen schwerste Gefährdungen für Leib, Leben oder Freiheit von Menschen oder herausragend bedeutsame, existenzsichernde Einrichtungen ausgehen. Eine pauschale Ausdehnung auf alle Bereiche des politischen Extremismus komme von Verfassungs wegen nicht in Betracht. Die Mitglieder Bäcker, Giesler und Hirsch empfehlen – insoweit über die Forderungen des Mitglieds Wolff hinausgehend – in der gesetzlichen Regelung zusätzlich auch den Informationsfluss und die Informationsverarbeitung in den Zentren besonders zu regeln.

Nach gemeinsamer Auffassung der Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff bedarf die deutliche Intensivierung des behörden- und länderübergreifenden Informationsaustausches weiterhin einer korrespondierenden Verbesserung der behördenübergreifenden Kontrolle, weshalb die gesetzliche Grundlage auch spezifische Kontrollmechanismen für die Einhaltung der Regelungen zur Informationsweitergabe enthalten solle.

Die Mitglieder Harms und Kaller sind der Auffassung, dass die Gemeinsamen Zentren einen unverzichtbaren Beitrag zur Gewährleistung der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland

leisten. Sie sind nach ihrer Auffassung beizubehalten. Zur ordnungsgemäßen und verfassungskonformen Tätigkeit bedarf es nach ihrer Auffassung über die mannigfaltigen vorhandenen Kontrollinstanzen hinaus keiner weiteren datenschutzrechtlichen Kontrolle und keiner gesonderten gesetzlichen Grundlage; die vorhandenen Vorschriften zum Austausch personenbezogener Daten zwischen den beteiligten Behörden reichen nach ihrer Auffassung aus.

4.2.2 Gemeinsame Dateien

4.2.2.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme

Die Gemeinsamen Dateien für ausgewählte Bereiche besitzen eine gesetzliche Grundlage (ATDG, RED-G) und sind für die Bekämpfung des Terrorismus grundsätzlich geeignete Instrumente. Die Kommission hatte ursprünglich geplant, sich auch mit diesem rechtlichen Bereich auseinanderzusetzen. Das BVerfG hat mit Urteil²⁴⁷ vom 24.04.2013 zur Antiterrordatei umfangreiche verfassungsrechtliche Ausführungen gemacht, wodurch sich der diesbezügliche Auftrag der Kommission erledigt hat.

Das BVerfG hat die grundsätzliche Struktur der Antiterrordatei gebilligt und bei einzelnen Aspekten aus dem Gedanken der Normbestimmtheit und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Nachbesserungen verlangt sowie dem Gesetzgeber konkrete Weg aufgezeigt, wie er sein Ziel in verfassungskonformer Weise erreichen könne.

Das BVerfG hat die Errichtung der als im Kern der Informationsanbahnung dienenden Antiterrordatei als Verbunddatei in den Grundstrukturen für mit der Verfassung vereinbar erklärt.²⁴⁸ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz steht einer solchen Datei nicht a priori entgegen, ihre nähere normative Ausgestaltung muss jedoch auch in ihren Einzelbestimmungen dem Verhältnismäßigkeits- und Bestimmtheitsgrundsatz genügen.²⁴⁹ Dazu sind für die nähere Ausgestaltung der Datei normenklare und hinreichend begrenzte

²⁴⁷ 1 BvR 1215/07 = NJW 2013, 1499.

²⁴⁸ 1 BvR 1215/07, 1. Leitsatz und Rn. 106 = NJW 2013, 1499 (und 1502).

²⁴⁹ 1 BvR 1215/07, Rn. 105 = NJW 2013, 1499 (1502).

Regelungen, auch hinsichtlich der Bestimmungen zu einer effektiven Kontrolle ihrer Anwendung, erforderlich.²⁵⁰

Aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung folgt ein informationelles Trennungsprinzip, wonach ein Datenaustausch zwischen den Nachrichtendiensten und Polizeibehörden nur ausnahmsweise erfolgen darf. Ein besonders schwerer Eingriff ist begründet, wenn die Durchbrechung zur operativen Aufgabenwahrnehmung erfolgt.²⁵¹ Da aber die Antiterrordatei im Kern gerade nicht solchen operativen Maßnahmen dient, sondern diese eine Kontakthanbahnung nur vorbereitet, wird das Eingriffsgewicht gemindert.²⁵² Das BVerfG hob auch hervor, dass die Schwere des Grundrechtseingriffs durch die Beschränkung auf bereits erhobene Daten, die Ausgestaltung als Verbunddatei mit einem Schwerpunkt auf der Informationsanbahnung und ihre Ausrichtung allein auf das Ziel der Aufklärung und Bekämpfung des internationalen Terrorismus gemindert wird.

Die vorgesehenen Auskunftsrechte Betroffener beanstandet das BVerfG nicht.²⁵³ Mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sieht es weitere gesetzliche Regelungen hinsichtlich Transparenz, individuellen Rechtsschutzes und aufsichtlicher Kontrolle für erforderlich an.²⁵⁴ Zur Gewährleistung von Transparenz und Kontrolle bedarf es insbesondere einer gesetzlichen Regelung von Berichtspflichten gegenüber Parlament und Öffentlichkeit²⁵⁵ sowie der Festschreibung regelmäßiger Kontrollen durch die Datenschutzaufsichtsbehörden²⁵⁶.

Das BVerfG betont schließlich, dass für Datenerhebungen, die in die Grundrechte der Art. 10 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 GG eingreifen, angesichts deren besonderen Schutzgehalts in der Regel besonders strenge Anforderungen bestehen. Diese gesteigerten Anforderungen wirken auch hinsichtlich der Regelungen über die Weitergabe und Zweckänderung der hierdurch gewonnenen Daten fort.²⁵⁷ Eine vollständige und uneingeschränkte Einbeziehung aller auch durch Eingriff in Art. 10 Abs. 1 und in Art. 13 Abs. 1 GG erhobenen Daten in die

²⁵⁰ 1 BvR 1215/07, Rn. 110 = NJW 2013, 1499 (1503).

²⁵¹ 1 BvR 1215/07, Rn. 123 = NJW 2013, 1499 (1505).

²⁵² 1 BvR 1215/07, Rn. 124 f. = NJW 2013, 1499 (1505).

²⁵³ 1 BvR 1215/07, Rn. 208 = NJW 2013, 1499 (1516).

²⁵⁴ 1 BvR 1215/07, Rn. 204 = NJW 2013, 1499 (1515).

²⁵⁵ 1 BvR 1215/07, Rn. 221 f. = NJW 2013, 1499 (1517).

²⁵⁶ 1 BvR 1215/07, Rn. 217 = NJW 2013, 1499 (1517).

²⁵⁷ 1 BvR 1215/07, Rn. 225 = NJW 2013, 1499 (1517).

Antiterrordatei ist mit diesen Anforderungen zwar nicht vereinbar; dies gilt auch hinsichtlich solcher Daten, die durch einen Eingriff in das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m Art. 1 Abs. 1 GG erhoben worden sind.²⁵⁸ Das BVerfG erklärt die verdeckte Speicherung derartiger Erkenntnisse in einer Verbunddatei allerdings grundsätzlich für zulässig.²⁵⁹ es muss lediglich durch die verdeckte Speicherung sichergestellt werden, dass die regelmäßig höheren Hürden für die Übermittlung dieser Erkenntnisse im Einzelfall von der datenbesitzenden Behörde geprüft werden können.

4.2.2.2 Schlussfolgerungen/Empfehlungen

Die verfassungsgerichtlichen Vorgaben zum ATDG sind umzusetzen und ihre Auswirkungen auf andere nicht unmittelbar streitbefangene Regelungen, insbesondere die Rechtsextremismus-Datei, zu analysieren.

Die verfassungsgerichtlichen Vorgaben zum ATDG sind schnellstmöglich und vollständig, spätestens bis zum 31. Dezember 2014 umzusetzen. Darüber hinaus sind die Auswirkungen des Urteils auf andere Regelungen, die nicht unmittelbar streitbefangen²⁶⁰ sind, zu klären. Insbesondere hinsichtlich der Rechtsextremismus-Datei ist, wegen deren struktureller Vergleichbarkeit mit der Antiterrordatei, zu analysieren, welche konkreten Folgerungen aus dem Antiterrordatei-Urteil des Bundesverfassungsgerichts übertragbar sind.

Wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum ATDG dargelegt hat, ist eine übergreifende Zusammenarbeitsform nach dem Modell der Antiterrordatei an hohe Voraussetzungen geknüpft. So ist die damit verbundene Durchbrechung des grundsätzlich zu beachtenden informationellen Trennungsprinzips dann möglich, wenn eine Bedrohungslage für überragend wichtige Individual- oder Gemeinschaftsgüter zu konstatieren ist, die der Bedrohung durch den islamistischen Terrorismus (vgl. § 1 Abs. 1 ATDG) zumindest nahekommt.

²⁵⁸ 1 BvR 1215/07, Rn. 226 = NJW 2013, 1499 (1517).

²⁵⁹ 1 BvR 1215/07, Rn. 228 = NJW 2013, 1499 (1518).

²⁶⁰ Der Tenor des ATD-Urteils (s. o.) erfasst unmittelbar lediglich Regelungen des Gesetzes zur Errichtung einer standardisierten zentralen Antiterrordatei von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten von Bund und Ländern (Antiterrordateigesetz) (BGBl. I 2006, 3409).

4.2.3 Gemeinsame Projektdateien

Mit dem Gemeinsame-Dateien-Gesetz von 2006 wurde in § 22a BVerfSchG, § 9a BNDG und § 9a BKAG die Möglichkeit geschaffen, befristet behördenübergreifende projektbezogene gemeinsame Dateien von Polizeien und Nachrichtendiensten zu errichten. Diese Dateien haben wie die gemeinsamen Abwehrzentren und wie die Gemeinsamen Dateien ATD und RED den Zweck, problembezogen eine stärkere Zusammenarbeit der betroffenen Behörden zu ermöglichen, wobei diese Zusammenarbeit auf sachlich klar abgrenzbare Projektziele bezogen und zeitlich befristet bleiben muss.

Gemeinsame Projektdateien relativieren – ebenso wie die Gemeinsamen Dateien, die Abwehrzentren und die Weitergabenormen – die informationelle Trennung zwischen den beiden Behörden und müssen daher eine Ausnahmeerscheinung bleiben. Die gegenwärtigen Rechtsnormen sehen dies vor. Im Hinblick auf Gespräche, die anlässlich des Besuchs der Kommission bei dem GTAZ geführt wurden, ist aber anzumerken, dass ein Projekt sich nicht auf einen ganzen Phänomenbereich beziehen kann, wenn der Projektbegriff nicht uferlos werden soll. Darum wären etwa die Bekämpfung des islamistischen Terrorismus als solche oder eine Zusammenstellung aller islamistischen Gefährder in der Bundesrepublik Deutschland keine zulässigen Projekte für eine gemeinsame Datei. Zulässig wären hingegen beispielsweise Projekte zur Auswertung einzelner islamistischer Gruppierungen oder zur Analyse punktueller Fragen im Zusammenhang mit dem Phänomenbereich, etwa von Finanzierungsmechanismen.

Die Projektdateien werden unmittelbar auf Grundlage von Dateianordnungen geführt, die nicht die Rechtsform und die Publizität von Rechtsnormen besitzen. Dies beruht teilweise auf Sachgründen. Allerdings liegt nahe, dass zumindest bestimmte Fragen durchaus in einem (untergesetzlichen) Normwerk geregelt werden könnten (und dann auch müssten), wie dies etwa für die Verbunddateien des Bundeskriminalamts die BKADV²⁶¹ leistet.

Nicht hinnehmbar ist jedenfalls, dass von außen bereits jetzt kaum einzuschätzen ist, wie viele Projektdateien eigentlich bestehen. Auch insoweit muss deshalb eine effektive parlamentarische Kontrolle gewährleistet sein.

²⁶¹ Verordnung über die Art der Daten, die nach den §§ 8 und 9 des Bundeskriminalamtgesetzes gespeichert werden dürfen (BKA-Daten-Verordnung – BKADV) vom 4. Juni 2010 (BGBl. I 2010, 716).

Um die Effektivität der parlamentarischen Kontrolle zu verbessern, sollte der Deutsche Bundestag in geeigneter Weise darüber unterrichtet werden, wie viele Projektdateien bestehen.

Weiter läge es nahe, die Kontrollvorgaben, die das BVerfG in der Entscheidung zur Antiterrordatei entwickelt hat, auf die Projektdateien zu übertragen. Es hat gefordert, den Bundesbeauftragten gesetzlich zu einer Kontrolle in regelmäßigen Abständen zu verpflichten. Bei den Projektdateien läge aufgrund ihrer Befristung (zwei Jahre mit der zweimaligen Verlängerungsoption von jeweils bis zu einem Jahr) der entsprechende Rhythmus von einer Kontrolle im ersten Zweijahreszeitraum und einer anschließenden jährlichen Kontrolle für den Fall der Verlängerung nahe, sofern es bei einer gesetzlichen Regelung bleibt, die eine Befristung zwingend vorsieht.

Die Mitglieder Harms und Kaller sind zudem der Auffassung, dass die Befristung für Gemeinsame Dateien (bislang nur als Projektdateien zugelassen) entfallen sollte, und zwar zugunsten der vom BVerfG im ATD-Urteil aufgestellten Kriterien für den Datenaustausch. Denn es habe sich entgegen der Erwartungen im Jahr 2001 gezeigt, dass die Bekämpfung des Terrorismus eine Daueraufgabe darstellt.

Nach Auffassung der Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff sind hingegen unbefristete gemeinsame Dateien von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten, die sich sachlich auf einen ganzen Phänomenbereich erstrecken und sich nicht auf konkrete herausgehobene Projektziele beschränken, wegen des informationellen Trennungsgebots verfassungsrechtlich problematisch.

4.2.4 Übermittlungsvorschriften

4.2.4.1 Die Strukturen der gegenwärtigen Vorschriften

Auf Bundesebene besteht eine Reihe von Übermittlungsvorschriften der Sicherheitsbehörden untereinander, die teilweise Bundes- und Landesbehörden einbeziehen. Es bestehen viele spezielle Normen zum Informationsaustausch, deren Darstellung den vorliegenden Rahmen sprengen würde. Die Befugnisse unterscheiden sich danach, ob sie eine Übermittlungsberechtigung oder eine Übermittlungspflicht beinhalten. Es ist unstreitig, dass verfassungsrechtlich der Staat keine informationelle Einheit darstellt und daher personenbezogene Daten nicht schrankenlos fließen dürfen und auch die Rechtsordnung dies nicht ermöglicht. Die bestehenden Normen lassen eine deutliche

Stufung erkennen, die von folgenden Gedanken geleitet ist. Der Informationsfluss ist umso offener,

- je gleicher die Aufgaben der beteiligten Behörden gelagert sind,
- je offener die Informationserhebung erfolgte bzw. die Aufgabenstellung der Behörde ist,
- je weniger die personenbezogenen Daten auf einem qualifizierten Informationseingriff (insbesondere nicht auf Wohnungsdurchsuchung, Telekommunikationsbeschränkung, besonderen Auskunftserlangen und IMSI-Catcher) beruhen,
- je höher der die Weitergabe rechtfertigende Gemeinwohlbelang ist.

Innerhalb der Verfassungsschutzbehörden besteht gegenwärtig eine verhältnismäßig hohe Informationspflicht, die durch den Beschluss der Innenminister noch einmal verschärft wird. Nicht streng eingebunden in eine wechselseitige Informationspflicht ist der BND. Dieser erhält zwar von den anderen Nachrichtendiensten Informationen, die er für seine Aufgabenbefugnis benötigt, jedoch sieht die Gesetzeslage, soweit ersichtlich, keine Informationspflicht des BND gegenüber dem BfV vor.

Einen pflichtigen Informationsfluss von anderen Behörden an die Nachrichtendienste sieht die Rechtsordnung vor allem bei sicherheitsgefährdenden und geheimdienstlichen Tätigkeiten vor, aber nicht vollständig im Bereich der Nachrichtendienste. Die Nachrichtendienste wiederum sind zur Übermittlung an die anderen Sicherheitsbehörden nur bei näher bezeichneten Staatsschutzdelikten verpflichtet. Diesem engen Kreis an pflichtiger Information steht ein großer Bereich an möglichen Informationen gegenüber. Grundsätzlich dürfen andere Ermittlungs- und Polizeibehörden den Nachrichtendiensten Informationen übermitteln, sofern dies zur Aufgabenerfüllung der Nachrichtendienste erforderlich ist. Umgekehrt dürfen die Nachrichtendienste Informationen für Zwecke der öffentlichen Sicherheit an andere inländische Stellen übermitteln.

Trotz der großen Anzahl an Rechtsgrundlagen ist das System der Informationsweitergabe verhältnismäßig grob strukturiert. Auffallend ist die deutliche Diskrepanz zwischen dem kleinen Bereich, in dem ein pflichtiger Informationsfluss besteht und dem großen Bereich, in dem ein möglicher Informationsfluss besteht. Teilweise sind die Informationsübermittlungsnormen schon alt und teilweise punktuell fortgebildet. Der verfassungsrechtliche Datenschutz verlangt zwingend ein gestuftes Informationssystem, bei

dem es, je nach Sensibilität und je nach Grundrechtsintensität des Informationseingriffs, eines höheren Rechtfertigungsmaßes bedarf.

Nicht ganz eindeutig ist, ob die die potenzielle Informationsflüsse nicht einer stärkeren Stufung bedürfen. Die Übermittlungsnormen stammen teilweise aus einer Zeit, in der die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung noch nicht so ausgearbeitet war wie sie heute ist. Es ist durchaus denkbar, dass aus verfassungsrechtlichen Gründen eine Norm für bestimmte Weitergabesituationen strengere Voraussetzungen erfordert. Es wird daher empfohlen, die bestehenden Normen in ihrer Gesamtschau einmal darauf hin zu überprüfen, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Übermittlung angepasst werden müssen. Dies gilt vor allem im Lichte der Entscheidung des BVerfG zur Antiterrordatei.

4.2.4.2 Auswirkungen des BVerfG-Urteils auf die bestehenden Übermittlungsvorschriften

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil zur Antiterrordatei vom 24.04.2013 grundsätzliche Aussagen zum Datenaustausch im Verhältnis von Nachrichtendiensten und Polizeibehörden vorgenommen.

Ausgangspunkt der Überlegung ist dabei die Auffassung, dass die Aufgabe der Nachrichtendienste in erster Linie in der politischen Information gesehen wird;

BVerfG, Urteil vom 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 –, Rn. 118 = NJW 2013, 1499 (1504).

Demgegenüber werden die Polizeibehörden weitgehend auf die Gefahrenabwehr ab der Schwelle der Gefahr festgelegt. Die anlasslose vorsorgliche Erhebung von personenbezogenen Daten oder die Informationserhebung zur bloßen Verhütung von Gefahren oder Straftaten durch die Polizei wird kritisch gesehen;

BVerfG, Urteil vom 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 –, Rn. 120 = NJW 2013, 1499 (1504).

Darüber hinaus wird der Aufgliederung der Sicherheitsbehörden in verschiedene Behörden mit unterschiedlichen Aufgaben eine grundrechtliche Dimension beigemessen. Dass Informationen zwischen den verschiedenen Sicherheitsbehörden nicht umfassend und frei ausgetauscht werden, sei nicht Ausdruck einer sachwidrigen Organisation dieser Behörden, sondern von der Verfassung durch den datenschutzrechtlichen Grundsatz der Zweckbindung grundsätzlich gewollt und vorgegeben;

BVerfG, Urteil vom 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 –, Rn. 113 = NJW 2013, 1499 (1503).

Aus diesen allgemeinen Überlegungen folgert das Gericht, speziell bezogen auf das Verhältnis von Nachrichtendiensten und Polizei, ein informationelles Trennungsprinzip, das es als solches ausdrücklich erstmalig bezeichnet. Das informationelle Trennungsprinzip wird dabei nicht aus den Staatsorganisationsnormen hergeleitet, sondern aus den Grundrechten. Die Stelle lautet:

„(cc) Regelungen, die den Austausch von Daten der Polizeibehörden und Nachrichtendiensten ermöglichen, unterliegen angesichts dieser Unterschiede gesteigerten verfassungsrechtlichen Anforderungen. Aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung folgt insoweit ein informationelles Trennungsprinzip. Danach dürfen Daten zwischen den Nachrichtendiensten und Polizeibehörden grundsätzlich nicht ausgetauscht werden. Einschränkungen der Datentrennung sind nur ausnahmsweise zulässig. Soweit sie zur operativen Aufgabenwahrnehmung erfolgen, begründen sie einen besonders schweren Eingriff. Der Austausch von Daten zwischen den Nachrichtendiensten und Polizeibehörden für ein mögliches operatives Tätigwerden muss deshalb grundsätzlich einem herausragenden öffentlichen Interesse dienen, das den Zugriff auf Informationen unter den erleichterten Bedingungen, wie sie den Nachrichtendiensten zu Gebot stehen, rechtfertigt. Dies muss durch hinreichend konkrete und qualifizierte Eingriffsschwellen auf der Grundlage normenklarer gesetzlicher Regelungen gesichert sein; auch die Eingriffsschwellen für die Erlangung der Daten dürfen hierbei nicht unterlaufen werden.“

BVerfG, Urteil vom 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 –, Rn. 123 = NJW 2013, 1499 (1505).

Im Zusammenhang mit der Beurteilung der Datenübermittlung, die die Antiterrordatei ermöglicht, weist das Gericht dann darauf hin, dass die Übermittlungsvorschriften zwischen Nachrichtendiensten und Polizeibehörden eine gewisse Übermittlungsschwelle notwendig voraussetzen müssen, obwohl diese Frage nicht streitgegenständlich war. Die Stelle lautet:

„[...] Es fängt so die geringen, letztlich auf das Kriterium der Erforderlichkeit beschränkten Anforderungen für die Informationsanbahnung im Vorfeld durch Verweis auf die differenzierteren Grenzziehungen bei der Datenübermittlung auf. Diese müssen dann freilich ihrerseits den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen und können sich jedenfalls für Datenübermittlungen zwischen den Nachrichtendiensten und der Polizei nicht mit vergleichbar niederschweligen

Voraussetzungen wie der Erforderlichkeit für die Aufgabenwahrnehmung oder der Wahrung der öffentlichen Sicherheit begnügen.“

BVerfG, Urteil vom 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 –, Rn. 126 = NJW 2013, 1499 (1505).

Dabei geht das Gericht offenbar davon aus, dass den Gesetzgeber hinsichtlich der bestehenden Übermittlungsvorschriften eine Prüfpflicht trifft, ob diese den oben dargestellten Grundsätzen genügen. Dies wird deutlich durch die Hinweise am Ende der Entscheidung zur Umsetzungsfrist. Dort heißt es:

„Dem Gesetzgeber wird eine großzügige Frist eingeräumt, die es ihm ermöglicht zu prüfen, ob er im Zusammenhang mit der Neuregelung des Antiterrordateigesetzes auch eine Überarbeitung von Bestimmungen anderer Gesetze, die den angegriffenen Vorschriften dieses Verfahrens ähnlich sind, sowie eventuell von Datenübermittlungsvorschriften einzelner Sicherheitsbehörden für angezeigt hält und diese möglicherweise hiermit verbinden will“;

BVerfG, Urteil vom 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 –, Rn. 232 = NJW 2013, 1499 (1518).

4.2.4.2.1 Auswirkungen nach Auffassung der Mitglieder Bäcker, Hirsch und Wolff

Nach Auffassung der Mitglieder Bäcker, Hirsch und Wolff bestehen insbesondere gegen die Übermittlungsregelungen des BVerfSchG, die Datenflüsse vom BfV an Polizei- und Strafverfolgungsbehörden ermöglichen, erhebliche verfassungsrechtliche, teils auch ermittlungspraktische Bedenken:

§ 19 Abs. 1 BVerfSchG gestattet dem Bundesamt für Verfassungsschutz die Übermittlung von personenbezogenen Daten an inländische öffentliche Stellen u. a., sofern der Empfänger die Daten zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder sonst für Zwecke der öffentlichen Sicherheit benötigt. Die Norm verwendet daher ausdrücklich mit dem Begriff „der öffentlichen Sicherheit“ ein Tatbestandsmerkmal, das in dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts für die Übermittlung von Nachrichtendiensten an Polizeibehörden als Formulierung der Übermittlungsschwelle als nicht ausreichend

bezeichnet wurde. Es ist dabei gerade Aufgabe des Bundes als des Gesetzgebers der Übermittlungsermächtigung, die (minimalen) Voraussetzungen einer solchen Datenübermittlung abschließend und hinreichend bestimmt festzulegen; der Bund darf diese Aufgabe nicht an die für das Polizeirecht zuständigen Landesgesetzgeber weiterreichen.²⁶² Daher drängt sich der Schluss auf, dass § 19 BVerfSchG die verfassungsrechtlichen Anforderungen verfehlt und angepasst werden muss.

Die ggf. erforderliche Anpassung des § 19 Abs. 1 BVerfSchG ist in ihrer Reichweite, aber nicht in dem zur Verfügung stehenden Zeitrahmen zu bewältigen, da die Überlegungen des Bundesverfassungsgerichts die Konkretisierung gewisser Fragen erfordert. So ist etwa konkretisierungsbedürftig, was unter „öffentlichen Interessen“ zu verstehen ist. Weiter ist unklar, ob die strengen Vorgaben des informationellen Trennungsgebots nur für personenbezogene Daten gelten, die mittels nachrichtendienstlicher Mittel erhoben wurden, oder auch für die personenbezogenen Daten greifen sollen, die offen erhoben wurden. Schließlich ist unklar, ob die Vorgaben des informationellen Trennungsgebots nur dann gelten, wenn die Weitergabe operativen Zwecken dient oder für jede Weitergabe Geltung erreichen soll. Schließlich wäre auch zu klären, wie das Verbot der Umgehung der Eingriffsschwelle zu konkretisieren ist, da das Gericht einerseits offenbar die Informationsweitergabe von personenbezogenen Daten, die im Vorfeld von den Nachrichtendiensten erhoben wurden, unter bestimmten engen Voraussetzungen zulassen will, andererseits unter diesen Bedingungen die Informationen von den Behörden, die sie dann erhalten, niemals hätten erhoben werden können. Es sind daher Kriterien zu entwickeln, anhand derer man entscheiden kann, ob das Verbot der Umgehung der Eingriffsschwelle eingehalten wird oder nicht.

Teils zu weit, teils zu eng erscheint hingegen § 20 BVerfSchG, der das BfV zu Spontanübermittlungen an Strafverfolgungsbehörden (nur) bei Staatsschutzdelikten verpflichtet. Einerseits sind danach selbst schwerste Straftaten nicht erfasst, wenn es an einem Staatsschutzbezug fehlt. Eine Übermittlungspflicht ist zumindest zur Verfolgung von Straftaten nach § 100c Abs. 2 StPO angezeigt. Andererseits greift die Übermittlungspflicht selbst bei Vergehen mit geringer Strafdrohung, wo ein solcher Bezug anzunehmen ist;

²⁶² Vgl. BVerfGE 125, 260 (344 ff.); 130, 151 (201); eingehend mit Blick auf die Übermittlung von Telekommunikations-Bestandsdaten *Bäcker*, InnenA-BT-Drs. 17(4)680 C, S. 4 f.

tatbestandlich könnten etwa bereits eine rassistische Beleidigung oder eine rassistisch motivierte Sachbeschädigung den Übermittlungstatbestand erfüllen.

Schließlich ist § 23 BVerfSchG, der Übermittlungsverbote normiert, als misslungen anzusehen. Die salvatorische Klausel, dass eine Übermittlung unzulässig ist, wenn die Interessen des Betroffenen überwiegen, ist viel zu unbestimmt, um die Grundrechte des Betroffenen zu wahren. Problematisch ist weiter die Regelung, dass eine Übermittlung unterbleibt, wenn „überwiegende Sicherheitsinteressen“ dies erfordern. Dieser Verbotstatbestand kann Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung selbst in schwerwiegenden Fällen erheblich behindern. Es sollte erwogen werden, ob eine Rückausnahme für besonders erhebliche Gefahren oder Straftaten geregelt wird. Zudem sollte das Unterlassen der Übermittlung nicht in die Hände des BfV gelegt werden. Soweit das BfV vielmehr Daten nicht übermitteln will, obwohl ein grundsätzlich zu befolgendes Ersuchen vorliegt oder eine Übermittlungspflicht nach § 20 BVerfSchG besteht, sollte es an die Zustimmung der obersten Dienstbehörde gebunden werden.

4.2.4.2.2 Auswirkungen nach Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller

Nach Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller besteht kein zwingender Anpassungsbedarf. Vielmehr handelt es sich beim „informationellen Trennungsprinzip“ um eine Konkretisierung des schon im Volkszählungsurteil²⁶³ entwickelten Zweckbindungsprinzips. Dies wird aus der Herleitung in den Rn. 113 und 114 des ATDG-Urteils besonders deutlich, in denen das Gericht häufig die Begriffe „Zweckbindung“ oder „Zweckänderung“ verwendet.²⁶⁴

Besonderes Augenmerk legt das Gericht auf die Datenübermittlung für ein mögliches „operatives Tätigwerden“, wie es üblicherweise durch die Polizei erfolgt, namentlich die Anwendung von unmittelbarem Zwang.²⁶⁵

Der Austausch von Daten für ein mögliches operatives Tätigwerden muss nach der Urteilsbegründung dann einem herausragenden öffentlichen Interesse dienen, wenn der

²⁶³ BVerfGE 65, 1.

²⁶⁴ 1 BvR 1215/07, Rn. 113 f. = NJW 2013, 1499 (1503).

²⁶⁵ 1 BvR 1215/07, Rn. 120 f. = NJW 2013, 1499 (1504).

„Zugriff auf Informationen unter den erleichterten Bedingungen, wie sie den Nachrichtendiensten zu Gebot stehen“, erfolgt. Die „[...] Eingriffsschwellen für die Erlangung der Daten dürfen hierbei nicht unterlaufen werden.“²⁶⁶ Für Datenübermittlungen zwischen den Nachrichtendiensten und der Polizei folgt daraus, dass sich entsprechende Übermittlungsregelungen „jedenfalls [...] nicht mit vergleichbar niederschwelligen Voraussetzungen wie der Erforderlichkeit für die Aufgabenwahrnehmung oder der Wahrung öffentlicher Sicherheit begnügen“ dürfen.²⁶⁷ Dies bedeutet im Ergebnis, dass bei der Beurteilung von Übermittlungsvorschriften einerseits danach differenziert werden muss, ob die Informationsübermittlung ein operatives Tätigwerden zum Ziel hat, andererseits danach, ob die Informationen unter erleichterten Bedingungen erlangt wurden, die der empfangenden Behörde nicht zur Verfügung stehen.

Daraus ergibt sich ein Prüfungsbedarf anhand folgender Kriterien:

- Die Aufhebung der Datentrennung zwischen Nachrichtendiensten und Polizeibehörden ist nur ausnahmsweise zulässig.²⁶⁸
- Die Übermittlung mit dem Ziel eines operativen polizeilichen Tätigwerdens von Informationen, die mit nachrichtendienstlichen Mitteln gewonnen wurden, bedarf einer höheren Rechtfertigung als der bloßen Aufgabenwahrnehmung oder der Wahrung der öffentlichen Sicherheit.²⁶⁹
- Die Eingriffsschwellen für die Erlangung der Daten durch die empfangende Behörde dürfen dabei nicht unterlaufen werden.²⁷⁰

Wie genau die Schwelle für eine Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Polizeibehörden mit dem Ziel eines operativen Tätigwerdens formuliert werden muss, gibt das Gericht nicht vor. Es erwähnt lediglich, wann die Übermittlungsschwelle unterlaufen würde.²⁷¹ Bei einer Gesamtschau der Ausführungen insbesondere unter den Rn. 116 bis 123 (= NJW 2013, 1499 [1504 f.]) ergibt sich aber, dass das Gericht erkennbar auf die unterschiedlichen Schwellen für ein Tätigwerden von Polizeibehörden einerseits und

²⁶⁶ 1 BvR 1215/07, Rn. 123 a. E. = NJW 2013, 1499 (1505).

²⁶⁷ 1 BvR 1215/07, Rn. 126 a. E. = NJW 2013, 1499 (1505).

²⁶⁸ 1 BvR 1215/07, Rn. 123 = NJW 2013, 1499 (1505).

²⁶⁹ 1 BvR 1215/07, Rn. 123 und 126 = NJW 2013, 1499 (1505).

²⁷⁰ S. Fn. 268.

²⁷¹ 1 BvR 1215/07, Rn. 126 = NJW 2013, 1499 (1505).

Nachrichtendiensten andererseits abstellt. Nachrichtendienste dürfen bereits im Vorfeld von Gefährdungslagen Aufklärung betreiben, ohne dass es eines konkreten Gefahrverdachts bedarf²⁷², haben demgegenüber aber keine operativen Befugnisse. Polizeibehörden haben hingegen die Möglichkeit, Maßnahmen auch mit Zwang durchzusetzen; Voraussetzung für die Ausübung ihrer Befugnisse ist aber in der Regel, dass Anhaltspunkte für einen Tatverdacht oder eine Gefahr vorliegen.²⁷³

Damit ist Voraussetzung für eine Übermittlung von mittels nachrichtendienstlicher Methoden erlangter Erkenntnisse an Polizeibehörden, dass ein Anfangsverdacht im Sinne des § 160 Abs. 1 StPO oder der Verdacht einer konkreten Gefahr im Sinne der einschlägigen polizeirechtlichen Regelungen vorliegt, die ein polizeiliches Tätigwerden gestatten.

Ein Unterlaufen der Eingriffsschwellen ist insbesondere dann denkbar, wenn für die entsprechende Datenerhebung für die Polizeibehörden höhere Schwellen als der Anfangsverdacht oder Gefahrverdacht gelten.

Damit besteht nur dann ein Anpassungsbedarf, wenn die Übermittlungsvorschriften der Nachrichtendienste eine Übermittlung personenbezogener Daten an Polizeibehörden zu operativen Zwecken auch ohne konkreten Tatverdacht oder Gefahrverdacht gestatten.

Zwar gestattet § 19 Abs. 1 BVerfSchG nach seinem Wortlaut eine Übermittlung an inländische öffentliche Stellen, „wenn dies zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist oder der Empfänger die Daten zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder sonst für Zwecke der öffentlichen Sicherheit benötigt.“

Allerdings ist nach dem vom BVerfG in seinem Beschluss²⁷⁴ zur Bestandsdatenauskunft vom 24.01.2012 entwickelten „Doppeltürmodell“ bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Datenübermittlung immer auch eine Erhebungsbefugnis für die datenempfangende Stelle erforderlich. Hierzu enthält § 19 Abs. 1 BVerfSchG keine Regelung, sondern überlässt die Regelung der Erhebungsbefugnis schon angesichts des weiten Kreises der Empfänger („inländische öffentliche Stellen“) den jeweiligen Fachgesetzen für die empfangende Stelle.

²⁷² 1 BvR 1215/07, Rn. 116 = NJW 2013, 1499 (1504).

²⁷³ 1 BvR 1215/07, Rn. 120 = NJW 2013, 1499 (1504).

²⁷⁴ BVerfGE 130, 151.

Soweit Polizei- oder Strafverfolgungsbehörden personenbezogene Daten erheben dürfen, erfordern diese aber einen Tat- oder Gefahrverdacht.

Daher ist für mit nachrichtendienstlichen Mitteln gewonnene Erkenntnisse eine Übermittlung an Polizeibehörden nach § 19 Abs. 1 BVerfSchG nur zulässig, wenn dies zur Verfolgung von Straftaten oder zur Abwehr von Gefahren notwendig ist und ein entsprechender Verdacht vorliegt.

4.2.4.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen

1. Die Kommission empfiehlt, die für die Nachrichtendienste geltenden Übermittlungsvorschriften – insbesondere im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum ATDG – daraufhin zu überprüfen, ob sie den aktuellen rechtlichen und praktischen Anforderungen noch genügen.
2. Zu prüfen ist zunächst, ob der Kreis der pflichtigen Informationsweitergabe erweitert werden soll. Insbesondere für den – im Hinblick auf Straftaten, die nicht der Staatsschutzkriminalität zuzuordnen sind – sehr eng gefassten § 20 BVerfSchG ist zu prüfen, inwieweit er in geeigneter Weise auszubauen ist.
3. § 19 BVerfSchG bedarf auch vor dem Hintergrund der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung vom 24. April 2013 (Urteil, 1 BvR 1215/07 = NJW 2013, 1499) einer Überprüfung auf seine Grundrechtskonformität. Dasselbe gilt für § 20 BVerfSchG, soweit die Norm Datenübermittlungen zur Verfolgung von Staatsschutzdelikten vorsieht.
4. § 23 BVerfSchG ist gleichfalls überprüfungsbedürftig. Dies betrifft zum einen die Schutzklausel zugunsten des Betroffenen. Diese Regelung ist so offen formuliert, dass fraglich erscheint, ob sie den angestrebten Schutzzweck hinreichend zuverlässig erreicht. Zum anderen ist zu prüfen, ob diese Norm zu Recht die Entscheidung darüber, ob eine Datenübermittlung zum Schutz überwiegender Sicherheitsinteressen unterbleibt, allein in die Hände des Bundesamts für Verfassungsschutz legt.

4.3 Rechtsstaatliche Absicherung und Kontrolle

4.3.1 Rolle des Generalbundesanwalts bei der Sachleitung von Ermittlungen durch das Bundeskriminalamt

4.3.1.1 Bestandsaufnahme

Die Einrichtung und die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts legitimiert sich als Ausnahme von dem in Art. 30 GG verankerten Grundsatz der Länderzuständigkeit für die Strafverfolgung insbesondere daraus, dass eine wirksame Bekämpfung von kriminellen Vereinigungen und Straftaten, die mit terroristischen Mitteln und Methoden den Bestand des deutschen Staates und die Sicherheit der deutschen Gesellschaft gefährden wollen, vielfach nicht durch ein Bundesland oder einzelne Bundesländer möglich ist. Sie können Bedrohungen, die sich gegen den Gesamtstaat und gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung richten, nicht immer hinreichend frühzeitig erkennen, so dass besonderes Augenmerk auf die Zusammenarbeit des GBA mit den Ländern zu richten ist.

Folgende Veränderungen sind in den letzten Jahren festzustellen:

- Es bestehen zunehmend nebeneinander national und international begründete Bedrohungslagen. Neben den vornehmlich national handelnden Akteuren – vor allem in den links- und rechtsextremistischen Phänomenbereichen – operiert der jihadistische Terrorismus aus einem internationalen Kontext und in diesem.
- Statt großer, organisierter, vernetzter und straff geführter Vereinigungen agieren zunehmend lockere/lose Verbände, kleine Gruppen bis hin zu (sich selbst radikalierenden) Einzeltätern. Dabei werden Ideologie und Wissen zu Tatmitteln und -begehungsformen vor allem über das Internet propagandistisch vermittelt, während die Tatbegehung im Einzelnen nicht zentral gelenkt, sondern bewusst örtlich agierenden Gruppen oder Einzeltätern überlassen wird, die ohne oder mit geringem Kontakt zu zentral wirkenden Organisationen handeln. Da Verbindungen entweder nicht oder zu verdeckt bestehen, ist die Aufdeckung der entsprechenden Kommunikation und damit der örtlich handelnden Täter für die Sicherheitsbehörden außerordentlich schwierig.

Die Sicherheitsgesetzgebung der letzten Jahre war als Reaktion auf diese Veränderungen der terroristischen Bedrohungslage angelegt. Konstatiert wurden solche Veränderungen in Bezug auf Organisation, Strukturen, Mittel, Methoden und Ziele terroristischer

Gruppierungen. Insbesondere weisen nach gängiger Analyse solche Gruppierungen heute diffusere Strukturen auf und zielen auf breiter gestreute Opfergruppen ab.

4.3.1.2 Analyse und Bewertung

4.3.1.2.1 Verfahrensrechtliche Fragen

4.3.1.2.1.1 Einbindung des GBA durch die Länder

Nach § 142a Abs. 1 Satz 1 GVG übt der Generalbundesanwalt in den zur Zuständigkeit von Oberlandesgerichten im ersten Rechtszug gehörenden Strafsachen (§ 120 Abs. 1 und 2 GVG) das Amt der Staatsanwaltschaft aus. Zur Wahrnehmung dieser Zuständigkeit ist er insbesondere auf Informationen der Landesstaatsanwaltschaften und des Bundeskriminalamts angewiesen.

- Die Landesstaatsanwaltschaften sind gem. Nr. 202 Abs. 1 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) gehalten, Vorgänge, aus denen sich der Verdacht einer zur Zuständigkeit der Oberlandesgerichte im ersten Rechtszug gehörenden Straftat ergibt, unverzüglich an den Generalbundesanwalt zu übersenden. Das bedeutet, dass die Staatsanwaltschaft den Vorgang dahingehend aufklären muss, ob überhaupt Anlass besteht, den Generalbundesanwalt zu informieren. In einem sehr frühen Verfahrensstadium kann regelmäßig die besondere Bedeutung des Falls nur aufgrund von Indizien bzw. ersten Anhaltspunkten vermutet werden. Vor Verfahrensübernahme durch den GBA muss eine komplexe Abwägung vorgenommen werden, die mit einer großen Prognoseunsicherheit belastet ist.
- Das Bundeskriminalamt ist gem. § 163 Abs. 2 StPO und § 4 Abs. 3 BKAG verpflichtet, die Bundesanwaltschaft über sie betreffende Vorgänge zu informieren. Dies gilt auch in solchen Fällen, in denen sich die auf Grundlage der

präventiven Tätigkeit nach § 4a BKAG²⁷⁵ gewonnenen Erkenntnisse soweit verdichtet haben, dass ein Anfangsverdacht für eine strafbare Handlung vorliegt und das BKA die polizeilichen Aufgaben der Strafverfolgung übernimmt.

Bei der Bekämpfung des internationalen Terrorismus ist das Bundeskriminalamt sowohl gefahrenabwehrend (§ 4a BKAG) als auch strafverfolgend zuständig. Die Grenze zwischen dem Vorliegen einer konkreten Gefahr (Legaldefinition in § 20a BKAG) und einem bereits anzunehmenden Anfangsverdacht für eine Straftat ist gerade bei der Verhütung von Straftaten (§ 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG) fließend und oft schwierig. In den jeweiligen vom Bundeskriminalamt geführten § 4a-BKAG-Lagen muss daher aufgrund der jeweils aktuellen Erkenntnislage und -bewertung festgestellt werden, ob (nur) eine konkrete Gefahr vorliegt oder auch schon von einem Anfangsverdacht für eine Straftat auszugehen ist. In letzterem Fall kommen prinzipiell Maßnahmen sowohl nach dem BKAG als auch der StPO in Betracht, die teils unterschiedliche Voraussetzungen haben; einige polizeirechtliche Präventivbefugnisse (etwa die Videoüberwachung in Wohnungen oder die Onlinedurchsuchung, §§ 20h, 20k BKAG) haben sogar keine Entsprechung in der StPO.

Der Generalbundesanwalt ist insbesondere in Grenzbereichen zwischen Gefahrenverdacht und Straftatverdacht oft tatsächlich nicht hinreichend in der Lage, von seiner – nach geltendem Recht bestehenden – Befugnis Gebrauch zu machen, in einem frühen Stadium (bei Anfangsverdacht) seine Zuständigkeit zu prüfen. Gegebenenfalls ist er auf Informationen aus der Presse angewiesen, aus denen sich aber oft nicht genügend Anhaltspunkte für einen Anfangsverdacht ergeben, die die Einleitung eines eigenen Ermittlungsverfahrens rechtfertigen würden. Informationsrechte gegenüber den Staatsanwaltschaften der Länder

²⁷⁵ § 4 a Abs. 1 BKAG: Das Bundeskriminalamt kann die Aufgabe der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus in Fällen wahrnehmen, in denen

1. eine länderübergreifende Gefahr vorliegt,
2. die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde nicht erkennbar ist oder
3. die oberste Landesbehörde um eine Übernahme ersucht.

Es kann in diesen Fällen auch Straftaten verhüten, die in § 129a Abs. 1 und 2 StGB bezeichnet und dazu bestimmt sind, die Bevölkerung auf erhebliche Weise einzuschüchtern, eine Behörde oder eine internationale Organisation rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt zu nötigen oder die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beseitigen oder erheblich zu beeinträchtigen, und durch die Art ihrer Begehung oder ihre Auswirkungen einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich schädigen können.

oder den Behörden, die es ihm ermöglichen, bestehende Indizien für einen Anfangsverdacht zu prüfen, hat der Generalbundesanwalt derzeit nicht.

Es sollte deshalb geprüft werden, ob Rechtsänderungen hilfreich bzw. erforderlich sind, die den Generalbundesanwalt besser in die Lage versetzen, eigenständig zu prüfen, ob die Voraussetzungen eines in seine Zuständigkeit fallenden Staatsschutzdeliktes erfüllt sind.

Das Bestehen einer staatsanwaltschaftlichen „Vorermittlungskompetenz“, also die Frage, ob der GBA zur Klärung seiner Zuständigkeit, also eines seine Zuständigkeit begründenden Anfangsverdachts „Vorermittlungen“ durchführen darf, wird zum Teil mangels gesetzlicher Grundlage und zum Schutz der durch die StPO garantierten Verfahrensrechte abgelehnt.²⁷⁶ Überwiegend hingegen wird dem geltenden Recht eine solche Kompetenz entnommen.²⁷⁷

Der Begriff der „Vorermittlungskompetenz“ ist allerdings geeignet, Missverständnisse hervorzurufen, da er die Frage aufwerfen kann, ob im Rahmen der Ermittlungen auch in Grundrechte eingegriffen werden darf. Er wird deshalb im Folgenden in Anführungsstrichen verwendet.

Zu diesem Problemkreis soll hier nicht abschließend Stellung bezogen werden. Es sei nur auf Folgendes hingewiesen: Auch die ablehnende Ansicht räumt ein, dass „Vorermittlungen“ im Sinne einer Zuständigkeitsprüfung erforderlich sind, wenn es andernfalls rechtlich oder tatsächlich unmöglich sei, das Vorliegen eines Anfangsverdachts zu klären²⁷⁸. Die Befürworter der Zulässigkeit einer „Vorermittlungskompetenz“ weisen zu Recht darauf hin, dass im Rahmen von „Vorermittlungen“ grundsätzlich nicht in Grundrechte eingegriffen werden dürfe.²⁷⁹ Auch sei die zulässige „Vorermittlungsbefugnis“ nicht mit der unzulässigen Vorfeldermittlung zu verwechseln. Bei ersterer gehe es um die Klärung der Frage, ob

²⁷⁶ *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 311.

²⁷⁷ *Diemer*, Erhebungen des Generalbundesanwalts zur Klärung des Anfangsverdachts im Rahmen von ARP-Vorgängen, NStZ 2005, 666; *Keller*, Das Phänomen der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten, NStZ 1990, 416 (417); *Meyer-Goßner*, Kommentar StPO, 55. Aufl. 2012, § 152 Rn. 4a; *Lange*, Staatsanwaltliche Vorermittlungen – ohne rechtliche Grundlage?, DRiZ 2002, 264.

²⁷⁸ *Beulke*, Fn. 276.

²⁷⁹ *Lange*, Fn. 277, S. 270 f.

aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens veranlasst sei, während letztere erst dazu diene, solche tatsächlichen Anhaltspunkte zu ermitteln.²⁸⁰

Daher erschiene es zutreffender, entgegen dem Sprachgebrauch von einem „Informationsrecht“ des Generalbundesanwalts gegenüber Polizei- und Strafverfolgungsbehörden zur Klärung eines Anfangsverdachts (als Ausschnitt einer möglichen „Vorermittlungskompetenz“) zu sprechen.

Die Kompetenz des Generalbundesanwalts nach geltendem Recht beinhaltet bereits die Befugnis, das Vorliegen der eigenen Zuständigkeit zu überprüfen. Zusätzliche, nach bestimmten Maßgaben zeitlich vorgelagerte Informationsrechte und -pflichten führen nicht zu einer Kompetenzerweiterung zulasten der Landesstaatsanwaltschaften oder des Bundeskriminalamts, soweit sie lediglich bewirken, dass der Generalbundesanwalt eine gesetzlich vorgegebene Zuständigkeit effektiver und früher prüfen sowie wahrnehmen kann.

Die durch § 152 Abs. 2 StPO gesetzte Schwelle muss unberührt bleiben. Unterhalb des Anfangsverdachts soll also auch weiterhin keine operative Ermittlungsleitung des Generalbundesanwalts als Strafverfolgungsbehörde des Bundes bestehen. Auch eine Befugnis zu Grundrechtseingriffen ist grundsätzlich nicht gegeben. Eine Ausnahme gilt naturgemäß für den unumgänglichen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, weil der Generalbundesanwalt für die Prüfung seiner Kompetenz über die notwendigen Informationen verfügen muss.²⁸¹ Ein solcher (gerechtfertigter) Eingriff erfolgt aber letztlich immer bei einer Zuständigkeitsklärung durch den GBA und ggf. sogar bei der Anlegung eines bloßen Beobachtungsvorgangs.

Nach Auffassung der Kommission wäre aus den vorgenannten Gründen jedenfalls eine Präzisierung der sich aus Nummer 202 der RiStBV (Aktenvorlage an GBA bei Verdacht der OLG- bzw. GBA-Zuständigkeit) ergebenden – frühzeitigeren – Informationspflichten der Landesstaatsanwälte angezeigt, mit der Folge einer frühzeitiger einsetzenden Prüfung einer eigenen Kompetenz durch den GBA.

²⁸⁰ Meyer-Goßner, Kommentar StPO, 55. Aufl. 2012, § 152 Rn. 4a.

²⁸¹ Lange, Fn. 277, S. 273.

Darüber hinaus sollte aus Sicht der Kommission erwogen werden, § 142a Abs. 1 GVG zu ergänzen, um dem GBA auch bei noch unklarer Sachlage eine rechtssichere Möglichkeit zu geben, seine Zuständigkeit zu klären.

Hierzu könnte aus Sicht des Mitgliedes Harms § 142a Abs. 1 GVG um folgenden neuen Satz 3 ergänzt werden:

„Der Generalbundesanwalt hat das Recht, von Strafverfolgungsbehörden Auskünfte einzuholen und Akteneinsicht zu verlangen, um zu klären, ob zureichende Anhaltspunkte für eine Straftat vorhanden sind, deren Verfolgung in seine sachliche Zuständigkeit oder seine Befugnis zur Übernahme der Ermittlungen fällt.“

Die vom Mitglied Harms vorgeschlagene Formulierung („um zu klären, ob zureichende Anhaltspunkte für eine Straftat vorhanden sind“) deutet aus Sicht der Mitglieder Bäcker und Giesler allerdings auf die Schaffung einer „Vorermittlungskompetenz“ hin, wie sie auch die Bund-Länder-Kommission gefordert hat. Dies begegnet aus den auch bereits vom Mitglied Harms genannten begrifflichen Unsicherheiten Bedenken, weil unklar bleibt, an welche Voraussetzungen solche „Vorermittlungen“ gebunden und welcher Art die „Ermittlungsaufträge“ für das BKA sein sollen. Der Vorschlag erscheint auch verfassungsrechtlich schwierig, weil er den GBA – in unbestimmtem Umfang – zu Maßnahmen im Zuständigkeitsbereich der Länder ermächtigen könnte, obwohl seine Zuständigkeit – die erst geklärt werden soll – möglicherweise noch gar nicht besteht.

Vorzugswürdig wäre deshalb – bei grundsätzlich gleicher Zielsetzung wie bei derjenigen des Mitgliedes Harms – aus Sicht des Mitgliedes Giesler eine gesetzliche Feststellung, dass eine Zuständigkeit des GBA während des Ermittlungsverfahrens, insbesondere zu dessen Beginn nicht – worauf der bisherige Gesetzestext hindeuten könnte – davon abhängig ist, dass bereits die eine Zuständigkeit des GBA begründenden Umstände unzweifelhaft gegeben sind, sondern es entsprechend der Regelung zum Anfangsverdacht (§ 152 Abs. 2 StPO) genügt, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die eine Zuständigkeit des GBA begründenden Voraussetzungen gegeben sind. Der GBA kann hiernach bereits bei einem „Anfangsverdacht für seine Zuständigkeit“ die Strafverfolgung übernehmen und die Ermittlungen führen. Die dabei durchgeführten Ermittlungsmaßnahmen sind ihrerseits nach der StPO an den Anfangsverdacht einer Straftat gebunden; angesichts der niedrigen Anforderungen an einen solchen Anfangsverdacht gerade zu Beginn eines

Ermittlungsverfahrens ergeben sich hieraus jedoch keine Befugnislücken. Dazu könnte nach § 142a Abs. 1 Satz 1 GVG folgender Satz 2 eingefügt werden:

„Für die Übernahme der Strafverfolgung durch den Generalbundesanwalt genügt es, dass zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen der seine Zuständigkeit begründenden Voraussetzungen vorliegen.“

Ergeben danach die weiteren Ermittlungen, dass die seine Zuständigkeit begründenden Umstände nicht gegeben sind, so hat der GBA allgemeinen Grundsätzen folgend die Sache an die zuständige Landesstaatsanwaltschaft abzugeben. Alle während dieser „Zuständigkeitsermittlungsphase“ getroffenen Maßnahmen wären weiterhin wirksam.

4.3.1.2.1.2 Zusammenarbeit des GBA mit dem BKA

Die Kommission hat sich auch mit der Frage befasst, wie die Zusammenarbeit des BKA, das nach § 4a BKAG eigene Kompetenzen im Präventivbereich besitzt und zugleich unter der Sachleitungsbefugnis des GBA bei einem Straftatverdacht (also repressiv) tätig wird, mit dem GBA verbessert werden kann. Erörtert wurde, wie sichergestellt werden kann, dass der GBA bei einem Straftatverdacht, der bei präventiven Tätigkeiten des BKA nach § 4a BKAG in der Praxis oft nahe liegen dürfte, rechtzeitig und umfassend vom BKA eingebunden wird (vgl. dazu bereits oben 4.1.3).

Eine abschließende Meinung konnte sich die Kommission in der zur Verfügung stehenden Zeit nicht bilden. Geprüft wurde, in § 4a BKAG eine Informationspflicht des Bundeskriminalamts gegenüber dem GBA aufzunehmen. Ein neuer dritter Absatz könnte danach wie folgt lauten:

„Der Generalbundesanwalt ist unverzüglich zu benachrichtigen, wenn das Bundeskriminalamt die Aufgabe nach Absatz 1 wahrnimmt. Auskünfte und Akteneinsicht sind ihm zu gewähren, soweit dies zur Prüfung seiner Zuständigkeit nach § 120 in Verbindung mit § 142a Absatz 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes erforderlich ist.“

Eine solche Prüfung des Generalbundesanwalts muss danach mit einer Entscheidung über das Vorliegen der gesetzlichen Zuständigkeitsvoraussetzungen abschließen. Bejaht er sie, zieht er das Verfahren an sich. Ergibt sich hingegen kein Anfangsverdacht für ein Staatsschutzdelikt, verbleibt das Verfahren bei der zuständigen Landesstaatsanwaltschaft

oder (wenn gar kein Anfangsverdacht einer Straftat besteht) im präventiv-polizeilichen Bereich des Bundeskriminalamts.

Gegen eine solche Formulierung lässt sich allerdings einwenden, dass nach deren Satz 1 eine Benachrichtigung des GBA auch in Fällen erfolgen würde, in denen das Stadium des Anfangsverdachts einer die Zuständigkeit des GBA begründenden Straftat erkennbar noch nicht vorliegt, er also Informationen erhielte, die alleine den Bereich der präventiven Bekämpfung von Terrorismus beträfe und daher für seine eigene Aufgabenstellung irrelevant wäre. Angesichts der weitreichenden Vorfeldkriminalisierung gerade im Terrorismusstrafrecht, welche die Grenzen zwischen (rein) präventivpolizeilichem und (auch) strafprozessualen Handeln verschwimmen lässt, wiegt dieser Einwand allerdings möglicherweise nicht besonders schwer.

Die Mitglieder Kaller und Wolff weisen ergänzend darauf hin, dass das Verhältnis des Generalbundesanwalts zum Bundeskriminalamt im Gesetzgebungsverfahren bei der Übertragung der präventiven Kompetenzen an das BKA ausführlich diskutiert wurde. Veränderungen in diesem Verhältnis sind daher vor allem dann sinnvoll, wenn tatsächliche Änderungen seit diesem Zeitpunkt eingetreten sein sollten, was sich ihnen wiederum zumindest nicht aufdrängt.

4.3.1.2.2 Evokationsrecht nach § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GVG

Das geltende Recht sieht grundsätzlich zwei Fallgruppen vor, in denen der Generalbundesanwalt zuständig ist. Er hat zum einen nach § 120 Abs. 1 GVG beim Anfangsverdacht der dort genannten, abschließend aufgezählten Straftaten eine (ansonsten voraussetzungslose) *originäre* Zuständigkeit zur Bekämpfung terroristischer Vereinigungen gem. § 129a StGB. Daneben hat er unter den Voraussetzungen des § 120 Abs. 2 GVG in den dort genannten Konstellationen eine *evokative* Zuständigkeit für die Bekämpfung weiterer Straftaten. Das heißt, er kann die Strafverfolgung an sich ziehen, wenn die dort genannten weiteren Voraussetzungen vorliegen.

Voraussetzung dieser ausnahmsweisen Zuständigkeit des GBA als Bundesbehörde ist, dass die in Art. 96 Abs. 5 Nr. 4²⁸² oder Nr. 5 GG abschließend genannten Vorgaben erfüllt sind. Der häufigste Fall in der Praxis ist das Vorliegen eines *Staatsschutzbezugs* (Art. 96 Abs. 5 Nr. 5 GG). Eine Konkretisierung des Staatsschutzbegriffs findet sich weder im Grundgesetz noch in den einfachgesetzlichen Vorschriften des Strafgesetzbuches oder des Gerichtsverfassungsgesetzes. Der Bundesgesetzgeber kann die dem Staatsschutz zuzuordnenden Sachgebiete näher bestimmen und die gerichtliche Zuständigkeit auf diesem Gebiet festlegen. Aus der insoweit daher verfassungskonkretisierenden Vorschrift des § 120 GVG ergibt sich, dass ein Staatsschutzbezug bei der Verfolgung solcher Straftaten vorliegt, die den Bestand der Bundesrepublik Deutschland, die innere und äußere Sicherheit und die Verfassungsgrundsätze bedrohen.

In seiner Tamilen-Entscheidung geht der Bundesgerichtshof davon aus, dass „der Bereich der Ausübung erstinstanzlicher bundesstaatlicher Gerichtsbarkeit, auf dessen Erfassung der Begriff des Staatsschutzes in Art. 96 Abs. 5 GG zielt, traditionell über das hinaus [geht], was in Nr. 3 des § 120 Abs. 2 Satz 1 GVG umschrieben ist“.²⁸³ Folgt man dem, so lässt Art. 96 Abs. 5 Nr. 5 GG im Rahmen des Begriffs Staatsschutz einen gewissen Auslegungsspielraum für eine einfachrechtliche Ausgestaltung. Der Bundesgesetzgeber muss sich aber dabei innerhalb des durch die Verfassung gesetzten Rahmens bewegen und darf nicht nach Belieben bestimmte Tatbestandsgruppen zu Staatsschutzdelikten erklären.²⁸⁴ Der Bundesgerichtshof stellt in der Eggesin-Entscheidung klar, dass der Bundesgesetzgeber „nur solche Straftaten der Strafverfolgung durch den Bund unterstellen [darf], die das staatliche Gefüge in länderübergreifender Weise treffen und die Rechtsgüter des Gesamtstaats derart stark beeinträchtigen, dass ihre Ahndung durch die Landesjustiz der Bedeutung des Angriffs auf die bundesstaatliche Gesamtordnung nicht gerecht würde.“²⁸⁵ Die dem Generalbundesanwalt nach § 120 i. V. m. § 142a Abs. 1 Satz 1 GVG eingeräumten Befugnisse können daher in gewissem Umfang erweitert werden. Umstritten und schwer zu

²⁸² Eine *originäre* Zuständigkeit des GBA besteht nur für die Verfolgung des Friedensverrates bzw. der Vorbereitung eines Angriffskrieges (§ 120 Abs. 1 Nr. 1 GVG i. V. m. § 80 StGB, Art. 26 Abs. 1, 96 Nr. 4 GG) nicht jedoch für die Aufstachelung zum Angriffskrieg (§§ 74a Abs. 1 Nr. 1, 120 Abs. 2 Nr. 1 GVG i. V. m. § 80a StGB, Art. 26, 96 Nr. 4 GG).

²⁸³ BGH, NStZ 1988, 188 (189).

²⁸⁴ BGHSt 46, 238 (243); *Wollweber*, Die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts in Staatsschutzsachen nach § 120 Abs. 1 und Abs. 2 GVG, 2010, S. 42.

²⁸⁵ BGHSt 46, 238 (243).

bestimmen ist allerdings die genaue Grenze, bis zu der man sich noch im Rahmen des Staatsschutzbegriffs befindet. Überschreitet man ihn, wäre eine solche Zuständigkeit des GBA verfassungswidrig oder bedürfte einer vorherigen Erweiterung des Art. 96 Abs. 5 GG.

Nach geltendem Recht muss der Generalbundesanwalt gem. § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GVG die Verfolgung von bisher bei den Staatsanwaltschaften der Länder anhängigen Verfahren an sich ziehen, wenn bestimmte schwere (*Nichtstaatsschutz-*)*Straftaten*, wie z. B. Mord, Totschlag, Geiselnahme, schwere Brandstiftung

- nach den Umständen bestimmt und geeignet sind,
- die innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland zu beeinträchtigen oder
- Verfassungsgrundsätze zu beseitigen, außer Geltung zu setzen oder zu untergraben und
- er die besondere Bedeutung des Falles bejaht.

Dieses Evokationsrecht soll die Übernahmemöglichkeit bei terroristischen Taten von Einzelpersonen, revolutionären Kleingruppen oder autonomen Gruppen sichern.²⁸⁶ Im Einzelnen sind diese zuständigkeitsbegründenden unbestimmten Rechtsbegriffe wie folgt zu verstehen:

- „bestimmt und geeignet“
Zur Begründung einer Bundesstrafverfolgungskompetenz muss die Katalogtat i. S. d. § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GVG objektiv geeignet sein, Belange des Staatsschutzes zu beeinträchtigen. Dabei genügt die bloße Geeignetheit einer Handlung zur Herbeiführung einer Gefährdungslage. Eine konkrete Beeinträchtigung der Staatsschutzbelange muss noch nicht eingetreten sein (Grundsatz der wehrhaften Demokratie).²⁸⁷ Bei den in § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GVG genannten Tatbeständen handelt es sich nicht um Taten, die für sich genommen regelmäßig dazu geeignet sind, die Funktionsfähigkeit der staatlichen Einrichtungen oder die freiheitliche demokratische Grundordnung in Frage zu

²⁸⁶ *Hannich*, in: *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 6. Aufl. 2009, § 120 GVG Rn. 4c; *Schnarr*, *Innere Sicherheit – die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts nach § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GVG*, MDR 1993, 589.

²⁸⁷ *Schnarr*, a. a. O., S. 594.

stellen. Einen solchen Stellenwert erlangen sie erst aufgrund ihrer Wahrnehmung in der Bevölkerung und/oder im Ausland sowie aufgrund der Angst der Bevölkerung und staatlicher Funktionsträger vor Nachahmungstätern.²⁸⁸

Das voluntative Element „bestimmt“ bedeutet, dass der Täter die möglichen Folgen seiner Tat in seinen Willen aufgenommen haben muss. Dazu reicht es zwar aus, erfordert aber eben auch, dass er die tatsächlichen Umstände, die die Eignung der Tat zur Beeinträchtigung des Schutzgutes ergeben, kannte und in seinen Willen einbezogen hat; ein zielgerichtetes Handeln zur Beeinträchtigung der inneren Sicherheit im Sinne einer Absicht ist nicht erforderlich.²⁸⁹

- „besondere Bedeutung des Falles“

Neben der erforderlichen Gefährdung der in § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GVG aufgeführten Staatsschutzbelange muss der GBA für eine evokative Übernahme des Verfahrens die „besondere Bedeutung des Falles“ bejahen. Einer Sache kommt besondere Bedeutung zu, wenn unter Beachtung des Ausmaßes der Verletzung individueller Rechtsgüter des durch die Tat konkret Geschädigten ein staatsgefährdendes Delikt von erheblichem Gewicht vorliegt.²⁹⁰ Weiter ist erforderlich, dass die Tat so in die Schutzgüter des Gesamtstaates eingreift, dass ein Einschreiten des Generalbundesanwalts und eine Aburteilung durch die Bundesgerichtsbarkeit geboten sind²⁹¹. Maßgeblich für die staatsschutzrechtliche Anerkennung der Qualität von Strafverfahren ist nicht die verbrecherische Schwere der Tat, sondern ihre auf staatliche Angelegenheiten gewandte Zielrichtung und dem daraus erwachsenden gesamtstaatlichen Interesse an der Strafverfolgung.

§ 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GVG stellt damit hohe Anforderungen an die erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberlandesgerichte sowie die daraus abgeleitete Zuständigkeit des Generalbundesanwalts. Diese Anforderungen sind durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor dem Hintergrund der damit nach dem Grundgesetz nur ausnahmsweise gegebenen Bundes(strafverfolgungs)kompetenz einschränkend ausgelegt

²⁸⁸ Wollweber, Fn. 284, S. 200.

²⁸⁹ BGHSt 46, 238 (253) (Fall Eggesin); *Hannich*, in: *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 6. Aufl. 2009, § 120 GVG Rn. 4c.

²⁹⁰ BGHSt 46, 238 (253) (Fall Eggesin); BGH NStZ 2002, 447; 2008, 146 (147).

²⁹¹ Ebd.

worden²⁹². Außerdem bringt die Aufnahme materieller Rechtsbegriffe in das Verfahrensrecht Auslegungsprobleme mit sich, die die Anwendung der Vorschrift erschweren. Die daraus resultierenden hohen Schwellen für eine Zuständigkeit der Oberlandesgerichte und des Generalbundesanwalts sollten insbesondere im Interesse einer im Staatsschutzbereich wünschenswerten einheitlichen Ermittlungsführung beim Generalbundesanwalt auf Ergänzungsmöglichkeiten geprüft werden. Die Kommission ist der Auffassung, dass im Rahmen der genannten engen und abschließenden Vorgaben des Verfassungsrechts insoweit noch ein allerdings sehr eingeschränkter Spielraum besteht. Allerdings birgt jede Ergänzung des bereits wiederholt erweiterten § 120 GVG, der die Spielräume des einfachen Gesetzgebers weitgehend ausgereizt haben dürfte, ein verfassungsrechtliches Risiko und bedarf sorgfältiger Prüfung.

(a) Die Kommission hat vorrangig erörtert, inwieweit es verfassungsrechtlich vertretbar erscheint, die Formulierung „nach den Umständen bestimmt und geeignet ist“ noch zu erweitern. Hier sieht sie noch einen begrenzten Handlungsspielraum, konnte sich aber in der verfügbaren Zeit nicht auf einen konkreten Vorschlag verständigen.

Das Mitglied Harms schlug vor, die genannte Voraussetzung dadurch zu erweitern, dass es ausreichend wäre, wenn die Katalogtat „bestimmt und geeignet erscheint“. Danach sollten diese Voraussetzungen weder im Stadium der Übernahme der Ermittlungen durch den Generalbundesanwalt noch bei Verfahrenseröffnung vor dem Oberlandesgericht feststehen müssen, sondern es sollte für die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts und des Oberlandesgerichts im ersten Rechtszug ausreichend sein, wenn die in § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GVG genannten schweren Straftaten geeignet erscheinen, staatsschutzgefährdenden Charakter zu entfalten. Bei vielen schweren Straftaten der letzten Jahre sei die Eignung und Bestimmung für staatsschutzgefährdende Ziele erst im Laufe der Ermittlungen oder des Strafverfahrens endgültig festzustellen gewesen. Auch bei diesen Delikten solle jedoch die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts gegeben sein.

Diese vorgeschlagene Lockerung erscheint nach Auffassung des Mitgliedes Giesler jedoch zu weitgehend und begegnet erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Es verweist darauf, dass Art. 96 Nr. 5 GG eine Inanspruchnahme der Oberlandesgerichte als

²⁹² BGHSt 46, 238 (253 f.) (Fall Eggesin); 53, 128 (140 f.).

Bundesgerichte (mit der Folge der Zuständigkeit des GBA) nur „auf dem Gebiet“ des „Staatsschutzes“ zulässt. Diese Voraussetzung muss danach erfüllt sein; es genügt nicht, wenn sie erfüllt sein *kann*. Der erforderliche verfassungsrechtlich gebotene Staatsschutzbezug setzt zudem schon jetzt – beispielsweise in § 120 Abs. 2 Nr. 3 lit. a GVG – nicht voraus, dass die Tat den Bestand oder die Sicherheit eines Staates beeinträchtigt. Es genügt vielmehr, dass sie „nach den Umständen bestimmt und geeignet ist, den Bestand oder die Sicherheit eines Staates zu beeinträchtigen“. Bereits jetzt genügt also, dass die Tat das Potential zur Staatsschutzbeeinträchtigung hat („geeignet ist“). Den Bezug noch weitergehend dahin zu lockern, dass sie dieses Potential nur haben kann („geeignet sein kann“), nimmt in Kauf, dass auch Taten erfasst werden, die noch nicht einmal dieses Potential haben. In diesen Fällen kann aber das Vorliegen des erforderlichen Staatsschutzbezugs nicht mehr überzeugend dargelegt werden. Auch bleibe unklar, welche zusätzlichen konkreten Fälle mit der genannten Formulierung künftig in die GBA-Zuständigkeit fallen würden.

Um ebenso wie das Mitglied Harms eine sachgerechte Bekämpfung gesamtstaatlich relevanter politisch motivierter Kriminalität mit den Mitteln des Strafrechts auf Bundesebene zu gewährleisten, erscheint nach seiner Auffassung eine Erweiterung der Evokationsmöglichkeit des Generalbundesanwalts für Fälle vorzugswürdig und erwägenswert, in denen durch ein staatsschutzrelevantes Delikt Interessen des Gesamtstaates und nicht lediglich eines Bundeslandes beeinträchtigt werden. Eine solche Zuständigkeitserweiterung kann dadurch bewirkt werden, dass unter dem Merkmal der besonderen Bedeutung in § 120 Abs. 2 GVG eine (weitere) Evokationsmöglichkeit des GBA eröffnet wird, die eine Übernahme der Verfolgung auch dann zulässt, wenn sich die Tat gegen die Bundesrepublik Deutschland richtet und eine (zentrale) Ermittlungszuständigkeit des Generalbundesanwalts wegen des länderübergreifenden Charakters des Falles als geboten erscheint. Eine solche Regelung erweitert die Evokationsmöglichkeit des GBA, bewegt sich zugleich aber innerhalb des bisherigen Systems. So würde etwa für den Fall, dass sich im weiteren Verlauf die Annahme eines länderübergreifenden Charakters und damit auch eine besondere Bedeutung des Falles nicht bestätigt, § 142a Abs. 4 GVG eingreifen, wonach der GBA eine Sache, die er unter Bejahung der besonderen Bedeutung übernommen hat, wieder an die Landesstaatsanwaltschaft abgibt, wenn eine besondere Bedeutung des Falles nicht mehr vorliegt.

Der Alternativvorschlag des Mitgliedes Giesler wäre deshalb, nach § 120 Abs. 2 Satz 1 GVG folgenden Satz einzufügen:

„Eine besondere Bedeutung des Falles [i. S. d. Satzes 1] ist auch anzunehmen, wenn sich die Tat gegen die Bundesrepublik Deutschland richtet und eine Ermittlungszuständigkeit des Generalbundesanwalts wegen ihres länderübergreifenden Charakters geboten erscheint.“

Ungeachtet der im Ergebnis von der Kommission als sinnvoll angesehenen begrenzten Erweiterung des § 120 Abs. 2 Nr. 3 GVG, bedarf mithin die hierzu mögliche konkrete Formulierung noch vertiefter fachlicher Prüfung.

(b) Überlegt wurde in der Kommission zudem, auf die Bestimmtheit der Delikte für die Annahme einer Staatsschutzgefährdung zu verzichten. Entscheidend und ausreichend für die Bejahung eines Staatsschutzdeliktes solle sein, dass nach den Umständen die Tat objektiv geeignet ist, den Bestand und die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden. Die Bejahung dieser Voraussetzung solle regelmäßig ein hinreichendes Indiz dafür sein, dass dies auch Ziel der Tat ist. Auf eine Feststellung dieser Zielsetzung nach Maßgabe des geltenden § 120 Abs. 2 GVG solle aber verzichtet werden, zumal terroristische Vereinigungen/Täter aus den genannten Gründen ihre Ziele und Organisation nicht oder lange Zeit nicht offenbarten.

Dieser Vorschlag wurde allerdings nicht weiter geprüft, da bereits fraglich erscheint, ob es einer solchen Erweiterung bedarf, um das erklärte Ziel zu erreichen. Hiernach soll die objektive Eignung, den Bestand und die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, „regelmäßig ein hinreichendes Indiz dafür sein, dass dies auch Ziel der Tat ist“. Das dürfte aber schon der bisherigen Handhabung der geltenden Rechtslage entsprechen. So geht der BGH in der Eggesin-Entscheidung ausdrücklich davon aus, dass das „Vorliegen dieses subjektiven Merkmals aus den objektiven Umständen der Tatbegehung und ihres Hintergrundes geschlossen“ werden kann.²⁹³ Regelmäßig dürfte deshalb – zumal zu Beginn einer Ermittlung – die Zuständigkeit des GBA am Merkmal des „Bestimmtseins“ nicht scheitern.

Fälle, in denen dieser (naheliegende) Schluss nicht gezogen werden kann, können nur solche sein, in denen (ausnahmsweise) eindeutig feststeht, dass der mutmaßliche Täter die

²⁹³ BGH, Urteil vom 22.12.2000 – 3 StR 378/00 – Rn. 41 = NJW 2001, 1359 (1363).

tatsächlichen Umstände, die die Eignung der Tat zur Beeinträchtigung des Schutzguts ergeben, nicht kannte und in seinen Willen einbezog – mehr, insbesondere zielgerichtetes Handeln verlangt die Rechtsprechung zur Bejahung des „Bestimmtheits“ nicht.²⁹⁴ Solche Fälle dürften aber kaum vorkommen. Wenn sie doch einmal vorliegen sollten, wäre freilich auch ihre Zuordnung zum „Staatsschutz“ zweifelhaft. Denn wenn ein Täter die den Staatsschutzbezug ausmachenden Rechtsgüter der lit. a bis d ohne Wissen und Wollen beeinträchtigt, dürfte seiner Tat die typische Gefährlichkeit für die genannten Rechtsgüter fehlen.

(c) Schließlich wurde über die bereits genannten Vorschläge zur Erweiterung des § 120 Abs. 1 GVG (vgl. oben) hinaus entsprechend der Empfehlung der Bund-Länder-Expertenkommission Rechtsextremismus eine Lockerung der einfachgesetzlichen Einschränkung bezüglich des Erfordernisses der „besonderen Bedeutung des Falls“ erwogen.²⁹⁵ In Betracht käme danach z. B. eine Streichung des Wortes „besondere“ oder Ersetzung der „besonderen“ Bedeutung durch eine „länderübergreifende“ Bedeutung.

Die Tragweite dieses Vorschlags ist allerdings von der Kommission im vorliegenden Zeitrahmen nur schwer einzuschätzen. Auch wenn nur noch von „Bedeutung“ oder von „länderübergreifender Bedeutung“ des Falles gesprochen wird, kann dies als Umschreibung einer – in der Eggesin-Entscheidung des BGH näher umschriebenen – Situation verstanden werden, in der die „Schutzgüter des Gesamtstaats in einer derart spezifischen Weise [angegriffen werden], dass ein Einschreiten des Generalbundesanwalts und eine Aburteilung durch ein Bundesgerichtsbarkeit ausübendes Gericht geboten ist“²⁹⁶.

Soweit die vorgeschlagenen Neufassungen des Merkmals in diesem Sinne verstanden werden sollten, wären sie verfassungsrechtlich unbedenklich, brächten freilich auch in der Sache keine wirkliche Änderung. Bedenklich wäre es jedoch, wenn künftig auch solche Taten erfasst werden sollten, in denen ein Einschreiten des Generalbundesanwaltes und

²⁹⁴ BGH, Urteil vom 22.12.2000 – 3 StR 378/00 –, Rn. 40 a. E. = NJW 2001, 1359 (1363).

²⁹⁵ Vgl. 2. Zwischenbericht der Bund-Länder Expertenkommission, Stand 27.11.2012, S. 29, abrufbar unter:

<http://www.bundesrat.de/DE/gremien-konf/fachministerkonf/imk/Sitzungen/12-12-07/Anlage22,%20templa%20teld=%20raw,%20property=publicationFile.pdf/Anlage22.pdf>

(letzter Abruf am 03. Juni 2013).

²⁹⁶ BGH, Urteil vom 22.12.2000 – 3 StR 378/00 –, Rn. 43 a. E. = NJW 2001, 1359 (1363).

eine Aburteilung durch ein Bundesgerichtsbarkeit ausübendes Gericht gerade nicht geboten wäre.

Dies wäre insbesondere bei dem Vorschlag, die Voraussetzung der „besonderen“ Bedeutung ersatzlos wegfallen zu lassen, zu besorgen. Dies gälte aber auch hinsichtlich des Vorschlags, die „besondere Bedeutung“ durch eine „länderübergreifende Bedeutung“ zu ersetzen. Ein länderübergreifender Charakter kann nämlich nicht schon „für sich“ genommen deshalb genügen, weil zentrale bundesweite Ermittlungen Effizienzgewinne versprechen. Auch der länderübergreifende Charakter muss sich vielmehr nicht nur ermittlungsbezogen, sondern rechtsgutsbezogen verstehen lassen. Es müssen also aus allen gegen die Rechtsgüter der in § 120 Abs. 1 Nr. 3 lit. a bis d GVG gerichteten Taten diejenigen herausgefiltert werden, die gesamtstaatliche Rechtsgüter in spezifischer Weise betreffen, nämlich wegen ihres Gewichts, ihrer Eigenart etc. eine zentrale Ermittlungszuständigkeit geboten erscheinen lassen.

Dies würde besser zum Ausdruck gebracht und wäre damit auch verfassungsrechtlich vorzugswürdig, wenn gemäß dem oben unter a) genannten Vorschlag eine weitere Evokationsmöglichkeit des GBA eröffnet würde, die eine Übernahme der Verfolgung auch dann zulässt, wenn sich die Tat „gegen die Bundesrepublik Deutschland richtet und eine (zentrale) Ermittlungszuständigkeit des Generalbundesanwalts wegen des länderübergreifenden Charakters des Falles als geboten erscheint.“

4.3.1.2.3 Zuständiger Richter im Bereich §§ 4, 4a BKAG

Die Kommission hat sich ebenfalls mit der Frage befasst, die Zuständigkeit für richterliche Maßnahmen im Bereich der §§ 4 und 4a BKAG zu vereinheitlichen oder einer höheren richterlichen Instanz zu übertragen. Im Raum steht dabei sowohl eine differenzierende Regelung, die partiell eine Zuständigkeit einer Kammer des Landgerichts für bestimmte eingriffsintensive Maßnahmen im Bereich der Zuständigkeit nach § 4a BKAG vorsieht (vgl. dazu o. 4.1.3.2.4) sowie der Vorschlag der Mitglieder Bäcker, Giesler, Harms, Hirsch und Wolff, einen einheitlichen Ermittlungsrichter beim Bundesgerichtshof für alle Anordnungen – sowohl für die präventiv-polizeilichen nach § 4a BKAG als auch für die repressiven nach § 4 BKAG i. V. m. StPO – einzusetzen (vgl. bereits o. 4.1.3.2.2). Das Mitglied Harms schlägt darüber hinaus vor, Anträge in § 4a BKAG-Lagen durch Vermittlung des Generalbundesanwalts an den Bundesgerichtshof vorzulegen. Eine in die gleiche Richtung gehende, aber nicht mehr realisierte Rechtsänderung ist bereits im Koalitionsvertrag der laufenden 17. Legislaturperiode vorgesehen: „Für die Entscheidung über die Anordnung der

verdeckten Ermittlungsmaßnahmen nach dem Abschnitt zur Gefahrenabwehr gegen den internationalen Terrorismus im BKA-Gesetz soll künftig ein Richter am Bundesgerichtshof durch Vermittlung des Generalbundesanwalts zuständig sein. Diese Zuständigkeit tritt an die Stelle der bisherigen Zuständigkeit des Amtsgerichts am Sitz des BKA.“ (S. 100 des Koalitionsvertrages).

Nach geltendem Recht ist für Anträge des Bundeskriminalamts auf Anordnungen von Maßnahmen im Bereich der Kompetenz nach § 4a BKAG das Amtsgericht am Sitz des Bundeskriminalamts (Amtsgericht Wiesbaden) zuständig. Maßnahmen nach der StPO im Bereich der Strafverfolgung ordnet auf Antrag des Generalbundesanwalts der Ermittlungsrichter beim Bundesgerichtshof an. Ein „einheitlicher Ermittlungsrichter beim Bundesgerichtshof“ würde zwar einen gewissen Wandel in der Systematik von polizeilicher Gefahrenabwehr und Strafverfolgung bedeuten (gesetzlich geregelte Einbindung des Ermittlungsrichters beim Bundesgerichtshof im Gefahrenabwehrfall), der allerdings angesichts der hergebrachten Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit für vorbehaltsrichterliche Anordnungen auch im Polizeirecht nicht allzu schwer wöge. Zudem würde nach dem Vorschlag des Mitgliedes Harms die Bundesanwaltschaft frühzeitig in Präventivmaßnahmen eingebunden und ihr durch frühzeitige Information eine raschere Entscheidung darüber ermöglicht, ob die Voraussetzungen der eigenen Zuständigkeit vorliegen bzw. eingetreten sind.

Dieser Vorschlag des Mitgliedes Harms deckt sich somit in der Zielsetzung mit der von der Kommission als sinnvoll angesehenen Zielsetzung, die Stellung des GBA insbesondere auch im Verhältnis zum BKA zu stärken (vgl. o. 4.3.1.2.1.2). Die Kommission hat sich dennoch nicht abschließend auf einen konkreten Vorschlag hierzu festlegen wollen. Hintergrund ist die Frage, wie genau der GBA eingebunden werden soll, um noch den Rahmen seiner ihm gesetzlich zugewiesenen Rolle als Strafverfolgungsbehörde einzuhalten.

Unklar ist etwa, ob dem GBA eine irgendwie geartete Prüfungs- oder Entscheidungsbefugnis bei Anträgen des BKA eingeräumt werden soll. Letzteres würde jedenfalls bedeuten, dass dem GBA Aufgaben im Bereich der Gefahrenabwehr zugewiesen würden. Die Wahrnehmung präventiver Aufgaben durch eine Staatsanwaltschaft widerspräche ihrem bislang allein repressiven Charakter im Gefüge der staatlichen Gewalten, ohne dass eine Erforderlichkeit hierfür belastbar dargelegt wäre. Selbst wenn man das Informationsinteresse des GBA als im Grund rechtfertigend ansähe, wäre dieses Ziel auch zu erreichen, ohne dass das BKA seine Anträge über den GBA an den BGH leitet. Insbesondere gibt es bereits

andere Überlegungen, wie eine bessere Information des GBA durch das BKA zur Ermöglichung einer effektiveren Aufgabenwahrnehmung möglich wäre (vgl. dazu o. 4.3.1.2.1.2 und 4.3.1.2.2). Die Kommission könnte sich jedoch auch dem Vorschlag des Mitgliedes Harms anschließen, wenn die Rolle des GBA bei diesem Vorschlag präzisiert werden würde. Hierzu bedarf es jedoch noch vertiefender fachlichen Prüfungen, die auch die unter 4.1.3.2.2 bis 4.1.3.2.4 und 4.3.1.2.1.2 und 4.3.1.2.2 angestellten Überlegungen einschließen sollten.

4.3.1.2.4 §§ 120 Abs. 1 Nr. 6 GVG, 129a StGB

Für die Bekämpfung terroristischer Kriminalität in der originären Zuständigkeit des Generalbundesanwalts ist § 129a StGB eine wichtige Rechtsgrundlage. Der Straftatbestand der Bildung terroristischer Vereinigungen wurde unter dem Eindruck eines in den Jahren 1970 bis 1975 immer stärker werdenden deutschen organisierten Terrorismus geschaffen²⁹⁷, die Tatbestandsvoraussetzungen des § 129a StGB spiegeln diesen historischen Hintergrund denn auch wider.

Vom Begriff der Vereinigung im Sinne des § 129a StGB erfasst wird ein

- auf eine gewisse Dauer angelegter organisatorischer Zusammenschluss von mindestens drei Personen,
- die bei Unterordnung des Willens des einzelnen unter den der Gesamtheit
- gemeinsame Zwecke verfolgen und
- derart in Beziehung stehen, dass sie sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen.²⁹⁸

§ 129a StGB erfordert also ein hohes Maß an fester Organisation und die Unterordnung des Einzelnen unter das Ganze. Lockere Verbände oder bloße Banden werden hingegen nicht erfasst.²⁹⁹

²⁹⁷ Wollweber, Fn. 284, S. 158, 166.

²⁹⁸ BGHSt 28, 147; 31, 202 (204 f.); 45, 26; Fischer, Kommentar zum StGB 58. Aufl. 2011, § 129 Rn. 6; Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 129 Rn. 4; Schäfer, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 129 Rn. 14.

Der seinerzeit auf die Bekämpfung von Strukturen der Roten Armee Fraktion (RAF) zugeschnittene § 129a StGB muss in seinen Voraussetzungen, *insbesondere dem dort notwendigen Mindestmaß an Organisation*³⁰⁰, auch der aktuellen Bedrohungslage gerecht werden. Ungeachtet des mit einer verringerten organisatorischen Verbindung von terroristischen Tätern und Gruppen angestrebten und erreichten höheren terroristischen Bedrohungspotenzials, soll der Generalbundesanwalt seine Kompetenz in Staatsschutzstrafsachen weiterhin einbringen und die Ermittlungen im erforderlichen Umfang rechtzeitig übernehmen können.

Es muss daher sichergestellt bleiben, dass der Generalbundesanwalt eine tatsächlich auch wirksam werdende Zuständigkeit möglichst für alle schwerwiegenden terroristischen Straftaten behält. Dies gewährleistet eine effektive Strafverfolgung durch die damit mögliche überregionale Koordination der Ermittlungen in einer Hand. Eine solche Konzentration der Zuständigkeiten im Bereich des Staatsschutzes macht es möglich, überörtliche Zusammenhänge und einheitliche Methoden bei der Begehung von Straftaten sowie deren eigentliche Drahtzieher und Fernziele zu erkennen.

Vor diesem Hintergrund gibt das Mitglied Harms eine materiell-rechtliche Gesetzesänderung zu bedenken. Durch eine Anpassung der Legaldefinition der „terroristischen Vereinigung“ entsprechend dem EU-Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung³⁰¹ sollten nach ihrer Auffassung die Anforderungen in § 129a StGB insbesondere an Organisationsform und Unterordnung des einzelnen Willens unter den der Gesamtheit besser der aktuellen Bedrohungslage Rechnung tragen.

²⁹⁹ BGHSt 54, 216 (231); *Lackner*, StGB-Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 129 Rn. 2; *Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 129 Rn. 30.

³⁰⁰ Zu diesem Erfordernis *Rebmann*, Die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts zur Verfolgung terroristischer Straftaten – Vorschläge zu notwendiger Ergänzung –, NStZ 1986, 289 (290).

³⁰¹ Art. 2 Abs. 1 Satz 1 des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union vom 13.06.2002 zur Terrorismusbekämpfung (ABl. EG Nr. L 164 S. 3) bezeichnet eine terroristische Vereinigung im Wesentlichen als einen auf längere Dauer angelegten organisierten Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, die zusammenwirken, um terroristische Straftaten zu begehen. Das Erfordernis eines organisierten Zusammenschlusses wird dabei gewählt, um zufällig zur unmittelbaren Begehung einer strafbaren Handlung gebildete Gruppen auszuschließen. Die Notwendigkeit förmlich festgelegter Rollen für seine Mitglieder, eine kontinuierliche Mitgliedschaft oder eine ausgeprägte Struktur wird dadurch nicht begründet.

Dies ist aus der Sicht des Mitgliedes Giesler jedoch nicht erforderlich. Zutreffend ist danach sicher, dass sich das Erscheinungsbild des islamistischen Extremismus diversifiziert. Es sei jedoch kein konkreter Fall bekannt, bei dem eine in Deutschland agierende terroristische Gruppierung letztlich nicht unter den Begriff der inländischen (§ 129a StGB) oder zumindest der ausländischen terroristischen Vereinigung (§ 129b StGB) gefasst werden konnte. Hinzu kommt nach seiner Auffassung, dass die Auslegung des BGH im Hinblick auf den Vereinigungsbegriff nicht zwingend ist und nach dem Wortlaut des § 129a StGB eine europarechtskonforme Auslegung möglich erscheint. Somit würden auch die europarechtlichen Vorgaben keine Änderung dieses Straftatbestandes erforderlich machen.

Dem ist jedoch nach Ansicht des Mitgliedes Kaller entgegen zu halten, dass die Rechtsprechung nichtsdestotrotz weiterhin am strengen Vereinigungsbegriff festhält. Der BGH lehnte in seinem G8-Beschluss vom 20. Dezember 2007³⁰² eine europarechtskonforme Auslegung des Begriffs Vereinigung ab und verwies sogar ausdrücklich auf den Gesetzgeber. Daher erscheint eine europarechtskonforme Auslegung des Begriffs Vereinigung durch die Rechtsprechung fraglich.

Nach Auffassung der Mitglieder Bäcker, Hirsch und Wolff ist eine Erweiterung des Vereinigungsbegriffs des § 129a StGB mit dem Ziel, lockerer gefügte terroristische Gruppierungen zu erfassen, grundsätzlich erwägenswert. Sie kann aber nicht isoliert, sondern nur im Rahmen einer umfassenden kritischen Überprüfung des derzeit sehr weitreichenden Terrorismusstrafrechts erörtert werden (vgl. näher o. 4.1.1). Gerade wenn der Vereinigungsbegriff gelockert wird, erscheinen die durch das GVVG geschaffenen Straftatbestände, die sich auf terroristische Täter außerhalb dichter Organisationsstrukturen beziehen, umso problematischer. Im Übrigen kann die Erweiterung eines Straftatbestands jedenfalls nicht überzeugend mit dem Anliegen begründet werden, Zuständigkeitsprobleme zu lösen.

Deshalb konnte sich die Kommission in dieser Frage in der verfügbaren Zeit keine einheitliche Meinung bilden.

³⁰² BGH NStZ 2008, 146 (148 f.); bestätigt in NJW 2009, 3448 (3460) sowie NJW 2010, 1979 (1981 f.).

4.3.1.2.5 Erweiterung der originären Zuständigkeit des GBA?

Die Kommission hat sich des Weiteren mit der Frage befasst, ob eine partielle Erweiterung der originären Zuständigkeiten des GBA nach § 120 Abs. 1 GVG sachgerecht sein könnte.

Nach Auffassung des Mitgliedes Harms sollten vor dem Hintergrund der aktuellen Gefahrenlage künftig auch die im Vorfeld des eigentlichen terroristischen Anschlags liegenden Tatbestände der §§ 89a, 89b und 91 StGB (Vorbereiten einer schweren staatsgefährdende Gewalttat, die Kontaktaufnahme zwecks Unterweisung in der Begehung von Gewalttaten sowie die Verbreitung oder Beschaffung einer entsprechenden Anleitung zu einer solchen Tat) in den originären Zuständigkeitsbereich des Generalbundesanwalts verlagert werden.

Demgegenüber geben die Mitglieder Giesler und Hirsch zu bedenken, dass zurzeit für die §§ 89a, 89b StGB bereits eine evokative Zuständigkeit besteht, so dass der GBA das Verfahren nach § 120 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 74a Abs. 1 und 2 GVG übernehmen kann, wenn er eine „besondere Bedeutung des Falles“ bejaht. Der Vorschlag würde damit dazu führen, dass der GBA eine originäre Zuständigkeit für die Vorfelddelikte der §§ 89a, 89b StGB erhält, ohne dass dem jeweiligen Fall besondere Bedeutung beizumessen ist. Angesichts möglicher Unsicherheiten, was die jeweilige Motivation für die Begehung der in § 89a Abs. 2 StGB umschriebenen, zum Teil alltäglichen Tathandlungen (z. B. Sammeln von Vermögenswerten) ist, wäre von dem Vorschlag eine sehr weitgreifende zusätzliche Ermittlungszuständigkeit und -verantwortung des GBA verbunden in Fällen, in denen sich der anfänglich angenommene Tatverdacht oftmals nicht bestätigen wird oder die sich an der Bagatellgrenze bewegen. Der Gesetzgeber habe bei Schaffung der §§ 89a, 89b StGB daher bewusst davon abgesehen, für die Verfolgung dieser Delikte eine originäre GBA-Zuständigkeit zu begründen.

Sie verweisen ferner darauf, dass es zwar für die Fälle des § 91 StGB derzeit keine Möglichkeit der Verfahrensübernahme durch den GBA gibt, es besteht – im Fall einer Anklage – noch nicht einmal die Zuständigkeit der Staatsschutzkammer nach § 74a GVG. Der Strafraum – bis zu drei Jahren – weiche aber von einem großen Teil der Delikte nach unten ab, für die die Möglichkeit der Verfahrensübernahme durch den GBA gegeben ist (gleicher Strafraum allerdings bei § 89b StGB, dort allerdings u. a. mit Bezugnahme auf §§ 129a, 129b StGB und dem teilweisen Erfordernis einer Ermittlungsermächtigung durch das BMJ, mithin zwei Aspekten, die auf eine „verdichtete“ Staatsschutznähe des Delikts hinweisen). Dies gelte insbesondere im Vergleich zu den in § 120 Abs. 1 GVG bislang in

Bezug genommenen Straftaten, die eine originäre GBA-Zuständigkeit begründen. Hinzu komme, dass es sich bei § 91 StGB um ein Vergehen handelt, für das ein Anfangsverdacht bei der Vielzahl der etwa im Internet verbreiteten Videos häufig anzunehmen sein wird, ohne dass sich stets brauchbare Ermittlungsansätze finden lasse.

Erkenntnisse, die diese erst vor relativ kurzer Zeit getroffene gesetzgeberische Entscheidung als korrekturbedürftig erscheinen lassen könnten, seien weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

Das Mitglied Bäcker schließt sich dem Vorschlag des Mitglieds Harms für § 89a StGB an, während sich nach seiner Auffassung für die als Bagatelldelikte ausgestalteten §§ 89b, 91 StGB eine originäre Bundeszuständigkeit kaum begründen lässt. Vorrangig erscheint aus Sicht des Mitglieds Bäcker allerdings eine kritische Überprüfung, ob und inwieweit die durch das GVVG geschaffenen Straftatbestände überhaupt beibehalten werden sollen. Wird das Terrorismusstrafrecht restriktiver ausgestaltet und damit stärker auf verdichtete schwerwiegende Bedrohungslagen zugeschnitten als derzeit, so gewinnen die Argumente für eine originäre Bundeszuständigkeit an Gewicht.

Die Mitglieder Hirsch und Wolff stehen erweiterten materiellen Bundeszuständigkeiten kritisch gegenüber, da mit einer Anklagekompetenz des Generalbundesanwaltes zum Oberlandesgericht dem Betroffenen eine Tatsacheninstanz verloren gehen kann, zudem das Grundgesetz die Bundeszuständigkeit als Ausnahme verstanden haben möchte und Änderungsvorschläge in diesem Bereich eine vorherige Einbindung der Länderseite voraussetzen. Das Mitglied Hirsch lehnt eine erweiterte Zuständigkeit des GBA aus den dargestellten Gründen ab.

Insgesamt kam die Kommission deshalb zu diesem Punkt nicht zu einem abschließenden Ergebnis, zumal sich die Praxisrelevanz dieser Fragestellung durch die Überlegungen zur begrenzten Erweiterung der Kompetenz des GBA relativiert (vgl. dazu o. 4.3.1.2.2).

4.3.1.2.6 Sonstiges

Die Kommission hat schließlich kurz erwogen, ob sie sich vor dem Hintergrund einer international geführten Diskussion zur Stellung der Staatsanwaltschaften der aktuellen

Diskussionsvorschläge zur Europäischen Staatsanwaltschaft sowie eines Gleichklanges mit der Rechtslage in den Ländern³⁰³, mit der Frage des rechtlichen Status des Generalbundesanwalts (§§ 54 Abs. 1 Nr. 5 BBG, 147 Nr. 1 GVG) befassen soll. Es handelt sich um eine komplexe Fragestellung, die angesichts des fehlenden Bezugs zum NSU-Komplex bzw. der aktuellen Sicherheitslage und angesichts des verfügbaren Zeitbudgets nicht erörtert wurde.

4.3.1.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen

Die Kommission hat sich vertieft mit der Rolle des GBA bei der Ermittlung von Terrorismusstraftaten befasst und geprüft, ob und wie seine Stellung verstärkt werden sollte, um eine effektivere Strafverfolgung im Staatsschutzbereich zu gewährleisten. Sie hat dabei zum einen sowohl das Verhältnis zum auch präventiv tätig werdenden BKA bei der Sachleitung von Ermittlungen als auch das Zusammenspiel mit den Ländern betrachtet. Zum anderen hat sie Änderungen bzw. Erweiterungen bei den Zuständigkeiten des GBA erörtert.

Sie ist der Auffassung, dass durch einzelne Rechtsänderungen der GBA bei seiner Aufgabenerfüllung unterstützt werden könnte.

Nach Auffassung der Kommission wäre jedenfalls eine Präzisierung der sich aus Nummer 202 der RiStBV (Aktenvorlage an GBA bei Verdacht der OLG- bzw. GBA-Zuständigkeit) ergebenden – frühzeitigen – Informationspflichten der Landesstaatsanwälte angezeigt, um eine frühzeitiger einsetzende Prüfung einer eigenen Kompetenz durch den GBA zu ermöglichen.

Die Kommission empfiehlt eine vertiefte fachliche Prüfung der Frage, ob § 142a Abs. 1 GVG ergänzt werden sollte, um dem GBA auch bei noch unklarer Sachlage eine rechtssichere Möglichkeit zu geben, seine Zuständigkeit zu klären.

Die Kommission hat erörtert, wie sicher gestellt werden kann, dass der GBA bei einem Straftatverdacht, der bei präventiven Tätigkeiten des BKA nach § 4a BKAG in der Praxis oft nahe liegen dürfte, rechtzeitig und umfassend vom BKA eingebunden wird. Geprüft wurde

³⁰³ Alle Bundesländer haben den Status des politischen Beamten der Generalstaatsanwälte aufgegeben.

insbesondere, in § 4a BKAG eine Informationspflicht des Bundeskriminalamts gegenüber dem GBA aufzunehmen. Eine abschließende Meinung zu einer konkreten Formulierung konnte sich die Kommission in der zur Verfügung stehenden Zeit allerdings nicht bilden. Das Mitglied Kaller ist der Auffassung, dass die Kommunikation zwischen GBA und BKA bereits jetzt sichergestellt ist.

Einen Schwerpunkt der Erörterungen der Kommission bildete die Frage, ob begrenzte Ergänzungen der Zuständigkeiten des GBA angezeigt erscheinen. § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GVG stellt hohe Anforderungen an die erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberlandesgerichte sowie die daraus abgeleitete Zuständigkeit des Generalbundesanwalts. Die daraus resultierenden hohen Schwellen für eine Zuständigkeit der Oberlandesgerichte und des Generalbundesanwalts sollten insbesondere im Interesse einer im Staatsschutzbereich wünschenswerten einheitlichen Ermittlungsführung beim Generalbundesanwalt auf Ergänzungsmöglichkeiten geprüft werden. Die Kommission ist der Auffassung, dass im Rahmen der genannten engen und abschließenden Vorgaben des Verfassungsrechts insoweit noch ein – jedoch sehr eingeschränkter – Spielraum besteht. Allerdings birgt jede Ergänzung des bereits wiederholt erweiterten § 120 GVG, der die Spielräume des einfachen Gesetzgebers weitgehend ausgereizt haben dürfte, ein verfassungsrechtliches Risiko und bedarf sorgfältiger Prüfung.

Die Kommission hat vorrangig erörtert, inwieweit es verfassungsrechtlich vertretbar erscheint, die in § 120 Abs. 2 Nr. 3 GVG enthaltene Formulierung „nach den Umständen bestimmt und geeignet ist“ noch zu erweitern. Sie empfiehlt eine begrenzte Erweiterung des § 120 Abs. 2 Nr. 3 GVG. Die konkrete Formulierung bedarf angesichts der Schwierigkeit der verfassungsrechtlichen und fachlichen Fragen noch vertiefter fachlicher Prüfung.

Die weiteren Vorschläge, Verzicht auf die Bestimmtheit der Delikte für die Annahme einer Staatsschutzgefährdung bzw. eine Lockerung des Tatbestandsmerkmals „besondere Bedeutung des Falles“ vorzusehen, wurde in der Kommission nicht weiter geprüft, da solche Erweiterungen vermutlich nicht notwendig sind, um das erklärte Ziel eines effektiven Einsatzes des GBA zu erreichen.

Die Kommission hat sich ebenfalls mit der Frage befasst, die Zuständigkeit für richterliche Maßnahmen im Bereich der §§ 4, 4a BKAG zu vereinheitlichen und einer höheren richterlichen Instanz zu übertragen. Im Raum steht dabei sowohl eine differenzierende Regelung, die partiell eine Zuständigkeit einer Kammer des Landgerichts für bestimmte eingriffsintensive Maßnahmen im Bereich der Zuständigkeit nach § 4a BKAG vorsieht (vgl.

dazu o. 4.1.3.2.4) sowie der Vorschlag, einen einheitlichen Ermittlungsrichter beim Bundesgerichtshof für alle Anordnungen – sowohl für die präventiv-polizeilichen nach § 4a BKAG als auch für die repressiven nach § 4 BKAG i. V. m. StPO – einzusetzen und Anträge in § 4a BKAG-Lagen durch Vermittlung des Generalbundesanwalts an den Bundesgerichtshof vorzulegen. Die Kommission hat sich wegen der komplexen Fragestellungen und angesichts unterschiedlicher denkbarer Lösungen nicht abschließend auf einen konkreten Vorschlag hierzu festlegen wollen. Hierzu bedarf es vielmehr noch vertiefender fachlicher Prüfungen.

Unterschiedliche Auffassungen gab es in der Kommission darüber, ob eine Anpassung der Legaldefinition der „terroristischen Vereinigung“ entsprechend dem EU-Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung³⁰⁴ erforderlich ist, um durch eine Anpassung der Anforderungen in § 129a StGB insbesondere an die Organisationsform und Unterordnung des einzelnen Willens unter den der Gesamtheit der aktuellen Bedrohungslage besser Rechnung zu tragen.

Gleiches gilt für die Frage, ob eine partielle Erweiterung der originären Zuständigkeiten des GBA nach § 120 Abs. 1 GVG durch eine Verlagerung der im Vorfeld des eigentlichen terroristischen Anschlags liegenden Tatbestände der §§ 89a, 89b und 91 StGB (Vorbereiten einer schweren staatsgefährdende Gewalttat, die Kontaktaufnahme zwecks Unterweisung in der Begehung von Gewalttaten sowie die Verbreitung oder Beschaffung einer entsprechenden Anleitung zu einer solchen Tat) in den originären Zuständigkeitsbereich des Generalbundesanwalts sachgerecht sein könnte.

³⁰⁴ Rahmenbeschluss des Rates der Europäischen Union vom 13.06.2002 zur Terrorismusbekämpfung (ABl. EG Nr. L 164 S. 3).

4.3.2 Parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste³⁰⁵

4.3.2.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme

Grundsätzlich unterliegt die Bundesregierung hinsichtlich der Tätigkeit der Nachrichtendienste nach Art, Umfang und Ergebnis der speziellen Kontrolle des PKGr, sowie haushaltsrechtlich der Kontrolle des Vertrauensgremiums des Haushaltsausschusses gem. § 9 PKGrG, § 10a BHO. Diese gegenseitige Verzahnung der Beratungen hat sich bewährt und ist sowohl für die Kontrolle der Nachrichtendienste durch das Gremium, wie auch für seine eigene personelle und sachliche Ausstattung unverzichtbar.

Im PKGr sind alle Fraktionen vertreten. Jedes einzelne Mitglied wird vom Bundestag mit Kanzlermehrheit gewählt.

4.3.2.2 Analyse und Bewertung

Es fehlt die parlamentarische Regelung der Kontrolle des BKA, soweit es exekutive Befugnisse zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus mit intensiven verdeckten Ermittlungsmöglichkeiten (§ 4a BKAG) bekommen hat und ausübt. Schließlich bezieht sich die durch § 4a BKAG dem Bundeskriminalamt zugewiesene Aufgabe auf ein Deliktsspektrum, in dem wegen dessen gesetzlichen Auftrags auch das Bundesamt für Verfassungsschutz tätig ist; diese nachrichtendienstliche Tätigkeit unterliegt der Kontrolle durch das PKGr. Es gibt also eine – wenn auch mit unterschiedlichen Ansätzen – thematische Schnittmenge der Tätigkeiten von Bundeskriminalamt und Bundesamt für Verfassungsschutz im Bereich der Bekämpfung des internationalen Terrorismus, die derzeit nur einseitig vom PKGr kontrolliert wird. Es liegt daher nahe, die Tätigkeit des BKA im Rahmen von § 4a BKAG ebenfalls der parlamentarischen Kontrolle durch das PKGr zu unterwerfen.

³⁰⁵ Das Mitglied Kaller weist darauf hin, dass er sich als Abteilungsleiter im Bundesministerium des Innern bewusst einer ausführlicheren Stellungnahme zur Parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste sowie Ausführungen zur G 10-Kommission enthält. Die gesetzliche Ausgestaltung dieser Bereiche ist zuvörderst eine Angelegenheit des Parlaments selbst. Eine ausbleibende Stellungnahme zu diesen Themen bedeutet nicht, dass das Mitglied Kaller die entsprechenden Ausführungen der übrigen Kommissionsmitglieder mitträgt. Das Mitglied Kaller gibt allenfalls einige Hinweise zu bedenken.

Dementsprechend sollte § 1 PKGrG ergänzt werden.

Die politische Verantwortung der Bundesregierung für die der Kontrolle unterliegenden Behörden, sowie die Rechte des Bundestags und die Pflichten der Bundesregierung gegenüber dem Bundestag und seinen Ausschüssen werden gem. §§ 1 Abs. 2, 4 Abs. 2 PKGrG durch die Rechte des PKGr nicht berührt. Das ist korrekt und notwendig.

Offen ist die Zusammenarbeit des Gremiums mit den entsprechenden Kontrollgremien der Bundesländer. Der engen Zusammenarbeit der Exekutiven von Bund und Ländern, die nach dem Beschluss der IMK vom 06./07.12.2012 wesentlich verstärkt werden soll³⁰⁶, steht keine gleichwertige, diese Zusammenarbeit erfassende parlamentarische Kontrolle gegenüber.

Nach Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller steht dieser Forderung Art. 45d GG entgegen, wonach die Kontrollbefugnis auf die Tätigkeit der Nachrichtendienste beschränkt ist. Art. 45d GG dient der Sicherung und Stärkung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste im Hinblick darauf, dass deren Aktivitäten und Bedeutung seit dem 11. September 2011 zugenommen haben³⁰⁷. Die Vorschrift verankert daher das zuvor nur einfachrechtlich geregelte Parlamentarische Kontrollgremium in der Verfassung und trägt damit der Sonderrolle Rechnung, die der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste innerhalb des Gesamtsystems parlamentarischer Exekutivkontrolle zukommt.³⁰⁸ Mit der Ermächtigung in Art. 45d Abs. 2 GG wurde Grundlage und Voraussetzung dafür geschaffen, dass die Befugnisse des Gremiums gegenüber der Bundesregierung verbessert und effektiver gestaltet werden können. Die Neuregelung schließt insofern eine Lücke, als weder Öffentlichkeit noch Parlamentsplenum von geheimen Vorgängen die Kenntnis erlangen, die dem ständigen Gremium verschafft werden müssen.³⁰⁹ Hätte der verfassungsändernde Gesetzgeber die parlamentarische Kontrolle nicht auf die Nachrichtendienste beschränken wollen, wäre der Verfassungstext entsprechend formuliert und die Begründung anders abgefasst worden.

³⁰⁶ Vgl. dazu auch den Bericht des AK IV der IMK „zur Neuausrichtung des Verfassungsschutzes“ vom 03.12.2012 mit seinen sehr weitgehenden Vorschlägen zur informellen und taktischen Zusammenarbeit von Polizei und Nachrichtendiensten.

³⁰⁷ BT-Drs. 16/12412, S. 4.

³⁰⁸ BT-Drs. a. a. O.

³⁰⁹ BVerfGE 124, 161.

Die Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff teilen diese Auffassung nicht.

Zunächst ist festzuhalten, dass Art. 45d GG erst im Jahre 2009 durch das 55. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes³¹⁰ eingeführt wurde. Indes hatten bereits Jahrzehnte vor diesem Zeitpunkt parlamentarische Kontrollgremien ihre Tätigkeit ausgeführt.³¹¹ Bei historischer Betrachtungsweise kann Art. 45d GG keine verdrängende, sondern lediglich ergänzende Wirkung beigemessen werden. Eine andere Deutung ließe den verfehlten Schluss zu, die vorherige parlamentarische Kontrolle sei ohne wirksame Rechtsgrundlage und mithin verfassungswidrig erfolgt.

Ferner gibt der Wortlaut des Art. 45d GG keinen Anlass, eine abschließende Wirkung anzunehmen. Wenn der verfassungsgebende Gesetzgeber eine solche hätte erzielen wollen, hätte das Wort „nur“ eingefügt werden müssen. Auch liefe eine abschließende Wirkung den Zielen des Gesetzgebers zuwider, der Regierung eine „Bringschuld“³¹² aufzuerlegen sowie einen Schritt zu mehr Transparenz zu leisten.

4.3.2.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen

Für eine Änderung des PKGrG ergeben sich folgende Empfehlungen:

- Nach Auffassung der Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff sollte das BKA auch der Kontrolle des PKGr unterliegen, soweit es sich um die Bekämpfung des internationalen Terrorismus handelt.
- Das PKGrG sollte nach Auffassung der Mitglieder Bäcker, Giesler und Hirsch dahin ergänzt werden, dass das Gremium auch einen oder mehrere Vertreter des Vertrauensgremiums eines Bundeslandes zur Teilnahme an einer Sitzung des PKGr einladen kann, wenn dort Vorgänge behandelt werden, die einen besonderen regionalen Bezug zu diesem Bundesland oder seinen Organen haben. Das ist angesichts der wachsenden Verzahnung und Zentralisierung der Tätigkeit der Dienste und der Polizeien von Bund und Ländern unerlässlich. Die

³¹⁰ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 45d), BGBl. I 2009, 1977.

³¹¹ Vgl. eine Retrospektive bei *Hörauf*, Die demokratische Kontrolle des Bundesnachrichtendienstes, 2011, S. 167 ff. mit Verweis auf das Parlamentarische Vertrauensmännnergremium (PVMG), das bereits 1956 eingerichtet wurde.

³¹² S. Gesetzentwurf BT-Drs. 16/1163, S. 1.

Mitglieder Harms und Kaller vertreten hingegen die Auffassung, dass es sich de facto um eine Verlagerung des Kontrollvorgangs sowie eine Vermischung von Kompetenzen handelt.

- Der gem. § 7 PKGrG beauftragte Sachverständige sollte nach Ansicht der Mitglieder Bäcker, Giesler und Hirsch ausdrücklich das Recht haben, in Erfüllung seines jeweiligen Auftrags die der Kontrolle unterliegenden Behörden ohne Anmeldung aufzusuchen und alle Akten einzusehen, die er für die Erfüllung seines Auftrags für erforderlich hält. Die Mitglieder Harms und Kaller sind abweichender Auffassung. Es fände eine Verlagerung der Gremienarbeit auf den beauftragten Sachverständigen statt. Die grundsätzliche Aufgabenerledigung ist aber allein dem Gremium vorbehalten. Die Befugnisse des beauftragten Sachverständigen beschränken sich daher auf konkrete Untersuchungsgegenstände.
- Es ist nach Einschätzung der Mitglieder Bäcker, Giesler und Hirsch kein Verstoß gegen die Verpflichtung zur Geheimhaltung, wenn ein Mitglied der PKGr seinen Fraktionsvorsitzenden von einem in dem Gremium behandelten Sachverhalt unterrichtet, sofern er ihn gleichzeitig auf die Quelle der Information und die sich daraus ergebenden Verpflichtungen zur gesetzlichen Verschwiegenheit hinweist. Die Mitglieder Harms und Kaller sind anderer Ansicht. Bei Realisierung dieses Vorschlags fände eine Ausweitung der Wissensträger über das Gremium hinaus statt, dessen Mitglieder explizit vom Deutschen Bundestag gewählt werden. Das Informationsrecht dürfte auch zu einer Ausweitung der Kontrolle durch insoweit nicht autorisierte Personen führen, da von einem Austausch über Kontrollmaßnahmen auszugehen ist.
- Die Mitarbeiter der der Kontrolle des PKGr unterliegenden Behörde sollen – nach Ansicht der Mitglieder Bäcker, Giesler und Hirsch – in allen Angelegenheiten ihrer dienstlichen Aufgabe das vorbehaltlose Recht haben, ein Mitglied des PKGr direkt anzusprechen, ohne den Dienstweg einhalten zu müssen. Die Mitglieder Harms und Kaller vertreten eine abweichende Auffassung. Der Vorschlag würde das Dienstrecht unterlaufen und die damit verbundene Möglichkeit, die Vorsprache zu unterbinden. Hierbei ist erheblich, dass jeder Behördenmitarbeiter verpflichtet ist, in dienstlichen Angelegenheiten den Dienstweg einzuhalten. Ohne Anpassung des Dienstrechts wäre eine solche Regelung daher nicht zu realisieren.

Weiterhin empfehlen die Mitglieder Bäcker, Giesler und Hirsch:

- Die Bundesländer sollten aufgefordert werden, in ihrem Bereich entsprechende Regelungen zur Beteiligung des PKGr bzw. des entsprechenden Gremiums eines anderen Bundeslandes einzuführen.
- Die haushaltmäßige Ausstattung des Stabes der PKGr muss der wachsenden Aufgabe entsprechen und im Etat des Bundestages ausgewiesen werden.
- Die bereits erwähnte erweiterte Beteiligung an den Haushaltsberatungen des Haushaltsausschusses ist sachgerecht und notwendig.

Nach Einschätzung des Mitgliedes Wolff hat die Änderung des PKGrG im Jahr 2009 zu wesentlichen Verbesserungen der parlamentarischen Kontrolle geführt. Nach seiner Einschätzung ist ein Informationsrecht der Mitglieder des Parlamentarischen Kontrollgremiums gegenüber den Fraktionsvorsitzenden und ein unmittelbares Informationsrecht der Mitarbeiter der Nachrichtendienste an das Parlamentarische Kontrollgremium durchaus kritisch zu bewerten. Das Parlamentarische Kontrollgremium lebt davon, dass aufgrund erhöhter Vertraulichkeit den Mitgliedern weitergehender Einblick in die Verwaltungsvorgänge ermöglicht wird als es ohne die hohe Vertraulichkeit möglich wäre. Die hohe Vertraulichkeit rechtfertigt dabei zugleich die Sonderstellung des Gremiums im Vergleich zu parlamentarischen Ausschüssen. Jede Relativierung der Vertraulichkeit führt zu einer Schwächung der Legitimität des Gremiums. Ein unmittelbares Informationsrecht der Mitarbeiter der Nachrichtendienste ist eine erhebliche Schwächung der Verwaltungshierarchie, die gerechtfertigt wäre, wenn auch nach der Rechtsänderung im Jahre 2009 das Parlamentarische Kontrollgremium bewusst nicht ausreichend informiert worden wäre. Solche Fehlentwicklungen jüngster Zeit sind ihm nicht bekannt. Ein Einbezug von Sachwissen der Länder wäre, sofern diese mit dem Grundsatz der Vertraulichkeit vereinbar ist und gegenwärtig nicht stattfinden sollte, sachlich sinnvoll und aus wissenschaftlicher Sicht nicht fernliegend.

4.3.3 Zusammensetzung und Ausstattung der G 10-Kommission

4.3.3.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme

Zur G 10-Kommission erhebt sich die Frage, ob sie im nachrichtendienstlichen Bereich an verfahrensbegleitenden Entscheidungen bei Vorgängen beteiligt werden sollte, die nicht zur Einschränkung des ordentlichen Rechtswegs nach Art. 10 Abs. 2 GG bzw. zum Aufgabengebiet des § 1 G 10 gehören, wie das z. B. bei § 8a Abs. 2, 2a, § 8b Abs. 2 BVerfSchG, bzw. § 2a BNDG, § 4a MADG sowie in zahlreichen Verfassungsschutzgesetzen der Länder der Fall ist.

4.3.3.2 Analyse und Bewertung

Das kann für verfahrensbegleitende Entscheidungen zweckmäßig und sinnvoll sein, wenn man nicht für Nachrichtendienste überall dort einen Richtervorbehalt vorsehen will, wo es sich nicht um das Grundrecht aus Art. 10 GG handelt.

Wird die G 10-Kommission auch außerhalb des Anwendungsbereiches des Art. 10 GG eingesetzt, dann erfüllt sie damit eine Aufgabe, zu deren Legitimation die indirekte Wahl ihrer Mitglieder nach § 15 G 10 durch das PKGr mit einfacher Mehrheit nicht ausreicht. So wird in einzelnen Bundesländern, z. B. in Brandenburg, das G 10-Gremium durch den Landtag gewählt.

4.3.3.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen

Denkbar wäre entweder die unmittelbare Wahl ihrer Mitglieder durch den Bundestag mit Kanzlermehrheit oder bei einer Beibehaltung der Wahl durch das PKGr zumindest mit einer 2/3-Mehrheit auf Grund von Vorschlägen der Bundestagsfraktionen. Dabei sollten der Vorsitzende und zumindest ein Beisitzer die Befähigung zum Richteramt haben.

Für die sachliche und personelle Ausstattung der G 10-Kommission gilt das oben zum PKGr Ausgeführte entsprechend.

Die Kommission konnte zu keiner gemeinsamen Empfehlung kommen. Die Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff sind der Auffassung, dass die Mitglieder der G 10-Kommission durch den Bundestag oder jedenfalls unter seiner direkten Mitwirkung gewählt werden sollten.

Die Mitglieder Harms und Kaller sind anderer Ansicht. Die bisherigen Regelungen im Artikel 10-Gesetz sind ausreichend. Eine Beteiligung der G 10-Kommission bei Auskunftersuchen nach dem BVerfSchG hat sich bewährt. Auch reicht das bisherige Verfahren zur Legitimation der Mitglieder der G 10-Kommission aus.

4.3.4 Ausgestaltung der Benachrichtigungspflichten

4.3.4.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme

Die Benachrichtigungspflichten haben Verfassungsrang, weil die Garantie des Rechtswegs nach Art. 19 Abs. 4 GG ohne sie nicht verwirklicht werden kann. Einschränkungen sind auf das unbedingt Erforderliche zu beschränken³¹³.

Seit dem Urteil des BVerfG zum sog. Großen Lauschangriff³¹⁴ ist unstreitig, dass alle Betroffenen informiert werden müssen, es sei denn,

- dass ihr Aufenthalt nicht oder nur unter großen Schwierigkeiten festgestellt werden kann,
- dass der Benachrichtigung überwiegende schutzwürdige Interessen des Betroffenen entgegenstehen,
- dass und solange durch die Benachrichtigung der Zweck der Maßnahme oder Leib, Leben und Freiheit einer Person oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes gefährdet wird.

Es bedarf keiner langen Ausführungen darüber, dass die in § 12 G 10 gewählte Formel, eine Benachrichtigung könne unterbleiben, „solange der Eintritt übergreifender Nachteile für das Wohl des Bundes oder eines Landes absehbar“ sei, wegen ihrer exemplarischen Unbestimmtheit verfassungsrechtlich kaum haltbar ist. Demgegenüber formuliert § 20w Abs. 2 BKAG erheblich konkreter, dass eine Benachrichtigung erfolgt, sobald das „ohne Gefährdung des Bestandes des Staates möglich ist.“ In § 101 StPO wird die Staatsgefährdung überhaupt nicht erwähnt, dafür aber der notwendige Hinweis auf die Möglichkeit nachträglichen Rechtsschutzes.

Es sollte möglich sein, das zu harmonisieren.

Nach Ansicht des Mitgliedes Kaller erfüllt § 12 G 10 die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Normenklarheit- und -bestimmtheit. Sie ist nicht i. S. d. § 20w BKAG zu verstehen, so dass eine Mitteilung nur unterbliebe, wenn andernfalls der Bestand des

³¹³ Vgl. BVerfGE 109, 279 (298 ff.).

³¹⁴ Vgl. BVerfGE 109, 279.

Staates gefährdet wäre. Vielmehr soll die G 10-Kommission in ihren Befugnissen nicht in dieser Weise begrenzt werden. Es sollen auch Fälle erfasst werden, bei denen die Mitteilung unterbleibt, weil sonst z. B. diplomatische Verwicklungen zu besorgen wären, die aber nicht die Schwelle der Bestandsgefährdung erreichen.

4.3.4.2 Analyse und Bewertung

Streitig ist es geblieben, ob auch der Schutz von Sachen und der weitere Einsatz von verdeckten Ermittlern oder auch von V-Personen eine Zurückstellung oder gar den endgültigen Ausschluss der Benachrichtigung eines Betroffenen selbst dann rechtfertigen könnte, wenn sich deren Tätigkeit auf einen völlig anderen Sachverhalt beziehen soll.

Die Aussetzung der Benachrichtigung bei einer Gefährdung des Zweckes der Maßnahme, bei einer Gefahr für Leib, Leben und Freiheit einer Person oder der Sicherheit des Bundes oder eines Landes ist verfassungsrechtlich akzeptabel, wenn es für die Annahme einer Gefahr nicht nur vage Vermutungen oder allgemeine Befürchtungen für die weitere Zukunft gibt, sondern bestimmte Tatsachen, die die Annahme einer solchen konkreten und erheblichen Gefahr rechtfertigen.

Es ist auch unstrittig, dass es bei der Gefahr für Leib, Leben und Freiheit einer Person nicht darauf ankommt, ob es sich dabei um einen verdeckt arbeitenden Polizeibeamten oder um eine sog. V-Person, also um einen Zuträger handelt.

Streitig ist es, ob die Annahme der Gefahr für eine Sache von erheblichem Wert als Grund für die Verschiebung einer Benachrichtigung zu akzeptieren ist. Dabei kann man sich entgegen dem Beschluss des 2. Senats des BVerfG³¹⁵ nicht auf die allgemein im Strafrecht geltende Wertung ab 300 € als wertvoll zurückziehen. Bei der Abwägung zu einer Einschränkung eines Verfassungsrechts kann es nicht darauf ankommen, ob der Begriff „bedeutender Vermögenswert“ im jeweiligen Einzelfall finanziell abgrenzbar ist, wenn nicht einmal zu erkennen ist, für wen der Vermögenswert „bedeutend“ sein muss.

Angesichts der Beeinträchtigung eines Verfassungsrechts durch Zurückstellung der Benachrichtigung oder des endgültigen Verlustes eines Verfassungsrechts auf Dauer muss

³¹⁵ Vgl. BVerfGE 129, 208 (236).

es sich zumindest entweder um eine Sache handeln, die für die Existenz der Menschen von Bedeutung ist³¹⁶ oder um Sachen, deren drohender Verlust den Begriff einer Gemeingefahr rechtfertigt und deren Erhaltung im öffentlichen Interesse liegt. Diese Eingrenzung muss der Gesetzgeber selbst treffen und kann sie nicht der forensischen Entscheidung im Einzelfall überlassen. Es ist ohnehin schwer, sich einen Fall vorzustellen, bei dem eine Sache durch die Benachrichtigung eines Betroffenen Gefahr läuft, unterzugehen. Es sind bisher jedenfalls keine Entscheidungen bekannt geworden, die eine Benachrichtigung wegen der Gefahr des Untergangs einer Sache abgelehnt hätten.

Der häufigste Problemfall ist offenbar der Fall des weiteren Einsatzes eines verdeckten Ermittlers i. S. d. § 110 StPO, eines nicht offen ermittelnden Beamten oder einer V-Person, also eines sonstigen Zuträgers, der nicht nur in derselben Sache, sondern als nun einmal in die Szene „under cover“ eingeschleuste Quelle auch in anderen Zusammenhängen weiterhin tätig werden soll und dessen zukünftige Tätigkeit durch eine Benachrichtigung verhindert sein würde.

Es ist jedenfalls nicht hinnehmbar, wenn mit diesem Argument eine Benachrichtigung des Betroffenen auf längere Zeit hinausgeschoben oder gar endgültig ausgeschlossen werden könnte. Dann würde man das Verfassungsrecht des Betroffenen, die Rechtmäßigkeit einer gegen ihn gerichteten Maßnahme nachprüfen zu lassen, zur Disposition der Behörde stellen, deren Handlungsweise ja gerade im Rechtsweg überprüft werden soll.

Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung ist dazu nicht einheitlich.

Während der 1. Senat in seiner Lauschangriffsentscheidung ausdrücklich den weiteren Einsatz weder eines nicht offen ermittelnden Beamten noch eines verdeckten Ermittlers und schon gar nicht eines sonstigen Zuträgers für einen definitiven Ausschluss der Benachrichtigung für ausreichend hält, sofern es sich nicht mehr um Ermittlungen in derselben Sache handelt³¹⁷, will der 2. Senat jedenfalls für den weiteren Einsatz eines verdeckten Ermittlers i. S. d. § 110a StPO eine Verschiebung und auch den endgültigen Ausschluss der Benachrichtigung – mit richterlicher Entscheidung – hinnehmen³¹⁸. Der

³¹⁶ Vgl. BVerfGE 120, 274 (2. Leitsatz).

³¹⁷ BVerfGE 109, 279 (299 ff.).

³¹⁸ BVerfGE 129, 208 (237 ff.).

verdeckte Ermittler könne nur als ultima ratio eingesetzt werden und es liege nicht in der freien Entscheidung der Exekutive, ihre Zahl beliebig zu erhöhen. Diese Begründung ist schon deswegen wenig überzeugend, weil der Richter bei seiner Entscheidung nach § 110a StPO nicht erkennen kann, ob er mit seiner Zustimmung zum Einsatz gerade dieses Beamten als verdecktem Ermittler die Benachrichtigung eines in einer ganz anderen Sache Betroffenen auf lange Zeit oder endgültig ausschließt.

4.3.4.3 Ausschluss der Benachrichtigung

Die gegenwärtige Regelung der Benachrichtigung oder ihres Ausschlusses bei Maßnahmen der Strafverfolgung ergibt sich aus § 101 Abs. 6, 7 StPO. Die Entscheidung trifft das für die Zustimmung zu der jeweiligen Maßnahme zuständige Gericht, bei dem der Betroffene auch die Überprüfung der Rechtmäßigkeit beantragen kann.

Im G 10 wird für den Ausschluss der Benachrichtigung in § 12 vorausgesetzt:

- die Beendigung der Maßnahme vor mindestens fünf Jahren,
- die Löschungsfähigkeit der Daten,
- eine einmütige Entscheidung der Kommission.

In § 8b Abs. 7 BVerfSchG wird je nach Art der Datenerhebung auf § 12 G 10 verwiesen, teilweise aber auch – in § 9 BVerfSchG – die Benachrichtigung mit der Maßgabe zwingend vorgeschrieben, dass sie erst erfolgen muss, wenn eine Gefährdung des Zwecks des Eingriffs ausgeschlossen werden kann.

Nach § 20w Abs. 2, 3 BKAG kann eine Benachrichtigung nach Ablauf von fünf Jahren mit amtsrichterlicher Zustimmung endgültig ausgeschlossen werden, wenn angenommen wird, dass die Hindernisse – zu denen auch die weitere Verwendung eines verdeckten Ermittlers oder einer V-Person gehören – „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ auch zukünftig weiter bestehen werden. Weitere Voraussetzungen sind hier für diese Entscheidung nicht erkennbar.

Bemerkenswert ist die Regelung in § 17 Abs. 6 Satz 7 PolG NRW. Für die Zustimmung zur weiteren Verschiebung einer Benachrichtigung ist nach der zweiten Verlängerung das Beschwerdegericht zuständig. Ein endgültiger Ausschluss wegen des weiteren Einsatzes einer verdeckt arbeitenden Quelle ist in keinem Fall möglich, sondern lediglich eine Verschiebung bis zu fünf Jahren nach der ersten richterlichen Entscheidung.

4.3.4.4 Schlussfolgerungen/Empfehlungen

Die Kommission stimmt darin überein, dass eine Vereinheitlichung der sehr unterschiedlichen Regelungen über die Verschiebung oder endgültige Unterlassung einer Benachrichtigung in der Gesetzgebung des Bundes wünschenswert ist.

Sie stimmt auch darin überein, dass ein von einer heimlichen Maßnahme Betroffener wenigstens nachträglich verständigt werden muss, sobald das ohne Gefährdung des Zweckes der Maßnahme und ohne Verletzung berechtigter Interessen möglich ist. Die Verschiebung einer Benachrichtigung sollte jedenfalls bei einer Gefahr für Leib, Leben und Freiheit einer Person sowie bei einer konkreten Gefahr für den Bund oder ein Land möglich sein. Alle anderen Grenzziehungen – Gefahr für Sachen, weitere Tätigkeit eingeschleuster Ermittler in anderen Zusammenhängen, Verfahren bei endgültiger Unterlassung – wurden nicht einheitlich bewertet.

Die Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff sind der Auffassung, dass ein wesentliches Gegengewicht gegen einen extensiven Gebrauch heimlicher Ermittlungen in einer nachfolgenden gerichtlichen Kontrolle liegt. Die endgültige Verweigerung einer Benachrichtigung kann also nur unter engsten sachlichen und formellen Voraussetzungen hingenommen werden. Dazu gehört, dass eine Verschiebung über fünf Jahre hinaus nur von einem Beschwerdegericht bzw. von der G 10-Kommission nur mit einer 2/3-Mehrheit beschlossen werden kann und dass auch der weitere Einsatz eines als verdeckten Ermittlers i. S. d. § 110 StPO arbeitenden Polizeibeamten nur in einem zeitlich begrenzten Rahmen von allenfalls fünf Jahren hingenommen werden sollte. Die endgültige Ablehnung einer Benachrichtigung sollte frühestens nach zehn Jahren durch eine Kammerentscheidung bzw. einstimmige Entscheidung der G 10-Kommission unter gleichzeitiger Löschung der Daten beschlossen werden können.

Die Mitglieder Harms und Kaller sind der Auffassung, dass die bisherigen Regelungen jedenfalls im Artikel 10-Gesetz nicht geändert werden sollten.

4.3.5 Ausgestaltung des G 10

4.3.5.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme

Es soll hier dahingestellt bleiben, ob das G 10 grundsätzlich überarbeitet werden sollte. Das bezieht sich insbesondere auf Art, Umfang und Ergebnisse der computergesteuerten sog. strategischen Beschränkungen durch Überwachung der gebündelten Übertragung

internationaler Telekommunikationsbeziehungen. Das setzt eine gründliche Evaluierung des bisherigen Verfahrens und seiner Ergebnisse voraus. Auch etwa Eingriffsschwelle und Straftatenkatalog des § 3 G 10 bedürfen einer kritischen Würdigung, die hier nicht im Einzelnen geleistet werden kann.

Vordringlich sind die Regelung des Schutzes des Kernbereichs der privaten Lebensführung und der Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Personen.

4.3.5.2 Analyse und Bewertung

§ 3a G 10 schützt die Telekommunikation gegen Beschränkungen, „soweit tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, dass durch sie allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erfasst werden würden“. (Hervorhebung nicht im Original).

Diese Formel war im Zusammenhang mit § 100a Abs. 4 StPO bereits Gegenstand einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung. Sie würde nach ihrem Wortlaut bedeuten, dass ein Gespräch schon dann abgehört werden darf, wenn voraussichtlich nur eine einzige Bemerkung nicht zum Kernbereich der persönlichen Lebensführung gehören wird. Es ist offensichtlich, dass das immer so ist.

Dazu hat der 2. Senat des BVerfG³¹⁹ ausgeführt, dass bei dieser Formel ein ausschließlicher Kernbereichsbezug (schon dann) angenommen werden müsse, „wenn der Betroffene mit Personen kommuniziert, zu denen er in einem besonderen, den Kernbereich betreffenden Vertrauensverhältnis – wie z. B. engsten Familienangehörigen, Geistlichen, Telefonseelsorgen, Strafverteidigern oder im Einzelfall auch Ärzten – steht“. Wenn ein solches Vertrauensverhältnis erkennbar sei, dürfe eine Telekommunikationsüberwachung nicht durchgeführt werden, und zwar weder automatisch noch sonst. Der Senat hat also aus dem Wort „allein“ die Formel „zielgerichtet oder absehbar“ gemacht.

4.3.5.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen

Der Gesetzgeber sollte diese Klarstellung übernehmen.

³¹⁹ BVerfGE 129, 208 (246 ff.), vgl. dazu eingehend *Roggan*, Der tkü-spezifische Kernbereichsschutz im Verständnis des Zweiten Senats des BVerfG, HRRS 2013, 153.

Damit bleibt die Frage offen, wie bei einer ausschließlich automatischen Aufnahme zu verfahren ist. Die mehrstufige Sicherung setzt voraus, dass die Überprüfung des Bandes auf seine Verwertbarkeit durch eine unabhängige Person erfolgt. § 3a Satz 5 G 10 sieht dafür ein Mitglied der G 10-Kommission vor, das sich aus einer Regelung der Geschäftsordnung ergebe.

Das Mindeste, was dabei gesetzlich zu bestimmen sein wird, ist der Zusatz, dass dieses Mitglied die Qualifikation zum Richteramt haben muss.

Der Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Personen wird in § 3b G 10 so geregelt, dass zwar Geistliche, formelle Strafverteidiger und Abgeordnete bei Maßnahmen Schutz genießen, die nicht gegen sie selbst gerichtet sind, nicht aber der Anwalt und andere zu § 53 StPO gehörende Berufsheimnisträger.

Das ist wiederholt Gegenstand politischer und forensischer Auseinandersetzungen gewesen, als deren Ergebnis der Bundesgesetzgeber zunächst in § 100c Abs. 6 StPO alle Berufsheimnisträger gleich behandelt hat, dann in § 160a StPO Rechtsanwälte mit den Berufsheimnisträgern nach § 53 Abs. 1 Nr. 1, 2, und 4 StPO gleichgestellt hat.

Es ist zwingend notwendig, nun auch § 3b G 10 dieser Rechtslage anzupassen.

Die Mitglieder Harms und Kaller vertreten eine andere Auffassung. Die bisherigen Regelungen im Artikel 10-Gesetz haben sich in der Praxis bewährt. Der G 10-Kommission sollte es weiterhin vorbehalten bleiben, selber festzulegen, welchem bestimmten Mitglied automatische Aufzeichnungen nach Satz 3 des § 3a G 10 zur Entscheidung über die Verwertbarkeit oder Löschung der Daten vorzulegen ist.

Nach Auffassung des Mitgliedes Wolff bedarf das G 10 einer grundsätzlichen Revision. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass der Rechtsschutz gegen Telekommunikationsbeschränkungen gemäß dem G 10 sich an der Mitteilung des Betroffenen orientiert. Er hat das Verwaltungsverfahren, das der Anordnung der Beschränkung vorausgeht, in besonderer Weise inneradministrativ ausgestaltet. So entscheidet die G 10-Kommission weitgehend mündlich, die Anordnung des zuständigen Bundesministeriums bedarf keiner Begründung und die enge Dreimonatsfrist der Beschränkung der Anträge führt dazu, dass die Begründetheit der Telekommunikationsbeschränkungen der Sache nach nur mit Sachkenntnis verstanden werden kann. Die Rechtsprechung ist dieser vom Gesetzgeber initiierten Systematik nicht vollständig gefolgt, sondern knüpft die Rechtmäßigkeitskontrolle ganz überwiegend an den

Antrag der Telekommunikationsbeschränkung an und reduziert auf diese Weise die Bedeutung der eigentlichen Anordnung. Dies führt zu einer Reihe von kleineren verwaltungsprozessualen Problemen, die die Rolle des Bundesministeriums des Innern und der antragsberechtigten Behörden im Verwaltungsprozess unnötig erschweren und die im Rahmen einer Gesamtrevision des G 10, die das Verhältnis von Antrag und Anordnung den Bedürfnissen der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung entsprechend modifiziert, Rechnung getragen werden sollten.

4.3.6 Interne administrative Kontrollen

4.3.6.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme

Die zur Prüfung anstehenden Gesetze enthalten zahlreiche unterschiedliche Regelungen darüber, wer berechtigt oder wessen Zustimmung erforderlich ist, um eine bestimmte Maßnahme durchführen zu dürfen.

So enthält das BKAG zahlreiche Regelungen über eine gesonderte Antragsbefugnis durch seinen Präsidenten, den zuständigen Abteilungsleiter oder seinen Vertreter z. B. bei längerfristigen Observationen, bei dem Einsatz von sog. V-Leuten, bei dem Einsatz technischer Mittel zur Datenerhebung in oder aus Wohnungen oder bei TKÜ-Maßnahmen. Entsprechendes gilt für das BNDG, das MADG und das G 10.

4.3.6.2 Analyse und Bewertung

Die Regelungen sollen den Sinn haben, die Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit der jeweiligen Maßnahme jeweils vorab zu prüfen, ihre Anwendung als Sonderfall zu erkennen und auf diese Weise ihrer exzessiven Anwendung in der täglichen Praxis vorzubeugen. Grundsätzlich ist es durchaus nachvollziehbar, dass eine Maßnahme durch solche Verfahrensregelungen aus der täglichen Routine herausgehoben und die individuelle Verantwortung präzisiert wird. Das macht allerdings nur dann einen Sinn, wenn es für die jeweilige Anordnung nicht eine allgemeine Vertretungsregelung gibt, sondern wenn der eigentlich Zuständige veranlasst ist, für seine Abwesenheit eine Vertretungsregelung zu treffen, die sich auf einen konkreten Vertreter bezieht.

Ob das Ziel der Regelung tatsächlich erreicht und in welchem Umfang von der Ermächtigung für den Behördenleiter Gebrauch gemacht wird, diese Kompetenz zu delegieren, kann nicht abstrakt beantwortet werden. Dazu sind empirische Untersuchungen notwendig, die bisher nicht vorliegen. Dabei wäre auch zu prüfen, ob Fälle belegbar sind, in denen eine bestimmte

gewünschte Maßnahme von dem Präsidenten oder Abteilungsleiter abgelehnt worden ist und ob dazu formelle Entscheidungen getroffen wurden oder informelle Absprachen. Vermutlich wird man dabei zu dem Ergebnis kommen, dass zwar „heikle“ Fälle unabhängig von der gesetzlichen Zuständigkeitsregelung grundsätzlich „nach oben“ geschoben und ebenso grundsätzlich beantragt bzw. genehmigt wurden.

4.3.6.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen

Es wird jedenfalls empfohlen, in die anstehende Evaluierung eine empirische Auswertung dieser Regelungen ausdrücklich einzubeziehen.

Im Übrigen sind in diesem Zusammenhang Regelungen wie in § 7a Abs. 5 und 6 G 10 wenig überzeugend, wonach die G 10-Kommission bzw. das PKGr über die Übermittlung von Daten durch den BND an auswärtige Stellen erst nachträglich unterrichtet werden müssen. Wenn gegen die Übermittlung etwas zu erinnern ist, dann muss das vorher und nicht erst nachträglich geschehen.

Die Mitglieder Harms und Kaller sind anderer Ansicht. Eine empirische Auswertung aller genannten Regelungen zur Antragsbefugnis erscheint nicht zielführend; allenfalls sollten dann Überprüfungen zu einzelnen Regelungen erfolgen, wenn in der praktischen Umsetzung hierfür ein Erfordernis erkennbar wird. Die im Artikel 10-Gesetz getroffenen Regelungen in § 7a zur Unterrichtung von G 10-Kommission und Parlamentarischem Kontrollgremium haben sich in der Praxis bewährt und sollten nicht verändert werden.

4.3.7 Kontroll- und Prüfungskompetenzen des BfDI

4.3.7.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme

Der BfDI hat verschiedentlich darauf hingewiesen, dass er bei der Prüfung von Online-Ermittlungen durch das BKA bzw. bei einer TKÜ vor ihrer Verschlüsselung bei seinen Ermittlungen dadurch behindert wurde, dass dem BKA weder der Quellcode bekannt war, noch einen Einblick in den von einer privaten Firma entwickelten Quellcode verschaffen konnte.

4.3.7.2 Analyse und Bewertung

Die Prüfung des Quellcodes ist nach Auffassung der Mitglieder Bäcker und Hirsch deswegen wichtig, weil man nur anhand dieses Codes feststellen kann, welche Fähigkeiten der im jeweiligen Fall eingesetzte Trojaner außer der TKÜ hat. Auch wurde dem BfDI der Einblick in

die Protokolldaten gelöschter Speicherungen verwehrt. Bei der Prüfung nach § 10 Abs. 1 ATDG ist er auf die Prüfung der Daten beschränkt worden, die von einer Bundesbehörde generiert worden waren. Ebenso haben sich Probleme bei der Prüfung sog. verdeckt gespeicherter Daten ergeben³²⁰.

Das Mitglied Kaller weist darauf hin, dass eine Quellcodeanalyse kein Ersatz für ausführliche Tests von Software ist. Letztere werden vom BKA hinsichtlich der Quellen-TKÜ-Software durchgeführt und auch für den BfDI dokumentiert. Gleichwohl hat die Bundesregierung entschieden, die Software durch das BKA künftig selbst zu entwickeln, um die vollständige Kontrolle auch über den Quellcode zu haben.

4.3.7.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen

Der BfDI ist ein Kontrollorgan des Bundestages. Innerhalb der Zuständigkeit der Bundesregierung und der ihrer nachgeordneten Exekutive kann es daher grundsätzlich keine Datenverarbeitung oder Informationstechnik geben, die der Kontrolle des BfDI entzogen ist. Nach Ansicht der Mitglieder Bäcker, Hirsch und Wolff müssen Daten, die bei Bundesbehörden gespeichert sind, der Kontrolle des BfDI zugänglich sein, sofern der Bundestag dies nicht ausdrücklich gesetzlich ausgeschlossen hat. Das muss nach Auffassung der Mitglieder Bäcker und Hirsch auch hinsichtlich der Daten gelten, die der Kontrollbefugnis der G 10-Kommission unterliegen, weil sich aus ihnen Anknüpfungspunkte für weitere Speicherungen ergeben, die ihrerseits der Kontrolle des BfDI unterliegen³²¹. Wenn darüber bei einzelnen Behörden Unklarheiten bestehen, müssen sie ggf. durch gesetzliche Klarstellung ausgeräumt werden.

Ebenso wichtig ist es für den Bundestag, schon bei der Einbringung eines neuen Gesetzes zuverlässig zu erfahren, ob der BfDI bei der Beratung durch die Ressorts und zutreffendenfalls mit welchem Ergebnis beteiligt worden ist. Nach Auffassung der Mitglieder Bäcker und Hirsch sollte daher grundsätzlich verlangt werden, dass die Bundesregierung bei der Einbringung eines Gesetzes nicht nur die Stellungnahme des Bundesrates und des Nationalen Normenkontrollrats vorzulegen hat, sondern auch die Stellungnahme des BfDI, ob er dem jeweiligen Gesetzentwurf zustimmt oder welche Bedenken und Anregungen er

³²⁰ Vgl. dazu InnenA-BT-Drs. 17(4)460 E, S. 3 ff. sowie BT-Drs. 17/10161.

³²¹ Vgl. dazu InnenA-BT-Drs. 17(4)359 C, S. 4.

dazu bisher ergebnislos vorgebracht hat. Angesichts des wachsenden Umfangs und der zunehmenden Bedeutung informationstechnischer Verfahren würde eine solche Regelung sowohl die Beratungen innerhalb der Exekutive und im Parlament wesentlich erleichtern.

Ein zwingendes Beteiligungsrecht des BfDI mit Wiedergabe seiner Stellungnahme bei neu eingeführten geheimen Informationseingriffsbefugnissen wäre nicht unsinnig. Sie würde ermöglichen Sachverstand aus der Verwaltungspraxis in einen Bereich ins Gesetzgebungsverfahren einzubringen, in dem wegen der fehlenden verwaltungsgerichtlichen Kontrolle im üblichen Umfange eine sorgfältige vorherige Prüfung erforderlich erscheint. Andererseits ist das Parlament in seinem Gesetzgebungsverfahren weitgehend autonom.

Die Mitglieder Harms und Kaller teilen die Empfehlungen hinsichtlich der Überschneidungen der Kontrollkompetenzen von BfDI und G 10-Kommission nicht. „Doppelte Kontrolle“ muss nicht immer besser sein, da es dann an einer klaren Verantwortungszuschreibung fehlt. Auch ist dies weder eine Besonderheit des Artikel 10-Gesetzes noch verfassungsrechtlich bedenklich, wie sich aus der jüngsten Entscheidung des BVerfG zum ATDG ergibt. Erforderlich ist vielmehr, wie sich auch aus der Entscheidung des BVerfG ergibt, dass die jeweils zuständigen Kontrollorgane sich nicht misstrauisch belagern, sondern bei der Kontrolle kooperieren. Im Übrigen weisen die Mitglieder Harms und Kaller darauf hin, dass der BfDI – ebenso wie die Mitglieder der G 10-Kommission – zwar von Bundestag bestellt werden, ansonsten aber in ihrer Amtsausübung unabhängig und keinerlei Weisungen unterworfen sind (§ 22 Abs. 4 Satz 2 BDSG, § 15 Abs. 1 Satz 3 G 10). Der Begriff „Kontrollorgan des Bundestags“ ist insofern zumindest irreführend, auch wenn der Bundestag nach § 26 Abs. 2 BDSG jederzeit Gutachten und Berichte vom BfDI anfordern kann. Vielmehr ist der BfDI in seiner Amtsausübung völlig unabhängig (Art. 28 Abs. 1 Satz 2 Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG).

Der BfDI wird gemäß § 45 Abs. 3 i. V. m. § 21 Abs. 1 der GGO (der Bundesregierung) bereits bei allen Gesetzgebungsvorhaben mit datenschutzrechtlichen Bezügen frühzeitig einbezogen. Da die Beteiligung frühzeitig erfolgt und der Gesetzentwurf unter Berücksichtigung der Stellungnahme des BfDI bis zum Kabinettsbeschluss in der Regel noch zahlreiche Änderungen erfährt, ist allerdings fraglich, ob die – grundsätzlich erwägenswerte – Übersendung der Stellungnahmen zusammen mit dem Gesetzentwurf tatsächlich einen Mehrwert beinhaltet.

4.3.8 Ausgestaltung des Kernbereichsschutzes

4.3.8.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme

Angesichts der schnellen technischen Entwicklung dürfte der Versuch einer Legaldefinition des Begriffes des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung nicht hilfreich sein. So wurde bei der Formulierung der Entscheidung zum sog. Großen Lauschangriff ganz überwiegend an die akustische Überwachung einer Wohnung gedacht und die Möglichkeiten einer optischen Überwachung oder die Möglichkeiten, einen privaten Computer auszulesen, ihn auf Dauer zu manipulieren und als heimliche Kamera benutzen zu können, ohne ihn körperlich besitzen zu müssen und ohne Kenntnis seines Nutzers zu verändern, nicht erörtert.

4.3.8.2 Analyse und Bewertung

Das BVerfG hat sich nicht ohne Grund veranlasst gesehen, den Gesetzgeber auf seine Pflicht hinzuweisen, die weitere technische Entwicklung und ihre Auswirkung auf die überkommenden Freiheitsrechte ebenso zu prüfen³²² wie den Gedanken, dass es nicht unserem Verfassungsdenken entspricht, den Menschen schließlich in allen sozialen Beziehungen zu erfassen und zu verdaten³²³. Eine solche Datengesamtbilanz fehlt bisher.

Aktuelle Bedeutung haben zurzeit drei Fragen:

4.3.8.2.1 Tatbestandsmerkmal „allein“

Zunächst ist zu untersuchen, wie der Kernbereichsschutz zu handhaben ist, wenn sich z. B. in einem Telefonat nicht „allein“ kernbereichsrelevante Daten befinden.

4.3.8.2.2 Berufsgeheimnisträger

Ferner ist von Interesse, ob Berufsgeheimnisträger in den Schutz des Kernbereichs einfach durch die Formel einbezogen werden können, dass der Kernbereich auch das Vertrauensverhältnis zu den Berufsgeheimnisträgern umfasst, so § 16 Abs. 5 PolG NRW.

³²² BVerfGE 112, 304 (3. Leitsatz).

³²³ BVerfGE 125, 260 (324).

4.3.8.2.3 Löschung von Protokolldaten

Schließlich bleibt zu klären, ob und wann Protokolldaten gelöscht werden können, aus denen sich die Löschung kernbereichsrelevanter Daten ergibt.

4.3.8.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen

4.3.8.3.1 Tatbestandsmerkmal „allein“

Zu der Frage, wie zu verfahren ist, wenn eine TKÜ Maßnahme nicht „allein“ Informationen aus dem Kernbereich enthält, wird auf die Ausführungen oben zu 4.3.5 verwiesen. Die mehrfach wiederholte Regelung ist schlicht eine gesetzgeberische Fehlleistung, die das BVerfG mit einer Umdeutung des Wortlautes zu retten versucht hat.

Ein Telefonat, in dem keine einzige Bemerkung enthalten ist, die nicht zum Kernbereich gehört, gibt es nicht. Es sollte möglich sein, den eigentlichen gesetzgeberischen Willen so zu formulieren, dass Missverständnisse ausgeschlossen sind. Dazu gehört nach Auffassung der Mitglieder Bäcker, Giesler und Hirsch zunächst, dass die Überwachung von Telefonaten mit Personen, die erkennbar zum Kernbereich gehören – Geistliche, Telefonseelsorger, Anwälte, engste Familienangehörige – unzulässig ist. Bei automatischen Aufnahmen kommt es darauf an, wer ihre Verwertbarkeit in welchem Verfahren beurteilt. Normalerweise ist vorgeschrieben, automatische Aufnahmen unverzüglich dem Gericht zur Entscheidung über ihre Verwertbarkeit vorzulegen, das der Maßnahme zugestimmt hatte. Werden dabei Daten des Kernbereichs festgestellt, sind sie unverzüglich zu löschen und ihre Löschung ist zu protokollieren.

Es ist nicht zu akzeptieren, dass diese Regelung nicht auch für den außerordentlich grundrechtsintensiven verdeckten Eingriff in informationstechnische Systeme gem. § 20k BKAG gilt. Hier enthält § 20k Abs. 7 BKAG die nebelhafte Formel, dass zunächst der Datenschutzbeauftragte des BKA gemeinsam mit zwei weiteren Mitarbeitern des BKA „unter Sachleitung des anordnenden Gerichts“ (was heißt das?) die aufgenommenen Daten darauf prüfen soll, ob sie zum Kernbereich gehören oder nicht. Da man menschliche Gehirne nicht wie eine Festplatte löschen kann, verleitet eine Formel dieser Art dazu, Informationen aus dem Kernbereich bewusst oder unbewusst gleichwohl als Fahndungsansätze zu nutzen.

Es ist auch hier unverzichtbar, dass die nachlaufende Prüfung einer automatischen Aufnahme ausschließlich durch einen Richter erfolgt, der an den Ermittlungen selbst nicht

beteiligt ist. Wenn er dazu im Einzelfall Hilfspersonal benötigt, dann sollte das Gesetz nicht vorschreiben, dass es sich dann um Beamte des BKA handeln muss.

Nach Einschätzung des Mitgliedes Wolff ist § 3a Satz 1 G 10 sachlich gerechtfertigt, weil diese Norm den Fall des Kernbereichsschutzes erfasst, in dem die gesamte Beschränkung unzulässig ist. Ist von vornherein nicht auszuschließen, dass Teile des überwachten Telekommunikationsverkehrs nicht in den absoluten Persönlichkeitskern fallen, muss deswegen die Telekommunikationskontrolle nicht insgesamt unterbleiben.

4.3.8.3.2 Berufsgeheimnisträger

Die Rechtsprechung des BVerfG nimmt aus dem unbedingt zu respektierenden Kernbereich konkrete Informationen über eine begangene Straftat aus, weil sie einen Sozialbezug haben. Das Berufsgeheimnis zu Anwälten und Strafverteidigern bezieht sich aber gerade auf die Möglichkeit, auch Tatbestände mit möglicherweise strafrechtlich relevanten Inhalten rückhaltlos besprechen zu können. Das braucht hier nicht im Einzelnen begründet zu werden. Dementsprechend meint die oben zitierte Formel, dass die zu benennenden Berufsgeheimnisse als Kernbereich der privaten Lebensführung gelten, also wie der Kernbereich zu behandeln sind. Das sollte nach Auffassung Bäcker, Giesler und Hirsch dann zur Vermeidung von Missverständnissen gesetzgeberisch auch so formuliert werden, vgl. etwa § 100c Abs. 6 StPO.

Nach Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller sind die getroffenen Regelungen zum Kernbereichsschutz und zum Schutz der Berufsgeheimnisträger sachgerecht. Die Frage, welche Inhalte dem Kernbereich zuzurechnen sind, lässt sich nicht anhand abstrakter Kriterien festmachen. Daher ist immer eine Prüfung im Einzelfall notwendig. Die spezielle Verfahrensregelung des § 20k Abs. 7 BKAG trägt diesem Umstand Rechnung.

Der Schutz der Berufsgeheimnisträger ist schon aufgrund der anderen Zielsetzung vom Kernbereichsschutz zu trennen. So können Gespräche mit Berufsgeheimnisträgern – z. B. Ärzten – dem Kernbereichsschutz unterfallen, müssen es aber nicht. Beim Schutz der Berufsgeheimnisträger geht es vielmehr darum, das Vertrauensverhältnis des Berufsgeheimnisträgers zu seinem beruflichen Gesprächspartner unabhängig vom konkreten Inhalt zu schützen.

4.3.8.3.3 Löschung von Protokolldaten

Zu der Frage, ob die unverzügliche Löschung kernbereichsrelevanter Daten trotz der Protokollierung der Löschung zu Problemen bei der nachfolgenden Kontrolle der Rechtmäßigkeit einer Maßnahme führt, fehlt bisher ausreichendes empirisches Material. Angesichts der absoluten Schutzwürdigkeit des Kernbereichs und der technischen Möglichkeiten, die Sperrung einer Datei illegal zu durchbrechen, ist der bisherige Zwang zur Löschung vorzuziehen, solange kein konkretes Verfahren zur Nachprüfung anhängig ist.

Eine ganz andere Frage ist es allerdings, ob auch die Protokolldaten am Ende des folgenden Jahres gelöscht werden dürfen, wenn sie nicht zur Rechtskontrolle benötigt werden. Das setzt allerdings voraus, dass entweder alle Betroffenen von der gegen sie gerichteten Maßnahme unterrichtet wurden und die Rechtsmittelfrist verstrichen ist, oder dass in rechtlich zulässiger Weise entschieden wurde, dass auch in Zukunft eine Benachrichtigung nicht erfolgen kann.

4.3.9 Zeitliche Begrenzung der Verwendungsmöglichkeiten, Löschungspflichten und Sperrpflichten

4.3.9.1 Sachdarstellung/Bestandsaufnahme

Schwierig ist das Verhältnis von Löschungspflichten und Speicherfristen. Die Aufgabenerfüllung ist den Sicherheitsbehörden nur möglich, wenn sie relevante personenbezogene Daten einen gewissen Zeitraum speichern dürfen. Umgekehrt verlangt der Grundrechtsschutz des Betroffenen, dass personenbezogene Daten, die durch rechtmäßigen Informationseingriff erlangt werden, nicht ohne jede zeitliche Begrenzung gespeichert und verwendet werden dürfen.

Dieser allgemeine Zielkonflikt wird im Bereich der geheimen Informationseingriffe noch einmal insofern verändert, als dass dort für eine Speicherung nicht nur der Gedanke der Aufgabenerfüllung der Behörde spricht, sondern auch der Kontrollgedanke. Verdeckte Informationseingriffe sind den Beteiligten in der Regel nicht bekannt und können daher vor einer Mitteilung von ihm auch nicht gerichtlich überprüft werden. Auch eine datenschutzrechtliche Permanentkontrolle findet nicht statt und wäre auch nicht wünschenswert, vielmehr ist auch diese auf die Verfügbarkeit der personenbezogenen Daten für einen in der Vergangenheit liegenden gewissen Zeitraum angewiesen. Dem Bedürfnis des Zugriffs auf die Daten zu Kontrollzwecken (datenschutzrechtlicher oder gerichtlicher Natur) genügt es dabei grundsätzlich, wenn die Daten nicht gelöscht werden, sondern

gesperrt werden. Gesperrte Daten sind dem Zugriff der Behörden zum Zwecke der Aufgabenerledigung entzogen und grundsätzlich nur für die Kontrollzwecke verwendbar.

Allerdings sind gesperrte Daten grundsätzlich vorhanden und können unter bestimmten Situationen je nach Ausgestaltung auch für Verwaltungsaufgaben außerhalb der Kontrolle verwendet werden, sodass auch eine unbegrenzte und ausnahmslose Sperrpflicht nicht sinnvoll erscheint.

Das richtige Verhältnis zwischen zulässiger Verwendungsdauer und Speicherdauer und Löschpflichten sowie den Sperrpflichten ist nicht abstrakt zu bestimmen. Dem Bundesverfassungsschutzgesetz liegt eine Regelung dieser drei Eckpole zugrunde, die grundsätzlich sinnvoll erscheint. Einerseits besteht eine grundsätzliche Löschungspflicht, wenn die Daten nicht benötigt werden bzw. unrichtig sind. Darüber hinaus bestehen regelmäßige Prüfpflichten. Schließlich besteht eine grundsätzliche Löschungspflicht nach zehn Jahren für die meisten Aufgabenbereiche, es sei denn, es wird im Einzelfall eine Ausnahme festgestellt (§ 12 Abs. 3 BVerfSchG). Schließlich ist festgelegt, dass gesperrte Daten bzw. zu Kontrollzwecken gespeicherte Daten, nur für diese Zwecke verwendet werden dürfen (§ 12 Abs. 4 BVerfSchG).

Der richtige Zeitraum für die Prüfpflichten und die maximale reguläre Speicherpflicht ergibt sich nicht abstrakt, sondern sowohl aus den Anforderungen der Praxis als auch aus den zugrunde liegenden politischen Entscheidungen. Eine generelle zutreffende Zeitdauer ist nicht ersichtlich, jedoch liegen die in § 12 BVerfSchG zum Ausdruck kommenden innerhalb des Bereichs des Möglichen.

Von dieser generellen grundsätzlichen Ausrichtung abgesehen gibt es jedoch Friktionen im Verhältnis der Löschungspflichten, vor allem im Bereich des G 10. Deutlich wird dies etwa im Verhältnis von § 3a Satz 12 G 10 und § 4 Abs. 1 Satz 6 G 10. Dort sind die Protokolldaten einmal nach einem Jahr für jeden Fall zu löschen und zum anderen aber nur dann, wenn eine Mitteilung oder ein Rechtsschutzverfahren ausgeschlossen ist.

4.3.9.2 Schlussfolgerungen/Empfehlungen

Die Kommission empfiehlt daher, die dem Artikel 10-Gesetz zugrunde liegenden Löschungspflichten auf ihre Stimmigkeit hin zu überprüfen, und regt an, insbesondere zu prüfen, ob die vorgesehenen Löschungspflichten der Protokolldaten ein Jahr nach Löschung der Kommunikationsdaten nicht in Sperrpflichten umformuliert werden könnten.

4.4 V-Leute

4.4.1 Bestandsaufnahme

4.4.1.1 Die gesetzlichen Grundlagen

V-Leute sind geheime, der jeweiligen Behörde nicht angehörende Informanten der Behörden, die gegen Bezahlung mit den Sicherheitsbehörden zusammenarbeiten und in der Regel wegen ihrer Zugehörigkeit zu dem Beobachtungsobjekt geheim berichten. Die Voraussetzungen für eine Eignung als V-Mann sind je nach Sicherheitsbereich unterschiedlich. Bei den Nachrichtendiensten ist die längerfristige Zusammenarbeit typischer als bei der Polizei. Die Vertrauensleute sind anders als die verdeckten Ermittler keine Angestellten des Staates oder Beamte.

Für den Einsatz von V-Leuten gibt es nicht in allen Sicherheitsbereichen Rechtsnormen.

- Für das BfV findet sich die Grundlage in § 8 Abs. 2 BVerfSchG. Dort wird der Einsatz von Vertrauensleuten als ein Beispiel der zulässigen Gegenstände zur heimlichen Informationsbeschaffung aufgeführt. Für den MADG gilt gem. § 4 Abs. 1 MADG und für den BND gem. § 3 BNDG das Gleiche.
- Für das allgemeine Polizeirecht sei beispielsweise die Regelung des brandenburgischen Polizeirechts zitiert, die diese Frage in § 35 BbgPolG normiert. Für die Zollfahndung findet sich eine Ermächtigung in § 21 ZFdG. Das BKA besitzt diese Befugnis im Rahmen seiner Zuständigkeit zur Abwehr der Gefahren des internationalen Terrorismus gem. § 20e Abs. 2 Nr. 4 BKAG. Die Rechtsgrundlagen beschränken sich darauf, den Einsatz der V-Leute grundsätzlich zu gestatten. Qualifizierende Merkmale, Standards, Kontrollpflichten und Beendigungsgründe sind gesetzlich nicht normiert.
- Im Strafverfahren gibt es keine Regelung der Zulässigkeit des Einsatzes von V-Leuten. Der Gesetzgeber hat ausdrücklich darauf verzichtet, die Inanspruchnahme dieser Personen zu regeln. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, dass deren Heranziehung unzulässig wäre. In einer

Kammerentscheidung³²⁴ ging das BVerfG davon aus, zumindest die gezielte Nachfrage bei aussageverweigerungsberechtigten Personen durch V-Leute bedürften einer speziellen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Wegen der Selbstständigkeit der Informationserhebung im Hauptverfahren und der engen Rechtsprechung zu den Beweisverwertungsverböten ist die Regelung im repressiven Bereich daher deutlich rüekständiger als im präventiven Bereich.

4.4.1.2 Die inhaltlichen Vorgaben

Zurzeit bestehen interne Richtlinien/Dienstvorschriften der jeweiligen Sicherheitsbereiche über die Führung von V-Leuten. Diese Richtlinien sind geheim und auch der Kommission nicht umfassend bekannt. Über deren inhaltliche Qualität lässt sich daher nichts sagen.

Bei abstrakter Bewertung erscheint es aber notwendig, dass im Bereich der Anwerbung und der Vertrauensleute folgende Fragen rechtlich geklärt sind:

- Welche sachlichen und personellen Kriterien müssten Vertrauensleute erfüllen?
- Wer entscheidet intern innerhalb der Behörde über die Anwerbung einer Vertrauensperson?
- Welche inhaltlichen Kriterien sind für die Führung von Vertrauenspersonen maßgeblich?
- Welche Grenzen müssen die V-Leute einhalten?
- Welche interne Kontrolle besteht in den Sicherheitsbehörden über die Führung von Vertrauenspersonen?
- Wie sind die unnötige Doppelanwerbung und das entgegengesetzte Tätigwerden von Vertrauenspersonen aus unterschiedlichen Bereichen bei gleichen Sachverhaltskomplexen zu verhindern?

Einige dieser Fragen hat als erstes das Gesetz über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen (§ 7 Abs. 1 VSG NRW) geregelt. Danach müssen V-Personen volljährig sein, dürfen weder Zielsetzung noch die Tätigkeit des Beobachtungsobjektes entscheidend bestimmen können und keine Straftaten von erheblicher Bedeutung begangen haben.

³²⁴ Beschluss vom 01.03.2000 – 2 BvR 2017/94 – = NStZ 2000, 489.

Verstoßen sie dagegen, muss die Zusammenarbeit unverzüglich beendet und die Staatsanwaltschaft benachrichtigt werden. Die den V-Personen gewährten Geld- oder Sachzuweisungen dürfen nicht auf Dauer die einzige Lebensgrundlage sein. Die Zusammenarbeit und Führungsverantwortung muss zeitlich befristet werden. V-Leute dürfen weder Abgeordnete noch deren Mitarbeiter sein.³²⁵

Nach Ansicht des Mitgliedes Kaller kommt es indessen maßgeblich nicht auf die Regelungsform, sondern auf den Regelungsinhalt an. Untergesetzliche Regelungen sind insoweit ausreichend und vorzugswürdig, weil nur auf diese Weise den Belangen des Geheimschutzes Rechnung getragen werden kann. Zur Beantwortung der Fragen können die Beschlüsse der IMK vom 06./07.12.2012 herangezogen werden, die entsprechende Empfehlungen für Standards und Leitlinien der V-Leute Führung enthält.

4.4.2 Bewertung und Analyse

4.4.2.1 Der Regelungsbedarf

Weiter bleibt die Frage, inwiefern die inhaltlichen Standards für die Anwerbung, die Führung und die Kontrolle der Führung von Vertrauenspersonen den Sicherheitsbehörden alleine überlassen bleibt. Die Anwerbung von Vertrauenspersonen dient dem Zweck, innerhalb bestehender Bestrebungen, die den Aufgabenbereich der Nachrichtendienste erfüllen, Informationen zu gewinnen. Es wäre daher kontraproduktiv, die inhaltlichen Kriterien in detaillierter Form für die Anwerbung und die Führung von Vertrauensleuten zu publizieren. Umgekehrt ist es angesichts der spezifischen Probleme, die mit der Anwerbung von Vertrauenspersonen zusammenhängen, nicht ganz fernliegend, unter dem Gesichtspunkt der Wesentlichkeit eine gewisse Basis in den parlamentarischen Gesetzen zu erwägen. Es wäre daher möglich, für alle drei Sicherheitsbereiche eine Regelung zu schaffen, nach der der Gesetzgeber die Sicherheitsbehörden ermächtigt, durch nicht publizierte Richtlinien die oben genannten drei Bereiche zu normieren.

³²⁵ Nach § 8 Abs. 1 VSG NRW dürfen in personenbezogenen Daten keine Daten gespeichert werden, die im Zusammenhang mit der Ausübung eines parlamentarischen Mandats angefallen sind. Über die Speicherung anderer Daten eines Abgeordneten entscheidet der BMI nach Anhörung des PKGr.

4.4.2.2 Sicherungsinstrumente

Weiter liegt es aus der Sicht der Kommission nahe, verfahrensmäßige Instrumente vorzusehen, damit sichergestellt ist, dass die Vertrauenspersonen der einzelnen Sicherheitsbereiche und der einzelnen Behörden nicht gegeneinander arbeiten. Hilfreich ist es insoweit, Kenntnis bzw. die Möglichkeit derselben dahingehend zu erlangen, welche V-Leute von anderen Sicherheitsbehörden in eine Organisation gewonnen worden sind, Ob diese Instrumente durch Bereitstellung besonderer Ansprechpartner oder die Erstellung gemeinsamer Dateien erreicht wird, erscheint zweitrangig. Es sollte geprüft werden, ob eine gesetzliche Ermächtigung zur Regelung der Behörden durch interne Normen zu den Fragen der Kriterien für die Auswahl und die Anwerbung von Vertrauenspersonen, die Führung von Vertrauenspersonen und die Kontrolle über die Führung von Vertrauenspersonen eingefügt werden.

Es sollten Instrumentarien installiert werden, die sicherstellen, dass die Anwerbung und die Führung von Vertrauenspersonen der einzelnen Behörden im Sicherheitsbereich nicht unabgestimmt voneinander stattfindet, wobei die Art und Weise der Abstimmung zweitrangig erscheint.

4.4.3 Schlussfolgerungen/Empfehlungen

Nach Auffassung der Mitglieder Bäcker, Giesler und Wolff muss geprüft werden,

- ob und ggf. inwieweit der Gesamtkomplex „Einsatz von V-Leuten“ bundesgesetzlich geregelt werden sollte,
- ob qualitative Voraussetzungen für die Anwerbung und die Auswahl der V-Leute gesetzlich geregelt werden können und
- ob die Kontrolle der Auswahl, der Führung und der Ertrag von V-Leuten normiert werden sollte.

Das Mitglied Hirsch schließt sich dem mit der Maßgabe an, dass eine gesetzliche Regelung jedenfalls in dem in NRW verwirklichten Umfang möglich und wünschenswert ist.

Die Mitglieder Harms und Kaller halten untergesetzliche Normierungen, die in Bund und Ländern einheitliche Standards vorsehen, für ausreichend.

Nach Auffassung der Kommission sollte sichergestellt werden, dass sich die Sicherheitsbehörden über die jeweils eingesetzten V-Leute wechselseitig informieren.

4.5 Weitere gesetzliche Handlungsoptionen

Die Rechtsgrundlagen zur Datenerhebung durch die Sicherheitsbehörden sind zudem nach Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller in angemessener Weise im Lichte der technischen Entwicklung anzupassen. Erforderlich ist neben der Speicherung von Telekommunikations-Verbindungsdaten auch eine Klarstellung zur Anwendung technischer Maßnahmen zur Überwindung moderner und inzwischen kostenlos verfügbarer Kryptotechnik, etwa durch gesetzliche Klarstellungen zur Quellen-Telekommunikationsüberwachung nach dem Vorbild des § 20l Abs. 2 BKAG in allen Sicherheitsgesetzen, auch in der Strafprozessordnung. Gleiches gilt für die Einführung von Befugnissen für die Online-Durchsuchung informationstechnischer Systeme (nach dem Vorbild des § 20k BKAG), die in dem vom BVerfG gesteckten, sehr engen Rahmen rechtsstaatlich unbedenklich ist.

Das Mitglied Wolff kann die Forderung nach Einführung der Kompetenz einer Quellen-Telekommunikationsüberwachung und nach der Onlinedurchsuchung in dieser Form nicht mittragen, da die Forderung nicht auf einer entsprechenden Diskussion der Kommission beruht. Nach seiner Ansicht hätte die Kommission zunächst Kriterien festlegen müssen, anhand derer sich beurteilt, ob die Einführung neuer Kompetenzen sinnvoll ist oder nicht. Dies war aus Zeitgründen nicht möglich.

Die Mitglieder Bäcker, Giesler und Hirsch lehnen die Forderungen der Mitglieder Harms und Kaller explizit ab. Hierzu weisen die Mitglieder Bäcker und Hirsch darauf hin, dass es auch an einer Begründung dafür fehlt, warum weitere Eingriffsmaßnahmen der Sicherheitsbehörden erforderlich sein sollen, um ein insgesamt hinreichendes Sicherheitsniveau zu gewährleisten. Die Erforderlichkeit solcher Befugnisweiterungen ist keineswegs selbstverständlich. Dies zeigt sich beispielhaft daran, dass die kriminalistische Notwendigkeit einer flächendeckenden Vorratsspeicherung von Telekommunikations-Verkehrsdaten trotz mittlerweile mehrjähriger Erfahrung mit diesem Instrument in den meisten Mitgliedstaaten der Europäischen Union nach wie vor nicht belastbar belegt worden ist. Angesichts der anhängigen, zur Entscheidung anstehenden Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof, welche die Vereinbarkeit der einschlägigen Richtlinie 2006/24/EG mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union zum Gegenstand haben, besteht auch aus unionsrechtlicher Sicht derzeit kein Handlungsbedarf für die Wiedereinführung der Vorratsdatenspeicherung. Die Schaffung von Rechtsgrundlagen für „Online-Durchsuchungen“ und „Quellen-Telekommunikationsüberwachungen“ setzt zudem unter

anderem voraus, das Verhältnis beider Maßnahmetypen zu klären. Bisher ist dies weder in der Literatur noch in der bekannten forensischen Praxis überzeugend gelungen. Im Übrigen handelte es sich bei solchen Rechtsgrundlagen keineswegs um bloße „Klarstellungen“, sondern um neue, eingriffsintensive und darum gleichfalls substantiiert zu begründende Ermächtigungen.

5. Zusammenfassung

Mit der Novelle zum BVerfSchG vom 07.12.2011³²⁶ wurde ein umfangreicher Evaluierungsauftrag auch hinsichtlich des TBG, des TBEG, des BVerfSchG, des MADG und des BNDG sowie des SÜG mit Frist zum 01.10.2016 erteilt. Die notwendigen Evaluierungen dieser Gesetze setzen umfangreiche empirische Untersuchungen voraus, die Ende 2015 abgeschlossen sein müssten, wenn daraus in der bis zum Herbst 2017 laufenden Legislaturperiode gesetzgeberische Konsequenzen gezogen werden sollen.

Die Kommission empfiehlt daher, zu Beginn der kommenden Legislaturperiode unverzüglich mit der Vorbereitung der Evaluierungen zu beginnen.

5.1 Aufgaben und Befugnisse der Sicherheitsbehörden und ihr Verhältnis zueinander

5.1.1 Erweiterungen im Terrorismusstrafrecht und ihre Auswirkungen auf das Strafverfahren

Durch das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG) wurden im Jahr 2009 die älteren Organisationstatbestände des Terrorismusstrafrechts, welche Handlungen im Zusammenhang mit terroristischen Vereinigungen unter Strafe stellen, um neue Straftatbestände ergänzt. Diese Tatbestände beziehen sich auf Handlungen im Vorfeld terroristischer Anschläge von nicht-organisierten Tätern. Sie setzen teilweise unionsrechtliche Vorgaben um, gehen ansonsten über diese Vorgaben allerdings weit hinaus. Nach Auffassung der Mitglieder Bäcker, Hirsch und Wolff kriminalisiert das materielle Strafrecht seit Inkrafttreten des GVVG Vorbereitungshandlungen zu terroristischen Straftaten nahezu flächendeckend. Diese Kriminalisierung setzt zudem bereits in einem sehr frühen Stadium an. In der Folge stehen in erheblichem Ausmaß Handlungen unter Strafe, die weder besonders gefährlich sind noch einen äußerlich erkennbaren Bezug zu einer terroristischen Gewalttat haben; beispielhaft seien der Erwerb sowie die Vermittlung naturwissenschaftlicher Kenntnisse oder technischer Fertigkeiten genannt. Strafgrund sind insoweit vor allem die Ziele, die der Handelnde verfolgt. Weiter kann die äußerlich neutrale Unterstützungshandlung eines Dritten selbst dann strafbar sein,

³²⁶ BGBl. I 2011, 2576, vgl. auch Ausführungen auf S. 32.

wenn der Handelnde nicht sicher weiß, sondern lediglich für möglich hält, dass seine Handlung zur Vorbereitung eines Anschlags beiträgt.

Die Vorfelddelikte des Terrorismusstrafrechts eröffnen nach Auffassung der Mitglieder Bäcker, Hirsch und Wolff eingriffsintensive Ermittlungs- und Zwangsmaßnahmen nach der Strafprozessordnung bereits im Planungsstadium eines Anschlags. Zudem ermöglichen einige dieser Straftatbestände, die mit hohen Strafen bewehrt sind, potenzielle Terroristen mit dem Mittel des Strafrechts „aus dem Verkehr zu ziehen“. Sie gestalten so das Strafverfahren zu einer auch präventiv ausgerichteten Ordnung um. Schließlich sollen diese Regelungen teilweise Beweisschwierigkeiten ausräumen. Andererseits werfen diese Vorfeldtatbestände ihrerseits sowohl rechtsstaatliche Zweifel als auch praktische Schwierigkeiten auf.

Angesichts dessen empfehlen die Mitglieder Bäcker, Hirsch und Wolff die großflächige Kriminalisierung von Handlungen im Vorfeld terroristischer Anschläge durch das GVVG aus strafverfolgungspraktischer, verfassungsrechtlicher und rechtspolitischer Warte zu überprüfen. Überprüfungsbedürftig sind die neuen Tatbestände insbesondere insoweit, als sie äußerlich neutrale und nicht besonders schadensträchtige Vorfeldhandlungen bei Strafe verbieten. Im Rahmen dieser Überprüfung sollte als denkbare Alternative zum gegenwärtigen Regelungsansatz eine stärkere Orientierung an den unionsrechtlichen Vorgaben erwogen werden.

Nach Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller ist die Schaffung zusätzlicher Gefährdungsdelikte dem Umstand geschuldet, dass zunehmend Vorbereitungen terroristischer Anschläge von Einzeltätern oder Kleinstgruppen durchgeführt werden. Die Erfahrungen mit radikalisierten Einzeltätern haben gezeigt, dass die durch das GVVG strafrechtlich sanktionierten Verhaltensweisen einen strafwürdigen Unwert beinhalteten. Mit der Schaffung der neuen Straftatbestände des GVVG war nicht beabsichtigt, Straftatbestände nur oder hauptsächlich zu dem Zweck zu schaffen, strafprozessuale Eingriffsgrundlagen in frühzeitig eingeleiteten Ermittlungsverfahren zu schaffen. Der Umstand, dass auch äußerlich neutrales Verhalten pönalisiert wird, ist im Strafrecht nichts grundlegend Neues. Insgesamt war das GVVG ein wichtiger Schritt zur effektiven Bekämpfung terroristischer Handlungen durch Einzeltäter.

Eine grundlegende Überprüfung der Tatbestände des GVVG ergibt nach Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller derzeit keinen Sinn, da es hierfür bislang an ausreichendem Fall- und Rechtsprechungsmaterial fehlt.

Bislang nicht angemessen erfasst ist nach Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller hingegen die Werbung für terroristische Gruppierungen. Zudem sollten die Regelungen in §§ 129, 129a StGB hinsichtlich des Vereinigungsbegriffes so angepasst werden, dass die Erfordernisse des Terrorismus-Rahmenbeschlusses der EU erfüllt werden; das Vorhandensein einer Vereinigung soll insbesondere nicht davon abhängen, dass in einer Gruppierung eine vereinsähnliche Willensbildung erfolgt.

Das Mitglied Giesler hält eine Erweiterung der Strafbarkeit des Werbens für terroristische Vereinigungen nicht für erforderlich. Auch machen die europarechtlichen Vorgaben keine Änderung der Straftatbestände in §§ 129, 129a StGB erforderlich.

5.1.2 Präventivpolizeiliche Terrorismusabwehr durch das Bundeskriminalamt

Durch eine umfangreiche Gesetzesänderung hat das Bundeskriminalamt im Jahr 2009 erstmals eine eigenständig wahrzunehmende präventivpolizeiliche Aufgabe erhalten. Gegenstand dieser Aufgabe ist die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus. Damit das Bundeskriminalamt seine neue Aufgabe erfüllen kann, wurde ihm ein umfangreicher Katalog von Befugnissen eingeräumt. Dieser Katalog umfasst insbesondere eine Vielzahl verdeckter Ermittlungsmaßnahmen (wie Telekommunikationsüberwachung, Wohnraumüberwachung oder „Online-Durchsuchung“).

Nach der Interpretation der Mitglieder Bäcker, Hirsch und Wolff darf das Bundeskriminalamt die meisten dieser Ermittlungsmaßnahmen bereits im Vorfeld der hergebrachten polizeirechtlichen Eingriffsschwelle einer konkreten Gefahr einsetzen. So sollen terroristische Bedrohungslagen frühzeitig erkannt und beendet werden. Allerdings ist zumindest nicht für alle geregelten Ermittlungsmaßnahmen ohne weiteres ersichtlich, dass es einer Ermächtigung im Vorfeld der konkreten Gefahr überhaupt bedarf. Zudem sind die Ermächtigungstatbestände im Gefahrvorfeld zwar wortreich und differenziert formuliert. Es ist aber zweifelhaft, ob die Formulierungsunterschiede sich praktisch handhaben lassen. In der Folge ist fragwürdig, ob diese Tatbestände der Vorfeldtätigkeit des Bundeskriminalamts tatsächlich wirksame Grenzen setzen. Wegen dieser Unklarheiten sind die Vorfeldtatbestände des BKAG auch verfassungsrechtlich problematisch. Ferner bindet das BKAG bestimmte Ermittlungsmaßnahmen, für welche die Eingriffsschwelle einer konkreten Gefahr verfassungsrechtlich vorgegeben wird (im Einzelnen: Wohnraumüberwachung, Rasterfahndung und „Online-Durchsuchung“), zwar an eine solche konkrete Gefahr. Die betreffenden Eingriffstatbestände sind jedoch teils missverständlich formuliert, ohne dass damit ein erkennbarer rechtsstaatlicher oder ermittlungspraktischer Ertrag verbunden wäre.

Die Mitglieder Bäcker und Hirsch empfehlen darum, die Vorfeldtatbestände des BKAG einer zweistufigen Prüfung zu unterziehen: Zunächst sollte überprüft werden, ob und inwieweit (insbesondere hinsichtlich welcher Maßnahmen) das Bundeskriminalamt für eine effektive Terrorismusabwehr Befugnisse zu verdeckten Ermittlungsmaßnahmen benötigt, die bereits im Vorfeld einer konkreten Gefahr einsetzen. Soweit danach Vorfeldermächtigungen überhaupt erforderlich sind, sollten die gegenwärtig geregelten Befugnistatbestände unter polizeipraktischen wie verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten überprüft und gegebenenfalls klarer und handhabbarer formuliert werden. Die missverständlichen Eingriffstatbestände der Ermächtigungen zu Wohnraumüberwachungen, Rasterfahndungen und „Online-Durchsuchungen“ sollten an die gängige polizeirechtliche Terminologie angepasst werden.

Das Mitglied Wolff tritt der Bewertung der Mitglieder Bäcker und Hirsch im Grundsatz bei. Allerdings kommt nicht deutlich genug zum Ausdruck, dass die geschilderten Schwierigkeiten auch darauf beruhen, dass das Bundesverfassungsgericht bei geheimen Informationserhebungsbefugnissen eine sehr detaillierte Eingriffsbefugnis verlangt, was zu diesen Schwierigkeiten beiträgt. Der Schluss, das Bundeskriminalamt bedürfe der geregelten Eingriffsbefugnisse nicht, geht zudem weiter als der Sachstand gestattet. Angesichts der ausstehenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit der Normen des BKAG erscheint es sinnvoller, Änderungsvorstellungen zu den Normen des BKA-Gesetzes subsidiär zu potenziellen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zu formulieren.

Nach Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller greift der systematische Ansatz der Mitglieder Bäcker, Hirsch und Wolff, in den §§ 20a ff. BKAG streng zwischen Vorfeld- und Gefahrenabwehrtatbeständen zu unterscheiden, zu kurz. Denn typische Vorfeldbefugnisse, wie beispielsweise die Videoüberwachung öffentlicher Plätze zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten, bei der zwar abstrakt angenommen wird, dass an bestimmten Orten Straftaten begangen werden, diese aber weder hinsichtlich der möglichen Taten noch der potentiellen Täter konkretisiert werden können, enthalten die §§ 20a ff. BKAG gerade nicht.

Tatsächlich hat der Gesetzgeber versucht, angesichts der besonderen Bedrohung durch den internationalen Terrorismus einerseits und der Rechtsprechung des BVerfG zum Bestimmtheitsgebot hinsichtlich der grundrechtsintensiven Eingriffsbefugnisse die Schwelle, ab der die bestimmte polizeiliche Maßnahmen ergriffen werden können, möglichst präzise und grundrechtsfreundlich zu fassen. Dabei hat er teilweise in verfassungsrechtlich

zulässiger Weise die Anforderungen an die Konkretetheit eines Gefahrverdachts im Falle eines besonders hohen möglicherweise eintretenden Schadens für die polizeirechtlich geschützten Rechtsgüter abgesenkt. Damit wird zwar die Eingriffsschwelle vorverlegt, im Ergebnis bleiben die Tatbestände aber noch in der – auch in den Polizeigesetzen der Länder üblichen – Systematik des Gefahrenabwehrrechts. Ist im Falle eines Gefahrverdachts der befürchtete Schaden besonders hoch – und dies ist bei Gefahren durch den internationalen Terrorismus immanent – so müssen wenigstens Eingriffe zur Gefahrerforschung möglich sein. Vor diesem Hintergrund und der erwartenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit der §§ 20 a ff. BKAG wird kein Erfordernis für die von den Mitgliedern Bäcker und Hirsch vorgeschlagene Überprüfung der präventivpolizeilichen Befugnisregelungen im BKAG gesehen.

Dass die Tatbestandsvoraussetzungen in den einzelnen Befugnisnormen sehr stark ausdifferenziert sind, ist, wie das Mitglied Wolff zutreffend darlegt, den sehr detaillierten Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an die Bestimmtheit dieser Eingriffstatbestände geschuldet.

5.1.3 Verhältnis von präventivpolizeilicher und strafrechtlicher Terrorismusbekämpfung

Nach Auffassung der Mitglieder Bäcker, Hirsch und Wolff bewältigt das geltende Recht das Verhältnis von präventivpolizeilicher und strafrechtlicher Terrorismusbekämpfung nicht überzeugend: Durch die flächendeckende Vorfeldkriminalisierung im Terrorismusstrafrecht entsteht eine strukturelle Gemengelage von präventivpolizeilicher und strafrechtlicher Terrorismusbekämpfung. Beide Bekämpfungsansätze beruhen dabei in erheblichem Ausmaß auf verdeckten Ermittlungen, deren Ergebnisse für präventivpolizeiliche wie strafprozessuale Zwecke gleichermaßen nützlich sein können. Hieraus ergeben sich Risiken für die strafprozessuale Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft, die sowohl die Durchsetzung des Strafrechts als auch die rechtlich geschützten Belange des Beschuldigten gewährleisten soll. Da Hinweise auf terroristische Aktivitäten in aller Regel zunächst die Polizei erreichen werden, hat die Polizei es zumindest faktisch in der Hand, nach welchem Regime sie diesen Hinweisen nachgeht. Das strafrechtliche Legalitätsprinzip, das auch die Polizei bindet, gewährleistet für sich genommen zumindest nicht in allen Fällen eine rasche Information der Staatsanwaltschaft, damit diese prüfen kann, ob ein strafprozessualer Anfangsverdacht vorliegt. Die Staatsanwaltschaft ist insoweit auf den guten Willen der Polizei angewiesen.

Anreize für die Polizei, eingehenden Hinweisen zunächst im Rahmen eines präventivpolizeilichen Verfahrens nachzugehen, ergeben sich nach Auffassung der Mitglieder Bäcker, Hirsch und Wolff auch daraus, dass Polizeirecht und Strafprozessrecht nicht durchweg miteinander konsistente Eingriffsregelungen enthalten. Für das Verhältnis von Bundeskriminalamt und Generalbundesanwalt, das für die Terrorismusbekämpfung besonders bedeutsam ist, sind folgende Unterschiede festzustellen: Das BKAG ermöglicht dem Bundeskriminalamt einige Ermittlungsmaßnahmen, die strafprozessual nicht zulässig sind; hinsichtlich anderer Maßnahmen geht allerdings auch die StPO über das BKAG hinaus. Soweit sich Ermächtigungen in beiden Regimen finden, ist das Verhältnis der Eingriffsschwellen zueinander nicht durchweg konsistent geregelt. Auch hinsichtlich prozeduraler Sicherungen – betreffend etwa Richtervorbehalte oder Regelungen zum Schutz von Berufsgeheimnissen und des Kernbereichs privater Lebensgestaltung – ergeben sich Unstimmigkeiten.

Die Mitglieder Bäcker, Giesler und Hirsch empfehlen, die strukturelle Gemengelage von präventivpolizeilicher und strafrechtlicher Terrorismusbekämpfung möglichst zu entflechten und im Übrigen rechtlich klarer zu strukturieren. Zur Entflechtung der gegenwärtigen Gemengelage ist zu überprüfen, für welche Ermittlungsmaßnahmen im Terrorismusbereich neben strafprozessualen Ermittlungsermächtigungen ein Bedürfnis für entsprechende präventivpolizeiliche Ermächtigungen besteht, welche die jeweilige Maßnahme an eine konkrete Gefahr binden. Soweit sich parallele Ermächtigungen im Strafprozessrecht und im Polizeirecht nicht vermeiden lassen, sollte zur Bewältigung der strukturellen Gemengelage zumindest eine Information der Staatsanwaltschaft durch die Polizei im präventivpolizeilichen Verfahrensrecht gewährleistet werden, damit die Staatsanwaltschaft prüfen kann, ob der Anfangsverdacht einer Straftat besteht. Zudem sollten die gesetzlichen Abstufungen der Eingriffstatbestände sowie die vorgesehenen prozeduralen Sicherungen so weit wie möglich harmonisiert werden.

Die Mitglieder Bäcker, Giesler, Harms, Hirsch und Wolff empfehlen, bei der anstehenden Evaluierung der Sicherheitsgesetze die Effektivität der richterlichen Kontrolle bei heimlichen Ermittlungen erneut zu prüfen.

Die Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff sind der Auffassung, dass bei gravierenden Grundrechtseingriffen – wie z. B. der Wohnraumüberwachung, der Online-Untersuchung eines PC oder dem endgültigen Ausschluss einer Benachrichtigung des Betroffenen – die Kammerentscheidung eines Landgerichts gefordert werden sollte. In den Fällen des

§ 4a BKAG sollte die Zuständigkeit für ermittelungsrichterliche Anordnungen vom Amtsgericht Wiesbaden auf den Ermittlungsrichter des BGH verlagert werden. Weiter sollte geprüft werden, ob und in welchen Fällen im Verfahren nach dem FamFG für den Betroffenen ein Verfahrensbeauftragter benannt werden sollte. Wird die erforderliche richterliche Bestätigung der Maßnahme einer Eilentscheidung nachträglich abgelehnt, dann sollten die bis dahin angefallenen Daten einem Verwendungsverbot unterliegen und gelöscht werden.

Das Mitglied Kaller sieht kein Erfordernis für Änderungen der im BKAG geregelten Zusammenarbeit zwischen dem BKA und den Staatsanwaltschaften oder bei der Zuständigkeit für ermittelungsrichterliche Anordnungen. Ein Nebeneinander von gefahrenabwehrrechtlichen und strafprozessualen Befugnissen gibt es im Polizeirecht seit jeher und wird in der Praxis ohne Probleme gehandhabt. Ausschlaggebend ist jeweils der Schwerpunkt der Maßnahme. Bei einer Abwägung muss die Rettung von Menschenleben Vorrang vor strafprozessualen Ermittlungen haben. Aus seiner Sicht ist der von den Mitgliedern Bäcker und Hirsch vorgeschlagene grundsätzliche Vorrang strafprozessualer Maßnahmen vor gefahrenabwehrrechtlichen Maßnahmen abzulehnen, da dadurch eine nicht hinnehmbare Sicherheitslücke entstehen würde. Nach Auffassung des Mitgliedes Kaller sind die bestehenden Abspracheregulungen zwischen BKA und GBA ausreichend, um diese Sachverhalte rechtlich angemessen und falladäquat zu bearbeiten. Eine Informationspflicht des BKA gegenüber der Staatsanwaltschaft folgt schon aus dem Legalitätsprinzip und bedarf keiner zusätzlichen gesetzlichen Regelung.

Nach Auffassung des Mitgliedes Kaller besteht keine Notwendigkeit, die richterliche Anordnungsbefugnis zum Ermittlungsrichter beim BGH zu verlagern. Die Mitglieder Harms und Kaller lehnen den Vorschlag eines Verfahrensbeauftragten ab, weil sich die Situation einer betroffenen Person von der in § 34a EGGVG vorausgesetzten Kontaktsperre grundlegend unterscheidet. Im Bereich heimlicher Ermittlungsführung geht es nicht darum, einem isolierten Inhaftierten die Kommunikation mit der Außenwelt zur Wahrnehmung strafprozessualer Rechte zu ermöglichen. Ein Verfahrensbeauftragter würde den Grundrechtsschutz nicht verbessern, da insbesondere durch die Benachrichtigungspflichten die Möglichkeiten des nachträglichen Rechtsschutzes durch den Betroffenen gesichert werden.

5.1.4 Der Militärische Abschirmdienst (MAD)

5.1.4.1 Empfehlungen der Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff

1. Die Selbstständigkeit des MAD ist nach Auffassung der Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff nur zu rechtfertigen, wenn
 - die vom MAD wahrgenommenen Aufgaben den Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel dringend gebieten und
 - die Aufgaben, die einen Nachrichtendienst erfordern, nicht genauso gut von dem BfV oder dem BND wahrgenommen werden können.
2. Die Aufgaben der Spionageabwehr und der besonderen Auslandsverwendungen sind Aufgaben, die den Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel rechtfertigen. Eine Zuordnung zum MAD ist sachlich dann begründbar, wenn die anderen Nachrichtendienste diese Aufgaben nicht ebenso gut erfüllen können oder wollen. Diese Frage bedarf einer vertieften, eingehenden Prüfung.
3. Die Einrichtung einer eigenen Behörde, die zu wesentlichen Teilen auch die Aufgabe hat, in einem eigenen Personalkörper mit nachrichtendienstlichen Mitteln die Existenz extremistischen Gedankenguts zu ermitteln, ist erheblich rechtfertigungsbedürftig. Eine Rechtfertigung ist dann denkbar, wenn die Abwehr von Extremisten mit nachrichtendienstlichen Mitteln erstens deutlich leichter und besser ausfallen wird als ohne und diese Erleichterung in einem angemessenen Verhältnis zu der Belastung steht, die geheime Informationserhebungen grundrechtlich bedeuten. Die Aussetzung der Wehrpflicht hat den Rechtfertigungsdruck erhöht. Der Rechtfertigungsbedarf besteht daher nicht einmal, sondern ist immerwährend. Ob gegenwärtig eine ausreichende Rechtfertigung besteht, muss umfassend geprüft werden.

5.1.4.2 Empfehlungen der Mitglieder Harms und Kaller

Der MAD ist als Nachrichtendienst im Geschäftsbereich des BMVg ein unverzichtbarer Baustein in der Sicherheitsarchitektur der Bundesrepublik Deutschland. Zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben (Extremismus- und Spionageabwehr, Einsatzabschirmung) ist der Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel gerechtfertigt und zwingend erforderlich.

Eine Aufgabenverlagerung vom MAD an BfV und BND ist abzulehnen. Die hiermit einhergehende Möglichkeit eines Informationsverlustes für das zuständige

Bundesministerium der Verteidigung und der Verlust der spezialisierten und in der Truppe verwurzelten Mitarbeiter des MAD könnten zu erheblichen Nachteilen für die Sicherheit der Bundeswehr führen. Bedenklich wäre auch die Zunahme an Schnittstellen, Meldewegen und Verantwortlichkeiten bei der Aufgabenverlagerung an andere Ressorts.

Die Arbeit des MAD unterliegt der ständigen Kontrolle der parlamentarischen Gremien. Das Erfordernis seines Fortbestehens wurde zuletzt durch die Evaluierung des Vertrauensgremiums während der 17. Legislaturperiode bestätigt. Es ist nicht ersichtlich, dass ein so weitreichender Wandel der Normsituation eingetreten wäre, dass die ursprünglichen Überlegungen zur Einrichtung bzw. Bestätigung des MAD obsolet geworden wären.

5.1.5 Terrorismusbekämpfung durch die Nachrichtendienste: Befugnisse

1. Das Bundesverfassungsschutzgesetz sollte auf systematische Unstimmigkeiten hin überprüft werden und zudem sollten Regelungen zur elektronischen Aktenführung eingefügt werden.
2. Die erhöhten Eingriffsschwellen für die besondere Form der Datenerhebung durch nachrichtendienstliche Mittel (§ 9 Abs. 1 BVerfSchG) im Vergleich zur normalen Datenverarbeitung gem. § 8 Abs. 1 BVerfSchG sollten deutlicher gemacht werden.
3. Die Mitglieder Harms, Kaller und Wolff sind der Auffassung, die differenzierende Umschreibung der Eingriffsschwelle einmal mit dem Terminus „Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen“ und andererseits mit dem Terminus „tatsächliche Anhaltspunkte, die die Annahme rechtfertigen“, sei aufrechtzuerhalten. Dagegen bestehen bei den Mitgliedern Bäcker und Hirsch Zweifel, ob diese Differenzierung hinreichende Steuerungskraft entfalte.
4. Die Nachrichtendienste haben nicht die Aufgabe der Gefahrenabwehr im polizeirechtlichen Sinn. Hinsichtlich einiger nachrichtendienstlicher Befugnisse ist es jedoch verfassungsrechtlich geboten, das Vorliegen einer Gefahr als Eingriffsvoraussetzung gesetzlich festzulegen.
5. Bei der Verwendung des Begriffs der Gefahr muss im konkreten Zusammenhang deutlich werden, ob der Begriff im Sinne des polizeirechtlichen Gefahrenbegriffs oder abweichend verwendet wird. Eine Überprüfung der nachrichtendienstlichen Gesetze unter diesem Aspekt wird empfohlen.

5.1.6 Überschneidungen der Aufgabenbereiche (zwischen Nachrichtendiensten und Polizei)

Nach Einschätzung der Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff sollten Überschneidungen der drei Bereiche der nachrichtendienstlichen Tätigkeit, des präventivpolizeilichen Handelns und der Strafverfolgung möglichst vermieden werden und grundsätzlich nur bei wichtigen Gründen vorgenommen werden.

Die Mitglieder Bäcker, Hirsch und Wolff empfehlen, näher zu prüfen, ob und inwieweit Überschneidungsbereiche zurückgeführt werden können. Es liege dabei nach ihrer Auffassung prima facie näher, die nachrichtendienstliche Zuständigkeit für die Aufklärung des gewaltbereiten Terrorismus einzuschränken.

Nach Einschätzung der Mitglieder Harms und Kaller sind die potenziellen Probleme, die Überschneidungsbereiche nach sich ziehen, primär durch enge Abstimmungs- und Kooperationsformen der verschiedenen Behörden zu lösen.

5.2 Zusammenarbeitsformen zwischen Polizei und Nachrichtendiensten, insbesondere gemeinsame Dateien und Plattformen

5.2.1 Gemeinsame Zentren

Um die Zusammenarbeit der Sicherheitsbehörden zu verstärken, wurden in Berlin-Treptow im Dezember 2004 das Gemeinsame Terrorismusabwehrzentrum (GTAZ) und im Januar 2007 das Gemeinsame Internetzentrum (GIZ) eingerichtet. Am GTAZ sind insgesamt 40 Behörden beteiligt, nämlich die jeweils 16 Verfassungsschutzbehörden der Länder und Landeskriminalämter, das Bundeskriminalamt, die Bundespolizei, das Zollkriminalamt, das Bundesamt für Verfassungsschutz, der Bundesnachrichtendienst, der Militärische Abschirmdienst, der Generalbundesanwalt und das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge. Das Modell des GTAZ wurde zunächst mit dem Gemeinsamen Abwehrzentrum Rechtsextremismus (GAR) im Dezember 2011 auf den Bereich Rechtsextremismus/-terrorismus übertragen. Mit Errichtung des Gemeinsamen Extremismus- und Terrorismuszentrums (GETZ) im November 2012 wurde das GAR um die Phänomenbereiche Linksextremismus/-terrorismus, Ausländerextremismus/-terrorismus und Spionage/Proliferation (soweit ein nachrichtendienstlicher Bezug vorhanden ist) erweitert.

Die Zentren sollen die behördenübergreifende Zusammenarbeit durch neue, mehrsträngige Kommunikationswege stärken. Die ausgetauschten Informationen werden gebündelt und gemeinsam bewertet, um jeweils operative Maßnahmen der beteiligten Behörden im eigenen Zuständigkeitsbereich vorzubereiten.

Die Notwendigkeit eines verbesserten Informationsaustauschs wird von keinem der Kommissionsmitglieder grundsätzlich infrage gestellt. Die Mitglieder Harms, Kaller und Wolff begrüßen dabei das Modell des und die Arbeitsweise im GTAZ ausdrücklich. Nach Meinung der Mitglieder Hirsch und Wolff kann die nötige effektivere Zusammenarbeit dagegen auch durch klare Übermittlungsregeln gelöst werden. In der Kommission bestanden allerdings grundlegend unterschiedliche Auffassungen, ob die spezielle Arbeitsweise in den Abwehrzentren die Schaffung einer eigenständigen Rechtsgrundlage erfordert und inwieweit es einer besonderen institutionalisierten Kontrolle bedarf.

Die Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff empfehlen auch vor dem Hintergrund der BVerfG-Entscheidung zum ATDG die Schaffung einer eigenständigen gesetzlichen Grundlage für die Errichtung der und die Zusammenarbeit/den Informationsaustausch in den Abwehrzentren. Die Zusammenarbeit habe in den gemeinsamen Zentren eine Verfestigung,

ein Ausmaß und eine Bedeutung erlangt, die eine eigenständige gesetzliche Grundlage erforderten. Die vorhandenen Übermittlungsvorschriften seien auf diese Form der Zusammenarbeit nicht zugeschnitten und nicht mehr ausreichend. Eine gesetzliche Grundlage sei zumindest dann angezeigt, wenn die Abwehrzentren sicherheitsbereichsübergreifend (Ermittlungsbehörden, Polizei, Nachrichtendienste) und/oder bund- und länderübergreifend arbeiten sollen. Eine behördenübergreifende Analysetätigkeit sei zudem auf Bereiche zu beschränken, von denen schwerste Gefährdungen für Leib, Leben oder Freiheit von Menschen oder herausragend bedeutsame, existenzsichernde Einrichtungen ausgehen. Eine pauschale Ausdehnung auf alle Bereiche des politischen Extremismus komme von Verfassungs wegen nicht in Betracht. Die Mitglieder Bäcker, Giesler und Hirsch empfehlen – insoweit über die Forderungen des Mitglieds Wolff hinausgehend – in der gesetzlichen Regelung zusätzlich auch den Informationsfluss und die Informationsverarbeitung in den Zentren besonders zu regeln.

Nach gemeinsamer Auffassung der Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff bedarf die deutliche Intensivierung des behörden- und länderübergreifenden Informationsaustausches weiterhin einer korrespondierenden Verbesserung der behördenübergreifenden Kontrolle, weshalb die gesetzliche Grundlage auch spezifische Kontrollmechanismen für die Einhaltung der Regelungen zur Informationsweitergabe enthalten solle.

Die Mitglieder Harms und Kaller sind dagegen der Auffassung, die spezialgesetzlich geregelten Übermittlungsvorschriften stellen eine ausreichende Rechtsgrundlage für den Austausch personenbezogener Daten zwischen den Sicherheitsbehörden in den Gemeinsamen Zentren dar, so dass keine Regelungslücke ersichtlich sei. Die bestehenden Übermittlungsvorschriften halten dabei ihrer Ansicht nach auch die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts aus der Entscheidung³²⁷ zum ATD-Gesetz ein. Eine datenschutzrechtliche Sonderregelung für die Zentren würde nur dann Sinn ergeben, wenn sie von den bestehenden Übermittlungsvorschriften materielle Abweichungen im Sinn enger Grenzen für die Übermittlung vorsehen würde. Gerade hierdurch würden letztendlich allgemein beklagte Abschottungstendenzen der Sicherheitsbehörden untereinander unterstützt werden.

³²⁷ Urteil vom 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 – = NJW 2013, 1499.

Zur ordnungsgemäßen und verfassungskonformen Tätigkeit bedarf es nach ihrer Auffassung über die mannigfaltigen vorhandenen einzelnen Kontrollinstanzen für die beteiligten Behörden hinaus auch keiner weiteren datenschutzrechtlichen Kontrollinstanz. Die Kontrolle der Gemeinsamen Zentren sei umfassend und damit ausreichend ausgestaltet; sie würde insbesondere auch gegenwärtig die Schnittstellen zwischen den beteiligten Behörden umfassen. Das gegenwärtige bestehende, differenzierte und umfassende System garantiert nach Auffassung der Mitglieder Harms und Kaller eine hohe Qualität der Datenschutzkontrolle.

5.2.2 Gemeinsame Dateien

Die verfassungsgerichtlichen Vorgaben zum ATDG sind umzusetzen und ihre Auswirkungen auf andere nicht unmittelbar streitbefangene Regelungen, insbesondere die Rechtsextremismus-Datei, zu analysieren.

Die verfassungsgerichtlichen Vorgaben zum ATDG sind schnellstmöglich und vollständig, spätestens bis zum 31. Dezember 2014 umzusetzen. Darüber hinaus sind die Auswirkungen des Urteils auf andere Regelungen, die nicht unmittelbar streitbefangen³²⁸ sind, zu klären. Insbesondere hinsichtlich der Rechtsextremismus-Datei ist, wegen deren struktureller Vergleichbarkeit mit der Antiterrordatei, zu analysieren, welche konkreten Folgerungen aus dem Antiterrordatei-Urteil des Bundesverfassungsgerichts übertragbar sind.

Wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum ATDG dargelegt hat, ist eine übergreifende Zusammenarbeitsform nach dem Modell der Antiterrordatei an hohe Voraussetzungen geknüpft. So ist die damit verbundene Durchbrechung des grundsätzlich zu beachtenden informationellen Trennungsprinzips dann möglich, wenn eine Bedrohungslage für überragend wichtige Individual- oder Gemeinschaftsgüter zu konstatieren ist, die der Bedrohung durch den islamistischen Terrorismus (vgl. § 1 Abs. 1 ATDG) zumindest nahekommt.

³²⁸ Der Tenor des ATD-Urteils (s. o.) erfasst unmittelbar lediglich Regelungen des Gesetzes zur Errichtung einer standardisierten zentralen Antiterrordatei von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten von Bund und Ländern (Antiterrordateigesetz) (BGBl. I 2006, 3409).

5.2.3 Gemeinsame Projektdateien

Um die Effektivität der parlamentarischen Kontrolle zu verbessern, sollte der Deutsche Bundestag in geeigneter Weise darüber unterrichtet werden, wie viele Projektdateien bestehen.

Weiter läge es nahe, die Kontrollvorgaben, die das BVerfG in der Entscheidung zur Antiterrordatei entwickelt hat, auf die Projektdateien zu übertragen. Es hat gefordert, den Bundesbeauftragten gesetzlich zu einer Kontrolle in regelmäßigen Abständen zu verpflichten. Bei den Projektdateien läge aufgrund ihrer Befristung (zwei Jahre mit der zweimaligen Verlängerungsoption von jeweils bis zu einem Jahr) der entsprechende Rhythmus von einer Kontrolle im ersten Zweijahreszeitraum und einer anschließenden jährlichen Kontrolle für den Fall der Verlängerung nahe, sofern es bei einer gesetzlichen Regelung bleibt, die eine Befristung zwingend vorsieht.

Die Mitglieder Harms und Kaller sind zudem der Auffassung, dass die Befristung für Gemeinsame Dateien (bislang nur als Projektdateien zugelassen) entfallen sollte, und zwar zugunsten der vom BVerfG im ATD-Urteil aufgestellten Kriterien für den Datenaustausch. Denn es habe sich entgegen der Erwartungen im Jahr 2001 gezeigt, dass die Bekämpfung des Terrorismus eine Daueraufgabe darstellt.

Nach Auffassung der Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff sind hingegen unbefristete gemeinsame Dateien von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten, die sich sachlich auf einen ganzen Phänomenbereich erstrecken und sich nicht auf konkrete herausgehobene Projektziele beschränken, wegen des informationellen Trennungsgebots verfassungsrechtlich problematisch.

5.2.4 Übermittlungsvorschriften

1. Die Kommission empfiehlt, die für die Nachrichtendienste geltenden Übermittlungsvorschriften – insbesondere im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum ATDG – daraufhin zu überprüfen, ob sie den aktuellen rechtlichen und praktischen Anforderungen noch genügen.
2. Zu prüfen ist zunächst, ob der Kreis der pflichtigen Informationsweitergabe erweitert werden soll. Insbesondere für den – im Hinblick auf Straftaten, die nicht der Staatsschutzkriminalität zuzuordnen sind – sehr eng gefassten § 20 BVerfSchG ist zu prüfen, inwieweit er in geeigneter Weise auszubauen ist.

3. § 19 BVerfSchG bedarf auch vor dem Hintergrund der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung vom 24. April 2013 (Urteil, 1 BvR 1215/07 = NJW 2013, 1499) einer Überprüfung auf seine Grundrechtskonformität. Dasselbe gilt für § 20 BVerfSchG, soweit die Norm Datenübermittlungen zur Verfolgung von Staatsschutzdelikten vorsieht.

4. § 23 BVerfSchG ist gleichfalls überprüfungsbedürftig. Dies betrifft zum einen die Schutzklausel zugunsten des Betroffenen. Diese Regelung ist so offen formuliert, dass fraglich erscheint, ob sie den angestrebten Schutzzweck hinreichend zuverlässig erreicht. Zum anderen ist zu prüfen, ob diese Norm zu Recht die Entscheidung darüber, ob eine Datenübermittlung zum Schutz überwiegender Sicherheitsinteressen unterbleibt, allein in die Hände des Bundesamts für Verfassungsschutz legt.

5.3 Rechtsstaatliche Absicherung und Kontrolle

5.3.1 Rolle des Generalbundesanwaltes bei der Sachleitung von Ermittlungen durch das Bundeskriminalamt

Die Kommission hat sich vertieft mit der Rolle des GBA bei der Ermittlung von Terrorismusstraftaten befasst und geprüft, ob und wie seine Stellung verstärkt werden sollte, um eine effektivere Strafverfolgung im Staatsschutzbereich zu gewährleisten. Sie hat dabei zum einen sowohl das Verhältnis zum auch präventiv tätig werdenden BKA bei der Sachleitung von Ermittlungen als auch das Zusammenspiel mit den Ländern betrachtet. Zum anderen hat sie Änderungen bzw. Erweiterungen bei den Zuständigkeiten des GBA erörtert.

Sie ist der Auffassung, dass durch einzelne Rechtsänderungen der GBA bei seiner Aufgabenerfüllung unterstützt werden könnte.

Nach Auffassung der Kommission wäre jedenfalls eine Präzisierung der sich aus Nummer 202 der RiStBV (Aktenvorlage an GBA bei Verdacht der OLG- bzw. GBA-Zuständigkeit) ergebenden – frühzeitigen – Informationspflichten der Landesstaatsanwälte angezeigt, um eine frühzeitiger einsetzende Prüfung einer eigenen Kompetenz durch den GBA zu ermöglichen.

Die Kommission empfiehlt eine vertiefte fachliche Prüfung der Frage, ob § 142a Abs. 1 GVG ergänzt werden sollte, um dem GBA auch bei noch unklarer Sachlage eine rechtssichere Möglichkeit zu geben, seine Zuständigkeit zu klären.

Die Kommission hat erörtert, wie sicher gestellt werden kann, dass der GBA bei einem Straftatverdacht, der bei präventiven Tätigkeiten des BKA nach § 4a BKAG in der Praxis oft nahe liegen dürfte, rechtzeitig und umfassend vom BKA eingebunden wird. Geprüft wurde insbesondere, in § 4a BKAG eine Informationspflicht des Bundeskriminalamts gegenüber dem GBA aufzunehmen. Eine abschließende Meinung zu einer konkreten Formulierung konnte sich die Kommission in der zur Verfügung stehenden Zeit allerdings nicht bilden. Das Mitglied Kaller ist der Auffassung, dass die Kommunikation zwischen GBA und BKA bereits jetzt sichergestellt ist.

Einen Schwerpunkt der Erörterungen der Kommission bildete die Frage, ob begrenzte Ergänzungen der Zuständigkeiten des GBA angezeigt erscheinen. § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GVG stellt hohe Anforderungen an die erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberlandesgerichte sowie die daraus abgeleitete Zuständigkeit des Generalbundesanwalts.

Die daraus resultierenden hohen Schwellen für eine Zuständigkeit der Oberlandesgerichte und des Generalbundesanwalts sollten insbesondere im Interesse einer im Staatsschutzbereich wünschenswerten einheitlichen Ermittlungsführung beim Generalbundesanwalt auf Ergänzungsmöglichkeiten geprüft werden. Die Kommission ist der Auffassung, dass im Rahmen der genannten engen und abschließenden Vorgaben des Verfassungsrechts insoweit noch ein – jedoch sehr eingeschränkter – Spielraum besteht. Allerdings birgt jede Ergänzung des bereits wiederholt erweiterten § 120 GVG, der die Spielräume des einfachen Gesetzgebers weitgehend ausgereizt haben dürfte, ein verfassungsrechtliches Risiko und bedarf sorgfältiger Prüfung.

Die Kommission hat vorrangig erörtert, inwieweit es verfassungsrechtlich vertretbar erscheint, die in § 120 Abs. 2 Nr. 3 GVG enthaltene Formulierung „nach den Umständen bestimmt und geeignet ist“ noch zu erweitern. Sie empfiehlt eine begrenzte Erweiterung des § 120 Abs. 2 Nr. 3 GVG. Die konkrete Formulierung bedarf angesichts der Schwierigkeit der verfassungsrechtlichen und fachlichen Fragen noch vertiefter fachlicher Prüfung.

Die weiteren Vorschläge, Verzicht auf die Bestimmtheit der Delikte für die Annahme einer Staatsschutzgefährdung bzw. eine Lockerung des Tatbestandsmerkmals „besondere Bedeutung des Falles“ vorzusehen, wurde in der Kommission nicht weiter geprüft, da solche Erweiterungen vermutlich nicht notwendig sind, um das erklärte Ziel eines effektiven Einsatzes des GBA zu erreichen.

Die Kommission hat sich ebenfalls mit der Frage befasst, die Zuständigkeit für richterliche Maßnahmen im Bereich der §§ 4, 4a BKAG zu vereinheitlichen und einer höheren richterlichen Instanz zu übertragen. Im Raum steht dabei sowohl eine differenzierende Regelung, die partiell eine Zuständigkeit einer Kammer des Landgerichts für bestimmte eingriffsintensive Maßnahmen im Bereich der Zuständigkeit nach § 4a BKAG vorsieht sowie der Vorschlag, einen einheitlichen Ermittlungsrichter beim Bundesgerichtshof für alle Anordnungen – sowohl für die präventiv-polizeilichen nach § 4a BKAG als auch für die repressiven nach § 4 BKAG i. V. m. StPO – einzusetzen und Anträge in § 4a BKAG-Lagen durch Vermittlung des Generalbundesanwalts an den Bundesgerichtshof vorzulegen. Die Kommission hat sich wegen der komplexen Fragestellungen und angesichts unterschiedlicher denkbarer Lösungen nicht abschließend auf einen konkreten Vorschlag hierzu festlegen wollen. Hierzu bedarf es vielmehr noch vertiefter fachlicher Prüfungen.

Unterschiedliche Auffassungen gab es in der Kommission darüber, ob eine Anpassung der Legaldefinition der „terroristischen Vereinigung“ entsprechend dem EU-Rahmenbeschluss

zur Terrorismusbekämpfung³²⁹ erforderlich ist, um durch eine Anpassung der Anforderungen in § 129a StGB insbesondere an die Organisationsform und Unterordnung des einzelnen Willens unter den der Gesamtheit der aktuellen Bedrohungslage besser Rechnung zu tragen.

Gleiches gilt für die Frage, ob eine partielle Erweiterung der originären Zuständigkeiten des GBA nach § 120 Abs. 1 GVG durch eine Verlagerung der im Vorfeld des eigentlichen terroristischen Anschlags liegenden Tatbestände der §§ 89a, 89b und 91 StGB (Vorbereiten einer schweren staatsgefährdende Gewalttat, die Kontaktaufnahme zwecks Unterweisung in der Begehung von Gewalttaten sowie die Verbreitung oder Beschaffung einer entsprechenden Anleitung zu einer solchen Tat) in den originären Zuständigkeitsbereich des Generalbundesanwalts sachgerecht sein könnte.

5.3.2 Parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste

Die Kommission ist sich darin einig, dass Nachrichtendienste parlamentarisch wirksam kontrolliert werden müssen und dass die haushaltsmäßige Ausstattung des PKGr seinen wachsenden Aufgaben entsprechen sollte. Sie stimmt aber darin nicht überein, ob die gegenwärtige Regelung des PKGrG das sichert.

Die Mitglieder Bäcker, Giesler und Hirsch sind der Auffassung, dass das PKGr bei Bedarf auch Vertreter des entsprechenden Gremiums eines Landtages einladen können und die Bundesländer entsprechende Regelungen einführen sollten. Das BKA sollte hinsichtlich des Einsatzes nachrichtendienstlicher Mittel bei der Bekämpfung des internationalen Terrorismus der zusätzlichen Kontrolle des Gremiums unterworfen werden.

Ein nach § 7 PKGrG gewählter und beauftragter Sachverständiger sollte die zu kontrollierende Behörde ohne Anmeldung aufsuchen und die entsprechenden Akten einsehen können.

Die Mitarbeiter der Behörden, die der Kontrolle des PKGr unterliegen, sollten ohne Einhaltung des Dienstweges ein Mitglied des Gremiums ansprechen können.

³²⁹ Rahmenbeschluss des Rates der Europäischen Union vom 13.06.2002 zur Terrorismusbekämpfung (ABl. EG Nr. L 164 S. 3).

Die Mitglieder Harms und Kaller teilen diese Positionen nicht, weil die teilweise Einbeziehung des BKA mit Art. 45d GG nicht vereinbar sei und die anderen Vorschläge die Verantwortlichkeiten verfälschten und das Dienstrecht unterlaufen.

5.3.3 Zusammensetzung und Ausstattung der G 10-Kommission

Die Kommission konnte zu keiner gemeinsamen Empfehlung kommen. Die Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff sind der Auffassung, dass die Mitglieder der G 10-Kommission durch den Bundestag oder jedenfalls unter seiner direkten Mitwirkung gewählt werden sollten.

Die Mitglieder Harms und Kaller sind der Auffassung, dass das bisherige Verfahren beibehalten werden sollte.

5.3.4 Ausgestaltung der Benachrichtigungspflichten

Die Kommission stimmt darin überein, dass eine Vereinheitlichung der sehr unterschiedlichen Regelungen über die Verschiebung oder endgültige Unterlassung einer Benachrichtigung in der Gesetzgebung des Bundes wünschenswert ist.

Sie stimmt auch darin überein, dass ein von einer heimlichen Maßnahme Betroffener wenigstens nachträglich verständigt werden muss, sobald das ohne Gefährdung des Zweckes der Maßnahme und ohne Verletzung berechtigter Interessen möglich ist. Die Verschiebung einer Benachrichtigung sollte jedenfalls bei einer Gefahr für Leib, Leben und Freiheit einer Person sowie bei einer konkreten Gefahr für den Bund oder ein Land möglich sein. Alle anderen Grenzziehungen – Gefahr für Sachen, weitere Tätigkeit eingeschleuster Ermittler in anderen Zusammenhängen, Verfahren bei endgültiger Unterlassung – wurden nicht einheitlich bewertet.

Die Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff sind der Auffassung, dass ein wesentliches Gegengewicht gegen einen extensiven Gebrauch heimlicher Ermittlungen in einer nachfolgenden gerichtlichen Kontrolle liegt. Die endgültige Verweigerung einer Benachrichtigung kann also nur unter engsten sachlichen und formellen Voraussetzungen hingenommen werden. Dazu gehört, dass eine Verschiebung über fünf Jahre hinaus nur von einem Beschwerdegericht bzw. von der G 10-Kommission nur mit einer 2/3-Mehrheit beschlossen werden kann und dass auch der weitere Einsatz eines als verdeckten Ermittlers i. S. d. § 110 StPO arbeitenden Polizeibeamten nur in einem zeitlich begrenzten Rahmen von allenfalls fünf Jahren hingenommen werden sollte. Die endgültige Ablehnung einer

Benachrichtigung sollte frühestens nach zehn Jahren durch eine Kammerentscheidung bzw. einstimmige Entscheidung der G 10-Kommission unter gleichzeitiger Löschung der Daten beschlossen werden können.

Die Mitglieder Harms und Kaller sind der Auffassung, dass die bisherigen Regelungen jedenfalls im Artikel 10-Gesetz nicht geändert werden sollten.

5.3.5 Ausgestaltung des G 10

Die Kommission stimmt darin überein, dass eine grundsätzliche Bewertung des G 10, insbesondere hinsichtlich von Art, Umfang und Ergebnisse der computergestützten sog. strategischen Beschränkungen durch Überwachung der internationalen Telekommunikationsbeziehungen, sowie der Eingriffsschwellen und des Strafkatalogs des § 3 G 10 nur auf der Grundlage einer umfangreichen Evaluierung des bisherigen Verfahrens und seiner Ergebnisse erfolgen kann. Das ist der Kommission in dem vorgegebenen Zeitrahmen nicht möglich.

Die Mitglieder Bäcker, Giesler und Hirsch sind der Auffassung, dass jedenfalls der Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensführung in § 3a G 10 dahin präzisiert werden muss, dass eine Telekommunikationsüberwachung nicht stattfinden darf, wenn erkennbar Äußerungen in einem besonderen Vertrauensverhältnis zielgerichtet oder absehbar berührt werden würden. Bei einer automatischen Aufnahme muss das zur Überprüfung des Bandes nach § 3a Satz 5 G 10 berufene Mitglied der G 10-Kommission die Qualifikation zum Richteramt besitzen. Der in § 3 b G 10 geregelte Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Personen muss dem Standard angepasst werden, den der Bundesgesetzgeber in § 160a StPO inzwischen eingeführt hat.

Auch das Mitglied Wolff ist der Auffassung, dass das G 10 einer grundsätzlichen Revision hinsichtlich des Verfahrens der Anordnung der Maßnahme bedarf.

Die Mitglieder Harms und Kaller sind der Auffassung, dass sich die bisherigen Regeln des G 10 bewährt haben und unverändert bleiben sollten.

5.3.6 Interne administrative Kontrollen

Die zahlreichen gänzlich unterschiedlichen Regelungen der interadministrativen Kontrollen können nach Auffassung der Kommission nicht abstrakt, sondern nur auf der Grundlage empirischer Untersuchungen bewertet werden.

Jedoch sind nach Auffassung der Mitglieder Bäcker, Giesler, Hirsch und Wolff Regelungen wie in § 7a Abs. 5 G 10 wenig überzeugend, wonach etwa die G 10-Kommission von der Übermittlung von Daten an auswärtige Stellen nicht zuvor, sondern erst nachträglich unterrichtet werden muss.

Die Mitglieder Harms und Kaller sind dagegen der Auffassung, dass sich diese Regelung praktisch bewährt hat.

5.3.7 Kontroll- und Prüfungskompetenzen des BfDI

Die Mitglieder Bäcker, Hirsch und Wolff sind der Auffassung, dass die Daten, die von Bundesbehörden verwendet werden, grundsätzlich der Kontrolle durch den BfDI zugänglich sein müssen, sofern der Gesetzgeber das nicht ausdrücklich ausgeschlossen hat.

Die Mitglieder Bäcker und Hirsch sind der Auffassung, dass auch die Daten der Kontrolle des BfDI unterliegen, die auch von der G 10-Kommission kontrolliert werden. Soweit Bundesbehörden informationstechnische Systeme infiltrieren, muss der Quell-Code der dafür genutzten Software dem BfDI zur Kontrolle vorliegen.

Nach Auffassung der Mitglieder Bäcker und Hirsch sollte die Bundesregierung verpflichtet sein, mit jedem datenschutzrechtlich relevanten Gesetzentwurf die Stellungnahme des BfDI in Bundesrat und Bundestag einzubringen.

Die Mitglieder Harms und Kaller lehnen die Vorschläge ab, weil bereits jetzt für eine ausreichende Beteiligung des BfDI gesorgt sei.

5.3.8 Ausgestaltung des Kernbereichsschutzes

Die Kommission ist der Auffassung, dass eine Legaldefinition des Kernbereichs angesichts der technischen Entwicklung nicht hilfreich ist.

Die Mitglieder Bäcker, Giesler und Hirsch sind der Auffassung, dass weder eine Telekommunikationsüberwachung noch ein sonstiger Eingriff in ein informationstechnisches System zulässig sein sollte, wenn damit erkennbar und zielgerichtet im Rahmen eines besonderen Vertrauensverhältnisses der Kernbereich berührt werden würde. Bei einer automatischen Aufnahme muss die nachlaufende Prüfung durch einen Richter erfolgen.

Nach Auffassung der Mitglieder Bäcker, Giesler und Hirsch sollte der Schutz der Berufsgeheimnisträger gesetzgeberisch der Vorschrift des § 160a StPO entsprechen.

Die Regelung der Löschung von Protokolldaten sollte überprüft werden.

Die Mitglieder Harms und Kaller stimmen den Vorschlägen nicht zu, weil die geltenden Bestimmungen zum Kernbereichsschutz und dem Schutz der Berufsgeheimnisträger ausreichend und sachgerecht seien.

5.3.9 Zeitliche Begrenzung der Verwendungsmöglichkeiten, Löschungspflichten und Sperrpflichten

Die Kommission empfiehlt, die dem Artikel 10-Gesetz zugrunde liegenden Löschungspflichten auf ihre Stimmigkeit hin zu überprüfen, und regt an, insbesondere zu prüfen, ob die vorgesehenen Löschungspflichten der Protokolldaten ein Jahr nach Löschung der Kommunikationsdaten nicht in Sperrpflichten umformuliert werden könnten.

5.4 V-Leute

Nach Auffassung der Mitglieder Bäcker, Giesler und Wolff muss geprüft werden,

- ob und ggf. inwieweit der Gesamtkomplex „Einsatz von V-Leuten“ bundesgesetzlich geregelt werden sollte.
- ob qualitative Voraussetzungen für die Anwerbung und die Auswahl der V-Leute gesetzlich geregelt werden können und
- ob die Kontrolle der Auswahl, der Führung und der Ertrag von V-Leuten normiert werden sollte.

Das Mitglied Hirsch schließt sich dem mit der Maßgabe an, dass eine gesetzliche Regelung jedenfalls in dem in NRW verwirklichten Umfang möglich und wünschenswert ist.

Die Mitglieder Harms und Kaller halten untergesetzliche Normierungen, die in Bund und Ländern einheitliche Standards vorsehen, für ausreichend.

Nach Auffassung der Kommission sollte sichergestellt werden, dass sich die Sicherheitsbehörden über die jeweils eingesetzten V-Leute wechselseitig informieren.