

Deutscher Bundestag

Innenausschuss

Ausschussdrucksache

18(4)806 F



Prof. Dr. Klaus F. Gärditz, Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn

An den Innenausschuss des
Deutschen Bundestages

Prof. Dr. Klaus F. Gärditz
Lehrstuhl für Öffentliches Recht

Postanschrift:
Adenauerallee 24-42
53113 Bonn
Tel.: 0228/73-9176
Email: gaerditz@jura.uni-bonn.de

Bonn, den 19. März 2017

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamt-Gesetzes v. 14.2.2017 (BT-Drs. 18/11163)

Der vorliegende Gesetzentwurf beschränkt sich nicht darauf, einzelne Regelungen, die vom BVerfG in seiner Entscheidung vom 20. April 2016 (BvR 966/09 u.a., NJW 2016, 1781) für unvereinbar mit der Verfassung erklärt wurden, nach Maßgabe der Entscheidungsgründe „nachzubessern“. Vielmehr verfolgt der Gesetzentwurf eine vollständige Neuregelung des BKAG und geht damit oftmals über das hinaus, was im Lichte des Urteils des BVerfG vordringlich geboten wäre. Dies ist einerseits demokratiepolitisch zu begrüßen, weil der Deutsche Bundestag insoweit nicht nur als vom BVerfG Getriebener agiert. Angesichts des Umfangs des Entwurfs und der begrenzten Zeit, die für eine Stellungnahme zur Verfügung stand, muss ich meine Stellungnahme aber andererseits auch auf übergreifende Erwägungen und selektiv ausgewählte Problemfelder beschränken.

I. Zur allgemeinen Umsetzungsstrategie

Zur allgemeinen Umsetzungsstrategie sei Folgendes angemerkt:

- *Bundesverfassungsgerichtsschematismus*: Der gesamte Entwurf ist von dem Willen getragen, das Urteil des BVerfG „eins zu eins“ umzusetzen. Insoweit spiegeln die einzelnen Regelungen teils beinahe wortlautgleich die Urteilsgründe des Gerichts. Die damit einhergehende Engführung des Gesetzgebers wirft vor allem die – hier nicht zu diskutierende – Frage auf, inwiefern der – in einer längeren Entscheidungskette angewachsene (vgl. etwa Gärditz, JZ 2013, 633 ff.; Möstl, DVBl. 2010, 808 ff.), nicht erst im Urteil zum BKAG entwickelte – ausladende Stil bundesverfassungsgerichtlicher Begründungstechnik im Bereich des Sicherheitsverfassungsrechts und die damit einhergehende Überbeanspruchung der Angemessenheitsprüfung zur richterlichen Detailsteuerung (rechtsstaatlicher „Overkill“) noch

funktionsadäquat ist (kritisch etwa *Durner*, DVBl. 2016, 780, 782, 784; *Gärditz*, in: Menzel/Müller-Terpitz, Verfassungsrechtsprechung, 3. Aufl. 2017, S. 988, 955 f.).

Dass der Gesetzgeber hierauf nur noch schematisch reagieren will, ist nachvollziehbar und verfassungsrechtlich gewiss unbedenklich. Notwendig wäre eine solche urteilsnahe Umsetzung freilich nicht immer. Dort wo abweichende Konzepte politisch sinnvoll erscheinen, könnte der Gesetzgeber durchaus gestaltend tätig werden und andere Formulierungen oder Regelungsstrategien wählen (zutreffend die Stellungnahme von *Möstl* zu dieser Anhörung). Im Übrigen ist die Bindung an tragende Urteilsgründe (§ 31 Abs. 1 BVerfGG) ihrem Rechtsgrund nach einfachgesetzlich und kann den parlamentarischen Gesetzgeber nicht daran hindern, im konstruktiven Dialog mit dem BVerfG abweichende politische Konzepte zu formulieren, zumal es vorliegend vor allem um Details geht, die sich nur auf einfachgesetzlicher Ebene sinnvoll austarieren lassen. Der vorliegend gewählte Umsetzungsschematismus birgt hingegen das Risiko, die beständige Verfeinerung und Ausdifferenzierung der verfassungsrechtlichen Standards zusätzlich zu katalysieren, weil künftige Gesetzesinterpretation mit Verfassungs- bzw. Verfassungsgerichtsinterpretation zusammenfällt; die Frage nach gesetzlichen Regelungszwecken und politischen Zielen wird verdrängt von der Frage, was das BVerfG entscheiden hat bzw. künftig entscheiden wird.

- *Verzicht auf Verallgemeinerung*: Dass der Gesetzgeber vorliegend die Vorgaben des BVerfG zu den Eingriffsschwellen nicht durchweg in einem „vor die Klammer“ gezogenen Allgemeinen Teil regelt, sondern sektoral ausdifferenziert, erscheint sinnvoll. Denn eine sektorale Gesamtstruktur des BKAG, die Eingriffsschwellen möglichst vollständig innerhalb der einzelnen Eingriffsbefugnisse formuliert, trägt zur Verständlichkeit der Einzelregelungen bei und vermeidet unnötige Verweisungen, die die neuere Sicherheitsgesetzgebung bisweilen durchziehen und unlesbar machen.
- *Verständlichkeit*: Ungeachtet dessen würde es sich an den Stellen, an denen auf andere Bestimmungen des Gesetzes verwiesen wird (und dies sind immer noch viele), gelegentlich legistisch anbieten, wenigstens den Regelungsgehalt der in Bezug genommenen Norm (etwa durch Klammerzusatz) zu umschreiben. Angesichts der Länge des Gesetzes leidet bei Verweisungen (wie etwa in § 12 I 2 BKAG-E) die Lesbarkeit und Übersichtlichkeit.

Ressourcenfaktor: Das vom BVerfG entwickelte Datenschutzregime ist nicht nur anspruchsvoll, sondern bindet absehbar auch nicht unerhebliche Ressourcen (zutreffend die Stellungnahme von *Münch*). Dies gilt namentlich für die Operationalisierung der §§ 12-14 und §§ 74-80 BKAG-E. Die wichtige und konsequente materiell-rechtliche Regelung, die eine verfassungs(gerichts)konforme Rechtslage herstellt, muss mit Sach- sowie Personalmitteln umgesetzt werden, und zwar sowohl im Interesse der Grundrechtsbetroffenen, da Schutzmechanismen bei heimlichen Eingriffen ganz wesentlich von der Professionalität und Sorgfalt der betrauten Beamtinnen und Beamten abhängen, als auch im Interesse wirksamer Terrorismus- und Kriminalitätsbekämpfung. Der Gesetzgeber wird den notwendigen Folgekosten der Reform daher haushaltsrechtlich Rechnung zu tragen haben.

II. Kompetenz

Die Regelungen des BKAG-E lassen sich insbesondere auf die Gesetzgebungskompetenz nach Art. 73 I Nr. 9a, Nr. 10 Halbs. 2 GG und auf die Verwaltungskompetenz des Art. 87 I 2 GG stützen.

Soweit § 2 V 1 Nr. 2 BKAG-E allerdings vorsieht, Kompetenzzentren für informationstechnische Systeme und Infrastrukturen sowie Einsatztechnik, technische Einsatzmittel und kriminaltechnische Untersuchungsmethoden im kriminalpolizeilichen Bereich aufzubauen, zu unterhalten und deren Entwicklungen und Ergebnisse den Polizeien des Bundes und der Länder zur Verfügung zu stellen, ist bei der Umsetzung dieser – in der Sache gewiss sinnvollen – Regelung auf Folgendes zu achten: Art. 87 I 2 GG i. V. mit Art. 73 I Nr. 9a, Nr. 10 Halbs. 2 GG spezifiziert die notwendige Verwaltungskompetenz des Bundes auf die Errichtung des „Bundeskriminalpolizeiamtes“. Dies lässt es richtigerweise nicht zu, das BKA als Bundesoberbehörde mit einem eigenen – dezentralen – Verwaltungsunterbau zu versehen. „Kompetenzzentren“ können daher keine selbstständigen Einrichtungen sein, sondern müssen abhängige Organisationsformate innerhalb des BKA bleiben. Eine fachliche Segmentierung (ggf. auch innerhalb von Außenstellen) erscheint insoweit möglich, eine territoriale Dezentralisierung, etwa zur regionalen und ortsnahen Unterstützung der Polizeibehörden der Länder hingegen unzulässig.

III. Inhaltliches

1. Datenschutzkonzept

Herzstück des Datenschutzkonzepts des BKAG-E bilden die §§ 12 ff. BKAG-E. Die Regelungen sind insgesamt als verfassungskonform zu bewerten. Stichpunktartig sei hierbei auf Folgendes hingewiesen:

- Zwar fällt die *Generalklausel des § 12 I 1 BKAG-E* weit aus und wird lediglich durch einen Verweis auf die Aufgaben des BKA eingegrenzt. Sie ist jedoch insoweit verfassungskonform, als die darin liegende Befugnis durch die detaillierten Aufgabenzuweisungen nach §§ 4, 5 BKAG-E konkretisiert wird, die ihrerseits an Tatbestände anknüpfen, die nicht nur die interföderale Zuständigkeit (vgl. Art. 73 I Nr. 9a, 10 GG) tangieren, sondern zugleich tatbestandlich eine gewisse Gravität der Sicherheitsbeeinträchtigungen vorgeben.
- Auch soweit es bei den §§ 12, 18, 19 BKAG-E um eine Weiterverarbeitung im *Vorfeld* konkreter Gefahren oder Verdachtslagen geht, ist dies nach Maßgabe der Rechtsprechung des BVerfG (E 133, 277, 339) zulässig. Eine rein spekulative Speicherung, die verfassungsrechtlich unzulässig wäre, ist gesetzlich ausgeschlossen, weil auch ohne konkrete Eingriffsschwellen in jedem Fall konkret und nachvollziehbar zu begründen ist, inwiefern die – in jedem Fall an der der Verhältnismäßigkeit zu messende – Weiterverarbeitung zur Erfüllung einer konkreten Aufgabe erforderlich ist.
- Die Anwendungsvoraussetzung des § 12 I 1 BKAG-E, dass das BKA zur Erfüllung *derselben* Aufgabe und zum Schutz *derselben* Rechtsgüter oder zur Verfolgung oder Verhütung *derselben* Straftaten handeln darf, ist unklar (zutreffend die Stellungnahme von *Bäcker*). Ich verstehe diese Regelung so, dass die geforderte Zweckidentität nicht personal oder fallbezogen eingeschränkt wird, sondern sich auf die Aufgabenprofile der §§ 4, 5 BKAG-E bezieht. Was unter eine gesetzlich normierte Aufgabe fällt, darf dann – sollte diese Auslegung zutreffen – auch in anderen Verfahren weiterverwendet werden, die denselben Zweck verfolgen und

den gleichen Schutzgütern oder Verfolgungsinteressen dienen. Z. B. Daten aus einer Telefonüberwachung gemäß § 51 BKAG zur Aufklärung einer Straftat nach § 129a StGB (rechtsterroristische Vereinigung in Paderborn) gegen den Beschuldigten A führen zu belastenden Erkenntnissen über den zuvor nicht Beschuldigten B (linksterroristische Vereinigung nach § 129a StGB in Traunstein) und dürften entsprechend § 12 I BKAG-E – also ohne Prüfung des § 12 II BKAG-E – grundsätzlich weiterverwendet werden. Sieht man die besonderen Anforderungen an eine Zweckänderung als Schutzbarriere, damit die primären Eingriffsvoraussetzungen nicht nur abstrakt, sondern auch *fallbezogen* nicht unterlaufen werden (vgl. BVerfGE 133, 277, 324), ist unklar, ob ein solches weites Verständnis der Weiterverwendung eine verhältnismäßige Rechtsanwendung hinreichend sicherstellt.

- § 12 II BKAG-E normiert als allgemeine – somit wohl auch für die §§ 18, 19 BKAG-E zur Anwendung kommende – Regelung für eine Zweckänderung die Schwelle des hypothetischen Ersatzeingriffs (*hypothetische Datenneuerhebung*). Das ist konsequent, in sich stimmig und entspricht fraglos den verfassungsrechtlichen Anforderungen, schießt aber insoweit über das Ziel hinaus. Das BVerfG hat eine solche Prüfung nur bei Zweckänderungen von „Daten aus eingriffsintensiven Überwachungs- und Ermittlungsmaßnahmen“ gefordert (Urteil vom 20. April 2016, Rn. 287). Die allgemeine Regelung des § 12 BNDG-E erfasst aber auch Daten, die im Rahmen der Aufgaben des BKA auf andere Weise und ohne entsprechend intensive Grundrechtseingriffe erlangt wurden (vgl. auch die Stellungnahmen von *Bäcker, Möstl* und *Münch*). Es erscheint angesichts des ohnehin engen Korsetts grundrechtlicher Datenverwendungsschranken wenig überzeugend, hier zusätzliche Hürden aufzubauen.
- Unklar bleibt, inwiefern § 12 I, II BKAG-E (und entsprechend auch §§ 18, 19 BKAG-E) auch Regelungen für *rechtswidrig erhobene Daten* trifft. Die Normen stellen nur darauf ab, dass die Daten erhoben wurden. Es ist anzunehmen (obgleich nicht expliziert), dass damit nur eine Erhebung im Rahmen des Gesetzes gemeint ist. Es kann aber durchaus ein Bedarf bestehen, rechtswidrig erlangte Daten zu demselben bzw. zu einem anderen Zweck weiterzuverwenden, etwa wenn ein Eingriff, der unterhalb der Eingriffsschwelle und damit rechtswidrig vorgenommen wurde, zu Erkenntnissen führt, die eine hypothetische Datenneuerhebung nunmehr rechtfertigen würden (z. B. ein verdeckter Eingriff in informationstechnische Systeme nach § 49 BKAG gründet auf keiner hinreichend plausibilisierten Gefahr, führt aber zur Aufdeckung von terroristischen Anschlagplänen). Auch solche Erkenntnisse können – in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit und der Fairness des Verfahrens – ggf. verfassungskonform verwertet werden (BVerfGE 130, 1, 27 ff.). Sachgerecht erscheint daher eine Klarstellung in § 12 BKAG-E, um auszuschließen, dass sich das BKA im Konfliktfall an einer Verwertung gehindert sieht bzw. eine solche gerichtlich für unzulässig erklärt wird, weil es an einer hinreichenden Rechtsgrundlage fehle.
- Ein entsprechendes Problem stellt sich in Bezug auf *Zufallsfunde*: Deren Verwertung ist grundsätzlich – jedenfalls unter den Konditionen einer hypothetischen Datenneuerhebung – verfassungskonform möglich (vgl. für schwerwiegende Eingriffe BVerfGE 67, 157, 182; 115, 320, 359; *Huber*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, § 1 G 10 Rn. 29, § 4 G 10 Rn. 22). Es wird aber nicht deutlich, ob diese unter die nach § 12 BKAG-E (bzw. §§ 18, 19 BKAG-E) erhobenen Daten fallen. Eine Klarstellung wäre wünschenswert.
- In § 12 III BKAG-E wird auf § 12 II 1 Nr. 2 BKAG-E verwiesen, jedoch die Weiterverarbeitung von einer dringenden Gefahr bzw. Gefahrenlage nach § 49 BKAG-E abhängig gemacht. Dies beschränkt die Weiterverwendung auf Zwecke

der Gefahrenabwehr (§ 5 BKAG-E), schließt aber eine Nutzung in *Strafverfahren* (§ 4 BKAG-E) aus (zutreffend *Bäcker*, Stellungnahme, S. 13). Diese Verwendungsbeschränkung erscheint dysfunktional, ist möglicherweise ein Redaktionsfehler und sollte korrigiert werden. Da eine Verwendung in Strafverfahren ohnehin nur formalisiert nach Maßgabe der StPO erfolgen kann, erscheint es hier ausreichend, für Zwecke der Strafverfolgung einen einfachen (tatsachengestützten) Verdacht (§ 152 Abs. 2 StPO) ausreichen zu lassen.

- Die §§ 18, 19 BKAG-E normieren *keine zeitliche Grenze der Speicherung* (kritisch *Bäcker*, Stellungnahme, S. 14). Eine solche besteht zwar nicht absolut, ergibt sich aber aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Werden Daten zur Aufgabenerfüllung nicht mehr benötigt, sind diese zu löschen; im Übrigen wächst mit Zeitablauf der Rechtfertigungsdruck. Insoweit ist auch die Rechtsprechung des EGMR zu beachten, der eine undifferenzierte, unbefristete und voraussetzungslose Speicherung von personenbezogenen Daten fallbezogen für unvereinbar mit Art. 8 EMRK erachtet hat (EGMR, Entsch. v. 4.12.2008, *Marper u.a. vs. UK*, No. 30562/04 u.a., Rn. 121 ff.). Diese Voraussetzungen lassen sich freilich durch eine verhältnismäßige Rechtsanwendung wahren. Insoweit ist daran zu erinnern, dass der EGMR keine Feststellung über die Konventionsrechtswidrigkeit einer gesetzlichen Regelung getroffen hat (der Gerichtshof enthält sich generell solcher Aussagen), sondern nur eine Verletzung des Art. 8 EMRK aufgrund Umstände des Einzelfalles (vgl. Rn. 125; in den Folgerungen mE zu weitgehend daher *Bäcker*, Stellungnahme, S. 15).

2. Kooperationsrecht

Das Kooperationsrecht folgt mit den §§ 25-27 BKAG-E einer sachgerechten, verfassungskonformen und bewährten Gliederung, die die Kooperationsintensität und den Grad des wechselseitigen rechtsstaatlichen Grundvertrauens berücksichtigt: Übermittlung an (1) inländische Sicherheitsbehörden, (2) inländische andere Behörden, (3) Behörden anderer EU-Mitgliedstaaten und (4) Einrichtungen im internationalen Raum jenseits der EU.

Eine effektive und rechtlich abgesicherte zwischenstaatliche Behördenkooperation ist gerade in den Aufgabenfeldern des BKA unerlässlich und im Übrigen implizit durch die Kompetenzbestimmungen des Art. 73 I Nr. 9a, 10 Halbs. 2 GG sanktioniert. Dass auch ein Datenaustausch innerhalb der EU – in Bezug auf einzelne Mitgliedstaaten und unberechenbare politische Entwicklungen – trotz der gemeinsamen Bindung an gemeineuropäische Rechtsstaatsstandards nicht grenzenlos zulässig ist, namentlich möglichen Grundrechtsverletzungen im Zielstaat der Datenweitergabe ggf. anlassbedingt Rechnung zu tragen ist, bleibt selbstverständliche Grundlage des § 27 BKAG-E und ist im Rahmen der Ermessensausübung (vgl. den in Bezug genommenen § 25 Abs. 1 BKAG-E: „kann“) zu berücksichtigen.

3. Elektronische Aufenthaltsüberwachung

Die Regelung des § 56 BKAG-E zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung ermächtigt zwar zu schwerwiegenden Grundrechtseingriffen, die mit der physischen Elektronisierung des Einzelnen („elektronische Fußfessel“) einhergehen und den mit der intensiven Überwachung weitreichende Einblicke in das persönliche Leben der Betroffenen ermöglichen. Ungeachtet dessen erweist sich die Regelung durch die enge tatbestandliche Bindung an schwerstwiegende Gefahrenlagen (Terrorismus nach § 5 I 2 BKAG-E) sowie durch die formalen und materialen Schranken in § 56 I-VIII BKAG-E als verhältnismäßig. Es sol-

len nämlich terroristische Handlungen verhindert werden, die in absehbarer Zeit drohen. Und die Überwachung ist auf drei Monate zu befristen (§ 56 VIII BKAG-E).

Der geläufige Einwand, dass die elektronische Überwachung ungeeignet sei, Terroranschläge zu verhindern, und damit den Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit nicht genüge, lässt sich nicht aufrechterhalten. Unter Zugrundelegung der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers gibt es genügend mögliche Anwendungsfelder, in denen eine entsprechende Maßnahme Erfolg verspricht. Gewiss hindert ein elektronisches Gerät nach § 56 I BKAG-E einen fest zum Anschlag entschlossenen Selbstmordattentäter nicht daran, einen bereits geplanten und vorbereiteten Angriff auch auszuführen. Eine „elektronische Fußfessel“ und die daran anknüpfende Überwachung hindern ihn aber möglicherweise daran, noch nicht abgeschlossene Anschlagsvorbereitungen (z. B. konspirative Treffen, Material- oder Waffenbeschaffung, Kontaktaufnahme mit Mittelspersonen) fortzusetzen. Gerade bei arbeitsteiligen Aktivitäten innerhalb einer Vereinigung nach §§ 129a, 129b StGB würde das Aufdeckungsrisiko erheblich steigen. Und wer das Gerät nach § 56 I BKAG-E mutwillig entfernt, um sich wieder „Beinfreiheit“ zu verschaffen, wird ggf. die notwendigen tatsächlichen Anhaltspunkte für weitergehende Maßnahmen der Gefahrenabwehr liefern.

Bei der Bewertung der Bewertung der Verhältnismäßigkeit ist ferner zu berücksichtigen, dass bei einer konkreten Gefahr von Straftaten im Rahmen des § 5 I 2 BKAG-E auch weitergehende Freiheitseingriffe verhältnismäßig sein können. Namentlich ein – bislang im geltenden Recht nur unter den engen Voraussetzungen des § 20p BKAG (künftig: § 57 BKAG-E) möglicher – Gewahrsam kann abhängig von dem Wahrscheinlichkeitsgrad der Gefahr, der zeitlichen Nähe des möglichen Schadenseintritts und der Wertigkeit der bedrohten Rechtsgüter bei den hier in Rede stehenden Gefahren auch über Zeiträume, wie sie § 56 VIII BKAG-E vorsieht, ohne zuvor begangene Straftat verhältnismäßig sein. Auch wenn die rechtsstaatlichen Grenzen einer präventiven und tatunabhängigen Freiheitsentziehung bislang nicht geklärt sind, liegt es jedenfalls auf der Hand, dass § 56 BKAG-E auch der Versuch ist, einen längerfristigen Gewahrsam für „Gefährder“ zu vermeiden und durch einen weniger schwer wiegenden Eingriff zu ersetzen. Es würde dem Verhältnismäßigkeitsgebot zuwider laufen, wenn man terroristischen „Gefährdern“ ausschließlich durch Freiheitsentziehung (Gewahrsam) begegnen dürfte, weil sich nur so Anschläge weitgehend sicher verhindern lassen, aber mildere Mittel aufgrund der damit verbundenen Unsicherheiten noch nicht einmal (experimentell) erprobt werden dürften.

Dass das geltende Bundesrecht eine entsprechende Regelung – jenseits des funktional begrenzten § 68b I StGB – bei vergleichbaren Gefährdungen ohne international-terroristischen Bezug nicht kennt, führt weder zur Unverhältnismäßigkeit noch zu einem Gleichheitsverstoß (Art. 3 I GG). Vielmehr ist die Begrenzung auf den Kontext des internationalen Terrorismus eine Folge der kompetenzrechtlichen Schranken, die sich aus Art. 73 I Nr. 9a GG ergeben. Für die unmittelbare Abwehr rein nationaler Terrorgefahren kann das BKA nämlich nicht verfassungskonform zuständig gemacht werden.