



Schriftliche Stellungnahme

zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung des

1. Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages der 19. Wahlperiode

am 17. Mai 2018

zum Thema „förderale Sicherheitsarchitektur“

von

Dr. Nikolaos Gazeas LL.M. (Auckland)

Rechtsanwalt, Köln
Lehrbeauftragter der Universität zu Köln

Köln, im Mai 2018

Zusammenfassung

- In der gegenwärtigen Praxis der Terrorismusbekämpfung spielen das Strafrecht und das Strafverfahrensrecht vor allem deshalb eine gewichtige Rolle, weil bislang nur auf diesem Wege mit dem Instrument der Untersuchungshaft eine für gefährlich erachtete Person effektiv für längere Zeit „aus dem Verkehr“ gezogen werden kann. Was polizeirechtlich mangels langzeitiger weitgehend nicht möglich ist, soll über den Umweg des Strafrechts erreicht werden.
- Die Grenzen des Strafrechts haben sich insbesondere durch die Straftatbestände in den §§ 89a, 89b, 89c und 91 StGB zu einem Präventionsstrafrecht hin verschoben. Der Vorverlagerung der Strafbarkeit sind verfassungsrechtlich durch das Schuldprinzip und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Grenzen gesetzt. Weitere Gesetzesänderungen mit dem Ziel einer noch weiteren Vorverlagerung der Strafbarkeit sind weder angezeigt, noch dürften sie verfassungsrechtlich zulässig sein.
- Der Generalbundesanwalt (GBA) ist für Verfahren nach §§ 129a i.V.m. 129b StGB grundsätzlich originär zuständig. Er kann Fälle von minderer Bedeutung jedoch an die Landesstaatsanwaltschaften abgeben. In den Fällen der §§ 89a-89c StGB hat er das Evokationsrecht, Fälle von besonderer Bedeutung an sich zu ziehen. Die Anforderungen an die Annahme der „besonderen Bedeutung“ sind im Jahr 2015 moderat aufgelockert worden. Eine Rückgabe der Fälle an die Landesstaatsanwaltschaft ist rechtlich möglich. Eine Pflicht zur Übernahme der Strafverfolgung durch den GBA erwächst bereits dann, wenn ein „Anfangsverdacht für seine Zuständigkeit“ entsteht. Für die Landesstaatsanwaltschaften besteht in diesen Fällen eine gesetzliche Vorlagepflicht an den GBA. Insgesamt sind die Regelungen zur Zuständigkeit des GBA sowie zur Übernahme und Abgabe von Fällen durch ihn sachgerecht geregelt. Defizite sind grundsätzlich nicht ersichtlich.
- Die Vorschriften zur Verbindung und Trennung von Strafsachen ermöglichen eine sehr flexible Handhabung verschiedener Strafsachen zu einer oder mehrerer Personen. Es ist möglich, auch Straftaten, die nicht in den Zuständigkeitsbereich des GBA fallen, mit Staatsschutzdelikten zu verbinden und Verfahren gesammelt zu führen. Die bestehenden Vorschriften sind ausreichend und sachgerecht.
- Das Übermittlungsverbot in § 23 BVerfSchG ist im Regelungsgefüge der Übermittlungsvorschriften der Nachrichtendienste von zentraler Bedeutung. Seine gesetzgeberische Ausgestaltung und seine Handhabung in der Praxis sind problematisch. Das hier relevante Übermittlungsverbot der überwiegenden Sicherheitsinteressen (§ 23 Nr. 2 BVerfSchG) geht sehr weit und ist sehr unbestimmt. Es erlaubt dem Wortlaut nach ein nahezu beliebiges Abwägungsergebnis. Bei der Sachlage steht ein etwaiges Verständnis eines Nachrichtendienstes, Erkenntnisse in weitem Umfang zurückhalten zu dürfen, auf einer soliden rechtlichen Basis. Dass der Nachrichtendienst selbst über

das Vorliegen eines Übermittlungsverbots entscheidet, ist nicht sachgerecht. In dieser Kombination machen diese beiden Problemkreise die Vorschrift unhaltbar.

- Die Vorschrift zur Übermittlungspflicht zur Verhinderung und Verfolgung von Straftaten in § 20 Abs. 1 Satz 1 und 2 BVerfSchG nimmt im Komplex der Weitergabe nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Polizei und Staatsanwaltschaft eine zentrale Rolle ein. Der Katalog übermittlungspflichtiger Straftaten geht jedoch einerseits zu weit, andererseits nicht weit genug. Erkenntnisse aus G 10-Maßnahmen unterliegen aus nicht verständlichen Gründen keiner Übermittlungspflicht. Die Übermittlungsvorschriften in den 16 Landesverfassungsschutzgesetzen, die bei Übermittlungen innerhalb desselben Landes Anwendung finden, zeichnen ein im Gesamtgefüge wenig harmonisches Bild. Die unterschiedliche Ausgestaltung in den einzelnen Ländern ist vor dem Hintergrund der weitgehend identischen Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden nicht plausibel.
- Für die Zusammenarbeit im GTAZ ist eine gesetzliche Grundlage zu verlangen. Darin sollte auch eine effektive Kontrolle der Arbeit im GTAZ geregelt werden. Jenseits dieses Punktes stellt sich die Frage nach etwaigem Optimierungsbedarf der Arbeitsabläufe im GTAZ. Es sollte ein effizientes operatives Controlling bestehen. Zudem erhebt sich die Frage, ob es zweckmäßig ist, die Möglichkeit zu schaffen, verbindliche Entscheidungen im GTAZ zu treffen.
- Auf Bundesebene erscheint es erwägenswert, über ein einheitliches Nachrichtendienstgesetz nachzudenken, in dem systematisch in allgemeine und besondere Abschnitte unterteilt die Rechtsgrundlagen für alle drei Nachrichtendienste des Bundes und ihre Kontrolle geregelt werden. Auf Länderebene erscheint es sinnvoll, über ein Muster-Nachrichtendienstgesetz nachzudenken.

Gliederung

Zusammenfassung	2
A. Vorbemerkung	5
B. Das Terrorismusstrafrecht und die Strafverfolgung im föderalen Gefüge.....	6
I. Zur Rolle des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts bei der Terrorismusbekämpfung.	6
II. Vorverlagerung der Strafbarkeit im materiellen Strafrecht.....	7
III. Präventionswirkung des Strafverfahrensrechts und des Strafrechts	9
IV. Kompetenzverteilung des Grundgesetzes zur Strafverfolgung	10
V. Zuständigkeit des Generalbundesanwalts	10
1. Primäre Zuständigkeit des Generalbundesanwalts nach §§ 120 Abs. 1, 142a GVG.....	11
2. Zuständigkeit des Generalbundesanwalts nach §§ 120 Abs. 2, 142a GVG (Evokationsrecht)	12
3. Vorschriften zur Verfahrensübernahme.....	15
VI. Staatsschutzzentren bei den Generalstaatsanwaltschaften.....	17
VII. Aufgabe der Polizei bei der Strafverfolgung	17
VIII. Verbindung von Strafsachen	19
IX. Bewertung.....	20
C. Informationellen Zusammenarbeit der Sicherheitsbehörden i.w.S.....	20
I. Zum Zusammenarbeitsverständnis zwischen Nachrichtendiensten, Polizeibehörden und Strafverfolgungsbehörden.....	20
II. Bewertung der Übermittlungsvorschriften in den Nachrichtendienstgesetzen (BVerfSchG, BNDG, MADG und G 10).....	22
1. Die Problematik des Übermittlungsverbots nach § 23 Nr. 2 BVerfSchG	23
2. Vorschläge für eine Reform des § 23 BVerfSchG	26
3. Zu Diskrepanzen in den Übermittlungsvorschriften der Nachrichtendienstgesetze (BVerfSchG, BNDG, MADG und G 10).....	27
4. Reformvorschläge zur Behebung der Diskrepanzen in den Übermittlungsvorschriften	
29	
III. Zum Gemeinsamen Terrorismusabwehrzentrum (GTAZ)	30
D. Einheitliches Nachrichtendienstgesetz für die Nachrichtendienste des Bundes sowie Muster-Nachrichtendienstgesetz für die Nachrichtendienstgesetze der Länder	32

A. Vorbemerkung

Der Beweisbeschluss S-1 des 1. Untersuchungsausschusses vom 1. März 2018 umfasst die Beweisaufnahme zum gesamten Untersuchungsauftrag (BT-Drs. 19/943) durch Anhörung von Sachverständigen zum Thema „föderale Sicherheitsarchitektur“. Darin heißt es u.a.:

„Auf der Grundlage der gewonnenen Erkenntnisse soll auch der Untersuchungsausschuss weitere Schlussfolgerungen für Befugnisse, Organisation, Arbeit und Kooperation der Sicherheits-, Strafverfolgungs- und Strafvollzugsbehörden und der Nachrichtendienste von Bund und Ländern sowie für den Vollzug des Asyl- und Aufenthaltsrechts zuständigen Behörden von Bund, Ländern und Kommunen ziehen und gegebenenfalls Empfehlungen für weitere Maßnahmen aussprechen.“ (BT-Drs. 19/943, S. 4. *sub* B. I.).

„Der Untersuchungsausschuss soll zudem prüfen und Empfehlungen geben, 1. inwiefern und gegebenenfalls welche Schlussfolgerungen für Befugnisse, Organisation, Arbeit und Kooperation sowie für die Fehlerkultur der Sicherheits-, Strafverfolgungs- und Strafvollzugsbehörden und der Nachrichtendienste von Bund und Ländern gezogen werden können und sollen [...] 3. Inwiefern und gegebenenfalls welche Schlussfolgerungen für Informationsaustausch und Kooperation auf internationaler und europäischer Ebene gezogen werden können und sollen.“ (BT-Drs. 19/943, S. 5 f. *sub* B. III. 1. und 3).“

An den vorstehend zitierten Teil des Untersuchungsauftrages knüpft diese schriftliche Stellungnahme an. Auf eine deskriptive Darstellung der Rechtslage wird im Hinblick auf die (ausführlichen) Stellungnahmen der anderen Sachverständigen, insbesondere der Stellungnahme des Sachverständigen Dr. Rusteberg, weitgehend verzichtet.

Der *Verfasser* beschränkt sich in dieser schriftlichen Stellungnahme auf einzelne Aspekte des Strafrechts und der Strafverfolgung innerhalb der föderalen Sicherheitsarchitektur, auf eine Bewertung der Rechtslage zu den Übermittlungsvorschriften der Nachrichtendienstgesetze sowie auf eine kurze Beleuchtung des Gemeinsamen Terrorismusabwehrzentrums (GTAZ). Zu den übrigen Fragestellungen steht der *Verfasser*, soweit er über die erforderliche Sachkunde verfügt, in der mündlichen Anhörung zur Verfügung.

Soweit sich im Hinblick auf den Untersuchungsauftrag des Untersuchungsausschusses für den *Verfasser* Fragen insbesondere zur gelebten Praxis der Rechtsanwendung ergeben, wird versucht, entsprechende Fragen und sonstige Anregungen zu formulieren.

Die nachstehenden Ausführungen basieren auf der Rechtslage am Tag der Anhörung, dem 17. Mai 2018. Soweit auf das am 25. Mai 2018 in Kraft tretende neue BKAG Bezug genommen wird, wird dies ausdrücklich erwähnt („BKAG n.F.“).

B. Das Terrorismusstrafrecht und die Strafverfolgung im föderalen Gefüge

I. Zur Rolle des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts bei der Terrorismusbekämpfung

Das Strafrecht und entsprechend auch das Strafverfahrensrecht dienen nach hergebrachtem Verständnis nicht der Gefahrenabwehr. Entsprechend ist es nicht Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden, bevorstehende Gefahren, die durch einen Terroranschlag drohen, abzuwenden. Dies ist Aufgabe des Gefahrenabwehrrechts und der Polizei. Das Strafrecht wirkt repressiv und dient der nachträglichen Sanktionierung eines zuvor für strafwürdig erklärten Verhaltens. Generalpräventive und spezialpräventive Wirkungen des Strafrechts zielen allenfalls auf die Verhinderung künftiger (weiterer) Straftaten ab. Die Strafverfolgung dient der Erforschung des Sachverhalts (vgl. § 160 Abs. 1 StPO), mithin der Aufklärung eines angenommenen Tatverdachts mit dem Ziel, am Ende des Ermittlungsverfahrens eine Entscheidung darüber fällen zu können, ob die Ermittlungen genügenden Anlass zur Erhebung einer Anklage bieten oder nicht (vgl. § 170 StPO). Im Strafverfahren gilt das Legalitätsprinzip (vgl. § 152 Abs. 2 StPO). Dies bedeutet, dass die Staatsanwaltschaft (und alle weiteren Strafverfolgungsbehörden) verpflichtet sind, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern sie Kenntnis hiervon erlangen.

Die Schwelle zur Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens ist *qua* § 152 Abs. 2 StPO niedrig angesetzt. Es genügen „zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“, ein sog. strafprozessualer Anfangsverdacht. Dieser liegt (bereits) dann vor, wenn konkrete Tatsachen dafür bestehen, dass eine verfolgbare Straftat vorliegt; es ist ausreichend aber auch erforderlich, wenn es nach kriminalistischer Erfahrung als möglich erscheint, dass eine verfolgbare Straftat vorliegt. Die Grenze wird gezogen bei bloßen Vermutungen, die nicht ausreichen.¹

Zur Sachverhaltaufklärung hat die Staatsanwaltschaft – was die staatsanwaltschaftliche Praxis oft vermisst lässt – ausdrücklich nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände von Amts wegen zu ermitteln (vgl. § 160 Abs. 2 StPO). Ziel ist hierbei immer die – objektive – Aufklärung eines Tatverdachts mit den Mitteln der Strafprozessordnung.

Entsprechend ist die Staatsanwaltschaft keine Gefahrenabwehrbehörde. Sie ist Strafverfolgungsbehörde. Als solche zählt sie nicht zu den Sicherheitsbehörden i.e.S.

¹ S. nur Meyer-Goßner/Schmitt, 60. Aufl. 2017, § 152 Rn. 4.

² S. BGHSt 59, 218.

³ S. dazu nur Gazeas, in: AnwKom-StGB, 2. Aufl. 2015, § 89a Rn. 6 ff, § 89b Rn. 4; § 91 Rn. 5, jew. m.w.N.

⁴ S. dazu etwa Zöller, GA 2016, 90 ff.; Gazeas, in: AnwKom-StGB, 2. Aufl. 2015, § 89a Rn. 8; grundlegend

II. Vorverlagerung der Strafbarkeit im materiellen Strafrecht

Zu den Straftaten im Terrorismusbereich zählen zentral

- §§ 129a, 129b StGB (Bildung einer terroristischen Vereinigung bzw. Bildung einer terroristischen Vereinigung im Ausland)
- § 89a StGB (Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat)
- § 89b StGB (Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat)
- § 89c StGB (Terrorismusfinanzierung)
- § 91 StGB (Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat)

Die §§ 129a, 129b StGB spielen bei einem Bezug zu einer terroristischen Organisation in der Strafverfolgungspraxis eine zentrale Rolle. Sofern kein Organisationsbezug vorhanden oder nachweisbar ist (etwa bei „einsamen Wölfe“) kommt in der Strafverfolgungspraxis oftmals vor allem § 89a StGB zum Tragen. Er ermöglicht eine Reihe (auch heimlicher) Ermittlungsmaßnahmen wie die Überwachung der Telekommunikation (§ 100a StPO) und eine Online-Durchsuchung (§ 100b StPO). In der Strafverfolgungspraxis ist retrospektiv ein Vorgehens dahingehend erkennbar, Strafverfahren wegen § 89a StGB einzuleiten und im weiteren Verlauf des Verfahrens die Ermittlungen auf den Tatvorwurf nach § 129a i.V.m. § 129b StGB umzustellen. Dies dürfte auch daran liegen, dass der Tatnachweis wegen hoher Anforderungen an den subjektiven Tatbestand bei § 89a StGB² oft schwerer zu führen ist als der Tatnachweis einer Mitgliedschaft oder Unterstützung einer terroristischen Vereinigung.

Mit den §§ 89a-89c StGB sowie mit § 91 StGB ist die Strafbarkeit sehr weit ins Vorfeld verlagert worden. Die Straftatbestände werden teilweise neben inhaltlichen Schwächen für (teilweise) verfassungswidrig gehalten.³ Auf diese Diskussion soll an dieser Stelle ebenso wie auf die Einzelheiten der jeweiligen Straftatbestände nicht weiter eingegangen werden.

Im Hinblick auf die Entwicklung des Strafrechts ist festzustellen, dass im Bereich des Terrorismus die Strafbarkeit immer weiter in den Bereich der Vorbereitungshandlungen ausgedehnt worden ist, mit der Folge, dass die Grenzen zwischen strafrechtlicher Repression und polizeirechtlicher Prävention schon seit geraumer Zeit zugunsten eines Präventionsstrafrechts verschoben worden sind.⁴ Letzter Höhepunkt dieser

² S. BGHSt 59, 218.

³ S. dazu nur *Gazeas*, in: AnwKom-StGB, 2. Aufl. 2015, § 89a Rn. 6 ff, § 89b Rn. 4; § 91 Rn. 5, jew. m.w.N.

⁴ S. dazu etwa *Zöller*, GA 2016, 90 ff.; *Gazeas*, in: AnwKom-StGB, 2. Aufl. 2015, § 89a Rn. 8; grundlegend zum Verhältnis zwischen Polizeirecht und (kriminalpräventivem) Strafrecht *Bäker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 306, 340 *et passim*; *Gärditz*, Strafprozeß und Prävention, 2003, S. 93 ff. *et passim*; zu Legitimation und Grenzen von Vorfeldtatbeständen *Puschke*, Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorfeldtatbeständen, 2017, S. 49 ff., 137 ff., 245 ff., 367 ff. *et passim*.

Vorverlagerung der Strafbarkeit ist die im Jahr 2015 mit dem GVG-Änderungsgesetz⁵ erfolgte Einführung der Strafbarkeit der Ausreise sowie des Versuchs der Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland mit dem Ziel, ein Terrorcamp im Ausland zu besuchen (§ 89a Abs. 2a StGB)^{6,7}. Die gegen eine derartige Vorverlagerung geäußerten Bedenken – insbesondere verfassungsrechtlicher Natur – hat der BGH zuletzt zurückgewiesen.⁸ Die Frage der Verfassungsmäßigkeit einer derart weitgehenden Vorverlagerung der Strafbarkeit ist von Seiten des Bundesverfassungsgerichts noch nicht entschieden. In dieser Stellungnahme soll auf die – berechtigte – Kritik⁹ an einer derart weitgehenden Vorverlagerung, nicht weiter eingegangen werden. Es möge jedoch daran erinnert werden, dass gewichtige Teile der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetze in Deutschland im Jahr 2013 in ihrem Abschlussbericht empfohlen haben, die §§ 89a, § 89b und 91 StGB aus strafverfolgungspraktischer, verfassungsrechtlicher und rechtspolitischer Warte zu überprüfen.¹⁰ Eine solche Überprüfung ist bislang nicht erfolgt.

Weitere Änderungen im materiellen Strafrecht mit dem Ziel einer noch weiteren Vorverlagerung der Strafbarkeit sind weder angezeigt, noch verfassungsrechtlich zulässig sein dürften. Der Vorverlagerung der Strafbarkeit sind verfassungsrechtlich durch das Schuldprinzip und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Grenzen gesetzt. Diese Grenzen sind im Bereich des Terrorismusstrafrechts durch die §§ 89a und § 89b StGB vollständig ausgereizt, in Teilen nach hiesiger Ansicht sogar überschritten. Für eine weitere Ausdehnung der Strafbarkeit ins Vorfeld ist verfassungsrechtlich kein Raum.¹¹ Für eine weitere Ausdehnung der Strafbarkeit in das Vorfeld besteht zudem, soweit ersichtlich, auch kein tatsächlicher Bedarf. Es wird niemals möglich sein, alle denkbaren Handlungen von Menschen mit terroristischen Absichten in einem möglichst frühen Vorfeld bereits unter Strafe zu stellen. Denn solange kein strafwürdiges Unrecht tatsächlich durch den Täter begangen wurde, gibt es keinen Anknüpfungspunkt für eine Strafbewehrung. Verfassungsrechtlich unzulässig ist es, die bloße Gefährlichkeit eines

⁵ BGBl 2015 I, S. 926.

⁶ Die Einführung erfolgte gemeinsam mit § 89c StGB.

⁷ S. kritisch dazu und zu den damit einhergehenden Problemen etwa *Gazeas*, DRiZ 2015, 218 ff. und eingehend *Gazeas*, Schriftliche Stellungnahme vom 19. März 2015 für den Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zum Gesetzesentwurf der Fraktionen CDU/CSU und SPD vom 24. Februar 2015 (BT-Drs. 18/4087) (GVVG-Änderungsgesetz) im Rahmen der öffentlichen Anhörung am 23. März 2015.

⁸ BGHSt 62, 102 mit krit. Anm. *Ambos*, JR 2017, 655; *Gazeas/Grosse-Wilde*, StV 2018, 84; *Puschke*, NJW 2017, 2932; *Schmitt-Leonardy*, jurisPR-StrafR 1/2018 Anm. 4.

⁹ S. dazu nur *Zöller*, in: SK-StGB, 132. Lfg. Apr. 2012, § 89a Rn. 4 ff. m.w.N.

¹⁰ Mitglieder *Bäcker*, *Hirsch* und *Wolff* in: *Bäcker/Gießler/Harms* et al., Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetze in Deutschland vom 28. August 2013, S. 54, 262. Während bei § 89a Nr. 1 und 2 nur eine Überprüfung in Randbereichen angezeigt sei, wären das Wesentlichkeitserfordernis des § 89a Abs. 2 Nr. 3 und die Tatbestände des § 89a Abs. 2 Nr. 4 grundlegend zu erörtern. Vollumfänglich auf den Prüfstand zu stellen wären zudem die §§ 89b und 91. Keinen Überprüfungsbedarf sehen hingegen die Kommissionsmitglieder *Harms* und *Kaller*.

¹¹ S. dazu nur *Zöller*, in: SK-StGB, 132. Lfg. Apr. 2012, § 89a Rn. 5 f., jew. m.w.N.

Täters und seine bösen Absichten zu bestrafen. Insoweit ist darauf zu achten, dass das Strafrecht nicht in ein bloßes Gesinnungsstrafrecht abgleitet.

Bei dem Anschlag mit dem Lastkraftwagen (LKW) am Breitscheidplatz in Berlin hat sich der Täter konkret erst zu dem Zeitpunkt, zu dem er sich aufmachte, den LKW zu kapern, strafbar gemacht.¹² Eine Strafbarkeit wegen Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat nach § 89a StGB oder eines anderen Terrorismusdelikts lag im Hinblick auf den Plan, mit einem LKW einen Anschlag in einer Menschenmenge zu begehen, nicht vor. § 89a StGB erfasst diesen Fall nicht und kann ihn nicht erfassen, weil andernfalls allein die bösen Absichten eines Täters die Strafbarkeit bereits begründen würden. Dies ist mit dem verfassungsrechtlichen Schuldprinzip nicht vereinbar.

III. Präventionswirkung des Strafverfahrensrechts und des Strafrechts

Eine Anwendung des weit ins Vorfeld verlagerten Terrorismusstrafrechts¹³ führt zu einer **faktischen Präventionswirkung** des Strafverfahrensrechts bereits vor Abschluss des Strafverfahrens und vor Vollzug einer Strafhaft. Dies geschieht vornehmlich durch eine frühzeitige Überwachung, auch aber nicht nur der Telekommunikation (§§ 100a ff. StPO), seit 24. August 2017 auch die Möglichkeit der Online-Durchsuchung (§ 100b StPO), durch Observation (vgl. § 163f StPO) und anderen heimlichen Ermittlungsmaßnahmen, durch die Erkenntnisse gewonnen werden, die auch zu Zwecken der polizeirechtlichen Verhinderung von Straftaten verwendet werden können.¹⁴

Vor allem aber durch den Vollzug von Untersuchungshaft (§§ 112, 112a StPO) wird eine Präventionswirkung erzielt. Dies gilt einmal mehr für den als Fremdkörper in der StPO verorteten präventiv-polizeilichen Haftgrund der Wiederholungsgefahr nach § 112a StPO. Dieser ist rechtstaatlich besonders problematisch,¹⁵ vom Bundesverfassungsgericht jedoch dem Grunde nach für verfassungsgemäß erklärt worden.¹⁶ Er ist bei wiederholter oder fortgesetzter Begehung auch für Fälle des §§ 89a, 89c Abs. 1 bis 4 StGB vorgesehen (nicht hingegen für Fälle des §§ 129a f. StGB). Dadurch wird auch im Strafverfahren der Weg zu einer Sicherungshaft in zeitlich weitaus größerem Umfang als nach den meisten Polizeigesetzen eröffnet. Soweit ersichtlich, wird diese Vorschrift bislang in der Strafverfolgungspraxis mit Terrorismusbezug nicht merklich angewandt, was neben den Voraussetzungen des § 112a Abs. 1 Nr. 2 StPO vornehmlich an der Subsidiarität des Haftgrunds der

¹² Zunächst wegen versuchter Nötigung gem. §§ 240, 22, 23 StGB oder im Falle einer Zueignungsabsicht im Hinblick auf en LKW wegen zunächst versuchten Raubes gem. § 249, 22, 23 StGB.

¹³ S. Grundlegend dazu *Zöller*, Terrorismusstrafrecht – Ein Handbuch, 2009.

¹⁴ So auch *Rusteberg*, Stellungnahme zu dem Thema „Föderale Sicherheitsarchitektur“, Mai 2018, S. 9.

¹⁵ S. dazu zutreffend nur *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 30 Rn. 12 m.w.N.; *Paeffgen*, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 112a Rn. 4 ff.; *Wolter*, ZStW 93 (1981), S. 452, 485 ff.

¹⁶ BVerfGE 35, 185.

Wiederholungsgefahr gegenüber den „allgemeinen“ Haftgründen nach § 112 Abs. 2 StPO liegen dürfte (vgl. § 112a Abs. 2 StPO). Regelmäßig wird hier der Haftgrund der Fluchtgefahr angenommen.

In der gegenwärtigen Praxis der Terrorismusbekämpfung spielt das Strafrecht und das Strafverfahrensrecht vor allem auch deshalb eine gewichtige Rolle, weil bislang nur auf diesem Wege mit dem Instrument der Untersuchungshaft eine für gefährlich erachtete Person effektiv für längere Zeit „aus dem Verkehr“ gezogen werden kann. Was polizeirechtlich mangels langzeitiger Präventivhaft nicht möglich ist, soll weitgehend über den Umweg des Strafrechts erreicht werden. Auf diesem Wege wird jedoch der Sinn der Untersuchungshaft – die Sicherung der Durchführung des Strafverfahrens – primär zu Zwecken der präventiven Kriminalitätsverhinderung – und damit im Kern zu Gefahrenabwehrzwecken – benutzt.

Hierzu hat der Gesetzgeber durch die Einführung der Straftatbestände in §§ 89a, 89b und 91 StGB im Jahr 2009 und der weiteren Ausdehnung auf Ausreisekonstellationen (§ 89a Abs. 2a StGB) im Jahr 2015 in rechtsstaatlich bedenklicher Weise den Weg geebnet und die Strafbarkeit im Bereich terrorismusbezogener Vorbereitungshandlungen sehr weit vorverlagert. Man kann insoweit heute von einem Präventionsstrafrecht sprechen.

IV. Kompetenzverteilung des Grundgesetzes zur Strafverfolgung

Nach der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes (Art. 30, 92 GG) ist die Strafverfolgung grundsätzlich Ländersache. Für bestimmte Bereiche eröffnet Art. 96 Abs. 5 GG dahingegen die Möglichkeit einer Gerichtsbarkeit des Bundes.¹⁷ Hierzu zählt nach Art. 96 Abs. 5 Nr. 5 GG auch der Bereich „Staatsschutz“.¹⁸ Ein Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates kann ausweislich Art. 96 Abs. 5 GG auf den näher genannten Gebieten vorsehen, dass Gerichte der Länder die Gerichtsbarkeit des Bundes ausüben (sog. „mittelbare Bundesgerichtsbarkeit“). Ein solches Bundesgesetz ist mit § 120 GVG geschaffen worden. § 120 GVG überträgt die Gerichtsbarkeit des Bundes auf die Oberlandesgerichte (OLG).

V. Zuständigkeit des Generalbundesanwalts

Im Staatsschutzbereich ist der Generalbundesanwalt in weitem Umfang auch als Ermittlungsbehörde zuständig. Der genaue Umfang ergibt sich aus §§ 142a, 120 GVG. Danach übt der GBA das Amt der Staatsanwaltschaft bei den Oberlandesgerichten aus, soweit diese erstinstanzlich nach § 120 Abs. 1 oder 2 GVG zuständig sind.

¹⁷ S. etwa *Jachmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 81. EL Sept. 2017, Art. 96 Rn. 55 ff.

¹⁸ Die anderen genannten Bereiche sind Völkermord (Nr. 1), völkerstrafrechtliche Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Nr. 2), Kriegsverbrechen (Nr. 3), andere Handlungen, die geeignet sind, und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören [Artikel 26 Abs. 1 GG] (Nr. 4).

Die Zuständigkeit des GBA erfasst in diesen Fällen das gesamte Strafverfahren. Alles, wofür andernfalls der Staatsanwalt einer Staatsanwaltschaft in einem Land zuständig ist, unterfällt der Zuständigkeit des GBA – von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens über dessen Durchführung einschließlich der Abschlussentscheidung über Einstellung oder Anklageerhebung, der Sitzungsvertretung im Hauptverfahren hin zur Einlegung von Rechtsmitteln und nach Rechtskraft auch der Strafvollstreckung.

1. Primäre Zuständigkeit des Generalbundesanwalts nach §§ 120 Abs. 1, 142a GVG

Die Zuständigkeitsregelung nach § 120 GVG ist zweigeteilt ausgestaltet: Für einen weiten Teil schwerer Staatsschutzdelikte, die in § 120 Abs. 1 GVG genannt sind, ist der GBA originär zuständig. Hierzu zählen u.a. Hochverrat, Landesverrat und Gefährdung der äußeren Sicherheit sowie Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch. Aus dem Bereich der Terrorismusdelikte umfasst dieser Katalog den Straftatbestand der Bildung einer terroristischen Vereinigung nach § 129a StGB, auch in Verbindung mit § 129b Abs. 1 StGB.

In diesen Fällen ist der GBA grundsätzlich für die Strafverfolgung zuständig, es sei denn, es liegt ein Fall „von minderer Bedeutung“ i.S.d. § 142a GVG vor. In diesen Fällen ist der GBA grundsätzlich zur Abgabe an die Landesstaatsanwaltschaft verpflichtet.¹⁹ Wann eine „Sache von minderer Bedeutung“ vorliegt, ist nicht genau definiert. Bei der Bewertung dieser Frage verbleibt dem GBA ein Beurteilungsspielraum.²⁰ Dieser unbestimmte prozessuale Begriff ist nicht gleichbedeutend mit dem „minder schweren Fall“ im materiellen Strafrecht.²¹ Eine Abgabe führt nicht dazu, dass das Verfahren nicht im Ermittlungsstadium zu einem späteren Zeitpunkt von dem GBA wieder übernommen werden kann, sofern die Voraussetzungen für seine Zuständigkeit gegeben sind.²² Mit der Abgabe geht die Zuständigkeit für die Verfolgung auf die Generalstaatsanwaltschaft bei dem zuständigen OLG über (vgl. § 142 Abs. 1 Nr. 2 GVG).²³

§ 142a Abs. 3 GVG sieht eine Gegenausnahme vor, in welchen Fällen eine Abgabe an die Landesstaatsanwaltschaft zwingend zu unterblieben hat. Dies ist dann der Fall, wenn die Tat die Interessen des Bundes in besonderem Maße berührt (Nr. 1) oder wenn es im Interesse der Rechtseinheit geboten ist, daß der Generalbundesanwalt die Tat verfolgt (Nr. 2).

Damit verbleibt dem GBA – innerhalb der Grenzen, die insbesondere § 142a Abs. 3 GVG zieht – ein Spielraum, zu entscheiden, welche Verfahren er selbst führt und welche er an die Landesstaatsanwaltschaften abgibt. Die in § 142a Abs. 2 Nr. 2 sowie Abs. 3 GVG genannten Kriterien sind allesamt objektiver Natur. Maßgeblich ist die

¹⁹ Franke, in: LR-StPO, 26. Aufl. 2010, § 142a GVG Rn. 9.

²⁰ Woblers, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 142a GVG Rn. 15.

²¹ Franke, in: LR-StPO, 26. Aufl. 2010, § 142a GVG Rn. 9.

²² Woblers, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 142a GVG Rn. 16.

²³ Woblers, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 142a GVG Rn. 18.

konkrete Bedeutung des einzelnen Falles. In der Praxis des GBA dürfte bei der Bewertung der Frage, welche Fälle er selbst übernimmt und welche er den Landesstaatsanwaltschaften überlässt, *de facto* auch im Lichte der personellen Kapazitäten des GBA entschieden werden. Dieses Kriterium, dessen Beachtung durch den GBA nachvollziehbar ist, ist als solches jedoch nicht im Gesetz angelegt.

Die veröffentlichten Zahlen zu den Ermittlungsverfahren des GBA²⁴ lassen vermuten, dass der GBA seit einiger Zeit und auch gegenwärtig aus Kapazitätsgründen auch Fälle an die Landesstaatsanwaltschaften abgibt, die im Falle ausreichender personeller Ressourcen von ihm geführt worden wären.

Der Untersuchungsausschuss könnte klären, ob der GBA auch Fälle, für die er nach Maßgabe von § 142a GVG selbst zuständig wäre, aus Kapazitätsgründen an die Landesstaatsanwaltschaften abgibt bzw. in der Vergangenheit abgegeben hat oder ihre Annahme ablehnt bzw. in der Vergangenheit abgelehnt hat. Es könnte geklärt werden, ob sich die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe in § 142a Abs. 2 Nr. 2 sowie in § 142a Abs. 3 GVG durch den GBA im Laufe der Zeit verändert haben. Es könnte ferner geklärt werden, ob im Falle einer Abgabe bzw. Nichtannahme von Fällen durch den GBA aus Kapazitätsgründen ein Qualitätsverlust in der Bearbeitung zu besorgen ist.

Die Abgabe bzw. Nichtannahme von Fällen könnte, sofern keine Maßnahmen getroffen werden, möglicherweise dazu führen, dass der GBA über den Fortgang dieser Fälle nicht mehr zwingend stets im Bilde ist. Ein förmlicher Berichtsweg ist nicht zwingend vorgesehen. Auch das zuständige Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV), das vom GBA in jedem Einzelfall im Berichtsweg unterrichtet wird, und zwar auch über Fälle, deren Annahme der GBA ablehnt, dürfte – wenn überhaupt – nur eingeschränkt über den Fortgang dieser Verfahren unterrichtet werden.

2. **Zuständigkeit des Generalbundesanwalts nach §§ 120 Abs. 2, 142a GVG (Evokationsrecht)**

Die Fallkonstellation in § 120 Abs. 2 GVG ist anders ausgestaltet. Hier hat der GBA das Recht, mit Blick auf einen möglichen Staatsschutzbezug wegen der „besonderen Bedeutung des Falles“ die Ermittlungen zu übernehmen und das Strafverfahren in eigener Zuständigkeit zu führen (sog. Evokationsrecht).²⁵

Ein Evokationsrecht ist bei einer ganzen Reihe von Straftaten mit Terrorismusbezug vorgesehen. Die Straftatbestände in §§ 89a, 89b und 89c StGB fallen hierunter, wenn der Generalbundesanwalt wegen der besonderen Bedeutung des Falles nach § 74a Abs. 2 GVG die Verfolgung übernimmt (§ 120 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 74a Abs. 1 Nr. 2 GVG).

Dem Evokationsrecht unterliegen ferner die Straftaten Mord, Totschlag sowie die in § 129a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB bezeichneten Straftaten, wenn ein Zusammenhang

²⁴ S. dazu jüngst BT-Drs. 19/1799.

²⁵ Woblers, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 142a GVG Rn. 7.

mit einer nicht oder nicht nur im Inland bestehenden Vereinigung besteht, deren Zweck die Begehung von Straftaten dieser Art ist.

Weiter erfasst sind verschiedene Straftaten aus dem Bereich der schweren Kriminalität wie bspw. Mord, Totschlag, Geiselnahme und gemeingefährliche Delikte unter den Voraussetzungen, dass die Tat nach den Umständen bestimmt und geeignet ist, a) den Bestand oder die Sicherheit eines Staates zu beeinträchtigen, b) Verfassungsgrundsätze der Bundesrepublik Deutschland zu beseitigen, außer Geltung zu setzen oder zu untergraben, c) die Sicherheit der in der Bundesrepublik Deutschland stationierten Truppen des Nordatlantik-Pakts oder seiner nichtdeutschen Vertragsstaaten zu beeinträchtigen oder d) den Bestand oder die Sicherheit einer internationalen Organisation zu beeinträchtigen. Voraussetzung ist auch hier, dass der Generalbundesanwalt wegen der besonderen Bedeutung des Falles die Verfolgung übernimmt (§ 120 Abs. 2 Nr. 3 GVG).

In den Fällen des § 120 Abs. 2 GVG richtet sich die gerichtliche Zuständigkeit nach der Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft.

Die BGH-Rechtsprechung stellt (bislang) an die Annahme der „besonderen Bedeutung des Falles“ durchaus strenge Anforderungen. Hintergrund dafür ist auch, dass durch das Evokationsrecht das grundrechtsgleiche Recht auf den gesetzlichen Richter in Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG tangiert und die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern berührt wird.²⁶ Eine besondere Bedeutung des Falles liegt danach nur dann vor, wenn es sich unter Beachtung des Ausmaßes der Rechtsgutverletzung um ein staatsgefährdendes Delikt von erheblichem Gewicht handelt, das die Schutzwerte des Gesamtstaates in einer derart spezifischen Weise angreift, dass ein Einschreiten des GBA und eine Aburteilung durch ein Bundesgerichtsbarkeit ausübendes Gericht geboten ist.²⁷ Neben dem individuellen Schuld- und Unrechtsgehalt sind nach jüngerer Rechtsprechung auch die konkreten Auswirkungen für die innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland auf ihr Erscheinungsbild gegenüber Staaten mit gleichen Wertvorstellungen sowie eine etwaige Signalwirkung von der Tat für potentielle Nachahmer in den Blick zu nehmen.²⁸ An den strengen Anforderungen dürfte in dieser Form nicht mehr festzuhalten sein. Der Gesetzgeber hat in Umsetzung der Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses mit Wirkung zum 1. August 2015 in § 120 Abs. 2 Satz 2 GVG einen Satz hinzugefügt und damit die Anforderungen der Rechtsprechung bewusst moderat aufgelockert.²⁹ In den Fällen des § 120 Absatz 2 Satz 1 GVG ist eine besondere Bedeutung nunmehr auch dann anzunehmen, wenn eine Ermittlungszuständigkeit des Generalbundesanwalts wegen des länderübergreifenden Charakters einer Tat geboten erscheint. Ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien sollen damit in regelbeispielartiger Weise die als streng begriffenen Anforderungen der

²⁶ S. nur BGH Beschl. v. 19. Januar 2010 – StB 27/09.

²⁷ BGHSt 46, 238, 253 („Eggelin“); BGHSt 53, 128, 140; Meyer-Goßner/Schmitt, 60. Aufl. 2017, § 120 GVG Rn. 3a.

²⁸ BGH Beschl. v. 22. September 2016 – AK 47/16; BGH Beschl. v. 10. November 2016 – StB 33/16.

²⁹ BT-Drs. 18/3007, S. 11, 12.

Rechtsprechung in moderater Weise relativiert werden.³⁰ Der Gesetzgeber geht davon aus, dass eine solche zentrale Ermittlungsführung mit einheitlichem Ermittlungs- und Fahndungskonzept, zentraler Informationssammlung und -bewertung, Erfahrungen und umfassen- dem Hintergrundwissen im Bereich terroristischer Straftaten und klaren Kommunikationsstrukturen zwischen Generalbundesanwalt und Bundeskriminalamt zu einer besseren Beurteilungsgrundlage führen werde und schnellere Aufklärung verspreche, als dies selbst im Falle eines engen Informationsverbundes zwischen dem Generalbundesanwalt und den Staatsanwaltschaften der Länder erreicht werden könnte.³¹

Die in der Formulierung enthaltene Bezugnahme auf die Fälle des Satzes 1 verdeutlicht allerdings zugleich, dass dem jeweiligen Fall nach wie vor der verfassungsrechtlich vorgegebene, in Satz 1 vorausgesetzte und dort in den einzelnen Nummern in verschiedener Weise konkretisierte Staatsschutzcharakter auch weiterhin zukommen muss.³² Zu den nun geltenden Anforderungen an die „besondere Bedeutung des Falles“ heißt es in der Gesetzesbegründung: Die besondere Bedeutung der Tat ist im Rahmen des § 120 Abs. 2 GVG ein Erfordernis, das zusätzlich zum Staatsschutzcharakter der jeweiligen Tat für eine Evokation durch den Generalbundesanwalt gegeben sein muss, freilich aber auch selbst mit Bezug auf das Staatsschutzerfordernis auszulegen ist. Erforderlich bleibt hiernach auch nach der vorgeschlagenen Änderung, dass die Gesamtwürdigung der Umstände und Auswirkungen der Tat unter besonderer Berücksichtigung des länderübergreifenden Charakters die Annahme der besonderen Bedeutung des Falles rechtfertigt. Der länderübergreifende Charakter ist dabei nicht allein ermittlungsbezogen, sondern auch rechtsgutbezogen zu verstehen. Die gesamtstaatlichen Interessen im Sinne des Staatsschutzes müssen (z. B. wegen ihres Gewichts oder ihrer Eigenart) in einer Weise betroffen sein, die eine zentrale Ermittlungstätigkeit geboten erscheinen lässt.³³

Es bleibt festzuhalten, dass trotz der bestehenden Anforderungen an den Staatsschutzcharakter das Evokationsrecht des GBA gestärkt worden ist und der GBA in den Fällen des § 120 Abs. 2 GVG in weiterem Umfang Fälle an sich ziehen kann. Dem GBA steht bei der Frage der Geltendmachung des Evokationsrechts kein Beurteilungsspielraum zu, seine Entscheidung über die Annahme der Zuständigkeit ist im Falle der Anklage in vollem Umfang gerichtlich überprüfbar.³⁴ Im Ermittlungsverfahren soll die Bejahung der „besonderen Bedeutung des Falles“ hingegen nur eingeschränkt überprüfbar sein.³⁵ Eine Rückgabe an die Landesstaatsanwaltschaft sieht § 142a GVG für die Fälle vor, in denen eine besondere Bedeutung des Falles nicht mehr vorliegt.

³⁰ BT-Drs. 18/3007, S. 11.

³¹ BT-Drs. 18/3007, S. 11 f.

³² BT-Drs. 18/3007, S. 12.

³³ BT-Drs. 18/3007, S. 12.

³⁴ BGHSt 46, 238, 253 („Eggsein“).

³⁵ Diemer, NStZ 2005, 666, 667 sieht erst Willkür als Grenze vor.

Der Untersuchungsausschuss eignet sich dafür, die Gesetzesänderung in § 120 Abs. 2 Satz 2 GVG zu evaluieren. Der Untersuchungsausschuss könnte klären, wie diese Gesetzesänderung von Seiten des GBA einerseits und von Seiten der Generalstaatsanwaltschaften als zuständige Landesstaatsanwaltschaften andererseits bewertet wird. Er könnte untersuchen, ob das Evokationsrecht *de lege lata* aus der Sicht des GBA und des BKA ausreichend ist. In dem Zusammenhang könnte auch ermittelt werden, welche Vorteile es jenseits der Entlastung des GBA haben kann, wenn bestimmte Fälle mit Terrorismusbezug bewusst von den Generalstaatsanwaltschaften geführt werden.

3. Vorschriften zur Verfahrensübernahme

Die Pflicht zur Übernahme der Strafverfolgung in den Fällen des § 120 Abs. 1 und 2 GVG besteht nach § 142a Abs. 1 Satz 2 GVG bereits dann, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Zuständigkeit des GBA gegeben ist.³⁶ Es muss also nicht schon unzweifelhaft feststehen, dass der GBA zuständig ist.³⁷ Diese Regelung ist in Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages mit Wirkung vom 1. August 2015³⁸ eingeführt worden, um sicherzustellen, dass Fälle, die in die originäre Zuständigkeit des GBA fallen, frühzeitig bei diesem ankommen. Entsprechend der Regelung zum Anfangsverdacht (§ 152 Absatz 2 StPO) kann der Generalbundesanwalt damit bereits bei einem „Anfangsverdacht für seine Zuständigkeit“ Ermittlungen einleiten oder die von einer Landesstaatsanwaltschaft bereits eingeleitete Strafverfolgung übernehmen und die Ermittlungen führen.³⁹ Stellt sich vor Abschluss der Ermittlungen und vor Anklageerhebung heraus, dass die Anhaltspunkte, aufgrund derer die Zuständigkeit des GBA begründet wurde, doch nicht ausreichen, so hat der GBA allgemeinen Grundsätzen folgend die Sache an die zuständige Landesstaatsanwaltschaft abzugeben.⁴⁰

Damit der GBA überhaupt die Möglichkeit hat, prüfen zu können, ob er zuständig ist, wurde mit demselben Gesetz aus dem Jahr 2015 konsequenterweise auch eine Vorlagepflicht der Staatsanwaltschaft an den GBA geschaffen (§ 142a Abs. 1 Satz 3 GVG). Danach muss die Staatsanwaltschaft Vorgänge, die Anlass zu der Prüfung einer Übernahme der Strafverfolgung durch den Generalbundesanwalt geben, unverzüglich diesem übersenden.

Diese Vorschrift ist eine Reaktion auf die Erkenntnisse des NSU-Untersuchungsausschusses, der insoweit festgestellt hat, dass die Staatsanwaltschaften,

³⁶ Wohlers, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 142a GVG Rn. 1.

³⁷ BT-Drs. 18/3007, S. 12.

³⁸ BGBl. 2015 I, S. 925.

³⁹ BT-Drs. 18/3007, S. 12.

⁴⁰ BT-Drs. 18/3007, S. 12 f.

die mit den Ermittlungen betraut waren, dem Generalbundesanwalt weder die Akten noch sonstige Informationen übersandt hatten, anhand derer er seine Zuständigkeit hätte prüfen können.⁴¹ Die Richtlinien für das Straf- und das Bußgeldverfahren (RiStBV) sahen schon vor dieser Gesetzesänderung und sehen unverändert weiterhin in Nr. 202 RiStBV eine entsprechende Vorlagepflicht vor. Diese dürfte nun vom Wortlaut her mit § 142 Abs. 1 Satz 3 GVG inkongruent sein, was jedoch insoweit unschädlich ist, als das Gesetz der RiStBV als interne Verwaltungsvorschrift vorgeht. Nr. 202 RiStBV regelt – als Verwaltungsvorschrift für alle Staatsanwälte verpflichtend – die weiteren Details der Vorgehensweise einer Vorlage an den GBA.

Können sich in den Fällen des § 120 Abs. 1 GVG die Beamten der Staatsanwaltschaft eines Landes und der GBA nicht darüber einigen, wer von ihnen die Verfolgung zu übernehmen hat, so entscheidet nach § 142a Abs. 1 Satz 4 GVG der GBA. Ihm steht auch dann die Entscheidungsbefugnis zu, wenn sich die Staatsanwaltschaften verschiedener Länder nicht darüber einigen können, welche von ihnen die Verfolgung zu übernehmen hat (§ 143 Abs. 3 Satz 1 GVG). Dasselbe gilt, wenn die Staatsanwaltschaften verschiedener Länder sich nicht über die Verbindung zusammenhängender Sachen einigen. In diesem Fall entscheidet der GBA auf Antrag einer Staatsanwaltschaft (§ 143 Abs. 3 Satz 2 GVG). Auch diese Regelung zu Kompetenzkonflikten ist in Umsetzung der Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses eingeführt worden.⁴² Diese sinnvolle Regelung lässt jedoch eine § 142a Abs. 1 Satz 3 GVG entsprechende Verpflichtung vermissen, wonach der Vorgang im Falle einer nicht möglichen Einigung unverzüglich von einer Staatsanwaltschaft dem GBA vorzulegen ist. Denn der GBA kann eine Bestimmung der Zuständigkeit nur dann vornehmen, wenn er von einem Vorgang weiß. Für den Fall, dass sich beide Staatsanwaltschaften nicht für zuständig halten, würde das Ermittlungsverfahren schlimmstenfalls brach liegen, ohne das der GBA Kenntnis hiervon erlangt. Es erscheint zweckmäßig, dass diejenige Staatsanwaltschaft, die die Verfolgung nicht übernehmen will, verpflichtet wird, den Vorgang unverzüglich dem GBA vorzulegen.

Der Untersuchungsausschuss könnte prüfen, ob es empfehlenswert ist, § 143 Abs. 3 GVG um einen Satz dahingehend zu erweitern, dass die Staatsanwaltschaft, die die Verfolgung nicht übernehmen will, im Falle des § 143 Abs. 3 Satz 1 GVG verpflichtet wird, dem GBA den Vorgang unverzüglich zu übersenden.

Der GBA ist befugt, Erhebungen darüber anzustellen, ob ein Anfangsverdacht für eine in seine Zuständigkeit fallende Straftat gegeben ist.⁴³ In der Praxis des GBA wird zur Klärung dieser Frage in der Regel ein sog. ARP-Vorgang⁴⁴ angelegt, innerhalb dessen

⁴¹ BT-Drs. 18/3007, S. 13 unter Hinweis auf BT-Drs. 17/14600, S. 837 f.; so bereits der Vorschlag der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetzgebung in Deutschland (Bäcker/Gießler/Harms et al.) in ihrem Bericht vom 28. August 2013, S. 209 ff.

⁴² BT-Drs. 18/3007, S. 13 unter Hinweis auf BT-Drs. 17/14600, S. 864.

⁴³ Wöhlers, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 142a GVG Rn. 3; BT-Drs. 18/3007, S. 13.

⁴⁴ ARP steht als Registerzeichen für „Allgemeines Register für Staatschutzstrafsachen“.

Vorermittlungen angestellt werden zur Klärung der Frage, ob ein Ermittlungsverfahren einzuleiten oder zu übernehmen ist.⁴⁵

VI. Staatsschutzzentren bei den Generalstaatsanwaltschaften

In verschiedenen Ländern sind auf Initiative der Arbeitsgruppe Extremismus der deutschen Generalstaatsanwälte zwischenzeitig vor dem Hintergrund des Terroranschlags am Breitscheidplatz „Staatschutzzentren“ (Zentralstellen zur Terrorismusverfolgung) geschaffen und die Zuständigkeit konzentriert worden. Mit der Einführung eines „Gefährdermanagements“ soll ermöglicht werden, schneller Sammelverfahren gegen Gefährder zu führen. Ziel soll es sein, hierdurch auch Fehlerquellen, die sich aus der föderalen Struktur der Strafverfolgung ergeben können, einzudämmen.⁴⁶ In NRW ist, soweit ersichtlich, als letztes eine Zentralstelle Terrorismusverfolgung Nordrhein-Westfalen – ZenTer NRW – gegründet worden.⁴⁷

VII. Aufgabe der Polizei bei der Strafverfolgung

Im System der Strafverfolgung ist die Staatsanwaltschaft immer „Herrin des Verfahrens“, die Verantwortung für das Ermittlungsverfahren liegt bei ihr (vgl. § 160 StPO). Die Polizei nimmt hierbei eine zentrale Rolle bei den Ermittlungen ein und führt i.d.R. die Ermittlungen. Sie hat ausweislich § 163 Abs. 1 Satz 1 StPO Straftaten zu erforschen und alle einen Aufschub gestattenden Anordnungen zu treffen, um die Verdunkelung der Sache zu verhüten. Die Verfahrensleitung bleibt jedoch immer bei der Staatsanwaltschaft. Die zur Strafverfolgung berufenen Polizeibeamten sind i.d.R. Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft (früher Hilfsbeamte genannt). Die Aufgaben der Polizei im Ermittlungsverfahren sind in § 163 StPO geregelt.

In der Praxis der Strafverfolgung agiert die Polizei jedenfalls im Bereich der kleinen und mittleren Kriminalität sehr autonom.

In der föderalen Sicherheitsarchitektur haben primär die Länder die Zuständigkeit für die Verfolgung von Straftaten, die Zuständigkeit des Bundes ist auf konkrete durch das Grundgesetz zugewiesene Aufgaben begrenzt. Dazu bestimmt § 1 Abs. 3 BKAG, dass die Verfolgung sowie die Verhütung von Straftaten und die Aufgaben der sonstigen Gefahrenabwehr Sache der Länder bleiben, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Die Länder unterhalten für ihr Gebiet zentrale Dienststellen der Kriminalpolizei (Landeskriminalämter) zur Sicherung der Zusammenarbeit des Bundes und der Länder. Mehrere Länder können hierbei ein gemeinsames Landeskriminalamt unterhalten (§ 1 Abs. 2 BKAG). Der Bund unterhält ein Bundeskriminalamt (BKA) zur Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten (§ 1 Abs. 1 BKAG).

⁴⁵ S. dazu *Diemer*, NStZ 2005, 666.

⁴⁶ S. die Stellungnahme im Landtag Baden-Württemberg vom 9. Februar 2018, Drs. 16/3502.

⁴⁷ S. AV d. JM vom 13. März 2018 (4021 – III. 53), JMBL. NRW 2017 Nr. 7 vom 1. April 2018, S. 77.

Das BKA ist in drei Fällen zu Zwecken der Strafverfolgung beteiligt: (1) im Rahmen seiner Zentralstellenfunktion (2) aufgrund eigener oder übertragener Strafverfolgungszuständigkeit und (3) zu Koordinierungszwecken im Rahmen der Strafverfolgung).⁴⁸

Die Beteiligung im Rahmen seiner Zentralstellenfunktion ist in § 2 BKAG geregelt. Das BKA unterstützt ausweislich § 2 Abs. 1 BKAG als Zentralstelle für das polizeiliche Auskunfts- und Nachrichtenwesen und für die Kriminalpolizei die Polizeien des Bundes und der Länder bei der Verhütung und Verfolgung von Straftaten mit länderübergreifender, internationaler oder erheblicher Bedeutung. Die Unterstützung geschieht hier vor allem im Wege einer informationellen Unterstützung mit Datensammlungen.

In bestimmten Bereichen der internationalen und schweren Kriminalität nimmt das BKA die Strafverfolgung selbst wahr. Die Fälle sind in § 4 BKAG geregelt. Das BKA wird hierbei entweder in den in § 4 Abs. 1 BKAG genannten Fällen aufgrund eigener originärer Ermittlungszuständigkeit tätig oder nach § 4 Abs. 2 BKAG aufgrund eines Auftrages.

§ 18 BKAG regelt die Zuständigkeit des BKA zu Koordinierungszwecken. Diese greift vor allem in länderübergreifenden Fällen. Nach § 17 BKAG leistet das BKA Unterstützung für die Polizeibehörden der Länder. Umgekehrt regelt § 19 BKAG die Pflicht der Länder, das BKA bei seinen Ermittlungen zu unterstützen.

Nur in den in § 4 BKAG geregelten Fällen verfügt das BKA über Exekutivbefugnisse. In allen anderen Fällen übt es eine informationelle Funktion aus.

In der Praxis des GBA findet eine Zusammenarbeit sowohl mit dem BKA und den Landeskriminalämtern in den einzelnen Ländern als auch mit der Kriminalpolizei unterhalb der Ebene des Landeskriminalamtes (i.d.R. Kriminalinspektionen Staatsschutz) statt. Gerade einfach gelagerte Fälle werden regelmäßig auf der Ebene von Kriminalinspektionen bearbeitet. Diese Zusammenarbeitsform ist organisationsrechtlich sowie nach der StPO möglich. Gegen eine solche Arbeitsverteilung bestehen bei sachgerechter Auswahl der Polizeibehörde, die die Ermittlungen führen soll, keine Bedenken.

Auf weitere Einzelheiten soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Es wird auf die schriftliche Stellungnahme des Sachverständigen Dr. Rusteberg (S. 17 ff.) verwiesen.

Gegenwärtig besteht keine Weisungsrecht des Bundes gegenüber Landespolizeibehörden. Es sollte geprüft werden, ob ein Weisungsrecht des BKA im

⁴⁸ S. für eine konzise Übersicht BT-Drs. 17/14600, S. 194 f.

Rahmen des verfassungsrechtlich Möglichen zweckmäßig ist.⁴⁹ Ein solches Weisungsrecht könnte dann sinnvoll sein, wenn es unterschiedliche Ansichten zur Frage der Zuständigkeit einer Behörde in einem konkreten Fall gibt. Dies gilt einmal mehr vor dem Hintergrund, dass bei Gefahren des internationalen Terrorismus Eile geboten ist. Meinungsverschiedenheiten sind hier sowohl vertikal im Verhältnis BKA – Landespolizeibehörde als auch horizontal zwischen Behörden verschiedener Länder denkbar. Auch im letztgenannten Fall eines länderübergreifenden Kompetenzkonflikts sieht die gegenwärtige Rechtslage keine konkrete Regelung vor, wer abschließend den Konflikt zu entscheiden hat. Während im Falle eines Kompetenzkonflikts innerhalb eines Landes der zuständige Innenminister als gemeinsamer Vorgesetzter im Wege der Dienstaufsicht eine verbindliche Entscheidung treffen kann, besteht eine solche Möglichkeit bei länderübergreifenden Kompetenzkonflikten nicht.

VIII. Verbindung von Strafsachen

Die Verbindung zusammengehörender Strafsachen ist in den §§ 2 bis 5 StPO geregelt. In § 13 StPO findet sich eine Regelung zur Verbindung bei unterschiedlicher örtlicher Zuständigkeit. Das Strafprozessrecht sieht in weitem und Umfang die Möglichkeit vor, Strafsachen miteinander zu verbinden (und wieder zu trennen).⁵⁰ Im hiesigen Kontext ist vor allem § 3 StPO von Bedeutung. Danach ist ein Zusammenhang u.a. vorhanden, wenn eine Personen mehrerer Straftaten beschuldigt wird oder wenn bei einer Tat mehrere Personen als Täter oder Teilnehmer beschuldigt werden. „Mehrere Straftaten“ bedeutet insoweit, dass insoweit keine prozessuale Tat i.S.d. § 264 StPO vorliegt; in diesem Fall ist nämlich der Lebenssachverhalt zwingend einheitlich zu ermitteln und ggf. anzuklagen. Zusammenhängende Sachen, die einzeln zur Zuständigkeit von Gerichten unterschiedlicher Ordnung gehören würden, können gem. § 2 Abs. 1 StPO verbunden bei dem Gericht anhängig gemacht werden, dem die höhere Zuständigkeit beiwohnt.

Eine Verbindung kann seitens der Staatsanwaltschaft bereits vor der förmlichen Einleitung eines Ermittlungsverfahrens sowie jederzeit in einem Ermittlungsverfahren erfolgen.⁵¹

Nach §§ 2, 3 StPO ist es somit ohne Weiteres möglich, die Verfolgung von Staatsschutzdelikten mit Delikten der allgemeinen Kriminalität zu verbinden, sofern sie denselben Täter betreffen. Der GBA (bzw. die Generalstaatsanwaltschaft) kann zentral alle Ermittlungsverfahren zu einer Person bündeln, auch wenn an sich für einzelne Ermittlungsverfahren etwa mangels Staatsschutzbezugs eine andere Staatsanwaltschaft zuständig wäre. Eine Verbindung mehrerer Strafsachen ist auch bei den einzelnen

⁴⁹ Eine Zulässigkeit von Verfassungs wegen bejaht Bäcker, Stellungnahme „Sicherheitsarchitektur und Terrorismusbekämpfung“ vom 11. Mai 2018, S. 9; mit Einschränkungen auch Uhle, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 58. Lfg. Apr. 2010, Art. 73 Rn. 225; s. auch Bäcker, Terrorismusabwehr durch das Bundeskriminalamt, 2009, S. 59 f.

⁵⁰ S. dazu ausführlich Rusteberg, Stellungnahme zu dem Thema „Föderale Sicherheitsarchitektur“, Mai 2018, S. 16 f.

⁵¹ Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 60. Aufl. 2017, § 2 Rn. 3; Scheuton, in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 2 Rn. 8.

Staatsanwaltschaften möglich, sofern nicht eine Strafsache in die Zuständigkeit des GBA gehört.

Ist das OLG gem. § 120 Abs. 1 oder 2 GVG für eine Strafsache zuständig, erstreckt sich seine Zuständigkeit auch auf die mit einer Strafsache verbundenen Delikte.⁵² Dies gilt nach § 102, 112 JGG auch, wenn nur gegen Jugendliche zu verhandeln ist.

IX. Bewertung

Die bestehende Rechtslage zur Zuständigkeit des GBA sowie zur Geltendmachung des Evokationsrechts erscheint – mit Ausnahme der vorstehend genannten Punktes in § 143 Abs. 3 GVG – sachgerecht und ausreichend, um effektiv Straftaten zu verfolgen. Die Ausgestaltung der Rechtslage im GVG stellt keine erkennbaren Hindernisse bei der Verfolgung von Terrorismusstraftaten auf. Insgesamt sind die Regelungen zur Zuständigkeit des GBA sowie zur Übernahme und Abgabe von Fällen sachgerecht geregelt.

Die geltenden Vorschriften zur Verbindung und Trennung von Strafsachen ermöglichen eine sehr flexible Handhabung verschiedener Strafsachen zu einer oder mehrerer Personen. Sie erlauben es, Ermittlungsverfahren der Allgemeinkriminalität zu einer Person mit Ermittlungsverfahren zu Staatsschutzdelikten zu verbinden und gemeinsam zu führen. Diese Möglichkeit nutzen auch die neu gegründeten „Staatsschutzzentren“ in den Ländern. Auch diese Vorschriften sind im Hinblick auf den hier relevanten Bereich der Terrorismusbekämpfung ausreichend und sachgerecht.

C. Informationellen Zusammenarbeit der Sicherheitsbehörden i.w.S.

I. Zum Zusammenarbeitsverständnis zwischen Nachrichtendiensten, Polizeibehörden und Strafverfolgungsbehörden

Im Hinblick auf die Darstellung der Rechtslage wird auf die ausführlichen schriftlichen Stellungnahmen insbesondere der Sachverständigen Dr. Rusteberg (S. 44 ff.) und Prof. Dr. Bäcker (S. 24 ff.) verwiesen.

Eine Zusammenarbeit der Sicherheitsbehörden im weiteren Sinne ist für eine effektive Terrorismusbekämpfung unabdingbar. Zusammenarbeit bedeutet in ganz wesentlichen Teilen Informationsübermittlung. Sie ist dem Grunde nach verfassungsrechtlich zulässig. Zu beachten sind jedoch die Grenzen des zulässigen zulässigen Informationsaustauschs, die sich im Ausgangspunkt gleichfalls aus der Verfassung, insbesondere aus den Grundrechten, ergeben.

Zusammenarbeit ist im Kern in zwei Grundpfeiler zu unterteilen: (1) Informationsaustausch bzw. Informationsweitergabe und (2) Gemeinsame Abstimmung des Vorgehens. Ein Informationsaustausch bzw. eine Informationsweitergabe⁵³ erfolgt

⁵² Fritzer, in: SK-StPO, 5. Aufl. 2016, § 120 GVG Rn. 5.

⁵³ Unter Informationsaustausch ist insoweit die gegenseitige Übermittlung von jeweils vorhandenen Informationen zu verstehen, unter einer Informationsweitergabe die einseitige Übermittlung.

im Wege einer Übermittlung von Informationen zwischen zwei oder mehreren Behörden. Übermittlungsgegenstand sind im hiesigen Kontext stets personenbezogene Daten. Damit wird jeder Übermittlungsvorgang aufgrund des mit einer Übermittlung einhergehenden Grundrechtseingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Gestalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung i.S.d. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG grundrechtsrelevant und ist nur im Rahmen des verfassungsrechtlich Erlaubten zulässig. Die gemeinsame Abstimmung ist letztlich eine Frage der Praxis, der an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden kann. Hierzu haben die Sachverständigen *Fromm* und *Maurer* in ihren Stellungnahmen aufschlussreiche Ausführungen getätigt.

Gerade im Bereich der Terrorismusbekämpfung besteht ein Grundkonflikt: Es soll einerseits sichergestellt werden, dass die zum jeweiligen Zeitpunkt benötigten Informationen der Behörde, die sie benötigt, vorliegen. Andererseits ist die Übermittlung von nicht benötigten Informationen schon aus Gründen des verfassungsrechtlichen Übermaßverbots zu vermeiden. Denn die grundrechtsrelevante Übermittlung von Informationen, die nicht benötigt werden, ist im Sinne des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundatzes nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig.

Diese Einschränkung gilt insbesondere für die Übermittlung von Erkenntnissen der Nachrichtendienste an Polizeibehörden und Staatsanwaltschaften. Denn insoweit gilt ein (informationelles) Trennungsprinzip.⁵⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Grundsatzurteil aus dem Jahr 2013 (*Antiterrordatei*)⁵⁵ die Grenzen einer zulässigen Übermittlung von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen an Polizeibehörden (und Staatsanwaltschaften) präzisiert. Darin heißt es:

„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

⁵⁴ BVerfGE 133, 277, 329 (*Antiterrordatei*)

⁵⁵ BVerfGE 133, 277, 329 (*Antiterrordatei*)

die Eingriffsschwellen für die Erlangung der Daten dürfen hierbei nicht unterlaufen werden.“ (Rn. 123).

Nach Bewertung des *Verfassers* besteht vielfach ein grundlegend unterschiedliches Verständnis der Aufgaben von Nachrichtendiensten.⁵⁶ Aus dem Umfeld von Sicherheitsbehörden werden sie oft als informationelle Dienstleister für andere Sicherheitsbehörden, insbesondere für Behörden mit Exekutivbefugnissen wie Polizei und Staatsanwaltschaft gesehen.⁵⁷ Verfehlt ist ein Verständnis dahingehend, ein Nachrichtendienst sei während eines laufenden Strafverfahrens dazu berufen, weiter gezielt Erkenntnisse mit dem Ziel zu sammeln, sie zu Zwecken der Strafverfolgung an den Generalsbundesanwalt weiterzugeben.⁵⁸ Denn das Sammeln und Auswerten von Informationen zu Zwecken der Strafverfolgung gehört nicht zum Aufgabenbereich der Nachrichtendienste. Eine Erhebung von Informationen darf nur innerhalb des Aufgabenbereichs des jeweiligen Nachrichtendienste erfolgen. Die Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Polizei und Staatsanwaltschaft stellt stets eine Zweckänderung dar. Jede Übermittlung personenbezogener Daten geht wegen der damit verbundenen Zweckänderung ihrerseits mit einem Grundrechtseingriff einher, der verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden muss. Der mit der Übermittlung einhergehende Grundrechtseingriff ist, sofern die Erkenntnisse unter Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel gewonnen worden sind, ein besonders schwerer. Eine Übermittlung ist nur dann zulässig, wenn die einem „herausragenden öffentlichen Interesse dient.“⁵⁹

Umgekehrt sind jedoch auch Umstände von Behörden zu bedenken, die dazu führen können, dass ein Interesse daran besteht, bestimmte Informationen gerade nicht zu übermitteln.

II. Bewertung der Übermittlungsvorschriften in den Nachrichtendienstgesetzen (BVerfSchG, BNDG, MADG und G 10)

Das derzeit geltende System der Übermittlungsvorschriften in den Nachrichtendienstgesetzen hat vor allem der Sachverständige Dr. Rusteberg in seiner schriftlichen Stellungnahme (S. 44 ff., 73 ff.) erläutert. Hierauf kann verwiesen werden.

Nachstehend soll vor allem auf einen – wesentlichen – Punkt eingegangen werden, der im Hinblick auf die Zusammenarbeit der Sicherheitsbehörden i.w.S. korrekturbedürftig

⁵⁶ So auch Bäcker, Stellungnahme „Sicherheitsarchitektur und Terrorismusbekämpfung“ vom 11. Mai 2018, S. 18.

⁵⁷ Vgl. etwa Warg, in: Dietrich/Eiffler, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, Der gesetzliche Auftrag der deutschen Nachrichtendienste, V § 1 Rn. 7 f.; in diese Richtung weisend für den Bereich der Terrorismusbekämpfung wohl auch Wolff, DVBl 2015, S. 1076, 1078.

⁵⁸ Diese Ansicht vertreten (z.T. leitende Angehörige) deutscher Nachrichtendienste des Bundes in – soweit ersichtlich – nicht veröffentlichter Form.

S. dazu Gazeas, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 230, 411 ff., 584.

ist: Die Regelung des Übermittlungsverbots in § 23 BVerfSchG. Darüber hinaus soll kurz auf bestehende weitere Unstimmigkeiten in den Übermittlungsvorschriften der Nachrichtendienstgesetze hingewiesen werden, ohne hierbei in die Tiefe zu gehen.⁶⁰

Auf die weiteren mit Problemen behafteten Regelungen, insbesondere bei Gemeinsamen Dateien (ATDG) und verfahrensübergreifenden Datensammlungen der Sicherheitsbehörden des Bundes – hier vor allem beim neuen Informationssystem und Informationsverbund des BKA in dem BKAG n.F.⁶¹ – soll an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden. Es wird auf die Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. Bäcker in seiner schriftlichen Stellungnahme verwiesen.⁶² Den dort geäußerten Bedenken schließe ich mich an.

1. Die Problematik des Übermittlungsverbots nach § 23 Nr. 2 BVerfSchG

Problematisch ist die derzeitige gesetzliche Ausgestaltung von § 23 Nr. 2 BVerfSchG. Dieser gilt für alle Nachrichtendienste des Bundes.⁶³ Die Vorschrift sperrt nicht nur eine Übermittlungsbefugnis der Nachrichtendienste (§ 19 BVerfSchG, § 24 BNDG sowie § 11 MADG i.V.m. § 19 Abs. 1 BVerfSchG), sondern lässt auch eine bestehende Übermittlungspflicht der Nachrichtendienste an Polizei und Strafverfolgungsbehörden zur Verhinderung oder Verfolgung von Staatsschutzdelikten (§ 20 BVerfSchG, 11 Abs. 2 MADG, 24 Abs. 2 BNDG⁶⁴ entfallen. Ob ein Übermittlungsverbot nach § 23 BVerfSchG greift, ist vor jedem Übermittlungsvorgang durch den Nachrichtendienst zu prüfen.⁶⁵

§ 23 BVerfSchG ist im Regelungsgefüge der Übermittlungsvorschriften der Nachrichtendienste von zentraler Bedeutung. Sie regelt für drei Fälle ein Übermittlungsverbot. In § 23 BVerfSchG heißt es: „Die Übermittlung nach den Vorschriften dieses Abschnitts unterbleibt, wenn“

- „für die übermittelnde Stelle erkennbar ist, dass unter Berücksichtigung der Art der Informationen und ihrer Erhebung die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen das Allgemeininteresse an der Übermittlung überwiegen“ (§ 23 Nr. 1 BVerfSchG),
- „überwiegende Sicherheitsinteressen dies erfordern oder“ (§ 23 Nr. 2 BVerfSchG)

⁶⁰ Eingehend dazu *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 286 ff. *et passim*.

⁶¹ S. dazu etwa die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss für Gefahrenabwehrrecht Nr.: 33/2017 von April 2017.

⁶² *Bäcker*, Stellungnahme „Sicherheitsarchitektur und Terrorismusbekämpfung“ vom 11. Mai 2018, S. 24 ff., 27 ff.

⁶³ Für den Bundesnachrichtendienst (BND) nach 31 BNDG, für das Bundesamt für den Militärischen Abschirmdienst (MAD) nach § 12 MADG.

⁶⁴ § 24 Abs. 2 BNDG enthält zusätzlich noch den Militärischen Abschirmdienst als Übermittlungsempfänger.

⁶⁵ *Drost*, Handbuch des Verfassungsschut兹rechts, Stuttgart u.a. 2007, S. 552; *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 358.

- „besondere gesetzliche Übermittlungsregelungen entgegenstehen; die Verpflichtung zur Wahrung gesetzlicher Geheimhaltungspflichten oder von Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnissen, die nicht auf gesetzlichen Vorschriften beruhen, bleibt unberührt.“ (§ 23 Nr. 3 BVerfSchG).

In all diesen Fällen ist eine Übermittlung zwingend verboten.

In ihrer derzeitigen Ausgestaltung stellt diese Vorschrift ein Übermittlungsverbot zugunsten aller drei Nachrichtendienste des Bundes auf.⁶⁶ Darüber hinaus stellt sie jedoch, wenn man die Vorschrift genau nimmt, ausweislich ihres Wortlauts ein solches Verbot auch für alle anderen Behörden auf, für die nach § 18 BVerfSchG eine Pflicht oder eine Befugnis zur Unterrichtung des BfV sowie der Verfassungsschutzbehörden der Länder besteht. Denn § 23 BVerfSchG erstreckt sich auf den gesamten Dritten Abschnitt der Übermittlungsvorschriften (§§ 17-26 BVerfSchG). Damit unterfällt auch § 18 BVerfSchG⁶⁷ dem Übermittlungsverbot.⁶⁸ Auch wenn ein solches Verständnis der Vorschrift nicht gewünscht sein dürfte, ist bei klassischer Auslegung des Gesetzes eine solche Interpretation jedenfalls möglich.

In identischer, ähnlicher und teilweise anderer Form enthalten auch die Gesetze der Verfassungsschutzbehörden der Länder eine eigene Regelung zu Übermittlungsverboten.⁶⁹

Das hier relevante Übermittlungsverbot der überwiegenden Sicherheitsinteressen nach § 23 Nr. 2 BVerfSchG geht sehr weit und ist sehr unbestimmt. Es erlaubt dem Wortlaut nach ein nahezu beliebiges Abwägungsergebnis. Die Frage, wann „überwiegende Sicherheitsinteressen“ ein Zurückhalten von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen gebieten, wird ein Nachrichtendienst im Hinblick auf den gewünschten Quellen- und Methodenschutz sowie der Sicherung von Nachrichtenzugängen oftmals anders bewerten als etwa eine Strafverfolgungsbehörde oder eine Polizeibehörde.⁷⁰ Die Erkenntnisse des NSU-Untersuchungsausschusses haben gezeigt, dass dem Quellschutz zum Teil ein absolutes Gewicht beigemessen wurde.⁷¹

Charakteristisch ist etwa das Verständnis von Autoren, die der nachrichtendienstlichen Praxis zuzuordnen sind. So heißt es bei *Siems* in einer Veröffentlichung jüngerer

⁶⁶ Für den BND gilt dieses Übermittlungsverbot nach § 31 BNDG, für den MAD nach § 12 MADG.

⁶⁷ Bzw. § 23 BNDG sowie § 10 MADG.

⁶⁸ Im BNDG wird dies besonders deutlich dadurch, dass § 31 BNDG ausdrücklich für die Übermittlung von Informationen nach den §§ 23, 24 BNDG u.a. den § 23 BVerfSchG für entsprechend anwendbar erklärt.

⁶⁹ Ein Auszug aus allen Verfassungsschutzgesetzen der Länder (Stand: Januar 2014) ist abgedruckt bei *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 654 ff.

⁷⁰ Vgl. auch *Bäcker*, Stellungnahme „Sicherheitsarchitektur und Terrorismusbekämpfung“ vom 11. Mai 2018, S. 29 f.; *Rusteberg*, Stellungnahme zu dem Thema „Föderale Sicherheitsarchitektur“, Mai 2018, S. 79 f.; *Guy*, in: Dietrich/Eiffler, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, Stuttgart 2017, Nachrichtendienste in der sicherheitsbehördlichen Kooperation, IV § 2 Rn. 54.

⁷¹ S. etwa BT-Drs. 17/14600, 884.

Datums: „Will der ersuchte Nachrichtendienst keine Auskunft erteilen, kann er sich auf die Ausschlussgründe des § 23 BVerfSchG berufen.“⁷² (Hervorh. diesseits). Klare Maßstäbe zur Auslegung von § 23 BVerfSchG bestehen nicht. Das vorhandene Schrifttum ist insoweit überwiegend tendenziell nachrichtendienstfreundlich. So wird vertreten, dass zugunsten eines Nachrichtendienstes ein Sicherheitsinteresse im Regelfall immer gegeben sein kann und zum Schutz nachrichtendienstlicher Quellen und Arbeitsmethoden in der Regel von einem zu schützenden Sicherheitsinteresse ausgegangen werden kann.⁷³ Eine Grenze bei der Abwägung zugunsten der Sicherheitsinteressen eines Nachrichtendienstes wird im Schrifttum – wenn überhaupt – überwiegend erst im Falle des § 138 StGB gezogen, der eine Jedermann-Pflicht zur Anzeige geplanter schwerer Straftaten vorsieht.⁷⁴ Teilweise wird sogar § 138 StGB nicht als Grenze anerkannt, sondern § 23 Nr. 2 StGB als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund im Hinblick auf eine Strafbarkeit nach § 138 StGB gesehen.⁷⁵ Rechtsprechung zu dieser Frage existiert nicht und ist auch nicht zu erwarten. Bei der Gesetzeslage und dem Meinungsstand im Schrifttum steht ein etwaiges Verständnis eines Nachrichtendienstes, Erkenntnisse in weitem Umfang zurückhalten zu dürfen, auf einer soliden rechtlichen Basis.

Einem Nachrichtendienst wird man *de jure* in einer Vielzahl von Fällen auch *ex post* nicht vorwerfen können, seiner rechtlichen Pflicht zur Informationsweitergabe nach § 20 Abs. 1 BVerfSchG nicht nachgekommen zu sein.

Als weiterer Problemkreis kommt hinzu, dass die übermittelnde Behörde, also in der Grundkonstellation der betroffene Nachrichtendienst, der etwa nach § 20 Abs. 1 BVerfSchG einer Übermittlungspflicht an die Polizei zur Verhinderung eines Staatsschutzdelikts oder an die Staatsanwaltschaft zur Verfolgung eines Staatsschutzdelikts unterliegt, selbst über das Vorliegen eines Übermittlungsverbots entscheidet. Externe Kontrollinstanzen sind nicht vorgesehen. Dies ist nicht sachgerecht. § 23 Nr. 2 BVerfSchG erlaubt in seiner derzeitigen gesetzlichen Ausgestaltung, dass ein Nachrichtendienst in weitem Umfang unter Berufung auf § 23 Nr. 2 BVerfSchG vorhandene Erkenntnisse zeitlich zunächst zurückhält, um etwa operative Maßnahmen weiter vornehmen zu können, die nicht mehr möglich sind, sobald ein Zugriff seitens der Polizei bzw. Staatsanwaltschaft erfolgt. Die vorstehende Wiedergabe des gesetzlich Möglichen soll nicht dahingehend missverstanden werden, dass die nachrichtendienstliche Praxis tatsächlich tatsächlich so abläuft.

⁷² *Siems*, in: Dietrich/Eiffler, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, Stuttgart 2017, Datenübermittlung in der sicherheitsbehördlichen Kooperation, VI § 7 Rn. 85, im Hinblick auf die Übermittlungspflichten der Nachrichtendienste im Strafprozess.

⁷³ *Boek*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitrecht des Bundes, 2014, § 23 BVerfSchG Rn. 6, 7, 10.

⁷⁴ *Boek*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitrecht des Bundes, 2014, § 23 BVerfSchG Rn. 8; *Griesbaum*, in: FS Nehm, 2006, S. 125, 133; *Griesbaum/Wallenta*, NStZ 2013, 363, 377; *Soiné*, ZRP 2008, 108, 111.

⁷⁵ So *Rehbein*, Die Verwertbarkeit von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen aus dem In- und Ausland im deutschen Strafprozess, 2011, S. 120 f.; ähnlich *Guy*, Die Verwaltung 1991, 467, 482; hiergegen *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 378 f.

In Kombination miteinander machen die beiden vorstehend genannten Problemkreise die Vorschrift unhaltbar.⁷⁶ Die Mitglieder der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetze in Deutschland *Bäcker, Hirsch* und *Wolff* haben die Vorschrift des § 23 BVerfSchG auch aus weiteren Gründen als „misslungen“ bezeichnet.

Der Untersuchungsausschuss könnte aufklären, wie die Nachrichtendienste des Bundes und der Länder die rechtlichen Vorgaben zur Übermittlungspflicht i.S.d. § 20 Abs. 1 BVerfSchG bzw. der jeweils korrespondierenden Normen sowie die rechtliche Vorgabe zur Zurückhaltung von Erkenntnissen im Lichte des Übermittlungsverbots in § 23 Nr. 2 BVerfSchG interpretieren und anwenden. Er könnte ferner ermitteln, wie andererseits die Polizeibehörden und Staatsanwaltschaften diese Vorschriften verstehen.

2. Vorschläge für eine Reform des § 23 BVerfSchG

Die notwendige Korrektur von § 23 BVerfSchG könnte so ausgestaltet werden, dass das Übermittlungsverbot tatbestandlich und im Hinblick auf seinen Anwenderkreis spezifiziert wird. Insoweit kommen präzise Abwägungskriterien sowie Rückausnahmen von dem Übermittlungsverbot in Betracht.⁷⁷ Eine Präzision könnte auch dadurch erreicht werden, dass im Hinblick auf den jeweiligen Adressaten einer Übermittlung konkrete Abwägungskriterien festgelegt werden. So ist die Übermittlung zur Verhinderung einer Straftat immer höher zu gewichten als eine Übermittlung zur Verfolgung dieser Straftat. Im Hinblick auf eine Übermittlung an Strafverfolgungsbehörden könnte materiell-rechtlich für die Entscheidung an die Kriterien für § 96 Satz 1 StPO angeknüpft werden. Zudem sollte eine verfahrensrechtliche Regelung implementiert werden, die eine Kontrolle der Anwendung der Norm erlaubt. Vorzugswürdig erscheint es hier, die Entscheidung darüber, ob die Voraussetzungen eines Übermittlungsverbots vorliegen, auf die oberste Dienstbehörde des jeweiligen Nachrichtendienstes zu übertragen.⁷⁸ Auf diesem Wege würde auch die politische Verantwortung für die jeweilige Entscheidung beim jeweils zuständigen Bundesminister liegen. Verfahrensmäßig könnte dies so ausgestaltet werden, dass das Unterlassen einer Übermittlung von der Zustimmung der obersten

⁷⁶ Der Sachverständige *Bäcker*, Stellungnahme „Sicherheitsarchitektur und Terrorismusbekämpfung“ vom 11. Mai 2018, S. 29 hält die Vorschrift ebenso für korrekturbedürftig; so bereits die Mitglieder *Bäcker, Hirsch* und *Wolff* in: *Bäcker/Gießler/Harms* et al., Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetze in Deutschland vom 28. August 2013, S. 204, 275; s. ferner *Rusteberg*, Stellungnahme zu dem Thema „Föderale Sicherheitsarchitektur“, Mai 2018, S. 79 f.; *Bergemann*, NVwZ 2015, 1705, 1708; eingehend dazu *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, S. 357 ff.

⁷⁷ S. insbesondere die Vorschläge des Sachverständigen *Bäcker*, Stellungnahme „Sicherheitsarchitektur und Terrorismusbekämpfung“ vom 11. Mai 2018, S. 30.

⁷⁸ So auch der Vorschlag von *Bäcker*, Stellungnahme „Sicherheitsarchitektur und Terrorismusbekämpfung“ vom 11. Mai 2018, S. 30; ebenso die Mitglieder der Regierungskommission *Bäcker, Hirsch* und *Wolff*, in: *Bäcker/Gießler/Harms* et al., Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetze in Deutschland vom 28. August 2013, S. 204; ausführlich zu diesem Vorschlag *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 598, 602 ff., 607ff.

Dienstbehörde abhängig gemacht werden würde.⁷⁹ Daneben sollte gesetzlich festgeschrieben werden, dass die Entscheidung in den Akten zu begründen und in Abständen von höchstens sechs Monaten durch die oberste Dienstbehörde zu überprüfen ist, um sicherzustellen, dass eine Übermittlung erfolgen kann, wenn das Übermittlungshindernis entfällt. Schließlich sollte eine periodische Unterrichtungspflicht des Parlamentarischen Kontrollgremiums zu diesem Punkt geschaffen werden.

3. Zu Diskrepanzen in den Übermittlungsvorschriften der Nachrichtendienstgesetze (BVerfSchG, BNDG, MADG und G 10)

Die Vorschrift zur Übermittlungspflicht in § 20 Abs. 1 Satz 1 und 2 BVerfSchG nimmt im Komplex der Weitergabe nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Polizei und Staatsanwaltschaft eine zentrale Rolle ein. Der Katalog übermittlungspflichtiger Straftaten geht jedoch einerseits zu weit, andererseits nicht weit genug. So unterfällt ein Mord ohne Staatsschutzbezug nicht der Übermittlungspflicht, eine rassistisch motivierte einfache Sachbeschädigung hingegen schon. Der Katalog erfasst zwar durch die Einbeziehung der in § 74a Abs. 1 und 120 Abs. 1 und 2 GVG genannte Straftaten durchgängig Delikte mit Staatsschutzbezug; sie sind jedoch hinsichtlich ihrer Schwere inhomogen. Die Kataloge enthalten auch Delikte, die nur der einfachen bis mittleren Kriminalität zuzuordnen sind. Die Anordnung einer Übermittlungspflicht in den Fällen der §§ 86a, 89b, 97 Abs. 2, 241a Abs. 1 - 3 StGB, § 20 Abs. 1 Nr. 1 - 4 VereinsG, §§ 17 Abs. 4 und 5, § 18 Abs. 1 - 6 AWG dürfte unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur *Antiterrordatei*⁸⁰ gegen das Übermaßverbot. Die Verfolgung dieser Straftaten dient keinem herausragenden öffentlichen Interesse.⁸¹ Gegen die Einbeziehung von § 138 StGB bestehen insoweit zumindest erhebliche Zweifel. Im Lichte des Übermaßverbots nicht unbedenklich ist auch die Einbeziehung einer ganzen Reihe weiterer Staatsschutzdelikte, die im Katalog des § 100c Abs. 2 StPO nur mit ihrem Qualifikationstatbestand aufgeführt sind, wohingegen durch den Verweis in § 120 Abs. 1 GVG auch der jeweilige Grundtatbestand erfasst ist. Gleiches gilt für die im Katalog des § 120 Abs. 1 GVG enthaltenen Straftaten nach dem Patentgesetz, dem Gebrauchsmusterschutzgesetz sowie dem Halbleiterschutzgesetz.

Der subsidiäre Straftatenkatalog in § 20 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BVerfSchG („sonstige Straftaten“) unterwirft jede Straftat mit Staatsschutzbezug der Übermittlungspflicht. Dadurch können selbst Straftaten aus dem Bereich der einfachen Kriminalität wie etwa eine rassistische Beleidigung oder eine Sachbeschädigung mit fremdenfeindlichen Hintergrund der Übermittlungspflicht unterfallen. Das ist zum einen nicht sachgerecht. Der subsidiäre Straftatenkatalog verstößt daher gegen das Übermaßverbot. Die

⁷⁹ So der Vorschlag Mitglieder der Regierungskommission Bäcker, Hirsch und Wolff, in: Bäcker/Gießler/Harms et al., Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetze in Deutschland vom 28. August 2013, S. 204.

⁸⁰ BVerfGE 133, 277; auch unter Berücksichtigung des BKA-Urteils des BVerfG in BVerfGE 141, 220.

⁸¹ S. dazu Gazeas, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, 291 ff., 327 ff.

gesetzliche Formulierung verstößt zudem gegen das Bestimmtheitsgebot. In der Praxis dürfte eine solch extensive Übermittlungspflicht von den Nachrichtendiensten auch nicht praktiziert werden.⁸²

Die weitgehende anzunehmende Verfassungswidrigkeit des § 20 Abs. 1 Satz 1 und 2 BVerfSchG wirkt sich auch für den BND (qua § 24 Abs. 3 BNDG) und den MAD (qua § 11 Abs. 2 MADG) aus. In diesem Umfang dürfte auch § 21 Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG verfassungswidrig sein.

§ 19 Abs. 1 BVerfSchG dürfte auch nach seiner Reform im Jahr 2015⁸³ als Reaktion auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur *Antiterrordatei* in Teilen verfassungswidrig sein. Die Vorschrift dürfte zum einen gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstossen, da sie in ihrem Satz 3 (weiterhin) nicht hinreichend normenklar erkennen lässt, welche Behörden als Empfänger in Betracht kommen („inländische öffentliche Stelle“). Wegen des weiten Umfangs der Übermittlungsbefugnis dürfte sie weiterhin auch gegen das Übermaßverbot verstossen.⁸⁴

Erkenntnisse aus G 10-Maßnahmen unterliegen aus nicht verständlichen Gründen keiner Übermittlungspflicht. Hier wäre zu erwägen, sie ebenfalls einer Übermittlungspflicht zu unterstellen. Das G 10 enthält insoweit nur eine Übermittlungsbefugnis. Diese geht jedoch sehr weit und erfasst Kriminalitätsbereiche über die Staatsschutzdelikte hinaus.⁸⁵

Die Straftatenkataloge in den § 4 Abs. 4 Nr. 2 und § 7 Abs. 4 Nr. 2 G 10 dürften teilweise gegen das Übermaßverbot verstossen. Unverhältnismäßig dürfte die eingeräumte Befugnis zur Übermittlung in den Fällen des § 130 StGB, bei den meisten Tatbeständen des § 261 StGB, bei § 20 Abs. 1 Nr. 1 - 4 VereinsG, § 95 Abs. 1 Nr. 1 - 4 AufenthaltsG sowie bei § 17 Abs. 4 und 5 und § 18 Abs. 1 - 6 AWG sein. Zumindest verfassungsrechtlich bedenklich dürfte die Übermittlungsbefugnis in den Fällen der §§ 109a, 109f, 109g, 87, 89, 99 Abs. 1 StGB sein.

Die Übermittlungsvorschriften in den 16 Landesverfassungsschutzgesetzen, die bei Übermittlungen innerhalb desselben Landes Anwendung finden, zeichnen ein im Gesamtgefüge wenig harmonisches Bild. Zwar orientieren sich viele Länder an den Regelungen des BVerfSchG. Die Übermittlungspflicht reicht dennoch von Regelungen, die über § 20 Abs. 1 BVerfSchG hinausgehen bis hin zu einem gänzlichen Fehlen einer solchen Pflicht. Noch größer sind die Unterschiede bei der Übermittlungsbefugnis. Die

⁸² S. dazu *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, 291 ff., 330 ff.

⁸³ Gesetz zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes vom 17. November 2015, BGBl. 2015 I, S. 1908.

⁸⁴ S. *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 409 ff. zur Rechtslage vor der Reform.

⁸⁵ S. dazu *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 424 ff., 437 ff.

unterschiedliche Ausgestaltung in den einzelnen Ländern ist vor dem Hintergrund der weitgehend identischen Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden nicht plausibel.⁸⁶

4. Reformvorschläge zur Behebung der Diskrepanzen in den Übermittlungsvorschriften

Nachstehend mögen im Hinblick auf den vorstehend skizzierten Änderungsbedarf bei den Übermittlungsvorschriften einige Reformvorschläge unterbreitet werden.⁸⁷

De lege ferenda sollte die Beschränkung der Übermittlungspflicht auf Staatsschutzdelikte zugunsten einer Weitergabepflicht bei sämtlichen besonders schweren Straftaten aufgehoben werden. Die Übermittlungspflicht nach § 20 Abs. 1 BVerfSchG sollte auf alle in § 100c Abs. 2 StPO genannten besonders schwere Straftaten beschränkt werden, soweit die zu übermittelnden Erkenntnisse unter Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel erhoben worden sind. Dies ist mit den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts aus dem Urteil zum *Antiterrordateigesetz* vereinbar, da in diesen Fällen ein herausragendes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht, der den mit der Übermittlung einhergehenden besonders schweren Grundrechtseingriff rechtfertigt. Darüber hinaus sollte eine Übermittlung bei Erkenntnissen, die ohne den Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel erhoben worden sind, bei allen in § 100a Abs. 2 StPO genannten Straftaten verpflichtend sein. Zur Wahrung des verfassungsrechtlichen Übermaßverbots sollte eine Übermittlungspflicht erst bei einem qualifizierten Tatverdacht in Form bestimmter Tatsachen begründet werden. Daneben sollte gesetzlich verankert werden, dass eine Übermittlung in allen anderen Fällen unzulässig ist. Das in § 161 Abs. 2 StPO geregelte Prinzip des hypothetischen Ersatzeingriffs sollte bereits bei dem Umfang der übermittlungspflichtigen Erkenntnisse berücksichtigt werden, so dass keine „überschießende“ Übermittlung von Informationen jedenfalls an Strafverfolgungsbehörden erfolgt, die nicht zu Beweiszwecken verwendet werden dürfen. Als verfahrenssichernde Maßnahmen sollten eine Kennzeichnungs- und Protokollierungspflicht gesetzlich festgeschrieben werden. Schließlich sollte die Entscheidung über die Übermittlung Bediensteten mit der Befähigung zum Richteramt vorbehalten bleiben.

Entsprechend der vorstehenden Änderungen sollte auch § 21 BVerfSchG durch einen Verweis auf den reformierten § 20 BVerfSchG angepasst werden.

Auf eine über die Übermittlungspflicht hinausgehende Übermittlungs**befugnis** gegenüber Strafverfolgungsbehörden sollte bewusst verzichtet werden. Hierfür besteht kein Anlass.

Die Übermittlungsvorschriften im G 10 sollten an die zu ändernden Übermittlungsvorschriften im BVerfSchG angepasst werden. Eine Differenzierung ist

⁸⁶ S. dazu *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 451 ff.

⁸⁷ S. dazu teilweise mit Formulierungsvorschlägen *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 560 ff.

nicht sachgerecht. Die Vorschriften sollten also dahingehend reformiert werden, dass eine Übermittlungspflicht nach Maßgabe des neu zu fassenden § 20 Abs. 1 BVerfSchG eingeführt wird und darüber hinaus auch hier auf eine weitergehende Übermittlungsbefugnis verzichtet wird. Die neu zu fassenden Übermittlungsverbote des § 23 BVerfSchG sollten auch in das G 10 inkorporiert werden.

Die Änderungen im BVerfSchG sollten auch auf den BND durch Änderung des BNDG und auf den MAD qua Änderung des MADG erstreckt werden.

Eine Verwendung personenbezogener Daten als Spurenansatz sollte (jedenfalls) bei Erkenntnissen von Nachrichtendiensten, die unter Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel erhoben wurden, ausgeschlossen werden. Dies müsste durch eine Änderung des § 161 Abs. 2 StPO erfolgen.

Die Länder sollten ihre Übermittlungsvorschriften an das Bundesrecht anpassen, um so bundesweit und behördenumabhängig einheitliche Übermittlungsstandards zu etablieren.

III. Zum Gemeinsamen Terrorismusabwehrzentrum (GTAZ)

Als weitere Kooperationsform neben den gesetzlich geregelten Formen gemeinsamer Dateien sind seit dem Jahr 2004 mehrere gemeinsame Zentren geschaffen worden, in denen die verschiedenen Sicherheitsbehörden unter einem Dach (physisch) zusammenkommen und ihre Arbeit koordinieren.⁸⁸ Mit diesen neuen „Kooperationsplattformen“ sollen Kommunikationswege verkürzt und Informationsflüsse zwischen den beteiligten Behörden verbessert werden. Daneben sollen „Phänomenexpertise gebündelt, Analysekompetenz gestärkt, mögliche Bedrohungen rechtzeitig erkannt und operative Maßnahmen der beteiligten Behörden untereinander erörtert werden.“⁸⁹ Jedes Zentrum beschränkt sich hierbei auf einen bestimmten Phänomenbereich. Für den Bereich des internationalen Terrorismus ist das Gemeinsame Terrorismusabwehrzentrum (GTAZ) zentral. Eine neue Behörde oder auch nur eine neue Behördenstruktur soll damit nicht geschaffen werden. Rechtsgrundlage für einen Informationsaustausch bleiben die jeweiligen Übermittlungsvorschriften in den einzelnen Fachgesetzen der beteiligten Behörden.

Das Gemeinsame Terrorismusabwehrzentrum (GTAZ) hat im Dezember 2004 seine Arbeit aufgenommen.⁹⁰ Es befasst sich mit der Bekämpfung des islamistischen Terrorismus. Dort arbeiten 40 Behörden zusammen, bestehend aus BKA, BfV, BND, Bundespolizei, ZKA, MAD, dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, einem

⁸⁸ S. für eine instruktive Darstellung und Analyse Bäcker/Gießler/Harms et al., Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetze in Deutschland vom 28. August 2013, S. 165 ff., 271 ff.; Sommerfeld, Verwaltungsnetzwerke am Beispiel des Gemeinsamen Terrorismusabwehrzentrums des Bundes und der Länder (GTAZ), Berlin 2015, S. 154 ff. *et passim*. Die nachstehenden Ausführungen lehnen an Gazeas, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 188 f. an.

⁸⁹ Bruch/Jost/Müller et al., Abschlussbericht der Bund-Länder-Kommission Rechtsterrorismus vom 30. April 2013 Rn. 181.

⁹⁰ S. dazu Weisser, NVwZ 2011, 142 ff.; Bäcker/Gießler/Harms et al., Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetze in Deutschland vom 28. August 2013, S. 165 ff.;

Vertreter des Generalbundesanwalts, den 16 Landeskriminalämtern sowie der 16 Landesämter für Verfassungsschutz. Auf die weiteren Gemeinsamen Zentren soll an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden. Vertreter der Generalstaatsanwaltschaften sind, soweit ersichtlich, institutionell nicht vorgesehen.

Für die Arbeit des GTAZ ist – ebenso wie für die anderen Gemeinsamen Zentren – keine neue gesetzliche Grundlage geschaffen worden. Inwieweit diese neuen Kooperationsformen – so effektiv sie auch sein mögen – mit den rechtstaatlichen Prinzipien, insbesondere mit dem Trennungsgebot vereinbar sind, ist nicht abschließend geklärt. Sofern die Eigenständigkeit jeder Behörde gewahrt bleibt, soll diese Kooperationsform im Einklang mit dem Trennungsgebot stehen.⁹¹ Damit ist die Frage der Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage jedoch nicht ebenso beantwortet. Das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat steht zwar auf dem Standpunkt, dass diese Kooperationsform keiner gesonderten gesetzlichen Grundlage bedarf.⁹² Hinter der Richtigkeit dieser Feststellung ist jedoch ein gewichtiges Fragezeichen zu setzen. Denn gemeinsam an einem Tisch zu sitzen und sich täglich und institutionalisiert über die jeweiligen Erkenntnisse der einzelnen Behörden auszutauschen sowie das proaktive Offenlegen von Erkenntnissen, die gemeinsame Auswerten der zusammengetragenen Daten in Arbeitsgruppen sowie das bündeln der analytischen Fähigkeiten der verschiedenen Behördenangehörigen ist weit mehr als eine bloße Übermittlung von Informationen auf Grundlage der bestehenden Übermittlungsvorschriften.⁹³ Der informationelle mündliche Dialog an einem Tisch ist qualitativ sogar mehr als ein Datenaustausch in Form einer Gemeinsamen Datei. Denn anders als dort besteht im Gespräch die Möglichkeit, Rückfragen zu stellen, weitere Hinweise zu geben, Vermutungen zu äußern u.ä. Für die Zusammenarbeit im GTAZ ist daher eine gesetzliche Grundlage zu fordern. Ohne gesetzliche Grundlage für ein solches Kooperationszentrum liegt die Annahme nicht fern, dass diese Form der Zusammenarbeit der verschiedenen Sicherheitsbehörden, insbesondere von Polizei mit Nachrichtendiensten trotz Trennung der Stränge PIAS und NIAS, verfassungswidrig ist, da die bestehenden Übermittlungsvorschriften allein diese Form der Kommunikation nicht abdecken dürften.⁹⁴

Der Mehrwert des GTAZ für die effektive Terrorismusbekämpfung steht außer Frage. Das GTAZ als Kooperationsplattform soll daher auch nicht in Frage gestellt werden.

⁹¹ Ibler, in: Maunz/Dürig, GG, 64. Lfg. Jan. 2012, Art. 87 Rn. 155.

⁹² S. insbesondere die dezidierte Position von *Kaller* und *Harms* als Mitglieder der Regierungskommission *Bäcker/Giesler/Harms* et al., Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetze in Deutschland vom 28. August 2013 S. 180 ff.

⁹³ Ebenso der Sachverständige *Bäcker*, Stellungnahme „Sicherheitsarchitektur und Terrorismusbekämpfung“ vom 11. Mai 2018, S. 32.

⁹⁴ Nach Auffassung des überwiegenden Teils der Regierungskommission (*Bäcker, Giesler, Hirsch* und *Wolff*) sind für die Gemeinsamen Zentren, insbesondere für das GTAZ gesetzliche Grundlagen erforderlich, wobei sich die Vorstellung über den Inhalt der gesetzlichen Regelung zwischen den Kommissionsmitgliedern im Einzelnen unterscheidet, s. *Bäcker/Giesler/Harms* et al., Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetze in Deutschland vom 28. August 2013, S. 172 ff., 176 ff.

Jedoch ist zum einen eine gesetzliche Grundlage für die Arbeit des GTAZ zu verlangen.⁹⁵ In dieser sollte auch die bislang defizitäre Kontrolle der Arbeit im GTAZ durch Schaffung spezifischer Kontrollmechanismen behoben werden.⁹⁶ Die zum Teil vehemente Ablehnung einer gesetzlichen Grundlage von Seiten der Sicherheitsbehörden irritiert insbesondere vor dem Hintergrund der Tatsache, dass durch eine gesetzliche Grundlage die Arbeit im GTAZ keineswegs eingeschränkt, sondern lediglich auf ein verfassungsrechtlich ausreichendes Fundament gestellt und eine effektive Kontrolle implementiert werden soll.

Zum anderen erhebt sich die Frage, ob jenseits der Frage einer gesetzlichen Grundlage die Zusammenarbeitsform im GTAZ noch zeitgemäß ist und ob die Strukturen – auch jenseits der bereits erfolgten Änderungen als Reaktion auf den Terroranschlag am Breitscheidplatz – einer Anpassung bedürfen. Das GTAZ ist im Jahr 2004 unter einer strukturell im Gegensatz zu heute gänzlich unterschiedlichen Bedrohungslage geschaffen worden. Hier erhebt sich mir vor allem die Frage, ob ein effizientes operatives Controlling etabliert ist. Zudem erscheint es sinnvoll, der Frage nachzugehen, ob klare Zuständigkeiten und klare Verantwortlichkeiten einschließlich der Möglichkeit, verbindliche Entscheidungen im GTAZ zu treffen, sinnvolle Optimierungsmaßnahmen wären.

D. Einheitliches Nachrichtendienstgesetz für die Nachrichtendienste des Bundes sowie Muster-Nachrichtendienstgesetz für die Nachrichtendienstgesetze der Länder

Die Nachrichtendienstgesetze der einzelnen Nachrichtendienste des Bundes (BVerfSchG, BNDG, MADG, G 10, PKGrG) sind teilweise durch die vielen punktuellen Reformen und Querverweise unübersichtlich geworden und zunehmend weniger strukturiert. Sie stammen in ihrer Grundfassung weitgehend aus dem Jahr 1990 (BNDG und MADG und reformiertes BVerfSchG). Seitdem haben sie zahlreiche Gesetzesänderungen, insbesondere im Hinblick auf die Terrorismusbekämpfung, erfahren. Auf Bundesebene erscheint es angezeigt, über ein einheitliches Nachrichtendienstgesetz nachzudenken, in dem systematisch in allgemeine und besondere Abschnitte unterteilt die Rechtsgrundlagen für alle drei Nachrichtendienste des Bundes sowie deren Kontrolle geregelt und systematische Unzulänglichkeiten behoben werden könnten. Auf Länderebene erscheint es sinnvoll, über die Innenministerkonferenz über eine weitergehende Vereinheitlichung – insbesondere der

⁹⁵ Ebenso der Sachverständige *Bäcker*, Stellungnahme „Sicherheitsarchitektur und Terrorismusbekämpfung“ vom 11. Mai 2018, S. 32; s. ferner nur *Fremuth*, AÖR 139 (2014) S. 32, 67 ff.; *Sommerfeld*, Verwaltungsnetzwerke am Beispiel des Gemeinsamen Terrorismusabwehrzentrums des Bundes und der Länder (GTAZ), Berlin 2015, S. 258 ff.; anders etwa *Dombert/Räuker*, DÖV 2014, 414, 416; *Rathgeber*, DVBl 2013, 1009, 1012 f.

⁹⁶ Ebenso der Sachverständige *Bäcker*, *Bäcker*, Stellungnahme „Sicherheitsarchitektur und Terrorismusbekämpfung“ vom 11. Mai 2018, S. 33; s. ferner *Bäcker/Giesler/Harms* et al., Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetze in Deutschland vom 28. August 2013, S. 175 f.

zum Teil unterschiedlichen Übermittlungsvorschriften – im Wege eines Muster-Nachrichtendienstgesetzes nachzudenken.
