

Reform des Zollfahndungsdienstgesetzes¹

von

Prof. Dr. Kurt Graulich

Die Bundesregierung hat den Entwurf eines Gesetzes zur Neustrukturierung des Zollfahndungsdienstgesetzes auf den Weg gebracht². Damit wird ein weiterer Bereich des Sicherheitsrechts novelliert. Es besteht also Gelegenheit, zu einer Standardisierung invasiver rechtlicher Befugnisse auf einem wirtschaftlich besonders wichtigen Feld. Das gesetzgeberische Unterfangen ist in einer Linie zu sehen, die mit der Reform der Nachrichtendienstgesetze im Jahr 2016 begonnen und sich mit der Neufassung des BKAG fortgesetzt wurde. Anders als bei den vorgenannten Gesetzgebungsbereichen gibt es beim Zoll aber keine vergleichbaren Gesetze und Verwaltungen auf Landesebene. Der Bund wird mit seinen Bemühungen also allein bleiben.

I. Eine Polizei des Bundes

Der Zollfahndungsdienst kann materiell als eine der Polizeien des Bundes betrachtet werden, wenngleich er nicht beim Innen-, sondern dem Finanzressort untergebracht ist³. Seine hochspezialisierten Aufgaben sind von zentraler Wichtigkeit für den Finanz- und Wirtschaftssektor in der Bundesrepublik⁴. Er kann als Kriminalpolizei der Zollverwaltung verstanden werden⁵. Die Aufgabe des Zollfahndungsdienstes besteht vor allem in der Überwachung des grenzüberschreitenden Waren- und Geldverkehrs. Dabei soll er Verstöße gegen entsprechende Verbote und Beschränkungen gefahrenabwehrrechtlich verhindern oder sie strafrechtlich verfolgen. In diesem Rahmen hat er praktisch die gleichen Befugnisse wie die sonstige Polizei⁶.

II. Gesetzliche Grundlage

Normative Grundlage des Zollfahndungsdienstes in seiner gegenwärtigen organisatorischen Gestalt ist das Gesetz über das Zollkriminalamt und die Zollfahndungsämter (Zollfahndungsdienstgesetz - ZFdG) in der seit 01.01.2016

¹ Der Text ist die schriftliche Fassung einer Stellungnahme des Autors gegenüber dem Finanzausschuss des Deutschen Bundestages

² BR-Drs. 228/19

³ Rachor/Roggan in Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirecht, 6. Auflage S. 187

⁴ Eine neue Bundesfinanzpolizei als Wirtschafts- und Finanzermittlungsbehörde wird es nach einer Mitteilung des Deutschen Bundestages nicht geben (Finanzausschuss - 05.06.2013 (hib 297/2013)). Der Finanzausschuss lehnte einen entsprechenden Antrag der Fraktion Die Linke (BT-Drs. 17/12708) ab. Nur die Linksfraktion stimmte dafür, die Koalitionsfraktionen CDU/CSU und FDP lehnten den Antrag mit ihrer Mehrheit ab, während sich die Fraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen enthielten.

⁵ Müller in Möllers, Wörterbuch der Polizei, Stichwort „Zollfahndung“.

⁶ Rachor/Roggan a.a.O. S. 187 ff.

geltenden Fassung⁷. Das Zollkriminalamt wurde durch die vorgenannte Gesetzesänderung in die Generaldirektion als Fachdirektion integriert (vgl. § 1 ZFdG a.F.) und hat seinen Hauptsitz in Köln. Es ist die Zentralstelle des Zollfahndungsdienstes und eine der Zentralstellen für das Auskunfts- und Nachrichtenwesen der Zollverwaltung (§ 2 ZFdG a.F.). In dieser Eigenschaft obliegt ihm die Wahrnehmung zahlreicher, in §§ 3 und 4 ZFdG a.F. im Einzelnen aufgezählter Aufgaben, die denjenigen der Landeskriminalämter und des Bundeskriminalamtes ähneln⁸. Das Zollkriminalamt unterstützt die Behörden der Zollverwaltung u.a. bei der Aufdeckung unbekannter Steuerfälle und bei der Verhütung und Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, die diese zu erforschen und zu verfolgen haben (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ZFdG a.F.), Unterhaltung eines Zollfahndungsinformationssystems für den Zollfahndungsdienst und die anderen ermittlungsführenden Dienststellen der Zollverwaltung (§ 3 Abs. 3 ZFdG a.F.); es nimmt die Aufgabe einer Erfassungs- und Übermittlungsstelle für Daten in nationalen und internationalen Informationssystemen wahr (§ 3 Abs. 4 ZFdG a.F.), und es koordiniert und lenkt die Ermittlungen der Zollfahndungsämter (§ 3 Abs. 5 Satz 1 ZFdG a.F.)-

III. Behördenaufbau

Die operative Tätigkeit des Zollfahndungsdienstes obliegt vorrangig den Zollfahndungsämtern mit ihren weitreichenden Befugnissen (§§ 26 ff. ZFdG a.F.). Soweit die Zollfahndungsämter Ermittlungen durchführen, haben die Zollfahndungsämter und ihre Beamten dieselben Rechte und Pflichten wie die Behörden und Beamten des Polizeidienstes nach den Vorschriften der Strafprozessordnung. Die Zollfahndungsbeamten sind Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft (§ 26 Abs. 1 ZFdG a.F.). Die Zollfahndungsämter haben Aufgaben bei der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung. Sie treffen alle geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Verhütung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, zur Aufdeckung unbekannter Straftaten sowie zur Vorsorge für künftige Strafverfahren im Zuständigkeitsbereich der Zollverwaltung (§ 26 Abs. 2 Satz 1 ZFdG a.F.). Bei den Zollfahndungsämtern sind auch Spezialeinheiten zur Unterstützung für andere Behörden der Zollverwaltung stationiert, die den Mobilen Einsatzkommandos der Polizei entsprechen⁹; dies wird zukünftig in § 5 Abs. 3 Nr. 1 ZFdG n.F. geregelt sein.

IV. Grund und Anlass für eine Novellierung des ZFdG

⁷ Artikel 4 des Gesetzes zur Neuorganisation der Zollverwaltung (ZollVNeuOrgG) v. 03.12.2015 BGBl. I S. 2178

⁸ Rachor/Roggan a.a.O. S. 188

⁹ Rachor/Roggan a.a.O. S. 188 ff.

Zwei Gründe für die Gesetzesinitiative führt der Regierungsentwurf an, nämlich einen national- und einen unionsrechtlichen. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 20. April 2016¹⁰ das damalige Bundeskriminalamtgesetz in Teilen für verfassungswidrig erklärt. Es hat geurteilt, dass bei solchen Maßnahmen, die tief in das Privatleben Betroffener hineinreichen, besondere Anforderungen an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu stellen sind. Insbesondere verlangen die Befugnisse besondere Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung sowie zum Schutz von Berufsgeheimnisträgern. Sie unterliegen bestimmten Anforderungen an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und datenschutzaufsichtliche Kontrolle¹¹. Zudem war bis Mai 2018 die Richtlinie (EU) 2016/680 umzusetzen. Mit dieser Richtlinie soll der Datenschutz im Bereich der Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrbehörden weiter harmonisiert werden, um zum einen ein vergleichbar hohes Schutzniveau für personenbezogene Daten – unter anderem durch Stärkung von Betroffenenrechten – zu gewährleisten und zum anderen den unionsweiten Informationsaustausch zu erleichtern und zu verbessern. Anpassungsbedarf besteht hier vor allem in Bezug auf die Neujustierung datenschutzrechtlicher Begrifflichkeiten und Betroffenenrechte¹².

Und die dadurch erforderlich gewordene Überarbeitung wird auch zum Anlass genommen, das Zollfahndungsdienstgesetz systematisch neu zu strukturieren und um bislang fehlende, aber erforderliche Regelungen insbesondere im Bereich der Gefahrenabwehr zu ergänzen¹³. Der Normumfang soll sich als Ergebnis dieser Änderungen nahezu verdoppeln.

V. Anmerkungen zu den Änderungsbereichen

Der Regierungsentwurf für ein neues ZFdG stellt zwar eine umfassende Novellierung dar. Er knüpft aber an einen vorhandenen Normbestand an, der auch in der Rechtsprechung vielfach geprüft worden ist. Es lohnt daher, sich im knappen Rahmen eines Aufsatzes – unter Verzicht auf die Wiederholung von Hergebrachtem – auf tatsächliche Neuregelungen zu konzentrieren sowie auf weiterhin Regelungsbedürftiges.

1. Organisation und Aufgabenbeschreibung (§§ 1 bis 7 ZDfG-E)

Die organisatorischen Regelungen im Regierungsentwurf über den Zollfahndungsdienst (§ 1 ZFdG-E) und das Zollkriminalamt als Zentralstelle (§ 2 ZFdG-E) tragen den Gegebenheiten des Zollverwaltungsrechts Rechnung bzw. greifen unmittelbar die Vorgängernormen auf¹⁴. Der

¹⁰ BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 –, BVerfGE 141, 220-378

¹¹ BR-Drs. 228/19 S. 81

¹² BR-Drs. 228/19 a.a.O.

¹³ BR-Drs. 228/19 a.a.O.

¹⁴ BR-Drs. 228/19 S. 90 ff.

organisationsrechtliche Status des Zollkriminalamtes als Direktion der Generalzolldirektion und – mit Blick auf das Innenverhältnis als funktionale Behörde unter Berücksichtigung der daraus resultierenden Bindung an die organisatorischen und IT-technischen Vorgaben der Generalzolldirektion – ergibt sich unmittelbar aus den §§ 1 und 5a Abs. 2 und 3 des Finanzverwaltungsgesetzes¹⁵.

Die Regelungen im Abschnitt über die Aufgabenbeschreibung des Zollfahndungsdienstes (§§ 3 bis 7 ZFdG-E) sollen zahlreicher werden als im vorhandenen Gesetz und erlangen damit eine vergleichbare Detaillierung wie im Bundespolizeigesetz und im Bundeskriminalamtsgesetz. Das hängt zum einen mit der Umsetzung von Vorschriften zusammen, die bislang im Gesetz verstreut waren. Beispiele dafür sind § 5 (Verhütung und Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten durch die Zollfahndungsämter), der an die Stelle von § 24 ZFdG a.F. tritt sowie § 7 (Sicherung und Schutz von eingesetzten Bediensteten, Dritten und Vermögenswerten; Zeugenschutz), der an die Stelle von §§ 5 und 25 ZFdG a.F. tritt¹⁶. Neu eingeführt wurde § 6 (Behördlicher Eigenschutz)¹⁷. Verfassungsrechtlich wird damit insbesondere dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gedient.

Die gewichtigste Norm der Aufgabenbeschreibung ist weiterhin § 3 (Aufgaben des Zollkriminalamtes als Zentralstelle). § 3 regelt die Aufgaben des Zollkriminalamtes in seiner Funktion als Zentralstelle. Die Vorschrift entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 3 ZFdG a.F., ergänzt um die Aufgabe des Risikomanagements in Abs. 2. Aus dem unionalen Bereich ist die Aufgabe des Risikomanagements in das ZFdG gelangt. Nach Erwägungsgrund 28 der Verordnung (EU) Nr. 952/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Oktober 2013 zur Festlegung des Zollkodex der Union¹⁸ sollte die einheitliche Durchführung von Zollkontrollen durch die Mitgliedstaaten auf einem gemeinsamen Rahmen für das Risikomanagement und einem entsprechenden elektronischen Anwendungssystem beruhen, um die Risiken für die Union, ihre Bürger und ihre Handelspartner so gering wie möglich zu halten. Nach Art. 5 Nr. 25 dieser Verordnung ist "Risikomanagement" die systematische Ermittlung von Risiken, auch durch Stichproben, und die Anwendung aller für die Risikobegrenzung erforderlichen Maßnahmen. Dieser Begriff wird an verschiedene Stellen in das ZFdG aufgenommen. Es handelt sich um eine typische Kategorie des Zollverwaltungsrechts¹⁹.

¹⁵ BT-Drs. 19/12088 S. 84

¹⁶ BR-Drs. 228/19 S. 93 ff.

¹⁷ BR-Drs. 228/19 S. 92

¹⁸ 10.10.2013 Amtsblatt der Europäischen Union L 269/1

¹⁹ Volker Müller in Möllers, Wörterbuch der Polizei, 3. Auflage, „Risikoanalyse Zoll“, „Risikomanagement“

Das Bundesministerium der Finanzen hat mit Wirkung zum 1. Juni 2014 die zum Geschäftsbereich gehörende Zentralstelle Risikoanalyse (Zoll) in das Zollkriminalamt integriert und die Aufgaben des § 17a des Zollverwaltungsgesetzes dem Zollkriminalamt zur Wahrnehmung zugewiesen. Die Teilbereiche Marktbeobachtung für den Zollfahndungsdienst (§ 3 Absatz 2 ZFdG a.F.) und Risikoanalyse werden als zentrales Risikomanagement der Zollverwaltung in der funktionalen Aufgabenbeschreibung des Zollkriminalamtes als Zentralstelle nachvollzogen. Zuständigkeiten für den Bereich der Finanzkontrolle Schwarzarbeit erwachsen hieraus nicht, was im Wortlaut der Vorschrift ausdrücklich klargestellt wird. Die Ergebnisse des Risikomanagements werden durch die im Einzelfall zuständigen Stellen der Zollverwaltung mittels geeigneter Maßnahmen auf Grundlage der für sie geltenden Rechtsvorschriften umgesetzt²⁰.

Zusätzlich wurden die einzelnen Absätze in § 3 ZFdG-E so weit wie möglich redaktionell neu angeordnet, um eine in systematischer Hinsicht verbesserte Nachvollziehbarkeit der jeweiligen Zentralstellenaufgaben zu erreichen. Dabei orientiert sich die Neuordnung im Wesentlichen daran, ob sich die jeweilige Aufgabe auf den Bereich der gesamten Zollverwaltung oder aber allein auf bestimmte Teilbereiche, insbesondere den Zollfahndungsdienst, erstreckt²¹.

2. Befugnisse des Zollkriminalamtes als Zentralstelle (§§ 8 bis 25 ZFdG-E)

Der Gesetzentwurf enthält umfangreiche Änderungen der Voraussetzungen zur Anordnung von Datenerhebungen, zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, zum Zeugnisverweigerungsrecht als Schutz von Berufsgeheimnisträgern (§ 82 ZFdG-E)²², zur Transparenz, zum individuellen Rechtsschutz und zur aufsichtlichen Kontrolle durch eine unabhängige Stelle eingeführt. Hierzu ist insbesondere eine Stärkung des Kernbereichsschutzes während und nach der Datenerhebung durch erweiterte richterliche Kontrollbefugnisse vorgesehen²³. Diese Regelungen sind allerdings über das Befugnis-Kapitel 3 und das Datenschutz-Kapitel 4 verteilt geregelt mit der Folge, dass die Gesetzessystematik immer wieder zu komplizierten Querverweisungen zwingt. Die Anforderungen an das Normverständnis werden außerdem dadurch gesteigert, dass in Kapitel 3 sowohl die Befugnisse des Zollkriminalamtes in seiner Funktion als Zentralstelle als auch die Befugnisse der Behörden des Zollfahndungsdienstes bei der Erfüllung eigener Aufgaben sowie im Rahmen von Sicherungs- und Schutzmaßnahmen geregelt

²⁰ BR-Drs. 228/19 S. 92

²¹ BR-Drs. 228/19 S. 91

²² Der seither in § 23a Abs. 5 ZFdG geregelte Schutz von Berufsgeheimnisträgern überschneidet sich teilweise mit dem Kernbereichsschutz (Bäcker in Schenke/Graulich/Ruthig ZFdG § 23a Rn. 45)

²³ BR-Drs. 228/19 S. 81

werden²⁴. Es werden vorliegend einige der auffindbaren Befugnisnormen betrachtet. Bei vielen ist dies allerdings nicht nötig, weil sie nur Umformulierungen bereits vorhandener Regelungen sind.

a) Datenverarbeitung durch die Zentralstelle (§§ 8 bis 20 ZFdG-E)

aa) Allgemeine Grundsätze

Mit § 8 BFdG-E werden die allgemeinen Grundsätze der Datenverarbeitung auf den Stand des Urteils des BVerfG zum BKAG vom 20.04.2016²⁵ gebracht. Dies gilt für den in § 8 Abs. 3 Satz 1 ZFdG-E vorgesehenen Grundsatz der Zweckbindung personenbezogener Daten im Fall der Weiterverarbeitung, aber insbesondere auch für den Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung bei übermittelten Daten; letzteres ergibt sich durch eine Verweisung von § 8 Abs. 3 Satz 2 ZFdG-E auf § 27 ZFdG-E²⁶. Die Regelung entspricht im Übrigen inhaltlich dem bisherigen § 7 Abs. 1 ZFdG a.F. und nimmt hierbei die neue Terminologie des Datenschutzrechts in Form der Formulierung des „Verarbeitens“ auf²⁷.

bb) Besondere Befugnisse der Zentralstelle

Die Regelung über die Befragung und Auskunftspflicht (§9 ZFdG-E) lehnt sich an § 41 BKAG an. Die Auskunftspflicht hängt – wie im Polizeirecht – von der Störereigenschaft ab (Abs. 2). Ausdrücklich wird auch auf das Verbot von Vernehmungsmethoden nach § 136a StPO verwiesen (Abs. 4)²⁸.

Daten zu Verurteilten, Beschuldigten, Tatverdächtigen und sonstigen Anlasspersonen dürfen nach § 11 ZFdG-E verarbeitet werden. Erstmals soll – durch Bezugnahme auf § 3 Abs. 2 ZFdG-E – das „Risikomanagement“ als weiterer Zweck aufgeführt werden²⁹. Es bleibt abzuwarten, wie er sich zu den bereits vorhandenen präventiven Erhebungszwecken verhält. Irgendwann wird zu klären sein, ob sie im Spezialitätsverhältnis zueinanderstehen.

Bei Informationen über Kontakt- und Begleitpersonen sieht § 12 Abs. 1 Nr. 2 ZFdG-E die vom Bundesverfassungsgericht³⁰ in der Entscheidung zum BKAG verlangten Einschränkungen vor. Ihre Zeugnispflicht hängt davon ab, dass sie mit den in § 11 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ZFdG-E bezeichneten Personen nicht nur flüchtig oder in zufälligem Kontakt und in einer Weise in Verbindung stehen, die erwarten lässt, dass Hinweise für die Verfolgung oder für die vorbeugende Bekämpfung dieser Straftaten gewonnen werden können, weil Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Personen von der Planung oder der

²⁴ BR-Drs. 228/19 S. 94

²⁵ BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 –, BVerfGE 141, 220-378

²⁶ BR-Drs. 228/19 S. 94

²⁷ BR-Drs. 228/19 S. 87

²⁸ Schenke in Schenke/Graulich/Ruthig BKAG § 41 Rn. 6

²⁹ BR-Drs. 228/19 S. 89

³⁰ BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 Rn. 167 bis 169

Vorbereitung der Straftaten oder der Verwertung der Tatvorteile Kenntnis haben oder daran mitwirken.

Die Regelung in § 15 ZFdG-E über das Zollfahndungsinformationssystem folgt eng der Vorgängerregelung in § 11 Abs. 1 bis 3 ZFdG a.F.³¹ Das Zollkriminalamt ist nach § 15 Abs. 1 ZFdG-E im Rahmen seiner Aufgaben nach § 3 Abs. 1 und 3 ZFdG-E Zentralstelle für den elektronischen Datenverbund zwischen den Dienststellen, die am Zollfahndungsinformationssystem angeschlossen sind. Es bestimmt mit Zustimmung des Bundesministeriums der Finanzen die in das Zollfahndungsinformationssystem einzubeziehenden Dateisysteme, die personenbezogene Daten enthalten.

Die zentrale Befugnisnorm für die Datenübermittlung an das Zollkriminalamt als Zentralbehörde ist § 16 ZFdG-E, der mit einer redaktionellen Änderung in Abs. 1 und 3 dem bisherigen § 13 ZFdG a.F. entspricht³² und funktional § 32 BKAG vergleichbar ist. Die Befugnis konstruktion für die am Datenaustausch beteiligten Behörden entspricht dem vom Bundesverfassungsgericht erstmals bei der Bestandsdatenabfrage entwickelten Bild der Doppeltür³³.

Die Regelung über die Speicherung von DNA-Identifizierungsmustern zur Erkennung von DNA-Trugspuren in § 17 ZFdG-E findet sich genauso in § 24 BKAG. Sie zieht die Konsequenz aus dem Fall des sog. Phantoms von Heilbronn³⁴, bei dem Trugspuren zu Fehlschlüssen bei der polizeilichen Fahndung mit Hilfe des für sich genommen sehr präzisen DNA-Vergleichs geführt hatten. Die Speicherung und der Vergleich von DNA-Identifizierungsmustern sind also unvermeidbar notwendig, um ein per se nützliches Fahndungsinstrument valide zu machen³⁵.

b) Datenübermittlung durch die Zentralstelle (§§ 21 bis 25 ZFdG-E)

Der Gesetzentwurf beabsichtigt außerdem, die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zur Nutzung der in den Datenbeständen des Zollfahndungsdienstes vorhandenen personenbezogenen Daten (§ 8 Abs. 2 ZFdG-E) und zur Übermittlung dieser Daten an andere nationale (§ 21 ZFdG-E), unionale (§ 22 ZFdG-E) und internationale Stellen (§ 23 ZFdG) umzusetzen³⁶. Dies gelingt nur eingeschränkt. Die Grundsätze der hypothetischen Datenneuerhebung bei der Datenübermittlung gelten nämlich nicht nur für den Empfänger der Daten, sondern auch für den Übermittler³⁷ (vgl. unten 3.b)bb)).

³¹ BR-Drs. 228/19 S. 98

³² BR-Drs. 228/19 S. 94

³³ Graulich in Schenke/Graulich/Ruhtig BKAG § 32 Rn. 2

³⁴ Graulich in Schenke/Graulich/Ruhtig BKAG § 24 Rn. 2

³⁵ BR-Drs. 228/19 S. 98

³⁶ BR-Drs. 228/19 S. 82

³⁷ BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 –, BVerfGE 141, 220-378 Rn. 307 ff.

In § 21 ZFdG-E werden, bezogen auf das Zollkriminalamt als Zentralstelle, die in dem bisherigen § 33 ZFdG a.F. für den Zollfahndungsdienst getroffenen Regelungen weitestgehend übernommen³⁸. § 21 Abs. 7 ZFdG-E beinhaltet eine neue Regelung. Satz 1 schreibt für die Fälle der Übermittlung von Daten an nichtöffentliche Stellen die Zustimmung der Stelle vor, von der die Daten dem Zollkriminalamt in seiner Funktion als Zentralstelle ursprünglich übermittelt wurden, wenn für das Zollkriminalamt Grund zu der Annahme besteht, dass durch eine Übermittlung der Zweck der ursprünglichen Datenerhebung gefährdet würde³⁹. Die Grundsätze der Zweckbindung gelten – ebenso wie in der Vorgängernorm des § 33 Absatz 3 ZFdG a.F.⁴⁰ - nach § 21 Abs. 10 ZFdG-E auch bei der Übermittlung. Danach darf der Empfänger die übermittelten personenbezogenen Daten nur zu dem Zweck verarbeiten, für den sie ihm übermittelt worden sind. Eine Verarbeitung für andere Zwecke ist zulässig, soweit die Daten auch dafür hätten übermittelt werden dürfen. Bei Übermittlungen an nichtöffentliche Stellen hat das Zollkriminalamt die empfangende Stelle darauf hinzuweisen.

Für die Übermittlung von personenbezogenen Daten an öffentliche und nichtöffentliche Stellen in Mitgliedstaaten der Europäischen Union sowie zwischen- und überstaatliche Stellen der Europäischen Union oder deren Mitgliedstaaten, die mit Aufgaben der Verhütung und Verfolgung von Straftaten befasst sind, gilt § 21 Abs. 2 bis 11 ZFdG-E entsprechend (§ 22 Abs. 1 ZFdG-E). Die Regelung stellt sie mit den Datenübermittlungen im Inland gleich, wodurch dem Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 9 Abs. 4 der Richtlinie (EU)2016/680 entsprochen wird⁴¹.

Übermittlungsverbote und Verweigerungsgründe enthält § 24 ZFdG-E. Danach unterbleibt die Übermittlung personenbezogener Daten (Abs. 1), wenn für das Zollkriminalamt erkennbar ist, dass unter Berücksichtigung der Art der Daten und ihrer Erhebung die schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person das Allgemeininteresse an der Übermittlung überwiegen, oder besondere bundesgesetzliche Verwendungsregelungen entgegenstehen. Die Übermittlung unterbleibt nach § 24 Abs. 2 Nr. 1 ZFdG-E außerdem, wenn dadurch wesentliche Sicherheitsinteressen des Bundes oder der Länder beeinträchtigt würden⁴².

3. Befugnisse der Behörden des Zollfahndungsdienstes bei der Verhütung und Verfolgung von Straftaten (§§ 26 bis 70 ZFdG-E)

³⁸ BR-Drs. 228/19 S. 92

³⁹ BR-Drs. 228.19 S. 93

⁴⁰ BR-Drs. 228.19 S. 93

⁴¹ BR-Drs. 228.19 S. 93

⁴² BR-Drs. 228.19 S. 95

a) Datengeneralermächtigung (§ 26 ZFdG-E)

In der Datengeneralermächtigung des § 26 ZFdG-E werden die Behörden des Zollfahndungsdienstes befugt, personenbezogene Daten zu verarbeiten, soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach den §§ 4 bis 7 ZFdG-E erforderlich ist und dieses Gesetz oder andere Rechtsvorschriften keine zusätzlichen Voraussetzungen vorsehen. Insbesondere durch Abs. 4 wird der Anteil von Eigendateien erweitert⁴³, bei dessen Verwendung die Regeln der Zweckänderung bei der Datenübermittlung nicht gelten.

b) Verarbeitungsbeschränkungen (§ 27 ZFdG-E)

aa) Hypothetische Datenneuerhebung (Grundfall)

Mit der Regelung in § 27 ZFdG-E über „Verarbeitungsbeschränkungen“ sieht der Entwurf die Normierung einer der wichtigsten Anforderungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 20.04.2016 vor, nämlich die Prüfung der hypothetischen Datenneuerhebung bei der Übermittlung von besonders eingriffsintensiven personenbezogenen Daten. Der Gesetzgeber kann nach dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eine Nutzung der Daten auch zu anderen Zwecken als denen der ursprünglichen Datenerhebung erlauben (Zweckänderung).⁴⁴ Allerdings unterliegt die Datenverwendung in diesen Fällen einer strengen Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die Verhältnismäßigkeitsanforderungen für eine solche Zweckänderung orientieren sich am Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung. Danach muss die neue Nutzung der Daten dem Schutz von Rechtsgütern oder der Aufdeckung von Straftaten eines solchen Gewichts dienen, die verfassungsrechtlich ihre Neuerhebung mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln rechtfertigen könnten. Eine konkretisierte Gefahrenlage wie bei der Datenerhebung ist demgegenüber grundsätzlich nicht erneut zu verlangen; erforderlich aber auch ausreichend ist in der Regel das Vorliegen eines konkreten Ermittlungsansatzes⁴⁵.

bb) Hypothetische Datenneuerhebung (Automatisierter Datenabruf)

Das ZFdG-E bewältigt in diesem Zusammenhang nicht das Problem der hypothetischen Datenneuerhebung im Fall des automatisierten Abrufs von personenbezogenen Daten aus Dateisystemen, die beim Zollkriminalamt nach § 21 Abs. 5 ZFdG-E geführt werden, und deren Abruf demnach für den innerstaatlichen Bereich mit Zustimmung des Bundesministeriums der Finanzen zulässig ist, soweit diese Form der Datenübermittlung unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen der betroffenen Personen wegen der Vielzahl der Übermittlungen oder ihrer besonderen Eilbedürftigkeit

⁴³ BR-Drs. 228.19 S. 105

⁴⁴ BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 –, BVerfGE 141, 220-378, Rn.284

⁴⁵ BVerfG a.a.O. Rn.287

angemessen ist. Im unionalen Bereich ist durch den Verweis in § 22 Abs. 1 Satz 1 ZFdG-E eine entsprechende Verfahrensweise möglich. Und nach § 23 Abs. 3 ZFdG-E ist die Einrichtung eines automatisierten Verfahrens durch das Zollkriminalamt für die Übermittlung personenbezogener Daten an internationale Datenbestände zulässig nach Maßgabe der völkerrechtlichen Verträge, denen der Deutsche Bundestag gem. Art. 59 Abs. 2 GG in Form eines Bundesgesetzes zugestimmt hat.

In sämtlichen vom ZFdG-E als möglich angesehenen Fällen automatisierte Abfrage personenbezogener Daten bleibt ungeregt, wie das Problem der hypothetischen Datenneuerhebung bewältigt werden soll. In seinem Urteil zum BKAG hat das BVerfG bereits – bezogen auf das BKAG in der damaligen Fassung – festgestellt, die Übermittlungsbefugnisse seien insoweit verfassungswidrig, als ihre Voraussetzungen den Anforderungen in Bezug auf das Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung nicht genügten⁴⁶. Daran mangelt es dem ZFdG-E ebenso. Der Mangel sollt im weiteren Gesetzgebungsverfahren behoben werden.

c) Kennzeichnung (§ 28 ZFdG-E)

Nach § 28 ZFdG-E sind personenbezogene Daten, die durch eine Maßnahme nach den §§ 47, 62, 72, 77 oder § 78 ZFdG-E erhoben worden sind, „entsprechend zu kennzeichnen“. Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs werden in § 28 ZFdG-E die bislang in den Vorschriften der §§ 18 bis 22a, 28 bis 32a und des § 23c ZFdG a.F. enthaltenen Kennzeichnungspflichten zusammengeführt; darüber hinaus wird die vorgenannte Verpflichtung auch in Bezug auf die nunmehr vorgesehene Befugnis zum Einsatz von Verdeckten Ermittlern (§ 49 Absatz 2 Nr. 4 ZFdG-E) geregelt. Die Kennzeichnung von personenbezogenen Daten aus verdeckten und eingriffsintensiven Maßnahmen trägt insbesondere auch der erforderlichen Kontrolle im Hinblick auf die einzuhaltenden Vorgaben des § 27 ZFdG-E (Verarbeitungsbeschränkungen) Rechnung⁴⁷. Diese Regelung ist zu unbestimmt. Mit ihr lassen sich keine Kennzeichnungen ausbringen, die den verfassungsgerichtlichen

⁴⁶ BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 –, BVerfGE 141, 220-378, Rn. 307

⁴⁷ BR-Drs. 228/19 S. 107

Anforderungen aus dem Urteil vom 20.04.2016 genügen. Zum Vergleich wird auf die entsprechende Regelung in § 14 Abs. 1 BKAG⁴⁸ Bezug genommen⁴⁹.

Nicht ansatzweise ist die Kennzeichnung der Altbestände von personenbezogenen Daten geregelt. Insoweit wird auf § 14 Abs. 2 BKAG verwiesen, wonach personenbezogene Daten, die nicht entsprechend den Anforderungen des § 14 Abs. 1 BKAG gekennzeichnet sind, so lange nicht weiterverarbeitet oder übermittelt werden dürfen, bis eine Kennzeichnung entsprechend den Anforderungen des § 14 Abs. 1 BKAG erfolgt ist⁵⁰.

Mit der Übergangsvorschrift von § 107 ZFdG-E unternimmt der Regierungsentwurf einen ähnlichen Erhaltungsversuch für Altbestände von automatisch zu verarbeitenden Daten wie dies in § 91 BKAG geschehen ist. Dies ist verfassungsrechtlich nicht unbedenklich, denn der Gesetzgeber setzt sich über klar Vorgaben des BVerfG hinweg, die gerade bei einem Neuerlass eingehalten werden sollten. Die Rechtslage von § 14 BKAG wird im Bereich des BKA mit kreativen Auslegungsschritten operationabel gestaltet⁵¹. Im Falle des BKA gibt es offensichtlich bis heute keine IT-Lösung für die Bewältigung von § 14 BKAG. Der Gesetzgeber sollte unverzüglich klären, inwieweit sich für die Finanzverwaltung von den Arbeitsfortschritten beim BKA bzw. BMI profitieren lässt.

d) Sicherstellung (§ 40 ZFdG-E)

Die Behörden des Zollfahndungsdienstes können nach § 40 Abs. 1 ZFdG-E im Zuständigkeitsbereich der Zollverwaltung eine Sache sicherstellen, um eine gegenwärtige Gefahr für die in § 4 Abs. 1 AWG genannten Rechtsgüter abzuwehren oder um eine Sache sicherstellen, um eine gegenwärtige Gefahr im

⁴⁸ § 14 BKAG (Kennzeichnung)

(1) Bei der Speicherung im Informationssystem sind personenbezogene Daten wie folgt zu kennzeichnen:

1. Angabe des Mittels der Erhebung der Daten einschließlich der Angabe, ob die Daten offen oder verdeckt erhoben wurden,
2. Angabe der Kategorie nach den §§ 18 und 19 bei Personen, zu denen Grunddaten angelegt wurden,
3. Angabe der
 - a) Rechtsgüter, deren Schutz die Erhebung dient oder
 - b) Straftaten, deren Verfolgung oder Verhütung die Erhebung dient,
4. Angabe der Stelle, die sie erhoben hat, sofern nicht das Bundeskriminalamt die Daten erhoben hat.

Die Kennzeichnung nach Satz 1 Nummer 1 kann auch durch Angabe der Rechtsgrundlage der jeweiligen Mittel der Datenerhebung ergänzt werden.

⁴⁹ Auch dabei bleiben verfassungsrechtliche Fragen bestehen, die jedoch der verfassungskonformen Auslegung zugänglich sind (Graulich in Schenke/Graulich/Ruthig BKAG § 14 Rn. 4 ff.)

⁵⁰ Graulich in Schenke/Graulich/Ruthig BKAG § 14 Rn. 6

⁵¹ Vgl. insofern den erklärenden Beitrag von Augustin/Nar, Hypothetische Datenneuerhebung in DIE POLIZEI 2018, 166

Übrigen abzuwehren. Die seither in § 32b ZFdG a.F. geregelte Befugnis hat sich in der Rechtsprechung bewährt. Der Annahme einer polizeirechtlichen Gefahr im Sinne des § 32b ZFdG a.F. steht demnach nicht von vornherein entgegen, dass ein Kläger im strafrechtlichen Verfahren (vom Verdacht der Geldwäsche) freigesprochen, das ordnungswidrigkeitsrechtliche Bußgeldverfahren wegen Strafklageverbrauchs eingestellt wurde und das Geld einer konkreten Straftat nicht hat zugeordnet werden können⁵².

Rechtsgrundlage für die Sicherstellung ist seither § 32b Abs. 1 ZFdG a.F. Danach können die Behörden des Zollfahndungsdienstes im Zuständigkeitsbereich der Zollverwaltung eine Sache sicherstellen, um eine gegenwärtige Gefahr abzuwehren. Unter dem Begriff der Gefahr ist nach allgemeiner Auffassung im Gefahrenabwehrrecht, das, wie die Anknüpfung an die Regelungen des Bundespolizeigesetzes sowie der Normbefehl des § 1 Abs. 3b Zollverwaltungsgesetz (ZollVG) zeigen, auch § 32b Abs. 1 ZFdG a.F. zugrunde liegt⁵³, ein Zustand zu verstehen, der bei ungehindertem Ablauf des Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit den Eintritt eines Schadens für ein rechtlich geschütztes Gut erwarten lässt⁵⁴.

Für die Einschätzung bedarf es einer Gefahrenprognose auf der Grundlage einer verständigen Würdigung aller im Entscheidungszeitpunkt verfügbaren Erkenntnisquellen. Als Anlass zum Einschreiten genügt auch die Anscheinsgefahr. Damit bezeichnet man eine im Zeitpunkt des behördlichen Einschreitens bestehende Sachlage, welche die Behörde aufgrund verständiger Würdigung und hinreichender Sachverhaltsaufklärung als gefährlich ansehen durfte und auch als gefährlich angesehen hat, die sich jedoch im Nachhinein aufgrund neuer Erkenntnisse oder Informationen als ungefährlich erwiesen hat⁵⁵.

Hat ein Besitzer von Bargeld dieses aller Wahrscheinlichkeit nach im Rahmen von illegalem Betäubungsmittelhandel erhalten bzw. eingesetzt, kann es ihm wegen seiner offensichtlichen deliktischen Herkunft aus Gründen der Gefahrenabwehr entzogen werden⁵⁶. Damit soll erreicht werden, dass zuvor in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren sichergestellte bzw. beschlagnahmte Sachen, die keiner konkreten Straftat zugeordnet werden können, bei denen aber hinreichende Anhaltspunkte vorliegen, dass sie unrechtmäßig erlangt wurden, nicht an den letzten Gewahrsamsinhaber

⁵² VG Gelsenkirchen, Urteil vom 20. Juli 2017 – 17 K 3416/14 –, juris

⁵³ vgl. VG Frankfurt a. M., Urteil vom 10.03.2015 – 5 K 1357/14, BeckRS 2016, 52879, beck-online.

⁵⁴ vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 19.12.1985 – 7 C 65.82 –, Rdnr. 37; BayVGH, Urteil vom 28.02.1996 – 4 B 94.2229 – BayVBl 1996, 565/566 m.w.N.

⁵⁵ vgl. BayVGH, Urteil vom 19.05.1994 – 22 B 91.3523 – VGH n.F. 47, 72/73 = BayVBl 1995, 309; Urteil vom 26.07.1995 – 22 B 93.271 – NVwZ-RR 1996, 645/646; BayVGH, Urteil vom 08.07.2016 – 4 B 15.1285 –, Rn. 17, juris.; vgl. Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 30.06.2015 – 8 A 103/15 –, juris, zu den insoweit gleich lautenden §§ 40, 43 HSOG

⁵⁶ VG Gelsenkirchen, Urteil vom 20. Juli 2017 – 17 K 3416/14 –, Rn. 64 – 65, juris

zurückgegeben werden müssen. § 32b ZFdG a.F. soll verhindern, dass mit Hilfe der aller Wahrscheinlichkeit nach illegal erworbenen Werte neue Straftaten vorbereitet und begangen werden. Maßgeblich ist der präventive Charakter der Maßnahme⁵⁷.

Bei der Sicherstellung von Bargeld ist Voraussetzung, dass das Geld mit hoher Wahrscheinlichkeit aus illegalen Geschäften stammt und diesen wieder zugeführt werden soll, um weitere Straftaten zu begehen. Dies ist dann der Fall, wenn konkrete Hinweise für die Verwendung des Geldes für (weitere) Straftaten im Rahmen der organisierten Kriminalität bestehen. Hat ein Besitzer von Bargeld dieses aller Wahrscheinlichkeit nach im Rahmen von illegalem Betäubungsmittelhandel erhalten bzw. eingesetzt, kann es ihm wegen seiner offensichtlichen deliktischen Herkunft aus Gründen der Gefahrenabwehr entzogen werden. Damit soll erreicht werden, dass zuvor in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren sichergestellte bzw. beschlagnahmte Sachen, die keiner konkreten Straftat zugeordnet werden können, bei denen aber hinreichende Anhaltspunkte vorliegen, dass sie unrechtmäßig erlangt wurden, nicht an den letzten Gewahrsamsinhaber zurückgegeben werden müssen. § 32b ZFdG a.F. soll verhindern, dass mit Hilfe der aller Wahrscheinlichkeit nach illegal erworbenen Werte neue Straftaten vorbereitet und begangen werden. Maßgeblich ist der präventive Charakter der Maßnahme⁵⁸.

§ 40 ZFdG-E nimmt den bisherigen § 32b Abs. 1 ZFdG a.F. auf und wird um ausdrückliche Regelungen zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Rechtsgüter des Außenwirtschaftsgesetzes sowie zum Schutz des Eigentümers oder rechtmäßigen Inhabers vor Verlust der tatsächlichen Gewalt oder Beschädigung einer Sache erweitert⁵⁹.

e) Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung (§ 49 ZFdG-E)

§ 49 Abs. 1 ZFdG-E knüpft an § 23a ZFdG a.F. an, verfeinert den Kernbereichsschutz aber weiter. Der Gesetzgeber hatte in § 23a Abs. 5 ZFdG a.F. zum Schutz des Kernbereichs ein zweistufiges System eingeführt. Danach ist die zielgerichtete Erfassung der Kommunikation mit dem Verteidiger unzulässig. Kommt es dennoch zur Berührung des Kernbereichs, dann

⁵⁷ VG Gelsenkirchen, Urteil vom 23. Januar 2014 - 17 K 3332/11 -; vgl. zur entsprechenden Regelung des § 26 Nr. 1 Nds.SOG: OVG Lüneburg, Urteile vom 7. März 2013 und 21. November 2013 a.a.O. sowie Anmerkung zum erstgenannten Urteil von Söllner, DVBl 2013, 598, Polizeiliche Sicherstellung eines Bargeldbetrages; Barthel, DVP 2005, 276, Sicherstellung und Verwertung aus kriminellen Handlungen erlangter Gegenstände durch die Ordnungsbehörde ("Präventive Gewinnabschöpfung"); zur entsprechenden Regelung des § 43 Nr. 1 PolG NRW vgl. Schütte/ Braun/ Keller, Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen, Kommentar für Praxis und Ausbildung 2012, § 43, Rn. 14 ff.; grundsätzlich a.A. Rachor, in: Liskin/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Kap. E, Rn. 689 ff..

⁵⁸ VG Gelsenkirchen, Urteil vom 20. Juli 2017 - 17 K 3416/14 -, Rn. 63 - 64, juris

⁵⁹ BR-Drs. 228/19 S. 109

bestehen eine Dokumentations- und Löschungspflicht sowie ein Verbot der Verwertung der erlangten Daten⁶⁰. Dieses Schutzkonzept entspricht der parallelen Regelung für strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen (§ 160a StPO) und ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden⁶¹.

In vielen Fällen ist es praktisch unvermeidbar, dass die Ermittlungsbehörden im Zuge einer Überwachungsmaßnahme Informationen zur Kenntnis nehmen, bevor ihr Kernbereichsbezug erkennbar ist. In derartigen Fällen ist es verfassungsrechtlich nicht gefordert, den Zugriff wegen des Risikos einer Kernbereichsverletzung von vornherein zu unterlassen. Es ist geboten, aber auch ausreichend, in der Auswertungsphase für einen hinreichenden Schutz zu sorgen⁶². Von Verfassungs wegen ist eine Echtzeitkontrolle, welche einen sofortigen Abbruch der Maßnahme ermöglicht, nicht gefordert⁶³, eine solche Echtzeitkontrolle schreibt auch das ZfDG nicht vor. Die Erhebung der Daten und ihre technische Auswertung ist daher soweit zulässig, bis erkennbar wird, welche Daten die geschützte Kommunikation betreffen und daher zu löschen sind⁶⁴.

Allerdings ist der Vollzug der Maßnahme dann rechtswidrig, wenn das Zollkriminalamt unter Verstoß gegen § 23a Abs. 5 ZfDG a.F. die geschützte Kommunikation des Betroffenen mit dem Beschwerdeführer nicht unverzüglich löscht hat, sondern die Löschung der internetbasierten Kommunikation erst mehr als ein Jahr nach Erhebung der Daten erfolgt. Unverzüglich bedeutet ohne schuldhaftes Zögern. Dabei kann grundsätzlich in engen Grenzen auch Berücksichtigung finden, inwieweit die kurzfristige Löschung der geschützten Kommunikation technisch überhaupt möglich ist⁶⁵. § 49 Abs. 1 Satz 2 ZFdg-E unternimmt einen Regelungsversuch dieser Situation mit der Maßgabe dass die Maßnahme zu unterbrechen ist, sobald dies ohne Gefährdung der beauftragten Person möglich ist, wenn sich während der Durchführung tatsächliche Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Kernbereich betroffen ist,.

4. Besondere Befugnisse des Zollkriminalamtes (§§ 71 bis 80 ZFdg-E)

Um eine effektive Kriminalitätsbekämpfung auch künftig gewährleisten zu können, werden zusätzliche, neue Befugnisse für die Behörden des Zollfahndungsdienstes geschaffen bzw. vorhandene rechtliche ausgestaltet. Hierzu zählen insbesondere vorgenommene Anpassungen zu bestehenden Befugnissen zur präventiven Telekommunikations- und Postüberwachung (§§ 72, 77, 78 ZFdg-E), die Schaffung einer Möglichkeit zum präventiven Einsatz

⁶⁰ OLG Köln, Beschluss vom 22. März 2013 – I-16 Wx 16/12 –, Rn. 12, juris

⁶¹ BVerfG Beschl. v. 12.10.2011 - 2 BvR 236/08 u.a., Rn.214 ff, zu § 100a StPO und Rn. 244 ff. zu § 160a StPO, NJW 2012, 833

⁶² BVerfG Beschl. v. 12.10.2011 - 2 BvR 236/08 u.a., Rn. 213, NJW 2012, 833

⁶³ BVerfG Beschl. v. 12.10.2011 - 2 BvR 236/08 u.a., Rn. 218 ff, NJW 2012, 833

⁶⁴ OLG Köln, Beschluss vom 22. März 2013 – I-16 Wx 16/12 –, Rn. 17 - 18, juris

⁶⁵ OLG Köln, Beschluss vom 22. März 2013 – I-16 Wx 16/12 –, Rn. 20 - 21, juris

Verdeckter Ermittler (§ 47 Absatz 2 Nummer 4 ZFdG-E) sowie erweiterte Auskunftspflichten von Betroffenen und Dritten (§§ 9, 29, 71 ZFdG-E)⁶⁶.

a) Besondere Maßnahmen der Gefahrenabwehr

aa) Überwachung der Telekommunikation sowie des Brief- und Postverkehrs (§ 72 ZFdG-E)

aaa) Präventive Überwachung der Telekommunikation (§ 72 Abs. 1 ZFdG-E)

§ 72 ZFdGE entspricht in im Wesentlichen dem bisherigen § 23a ZFdG a.F. Die Norm wird an veränderte Gefahrenlagen im Außenwirtschaftsrecht angepasst. Die Überwachungsbefugnisse werden dabei nach der Intention des Gesetzesinitiators in angemessener Weise auf die Verhinderung von Zuwiderhandlungen gegen Sanktionsbestimmungen der Europäischen Union oder der Vereinten Nationen sowie die Abwehr von Menschenrechtsverletzungen und terroristischen Handlungen im Zusammenhang mit Güterlieferungen ausgedehnt. Zudem soll mit der Neufassung klargestellt werden, dass die Überwachung der Telekommunikation auch durch einen Eingriff in informationstechnische Systeme erfolgen darf⁶⁷. Die seitherige Fassung von § 23a ZFdG a.F. wurde dahin verstanden, dass sie keine ausreichende Grundlage für eine Quellen-Telekommunikationsüberwachung darstellte⁶⁸.

bbb) Zur Frage von Quellen-TKÜ und Online-Recherche (§ 72 Abs. 3 ZFdG-E)

Die Regelung für die Quellen TKÜ in § 72 Abs. 3 ZFdG-E löst das technisch und verfassungsrechtlich verhakete Problem des zu vermeidenden Eingriffs in den Datenbestand einer Festplatte – dem Wortlaut nach – korrekt: Die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation darf in der Weise erfolgen, dass mit technischen Mitteln in von dem Betroffenen genutzte informationstechnische Systeme eingegriffen wird, wenn dies notwendig ist, um die Überwachung und Aufzeichnung insbesondere in unverschlüsselter Form zu ermöglichen. In dem informationstechnischen System des Betroffenen gespeicherte Inhalte und Umstände der Kommunikation dürfen überwacht und aufgezeichnet werden, wenn sie auch während des laufenden Übertragungsvorgangs im öffentlichen Telekommunikationsnetz in verschlüsselter Form hätten überwacht und aufgezeichnet werden können.

Soll hingegen eine Ausleitung aller Nachrichten in zeitlich unbegrenzter Hinsicht erfolgen, würde das über die herkömmlichen Möglichkeiten der Telekommunikationsüberwachung weit hinausgehen und eine – wenngleich

⁶⁶ BR-Drs. 228/19 S. 82

⁶⁷ BR-Drs. 228/19 S. 121 ff.

⁶⁸ Bäcker in Schenke/Graulich/Ruthig ZFdG § 23a Rn. 5

auf Kommunikationsinhalte eines Kommunikationsdienstes begrenzte – „kleine“ Online-Durchsuchung darstellen. Das Ausleiten von Nachrichten, die vor dem Anordnungszeitpunkt abgesendet oder empfangen wurden, findet seine Rechtsgrundlage nicht in Absatz 3 und wäre unzulässig. Eine Online-Durchsuchung sieht das Zollfahndungsdienstgesetz auch in der aktuell vorliegenden novellierten Fassung nicht vor⁶⁹.

bb) Kernbereich privater Lebensgestaltung (§ 73 ZFdG-E)

Die Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung werden nunmehr eigenständig in § 73 ZFdG-E geregelt und an die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts angepasst. Die im bisherigen § 23a Absatz 5 und 5a ZFdG a.F. normierten Regelungen zum Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Personen werden aus Gründen der Übersichtlichkeit in § 82 ZFdG-E überführt⁷⁰.

Von Verfassungs wegen ist eine Echtzeitkontrolle, welche einen sofortigen Abbruch der Maßnahme ermöglicht, nicht gefordert⁷¹, eine solche Echtzeitkontrolle schreibt auch das ZfDG nicht vor. Die Erhebung der Daten und ihre technische Auswertung ist daher soweit zulässig, bis erkennbar wird, welche Daten die geschützte Kommunikation betreffen und daher zu löschen sind⁷².

5. Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Berufsgeheimnisträger (§ 82 ZFdG-E)

Der Schutz von Berufsgeheimnisträgern ist im Rechtsstaat ein hohes Gut. Daher erklärt § 82 Abs. 1 Satz 1 ZFdG-E Maßnahmen - nach diesem Kapitel -, die sich gegen eine in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 4 StPO genannte Person richten und voraussichtlich Erkenntnisse erbringen würden, über die diese das Zeugnis verweigern dürfte, für unzulässig. Allerdings sind Kollisionslagen mit rechtmäßigen Teilen von Telefonüberwachungen zu meistern.

Dementsprechend hat die obergerichtliche Rechtsprechung bereits zu der Vorgängernorm in § 23a ZFdG a.F. erklärt, der Gesetzgeber habe in § 23a Abs. 5 ZfDG zum Schutz des Kernbereichs ein zweistufiges System eingeführt. Danach sei die zielgerichtete Erfassung der Kommunikation mit dem Verteidiger unzulässig. Komme es dennoch zur Berührung des Kernbereichs, dann bestünden eine Dokumentations- und Löschungspflicht sowie ein Verbot der Verwertung der erlangten Daten. Dieses Schutzkonzept entspreche der

⁶⁹ BR-Drs. 228/19 S. 126

⁷⁰ BR-Drs. 228/19 S. 121 ff.

⁷¹ BVerfG Beschl. v. 12.10.2011 - 2 BvR 236/08 u.a., Rn. 218 ff, NJW 2012, 833

⁷² OLG Köln, Beschluss vom 22. März 2013 – I-16 Wx 16/12 –, Rn. 18, juris

parallelen Regelung für strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen (§ 160a StPO)⁷³ und sei aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden⁷⁴.

Werden dennoch Daten erhoben, welche die Kommunikation des Betroffenen mit seinem Verteidiger betreffen, sind diese Daten nach der seitherigen Rechtsprechung zu § 23a ZFdG a.F. zu löschen, sobald erkennbar ist, dass es sich um geschützte Kommunikation handelt⁷⁵. Eine inhaltliche Auswertung der Daten ist in diesen Fällen unzulässig⁷⁶. Und genauso sieht es nun positivrechtlich auch § 82 Abs. 1 Satz 2 ZFdG-E vor.

6. Datenschutz (§§ 84 bis 100 ZFdG-E)

Der Gesetzesentwurf enthält umfangreiche Vorschriften zum Datenschutz, die der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 dienen. Hierdurch werden insbesondere die Rolle und die Kontrollmöglichkeiten des oder der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit gestärkt (§§ 84 bis 87 ZFdG-E)⁷⁷. Der Gesetzesentwurf sieht eine umfassende Protokollierung und Dokumentation zum Zwecke der Datenschutzkontrolle vor (§§ 92 und 93 ZFdG-E)⁷⁸ und verpflichtet das Zollkriminalamt durch technische und organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass die Datenschutzgrundsätze und die Anforderungen an die Datensicherheit bei der Datenverarbeitung beachtet werden. Es wird ein allgemeines Verzeichnis der Kategorien für automatisierte Verarbeitungen personenbezogener Daten eingerichtet (§ 98 ZFdG-E)⁷⁹. Datenschutzrechtlich risikobehaftete Verarbeitungsverfahren bedürfen ergänzend zur Aufnahme in das Verzeichnis einer Datenschutzfolgenabschätzung⁸⁰. Die Funktion der Datenschutzbeauftragten im Bereich des Zollfahndungsdienstes wird gestärkt⁸¹.

⁷³ OLG Köln, Beschluss vom 22. März 2013 – I-16 Wx 16/12 –, Rn. 12, juris

⁷⁴ BVerfG Beschl. v. 12.10.2011 - 2 BvR 236/08 u.a., Rn.214 ff, zu § 100a StPO und Rn. 244 ff. zu § 160a StPO, NJW 2012, 833

⁷⁵ OLG Köln, Beschluss vom 22. März 2013 – I-16 Wx 16/12 –, Rn. 16, juris

⁷⁶ BGH Urt. v. 10.3.2005 - 3 StR 233/04, NJW 2005, 1668

⁷⁷ BR-Drs. 228/19 S. 118 ff.

⁷⁸ BR-Drs. 228/19 S. 120 ff-

⁷⁹ BR-Drs. 228/19 S. 122

⁸⁰ BR-Drs. 228/19 S. 129

⁸¹ BR-Drs. 228/19 S. 82