

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1137

**Terrorismusabwehr
durch das Bundeskriminalamt**

Von

Matthias Bäcker



Duncker & Humblot · Berlin

MATTHIAS BÄCKER

Terrorismusabwehr durch das Bundeskriminalamt

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1137

Terrorismusabwehr durch das Bundeskriminalamt

Von

Matthias Bäcker



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung der Holtfort-Stiftung, Laatzen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2009 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Process Media Consult GmbH, Darmstadt

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 978-3-428-13182-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Ich möchte mich bei mehreren Personen und Institutionen bedanken: Der Verlag hat die Studie zu sehr günstigen Konditionen angenommen. Die Holtfort-Stiftung, Laatzen, hat mir einen Zuschuss zu den verbleibenden Druckkosten gewährt. Von Dorothee Fahrbach, Wolfgang Hoffmann-Riem, Mathias Hong und Peter Schantz habe ich Anregungen und Kritik erhalten. Stefanie Baier und Carolin Kemmner haben mich redaktionell unterstützt.

Die Studie befindet sich auf dem Stand vom 31. Mai 2009. Die zitierten URL waren an diesem Tag gültig.

Mannheim, im Juni 2009

Matthias Bäcker

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
-------------------------	----

Teil 1

Hintergrund der Gesetzesnovelle	17
--	----

I. Bisherige Stellung des Bundeskriminalamts	18
1. Kompetenzrechtliche Grundlage	18
2. Bisherige Aufgaben und Befugnisse	21
a) Zentralstelle	22
b) Strafverfolgung	25
c) Schutzaufgaben	27
3. Zwischenfazit	28
II. Der Kompetenztitel in Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG	30
1. Gegenstand und Reichweite der Bundeskompetenz	30
a) Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz	30
b) Internationaler Terrorismus	31
c) Gefahrenabwehr	35
d) Voraussetzungen der Kompetenzausübung	36
aa) Übernahmeersuchen einer obersten Landesbehörde	36
bb) Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde nicht erkennbar	37
cc) Länderübergreifende Gefahr	38
e) Zusammenarbeit von Bundeskriminalamt und Landespolizeibehörden	39
2. Auswirkung auf das bundesstaatliche Kompetenzgefüge	41
3. Sinn der Kompetenznorm	42
III. Die Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung – zur institutionellen Bedeutung der neuen Bundeskompetenz	44

Teil 2

Analyse der neuen Regelungen im BKA-Gesetz	50
I. Überblick über die Gesetzesnovelle	50
II. Die Aufgabenzuweisung in § 4a BKAG	52
1. Terrorismusbegriff	52
2. Verhältnis von Bundeskriminalamt und Landespolizeibehörden	57
3. Verhältnis von Bundeskriminalamt und Generalbundesanwalt	60
III. Übergreifende Regelungsprobleme der Befugnisse zu heimlichen Ermittlungen	65
1. Eingriffsanlass	65
a) Gefahrenatbestand	65
b) Verhütung von Straftaten	66
aa) Das Gefahrenvorfeld als Regelungsproblem	67
bb) Die Vorfeldbefugnisse nach der Gesetzesnovelle	70
(1) Tatbestandsfassungen der Vorfeldbefugnisse	70
(2) Verhältnis von Gefahrenabwehr und Vorfeldbefugnissen	72
(3) Verfassungsrechtliche Bedenken	73
2. Kreis der Betroffenen	75
a) Störer	75
b) „Gefährder“	77
c) Kontakt- und Begleitpersonen, Nachrichtmittler	77
d) Dritte und Nichtstörer	78
3. Kernbereichsschutz	80
a) Erfordernis kernbereichsschützender Verfahrensregelungen, insbesondere für § 20g BKAG	80
b) Umsetzung des Kernbereichsschutzes	84
aa) Bausteine kernbereichsschützender Verfahrensregelungen	84
bb) Bewertung der Regelungen im BKA-Gesetz	85
(1) Wohnraumüberwachung	86
(2) Telekommunikationsüberwachung und „Online-Durchsuchung“	88

Inhaltsverzeichnis	9
4. Schutz von Zeugnisverweigerungsrechten, § 20u BKAG	90
5. Anordnungsverfahren	94
6. Benachrichtigung des Betroffenen, § 20w BKAG	96
IV. Einzelne Ermittlungsbefugnisse	99
1. Rasterfahndung, § 20j BKAG	99
2. „Online-Durchsuchung“, § 20k BKAG	102
3. „Quellen-Telekommunikationsüberwachung“, § 20l Abs. 2 BKAG	105
Ergebnisse und Schluss	107
Literaturverzeichnis	112
Sachwortverzeichnis	119

Abkürzungen

a.A.	anderer Auffassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
a.F.	alter Fassung
Alt.	Alternative
Anl.	Anlage
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Ausschussdrucks.	Ausschussdrucksache
bayPAG	Bayerisches Polizeiaufgabengesetz
bbgPolG	Gesetz über die Aufgaben, Befugnisse, Organisation und Zuständigkeit der Polizei im Land Brandenburg (Brandenburgisches Polizeigesetz)
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BfV	Bundesamt für Verfassungsschutz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGS	Bundesgrenzschutz
BJS	Berliner Journal für Soziologie (Zeitschrift)
BKA	Bundeskriminalamt
BKAG, BKA-Gesetz	Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten
blnASOG	Allgemeines Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin
BND	Bundesnachrichtendienst
BPolG	Bundespolizeigesetz
bremPolG	Bremisches Polizeigesetz
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bwPolG	Polizeigesetz Baden-Württemberg
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
ders./dies.	derselbe/dieselbe
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)

EU	Europäische Union/Vertrag über die Europäische Union
Europol	Europäisches Polizeiamt
f./ff.	folgende
Fn.	Fußnote
G 10	Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz)
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
hessSOG	Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
hmbPolDVG	Hamburgisches Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht (Zeitschrift)
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
IMSI	International Mobile Subscriber Identity
Interpol	Internationale kriminalpolizeiliche Organisation
IT	Informationstechnik
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
lsaPOG	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt
MEPolG	Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
mvSOG	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
ndsSOG	Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
NdsVBl	Niedersächsische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
n.F.	neuer Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
nwPolG	Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
OLG	Oberlandesgericht
RAF	Rote Armee Fraktion
RDV	Recht der Datenverarbeitung (Zeitschrift)
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und Bußgeldverfahren
Rn.	Randnummer
rpPOG	Polizei- und Ordnungsbehördengesetz des Landes Rheinland-Pfalz
S.	Seite
saarlPolG	Saarländisches Polizeigesetz
sächsPolG	Sächsisches Polizeigesetz
shLVwG	Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein

StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
thürPAG	Thüringer Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei und andere
u. a.	
URL	Uniform Resource Locator
Verf.	Verfasser
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
WaffenG	Waffengesetz
ZFdG	Gesetz über das Zollkriminalamt und die Zollfahndungsämter
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

Die Novelle des BKA-Gesetzes,¹ die am 1. Januar 2009 in Kraft getreten ist, war das ehrgeizigste, aber auch das umstrittenste Sicherheitsgesetz der 16. Legislaturperiode des Deutschen Bundestags. Sie weist dem Bundeskriminalamt die Aufgabe zu, Gefahren des internationalen Terrorismus abzuwehren. Zu diesem Zweck erhält das Amt weitreichende Befugnisse, sowohl Kausalverläufe mit Befehl und Zwang zu unterbrechen als auch in großem Umfang zu ermitteln.

Der Novelle ging eine scharf geführte politische und juristische Diskussion voraus.² Die Auseinandersetzung beschränkte sich allerdings weitgehend auf wenige Einzelfragen: Zunächst drehte sie sich vor allem um die neue Befugnisregelung über heimliche „Online-Durchsuchungen“.³ Später rückten zusätzlich die Fragen nach dem Verhältnis des Bundeskriminalamts zu den Landespolizeibehörden und nach dem Schutz von Zeugnisverweigerungsrechten in den Mittelpunkt. Nachdem die Novelle zunächst im Bundesrat gescheitert war, empfahl der Vermittlungsausschuss eine Änderung des Gesetzentwurfs,⁴ die jedoch selbst die wenigen umstrittenen Regelungen weitgehend unangetastet ließ.⁵ Mit dieser geringfügigen Änderung wurde das Gesetz verabschiedet.

Die Studie soll zu einer juristischen Diskussion um die Gesetzesnovelle beitragen, die über Einzelfragen hinausgeht. Sie verfolgt vor allem zwei Anliegen:

Zum einen soll untersucht werden, wie sich die Novelle auf das bundesstaatliche und institutionelle Gefüge der Polizei- und Strafverfolgungsbehörden in Deutschland auswirkt. Im Verhältnis zwischen Bund und Ländern zentralisiert die neue Aufgabe des Bundeskriminalamts einen Teilbereich der Gefahrenabwehr, der zumindest politisch sehr bedeutsam ist. Zugleich stärkt sie die Stellung des Bundeskriminalamts im Verhältnis zu den anderen Sicherheitsbehörden des Bundes, insbesondere zum Ge-

¹ Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt vom 25. Dezember 2008, BGBl I S. 3083.

² Vgl. zum Folgenden den umfassenden Nachrichtenüberblick unter <http://www.heise.de/ct/artikel/95584>.

³ Der Begriff der „Online-Durchsuchung“ ist insoweit unpräzise, als er eine Reihe unterschiedlicher Ermittlungsmaßnahmen umfasst, die teilweise in ihrem Gewicht über eine klassische Durchsuchung weit hinausgehen, kritisch auch etwa *Buermeyer*, HRRS 2007, S. 154; vgl. im Einzelnen zu dieser Maßnahme noch unten Teil 2, IV. 2.

⁴ BT-Drucks. 16/11391.

⁵ Die einzigen signifikanten Änderungen finden sich in § 20k BKAG, der Ermächtigungsgrundlage für „Online-Durchsuchungen“. Die Änderung der Aufgabenzuweisung des § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG hat keine erkennbaren Auswirkungen.

neralbundesanwalt. Ob es sich bei diesen Entwicklungen allerdings um Quantensprünge oder um nur graduelle Verschiebungen handelt, kann sich erst in einer Analyse erweisen, die von der bisherigen Stellung des Bundeskriminalamts ausgeht und die kompetenzrechtliche Grundlage der Novelle wie den Zuschnitt der neuen Aufgabe des Amts im Einzelnen ausleuchtet.

Zum anderen sollen die neuen Regelungen einer detaillierten polizeirechtlichen und verfassungsrechtlichen Kritik unterzogen werden. Zu diesem Zweck werden übergreifende Regelungsprobleme der Novelle anhand ausgewählter Einzelnormen untersucht. Die Analyse soll ermöglichen, die neuen Regelungen zu bewerten. Sie weist allerdings zugleich über das BKA-Gesetz hinaus. Der Gesetzgeber hatte im Rahmen der Novelle viele Regelungsprobleme zu bewältigen, die sich in ähnlicher Weise für andere Polizeigesetze stellen, wenn sie auch teilweise durch den Zuschnitt der neuen Aufgabe des Bundeskriminalamts verschärft werden. Angesichts dessen hat die Novelle des BKA-Gesetzes als das ambitionierteste polizeirechtliche Gesetzgebungsvorhaben der letzten Jahre exemplarische Bedeutung. Dies wurde im Gesetzgebungsverfahren ebenso gesehen. So wurde der Anspruch erhoben, das modernste und rechtsstaatlich anspruchsvollste Polizeigesetz der Bundesrepublik zu schaffen.⁶ Indem die Studie untersucht, inwieweit das Gesetz diesen Anspruch einlöst und wo Regelungsdefizite bestehen, soll sie auch zur allgemeinen Diskussion um den Wandel des Polizeirechts beitragen.

Die Arbeit gliedert sich in zwei Teile. Im ersten Teil werden die frühere Stellung des Bundeskriminalamts, die kompetenzrechtliche Grundlage der Novelle und ihre bundesstaatliche und institutionelle Bedeutung erläutert. Im zweiten Teil wird die Novelle des BKA-Gesetzes im Einzelnen analysiert. Die neue Aufgabennorm in § 4a BKAG und ausgewählte Befugnisregelungen aus dem Katalog der §§ 20a ff. BKAG werden anhand ihrer wesentlichen Regelungsprobleme polizeirechtlich und verfassungsrechtlich untersucht.

⁶ So in der parlamentarischen Diskussion der Abgeordnete *Hofmann*, Plenarprotokoll 16/186 vom 12. November 2008, S. 19845.

Teil 1

Hintergrund der Gesetzesnovelle

Die neuen Regelungen des BKA-Gesetzes erweitern das Tätigkeitsspektrum des Bundeskriminalamts um eine neue präventivpolizeiliche Aufgabe. Sie beruhen auf dem Kompetenztitel des Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG. Danach hat der Bund die ausschließliche Gesetzgebung für die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalpolizeiamt. Diese Norm wurde im Zuge der Föderalismusreform 2006¹ neu in das Grundgesetz eingefügt.

Dass der Bund eine neue Zuständigkeit im präventivpolizeilichen Bereich erhalten hat und diese Zuständigkeit gerade auf das Bundeskriminalamt bezogen wurde, ist unter bundesstaatlichen wie institutionellen Gesichtspunkten bemerkenswert. Bundesstaatlich ist bedeutsam, dass nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes die Polizeihochheit grundsätzlich bei den Ländern liegt. Der Bund darf einzelne polizeiliche Aufgaben nur wahrnehmen, wenn und soweit ihm hierfür die Gesetzgebungs- und die Verwaltungskompetenz besonders zugewiesen sind.² Die grundsätzliche Zuständigkeit im Bereich der Gefahrenabwehr gehört zum Kern der Eigenstaatlichkeit der Länder. Neue Bundeszuständigkeiten in diesem Bereich können daher das bundesstaatliche Kompetenzgefüge insgesamt berühren. Institutionell steigt die Bedeutung des Bundeskriminalamts, je mehr Aufgaben bei ihm konzentriert werden. Dies kann das horizontale Verhältnis der Sicherheitsbehörden des Bundes zueinander verschieben.

Um die bundesstaatliche und institutionelle Relevanz von Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG und der darauf beruhenden Novelle des BKA-Gesetzes beurteilen zu können, muss zunächst die bisherige Stellung des Bundeskriminalamts untersucht werden. Dabei sind sowohl die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung als auch deren einfachgesetzliche Umsetzung bedeutsam (I). Im Anschluss ist der Gehalt von Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG zu ermitteln und die Norm in das bundesstaatliche Kompetenzgefüge einzuordnen (II). Abschließend wird ein Folgeproblem des Kompetenztitels aufgezeigt, das erhebliche institutionelle Bedeutung hat: das Verhältnis von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Anwendungsbereich der neuen Bundeskompetenz (III).

¹ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006, BGBl I S. 2034.

² Götz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 85 Rn. 31, 33; Möstl, Die Verwaltung 41 (2008), S. 309 (311).

I. Bisherige Stellung des Bundeskriminalamts

Das Bundeskriminalamt hat auch vor der Novellierung des BKA-Gesetzes eine wesentliche und stetig stärker werdende Stellung im sicherheitsbehördlichen Gefüge innegehabt. Diese Stellung wurde durch eine problematische Kompetenzrechtslage begünstigt, die von der herrschenden Meinung extensiv interpretiert wird. Auf dieser Grundlage wurden dem Bundeskriminalamt im Laufe der Zeit immer mehr und weiter reichende Aufgaben zugewiesen. Daneben wurde die Stellung des Bundeskriminalamts dadurch gestärkt, dass die Bedeutung der Kernaufgaben, die das Amt seit jeher hatte, im Zuge des gesellschaftlichen, technischen und wissenschaftlichen Wandels seit der Gründung der Behörde erheblich gestiegen ist.

1. Kompetenzrechtliche Grundlage

Die kompetenzrechtliche Grundlage für die bisherige Tätigkeit des Bundeskriminalamts findet sich in erster Linie in zwei Normen des Grundgesetzes. Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG verleiht dem Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für

„die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in der Kriminalpolizei [...] sowie die Einrichtung eines Bundeskriminalpolizeiamtes und die internationale Verbrechensbekämpfung“.

Nach Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG kann der Bund durch Bundesgesetz

„Zentralstellen für das polizeiliche Auskunfts- und Nachrichtenwesen [und] für die Kriminalpolizei“

einrichten. Welche verfassungsrechtlichen Grenzen sich aus diesen Regelungen für Aufgaben und Befugnisse des Bundeskriminalamts ergeben, ist allerdings zweifelhaft, da sowohl der Gehalt der beiden Kompetenznormen als auch ihr systematisches Verhältnis zueinander problematisch sind.

Unklar ist bereits, auf welche Kompetenzarten sich die beiden Normen jeweils beziehen. Grundsätzlich unterscheidet das Grundgesetz Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen streng und regelt sie in unterschiedlichen Abschnitten. Nach der jeweiligen systematischen Stellung wäre zu erwarten, dass Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG eine Kompetenz für den Erlass materiell-rechtlicher Normen in bestimmten Sach- oder Rechtsgebieten enthält, während Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG regelt, welche dieser Normen der Bund durch eigene Behörden vollziehen darf. Jedoch fügt sich Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG in dieses Regelungsmuster kaum ein, da die Gesetzgebungskompetenz zum Teil institutionell beschrieben wird: Die Befugnis, die „Zusammenarbeit“ von Bund und Ländern in der Kriminalpolizei zu regeln, setzt implizit voraus, dass auch der Bund kriminalpolizeilich tätig werden kann. Zudem erscheint die Bundeskompetenz, ein Bundeskriminalpolizeiamt einzurichten, sinnlos, wenn der Bund

dieses Amt nicht auch mit bestimmten Aufgaben und Befugnissen ausstatten darf. Die wohl herrschende Meinung will das systematische Problem lösen, indem sie beide Kompetenznormen miteinander verschleift, um ihnen in einer Zusammenschau die verfassungsrechtlich möglichen Aufgaben und Befugnisse des Bundeskriminalpolizei-amts zu entnehmen. Dieses Amt darf danach (nur) als Zentralstelle Aufgaben in den Bereichen der kriminalpolizeilichen Zusammenarbeit von Bund und Ländern sowie der internationalen Verbrechensbekämpfung wahrnehmen.³

Die maßgebliche Frage, wie weit die Verwaltungskompetenz des Bundes inhaltlich reicht, ist damit allerdings nicht beantwortet. Unproblematisch ist lediglich, dass der Bund eine Behörde einrichten darf, die die Landespolizeibehörden im Bereich der Kriminalpolizei und im internationalen Verkehr informationell verklammert und ihr Handeln koordiniert, soweit sie sich abstimmen müssen. Auch besteht Einigkeit darüber, dass die Befugnis, Zentralstellen einzurichten, die Verwaltungszuständigkeit der Länder im Sicherheitsbereich nicht verdrängt.⁴ Darüber hinaus ist es bislang nicht gelungen, eine allgemein anerkannte Interpretation der Begriffe der Zentralstelle und der Zusammenarbeit zu finden. Insbesondere hat sich der Vorschlag, diesen Begriffen zu entnehmen, dass das Bundeskriminalpolizeiamt auf eine informationelle und koordinierende Servicefunktion beschränkt bleiben soll,⁵ bislang nicht durchsetzen können. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat zwar in einem jüngeren Beschluss ausgeführt, Zentralstellen nach Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG seien „im Wesentlichen auf die Wahrnehmung von Koordinationsaufgaben beschränkt“.⁶ Der Senat hatte jedoch über die Grenzen dieser Koordinationsaufgaben nicht zu entscheiden und hat den Begriff der Zentralstelle dementsprechend nicht näher konkretisiert. Die in der Literatur herrschende Auffassung hält es für verfassungsrechtlich zulässig, das Bundeskriminalpolizeiamt mit Weisungsbefugnissen gegenüber Landesbehörden⁷ und mit Befugnissen zu außenwirksamen Maßnahmen (insbesondere zu eigenen Ermittlungen)⁸ sowohl zur repressiven Strafverfolgung als auch zur präventiven

³ *Burgi*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87 Rn. 43 ff.; *Gärditz*, Strafprozeß und Prävention, S. 264; *Heintzen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 73 Rn. 97; *Lerche*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87 Rn. 133 ff.; *Sachs*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87 Rn. 40; *Werthebach/Droste*, in: Dolzer/Waldhoff/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar, Art. 73 Nr. 10 Rn. 97 f.

⁴ Statt aller *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87 Rn. 47.

⁵ So insbesondere *Becker*, DÖV 1978, S. 551 (555).

⁶ BVerfGE 110, 33 (51).

⁷ *Burgi*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87 Rn. 47; *Dittmann*, Die Bundesverwaltung, S. 232 f.; *Lerche*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87 Rn. 129; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 73 Rn. 31; *Werthebach/Droste*, in: Dolzer/Waldhoff/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar, Art. 73 Nr. 10 Rn. 76 ff., 141.; a.A. *Becker*, DÖV 1978, S. 551 (554); *Gärditz*, Strafprozeß und Prävention, S. 373; *Gusy*, DVBl 1993, S. 1117 (1121); *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87 Rn. 49.

⁸ *Ahlf*, Das Bundeskriminalamt als Zentralstelle, S. 59 ff.; *Burgi*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87 Rn. 47; *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 73 Rn. 52; *Dittmann*, Die Bundesverwaltung, S. 233; *Gusy*, DVBl 1993, S. 1117 (1122 ff.); *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87 Rn. 48; *Lerche*, in:

Straftatenverhütung⁹ auszustatten. Noch weitergehend wird in der Literatur teilweise vorgeschlagen, auch den Begriff der internationalen Verbrechensbekämpfung in Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG so zu verstehen, dass der Bund dem Bundeskriminalamt in diesem Bereich eigene Ermittlungs- oder sogar Zwangsbefugnisse einräumen darf.¹⁰ Zumindest dies wird allerdings von der herrschenden Meinung zu Recht abgelehnt. Schon sprachlich ist „internationale Verbrechensbekämpfung“ nicht dasselbe wie eine umfassende „Bekämpfung internationaler Verbrechen“, die auch Ermittlungsmaßnahmen im Inland einschliesse. Der Kompetenztitel in Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG weist dem Bund vielmehr spezifisch grenzüberschreitende Tätigkeiten zu. Er ermöglicht daher lediglich, bei einer Bundesbehörde die Verbrechensbekämpfung international zu vernetzen, vor allem in Form eines Informationsaustauschs.¹¹

Gleichwohl darf der Bund nach gängiger Auffassung das Bundeskriminalpolizeiamt gleichzeitig als informationelles Servicezentrum, weisungsbefugte Koordinationsstelle sowie Strafverfolgungs- und Präventionsbehörde mit entsprechenden Eingriffsbefugnissen ausgestalten. Der Bund könnte auf diese Weise polizeiliche Tätigkeiten in erheblichem Umfang an sich ziehen oder bindend vorgeben. Kann die polizeiliche Zuständigkeitsordnung derart umgestaltet werden, so wird dem Bund im Ergebnis ein partielles Verfügungsrecht über die allgemein anerkannte Polizeihohheit der Länder eingeräumt. Die meisten Autoren bieten lediglich weiche Formeln an, um diesem Problem zu begegnen. Der Vorschlag, die strafrechtlichen Ermittlungskompetenzen des Bundes nicht aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 und Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG, sondern aus Art. 96 Abs. 5 GG herzuleiten und auf die dort genannten Deliktsfelder zu beschränken,¹² hat sich bislang nicht durchgesetzt. Stattdessen soll sich die Kompetenz des Bundes zu kriminalpolizeilichen Maßnahmen mit unmittelbarer Außenwirkung nach herrschender Meinung auf Sachverhalte mit einem hinreichenden Bun-

Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87 Rn. 130, 137; Meyer, Die Föderalismusreform 2006, S. 299; Oebbecke, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 6, § 136 Rn. 123; Sachs, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87 Rn. 40; Werthebach/Droste, in: Dolzer/Waldhoff/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar, Art. 73 Nr. 10 Rn. 131 f.

⁹ Der Begriff der Kriminalpolizei soll auch die Straftatenverhütung umfassen, so Heintzen, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 73 Rn. 93; Hermes, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87 Rn. 50; Lerche, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87 Rn. 139; Meyer, Die Föderalismusreform 2006, S. 299; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 73 Rn. 31; Stettner, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 73 Rn. 59; Werthebach/Droste, in: Dolzer/Waldhoff/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar, Art. 73 Nr. 10 Rn. 118.

¹⁰ Meyer, Die Föderalismusreform 2006, S. 302 f.; wohl auch Baldus, Transnationales Polizeirecht, S. 60 ff.

¹¹ BVerfGE 100, 313 (369); Albers, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, S. 219; Gärditz, Strafprozeß und Prävention, S. 275 f.; Heintzen, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 73 Rn. 98; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 73 Rn. 35; Schreiber, NJW 1997, S. 2137 (2140).

¹² Gärditz, Strafprozeß und Prävention, S. 411; Paeffgen, StV 2002, S. 336 (340); Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, § 3 Rn. 3.

desbezug beschränken,¹³ ohne dass diese Anforderung präzisiert würde. Daneben wird vertreten, den Begriffen der Zentralstelle oder des Bundeskriminalpolizeiamts lasse sich entnehmen, dass der Bund die Polizeihochheit der Länder nicht faktisch oder rechtlich ausschließen dürfe. Je deutlicher eine Aufgabe sich darauf beschränke, polizeiliche Tätigkeiten lediglich zu koordinieren und informationell zu verklammern, desto eher lasse sich eine Bundeszuständigkeit begründen.¹⁴ Auch hierfür werden handhabbare Kriterien nicht benannt. Mit solchen Formeln lassen sich aus der Verfassung¹⁵ kaum klare Aussagen für konkrete Zweifelsfälle gewinnen. So besteht das Risiko, dass eine Bundeskompetenz letztlich in allen Fällen angenommen wird, in denen eine solche Kompetenz dem jeweiligen Normanwender erforderlich oder auch nur wünschenswert erscheint.¹⁶

2. Bisherige Aufgaben und Befugnisse

Nach der bis zum 1. Januar 2009 geltenden Fassung des BKA-Gesetzes¹⁷ kamen dem Bundeskriminalamt drei Funktionen zu, an denen die Novelle des Gesetzes nichts geändert hat: Das Amt ist Zentralstelle für das polizeiliche Auskunfts- und Nachrichtenwesen und für die Kriminalpolizei¹⁸ sowie im Bereich der internationalen polizeilichen Zusammenarbeit,¹⁹ wird als Strafverfolgungsbehörde tätig²⁰ und über-

¹³ *Burgi*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87 Rn. 46, 48; *Lerche*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87 Rn. 135, 137; *Meyer*, Die Föderalismusreform 2006, S. 302; *Schreiber*, NJW 1997, S. 2137 (2140); *Stettner*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 73 Rn. 59; wohl auch *Heintzen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 73 Rn. 97; *Oebbecke*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 6, § 136 Rn. 123.

¹⁴ *Gusy*, DVBl 1993, S. 1117 (1123); ähnlich *Sachs*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87 Rn. 40, 42; *Werthebach/Droste*, in: Dolzer/Waldhoff/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar, Art. 73 Nr. 10 Rn. 88 ff.

¹⁵ Eine „klare Abgrenzung der Kompetenzen“ durch den einfachen Gesetzgeber fordert, ohne jedoch seinerseits klare Grenzen für die grundgesetzlichen Kompetenzen anzugeben, *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87 Rn. 52.

¹⁶ Vgl. etwa die Ausführungen von *Werthebach/Droste*, in: Dolzer/Waldhoff/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar, Art. 73 Nr. 10 Rn. 129: „Der konkrete Umfang der kriminalpolizeilichen Aufgaben des BKA definiert sich primär aus den Regelungskompetenzen des Bundes. Folglich umfassen sie im Wesentlichen solche kriminalpolizeilichen Aufgaben, die national und international eine zentrale Kriminalitätsbekämpfung erfordern“; wie hier kritisch *Lisken/Denninger*, in: dies. (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn. C 159.

¹⁷ Daneben nimmt das Bundeskriminalamt noch Verwaltungsaufgaben im Waffen- und Glücksspielrecht wahr, dazu *Papsthart*, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, § 2 BKAG Rn. 10.

¹⁸ §§ 2, 7 ff. BKAG.

¹⁹ §§ 3, 14 f. BKAG.

²⁰ §§ 4, 16 ff. BKAG.

nimmt den Schutz von Mitgliedern der Verfassungsorgane des Bundes²¹ sowie von bestimmten Zeugen.²²

a) Zentralstelle

In seiner Funktion als Zentralstelle unterstützt das Bundeskriminalamt die Polizeibehörden von Bund und Ländern dabei, Straftaten zu verfolgen und zu verhüten. Hierzu sammelt das Amt Informationen, wertet sie aus und gibt sie weiter, betreibt zentrale Dateien und Informationssysteme²³ und gibt vielfältige kriminalistische Hilfestellungen.²⁴ Die polizeilichen Aufgaben werden dabei nicht auf das Bundeskriminalamt übertragen, sondern dort koordiniert und informationell verklammert, damit andere Polizeibehörden wirkungsvoll arbeiten können. Das Amt hat also eine Servicefunktion.²⁵ In diesem Rahmen sind ihm insoweit auch Eingriffsbefugnisse eingeräumt, als es in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung eingreifen kann, wenn das Bundeskriminalamt personenbezogene Daten speichert, verarbeitet oder übermittelt.²⁶

Hingegen kann das Bundeskriminalamt als Zentralstelle grundsätzlich nicht selbst personenbezogene Daten erheben oder Befehls- oder Zwangsmaßnahmen treffen, die aufgrund des Informationsbestands angezeigt erscheinen mögen. Daher fehlt es dem Amt im Bereich seiner Zentralstellenfunktion weitgehend an Exekutivbefugnissen. Eine Ausnahme enthält allerdings § 7 Abs. 2 BKAG, der dem Bundeskriminalamt ermöglicht, durch Auskunftersuchen an öffentliche und nichtöffentliche Stellen²⁷ Sachverhalte zu ergänzen oder seinen Informationsbestand auszuwerten. Diese Norm erweitert die Kompetenzen des Bundeskriminalamts in seiner Zentralstellenfunktion deutlich. Insbesondere beschränkt sich die Ermächtigung nicht auf Auskunftersuchen, die dazu dienen, konkrete bevorstehende Straftaten zu verhüten oder begangene Straftaten aufzuklären. Vielmehr werden auch Ersuchen ermöglicht,

²¹ §§ 5, 21 ff. BKAG.

²² §§ 6, 26 BKAG.

²³ Vgl. im Einzelnen zu den bei dem Bundeskriminalamt geführten Dateien *Petri*, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, Rn. H 60 ff.; *Zöller*, *Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten*, S. 135 ff.

²⁴ So unterhält das Bundeskriminalamt ein kriminaltechnisches Institut, das auf Anforderung von Polizeibehörden, Staatsanwaltschaften und Gerichten kriminaltechnische Gutachten erstellt.

²⁵ *Lisken/Denninger*, in: dies. (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, Rn. C 156; *Möstl*, *Die Verwaltung* 41 (2008), S. 309 (323); *Paeffgen*, *StV* 2002, S. 336 (339); *Papsthart*, in: *Erbs/Kohlhaas* (Hrsg.), *Strafrechtliche Nebengesetze*, § 4 BKAG Rn. 3.

²⁶ Grundlegend BVerfGE 65, 1 (41 ff.); aus der jüngeren Rechtsprechung etwa BVerfGE 115, 166 (187 f.); 115, 320 (341 f.); 118, 168 (183 ff.); 120, 274 (311 ff., 344 ff., 346 f.); 120, 351 (359 ff.); 120, 378 (397 ff.).

²⁷ Unklar und umstritten ist, ob nichtöffentliche Stellen verpflichtet sind, einem derartigen Ersuchen nachzukommen, vgl. zum Streitstand *Middel*, *Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung*, S. 205, Fn. 1014, m.w.N.

die allgemeine kriminalistische Lagebilder oder Milieustudien²⁸ ermöglichen sollen.²⁹ Andererseits trägt § 7 Abs. 2 BKAG nur Grundrechtseingriffe von geringer Intensität. Der Tatbestand der Norm ist zu weit gefasst und zu pauschal, um schwerer wiegende Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung oder gar Eingriffe in besondere Gewährleistungen der Privatheit³⁰ wie etwa das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG zu rechtfertigen.³¹ Zudem bleibt § 7 Abs. 2 BKAG auf den vorhandenen Informationsbestand bezogen, der ergänzt oder ausgewertet werden soll. Die Vorschrift deckt also keine Datenerhebungen, durch die völlig neue Erkenntnisse erstmals gewonnen werden sollen.³²

Das Bundeskriminalamt nimmt als Zentralstelle weitere Aufgaben im Bereich der internationalen polizeilichen Zusammenarbeit wahr. So ist das Amt nationales Zentralbüro der Bundesrepublik für die Internationale Kriminalpolizeiliche Organisation (Interpol) und unterhält den kriminalpolizeilichen Dienstverkehr mit ausländischen Stellen.³³ Daneben sind auch die nationale Zentralstelle für das Schengener Informationssystem³⁴ sowie die nationale Stelle des Europäischen Polizeiamts (Europol)³⁵ bei dem Bundeskriminalamt angesiedelt. In diesem Rahmen kann das Bundeskriminalamt Daten ins Ausland übermitteln oder aus dem Ausland anfordern. Zudem kann es auf Ersuchen einer ausländischen Behörde bestimmte Personen oder Sachen zur Fahndung ausschreiben oder ausländische Behörden um eine solche Ausschreibung ersuchen. Auch insoweit beschränken sich die Befugnisse des Bundeskriminalamts allerdings auf eine Servicefunktion. Zu eigenen Ermittlungen ist das Amt im Rahmen seiner internationalen Zuständigkeit nicht befugt.

Die Bedeutung der Zentralstellentätigkeit des Bundeskriminalamts hat stetig zugenommen, seit das Amt gegründet wurde. Dies liegt allerdings weniger an rechtlichen Entwicklungen im BKA-Gesetz. Die grundlegende Novelle des Gesetzes von

²⁸ Zu den Strategien „operativer“ Polizeiarbeit unten Teil I, III.

²⁹ *Papsthart*, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, § 7 BKAG Rn. 1; ähnlich *Middel*, Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung, S. 251: „Grauzone zwischen präventiver und repressiver Tätigkeit“; wohl auch *Rublack*, DuD 2002, S. 202 (205).

³⁰ Zum Verhältnis des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung zu besonderen Garantien der Privatheit *Bäcker*, in: Uerpmann-Witzack (Hrsg.), Das neue Computergrundrecht, S. 1 (2 ff.).

³¹ Vgl. zu den Bestimmtheitsanforderungen bei intensiveren Grundrechtseingriffen (dort: Videoüberwachung), allerdings mit Bezug auf eine noch unspezifischere Befugnisnorm, BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 23. Februar 2007 – 1 BvR 2368/06 –, NVwZ 2007, S. 688 (690 f.).

³² *Middel*, Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung, S. 251; *Zöller*, Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten, S. 159; ähnlich *Gärditz*, Strafprozeß und Prävention, S. 267, Fn. 230.

³³ § 3 Abs. 1 BKAG.

³⁴ Art. 6 des Gesetzes zum Schengener Übereinkommen vom 19. Juni 1990 betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen vom 15. Juli 1993, BGBl II S. 1011.

³⁵ Art. 2 § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Europol-Gesetzes vom 10. Oktober 1997, BGBl II S. 2150.

1997³⁶ baute zwar die informationellen Regelungen stark aus. Dabei ging es jedoch in erster Linie nicht darum, die Befugnisse des Bundeskriminalamts zu erweitern.³⁷ Vielmehr sollten vor allem die verfassungsrechtlichen Anforderungen aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung umgesetzt werden, indem die informationelle Tätigkeit des Amtes umfassend auf eine gesetzliche Grundlage gestellt wurde.³⁸

Wichtiger für die heutige Bedeutung des Bundeskriminalamts als Zentralstelle sind andere Faktoren: Das polizeiliche Aufgabenprofil umfasst nach heutigem Verständnis über die anlassbezogene Gefahrenabwehr und Strafverfolgung hinaus übergreifende Präventionsmaßnahmen, die in erster Linie dazu dienen, eine breite Informationsbasis für die Kriminalitätsbekämpfung zu beschaffen und auszuwerten. Auf diese Weise soll insbesondere auf Gefahrenlagen reagiert werden, die sich aus komplexen und abgeschotteten kriminellen Strukturen etwa des Terrorismus oder der organisierten Kriminalität ergeben.³⁹ Weiter erleichtert die moderne Informationstechnik der Polizei nicht nur herkömmliche informationelle Tätigkeiten. Sie hat die Polizeiarbeit auch qualitativ verändert. Insbesondere ermöglicht sie, den Umgang mit Daten viel weitergehend als früher von konkreten Situationen zu entkoppeln und Daten annähernd ohne Zeitverlust oder andere wesentliche Transaktionskosten auszutauschen, zu verknüpfen und in neuen Informationszusammenhängen zu nutzen.⁴⁰ Dementsprechend haben Zahl, Umfang und Relevanz zentraler oder informationstechnisch miteinander verknüpfter Datensammlungen für die Polizeiarbeit stark zugenommen.⁴¹ Schon weil das Bundeskriminalamt von jeher zentrale informationelle Aufgaben wahrgenommen hat und dafür mit Sachverstand und Technik ausgerüstet war, lag es nahe, das Amt mit den zentralen Aufgaben im polizeilichen Informations-

³⁶ Gesetz vom 7. Juli 1997, BGBl I S. 1650.

³⁷ Soweit die Novelle neue Befugnisse des Bundeskriminalamts schuf, sind diese überwiegend nicht der Zentralstellenfunktion zuzuordnen, vgl. im Einzelnen *Schreiber*, NJW 1997, S. 2137 ff.

³⁸ So die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 13/1550, S. 1.

³⁹ Zu dem Präventionsgedanken und seiner Bedeutung für das heutige Polizeirecht *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, S. 97 ff.; *Denninger*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn. E 1 ff., E 192 ff.; *Kötter*, Pfade des Sicherheitsrechts, S. 157 ff.; *Möstl*, DVBl 2007, S. 581 (582).

⁴⁰ Insbesondere diesen Gesichtspunkt hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts in seinem Volkszählungsurteil herangezogen, um das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung zu begründen vgl. BVerfGE 65, 1 (41 ff.). Insoweit ist das Urteil heute nach wie vor aktuell, wogegen die Entfaltungsmöglichkeiten, die die Informationstechnik dem Einzelnen heute bietet, seinerzeit noch nicht absehbar waren, wie hier *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, S. 1009; vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung etwa BVerfGE 113, 29 (45 f.); 115, 320 (342); 120, 378 (398).

⁴¹ *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, S. 104 ff.; *Petri*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn. H 60 ff.

verbund zu betrauen.⁴² Auch außerhalb des informationstechnischen Bereichs bündelt das Bundeskriminalamt kriminalistische Expertise, die für die Polizeiarbeit mit dem wissenschaftlichen Fortschritt wichtiger geworden ist. Schließlich sind auch die internationalen Aufgaben des Bundeskriminalamts gewachsen, da die nationalen Polizeibehörden durch internationale Kooperationen und insbesondere im Zuge der europäischen Integration mehr und mehr in staatenübergreifende Verwaltungsverbände eingebunden sind.⁴³

b) Strafverfolgung

Eigene Ermittlungsbefugnisse hat das Bundeskriminalamt seit seiner Gründung im Bereich der Strafverfolgung. Diese Befugnisse sind kompetenzrechtlich heikel.⁴⁴ Während die Zentralstellentätigkeit des Bundeskriminalamts unproblematisch von den Kompetenzregelungen in Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 und Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG gedeckt ist, ergibt sich aus diesen Normen nicht eindeutig, dass das Amt auch selbst als Strafverfolgungsbehörde tätig werden kann. Gleichwohl werden sie überwiegend als Grundlage für die repressive Ermittlungstätigkeit des Bundeskriminalamts herangezogen. Allerdings soll diese Ermittlungstätigkeit auf Sachverhalte mit einem hinreichenden Bundesbezug beschränkt sein. Eine handhabbare kompetenzrechtliche Grenze für die Strafverfolgungsaufgabe des Bundeskriminalamts ergibt sich daraus nicht.⁴⁵ Angesichts dessen verwundert nicht, dass diese Aufgabe seit Gründung der Behörde stetig erweitert worden ist.

Nach dem Gesetz ist zwischen Ermittlungen auf Ersuchen oder Anordnung und originären Ermittlungszuständigkeiten des Bundeskriminalamts zu unterscheiden. Bereits seit der Gründung des Bundeskriminalamts im Jahr 1951 können bestimmte Stellen das Amt mit strafrechtlichen Ermittlungen betrauen.⁴⁶ Gegenwärtig sind dies gemäß § 4 Abs. 2 BKAG Landesbehörden, der Bundesinnenminister und der Generalbundesanwalt. Das Ersuchen einer Landesbehörde lässt sich als kompetenzrechtlich unbedenklicher Fall der Amtshilfe begreifen.⁴⁷ Kompetenzrechtlich letztlich un-

⁴² Vgl. *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, S. 106, die zutreffend darauf hinweist, dass das Bundeskriminalamt seine Schlüsselfunktionen im Bereich der informationellen Polizeitätigkeit behalten hat, obwohl die Informationstechnik mittlerweile durchaus die Möglichkeit eröffnet, die Informationssysteme weitgehend zu dezentralisieren.

⁴³ Hierzu im Überblick *Mörtl*, Die Verwaltung 41 (2008), S. 309 (324 ff.); *Mokros*, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Teile N und O.

⁴⁴ Ebenso *Paeffgen*, StV 2002, S. 336 (339).

⁴⁵ Siehe oben Teil 1, I. 1.

⁴⁶ Vgl. § 4 Abs. 2 BKAG in der Fassung des Gesetzes vom 8. März 1951, BGBl I S. 165; zumindest unpräzise daher *Mokros*, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn. B 16, der behauptet, bei seiner Gründung sei das Bundeskriminalamt ausschließlich als Zentralstelle für Auswertung und Nachrichtenaustausch konzipiert gewesen.

⁴⁷ *Ahlf*, Das Bundeskriminalamt als Zentralstelle, S. 38; *Gusy*, DVBl 1993, S. 1117 (1124); wohl auch *Lisken/Denninger*, in: dies. (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn. C 160.

bedenklich ist auch die – praktisch bedeutsamste⁴⁸ – Strafverfolgungstätigkeit des Bundeskriminalamts auf Ersuchen des Generalbundesanwalts. Zwar geben die Kompetenztitel in Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 und Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG hierfür nichts her. Die Zuständigkeit des Bundeskriminalamts lässt sich jedoch mit der Strafverfolgungsaufgabe des Generalbundesanwalts aus Art. 96 Abs. 5 GG begründen,⁴⁹ den das Bundeskriminalamt als weitere Strafverfolgungsbehörde⁵⁰ unterstützt. Durchgreifende Bedenken bestehen jedoch gegen das Anordnungsrecht des Bundesinnenministers aus „schwerwiegenden Gründen“, für das keine Grundlage in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes ersichtlich ist. Diese Bedenken werden dadurch noch verschärft, dass das Gesetz keine Anhaltspunkte dafür enthält, was solche schwerwiegenden Gründe sein könnten. Dem Bundesinnenminister wird damit die Befugnis zugewiesen, sich auf der Grundlage eines äußerst unbestimmten Rechtsbegriffs über die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung hinwegzusetzen.⁵¹

Originäre Ermittlungszuständigkeiten des Bundeskriminalamts wurden erstmals 1973 geregelt⁵² und seitdem im Zuge mehrerer Novellierungen des BKA-Gesetzes erweitert.⁵³ Derzeit ist das Amt nach § 4 Abs. 1 BKAG zum einen für Taten mit internationalem Bezug zuständig, insbesondere bestimmte Fälle der international organisierten Waffen-, Drogen- und Falschgeldkriminalität, den international organisierten Terrorismus und weitere schwerwiegende Auslandstaten, für die ein Gerichtsstand noch nicht feststeht. Daneben ist das Bundeskriminalamt dafür zuständig, bestimmte Straftaten gegen Verfassungsorgane des Bundes und Mitglieder von diplomatischen Vertretungen zu verfolgen. Seit dem Terrorismusbekämpfungsgesetz von 2002⁵⁴ hat das Bundeskriminalamt schließlich gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 5 BKAG auch eine originäre Ermittlungszuständigkeit für sicherheitsgefährdende Fälle der Computersabotage (§ 303b StGB).⁵⁵

⁴⁸ *Werthebach/Droste*, in: Dolzer/Waldhoff/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar, Art. 73 Nr. 10 Rn. 132.

⁴⁹ *Ahlf*, Das Bundeskriminalamt als Zentralstelle, S. 38; *Gusy*, DVBl 1993, S. 1117 (1124); *Werthebach/Droste*, in: Dolzer/Waldhoff/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar, Art. 73 Nr. 10 Rn. 132; kritisch, aber ohne die Verfassungsmäßigkeit der Ermittlungsbefugnisse des Bundeskriminalamts in Zweifel zu ziehen, *Burgi*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87 Rn. 45; *Lerche*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87 Rn. 137, Fn. 88.

⁵⁰ Vgl. *Gärditz*, Strafprozeß und Prävention, S. 410 f.

⁵¹ Die Verfassungsmäßigkeit von § 4 Abs. 2 BKAG bezweifeln insoweit auch *Ahlf*, Das Bundeskriminalamt als Zentralstelle, S. 38; *Gärditz*, Strafprozeß und Prävention, S. 411; *Gusy*, DVBl 1993, S. 1117 (1124); *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87 Rn. 52; *Lisken/Denninger*, in: dies. (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn. C 160.

⁵² Vgl. § 5 Abs. 2 BKAG in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. Juni 1973, BGBl I S. 704.

⁵³ Zur Entwicklung *Papsthart*, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, § 4 BKAG Rn. 1.

⁵⁴ Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus vom 9. Januar 2002, BGBl I S. 361.

⁵⁵ Den nach herrschender Meinung kompetenzrechtlich erforderlichen Bundesbezug leitet die Gesetzesbegründung aus der globalen Datenverflechtung her, deretwegen die Zuständigkeit

Die Ermittlungsbefugnisse des Bundeskriminalamts ergeben sich im Einzelnen aus der Strafprozessordnung.⁵⁶ Sie setzen dementsprechend den Anfangsverdacht einer Straftat voraus und dienen allein repressiven Zwecken. Zur präventiven Straftatenverhütung ist das Bundeskriminalamt im Rahmen seiner Aufgabe nach § 4 BKAG nicht ermächtigt.⁵⁷ Lediglich zur Eigensicherung seiner Beamten darf das Amt nach § 16 BKAG technische Mittel einsetzen.

Im Rahmen seiner Strafverfolgungstätigkeit kann das Bundeskriminalamt den Landes kriminalämtern gemäß § 4 Abs. 4 BKAG Weisungen für die Zusammenarbeit erteilen. Diese Weisungsbefugnis wird für erforderlich gehalten, da das Amt im Zuge seiner Ermittlungstätigkeit in der Regel darauf angewiesen ist, die örtlichen Polizeibehörden einzuschalten.⁵⁸

c) Schutzaufgaben

Schließlich hat das Bundeskriminalamt sachlich eng begrenzte Schutzaufgaben. Nur in diesem Rahmen hatte das Amt bislang Befugnisse zu Ermittlungsmaßnahmen mit präventiver Zielrichtung sowie zur Gefahrenabwehr mit Befehl und Zwang.

Dabei handelt es sich zum einen um den Zeugenschutz, der seit 1997 die Strafverfolgungsaufgabe des Amtes ergänzt.⁵⁹ Gegen diese Schutzaufgabe bestehen insoweit keine kompetenzrechtlichen Bedenken, als auch die Strafverfolgungsaufgabe mit der Kompetenzordnung des Grundgesetzes in Einklang steht, da der Zeugenschutz als Annex der Strafverfolgung anzusehen ist.⁶⁰

einer Landesbehörde oftmals nicht gleich erkennbar sei, BT-Drucks. 14/7386, S. 52. Allerdings beschränkt sich § 4 Abs. 1 Nr. 5 BKAG nicht auf solche Fälle. Das Bundeskriminalamt ist demnach auch zuständig, wenn eindeutig feststeht, dass der Fall nur die Bundesrepublik oder sogar nur ein einzelnes Bundesland betrifft. In einem solchen Fall lässt sich ein Bundesbezug auch bei weitem Verständnis kaum annehmen. Die Norm ist gleichwohl letztlich kompetenzrechtlich unbedenklich, wenn mit der zutreffenden Auffassung die Ermittlungszuständigkeiten des Bundeskriminalamts auf die in Art. 96 Abs. 5 GG genannten Deliktsfelder beschränkt werden, da die Fälle des § 4 Abs. 1 Nr. 5 BKAG dem Staatsschutz zuzuordnen sind, wie hier *Middel*, Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung, S. 248; *Paeffgen*, StV 2002, S. 336 (340); kritisch zu der Norm *Lepsius*, *Leviathan* 32 (2004), S. 64 (77, Fn. 33).

⁵⁶ *Kretschmer*, Jura 2006, S. 336 (338); *Papsthart*, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), *Strafrechtliche Nebengesetze*, § 4 BKAG Rn. 7.

⁵⁷ *Kretschmer*, Jura 2006, S. 336 (338); *Papsthart*, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), *Strafrechtliche Nebengesetze*, § 4 BKAG Rn. 5.

⁵⁸ *Papsthart*, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), *Strafrechtliche Nebengesetze*, § 4 BKAG Rn. 22; vgl. auch die Gesetzesbegründung der BKAG-Novelle von 1997, BT-Drucks. 13/1550, S. 55.

⁵⁹ Bereits zuvor sahen die Gemeinsamen Richtlinien der Innenminister und -senatoren und der Justizminister und -senatoren der Länder vom 29. Juni 1990 vor, dass das Bundeskriminalamt eigene Maßnahmen zum Zeugenschutz treffen konnte. Die Gesetzesnovelle von 1997 sollte für diese Maßnahmen eine spezielle Rechtsgrundlage schaffen, vgl. BT-Drucks. 13/1550, S. 24.

⁶⁰ *Papsthart*, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), *Strafrechtliche Nebengesetze*, § 6 BKAG Rn. 2; *Schreiber*, NJW 1997, S. 2137 (2140).

Die weitere Aufgabe, die Mitglieder der Verfassungsorgane des Bundes und ihre ausländischen Gäste zu schützen, entspricht hingegen nicht der Kompetenzrechtsordnung. Die Verwaltungskompetenz des Bundes soll insoweit aus der Natur der Sache folgen.⁶¹ Jedoch sind die Voraussetzungen einer derartigen ungeschriebenen Kompetenz eng zu fassen. Es muss zwingend erforderlich und nicht nur zweckmäßig erscheinen, dass der Bund eine Aufgabe ausführt.⁶² Hingegen ist nicht ersichtlich, warum nicht auch Landesbehörden die Verfassungsorgane des Bundes schützen können, zumal nach § 5 BKAG deren Zuständigkeit unberührt bleiben soll.⁶³

3. Zwischenfazit

Die Stellung des Bundeskriminalamts im Gefüge der kriminalpolizeilichen Behörden hat sich seit Gründung des Amtes kontinuierlich verstärkt. Insgesamt lässt sich so eine Tendenz ausmachen, bedeutende Teile des Kriminalpolizeiwesens zu zentralisieren und bei dem Bundeskriminalamt zu konzentrieren. Dies liegt allerdings nur zum Teil an neuen oder erweiterten Aufgaben und Befugnissen des Amtes nach dem BKA-Gesetz. Insoweit werden die Zentralisierungstendenzen begünstigt durch wenig klare verfassungsrechtliche Kompetenzregelungen, deren Interpretation nach der herrschenden Meinung den Gesetzgebungs- und Verwaltungsbefugnissen des Bundes kaum handhabbare Grenzen setzt. Wesentlicher sind für die heutige Stellung des Bundeskriminalamts der gesellschaftliche und politische Erfolg des Präventionsgedankens, die informationstechnische und kriminalistische Entwicklung und die zunehmende internationale Vernetzung der nationalen Polizeitätigkeit. Diese Faktoren haben die hergebrachte Zentralstellenfunktion des Amtes stetig bedeutsamer werden lassen. Der starke Zuwachs des Personalbestands und der Haushaltsmittel des Bundeskriminalamts seit seiner Gründung dürfte sich maßgeblich daraus erklären.⁶⁴

Die Tendenz zur Konzentration und Zentralisierung bei dem Bundeskriminalamt entspricht vergleichbaren Entwicklungen bei anderen Sicherheitsbehörden. So wur-

⁶¹ So die Gesetzesbegründung der BKAG-Novelle von 1997, BT-Drucks. 13/1550, S. 20; ebenso aus der Literatur *Ahlf*, Das Bundeskriminalamt als Zentralstelle, S. 41; *Gärditz*, Strafprozeß und Prävention, S. 269; *Schreiber*, NJW 1997, S. 2137 (2140); *Werthebach/Droste*, in: Dolzer/Waldhoff/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar, Art. 73 Nr. 10 Rn. 133; für eine Verwaltungskompetenz aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 und Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG *Lerche*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87 Rn. 139; offenlassend *Burgi*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87 Rn. 48; unklar *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87 Rn. 53.

⁶² BVerfGE 11, 6 (17); 22, 180 (217); 41, 291 (312).

⁶³ Kritisch auch *Lisken/Denninger*, in: dies. (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn. C 161; *Merten*, DVBl 1987, S. 395 (401 ff.).

⁶⁴ Dazu *Mokros*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn. B 17, der diesen Zuwachs jedoch anscheinend in erster Linie auf den rechtlichen Ausbau von Aufgaben und Befugnissen des Amtes zurückführt.

den bereits 1992⁶⁵ die damaligen sonderpolizeilichen Zuständigkeiten des Bundes bei dem damaligen Bundesgrenzschutz, der heutigen Bundespolizei,⁶⁶ zusammengeführt.⁶⁷ Zum 1. März 2008 wurde die Organisation der Bundespolizei zentralisiert,⁶⁸ um die Schleuserkriminalität, die illegale Migration und den internationalen Terrorismus effizienter zu bekämpfen.⁶⁹ Im Bereich des Verfassungsschutzes wurde die Stellung des Bundes gestärkt, als die Befugnisse des Bundesamts für Verfassungsschutz im Zeichen der Terrorismusbekämpfung ausgebaut wurden.⁷⁰ Schließlich werden die Sicherheitsbehörden des Bundes und der Länder zunehmend miteinander vernetzt, wobei der Bund zentrale Aufgaben wahrnimmt. Der seit jeher mögliche Informationsaustausch nach den Datenübermittlungsregelungen der jeweiligen Fachgesetze⁷¹ wurde insbesondere durch die Antiterrordatei intensiviert, eine bei dem Bundeskriminalamt geführte Datenbank von insgesamt 38 Sicherheitsbehörden von Bund und Ländern.⁷² Organisatorische Vernetzungen entstehen durch zentrale Einrichtungen, die den Informationsaustausch zwischen verschiedenen Sicherheitsbehörden erleichtern und fachliche Expertise bündeln sollen, ohne dass der rechtliche Rahmen der behördlichen Zusammenarbeit geändert worden wäre. Zu nennen sind das Gemeinsame Terrorismusabwehrzentrum,⁷³ das Gemeinsame Internetzentrum⁷⁴ und

⁶⁵ Durch das Gesetz zur Übertragung der Aufgaben der Bahnpolizei und der Luftsicherheit auf den Bundesgrenzschutz vom 23. Januar 1992, BGBl I S. 178; dazu BVerfGE 97, 198; *Ronellenfisch*, *VerwArch* 90 (1999), S. 139 ff.

⁶⁶ Kritisch zu dem symbolischen Gehalt der Umbenennung dieser Behörde *Mörtl*, *Die Verwaltung* 41 (2008), S. 309 (323).

⁶⁷ Zu späteren Entwicklungen bis zum Jahr 2005 *Saurer*, *NVwZ* 2005, S. 275 (280).

⁶⁸ Insbesondere wurde die bisherige Mittelbehördenstruktur mit fünf Bundespolizeipräsidien aufgegeben und mit dem Bundespolizeipräsidium in Potsdam eine Bundesoberbehörde geschaffen, die die Arbeit der gesamten Bundespolizei steuert. Zudem wurden die bisherigen 19 Bundespolizeiamter regional zu neun Bundespolizeidirektionen zusammengefasst. Vgl. im Einzelnen das Gesetz zur Änderung des Bundespolizeigesetzes und anderer Gesetze vom 26. Februar 2008, BGBl I S. 215.

⁶⁹ So die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/6291, S. 9.

⁷⁰ Zu den Neuregelungen im Rahmen der Anti-Terror-Pakete des Jahres 2002 *Middel*, *Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung*, S. 223 ff.

⁷¹ Dazu *Petri*, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, S. 825, Rn. H 442 ff.

⁷² Errichtet auf der Grundlage von Art. 1 des Gesetzes zur Errichtung gemeinsamer Dateien von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten des Bundes und der Länder (*Gemeinsame-Dateien-Gesetz*) vom 22. Dezember 2006, BGBl I S. 3409; dazu *Stubenrauch*, *Gemeinsame Verbunddateien von Polizei und Nachrichtendiensten*.

⁷³ Dieses Zentrum dient dazu, die Spezial- und Analyseeinheiten von Bundeskriminalamt und Bundesamt für Verfassungsschutz zusammenzuführen sowie die Bundespolizei und die weiteren angeschlossenen Sicherheitsbehörden aus Bund und Ländern einzubinden, kritisch *Lange*, in: *Möllers/van Ooyen* (Hrsg.), *Terrorismus und wehrhafte Demokratie*, Bd. 2, S. 243 (266 ff.).

⁷⁴ Dieses Zentrum soll die Ressourcen des Bundesamtes für Verfassungsschutz, des Bundeskriminalamtes, des Bundesnachrichtendienstes, des Militärischen Abschirmdienstes und des Generalbundesanwalts bündeln, um das Internet zu beobachten, dazu die Selbstdarstellung

das Gemeinsame Analyse- und Strategiezentrum illegale Migration,⁷⁵ die jeweils Vertreter verschiedener Behörden im Rahmen einer dauerhaften Kooperation zusammenführen.

Allerdings war die Tätigkeit des Bundeskriminalamts nach der bisherigen Rechtslage in einem wesentlichen Punkt begrenzt: Außer in den eher marginalen Bereichen des Schutzes von Verfassungsorganen und des Zeugenschutzes hatte es präventive Aufgaben allein im Rahmen seiner Dienstleistungsfunktion als Zentralstelle. Präventivpolizeiliche Befugnisse zu selbstständigen⁷⁶ Ermittlungen oder gar zur Gefahrenabwehr mit Befehl und Zwang standen dem Amt bislang nicht zu.

II. Der Kompetenztitel in Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG

Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG verleiht dem Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für

„die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalpolizeiamt in Fällen, in denen eine länderübergreifende Gefahr vorliegt, die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde nicht erkennbar ist oder die oberste Landesbehörde um eine Übernahme ersucht“.

Der Kompetenztitel ermöglicht dem Bund, das Bundeskriminalamt mit einer eigenen präventivpolizeilichen Aufgabe und entsprechenden Befugnissen auszustatten. Dadurch verschiebt sich das bundesstaatliche Kompetenzgefüge im Sicherheitsbereich. Als wie bedeutsam diese Verschiebung einzuschätzen ist, hängt allerdings von dem Gegenstand und der Reichweite der neuen Bundeskompetenz ab. Diese werden im Folgenden umfassend untersucht. Im Anschluss wird der neue Kompetenztitel in die Kompetenzordnung eingeordnet. Schließlich soll die Frage nach dem Sinn des Kompetenztitels aufgeworfen werden.

1. Gegenstand und Reichweite der Bundeskompetenz

a) Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz

Entgegen seiner systematischen Stellung begründet Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG nicht nur eine Gesetzgebungs-, sondern auch eine Verwaltungskompetenz des Bun-

auf der Website des Bundesinnenministeriums, http://www.bmi.bund.de/cln_144/SharedDocs/Standardartikel/DE/Themen/Sicherheit/Terrorismus/GemeinsamesInternetzentrum.html.

⁷⁵ Dieses Zentrum soll fachliche Kompetenzen bei der Bekämpfung der illegalen Migration bündeln, dazu die Selbstdarstellung unter https://www.bmi.bund.de/cln_144/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/07/gemeinsames_analyse_%20und_strategiezentrum_%20illegale_migration_gasim.html.

⁷⁶ Siehe zu § 7 Abs. 2 BKAG oben Teil 1, I. 2. a).

des.⁷⁷ Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Norm. Dem Bund wird ausdrücklich die Gesetzgebungskompetenz zugewiesen, die Abwehr bestimmter Gefahren gerade durch das Bundeskriminalpolizeiamt zu regeln. Das impliziert, dass dieses Amt für die Gefahrenabwehr zuständig ist. Auch die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG eine hinreichende verfassungsrechtliche Grundlage darstellt, um das Bundeskriminalamt als Bundesbehörde mit präventiven Befugnissen auszustatten.⁷⁸

Die Gegenauffassung⁷⁹ will die Verwaltungskompetenz des Bundes aus Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG herleiten, der im Zuge der Föderalismusreform nicht geändert wurde. Das Bundeskriminalamt soll also als Zentralstelle der Kriminalpolizei auch mit der präventiven Terrorabwehr betraut werden. Daraus wird allerdings nicht der Schluss gezogen, dass sich aus der Zentralstellenfunktion Grenzen dieser Tätigkeit ergeben.⁸⁰ Das ließe sich auch kaum vertreten, da der Kompetenztitel und seine Begründung den Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers klar erkennen lassen, umfassende Präventivbefugnisse des Bundeskriminalamts zu ermöglichen. Der Streit um die Grundlage der Verwaltungskompetenz hat damit im Rahmen von Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG keine praktische Relevanz. Würde jedoch die präventive Tätigkeit des Bundeskriminalamts auf Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG gestützt, so könnte dies den Zentralstellenbegriff endgültig aushöhlen.⁸¹ Wenn aus diesem Begriff im Bereich der Terrorabwehr keine Beschränkungen für die Verwaltungskompetenz des Bundes folgten, wäre kaum ersichtlich, warum er derartige Beschränkungen für die anderen Tätigkeiten des Bundeskriminalamts als Zentralstelle begründen sollte.

b) Internationaler Terrorismus

Der neue Kompetenztitel ermächtigt den Bund, das Bundeskriminalamt gegen den internationalen Terrorismus einzusetzen. Dies könnte das sicherheitsbehördliche Gefüge erheblich verändern und die Länderhoheit im Bereich der Gefahrenabwehr empfindlich beeinträchtigen. Sowohl die Kompetenznorm als auch die Gesetzesbegründung bieten jedoch Anhaltspunkte für eine restriktive Interpretation, die solche Folgen vermeidet.

⁷⁷ Kluth, in: ders. (Hrsg.), Föderalismusreformgesetz, Art. 73 Rn. 6; Meyer, Die Föderalismusreform 2006, S. 297; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 73 Rn. 30; Tams, DÖV 2007, S. 367 (368 f.).

⁷⁸ BT-Drucks. 16/813, S. 12.

⁷⁹ Heintzen, in: Starck (Hrsg.), Föderalismusreform, Rn. 94 f.; Stettner, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 73 Rn. 52.

⁸⁰ Vgl. Stettner, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 73 Rn. 54: Der Gesetzgeber habe „Eingriffstatbestände zu schaffen [...], die den aus dem Polizei- und Sicherheitsrecht bekannten Handlungsmöglichkeiten vergleichbar“ seien; unkonkret und daher unklar Heintzen, in: Starck (Hrsg.), Föderalismusreform, Rn. 98.

⁸¹ Zu den Ausweitungstendenzen der gängigen Interpretation von Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 und Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG oben Teil 1, I. 1.

Der Begriff des internationalen Terrorismus taugt bei weiter Auslegung dazu, die sonderpolizeilichen Kompetenzen des Bundes erheblich zu erweitern. Terrorismus ist eine Erscheinungsform der Schwerekriminalität,⁸² die sich äußerlich von anderen Straftaten nicht notwendigerweise unterscheidet und zu der es grundsätzlich jederzeit und überall kommen kann. Anders als im Rahmen der meisten⁸³ hergebrachten sonderpolizeilichen Aufgaben des Bundes im Inland⁸⁴ fehlt es an einem äußerlichen (räumlichen, sachlichen oder persönlichen) Anknüpfungspunkt,⁸⁵ mit dem der Gegenstand der Bundeskompetenz beschrieben werden könnte.⁸⁶ Eine terroristische Straftat zeichnet sich vielmehr maßgeblich durch das Ziel aus, das der Täter verfolgt.⁸⁷ Damit kommt es wesentlich auf subjektive Umstände an, die sich gerade im Voraus nicht stets absehen lassen. Ein solcher rein subjektiver Terrorismusbegriff

⁸² Die Unterscheidung von Terrorismus und kriegerischer Gewalt ist für die Frage, inwieweit das Bundeskriminalamt als Polizeibehörde zur präventiven Terrorismusbekämpfung berufen ist, weitgehend irrelevant, da es hier nur um Abwehrmaßnahmen im Inland geht. Hingegen kommt dieser Unterscheidung für die völkerrechtliche Einordnung des Terrorismus erhebliche Bedeutung zu, vgl. *Oeter*, in: Koch (Hrsg.), *Terrorismus – Rechtsfragen der äußeren und inneren Sicherheit*, S. 29 (43 ff.); *Tomuschat*, DÖV 2006, S. 357 (360); *Volz*, *Extraterritoriale Terrorismusbekämpfung*, S. 29 ff. Nach Auffassung mancher Autoren soll die „Kriegsähnlichkeit“ terroristischer Gewalthandlungen daneben Bedeutung für die de lege (und auch de constitutione) lata rechtlich nicht bedeutsame Frage nach der Anwendung eines spezifischen „Feindrechts“ auf Terroristen haben, in diese Richtung etwa *Pawlik*, *Der Terrorist und sein Recht*, S. 10 ff.

⁸³ § 7 BPolG, der an den Notstands- und Verteidigungsfall anknüpft, hat bislang keine praktische Relevanz erlangt.

⁸⁴ Zu § 8 BPolG, nach dem Angehörige der Bundespolizei im Ausland eingesetzt werden können, und der problematischen Verfassungsmäßigkeit dieser Norm *Fischer-Lescano*, AöR 128 (2003), S. 52 ff.

⁸⁵ Vgl. § 5 BKAG und §§ 5, 9 BPolG – Schutz von Bundesorganen; § 6 BKAG – Zeugenschutz im Rahmen der strafprozessualen Zuständigkeiten des Bundeskriminalamtes; § 2 BPolG – Grenzschutz; § 3 BPolG – Bahnpolizei; §§ 4, 4a BPolG – Luftsicherheit; § 6 BPolG – Aufgaben auf See.

⁸⁶ Schwierigkeiten wirft insoweit allerdings auch die Grenzschutzaufgabe nach § 2 BPolG auf. Die räumliche Anknüpfung wird in dieser Norm dadurch relativiert, dass die Zuständigkeit der Bundespolizei sich auf das Grenzgebiet bis zu einer Tiefe von 30 km erstreckt. Allerdings beschränkt sich die Aufgabenzuweisung auf grenzspezifische Gefahren, so dass insgesamt der Wirkungskreis der Bundespolizei stimmig eingegrenzt wird, ebenso *Lisken/Denninger*, in: *dies.* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, Rn. C 153.

⁸⁷ Der Terrorismusbegriff ist im Übrigen in der politischen wie in der rechts- und politikwissenschaftlichen Diskussion nach wie vor umstritten, vgl. zu den Hintergründen und Bruchlinien der Auseinandersetzung *Backes*, in: *Möllers/van Ooyen* (Hrsg.), *Terrorismus und wehrhafte Demokratie*, Bd. 2, S. 15 ff.; *Lutz*, in: Koch (Hrsg.), *Terrorismus – Rechtsfragen der äußeren und inneren Sicherheit*, S. 9 ff.; *Middel*, *Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung*, S. 44 ff.; *Waldmann*, in: *Graulich/Simon* (Hrsg.), *Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, S. 47 ff.; *Walter*, in: *Walter/Vöneky/Röben* u. a. (Hrsg.), *Terrorism as a challenge for national and international law: security versus liberty?*, S. 23 ff.; alle m.w.N. Dass es vor allem auf das Ziel einer Straftat ankommt, ist aber weitgehend anerkannt, so insbesondere auch der im Völkerrecht erzielte Teilkonsens, dazu *Oeter*, in: Koch (Hrsg.), *Terrorismus – Rechtsfragen der äußeren und inneren Sicherheit*, S. 29 (34 ff.); *Tomuschat*, DÖV 2006, S. 357 (361).

könnte die Grenzen einer präventivpolizeilichen Kompetenzzuweisung kaum trennscharf beschreiben. Aus den unvermeidlichen Prognoseschwierigkeiten könnte dann der Schluss gezogen werden, die Bundeskompetenz weit zu interpretieren, um sicherzustellen, dass keine terroristische Gefahrenlage außerhalb des Kompetenztitels liegt. In der Folge könnte der Bund den neuen Kompetenztitel nutzen, um polizeiliche Zuständigkeiten zur Verhinderung und Verhütung von Straftaten, also in einem Kernbereich der Gefahrenabwehr,⁸⁸ in weitem Umfang an sich zu ziehen. Die ohnehin zu beobachtende Tendenz, polizeiliche Tätigkeiten beim Bund zu zentralisieren, könnte dadurch erheblich verstärkt werden. Zugleich wäre ein weiterer wesentlicher Schritt getan, um das Bundeskriminalamt von einer primär informationell handelnden Serviceeinrichtung zu einer zentralen Polizeibehörde mit umfangreichen präventiven und repressiven Exekutivbefugnissen im Bereich der Schwerekriminalität umzugestalten.⁸⁹

Allerdings liegt eine solche extensive Interpretation von Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG fern. Der Kompetenztitel ermöglicht dem Bund nicht etwa, die Terrorismusabwehr generell an sich zu ziehen, sondern setzt einen spezifisch normierten Bundesbezug voraus. Der Bund ist nur dann zuständig, wenn eine Gefahrenabwehr durch Landespolizeibehörden in bestimmten Fällen keinen hinreichenden Erfolg verspricht.⁹⁰ Daran zeigt sich, dass die Kompetenznorm die Polizeihöhe der Länder grundsätzlich wahren soll, die allgemein als wesentlicher Bestandteil ihrer Eigenstaatlichkeit angesehen wird.⁹¹ Angesichts dessen ist es geboten, nach einem Anhaltspunkt für eine restriktive Interpretation auch des Terrorismusbegriffs zu suchen.

Ein solcher Anhaltspunkt findet sich in der Gesetzesbegründung, die auf das Begriffsverständnis verweist, das den seinerzeit bereits geltenden nationalen und internationalen Normen zur Terrorismusbekämpfung zugrunde liegt.⁹² Zwar können solche Normen, die keinen Verfassungsrang haben, den Terrorismusbegriff des grundgesetzlichen Kompetenztitels nicht abschließend definieren. Auch die Gesetzesbegründung betont dementsprechend, dass der Terrorismusbegriff des Kompetenztitels offen für künftige Entwicklungen ist. Jedoch geben diese Normen den Rechtsstand wieder, von dem der verfassungsändernde Gesetzgeber ausging, und bieten damit eine Auslegungshilfe. Ergiebig ist dabei der Verweis der Gesetzesbegründung auf Art. 1 Abs. 1 des EU-Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung.⁹³ Diese

⁸⁸ *Tams*, DÖV 2007, S. 367 (372).

⁸⁹ Vgl. *Tams*, DÖV 2007, S. 367 (372): Der Kompetenztitel verstärke die Entwicklung des BKA zur „multifunktionalen Sicherheitsbehörde“.

⁹⁰ Dazu im Einzelnen unten Teil 1, II. 1. d).

⁹¹ Vgl. nur BVerfGE 97, 198 (217 f.).

⁹² BT-Drucks. 16/813, S. 12.

⁹³ Rahmenbeschluss 2002/475/JI des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung, ABl. L 164 S. 3, geändert durch den Rahmenbeschluss 2008/919/JI des Rates vom 28. November 2008 zur Änderung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI zur Terrorismusbekämpfung, ABl. L 330 S. 21. Die anderen in der Gesetzesbegründung genannten Normen tragen dagegen kaum zur Interpretation des Terrorismusbegriffs bei. Art. 29 Abs. 2 und Art. 31

Norm nennt drei Komponenten einer terroristischen Handlung, die alle näher beschrieben werden:⁹⁴ Eine solche Handlung besteht 1. in einer schweren Straftat, mit der der Täter 2. eine spezifisch terroristische Zielsetzung verfolgt und die 3. objektiv geeignet ist, ein Land oder eine internationale Organisation ernsthaft zu schädigen. Die ersten beiden Komponenten entsprechen im Wesentlichen den anerkannten Minimalanforderungen und sind, wie oben dargelegt, im präventivpolizeilichen Bereich nur bedingt geeignet, den Terrorismus trennscharf gegen andere Erscheinungsformen der Schwerkriminalität abzugrenzen. Das Merkmal der besonderen Schadenseignung hingegen lässt sich heranziehen, um die Reichweite der Kompetenznorm zu beschränken, da es objektiv zu bestimmen und damit einer Prognose eher zugänglich ist. Eine drohende schwere Straftat, mit der möglicherweise terroristische Ziele verfolgt werden, ist danach nur dann als terroristischer Akt im Sinne von Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG anzusehen, wenn sie ein besonderes Schadenspotential aufweist.⁹⁵ Welche Anforderungen an dieses Schadenspotential im Einzelnen gestellt werden, hat der einfache Gesetzgeber festzulegen, der dazu berufen ist, den Terrorismusbegriff zu präzisieren.

Weiter beschränkt sich die Bundeskompetenz auf Fälle des *internationalen* Terrorismus. Für terroristische Phänomene, die auf Deutschland begrenzt sind,⁹⁶ bleiben allein die Länder zuständig. Ob diese Beschränkung den Kompetenztitel wirksam begrenzt, hängt davon ab, welche Anforderungen an den internationalen Bezug gestellt werden. So überzeugt es nicht, dass nach der Begründung der Novelle des BKA-Gesetzes bereits ausreichen soll, wenn eine lediglich in Deutschland tätige Gruppe in „international propagierte ideologische Strömungen“ wie etwa den „weltweiten Jihad“ eingebunden ist. Noch zweifelhafter erscheint die Annahme, sogar eine Einzelperson, die allein handelt, ihre Tätigkeit auf Deutschland beschränkt und lediglich durch allgemein gehaltene ideologische Botschaften aus dem Ausland motiviert wird, könne dem internationalen Terrorismus zugerechnet werden.⁹⁷ Bei derartiger Interpretation wird das Merkmal der Internationalität konturenlos, da ein solcher Einfluss sich in Zeiten des Internet vielfach unterstellen lassen wird. Vielmehr ist zu fordern, dass entweder Anhaltspunkte für grenzüberschreitende Tätigkeiten bestehen, die auf terroristische Straftaten gerichtet sind, etwa Unterstützungs-, Planungs-, Koordinie-

Abs. 1 Buchstabe e EU verwenden den Begriff, ohne ihn zu erläutern. § 129a Abs. 2 StGB setzt den Rahmenbeschluss teilweise um, ohne selbst eine Legaldefinition des Terrorismus zu enthalten, dazu *Weißer*, JZ 2008, S. 388; *Zöller*, JZ 2007, S. 763 (764).

⁹⁴ Insgesamt umfasst Art. 1 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses in der deutschen Fassung knapp 250 Wörter. Kritisch dazu *Heintzen*, in: Starck (Hrsg.), Föderalismusreform, Rn. 96.

⁹⁵ Ähnlich *Stettner*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 73 Rn. 53; *Tams*, DÖV 2007, S. 367 (372 f.); für ein weiteres, kaum trennscharfes Begriffsverständnis *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 73 Rn. 46; *Heintzen*, in: Starck (Hrsg.), Föderalismusreform, Rn. 96; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 73 Rn. 30.

⁹⁶ Beispielhaft ist der RAF-Terrorismus der 1970er Jahre zu nennen, ebenso *Heintzen*, in: Starck (Hrsg.), Föderalismusreform, Rn. 97; *Stettner*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 73 Rn. 53.

⁹⁷ So aber BT-Drucks. 16/10121, S. 21.

rungs- oder Vorbereitungshandlungen, oder ein staatenübergreifender Schaden droht.⁹⁸ Mit dieser Maßgabe eignet sich auch das Merkmal des internationalen Bezugs dazu, die Reichweite der Bundeskompetenz wirksam zu begrenzen.

c) Gefahrenabwehr

Die Bundeskompetenz hat weiter die Gefahrenabwehr zum Gegenstand. Dieser Begriff ist klärungsbedürftig. Fraglich ist, ob der Bund das Bundeskriminalamt auch mit der Aufgabe betrauen kann, terroristische Straftaten zu verhüten, ohne dass bereits eine konkrete Gefahr im hergebrachten polizeirechtlichen Sinn besteht. Dies wird in der Literatur vereinzelt mit der Begründung verneint, Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG sei mit Blick auf die Länderzuständigkeit für Sicherheit und Ordnung restriktiv auszulegen. Auch dass die Norm eine Bundeskompetenz nur in bestimmten „Fällen“ begründe, spreche dafür, die Kompetenz auf die Abwehr konkreter Gefahren im Einzelfall zu begrenzen.⁹⁹

Diese Interpretation des Kompetenztitels ist jedoch zu eng.¹⁰⁰ Ob die Straftatenverhütung im Vorfeld konkreter Gefahren Teil der polizeilichen Aufgabe der Gefahrenabwehr ist oder als eigenständige Aufgabe begriffen werden muss, ist in der polizeirechtlichen Diskussion bislang nicht abschließend geklärt,¹⁰¹ zumal über die Grenze zwischen Gefahr und Gefahrenvorfeld keineswegs Übereinstimmung besteht.¹⁰² Mehrere Landespolizeigesetze regeln seit längerem ausdrücklich, dass die Aufgabe der Gefahrenabwehr die Straftatenverhütung und damit das Gefahrenvorfeld umfasst.¹⁰³ Hingegen finden sich in keinem Polizeigesetz Hinweise darauf,

⁹⁸ Ähnlich *Stettner*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 73 Rn. 53; *Tams*, DÖV 2007, S. 367 (373); vgl. ferner aus sozialwissenschaftlicher Sicht *Waldmann*, in: Graulich/Simon (Hrsg.), Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit, S. 47 (50 f.).

⁹⁹ *Roggan*, NJW 2009, S. 257 (258); in diese Richtung auch die Stellungnahme des Bundesrats vom 4. Juli 2008 zu dem Entwurf der Novelle des BKA-Gesetzes, wiedergegeben in BT-Drucks. 16/10121, S. 42.

¹⁰⁰ Wie hier für eine Bundeskompetenz auch zur Verhütung von Straftaten *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 73 Rn. 48; *Heintzen*, in: Starck (Hrsg.), Föderalismusreform, Rn. 98; *Kluth*, in: ders. (Hrsg.), Föderalismusreformgesetz, Art. 73 Rn. 9; *Meyer*, Die Föderalismusreform 2006, S. 298; der Gesetzgeber der Novelle des BKA-Gesetzes versteht den Kompetenztitel ebenso, vgl. BT-Drucks. 16/10121, S. 43.

¹⁰¹ Für die Eigenständigkeit der Straftatenverhütung etwa *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, S. 252 ff.; *Denninger*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn E 5 ff.; *Lepsius*, Jura 2006, S. 929(934); *Weßlau*, Vorfeldermittlungen, S. 110 ff.; für eine Zuordnung zur Gefahrenabwehr etwa *Möstl*, DVBl 2007, S. 581 (585); *Schoch*, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 2, Rn. 18.

¹⁰² Siehe unten Teil 2, III. 1. b) aa).

¹⁰³ Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bayPAG; § 1 Abs. 3 blnASOG; § 1 Abs. 1 Satz 2 bbgPolG; § 1 Abs. 4 hessSOG; § 1 Abs. 1 Satz 3 ndsSOG; § 1 Abs. 1 Satz 2 nwPolG; § 1 Abs. 1 Satz 3 rpPOG; so auch § 1 des Musterentwurfs eines einheitlichen Poli-

dass die Straftatenverhütung gegenüber der Gefahrenabwehr als selbstständige Aufgabe der Polizei anzusehen wäre. Die Gesetze, in denen die Straftatenverhütung in der Aufgabenbestimmung nicht erwähnt wird, enthalten gleichwohl Vorfeldbefugnisse zu diesem Zweck.¹⁰⁴ Die etablierte polizeirechtliche Regelungspraxis geht damit davon aus, dass die Aufgabe der Gefahrenabwehr die Straftatenverhütung umfasst. Diese Regelungspraxis mag dogmatischen Einwänden ausgesetzt oder zumindest diskussionsbedürftig sein. Gleichwohl spricht nichts dafür, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber sich von ihr distanzieren wollte. Für ein weites Begriffsverständnis lässt sich dagegen anführen, dass die Bundeskompetenz des Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG unter anderem Fälle umfasst, in denen die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde nicht erkennbar ist.¹⁰⁵ Gerade in diesen Fällen wird vielfach keine konkrete Gefahr bestehen.

d) Voraussetzungen der Kompetenzausübung

Der Kompetenztitel wird dadurch begrenzt, dass der Bund selbst dann, wenn eine Gefahr des internationalen Terrorismus besteht, nur in bestimmten Fällen tätig werden darf. Das Grundgesetz nennt drei Konstellationen, die sich auf den gemeinsamen Grundgedanken zurückführen lassen, dass aus besonderen Gründen eine Gefahrenabwehr (allein) durch Landesbehörden nicht effektiv genug zu sein droht. Die Voraussetzungen einer Bundeskompetenz sind allerdings unterschiedlich trennscharf formuliert und werfen zum Teil erhebliche Auslegungsprobleme auf.

aa) Übernahmeersuchen einer obersten Landesbehörde

Nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a Alt. 3 GG ist der Bund zuständig, wenn eine oberste Landesbehörde um die Übernahme ersucht. Es handelt sich um einen besonderen Fall der Amtshilfe. Daher liegt nahe, ähnlich wie bei der allgemeinen Regelung der Amtshilfe in Art. 35 Abs. 1 GG¹⁰⁶ zu verlangen, dass die Übernahme erforderlich ist, um die Aufgabe der präventiven Terrorismusabwehr zu erfüllen. Allerdings dürfte eine solche Begrenzung praktisch nur selten relevant werden, da kaum zu erwarten steht, dass eine oberste Landesbehörde den Bund ohne Not um Hilfe bittet.¹⁰⁷ Zudem ist der Landesbehörde ein Einschätzungsspielraum bei der Frage zuzubilligen, ob ein derartiger Notfall vorliegt. Da die Bundeszuständigkeit vom Willen des jeweiligen Landes abhängt, beeinträchtigt sie die Polizeihöhe der Länder nicht.¹⁰⁸

zeigesetzes des Bundes und der Länder (MEPolG) in der Fassung des Vorentwurfs zur Änderung des MEPolG (Stand 12. März 1986).

¹⁰⁴ *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, S. 120, m.w.N.

¹⁰⁵ Dazu unten Teil 1, II. 1. d) bb).

¹⁰⁶ Dazu *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 35 Rn. 4, m.w.N.

¹⁰⁷ Ebenso *Meyer*, Die Föderalismusreform 2006, S. 300, Fn. 692.

¹⁰⁸ *Tams*, DÖV 2007, S. 367 (373).

bb) Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde nicht erkennbar

Der Bund ist daneben gemäß Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a Alt. 2 GG zur Gefahrenabwehr zuständig, wenn die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde nicht erkennbar ist. Die Gesetzesbegründung führt aus, eine solche Situation bestehe dann, wenn noch keine sachlichen Anhaltspunkte dafür bestünden, welches Bundesland durch drohende terroristische Straftaten betroffen sein wird.¹⁰⁹ Diese Deutung ist allerdings zumindest missverständlich. Aus dem Verweis der Kompetenznorm auf die Zuständigkeitsordnung ergibt sich, dass die Bundeskompetenz nur dann greift, wenn überhaupt keine Anhaltspunkte dafür bestehen, welche Landespolizeibehörde örtlich zuständig ist. So liegt es beispielsweise, wenn aus dem Ausland ein Hinweis auf einen geplanten Anschlag kommt, ohne dass bereits abzusehen wäre, wer wo in Deutschland beteiligt ist oder welches Bundesland betroffen sein wird. Gibt es hingegen etwa bereits Hinweise auf bestimmte Personen im Inland, die mutmaßlich eine terroristische Straftat planen, so wird meistens auch ein örtlicher Anknüpfungspunkt bestehen, der die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde begründet. Dass der mögliche Tatort noch unbekannt ist, führt in einem solchen Fall nicht zur Zuständigkeit des Bundes.¹¹⁰ Eine Landesbehörde ist weiter auch dann zuständig, wenn sich abzeichnet, wo auf eine Gefahrenlage reagiert werden muss, selbst wenn unbekannt ist, in welchem Bundesland ein Schaden droht. Für ortsbezogene Abwehr- oder Ermittlungsmaßnahmen ist der Bund daher auf der Grundlage von Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a Alt. 2 GG nicht zuständig.

Weiter entfällt die Bundeskompetenz, sobald die Informationslage sich derart verdichtet, dass die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde erkennbar wird. Der Bund ist daher nur für einen Übergangszeitraum zuständig, um erste Ermittlungen ohne Ortsbezug anzustellen. Dementsprechend muss das Gesetz, das auf der Grundlage des Kompetenztitels ergeht, Regelungen enthalten, um im Anschluss die Abgabe der Sache an die zuständige Landesbehörde sicherzustellen.¹¹¹

Insgesamt erscheint Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a Alt. 2 GG aus bundesstaatlicher Warte unproblematisch, da die Norm die Bundeskompetenz auf Fälle beschränkt, in denen der Bund nicht auf die Polizeihöheit der Länder übergreift. Der Kompetenztitel dürfte insoweit allerdings auch kaum praktisch relevant werden. Ohne konkreten Ortsbezug lassen sich nur wenige Maßnahmen der Terrorismusabwehr überhaupt sinnvoll durchführen – hoheitlicher Befehl oder Zwang setzt einen solchen Bezug faktisch ebenso voraus wie die meisten Ermittlungsmethoden.¹¹² Im Übrigen würde in den sel-

¹⁰⁹ BT-Drucks. 12/813, S. 12.

¹¹⁰ So aber *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 73 Rn. 48; *Meyer*, Die Föderalismusreform 2006, S. 303; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 73 Rn. 30; *Stettner*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 73 Rn. 55.

¹¹¹ *Tams*, DÖV 2007, S. 367 (374); vgl. jetzt § 4a Abs. 2 Satz 4 BKAG und dazu unten Teil 2, II. 2.

¹¹² Ein Beispiel für eine Ermittlungsmaßnahme ohne Ortsbezug, die der Bund auf der Grundlage von Art. 93 Abs. 1 Nr. 9a Alt. 2 GG treffen könnte, wäre eine bundesweite Raster-

tenen Fällen, in denen es tatsächlich an einem hinreichenden Ortsbezug im Inland fehlt, gleichwohl aber eine Gefahr in der Bundesrepublik droht, auch ohne besondere Normierung die Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz des Bundes aus der Natur der Sache folgen.¹¹³

cc) Länderübergreifende Gefahr

Bundesstaatlich problematisch ist hingegen Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a Alt. 1 GG, nach dem der Bund auch dann zur Gefahrenabwehr zuständig ist, wenn eine länderübergreifende Gefahr besteht.

Der Begriff der länderübergreifenden Gefahr setzt sprachlich jedenfalls voraus, dass eine Gefahr des internationalen Terrorismus einen Bezug zu mindestens zwei Bundesländern aufweist.¹¹⁴ Daher kann es nicht überzeugen, wenn in der Literatur angenommen wird, eine Gefahr des internationalen Terrorismus sei zugleich auch länderübergreifend.¹¹⁵ Eine geplante terroristische Straftat kann durchaus zwar ein internationales Element aufweisen, sich aber innerhalb der Bundesrepublik auf ein einziges Land beschränken. In einem solchen Fall sind die Voraussetzungen des Kompetenztitels nicht erfüllt.

Im Übrigen erscheint fraglich, welche Anforderungen an den länderübergreifenden Bezug zu stellen sind. Anknüpfungspunkte könnten der drohende Schaden oder die Modalitäten der Tatbegehung sein. Der systematische Vergleich mit den anderen Fällen des Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG ergibt jedoch, dass es nicht darauf ankommen kann, ob ein länderübergreifender Schaden droht, sondern dass der Begriff der länderübergreifenden Gefahr an die Zuständigkeitsordnung anknüpft.

Der neue Kompetenztitel ist so ausgerichtet, dass der Bund seine präventive Kompetenz nur dann ausüben können soll, wenn eine Gefahrenabwehr durch die Landespolizeibehörden keinen hinreichenden Erfolg verspricht. Dies kann auf der eigenen Einschätzung der obersten Landesbehörde (Alt. 3) oder darauf beruhen, dass bereits nicht klar ist, welche Landespolizeibehörde überhaupt zur Gefahrenabwehr berufen ist (Alt. 2). Auch im Fall der länderübergreifenden Gefahr müssen daher Effektivitätsverluste drohen.

Solche Verluste ergeben sich nicht schon aus der Art der Gefahr und dem Ausmaß des drohenden Schadens. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber die Landespolizeibehörden für außerstande hielt, besonders schwerwiegende Gefahren abzuwehren. Weder in der Gesetzesbegründung noch in der vorherigen verfassungspolitischen Diskussion wurde ein solches Defizit behauptet.

fahndung nach „Gefährdern“. Ob eine solche Maßnahme ermittlungstaktisch sinnvoll ist, ist keine Frage der Zuständigkeitsordnung, sondern der Verhältnismäßigkeit, siehe auch unten Teil 2, Fn. 244.

¹¹³ Meyer, Die Föderalismusreform 2006, S. 300.

¹¹⁴ Ähnlich Meyer, Die Föderalismusreform 2006, S. 302.

¹¹⁵ So Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 73 Rn. 48.

tet. Ansonsten wäre zudem nicht erklärbar, dass die Bundeskompetenz sich auf Gefahren des internationalen Terrorismus beschränkt, obwohl Gefahren des nationalen Terrorismus gleichfalls komplexe Bedrohungslagen begründen und hohe Schäden nach sich ziehen können. Auch das begrenzende Erfordernis einer länderübergreifenden Gefahr ergäbe keinen Sinn, wenn die Landespolizeibehörden generell für unfähig gehalten würden, terroristische Gefahren abzuwehren.

Effektivitätsverluste können jedoch entstehen, wenn in einer Gefahrenlage mehrere Landespolizeibehörden zeitaufwändig miteinander kooperieren und ihr Handeln koordinieren müssen. Dementsprechend besteht eine länderübergreifende Gefahr nur dann, wenn mehrere Länder zur Gefahrenabwehr zuständig sind. Dies ist vor allem der Fall, wenn zusammengehörige terroristische Straftaten in mehreren Ländern begangen werden sollen oder solche Straftaten zumindest länderübergreifend geplant und vorbereitet werden. Demgegenüber ist es für eine länderübergreifende Gefahr weder notwendig¹¹⁶ noch hinreichend, dass durch eine terroristische Straftat Schäden in mehreren Bundesländern drohen. Beispielsweise würde ein drohender Anschlag auf eine öffentliche Versorgungseinrichtung von bundesweiter Bedeutung keine länderübergreifende Gefahr im Sinne des Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a Alt. 1 GG darstellen, wenn er allein von Tätern aus dem Bundesland des Standorts dieser Einrichtung und aus dem Ausland geplant, vorbereitet und ausgeführt werden soll. Auch wenn in einem derartigen Fall Schäden in allen Ländern drohen können, sind doch nur die Polizeibehörden des Standortlandes zur Gefahrenabwehr berufen, so dass keine Effektivitätsverluste durch Koordination und Kooperation drohen. Das Bundeskriminalamt ist in einem solchen Fall grundsätzlich darauf beschränkt, die zuständige Landespolizeibehörde als Zentralstelle mit Informationen und Expertise zu unterstützen und ihr Handeln international zu vernetzen. Befürchtet die Landespolizeibehörde, der Gefahr nicht alleine Herr zu werden, so kann sie gegenüber der obersten Landesbehörde auf ein Übernahmearbeiten nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a Alt. 3 GG hinwirken.

e) Zusammenarbeit von Bundeskriminalamt und Landespolizeibehörden

Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG ist schließlich so auszulegen, dass der Bund auch die Gesetzgebungskompetenz hat, das Zusammenwirken von Bundeskriminalamt und Landespolizeibehörden zu regeln. Problematisch ist allerdings, wie weit diese Kompetenz inhaltlich reicht.

Die Befugnis des Bundes, Regelungen zum Zusammenwirken von Bundeskriminalamt und Landespolizeibehörden zu treffen, ist ein Annex zu der ausdrücklich eingeräumten Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz. Nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG bleibt die Kompetenz der Länder zur Abwehr terroristischer Gefahren unberührt.

¹¹⁶ So aber *Tams*, DÖV 2007, S. 367 (374), dessen Interpretation, die an Art. 35 Abs. 3 und Art. 91 Abs. 2 GG anknüpft, ansonsten zu den gleichen Ergebnissen wie die hier vertretene Auffassung führen dürfte.

Mit dem Bundeskriminalamt tritt also lediglich ein weiterer Akteur der Gefahrenabwehr zu den Landespolizeibehörden hinzu. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Norm, die nur die Gefahrenabwehr „durch das Bundeskriminalpolizeiamt“ zum Gegenstand hat,¹¹⁷ und entspricht auch der Absicht des verfassungsändernden Gesetzgebers.¹¹⁸ Wenn das Bundeskriminalamt die Gefahrenabwehr auf das Ersuchen einer Landesbehörde oder bei einer länderübergreifenden Gefahr übernimmt, führt dies daher zu einer Mehrfachzuständigkeit des Bundes und mindestens eines Landes. Solche Mehrfachzuständigkeiten sind dem Grundgesetz auch sonst nicht fremd, bergen aber rechtsstaatliche und verwaltungspraktische Risiken:¹¹⁹ Zum einen drohen Freiheitsverluste durch mehrfache Grundrechtseingriffe. Eine doppelte Eingriffsmaßnahme ist zumindest in aller Regel nicht erforderlich und kann daher grundrechtlich nicht gerechtfertigt werden, auch wenn die Mehrfachzuständigkeit als solche nicht zu beanstanden ist. Zum anderen kann die Mehrfachzuständigkeit auch dazu führen, dass der erhoffte Effektivitätsgewinn bei der Gefahrenabwehr ausbleibt und nur die Zahl der zuständigen Polizeibehörden erhöht wird. Werden etwa Daten unabhängig voneinander mehrfach erhoben, ist dem Anliegen einer möglichst effektiven Gefahrenabwehr nicht gedient. Schlimmstenfalls drohen sogar Effektivitätsverluste, wenn mehrere Polizeibehörden sich nicht ausreichend abstimmen und dadurch gegenseitig behindern. Daher muss gewährleistet werden, dass die zuständigen Polizeibehörden zügig und kontinuierlich kooperieren und ihre Tätigkeit koordinieren. Unerlässliche Basis dafür sind rechtliche Regelungen. Diese Regelungen kann nur der Bund treffen.

Erörterungsbedürftig ist allerdings, welche Arten von Koordinations- und Kooperationsregelungen der Bund nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG vorsehen kann. Unproblematisch erscheint allein, dass Bundeskriminalamt und Landespolizeibehörden verpflichtet werden können, einander darüber zu informieren, dass sie die Gefahrenabwehr im konkreten Fall übernommen haben, und ihre Ermittlungsergebnisse auszutauschen. Fraglich ist dagegen, ob dem Bundeskriminalamt auch die Befugnis eingeräumt werden kann, den Landesbehörden Weisungen für die Zusammenarbeit zu erteilen, wie dies § 4 Abs. 4 BKAG im Bereich der Strafverfolgung vorsieht. Die Gesetzesbegründung ist insoweit unklar, da es dort lediglich heißt, die Einzelheiten des Zusammenwirkens zwischen dem Bundeskriminalamt und den Landespolizeibehörden seien einfachgesetzlich zu regeln.¹²⁰ In der Literatur wird eine Weisungsbefugnis des Bundes abgelehnt. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hätte demnach eine solche Befugnis ausdrücklich vorsehen müssen, da das Grundgesetz eine Mischverwal-

¹¹⁷ Heintzen, in: Starck (Hrsg.), Föderalismusreform, Rn. 101; Tams, DÖV 2007, S. 367 (368 f.).

¹¹⁸ BT-Drucks. 16/813, S. 12.

¹¹⁹ Zum Folgenden Mehde, JZ 2005, S. 815 (817 ff.); Oebbecke, in: Küper/Welp (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, S. 1119 (1125 ff.).

¹²⁰ BT-Drucks. 16/813, S. 12.

tung grundsätzlich verbiete.¹²¹ Dieses Argument ist jedoch nicht zwingend. Eine ausdrückliche Ermächtigung, Weisungen vorzusehen, fehlt auch in Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 und Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG. Gleichwohl werden die Weisungsbefugnisse des Bundeskriminalamts bei der Strafverfolgung überwiegend für verfassungsgemäß gehalten.¹²² Das Ziel einer möglichst raschen und effektiven Gefahrenabwehr im Bereich des internationalen Terrorismus spricht dafür, derartige Weisungen auch hier für zulässig zu halten. So können Auseinandersetzungen zwischen den zuständigen Polizeibehörden vermieden oder zumindest schneller beigelegt werden.¹²³

2. Auswirkung auf das bundesstaatliche Kompetenzgefüge

Der Kompetenztitel in Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG verstärkt die Tendenz zur Zentralisierung der Gefahrenabwehr, indem er dem Bund eine neue sonderpolizeiliche Zuständigkeit vermittelt. Es handelt sich auch zumindest für das Bundeskriminalamt um einen bedeutsamen Schritt, da ihm erstmals präventivpolizeiliche Befugnisse in nennenswertem Umfang eingeräumt werden können.¹²⁴

Welche Auswirkung der neue Kompetenztitel auf das bundesstaatliche Kompetenzgefüge in der Gefahrenabwehr insgesamt hat, hängt hingegen maßgeblich von der Interpretation der Norm ab. Materiell-rechtlich liegen die entscheidenden Schaltstellen bei den Begriffen des internationalen Terrorismus und der länderübergreifenden Gefahr. Organisationsrechtlich ist relevant, wie weit die Annexkompetenz des Bundes reicht, die Zusammenarbeit zwischen Bundeskriminalamt und Landespolizeibehörden zu regeln. Wird der Kompetenztitel insgesamt weit ausgelegt, so könnte der Bund die Aufgabe der Gefahrenabwehr in Fällen der Schwerekriminalität in erheblichem Ausmaß an sich ziehen und zudem dem Bundeskriminalamt in weitem Umfang ermöglichen, den Landespolizeibehörden Weisungen zu erteilen. Dies würde die Zuständigkeitsordnung im Sicherheitsbereich grundlegend verändern. Nach der hier vertretenen Auslegung hat die Kompetenznorm hingegen weniger weitreichende Folgen: Zum einen werden bei weitem nicht alle Straftaten, mit denen terroristische Ziele verfolgt werden, geeignet sein, einen terroristischen Schaden zu verursachen. Zum anderen wird selbst dann, wenn eine Straftat des internationalen Terrorismus droht, nicht immer eine länderübergreifende Gefahr bestehen, da nicht in jedem Fall mehrere Landespolizeibehörden zur Gefahrenabwehr zuständig sein werden.

¹²¹ *Heintzen*, in: Starck (Hrsg.), *Föderalismusreform*, Rn. 102; ohne Begründung („selbstverständlich“) gegen eine Weisungsbefugnis *Meyer*, *Die Föderalismusreform 2006*, S. 300.

¹²² Siehe oben Teil 1, Fn. 7.

¹²³ Wie hier *Kluth*, in: ders. (Hrsg.), *Föderalismusreformgesetz*, Art. 73 Rn. 11.

¹²⁴ *Tams*, *DÖV* 2007, S. 367 (375).

Im Übrigen kommt es maßgeblich darauf an, wie der Kompetenztitel einfachrechtlich konkretisiert wird.¹²⁵ Insbesondere hinsichtlich des Terrorismusbegriffs und der Regelungen zur Zusammenarbeit von Bundeskriminalamt und Landespolizeibehörden hat der Gesetzgeber einen großen Gestaltungsspielraum. Das Erfordernis einer länderübergreifenden Gefahr erscheint dagegen nicht weiter präzisierungsbedürftig, wenn es auf die Zuständigkeitsordnung bezogen wird.

Schließlich könnte Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG sogar dazu beitragen, den Kompetenzbereich des Bundeskriminalamts klarer abzustecken. Die Regelung könnte herangezogen werden, um die Kompetenznormen in Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 und Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG restriktiver auszulegen als bislang üblich. Werden diese Normen mit der herrschenden Meinung weit ausgelegt,¹²⁶ erscheint Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG letztlich überflüssig, da eine Bundeskompetenz für die Terrorismusabwehr auch ohne den neuen Kompetenztitel begründet werden kann.¹²⁷ Dieser Befund spricht allerdings weniger gegen den verfassungsändernden Gesetzgeber als gegen die herrschende Meinung zu der alten Kompetenzrechtslage, die auch ansonsten nicht überzeugt, da sie der Gesetzgebungs- und Verwaltungsbefugnis des Bundes keine handhabbaren Grenzen setzt. Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG liefert demnach ein weiteres systematisches Argument dafür, den Begriff der Zentralstelle in Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG eng zu fassen. Die Verwaltungskompetenz des Bundes deckt danach nur die Servicetätigkeit des Bundeskriminalamts, nicht aber Befugnisse zu außenwirksamen Ermittlungs- oder Zwangsmaßnahmen. Für solche Befugnisse bedarf es eines anderen Kompetenztitels, der sich für die Strafverfolgung in Art. 96 Abs. 5 GG,¹²⁸ für die Gefahrenabwehr in der neuen Kompetenzregelung findet.

3. Sinn der Kompetenznorm

Selbst wenn der neue Kompetenztitel das bundesstaatliche Kompetenzgefüge im Bereich der Gefahrenabwehr lediglich verschiebt und nicht umwälzt, stellt sich die Frage nach dem verfassungspolitischen Sinn dieser Kompetenzverschiebung. Die Gesetzesbegründung ist dazu wenig ergiebig. Dort wird lediglich auf die besondere Bedrohungslage im Bereich des internationalen Terrorismus verwiesen. Sodann wird beispielhaft angeführt, zahlreiche Hinweise auf terroristische Bedrohungen kämen aus dem Ausland, ohne dass sogleich die Zuständigkeit eines Landes erkennbar sei.¹²⁹ Dieses Beispiel mag erklären, warum ein Kompetenztitel für Fälle erforderlich ist, in denen sich die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde noch nicht feststellen

¹²⁵ Ähnlich *Kluth*, in: ders. (Hrsg.), *Föderalismusreformgesetz*, Art. 73 Rn. 12.

¹²⁶ Zu dieser herrschenden Meinung und zur Kritik daran oben Teil 1, I. 1.

¹²⁷ *Meyer*, *Die Föderalismusreform 2006*, S. 299 ff.

¹²⁸ Wie hier die Minderheitsauffassung im Schrifttum, siehe die Nachweise oben Teil 1, Fn. 12 und 55.

¹²⁹ BT-Drucks. 16/813, S. 12.

lässt. Es sagt jedoch nichts über den bundesstaatlich heikleren Fall einer länderübergreifenden Gefahr aus. Ergiebiger als die Gesetzesbegründung ist hingegen die Auseinandersetzung im Gesetzgebungsverfahren. Insbesondere bilden die Stellungnahmen der Sachverständigen gegenüber dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags¹³⁰ die Diskussion um eine Zentralisierung der präventiven Terrorismusbekämpfung ab, die nach Vorarbeiten im Schrifttum¹³¹ im politischen Raum etwa seit Mitte 2004 geführt wurde.¹³²

Für eine Zentralisierung der Terrorismusbekämpfung wird angeführt, so könnten Gefahren effektiver bekämpft werden.¹³³ Informations- und Zeitverluste könnten vermieden werden, die sich daraus ergäben, dass mehrere Behörden ihre Handlungen abstimmen und ihre Informationen austauschen müssten. Um den internationalen Terrorismus zu bekämpfen, müsse dem Bundeskriminalamt eine herausgehobene Rolle zuerkannt werden, weil es international vernetzt und im internationalen Verkehr erfahren sei. Schließlich erscheine es widersinnig, wenn das Bundeskriminalamt zwar eigene strafrechtliche Ermittlungsbefugnisse im Terrorismusbereich habe, jedoch keine präventiven Exekutivmaßnahmen treffen dürfe.

Gegen diese Argumente wird vorgebracht,¹³⁴ es sei empirisch nicht belegt, dass die Gefahrenabwehr weniger effektiv sei, wenn allein die Länder zuständig seien. Die Landespolizeibehörden seien im Gegenteil besser zur Gefahrenabwehr geeignet als eine Zentralbehörde, da sie ortskundig seien und vor Ort rascher handeln könnten. Die Landesbehörden könnten mit moderner Kommunikationstechnik auch effizient und rasch zusammenarbeiten. Demgegenüber steige durch die Mehrfachzuständigkeit von Bundeskriminalamt und Landespolizeibehörden der Abstimmungsbedarf sogar.

Es ist im Rahmen einer rechtsdogmatisch ausgerichteten Studie weder möglich noch angezeigt, die Argumente umfassend verfassungspolitisch zu würdigen, die für und gegen eine Zentralisierung der Terrorismusabwehr angeführt werden. Drei Punkte fallen an der Diskussion jedoch auf:

Zunächst bringen auch die Befürworter einer Zentralisierung nicht vor, die Landespolizeibehörden seien zur Gefahrenabwehr weniger kompetent als das Bundeskriminalamt. Die Diskussion dreht sich um Effektivitätsgewinne und -verluste, die sich

¹³⁰ Die Stellungnahmen sind abrufbar unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/foederalismusreform/Anhoerung/02_Inneres/Stellungnahmen/index.html.

¹³¹ Für eine Zentralisierung etwa *Werthebach*, in: Hirschmann/Leggemann (Hrsg.), *Der Kampf gegen den Terrorismus*, S. 339 ff.; kritisch etwa *Lange*, in: Möllers/van Ooyen (Hrsg.), *Terrorismus und wehrhafte Demokratie*, Bd. 2, S. 243 (247 ff.).

¹³² Nachweise in der Stellungnahme *Baldus*, S. 6 ff.; vgl. ferner *Tams*, DÖV 2007, S. 367 (368).

¹³³ Zum Folgenden die Stellungnahmen der Sachverständigen *Baldus*, S. 6 ff.; *Ziercke*, S. 1 ff.

¹³⁴ Zum Folgenden die Stellungnahmen der Sachverständigen *Brillo*, S. 3 ff.; *Kolmeyer*, S. 2 ff.; *Poscher*, S. 3 ff.

aus unterschiedlichen organisatorischen Arrangements ergeben. Es wird jedoch anscheinend davon ausgegangen, dass alle beteiligten Behörden grundsätzlich über Wissen und Mittel verfügen, um terroristische Straftaten zu verhindern. Dies ist insoweit bemerkenswert, als das Bundeskriminalamt selbst seine besondere kriminalistische Expertise stark betont.¹³⁵

Weiter beruht die Begründung, mit der eine Zentralisierung befürwortet wird, im Wesentlichen nicht auf Empirie, sondern auf Plausibilitätsannahmen. Dass das dezentrale Modell der Gefahrenabwehr im Bereich des internationalen Terrorismus bereits einmal versagt hätte, bringen auch die Befürworter einer Zentralisierung nicht vor. Stattdessen wird darauf verwiesen, wegen des Ausmaßes der drohenden Schäden könne nicht abgewartet werden, bis die Landesbehörden versagten.¹³⁶

Schließlich wird als Effektivitätshindernis in erster Linie genannt, dass unterschiedliche Polizeibehörden ihr Handeln abstimmen müssen. Die neue Bundeskompetenz beseitigt dieses Erfordernis allerdings nicht, sondern verschiebt es allenfalls zeitlich. Die zuständigen Behörden müssen sich nach wie vor abstimmen, da ansonsten die Gefahr besteht, dass sie unnötig in Grundrechte eingreifen und Ressourcen vergeuden. Das Bundeskriminalamt muss zudem mit den Landespolizeibehörden spätestens dann in weitem Umfang zusammenarbeiten, wenn zur Gefahrenabwehr nicht mehr nur heimlich ermittelt werden soll, sondern Gefahren mit Befehl und Zwang vor Ort abgewehrt werden müssen. Der Effektivitätsvorteil, den die Zentralisierung der Terrorismusabwehr bringen soll, kann sich daher allenfalls daraus ergeben, dass das Bundeskriminalamt aufgrund eines Hinweises schnell selbst ermitteln kann. Bei dem heutigen Stand der Kommunikationstechnik drängt sich die Frage auf, wie viel Zeit so gewonnen werden kann.

III. Die Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung – zur institutionellen Bedeutung der neuen Bundeskompetenz

Der neue Kompetenztitel wirft ein Folgeproblem auf, das nicht grundsätzlich neu ist, sich hier aber mit besonderer Schärfe stellt. Während das Bundeskriminalamt nach der bisherigen Rechtslage eigene Ermittlungs- und Zwangsbefugnisse im Wesentlichen nur im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungsverfahren hatte, ermöglicht Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG, dem Amt derartige Befugnisse auch zu präventiven Zwecken einzuräumen. In der Folge ist erörterungsbedürftig, wie die präventive Tätigkeit des Bundeskriminalamts auf der Grundlage des neuen Kompetenztitels sich zu der strafrechtlichen Ermittlungstätigkeit dieser Behörde verhält. Die Abgrenzung von

¹³⁵ Vgl. dazu etwa die Selbstdarstellung der Behörde in der Broschüre „Das Bundeskriminalamt – Das Profil“, abrufbar unter <http://www.bka.de/profil/broschueren/profil2008.pdf>.

¹³⁶ So die Stellungnahme des Sachverständigen *Baldus*, S. 19.

Prävention und Repression entscheidet maßgeblich über die institutionelle Stellung des Bundeskriminalamts im Gefüge der Sicherheitsbehörden des Bundes.

Das Abgrenzungsproblem ist bekannt. Die Landespolizeibehörden haben gleichfalls die Aufgabe, sowohl präventiv Gefahren abzuwehren als auch repressiv an der Strafverfolgung mitzuwirken. Die Rechtsordnung geht dabei davon aus, dass polizeiliche Maßnahmen der Gefahrenabwehr von Maßnahmen der Strafverfolgung unterschieden werden können und müssen. Polizeirecht und Strafprozessrecht verfolgen unterschiedliche Ziele mit unterschiedlichen organisatorischen und verfahrensrechtlichen Mitteln:¹³⁷

Das Polizeirecht dient dazu, Rechtsgüter gegen Verletzungen zu schützen. Sein Leitgedanke ist eine möglichst effektive Gefahrenabwehr. Ermittlungen haben in diesem Rahmen eine dienende Funktion. Sie wehren in der Regel¹³⁸ nicht selbst Gefahren ab, sondern sollen Wissen beschaffen, um Gefahren vorhersehen und beurteilen zu können und so Maßnahmen der Gefahrenabwehr vorzubereiten. Wie umfassend der Sachverhalt ermittelt werden muss und inwieweit dabei die Belange der Betroffenen berücksichtigt werden, hängt maßgeblich von Art, Intensität und zeitlicher Nähe der Gefahr ab. Trägerin der Aufgabe der Gefahrenabwehr ist die Polizei. Sie entscheidet über ihre Maßnahmen selbstständig und eigenverantwortlich.

Hingegen ist das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, an dem die Polizei beteiligt ist,¹³⁹ auf die Ziele des materiellen Strafrechts ausgerichtet. Es soll nicht Rechtsgüter schützen, sondern eine strafbare Verletzungshandlung aufklären. Daher stehen Ermittlungen im Mittelpunkt dieses Verfahrensabschnitts. Dagegen dienen Zwangsbefugnisse nur dazu, den Fortgang des Strafverfahrens zu sichern. Der Sachverhalt ist umfassend zu ermitteln, insbesondere sind auch die Umstände zu erforschen, die den Beschuldigten entlasten.¹⁴⁰ Der Beschuldigte wird dementsprechend bereits im Ermittlungsverfahren verfahrensrechtlich besonders geschützt. Herrin des Ermittlungsverfahrens ist die Staatsanwaltschaft, die gegenüber der Polizei umfassende Weisungsbefugnisse hat.¹⁴¹ Die Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft dient dabei nicht nur dem öffentlichen Interesse an einer effektiven Strafverfolgung. Die

¹³⁷ Zum Folgenden mit unterschiedlichen Perspektiven und Akzenten *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, S. 92 ff.; *Denninger*, in: Litsken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn. E 166 ff.; *Lepsius*, Jura 2006, S. 929 (931 f.); *Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, S. 147 ff.; *Weßlau*, Vorfelddermittlungen, S. 67 ff.

¹³⁸ Manche Ermittlungsmaßnahmen können allerdings zielgerichtet eingesetzt werden, um das Verhalten der Betroffenen zu lenken. Viel diskutiertes Beispiel ist die polizeiliche Videoüberwachung gefährlicher Orte, vgl. zu deren verhaltenssteuernder Wirkung BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 23. Februar 2007 – 1 BvR 2368/06 –, NVwZ 2007, S. 688 (690); *Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, S. 247 f.

¹³⁹ § 163 StPO.

¹⁴⁰ § 160 Abs. 2 StPO.

¹⁴¹ § 161 Abs. 1 StPO.

Staatsanwaltschaft soll auch die Polizei kontrollieren und die Belange des Beschuldigten wahren.¹⁴²

Obwohl sich beide Rechtsregime damit deutlich unterscheiden, kann es im Einzelfall zu Gemengelagen von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung kommen, in denen sie schwierig voneinander abzugrenzen sind. Das Problem wird unter dem Schlagwort der doppelunktionalen Maßnahmen erörtert. Es hat mehrere Facetten: Prozessual entscheidet die Abgrenzung darüber, welcher Rechtsweg gegen polizeiliche Maßnahmen eröffnet ist.¹⁴³ Materiell-rechtlich folgt aus ihr, welche Regelungen das Handeln der Polizei anleiten.¹⁴⁴ Institutionell bestimmt sie, bei welcher Stelle die Verfahrensherrschaft liegt.

Für die neue Bundeskompetenz steht das institutionelle Problem im Vordergrund. Die Frage, ob die Verfahrensherrschaft bei der Polizei oder bei der Staatsanwaltschaft liegt, hat für Ermittlungen im Terrorismusbereich erhebliche Bedeutung. Zwar treibt die Polizei die meisten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren faktisch weitgehend selbstständig. Die Staatsanwaltschaft wird vielfach erst eingeschaltet, wenn die polizeilichen Ermittlungen abgeschlossen sind.¹⁴⁵ Dies gilt jedoch nicht im Bereich des internationalen Terrorismus. Hier geht es aus strafrechtlicher Sicht um Delikte der Schwerkriminalität, die oftmals oder sogar typischerweise nur mit besonders eingriffsintensiven Ermittlungsmaßnahmen aufgeklärt werden können. Derartige Maßnahmen können zwar materiell-rechtlich vielfach sowohl auf polizeirechtlicher als auch auf strafprozessualer Grundlage getroffen werden. Die Strafprozessordnung unterstreicht jedoch die Führungsrolle der Staatsanwaltschaft im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren dadurch, dass nur diese Behörde, nicht aber die Polizei, darüber entscheiden kann.¹⁴⁶

Die Abgrenzung zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung soll sich nach dem Schwerpunkt oder dem Ziel der jeweiligen Maßnahme richten.¹⁴⁷ Allerdings

¹⁴² Hierauf verweisen auch *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, S. 93; *Frister*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn. G 9; *Lepsius*, Jura 2006, S. 929 (931).

¹⁴³ Umfassend dazu *Rachor*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn. K 20 ff., m.w.N.

¹⁴⁴ Dazu *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, S. 95 f.

¹⁴⁵ *Frister*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn. G 9; *Lilie*, ZStW 106 (1994), S. 625 (627 f.).

¹⁴⁶ Vgl. etwa § 100b Abs. 1 Satz 1 StPO – Telekommunikationsüberwachung; § 100d Abs. 1 Satz 1 StPO – akustische Wohnraumüberwachung; § 100f Abs. 4 i.V.m. § 100b Abs. 1 Satz 1 StPO – Abhören außerhalb von Wohnungen; § 100g Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 100b Abs. 1 Satz 1 StPO – Erhebung von Telekommunikations-Verkehrsdaten; § 110b Abs. 1 Satz 1 StPO – Einsatz verdeckter Ermittler.

¹⁴⁷ Vgl. zum Diskussionsstand aus der polizeirechtlichen Lehrbuchliteratur *Kugelmann*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 54 ff.; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 2 Rn. 7 ff.; *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 419 ff.; *Würtenberger/Heckmann*, Polizeirecht in Baden-Württemberg, Rn. 188 ff.

ist anerkannt, dass es Fälle gibt, in denen sich die Gemengelage nach diesen Kriterien nicht auflösen lässt. So liegt es insbesondere, wenn Ermittlungsmaßnahmen in einer Situation getroffen werden sollen, in der einerseits der Anfangsverdacht einer Straftat besteht, andererseits weitere Straftaten drohen, die mit der ersten Tat zusammenhängen. Die Erkenntnisse, die durch solche Ermittlungsmaßnahmen gewonnen werden, können nützlich sein, um sowohl die bereits begangene Straftat aufzuklären als auch die bevorstehenden Straftaten abzuwehren. Derartige Ermittlungsmaßnahmen können daher nicht nach ihrem Ertrag der präventiven oder der repressiven Tätigkeit der Polizei zugeordnet werden. Auch ihr Schwerpunkt oder ihr Ziel lassen sich kaum bestimmen, ohne in reine Dezision zu verfallen.

Das Abgrenzungsproblem ist für solche Gemengelagen bislang nicht befriedigend gelöst. Teilweise wird vorgeschlagen, der Polizei die Wahl des Rechtsregimes zu überlassen.¹⁴⁸ So würde der Polizei jedoch freigestellt, die Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren auszuhebeln. Andere fordern, polizeiliche Maßnahmen in solchen Situationen müssten den Erfordernissen sowohl des Polizei- als auch des Strafprozessrechts genügen.¹⁴⁹ Damit würde die Ermittlungshandlung aber gleichzeitig der Verfahrensherrschaft der Polizei und der Staatsanwaltschaft unterstellt, die im Einzelfall durchaus unterschiedliche taktische Ziele verfolgen können.

Das Problem lässt sich auch nicht bewältigen, indem die Trennung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung als überholt verworfen und stattdessen ein übergreifendes Konzept operativer polizeilicher Tätigkeit gefordert wird. Dem operativen Ansatz geht es darum, Kriminalität über den Einzelfall hinaus zu bekämpfen und dazu kriminelle Strukturen und Organisationen aufzuklären und schließlich zu zerschlagen.¹⁵⁰ Dem geltenden Recht sind operative polizeiliche Strategien zwar nicht fremd. Sie werden aber in erster Linie verwirklicht, indem Informationen zusammengetragen, verknüpft, ausgewertet und übermittelt werden.¹⁵¹ Die Zentralstellentätig-

¹⁴⁸ So etwa *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 550; *Württemberg/Heckmann*, Polizeirecht in Baden-Württemberg, Rn. 191 f.

¹⁴⁹ So etwa *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, S. 95 f.; wohl auch *Rachor*, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn. 28.

¹⁵⁰ Dazu aus polizeipraktischer Sicht *Stümper*, in: *Kube/Störzer/Timm* (Hrsg.), *Kriminalistik*, Bd. 1, Kap. 10, Rn. 42 ff.; vgl. zur rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, S. 108 ff.; *Denninger*, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn. E 193 ff.; *Kötter*, Pfade des Sicherheitsrechts, S. 182 ff.; *Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, S. 244 ff.; *Weßlau*, Vorfeldermittlungen.

¹⁵¹ Auf dieser Ebene für eine „Doppelstrategie“ aus Prävention und Repression im Bereich des islamistischen Terrorismus *Griesbaum*, in: *ders./Hannich/Schnarr* (Hrsg.), *Strafrecht und Justizgewährung*, S. 125 (132 ff.).

keit des Bundeskriminalamts ist dafür ein Beispiel.¹⁵² Anders liegt es jedoch bei Ermittlungsmaßnahmen, mit denen Informationen beschafft werden. Die Polizeigesetze und die Strafprozessordnung ermöglichen solche Maßnahmen überwiegend¹⁵³ nur dann, wenn ein Anlass besteht, der sich dem Ziel entweder der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung zuordnen lässt. Damit beruhen die geltenden Ermittlungsregelungen zumeist auf der Annahme, dass Prävention und Repression unterschieden werden können und müssen. Erst wenn Informationen einmal gewonnen worden sind, können sie aufgrund weiterer Normen von dem ursprünglichen Ermittlungsanlass abgekoppelt und für andere Ziele genutzt werden. Für Initiativvermittlungen, die sich an einer übergreifenden operativen Strategie jenseits von Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung orientieren, lässt das geltende Recht damit nur begrenzt Raum.¹⁵⁴ Im Übrigen wäre gerade für solche Ermittlungsmaßnahmen unklar, bei welcher Stelle die Verfahrensherrschaft liegt. Das institutionelle Problem würde durch einen operativen Ansatz nicht gelöst, sondern verschärft.

Das grundsätzlich bekannte Abgrenzungsproblem tritt im Anwendungsbereich der neuen Bundeskompetenz nicht nur in bestimmten Fällen auf, sondern regelmäßig. Es wird so von einer punktuellen Zweifelsfrage zu einem Strukturproblem. Daher kann der Kompetenztitel das institutionelle Gewicht des Bundeskriminalamts erheblich erhöhen. Dies ginge zulasten des Generalbundesanwalts, der in der Regel für Ermittlungen im Bereich des internationalen Terrorismus zuständig ist.¹⁵⁵ Hierfür gibt es zwei Gründe:

Erstens vermittelt Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG dem Bund eine präventivpolizeiliche Kompetenz nur zu dem Zweck, terroristische Straftaten abzuwehren. Im Terrorismusbereich sind in weitem Umfang Vorfeldhandlungen kriminalisiert, die unmittelbar kein Rechtsgut schädigen oder auch nur gefährden. So ist es nach § 129a und § 129b StGB strafbar, terroristische Vereinigungen im In- oder Ausland zu gründen, sich an ihnen zu beteiligen, sie zu unterstützen oder für sie zu werben. Diese Normen pönalisieren das Vorbereitungsstadium noch weitergehend als § 30 StGB, der allge-

¹⁵² Ähnlich *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, S. 114.

¹⁵³ Die Polizeigesetze sehen allerdings auch einige Ermittlungsmaßnahmen vor, bei denen die Unterscheidung von Prävention und Repression auch auf der Ebene des Befugnistatbestands schwierig ist und die daher eine „operative“ Strategie bei der Datenerhebung ermöglichen. Ein Beispiel ist die polizeiliche Videoüberwachung gefährlicher Orte, dazu *Petri*, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, Rn. H 194.

¹⁵⁴ Die Unterscheidung von situationsbezogener Ermittlung und situationsübergreifender Auswertung zeigt sich deutlich bei *Stümper*, in: *Kube/Störzer/Timm* (Hrsg.), *Kriminalistik*, Bd. 1, Kap. 10, Rn. 77, der ausführt: „Man ermittelt deliktsspezifisch (was unverzichtbar ist), zugleich aber führt man daraus resultierende Erkenntnisse, und zwar nicht nur täter-, sondern auch milieu-, umfeld- und kontaktbezogen, zusammen und versucht Querverbindungen zu erkennen“.

¹⁵⁵ § 142a Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 120 Abs. 1 Nr. 6 GVG.

mein bestimmte gemeinschaftliche Handlungen im Vorfeld eines Verbrechens¹⁵⁶ unter Strafe stellt:¹⁵⁷ Sie stellen niedrigere Anforderungen an die Konkretisierung der geplanten Straftaten.¹⁵⁸ In der Folge gibt es im Anwendungsbereich der Befugnisnormen, die auf Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG beruhen, praktisch unvermeidbar einen breiten Überschneidungsbereich von Strafverfolgung und Gefahrenabwehr: Einerseits wird oft der Anfangsverdacht einer Vorfeldstraftat nach § 129a, § 129b StGB bestehen, andererseits werden von der möglichen terroristischen Vereinigung weitere Straftaten drohen.¹⁵⁹

Zweitens soll das Bundeskriminalamt aufgrund der Bundeskompetenz in erster Linie ermitteln und nicht Gefahren mit Befehl und Zwang abwehren. Zwar deckt Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG auch Zwangsbefugnisse in konkreten Krisensituationen. Angesichts der personellen und sachlichen Ausstattung und Expertise des Bundeskriminalamts werden solche Befugnisse jedoch in der Praxis nicht im Vordergrund stehen. Vielmehr sollen vor allem Daten erhoben, verarbeitet und übermittelt werden, um Krisensituationen nicht erst aufkommen zu lassen. Solche Maßnahmen sind jedoch, wie oben gezeigt, in hohem Maße ambivalent und können weder aufgrund ihres äußeren Erscheinungsbilds noch aufgrund ihres Ziels oder Schwerpunkts eindeutig einem Rechtsregime zugeordnet werden.

¹⁵⁶ Definiert in § 12 Abs. 1 StGB als rechtswidrige Tat, die im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht ist.

¹⁵⁷ Zu den Anforderungen *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, § 30 Rn. 6; *Joecks*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar, § 30 Rn. 51 ff.; beide m.w.N.

¹⁵⁸ Vgl. *Miebach/Schäfer*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar, § 129 Rn. 27 ff. Noch weitergehend wird die Strafbarkeit vorverlagert, wenn die in § 30 StGB geregelten Vorstufen der Beteiligung auf § 129a StGB angewandt werden, dazu *Weißer*, ZStW 121 (2009), S. 131 (137 ff.).

¹⁵⁹ Die „präventive Funktion“ der § 129a, § 129b StGB betont mit allerdings zweifelhaften strafprozessualen Folgerungen *Griesbaum*, in: ders./Hannich/Schnarr (Hrsg.), Strafrecht und Justizgewährung, S. 125 (130); ähnlich *Radtke/Steinsiek*, ZIS 2008, S. 383 (384).

Teil 2

Analyse der neuen Regelungen im BKA-Gesetz

Im Folgenden werden die neuen Regelungen im BKA-Gesetz untersucht, die auf der Grundlage des Kompetenztitels in Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG geschaffen worden sind. Dazu wird die Gesetzesnovelle zunächst überblicksartig vorgestellt (I). Im Anschluss wird die Aufgabenzuweisung in § 4a BKAG erörtert, die für das Verständnis der neuen Befugnisregelungen grundlegend ist (II). Die weitere Untersuchung beschränkt sich auf heimliche Ermittlungsmaßnahmen, die absehbar in der Praxis für die präventive Tätigkeit des Bundeskriminalamts am wichtigsten sein werden und zugleich die größten verfassungs- wie polizeirechtlichen Schwierigkeiten aufwerfen. Zunächst wird aufgezeigt, wie das Gesetz versucht, allgemeine Regelungsprobleme zu lösen, die sich für alle Befugnisse in ähnlicher Form stellen (III). Abschließend wird noch auf spezifische Fragen einzelner Befugnisse eingegangen (IV).

I. Überblick über die Gesetzesnovelle

Die Novelle hat mit § 4a BKAG eine neue Aufgabennorm in das Gesetz eingefügt, die den allgemeinen Rahmen der neuen präventiven Tätigkeit des Bundeskriminalamts absteckt. Um diese Aufgabe zu erfüllen, hat das Bundeskriminalamt in §§ 20a ff. BKAG zahlreiche neue Befugnisse erhalten.

Der gesetzliche Befugnis-katalog enthält die volle Bandbreite polizeilicher Maßnahmen, die aus den Polizeigesetzen der Länder bekannt sind. So kann das Bundeskriminalamt auf der Grundlage einer polizeilichen Generalklausel¹ wie auch von Sonderregelungen² Gefahrenlagen mit Befehl und Zwang beenden. Allerdings steht zu erwarten, dass diese Befugnisse in der Praxis lediglich untergeordnete Bedeutung haben werden: Zum einen ist die neue präventive Aufgabe des Bundeskriminalamts darauf ausgerichtet, möglichst keine Krisensituationen aufkommen zu lassen, in denen konkrete Gefahren mit Befehl und Zwang abgewehrt werden müssen. Zum anderen hat das Amt im Vergleich zu den Landespolizeibehörden weder die personellen Ressourcen noch die Orts- und Sachkenntnis, um derartige Mittel häufiger und wirksam einzusetzen. Es steht vielmehr zu erwarten, dass auch in Zukunft in erster Linie

¹ § 20a Abs. 1 Satz 1 BKAG.

² § 20o BKAG – Platzverweisung; § 20p BKAG – Gewahrsam; § 20s BKAG – Sicherstellung.

die Landespolizeibehörden polizeiliche Maßnahmen ergreifen werden, mit denen Kausalverläufe unterbrochen werden, um Gefahren des internationalen Terrorismus abzuwehren.

In der Praxis wichtiger werden voraussichtlich die zahlreichen neuen Ermittlungsbefugnisse des Bundeskriminalamts sein. Dies gilt insbesondere für die Befugnisse zu heimlichen Ermittlungsmaßnahmen,³ die besonderen ermittlungstaktischen, technischen oder kulturellen Sachverstand erfordern. Solchen Sachverstand und die dazugehörigen Sachmittel hat das Bundeskriminalamt bereits im Rahmen seiner bisherigen Aufgaben erworben und vorgehalten. Die Befugnisse des Amts zu solchen heimlichen Ermittlungen gehen dementsprechend teilweise sehr weit. Das Gesetz räumt dem Bundeskriminalamt auch Ermittlungsbefugnisse ein, die nicht zum polizeilichen Standardrepertoire gehören. Während etwa mittlerweile alle Landespolizeigesetze präventive Wohnraumüberwachungen zulassen,⁴ sind Überwachungen der Telekommunikation in einigen Ländern nach wie vor nicht vorgesehen.⁵ Außergewöhnlich ist die Befugnis des Bundeskriminalamts zu „Online-Durchsuchungen“, die derzeit ansonsten nur in Bayern geregelt sind.⁶

Aus rechtlicher Sicht kommt hinzu, dass gerade heimliche Ermittlungsmaßnahmen verfassungs- wie polizeirechtlich besonders heikel sind. Sowohl die Diskussion um die grundrechtlichen Grenzen der staatlichen Sicherheitsgewähr als auch die Auseinandersetzung um neue rechtliche Maßstäbe der polizeilichen Arbeit wurden vor allem dadurch angestoßen, dass solche Maßnahmen verstärkt in die Polizeigesetze aufgenommen wurden.⁷

Aufgrund dieser Erwägungen beschränkt sich die weitere Untersuchung auf die neue Aufgabennorm des § 4a BKAG und die Befugnisse zu heimlichen Ermittlungen.

³ § 20g BKAG – besondere Mittel der Datenerhebung; § 20h BKAG – Wohnraumüberwachung; § 20i BKAG – Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung; § 20j BKAG – Rasterfahndung; § 20k BKAG – „Online-Durchsuchung“; § 20l BKAG – Telekommunikationsüberwachung; § 20m BKAG – Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten und Nutzungsdaten; § 20n BKAG – „IMSI-Catcher“.

⁴ § 23 bwPolG, Art. 34 bayPAG, § 25 Abs. 4 blnASOG, § 33a bbgPolG, § 33 Abs. 2 brePolG, § 10 Abs. 2 hmbPolDVG, § 15 Abs. 2 heSOG, § 34b mvSOG, § 35a ndsSOG, §§ 17 Abs. 2, 18 Abs. 2 nwPolG, § 29 rpPOG, § 28a saarlPolG, § 40 sächsPolG, § 17 Abs. 4 lsaPOG, § 185 Abs. 3 shLVwG, § 35 thürPAG.

⁵ Ermächtigungsgrundlagen finden sich in Art. 34a bayPAG, § 33b bbgPolG, § 10a hmbPolDVG, § 15a heSOG, § 34a mvSOG, § 33a ndsSOG, § 31 rpPOG, § 28b saarlPolG, § 185a shLVwG, § 34a thürPAG; hingegen gibt es keine Regelung über polizeiliche Telekommunikationsüberwachungen in Baden-Württemberg, Berlin, Bremen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen und Sachsen-Anhalt.

⁶ Art. 34d bayPAG.

⁷ Überblicke bei *Denninger*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn. E 1 ff., E 193 ff.; *Kötter*, Pfade des Sicherheitsrechts, S. 157 ff.; *Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), S. 345 ff.; *Schoch*, Der Staat 43 (2004), S. 347 (350 ff.).

II. Die Aufgabenzuweisung in § 4a BKAG

§ 4a BKAG beschreibt die neue Aufgabe des Bundeskriminalamts. Polizeirechtliche Aufgabennormen haben allgemein die Funktion, zu bestimmen, zu welchen Zwecken die Polizei handeln soll. Sie begründen so die sachliche Zuständigkeit der jeweiligen Polizeibehörde und legen einen normativen Rahmen für die polizeiliche Tätigkeit fest. Dieser Rahmen wird dann durch Befugnisnormen ausgefüllt, welche die Polizei zu bestimmten Maßnahmen ermächtigen und die im Lichte der Aufgabennorm auszulegen sind.⁸ Über diese allgemeine Funktion hinaus begegnet die Aufgabennorm in § 4a Abs. 1 BKAG drei spezifischen Regelungsproblemen, die sich aus dem besonderen Zuschnitt der neuen präventiven Aufgabe des Bundeskriminalamts ergeben: Sie muss zunächst den Terrorismusbegriff konkretisieren, von dem die Zuständigkeit des Amts abhängt. Weiter muss sie die polizeiliche Tätigkeit von Bundeskriminalamt und Landespolizeibehörden abstimmen. Schließlich muss das Verhältnis von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Terrorismusbereich und damit von Bundeskriminalamt und Generalbundesanwalt geklärt werden. Im Folgenden soll gezeigt werden, dass die Aufgabenbestimmung diese Regelungsprobleme nur teilweise bewältigt.

1. Terrorismusbegriff

Nach § 4a Abs. 1 Satz 1 BKAG hat das Bundeskriminalamt die Aufgabe, Gefahren des internationalen Terrorismus abzuwehren. Der Terrorismusbegriff muss konkretisiert werden.⁹ Allerdings enthalten weder der Gesetzestext noch die Gesetzesbegründung eine Definition, die als solche ausgewiesen wäre. Jedoch kann aus § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG eine Definition herausgelesen werden, die zwar normsystematisch und sprachlich befremdet, inhaltlich aber hinreichend präzise ist und die sachliche Zuständigkeit des Bundeskriminalamts eng begrenzt.

Nach § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG kann das Bundeskriminalamt

„auch Straftaten verhüten, die in § 129a Abs. 1 und 2 des Strafgesetzbuchs bezeichnet und dazu bestimmt sind, die Bevölkerung auf erhebliche Weise einzuschüchtern, eine Behörde oder eine internationale Organisation rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt zu nötigen oder die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beseitigen oder erheblich zu beeinträchtigen, und durch die Art ihrer Begehung oder ihre Auswirkungen einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich schädigen können“.

⁸ Dazu im Einzelnen *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, S. 21 ff.

⁹ Siehe zu Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG oben Teil I, II. 1. b).

Die Norm scheint auf den ersten Blick lediglich klarzustellen, dass die präventive Aufgabe des Bundeskriminalamts die Straftatenverhütung umfasst.¹⁰ Ihr weitergehender Gehalt zeigt sich erst, wenn sie zusammen mit den Befugnisregelungen in §§ 20a ff. BKAG gelesen wird. § 20a Abs. 2 BKAG definiert den Gefahrenbegriff des neuen Abschnitts als konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit im Zusammenhang mit Straftaten nach § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG. Soweit die Befugnisnormen eine Gefahr voraussetzen, ist daher immer auf diese Vorschrift zurückzugreifen.¹¹ Aber auch soweit die Befugnisregelungen keine Gefahr voraussetzen, greifen sie zu meist auf § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG zurück, um den Eingriffsanlass zu bestimmen. Insbesondere gilt dies für alle Normen, die dem Bundeskriminalamt heimliche Ermittlungsmaßnahmen ermöglichen.¹² Damit regelt § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG über seinen Wortlaut hinaus nicht nur den Sonderfall der Straftatenverhütung, sondern bestimmt insgesamt die Reichweite des Auftrags zur Gefahrenabwehr. Die Norm legt damit allgemeingültig fest, was eine terroristische Handlung im Sinne des Gesetzes ist.¹³ Gesetzessystematisch wäre es allerdings vorzugswürdig gewesen, eine ausdrückliche Legaldefinition dieses zentralen und besonders problematischen Begriffs in das Gesetz aufzunehmen, statt eine solche Definition in § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG gewissermaßen zu verstecken.

Entsprechend den Vorgaben des Kompetenztitels aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG¹⁴ stellt § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG drei Kriterien für eine terroristische Handlung auf: Es muss sich um eine schwere Straftat handeln, mit der ein spezifisch terroristisches Ziel verfolgt wird und die eine besondere Schadenseignung aufweist.

Eine terroristische Handlung im Sinne des § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG ist eine Straftat, die in § 129a Abs. 1 und 2 StGB „bezeichnet“ ist. Trotz des missverständlichen Wortlauts ist damit nicht eine Straftat *nach* § 129a StGB gemeint (also die Bildung einer terroristischen Vereinigung).¹⁵ Dies zeigt sich schon daran, dass die weiteren Kriterien des § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG wörtlich aus § 129a Abs. 2 StGB entnommen sind. Verwies die Norm selbst auf Straftaten nach dieser Vorschrift, so handelte es sich um eine überflüssige Doppelung. Zudem kann ein Vorfelddelikt nach § 129a StGB für sich genommen nicht einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich schädigen. Vielmehr bezieht sich der Verweis auf die Straftaten, die in den

¹⁰ Siehe dazu, dass dies verfassungsrechtlich zulässig ist, oben Teil 1, II. 1. c).

¹¹ Eingehend zu § 20a Abs. 2 BKAG unten Teil 2, III. 1. a).

¹² Siehe unten Teil 2, III. 1 b) bb) (i).

¹³ In diese Richtung auch die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/10121, S. 16.

¹⁴ Dazu oben Teil 1, II. 1. b).

¹⁵ Diesem Missverständnis sind einige der von dem Innenausschuss des Deutschen Bundestags angehörten Sachverständigen erlegen, vgl. Heckmann, Ausschussdrucks. 16(4)460C, S. 7; Möllers, Ausschussdrucks. 16(4)460K, unter II 5; jeweils im Zusammenhang mit dem Verweis von § 20j Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BKAG auf § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG. Die Stellungnahmen sind abrufbar unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a04/anhoeerungen/Anhoeerung15/Stellungnahmen_SV/index.html.

Katalogen von § 129a Abs. 1 und 2 StGB genannt werden.¹⁶ Dabei handelt es sich in erster Linie um erhebliche Straftaten gegen Leib, Leben oder Freiheit, bestimmte gemeingefährliche Straftaten, Sabotagehandlungen und Verstöße gegen das Waffenrecht. Der Verweis begrenzt den Terrorismusbegriff damit bereits deutlich, wenn auch einige der Katalogstraftaten nicht besonders schwer wiegen.¹⁷

Die drohende Straftat muss weiter ein terroristisches Ziel verfolgen. Sie muss dazu bestimmt sein, die Bevölkerung erheblich einzuschüchtern, eine Behörde oder eine internationale Organisation zu nötigen oder die Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beeinträchtigen. Das Zielkriterium wurde wörtlich aus § 129a Abs. 2 StGB übernommen, der sich wiederum eng an Art. 1 Abs. 1 des EU-Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung¹⁸ anlehnt.

Das Zielkriterium ist wortreich, aber inhaltlich vage formuliert. Zu Recht wurde an § 129a Abs. 2 StGB beanstandet, die Norm enthalte „eine größere Zahl von Begriffen [...], die eher in eine politische Programmschrift als in eine Rechtsnorm passen“.¹⁹ Schon aus Gründen der Normenklarheit²⁰ müssen diese Begriffe jedoch als Rechtsbegriffe ernst genommen werden. Dies legt eine enge Auslegung nahe.²¹ Dabei kann auf die Rechtsprechung und Literatur zu § 129a Abs. 2 StGB zurückgegriffen werden.²² Danach reicht es zwar aus, wenn die drohende Straftat ihr terroristisches

¹⁶ Eindeutig wäre die gesetzliche Formulierung etwa, wenn auf die in § 129a Abs. 1 und Abs. 2 StGB „genannten“, „aufgeführten“ oder „in Bezug genommenen“ Straftaten verwiesen würde.

¹⁷ Eher Bagatelldelikte sind etwa die einfache Computersabotage nach § 303b Abs. 1 StGB oder die Zerstörung wichtiger Arbeitsmittel nach § 305a StGB; kritisch etwa *Weißer*, JZ 2008, S. 388 (391).

¹⁸ Dazu oben Teil 1, II. 1. b).

¹⁹ *Weigend*, in: Griesbaum/Hannich/Schnarr (Hrsg.), Strafrecht und Justizgewährung, S. 151 (164).

²⁰ Gegen § 129a Abs. 2 StGB wurden verschiedentlich verfassungsrechtliche Bedenken aus dem besonderen Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG erhoben, so *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, § 129a Rn. 2a; *Miebach/Schäfer*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar, § 129a Rn. 18, 65; *Rudolphi/Stein*, in: Rudolphi/Horn (Hrsg.), Systematischer Kommentar, § 129a Rn. 5. Auch wenn dessen Anforderungen für § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG nicht gelten, muss die Vorschrift selbstverständlich dem allgemeinen Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit genügen, dazu BVerfGE 110, 33 (52 ff.); 113, 348 (375 ff.); 118, 168 (186 ff.); 120, 274 (315 f.); 120, 351 (366 f.); BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 23. Februar 2007 – 1 BvR 2368/06 –, NVwZ 2007, 688 (690 f.).

²¹ Zu § 129a Abs. 2 StGB ebenso *Miebach/Schäfer*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar, § 129a Rn. 66 ff.; *Rudolphi/Stein*, in: Rudolphi/Horn (Hrsg.), Systematischer Kommentar, § 129a Rn. 8 ff.; *Weigend*, in: Griesbaum/Hannich/Schnarr (Hrsg.), Strafrecht und Justizgewährung, S. 151 (165).

²² § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG verlangt für alle Straftaten eine terroristische Zielsetzung, während nach § 129a Abs. 1 StGB Vereinigungen, die bestimmte Schwerverbrechen planen, ohne weiteres als terroristische Vereinigungen anzusehen sind.

Ziel erst im Zusammenwirken mit anderen Straftaten erreichen soll.²³ Hingegen sind an das Ziel selbst hohe Anforderungen zu stellen. Soll die Straftat etwa einschüchternd wirken, so müssen die terroristischen Straftäter planen, zumindest nennenswerte Teile der Bevölkerung einzuschüchtern.²⁴ Das Ziel, die Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beseitigen oder erheblich zu beeinträchtigen, lässt sich etwa bejahen, wenn die Straftat einem revolutionären Umsturz dienen²⁵ oder einen Teilbereich der staatlichen Tätigkeit so stark beeinträchtigen soll, dass die Funktionsfähigkeit des Staates insgesamt leidet.²⁶

Oftmals wird sich jedoch nicht zuverlässig vorhersagen lassen, ob mit einer drohenden Straftat terroristische Ziele verfolgt werden. Ein solches subjektives Kriterium lässt sich häufig erst erhärten, wenn die Ermittlungsbehörden bereits viel über die Personen wissen, die die Straftat planen. Es erscheint daher wenig praktikabel, dass die Voraussetzung eines terroristischen Tatziels erfüllt sein muss, um Ermittlungsbefugnisse zu eröffnen, mit denen solches Wissen erst erworben werden soll.²⁷ Wenn die neue Aufgabe des Bundeskriminalamts nicht weitgehend leerlaufen soll, können daher im Rahmen von § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG keine zu hohen Anforderungen an das Zielkriterium gestellt werden. Insbesondere muss es zulässig sein, aus der Art der drohenden Straftat auf ein terroristisches Tatziel zu schließen. Allerdings können die Anforderungen im Laufe der Ermittlungen steigen. Gelingt es dem Bundeskriminalamt nicht, die ursprünglichen Anhaltspunkte für ein terroristisches Tatziel zu erhärten, so verliert das Amt seine Zuständigkeit zur Gefahrenabwehr und muss den Fall an die zuständige Landespolizeibehörde abgeben.

Das wichtigste Kriterium, mit dem die Reichweite der neuen Aufgabe des Bundeskriminalamts beschrieben wird, ist die Schadenseignung der drohenden Straftat. Die Straftat muss geeignet sein, einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich zu schädigen. Auch dieses Kriterium wurde wörtlich aus § 129a Abs. 2 StGB übernommen, so dass wiederum auf die strafrechtliche Rechtsprechung und Literatur zurückzugreifen ist, um es zu interpretieren.

Danach ist das Eignungskriterium auf das Zielkriterium zu beziehen: Nur wenn die Straftat objektiv geeignet erscheint, ein terroristisches Ziel unmittelbar zu erreichen, und wenn gerade daraus der maßgebliche Schaden entstehen kann, handelt es sich um eine terroristische Handlung im Sinne des Gesetzes.²⁸ So muss eine Straftat,

²³ BGH, Beschluss vom 10. Januar 2006 – 3 StR 263/05 –, NJW 2006, S. 1603.

²⁴ BGH, Beschluss vom 10. Januar 2006 – 3 StR 263/05 –, NJW 2006, S. 1603 f.

²⁵ BGHSt 52, 98 (101).

²⁶ *Weigend*, in: Griesbaum/Hannich/Schnarr (Hrsg.), Strafrecht und Justizgewährung, S. 151 (166).

²⁷ Siehe zur Interpretation von Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG oben Teil 1, II. 1. b).

²⁸ BGHSt 52, 98 (102 ff.); *Fischer*, Strafgesetzbuch, § 129a Rn. 16; *Rudolphi/Stein*, in: Rudolphi/Horn (Hrsg.), Systematischer Kommentar, § 129a Rn. 12; *Weißer*, JZ 2008, S. 388 (389); wohl auch *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, § 129a Rn. 2a.

welche die Grundstrukturen eines Staates wie der Bundesrepublik²⁹ oder einer internationalen Organisation schädigen soll, auch objektiv die Funktionsfähigkeit des Staates oder der Organisation so stark beeinträchtigen können, dass Staat oder Organisation ihre Aufgaben zumindest teilweise nicht mehr wahrnehmen können.³⁰ Bloße Sach- oder Vermögensschäden reichen dazu für sich genommen selbst bei erheblicher Schadenssumme nicht aus.³¹ Selbst bei Tötungsdelikten oder gewichtigen gemeingefährlichen Straftaten lässt sich eine solche Schadenseignung nicht ohne weiteres annehmen. Sollen etwa Infrastruktureinrichtungen zerstört werden, kommt es darauf an, wie schwerwiegend die Folgen für Bevölkerung oder Wirtschaft wären und wie schnell die Schäden gegebenenfalls behoben werden könnten.³² Nicht ausreichend ist weiter etwa, dass eine Straftat Gesinnungsgenossen mobilisieren und zu weiteren Straftaten motivieren kann, da § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG ein solches Tatziel nicht erfasst.³³ Das Eignungskriterium begrenzt die neue Aufgabe des Bundeskriminalamts danach eng. Einige Straftaten mit geringer Breitenwirkung, die im Katalog des § 129a Abs. 2 StGB genannt sind, werden aufgrund dieses Kriteriums allenfalls in Ausnahmefällen als terroristische Handlungen anzusehen sein.³⁴

Schließlich ist das Bundeskriminalamt nur zuständig, wenn eine Gefahr des *internationalen* Terrorismus besteht. Dieses Kriterium stimmt mit dem Kompetenztitel des Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG überein. Es setzt demnach voraus, dass entweder Anhaltspunkte für grenzüberschreitende Tätigkeiten bestehen, die auf terroristische Straftaten gerichtet sind, etwa Unterstützungs-, Planungs-, Koordinierungs- oder Vorbereitungshandlungen, oder ein staatenübergreifender Schaden droht.³⁵

Der Terrorismusbegriff des § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG erfüllt seine Funktion, die neue Aufgabe des Bundeskriminalamts mit handhabbaren Kriterien deutlich zu be-

²⁹ Nicht ausreichend ist die Schädigung nur eines Bundeslandes, vgl. BGH, Beschluss vom 10. Januar 2006 - 3 StR 263/05 -, NJW 2006, S. 1603 (1604).

³⁰ *Rudolphi/Stein*, in: Rudolphi/Horn (Hrsg.), Systematischer Kommentar, § 129a Rn. 11; ähnlich *Weigend*, in: Griesbaum/Hannich/Schnarr (Hrsg.), Strafrecht und Justizgewährung, S. 151 (166).

³¹ BGHSt 52, 98 (107 f.); BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2007 – StB 12, 13, 47/07 –, NSTZ 2008, S. 146 (147).

³² BGHSt 52, 98 (105); *Rudolphi/Stein*, in: Rudolphi/Horn (Hrsg.), Systematischer Kommentar, § 129a Rn. 11; *Weigend*, in: Griesbaum/Hannich/Schnarr (Hrsg.), Strafrecht und Justizgewährung, S. 151 (166).

³³ BGHSt 52, 98 (108); BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2007 – StB 12, 13, 47/07 –, NSTZ 2008, S. 146 (147).

³⁴ Insbesondere gilt dies für die folgenden Straftatbestände: § 303b StGB (Computersabotage – anders allerdings in den Fällen des § 303b Abs. 4 Nr. 3 StGB); § 305a StGB (Zerstörung wichtiger Arbeitsmittel); § 306 StGB (einfache Brandstiftung); § 51 WaffenG (unerlaubter Waffenbesitz); ähnlich zu § 129a Abs. 2 StGB *Weigend*, in: Griesbaum/Hannich/Schnarr (Hrsg.), Strafrecht und Justizgewährung, S. 151 (165 f.); vgl. ferner zu Stellungnahmen im Gesetzgebungsverfahren zu § 129a Abs. 2 StGB, die eine ähnliche Tendenz aufweisen, BGHSt 52, 98 (105 ff.).

³⁵ Siehe oben Teil I, II. 1. b).

grenzen. Hingegen würde die Norm missverstanden, wenn man ihr über den Anwendungsbereich der Gesetzesnovelle hinaus eine allgemeingültige und abschließende Legaldefinition des Terrorismus entnehmen wollte. Es erscheint ohnehin zweifelhaft, ob eine solche Legaldefinition überhaupt möglich und wünschenswert ist.³⁶ Der Terrorismusbegriff des BKA-Gesetzes ist jedenfalls mit gutem Grund eng gefasst, um das sicherheitsbehördliche Gefüge in der Bundesrepublik nicht grundlegend zu verändern. So erfasst er keine Straftaten, die nur im Zusammenhang mit einer terroristischen Vereinigung oder mit terroristischen Handlungen stehen (etwa Geldwäschdelikte, Lösegelderpressungen oder Raubüberfälle).³⁷ Daneben erstreckt er sich nicht auf Gruppen, deren Tätigkeit räumlich begrenzt ist, selbst wenn ihre Taten eine erhebliche Breiten- und Einschüchterungswirkung zeitigen.

2. Verhältnis von Bundeskriminalamt und Landespolizeibehörden

Das Bundeskriminalamt kann nach § 4a Abs. 1 Satz 1 BKAG die Aufgabe der Gefahrenabwehr wahrnehmen, wenn eine länderübergreifende Gefahr vorliegt, die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde nicht erkennbar ist oder die oberste Landesbehörde um eine Übernahme ersucht. Diese Voraussetzungen sind wörtlich aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG übernommen und ebenso wie in dieser Norm auszulegen. Insbesondere ist der problematische, für die Praxis aber besonders bedeutsame Begriff der länderübergreifenden Gefahr so zu verstehen, dass die Zuständigkeit von mindestens zwei Landespolizeibehörden eröffnet sein muss.³⁸

Ob das Bundeskriminalamt einen Fall übernimmt, in dem eine der Zuständigkeitsvoraussetzungen vorliegt, steht im Ermessen der Behörde. Damit wird eine allgemeine Ermessensentscheidung eröffnet, die dem polizeilichen Entschließungs- und Auswahlermessen im Rahmen der einzelnen Befugnisregelungen vorgelagert ist. Diese Entscheidung muss sich an dem Zweck der neuen Aufgabe des Bundeskriminalamts ausrichten, eine möglichst effektive Gefahrenabwehr im Bereich des internationalen Terrorismus sicherzustellen. Diese Leitlinie kann in den einzelnen Fallkonstellationen, in denen das Amt zuständig ist, unterschiedliche Auswirkungen haben:

In den Fällen, in denen eine länderübergreifende Gefahr besteht, sind neben dem Bundeskriminalamt mindestens zwei Landespolizeibehörden zur Gefahrenabwehr zuständig. Die Zuständigkeit des Bundeskriminalamts berührt die Landeszuständigkeiten nicht. Das ergibt sich schon aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG,³⁹ wird aber in § 4a Abs. 2 Satz 1 BKAG nochmals ausdrücklich klargestellt. Angesichts dessen ist kei-

³⁶ Siehe zur Auseinandersetzung um den Begriff des Terrorismus oben Teil 1, Fn. 87.

³⁷ Vgl. dazu Art. 2 Abs. 2 Buchstabe b und Art. 3 des EU-Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung (oben Teil 1, Fn. 93).

³⁸ Siehe oben Teil 1, II. 1. d) cc).

³⁹ Siehe oben Teil 1, II. 1. e).

neswegs selbstverständlich, dass es einer möglichst effektiven Gefahrenabwehr dient, wenn das Bundeskriminalamt den Fall übernimmt. So tritt ein weiterer Akteur hinzu, mit dem sich die Landespolizeibehörden abstimmen müssen, was Effektivitätsverluste verursachen kann. Dies hat das Bundeskriminalamt im Rahmen des Übernahmemeasures zu berücksichtigen. Im Fall einer länderübergreifenden Gefahr besteht zwar eine gesetzliche Vermutung dafür, dass die Gefahr besser abgewehrt werden kann, wenn das Bundeskriminalamt sich einschaltet. Wenn jedoch die zuständigen Landesbehörden bereits mit der Gefahrenabwehr begonnen haben und zu diesem Zweck gut zusammenarbeiten, ist diese Vermutung grundsätzlich entkräftet. In solchen Fällen kommt daher eine Übernahme des Falls durch das Bundeskriminalamt in der Regel nicht mehr in Betracht. Sehen sich die Landespolizeibehörden mit der Gefahrenabwehr überfordert, so können sie darauf hinwirken, dass eine oberste Landesbehörde ein Übernahmemeasures an das Bundeskriminalamt richtet und so dessen Zuständigkeit erneut begründet.

Hingegen wird das Bundeskriminalamt in den Fällen, in denen die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde nicht erkennbar ist oder eine oberste Landesbehörde um eine Übernahme ersucht, trotz seines Ermessens zumeist verpflichtet sein, die Gefahrenabwehr zu übernehmen. In diesen Fällen ist entweder das Bundeskriminalamt die einzige zuständige Gefahrenabwehrbehörde oder das betroffene Land sieht sich nicht in der Lage, die Gefahr hinreichend effektiv abzuwehren. Damit droht sich die Gefahr zu verwirklichen. Daher muss das Übernahmemeasures dem Entschließungsermessens folgen: Wenn das polizeiliche Entschließungsermessens auf Null reduziert ist, also ein polizeiliches Handeln zwingend geboten ist, um einen Schaden abzuwenden, reduziert sich zugleich das Übernahmemeasures. Bei Gefahren des internationalen Terrorismus dürfte dies angesichts der möglichen enormen Schäden der Regelfall sein.⁴⁰

War zunächst die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde nicht erkennbar, kann eine solche Zuständigkeit aber später festgestellt werden, so endet nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG die Verwaltungskompetenz des Bundes.⁴¹ Das Bundeskriminalamt muss die Gefahrenabwehr an die zuständige Landesbehörde abgeben, wenn nicht eine der anderen Zuständigkeitsvoraussetzungen des § 4a Abs. 1 Satz 1 BKAG gegeben ist. Dies stellt § 4a Abs. 2 Satz 4 BKAG ausdrücklich klar.

In der Zusammenschau mit dem engen Terrorismusbegriff des § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG ergibt sich damit insgesamt, dass die neue Aufgabe des Bundeskriminalamts zwar das föderale Zuständigkeitsgefüge im Bereich der Inneren Sicherheit verschiebt, die Polizeihöhe der Länder aber nicht grundlegend antastet.

Hingegen regelt das BKA-Gesetz nur lückenhaft, wie die zuständigen Behörden zusammenarbeiten sollen, wenn das Bundeskriminalamt einen Fall bearbeitet. Dieses Regelungsdefizit berührt die Polizeihöhe der Länder nicht, begründet aber Zweifel

⁴⁰ Stets für eine Ermessensreduzierung in den Fällen des § 4a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BKAG der Sachverständige *Dathe*, Ausschussdrucks. 16(4)460F, S. 2.

⁴¹ Siehe oben Teil 1, II. 1. d) bb).

daran, ob das Bundeskriminalamt in der Praxis in der Lage sein wird, seine Aufgabe effektiv zu erfüllen. Da in der Regel mehrere Polizeibehörden zuständig sein werden, eine Gefahr des internationalen Terrorismus abzuwehren, sind Regelungen erforderlich, die eine möglichst zügige und effektive Zusammenarbeit sicherstellen.⁴² Die erforderlichen Regelungen enthält § 4a BKAG nur teilweise.

Zunächst ist nicht in jedem Fall sichergestellt, dass alle zuständigen Behörden von der Gefahr und den polizeilichen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr erfahren. Zwar muss das Bundeskriminalamt die anderen zuständigen Behörden nach § 4a Abs. 2 Satz 2 BKAG unverzüglich benachrichtigen, wenn es seine präventive Aufgabe wahrnimmt. Nach der Gesetzesbegründung richtet das Amt dazu ein „Übernahme-schreiben“ an diese Behörden. Darin legt es zugleich Art und Umfang des Lebenssachverhalts fest, für den es die Aufgabe der Gefahrenabwehr wahrnimmt.⁴³ Jedoch fehlt es an einer Benachrichtigungsregelung für den umgekehrten Fall, dass zunächst eine Landespolizeibehörde zur Gefahrenabwehr tätig wird. Daher ist nicht ausgeschlossen, dass das Bundeskriminalamt von einer Gefahr des internationalen Terrorismus nicht oder nicht rechtzeitig erfährt oder überflüssige Maßnahmen trifft, die bereits eine Landespolizeibehörde vorgenommen hat.

Weiter ist nur unzureichend geregelt, wie die zuständigen Polizeibehörden zusammenarbeiten. Nach § 4a Abs. 2 Satz 3 BKAG üben die Behörden ihre Aufgaben „in gegenseitigem Benehmen“ aus. Dies soll nach der Gesetzesbegründung sicherstellen, dass sich die beteiligten Behörden gegenseitig Gelegenheit zur Stellungnahme geben und die Stellungnahmen der anderen Behörden in ihre Pläne einbeziehen. Hingegen soll nicht erforderlich sein, dass die Behörden gemeinsam entscheiden oder jede Behörde dem Vorgehen der anderen zustimmt. Die zuständigen Behörden können daher den Fall durchaus unterschiedlich einschätzen und dementsprechend verschiedene Maßnahmen zur Gefahrenabwehr treffen.⁴⁴ Dies ist unter Effektivitätsgesichtspunkten wie auch rechtsstaatlich heikel, da im Extremfall denkbar erscheint, dass die zuständigen Behörden sich wechselseitig behindern oder Entscheidungen treffen, die einander widersprechen. Beispielsweise könnte eine Behörde sich entschließen, zur Gefahrenabwehr mit Befehl und Zwang zuzugreifen, während eine andere Behörde noch weitere Erkenntnisse sammeln will, um Hintermänner der geplanten terroristischen Straftat aufzufindig zu machen.

Zudem sagt der Begriff des gegenseitigen Benehmens nichts darüber aus, in welcher Frequenz und nach welchem Verfahren sich das Bundeskriminalamt und die anderen zuständigen Behörden austauschen. Das komplexe Zuständigkeitsgeflecht zwischen Bundes- und Landesebene, das zumindest im Fall einer länderübergreifenden Gefahr stets entsteht, wird so kaum rechtlich strukturiert. Jedoch wird das Bundeskriminalamt spätestens zu dem Zeitpunkt, in dem Anschläge mit Befehl und Zwang vor Ort abgewehrt werden sollen, vielfach darauf angewiesen sein, dass die

⁴² Siehe oben Teil I, II. 1. e).

⁴³ BT-Drucks. 16/10121, S. 21.

⁴⁴ BT-Drucks. 16/10121, S. 21.

Landesbehörden bei der Gefahrenabwehr mitwirken. Gerade in einer solchen Situation ist auch zwingend erforderlich, dass schnell gehandelt wird. Der Gesetzgeber hat dem Bundeskriminalamt keine Weisungsbefugnis gegenüber Landesbehörden eingeräumt, obwohl dies verfassungsrechtlich durchaus möglich gewesen wäre. Er hätte zumindest die Zusammenarbeit in anderer Weise rechtlich bindend regeln müssen. So droht die präventive Aufgabe des Bundeskriminalamts ausgerechnet in Notlagen zum Papiertiger zu werden.⁴⁵

Angesichts dieser Schwierigkeiten hätte nahegelegen, in die Gesetzesnovelle eine Verordnungsermächtigung aufzunehmen, so dass beispielsweise der Bundesinnenminister detailliertere Verfahrensvorschriften für das gegenseitige Benehmen hätte erlassen können. Eine solche Verordnung hätte der Zustimmung des Bundesrats bedurft.⁴⁶ Dies hätte die Akzeptanz der Länder sichern können, auf die das Bundeskriminalamt in konkreten Notsituationen letztlich zwingend angewiesen ist. Verwaltungsvorschriften, die nach dem Gesetzesstand das Mittel der Wahl sind, können diese Akzeptanz nur gewährleisten, wenn sich die Innenminister von Bund und Ländern auf gemeinsame Richtlinien für das gegenseitige Benehmen verständigen. Zumindest dies erscheint angezeigt.

3. Verhältnis von Bundeskriminalamt und Generalbundesanwalt

Die Aufgabennorm des § 4a BKAG enthält schließlich keine Regelungen zum Verhältnis von Bundeskriminalamt und Generalbundesanwalt. Dieses Verhältnis könnte in der Zukunft problematisch werden.

Die Gesetzesnovelle räumt dem Bundeskriminalamt eine präventive Aufgabe mit entsprechenden Befugnissen ein. In der Folge müssen Maßnahmen, die das Amt zur Gefahrenabwehr trifft, von Maßnahmen der Strafverfolgung abgegrenzt werden. Die Abgrenzung ist bedeutsam für die Fragen nach dem Rechtsweg gegen und nach der Rechtsgrundlage für die Tätigkeit des Bundeskriminalamts. Vor allem aber entscheidet sie über die Verfahrensherrschaft: Im Rahmen der präventiven Terrorismusabwehr nach den neuen Regelungen des BKA-Gesetzes handelt das Amt eigenständig. Dagegen ist das Bundeskriminalamt zur Strafverfolgung im Terrorismusbereich zwar

⁴⁵ Vgl. das fiktive Fallbeispiel des Sachverständigen *Dathe*, Ausschussdrucks. 16(4)460F, S. 3 f.: Für einen drohenden Anschlag auf ein Volksfest können dann, wenn Anhaltspunkte für länderübergreifende terroristische Planungen bestehen, das Bundeskriminalamt, ein Landeskriminalamt und eine Ortspolizeibehörde zuständig sein. Die örtliche Behörde hat letztlich über die Frage zu entscheiden, ob das Fest stattfinden kann oder nicht. An wen sie sich ratsuchend wenden sollte, bleibt unklar. Das Bundeskriminalamt wäre nicht berechtigt, der Ortspolizeibehörde Weisungen zu erteilen, könnte aber das Volksfest schon mangels personeller Ressourcen schwerlich selbst schützen.

⁴⁶ Art. 80 Abs. 2 i.V.m. Art. 73 Abs. 2 GG.

in weitem Umfang zuständig.⁴⁷ Herr des Ermittlungsverfahrens ist jedoch der Generalbundesanwalt,⁴⁸ den das Bundeskriminalamt unverzüglich von den Ermittlungen benachrichtigen muss⁴⁹ und der über den Einsatz eingriffsintensiver Ermittlungsmethoden zu entscheiden hat.⁵⁰

Bereits der Zuschnitt des Kompetenztitels in Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG führt dazu, dass das Abgrenzungsproblem – anders als im Rahmen der Landespolizeigesetze – nicht nur gelegentlich auftritt, sondern dass es sich um ein Strukturproblem der präventiven Bundeskompetenz handelt.⁵¹ Der Terrorismusbegriff des § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG verschärft dies noch, da er so formuliert ist, dass bei einer Gefahr des internationalen Terrorismus fast immer auch der Anfangsverdacht einer Straftat nach § 129a, § 129b StGB bestehen wird. Die Norm verweist auf die Straftatenkataloge in § 129a Abs. 1 und 2 StGB und übernimmt die weiteren Kriterien des terroristischen Tatziels und der besonderen Schadenseignung wörtlich aus § 129a Abs. 2 StGB. Danach ist § 129a StGB nur insoweit enger als § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG, als die Strafvorschrift voraussetzt, dass sich jemand an einer terroristischen Vereinigung beteiligt. Diese Restriktion hilft jedoch kaum, um Gefahrenabwehr und strafrechtliches Ermittlungsverfahren voneinander abzugrenzen. Zwar stellt der Vereinigungsbegriff des § 129a StGB hohe Anforderungen an die Organisationsdichte einer Gruppe und die Willensbildung innerhalb dieser Gruppe.⁵² Der Tatbestand der Strafnorm wird daher nicht stets objektiv verwirklicht sein, wenn eine Gefahr des internationalen Terrorismus besteht. So kann bei terroristischen Gruppen, die dezentral und netzartig aufgebaut sind,⁵³ problematisch sein, ob die Anforderungen erfüllt sind.⁵⁴ Jedoch set-

⁴⁷ § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Buchstabe a BKAG. Wenn die Voraussetzungen dieser Norm nicht vorliegen, wird oft eine Zuständigkeit kraft Auftrags nach § 4 Abs. 2 BKAG in Betracht kommen.

⁴⁸ § 142a Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 120 Abs. 1 Nr. 6 GVG.

⁴⁹ § 4 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 BKAG i.V.m. Nr. 30 Abs. 3 RiStBV.

⁵⁰ Siehe oben in Fn. XXX.

⁵¹ Siehe oben Teil I, III.

⁵² Dazu BGHSt 31, 202 (204 f.); 45, 26 (35); BGH, Urteil vom 10. März 2005 – 3 StR 233/04 –, NJW 2005, S. 1668 (1670); *Miebach/Schäfer*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar, § 129a Rn. 21 ff. Nach dem Erlass des EU-Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung wurde in der Literatur vorgeschlagen, den Vereinigungsbegriff erweiternd auszulegen, so von *Heintschel-Heinegg*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Schroeder, S. 799 (804 ff.); *Kreß*, JA 2005, S. 220 (223 ff.); tendenziell auch *Miebach/Schäfer*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar, § 129a Rn. 39 ff. Der Bundesgerichtshof hat die Frage bislang ausdrücklich offen gelassen. Nachdem das Gericht allerdings zunächst Sympathie für eine „europarechtsfreundliche“ Auslegung angedeutet hat, vgl. BGH, Beschluss vom 10. Januar 2006 – 3 StR 263/05 –, NJW 2006, S. 1603, hat es später Zweifel geäußert, ob eine solche Interpretation möglich ist, vgl. BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2007 – StB 12, 13, 47/07 –, NStZ 2008, S. 146 (148 f.).

⁵³ Zu der Struktur islamistischer Terrorgruppen *Albrecht*, in: Griesbaum/Hannich/Schnarr (Hrsg.), Strafrecht und Justizgewährung, S. 17 (21 ff.); relativierend aus organisationssoziologischer Sicht *Mayntz*, BJS 2004, S. 251 (254 ff.); allgemein zu den Veränderungen der

zen strafrechtliche Ermittlungen nicht voraus, dass eine Straftat tatsächlich begangen wurde. Ausreichend ist der Anfangsverdacht einer Straftat.⁵⁵ Damit der Anfangsverdacht eines Verbrechens nach § 129a StGB angenommen werden kann, reichen in der Regel bereits Anhaltspunkte dafür aus, dass eine Gruppe von Personen terroristische Straftaten aus den Katalogen des § 129a StGB plant. Die innere Organisation der Gruppe oder die Stellung desjenigen, gegen den sich die Ermittlungen richten sollen, müssen noch nicht bekannt sein.⁵⁶ Zumindest werden Vorermittlungen⁵⁷ angezeigt erscheinen, um zu prüfen, ob ein strafrechtlicher Anfangsverdacht besteht. Weiter hat der Bundestag am 28. Mai 2009 ein Gesetz verabschiedet, das in mehreren neuen Straftatbeständen bestimmte Vorbereitungshandlungen für staatsgefährdende Gewalttaten kriminalisiert. Dabei soll es gerade nicht erforderlich sein, dass der Täter in eine feste terroristische Organisationsstruktur eingebunden ist.⁵⁸ Sollte dieses Gesetz in Kraft treten, dürfte in praktisch jedem Fall des § 4a Abs. 1 BKAG zugleich der Anfangsverdacht einer Straftat bestehen.

Da es sich um ein Strukturproblem der neuen Aufgabe des Bundeskriminalamts handelt, ist höchst bedauerlich, dass das Gesetz keine Anhaltspunkte dafür enthält, wie die Aufgabenkreise von Bundeskriminalamt und Generalbundesanwalt einander zuzuordnen sind. So wird die Abgrenzung faktisch dem Bundeskriminalamt überlassen: Zum einen werden Hinweise auf terroristische Straftaten zumindest in aller Regel zunächst das Bundeskriminalamt in seiner Zentralstellenfunktion erreichen. Wann das Amt diese Hinweise an den Generalbundesanwalt weiterleiten muss, hängt davon ab, ob es den Fall der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung zuordnet, da nur in den Fällen der Strafverfolgung eine gesetzliche Informationspflicht besteht.⁵⁹ Zum anderen verfügt das Bundeskriminalamt über weit größere personelle

Motivation und Vorgehensweise des Terrorismus in den letzten Jahrzehnten *Waldmann*, in: Graulich/Simon (Hrsg.), *Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, S. 47 (50 ff.).

⁵⁴ von *Heintschel-Heinegg*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), *Festschrift für Schroeder*, S. 799; *Miebach/Schäfer*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar*, § 129a Rn. 58 f.

⁵⁵ § 160 Abs. 1 StPO.

⁵⁶ Zu den niedrigen Anforderungen an den Anfangsverdacht BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2007 – StB 34/07 –, juris, Abs.-Nr. 10; sehr weitgehend *Griesbaum*, in: *Griesbaum/Hannich/Schnarr* (Hrsg.), *Strafrecht und Justizgewährung*, S. 125 (130 ff.), der den „spezifisch gefahrenabwehrenden Charakter“ der Normen in die Beurteilung einfließen lassen will.

⁵⁷ Dazu *Diemer*, *NStZ* 2005, S. 666 ff.; *Zöller*, *Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten*, S. 127 ff.

⁵⁸ Vgl. § 89a, § 89b, § 91 StGB in der Fassung des Entwurfs eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten, BT-Drucks. 16/12428; dazu *Radtke/Steinsiek*, *ZIS* 2008, S. 383 ff.; *Weißer*, *ZStW* 121 (2009), S. 131 (144 ff.). Eine weitergehende Kriminalisierung von Vorfeldhandlungen als bislang fordert auch Art. 3 des EU-Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung in der Fassung vom 28. November 2008, dazu *Zimmermann*, *ZIS* 2009, S. 1 ff.

⁵⁹ § 4 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 BKAG.

und sachliche Ressourcen als der Generalbundesanwalt.⁶⁰ Der Generalbundesanwalt wird schon deshalb kaum in der Lage sein, derartigen Hinweisen selbstständig nachzugehen.

Kann demnach das Bundeskriminalamt faktisch allein entscheiden, ob und inwieweit ein Fall der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung zuzuordnen ist, besteht das Risiko, dass in aller Regel der Gefahrenabwehr der Vorzug gegeben wird. So könnte die Sachleitungsbefugnis des Generalbundesanwalts für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren gegen terroristische Vereinigungen ausgehöhlt werden.⁶¹ Im Extremfall könnte es dazu kommen, dass der Generalbundesanwalt regelmäßig erst zu einem Zeitpunkt eingeschaltet wird, in dem das jeweilige Verfahren durch präventive Ermittlungen schon eine Eigendynamik angenommen hat, der sich diese Behörde faktisch kaum noch entziehen könnte.⁶² Der Generalbundesanwalt könnte seine Aufgabe, die Ermittlungstätigkeit der Polizei anzuleiten und zu kontrollieren,⁶³ kaum noch wirksam wahrnehmen. Diese Aufgabe hat gerade im Terrorismusbereich erhebliche Relevanz, da dort typischerweise Ermittlungsmaßnahmen von hoher Eingriffsintensität getroffen werden, für welche die Strafprozessordnung die Führungsrolle der Staatsanwaltschaft besonders betont.⁶⁴ Zugleich könnte das strafprozessuale Legalitätsprinzip⁶⁵ zugunsten des polizeirechtlichen Opportunitätsprinzips unterlaufen werden. Sowohl die Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft als auch das Legalitätsprinzip dienen dabei nicht nur dem öffentlichen Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung, sondern auch den rechtlich geschützten Belangen des Beschuldigten.⁶⁶ Zumindest rechtspolitisch erschiene es höchst zweifelhaft, einerseits in weitem Umfang⁶⁷ Handlungen zu kriminalisieren, die sich weit im Vorfeld von Rechtsgutsverletzungen bewegen, andererseits aber demjenigen, der solcher Handlungen ver-

⁶⁰ So beschäftigt die Bundesanwaltschaft insgesamt lediglich etwa 200 Mitarbeiter, davon rund 90 Staatsanwälte; das Bundeskriminalamt hat hingegen etwa 5.500 Bedienstete, von denen rund die Hälfte Kriminalbeamte sind.

⁶¹ So der im Gesetzgebungsverfahren angehörte Sachverständige *Geiger*, Ausschussdrucks. 16(4)460H, S. 8 f.

⁶² Allgemein zu Defiziten im Informationsfluss zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft *Lilie*, ZStW 106 (1994), S. 625 (629 f.).

⁶³ Den Gesichtspunkt der Kontrolle hebt für die Rolle der Staatsanwaltschaft hervor *Lilie*, ZStW 106 (1994), S. 625 (640 ff.).

⁶⁴ Siehe die Nachweise oben Teil 1, Fn. 146.

⁶⁵ § 152 Abs. 2, § 163 Abs. 1 Satz 2 StPO.

⁶⁶ Zur rechtsstaatlichen Funktion des Legalitätsprinzips *Denninger*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn. E 183 ff.; zu seiner Bedeutung im Bereich „operativer“ Polizeiarbeit *Weßlau*, Vorfeldermittlungen, S. 230 ff.; zu Vollzugsdefiziten bei der Bekämpfung der organisierten Kriminalität *Lilie*, ZStW 106 (1994), S. 625 (632 f.); *Rachor*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn. F 146.

⁶⁷ Pointiert zu den geplanten Vorfeldtatbeständen in § 89a, § 89b, § 91 StGB (dazu oben Teil 2, Fn. 58) *Weißer*, ZStW 121 (2009), S. 131 (153): Das Strafrecht werde „mit einer nahezu allumfassenden Strafandrohung bis an die Zähne bewaffnet gegen drohende terroristische Anschläge“.

dächtig ist, die Stellung und die Rechte eines Beschuldigten im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren weitgehend vorzuenthalten.

Erforderlich ist daher ein differenzierender Ansatz, der die Bedürfnisse von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung austariert und nicht schematisch einem der beiden Regime den Vorzug gibt. Dem Bundeskriminalamt muss ermöglicht werden, zunächst auf der Grundlage seiner präventiven Befugnisse tätig zu werden, damit es nach einem Hinweis eilige Maßnahmen ohne Zeitverlust einleiten kann. Zugleich muss aber sichergestellt sein, dass das Amt den Generalbundesanwalt frühzeitig über Verdachtsmomente und gegebenenfalls über laufende präventive Ermittlungen unterrichtet.⁶⁸ Der Generalbundesanwalt erhält so die Möglichkeit, die strafprozessuale Sachleitung zu übernehmen, wenn der Anfangsverdacht einer Straftat vorliegt. Damit kann er das präventive Verfahren teilweise⁶⁹ in ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren überleiten. Verneint der Generalbundesanwalt hingegen einen Anfangsverdacht, wird das Bundeskriminalamt zu prüfen haben, ob gleichwohl eine Gefahr des internationalen Terrorismus besteht. So wird insgesamt vermieden, dass dringende Ermittlungsmaßnahmen an zeitaufwändigen Abstimmungen scheitern. Zugleich wird der Generalbundesanwalt möglichst frühzeitig einbezogen, um seine Sachleitungsbefugnis zu wahren und seine strafrechtliche Expertise zu nutzen.

Eine ausdrückliche Informationspflicht enthält das Gesetz in den Fällen des § 4a BKAG nicht. Jedoch lässt sich eine solche Pflicht § 4 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 BKAG in erweiternder teleologischer Auslegung entnehmen. Nach dieser Vorschrift muss das Bundeskriminalamt den Generalbundesanwalt unverzüglich benachrichtigen, wenn es polizeiliche Aufgaben auf dem Gebiet der Strafverfolgung wahrnimmt. Dies muss auch gelten, wenn das Amt präventiv tätig wird, aber möglicherweise der Anfangsverdacht einer Straftat besteht. Anderenfalls könnte das Amt sich seiner Benachrichtigungspflicht in den Fällen des § 4a BKAG weitgehend entziehen, indem es seine Ermittlungen als (rein) präventiv deklariert. Im Übrigen erscheint es dringend angezeigt, das Verhältnis von Bundeskriminalamt und Generalbundesanwalt in Verwaltungsvorschriften zu regeln.

⁶⁸ Insoweit wie hier *Griesbaum*, in: Griesbaum/Hannich/Schnarr (Hrsg.), *Strafrecht und Justizgewährung*, S. 125 (132); *Roggan*, NJW 2009, S. 257 (258).

⁶⁹ Soweit sich Überschneidungen ergeben, sind nach allgemeinen Vorgaben die präventiven und repressiven Befugnisse in „enger und vertrauensvoller Zusammenarbeit zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei“ auszuüben, vgl. Buchstabe B III der Gemeinsamen Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren des Bundes und der Länder über die Anwendung unmittelbaren Zwanges durch Polizeibeamte auf Anordnung des Staatsanwalts, Anl. A zur RiStBV.

III. Übergreifende Regelungsprobleme der Befugnisse zu heimlichen Ermittlungen

Obwohl die heimlichen Ermittlungsmaßnahmen, zu denen das Bundeskriminalamt nach der Gesetzesnovelle befugt ist, sich technisch und ermittlungstaktisch teilweise erheblich voneinander unterscheiden, bestehen viele gleichartige Regelungsprobleme. Diesen Regelungsproblemen begegnet das Gesetz mit ähnlichen Regelungselementen, die im Folgenden übergreifend dargestellt werden. Im Einzelnen geht es um die folgenden Bausteine: 1. den Eingriffsanlass; 2. den Kreis derjenigen, die von einer Ermittlungsmaßnahme betroffen sind; 3. die Vorgaben zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung; 4. den Schutz von Zeugnisverweigerungsrechten; 5. das Verfahren zur Anordnung einer Überwachungsmaßnahme; 6. die Benachrichtigung der Betroffenen.

1. Eingriffsanlass

Die neuen Befugnisse des Bundeskriminalamts zu heimlichen Ermittlungsmaßnahmen knüpfen durchweg an die Aufgabenbestimmung des § 4a Abs. 1 BKAG an. Die Befugnisnormen setzen fast alle⁷⁰ entweder eine Gefahr oder zumindest eine Situation voraus, in der Tatsachen den Schluss rechtfertigen, dass eine terroristische Straftat droht. Sie mussten dabei auf die neue Aufgabe des Bundeskriminalamts, die Besonderheiten heimlicher Ermittlungsmaßnahmen und zum Teil auch auf die Regelungsschwierigkeiten im Vorfeld konkreter Gefahren zugeschnitten werden. Diesen Erfordernissen genügt die Gesetzesnovelle nur unvollkommen.

a) Gefahrentatbestand

§ 20a Abs. 2 BKAG definiert den Begriff der Gefahr für den neuen Unterabschnitt des Gesetzes. Danach bezeichnet dieser Begriff eine

„im Einzelfall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit im Zusammenhang mit Straftaten gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2“ BKAG.

Es muss sich also nach hergebrachter Terminologie um eine konkrete Gefahr handeln.⁷¹ Durch den Verweis auf § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG wird zudem das polizeiliche Schutzzut der öffentlichen Sicherheit verengt: Es muss die Gefahr bestehen, dass eine terroristische Straftat im Sinne dieser Norm begangen oder fortgesetzt wird.⁷²

⁷⁰ Die einzige Ausnahme bildet die Generalklausel zur Datenerhebung in § 20b Abs. 1 BKAG, die allgemein an die Aufgabenbestimmung in § 4a Abs. 1 BKAG anknüpft, siehe dazu noch unten Teil 2, III. 1. b) bb) (i).

⁷¹ Dazu *Denninger*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn. E 39 ff.

⁷² Ebenso die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/10121, S. 22.

Die Gefahrendefinition des § 20a Abs. 2 BKAG ist zunächst für die Befugnisnormen maßgeblich, deren Tatbestand lediglich eine Gefahr voraussetzt.⁷³ Sie ist nach ihrer systematischen Stellung und ihrem Sinn daneben auch für die Vorschriften über heimliche Ermittlungsmaßnahmen heranzuziehen, die den Begriff der Gefahr weiter einzuengen suchen. Diese Normen⁷⁴ ermächtigen das Bundeskriminalamt zu besonders intensiven Grundrechtseingriffen. Sie verlangen weitgehend übereinstimmend⁷⁵ eine „Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Staates, für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist“. Damit scheint auf den ersten Blick ein materiell qualifizierter Gefahrentatbestand geregelt worden zu sein. Tatsächlich dürfte die scheinbare Qualifikation jedoch leerlaufen. Eine Gefahr, die nicht eines der genannten Rechtsgüter bedroht, wird schon den Anforderungen von § 20a Abs. 2 in Verbindung mit § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG nicht genügen, da die bevorstehende Straftat keinen terroristischen Schaden anzurichten droht. Die wortreiche Formulierung ist damit bestenfalls sinnlos. Schlimmstenfalls provoziert sie das Missverständnis, dass gerade eingriffsintensive Maßnahmen getroffen werden dürfen, um bloße Sachgefahren abzuwehren.⁷⁶ Tatsächlich ist dies nur möglich, wenn eine Sachgefahr ausnahmsweise so schwerwiegend, dass sie im Sinne des § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich schädigen kann.⁷⁷

b) Verhütung von Straftaten

Das Gesetz soll dem Bundeskriminalamt auch dann weitreichende Ermittlungsbefugnisse einräumen, wenn (noch) keine Gefahr im Sinne des § 20a Abs. 2 BKAG besteht. Der Gesetzgeber ging also davon aus, dass Befugnisnormen, die eine konkrete Gefahr voraussetzen, nicht in jedem Fall ausreichen, um terroristische Straftaten zu verhüten. Dies erscheint zunächst nachvollziehbar, da Terrorismusabwehr schon wegen der drohenden Schäden nicht in erster Linie bloße Reaktion auf Krisensituationen sein kann. Es muss vielmehr darum gehen, durch geeignete Maßnahmen dafür zu sorgen, dass solche Krisensituationen nicht erst entstehen. Das Gesetz enthält dementsprechend zahlreiche Befugnisnormen, die den Eingriffsanlass in das Gefahrenvorfeld verlagern.

Wie der Eingriffstatbestand solcher Vorfeldebefugnisse formuliert werden kann, um knappe polizeiliche Ressourcen sinnvoll einzusetzen und rechtsstaatlichen Anforderungen zu genügen, ist ein seit längerem bekanntes und umstrittenes Regelungs-

⁷³ § 20c Abs. 2 Satz 2, § 20d Abs. 1 Nr. 1, § 20o, § 20s Abs. 1 Nr. 1 BKAG.

⁷⁴ § 20g Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 20h Abs. 1, § 20j Abs. 1 Satz 1, § 20k Abs. 1 Satz 1, § 20l Abs. 1 Nr. 1, § 20m Abs. 1 Nr. 1, § 20n Abs. 1 i.V.m. § 20l Abs. 1 Nr. 1 BKAG.

⁷⁵ Anders nur § 20k Abs. 1 Satz 1 BKAG; dazu noch unten Teil 2, IV. 2.

⁷⁶ In diese Richtung im Gesetzgebungsverfahren die Stellungnahmen der Sachverständigen Geiger, Ausschussdrucks. 16(4)460H, S. 6 f.; Möllers, Ausschussdrucks. 16(4)460K, unter II 4.

⁷⁷ Siehe oben Teil 2, II. 1.

problem. In der Novelle des BKA-Gesetzes zeigt sich dieses Problem deutlich, ohne dass es überzeugend gelöst würde.

aa) Das Gefahrenvorfeld als Regelungsproblem

Die Frage, wie Befugnistatbestände auf Situationen im Gefahrenvorfeld zugeschnitten werden können, bildet seit längerem einen Schwerpunkt der polizeirechtlichen Diskussion.⁷⁸ Das Regelungsproblem lässt sich in zwei Unterprobleme aufgliedern, die in einem Stufenverhältnis stehen. Zunächst stellt sich die Frage, ob und inwieweit der Begriff der konkreten Gefahr ausreicht, um die Anlässe für eine bestimmte polizeiliche Maßnahme zu beschreiben. Nur soweit diese Frage verneint wird, bedarf es eines Eingriffstatbestands, der auf das Vorfeld einer konkreten Gefahr zuzuschneiden ist. Dann erst muss untersucht werden, wie ein solcher Tatbestand formuliert werden kann, um der Polizei hinreichende Ermittlungsbefugnisse einzuräumen und zugleich rechtsstaatlichen Anforderungen zu genügen.

Vorrangig müssen daher Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen des Begriffs der konkreten Gefahr reflektiert werden. Dieser Begriff bezeichnet eine Sachlage, bei der im Einzelfall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für ein polizeiliches Schutzgut eintreten wird.⁷⁹ Er beruht damit auf einer Prognose, deren Gegenstand und deren Modalitäten mit weichen Formeln beschrieben werden, die sich nicht ohne weiteres genau bestimmen lassen:⁸⁰ Die Fragen, welche Umstände des Einzelfalls für die Prognose relevant sind, wie deutlich das drohende Schadensereignis konturiert sein muss und mit welcher Wahrscheinlichkeit sowie in welchem Zeitraum genau es bevorstehen muss, klärt der Gefahrenbegriff selbst nicht. Er verweist vielmehr auf Formeln, die konkretisiert werden müssen, um Gefahr und Gefahrenvorfeld voneinander abgrenzen zu können.

Dazu müssen den Informationen, die über die Sachlage im konkreten Einzelfall verfügbar sind, Wissensbestände allgemeiner Art zugeordnet werden wie etwa kriminalistische Erfahrungen, gesellschaftliche Konventionen oder statistische Aussagen, die einen prognostischen Schluss von einer bestimmten Ausgangssituation auf einen

⁷⁸ Die Literatur ist kaum noch überschaubar, vgl. aus jüngerer Zeit etwa *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge; *Kugelman*, DÖV 2003, S. 781; *Möstl*, DVBl 2007, S. 581; *Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), S. 345; *Schoch*, Der Staat 43 (2004), S. 347; *Trute*, Die Verwaltung 36 (2003), S. 501; *Trute*, Die Verwaltung 42 (2009), S. 85.

⁷⁹ So die Legaldefinition in § 2 Nr. 3 Buchstabe a BremPolG; § 2 Nr. 1 Buchstabe a nds-SOG; § 3 Nr. 3 Buchstabe a lsaSOG; ebenso BVerfGE 115, 320 (364); in der Sache übereinstimmend BVerfGE 45, 51 (57).

⁸⁰ Dies wird besonders deutlich bei Autoren, die sich um eine möglichst exakte Fassung des Gefahrenbegriffs bemühen, vgl. etwa *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, S. 33 ff.; *Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), S. 345 (363 ff.).

bestimmten schädigenden Geschehensablauf erhärten oder entkräften können.⁸¹ Daneben ist relevant, mit welchen Mitteln auf eine schadensträchtige Situation reagiert werden soll. Soll ein Kausalverlauf mit Befehl oder Zwang unterbrochen werden, so können an die Elemente der Schadensprognose typischerweise höhere Anforderungen gestellt werden als in Fällen, in denen zunächst ermittelt werden soll, welches Schadensereignis wann, wo und von wem droht.⁸² Ermittlungsmaßnahmen können oftmals nur getroffen werden, wenn ein Schadensereignis noch nicht unmittelbar bevorsteht. Der Begriff der konkreten Gefahr kann flexibilisiert werden, um den Besonderheiten solcher Maßnahmen gerecht zu werden.

Wenn der Gefahrenbegriff auf diese Weise flexibilisiert wird, wird er nicht inhaltslos. Er behält vielmehr die Funktion eines Optimierungsgebots: Das Erfordernis einer konkreten Gefahr zwingt die Polizei, den Eingriffsanlass so weit wie möglich zu konkretisieren. Sie muss mit einer Maßnahme abwarten, bis sich das prognostizierte Schadensereignis, seine Wahrscheinlichkeit und seine zeitliche Nähe so genau absehen lassen, wie dies nach den Eigenarten der jeweiligen Maßnahme möglich ist, ohne dass die Maßnahme ihren Sinn verliert. Der Gefahrenbegriff taugt dann einerseits dazu, die Tatbestandsvoraussetzungen von Ermittlungsmaßnahmen so zu beschreiben, dass diese Maßnahmen erfolversprechend eingesetzt werden können. Andererseits kann er besonders bei eingriffsintensiven Maßnahmen sicherstellen, dass rechtsstaatliche Anforderungen gewahrt werden.⁸³

Der Gesetzgeber muss damit zunächst entscheiden, ob eine Befugnisregelung, die tatbestandlich eine konkrete Gefahr voraussetzt, ausreicht, um der Polizei die gewünschte Ermittlungsmaßnahme zu ermöglichen. Nur wenn und soweit diese Frage verneint wird, bedarf es einer Befugnisnorm, die auf das Vorfeld der konkreten Gefahr zugeschnitten wird. Vielfach wird allerdings ein flexibel verstandener Begriff der konkreten Gefahr ausreichen. Das viel diskutierte Problem, wie polizeirechtliche Vorfeldtatbestände zu formulieren sind, um auch eingriffsintensive Ermittlungsmaßnahmen zu rechtfertigen, stellt sich damit keineswegs für jede Ermittlungsmaßnahme. Vielmehr dürfte es sich eher um Sonderfälle handeln. In der Folge liegt eine Aufgabe einer rechtsetzungsorientierten Polizeirechtswissenschaft⁸⁴ darin, Kriterien zu entwickeln, mit denen bestimmt werden kann, welche Ermittlungsmaßnahmen überhaupt einer Vorfeldregelung bedürfen. Weiter lassen sich zwei Mindestanforderun-

⁸¹ Zu den Anforderungen an die Schadensprognose *Denninger*, in: Liskan/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn. E 46 ff.

⁸² Den Unterschied von Maßnahmen der Gefahrenabwehr und der Gefahrermittlung betont auch, allerdings mit polizeirechtsdogmatischen Folgerungen, die hier nicht vollständig geteilt werden, *Möstl*, DVBl 2007, S. 581 (584 ff.); vgl. ferner *Trute*, Die Verwaltung 42 (2009), S. 85 (90 ff.).

⁸³ Ansatzweise wie hier *Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), S. 345 (365 f.).

⁸⁴ Allgemein zum Perspektivenwandel der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft von einer anwendungsbezogenen Interpretationswissenschaft zu einer rechtsetzungsorientierten Handlungs- und Entscheidungswissenschaft statt vieler *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 1 Rn. 15, m.w.N.

gen an Vorfeldtatbestände formulieren, wo ein solcher Eingriffstatbestand für erforderlich gehalten wird:

Zum einen müssen Gefahren- und Vorfeldtatbestände aufeinander abgestimmt werden. Es ist nur dann sinnvoll, hinsichtlich derselben Maßnahme nebeneinander eine Befugnis zur Gefahrenabwehr und eine Vorfeldbefugnis vorzusehen, wenn beide Befugnistatbestände jeweils einen eigenständigen Anwendungsbereich haben, den der andere Tatbestand nicht erfasst. Das wird oftmals nicht der Fall sein. Eine eng gefasste Vorfeldbefugnis, die im Ergebnis lediglich das Erfordernis einer konkreten Gefahr anders formuliert, ist überflüssig, wenn bereits eine Befugnis zur Gefahrenabwehr besteht. Andererseits kann neben einer weit gefassten Vorfeldbefugnisse die parallele Befugnis zur Gefahrenabwehr leerlaufen, wenn im Fall einer konkreten Gefahr immer auch die Vorfeldbefugnis greift, die zudem weitere Fälle erfasst. In beiden Konstellationen besteht nicht nur ein ästhetisches Bedürfnis, die Befugnisnorm auf einen einheitlichen Eingriffstatbestand zu beschränken. Eine Doppelnormierung birgt vielmehr die Gefahr von Fehlinterpretationen mit der Folge, dass entweder die Befugnis insgesamt zu eng interpretiert und der Polizei so wesentliche Ermittlungsmaßnahmen versagt oder die Befugnis uferlos ausgedehnt und so rechtsstaatliche Erfordernisse missachtet werden.

Zum anderen muss der Befugnistatbestand mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen in Einklang stehen. Die Gebote der Normenklarheit⁸⁵ und Verhältnismäßigkeit errichten ein rechtsstaatliches Minimum für die Steuerungskraft von Befugnisnormen. Ihre Anforderungen werden umso strenger, je intensiver eine Ermittlungsmaßnahme in Grundrechte eingreift. Vorfeldbefugnisse sind verfassungsrechtlich besonders heikel, da sie der Polizei gerade ermöglichen sollen, ohne konkrete Gefahr zu ermitteln. Andere Tatbestandselemente, die das Handeln der Polizei vergleichbar zuverlässig anleiten können, sind jedoch zumindest schwierig zu formulieren. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat folgerichtig in jüngerer Zeit mehrfach Vorfeldbefugnisse als unbestimmt und/oder unverhältnismäßig verworfen.⁸⁶ An dieser Rechtsprechung wird allerdings kritisiert, sie behindere Ermittlungen im Vorfeld konkreter Gefahren zu weitgehend. Die Polizei müsse im Vorfeld gerade erst ermitteln, ob die Voraussetzungen einer konkreten Gefahr vorliegen.⁸⁷ Diese Kritik beruht jedoch zumindest teilweise darauf, dass die Flexibilität des Gefahrenbegriffs unterschätzt wird. Wird dieser Begriff als Optimierungsgebot gedeutet, das sich an die Besonderheiten polizeilicher Maßnahmen anpasst, so kann er viele Ermittlungsbedürfnisse abbilden, die oftmals vorschnell im Gefahrenvorfeld verortet werden. Der Appell, zunächst Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen des Gefahrenbegriffs zu überdenken, bevor Vorfeldbefugnisse gefordert werden, richtet sich daher nicht

⁸⁵ Ausführlich und kritisch dazu jüngst *Towfigh*, Der Staat 48 (2009), S. 29 (37 ff.).

⁸⁶ BVerfGE 110, 33 (52 ff.); 113, 348 (375 ff.); 120, 274 (315 ff.); vgl. ferner BVerfGE 120, 378 (401 ff.); BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 23. Februar 2007 – 1 BvR 2368/06 –, NVwZ 2007, S. 688 (690 f.).

⁸⁷ In diese Richtung etwa *Möstl*, DVBl 2007, S. 581 (584 ff.); *Trute*, Die Verwaltung 42 (2009), S. 85 (88 ff.).

nur an den Gesetzgeber, sondern auch an Teile des rechtswissenschaftlichen Schrifttums.

bb) Die Vorfeldbefugnisse nach der Gesetzesnovelle

Die neuen Vorfeldbefugnisse des BKA-Gesetzes werden dem komplexen Verhältnis von Gefahr und Gefahrenvorfeld nicht gerecht. Sie begegnen erheblichen polizeirechtsdogmatischen und zum Teil auch verfassungsrechtlichen Bedenken. In dem Gesetz finden sich unterschiedliche Tatbestandsfassungen, deren Gehalt und Verhältnis zueinander sich überwiegend nicht erschließen. Weiter sind die Vorfeldbefugnisse vielfach auf die parallelen Befugnisse zur Gefahrenabwehr nicht hinreichend abgestimmt. Schließlich genügen sie nicht durchweg den verfassungsrechtlichen Anforderungen der Normenklarheit und Verhältnismäßigkeit.

(1) Tatbestandsfassungen der Vorfeldbefugnisse

Die Befugnisregelungen zu heimlichen Ermittlungsmaßnahmen im Gefahrenvorfeld enthalten insgesamt vier unterschiedliche Tatbestandsfassungen, die ersichtlich unterschiedlich strenge Anforderungen errichten sollen. Ihr Verhältnis zueinander lässt sich allerdings nur teilweise bestimmen.

Die niedrigsten Anforderungen soll erkennbar die Generalklausel des § 20b BKAG enthalten. Diese Norm ermöglicht dem Bundeskriminalamt allgemein Datenerhebungen mit dem Ziel, seine präventive Aufgabe nach § 4a Abs. 1 BKAG zu erfüllen. Die Datenerhebung muss also zwar dem Ziel dienen, terroristische Straftaten abzuwehren. Jedoch wird nicht vorausgesetzt, dass eine solche Straftat im Einzelfall absehbar ist. Eine derartige Generalklausel kann allerdings nur Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung von geringem Gewicht rechtfertigen.⁸⁸ Zudem sind personenbezogene Daten grundsätzlich offen zu erheben. Heimliche Ermittlungsmaßnahmen können nur ausnahmsweise auf die Generalklausel gestützt werden.⁸⁹ Für den Bereich der Straftatenverhütung enthält schließlich § 20b Abs. 2 eine Sonderregelung. Danach dürfen personenbezogene Daten nur erhoben werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass jemand eine Straftat gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG begehen „will“. Diese Formulierung ist zumindest missverständlich. Bloßes Wunschdenken kann kein Grund sein, um persönliche Daten zu erheben und so in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung einzugreifen. Dies ergibt sich indirekt auch aus dem Gesetz, da die erhobenen Daten weiter erforderlich sein müssen, um die Straftat zu verhüten. Das können sie nur, wenn zumindest möglich erscheint, dass der Betroffene seinen Willen

⁸⁸ Petri, in: Liskan/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn. H 173; vgl. ferner zur Videoüberwachung eines öffentlichen Platzes auf der Grundlage einer allerdings noch pauschaleren Generalklausel BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 23. Februar 2007 – 1 BvR 2368/06 –, NVwZ 2007, S. 688 (690 f.)

⁸⁹ § 20b Abs. 3 BKAG i.V.m. § 21 Abs. 3 Satz 1 BPoIG.

auch in die Tat umsetzen kann. Angesichts dessen hätte allerdings näher gelegen, den Befugnistatbestand von vornherein objektiv zu fassen.

Eine solche objektive Formulierung findet sich in den Befugnisnormen,⁹⁰ die bestimmte Ermittlungsmaßnahmen ermöglichen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die betroffene Person Straftaten gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG begehen „wird“. Inhaltlich geht dieser Eingriffstatbestand allerdings über die General Klausel nicht hinaus. Er stellt keine Anforderungen an die Art der Tatsachen, auf denen die Straftatenprognose beruht. Nach der gesetzlichen Formulierung wäre sogar denkbar, diese Prognose nicht auf Umstände zu stützen, die auf einen mehr oder weniger konkret absehbaren Geschehensablauf in der Zukunft hindeuten, sondern etwa ausschließlich von bestimmten Persönlichkeitsmerkmalen oder der Vordehlinquenz des Betroffenen auszugehen.⁹¹ Auch wird nicht näher bestimmt, welche Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit oder die zeitliche Nähe des drohenden Schadens bestehen.

Anders formuliert sind die Befugnisnormen, die Ermittlungen mit Bezug zu Telekommunikation oder Telemedien regeln. Solche Maßnahmen können gegen eine Person getroffen werden, bei der bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Straftaten gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG „vorbereitet“.⁹² Ob dies gegenüber der Annahme, dass eine Person solche Straftaten begehen „wird“, den Eingriffstatbestand einengt oder sogar noch vorverlagert, ist unklar: Wer eine Straftat „vorbereitet“, hat zwar bereits etwas unternommen, um die Straftat begehen zu können. Andererseits können diese Handlungen sich noch in einem so frühen Stadium befinden oder so untauglich sein, dass nicht notwendigerweise absehbar ist, ob der Betroffene die Straftat begehen „wird“. Zudem bildet die Vorbereitung einer Straftat nicht etwa die Tatsachengrundlage einer Prognose (etwa der Prognose, dass der Betroffene die Straftat tatsächlich begehen wird). Sie ist vielmehr Gegenstand des Schlusses, der aus anderen, nicht spezifizierten Tatsachen gezogen werden soll. Die Gesetzesbegründung zu § 20l BKAG hilft bei der Interpretation des Eingriffstatbestands nicht weiter,

⁹⁰ § 20g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 20i Abs. 2 Nr. 2 BKAG.

⁹¹ Vgl. *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, S. 285 f. Das Problem zeigt sich beispielhaft in einem Kammerbeschluss des BVerfG zur Aufbewahrung erkennungsdienstlicher Unterlagen, der für eine Straftatenprognose zwar eine „eingehende [...] Würdigung aller hierfür relevanten Umstände des Einzelfalls“ fordert, die näheren Anforderungen an die Prognosegrundlage jedoch nicht ausführt, vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 1. Juni 2006 – 1 BvR 2293/03 –, juris, Abs.-Nr. 11 ff.

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

⁹² § 20l Abs. 1 Nr. 2, § 20m Abs. 1 Nr. 2, § 20n Abs. 1 i.V.m. § 20l Abs. 1 Nr. 2 BKAG. Die gleiche Formulierung findet sich etwa in § 23a Abs. 1 Satz 1 ZfFdG, wird dort jedoch immerhin in Abs. 2 der Vorschrift erläutert und durch Beispiele konkretisiert.

wenn es dort im Widerspruch zum Gesetzestext heißt, die Maßnahme könne sich gegen eine Person richten, bei der „bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Straftaten nach § 4a Abs. 1 Satz 2 [BKAG] begehen wird.“⁹³ Die Frage drängt sich auf, ob der Unterschied der Eingriffstatbestände überhaupt beabsichtigt war oder eher redaktionellen Mängeln des Gesetzes geschuldet ist.⁹⁴

Höhere Anforderungen errichtet hingegen die Ermächtigung zu akustischen und optischen Wohnraumüberwachungen in § 20h Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b BKAG. Danach muss die Prognose, dass der Betroffene Straftaten begehen wird, auf „konkreten Vorbereitungshandlungen“ beruhen.⁹⁵ Anders als bei den Normen über telekommunikationsbezogene Ermittlungen ist hier die Vorbereitung einer Straftat also nicht Gegenstand, sondern Basis der Prognose. Der Kreis der maßgeblichen Tatsachen wird so eingengt, wenn es auch an Regelbeispielen für solche Vorbereitungshandlungen fehlt. In der Folge erhöhen sich auch die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit und die zeitliche Nähe des drohenden Schadens.

(2) Verhältnis von Gefahrenabwehr und Vorfeldbefugnissen

Polizeirechtsdogmatisch sind die Vorfeldbefugnisse der Gesetzesnovelle bereits deshalb zu beanstanden, weil das Verhältnis der unterschiedlichen Tatbestandsfassungen zueinander weitgehend unklar bleibt. Hinzu kommt, dass diese Befugnistatbestände auf die parallelen Befugnisse zur Gefahrenabwehr nicht hinreichend abgestimmt sind. Teilweise sind sie neben diesen Befugnissen überflüssig, teilweise unterlaufen sie deren Voraussetzungen.

Überflüssig ist die Vorfeldbefugnis zu Wohnraumüberwachungen. Nach § 20h Abs. 1 BKAG setzt eine solche Überwachung stets voraus, dass eine dringende, also konkrete⁹⁶ Gefahr besteht, die gemäß § 20a Abs. 2 BKAG stets auf Straftaten

⁹³ BT-Drucks. 16/10121, S. 31, Hervorhebung vom Verf.

⁹⁴ Dieser Verdacht wird dadurch bestärkt, dass das Gesetz eine Reihe solcher Mängel enthält. Neben den bereits angeführten sprachlich misslungenen Formulierungen in § 4a Abs. 1 Satz 2 (siehe oben Teil 2, II. 1.) und § 20b Abs. 2 BKAG (siehe oben in diesem Abschnitt) sind auch § 20l Abs. 1 und § 20m Abs. 1 BKAG zu nennen, in denen jeweils ein Satzteil nach einer Aufzählung grammatikalisch falsch mit „und“ statt etwa mit „wenn“ angeschlossen wird. Unter redaktionellen Gesichtspunkten befremdet weiter, dass § 20l Abs. 1, § 20m Abs. 1 und § 20n Abs. 1 BKAG jeweils denselben Eingriffstatbestand enthalten, der in § 20m Abs. 1 BKAG jedoch nochmals ausformuliert wird, während § 20n Abs. 1 BKAG auf § 20l Abs. 1 BKAG verweist.

⁹⁵ Dieser Begriff findet sich auch in § 20j Abs. 1 Hs. 2 BKAG, der jedoch keinen eigenständigen Eingriffstatbestand, sondern ein Regelbeispiel einer konkreten Gefahr regelt. Siehe zu dieser Norm noch unten Teil 2, IV. 1.

⁹⁶ Im Einzelnen ist der Begriff der dringenden Gefahr streitig. Es besteht aber Einigkeit, dass ihre Voraussetzungen jedenfalls nicht hinter denen einer konkreten Gefahr zurückbleiben. Überwiegend wird angenommen, dass der Begriff der dringenden Gefahr den der konkreten Gefahr hinsichtlich des gefährdeten Rechtsguts qualifiziert, so etwa BVerwGE 47, 31 (40); kritisch und m.w.N. *Denninger*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn. E 63. Wird der Begriff der dringenden Gefahr so verstanden, ist er im Rahmen des BKA-

im Sinne des § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG zu beziehen ist. Die Überwachung kann sich sodann unter anderem gegen den Handlungsstörer richten.⁹⁷ Es ist nicht ersichtlich, welche praktische Bedeutung daneben die Möglichkeit haben soll, auch denjenigen zu überwachen, bei dem konkrete Vorbereitungshandlungen die Annahme rechtfertigen, dass er Straftaten gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG begehen wird.⁹⁸ Diese Person wird im Fall einer dringenden Gefahr stets Handlungsstörer sein.

Weiter enthält das Gesetz mehrere Vorfeldbefugnisse, welche die entsprechenden Gefahrentatbestände zu unterlaufen drohen. So darf das Bundeskriminalamt mehrere eingriffsintensive Ermittlungsmaßnahmen zwar zur Gefahrenabwehr nur treffen, wenn eine Gefahr besteht.⁹⁹ Daneben werden die gleichen Ermittlungsmaßnahmen jedoch ermöglicht, wenn – nicht näher umrissene – Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine Person Straftaten gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG begehen wird¹⁰⁰ oder vorbereitet.¹⁰¹ Die Vorfeldtatbestände bleiben damit hinsichtlich der Schadensprognose hinter den entsprechenden Gefahrentatbeständen erheblich zurück. Die Schadensereignisse, die jeweils Gegenstand der Prognose sind, sind dabei identisch, da der Gefahrentatbestand des § 20a Abs. 2 BKAG gleichfalls auf § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG verweist. In der Folge werden die Befugnisse zur Gefahrenabwehr und ihre Begrenzungen bedeutungslos. Es steht zu erwarten, dass sich das Bundeskriminalamt in der Praxis ausschließlich an den Vorfeldtatbeständen orientieren wird.

(3) Verfassungsrechtliche Bedenken

Soweit die Befugnisnormen Ermittlungsmaßnahmen bereits dann zulassen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die betroffene Person Straftaten gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG begehen „wird“ oder „vorbereitet“, verstoßen sie zumindest teilweise gegen die verfassungsrechtlichen Gebote der Normenklarheit und Verhältnismäßigkeit.

Welche Anforderungen diese Gebote an den Eingriffstatbestand einer polizeilichen Vorfeldbefugnis stellen, hängt maßgeblich von der Eingriffsintensität der Maßnahme ab. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hatte bereits eine polizeigesetzliche Regelung¹⁰² zu beurteilen, nach der die Telekommunikation überwacht und Telekommunikationsverkehrsdaten erhoben werden konnten, wenn Tatsachen

Gesetzes allerdings zumindest weitgehend ohne Bedeutung, da eine Gefahr im Sinne von § 20b Abs. 2 i.V.m. § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG jedenfalls in aller Regel auch eine dringende Gefahr sein wird.

⁹⁷ § 20h Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a BKAG i.V.m. § 17 Abs. 1 BPolG.

⁹⁸ § 20h Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b BKAG.

⁹⁹ So § 20g Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BKAG. Eine dringende Gefahr setzen voraus § 20l Abs. 1 Nr. 1, § 20m Abs. 1 Nr. 1, § 20n Abs. 1 i.V.m. § 20l Abs. 1 Nr. 1 BKAG. Sachliche Unterschiede ergeben sich daraus nicht, siehe oben in Fn. 96.

¹⁰⁰ § 20g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BKAG.

¹⁰¹ § 20l Abs. 1 Nr. 2, § 20m Abs. 1 Nr. 2, § 20n Abs. 1 i.V.m. § 20l Abs. 1 Nr. 2 BKAG.

¹⁰² § 33a ndsSOG-a.F.

die Annahme rechtfertigen, dass der Betroffene eine Straftat von erheblicher Bedeutung begehen wird. Der Senat hat diese Norm für unbestimmt und unverhältnismäßig gehalten. Das Gesetz trage nicht hinreichend dazu bei, ein harmloses Verhalten von einem Verhalten abzugrenzen, das in eine Straftat münde, da es an einschränkenden Tatbestandsmerkmalen fehle. In der Folge bleibe es der Polizei überlassen, Voraussetzungen und Grenzen des Eingriffs selbst zu bestimmen. Sie entscheide ohne nähere gesetzliche Vorgaben, gewissermaßen tatbestandsergänzend über die Grenzen der Freiheit des Bürgers und müsse sich die Maßstäbe dafür selbst zurechtlegen. Es sei jedoch Sache des Gesetzgebers, solche Maßstäbe bereitzustellen.¹⁰³

Auf der Grundlage dieser Ausführungen stehen jedenfalls die Vorfeldbefugnisse in § 20g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 20l Abs. 1 Nr. 2 und § 20m Abs. 1 Nr. 2 BKAG mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht in Einklang.

Nach § 20g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BKAG kann das Bundeskriminalamt die in Abs. 2 der Norm aufgeführten besonderen Mittel der Datenerhebung¹⁰⁴ einsetzen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Betroffene Straftaten nach § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG begehen wird. Dieser Eingriffstatbestand stimmt im Wesentlichen mit der Norm überein, die Gegenstand des Urteils des Ersten Senats war. Zwar ermächtigt § 20g BKAG anders als diese Norm nicht zu Eingriffen in das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG. Wohl aber sieht die Vorschrift intensive Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung vor, das durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet wird. Dessen Anforderungen an die Bestimmtheit von Ermittlungsregelungen bleiben hinter den Anforderungen aus Art. 10 GG jedenfalls nicht so weit zurück, dass eine derart unbestimmte Befugnisnorm so schwere Eingriffe rechtfertigen könnte.¹⁰⁵

Nach § 20l Abs. 1 Nr. 2 und § 20m Abs. 1 Nr. 2 BKAG kann das Bundeskriminalamt die Telekommunikation überwachen und Verkehrs- und Nutzungsdaten erheben, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Betroffene Straftaten nach § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG vorbereitet. Diese Eingriffe stimmen mit den seinerzeit vom Ersten Senat geprüften Eingriffen überein oder wiegen ebenso schwer.¹⁰⁶ Der Ein-

¹⁰³ BVerfGE 113, 348 (378 f., 388 f.).

¹⁰⁴ Im Einzelnen: längerfristige Observation, Bild- und Tonaufnahmen außerhalb von Wohnungen, andere technische Mittel zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Betroffenen, Einsatz von Vertrauenspersonen und von verdeckten Ermittlern.

¹⁰⁵ Vgl. zur Konvergenz der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit und Normenklarheit von Ermittlungsbefugnissen einerseits zu Art. 10 GG BVerfGE 110, 33 (52 ff.); 113, 348 (375 ff.); andererseits zum Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung BVerfGE 115, 320 (365 f.); 118, 168 (186 ff.); 120, 351 (366 f.); 120, 378 (407 f.); ferner zum „neuen“ IT-Grundrecht BVerfGE 120, 274 (315 f.).

¹⁰⁶ Anders allerdings zum Einsatz von „IMSI-Catchern“, wie ihn § 20n Abs. 1 BKAG ermöglicht, BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 22. August 2006 – 2 BvR 1345/03 –, NJW 2007, S. 351 (355 f.); kritisch dazu *Nachbaur*, NJW 2007, S. 335 (336 f.); *Saurer*, RDV 2007, S. 100 (102 f.).

griffstatbestand ist im Vergleich zu der Norm, die Gegenstand des Urteils war, eher noch unbestimmter, leitet aber jedenfalls die polizeiliche Ermittlungstätigkeit ebenso wenig an.¹⁰⁷

2. Kreis der Betroffenen

Eine Ermächtigung zu einer heimlichen Ermittlungsmaßnahme muss grundsätzlich¹⁰⁸ den Kreis derjenigen bestimmen, die der Maßnahme ausgesetzt werden dürfen. Dieses Erfordernis ergibt sich nicht nur aus ermittlungspraktischen Erwägungen, sondern ist auch verfassungsrechtlich vorgegeben, da Eingriffe in die Grundrechte Unbeteiligter in besonderem Maße rechtfertigungsbedürftig sind.¹⁰⁹ Auch insoweit enthält das Gesetz konzeptionelle Mängel, die zumindest polizeirechtsdogmatisch kritikwürdig erscheinen und daran zweifeln lassen, ob die betroffenen Normen praktisch in jeder Hinsicht handhabbar sind. Teilweise begründen die Mängel auch verfassungsrechtliche Bedenken.

a) Störer

Soweit die neuen Ermittlungsbefugnisse des Bundeskriminalamts eine konkrete Gefahr voraussetzen, grenzen sie den betroffenen Personenkreis ein, indem sie auf die Regelungen über die Polizeipflicht in §§ 17 f. BPolG verweisen.¹¹⁰ Das Gesetz greift damit auf ein herkömmliches polizeirechtliches Regelungsmuster zurück, das sich jedoch mit dem besonderen Gefahrentatbestand des § 20a Abs. 2 BKAG und mit den geregelten Ermittlungsmaßnahmen insoweit nicht verträgt, als nach den neuen Befugnisregelungen – selbst bei Maßnahmen von hoher Eingriffsintensität¹¹¹ – auch gegen Zustandsstörer ermittelt werden kann. Dies ergibt keinen Sinn, wenn die hergebrachten Kriterien der Zustandshaftung angelegt werden. Eine denkbare weite Interpretation der Zustandshaftung erscheint polizeirechtsdogmatisch nicht vertretbar und würde auch verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen.

¹⁰⁷ Siehe zum Verhältnis von § 20g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BKAG zu § 20l Abs. 1 Nr. 2 und § 20m Abs. 1 Nr. 2 BKAG oben Teil 2, III. 1. b) bb) (i).

¹⁰⁸ Eine Ausnahme besteht für Maßnahmen, die nicht gezielt gegen bestimmte Personen gerichtet werden. Die Streubreite solcher Maßnahmen kann allerdings die Eingriffsintensität erhöhen, so dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erhöhte Anforderungen an die anderen Elemente des Befugnistatbestands stellt; siehe zur präventiven Rasterfahndung unten Teil 2, IV. 1.; zur automatischen Erfassung von Kfz-Kennzeichen BVerfGE 120, 378 (402, 430); zur Videoüberwachung öffentlicher Plätze BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 23. Februar 2007 – 1 BvR 2368/06 –, NVwZ 2007, S. 688 (691).

¹⁰⁹ BVerfGE 113, 348 (383); 115, 166 (193); 120, 274 (323).

¹¹⁰ § 20g Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 20h Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a, § 20l Abs. 1 Nr. 1, § 20m Abs. 1 Nr. 1, § 20n Abs. 1 i.V.m. § 20l Abs. 1 Nr. 1 BKAG.

¹¹¹ Vgl. § 20h Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a BKAG – Wohnraumüberwachung; § 20k Abs. 4 BKAG – „Online-Durchsuchung“; § 20l Abs. 1 Nr. 1 BKAG – Telekommunikationsüberwachung.

Die Zustandshaftung setzt nach § 18 Abs. 1 Satz 1 BPolG voraus, dass eine Gefahr von einer Sache oder einem Tier ausgeht. Nach § 20a Abs. 2 BKAG kann sich eine Gefahr im Sinne der neuen Befugnisnormen nur daraus ergeben, dass eine Straftat gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG bevorsteht. Sachen und Tiere begehen jedoch keine Straftaten, so dass sie auch keine Gefahr im Sinne des § 20a Abs. 2 BKAG verursachen können. Die Verweise auf § 18 BPolG haben daher nur dann einen Anwendungsbereich, wenn sie extensiv interpretiert werden. Sie könnten dann eine polizeirechtliche Verantwortlichkeit für eine Sache begründen, die genutzt wird, um Straftaten zu begehen oder vorzubereiten, ohne dass der Inhaber der tatsächlichen Sachgewalt selbst daran beteiligt und deshalb Handlungsstörer nach § 17 Abs. 1 BPolG wäre. Eine solche extensive Interpretation ist der hergebrachten polizeirechtlichen Doktrin jedoch fremd. Für die Zustandshaftung reicht es danach gerade nicht aus, wenn die Sache selbst ungefährlich ist, aber die bevorstehende Handlung eines Dritten mit, an oder in der Sache eine Gefahr begründet. So ist anerkannt, dass der Inhaber der tatsächlichen Sachgewalt nicht aufgrund seiner Zustandshaftung verpflichtet werden kann, eine für sich genommen ungefährliche Sache gegen Missbräuche durch Dritte abzusichern. Für eine solche Inanspruchnahme bedarf es einer besonderen Haftungsnorm.¹¹² Eine solche Norm wäre auch hier erforderlich. Der bloße Verweis auf die allgemeine Zustandshaftung läuft leer.

Selbst wenn davon ausgegangen wird, dass die Anforderungen der Zustandshaftung in einer Gefahrenlage nach § 20a Abs. 2 BPolG überhaupt erfüllt sein können, erschließt sich zudem nicht, welchen ermittlungspraktischen Sinn heimliche Ermittlungsmaßnahmen wie eine Wohnraumüberwachung, eine Telekommunikationsüberwachung oder der gezielte Einsatz eines verdeckten Ermittlers¹¹³ gegen einen Zustandsstörer haben sollen. Gegen eine Person, die nicht als Teilnehmer an den bevorstehenden terroristischen Straftaten in Betracht kommt, kann nach dem Gesetz gleichwohl ermittelt werden, wenn sie als Kontakt- und Begleitperson, Nachrichtensmittler oder Drittbetroffener anzusehen ist.¹¹⁴ Ein Fall, in dem es darüber hinaus noch einer systemfremd extensiv interpretierten Zustandshaftung bedarf, erscheint kaum vorstellbar. Angesichts dessen bestehen Zweifel daran, ob die Verweise auf § 18 BPolG überhaupt geeignet wären, dem Ziel der Terrorismusabwehr zu dienen, wenn sie extensiv interpretiert würden. Diese Zweifel würden verfassungsrechtliche Bedenken aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begründen. Es ist daher auch von Verfassungen wegen angezeigt, diese Verweise im Einklang mit der herkömmli-

¹¹² BVerwG, Urteil vom 4. Oktober 1985 – 4 C 76/82 -, NJW 1986, S. 1626 (1627 f.); *Denninger*; in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn. E 108 f.; *Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, S. 335 ff.; *Pieroth/Schlink/Kniessel*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 9 Rn. 47.

¹¹³ Vorstellbar erscheint hingegen, dass mit einer „Online-Durchsuchung“ auf ein informationstechnisches System zugegriffen werden soll, dessen Inhaber nicht im Verdacht steht, demnächst Straftaten zu begehen. Insoweit ergeben sich jedoch weitere Schwierigkeiten aus dem besonderen Eingriffstatbestand des § 20k Abs. 1 BKAG, auf den noch im Einzelnen eingegangen wird, siehe unten Teil 2, IV. 2.

¹¹⁴ Dazu unten Teil 2, III. 2. c).

chen polizeirechtlichen Doktrin so auszulegen, dass sie keinen Anwendungsbereich haben.

b) „Gefährder“

Nach den Befugnisnormen, die dem Bundeskriminalamt Ermittlungen im Gefahrenvorfeld ermöglichen sollen, müssen die Ermittlungen sich gegen den möglichen Straftäter richten.¹¹⁵ Danach müssen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Betroffene eine Straftat begehen will oder wird oder sie vorbereitet. Diese Normen stehen mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen der Normenklarheit und Verhältnismäßigkeit nicht in Einklang, soweit sie intensive Grundrechtseingriffe ermöglichen.¹¹⁶ Da die unbestimmten Befugnistatbestände auch maßgeblich sind, um denjenigen auszuwählen, gegen den sich eine Ermittlungsmaßnahme richtet, erstrecken sich die verfassungsrechtlichen Bedenken auf dieses Regelungselement.¹¹⁷

c) Kontakt- und Begleitpersonen, Nachrichtenmittler

Einige Befugnisregelungen ermöglichen dem Bundeskriminalamt, gegen Kontakt- und Begleitpersonen zu ermitteln.¹¹⁸ Dieser Begriff wird in § 20b Abs. 2 Nr. 2 BKAG legaldefiniert. Danach muss der Betroffene zu einem Störer oder „Gefährder“ in einem nicht nur flüchtigen oder zufälligen Kontakt stehen und zudem der bevorstehenden Straftat nahe stehen. Diese Nähebeziehung kann sich daraus ergeben, dass der Betroffene

„von der Vorbereitung einer Straftat gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2 Kenntnis hat, [...] aus der Verwertung der Tat Vorteile ziehen oder [der Störer oder „Gefährder“] sich ihrer zur Begehung der Straftat bedienen könnte“.

Das Gesetz ist ersichtlich darum bemüht, den für sich genommen vagen Begriff der Kontakt- und Begleitperson zu präzisieren. Missverständlich ist lediglich die konjunktivische Formulierung „könnte“, die scheinbar nahe legt, dass bloße Spekulationen ausreichen, um eine Person als Kontakt- und Begleitperson einzustufen. Bereits der systematische Vergleich mit dem ersten Fall des § 20b Abs. 2 Nr. 2 BKAG ergibt jedoch, dass auch insoweit konkrete tatsächliche Anhaltspunkte zu fordern sind.¹¹⁹ Insgesamt greifen damit die verfassungsrechtlichen Bedenken hier nicht, die der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts gegen eine weniger konkrete Definition

¹¹⁵ § 20b Abs. 2 Nr. 1, § 20g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 20h Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b, § 20i Abs. 2, § 20l Abs. 1 Nr. 2, § 20m Abs. 1 Nr. 2, § 20n Abs. 1 i.V.m. § 20l Abs. 1 Nr. 2 BKAG.

¹¹⁶ Siehe oben Teil 2, III. 1. b) bb) (3).

¹¹⁷ Vgl. BVerfGE 113, 348 (389).

¹¹⁸ § 20b Abs. 2 Nr. 2, § 20g Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 20h Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c BKAG.

¹¹⁹ Ähnlich *Roggan*, NJW 2009, S. 257 (258 f.); im Ergebnis wie hier die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/10121, S. 23.

des Begriffs der Kontakt- und Begleitperson in einem Landespolizeigesetz erhoben hat.¹²⁰

Die Befugnisse zu telekommunikationsbezogenen Überwachungsmaßnahmen enthalten besondere Regelungen, nach denen eine Person überwacht werden kann, bei der Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie als Nachrichtenmittler eines mutmaßlichen Terroristen anzusehen ist.¹²¹ Diese Regelungen, die sich an § 100a Abs. 3 StPO¹²² anlehnen, bilden für solche Überwachungsmaßnahmen das Gegenstück zu den Regelungen über Kontakt- und Begleitpersonen.¹²³

Kontakt- und Begleitpersonen sowie Nachrichtenmittler werden in den Befugnisnormen, in denen sie erwähnt werden, den Störern oder „Gefährdern“ gleichgestellt.¹²⁴ Nach dem Gesetz sind damit Ermittlungsmaßnahmen nicht etwa nur subsidiär zulässig, wenn Maßnahmen gegen die primär Verantwortlichen keinen Erfolg versprechen.¹²⁵ Die Nähe der verschiedenen möglichen Maßnahmedressaten zum Eingriffsanlass ist allerdings im Rahmen der Auswahl des Betroffenen ohnehin zu berücksichtigen.¹²⁶ Eine besondere Subsidiaritätsklausel erscheint angesichts dessen nicht erforderlich, zumindest nicht zwingend verfassungsrechtlich geboten.

d) Dritte und Nichtstörer

Einige Ermittlungsmaßnahmen sind nach den neuen Befugnisregelungen auch dann zulässig, wenn nicht nur die Zielperson betroffen wird, sondern unvermeidbar auch Dritte aus dem sozialen Umfeld der Zielperson.¹²⁷ Dies begegnet keinen generellen Bedenken. Die Streubreite einer Ermittlungsmaßnahme erhöht zwar die Ein-

¹²⁰ Vgl. BVerfGE 113, 348 (380 f., 389).

¹²¹ § 201 Abs. 1 Nr. 3 und 4, § 20m Abs. 1 Nr. 3 und 4, § 20n Abs. 1 i. V. m. § 20l Abs. 1 Nr. 3 und 4 BKAG.

¹²² Dazu *Sankol*, MMR 2008, S. 154 ff.

¹²³ Das BVerfG hat die Anwendung der entsprechenden strafprozessualen Vorschriften überprüft, ohne diese Vorschriften selbst zu beanstanden, vgl. BVerfGE 107, 299 (314 ff.); BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 30. April 2007 – 2 BvR 2151/06 –, NJW 2007, S. 2752 f.

¹²⁴ Ebenso der Sachverständige *Geiger*, Ausschussdrucks. 16(4)460H, S. 11.

¹²⁵ Die Subsidiaritätsklausel in § 20b Abs. 2 Nr. 2 Buchstabe c BKAG gehört nach der Normsystematik nicht zur Legaldefinition der Kontakt- und Begleitperson. Die Gesetzesbegründung ist insoweit unklar, vgl. BT-Drucks. 16/10121, S. 23.

¹²⁶ Zu den Grundsätzen der Störerauswahl *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 285 ff.; *Würtenberger/Heckmann*, Polizeirecht in Baden-Württemberg, Rn. 502 ff.

¹²⁷ § 20g Abs. 1 Satz 2 BKAG – Besondere Mittel der Datenerhebung; § 20h Abs. 2 Satz 3 BKAG – Wohnraumüberwachung; § 20k Abs. 4 Satz 2 BKAG – „Online-Durchsuchung“; § 20l Abs. 1 Satz 2 BKAG – Telekommunikationsüberwachung; § 20n Abs. 2 BKAG – „IMSI-Catcher“.

griffsintensität, die Maßnahme kann jedoch gleichwohl grundsätzlich verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden.¹²⁸

Noch hinnehmbar erscheint auch § 20h Abs. 2 Satz 2 BKAG, nach dem die Wohnung einer Person, die weder Störer oder „Gefährder“ noch Kontakt- und Begleitperson ist, optisch und akustisch überwacht werden kann. Voraussetzung dafür ist, dass sich ein Störer oder „Gefährder“ in der Wohnung aufhält und es zur Gefahrenabwehr nicht ausreicht, allein dessen Wohnung zu überwachen. Nach dieser Norm müssen damit Unbeteiligte, die nicht einmal wie Kontakt- und Begleitpersonen in einem Näheverhältnis zu drohenden terroristischen Straftaten stehen, ihre räumliche Privatsphäre weitgehend dem öffentlichen Interesse opfern. Darin liegt zwar ein Grundrechtseingriff von äußerst hohem Gewicht. Allerdings enthält § 20h BKAG auch eine hohe, materiell kaum noch steigerungsfähige Gefahrenschwelle. Dementsprechend hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts die vergleichbare Regelung in § 100c Abs. 2 Satz 5 StPO-a.F.¹²⁹ ausdrücklich gebilligt, ohne erhöhte Anforderungen an den materiellen Eingriffsanlass zu stellen.¹³⁰

Schließlich können nach einigen Befugnisnormen auch Nichtstörer im Sinne des § 20 Abs. 1 BPolG polizeilich in Anspruch genommen werden. Dies ist systemkonform und unbedenklich bei Befehls- und Zwangsmaßnahmen auf der Grundlage der polizeilichen Generalklausel.¹³¹ Auch die Auskunftspflicht des Nichtstörers, der in einer Gefahrenlage polizeilich befragt wird,¹³² erscheint unproblematisch. Fragwürdig erscheint hingegen § 20g Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BKAG, der vorsieht, die besonderen Überwachungsmaßnahmen nach dieser Vorschrift auch gegen Nichtstörer einzusetzen. Wenn ein Nichtstörer mit einem Terrorverdächtigen, der überwacht wird, in Kontakt tritt, so kann er Drittbetroffener der Überwachungsmaßnahme werden. Diese Situation wird in § 20g Abs. 1 Satz 2 BKAG besonders geregelt. Auch der Fall, dass eine Person, die selbst nicht als terrorverdächtig eingestuft wird, deshalb überwacht werden soll, weil sie in einem Näheverhältnis zu einem Störer und zu der Gefahr steht und deshalb Kontakt- und Begleitperson ist, ist in § 20g Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BKAG besonders normiert. § 20g Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BKAG dient daher dazu, gezielt gerade den Nichtstörer heimlich zu überwachen, der den drohenden Straftaten nicht besonders nahe steht. Die Frage drängt sich auf, welchen ermittlungspraktischen Sinn eine solche Maßnahme haben soll.

¹²⁸ Vgl. BVerfGE 100, 313 (376, 392); 107, 299 (320 f.); 109, 279 (353); 113, 29 (53); 113, 348 (383); 115, 166 (193); 115, 320 (354); 120, 274 (323); 120, 378 (402).

¹²⁹ Eine im Wesentlichen übereinstimmende Regelung findet sich jetzt in § 100c Abs. 3 Satz 2 StPO.

¹³⁰ BVerfGE 109, 279 (355 ff.).

¹³¹ § 20a Abs. 1 Satz 2 BKAG.

¹³² § 20c Abs. 2 Satz 2 BKAG.

3. Kernbereichsschutz

Weiter müssen die neuen Befugnisse des Bundeskriminalamts den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung aus Art. 1 Abs. 1 GG genügen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss dieser Kernbereich von staatlichem Einblick vollständig frei bleiben. Der Einzelne müsse in der Lage sein, höchstpersönliche Erlebnisse und Eindrücke nach außen treten zu lassen, ohne dabei zu befürchten, dass staatliche Stellen ihn überwachen. Gegenläufige Ermittlungsinteressen könnten einen Zugriff auf den Kernbereich nicht rechtfertigen.¹³³ In seiner jüngeren Rechtsprechung hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts aus dem Schutz des Kernbereichs besondere Anforderungen an das behördliche Verfahren hergeleitet. Manche Ermittlungsbefugnisse müssen danach durch gesetzliche Schutzvorkehrungen flankiert werden, die eine Kernbereichsverletzung verhindern oder zumindest die Folgen einer solchen Verletzung auffangen sollen.¹³⁴

Danach ist zum einen zu untersuchen, ob der Gesetzgeber für alle Ermittlungsbefugnisse besondere Schutzregelungen geschaffen hat, bei denen dies erforderlich ist. Zum anderen ist erörterungsbedürftig, ob diese Schutzregelungen den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen.

a) Erfordernis kernbereichsschützender Verfahrensregelungen, insbesondere für § 20g BKAG

Das BKA-Gesetz enthält jeweils spezifische Verfahrensregeln zum Schutz des Kernbereichs für Wohnraumüberwachungen, Telekommunikationsüberwachungen und „Online-Durchsuchungen“. Dies sind die Ermittlungsmaßnahmen, für die das Bundesverfassungsgericht derartige Regelungen bereits gefordert hat. Ob solche Schutzvorschriften auch für andere Ermittlungsmaßnahmen verfassungsrechtlich geboten sind, ist vor allem für die besonderen Mittel der Datenerhebung des § 20g BKAG relevant. Dabei handelt es sich um heimliche Ermittlungsmaßnahmen,¹³⁵ die teilweise intensiv in Grundrechte eingreifen und im Einzelfall den höchstpersönlichen Lebensbereich des Betroffenen berühren können. Gleichwohl enthält die Norm keine besonderen Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs. Im Ergebnis ist dies verfassungsrechtlich auch nicht zu beanstanden.

Besondere gesetzliche Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs sind nicht für jede Ermittlungsmaßnahme erforderlich, die den Kernbereich berühren und deshalb

¹³³ BVerfGE 6, 32 (41); 27, 1 (6); 32, 373 (378 f.); 34, 238 (245); 80, 367 (373); 109, 279 (313 f.); 113, 348 (390); 120, 274 (335).

¹³⁴ BVerfGE 109, 279 (318 ff.); 113, 348 (390 ff.); 120, 274 (335 ff.).

¹³⁵ Im Einzelnen: längerfristige Observation, Bild- und Tonaufnahmen außerhalb von Wohnungen, andere technische Mittel zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Betroffenen, Einsatz von Vertrauenspersonen und von verdeckten Ermittlern.

unzulässig sein kann.¹³⁶ Zahlreiche Ermittlungsmaßnahmen können im Einzelfall den Kernbereich verletzen. Dieses Risiko besteht insbesondere nicht nur bei heimlichen Ermittlungen.¹³⁷ Offene Maßnahmen wie die Durchsicht persönlicher Aufzeichnungen¹³⁸ oder eine zeugenschaftliche Vernehmung¹³⁹ können gleichfalls Inhalte höchstpersönlicher Natur berühren. Jedoch reicht es für viele Ermittlungsmaßnahmen aus, dass sich unmittelbar aus Art. 1 Abs. 1 GG das Gebot ergibt, den Kernbereich zu achten. Nur wenn ein besonderes Verletzungsrisiko besteht, können kernbereichsspezifische Verfahrensregelungen erforderlich sein, um die ermittelnde Behörde zu warnen und die Ermittlungstätigkeit auf den Schutz des Kernbereichs auszurichten.¹⁴⁰ Wann ein solches Risiko besteht, hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts bislang nicht allgemein, sondern lediglich für einzelne Ermittlungsmaßnahmen geklärt. Jedoch bietet die Rechtsprechung des Senats Anhaltspunkte dafür, dass es insbesondere auf drei Kriterien ankommt:

Zunächst ist maßgeblich, inwieweit der Betroffene für seine Persönlichkeitsentfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung gerade auf den Lebensbereich angewiesen ist, der durch die jeweilige Ermittlungsmaßnahme überwacht wird.¹⁴¹ Dabei handelt es sich um keine rein faktische Frage, sondern um eine Wertung. Das Grundgesetz kennzeichnet bestimmte Kommunikations- und Rückzugsbereiche dadurch als besonders bedeutsam, dass es sie durch spezifische Gewährleistungen als Schutzzone der Privatheit gegen staatlichen Einblick abschirmt. Solche Schutzzonen sind die Wohnung,¹⁴² die Fernkommunikation¹⁴³ und das eigene informationstechnische System.¹⁴⁴ Außerhalb dieser besonderen Schutzzonen ist der Einzelne weniger existentiell darauf angewiesen, sich ungestört zu entfalten. Er wird daher nicht durch eine spezifische Gewährleistung gegen staatliche Einblicke geschützt. Stattdessen vermittelt ihm das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung einen punktuellen

¹³⁶ *Poscher*, JZ 2009, S. 269 (272); a.A. *Reiß*, StV 2008, S. 539 (541); *Roggan*, NJW 2009, S. 257 (258).

¹³⁷ So wohl *Baldus*, JZ 2008, S. 218 (225); *Lindemann*, JR 2006, S. 191 (193); *Reiß*, StV 2008, S. 539 (541); *Warmjen*, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung, S. 132 f.

¹³⁸ Vgl. zur Möglichkeit eines Schutzes durch Art. 1 Abs. 1 GG insoweit BVerfGE 80, 367 (373 ff.); 109, 279 (319); 120, 274 (335 f.).

¹³⁹ Mindestens kann der Kernbereich privater Lebensgestaltung bei dem vernommenen Zeugen berührt sein, wenn er zur wahrheitsgemäßen Aussage verpflichtet ist, etwa nach § 161a Abs. 1 Satz 1 StPO.

¹⁴⁰ Im Ansatz ähnlich *Poscher*, JZ 2009, S. 269 (272).

¹⁴¹ Insoweit im Ansatz ähnlich wie hier, in den Schlussfolgerungen jedoch deutlich zu restriktiv *Löffelmann*, ZStW 118 (2006), S. 358 (375 ff.); den Gesichtspunkt des Angewiesenseins hebt auch hervor BVerfGE 113, 348 (391).

¹⁴² Besonders geschützt durch Art. 13 GG, vgl. BVerfGE 109, 279 (313 f.).

¹⁴³ Besonders geschützt durch Art. 10 GG, vgl. BVerfGE 113, 348 (391).

¹⁴⁴ Besonders geschützt durch das IT-Grundrecht als Ausprägung des Grundrechts auf Schutz der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), vgl. BVerfGE 120, 274 (335 f.).

Schutz, der an besondere Gefährdungslagen anknüpft.¹⁴⁵ Sein Verhalten kann zwar im Einzelfall durchaus dem Kernbereich zuzuordnen sein, so dass staatliche Überwachungsmaßnahmen unzulässig sind.¹⁴⁶ Ein Kernbereichsschutz durch besondere Verfahrensregeln ist jedoch im Allgemeinen entbehrlich. Anders könnte es allenfalls liegen, wenn sich ein Ausschnitt des privaten und sozialen Lebens benennen lassen sollte, der ähnlich sensibel ist wie die besonders geschützten Rückzugsbereiche, oder wenn eine Ermittlungsmaßnahme typischerweise die Gefahr schafft, dass der Kernbereich verletzt wird.

Besondere Verfahrensregelungen zum Schutz des Kernbereichs sind weiter nur dann erforderlich, wenn eine Ermittlungsmaßnahme ihrer Art nach den Kernbereich überhaupt berühren kann.¹⁴⁷ Überwacht eine Behörde etwa die Telekommunikation, so erfährt sie den Inhalt der Gespräche. Wenn das abgehörte Gespräch Inhalte aus dem Kernbereich zum Gegenstand hat, wird der Kernbereich verletzt. Erhebt die Behörde dagegen Telekommunikationsverkehrsdaten, so kann sie zwar Schlüsse auf die sozialen Kontakte des Betroffenen und auf mögliche Gesprächsthemen ziehen. Darin liegt ein intensiver Grundrechtseingriff.¹⁴⁸ Der Kernbereich privater Lebensgestaltung kann hingegen nicht berührt werden, da die Behörde den genauen Gesprächsinhalt nicht erfährt. Folgerichtig hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts kernbereichsschützende Regelungen nur für Überwachungen der Kommunikationsinhalte gefordert.¹⁴⁹

Schließlich bedarf es kernbereichsschützender Verfahrensregelungen nur dann, wenn der Betroffene den Kernbereich seiner privaten Lebensgestaltung nicht selbst schützen kann. Solcher Selbstschutz ist ihm zumindest ansatzweise möglich, wenn Ermittlungen offen geführt werden, da er die Ermittlungen durch sein eigenes Verhalten beeinflussen kann. Besondere gesetzliche Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs sind daher nur bei heimlichen Maßnahmen erforderlich.¹⁵⁰

Nach diesen Kriterien bedarf es für die Ermittlungsmaßnahmen des § 20g Abs. 2 BKAG keiner Verfahrensregelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung. Diese Maßnahmen berühren keine besondere grundrechtliche Schutzzone der Privatheit, sondern sind lediglich am Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung zu messen. Sie schaffen auch keine derart gesteigerte Gefahr für den Kernbereich, dass deshalb besondere Schutzvorkehrungen erforderlich wären.

¹⁴⁵ Zur dogmatischen Struktur des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung, insbesondere im Vergleich zu den besonderen Privatheitsgarantien des Grundgesetzes, *Bäcker*, in: Uerpman-Witzack (Hrsg.), *Das neue Computergrundrecht*, S. 1 (3 ff.).

¹⁴⁶ *Lindemann*, JR 2006, S. 191 (193).

¹⁴⁷ Ähnlich *Baldus*, JZ 2008, S. 218 (220).

¹⁴⁸ Vgl. BVerfGE 107, 299 (318 ff.); 113, 348 (383).

¹⁴⁹ BVerfGE 113, 348 (390).

¹⁵⁰ BVerfGE 120, 274 (336 f.).

Bloße Observationsmaßnahmen¹⁵¹ können in aller Regel nicht in den Kernbereich vordringen.¹⁵² Hingegen kann der Einsatz einer Vertrauensperson¹⁵³ oder eines verdeckten Ermittlers¹⁵⁴ den Kernbereich zwar verletzen, wenn ein besonderes Vertrauensverhältnis zu dem Betroffenen aufgebaut und dazu genutzt wird, höchstpersönliche Informationen über ihn zu erlangen. Dies ist jedoch typischerweise weder Ziel noch Nebenfolge der Maßnahme. Zudem hat der Betroffene im Umgang mit einer Vertrauensperson oder einem verdeckten Ermittler insoweit eine eigene Einflussmöglichkeit, als er darüber bestimmen kann, ob und inwieweit er dem anderen als Person vertraut, auch wenn er nicht weiß, dass dieser andere für eine staatliche Stelle tätig ist.¹⁵⁵ Zum Schutz des Betroffenen genügt daher das verfassungsunmittelbare Verbot, Erkenntnisse aus dem Kernbereich zu erheben und zu verwerten.¹⁵⁶

Einen Grenzfall bilden schließlich Ton- und Bildaufnahmen außerhalb von Wohnungen.¹⁵⁷ Solche Maßnahmen können, wenn Rückzugsräume wie etwa das Kraftfahrzeug des Betroffenen oder einsam gelegene Orte überwacht werden, durchaus nicht nur ausnahmsweise den Kernbereich berühren. Jedoch richten sie sich nicht notwendig oder auch nur regelmäßig gerade auf solche Rückzugsräume. Zudem ist der Betroffene selbst auf diese Rückzugsräume nicht ebenso existentiell angewiesen wie auf die Wohnung, das eigene informationstechnische System oder die gängigen Fernkommunikationsmittel, um seine Persönlichkeit im Kernbereich privater Lebensgestaltung unbeobachtet entfalten zu können. Zumindest große Teile der Bevölkerung verfügen mit diesen besonders geschützten Bereichen insgesamt über Rückzugs- und Entfaltungsmöglichkeiten, die das Schutzbedürfnis für weitere Räume so weit verringern, dass es besonderer Schutzvorkehrungen nicht bedarf. Problematisch sind derartige Maßnahmen allerdings, wenn sie gegen Personen eingesetzt werden, denen ein derartiger Rückzugsbereich fehlt, etwa Obdachlose oder Jugendliche ohne eigene Wohnung, oder wenn der Betroffene aus anderen Gründen bestimmte intime Gespräche nicht in seiner Wohnung führen kann.¹⁵⁸ Solche Fälle können jedoch auch ohne gesetzliche Schutzvorkehrungen bewältigt werden, indem bei derartigen Ermittlungsmaßnahmen auf den Kernbereich besonders Rücksicht genommen wird. Insgesamt genügt damit für den Kernbereichsschutz auch bei Ton- und Bildaufnahmen

¹⁵¹ § 20g Abs. 2 Nr. 1 und 3 BKAG.

¹⁵² Wie hier *Starck*, NdsVBl 2008, S. 145 (148); für Instrumente technischer Observation ebenso BVerfGE 112, 304 (318).

¹⁵³ § 20g Abs. 2 Nr. 4 BKAG.

¹⁵⁴ § 20g Abs. 2 Nr. 5 BKAG.

¹⁵⁵ Vgl. BVerfGE 109, 279 (344 f.).

¹⁵⁶ Ähnlich *Kötter*, DÖV 2005, S. 225 (229); *Starck*, NdsVBl 2008, S. 145 (148); *Warntjen*, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung, S. 166 ff.; a.A. *Baldus*, JZ 2008, S. 218 (225); *Poscher*, JZ 2009, S. 269 (272).

¹⁵⁷ § 20g Abs. 2 Nr. 3 BKAG.

¹⁵⁸ *Poscher*, JZ 2009, S. 269 (271).

noch das verfassungsunmittelbare Verbot, Erkenntnisse aus dem Kernbereich zu erheben und zu verwerten.¹⁵⁹

b) Umsetzung des Kernbereichsschutzes

Soweit das BKA-Gesetz Verfahrensregelungen zum Schutz des Kernbereichs enthält, sind diese auf die jeweilige Ermittlungsmaßnahme zugeschnitten. Dieser Regelungsansatz entspricht der Rechtsprechung des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts, nach der die Anforderungen an den gesetzlichen Kernbereichsschutz von der jeweiligen Ermittlungsmaßnahme und der Art der erhobenen Daten abhängen.¹⁶⁰ Dies ist einer „vor die Klammer gezogenen“ allgemeinen Regelung¹⁶¹ vorzuziehen.¹⁶² Nur so können die Schutzvorkehrungen den Funktionsbedingungen und den besonderen Risiken der einzelnen Ermittlungsmaßnahmen angepasst werden. Zudem können maßnahmespezifische Schutzregelungen das Handeln der Ermittlungsbehörde gezielter anleiten als eine allgemeine Norm. Allerdings gibt es gemeinsame Bausteine für solche Regelungen. Diese werden im Folgenden im Überblick dargestellt. Danach wird untersucht, wie die Gesetzesnovelle den Kernbereichsschutz im Einzelnen umsetzt und ob die gesetzlichen Regelungen den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen.

aa) Bausteine kernbereichsschützender Verfahrensregelungen

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an kernbereichsschützende Verfahrensregelungen hängen zwar im Einzelnen von der jeweiligen Ermittlungsmaßnahme ab. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat jedoch in seiner Rechtsprechung strukturelle Vorgaben entwickelt, die auf alle Ermittlungsmaßnahmen anwendbar sind. Daraus ergeben sich gemeinsame Regelungsbausteine, die maßnahmespezifisch konkretisiert werden müssen.¹⁶³

Der gesetzliche Kernbereichsschutz muss zwei Stufen umfassen, die zeitlich aufeinander folgen. Die erste Stufe betrifft den Zeitraum vor und während der Ermittlungsmaßnahme. Die zweite Stufe setzt nach der Maßnahme ein.

Ziel der ersten Stufe des Kernbereichsschutzes ist, möglichst zu verhindern, dass staatliche Stellen überhaupt in den Kernbereich privater Lebensgestaltung eindrin-

¹⁵⁹ Im Ergebnis wie hier, aber mit zu kurz greifender Begründung *Starck*, NdsVBl 2008, S. 145 (148); a.A. *Poscher*, JZ 2009, S. 269 (272).

¹⁶⁰ BVerfGE 120, 274 (337).

¹⁶¹ Eine solche Regelung findet sich in § 29 Abs. 6 bbgPolG.

¹⁶² A.A. *Baldus*, JZ 2008, S. 218 (221); *Poscher*, JZ 2009, S. 269 (272); *Wolter*, GA 2007, S. 183 (198), sowie von den im Gesetzgebungsverfahren herangezogenen Sachverständigen *Gusy*, Ausschussdrucks. 16(4)460A, S. 4; *Roggan*, Ausschussdrucks. 16(4)460B, S. 5.

¹⁶³ Zum Folgenden BVerfGE 109, 279 (318 ff., 328 ff.); 113, 348 (391 f.); 120, 274 (337 ff.).

gen. Ermittlungen, die möglicherweise den Kernbereich berühren können, sind danach zwar nicht schlechthin unzulässig. Das Gesetz muss aber sicherstellen, dass die Ermittlungsbehörde alles praktisch und technisch Mögliche unternimmt, um eine solche Berührung zu vermeiden, und so die Würde des Betroffenen achtet.¹⁶⁴ Je nach Ermittlungsmaßnahme und konkretem Einzelfall kann es daher erforderlich sein, eine Überwachung von vornherein zu unterlassen oder sie abubrechen, sobald erkennbar wird, dass der Kernbereich betroffen ist.

Auch wenn die Ermittlungsbehörde sich bemüht, den Kernbereich frei von staatlichem Einblick zu halten, können ihre Bemühungen im Einzelfall scheitern. Es besteht daher stets das Risiko, dass die Ermittlung unbeabsichtigt doch den Kernbereich berührt. Diesem Risiko begegnet die zweite Stufe des Kernbereichsschutzes. Ihr Ziel ist es, die Folgen einer Kernbereichsverletzung möglichst gering zu halten. Diesem Ziel dienen zwei materiell-rechtliche Vorgaben, die verfahrensrechtlich flankiert werden müssen: Materiell-rechtlich besteht zunächst ein Verwertungsverbot für Informationen aus dem Kernbereich. Weiter müssen kernbereichsrelevante Daten gelöscht werden, die im Zuge der Ermittlungen erhoben und gespeichert wurden. Der Gesetzgeber muss außerdem verfahrensrechtlich sicherstellen, dass diese Vorgaben eingehalten werden. Dafür ist erforderlich, dass eine neutrale Stelle, die auch die Interessen des Betroffenen wahrnimmt, darüber entscheidet, ob die erhobenen Daten dem Kernbereich zuzuordnen und deshalb zu löschen sind. Die Ermittlungsbehörde selbst kann diese Neutralität nicht gewährleisten.¹⁶⁵ Nur die Durchsicht durch eine neutrale Stelle gewährleistet zudem, dass kernbereichsrelevante Informationen so weitgehend wie möglich ungenutzt bleiben. Weiter muss dem Betroffenen gemäß Art. 19 Abs. 4 GG ermöglicht werden, gerichtlich feststellen zu lassen, dass die Ermittlungsbehörde rechtswidrig in den Kernbereich seiner privaten Lebensgestaltung eingedrungen ist. Problematisch ist daran, dass die erhobenen Daten gelöscht werden müssen und daher für ein Gerichtsverfahren nicht mehr zur Verfügung stehen. Der Zielkonflikt zwischen Kernbereichsschutz und Rechtsschutzgarantie ist so zu lösen, dass die Ermittlungsbehörde die Kernbereichsverletzung dokumentiert und diese Dokumentation für gerichtliche Verfahren bereithält.¹⁶⁶

bb) Bewertung der Regelungen im BKA-Gesetz

Die Verfahrensregelungen zum Schutz des Kernbereichs im BKA-Gesetz orientieren sich an dem Zwei-Stufen-Modell und errichten auf beiden Stufen Schutzvorkeh-

¹⁶⁴ Auf den Achtungsanspruch des Betroffenen als Wurzel des Kernbereichsschutzes weist *Poscher*; JZ 2009, S. 269 (274 f.).

¹⁶⁵ Wie hier *Poscher*; JZ 2009, S. 269 (276); für die akustische Wohnraumüberwachung auch BVerfGE 109, 279 (333 f.); unklar hingegen zu „Online-Durchsuchungen“ BVerfGE 120, 274 (339): Für die Durchsicht sei ein „geeignetes Verfahren vorzusehen [...], das den Belangen des Betroffenen hinreichend Rechnung trägt“.

¹⁶⁶ BVerfGE 109, 279 (332 f.).

rungen. Gleichwohl genügt keine von ihnen durchgängig den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

(1) Wohnraumüberwachung

Für die Wohnraumüberwachung regelt § 20h Abs. 5 BKAG den Kernbereichsschutz. Diese Norm lehnt sich an § 100c Abs. 4 und 5 StPO an. Sie verlangt auf der ersten Stufe des Kernbereichsschutzes vor der Überwachung eine Prognose, dass der Kernbereich nicht erfasst wird. Die Prognose muss auf tatsächlichen Anhaltspunkten beruhen, die Darlegungslast trifft also das Bundeskriminalamt.¹⁶⁷ Zudem ist die Überwachung zu unterbrechen, sobald Anhaltspunkte dafür bestehen, dass entgegen der ursprünglichen Prognose doch der Kernbereich betroffen ist. Falls gleichwohl Erkenntnisse aus dem Kernbereich erhoben werden, dürfen sie auf der zweiten Stufe nicht verwertet werden und Aufzeichnungen sind zu löschen. Diese Maßgaben entsprechen den Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht aus Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet hat.¹⁶⁸

Allerdings wirft § 20h Abs. 5 BKAG auch Zweifelsfragen auf und genügt nicht in jeder Hinsicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

Problematisch ist zunächst auf der ersten Stufe des Kernbereichsschutzes, ob und inwieweit es verfassungsrechtlich zulässig ist, die Bilder oder Töne aufzuzeichnen, die durch eine Wohnraumüberwachung gewonnen werden, ohne dass zugleich ein Ermittlungsbeamter die Aufzeichnung steuert. Eine solche automatische Aufzeichnung kann im Vergleich zu einer gesteuerten Aufzeichnung das Risiko einer Kernbereichsverletzung erhöhen, da die Ermittlungsmaßnahme nicht jederzeit unterbrochen werden kann. Angesichts dessen hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts ausgeführt, der Schutz des Art. 1 Abs. 1 GG könne es erforderlich machen, auf eine nur automatische Aufzeichnung zu verzichten.¹⁶⁹ Ob und inwieweit eine automatische Aufzeichnung verfassungsrechtlich überhaupt zulässig sein kann, klärt diese Passage des Urteils wegen ihrer vagen Formulierung allerdings nicht. Eine Kammer des Zweiten Senats hat aus dem Urteil gefolgert, die Verfassung errichte kein generelles Verbot automatischer Aufzeichnungen, soweit nicht im Einzelfall die Gefahr bestehe, dass kernbereichsrelevante Inhalte aufgezeichnet würden.¹⁷⁰ Wegen der besonderen Risiken einer automatischen Aufzeichnung ist allerdings zumindest zu fordern, dass gesetzlich bestimmt sein muss, ob und inwieweit eine solche Aufzeichnung zulässig ist.

Nach § 20h Abs. 5 Sätze 3 und 4 BKAG soll eine automatische Aufzeichnung bemerkenswerterweise sogar als Instrument des Kernbereichsschutzes eingesetzt wer-

¹⁶⁷ Vgl. zu den praktischen Auswirkungen für strafrechtliche Ermittlungen etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. September 2007 – III-10 Ws 2/07 –, StV 2008, S. 181 f.

¹⁶⁸ BVerfGE 109, 279 (318 ff.).

¹⁶⁹ BVerfGE 109, 279 (324).

¹⁷⁰ BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 11. 5. 2007 – 2 BvR 543/06 –, NJW 2007, S. 2753 (2757).

den.¹⁷¹ Die Norm regelt die Situation, dass ein Ermittlungsbeamter eine Wohnung in Echtzeit überwacht und Zweifel aufkommen, ob dies den Kernbereich verletzt. In einem solchen Fall dürfen die Töne und Bilder (nur) automatisch aufgezeichnet werden. Diese Aufzeichnung ist dann allerdings dem Gericht vorzulegen. Es geht also um einen Zweifelsfall, in dem es nicht von vornherein unzulässig erscheint, die Wohnung zu überwachen, da gerade keine klaren Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Kernbereich berührt wird. Andererseits ist das Risiko erhöht, den Kernbereich zu verletzen. Das Verfahren, mit dem dieser Zweifelsfall bewältigt werden soll, sichert die Interessen des Betroffenen dadurch, dass Überwachungsbehörde und Überprüfungsinstanz vollständig voneinander getrennt sind. Dadurch wird verhindert, dass die Überwachungsbehörde die Aufzeichnungen zur Kenntnis nimmt, wenn sich ex post erweist, dass der Kernbereich tatsächlich verletzt wurde. Diese Lösung erscheint insgesamt verfassungsrechtlich tragfähig.¹⁷²

Im Übrigen stellt sich das Problem, inwieweit eine automatische Aufzeichnung verfassungsrechtlich zulässig sein kann, für § 20h BKAG nicht. Zwar geht die Gesetzesbegründung davon aus, dass die Norm eine solche automatische Aufzeichnung generell ermöglicht.¹⁷³ Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich dies allerdings nicht. Eine automatische Aufzeichnung wird nur für den Sonderfall erwähnt, der in § 20h Abs. 5 Sätze 3 und 4 BKAG geregelt ist. Dies lässt keinen eindeutigen Schluss dahingehend zu, dass sie auch sonst möglich sein soll. Damit ist entgegen der Gesetzesbegründung eine automatische Aufzeichnung in allen anderen Fällen bereits einfachrechtlich unzulässig.

Die Regelungen, die § 20h Abs. 5 BKAG für die zweite Stufe des Kernbereichsschutzes enthält, genügen hingegen teilweise nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Zum einen werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die nachträgliche Kontrolle der Wohnraumüberwachung verfehlt. Das Gesetz sieht nur in dem Sonderfall des § 20h Abs. 5 Sätze 3 und 4 BKAG vor, dass eine neutrale Stelle entscheidet, ob die Erkenntnisse aus der Wohnraumüberwachung verwertbar sind. Ansonsten trifft das Bundeskriminalamt diese Entscheidung allein.¹⁷⁴ Zum anderen

¹⁷¹ Für eine solche Schutzkonzeption bereits früher *Löffelmann*, ZStW 118 (2006), S. 358 (386 f.).

¹⁷² Allerdings kann das vorgesehene Verfahren zu erheblichen personellen und organisatorischen Belastungen des nach § 20v Abs. 2 BKAG zuständigen Amtsgerichts Wiesbaden führen. Insbesondere wenn fremdsprachliche Gespräche abgehört wurden, könnte sich die Auswertung der Aufzeichnungen sehr aufwändig gestalten, so bereits der Sachverständige *Poscher*, Ausschussdrucks. 16(4)460J, S. 11.

¹⁷³ BT-Drucks. 16/10121, S. 27.

¹⁷⁴ In diesem Punkt unterscheidet sich § 20h Abs. 5 BKAG von § 100c Abs. 7, der wenigstens im Zweifelsfall die Staatsanwaltschaft verpflichtet, eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen. Dies soll für den Kernbereichsschutz ausreichen, da in Nicht-Zweifelsfällen die Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung „bloße Förmerei“ wäre, so in Abschwächung des Urteils des Ersten Senats, jedoch nicht überzeugend und nach § 31 Abs. 1 BVerfGG ohne Bindungswirkung BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 11. Mai 2007 – 2 BvR 543/06 –, NJW 2007, S. 2753 (2757).

wird dem Betroffenen kein hinreichend effektiver Rechtsschutz gegen eine Kernbereichsverletzung gewährleistet. Zwar muss das Bundeskriminalamt nach § 20h Abs. 5 Satz 8 BKAG dokumentieren, dass kernbereichsrelevante Inhalte erfasst und gelöscht wurden. Die Dokumentation steht auch für ein gerichtliches Verfahren zur Verfügung.¹⁷⁵ Jedoch ist es verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar, dass gemäß § 20h Abs. 5 Satz 10 BKAG die Aufzeichnungen in jedem Fall am Ende des Kalenderjahrs zu löschen sind, das dem Jahr der Dokumentation folgt. Das Gesetz stellt nicht sicher, dass der Betroffene zu diesem Zeitpunkt bereits die Möglichkeit hatte, gerichtlich gegen die Verletzung des Kernbereichs seiner privaten Lebensgestaltung vorzugehen. Oftmals wird er bis dahin nicht einmal wissen, dass er überwacht wurde, da § 20w BKAG ermöglicht, die Benachrichtigung des Betroffenen in weitem Umfang zurückzustellen.¹⁷⁶ Kann die Dokumentation gleichwohl gelöscht werden, so wird der Betroffene rechtsschutzlos gestellt. Dies ist mit Art. 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar.

(2) Telekommunikationsüberwachung und „Online-Durchsuchung“

Für Überwachungen der Telekommunikation und „Online-Durchsuchungen“ finden sich kernbereichsschützende Regelungen in § 20k Abs. 7 und § 20l Abs. 6 BKAG, die einander teilweise ähneln. Diese Regelungen genügen weder auf der ersten noch auf der zweiten Stufe des Kernbereichsschutzes den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

Beide Stufen des Kernbereichsschutzes sind auch für Telekommunikationsüberwachungen und „Online-Durchsuchungen“ relevant. Allerdings ist bei diesen Ermittlungsmaßnahmen schwieriger als bei Wohnraumüberwachungen vorherzusehen, ob sie den Kernbereich berühren werden. Auch ist der Betroffene auf die Telekommunikation und auf sein informationstechnisches System weniger dringend angewiesen als auf seine Wohnung, um sich im Kernbereich zu entfalten.¹⁷⁷ Daraus hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil zu „Online-Durchsuchungen“ den Schluss gezogen, die Anforderungen an die erste Stufe gegenüber Wohnraumüberwachungen zu lockern. Die gesetzliche Regelung hat darauf hinzuwirken, dass kernbereichsrelevante Daten nicht erhoben werden, soweit dies informationstechnisch und ermittlungstechnisch möglich ist. Gibt es im Einzelfall (ausnahmsweise) konkrete Anhaltspunkte dafür, dass eine bestimmte Datenerhebung den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren wird, so hat sie grundsätzlich zu unterbleiben. Lässt sich hingegen – wie regelmäßig – die Kernbereichsrelevanz der erhobenen Daten vor oder bei der Erhebung nicht klären, so verlagert sich der Schutz auf die Aus-

¹⁷⁵ Der in § 20h Abs. 5 Satz 9 BKAG verwendete Begriff der Datenschutzkontrolle kann so interpretiert werden, dass er ein gerichtliches Verfahren umfasst, vgl. zu den gleichlautenden § 24c Abs. 4 KWG und § 93b Abs. 4 AO BVerfGE 118, 168 (210 f.).

¹⁷⁶ Siehe unten Teil 2, III. 6.

¹⁷⁷ So zur Telekommunikationsüberwachung BVerfGE 113, 348 (391).

wertungsphase, also auf die zweite Stufe des Kernbereichsschutzes.¹⁷⁸ Auf der zweiten Stufe besteht dann allerdings kein Anlass, die verfassungsrechtlichen Anforderungen gegenüber Wohnraumüberwachungen zurückzunehmen. Dieses Schutzkonzept lässt sich grundsätzlich auf Telekommunikationsüberwachungen übertragen.¹⁷⁹

Die kernbereichsschützenden Regelungen in § 20k Abs. 7 und § 20l Abs. 6 BKAG sind auf der ersten Stufe evident verfassungswidrig. Unbedenklich erscheint zwar jedenfalls für Telekommunikationsüberwachungen und „Online-Durchsuchungen“, dass Daten automatisch erhoben und aufgezeichnet werden können.¹⁸⁰ Jedoch soll eine Überwachung nur dann von vornherein ausgeschlossen sein, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Maßnahme *allein* Erkenntnisse aus dem Kernbereich erbringt. Diese Formulierung¹⁸¹ lässt den Kernbereichsschutz entgegen der Forderung des Ersten Senats auf der ersten Stufe leerlaufen, da solche Anhaltspunkte nie bestehen werden.¹⁸²

Auch auf der zweiten Stufe genügen die Verfahrensregelungen nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

Unzureichend sind zunächst die Schutzvorkehrungen, die § 20k Abs. 7 BKAG für „Online-Durchsuchungen“ vorsieht. Danach müssen der Datenschutzbeauftragte des Bundeskriminalamts und zwei weitere Bedienstete die erhobenen Daten „unter der Sachleitung des anordnenden Gerichts“ auf kernbereichsrelevante Inhalte durchsehen. Fragwürdig erscheint bereits, ob der Datenschutzbeauftragte des Bundeskriminalamts die Arbeit seiner Behörde unabhängig kontrollieren kann. Er handelt zwar weisungsfrei und darf wegen seiner Tätigkeit nicht benachteiligt werden,¹⁸³ steht den Interessen des Amtes aber doch typischerweise näher als etwa ein Richter oder ein parlamentarisches Kontrollgremium. Diese Bedenken allein würden allerdings noch nicht zur Verfassungswidrigkeit der Vorschrift führen, da auch das Gericht

¹⁷⁸ BVerfGE 120, 274 (338 f.).

¹⁷⁹ Vgl. bereits zuvor BVerfGE 113, 348 (391 f.).

¹⁸⁰ Dies ergibt sich für „Online-Durchsuchungen“ bereits aus der Natur der Maßnahme, für Telekommunikationsüberwachungen implizit aus § 20l Abs. 6 Satz 2 BKAG, der von einer automatischen Aufzeichnung als Normalfall ausgeht.

¹⁸¹ Ebenso zu Telekommunikationsüberwachungen § 100a Abs. 4 StPO, § 23a Abs. 4a ZFdg.

¹⁸² Wie hier *Baum/Schantz*, ZRP 2008, S. 137 (138); *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, S. 1009 (1021); *Piltz/Pfister*, Recht und Politik 2009, S. 4 (5 f.); *Poscher*, JZ 2009, S. 269 (276); *Roggan*, NJW 2009, S. 257 (261); zu § 100a Abs. 4 Satz 1 StPO ebenso *Reiß*, StV 2008, S. 539 (541 f.); *Wolter*, GA 2007, S. 183 (196); vgl. auch zur Wohnraumüberwachung BVerfGE 109, 279 (330). Auch mehrere der im Gesetzgebungsverfahren angehörten Sachverständigen haben die Regelung für unzureichend gehalten, so *Geiger*, Ausschussdrucks. 16(4)460H, S. 3 f.; *Heckmann*, Ausschussdrucks. 16(4)460C, S. 16 f.; *Möllers*, Ausschussdrucks. 16(4)460K, unter I 1; *Roggan*, Ausschussdrucks. 16(4)460B, S. 12 ff.; *Schaar*, Ausschussdrucks. 16(4)460E, S. 4 f.

¹⁸³ § 20k Abs. 7 Satz 4 BKAG i. V. m. § 4 f Abs. 3 BDSG.

als unabhängige Stelle beteiligt wird.¹⁸⁴ Verfassungsrechtlich nicht mehr hinnehmbar ist jedoch, dass neben dem Datenschutzbeauftragten noch zwei weitere Beamte des Bundeskriminalamts die Daten sichten sollen. So kann nicht gewährleistet werden, dass kernbereichsrelevante Informationen möglichst weitgehend ungenutzt bleiben. Es erscheint völlig lebensfremd anzunehmen, dass die beteiligten Ermittler des Bundeskriminalamts das Wissen über kernbereichsrelevante Daten nicht verwenden werden, das sie bei der Auswertung erlangt haben.¹⁸⁵

Auch die Schutzvorkehrungen für Telekommunikationsüberwachungen genügen auf der zweiten Stufe überwiegend nicht den Anforderungen. Unbedenklich ist lediglich die Regelung in § 20l Abs. 6 Sätze 3 und 4 BKAG, nach der im Zweifelsfall nur eine automatische Aufzeichnung fortgeführt werden darf, deren Ergebnisse dem anordnenden Gericht vorzulegen sind. Dieses Verfahren entspricht den Schutzvorkehrungen für die Wohnraumüberwachung in § 20h Abs. 5 Sätze 3 und 4 BKAG. Im Übrigen verfehlt § 20l Abs. 6 BKAG jedoch die Anforderungen, da die Norm ansonsten überhaupt nicht vorsieht, dass eine neutrale Stelle die Gesprächsinhalte durchsieht.

Schließlich verletzen beide Normen Art. 19 Abs. 4 GG, da sie ebenso wie die Vorschrift über Wohnraumüberwachungen vorsehen, dass Dokumentationen über Kernbereichsverletzungen selbst dann gelöscht werden können, wenn dem Betroffenen ein Rechtsschutz noch nicht möglich war.¹⁸⁶

4. Schutz von Zeugnisverweigerungsrechten, § 20u BKAG

Die Querschnittsregelung in § 20u BKAG soll verhindern, dass Ermittlungen des Bundeskriminalamts Zeugnisverweigerungsrechte von Berufsheimlichkeitsgeheimnisträgern unterlaufen. Die Norm, die weitgehend § 160a StPO nachgebildet ist, gilt für alle Ermittlungsmaßnahmen zur Terrorismusabwehr. Sie unterscheidet in ihren ersten beiden Absätzen zwischen zwei Gruppen von Zeugnisverweigerungsrechten:

§ 20u Abs. 1 BKAG schützt die Zeugnisverweigerungsrechte von Seelsorgern, Strafverteidigern und Parlamentsabgeordneten. Gezielte Überwachungsmaßnahmen gegen diese Personen, die voraussichtlich Erkenntnisse erbringen würden, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt, sind unzulässig. Werden solche Erkenntnisse gleichwohl erhoben, dürfen sie nicht verwertet werden und Aufzeichnungen darüber sind zu löschen. Hingegen ist nach der Gesetzesbegründung eine Über-

¹⁸⁴ Der gesetzliche Begriff der Sachleitung ist zwar wenig klar, ebenso *Roggan*, NJW 2009, S. 257 (261). Er ließe sich aber verfassungskonform auslegen: Danach wäre das Gericht stets von der Durchsicht zu informieren. Zudem könnte es jederzeit aus eigener Initiative die Durchsicht an sich ziehen und wäre zumindest zu stichprobenartigen Kontrollen verpflichtet. Schließlich wären in Zweifelsfällen die Daten dem Gericht vorzulegen.

¹⁸⁵ *Poscher*, JZ 2009, S. 269 (276).

¹⁸⁶ Vgl. § 20k Abs. 7 Satz 8, § 20l Abs. 6 Satz 10 BKAG.

wachungsmaßnahme, die sich gegen eine andere Person richtet, selbst dann zulässig, wenn zu erwarten ist, dass sie auch die vertrauliche Kommunikation mit einem Seelsorger, Strafverteidiger oder Abgeordneten erfasst.¹⁸⁷ Werden durch eine solche Maßnahme Informationen erhoben, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt, so sind diese allerdings wiederum unverwertbar und Aufzeichnungen darüber zu löschen. Der Schutz entfällt nach § 20u Abs. 4 BKAG, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die zeugnisverweigerungsberechtigte Person für die Gefahr verantwortlich ist.

Schwächeren Schutz genießen hingegen die anderen Zeugnisverweigerungsrechte des § 53 StPO, also etwa von sonstigen Rechtsanwälten, Ärzten oder Presseangehörigen. Gemäß § 20u Abs. 2 BKAG ist eine Ermittlungsmaßnahme, die ein solches Zeugnisverweigerungsrecht unterlaufen könnte, nicht schlechthin unzulässig. Das Zeugnisverweigerungsrecht ist allerdings im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung besonders zu berücksichtigen.

Es erstaunt nicht, dass diese Norm im Vorfeld des Gesetzes zu den umstrittensten gehörte. Sie wurde vor allem insoweit scharf kritisiert, als die Presse und die meisten Rechtsanwälte vor Überwachungsmaßnahmen nicht absolut geschützt sind.¹⁸⁸ Die differenzierte Regelung in § 20u BKAG ist jedoch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn sie auch Anwendungsschwierigkeiten mit sich bringen kann.

Um § 20u BKAG verfassungsrechtlich zu beurteilen, müssen Bedeutung und Anwendungsbereich der Norm genau erfasst werden. Vor allem dient diese Vorschrift nicht dazu, den Kernbereich privater Lebensgestaltung gegen staatliche Einblicke abzuschirmen. Zwar kann die Kommunikation mit Berufsheimlichträgern in den Kernbereich fallen.¹⁸⁹ Das BKA-Gesetz enthält jedoch für alle Ermittlungsmaßnahmen, bei denen dies verfassungsrechtlich geboten ist, besondere Regelungen zum Schutz des Kernbereichs, wenn diese auch nicht in jeder Hinsicht ausreichen. Soweit andere Ermittlungsmaßnahmen, etwa Tonaufnahmen außerhalb von Wohnungen, im Einzelfall den Kernbereich berühren können, greift unmittelbar Art. 1 Abs. 1 GG.¹⁹⁰ Das Gesetz enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass die allgemeine Querschnittsnorm des § 20u BKAG die speziellen Schutzregelungen verdrängen soll, soweit es um die Kommunikation mit Berufsheimlichträgern geht. Die Norm tritt daher neben den gesetzlichen und verfassungsunmittelbaren Kernbereichsschutz und schützt Zeugnisverweigerungsberechtigte gegen Ermittlungsmaßnahmen, die den Kernbereich

¹⁸⁷ BT-Drucks. 16/10121, S. 35.

¹⁸⁸ Vgl. dazu die dem Innenausschuss des Bundestags unverlangt übersandten Stellungnahmen; Ausschussdrucks. 16(4)470 – Bundesrechtsanwaltskammer; 16(4)471 – Äußerung verschiedener Rundfunksender und Presseorgane; 16(4)472 – Deutscher Anwaltsverein; umfangreiche Kritik an § 160a StPO bei Reiß, StV 2008, S. 539 (542 ff.).

¹⁸⁹ Gespräche mit Seelsorgern und Strafverteidigern sind regelmäßig durch Art. 1 Abs. 1 GG absolut geschützt. Auch Gespräche mit Ärzten oder Psychotherapeuten werden oft dem Kernbereich zuzuordnen sein. Hingegen wird dies etwa für Gespräche mit Presseangehörigen oder Parlamentsabgeordneten in der Regel zu verneinen sein, vgl. BVerfGE 109, 279 (322 f.).

¹⁹⁰ Siehe oben Teil 2, III. 3. a).

nicht berühren. Daher hat etwa § 20u Abs. 1 BKAG nur einen begrenzten Anwendungsbereich, soweit es um den Schutz von Seelsorgern¹⁹¹ und Strafverteidigern geht: Gespräche mit solchen Personen fallen in den Kernbereich und sind bereits deshalb absolut geschützt.¹⁹² Die Querschnittsnorm hat nur dann eine eigenständige Bedeutung, wenn eine Ermittlungsmaßnahme zwar das Zeugnisverweigerungsrecht von Seelsorgern oder Strafverteidigern berührt, aber nicht den Gesprächsinhalt zum Gegenstand hat.¹⁹³ Beispiele sind Observationen oder die Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten.¹⁹⁴

Soweit der Kernbereich nicht berührt wird, ist die Kommunikation zwischen Berufsgeheimnisträgern und ihren Klienten staatlichen Einblicken verfassungsrechtlich nicht absolut entzogen.¹⁹⁵ Diese Kommunikation wird allerdings grundrechtlich besonders geschützt, insbesondere durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 oder Art. 12 GG. Zudem besteht ein öffentliches Interesse daran, die Vertrauensverhältnisse zwischen Berufsgeheimnisträgern und ihren Klienten zu schonen. Diese Vertrauensverhältnisse betreffen durchweg Institutionen, die erhebliche Bedeutung für die Allgemeinheit haben.¹⁹⁶ Dies ist im Rahmen der Abwägung der betroffenen Belange zu berücksichtigen.¹⁹⁷

¹⁹¹ Nach der Gesetzesbegründung soll sich der absolute Schutz auf Geistliche von Religionsgemeinschaften mit öffentlich-rechtlichem Körperschaftsstatus beschränken, BT-Drucks. 16/10121, S. 35. Dies entspricht zwar der herrschenden Meinung zu § 53 StPO, vgl. nur *Senge*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar*, § 53 Rn. 11, m.w.N., erscheint jedoch mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich kaum haltbar, kritisch auch *Baum/Schantz*, ZRP 2008, S. 137 (139). Da diese Einschränkung im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden hat, handelt es sich allerdings um ein Problem der Norminterpretation und nicht der Norm selbst.

¹⁹² BVerfGE 109, 279 (322).

¹⁹³ Eine andere Auslegung von § 20u Abs. 1 BKAG, die diese Vorschrift für den Kernbereichsschutz als *lex specialis* begriffe, hätte zur Folge, dass die Norm teilweise verfassungswidrig wäre. Nach dem gesetzlichen Schutzkonzept sind Ermittlungsmaßnahmen, die sich nicht gegen den Berufsgeheimnisträger richten, selbst dann zunächst zulässig, wenn abzusehen ist, dass sie das Zeugnisverweigerungsrecht berühren. Wäre dies so zu verstehen, dass Gesprächsinhalte, die dem Kernbereich unterfallen, gleichwohl zunächst erhoben werden dürfen, so würden die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die erste Stufe des Kernbereichsschutzes verfehlt.

¹⁹⁴ Anerkanntermaßen erstreckt sich das Zeugnisverweigerungsrecht eines Berufsgeheimnisträgers nicht nur auf Gesprächsinhalte, sondern auch auf die Tatsache, dass überhaupt ein Gespräch geführt wurde, vgl. *Senge*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar*, § 53 Rn. 12 (Geistliche), Rn. 16 (Rechtsanwälte und Gleichgestellte), Rn. 18 (Ärzte und Gleichgestellte), Rn. 23 (Abgeordnete), Rn. 35 (Journalisten).

¹⁹⁵ So aber für Rechtsanwälte *Ignor*, NJW 2007, S. 3403 (3405).

¹⁹⁶ Vgl. etwa zum verfassungsrechtlichen Informantenschutz im Pressebereich zuletzt BVerfGE 117, 244 (258 f.); zum Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwälten und ihren Mandanten aus jüngerer Zeit BVerfGE 113, 29 (49); 118, 168 (206).

¹⁹⁷ Vgl. zu strafrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen im Pressebereich BVerfGE 107, 299 (329 ff.); zu Ermittlungsmaßnahmen gegen Rechtsanwälte außerhalb strafrechtlicher Mandate BVerfGE 113, 29 (49, 54 f.); BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 30. April 2007 – 2 BvR 2151/06 –, NJW 2007, S. 2752 (2753).

Eine solche Berücksichtigung sieht § 20u Abs. 2 BKAG vor. Die Vorschrift normiert damit ein Gebot, das sich ansonsten unmittelbar aus dem Grundgesetz ergäbe.¹⁹⁸ Verfassungsrechtlich ist dies nicht erforderlich. Der Gesetzgeber muss die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen von Befugnisnormen nicht im Einzelnen beschreiben. Erst recht war er nicht zu einer noch detaillierteren Regelung verpflichtet. Die Norm ist aber zu begrüßen,¹⁹⁹ da sie das Bundeskriminalamt und das für Anordnungen zuständige Gericht auf den besonderen grundrechtlichen Rang der Zeugnisverweigerungsrechte von Berufsgeheimnisträgern hinweist und so vor einer typischen Fehlerquelle warnt.

Inhaltlich über das verfassungsrechtlich Geforderte hinaus geht § 20u Abs. 1 BKAG, der bestimmte Zeugnisverweigerungsrechte sogar absolut schützt. Die Ungleichbehandlung unterschiedlicher Berufsgeheimnisträger, die sich daraus ergibt, steht mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG in Einklang. Der besondere Schutz der Zeugnisverweigerungsrechte, die von § 20u Abs. 1 BKAG erfasst werden, rechtfertigt sich daraus, dass die geschützten Geheimnisträger besonders sensible Vertrauensverhältnisse eingehen und dabei Aufgaben wahrnehmen, die herausragende Bedeutung für das Gemeinwesen haben.²⁰⁰

Praktisch kann es allerdings schwierig sein, Strafverteidiger und andere Rechtsanwälte zu unterscheiden. Beide Rollen können – etwa im Rahmen von familien- oder wirtschaftsrechtlichen Mandaten – eng miteinander verbunden sein.²⁰¹ Vielfach wird das Bundeskriminalamt nicht wissen, ob ein Beratungsverhältnis auch strafrechtliche Fragen umfasst.²⁰² Übertrieben erscheint hingegen die Annahme, praktisch jede anwaltliche Beratung könne fast jederzeit in eine strafrechtliche Verteidigung umschlagen.²⁰³ Daher ist nicht zu beanstanden, dass § 20u BKAG keine Abgrenzungsregel zwischen Strafverteidigung und anderen Formen der Rechtsberatung enthält. Um den Schutzzweck des § 20u Abs. 1 BKAG zu erreichen, liegt es allerdings nahe, zum einen den Begriff der Strafverteidigung weit auszulegen, so dass er auch etwa die strafrechtliche Beratung im Vorfeld eines Ermittlungsverfahrens erfasst, zum anderen im Zweifelsfall auch von einem strafrechtlichen Mandat auszugehen.

¹⁹⁸ Die Gesetzesbegründung zu dem übereinstimmenden § 160a Abs. 2 StPO verweist zutreffend darauf, dass der besondere Rang der Zeugnisverweigerungsrechte von Berufsgeheimnisträgern bereits früher in die Abwägung eingestellt wurde, BT-Drucks. 16/5846, S. 36.

¹⁹⁹ A.A. *Ignor*, NJW 2007, S. 3403 (3405).

²⁰⁰ Vgl. die Gesetzesbegründung zu § 160a StPO, die allerdings systemwidrig auch auf den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung abhebt, BT-Drucks. 16/5846, S. 35.

²⁰¹ Insoweit wie hier *Baum/Schantz*, ZRP 2008, S. 137 (139); ferner zu § 160a StPO *Ignor*, NJW 2007, S. 3403 (3405); *Puschke/Singelstein*, NJW 2008, S. 113 (117); *Reiß*, StV 2008, S. 539 (547).

²⁰² Zu § 160a StPO ebenso *Kische*, KritV 92 (2009), S. 68 (81).

²⁰³ So aber *Ignor*, NJW 2007, S. 3403 (3405).

5. Anordnungsverfahren

Über alle heimlichen Ermittlungsmaßnahmen muss nach der Gesetzesnovelle innerhalb des Bundeskriminalamts auf leitender Ebene entschieden werden. Über den Einsatz weniger eingriffsintensiver Maßnahmen entscheidet die zuständige Abteilungsleitung,²⁰⁴ bei schwerer wiegenden Maßnahmen der Präsident des Bundeskriminalamts.²⁰⁵ So wird die Entscheidung „höhergezont“, um dem Amt das Gewicht der Eingriffsmaßnahme vor Augen zu führen. Zudem wird sichergestellt, dass leitende Beamte des Bundeskriminalamts für sie politisch verantwortlich gemacht werden können.²⁰⁶

Weiter besteht für besonders eingriffsintensive heimliche Ermittlungen ein Richtervorbehalt.²⁰⁷ Die Vorabkontrolle durch eine neutrale Stelle soll gewährleisten, dass die Interessen des Betroffenen berücksichtigt werden, die er bei heimlichen Maßnahmen selbst nicht wahren kann.²⁰⁸ Sie ist nicht für alle heimlichen Ermittlungsmaßnahmen,²⁰⁹ wohl aber für heimliche Ermittlungsmaßnahmen von hoher Eingriffsintensität verfassungsrechtlich geboten.²¹⁰ Daher ist § 20g BKAG insoweit verfassungswidrig, als diese Norm es ermöglicht, ohne richterliche Anordnung Personen auch über längere Zeit mit technischen Mitteln zu observieren²¹¹ oder Gespräche außerhalb von Wohnungen aufzuzeichnen. Die Vorschrift steht zudem in einem Wertungswider-

²⁰⁴ § 20g Abs. 3 Sätze 1 und 5 BKAG – besondere Mittel der Datenerhebung; § 20i Abs. 3 BKAG – Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung; § 20m Abs. 3 BKAG – Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten und Nutzungsdaten.

²⁰⁵ § 20h Abs. 3 Satz 1 BKAG – Wohnraumüberwachung; § 20j Abs. 4 BKAG – Rasterfahndung; § 20k Abs. 5 BKAG – „Online-Durchsuchung“; § 20l Abs. 3 Satz 1 BKAG – Telekommunikationsüberwachung; § 20n Abs. 3 i.V.m. § 20l Abs. 3 Satz 1 BKAG – „IMSI-Catcher“.

²⁰⁶ *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, S. 157.

²⁰⁷ § 20g Abs. 3 Satz 1 BKAG – Einsatz eines verdeckten Ermittlers gezielt gegen eine bestimmte Person oder in einer Wohnung; § 20h Abs. 3 Satz 1 BKAG – Wohnraumüberwachung; § 20j Abs. 4 BKAG – Rasterfahndung; § 20k Abs. 5 BKAG – „Online-Durchsuchung“; § 20l Abs. 3 Satz 1 BKAG – Telekommunikationsüberwachung; § 20m Abs. 3 i.V.m. § 20l Abs. 3 Satz 1 BKAG – Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten und Nutzungsdaten; § 20n Abs. 3 i.V.m. § 20l Abs. 3 Satz 1 BKAG – „IMSI-Catcher“.

²⁰⁸ BVerfGE 120, 274 (331 f.). Zu den erheblichen Vollzugsdefiziten in der ermittlungsrichterlichen Praxis *Hüls*, ZIS 2009, S. 160 (161 ff.), m.w.N.

²⁰⁹ BVerfGE 118, 168 (202).

²¹⁰ BVerfGE 100, 313 (361 f.); 107, 299 (325); 120, 274 (332).

²¹¹ Ob für längerfristige Observationen ein Richtervorbehalt verfassungsrechtlich geboten ist, hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren in einem jüngeren Urteil offen gelassen, aber ausgeführt, der Richtervorbehalt sei „Ausdruck der verfassungsrechtlich geforderten Vergewisserung des Gesetzgebers im Bereich der modernen technischen Ermittlungseingriffe des Strafprozessrechts“, BVerfGE 112, 304 (318 f.).

spruch zu den entsprechenden strafprozessualen Befugnisregelungen, die einen Richtervorbehalt vorsehen.²¹²

Die meisten²¹³ Eingriffsbefugnisse sehen Ausnahmen von dem Richtervorbehalt bei Gefahr im Verzug vor. Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen hiergegen nicht, wenn sichergestellt ist, dass eine neutrale Stelle die Maßnahme bald im Nachhinein kontrolliert.²¹⁴ Dies ist nach dem Gesetz durchweg der Fall.²¹⁵ Allerdings erscheint fragwürdig, ob diese Eilbefugnisse überhaupt notwendig sind. Von Verfassungen wegen ist ohnehin erforderlich, in weitem Umfang richterliche Notdienste einzurichten.²¹⁶ Vielfach ist dies bereits geschehen, so dass auch in Eilfällen in der Regel richterliche Entscheidungen abgewartet werden können. Dies gilt insbesondere für Maßnahmen wie Wohnraumüberwachungen oder „Online-Durchsuchungen“, die in der Regel lange vorbereitet werden müssen. In jedem Fall dürfen die Voraussetzungen einer Eilanordnung nicht schematisch bejaht werden. Gefahr im Verzug muss mit konkreten Tatsachen begründet werden, die auf den Einzelfall bezogen sind. Die bloße Möglichkeit eines Beweismittelverlusts genügt nicht. In der Regel muss das Bundeskriminalamt versuchen, eine richterliche Anordnung zu erlangen, bevor es mit einer Maßnahme beginnt.²¹⁷ Angesichts dieser Anforderungen dürften die Eilbefugnisse des Bundeskriminalamts in der Praxis allenfalls sehr selten angewandt werden.

Rechtlich unbedenklich, aber rechtspolitisch zweifelhaft erscheint schließlich, dass nach § 20v Abs. 2 BKAG für gerichtliche Entscheidungen das Amtsgericht Wiesbaden zuständig ist. Die Ermittlungstätigkeit des Bundeskriminalamts im Rahmen seiner neuen Aufgabe wird zumeist komplexe Sachverhalte zum Gegenstand haben, die sich nur mit Expertise auf dem Gebiet des internationalen Terrorismus beurteilen lassen. Solche Expertise ist in erster Linie bei dem Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs zu erwarten, der regelmäßig für strafprozessuale Anträge in diesem Bereich zuständig ist.²¹⁸ Die gesetzliche Zuständigkeitsregel schafft hingegen die Gefahr divergierender und auch unterschiedlich fundierter Einschätzungen in den rechtlich und faktisch eng verzahnten Bereichen der repressiven Terrorismusverfolgung und der präventiven Terrorismusabwehr. Daher hätte es nahe gelegen, den Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs auch im Rahmen der präventiven Aufgabe des Bundeskriminalamts mit den richterlichen Entscheidungen zu betrauen.

²¹² Vgl. § 100 f Abs. 4 i.V.m. § 100b Abs. 1 Satz 1 StPO – Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Worts außerhalb von Wohnungen; § 163 f Abs. 3 Satz 1 StPO – längerfristige Observation.

²¹³ Keine solchen Ausnahmen enthalten § 20j Abs. 4 und § 20k Abs. 5 BKAG.

²¹⁴ So zu „Online-Durchsuchungen“ BVerfGE 120, 274 (332 f.).

²¹⁵ Dazu § 20g Abs. 3 Satz 3, § 20h Abs. 3 Satz 3, § 20l Abs. 3 Satz 3, § 20m Abs. 3 i.V.m. § 20l Abs. 3 Satz 3, § 20n Abs. 3 i.V.m. § 20l Abs. 3 Satz 3 BKAG.

²¹⁶ BVerfGE 103, 142 (156).

²¹⁷ So zu Wohnungsdurchsuchungen BVerfGE 103, 142 (153 ff.).

²¹⁸ § 169 Abs. 1 Satz 2 StPO i.V.m. § 120 Abs. 1 Nr. 6, § 142a Abs. 1 Satz 1 GVG.

6. Benachrichtigung des Betroffenen, § 20w BKAG

§ 20w BKAG regelt für die verschiedenen heimlichen Ermittlungsmaßnahmen differenziert, wer im Anschluss an die Ermittlungen jeweils zu benachrichtigen ist. Daneben enthält die Norm weitgehend einheitliche Regelungen zu der Frage, wann die Benachrichtigungspflicht ausgeschlossen ist.

Solche Ausschlussregelungen sind verfassungsrechtlich heikel. Den Betroffenen über heimliche Ermittlungsmaßnahmen zu benachrichtigen, ist grundrechtlich besonders bedeutsam. Nur so kann er sich darüber klar werden, dass das Bundeskriminalamt gegen ihn ermittelt hat. Sein Interesse hieran wird durch das Grundrecht geschützt, in das die jeweilige Ermittlungsmaßnahme eingreift. Zudem kann der Betroffene nur dann gerichtlich gegen die Ermittlungen vorgehen, wenn er von ihnen erfährt. Dieses Interesse wird durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet.²¹⁹ Allerdings gilt die grundrechtliche Benachrichtigungspflicht nur für eingriffsintensive Maßnahmen.²²⁰ Auch wo eine Benachrichtigung grundsätzlich verfassungsrechtlich geboten ist, kann sie zudem für bestimmte Fälle ausgeschlossen werden. Das Bundesverfassungsgericht hat an solche Ausschlussregelungen jedoch hohe Anforderungen gestellt, denen § 20w BKAG nicht vollständig genügt.

Unbedenklich erscheint, dass der Betroffene nicht benachrichtigt wird, wenn der Benachrichtigung überwiegende schutzwürdige Belange einer anderen Person entgegenstehen.²²¹ Ebenfalls nicht zu beanstanden ist,²²² dass die Benachrichtigung zurückgestellt wird, solange sie den Zweck der Maßnahme oder hochrangige Rechtsgüter gefährden würde.²²³ Schließlich bestehen im Ergebnis keine Bedenken dagegen, dass § 20w Abs. 2 Satz 2 BKAG für die Benachrichtigung auf die Strafprozessordnung verweist, wenn wegen des Sachverhalts ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren geführt wird. In einem solchen Fall richtet sich die Benachrichtigung nach § 101 Abs. 4 bis 7 StPO. Soweit sich aus dem Strafprozessrecht im Einzelfall keine Benachrichtigungspflicht ergibt,²²⁴ ist § 20w Abs. 2 Satz 2 BKAG verfassungskonform so auszulegen, dass die Norm die Benachrichtigung nur teilweise sperrt. Die Betroffenen sind dann zu benachrichtigen, wenn Zwecke der Strafverfolgung nicht mehr entgegenstehen und sie nicht bereits nach der Strafprozessordnung benachrichtigt worden sind.²²⁵

²¹⁹ BVerfGE 100, 313 (361, 364); 109, 279 (363 f.).

²²⁰ BVerfGE 118, 168 (210); 120, 274 (298); vgl. allgemein zu den grundrechtlichen Anforderungen an die Kenntnismöglichkeit des Betroffenen BVerfGE 120, 351 (359 ff.); *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 562 ff.

²²¹ § 20w Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BKAG.

²²² Vgl. zur Wohnraumüberwachung BVerfGE 109, 279 (365 f.).

²²³ § 20w Abs. 2 Satz 1 BKAG.

²²⁴ Aus diesem Grunde kritisch die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins, Ausschussdrucks. 16(4)472, S. 35.

²²⁵ Ähnlich zu der vergleichbaren Norm in § 9 Abs. 3 Satz 2 hmbPolDVG-a.F. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 25. April 2001, DVBl 2001, S. 1057 (1059).

Nicht in jeder Hinsicht verfassungsgemäß ist hingegen der Ausschlussgrund in § 20w Abs. 3 Satz 5 BKAG. Danach kann eine Benachrichtigung endgültig unterbleiben, wenn die Maßnahme seit fünf Jahren beendet ist, die Voraussetzungen für die Benachrichtigung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch in Zukunft nicht eintreten werden und das zuständige Gericht zustimmt. Die Norm ist § 12 Abs. 1 Satz 2 G 10 nachgebildet. Der Ausschlussgrund steht allerdings materiell mit dem Grundgesetz in Einklang. Er dient zwar der Verwaltungspraktikabilität und damit einem Belang, der für sich genommen nicht rechtfertigen kann, den Betroffenen nicht zu benachrichtigen.²²⁶ Jedoch wird die Benachrichtigung gerade nicht durch bloßen Zeitablauf ausgeschlossen, sondern es muss ein weiterer Ausschlussgrund hinzutreten. Die Norm dient daher auch den Zwecken der anderen gesetzlichen Ausschlussgründe. Über diese Ausschlussgründe geht sie nur insoweit hinaus, als dem Bundeskriminalamt und dem Gericht zu einem bestimmten Zeitpunkt eine endgültige Prognose ermöglicht wird. Soweit die in Bezug genommenen Ausschlussgründe ihrerseits verfassungsgemäß sind, bestehen gegen einen derart eng gefassten und verfahrensrechtlich eingehetzten dauerhaften Ausschluss der Benachrichtigung keine Bedenken.²²⁷ Jedoch begegnet das Gesetz den Risiken für den Betroffenen nicht hinreichend, die sich aus dem Ausschluss der Benachrichtigung ergeben. Da dem Betroffenen faktisch jeder Rechtsschutz gegen die Ermittlungsmaßnahme vorenthalten wird, müssen seine Belange dadurch gewahrt werden, dass ihm aus der Maßnahme keine nachteiligen Folgen mehr erwachsen. Daher muss eine Norm, welche die Benachrichtigung endgültig ausschließt, zugleich vorsehen, dass die Erkenntnisse, die durch die Maßnahme gewonnen wurden, dem Betroffenen gegenüber nicht verwertet werden dürfen. An einer solchen Regelung fehlt es hier jedoch.²²⁸

Verfassungswidrig ist auch die weitere Einschränkung, dass der Betroffene über den Einsatz einer Vertrauensperson oder eines verdeckten Ermittlers solange nicht benachrichtigt wird, wie die Benachrichtigung den weiteren Einsatz dieser Person gefährdet.²²⁹ Dabei geht es nicht um die Situation, dass gerade die Ermittlungsmaßnahme gefährdet wird, über die der Betroffene benachrichtigt werden soll. Ein Bezug zu dem ursprünglichen Ermittlungsanlass ist nach dem Gesetz gerade nicht erforderlich. Vielmehr soll sichergestellt werden, dass die Ermittlungsperson im selben Milieu

²²⁶ BVerfGE 100, 313 (398).

²²⁷ Zu § 12 Abs. 1 Satz 2 G 10 im Ergebnis wie hier *Kaysers*, AöR 129 (2004), S. 121 (135 ff.); kritisch *Wollweber*, ZRP 2001, S. 213 (216); *Huber*, NJW 2001, S. 3296 (3300).

²²⁸ Darin unterscheidet sich § 20w Abs. 3 Satz 5 BKAG von § 12 Abs. 1 Satz 2 G 10, nach dem die Benachrichtigung nur ausgeschlossen ist, wenn die Voraussetzungen einer Löschung der erhobenen Daten vorliegen. Diese Einschränkung dient auch den Interessen des Betroffenen, insoweit wie hier *Kaysers*, AöR 129 (2004), S. 121 (139). Verfassungsrechtlich ist allerdings eine Löschung nicht in jedem Fall zu fordern, da denkbar ist, dass der Ausschlussgrund nur für einzelne Betroffene greift. In einem solchen Fall würde es ausreichen, wenn das Gesetz sicherstellte, dass die gewonnenen Erkenntnisse nur gegenüber den Betroffenen nicht mehr verwertbar sind, für welche die Benachrichtigung endgültig ausgeschlossen wird. Auch ein solches eingeschränktes Verwertungsverbot fehlt jedoch in § 20w Abs. 3 Satz 5 BKAG.

²²⁹ § 20w Abs. 2 Satz 1 a.E. BKAG.

weiter tätig sein kann.²³⁰ Dieser Ausschlussgrund dürfte in der Praxis dazu führen, dass die Benachrichtigung in aller Regel für einen längeren Zeitraum oder sogar dauerhaft zurückgestellt wird, da zumeist beabsichtigt sein wird, die Ermittlungsperson weiter einzusetzen. Ob der Betroffene benachrichtigt wird, hängt damit davon ab, wie sich die Benachrichtigung auf zukünftige Ermittlungen auswirken könnte, deren Gegenstand und Konturen möglicherweise noch gar nicht konkret absehbar sind.²³¹ Allerdings sprechen auch gewichtige Gründe dafür, den Betroffenen vorerst nicht zu benachrichtigen. Die Gesetzesbegründung führt dazu nachvollziehbar aus, gerade im terroristischen Milieu sei der Einsatz eines verdeckten Ermittlers oder einer Vertrauensperson mit einem erheblichen zeitlichen, organisatorischen und finanziellen Aufwand verbunden. Zudem führten das konspirative Verhalten der betroffenen Personen wie auch sprachliche und kulturelle Barrieren dazu, dass nicht immer absehbar sei, ob gegebenenfalls eine neue Ermittlungsperson eingeschleust werden könne.²³² Diese Gesichtspunkte werden es in vielen Fällen rechtfertigen, den Betroffenen auch über lange Zeit nicht zu benachrichtigen. Jedoch ist die Norm insoweit verfassungsrechtlich unzulänglich, als sie keine Kompromisslösungen nach Maßgabe der konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls zulässt. So erscheint denkbar, den Betroffenen zumindest darüber zu informieren, dass überhaupt verdeckt gegen ihn ermittelt wurde. Um die Ermittlungsperson zu schützen und weiter einsatzfähig zu halten, könnte in manchen Fällen etwa ausreichen, Namen oder Legende zu verschweigen.

Mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen ist schließlich nicht zu vereinbaren, dass der Betroffene nicht benachrichtigt werden muss, wenn er durch eine „Online-Durchsuchung“, Telekommunikationsüberwachung oder Verkehrsdatenerhebung nur unerheblich betroffen und anzunehmen ist, dass er kein Interesse daran hat, benachrichtigt zu werden.²³³ Zum einen lässt sich kaum nachvollziehen, wie jemand durch eine so eingriffsintensive Maßnahme „nur unerheblich“ betroffen sein soll, selbst wenn er lediglich als Dritter punktuell miterfasst wurde. Zum anderen darf nicht der Ermittlungsbehörde überlassen werden, wie sie das Benachrichtigungsinteresse des Betroffenen einschätzt. Der Verfassungsbruch wird noch dadurch vertieft, dass die Norm für diese Einschätzung keinerlei Maßstäbe enthält. Da das Bundeskriminalamt schon aus Kapazitätsgründen ein Interesse daran haben wird, möglichst wenige Personen zu benachrichtigen, lädt die vage Gesetzesfassung zu einer restriktiven Benachrichtigungspraxis geradezu ein.

²³⁰ Zum Konzept „operativer“ Polizeiarbeit oben Teil 1, III.

²³¹ Vgl. zu § 101 Abs. 1 Satz 1 StPO-a.F., der eine Benachrichtigung über eine akustische Wohnraumüberwachung ausschloss, um den weiteren Einsatz verdeckt operierender Ermittlungspersonen sicherzustellen, BVerfGE 109, 279 (367). Diese Norm wurde von dem Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts verworfen. Die Ausführungen des Senats lassen sich allerdings auf § 20w Abs. 2 Satz 1 BKAG nicht vollständig übertragen, da es hier gerade um die Benachrichtigung über den Einsatz einer verdeckt operierenden Ermittlungsperson geht. Ermittlungsmaßnahme und Ausschlussgrund sind daher anders als in der damals zu beurteilenden Vorschrift miteinander verknüpft.

²³² BT-Drucks. 16/10121, S. 38.

²³³ § 20w Abs. 1 Satz 3 BKAG.

IV. Einzelne Ermittlungsbefugnisse

Abschließend sollen einige Regelungsprobleme beleuchtet werden, die sich ausschließlich für einzelne der Befugnisregelungen stellen: die Befugnisse zu Rasterfahndungen, „Online-Durchsuchungen“ und „Quellen-Telekommunikationsüberwachungen“.

1. Rasterfahndung, § 20j BKAG

Die Befugnisregelung in § 20j BKAG zu präventiven Rasterfahndungen ist vor dem Hintergrund des Beschlusses des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts zu den präventivpolizeilichen Rasterfahndungen nach dem 11. September 2001²³⁴ zu sehen. Die Norm ist zwar nicht verfassungsrechtlich, wohl aber aus polizeirechtsdogmatischer Sicht zu beanstanden.

Die Rasterfahndung unterscheidet sich von anderen heimlichen Ermittlungsmaßnahmen darin, dass sie sich nicht gegen bestimmte Personen richtet. Sie soll vielmehr als „Verdächtigengewinnungseingriff“²³⁵ überhaupt erst Hinweise auf bestimmte Personen geben. Erst im Anschluss an eine Rasterfahndung kann die Ermittlungsbehörde gezielt gegen diese Personen vorgehen.²³⁶ Die Besonderheit der Rasterfahndung schlägt sich im Eingriffstatbestand nieder, der anders als die anderen Befugnisnormen nicht regelt, gegen wen sich die Maßnahme richtet.

In der Folge kann grundsätzlich jedermann aufgrund einer Rasterfahndung ins Visier der Polizei- und Sicherheitsbehörden geraten, ohne dass er dieses Risiko beeinflussen könnte. Die extreme Streubreite der Maßnahme erhöht nach dem Beschluss des Ersten Senats die Eingriffsintensität erheblich. Der Senat stellt zum Ausgleich hohe verfassungsrechtliche Anforderungen an den gesetzlichen Eingriffsanlass. Danach muss eine Rasterfahndung grundsätzlich an das Erfordernis einer konkreten Gefahr gebunden werden. Würde der „Verdächtigengewinnungseingriff“ bereits im Vorfeld einer solchen Gefahr zugelassen, blieben alle Elemente des Eingriffstatbestandes im Vagen. Eine solche Eingriffsbefugnis würde zu vollständig verdachtslosen Grundrechtseingriffen mit hoher Streubreite führen, die Informationen mit intensivem Persönlichkeitsbezug – etwa Angaben über die Religionszugehörigkeit oder über politische Überzeugungen – erfassen könnten.²³⁷

Der Beschluss des Ersten Senats ist teilweise harsch kritisiert worden. Entgegen der Auffassung des Senats handle es sich bei einer Rasterfahndung nur um einen

²³⁴ BVerfGE 115, 320.

²³⁵ *Brugger*, Freiheit und Sicherheit, S. 98; daran anknüpfend BVerfGE 115, 320 (362).

²³⁶ Ausführlich zu Geschichte und ermittlungstaktischem Ansatz der Rasterfahndung *Middel*, Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung, S. 99 ff.

²³⁷ BVerfGE 115, 320 (360 ff.).

Grundrechtseingriff von geringem Gewicht.²³⁸ Demgegenüber entziehe der Senat präventivpolizeilichen Rasterfahndungen letztlich den Boden, da eine solche Maßnahme praktisch nur in Betracht komme, wenn gerade noch keine konkrete Gefahr bestehe.²³⁹

Soweit die Kritik ausführt, die Vorgaben des Ersten Senats seien nicht praktikabel, beruht sie jedoch auf einem zu starren Verständnis des polizeirechtlichen Gefahrenbegriffs.²⁴⁰ Ob in einer bestimmten Situation eine konkrete Gefahr besteht, richtet sich gerade nicht nur nach dieser Situation, sondern auch nach der Maßnahme, mit der auf diese Situation reagiert werden soll.²⁴¹ Der Erste Senat geht in seinem Beschluss erkennbar von einem solchen flexiblen Gefahrenbegriff aus, indem er das Erfordernis einer konkreten Gefahr auf die Rasterfahndung als „Verdächtigengewinnungseingriff“ zuschneidet. Eine solche Gefahr darf danach zwar nicht bereits angenommen werden, wenn lediglich eine diffuse allgemeine Bedrohungslage besteht.²⁴² Vielmehr müssen konkrete Tatsachen den Schluss auf ein Schadensereignis zulassen, das in absehbarer Zukunft droht. Als Beispiel nennt der Senat konkrete tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass terroristische Anschläge vorbereitet werden oder sich in Deutschland Personen für solche Anschläge bereithalten.²⁴³ Hingegen muss das Schadensereignis nicht bereits im Einzelnen konturiert sein, wie dies im Rahmen von Regelungen zu fordern wäre, die der Polizei die Befugnis einräumen, zur Gefahrenabwehr Kausalverläufe durch Befehl und Zwang zu unterbrechen. Nach diesen Maßgaben verbleibt für verfassungsgemäße präventive Rasterfahndungen durchaus ein praktischer Anwendungsbereich.²⁴⁴

²³⁸ So insbesondere das Sondervotum der Richterin *Haas*, BVerfGE 115, 371 ff., auf das sich viele Kritiker des Beschlusses berufen.

²³⁹ So aus dem Schrifttum etwa *Bausback*, NJW 2006, S. 1922 (1923); *Hillgruber*, JZ 2007, S. 209 (212); *Pawlik*, Der Terrorist und sein Recht, S. 48 f.; *Trute*, Die Verwaltung 42 (2009), S. 85 (101); *Volkman*, JZ 2006, S. 918 ff.; mit positiverer Bewertung auch *Schewe*, NVwZ 2007, S. 174 (176).

²⁴⁰ Tendenziell wie hier *Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), S. 345 (365 f.).

²⁴¹ Siehe oben Teil 2, III. 1. b) aa).

²⁴² So hingegen die fachgerichtlichen Entscheidungen zu den präventiven Rasterfahndungen nach dem 11. September 2001, die die gesetzliche Eingriffsvoraussetzung einer (sogar) gegenwärtigen Gefahr weitgehend aufgelöst hatten, vgl. zu dieser Rechtsprechung die Analyse von *Trute*, Die Verwaltung 36 (2003), S. 501 (508 ff.).

²⁴³ BVerfGE 115, 320 (364 f.).

²⁴⁴ Ob die Rasterfahndung unter ermittlungspraktischen Gesichtspunkten im Bereich des modernen internationalen Terrorismus überhaupt ein Erfolg versprechendes Mittel der Polizeiarbeit ist, ist damit allerdings nicht gesagt und kann mit guten Gründen bezweifelt werden. So haben die präventivpolizeilichen Rasterfahndungen nach dem 11. September 2001 anscheinend nicht zur Aufdeckung auch nur eines einzigen terroristischen „Schläfers“ geführt, vgl. BVerfGE 115, 320 (324). Kritisch zur Effektivität etwa *Gusy*, in: Koch (Hrsg.), Terrorismus – Rechtsfragen der äußeren und inneren Sicherheit, S. 93 (98 ff.); *Jansen*, in: Hirschmann/Leggemann (Hrsg.), Der Kampf gegen den Terrorismus, S. 153 (160 ff.); für ein potentiell geeignetes Instrument halten die Rasterfahndung demgegenüber etwa *Geis/Möller*, Die

Die Befugnisnorm des § 20j Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BKAG entspricht den verfassungsrechtlichen Anforderungen unproblematisch insoweit, als eine präventive Rasterfahndung eine konkrete Gefahr im Sinne des § 20a Abs. 2 BKAG voraussetzt.²⁴⁵ Fragen wirft jedoch der zweite Halbsatz der Vorschrift auf, nach dem eine solche Gefahr in der Regel vorliegt, wenn konkrete Vorbereitungshandlungen die Annahme rechtfertigen, dass eine Straftat nach § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG begangen werden soll.

Verfassungsrechtlich ist diese Regelung allerdings letztlich nicht zu beanstanden. Anders als einige der Sachverständigen im Gesetzgebungsverfahren ausgeführt haben,²⁴⁶ verwässert sie das Gefahrerfordernis nicht. § 20j Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BKAG stellt eine Regelvermutung auf, die sich auf den Begriff der konkreten Gefahr gerade im Rahmen des Rasterfahndungstatbestands²⁴⁷ bezieht. In diesem Rahmen trifft die Regelvermutung zu, wenn der Gefahrenbegriff – wie oben dargestellt – an den Besonderheiten dieser Maßnahme orientiert wird. Danach ist eine Rasterfahndung bereits zulässig, wenn konkrete Tatsachen den Schluss zulassen, dass ein Schadensereignis bevorsteht, das noch nicht in jeder Hinsicht konturiert sein muss und möglicherweise auch zeitlich nicht näher eingegrenzt werden kann, aber jedenfalls in absehbarer Zukunft droht. Wenn das Bundeskriminalamt von bestimmten Handlungen weiß, mit denen eine terroristische Straftat vorbereitet wird, wird eine solche Sachlage zumindest in aller Regel anzunehmen sein. Ausnahmefälle, in denen eine konkrete Gefahr im Sinne des § 20j Abs. 1 Satz 1 BKAG gleichwohl nicht besteht, können berücksichtigt werden, indem die bloße Regelvermutung in Halbsatz 2 als entkräftet angesehen wird.

Hingegen bestehen aus zwei Gründen Zweifel, ob § 20j Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BKAG als polizeirechtlich sinnvolle Regelung angesehen werden kann. Zum einen erscheint fragwürdig, ob in Fällen, in denen bereits konkrete Vorbereitungshandlungen bekannt sind, eine Rasterfahndung überhaupt ein sinnvolles Ermittlungsinstrument sein kann. Eine Vorbereitungshandlung wird von einer bestimmten Person ausgeführt, über deren Identität immerhin so viel bekannt sein muss, dass ihr Verhalten als Vorbereitungshandlung eingeordnet werden kann. Wenn die Polizei bereits so viel weiß, erscheint es näherliegend, gezielt gegen diese Person zu ermitteln als eine Maßnahme zu wählen, mit der potentiell Terrorverdächtige erst aus der Allgemeinheit herausge-

Verwaltung 37 (2004), S. 431 (443 f.); *Middel*, Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung, S. 170 ff.

²⁴⁵ Die weitere Einschränkung, dass es sich um eine Gefahr für ein materiell qualifiziertes Rechtsgut handeln muss, dürfte hingegen kaum praktische Bedeutung haben, da zumindest in aller Regel nur solche Gefahren überhaupt den besonderen Anforderungen von § 20a Abs. 2 i.V.m. § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG genügen werden, siehe oben Teil 2, III. 1. a).

²⁴⁶ *Geiger*, Ausschussdrucks. 16(4)460H, S. 18; *Heckmann*, Ausschussdrucks. 16(4)460C, S. 7 f.; *Möllers*, Ausschussdrucks. 16(4)460K, unter II 5; *Roggan*, Ausschussdrucks. 16(4)460B, S. 19 f.; wie hier hingegen *Möstl*, Ausschussdrucks. 16(4)460I, S. 13 f.; *Poscher*, Ausschussdrucks. 16(4)460J, S. 26.

²⁴⁷ Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass § 20j Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BKAG eine Aussage über § 20j BKAG hinaus treffen soll. Die systematische Stellung der Norm spricht dagegen.

filtert werden sollen. Zum anderen erfüllt § 20j Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BKAG kaum die übliche Funktion von Regelbeispielen, einen unbestimmten Rechtsbegriff bereichsbezogen zu konkretisieren.²⁴⁸ Der Begriff der konkreten Vorbereitungshandlung erscheint nicht wesentlich trennschärfer als der Begriff der konkreten Gefahr. Beide Begriffe erfordern es, einen komplexen Sachverhalt umfassend zu beurteilen, und lassen dabei erhebliche Spielräume. Die Regelvermutung trägt damit kaum dazu bei, die Norm handhabbar zu machen.

2. „Online-Durchsuchung“, § 20k BKAG

Die Regelung des § 20k BKAG zu „Online-Durchsuchungen“²⁴⁹ war im Vorfeld des Gesetzes äußerst umstritten. Sie enthält einen besonderen Befugnistatbestand, der sich an den Vorgaben des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts orientiert, aber ohne Not mit herkömmlicher polizeirechtlicher Terminologie wie auch mit der Systematik der Befugnisnormen des BKA-Gesetzes bricht und daher erhebliche Anwendungsprobleme verursachen kann.

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat in seinem Urteil zum nordrhein-westfälischen Verfassungsschutzgesetz klar gestellt, welche Anforderungen sich aus dem IT-Grundrecht²⁵⁰ für eine Befugnis zu präventiven „Online-Durchsuchungen“ ergeben. Danach ist eine solche Ermittlungsmaßnahme nur zulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut bestehen. Als solche überragend wichtigen Rechtsgüter nennt der Senat zum einen Leben, Leib und Freiheit der Person, zum anderen solche Rechtsgüter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt. Als Beispiel hierfür führt der Senat die Bedrohung wesentlicher Bestandteile von existenzsichernden öffentlichen Versorgungseinrichtungen an.²⁵¹

Damit sind die verfassungsrechtlich zulässigen Schutzgüter sehr eng gefasst. „Online-Durchsuchungen“ sind nur zulässig, um existentiellen Bedrohungslagen zu begegnen.²⁵² Hingegen werfen die Ausführungen Fragen auf, mit denen der Erste Senat die Tatsachenlage beschreibt, die den Eingriffsanlass bildet. Der Senat verwendet zwar den Begriff der konkreten Gefahr, bettet ihn jedoch in einen begriffsfremden

²⁴⁸ Vgl. zu den beliebten Regelbeispielen im materiellen Strafrecht *Stree*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Rn. 44 ff. vor § 38.

²⁴⁹ Zum – problematischen – Begriff und zu den technischen Einzelheiten *Buermeyer*, HRRS 2007, S. 154 ff.; *Hansen/Pfizmann*, in: Roggan (Hrsg.), Online-Durchsuchungen, S. 131, S. 131 ff.

²⁵⁰ Der Senat verwendet den präzisen, aber sperrigen Begriff „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“.

²⁵¹ BVerfGE 120, 274 (327 ff.).

²⁵² Wie hier *Piltz/Pfister*, Recht und Politik 2009, S. 4 (6); *Roggan*, NJW 2009, S. 257 (260).

Kontext ein, indem er tatsächliche Anhaltspunkte einer solchen Gefahr fordert. Der Senat verschleift damit scheinbar die hergebrachte Unterscheidung von Gefahr und Gefahrenvorfeld,²⁵³ um „Online-Durchsuchungen“ auch dann zuzulassen, wenn eine konkrete Gefahr noch nicht besteht, weil der drohende Schaden zeitlich nicht dicht genug bevorsteht. Hingegen werden hohe Anforderungen an die Konkretisierung des drohenden Geschehens und der voraussichtlich beteiligten Personen gestellt.²⁵⁴

Diese verfassungsrechtlichen Ausführungen, die sich in das polizeirechtliche System nicht einfügen, können nicht ohne weiteres als polizeirechtliche Aussagen verstanden werden. Sie müssen vielmehr in polizeirechtliche Terminologie „übersetzt“ werden. Aus polizeirechtlicher Sicht ist dabei entscheidend, wie sich ein flexibel verstandener Begriff der konkreten Gefahr zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben verhält. Wird der Gefahrenbegriff für „Online-Durchsuchungen“ konkretisiert, so muss die zeitliche Komponente zurückgenommen werden. Dies ergibt sich zunächst schon aus der Eigenschaft der „Online-Durchsuchung“ als Ermittlungsmaßnahme. Weiter besteht über die tatsächlichen Einsatzbedingungen von „Online-Durchsuchungen“ noch erhebliche Unsicherheit, da bislang nur wenige Erfahrungen mit dieser Ermittlungsmethode gesammelt worden sind. Einiges spricht dafür, dass es zumindest derzeit zeitaufwändig ist, eine solche Maßnahme vorzubereiten.²⁵⁵ In der Folge können an die zeitliche Nähe eines Schadens nicht dieselben Anforderungen gestellt werden wie bei klassischen polizeilichen Zwangsmaßnahmen. Hingegen kann durchaus verlangt werden, dass das befürchtete Schadensereignis zumindest seiner Art nach beschrieben und die daran beteiligten Personen so präzise bezeichnet werden, dass gezielt gegen sie ermittelt werden kann. Diese Kriterien müssen also weniger stark zurückgenommen werden als das zeitliche Element des Eingriffstatbestands.²⁵⁶

Wird der polizeirechtliche Begriff der konkreten Gefahr für „Online-Durchsuchungen“ in dieser Weise konkretisiert, so deckt er sich mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen.²⁵⁷ Für einen Eingriffstatbestand, der „Online-Durchsuchungen“ auch noch im Vorfeld einer so verstandenen Gefahr zulässt, gibt es allenfalls einen sehr schmalen Regelungsspielraum.²⁵⁸ Jedenfalls dürfte eine Eingriffsbefugnis

²⁵³ Dazu oben Teil 2, III. 1. b) aa).

²⁵⁴ BVerfGE 120, 274 (328 f.); kritisch *Britz*, DÖV 2008, S. 411 (415).

²⁵⁵ Zu den technischen Schwierigkeiten bei der Infiltration eines Rechners *Buermeyer*, HRRS 2007, S. 154 (163 ff.).

²⁵⁶ Insoweit besteht ein Unterschied etwa zur präventiven Rasterfahndung, dazu oben Teil 2, IV. 1.

²⁵⁷ A.A. *Roggan*, NJW 2009, S. 257 (260), der von einer „kategorialen Weiterentwicklung in der [...] Sphäre zwischen Gefahr und [...] Gefahrenvorfeld“ spricht, die Voraussetzungen einer konkreten Gefahr jedoch nicht näher untersucht; anders als hier auch *Böckenförde*, JZ 2008, S. 925 (931); *Kutscha*, NJW 2008, S. 1042 (1044); tendenziell wie hier spricht hingegen von einer „Gefahrenprognose“ *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, S. 1009 (1020); ähnlich auch *Hong*, NJW 2009, S. 1458 (1460), unter Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 17. Februar 2009 – 1 BvR 2492/08 –, NVwZ 2009, S. 441 (447).

²⁵⁸ Ähnlich *Hornung*, CR 2008, S. 299 (304).

zur Gefahrenabwehr ausreichen, um den Rahmen des verfassungsrechtlich Erlaubten und polizeirechtlich Sinnvollen²⁵⁹ auszuschöpfen. Eine solche Norm könnte etwa an das Vorbild des Art. 34d Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bayPAG anknüpfen, der den Tatbestand der Befugnis zu „Online-Durchsuchungen“ mit den Voraussetzungen einer Wohnraumüberwachung harmonisiert, also eine dringende Gefahr fordert. Dies liegt angesichts der vergleichbaren Eingriffsintensität²⁶⁰ beider Maßnahmen nahe und entspricht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Wenn hingegen eine Vorfeldbefugnis für erforderlich und verfassungsrechtlich zulässig gehalten wird, müsste jedenfalls ihr Tatbestand restriktiv formuliert werden.²⁶¹

Hingegen begegnet der Befugnistatbestand des § 20k Abs. 1 BKAG dem Regelungsproblem nicht hinreichend. Danach kann das Bundeskriminalamt eine „Online-Durchsuchung“ dann durchführen, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine Gefahr für eines der aufgeführten Rechtsgüter vorliegt. Die Maßnahme soll auch zulässig sein, wenn „sich noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lässt, dass ohne Durchführung der Maßnahme in näherer Zukunft ein Schaden eintritt, sofern bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall durch bestimmte Personen drohende Gefahr hinweisen“. Diesen Eingriffstatbestand hat der Gesetzgeber weitgehend wörtlich aus dem Urteil des Ersten Senats übernommen. Die Regelung soll damit erkennbar die Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen ausschöpfen. Dies ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden und auch rechtspolitisch für sich genommen noch kein Grund zur Kritik. Jedoch bricht die Norm mit herkömmlichen polizeirechtlichen Begriffen, ohne dass ein schlüssiges neues Regelungskonzept erkennbar wäre. Sie entzieht sich der polizeirechtlichen Unterscheidung von Gefahr und Gefahrenvorfeld und steht auch mit der Systematik der anderen präventiven Befugnisregelungen des Gesetzes nicht in Einklang, die sich – bei allen ihren Defiziten – an dieser Unterscheidung orientieren. Es erscheint zweifelhaft, ob eine so atypische Regelung die polizeiliche Arbeit anleiten kann.

²⁵⁹ Dabei ist allerdings durchaus zweifelhaft, ob ein ermittlungspraktisches Bedürfnis für „Online-Durchsuchungen“ überhaupt besteht, skeptisch etwa *Buermeyer*, HRRS 2007, S. 154 (165 f.); *Hansen/Pfützmann*, in: *Roggan* (Hrsg.), Online-Durchsuchungen, S. 131, S. 131 (140 ff.). Dies gilt umso mehr, als § 20k BKAG – anders als Art. 34e bayPAG der bayerischen Polizei – dem Bundeskriminalamt nicht ermöglicht, eine Wohnung zu betreten, um eine „Online-Durchsuchung“ vorzubereiten. Das Bundeskriminalamt wird daher weitgehend auf Glück oder Nachlässigkeit angewiesen sein, um das Zielsystem überhaupt erfolgreich zu infiltrieren.

²⁶⁰ In diese Richtung bereits vor dem Urteil des Ersten Senats *Rux*, JZ 2007, S. 285 (292 ff.); eine ähnliche Deutung des IT-Grundrechts bei *Bäcker*, in: *Uerpmann-Witzack* (Hrsg.), Das neue Computergrundrecht, S. 1 (9); *Britz*, DÖV 2008, S. 411 (412); *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 377c.

²⁶¹ Teilweise verfassungswidrig ist daher Art. 34d Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bayPAG, der zur Verhütung von Straftaten den Eingriffsanlass in bestimmten Fällen weit in das Gefahrenvorfeld verlagert, dazu *Bäcker*, in: *Uerpmann-Witzack* (Hrsg.), Das neue Computergrundrecht, S. 1 (20 f.).

Zudem ergeben sich aus der verschleienden Regelungstechnik Folgeprobleme, die das Gesetz nicht bewältigt. Insbesondere hätte eigenständig geregelt werden müssen, wem gegenüber eine „Online-Durchsuchung“ durchgeführt werden darf. Stattdessen verweist § 20k Abs. 4 BKAG auf die Störerregelungen in §§ 17 f. BPolG. Die Störerhaftung setzt jedoch tatbestandlich eine konkrete Gefahr voraus. Einen Störer ohne oder im Vorfeld der Gefahr gibt es nicht.²⁶² Eine ausdehnende Interpretation des Störerbegriffs, die dem herkömmlichen Polizeirecht fremd ist, verstieße gegen das Gebot der Normenklarheit und wäre damit verfassungswidrig. Der Verweis auf §§ 17 f. BPolG geht damit teilweise ins Leere. Letztlich dürfen daher bereits einfachrechtlich „Online-Durchsuchungen“ doch nur im Fall einer konkreten Gefahr durchgeführt werden. Insgesamt hinterlässt die Regelungstechnik des § 20k BKAG den Eindruck, dass der Gesetzgeber sich seiner Aufgabe²⁶³ entzogen hat, das Recht eigenverantwortlich zu gestalten und auf diese Weise die Verfassung zu konkretisieren.²⁶⁴

3. „Quellen-Telekommunikationsüberwachung“, § 20l Abs. 2 BKAG

§ 20l Abs. 2 BKAG regelt einen Sonderfall des heimlichen Zugriffs auf informationstechnische Systeme, die „Quellen-Telekommunikationsüberwachung“. Dabei infiltriert die Ermittlungsbehörde ein informationstechnisches System, das als Kommunikationsendgerät dient (etwa einen PC, mit dem über das Internet telefoniert wird), um die laufende Kommunikation zu überwachen.

Nach dem Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts zu „Online-Durchsuchungen“ ist eine reine „Quellen-Telekommunikationsüberwachung“ lediglich an Art. 10 GG zu messen; sie muss nicht den höheren materiellen Anforderungen des IT-Grundrechts genügen. Allerdings gilt dies nur, wenn durch technische Vorkehrungen und rechtliche Vorgaben sichergestellt ist, dass die Maßnahme sich darauf be-

²⁶² Denninger, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Rn. E 206.

²⁶³ Dazu statt aller Schuppert/Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, S. 10 f.

²⁶⁴ Das Selbstverständnis mancher Parlamentsmitglieder mag der folgende Dialog der Bundestagsabgeordneten Wiefelspütz und Uhl über die von dem Bundesverfassungsgericht kassierte nordrhein-westfälische Befugnis zu „Online-Durchsuchungen“ in der Plenarberatung zu der Gesetzesnovelle illustrieren: „Wiefelspütz: Herr Kollege Uhl, können Sie bestätigen, dass der FDP-Innenminister von Nordrhein-Westfalen dieses sagenhafte Gesetz nur deshalb gemacht hat, damit das Bundesverfassungsgericht unsere gemeinsame Auffassung bestätigen konnte, dass die Onlinedurchsuchung verfassungskonform ist, und zwar unter strengsten Voraussetzungen, oder gab es andere Motive? [...] Uhl: Das bestätige ich gerne, Herr Kollege Wiefelspütz; denn das Urteil des Bundesverfassungsgerichts hilft uns, das BKA-Gesetz mit der rechtmäßigen Befugnis zur Onlinedurchsuchung auszustatten und heute auf den Weg zu bringen. [...] Der vorliegende Entwurf eines BKA-Gesetzes entspricht Punkt für Punkt den Vorgaben, die uns Karlsruhe gemacht hat.“, Plenarprotokoll 16/186 vom 12. November 2008, S. 19834.

schränkt, laufende Kommunikation mitzuschneiden. Lässt sich dies nicht gewährleisten, so ist die Maßnahme als „Online-Durchsuchung“ anzusehen und an dem IT-Grundrecht zu messen.²⁶⁵ Zudem greift eine „Quellen-Telekommunikationsüberwachung“ stets insoweit in das IT-Grundrecht ein, als dieses Grundrecht auch die Integrität informationstechnischer Systeme gewährleistet. Darunter ist entsprechend der informationstechnischen Terminologie zu verstehen, dass die Informationen auf dem System vollständig, richtig und aktuell sind oder deutlich zu erkennen ist, dass dies nicht der Fall ist.²⁶⁶ Bereits wenn ein informationstechnisches System infiltriert wird, ist das System jedoch als kompromittiert anzusehen, da die Herkunft der Daten auf diesem System nicht mehr sicher nachvollzogen werden kann. Wenn sich allerdings der Eingriff in das IT-Grundrecht auf den Integritätsaspekt beschränkt, fordert dieses Grundrecht lediglich verfahrensrechtliche Regelungen, um das Integritäts- und Vertraulichkeitsinteresse des Nutzers so weitgehend wie möglich zu sichern.²⁶⁷ Die Infiltration des Systems ist auf das Unerlässliche zu beschränken. Während der Maßnahme müssen Schäden des Systems möglichst ausgeschlossen werden. Schließlich muss das System nach Beendigung der Maßnahme so weitgehend wie möglich in seinen Ausgangszustand zurückversetzt werden.

Rechtlich sind diese Anforderungen so umzusetzen, dass eine besondere Ermächtigungsgrundlage für „Quellen-Telekommunikationsüberwachungen“ geschaffen wird.²⁶⁸ Eine derartige Befugnisregelung findet sich in § 20I Abs. 2 BKAG. Die erforderlichen Verfahrensregelungen sind in § 20I Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit § 20k Abs. 2 und 3 BKAG enthalten.

Allerdings erscheint fragwürdig, ob eine isolierte „Quellen-Telekommunikationsüberwachung“ technisch überhaupt möglich ist. Die Sachverständigen, die der Erste Senat im Verfahren zum nordrhein-westfälischen Verfassungsschutzgesetz angehört hat, haben übereinstimmend ausgeführt, der Zugriff auf ein infiltriertes informationstechnisches System könne nicht zuverlässig auf Daten aus laufender Fernkommunikation beschränkt werden.²⁶⁹ Es bestehe stets die Möglichkeit, dass auch unbeabsichtigt auf andere Daten zugegriffen werde. Sollte dies zutreffen, so gäbe es keine reine „Quellen-Telekommunikationsüberwachung“. Das Bundeskriminalamt dürfte eine solche Maßnahme stets nur unter den Voraussetzungen des § 20k BKAG durchführen. § 20I Abs. 2 BKAG hätte keinen praktischen Anwendungsbereich.

²⁶⁵ BVerfGE 120, 274 (308 f.).

²⁶⁶ *Hansen/Pfitzmann*, in: Roggan (Hrsg.), *Online-Durchsuchungen*, S. 131, (132); allgemein zur Schutzrichtung des IT-Grundrechts *Bäcker*, in: Uerpmann-Witzack (Hrsg.), *Das neue Computergrundrecht*, S. 1 (13 f.).

²⁶⁷ *Bäcker*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, S. 99 (132).

²⁶⁸ *Bäcker*, in: Rensen/Brink (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, S. 99 (131); *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, S. 1009 (1022); *Hornung*, CR 2008, S. 299 (301).

²⁶⁹ Vgl. BVerfGE 120, 274 (309); ferner *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, S. 1009 (1022).

Ergebnisse und Schluss

Die Studie ging von zwei Leitfragen aus: Zum einen sollte untersucht werden, wie sich die Novelle des BKA-Gesetzes auf das bundesstaatliche und institutionelle Gefüge der Polizei- und Strafverfolgungsbehörden in Deutschland auswirkt. Zum anderen sollte die Novelle polizeirechtlich und verfassungsrechtlich bewertet werden. Diese Leitfragen können nunmehr zusammenfassend beantwortet werden.

1. Bereits seit längerem besteht in der Bundesrepublik die Tendenz, die Innere Sicherheit zu zentralisieren und Sicherheitsaufgaben bei bestimmten Behörden zu konzentrieren. Zu den Sicherheitsbehörden des Bundes, die von dieser Entwicklung profitieren, gehört seit jeher das Bundeskriminalamt. Seine Stellung im Gefüge der kriminalpolizeilichen Behörden hat sich kontinuierlich verstärkt, seit das Amt gegründet wurde. Zum einen ist die hergebrachte Zentralstellenfunktion der Behörde für die Polizeitätigkeit immer wichtiger geworden. Sie dient insoweit als Koordinations- und Servicezentrum für die Landespolizeibehörden. Wesentliche Faktoren waren dabei der gesellschaftliche und politische Erfolg des Präventionsdenkens, der informationstechnische und kriminalistische Fortschritt und die zunehmende internationale Vernetzung der Polizeitätigkeit. Zum anderen wurden die Aufgaben und die entsprechenden Befugnisse des Bundeskriminalamts im Zuge mehrerer Gesetzesänderungen erweitert. Insbesondere im Bereich der Strafverfolgung verfügt das Amt seit längerem über bedeutende Ermittlungs- und Zwangsbefugnisse, gerade auch zur Terrorismusbekämpfung. Die Rechtsentwicklung wurde durch unklare und in ihrem Gehalt umstrittene Kompetenzregelungen im Grundgesetz begünstigt.

Der neue Kompetenztitel in Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG und die Novelle des BKA-Gesetzes, die auf diesem Kompetenztitel beruht, stärken die Stellung des Bundeskriminalamts weiter. Das Amt erhält erstmals die Aufgabe und entsprechende Befugnisse, zu präventivpolizeilichen Zwecken selbst zu ermitteln und Gefahren mit Befehl und Zwang abzuwehren. Die neue Aufgabe des Bundeskriminalamts verändert das sicherheitsbehördliche Gefüge in der Bundesrepublik in bundesstaatlicher und institutioneller Hinsicht. Die Innere Sicherheit wird weiter zentralisiert, zugleich erhält das Bundeskriminalamt im Verhältnis zum Generalbundesanwalt höheres Gewicht. Dabei ist die Veränderung auf der bundesstaatlichen Ebene klarer begrenzt als auf der institutionellen Ebene: Die Gesetzesnovelle schneidet die präventive Zuständigkeit des Bundeskriminalamts in sachlicher Hinsicht eng zu. Daneben enthält das Gesetz eine spezifisch bundesstaatliche Grenze der präventiven Tätigkeit des Amts, welche die Polizeihöhe der Länder wahrt. Im Verhältnis zwischen Bundeskriminalamt und Generalbundesanwalt fehlt demgegenüber eine Abgrenzungsregel, obwohl sie erforderlich wäre.

In sachlicher Hinsicht begrenzt der Begriff des internationalen Terrorismus die präventive Aufgabe des Bundeskriminalamts. Dieser Begriff ist für sich genommen vage. Würde er weit interpretiert, so könnte er dem Bundeskriminalamt ermöglichen, die Aufgabe der Straftatenverhütung und damit einen wesentlichen Teil der polizeilichen Tätigkeit im Bereich der Schwerekriminalität weitgehend an sich zu ziehen. Jedoch enthält bereits der Kompetenztitel in Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG Anhaltspunkte für ein engeres Verständnis des Terrorismusbegriffs. Dieser Begriff wird in § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG weiter konkretisiert. Danach sind als terroristische Handlungen nur bestimmte schwere Straftaten anzusehen, die mit einem terrorismusspezifischen Ziel begangen werden und zudem geeignet sind, dieses Ziel auch zu erreichen und dadurch einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich zu schädigen. Insbesondere das Kriterium einer terrorismusspezifischen Schadenseignung begrenzt die sachliche Zuständigkeit des Bundeskriminalamts eng. Zudem müssen entweder Anhaltspunkte für grenzüberschreitende Tätigkeiten bestehen, die auf terroristische Straftaten gerichtet sind, oder ein staatenübergreifender Schaden drohen.

Der Terrorismusbegriff der Gesetzesnovelle verhindert, dass die neue Aufgabe des Bundeskriminalamts das sicherheitsbehördliche Gefüge in der Bundesrepublik grundlegend verändert. Weil er somit eine besondere bundesstaatliche und institutionelle Funktion erfüllt, kann dem Gesetz keine allgemeingültige und abschließende Legaldefinition des Terrorismus entnommen werden.

Eine weitere, spezifisch bundesstaatliche Grenze der neuen Aufgabe ergibt sich daraus, dass das Bundeskriminalamt zur Gefahrenabwehr nur zuständig ist, wenn die Zuständigkeit einer Landesbehörde nicht erkennbar ist, eine oberste Landesbehörde um die Übernahme ersucht oder eine länderübergreifende Gefahr besteht. Relevant ist vor allem der Begriff der länderübergreifenden Gefahr, der sprachlich eher unbestimmt wirkt. Wird er jedoch systematisch und teleologisch ausgelegt, ergibt sich, dass eine länderübergreifende Gefahr nur dann besteht, wenn mindestens zwei Landespolizeibehörden zur Gefahrenabwehr zuständig sind. So wahrt die neue Aufgabe des Bundeskriminalamts die Polizeihoheit der Länder auch im Terrorismusbereich weitgehend. Aus föderaler Sicht verschiebt die Gesetzesnovelle das sicherheitsbehördliche Gefüge daher nur in begrenztem Ausmaß. Hingegen regelt die Novelle die Zusammenarbeit von Bundeskriminalamt und Landespolizeibehörden nur unzureichend. Dieser Mangel lässt die bundesstaatliche Zuständigkeitsordnung unberührt, kann aber erhebliche praktische Schwierigkeiten nach sich ziehen.

Demgegenüber fehlt es an Regelungen über das Verhältnis von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung. Wegen des Zuschnitts der präventiven Aufgabe des Bundeskriminalamts wird es jedoch in aller Regel zu einer Gemengelage kommen, die sich mit den herkömmlichen Kriterien kaum lösen lässt. Gleichwohl stellt die Novelle nicht sicher, dass der Generalbundesanwalt seine Verfahrensherrschaft im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren wirksam wahrnehmen kann. Daher besteht die Gefahr, dass diese Verfahrensherrschaft im Terrorismusbereich in weitem Umfang unterlaufen wird. Auf diese Weise verschöbe sich nicht nur das institutionelle Gefüge der Sicher-

heitsbehörden des Bundes erheblich. Es ergäben sich auch rechtsstaatliche Bedenken: Einerseits werden Handlungen, die für sich genommen kein Rechtsgut schädigen oder konkret bedrohen, gerade im Terrorismusbereich weitreichend kriminalisiert. Andererseits würden demjenigen, der solcher Handlungen verdächtig ist, die Stellung und die Rechte eines Beschuldigten im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren weitgehend vorzuenthalten. Um diesen Bedenken zu begegnen, muss das Bundeskriminalamt verpflichtet sein, den Generalbundesanwalt unverzüglich zu informieren, sobald es seine präventive Aufgabe wahrnimmt. Eine solche Pflicht lässt sich dem Gesetz derzeit nur bei teleologisch erweiternder Auslegung entnehmen.

2. Die Gesetzesnovelle weist in den Befugnisnormen über heimliche Ermittlungsmaßnahmen, die voraussichtlich im Mittelpunkt der präventiven Tätigkeit des Bundeskriminalamts stehen werden, teilweise konzeptionelle und redaktionelle Mängel auf. Diese Mängel können praktische Schwierigkeiten nach sich ziehen und erscheinen daher aus polizeirechtlicher Sicht kritikwürdig. Gegen einige Regelungen bestehen daneben auch verfassungsrechtliche Bedenken.

a) In erster Linie regelt das Gesetz den Anlass für präventivpolizeiliche Ermittlungen nicht durchweg polizeirechtlich systemkonform, ermittlungstaktisch sinnvoll und rechtsstaatlich angemessen.

Die Gesetzesnovelle enthält in § 20a Abs. 2 BKAG einen besonderen Gefahrentatbestand, der sich an der neuen Aufgabe des Bundeskriminalamts orientiert. Dieser Tatbestand setzt eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit voraus, die sich daraus ergibt, dass eine terroristische Straftat im Sinne des § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG bevorsteht. Er schneidet die Ermittlungsbefugnisse des Bundeskriminalamts auf die neue Aufgabe der Behörde zu und begrenzt sie so. Überflüssig ist allerdings die scheinbare materielle Qualifikation in manchen Befugnisnormen, nach denen Ermittlungsmaßnahmen eine (dringende) Gefahr für bestimmte Rechtsgüter voraussetzen.

Der ermittlungspraktische und rechtsstaatliche Ertrag des besonderen Gefahrentatbestands in § 20a Abs. 2 BKAG wird jedoch dadurch weitgehend zunichte gemacht, dass das Gesetz das Verhältnis von Gefahr und Gefahrenvorfeld nicht klärt. Die meisten Befugnisregelungen zu heimlichen Ermittlungsmaßnahmen enthalten Eingriffstatbestände, die dem Bundeskriminalamt solche Maßnahmen bereits im Vorfeld konkreter Gefahren ermöglichen sollen. Diese Vorfeldbefugnisse beschreiben den Eingriffsanlass mit unterschiedlichen Formulierungen, deren Verhältnis zueinander sich kaum erschließt. Sie sind zudem so weit gefasst, dass die Begrenzungen für die Ermittlungstätigkeit des Bundeskriminalamts unterlaufen werden, die sich aus dem Gefahrentatbestand des § 20a Abs. 2 BKAG ergeben. Die meisten dieser Befugnisregelungen verstoßen gegen die Gebote der Normenklarheit und Verhältnismäßigkeit und sind daher verfassungswidrig. Andererseits enthält das Gesetz in den Regelungen über Wohnraumüberwachungen und Rasterfahndungen vermeintliche Vorfeldtatbestände, die neben den Befugnistatbeständen zur Gefahrenabwehr überflüssig sind, da sie letztlich den Gefahrenbegriff reformulieren. Polizeirechtsdogmatisch besonders problematisch, wenn auch verfassungskonform, ist die Befugnisregelung

zu „Online-Durchsuchungen“ in § 20k BKAG. Sie bricht auf der Ebene des Eingriffstatbestands mit hergebrachten polizeirechtlichen Kategorien, ohne eine handhabbare Neukonzeption an ihre Stelle zu setzen.

b) Daneben weisen die Befugnisnormen zu heimlichen Ermittlungsmaßnahmen weitere Mängel auf, die gleichfalls teilweise dazu führen, dass die Gesetzesnovelle verfassungswidrig ist.

aa) Dies betrifft zunächst die Frage, wer von Ermittlungsmaßnahmen des Bundeskriminalamts erfasst werden darf.

Soweit die Befugnisnormen eine konkrete Gefahr erfordern, verweisen sie auf die Voraussetzungen der polizeilichen Störerhaftung. Dabei werden die Besonderheiten der geregelten Ermittlungsmaßnahmen nicht hinreichend abgebildet. So ermöglicht das Gesetz Maßnahmen gegen Zustandsstörer, obwohl die Voraussetzungen einer Zustandshaftung nie vorliegen werden. Nicht nachvollziehbar ist auch, dass teilweise Nichtstörer in den Kreis der Betroffenen einbezogen werden, obwohl dieselben Befugnisnormen ohnehin besondere Regelungen für Ermittlungen gegen unbeteiligte Dritte enthalten.

Soweit das Gesetz Ermittlungen im Vorfeld konkreter Gefahrenlagen ermöglichen soll, sind die Befugnisregelungen wiederum so weit gefasst, dass sie mit den verfassungsrechtlichen Geboten der Verhältnismäßigkeit und Normenklarheit nicht vereinbar sind.

Hingegen bestehen gegen die Regelungen über Ermittlungsmaßnahmen gegen Kontakt- und Begleitpersonen sowie gegen Nachrichtenmittler keine Bedenken.

bb) Die Regelungen der Gesetzesnovelle zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung genügen nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Zwar enthält das Gesetz solche Regelungen für alle Ermittlungsmaßnahmen, bei denen sie erforderlich sind, nämlich für Überwachungen von Wohnraum und Telekommunikation sowie für „Online-Durchsuchungen“. Jedoch läuft der gesetzliche Kernbereichsschutz für Telekommunikationsüberwachungen und „Online-Durchsuchungen“ auf der Stufe der Datenerhebung praktisch leer. Verfassungswidrig sind sämtliche Schutzregelungen zudem insoweit, als sie nicht durchweg sicherstellen, dass eine neutrale Stelle, die auch die Belange des Betroffenen wahrt, die gewonnenen Erkenntnisse auswertet und überprüft. Schließlich gewährleisten sie nicht hinreichend, dass der Betroffene gegen eine Kernbereichsverletzung effektiv gerichtlich vorgehen kann, da Dokumentationen über solche Verletzungen nicht in jedem Fall lange genug aufbewahrt werden müssen.

cc) Auch die Regelungen über die Anordnung heimlicher Ermittlungsmaßnahmen sind teilweise zu beanstanden.

Verfassungswidrig ist § 20g BKAG, soweit nach dieser Norm Personen längerfristig observiert und nichtöffentliche Gespräche überwacht werden können, ohne dass diese Ermittlungsmaßnahmen durch einen Richtervorbehalt verfahrensrechtlich flankiert würden. Derart eingriffssensitive Überwachungsmaßnahmen müssen

vorab durch eine neutrale Stelle kontrolliert werden. Im Übrigen steht die Norm auch in einem Wertungswiderspruch zum Strafprozessrecht, das für solche Maßnahmen einen Richtervorbehalt vorsieht.

Weiter ist zwar nicht rechtlich, wohl aber rechtspolitisch zu kritisieren, dass das Amtsgericht Wiesbaden dafür zuständig ist, präventive Ermittlungsmaßnahmen des Bundeskriminalamts anzuordnen. Es hätte näher gelegen, diese Aufgabe dem Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs zuzuweisen, der auch mit strafprozessualen Ermittlungen im Terrorismusmilieu betraut ist.

dd) Schließlich sind die Regelungen über die Benachrichtigung des Betroffenen nach heimlichen Ermittlungsmaßnahmen in § 20w BKAG insoweit verfassungswidrig, als die Ausnahmen von der grundsätzlichen Benachrichtigungspflicht teilweise zu weit reichen.

c) Hingegen bestehen gegen die Regelung des § 20u BKAG zum Schutz von Zeugnisverweigerungsrechten entgegen der Kritik, die insbesondere von Berufsverbänden vorgetragen worden ist, weder polizeirechtsdogmatische noch verfassungsrechtliche Bedenken. Diese Norm schützt die Kommunikation mit Berufsheimlichkeitsgeheimnisträgern auch dann vor staatlichem Einblick, wenn der Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht berührt ist. Die Kommunikation mit Strafverteidigern, Geistlichen und Parlamentsabgeordneten wird dabei absolut geschützt. Dies geht sogar über das verfassungsrechtlich gebotene Schutzniveau hinaus. Hinsichtlich der anderen Berufsheimlichkeitsgeheimnisträger normiert die Vorschrift ausdrücklich die Anforderungen, die sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ohnehin ergeben würden. Dies ist als Klarstellung und Warnung zu begrüßen.

3. Verfassungsbeschwerden gegen die Novelle des BKA-Gesetzes sind bereits bei dem Bundesverfassungsgericht anhängig. Es ist zu erwarten, dass das Gesetz der verfassungsgerichtlichen Prüfung nicht in jeder Hinsicht standhalten wird. Der Gesetzgeber wird daher voraussichtlich nochmals die Gelegenheit haben, eine polizeirechtlich stimmige und verfassungsrechtlich tragfähige Lösung der Regelungsprobleme zu finden, die die neue Aufgabe des Bundeskriminalamts mit sich bringt.

Literaturverzeichnis

- Ahlf, Ernst-Heinrich*, Das Bundeskriminalamt als Zentralstelle, Dissertation Speyer 1985.
- Albers, Marion*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, Berlin 2001.
- Informationelle Selbstbestimmung, Baden-Baden 2005.
- Albrecht, Hans-Jörg*, Terrorismus und Strafrecht, in: Griesbaum, Rainer / Hannich, Rolf / Schnarr, Karl Heinz (Hrsg.), Strafrecht und Justizgewährung, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, Berlin 2006, S. 17–26.
- Backes, Uwe*, Auf der Suche nach einer international konsensfähigen Terrorismusdefinition, in: Möllers, Martin H. W. / van Ooyen, Robert Chr. (Hrsg.), Terrorismus und wehrhafte Demokratie, Bd. 2, Frankfurt am Main 2007, S. 15-28.
- Bäcker, Matthias*, Die Vertraulichkeit der Internetkommunikation, in: Rensen, Hartmut / Brink, Stefan (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, Berlin 2009, S. 99-136.
- Das IT-Grundrecht: Funktion, Schutzgehalt, Auswirkungen auf staatliche Ermittlungen, in: Uerpmann-Witzack, Robert (Hrsg.), Das neue Computergrundrecht, Münster u. a. 2009, S. 1–30.
- Baldus, Manfred*, Transnationales Polizeirecht, Verfassungsrechtliche Grundlagen und einfachgesetzliche Ausgestaltung polizeilicher Eingriffsbefugnisse in grenzüberschreitenden Sachverhalten, Baden-Baden 2001.
- Der Kernbereich privater Lebensgestaltung – absolut geschützt, aber abwägungsoffen, JZ 2008, S. 218–227.
- Baum, Gerhart Rudolf / Schantz, Peter*, Die Novelle des BKA-Gesetzes, Eine rechtspolitische und verfassungsrechtliche Kritik, ZRP 2008, S. 137–140.
- Bausback, Winfried*, Fesseln für die wehrhafte Demokratie?, NJW 2006, S. 1922-1924.
- Becker, Bernd*, Zentralstellen gemäß Art. 87 Abs. 1 GG, Analyse eines vielseitig verwendbaren Behördentyps, DÖV 1978, S. 551–555.
- Böckenförde, Thomas*, Auf dem Weg zur elektronischen Privatsphäre, JZ 2008, S. 925–939.
- Britz, Gabriele*, Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, Einige Fragen zu einem „neuen Grundrecht“, DÖV 2008, S. 411-415.
- Brugger, Winfried*, Freiheit und Sicherheit, Eine staatstheoretische Skizze mit praktischen Beispielen, Baden-Baden 2004.
- Buermeyer, Ulf*, Die Online-Durchsuchung – Technischer Hintergrund des verdeckten hoheitlichen Zugriffs auf Computersysteme, HRRS 2007, S. 154-166.

- Diemer, Herbert*, Erhebungen des Generalbundesanwalts zur Klärung des Anfangsverdachts im Rahmen von ARP-Vorgängen, NStZ 2005, S. 666–669.
- Dittmann, Armin*, Die Bundesverwaltung, Verfassungsgeschichtliche Grundlagen, grundgesetzliche Vorgaben und Staatspraxis ihrer Organisation, Tübingen 1983.
- Dolzer, Rudolf / Waldhoff, Christian / Graßhof, Karin* (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg (Stand: 2008).
- Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Supplementum zu Bd. 2, Tübingen 2007; Bd. 3, 2. Aufl. Tübingen 2008.
- Erbs, Georg / Kohlhaas, Max* (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, München (Stand: 2009).
- Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Aufl., München 2009.
- Fischer-Lescano, Andreas*, Verfassungsrechtliche Fragen der Auslandsentsendung des BGS, AöR 128 (2003), S. 52–90.
- Gärditz, Klaus Ferdinand*, Strafprozeß und Prävention, Entwurf einer verfassungsrechtlichen Zuständigkeits- und Funktionenordnung, Tübingen 2003.
- Geis, Max-Emanuel / Möller, Markus*, „Krieg gegen den Terrorismus“ in Baden-Württemberg, Die Verwaltung 37 (2004), S. 431–449.
- Götz, Volkmar*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl., München 2008.
- Griesbaum, Rainer*, Zum Verhältnis von Strafverfolgung und Gefahrenabwehr vor dem Hintergrund der Bedrohung durch den internationalen islamistischen Terrorismus, in: ders. / Harnich, Rolf / Schnarr, Karl Heinz (Hrsg.), Strafrecht und Justizgewährung, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, Berlin 2006, S. 125–137.
- Gusy, Christoph*, Die Zentralstellenkompetenz des Bundes, DVBl 1993, S. 1117-1128.
- Geheimdienstliche Aufklärung und Verfassungsschutz, in: Koch, Hans-Joachim (Hrsg.), Terrorismus – Rechtsfragen der äußeren und inneren Sicherheit, Baden-Baden 2002, S. 93–119.
- Harnich, Rolf* (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl., München 2008.
- Hansen, Markus / Pfitzmann, Andreas*, Techniken der Online-Durchsuchung: Gebrauch, Missbrauch, Empfehlungen, in: Roggan, Fredrik (Hrsg.), Online-Durchsuchungen, Rechtliche und tatsächliche Konsequenzen des BVerfG-Urteils vom 27. Februar 2008, Berlin 2008, S. 131-154.
- von Heintschel-Heinegg, Bernd*, Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des Vereinigungsbegriffs in den §§ 129 ff. StGB, in: Hoyer, Andreas / Müller, Henning Ernst / Pawlik, Michael / Wolter, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2006, S. 799–808.
- Hillgruber, Christian*, Der Staat des Grundgesetzes – nur bedingt abwehrbereit?, Plädoyer für eine wehrhafte Verfassungsinterpretation, JZ 2007, S. 209–218.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigen genutzter informationstechnischer Systeme, JZ 2008, S. 1009-1022.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schmidt-Aßmann, Eberhard / Voßkuhle, Andreas* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, München 2006.

- Hong, Mathias*, Rechtsstaatliche Bedeutung des Verwaltungsakts und Grenzen staatlicher Informationseingriffe – Die Eilentscheidung des BVerfG zum Bayerischen Versammlungsgesetz, NJW 2009, S. 1458-1461.
- Hornung, Gerrit*, Ein neues Grundrecht, CR 2008, S. 299–306.
- Huber, Bertold*, Das neue G 10-Gesetz, NJW 2001, S. 3296-3302.
- Hüls, Silke*, Der Richtervorbehalt – seine Bedeutung für das Strafverfahren und die Folgen von Verstößen, ZIS 2009, S. 160–169.
- Ignor, Alexander*, Der rechtliche Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant im Visier des Gesetzgebers, NJW 2007, S. 3403-3406.
- Isensee, Josef / Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, 3. Aufl., Heidelberg 2006; Bd. 6, 3. Aufl., Heidelberg 2008.
- Jansen, Klaus*, Polizeiliche Terrorismusbekämpfung in der Praxis: Eine kritische Auseinandersetzung, in: Hirschmann, Kai / Leggemann, Christian (Hrsg.), Der Kampf gegen den Terrorismus, Strategien und Handlungserfordernisse in Deutschland, Berlin 2003, S. 153–190.
- Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo* (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 9. Aufl., München 2007.
- Joeks, Wolfgang / Miebach, Klaus* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, München 2003; Bd. 2/2, München 2005.
- Kaysers, Hans Henning*, Die Unterrichtung Betroffener über Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses, Aktuelle Probleme des Artikel 10-Gesetzes und des Terrorismusbekämpfungsgesetzes, AöR 129 (2004), S. 121–140.
- Kische, Sascha*, Recht in Zeiten des Terrors, Zur gesetzlichen Neuregelung der (Un-) Zulässigkeit offener und versteckter Ermittlungsmaßnahmen bei Strafverteidigern und nichtverteidigenden Rechtsanwälten (§ 160a StPO n.F.), KritV 92 (2009), S. 68–87.
- Kluth, Winfried* (Hrsg.), Föderalismusreformgesetz, Einführung und Kommentierung, Baden-Baden 2007.
- Kötter, Matthias*, Novellierung der präventiven Wohnraumüberwachung?, Konsequenzen aus der Lauschangriff-Entscheidung des BVerfG, DÖV 2005, S. 225–234.
- Pfade des Sicherheitsrechts, Begriffe von Sicherheit und Autonomie im Spiegel der sicherheitsrechtlichen Debatte der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 2008.
- Kreß, Claus*, Das Strafrecht in der Europäischen Union vor der Herausforderung durch organisierte Kriminalität und Terrorismus, JA 2005, S. 220–228.
- Kretschmer, Joachim*, BKA, BND und BfV – was ist das und was dürfen die?, Jura 2006, S. 336–343.
- Kube, Edwin / Störzer, Hans Udo / Timm, Klaus Jürgen* (Hrsg.), Kriminalistik, Handbuch für Praxis und Wissenschaft, Bd. 1, Stuttgart 1992.
- Kugelmann, Dieter*, Der polizeiliche Gefahrenbegriff in Gefahr?, Anforderungen an die Voraussetzungen polizeilicher Eingriffsbefugnisse, DÖV 2003, S. 781–789.
- Polizei- und Ordnungsrecht, Berlin, Heidelberg 2006.

- Kutscha, Martin*, Mehr Schutz von Computerdaten durch ein neues Grundrecht?, NJW 2008, S. 1042–1044.
- Lange, Hans-Jürgen*, Eckpunkte einer veränderten Sicherheitsarchitektur für die Bundesrepublik, in: Möllers, Martin H. W. / van Ooyen, Robert Chr (Hrsg.), Terrorismus und wehrhafte Demokratie, Bd. 2, Frankfurt am Main 2007, S. 243–285.
- Lepsius, Oliver*, Freiheit, Sicherheit und Terror: Die Rechtslage in Deutschland, Leviathan 32 (2004), S. 64–88.
- Die Grenzen der präventivpolizeilichen Telefonüberwachung, Jura 2006, S. 929–937.
- Lilie, Hans*, Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren, ZStW 106 (1994), S. 625–643.
- Lindemann, Michael*, Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung im Strafverfahren, JR 2006, S. 191–198.
- Lisken, Hans/Denninger, Erhard* (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, Gefahrenabwehr – Strafverfolgung – Rechtsschutz, 4. Aufl., München 2007.
- Löffelmann, Markus*, Die Übertragbarkeit der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung auf die Telekommunikationsüberwachung und andere verdeckte Ermittlungsmaßnahmen, ZStW 118 (2006), S. 358–388.
- Lutz, Dieter S.*, Was ist Terrorismus? Definitionen, Wandel, Perspektiven, in: Koch, Hans-Joachim (Hrsg.), Terrorismus – Rechtsfragen der äußeren und inneren Sicherheit, Baden-Baden 2002, S. 9–27.
- von Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich / Starck, Christian* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 5. Aufl. München 2005; Bd. 3, 5. Aufl. München 2005.
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, München (Stand: 2009).
- Mayntz, Renate*, Hierarchie oder Netzwerk? Zu den Organisationsformen des Terrorismus, BJS 2004, S. 251–262.
- Mehde, Veit*, Terrorismusbekämpfung durch Organisationsrecht, JZ 2005, S. 815–822.
- Merten, Karlheinz*, Mißachtungen der Polizeihöhe der Länder durch den Bund, DVBl 1987, S. 395–403.
- Meyer, Hans*, Die Föderalismusreform 2006, Konzeption, Kommentar, Kritik, Berlin 2008.
- Middel, Stefan*, Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung, Baden-Baden 2007.
- Mörtl, Markus*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union, Tübingen 2002.
- Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts, Thesen zur Integration eines modernen informationellen Vorfeldrechts in das klassische rechtsstaatliche Gefahrenabwehrrecht, DVBl 2007, S. 581–589.
- Polizeiliche Sicherheitsgewährleistung im Mehrebenensystem, Die Verwaltung 41 (2008), S. 309–343.
- Nachbaur, Andreas*, Standortfeststellung und Art. 10 GG – Der Kammerbeschluss des BVerfG zum Einsatz des „IMSI-Catchers“, NJW 2007, S. 335–337.

- Oebbecke, Janbernd*, Mehrfachzuständigkeiten in der Verwaltung als Verfassungsproblem, in: Küper, Wilfried / Welp, Jürgen (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, S. 1119–1134.
- Oeter, Stefan*, Terrorismus – ein völkerrechtliches Verbrechen?, in: Koch, Hans-Joachim (Hrsg.), Terrorismus – Rechtsfragen der äußeren und inneren Sicherheit, Baden-Baden 2002, S. 29–50.
- Paeffgen, Hans-Ullrich*, „Vernachrichtendienstlichung“ von Strafprozeß- (und Polizei-)recht im Jahr 2001, Weitere grundsätzliche Anmerkungen zur deutschen „Sicherheitsrechts“-Entwicklung bis zum Terrorismusbekämpfungsgesetz, StV 2002, S. 336–341.
- Pawlik, Michael*, Der Terrorist und sein Recht, Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus, München 2008.
- Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard*, Grundrechte, 24. Aufl., Heidelberg 2008.
- Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard / Kniesel, Michael*, Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl., München 2007.
- Piltz, Gisela / Pfister, Maja*, Verfassungsrechtlich nicht unbedenklich – das BKA-Gesetz, Recht und Politik 2009, S. 4–10.
- Poscher, Ralf*, Eingriffsschwellen im Recht der inneren Sicherheit, Ihr System im Licht der neueren Verfassungsrechtsprechung, Die Verwaltung 41 (2008), S. 345–373.
- Menschenwürde und Kernbereichsschutz, Von den Gefahren einer Verräumlichung des Grundrechtsdenkens, JZ 2009, S. 269–277.
- Puschke, Jens / Singelstein, Tobias*, Telekommunikationsüberwachung, Vorratsdatenspeicherung und (sonstige) heimliche Ermittlungsmaßnahmen der StPO nach der Neuregelung zum 1. 1. 2008, NJW 2008, S. 113–119.
- Radtke, Henning / Steinsiek, Mark*, Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen? – Zum Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren Gewalttaten (Referentenentwurf des BMJ vom 21.4.2008), ZIS 2008, S. 383–396.
- Reiß, Marc*, Der strafprozessuale Schutz verfassungsrechtlich geschützter Kommunikation vor verdeckten Ermittlungsmaßnahmen, StV 2008, S. 539–548.
- Roggan, Fredrik*, Das neue BKA-Gesetz, Zur weiteren Zentralisierung der deutschen Sicherheitsarchitektur, NJW 2009, S. 257–262.
- Ronellenfisch, Michael*, Der Bundesgrenzschutz als Bahn- und Flugplatzpolizei, VerwArch 90 (1999), S. 139–161.
- Rublack, Susanne*, Terrorismusbekämpfungsgesetz: Neue Befugnisse für die Sicherheitsbehörden, DuD 2002, S. 202–206.
- Rudolphi, Hans-Joachim / Horn, Eckhard* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, München/Unterschleißheim (Stand: 2009).
- Rux, Johannes*, Ausforschung privater Rechner durch die Polizei- und Sicherheitsbehörden, Rechtsfragen der Online-Durchsuchung, JZ 2007, S. 285–295.
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl., München 2007.

- Sankol, Barry*, Strafprozessuale Zwangsmaßnahmen gegen „Nachrichtennittler“ – Ein Überblick über die rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen, MMR 2008, S. 154–159.
- Saurer, Johannes*, Die Ausweitung sicherheitsrechtlicher Regelungsansprüche im Kontext der Terrorismusbekämpfung, NVwZ 2005, S. 275–282.
- Grundrechtskonkurrenzen bei der Mobilfunküberwachung – insbesondere beim Einsatz des IMSI-Catchers, RDV 2007, S. 100–103.
- Schenke, Wolf-Rüdiger*, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2007.
- Schewe, Christoph S.*, Das Ende der präventiven Rasterfahndung zur Terrorismusbekämpfung?, NVwZ 2007, S. 174–177.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Berlin 2008.
- Schoch, Friedrich*, Abschied vom Polizeirecht des liberalen Rechtsstaats?, Vom Kreuzberg-Urteil des Preußischen Oberverwaltungsgerichts zu den Terrorismusbekämpfungsgesetzen unserer Tage, Der Staat 43 (2004), S. 347–369.
- Schönke, Adolf / Schröder, Horst* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., München 2006.
- Schreiber, Wolfgang*, Das Bundeskriminalamtgesetz vom 7. 7. 1997 – ein „überfälliges“ Gesetz, NJW 1997, S. 2137–2145.
- Schuppert, Gunnar Folke / Bunke, Christian*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des „einfachen“ Rechts, Baden-Baden 2000.
- Starck, Christian* (Hrsg.), Föderalismusreform, Einführung, München 2007.
- Das neue Recht polizeilicher Datenerhebung und -verarbeitung in Niedersachsen, NdsVBl 2008, S. 145–152.
- Stubenrauch, Julia*, Gemeinsame Verbunddateien von Polizei und Nachrichtendiensten, Eine verfassungsrechtliche Untersuchung am Beispiel der Antiterrordatei, Baden-Baden 2009.
- Tams, Christian J.*, Die Zuständigkeit des Bundes für die Abwehr terroristischer Gefahren, Anmerkungen zum neuen Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG, DÖV 2007, S. 367–375.
- Tomuschat, Christian*, Internationale Terrorismusbekämpfung als Herausforderung für das Völkerrecht, DÖV 2006, S. 357–369.
- Towfigh, Emanuel Vahid*, Komplexität und Normenklarheit – oder: Gesetze sind für Juristen gemacht, Der Staat 48 (2009), S. 29–73.
- Trute, Hans-Heinrich*, Gefahr und Prävention in der Rechtsprechung zum Polizei- und Ordnungsrecht, Die Verwaltung 36 (2003), S. 501–522.
- Grenzen des präventionsorientierten Polizeirechts in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Die Verwaltung 42 (2009), S. 85–104.
- Volkman, Uwe*, Das Aus der präventiven Rasterfahndung?!, JZ 2006, S. 918–920.
- Volz, Markus*, Extraterritoriale Terrorismusbekämpfung, Berlin 2007.
- Waldmann, Peter*, Neuer Terrorismus?, in: Graulich, Kurt / Simon, Dieter, Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit, Analysen, Handlungsoptionen, Perspektiven, Berlin 2007, S. 47–56.

- Walter, Christian*, Defining Terrorism in National and International Law, in: ders./Vöneky, Silja/Röben, Volker u. a. (Hrsg.), *Terrorism as a challenge for national and international law: security versus liberty?*, Berlin 2004, S. 23–43.
- Wartjen, Maximilian*, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung, Eine Konzeption im Anschluss an das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung, Baden-Baden, Zürich, St. Gallen 2007.
- Weigend, Thomas*, Terrorismus als Rechtsproblem, in: Griesbaum, Rainer / Hannich, Rolf / Schnarr, Karl Heinz (Hrsg.), *Strafrecht und Justizgewährung*, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, Berlin 2006, S. 151–167.
- Weißer, Bettina*, Der „Kampf gegen den Terrorismus“ – Prävention durch Strafrecht?, *JZ* 2008, S. 388–395.
- Über den Umgang des Strafrechts mit terroristischen Bedrohungslagen, *ZStW* 121 (2009), S. 131–161.
- Werthebach, Eckhart*, Idealtypische Organisation innerer und äußerer Sicherheit, in: Hirschmann, Kai/Leggemann, Christian (Hrsg.), *Der Kampf gegen den Terrorismus, Strategien und Handlungserfordernisse in Deutschland*, Berlin 2003, S. 339–362.
- Weßlau, Edda*, Vorfeldermittlungen, Probleme der Legalisierung „vorbeugender Verbrechensbekämpfung“ aus strafprozeßlicher Sicht, Berlin 1989.
- Wollweber, Harald*, Die G 10-Novelle: Ungeahnte Folgen eines Richterspruchs, *ZRP* 2001, S. 213–216.
- Wolter, Jürgen*, Alternativen zum Regierungs-Entwurf 2007 zur Neuregelung der Ermittlungsmaßnahmen, *GA* 2007, S. 183–200.
- Würtenberger, Thomas/Heckmann, Dirk*, *Polizeirecht in Baden-Württemberg*, 6. Aufl., Heidelberg 2005.
- Zimmermann, Frank*, Tendenzen der Strafrechtsangleichung in der EU – dargestellt anhand der Bestrebungen zur Bekämpfung von Terrorismus, Rassismus und illegaler Beschäftigung, *ZIS* 2009, S. 1–10.
- Zöller, Mark Alexander*, Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten, Zur Vernetzung von Strafverfolgung und Kriminalitätsverhütung im Zeitalter von multimedialer Kommunikation und Persönlichkeitsschutz, Heidelberg 2002.
- Der Rechtsrahmen der Nachrichtendienste bei der „Bekämpfung“ des internationalen Terrorismus, *JZ* 2007, S. 763–771.

Sachwortverzeichnis

- Amtsgericht Wiesbaden** 95
Amtshilfe 25, 36
Anfangsverdacht 47, 61, 64
Annexkompetenz 27, 39, 41
Antiterrordatei 29
Ärzte 91
Aufgabenzuweisung 52, 65
Auskunftsersuchen 22
automatische Aufzeichnung 86, 89 f.
- Befragung** 79
Behördenleitervorbehalt 94
Benachrichtigungspflicht 98
Berufsfreiheit 92
Berufsgeheimnisträger 93
Beschuldigter 45, 63
besondere Mittel der Datenerhebung 74, 77, 79 f., 94
Bundesinnenminister 25, 60
Bundespolizei 29, 32
Bundesrat 60
Bundesstaatsprinzip 17, 37 f., 42 f., 58
- Darlegungslast für Kernbereichsberührung** 86, 88
Datenschutzbeauftragter des Bundeskriminalamts 89
Dokumentationspflicht 85, 88, 90
doppelfunktionale Maßnahmen 46, 60
dringende Gefahr 72, 104
Drittbetroffener 76, 78, 98
- Eingriffsanlass** 53, 75
Empirie 44
Ermessensreduzierung 58
Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs 95
- Fernmeldegeheimnis** 23, 74, 81, 105
Flexibilisierung des Gefahrenbegriffs 68 f., 100, 103
Föderalismusreform 17
- G 10-Gesetz** 97
Gefahr im Verzug 95
Gefährder 77 f.
Gefahrenabwehr 30, 36, 41, 45, 49, 53, 64
Gefahrenvorfeld 35, 70, 103
gegenseitiges Benehmen 59 f.
Generalbundesanwalt 25, 48, 64
Gesetzgebungskompetenz 18, 31, 38, 42
Gewahrsam 50
Gleichheitssatz 93
Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung 22, 24, 70, 74, 81 f.
- Handlungsstörer** 73, 75
- Informationspflicht** 40, 59, 62, 64
Informationstechnik 24, 106
Initiativvermittlungen 23, 48
Integrität informationstechnischer Systeme 106
internationale Verbrechensbekämpfung 20, 23, 39, 43
Islamismus 34, 61
IT-Grundrecht 81, 102, 105
- Jugendliche** 83
- Kernbereich privater Lebensgestaltung** 90 f.
Kompetenztitel 20, 26, 30
konkrete Gefahr 35, 53, 65, 67, 69, 72, 99, 102
Kontakt- und Begleitperson 76 f., 79
Kooperationsregelungen 40, 59
Kriminalistik 22 f., 25, 28, 44, 67
- länderübergreifende Gefahr** 39, 41, 43, 57, 59
Landespolizeibehörden 19, 33, 36–39, 41–43, 45, 50, 55, 57
Landespolizeigesetze 35, 48, 50 f., 61

- Legalitätsprinzip 63
Löschungspflicht 85, 90
- Mehrfachzuständigkeit** 40, 43
Menschenwürde 80, 85
Mischverwaltung 41
- Nachrichtensmittler** 76, 78
Natur der Sache 28, 38
Neue Verwaltungsrechtswissenschaft 68
Nichtstörer 79
Normenklarheit 54, 69, 73, 77, 105
- Obdachlose** 83
Observation 74, 83, 92, 94
öffentliche Sicherheit 65
Online-Durchsuchung 51, 80, 90, 95, 98, 105 f.
operative Polizeiarbeit 23, 47, 98
Opportunitätsprinzip 63
Optimierungsgebot 68 f.
organisierte Kriminalität 24
örtliche Zuständigkeit 37, 39, 57
- parlamentarisches Kontrollgremium** 89
Parlamentsabgeordnete 90
persönliche Aufzeichnungen 81
Persönlichkeitsmerkmale 71
Platzverweisung 50
Polizeihoheit der Länder 17, 20, 33, 35–37, 58
polizeiliche Generalklausel 50, 79
Präventionsmaßnahmen 24
Presseangehörige 91
Pressefreiheit 92
Prognose 67, 71, 73, 86, 97
- qualifizierte Gefahrentatbestände** 66
Quellen-Telekommunikationsüberwachung 106
- Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung** 33, 54, 62
Rasterfahndung 38, 102
Rechtsanwälte 91, 93
rechtsetzungsorientierte Polizeirechtswissenschaft 68
Rechtsschutzgarantie 85, 88, 96
- Rechtsstaatsprinzip 40, 59, 67, 69
Rechtsweg 46
Regelbeispiel 72, 101
Revolution 55
richterlicher Notdienst 95
Richtervorbehalt 85, 87, 90, 94
- Sachschaden** 56, 66
Schadenseignungskriterium 34, 41, 55, 61, 66
Schutzaufgaben 28
Seelsorger 90
Servicefunktion des Bundeskriminalamts 19, 22, 33, 42
Sicherstellung 50
Statistik 67
Störer 75, 78, 105
Störerauswahl 78
Strafprozessordnung 27, 45 f., 48, 63, 95 f.
Straftatenverhütung 20, 27, 35, 53, 75
Strafverfolgung 19, 27, 40, 42, 49, 64, 95
Strafverteidiger 90, 93
Streubreite 78, 99
- Telekommunikationsüberwachung** 51, 71, 73 f., 76, 78, 80, 82, 90, 98
teleologische Auslegung 64
Terrorismusbegriff 35, 41, 57, 61
Terrorismusbekämpfungsgesetz 26, 29
terroristische Vereinigung 48, 53, 61
- Übernahmeermessen** 57
Übernahmeersuchen 36, 58
unbestimmter Rechtsbegriff 102
Unverletzlichkeit der Wohnung 81
- Verdächtigengewinnungseingriff** 99
verdeckter Ermittler 74, 76, 83, 97
Verfahrensherrschaft 45, 60, 63
Verfassungsschutz 29
Verhältnismäßigkeit 69, 73, 76 f.
Verkehrsdatenerhebung 73 f., 82, 92, 98
Versorgungseinrichtung 39, 56, 102
Vertrauensperson 74, 83, 97
Verwaltungskompetenz 18, 25, 28, 31, 38, 42, 58
Verwaltungspraktikabilität 97
Verwaltungsvorschriften 60, 64

- Verwertungsverbot 85, 90, 97
Vorbereitung von Straftaten 71–74, 101
Vorermittlungen 62
Vorfeldstraftat 49, 53, 62 f.
- Weisungsbefugnis 19, 27, 40, 60
Wissen 45, 67, 103
Wohnraumüberwachung 51, 72, 76 f., 80,
88, 95, 104
- Zentralisierung der Gefahrenabwehr 28,
33, 41, 43
Zentralstelle 21, 25, 28, 31, 39, 42, 47, 62
zeugenschaftliche Vernehmung 81
Zeugnisverweigerungsrecht 93
Zielkriterium 34, 54
Zusammenarbeit in der Kriminalpolizei 18
Zustandsstörer 75
Zweistufenmodell des Kernbereichsschut-
zes 84