

GERHART R. BAUM  
BAUM • REITER & COLLEGEN  
Rechtsanwalt  
Bundesminister a.D.

Benrather Schlossallee 101  
40597 Düsseldorf  
Tel: (0221) 836 805 70  
Fax: (0221) 836 805 78

PETER SCHANTZ  
Rechtsanwalt

Schaperstraße 10  
10719 Berlin  
Tel.: (030) 28 04 18 58  
Fax: (030) 28 04 09 31

DR. DR. H.C.  
BURKHARD HIRSCH  
Rechtsanwalt  
Bundestagsvizepräsident a.D.

Rheinallee 120  
40545 Düsseldorf  
Tel: (0211) 55 13 31  
Fax: (0211) 55 37 03

---

An das  
Bundesverfassungsgericht  
Schlossbezirk 3

76131 Karlsruhe

### Verfassungsbeschwerde

des Rechtsanwaltes Gerhart Rudolf Baum, [REDACTED]

– Beschwerdeführer zu 1 –,

des Journalisten Christoph Maria Fröhder, [REDACTED]

– Beschwerdeführer zu 2 –,

des Rechtsanwaltes Ulrich Schellenberg, [REDACTED]

– Beschwerdeführer zu 3 –,

des Arztes Prof. Dr. Jörg-Dietrich Hoppe, [REDACTED]

– Beschwerdeführer zu 4 –,

des Journalisten Dr. Michael Naumann, [REDACTED]

– Beschwerdeführer zu 5 –,

und

des Psychologischen Psychotherapeuten Jürgen Hardt, [REDACTED]

– Beschwerdeführer zu 6 –

Bevollmächtigte:

1. Rechtsanwalt Peter Schantz, Schaperstr. 10, 10719 Berlin;
2. Rechtsanwalt Gerhart R. Baum, Rechtsanwaltskanzlei Baum Reiter & Collegen, Benrather Schlossallee 101, 40597 Düsseldorf;
3. Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Burkhard Hirsch, Rheinallee 120, 40545 Düsseldorf.

Namens und in Vollmacht der Beschwerdeführer erheben wir unter Beifügung entsprechender Vollmachten (**Anlage 1**) Verfassungsbeschwerde gegen §§ 14, 20c Abs. 3, 20g, 20h, 20k, 20l, 20u Abs. 1 und 2, 20v und 20w des Bundeskriminalamtgesetzes (BKAG) in der Fassung vom 31. Dezember 2008<sup>1</sup> und beantragen,

1. §§ 14, 20c Abs. 3, 20g, 20h, 20k, 20l, 20u Abs. 1 und 2, 20v und 20w des Bundeskriminalamtgesetzes in der Fassung vom 31. Dezember 2008 für mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig zu erklären;
2. den Beschwerdeführern die notwendigen Auslagen zu erstatten;
3. den Gegenstandswert der Beschwerde festzusetzen.

Die Beschwerdeführer rügen die Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 S. 2, Art. 10 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG durch diese Vorschriften und begründen ihre Verfassungsbeschwerde wie folgt:

---

<sup>1</sup> BGBl. 2008, 3083 ff. (31. Dezember 2008).

<b>A. Sachverhalt.....</b>	<b>5</b>
I. Bedeutung des Gesetzesvorhabens .....	5
II. Situation der Beschwerdeführer .....	9
1. Beschwerdeführer zu 1 .....	9
2. Beschwerdeführer zu 2 .....	10
3. Beschwerdeführer zu 3 .....	11
4. Beschwerdeführer zu 4 .....	11
5. Beschwerdeführer zu 5 .....	12
6. Beschwerdeführer zu 6 .....	12
7. Hinweis bezüglich weiteren Vortrages .....	12
<b>B. Zulässigkeit .....</b>	<b>12</b>
I. Beschwerdebefugnis .....	12
1. Unmittelbarkeit der Betroffenheit .....	13
2. Betroffenheit in eigenen Grundrechten .....	14
3. Gegenwärtige Betroffenheit .....	14
II. Beschwerdefrist .....	14
<b>C. Begründetheit.....</b>	<b>15</b>
I. Formelle Verfassungsmäßigkeit .....	15
1. Kompetenzabgrenzung .....	15
2. Kompetenz des Bundes gemäß Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG.....	16
II. § 20g BKAG (besondere Mittel der Datenerhebung).....	18
III. § 20h BKAG (Wohnraumüberwachung).....	20
IV. § 20k BKAG (Online-Durchsuchung) .....	26
V. § 20l BKAG (Telekommunikationsüberwachung).....	32
VI. § 20u Abs. 1 BKAG .....	33
VII. § 20u Abs. 2 BKAG (Zeugnisverweigerungsrecht).....	34
1. Art. 1 Abs. 1 GG .....	35
2. Gebot der Normenklarheit und Bestimmtheitsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG).....	38
3. Art. 12 Abs. 1 GG .....	40
4. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG .....	41
5. Verhältnismäßigkeit .....	43
6. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.....	45

7. Art. 3 Abs. 1 GG .....	45
VIII. § 20c Abs. 3 BKAG.....	45
IX. § 14 Abs. 1 BKAG.....	46
X. § 20v BKAG .....	47
XI. § 20w BKAG .....	49
<b>D. Sonstiges .....</b>	<b>54</b>
I. Festlegung des Gegenstandswertes.....	54
II. Zustellungsbevollmächtigter.....	54

## **A. Sachverhalt**

### **I. Bedeutung des Gesetzesvorhabens**

Das vorliegende Gesetz ist kein „gewöhnliches Polizeigesetz“, das lediglich – so wird behauptet – das BKA mit Befugnissen ausstattet, über die jede Landespolizei verfüge. Dieses Gesetz verändert die Fundamente der sog. „Sicherheitsarchitektur“ der Bundesrepublik Deutschland.

1. Die Novelle des BKAG verändert eine wesentliche Struktur des Grundgesetzes, die grundsätzliche Zuständigkeit der Länder für die polizeiliche Gefahrenabwehr. Das Bundesverfassungsgericht selbst hat in seiner Entscheidung zur Aufgabenerweiterung des Bundesgrenzschutzes 1992 die Gründe dieser Aufgabenteilung festgestellt: Die Aufteilung der Kompetenzen zwischen den Landespolizeien als Vollzugsbehörden einerseits und koordinierenden Zentralstellen auf Bundesebene sind Ausprägungen der Bundesstaatlichkeit und Rechtsstaatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland sowie ein Gebot des Grundrechtsschutzes.<sup>2</sup> Die Trennung zwischen Polizeivollzugsbehörden einerseits und koordinierenden Zentralstellen sowie Nachrichtendiensten andererseits ist nicht nur eine Frage der Verwaltungseffizienz, sondern ein Instrument der Freiheitssicherung.

Von dieser Grundentscheidung verabschiedet sich der Gesetzgeber nun und macht sich daran, die „Sicherheitsarchitektur“ schrittweise hierarchisch zu zentralisieren. Das Ziel scheint es zu sein, die gesamte Terrorismusbekämpfung auf der Bundesebene zusammenzufassen, wobei unklar bleibt, wann eine Straftat oder eine Gefahr einen terroristischen Hintergrund hat. Dabei lässt der Gesetzgeber jegliches sicherheitspolitisches Gesamtkonzept vermissen. Der Sachverständige Professor Dr. Christoph Möllers hat dies prägnant zusammengefasst:

„(...) Das unausgesprochene Organisationskonzept dieses Gesetzes ist: Wir geben eigentlich einmal allen Behörden, die wir haben, alle Kompetenzen, die wir kennen, und dann sehen wir weiter.“<sup>3</sup>

Die Aufgaben des BKA überschneiden sich einerseits mit denen der Nachrichtendienste, andererseits mit denen der Generalbundesanwaltschaft, die beide ebenfalls im Bereich der Terrorismusbekämpfung tätig sind, die Generalbundesanwaltschaft durch die §§ 129a ff. StGB bereits im Vorfeld eines

---

<sup>2</sup> BVerfG NVwZ 1998, 495 (497).

<sup>3</sup> Möllers, in: Protokoll der Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages vom 15. September 2008, S. 21.

Anschlages. Im Verhältnis zu den Nachrichtendiensten kommt es damit zu einer bedenklichen Aufweichung des Trennungsgebotes, welche durch extensive Übermittlungsvorschriften (§ 20v Abs. 5 BKAG) noch verstärkt wird. Das Verhältnis zur Generalbundesanwaltschaft ist ungeklärt. Die Gesetzesbegründung legt nahe, dass die Generalbundesanwaltschaft einen erheblichen Teil ihrer Aufgaben einbüßen soll, denn nach dem Willen des Gesetzgebers ist die Zuständigkeit der Generalbundesanwaltschaft erst dann eröffnet, wenn die Gefahr vollständig beseitigt ist.<sup>4</sup> Dabei wird übersehen, dass die organisatorische Trennung zwischen dem BKA als ausführender Ermittlungsbehörde und der Generalbundesanwaltschaft als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ auch die wichtige Funktion einer verwaltungsinternen Kontrolle erfüllt hat.

Im Verhältnis zu den Landespolizeibehörden wirft der Gesetzentwurf Probleme durch die Parallelzuständigkeit von Landespolizei und BKA (§ 4a Abs.2 BKAG) und die rein ermessensabhängige Zuständigkeit des BKA (§ 4a Abs. 1 BKAG) auf. Welch verheerenden Folgen eine so unklare Zuständigkeitsabgrenzung haben kann, hat der Verlust zweier Hinweise auf das Versteck Hans-Martin Schleyers im Jahre 1977 gezeigt. Als Reaktion haben Bund und Länder ihre Aufgaben 1978 klar abgegrenzt. Diese Klarheit geht nun wieder verloren. Hiermit verschwindet aber auch eine klare Zuordnung der politischen Verantwortlichkeit.

3. Die Ausweitung der Befugnisse des BKA wirft zudem die Frage seiner parlamentarischen Kontrolle auf. Während die Nachrichtendienste einer speziellen parlamentarischen Kontrolle durch das Parlamentarische Kontrollgremium unterliegen, fehlen solche Regelungen gegenüber dem BKA. Das BKA ist zwar grundsätzlich – wie jede andere Bundesbehörde – gegenüber dem Bundestag verantwortlich; es zeigt sich aber schon jetzt, dass aufgrund der Sensibilität der Informationen dem Innenausschuss nicht die Auskünfte gegeben werden, welche die Parlamentarier benötigen, um die Tätigkeit dieser Behörde wirksam kontrollieren zu können. Diese Entwicklung hat ihre Ursache darin, dass das BKA immer stärker in einem Bereich tätig wird, der eigentlich den Nachrichtendiensten vorbehalten sein sollte.<sup>5</sup> Eine Antwort auf dieses drängende Problem hat der Gesetzgeber nicht gegeben.<sup>6</sup>

4. Mit der Novelle des BKA-Gesetzes setzt sich der Trend fort, einseitig Sicherheitsbelange auf Kosten der Freiheit der Bürger den Vorrang zu geben. Es wird nicht einmal versucht zu begründen, warum ein signifikanter Gewinn an Sicherheit durch ein Gesetzesvorhaben erreicht wird. Vielmehr hat sich eine

---

<sup>4</sup> Bundestags-Drucksache 16/9558, S. 20.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu auch *Lange*, in: Huster/Rudolph, Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat (2008), S. 67.

<sup>6</sup> Vgl. auch *Roggan*, NJW 2009, 257 (262).

Zuspitzungsspirale entwickelt, in der jeder Erfolg in der Terrorbekämpfung als eine Begründung für eine weitere Gesetzesverschärfung dient.<sup>7</sup>

Dieses Gesetz zeichnet sich dadurch aus, dass das BKA mit Instrumenten ausgestattet wird, die einen erheblichen Eingriff in die Freiheit des Einzelnen erlauben, z.B. die Möglichkeit der Online-Durchsuchung oder auch der präventiven Wohnraumüberwachung (§ 20h und § 20k BKAG). Dabei wird der Kreis der Zielpersonen durch eine viel zu weit geratene Definition der Kontakt- und Begleitperson (§ 20b Abs. 2 BKAG) erheblich ausgeweitet. Erkennbar folgt daher der Gesetzentwurf der Logik des Präventionsstaates, auch das Umfeld vermeintlich gefährlicher Personen in den Fokus zu nehmen und Personen zu erfassen, die ein bestimmtes Risikoprofil erfüllen.<sup>8</sup> Die Aneinanderreihung einer Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe erlaubt, dass dieser Kreis weit gezogen werden kann.

5. Das Gesetz wirft auch die Frage auf, welche Anforderungen aus verfassungsrechtlicher Sicht an das Gesetzgebungsverfahren und den Gesetzgeber selbst zu stellen sind. Dies zeigt sich exemplarisch an den Regelungen zur Online-Durchsuchung: Nach der Entscheidung des Gerichts vom 27. Februar 2008 hat sich der Gesetzgeber auf eine verkürzte Rezeption des Urteils beschränkt, die den Geist der Entscheidungen nicht hinreichend beachtet, und teilweise sogar einfach den Urteilswortlaut abgeschrieben. Bereits dies ist eine Kapitulationserklärung des Gesetzgebers. Fragen der Zweckmäßigkeit<sup>9</sup> und Durchführbarkeit der Maßnahme spielten im Gesetzgebungsverfahren keine Rolle mehr, obwohl sie für die Bewertung der Maßnahme entscheidend sind, und bleiben bis heute unbeantwortet. Die Bundesregierung hat bis heute nicht dargelegt, wie sie feststellen kann, welchen Computer sie infiltriert oder wie sie – entgegen der einmütigen Stellungnahmen der Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung im Herbst 2007 – gewährleisten will, dass bei einer Quellen-Telekommunikationsüberwachung (§ 20l Abs. 2 BKAG) nur Informationen über laufende Kommunikationsverbindungsinhalte erhoben werden. Bemerkenswert ist auch, dass die Bundesregierung immer vorgetragen hat, es sei aufgrund des technischen Aufwands einer Online-Durchsuchung nur möglich, eine Handvoll solcher Maßnahmen pro Jahr durchzuführen. Wenn DER SPIEGEL jedoch berichtet, dass der BND mehr als 2.500 Online-Durchsuchungen in den letzten Jahren durchgeführt hat<sup>10</sup>, wirft dies Zweifel an der Redlichkeit dieser Behauptungen der Bundesregierung auf.

6. Charakteristisch für dieses Gesetz ist ferner der mangelhafte Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung und damit der sorglose Umgang mit der Menschenwürde. Die Regelung zum Schutze des Kernbereichs privater

---

<sup>7</sup> Lange, in: Huster/Rudolph, Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat (2008), S. 67.

<sup>8</sup> Vgl. Volkmann, JZ 2006, 918.

<sup>9</sup> Zweifel auch bei Hoffmann-Riem, Interview im der Süddeutschen Zeitung vom 12./13. April 2008.

<sup>10</sup> DER SPIEGEL, Heft 11/2009, S. 32.

Lebensgestaltung im Falle der Online-Durchsuchung zeigt exemplarisch, dass der Gesetzgeber gar nicht versucht, diesen Schutz zu optimieren. Dies würde zumindest die Durchsicht durch einen Richter oder eine vergleichbar unabhängige Stelle voraussetzen, die nicht selbst an den Ermittlungen beteiligt ist. Die Regelung des § 20k Abs. 7 BKAG weitet den Kreis der Beteiligten immer weiter aus; Ziel dieser verunglückten Regelung kann es nur sein, dass auch mit der Ermittlung betraute Beamte kernbereichsrelevante Daten sichten dürfen. Damit ist der Schutz des Kernbereichs auf seiner Verwertungsebene faktisch aufgegeben. Auch der Erhebungsschutz wird vom Gesetzgeber marginalisiert, indem er eine Überwachungsmaßnahme auch dann zulässt, wenn nicht ausschließlich kernbereichsrelevante Informationen erhoben werden. Diese Situation kommt in der Realität aber praktisch nie vor, da Kommunikation immer eine Gemengelage von kernbereichsrelevanten und sonstigen Information beinhaltet.

7. Der Gesetzgeber setzt sein Vorhaben fort, den Schutz von Personen zu relativieren, die aufgrund ihres Berufes gesetzlich zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Getragen sind diese Pläne offensichtlich von einem Misstrauen gegenüber Sphären der Vertraulichkeit, die der staatlichen Überwachung entzogen sind. Man fragt sich, welches Bild eines Anwaltes, eines Journalisten oder eines Arztes dem Gesetzgeber hier vorschwebt – es kann nur das des potentiellen Komplizen eines Terroristen sein. Ausgeblendet wird vom Gesetzgeber, dass die Bürger den Angehörigen dieser Berufe nicht ohne Grund ein hohes Maß an Vertrauen entgegenbringen und ihnen höchstpersönliche Dinge anvertrauen, die sich vom Inhalt her nicht von dem unterscheiden, die sie einem Seelsorger offenbaren. Dieses institutionelle Vertrauen zerstört der Gesetzgeber durch Regelungen, welche die Vertraulichkeit eines Gespräches zwischen einem Anwalt und seinem Mandanten, einem Arzt und seinem Patienten oder einem Journalisten und seinen Informanten und Mitarbeitern davon abhängig machen, für wie ermittlungsrelevant eine Behörde den Inhalt des Gespräches hält. Was soll ein Arzt, Anwalt oder Journalist antworten, wenn ein Bürger ihn fragt, ob das, was er ihm erzählen möchte, auch wirklich vertraulich zwischen ihnen beiden bleibt? Auch der Gesetzgeber setzt in die Angehörigen dieser Berufe in anderen Rechtsbereichen ein so hohes Vertrauen, dass er ihnen ihre Selbstverwaltung in Teilen selbst überlässt. Dies tut er insbesondere im Falle von Journalisten und Anwälten auch deshalb, weil gerade diese Berufe eine wichtige gesellschaftliche Aufgabe erfüllen, indem sie helfen, staatliche Machtausübung zu kontrollieren. Es steht einem Staat nicht gut an, die Freiheit derjenigen zu beschränken, deren Verfassungsauftrag es ist, ihn zu kontrollieren.<sup>11</sup> Dies gilt erst recht in einer Zeit, wo es gerade Journalisten immer wieder gelingt, im Bereich der Nachrichtendienste und der Terrorismusbekämpfung Missstände offen zu legen, die sonst vor der Öffentlichkeit verborgen geblieben wären. Verschwiegen wird vom Gesetzgeber, worin der effektive Sicherheitsgewinn

---

<sup>11</sup> So auch *Heckmann*, in: Protokoll der Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages vom 15. September 2008, S. 18.

einer solchen Regelung liegen soll. Denn verhält sich ein Berufsgeheimnisträger mit Terroristen konspirativ, verliert er aufgrund der in allen Gesetzen (z.B. § 20u Abs. 4 BKAG) enthaltenen Verstrickungsregelungen seinen Schutz. Ferner ist er nach §§ 138 f. StPO zur Anzeige geplanter Straftaten verpflichtet. Der Gesetzestreue der Angehörigen dieser Berufe misstraut der Staat lieber.

8. Schließlich stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber nicht bereits verfassungsrechtlich verpflichtet ist, neue rechtsstaatliche Kompensationsinstrumente im Falle heimlicher Überwachungsmaßnahmen zu entwickeln. Dies gilt umso mehr, als ihre Streubreite immer mehr zunimmt und empirische Untersuchungen Zweifel an der Effektivität des Richtervorbehaltes – zumindest im Falle eines Einzelrichters – und der nachträglichen Benachrichtigung aufwerfen.<sup>12</sup> Ebenfalls finden der Gesamtkontext des Anwachsens heimlicher Überwachungsbefugnisse<sup>13</sup> und die Veränderungen der technischen Möglichkeiten und Gegebenheiten<sup>14</sup> (etwa die leichte Verfügbarkeit großer Datenbestände über das Leben eines Bürgers) keine Erwähnung.

## II. Situation der Beschwerdeführer

### 1. Beschwerdeführer zu 1

Der Beschwerdeführer zu 1 ist ein in Köln bzw. Düsseldorf niedergelassener Rechtsanwalt. Er betreut im Rahmen seiner anwaltlichen Tätigkeit Asylbewerber. Unter seinen Mandaten befand sich unter anderem ein führendes Mitglied der kurdischen Arbeiterpartei PKK. Die PKK ist eine separatistische, marxistisch-leninistisch orientierte Untergrundbewegung, die – zumindest in Teilen – auch mit Waffengewalt für die Autonomie Kurdistans kämpft. Die PKK wird von der EU daher als terroristische Vereinigung eingestuft. Sie steht sowohl unter Beobachtung durch den Landesverfassungsschutz von Nordrhein-Westfalen als auch des Bundesamtes für Verfassungsschutz.

vgl. Liste terroristischer Organisationen, Abl. EU L 144/25 vom 31. Mai 2006.; Verfassungsschutzbericht des Landes Nordrhein-Westfalen über das Jahr 2005, S. 131 ff.; Verfassungsschutzbericht 2005, S. 246 ff. (Anlagen 2–4).

---

<sup>12</sup> Alternativen werden kaum diskutiert. Eine interessante Option stellt der Sachverständige *Geiger* vor („Bürgeranwalt“), vgl. Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 H, S. 26 ff. Zum Gedanken der Kompensation auf *Poscher*, *Die Verwaltung* 2008, 345 (349 f.).

<sup>13</sup> Das Gericht hat dies im Gegensatz hierzu zur Kenntnis genommen, wenn es sich mit der möglichen Belastung additiver Grundrechtseingriffe auseinandersetzt, vgl. BVerfG vom 12. April 2005 – Az. 2 BvR 581/01 – Rz. 60 ff.

<sup>14</sup> aber BVerfG NJW 2008, 822.

Daneben ist der Beschwerdeführer zu 1 im Bereich der Menschenrechtspolitik aktiv. Als Mitglied des *Europe and Central Asia Division's Advisory Committee* der international tätigen Menschenrechtsorganisation Human Rights Watch kommt er in Kontakt mit Oppositionellen und sogenannten „Freiheitsbewegungen“ aus verschiedenen Ländern, u.a. aus Usbekistan und Tschetschenien.

Brief von Human Rights Watch vom 13. Juli 2006 (Anlage 5),  
worin der Beschwerdeführer über seine Ernennung informiert  
wird.

Ferner war der Beschwerdeführer von 2000 bis 2003 Sonderberichterstatte der Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen zur Lage der Menschenrechte im Sudan. Auch nach dem Ende seines Mandates ist der Beschwerdeführer für die Menschenrechte im Sudan engagiert und unterhält umfangreiche Kontakte in dieser Region. Ferner ist er aufgrund seiner früheren Funktion vom Ermittler beim Internationalen Strafgerichtshof in Den Haag als Zeuge zu Verbrechen im Sudan vernommen worden.

Aktenvermerk über das Gespräch durch Herrn Christoph Förster,  
Ermittler beim Internationalen Strafgerichtshof (Anlage 6), ggf.  
Zeugnis desselben (zuladen über den Internationalen  
Strafgerichtshof in Den Haag).

Das öffentliche Engagement des Beschwerdeführers zu 1 in der gegenwärtigen innenpolitischen Diskussion sowie sein öffentliches Eintreten für Rechtsstaatlichkeit und Freiheitsrechte führen dazu, dass sich zahlreiche Personen ohne sein weiteres Zutun an ihn und seine Kanzlei hilfesuchend wenden, die extremistischen Organisationen nahe stehen bzw. angehören oder gegen die wegen Staatsschutzdelikten sowie Verstößen gegen das Außenwirtschaftsgesetz ermittelt wird. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass er im Rahmen seiner anwaltlichen Tätigkeit direktes Ziel oder aber Drittbetroffener einer der angegriffenen Überwachungsmaßnahmen wird.

## **2. Beschwerdeführer zu 2**

Der Beschwerdeführer zu 2 ist Fernsehjournalist und mit einer eigenen Produktionsfirma tätig. Er ist Mitglied des Vorstandes der Vereinigung investigativ arbeitender Journalisten im „Netzwerk Recherche“. Seit mehreren Jahrzehnten berichtet er als Kriegsberichterstatte aus den Krisenregionen der Welt. Er hat ferner u. a. Reportagen über das Milieu der Nachrichtendienste (z.B. entlarvte er Werner Maus) und die Atomindustrie gedreht.

Seit dem Jahr 2001 konzentriert er sich auf Auslandsberichterstattung aus Afghanistan und dem Irak. Themen dieser Reportagen sind die innenpolitischen Zustände dieser Länder und untrennbar damit verbunden auch der Terrorismus. Der Beschwerdeführer zu 2 knüpft hierzu Verbindungen zu terroristischen Organisationen und deren Umfeld. Die Kontaktaufnahme erfolgt teilweise auch

bereits in Deutschland und zwar sowohl durch persönliche Treffen, als auch über Internet, Telefon und Email. Im Rahmen seiner Recherchen baute er unter anderem Verbindungen zu hochrangigen Vertretern der Taliban und zu den anderen afghanischen Kriegsparteien wie etwa dem mit Al-Qaida sympathisierenden Kriegsherrn Gulbuddin Heckmatyar auf. Während seines Aufenthaltes im Irak plante der Beschwerdeführer zu 2 eine Reportage über die Ausbildung und den Werdegang von Selbstmordattentätern; hierbei kam er mit international tätigen terroristischen Organisationen wie Al-Qaida in Berührung. Der Beschwerdeführer wird auch in naher Zukunft wieder in den Irak und nach Afghanistan reisen, um seine journalistischen Projekte fortzuführen.

Aufgrund der umfangreichen Ermittlungsmöglichkeiten, die gegen ihn schon aufgrund seiner Kenntnis eventuell ermittlungsrelevanter Umstände eingesetzt werden können, ist zu befürchten, dass seine journalistische Tätigkeit erheblich eingeschränkt werden wird. Der Beschwerdeführer zu 2 kann gerade in diesem Umfeld Informationen sammeln, weil er selbst glaubhaft darstellen kann, dass er ein unabhängiger Journalist ist, dessen Aufzeichnungen, Wissen und Notizen vertraulich sind und nicht dem staatlichen Zugriff unterliegen. Wird er dennoch Ziel staatlicher Ermittlungen, bedeutet dies nicht nur einen Verlust des Vertrauens seiner Informanten; persönlich bergen staatliche Ermittlungsmaßnahmen für ihn auch eine Gefahr für Leib und Leben, denn seine Gesprächspartner würden hierin einen Vertrauensbruch sehen, den sie entsprechend ahnden würden.

### **3. Beschwerdeführer zu 3**

Der Beschwerdeführer zu 3 ist Rechtsanwalt in Berlin und Präsident des Berliner Anwaltsvereins. Im Rahmen seiner anwaltlichen Tätigkeiten berät er Mandanten wirtschaftsrechtlich, aber auch in strafrechtlichen Angelegenheiten. Als Präsident des Berliner Anwaltsvereins organisiert er u.a. auch die ehrenamtliche Tätigkeit Berliner Anwälte im Rahmen ausländerrechtlicher Verfahren und des Asylverfahrens.

### **4. Beschwerdeführer zu 4**

Der Beschwerdeführer zu 4 ist in Düren niedergelassener Facharzt für Pathologie und besitzt zudem die Anerkennung für die Führung der Gebietsbezeichnung „Allgemeinmedizin“. In Gesprächen mit Patienten erörtert er Ursachen, Verlauf und Behandlungsoptionen diagnostizierter Krankheiten sowie den psychologischen Umgang der Patienten mit ihrer Diagnose. Als Pathologe führt er ferner sensible Gespräche mit Hinterbliebenen über die Todesursache eines Verstorbenen. Als niedergelassener Arzt nimmt er am Notdienst der kassenärztlichen Vereinigung teil. Die Patienten des Beschwerdeführers zu 4 stammen aus allen Schichten der Bevölkerung und allen gesellschaftlichen Gruppen. Neben seiner ärztlichen Praxis ist der Beschwerdeführer berufspolitisch als Präsident der Bundesärztekammer sowie als Präsident der Ärztekammer Nordrhein aktiv. In diesen Funktionen ist er

auch Ansprechpartner für viele politische Gruppierungen, etwa solchen, die auch zugleich Konfliktparteien im Nahostkonflikt sind.

## **5. Beschwerdeführer zu 5**

Der Beschwerdeführer zu 5 ist Journalist, ehemaliger Politiker und Herausgeber der großen deutschen Wochenzeitung DIE ZEIT. Als Herausgeber dieser Zeitung berichten ihm zur Redaktion gehörende Journalisten und Mitarbeiter über ihre Erkenntnisse, Quellen und Recherchen. Gegenstand ihrer Arbeit sind dabei sowohl Berichte aus Krisenregionen, über Terrorismus und Nachrichtendienste, aber auch Protestbewegungen wie im Rahmen des G-8-Gipfels, die teilweise als terroristische Aktivitäten eingestuft werden.

## **6. Beschwerdeführer zu 6**

Der Beschwerdeführer zu 6 ist Diplom-Psychologe und niedergelassener Psychologischer Psychotherapeut und Psychoanalytiker in Wetzlar. Daneben ist er Präsident der Landeskammer für Psychologische Psychotherapeuten und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten Hessen. Unter seinen Patienten befanden sich auch Personen, die Ziel staatlicher Überwachung im Rahmen der Terrorismusbekämpfung waren. Im Rahmen der Behandlung kamen Details über strafrechtlich relevante Vorgänge zur Sprache, aber auch Informationen über Personen und Geschehnisse, die im Rahmen staatlicher Ermittlungen von Bedeutung gewesen sind.

## **7. Hinweis bezüglich weiteren Vortrages**

Sollte das Gericht darüber hinausgehende Ausführungen zur Selbstbetroffenheit der Beschwerdeführer verlangen, bitten wir um einen ausdrücklichen Hinweis.

# **B. Zulässigkeit**

## **I. Beschwerdebefugnis**

Die Beschwerdeführer sind hinsichtlich der betroffenen Regelungen beschwerdebefugt, denn sie sind mit einiger Wahrscheinlichkeit durch die betroffenen Regelungen selbst, unmittelbar und gegenwärtig in ihren eigenen Grundrechten betroffen.<sup>15</sup> Inwieweit die Beschwerdeführer darlegen müssen, dass die Wahrscheinlichkeit ihrer Betroffenheit besteht, hängt auch von ihren Darlegungsmöglichkeiten ab.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Vgl. BVerfGE 115, 118 (137) m.w.N.

<sup>16</sup> BVerfG vom 22.08.2006 – Az.: 2 BvR 1345/03 –, Rz. 43; BVerfGE 109, 279 (308).

## **1. Unmittelbarkeit der Betroffenheit**

Die Beschwerdeführer können sich unmittelbar gegen die angegriffenen gesetzlichen Regelungen wenden. Grundsätzlich muss sich eine Verfassungsbeschwerde zwar gegen den Vollzugsakt richten, durch den im konkreten Einzelfall in die Rechtssphäre der Beschwerdeführer eingegriffen wird. Hiervon gibt es jedoch Ausnahmen. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn der Beschwerdeführer vom konkreten Vollzugsakt keine Kenntnis erlangt.<sup>17</sup> Ebenso ist die Konstellation zu bewerten, dass eine nachträgliche Benachrichtigung zwar vorgesehen ist, aber weit reichende Ausschlussgründe eine Benachrichtigung auch langfristig verhindern.<sup>18</sup>

### **a) Keine Gewährleistung einer zeitnahen Benachrichtigung**

Eine zeitnahe Benachrichtigung der mittelbar oder unmittelbar Betroffenen einer Maßnahme ist durch das Gesetz nicht gewährleistet, denn es enthält zahlreiche Ausschlussgründe, die eine Zurückstellung einer Benachrichtigung für einen langen Zeitraum oder gar für immer erlauben.

§ 20w Abs. 2 S. 1 BKAG erlaubt die Zurückstellung bei der Gefährdung des Leib, Lebens oder Freiheit einer Person oder einer Sache von einem bedeutenden Wert oder eine Gefährdung des Zwecks der Maßnahme. Gemäß § 20w Abs. 3 S. 5 BKAG ist es ferner möglich, nach fünf Jahren unter bestimmten Umständen, auf die wir in der Begründetheit gesondert eingehen werden, eine Benachrichtigung ganz zu unterlassen. Ferner stellt § 20w Abs. 2 S. 2 bis 4 BKAG die Benachrichtigung Betroffener weitgehend in das Ermessen der Verwaltung. Nach der Rechtsprechung des Gerichts ist daher anzunehmen, dass keine zeitnahe Benachrichtigung der betroffenen Grundrechtsträger gewährleistet ist.<sup>19</sup> Im übrigen verweise wir auf unsere Ausführungen zu diesen Vorschriften unter C.XI.

### **b) § 20u Abs. 2 BKAG**

Die Verfassungsbeschwerden sind auch nicht unzulässig, soweit sie sich gegen § 20u Abs. 2 BKAG richten.<sup>20</sup> Die Norm könnte so interpretiert werden, dass sie zwar selbst keinen Grundrechtseingriff erlaubt, sondern in verfassungswidriger Weise ein abgestuftes Schutzsystem für Berufsgeheimnisträger errichtet. Die Regelung ist jedoch in Verbindung mit den entsprechenden Eingriffsbefugnissen zu sehen, denn sie legt den Anwendungsbereich dieser Befugnisse fest, insoweit durch sie Berufsgeheimnisträger betroffen sind. Sie erfasst nicht nur die unmittelbare

---

<sup>17</sup> BVerfG vom 22.08.2006 – Az.: 2 BvR 1345/03 –, Rz. 40; BVerfGE 30, 1 (16 f.); 100, 313 (354); 109, 279 (306 f.).

<sup>18</sup> BVerfGE 109, 279 (306 f.); 113, 348 (362 f.); VerfG Mecklenburg-Vorpommern, LKV 2000, 345 (346).

<sup>19</sup> Vgl. BVerfGE 113, 348 (362 f.) zu teilweise deckungsgleichen Vorschriften.

<sup>20</sup> Vgl. zum Folgenden BVerfG vom 15. Oktober 2008 – Az. 2 BvR 236/08 und 2 BvR 237/08 – Rz. 133 ff.

Betroffenen als Zielobjekt einer Maßnahme oder als Kontakt- und Begleitperson, sondern auch die zufällige Drittbetroffenen.<sup>21</sup>

## **2. Betroffenheit in eigenen Grundrechten**

Die Beschwerdeführer sind als Beschwerdeführer durch die Eingriffsbefugnisse i.V.m. § 20u Abs. 2 BKAG auch in ihrer Berufsfreiheit betroffen, denn die Regelung des § 20 Abs. 2 BKAG weist eine berufsregelnde Tendenz auf. Durch sie wird die Rechtsstellung der Beschwerdeführer speziell als Angehörige des von ihnen ausgeübten Berufes festgelegt.

Die Beschwerdeführer werden im Übrigen durch die Maßnahmen in den gerügten Grundrechten verletzt. Wir weisen darauf hin, dass sie auch durch die Benachrichtigungs- und Übermittlungsvorschriften in ihren Grundrechten verletzt werden und zwar unabhängig davon, wie die Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Befugnisnormen bzw. die Rechtmäßigkeit der zugrunde liegenden Ermittlungsmaßnahme zu beurteilen ist, da es sich hierbei um eigenständige Grundrechtseingriffe handelt. Die heimlichen Ermittlungsmaßnahmen auf der Grundlage von §§ 20g, 20h, 20i und 20k BKAG sind auch von einem solchen Gewicht, dass eine Benachrichtigung zwingend verfassungsrechtlich erforderlich ist.<sup>22</sup>

## **3. Gegenwärtige Betroffenheit**

Die angegriffenen Maßnahmen weisen eine hohe Streubreite auf, so dass durch sie – unabhängig davon, ob die Beschwerdeführer selbst Ziel einer solchen Maßnahme sein können – sie auch als Dritte in hohem Maße betroffen sein können.<sup>23</sup> Aufgrund der Heimlichkeit der angegriffenen Maßnahmen und der teilweise verfassungswidrigen Ausschlussgründe einer Benachrichtigung haben die Beschwerdeführer hiervon keine Kenntnis.

# **II. Beschwerdefrist**

1. Die Beschwerdefrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG ist gewahrt, denn die Normen sind am 01.01.2009 in Kraft getreten. Vorschriften mit einem deckungsgleichen Regelungsgehalt enthielt das BKAG bisher nicht.

2. Der Zulässigkeit der Beschwerde gegen § 14 BKAG steht nicht entgegen, dass diese Norm bereits länger in Kraft ist als ein Jahr. Die Beschwerdefrist gemäß § 93 Abs. 3 BVerfGG ist dennoch gewahrt. Denn durch die Novelle des

---

<sup>21</sup> BVerfG vom 15. Oktober 2008 – Az. 2 BvR 236/08 und 2 BvR 237/08 – Rz. 135.

<sup>22</sup> Vgl. BVerfG vom 13. Juni 2007 – 1 BvR 1550/03 u.a. – Rn. 180.

<sup>23</sup> BVerfG vom 15. Oktober 2008 – Az. 2 BvR 236/08 und 2 BvR 237/08 – Rz. 131 und 132; BVerfGE 109, 279 (308); BVerfGE 113, 348 (363 f.); BVerfGE NJW 2008, 822 (830) Rn. 233 und 235 (Netzwerk und Kommunikationspartner).

Gesetzes erhält diese Übermittlungsvorschrift einen neuen Anwendungs- und Regelungsgehalt; nunmehr können aufgrund von § 14 BKAG Daten mit ausländischen Behörden ausgetauscht werden, die durch das BKA vor Inkrafttreten der neuen Eingriffsbefugnisse gar nicht hätten erhoben werden dürfen. In der Weitergabe der so gewonnenen Informationen liegt eine eigenständige Beschwer, die dazu führt, dass die Beschwerdefrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG wieder neu in Gang gesetzt wird.<sup>24</sup>

## **C. Begründetheit**

### **I. Formelle Verfassungsmäßigkeit**

#### **1. Kompetenzabgrenzung**

Die parallele Aufgabenwahrnehmung von Landespolizeibehörden und BKA nach § 4a Abs. 2 BKAG sowie die Einräumung eines Ermessensspielraumes des BKA bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben (§ 4a Abs. 1 BKAG) ist nicht mit der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung vereinbar.

**a.** Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat mit der Föderalismusreform Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG eingefügt. Diese Regelung ist entgegen ihrer systematischen Stellung wohl sowohl als eine Gesetzgebungs- als auch als eine Verwaltungskompetenz zu interpretieren. (Wäre dies nicht der Fall, wäre das angegriffene Gesetz bereits wegen eines Verstoßes gegen Art. 83 GG nichtig.) Folgt man dieser Interpretation muss das BKA ausschließlich für die Abwehr terroristischer Gefahren in den dort genannten Fällen zuständig sein. Da die grundgesetzliche Kompetenzordnung jedoch zwingend ist, kann es nicht in das Ermessen der im Grundgesetz als zuständig genannten Behörde gestellt werden, ob sie ihre Kompetenzen wahrnimmt. Sie ist durch das Grundgesetz vielmehr hierzu verpflichtet. Anderenfalls wäre es kaum möglich, politische Verantwortlichkeiten für ein Sachgebiet abschließend festzustellen und dem Bürger zu ermöglichen, die Leistung der Politik zu bewerten.<sup>25</sup> Dies gilt umso mehr in einem Sachgebiet, in dem ein Versagen häufig mit einem Fall des Unterlassens gebotener Maßnahmen einhergehen wird. Hier muss für die Bürger umso klarer sein, wer hätte handeln müssen, um z.B. einen terroristischen Anschlag zu verhindern. Hierin liegt ein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Gebot klarer Zuständigkeitsbestimmungen.<sup>26</sup>

**b.** Hiergegen lässt sich auch nicht argumentieren, dass Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG nur eine Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz hinsichtlich des BKA einräumt. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat das Verhältnis zu den

---

<sup>24</sup> Vgl. BVerfG NJW 2008, 822 (823, Rz. 154); BVerfGE 100, 313 (356).

<sup>25</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2008, 168 (Rn. 158); BVerfGE 109, 169 (181 f.).

<sup>26</sup> Hierzu BVerfGE 108, 169 (183).

Landesbehörden vielmehr dem einfachen Gesetzgeber überlassen.<sup>27</sup> Der einfache Gesetzgeber muss sich aber an den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes insgesamt orientieren. Dem Grundgesetz liegt in den Art. 70 ff. und Art. 83 ff. GG eine klare Aufgabenabgrenzung zwischen Bund und Ländern zugrunde, welche aus den ausgeführten Gründen Doppelzuständigkeiten ausschließt. Ausnahmen sind ausdrücklich festgelegt worden (Art. 91a und 91b GG). Generelles Ziel der Föderalismusreform war es, die Abgrenzung der Aufgaben und Kompetenzen von Bund und Ländern noch klarer zu konturieren.<sup>28</sup> Mit der Systematik des Grundgesetzes und dem Zweck der Föderalismusreform ist es daher insgesamt unvereinbar, wenn der Gesetzgeber nun im Wege des einfachen Rechts unklare und parallele Zuständigkeiten begründet, indem er die Aufgabenwahrnehmung in das Ermessen der beteiligten Behörden stellt.<sup>29</sup>

## **2. Kompetenz des Bundes gemäß Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG**

Die Grundrechte der Beschwerdeführer werden bereits durch den Verstoß gegen die Normenklarheit der Aufgabe des BKA verletzt.

**a.** Nach dem Wortlaut des Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG setzt die Bundeszuständigkeit für die Tätigkeit des BKA einen Fall des internationalen Terrorismus sowie das Vorliegen einer konkreten, länderübergreifenden Gefahr voraus. Anlasslose und gefahrenunabhängige präventive Maßnahmen des BKA werden durch diese Regelung nicht gedeckt. Das entspricht auch der bis dahin zu Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG vertretenen Auffassung.

Schon der Begriff des „internationalen Terrorismus“ ist verfassungsrechtlich neu und mehrdeutig. Daran ändert auch eine Bezugnahme auf den Rahmenbeschluss des Rates der Europäischen Union zur Terrorismusbekämpfung vom 13. Juni 2002<sup>30</sup> nichts, an den § 4a Abs. 1 S. 2 BKAG erkennbar anknüpft, ohne den Begriff dadurch zu definieren. Denn die Definition wird in § 4a Abs. 1 S. 2 BKAG lediglich benutzt, um eine Zuständigkeit des BKA „auch“ zur Verhütung bestimmter Straftaten zu begründen.

Damit bleibt die entscheidende Frage offen, ob die Zuständigkeit des BKA zur Bekämpfung von Gefahren des internationalen Terrorismus voraussetzt, dass es sich um Täter handelt, welche die Staatsgrenzen überschreitend agieren oder ob es etwa schon ausreichen soll, dass die Täter zwar lediglich in Deutschland handeln, aber wegen ihrer „Einbindung in international propagierte ideologische Strömungen“ als „international“ gelten sollen.

---

<sup>27</sup> Bundestags-Drucksache 16/813, S. 12.

<sup>28</sup> Bundestags-Drucksache 16/813, S. 2.

<sup>29</sup> Vgl. auch BVerfG NVwZ 2008, 168 (Rn. 152).

<sup>30</sup> Abl. EU L 164, S. 4; vgl. auch Bundestagsdrucksache 16/813, S. 12.

b. Aus den Materialien zur Föderalismusreform ergibt sich zu der Definition des „internationalen Terrorismus“ nichts. Zwar haben die Kommissionsmitglieder Hahn (Hessen), Wolf (NRW) und Funke (Bundestag) darauf hingewiesen, dass eine praktische Notwendigkeit für die Einführung einer Bundeskompetenz nach den bisherigen Erfahrungen nicht erforderlich ist; ferner haben sie vor einer Vermischung der polizeilichen Kompetenzen eindringlich gewarnt.<sup>31</sup> Irgendwelche Erörterungen oder Beschlüsse haben sich aus diesen Einwänden jedoch nicht ergeben.

c. Ein ähnliches Bild ergibt die gemeinsame öffentliche Anhörung der Rechtsausschusses des Bundestages und des Innenausschusses des Bundesrates zur Föderalismusreform am 17. Mai 2006.<sup>32</sup>

Während die Praktiker unter den Sachverständigen – abgesehen vom Präsidenten des BKA – das Bedürfnis einer neuen Bundeskompetenz zur Terrorismusbekämpfung aufgrund ihrer Erfahrungen ablehnten, hat sich lediglich der Sachverständige Professor Dr. Ralf Poscher mit der vom Gesetzentwurf beabsichtigten Abgrenzung eingehend befasst.<sup>33</sup> Er hat eindringlich darauf hingewiesen, dass der nicht definierte Begriff eines Staatsgrenzen überschreitenden Terrorismus stets auch länderübergreifend ist und damit ein allgemeines Zugriffsrecht des BKA begründen werde. Diese verfassungspolitische Entscheidung werde zu einer erheblichen Verschiebung in der föderalen Kompetenzordnung führen.<sup>34</sup>

Mit dieser Frage hatte sich das Gericht bereits in seiner Entscheidung zur Zuständigkeit der Bundespolizei befasst und ausgeführt, dass die sich aus Art. 30, 70, 83 GG ergebende Länderkompetenz der vollzugspolizeilichen Aufgaben nur insoweit eingeschränkt werden könne, als das GG dies ausdrücklich vorsieht. „Die Entscheidung der Verfassung, die Polizeigewalt in die Zuständigkeit der Länder zu verweisen und aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit, der Bundesstaatlichkeit und des Grundrechtsschutzes den Ausnahmefall einer Bundespolizei in der Verfassung zu begrenzen, mache es erforderlich“, die Bundespolizei auf die „Abwehr bestimmter, das Gebiet oder die Kräfte eines Landes überschreitende Gefahrenlagen“ zu begrenzen.<sup>35</sup> Es ist nicht erkennbar, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber sich von diesen Grundlagen trennen wollte. Dementsprechend muss der Begriff „internationaler Terrorismus“ als Ausnahmeregelung so einengend ausgelegt werden, dass er sich nur auf die Fälle beziehen kann, in denen eine terroristische Vereinigung nicht nur in der Bundesrepublik Deutschland tätig, sondern in ihren Handlungsabläufen international vernetzt ist.

---

<sup>31</sup> Bundestags-Schriftenreihe „Zur Sache“, 1/2005, S. 268 f., 275.

<sup>32</sup> Deutscher Bundestag, Rechtsausschuss, Ausschussprotokoll 14.

<sup>33</sup> Ausschussprotokoll, S. 329 ff.

<sup>34</sup> Ausschussprotokoll, S. 332.

<sup>35</sup> BVerfG NVwZ 1998, 495 (497).

d. Trotz dieser wesentlichen Hinweise aus Rechtsprechung und Wissenschaft ist es weder in der Anhörung selbst, noch in der Beratung des Bundestages zu einer Klärung des Begriffes internationaler Terrorismus gekommen. Man muss daher davon ausgehen, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber keine umfassende Parallelzuständigkeit zwischen BKA und Landespolizeibehörden schaffen wollte. Auch im Rahmen der Beratung der Novelle des BKAG ist eine Begriffsbestimmung ausgeblieben.

## II. § 20g BKAG (besondere Mittel der Datenerhebung)

1. Die Eingriffsbefugnisse des § 20g Abs. 2 BKAG durch besondere Mittel der Datenerhebung verstoßen gegen Art. 1 Abs. 1 GG, da der Gesetzgeber keine Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung vorgesehen hat.<sup>36</sup> Der Gesetzgeber ist verpflichtet, gesetzliche Schutzbestimmungen zu erlassen, die verhindern, dass der Kernbereich privater Lebensgestaltung überhaupt verletzt wird (insb. eine Regelung hinsichtlich einer entsprechenden Prognose), sowie verfahrensrechtliche Sicherungen, sofern voraussehbar ist, dass eine Maßnahme typischerweise den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren kann.<sup>37</sup>

Dies ist zumindest dann der Fall, wenn eine längerfristige Observation (§ 20g Abs. 2 Nr. 1 BKAG) stattfindet oder eine Zielperson (und ggf. Drittbetroffene, vgl. § 20g Abs. 1 S. 2 BKAG) mittels akustischer oder optischer Mittel außerhalb von Wohnungen beobachtet wird (§ 20 Abs. 2 Nr. 2 BKAG). Auch außerhalb von Wohnungen kann der Kernbereich privater Lebensgestaltung berührt sein, etwa wenn sich die Zielperson außerhalb der Wohnung mit Familienangehörigen oder anderen Vertrauten<sup>38</sup> bespricht. Der Ort der Unterhaltung hat hier vielmehr nur eine Indizwirkung<sup>39</sup>; ein Gespräch über kernbereichsrelevante Inhalte kann auch mittels Telekommunikation geschehen<sup>40</sup> und erst recht in einem Moment vermeintlicher Vertraulichkeit außerhalb der Wohnung. Eine solche Vertraulichkeit kann sich ebenso bei einem einsamen Waldspaziergang oder in einem Fahrzeug einstellen. Zu berücksichtigen ist ferner, dass bestimmte Inhalte gerade besser außerhalb von Wohnungen besprochen werden können, denn – gerade bei beengten Wohnungen – ist nur außerhalb davon gewährleistet, dass niemand das

---

<sup>36</sup> i.E. auch *Möllers*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 K, S. 2; *Poscher*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 J, S. 5 ff.

<sup>37</sup> BVerfGE 112, 304 (318).

<sup>38</sup> Zu diesem Personenkreis BVerfGE 109, 279 (319).

<sup>39</sup> vgl. BVerfGE 109, 279 (313): „regelmäßig die Privatwohnung“.

<sup>40</sup> Vgl. BVerfGE 113, 348 (319); siehe auch BVerfG NJW 2008, 822 (826) zur Kernbereichsrelevanz gespeicherter Daten ohne Rücksicht auf den Ort der Speicherung.

Gespräch hören kann.<sup>41</sup> Zu denken ist hier auch an die Situation von Jugendlichen oder Bewohnern von Heimen, die über keine eigene Wohnung verfügen.

Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung kann aber auch dann berührt sein, wenn die Zielperson allein ist.<sup>42</sup> Wird eine Observation langfristig – nach der Gesetzesbegründung länger als 24 Stunden<sup>43</sup> – und ggf. unter Nutzung der Mittel nach § 20g Abs. 2 Nr. 2 BKAG durchgeführt, ist es voraussehbar, dass während dieser Zeit durch die Zielpersonen kernbereichsrelevante Handlungen, Äußerungen oder Gespräche vorgenommen werden.

2. Ferner verstoßen die Eingriffsbefugnisse gegen Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art.1 Abs. 1 GG, denn sie können im Einzelfall so schwerwiegend sein – zum einen aufgrund der betroffenen Grundrechte als auch aufgrund der Heimlichkeit der Maßnahme sowie der eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten –, dass die vorherige Befassung eines Richters geboten erscheint,<sup>44</sup> zumal aufgrund der umfangreichen Ausschlussgründe eine Benachteiligung und damit eine nachträgliche Überprüfung der Maßnahme häufig nicht zeitnah oder gar nicht stattfinden wird. Zudem berücksichtigt der Gesetzgeber nicht, dass bei dieser – aber auch im Falle anderer Ermittlungsbefugnisse, die wir angreifen – die besondere Gefahr additiver Grundrechtseingriffe besteht. Diese Gefahr ist im Falle des BKAG zum einen dadurch erhöht, dass neben dem BKA auch Landespolizeibehörden weiterhin tätig bleiben können und somit die Gefahr doppelter und mithin nicht erforderlicher Eingriffe besteht. Zum anderen erfordern gerade schwere Eingriffe (etwa nach §§ 20h, 20k) vorbereitende Ermittlungen (insb. auch zum Schutze des Kernbereiches), so dass ein Zusammentreffen mehrerer Eingriffe absehbar ist.

**3. § 20g Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BKAG** ist ferner mit dem Gebot der Normenklarheit nicht vereinbar und verstößt durch seine geringen tatbestandlichen Voraussetzungen gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Denn die Regelung überlässt es der Verwaltung zu entscheiden, wo die Grenzlinie zwischen unverdächtigem Verhalten und solchem, das erwarten lässt, das jemand eine Straftat begehen wird, zu ziehen ist.<sup>45</sup> Zudem ist im Bereich der Vorfeldermittlung noch unklar, ob der Sachverhalt harmlos bleiben wird oder in eine Straftat münden wird. Dementsprechend hoch ist die Möglichkeit einer Fehlprognose. Verfassungsrechtlich hinnehmbar ist die Gefahr einer

---

<sup>41</sup> Anschaulich die Beispiele bei *Poscher*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 J, S. 6, der zu Recht auf die soziale Dimension dieser Frage hinweist.

<sup>42</sup> BVerfGE 109, 279 (319).

<sup>43</sup> Bundestags-Drucksache 16/9588, S. 23.

<sup>44</sup> So *Gusy*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 A, S. 10.

<sup>45</sup> Vgl. zu einer ähnlichen Vorschrift im Nds.SOG BVerfGE 113, 348 (378 f. und 388 f.). Auch wenn diese Entscheidung zu Art. 10 Abs. 1 GG ergangen ist, sind die Erwägungen aufgrund der Intensität des Eingriffs übertragbar.

Fehlprognose nur dann, wenn der Gesetzgeber die Straftaten und die den Eingriff rechtfertigenden Tatsachen näher umschreibt.<sup>46</sup> Dies ist hier nicht geschehen.

### III. § 20h BKAG (Wohnraumüberwachung)

1. Die Regelung des § 20h Abs. 1 BKAG ist mit Art. 13 Abs. 1 GG unvereinbar, insoweit sie den Einsatz technischer Mittel gegen Zustandsstörer und Begleit- und Kontaktpersonen (§ 20h Abs. 1 Nr. 1 lit. a und c BKAG) wie auch generell zur Abwehr einer dringenden Gefahr für eine Sache von bedeutendem Wert erlaubt, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Ferner entspricht die Überwachung von Personen nach § 20h Abs. 1 lit. b BKAG nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 13 Abs. 1 GG.

a. Das Gericht hat für die strafprozessuale Wohnraumüberwachung eine Regelung für verfassungsgemäß gehalten, die sich ausschließlich gegen den Beschuldigten richtete und alle anderen Personen als Dritte behandelte.<sup>47</sup> § 20h Abs. 1 BKAG weitet den Kreis möglicher Adressaten einer Überwachung erheblich aus und erstreckt sie insbesondere auf Kontakt- und Begleitpersonen im Sinne des § 20b Abs. 2 Nr. 2 BKAG. Es ist nicht mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme vereinbar, einen derart schweren Eingriff auch gegen Personen zu richten, wenn zwischen diesen Personen und der Verwirklichung der zu bekämpfenden Gefahr kein unmittelbarer Zusammenhang gegeben ist,<sup>48</sup> denn es ist nicht gewährleistet, dass zwischen der Gefahr und dem Adressaten ein hinreichendes Näheverhältnis besteht.<sup>49</sup> Ein unmittelbarer Zusammenhang ergibt sich weder aus der Kenntnis<sup>50</sup> der Vorbereitung einer Straftat gemäß § 4a Abs. 1 S. 2 BKAG, noch aus der Verwertung der Tat oder der Möglichkeit, dass die Person zur Begehung einer Straftat benutzt werden könnte. Zudem ist nicht gewährleistet, dass die Eigenschaft als Kontakt- und Begleitperson an die Straftat anknüpft, die mit dem Eingriff bekämpft werden soll. Erschwerend wirkt sich ferner aus, dass der Gesetzgeber hier den Eingriff an mehrere Prognosen und Vermutungen koppelt, nämlich die Gefahrenprognose nach § 20h Abs. 1 BKAG und die Entscheidung über die Eigenschaft als Kontakt- und Begleitperson, die – wie besonders klar

---

<sup>46</sup> BVerfGE 113, 348 (375 f.).

<sup>47</sup> BVerfGE 109, 279 (357).

<sup>48</sup> vgl. auch *Möllers*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 K, S. 6.

<sup>49</sup> vgl. zu diesem Kriterium BVerfGE 115, 320 (362) m.w.N.

<sup>50</sup> Diese Vorschrift liegt nahe an der Definition der Kontakt- und Begleitperson gemäß § 33a Abs. 1 Nr. 3 Nds.SOG, welches das Gericht für verfassungswidrig erklärt hat (BVerfGE 113, 348 (380)). Danach war es ausreichend, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass über diese Person Hinweise auf die angenommene Straftat gewonnen werden können.

§ 20b Abs. 2 Nr. 2 lit. c BKAG zeigt – wiederum eine Prognose voraussetzt („sich bedienen *könnte*“).<sup>51</sup>

Die Regelung ist darüber hinaus nicht in dieser Form erforderlich, denn sie hätte für die Betroffenen schonender ausgestaltet werden können, wenn die Überwachung von Kontakt- und Begleitpersonen unter den Vorbehalt der Subsidiarität gegenüber dem Störer gestellt worden wäre. Wir weisen darauf hin, dass die Subsidiaritätsklausel des § 20b Abs. 2 Nr. 2 lit. c BKAG nicht Teil der Definition der Kontakt- und Begleitperson ist, auf den § 20h Abs. 1 Nr. 1 lit. c BKAG Bezug nimmt.

**b.** Die Regelung erlaubt auch den Einsatz technischer Mittel gegen einen Zustandsstörer im Sinne des § 18 BPolG.

Diese Erweiterung des Adressatenkreises ist nicht mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar, denn die Durchführung einer heimlichen Wohnraumüberwachung gegen einen Zustandsstörer ist nicht erforderlich, in keinem Falle aber angemessen.<sup>52</sup> Der Zustandsstörer nach § 18 BPolG wird aufgrund seiner Sachherrschaft über eine Gefahrenquelle, nicht aber aufgrund seines eigenen Handelns Adressat einer polizeilichen Maßnahme. Während im Rahmen der Abwehr gewöhnlicher polizeirechtlicher Gefahren solche Konstellationen denkbar sind, sind diese im Rahmen der Bekämpfung des internationalen Terrorismus nicht vorstellbar, da hier die Gefahrenquelle ausnahmslos Personen sind. Der Zustandsstörer weist daher eine andere Nähe<sup>53</sup> zu der zu bekämpfenden Gefahr auf als der Handlungsstörer. Dies entspricht auch den Erwägungen des Gerichts in seiner Entscheidung vom 27. Februar 2008, worin der Zugriff auf informationstechnische Systeme teilweise an einen personalisierten Gefahrbegriff gekoppelt wird.<sup>54</sup> Es sind zwar auch Konstellationen vorstellbar, in denen jemand die Sachherrschaft über eine Gefahr ausübt, etwa weil sich in einem ihm gehörenden Gebäude eine Bombe befindet. Es ist aber nicht überzeugend, warum gegen diese Person eine verdeckte Maßnahme durchgeführt werden muss. Konspiriert sie selbst mit Terroristen, ist sie bereits Handlungsstörer oder nach § 20h Abs. 1 Nr. 2 oder 3 BKAG Adressat der Maßnahme.

**c.** Nach der Rechtsprechung des Gerichtes muss eine Gefahr für eine Sache nach ihrem typischen Gefahrenpotential einer gemeinen Gefahr im Sinne des Art. 13 Abs. 4 GG entsprechen. Dies ist bei Sachen, die lediglich einen erheblichen Wert aufweisen, nicht der Fall.<sup>55</sup> Zudem ist diese

---

<sup>51</sup> Geiger, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 H, S. 11 f.

<sup>52</sup> i.E. auch Möllers, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 K, S. 6.

<sup>53</sup> Zu diesem Kriterium für die Angemessenheit eines Eingriffs BVerfGE 115, 320 (362) m.w.N.

<sup>54</sup> BVerfG NJW 2008, 822 (831).

<sup>55</sup> So ausdrücklich BVerfGE 109, 279 (379); ebenso die Einschätzung von Möllers, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 K, S. 6.

Eingriffsvoraussetzung nicht mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar. Es ist aufgrund der Norm nicht vorausssehbar, was das BKA unter einer Sache von bedeutendem Wert verstehen würde, denn es werden keinerlei Kriterien angegeben. Der Wert und das öffentliche Interesse könnten sich sowohl nach dem monetären Wert als auch dem Wert für die Gemeinschaft richten.<sup>56</sup>

**d.** Der Zugriff auf Personen im Sinne des § 20h Abs. 1 Nr. 1 lit. b BKAG ist mit dem Bestimmtheitsgebot nicht vereinbar, denn der Gesetzgeber nutzt eine nur schwer nachvollziehbare und vor allem unnötige Verweisungskette.<sup>57</sup>

Nicht alle Straftaten, auf die über diese Verweisungskette Bezug genommen wird, entsprechen den Anforderungen, die das Gericht für die strafprozessuale Wohnraumüberwachung aufgestellt hat. Hiergegen spricht auch nicht, dass die Regelung selbst an eine Gefahr anknüpft. Entspricht die in Bezug genommene Strafnorm nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, bedeutet dies, dass die Verwirklichung der genannten Straftat nicht eine Gefahr im Sinne des § 20h Abs. 1 BKAG hervorrufen kann oder aber der Eingriff in die Freiheit der Personen nach § 20h Abs. 1 Nr. 1 lit. b BKAG ohne einen ausreichenden Zusammenhang zur Gefahr selbst besteht. Nicht alle in § 129a StGB aufgeführten Straftaten rechtfertigen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einen solchen Eingriff. Verwiesen sei hier auf die entsprechenden Ausführungen in der Entscheidung zur akustischen Wohnraumüberwachung; hier hatte sich das Gericht bereits mit einigen Normen, die § 129a Abs. 2 StGB nennt, auseinandergesetzt (z.B. § 22a KWKG, § 52 WaffnG).<sup>58</sup> Hinsichtlich anderer Straftatbestände, die § 129a Abs. 2 StGB aufführt, hat der Gesetzgeber den Strafrahmen nach der Entscheidung des Gericht nach oben angepasst. Dieses Vorgehen ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht überzeugend, denn die Wertigkeit des geschützten Rechtsgutes kann auf diese Weise nicht verändert werden.

**2. Soweit § 20h Abs. 1 Nr. 2 BKAG den „Spähangriff“, die Überwachung mit optischen Mitteln erlaubt, erfüllt die Regelung nicht die verfassungsrechtlichen Vorgaben.**

Der Gesetzgeber lässt den Spähangriff unter den identischen Voraussetzungen zu wie den Einsatz der akustischen Wohnraumüberwachung. Dabei verkennt er, dass es sich um einen sehr viel massiveren Eingriff in die Freiheit und Würde des Betroffenen handelt. Der Lauschangriff erfasst „nur“ Gespräche und Äußerungen, ggf. auch Selbstgespräche; der Spähangriff erlaubt es, jede Regung jeder Personen in einer Wohnung – auch Unbeteiligter (vgl. § 20h Abs. 2 BKAG) oder Drittbetroffener – aufzuzeichnen. Wie tief dieser Eingriff in die Privatsphäre ist, muss hier kaum hervorgehoben werden, denn jeder kann leicht die Verletzung der Vertraulichkeit, seines Schamgefühls und des Gefühls

---

<sup>56</sup> i.E. ebenso *Möllers*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 K, S. 6.

<sup>57</sup> Vgl. zu sog. Kaskadenverweisungen BVerfGE 110, 33 (66 ff.).

<sup>58</sup> BVerfGE 109, 279 (348 f.).

des Ausgeliefertseins nachempfinden, wenn er sich vorstellt, beim Ankleiden, im Badezimmer oder bei sexuellen Handlungen beobachtet zu werden. Es ist daher kaum eine Maßnahme denkbar, die stärker die Privatsphäre aufhebt, in die Intimsphäre eindringt und den Menschen in der vermeintlichen Vertraulichkeit seiner Wohnung zum Objekt staatlicher Beobachtung macht.<sup>59</sup>

Bereits hinsichtlich der akustischen Wohnraumüberwachung nach Art. 13 Abs. 3 GG hat das Gericht eine Auslegung im Lichte der Menschenwürde für notwendig gehalten.<sup>60</sup> Dies muss erst recht für den Spähangriff nach Art. 13 Abs. 4 GG gelten und sich auch in der einfachrechtlichen Ausgestaltung niederschlagen. Dies ist jedoch nicht geschehen, da akustische und visuelle Wohnraumüberwachung unter den gleichen Voraussetzungen möglich sind.<sup>61</sup> Da die visuelle Überwachung aber ein sehr viel massiverer Eingriff in die Privatsphäre ist und zugleich auch die Menschenwürde berührt, dürfte sie allenfalls unter erheblich höheren Eingriffsvoraussetzungen oder höchstens subsidiär zur akustischen Wohnraumüberwachung eingesetzt werden.

**3. § 20h Abs. 2 BKAG** verstößt gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip, denn die Regelung erlaubt bereits eine Überwachung der Wohnung von Unbeteiligten, wenn sich dort eine Person, die eine Gefahr verursacht oder eine Straftat im Sinne des § 4a Abs. 1 S. 2 BKAG vorbereitet, aufhält und eine Überwachung der Wohnung dieser Person allein nicht ausreichen würde.<sup>62</sup> Mit dieser Regelung verkennt der Gesetzgeber die Anforderungen des Gerichts:

„Allein mit der aktuellen Anwesenheit des Beschuldigten in der Wohnung eines unverdächtigen Dritten wird die Angemessenheit der Maßnahme in der Wohnung Dritter aber noch nicht erreicht. Neben der von § 100c Abs. 2 Satz 5 StPO vorgeschriebenen Subsidiarität einer Überwachung von Wohnungen Nichtbeschuldigter muss eine hinreichende Wahrscheinlichkeit bestehen, verfahrensrelevante Informationen zu gewinnen. Das verlangt nach tatsächlichen Anhaltspunkten dafür, dass der Beschuldigte in den zu überwachenden Räumlichkeiten im Überwachungszeitraum verfahrensrelevante und im weiteren Verfahren verwertbare Gespräche führen wird. Bloße Vermutungen und eine Überwachung „ins Blaue hinein“, allein von der Hoffnung auf Erkenntnisse getragen, genügen nicht.“<sup>63</sup>

Diesen Anforderungen genügt das vorliegende Gesetz nicht, denn es verzichtet darauf, dass der Betroffene in den Räumen des Unbeteiligten relevante

---

<sup>59</sup> Ebenso *Geiger*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 H, S. 15.

<sup>60</sup> BVerfGE 109, 279 (316).

<sup>61</sup> So auch *Der Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 E, S. 7.

<sup>62</sup> i. E. auch *Poscher*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 J, S. 15

<sup>63</sup> BVerfGE 109, 279 (356 f.).

Äußerungen tätigt. Diese zusätzliche Voraussetzung gegenüber der Überwachung der Wohnung der Zielperson ist jedoch gerade das entscheidende Kriterium, das einen Eingriff in die Grundrechte Unbeteiligter legitimiert. In der jetzt vorliegenden Fassung erlaubt § 20h Abs. 2 BKAG die Überwachung der Räume Unbeteiligter in der vagen Erwartung, dass die Zielperson dort auch Angaben macht, die für die Gefahrenabwehr relevant sind. Ferner ist die Regelung nicht auf Gespräche der Zielperson beschränkt.<sup>64</sup> So wäre es möglich, jede Wohnung, welche die Zielperson betritt, abzuhören – z.B. durch eine „Wanze“ oder Kamera, welche zuvor in der Kleidung der Zielperson untergebracht wurde (was heute problemlos technisch möglich ist).

**4. § 20h Abs. 4 BKAG** verletzt Art. 13 Abs. 1 GG i.V.m. Art 19 Abs. 4 S. 1 GG, da die Regelung lediglich eine Anordnung verlangt, welche die wesentlichen Gründe enthält. Dies genügt nicht den Vorgaben des Gerichts.<sup>65</sup> Die Regelung muss sich auf sämtliche prozessualen und materiellen Voraussetzungen beziehen, insbesondere auf die konkrete Verdachtslage, die Einzelfallabwägung und die Subsidiarität der Maßnahme.<sup>66</sup>

**5. Die Beschränkung auf „Äußerungen“ in § 20h Abs. 5 S. 1 BKAG** verstößt gegen Art. 1 Abs. 1 GG, denn insbesondere durch optische Mittel können auch kernbereichsrelevante Verhaltensweisen erfasst werden, die keine Äußerungen beinhalten.

**6. Die Regelung des § 20h Abs. 5 S. 3 BKAG** verstößt gegen Art. 1 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Kernbereich privater Lebensgestaltung, denn nach dieser Vorschrift ist im Zweifel über die Kernbereichsrelevanz eines Gespräches die automatische Aufnahme eines Gespräches möglich. Dies bedeutet jedoch, dass der Gesetzgeber es in Kauf nimmt, auch kernbereichsrelevante Informationen im Einzelfall zu erfassen, und ermöglicht in der Praxis, immer eine automatische Aufzeichnung durchzuführen, zumal sich die Gesprächspartner nach der Diskussion eines kernbereichsrelevanten Themas auch ermittlungsrelevanten Informationen zuwenden könnten. Damit legt es der Gesetzgeber aber gerade darauf an, den Kernbereichsschutz auf seine zweite Stufe zu reduzieren. Dies verletzt das verfassungsrechtliche Gebot, einen Eingriff in den Kernbereich private Lebensgestaltung zu vermeiden.<sup>67</sup> Dem steht nicht der Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senates vom 11. Mai 2007 entgegen<sup>68</sup>, denn hier geht es nicht um die grundsätzliche Unzulässigkeit einer automatischen Aufzeichnung. Dieses Instrument bleibt zulässig, etwa für den Fall, dass es keinerlei Anhaltspunkte für eine Kernbereichsrelevanz der Gesprächsinhalte gibt.

---

<sup>64</sup> vgl. BVerfGE 109, 279 (355).

<sup>65</sup> BVerfGE 109, 279 (358 f.).

<sup>66</sup> vgl. *Geiger*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 H, S. 16.

<sup>67</sup> BVerfG NJW 2008, 822 (834).

<sup>68</sup> BVerfG NJW 2007, 2753.

**7. § 20h Abs. 5 S. 4 BKAG** verstößt ebenfalls gegen Art. 1 Abs. 1 GG, da die Regelung nur eine Durchsicht der gewonnenen Erkenntnisse auf ihre Kernbereichsrelevanz anordnet, wenn eine automatische Aufzeichnung erfolgt ist, aber in keinem anderen Fall. Im Gegensatz zu § 100c Abs. 7 StPO verpflichtet die Regelung auch nicht die Staatsanwaltschaft, zumindest bei Zweifeln die Aufnahme dem Gericht vorzulegen.

In seiner Entscheidung zur akustischen Wohnraumüberwachung hat das Gericht klar ausgeführt:

„Zur Herstellung eines verfassungsgemäßen Zustandes bedarf es einer Regelung, nach der eine Verwendung von Informationen, die durch eine akustische Wohnraumüberwachung erlangt worden sind, nur dann zulässig ist, wenn die Verwertbarkeit der Informationen zuvor von einer unabhängigen Stelle (...) überprüft worden ist.“<sup>69</sup>

**8. Die Regelungen des § 20h Abs. 5 S. 7 und 8 BKAG** sind nicht mit Art. 1 Abs. 1 sowie Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG vereinbar. Gemäß § 20h Abs. 5 S. 7 und 8 BKAG sind Aufzeichnung über die Tatsache der Erfassung und der Löschung kernbereichsrelevanter Daten (§ 20h Abs. 5 S. 6 BKAG) nur für Zwecke der Datenschutzkontrolle zu verwenden und nach spätestens einem Jahr zu löschen. Hierdurch wird die in Garantie eines effektiven Rechtsschutzes des Betroffenen, die in Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG sowie den betroffenen Grundrechten selbst anzusiedeln ist, verletzt. Kernbestand dieser Garantie sind nämlich auch die tatsächlichen Voraussetzungen, um effektiven Rechtsschutz geltend zu machen. Neben der Benachrichtigung gehört hierzu auch, dass eine Überprüfung des staatlichen Handelns überhaupt noch möglich ist. Dies kann durch die Vernichtung von Informationen verhindert werden, die zwar nicht mehr zur Erfüllung der Aufgaben der Behörden notwendig sind, wohl aber für eine spätere Überprüfung durch ein Gericht. Der Gesetzgeber ist daher verpflichtet sicherzustellen, dass auf diese Weise die Garantie eines effektiven Rechtsschutzes nicht unterlaufen wird.<sup>70</sup>

Dies wird gerade durch § 20h Abs. 5 S. 7 und 8 BKAG verhindert. Der Betroffene kann aufgrund dieser Vorschriften nicht mehr durch ein Gericht überprüfen lassen, ob und welche kernbereichsrelevanten Daten von der ermittelnden Behörde erfasst worden sind, wann sie wie ausgesondert worden sind oder ob sie evtl. gar nicht hätten erhoben werden dürfen, weil aufgrund der Prognoseentscheidung des § 20h Abs. 5 S. 1 BKAG tatsächliche Anhaltspunkte bestanden, dass kernbereichsrelevante Daten erhoben werden würden. Die entsprechende Dokumentation ist nach spätestens einem Jahr zu vernichten, obwohl sich aus § 20w BKAG ergibt, dass auch eine Zurückstellung der

---

<sup>69</sup> BVerfGE 109, 279 (334).

<sup>70</sup> Vgl. hierzu BVerfGE 100, 313 (364 f.); 65, 1 (49); BVerfGE 109, 279 (332 f.), worin lediglich eine Aufbewahrung der aufgezeichneten Inhalte für entbehrlich gehalten wird; BVerfG vom 13. Juni 2007 – 1 BvR1550/03 u.a. – Rz. 171.

Benachrichtigung über diesen Zeitpunkt hinaus möglich ist oder gar nicht erfolgen muss. Spätestens nach einem Jahr ist es daher dem Betroffenen nicht mehr möglich, den heimlichen Eingriff hinsichtlich dieser Punkte überprüfen zu lassen. Zudem sieht das Gesetz eine Verwendung der protokollierten Informationen nur zum Zwecke der Datenschutzkontrolle vor; diese Vorschrift müsste klarstellend dahingehend ausgelegt werden, dass dies auch die gerichtliche Kontrolle durch den Betroffenen selbst erfasst.<sup>71</sup>

#### IV. § 20k BKAG (Online-Durchsuchung)

Der Gesetzgeber hat nach Erlass des Urteils des Ersten Senates vom 27. Februar 2008 mit § 20k BKAG eine gesetzliche Regelung zur Einführung der Online-Durchsuchung erlassen. Er hat sich dabei aber auf das Abschreiben des Urteilstextes beschränkt, ohne selbst die Einzelheiten der Maßnahme auszugestalten. Auch eine Überprüfung der technischen Durchführbarkeit der Maßnahme fand nicht statt und wurde – ausweislich des Protokolls der Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages – nicht mehr diskutiert, obwohl in der mündlichen Verhandlung entscheidende technische Aspekte unklar geblieben sind. So ist es bis heute offen, wie die Ermittlungsbehörden den Zielcomputer identifizieren wollen, wie ein Zugriff technisch auf laufende Telekommunikationsvorgänge begrenzt sein soll (hierzu § 20l Abs. 2 BKAG)<sup>72</sup> oder wie Schäden am Zielsystem verhindert werden sollen.

**1. § 20k Abs. 1 BKAG** verstößt insoweit gegen Art. 13 Abs. 1 GG als der Gesetzgeber nicht ausgeschlossen hat, dass auch die Infiltration eines informationstechnischen Systems durch Betreten der Wohnung erfolgen kann. Daher wird – teilweise unter Heranziehung von § 20t Abs. 1 Nr. 3 BKAG – ein heimliches Betreten zur Installation eines Schadprogramms für zulässig erachtet,<sup>73</sup> wie dies auch Art. 34e BayPAG erlaubt. Auch die Tatsache, dass sich ungefragt zu diesem Themenkomplex Sachverständige der Regierungsfractionen in der Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages geäußert haben, spricht für diese Bestrebungen.<sup>74</sup>

**a.** Wird jedoch die Wohnung mit dem Ziel betreten, ein informationstechnisches System zu infiltrieren, ist dies ein Eingriff in das

---

<sup>71</sup> BVerfG vom 13. Juni 2007 – 1 BvR1550/03 u.a. – Rz. 181 zu einer entsprechenden Auslegung von § 24c Abs. 4 KWG und § 93b Abs. 4 AO.

<sup>72</sup> Vgl. hierzu auch *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1022).

<sup>73</sup> Etwa *Graf*, in: Beck'scher Online-Kommentar (Stand: 02. Januar 2009), StPO, § 100a, Rn. 111b.

<sup>74</sup> *Möstl*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 I, S. 7 ff.; *Poscher*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 J, S. 21 ff.; *Heckmann*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 C, S. 25 ff.

Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG);<sup>75</sup> dieser ist jedoch durch keine der Schrankenregelungen des Art. 13 GG gerechtfertigt.<sup>76</sup>

**aa.** Es handelt sich nicht um eine Durchsuchung im Sinne des Art. 13 Abs. 2 GG, denn das Grundgesetz geht davon aus, dass eine Durchsuchung – in Abgrenzung von den Eingriffen nach Art. 13 Abs. 3 bis 6 – sich durch ihre Offenheit auszeichnet.<sup>77</sup> Wie selbstverständlich das Merkmal der Offenheit einer Durchsuchung im Sinne des Art. 13 Abs. 2 GG ist, zeigt auch die abweichende Meinung dreier Richter im ersten Abhörurteil; sie warnten davor, dass eines Tages das Grundgesetz so geändert werden könne, dass es heimliche Wohnungsdurchsuchungen erlaube.<sup>78</sup> Auch bei den Beratungen im Parlamentarischen Rat ging man hiervon aus.<sup>79</sup>

**bb.** Auch eine Rechtfertigung durch Art. 13 Abs. 4 GG scheidet aus. Der verfassungsändernde Gesetzgeber ging davon aus, dass Art. 13 Abs. 4 nur insoweit über Art. 13 Abs. 3 GG hinausgehen sollte, als er den Einsatz optischer Überwachungsmaßnahmen erlauben sollte.<sup>80</sup> Zum anderen erfasst Art. 13 Abs. 4 GG lediglich die Überwachung *von* Wohnungen. Im Zusammenspiel mit Art. 13 Abs. 3 GG ergibt sich, dass dies nur die Vorgänge innerhalb der Wohnung meint und nicht etwa auch den Zugriff auf Gegenstände in der Wohnung oder auf informationstechnische Systeme.<sup>81</sup> Wäre dies der Fall, würde dies auch eine heimliche Durchsuchung entgegen Art. 13 Abs. 2 GG erlauben und damit die Offenheit der Durchsuchung ebenfalls teilweise aufgeben.<sup>82</sup> Die Online-Durchsuchung ist zudem aufgrund der Möglichkeit, mit einem einzigen Zugriff nahezu ein Persönlichkeitsprofil eines Menschen zu verschaffen, gegenüber der Wohnraumüberwachung auch ein qualitativ anderer Eingriff. Eine Anpassung des Begriffs an den technischen Fortschritt kann ihn daher nicht erfassen, ohne das Grundgesetz unter den Vorbehalt des technisch Machbaren zu stellen.

Hiergegen sprechen auch nicht etwa „Wertungswidersprüche“<sup>83</sup>, die sich dann ergeben würden, wenn Ermittlungsbehörden, die nach Art. 13 Abs. 4 GG die Wohnung betreten, um Abhöreinrichtungen zu installieren, nicht auch zugleich

---

<sup>75</sup> BVerfG NJW 2008, 822 (826).

<sup>76</sup> Vgl. hierzu auch *Schantz*, KritV 2007, 310 (318 ff.); *Jahn/Kudlich*, JR 2007, 57 (60); *Schaar/Landwehr*, K&R 2007, 202 (205); BRAK-Stellungnahme 4/2007, S.4.

<sup>77</sup> *Gorning*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Auflage (2005), Art. 13, Rdn. 65; *Kühne*, in: Sachs, GG, 4. Auflage (2007), Art. 13, Rn. 25.

<sup>78</sup> BVerfGE 30, 1 (46 f.).

<sup>79</sup> ausführlich *Poscher*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 J, S. 23 ff.

<sup>80</sup> Bundestagsdrucksache 13/8650, S. 5; ebenso *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, 36. Lfg. (1999), Art. 13, Rn. 89; hiervon geht auch *Frank Braun*, NVwZ 2000, 375 (376) wie selbstverständlich aus.

<sup>81</sup> *Jahn/Kudlich*, JR 2007, 57 (60).

<sup>82</sup> Ähnlich *Poscher*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 J, S. 25.

<sup>83</sup> So *Heckmann*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 C, S. 26 f.

das informationstechnische System infiltrieren dürften. Dies ist kein Wertungswiderspruch, sondern eine durch das Grundgesetz vorgegebene Wertung. So müssen Ermittlungsbehörden in der gleichen Situation auch von der heimlichen Durchsuchung der Wohnung absehen, obwohl es die Situation anbieten würde.

Schließlich erfasst Art. 13 Abs. 4 GG nur Fälle einer dringenden Gefahr und würde daher – selbst wenn man ihn für anwendbar halten würde – nicht eine Maßnahme nach § 20k Abs. 1 S. 2 BKAG rechtfertigen können.<sup>84</sup>

**b.** Selbst wenn man annehmen wollte, dass eine Rechtfertigung eines Eindringens in die Wohnung zum Zwecke der Infiltration eines informationstechnischen Systems möglich ist, reicht die vorliegende gesetzliche Grundlage hierzu nicht aus. Eine so grundrechtswesentliche Entscheidung muss der Gesetzgeber selbst treffen.<sup>85</sup> § 20t Abs. 1 Nr. 3 BKAG sieht als Zielrichtung des Eindringens in die Wohnung nämlich nur die Durchsuchung vor.

**2. Hinsichtlich § 20k Abs. 6 BKAG** verweisen wir auf unsere Ausführungen zu § 20h Abs. 4 BKAG. Zudem ist die Regelung nicht insoweit mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar, als sie eine Befristung der Maßnahme auf drei Monate zulässt (§ 20k Abs. 6 S. 2 BKAG). Das Gericht hat mehrfach die große Bedeutung der gerichtlichen Anordnung einer heimlichen Maßnahme betont, weil der Betroffene nicht selbst vor der Anordnung gehört werden kann.<sup>86</sup> Dies ist bei der Ausgestaltung der gerichtlichen Anordnung durch den Gesetzgeber zu berücksichtigen. Hierbei muss zwar auch in Erwägung gezogen werden, dass eine Maßnahme für einen gewissen Zeitraum angeordnet werden kann, um die Anordnung für die Ermittlungsbehörden praktikabel zu gestalten. Diese zeitliche Wirkung einer Anordnung muss aber Grenzen haben, da sich die Sachlage, die einer Anordnung zugrunde liegt, ändern kann und die Dauer einer Maßnahme die Eingriffsintensität erheblich verstärkt. Wird die Nutzung eines informationstechnischen Systems drei Monate lang beobachtet, lässt sich geradezu ein umfassendes Persönlichkeitsprofil des Nutzers erstellen. Eine derartig lange Anordnung der Maßnahme erscheint auch vor ihrem Zweck und ihren engen Eingriffsvoraussetzungen unzulässig: Die Online-Durchsuchung soll erst dann eingesetzt werden, wenn eine gewisse zeitliche Nähe zum Umschlagen der Gefahr in einen Schaden gegeben ist. Es ist kaum vorstellbar, dass dies über einen Zeitraum von drei Monaten gegeben ist. Gegebenfalls kann die Anordnung erneut eingeholt oder verlängert werden. Diese zeitlichen Grenzen

---

<sup>84</sup> Unzutreffend ist daher die Ansicht von *Heckmann*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 C, S. 27, die Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 4 GG würden die Anforderungen an eine rechtmäßige Online-Durchsuchung übertreffen.

<sup>85</sup> So auch *Mösl*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 I, S. 8.

<sup>86</sup> Vgl. BVerfGE 2008, 822 (832) m.w.N.

einer Anordnung müssen sich auch im Gesetzestext wiederfinden und können nicht der Ausgestaltung durch Verwaltung und Gerichte überlassen bleiben, weil es dem Betroffenen in vielen Fällen mangels Benachrichtigung nicht möglich sein wird, die Maßnahme später überprüfen zu lassen.

3. Der Gesetzgeber hat keinerlei Regelungen getroffen, wie mit den gewonnenen Daten umzugehen ist, obwohl diese Daten aufgrund der Art des Eingriffes, durch den sie gewonnen worden sind, eine hohe Sensibilität aufweisen und teilweise sogar kernbereichsrelevante Inhalte enthalten können. Es bleibt daher unklar, wer unter welchen Voraussetzungen Zugang zu diesen Informationen hat und wie sie aufbewahrt und geschützt werden.

4. § 20k Abs. 4 S. 1 ist nicht mit dem Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnische Systeme vereinbar, soweit die Regelung den Zugriff auf informationstechnische Systeme von Zustandsstörern erlaubt. Ebenso wie im Rahmen des § 20h Abs. 1 BKAG erschließt sich nicht, weshalb eine verdeckte Ermittlungsmaßnahme gegen einen Zustandsstörer erforderlich sein soll, zumal das Gericht selbst den Gefahrenbegriff personalisiert hat.

„Die konkrete Gefahr wird durch drei Kriterien bestimmt: den Einzelfall, die zeitliche Nähe des Umschlagens einer Gefahr in einen Schaden und den Bezug auf individuelle Personen als Verursacher.“<sup>87</sup> (Hervorhebung durch Unterzeichner)

Es liegt nahe, dass diese Vorschrift die Betreiber informationstechnischer Systeme als Adressaten erfassen soll. Soweit die Gesetzesbegründung davon annimmt, dass die Gefahr von einem informationstechnischen System ausgeht<sup>88</sup>, das nicht einem Handlungsstörer gehört, erschließt sich nicht, warum die Person, welche Sachherrschaft über dieses System hat, nicht offen in Anspruch genommen werden kann, sondern dies verdeckt geschehen muss. Der Verweis auf die allgemeinen Störerbegriffe des Polizeirechts stößt bei der zunehmenden Anwendung von verdeckten Ermittlungsbefugnissen durch Polizeibehörden konzeptionell an seine Grenzen, so dass nicht einfach darauf Bezug genommen werden kann.<sup>89</sup>

5. Die Regelungen zum Schutze des **Kernbereichs** privater Lebensgestaltung (§ 20k Abs. 7 BKAG) sind in mehrfacher Hinsicht nicht mit der Rechtsprechung des Gerichts vereinbar und verletzen daher Art. 1 Abs. 1 GG.

a. Soweit § 20k Abs. 7 S. 1 BKAG vorsieht, dass ein Eingriff lediglich dann unzulässig sein soll, wenn durch ihn „allein“ Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erfasst werden würden, genügt die Regelung nicht den Anforderungen des Gerichts und verkehrt ihren Geist sogar in ihr

---

<sup>87</sup> vgl. BVerfG NJW 2008, 822 (831) für Maßnahmen im Gefahrenvorfeld.

<sup>88</sup> Bundestagsdrucksache 16/9588, S. 28.

<sup>89</sup> So i.E. auch *Thomas Böckenförde*, JZ 2008, 925 (931).

Gegenteil.<sup>90</sup> Nach dieser Regelung wäre der Zugriff auf nahezu jedes informationstechnische System zulässig, wenn sich darauf nur irgendwelche Daten befinden würden, die nicht dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen wären. Diese Voraussetzung dürfte mit der Installation von Software und deren Registrierung praktisch auf jedem informationstechnischen System gegeben sein. Im Ergebnis würde es das Gesetz daher erlauben, ohne eine vorherige Prognose über eine mögliche Verletzung des Kernbereiches private Lebensgestaltung zunächst den Inhalt jedes informationstechnischen Systems zu kopieren und dann durchzusehen, sofern die übrigen tatbestandlichen Voraussetzungen gegeben sind.<sup>91</sup>

Das Gericht hat daher in mehreren Entscheidungen ein zweistufiges Schutzkonzept entwickelt. Dessen erste Stufe geht aber gerade davon aus, dass im Rahmen einer fundierten Prognoseentscheidung versucht werden muss zu vermeiden, überhaupt kernbereichsrelevante Daten zu erfassen.<sup>92</sup> Insbesondere hat das Gericht für die Online-Durchsuchung klargestellt, dass eine Maßnahme nur dann durchgeführt werden darf, wenn die Kernbereichsrelevanz nicht sicher vorhergesagt werden kann oder aber eine gezielte Verknüpfung kernbereichsrelevanter und ermittlungsrelevanter Inhalte stattfindet.<sup>93</sup> Wie *Hoffmann-Riem* betont, muss der Verzicht des Schutzes auf der Erhebungsebene die Ausnahme bleiben und etwa auf solche Fälle begrenzt bleiben, in denen der Kernbereich unerwartet betroffen wird.<sup>94</sup> Der Gesetzgeber beschränkt sich lediglich auf eine verfahrensrechtliche Kontrolle mittels Durchsicht der Daten. Der Kernbereich privater Lebensgestaltung wird aber bereits durch die Kenntnisnahme berührt. Dies leuchtet ein, weil bereits mit dem Eindringen in den Kernbereich die Vertraulichkeit zerstört ist, die für die Entfaltung so sensibler Inhalte und Gedanken zwingend notwendig ist. Verfahrensrechtliche Absicherungen sind für den Betroffenen nicht mehr nachvollziehbar und können den Bruch der Vertraulichkeit nicht mehr heilen, zumal auch die Durchsicht der erhobenen Daten auf ihre Kernbereichsrelevanz durch eine staatliche Stelle geschieht. Vertraut jemand intime Details seinem Tagebuch an, wird seine Erwartung, dass diese Gedanken dort geheim bleiben, kaum weniger deshalb enttäuscht, weil nun ein Richter oder eine andere ihm unbekannt Person die Tagebuchdatei ohne seine Kenntnis durchliest, um kernbereichsrelevante Inhalte herauszufiltern.

---

<sup>90</sup> ähnlich *Thomas Böckenförde*, JZ 2008, 925 (934, Fn. 98); sehr klar *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1020 f.); ebenfalls *Möllers*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 K, S. 2; *Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 E, S. 4;

<sup>91</sup> so auch *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1020). Hingewiesen sei auch darauf, dass einem solchen Vorgehen im Hinblick auf Daten, die lediglich dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung unterliegen, kaum widersprochen werden könnte, wenn es bereits möglich sein soll, so im Rahmen spezieller Grundrechtsgewährleistungen zu agieren.

<sup>92</sup> BVerfGE 109, 279 (318); 113, 348 (391 f.); BVerfG NJW 2008, 822 (831)

<sup>93</sup> vgl. BVerfG NJW 2008, 822 (831, insb. Rz. 279, 281): „In solchen Fällen (...)“.

<sup>94</sup> *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1020).

Die Realität dürfte im Falle eigenverantwortlich genutzter Privatcomputer eher einen anderen Schluss zulassen, als es der Gesetzgeber getan hat: Es ist sogar wahrscheinlich, dass bei einem Zugriff auf diese Computer – auch – kernbereichsrelevante Informationen berührt werden. Diese typische Gemengelage muss daher dazu führen, dass von einer Infiltration eines solchen Rechners grundsätzlich Abstand zu nehmen ist.<sup>95</sup> Dies muss sich auch in der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage wieder finden.

**b.** Auch bei der Ausgestaltung der zweiten Stufe hält sich der Gesetzgeber nicht an die Vorgaben des Gerichts. Die Durchsicht muss zwingend durch eine unabhängige Stelle geschehen.<sup>96</sup> Sinn und Zweck einer Durchsicht gerade durch eine unabhängige Stelle muss es sein, dass aus kernbereichsrelevanten Inhalten keine Ermittlungsansätze gezogen werden und die Belastung für den Betroffenen möglichst gering gehalten wird<sup>97</sup>, die dadurch entsteht, dass überhaupt der Kernbereich privater Lebensgestaltung berührt wird.

Das Gesetz wählt hierzu ein Verfahren, an dem in jedem Einzelfall mindestens vier Personen beteiligt sind. Gemäß § 20k Abs. 7 S. 3 und 4 BKAG erfolgt die Auswertung durch den Datenschutzbeauftragten des Bundeskriminalamtes und zwei Beamte des Bundeskriminalamtes unter der Sachleitung des anordnenden Gerichtes. Diese Regelung wirft die Frage ihrer Bestimmtheit auf, da nicht erkennbar ist, was „Sachleitung“ bedeuten soll.

Misst man dieses Regelungsmodell an der Rechtsprechung des Gerichts und dem Zweck eines verfahrensrechtlichen Schutzes des Kernbereiches in der Auswertungsphase, wird sie diesem Maßstab nicht gerecht und ist daher mit Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar.<sup>98</sup> Die Regelung erlaubt die Durchsicht durch zwei Beamte des BKA, so dass nicht sichergestellt ist, dass diese hieraus keine Ermittlungsansätze ziehen. Es ist vom Gesetzgeber noch nicht einmal vorgesehen, dass die damit betrauten Beamten nicht gleichzeitig an den Ermittlungen beteiligt sind. Obliegt die erste Durchsicht der Staatsanwaltschaft, ist diese zumindest nicht selbst mit der Durchführung der Überwachung betraut. Soweit der Gesetzgeber verlangt, dass einer der Beamten die Befähigung zum Richteramt haben muss, kann dies nur auf einer Verwechslung von sachlicher Qualifikation und institutioneller Unabhängigkeit beruhen. Die besondere Bedeutung des Richters als verfahrensmäßige Absicherung des Grundrechtsschutzes beruht auf der Unabhängigkeit und Neutralität des Richters,<sup>99</sup> wie sie Art. 97 GG konstituiert. Die Unabhängigkeit des Richters ist durch seine institutionelle und persönliche Unabhängigkeit gegenüber der zu ermittelnden Behörde besonders groß. Gerade in diesem letzten Aspekt unterscheidet er sich auch von dem Datenschutzbeauftragten einer Behörde, der

---

<sup>95</sup> So auch *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1020 f.).

<sup>96</sup> So ausdrücklich die nach § 31 BVerfGG bindenden Senatsentscheidungen BVerfGE 109, 279 (334).

<sup>97</sup> vgl. BVerfGE NJW 2008, 822 (834).

<sup>98</sup> So i.E. auch *Poscher*, JZ 2009, 269 (276).

<sup>99</sup> Vgl. hierzu ausdrücklich BVerfG NJW 2008, 822 (832).

zwar in der Sache, aber nicht im gleichen Maße persönlich unabhängig ist. Durch die Kumulation der Beteiligten im Rahmen der Auswertungsverfahrens wird der Kernbereichsschutz darüber hinaus nicht verbessert, denn je mehr Personen daran beteiligt sind, desto mehr Personen nehmen von kernbereichsrelevanten Inhalten Kenntnis. Es wäre dem Gesetzgeber mit Blick auf die entsprechenden Regelungen in § 20h bzw. § 20i BKAG ein Leichtes gewesen auch hier das anordnende Gericht mit der Durchsicht zu befassen. Warum der Gesetzgeber dieses Regelungsmodell gewählt hat, dessen Ziel es offensichtlich ist, Beamten des BKA und gerade nicht dem Richter die Durchsicht zu übertragen, erschließt sich daher nicht.

c. § 20k Abs. 7 S. 7 und 8 BKAG sind mit Art. 1 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nicht vereinbar. Zur Begründung verweisen wir auf die Ausführungen zu den wortgleichen Regelungen in § 20h Abs. 5 S. 7 und 8 BKAG.

## V. § 20i BKAG (Telekommunikationsüberwachung)

1. Hinsichtlich **§ 20i Abs. 5 BKAG** verweisen wir auf unsere Ausführungen zu § 20h Abs. 4 BKAG.

2. **§ 20i Abs. 1 Nr. 2 BKAG** ist mit dem Bestimmtheitsgebot nicht vereinbar, da der Gesetzgeber konkretisiert, wann jemand eine Straftat im Sinne des § 4a Abs. 1 S. 2 BKAG vorbereitet.<sup>100</sup> Der Gesetzgeber verlangt keinen konkreten in der Entwicklung begriffenen Vorgang oder dessen Planung und gibt der Verwaltung auch keine Definition, welche Handlungen als Schritte zur Vorbereitung einer Straftat anzusehen sind.<sup>101</sup> Damit legt es der Gesetzgeber aber in die Hände der Verwaltung die Tatsachen und die zeitliche Nähe zu einer möglichen Straftatbegehung zu bestimmen, die eine derart schwere Maßnahme wie eine Telekommunikationsüberwachung rechtfertigen. Der Gesetzgeber ist jedoch verfassungsrechtlich verpflichtet, die Grenzen des Verwaltungshandelns selbst zu ziehen. Auch die richterliche Anordnung der Maßnahme kann diesen verfassungsrechtlichen Mangel daher nicht ausgleichen.<sup>102</sup>

3. Die Regelung zur Online-Telekommunikationsüberwachung (§ 20i Abs. 2 BKAG) verstößt gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Zwar werden auch hinsichtlich dieser Vorschrift die Vorgaben des Ersten Senates aus seinem Urteil vom 27. Februar 2008 übernommen; eine Überprüfung des Gesetzgebers, ob so ein Zugriff überhaupt möglich ist, hat jedoch nicht stattgefunden. Aufgrund der Aussagen der Sachverständigen, die in der mündlichen Verhandlung vor dem Ersten Senat am 10. Oktober 2007 ausgesagt haben, ist

---

<sup>100</sup> Hierzu bereits BVerfGE 113, 348 (378 f.) zu einer vergleichbaren Norm (§ 33a Abs. 1 Nr. 2 Nds.SOG) sowie *Poscher*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 J, S. 13 f.

<sup>101</sup> vgl. BVerfGE 113, 348 (378); 110, 33 (56 ff.).

<sup>102</sup> BVerfGE 113, 348 (378).

es nicht möglich, auf einen Rechner zuzugreifen und hierbei lediglich laufende Kommunikationsvorgänge abzuhören.<sup>103</sup> Damit hat der Gesetzgeber zwar eine hinreichende Eingriffsnorm geschaffen, legt aber die Frage der technischen Realisierbarkeit in die Hände der Verwaltung. Deren Entscheidung ist aufgrund der Heimlichkeit der Maßnahme nur in geringem Umfang überprüfbar. Ein Gesetz aber, das einen technisch unmöglichen Eingriff erlaubt, ist nicht geeignet, das mit dem Gesetz verfolgte Ziel zu erreichen. Zumal allein von der Existenz dieser Eingriffsnorm bereits ein Einschüchterungseffekt ausgehen kann, denn die Verwaltung kann von der Befugnis ebenfalls allein aufgrund ihrer Existenz – ob rechtmäßig oder nicht – Gebrauch machen.

4. Die Regelungen zum Schutze des Kernbereichs privater Lebensgestaltung in § 20l Abs. 6 BKAG verletzen Art. 1 Abs. 1 GG. Wir verweisen zur Begründung auf unsere Ausführungen zu § 20k Abs. 7 und § 20h Abs. 5 BKAG, welche wortgleiche Regelungen enthalten.

## VI. § 20u Abs. 1 BKAG

§ 20u Abs. 1 BKAG verstößt gegen Art. 1 Abs. 1 sowie Art. 3 Abs. 1 GG und ist daher mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.

1. § 20u Abs. 1 BKAG schützt die in Art. § 53 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 StPO genannten Berufsgeheimnisträger – Geistliche, Abgeordnete und Verteidiger – nur insoweit, wie sich die Maßnahme gegen sie selbst richtet. Dies ergibt sich aus der Begründung des Gesetzes sowie aus dem Vergleich mit § 20u Abs. 2 S. 1 („betroffen“). Für eine verfassungskonforme Auslegung ist daher kein Raum. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu:

„Maßnahmen, die sich gegen andere Personen – etwa einen Beschuldigten oder einen Dritten – richten, bleiben dagegen zulässig, und zwar auch dann, wenn nicht ausgeschlossen werden kann oder gar zu erwarten ist, dass möglicherweise auch die Kommunikation mit den vorgenannten Berufsgeheimnisträgern über vom Zeugnisverweigerungsrecht umfasste Inhalte betroffen sein wird.“<sup>104</sup> (Hervorhebung durch die Unterzeichner)

2. Diese Auffassung steht der Rechtsprechung des Gerichts zum Schutze des Kernbereichs privater Lebensgestaltung entgegen. Danach fallen Gespräche mit einem Geistlichen oder aber einem Strafverteidiger in den Kernbereich privater

---

<sup>103</sup> Hierzu auch *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1022). Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang im Übrigen, dass der Zugriff auf das Mikrofon eines Computers – ohne eine technische Veränderung des Zugriffs – auch die akustische Überwachung des Raumes, in dem sich der Computer befindet, erlaubt. Auch hierauf ist in der mündlichen Verhandlung hingewiesen worden.

<sup>104</sup> Bundestags-Drucksache 16/9588, S. 33.

Lebensgestaltung.<sup>105</sup> Ist aber ein Eingriff in den Kernbereich privater Lebensgestaltung wahrscheinlich oder aber gar absehbar, hat er zu unterbleiben.<sup>106</sup> Ferner kommt es nicht darauf an, gegen wen sich die Maßnahme richtet, durch die in den Kernbereich privater Lebensgestaltung eingegriffen wird.<sup>107</sup> Da sich eine Maßnahme in der Regel gegen einen Verdächtigen selbst richten wird, läuft der Schutz des § 20u Abs. 1 BKAG weitgehend leer. Ein Verwertungsverbot, wie es § 20u Abs. 1 S. 6 BKAG vorsieht, ist demgegenüber nur ein sekundärer und unzureichender Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung gegenüber dem primär zu gewährleistenden Erhebungsverbot.<sup>108</sup>

3. Vergleicht man die Norm darüber hinaus mit der Regelung des § 20u Abs. 2 BKAG, welche nach dem Willen des Gesetzgebers ein gegenüber § 20u Abs. 1 BKAG geringeres Schutzniveau etablieren soll, stellt sich § 20u Abs. 1 BKAG als gleichheitswidrig und damit als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG dar. Für eine Ungleichbehandlung beider Berufsgruppen gegenüber mittelbaren Eingriffen gibt es keinen erkennbaren Grund; ferner läuft die unterschiedliche Regelung dem angestrebten Regelungskonzept des § 20u BKAG entgegen und verstößt damit auch gegen das Gebot der Folgerichtigkeit.

4. Ferner rügen wir in diesem Zusammenhang, dass nach der Gesetzesbegründung sich nur Geistliche öffentlich-rechtlicher Religionsgemeinschaften auf den Schutz des § 20u Abs. 1 BKAG berufen können.<sup>109</sup> Diese Differenzierung ist nicht mit dem Grundgesetz vereinbar, da das Zeugnisverweigerungsrecht des Geistlichen in der Menschenwürde sowie der Glaubensfreiheit des Bürgers wurzelt<sup>110</sup> und unabhängig von der organisatorischen Ausgestaltung der Glaubensgemeinschaft ist.<sup>111</sup>

## VII. § 20u Abs. 2 BKAG (Zeugnisverweigerungsrecht)

§ 20u Abs. 2 BKAG ist mit Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG sowie mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht vereinbar, da die Regelung den in § 20u Abs. 2 BKAG genannten Berufsheimnisträgern – insbesondere Ärzten, Psychologen, Rechtsanwälten und Journalisten – nicht den gleichen Schutz einräumt wie anderen Berufsheimnisträgern (Verteidigern, Geistlichen und Abgeordneten, vgl. § 20u Abs. 1 BKAG). Ferner enthält § 20u Abs. 2 BKAG so unbestimmte

---

<sup>105</sup> BVerfGE 109, 279 (322 f.).

<sup>106</sup> BVerfGE 109, 279 (320).

<sup>107</sup> So auch VerfGH MV vom 18. Mai 2000 – Az. 5/98 – Rz. 172.

<sup>108</sup> Vgl. nur BVerfG NJW 2008, 822 (834).

<sup>109</sup> Bundestags-Drucksache 16/9588, S. 33.

<sup>110</sup> BVerfGE 109, 279 (322).

<sup>111</sup> vgl. hierzu auch die Stellungnahme von Möllers, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 K, S. 8.

Formulierungen, dass die Möglichkeit, Ziel eines Eingriffes zu werden, für die Grundrechtsträger nicht mehr voraussehbar ist.

## **1. Art. 1 Abs. 1 GG**

Durch § 20u Abs. 2 BKAG verletzt der Gesetzgeber die Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG, denn er ergreift keinerlei Maßnahmen zum Schutze des Kernbereiches privater Lebensgestaltung der Patienten und Mandanten der Beschwerdeführer.

**a.** In seiner Entscheidung zum Großen Lauschangriff hat das Bundesverfassungsgericht den Kernbereich privater Lebensgestaltung konturiert:

„Zur Entfaltung der Persönlichkeit im Kernbereich privater Lebensgestaltung gehört die Möglichkeit, innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art zum Ausdruck zu bringen, und zwar ohne Angst, dass staatliche Stellen dies überwachen. Vom Schutz umfasst sind auch Gefühlsäußerungen, Äußerungen des unbewussten Erlebens sowie Ausdrucksformen der Sexualität.“<sup>112</sup>

Ein staatlicher Eingriff muss danach unterbleiben, wenn er ein den Kernbereich betreffendes Vertrauensverhältnis berührt, und es keine konkreten Hinweise gibt, dass ein Gespräch nach seinem Inhalt einen unmittelbaren Bezug zu konkreten Straftaten aufweist.<sup>113</sup> Das Gericht hat darunter das Vertrauensverhältnis zu Familienmitgliedern und engsten Vertrauten gesehen, aber auch klargestellt, dass sich nicht zwingend aus §§ 52 und 53 StPO ein solches Vertrauensverhältnis ableiten lässt.<sup>114</sup> Das Gericht stellt fest, dass hierunter das Verhältnis zu einem Verteidiger<sup>115</sup>, dem Seelsorger und dem Arzt fallen können, nicht aber zu einem Journalisten und einem Abgeordneten.<sup>116</sup> Darüber hinausgehend hat das Gericht sich nicht geäußert.<sup>117</sup>

**b.** Ausgehend von dieser Definition fällt das Vertrauensverhältnis einiger der in § 20u Abs. 2 BKAG genannten Berufsgeheimnisträger in den Kernbereich privater Lebensgestaltung und ist daher absolut geschützt:

**aa.** Dies gilt nach der ausdrücklichen Auffassung des Gerichts für das Verhältnis gegenüber dem Arzt.<sup>118</sup> Sowohl Ärzte als auch Rechtsanwälte, aber auch Psychologen übernehmen ferner heute häufig eine quasi-seelsorgerische

---

<sup>112</sup> BVerfGE 109, 279 (313).

<sup>113</sup> BVerfGE 109, 279 (319 f.).

<sup>114</sup> BVerfGE 109, 279 (322). Dies wird in der Folge für § 52 mit Hinweis auf die Schutzrichtung der Norm ausgeführt.

<sup>115</sup> a.A. hierzu noch VerfGH MV vom 18.05.2000 – Az. 5/98 – Rz. 147 ff.

<sup>116</sup> BVerfGE 109, 279 (322 f.).

<sup>117</sup> BVerfGE 109, 279 (329); ebenfalls ausdrücklich offen gelassen im Verfahren über den Erlass einer Einstweiligen Anordnung BVerfG vom 15. Oktober 2008 – Az. 2 BvR 236/08 und 2 BvR 237/08 – Rz. 137.

<sup>118</sup> BVerfGE 109, 279 (332 f.).

Tätigkeit.<sup>119</sup> Im Falle von Ärzten, die in unmittelbarem Kontakt mit einem Patienten stehen, aber auch bei Psychologen ist es offensichtlich, dass Inhalt des Gespräches höchstpersönliche Erfahrungen, innere Vorgänge, sexuelle Bedürfnisse und Erlebnisse sein können. Dies liegt bei Fachärzten der Psychiatrie und Neurologie ebenso wie bei Psychologen auf der Hand, weil Gegenstand der Behandlung gerade der seelische Zustand und die Persönlichkeit des Patienten sind. In vielen Fällen wird ein Patient z.B. bei seelischen Problemen das Gespräch mit seinem Hausarzt oder einem anderen ihm vertrauten Mediziner suchen – sei es, damit dieser ihn an einen Spezialisten verweist, sei es damit er physische Ursachen ausschließt, weil er zu dieser Person besonderes Vertrauen hat oder ihm hinsichtlich des spezifischen Problems helfen kann (z.B. dem Umgang mit einer Krankheitsdiagnose). Die Beispiele lassen sich aber auch für die Behandlung physisch bedingter Krankheiten fortsetzen, denn auch dies kann die Offenbarung höchstpersönlicher Inhalte notwendig machen (etwa sexueller Gewohnheiten im Falle von Geschlechts- und Infektionskrankheiten).

**bb.** Auch die Tätigkeit eines Rechtsanwaltes berührt kernbereichsrelevante Informationen, etwa im Rahmen eines familien- oder betreuungsrechtlichen Mandates.

Ferner stellt sich die Frage, inwieweit überhaupt der Strafverteidiger durch die Regelung geschützt ist, denn § 20u Abs. 1 S. 1 BKAG verweist auf § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO, der den Verteidiger nennt. Es ist unklar in der Literatur, ob dies nur den Verteidiger erfasst, der nicht Rechtsanwalt ist, also etwa einen Hochschullehrer, oder auch Rechtsanwälte.<sup>120</sup>

Selbst wenn man annähme, dass § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO den Verteidiger im funktionellen Sinne erfasst, stellt sich die Frage, wie diese Funktion abzugrenzen ist. Hängt sie von einem laufenden Ermittlungsverfahren ab? Einer konkreten Straftat? Dies regelt das Gesetz nicht, obwohl es daran erhebliche Folgen für den Schutz der Vertraulichkeit knüpft. Die Verteidigerstellung kann aber auch nicht sinnvoll gegenüber sonstiger anwaltlicher Tätigkeit abgegrenzt werden, weshalb sich eine Differenzierung zwischen Verteidigern und der übrigen anwaltlichen Tätigkeit verbietet. So ist es beispielsweise zu Beginn eines Mandates weder für den Anwalt noch den Mandanten klar, ob sich aus einer zivilrechtlichen Beratung nicht auch eine strafrechtliche entwickelt. Gerade im wirtschaftsrechtlichen Bereich überschneiden sich zivil- und strafrechtliche Fragen häufig. Zudem wird sich ein Mandat einer Person, gegen den ein Verdacht wegen eines Bezuges zum internationalen Terrorismus besteht, häufig oder regelmäßig zu irgendeinem Zeitpunkt auch strafrechtliche Aspekte zum Inhalt haben.

---

<sup>119</sup> BRAK-Stellungnahme Nr. 31/2007, S. 17 (zur Novelle der StPO).

<sup>120</sup> Vgl. nur *Meyer-Göfner*, Strafprozessordnung, 48. Auflage (2005), § 53, Rn. 13 m.w.N.

Beispiele: Ist eine Gesellschaft in der Krise, stellen sich immer Fragen der strafrechtlichen Beurteilung im Hinblick Insolvenzstraftaten oder Straftatbestände nach dem GmbHG oder AktG. Sogar eine öffentliche Übernahme bringt (kapitalmarkt-) strafrechtliche Fragen mit sich. Ferner knüpfen die „Antiterrorismus-Verordnungen“ der Europäischen Gemeinschaft strafrechtliche Folgen an Geschäftskontakte zu terrorverdächtigen Organisationen.<sup>121</sup> Ähnliche Fragen stellen sich im Kontext von Finanzsanktionen.<sup>122</sup> Einen Berührungspunkt zwischen Terrorismus und wirtschaftsrechtlicher Beratung zeigt sich ferner im Bereich der Terrorismusfinanzierung, einer Unterstützungshandlung gemäß § 129a Abs. 1 StGB bzw. Beihilfehandlung zu einer der in § 4a Abs. 1 S. 2 BKAG in Bezug genommenen Straftaten. Hier werden häufig komplizierte gesellschaftsrechtliche Modelle gewählt, um Zahlungsströme zu verschleiern, ohne dass dieser Zweck für die Rechtsanwälte, die diese Konstruktionen entwerfen, einen erkennbar strafrechtlichen Hintergrund hätte.

Die strafrechtliche Beratung im Vorfeld eines Ermittlungsverfahrens kann zudem nicht anders behandelt werden als die Verteidigung in einem Strafprozess, denn bereits in dieser Phase muss ein Mandant beraten werden, um eine strafbare Handlung zu vermeiden, soweit noch möglich einen Rücktritt oder eine Reuehandlung durchzuführen oder aber eine Selbstanzeige in die Wege zu leiten. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die Situation von Steuerberatern und steuerrechtlich tätigen Rechtsanwälten, deren Tätigkeit ganz wesentlich auch die Beratung bei der Selbstanzeige umfasst.<sup>123</sup>

Vollständig unverständlich wird die Differenzierung im Falle einer Sozietät, in der ein Mandant von einem Sozius strafrechtlich, von einem anderen aber schwerpunktmäßig zivilrechtlich beraten wird. Muss er sich gegenüber dem einen in stärkerer Zurückhaltung üben als gegenüber dem anderen? Sind die über einen Mandaten in der Kanzlei meist in einer Akte aufbewahrten Informationen je nach dem rechtlichen Kontext unterschiedlich zu behandeln?

**cc.** Schließlich ist aber auch zu berücksichtigen, dass in einer Gesellschaft, die sich mehrheitlich immer stärker von den institutionellen Kirchen entfernt, Berufsgeheimnisträger häufig die Funktion kirchlicher Seelsorge übernehmen. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen gerade die eigenen Familienangehörigen und engsten Freunden, mit denen das Gespräch vom Kernbereich privater Lebensgestaltung erfasst wird, keine geeigneten Gesprächspartner sind, sei es weil sie nicht vorhanden sind, sei es weil der Bürger gerade ein Gespräch über höchstpersönliche Inhalte mit einem externen Dritten sucht oder weil es sich selbst seinen engsten Vertrauten nicht offenbaren kann oder will. Der Betroffene wendet sich aber gerade an einen dieser Berufsgeheimnisträger, weil ihnen aufgrund ihrer beruflichen und

---

<sup>121</sup> vgl. hierzu *Schlarmann/Spiegel*, NJW 2007, 870 ff.

<sup>122</sup> vgl. hierzu *Hartmann*, KJ 2007, 2 ff.; *Ohler*, Die Verwaltung 2008, 405 ff.

<sup>123</sup> Für die entsprechenden Situation im Rahmen der Tätigkeit eines Steuerberaters siehe *Fahr*, DStR 2008, 375 (379 f.).

ethischen Regeln ein hohes Maß an Respekt und Vertrauen entgegengebracht wird. Dieses Vertrauen liegt aber auch darin begründet, dass sie verpflichtet sind, dass Erfahrene nicht preiszugeben. Mit dem fortschreitenden Abbau des Schutzes der Vertraulichkeit zwischen Mandant und Anwalt bzw. Arzt und Patient schwindet daher auch das Vertrauen, das notwendig ist, höchstpersönliche Inhalte diesen Personen zu offenbaren.

c. Selbst wenn nicht alle Inhalte des Verhältnisses zwischen einem Arzt und seinen Patienten bzw. einem Anwalt und seinen Mandanten im Einzelfall dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sein sollten, wird dies in vielen Situationen der Fall sein. Im Interesse der Effektivität des Schutzes der unantastbaren Menschenwürde, aus welcher sich der Schutz des Kernbereiches privater Lebensgestaltung legitimiert, muss daher davon ausgegangen werden, dass Maßnahmen, welche diese Vertrauensbeziehungen betreffen, dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen sind. Ist dies aber wahrscheinlich, muss eine solche Maßnahme unterbleiben – wenn nicht konkrete Tatsachen im Einzelfall auf etwas anderes hinweisen.<sup>124</sup> Da es sich um einen typischen und daher absehbaren Konflikt zwischen Ermittlungsinteressen und dem Schutz der Menschenwürde handelt, muss der Gesetzgeber selbst gesetzliche Maßnahmen zu ihrem Schutz ergreifen.<sup>125</sup>

d. Die Bedeutung dieser Verletzung der Menschenwürde wird auch nicht durch maßnahmespezifische Regelungen zum Schutze des Kernbereichs privater Lebensgestaltung gemildert, denn diese berücksichtigen die besondere Situation von Berufsgeheimnistägern nicht ausdrücklich.

## **2. Gebot der Normenklarheit und Bestimmtheitsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG)**

§ 20u Abs. 2 BKAG verstößt gegen das Bestimmtheitsgebot und das Gebot der Normenklarheit, da der Gesetzgeber die Erhebung von Informationen, über die eine Person nach § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 bis 3b oder Nr. 5 StPO die Aussage verweigern dürfte, zulässt sofern sie verhältnismäßig sind und als Abwägungskriterien lediglich das Interesse an der Geheimhaltung der dieser Person anvertrauten Informationen und das Interesse der Allgemeinheit an den durch diese Person wahrgenommen Aufgaben kodifiziert.

Zweck des Bestimmtheitsgebotes ist zum einen, dass sich der Bürger auf eine mögliche belastende Maßnahme einstellen kann, sie also für ihn voraussehbar ist. Zum anderen muss die Norm hinreichend klar sein, um die Verwaltung und ihr Handeln zu binden, da die Freiheit des Bürgers durch den Gesetzgeber

---

<sup>124</sup> BVerfGE 109, 279 (320).

<sup>125</sup> BVerfGE 112, 304 (318).

selbst begrenzt werden muss und nicht einseitig in das Ermessen der Verwaltung gestellt werden darf.<sup>126</sup>

**a.** Der Gesetzgeber legt hier zwar zwei bei der Ermessensausübung zu berücksichtigende Gesichtspunkte fest, verzichtet aber im übrigen auf weitere Tatbestandsmerkmale oder ermessensleitende Regelungen, welche ohne weiteres möglich wären und den Betroffenen ein größeres Maß an Voraussehbarkeit erlauben würden (vgl. nur § 160a Abs. 2 2. HS StPO). Der Gesetzgeber kombiniert hier vielmehr mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe.<sup>127</sup>

**b.** Der Gesetzgeber darf seine Bemühungen zur Konkretisierung der Eingriffsvoraussetzungen nicht in einer Kodifikation des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erschöpfen.<sup>128</sup> Es kommt nicht darauf an, mit wem die Kommunikation erfolgt, entscheidend ist vielmehr die Erforderlichkeit zur Gefahrenabwehr. Eine Differenzierung auf tatbestandlicher Ebene erfolgt nicht; Eingriffe in die Tätigkeit von Berufsgeheimnisträgern werden nicht anders behandelt als Eingriffe in die Grundrechte sonstiger Personen. Zudem erweist sich gerade im Bereich der Terrorismusabwehr die Verhältnismäßigkeit als eine praktisch nicht besonders wirksame Schranke.<sup>129</sup> Schließlich finden in den gesetzlichen Voraussetzungen auch nicht alle zwingend zu berücksichtigenden Gesichtspunkte wieder: Unerwähnt bleibt das Interesse des Berufsgeheimnisträgers an der freien Ausübung seines Berufes, die ihm Art. 12 Abs. 1 GG erlaubt. Diese ist nicht nur hinsichtlich seines Mandats- bzw. Patientenverhältnisses zu einer Person berührt, die in einem nicht näher definierten Zusammenhang mit einer Gefahr im Sinne des BKAG steht, sondern auch im Verhältnis zu allen anderen Patienten, Mandanten und Gesprächspartnern. Er kann ihnen nicht zusichern, dass das Gespräch vertraulich bleiben wird, weil er nicht abschätzen kann, ob nach Meinung des BKA eine Überwachung nach § 20u Abs. 2 BKAG zulässig ist.

Zudem differenziert die Norm nicht nach der Schwere des Eingriffs, sondern behandelt alle staatlichen Informationseingriffe gleich. Anders als der Gesetzgeber in der StPO (vgl. § 100c Abs. 6 StPO) trifft er hier keine Differenzierung nach der Art und Schwere des Eingriffs, sondern überlässt auch diese Einschätzung der Exekutive.

**c.** Schließlich ist die Abgrenzung zwischen Rechtsanwälten und Verteidigern – wie bereits dargelegt – für die Normadressaten nicht nachvollziehbar und daher zu unbestimmt.

---

<sup>126</sup> vgl. zum Ganzen BVerfGE 113, 348 (375 ff.) m.w.N.

<sup>127</sup> Stellungnahme von *Gusy*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 A, S. 13 f.

<sup>128</sup> Noch weitergehend *Ignor*, NJW 2007, 3403 (3405), der in der Kodifikation einer verfassungsrechtlichen Selbstverständlichkeit einen Rückschritt sieht, der zu formelhaften Scheinbegründungen geradezu einlade.

<sup>129</sup> vgl. zur Kritik *Poscher*, Die Verwaltung 2008, 345 (349) m.w.N.

### 3. Art. 12 Abs. 1 GG

Die anwaltlich, ärztlich und psychotherapeutisch tätigen Beschwerdeführer werden durch die Regelung – unabhängig von einem nicht zu rechtfertigenden Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG – in ihrer freien Berufsausübung, Art. 12 Abs. 1, verletzt.

#### a) Rechtsanwälte

Die anwaltliche Tätigkeit erfolgt nicht nur im Rahmen der Ausübung seiner Berufsfreiheit, sondern darüber hinaus auch im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und geordneten Rechtspflege;<sup>130</sup> diese besondere Stellung hat das Bundesverfassungsgericht unter der fundamentalen objektiven Bedeutung der „freien Advokatur“ zusammengefasst.<sup>131</sup> Eine Differenzierung zwischen der rechtsanwaltlichen Tätigkeit als Strafverteidiger und seiner übrigen beruflichen Tätigkeit ist der Rechtsprechung des Gerichts daher fremd. Dies entspricht auch dem Selbstverständnis der Anwaltschaft (vgl. § 1 Abs. 2 und 3 BORA); danach sichert die Tätigkeit des Rechtsanwaltes die Teilhabe des Bürgers am Recht, dient dadurch der Verwirklichung des Rechtsstaates und schützt den Bürger vor verfassungswidrigen Beeinträchtigungen und staatlichen Machtüberschreitungen. Voraussetzung dieser Tätigkeit ist jedoch eine Vertrauensbeziehung zwischen Rechtsanwalt und Mandant, die zumindest dann nicht mehr gewährleistet ist, wenn heimliche Überwachungsmaßnahmen diese Vertraulichkeit gefährden.<sup>132</sup> Darüber hinaus können Maßnahmen gegen einen Rechtsanwalt schwere Folgen für dessen berufliche Entfaltung haben: Bereits die potentielle Kenntnis staatlicher Stellen von Informationen, die im Rahmen der Vertrauensbeziehung zwischen Mandant und Rechtsanwalt offenbart wurden, könnte Mandanten davon abhalten, sich an diesen Rechtsanwalt oder Arzt zu wenden oder aber ein bestehendes Patienten- bzw. Mandatsverhältnis zu kündigen.<sup>133</sup> Diese Beschränkung kann so schwerwiegende Folgen für den Rechtsanwalt haben, dass sie nicht mehr als reine Berufsausübungsregelung einzustufen ist, sondern ihn geradezu aus dem Beruf drängen kann, mithin also einer Berufszugangsregelung ähneln kann.

#### b) Ärzte

Das Gericht hat auch die besonders hohe Bedeutung der Vertraulichkeit eines Arztes mit seinem Patienten betont. Danach ist das Vertrauensverhältnis Grundvoraussetzung ärztlichen Wirkens.<sup>134</sup> Die Gewährleistung dieser Vertraulichkeit schützt daher nicht nur das allgemeine Persönlichkeitsrecht und Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten, sondern auch die Grundlage der freien Berufsausübung des Arztes im Sinne des Art. 12 Abs. 1

---

<sup>130</sup> BVerfG NJW 2007, 2749 (2750 f.); NJW 2007, 2752 (2753).

<sup>131</sup> BVerfG NJW 2007, 2749 (2751); BVerfGE 63, 266 (282).

<sup>132</sup> vgl. nur BVerfG NJW 2007, 2749 (2751) für eine Telefonüberwachung;

<sup>133</sup> BVerfG NJW 2007, 2749 (2751).

<sup>134</sup> BVerfG vom 06. Juni 2006 – Az. 2 BvR 1349/05 – Rz. 32 f. m.w.N.

GG. Zu den Auswirkungen auf die Berufsausübung verweisen wir auf die Ausführungen zu den Folgen für Rechtsanwälte.

### **c) Psychologische Psychotherapeuten**

Die Vertraulichkeit des Verhältnisses eines psychologischen Psychotherapeuten zu seinem Patienten ist hierfür konstitutiv, denn der psychotherapeutische Heilberuf ist wesentlich auf das Konzept „absoluter Vertraulichkeit“ und „absoluter Diskretion“ angewiesen. Psychische Leiden sind oft mit großer Scham und Schuldgefühlen verbunden. Die absolute Vertraulichkeit des Gespräches mit einem psychologischen Psychotherapeuten ist die Vorbedingung dafür, dass ein Mensch sich öffnen kann und sich offenbaren kann. Die Erleichterung etwas Belastendes jemandem mit bewusster Aufrichtigkeit erzählt zu haben ist an sich schon ein psychologischer Wirkfaktor und damit wichtiger Teil der Therapie. Zu dieser bewussten Aufrichtigkeit auf der Seite des Patienten kann es nur kommen, wenn sie auf der Seite des Therapeuten mit absoluter Vertraulichkeit beantwortet werden kann, die man auch einem Seelsorger zugesteht. Anderenfalls wäre es weder fachlich noch ethisch verantwortbar, vom Patienten absolute Aufrichtigkeit zu fordern. Die Forderung nach völliger Aufrichtigkeit als Voraussetzung des therapeutischen Prozesses einer psychoanalytisch psychotherapeutischen Behandlung gilt daher bis heute als bewegendes Motiv des psychoanalytischen Prozesses und wesentliches Moment für eine wirksame therapeutische Beziehung, wie sich sowohl in der wissenschaftlichen Literatur zur psychotherapeutischen Behandlung sowie den entsprechenden berufsrechtlichen Vorschriften widerspiegelt. Zwingend für den Behandlungserfolg und damit die berufliche Tätigkeit eines psychologischen Psychotherapeuten ist, dass sich zu seinem Patienten eine dynamische Vertrauensbeziehung aufbauen kann. Diese geht über das Anvertrauen bestimmter Tatsachen noch weit hinaus; vielmehr vertraut sich der Patient als Person dem Therapeuten an. Kommt es zu einer Aushöhlung der behandlungstechnischen Diskretion, bedeutet dies eine Behinderung oder gar Beendigung der Berufstätigkeit des Therapeuten.

### **4. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG**

Die Regelung des § 20u Abs. 2 gewährleistet ferner nicht im ausreichenden Maße die Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG).

a. Die Freiheit der Presse ist im Interesse freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung gewährleistet. Ihr kommt für die Demokratie konstituierende Bedeutung zu, denn sie erfüllt durch die Vermittlung von Informationen eine wesentliche Funktion für die demokratische Willensbildung.<sup>135</sup> Der Journalist ist daher nicht nur um seiner eigenen Freiheit willen, sondern auch aufgrund der hohen verfassungsrechtlichen Bedeutung der freien Presse als Institution

---

<sup>135</sup> BVerfG vom 27. Februar 2007 – Az. 1 BvR 538/06 und 1 BvR 2045/06 – Rz. 42 („Cicero“).

durch das Grundgesetz besonders geschützt.<sup>136</sup> Journalisten dürfen nicht aufgrund ihres Berufes schlechter stehen als andere Grundrechtsträger oder als Nachrichtenmittler angesehen werden, weil sie über einen Sachverhalt recherchieren.<sup>137</sup>

Der Schutz durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG umfasst auch die Funktionsvoraussetzungen der freien Presse und insbesondere das Vertrauensverhältnis eines Informanten zu einem Journalisten.<sup>138</sup> Der freie Informationsfluss zwischen Journalist und Informant ist bereits dann gefährdet, wenn der Informant durch die Kontaktaufnahme zu einem Journalisten Schwierigkeiten befürchtet muss oder damit rechnen muss, dass die Geheimhaltung seiner Identität aufgehoben wird.<sup>139</sup> Daneben kommt zusätzlich dem Redaktionsgeheimnis eine eigenständige Bedeutung zu.<sup>140</sup> Das Redaktionsgeheimnis schützt nicht nur Dokumente, sondern auch die freie Rede und Kommunikation in der Redaktion<sup>141</sup> oder über Telekommunikationseinrichtungen.<sup>142</sup> Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass an der Erstellung einer Sendung oder eines Beitrages nicht nur ein Journalist, sondern viele Personen beteiligt sind. So ist es – gerade im Falle politisch sensibler Themen – notwendig, dass sich ein Journalist mit Kollegen, dem Redakteur, dem Chefredakteur und dem Verleger bzw. Herausgeber abstimmt und ihnen gegenüber auch seine Quellen offen legen kann, ohne befürchten zu müssen, dass die Vertraulichkeit, die er dem Informanten zugesichert hat, im Rahmen dieser Gespräche nicht mehr geschützt ist. Dementsprechend hindert die Pressefreiheit staatliche Stellen, sich auch einen Einblick in die Vorgänge zu verschaffen, welche zur Entstehung einer Zeitung, Zeitschrift oder einer Sendung führen.<sup>143</sup>

**b.** Die Pressefreiheit kann zwar durch allgemeine Gesetze im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG eingeschränkt werden. Allerdings muss auch im Rahmen der allgemeinen Gesetze der Schutzgehalt des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG berücksichtigt werden; die Pressefreiheit und das allgemeine Gesetz treten daher in eine Wechselwirkung, um der Pressefreiheit den notwendigen Raum zu gewährleisten und sicherzustellen, dass das Rechtsgut, auf dessen Schutz das allgemeine Gesetz zielt, zumindest gegenüber der Pressefreiheit gleichwertig ist.<sup>144</sup> Das Gericht hat sogar im Falle einer Maßnahme, die sich gegen einen

---

<sup>136</sup> Vgl. BVerfGE 109, 279 (323).

<sup>137</sup> BVerfGE 107, 299 (336).

<sup>138</sup> BVerfG vom 27. Februar 2007 – Az. 1 BvR 538/06 und 1 BvR 2045/06 – Rz. 42 („Cicero“); BVerfGE 100, 313 (365).

<sup>139</sup> BVerfGE 107, 299 (331).

<sup>140</sup> BVerfG vom 27. Februar 2007 – Az. 1 BvR 538/06 und 1 BvR 2045/06 – Rz. 44 („Cicero“); BVerfGE 107, 299 (331).

<sup>141</sup> BVerfG NJW 1984, 1741 (1742).

<sup>142</sup> Neben Art. 10 Abs. 1 GG kommt Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG eine eigenständige Bedeutung zu, so dass der Schutzbereich der Pressefreiheit neben dem Fernmeldegeheimnis eröffnet ist, vgl. BVerfGE 103, 299 (329).

<sup>143</sup> BVerfGE 103, 299 (330).

<sup>144</sup> BVerfGE 20, 162 (176 f.).

Journalisten als Beschuldigten richtete, dem staatlichen Zugriff auf Informationen, die ein Journalist im Rahmen seiner Tätigkeit gesammelt hat, (einschließlich der Kontakte zu seinen Informanten) Grenzen gesetzt.<sup>145</sup> Danach darf z.B. kein Zugriff ausschließlich mit Ziel der Ermittlung des Informanten erfolgen.<sup>146</sup>

Die Pressefreiheit verpflichtet den Gesetzgeber aber auch, selbst die Anlässe und die Reichweite der Freistellung der Träger der Pressefreiheit von Ermittlungsmaßnahmen festzulegen.<sup>147</sup> Es ist Ausfluss der Verpflichtung des Staates, gesetzliche Rahmenbedingungen für die Existenz freiheitlicher Medien zu schaffen,<sup>148</sup> dass er daher die Abwägungsentscheidungen zwischen der Pressefreiheit und dem Schutz anderer Rechtsgüter selbst treffen muss. Dies hat der Gesetzgeber, wie bereits dargelegt, durch § 20u Abs. 2 BKAG nicht getan. Zwar verlangt das Grundgesetz keine Sonderregelungen für die Presse; es ist aber zumindest notwendig, dass den Anforderungen der Pressefreiheit dann bereits durch die tatbestandlichen Voraussetzungen der allgemeinen Regelungen Rechnung getragen worden.<sup>149</sup> In diesem Fall bleibt es nämlich nicht der Verwaltung überlassen den Schutz der Pressefreiheit zu konkretisieren, sondern dies ist bereits durch den Gesetzgeber geschehen. § 20u Abs. 2 BKAG enthält solche gesetzlichen Wertungen nicht, sondern eine rudimentäre Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und legt daher die Abwägung zwischen der Pressefreiheit und dem Schutz vor bestimmten Gefahren in die Hände der Verwaltung, obwohl nicht alle Befugnisse des BKAG, welche das BKAG zur Verfügung stellt, Rechtsgüter von solchem Gewicht schützen und ausreichend tatbestandliche Hürden enthalten, dass sie einen Eingriff in die Pressefreiheit rechtfertigen können.

Aufgrund des vom Gesetzgeber vorgegebenen Abwägungskriteriums des Interesses der Allgemeinheit an der Tätigkeit des Berufsgeheimnisträgers besteht die Gefahr, dass in die Abwägung Werturteile über den Inhalt oder die Art des Journalismus (seriös/unseriös; politisch/unterhaltend) in die Abwägung einfließen.<sup>150</sup> Ein solches staatliches Urteil wäre aber mit der Pressefreiheit nicht vereinbar.<sup>151</sup>

## 5. Verhältnismäßigkeit

Angesichts der Schwere des Eingriffs und der betroffenen Grundrechte genügt die Regelung nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, insbesondere dem

---

<sup>145</sup> BVerfG vom 27. Februar 2007 – Az. 1 BvR 538/06 und 1 BvR 2045/06 – Rz. 53 und 61 („Cicero“).

<sup>146</sup> BVerfG vom 27. Februar 2007 – Az. 1 BvR 538/06 und 1 BvR 2045/06 – Rz. 61 („Cicero“).

<sup>147</sup> BVerfGE 103, 299 (333).

<sup>148</sup> BVerfGE 80, 124 (133).

<sup>149</sup> BVerfGE 103, 299 (334).

<sup>150</sup> Gemeinsame Stellungnahme *ARD, BZDV, DJV* u.a. zum Entwurf des BKAG, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 471, S. 6.

<sup>151</sup> BVerfGE 101, 361 (389); BVerfG vom 22. Februar 2008 – 1 BvR 1602/07 – Rz. 67.

Erfordernis der Angemessenheit der Regelung. Angemessen ist nämlich nur ein Freiheitseingriff, der nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der rechtfertigenden Gründe steht.<sup>152</sup> Dies kann, wie das Gericht in seiner Entscheidung zur Rasterfahndung klargestellt hat, dazu führen, dass Maßnahmen, die durchaus geeignet und erforderlich zum Schutze eines Rechtsgutes sind, trotzdem unterbleiben müssen.<sup>153</sup>

**a.** Zweck der Regelung ist die Terrorismusbekämpfung und der Schutz hochwertiger Rechtsgüter. Allerdings ist der zusätzliche Schutz, der durch diese Regelung erreicht wird, höchst fraglich. Zum einen ist nicht dargelegt worden, dass Informationen aus Gesprächen mit den in § 20u Abs. 2 genannten Vertrauenspersonen zu der Verhinderung eines Anschlages notwendig gewesen wären. Der Gesetzgeber zeigt nur ein allgemeines Misstrauen, auf bestimmte Informationen nicht zugreifen zu können. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass auch Berufsgeheimnisträger im Rahmen der §§ 138 f. StGB zur Anzeige geplanter Straftaten verpflichtet. Beteiligt er sich sogar selbst an der Vorbereitung einer Straftat oder Gefahr, unterliegt er der Verstrickungsvorschrift des § 20u Abs. 4 BKAG. Der angebliche Sicherheitsgewinn gegenüber diesen weitaus mildereren Regelungen ist nicht dargelegt worden. §§ 138 f. StGB sind insoweit eine weniger einschneidende Regelung, als die Beurteilung der ihm mitgeteilten Informationen in der Hand des Berufsgeheimnisträgers selbst liegt und nicht in dem nur vage ausgestalteten Ermessen einer heimlichen handelnden Behörde.

**b.** Demgegenüber überwiegt die Schwere des Eingriffs durch diese Regelungen, welche durch eine Anzahl spezifischer Faktoren verstärkt wird.

**aa.** Die besondere Schwere des Eingriffs ergibt sich zunächst aus den betroffenen Grundrechten, insbesondere der Berufs- und der Pressefreiheit. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang ferner die besondere Bedeutung, welche diese Berufe für das Funktionieren des Rechtsstaates, der Demokratie und das Leben der Bürger haben. Durch die Maßnahmen können ferner eine Vielzahl von Bürgern betroffen werden, die sich an diese Berufsgeheimnisträger wenden und ihnen im Gefühl vermeintlicher Vertraulichkeit Informationen anvertrauen.

**bb.** Von der Maßnahme geht ferner ein Abschreckungseffekt aus, der z.B. Informanten bereits in der Phase ihrer eigenen Entscheidungsfindung davon abhalten wird, sich an einen Journalisten zu wenden.

**cc.** Erschwerend wirkt sich ferner die Unbestimmtheit des § 20u Abs. 2 BKAG aus. Denn je ungenauer eine Norm die Ziele und Voraussetzungen festlegt, desto größer ist die Gefahr unverhältnismäßiger Entscheidungen im

---

<sup>152</sup> BVerfGE 115, 320 (345 f.) m.w.N.

<sup>153</sup> BVerfGE 115, 320 (345 f.).

Einzelfall.<sup>154</sup> Dies gilt erst recht, wenn – wie wir zu § 20w BKAG im Einzelnen darlegen werden – eine effektive und zeitnahe gerichtliche Überprüfung vielfach nicht stattfinden wird, da von einer Benachrichtigung im großen Umfang abgesehen werden kann.<sup>155</sup>

#### **6. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG**

Nimmt man nicht schon an, dass die Informationen zum Kernbereich privater Lebensgestaltung des Mandanten oder Patienten gehören, verletzen Maßnahmen, die Inhalte betreffen, die Mandanten, Patienten oder Informanten im Rahmen eines Vertrauensverhältnis zu einem Berufsgeheimnisträger offenbart haben, ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Zum einen ist die Eingriffsgrundlage nicht bereichsspezifisch genügend bestimmt; zum anderen verstößt die Maßnahme aus den dargelegten Gründen gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip.

#### **7. Art. 3 Abs. 1 GG**

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass die Differenzierungen zwischen Anwälten und Verteidigern willkürlich ist. Sie verstößt daher ebenfalls gegen Art. 3 Abs. 1 GG, der es gebietet, gleiche Sachverhalte gleich zu behandeln und nicht nach sachfremden Kriterien zu differenzieren.

### **VIII. § 20c Abs. 3 BKAG**

Gemäß § 20c Abs. 3 S. 2 BKAG sind auch Auskunftsverweigerungsberechtigte, die nicht unter die in § 20c Abs. 3 S. 3 BKAG genannten Gruppen fallen, somit also keine Geistlichen, Verteidiger oder Abgeordneten sind, zur Auskunft verpflichtet, sofern dies zur Abwehr einer Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Staates oder Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist. Hierdurch werden sie verpflichtet, unter Umständen auch Informationen preiszugeben, die ihnen im Rahmen eines besonders geschützten Vertrauensverhältnisses offenbart worden sind. Diese Regelung betrifft – wie bereits § 20u Abs. 2 BKAG – vor allem Rechtsanwälte, Ärzte, Psychologen und Journalisten, die ihren Patienten, Mandanten und Informanten nicht mehr zusichern können, dass sie die ihnen anvertrauten Informationen nicht offenbaren werden.

Diese Regelung verletzt ebenso wie § 20u Abs. 2 BKAG Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 S. 2 und Art. 12 Abs. 1

---

<sup>154</sup> BVerfGE 113, 348 (385 f.); vgl. auch *Fahr*, DStR 2008, 375 (378); *Ignor*, NJW 2007, 3403 (3404) und zur entsprechenden Regelung in der StPO *Ignor*, NJW 2007, 3403 (3404).

<sup>155</sup> Vgl. BVerfGE 113, 348 (384, 389 f.).

GG.<sup>156</sup> Wir verweisen zunächst auf unsere Ausführungen zu § 20u Abs. 2 BKAG.

Zudem hat das Gericht im Falle von Journalisten entschieden, dass der Informantenschutz auch bei der Strafverfolgung schwerer Straftaten insoweit gewährleistet ist, als er einer aktiven Mitwirkung des Journalisten an der Aufdeckung der Identität seines Informanten entgegensteht.<sup>157</sup> Dies muss auch im präventiven Bereich gelten, zumal sich die Bereiche der Prävention und der Repression immer weiter überschneiden.

Der Eingriff ist auch als ebenso schwer zu bewerten wie die heimliche Überwachung des Gespräches zwischen der Zielperson und ihrer Vertrauensperson, denn der Gesetzgeber zwingt den Rechtsanwalt, Arzt oder Journalisten hier zu einem offenen Vertrauensbruch. § 20c Abs. 3 S. 2 BKAG unterscheidet sich im Ansatz auch von §§ 138, 139 Abs. 3 und 4 StGB, wonach sich auch für einen Berufsheimnisträger eine Anzeigepflicht ergeben kann. §§ 138 f. StGB lassen den Berufsheimnisträger die Einschätzung treffen, ob eine Information für die Gefahrenabwehr relevant sein kann, § 20c Abs. 3 S. 2 BKAG überlässt diese Einschätzung dem BKA, das ggf. die Antwort erzwingen kann.

## **IX. § 14 Abs. 1 BKAG**

§ 14 Abs. 1 BKAG ist nicht mit Art. 2 Abs. 1 in seiner Ausprägung als Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme sowie Art. 10 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 GG vereinbar.<sup>158</sup>

1. § 14 Abs. 1 BKAG erlaubt die Übermittlung von personenbezogenen Informationen an ausländische Behörden. Diese Vorschrift findet auch auf die Informationen Anwendung, die aufgrund der Eingriffsbefugnisse nach §§ 20h, 20k, 20l BKAG gewonnen worden sind. Es ist nicht davon auszugehen, dass § 20v Abs. 1 BKAG die Anwendbarkeit des § 14 Abs. 1 BKAG ausschließt, da anderenfalls die Übermittlung von Informationen, die auf der Grundlage der §§ 20a ff. BKAG gewonnen worden sind, an ausländische Behörden gar nicht zulässig wäre; dies wäre gerade im Zusammenhang mit der Bekämpfung des *internationalen* Terrorismus widersinnig.

---

<sup>156</sup> Verfassungsrechtliche Zweifel selbst bei *Heckmann*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 C, S. 20.

<sup>157</sup> BVerfG vom 12. März 2003 – 1 BvR 330/96 u.a. – Rz. 119.

<sup>158</sup> Ebenso *Geiger*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 H, S. 24; *Heckmann*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 C, S. 3 und 24.

2. Die Weitergabe von Informationen ist ein eigenständiger Grundrechtseingriff, der nur unter denselben Voraussetzungen möglich ist, unter denen auch die Erhebung der Informationen zulässig wäre, also ein hypothetischer Ersatzeingriff<sup>159</sup> rechtmäßig gewesen wäre.<sup>160</sup> Diese Voraussetzungen sind im Falle von Eingriffen, die nur unter qualifizierten Voraussetzungen vorgenommen werden dürfen – hier §§ 20h, 20k und 20l BKAG –, nicht gewahrt.

So kann die Übermittlung zur Erfüllung einer Aufgabe des BKA (§ 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BKAG) auch dem Zwecke des Zeugenschutzes (§ 6 BKAG) oder unter besonderen Umständen auch der „normalen“ Strafverfolgung (§ 4 Abs. 2 BKAG) dienen. Im Falle der Übermittlung zur Zusammenarbeit in Strafsachen (§ 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BKAG) finden sich im Gesetz keinerlei Qualifizierungen, zur Bekämpfung von Straftaten welcher Schwere eine Weitergabe möglich ist. Die Bekämpfung einer erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit (§ 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BKAG) erfüllt nicht die qualifizierten Vorgaben hinsichtlich des bedrohten Rechtsgutes, die Art. 13 Abs. 4 GG an eine Wohnraumüberwachung stellt,<sup>161</sup> und das Gericht für das Grundrecht auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme<sup>162</sup> sowie das Fernmeldegeheimnis<sup>163</sup> entwickelt hat.

## X. § 20v BKAG

Für eine Zweckänderung, aber auch eine Weiterleitung gewonnener Informationen gelten dieselben Voraussetzungen wie für die Erhebung selbst, da es sich hierbei um eigenständige Eingriffe handelt.<sup>164</sup> Dies bedeutet, dass auch die Datenverwendung und –weiterleitung nur unter qualifizierten Voraussetzungen möglich sind, wenn die Informationen durch einen Eingriff in Art. 10, 13 GG oder das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme gewonnen worden ist. Somit muss auch hier der Gedanke des hypothetischen Ersatzeingriffes gelten. Dies ist jedoch im Rahmen des §20v vielfach nicht gewährleistet. Die angegriffenen Regelungen verstoßen daher gegen Eingriff in Art. 10, 13 GG, das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

---

<sup>159</sup> So treffend *Heckmann*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 C, S. 23.

<sup>160</sup> BVerfGE 110, 33 (73 f.); 100, 313 (360, 389).

<sup>161</sup> vgl. auch BVerfGE 109, 279 (348 f. und 379).

<sup>162</sup> BVerfG NJW 2008, 822 (831).

<sup>163</sup> BVerfGE 113, 348 (387 f.).

<sup>164</sup> vgl. *Petri*, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 4. Auflage (2007), Kap. H, Rn. 362.

**1. § 20v Abs. 4 S. 2 BKAG** erlaubt eine Verwendung aller gewonnenen Informationen zur Wahrnehmung seiner Aufgaben nach § 4a Abs. 1 S. 1 BKAG sowie nach §§ 5 und 6 BKAG (Schutz von Verfassungsorganen und Zeugenschutz). Diese Regelung orientiert sich nicht durchgängig an der Überlegung, ob eine Erhebung der gewonnenen Daten zu diesen Zwecken möglich gewesen wäre. Im Falle der §§ 5 f. BKAG fehlt es bereits an der verfassungsrechtlich gebotenen Gefahrenschwelle; im Falle der Aufgabenerfüllung nach § 4a Abs. 1 S. 1 BKAG ist zu berücksichtigen, dass dies auch die Abwehr abstrakter Gefahren erfassen kann und eine Bekämpfung des Terrorismus nicht durchgängig den Schutz von Rechtsgütern solchen Gewichts erfasst, dass sie einen Eingriff nach §§ 20h, 20k und 20l BKAG rechtfertigen würden.

Das gleiche gilt für die Befugnis des BKA zur Übermittlung von Informationen, welche mittels einer Online-Durchsuchung nach § 20k BKAG gewonnen worden sind, an die Nachrichtendienste nach **§ 20v Abs. 5 S. 4 bis 5 BKAG**. Das Gericht hat in seinem Urteil zur Online-Durchsuchung klargestellt, dass der Gesetzgeber nicht befugt ist, die Eingriffsvoraussetzungen im Bereich des Rechts der Nachrichtendienste abzumildern; er kann lediglich eine verhältnismäßige Regelung dadurch erreichen, dass er eine geringe Eingriffsschwelle durch höhere Anforderungen an den Eingriffsanlass ausgleicht.<sup>165</sup> Dies ist hier jedoch nicht geschehen. So fehlt es an einer vergleichbaren Eingriffsschwelle. Ferner erlaubt z.B. § 20v Abs. 5 S. 3 Nr. 1 BKAG eine Weiterleitung unter Bezugnahme auf § 3 Abs. 1 Nr. 3 und 4 BVerfSchG. Sowohl die Abwehr von Bestrebungen, welche die auswärtigen Belangen der Bundesrepublik Deutschland gefährden, als auch von Bestrebungen, die gegen den Gedanken der Völkerverständigung gerichtet sind, sind Rechtsgüter von einer solchen Allgemeinheit, dass sie schon aufgrund ihrer mangelnden Bestimmtheit<sup>166</sup> keinen Eingriff nach §§ 20k und 20l BKAG rechtfertigen könnten.

**2. § 20v Abs. 5 S. 1 BKAG** gibt dem BKA die Befugnis zur Übermittlung der von Informationen an Polizeibehörden aber auch an „sonstige öffentliche Stellen“. Diese Formulierung entspricht nicht den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes, denn dieser gebietet, die Behörden zu benennen, an die Informationen übermittelt werden dürfen.<sup>167</sup> Es ist auch keine besondere Schwierigkeit ersichtlich, diesen Punkt eindeutig zu regeln.

**3.** Die Übermittlung ist auch erlaubt zur Herbeiführung des gegenseitigen Benehmens nach § 4a Abs. 2 S. 3 BKAG (vgl. **§ 20v Abs. 5 S. 1 Nr. 1 BKAG**). Hierbei handelt es sich allein um eine verwaltungstechnische Maßnahme. Es ist nicht ersichtlich, wieso zu diesem Zweck auch Informationen übermitteln

---

<sup>165</sup> BVerfG NJW 2008, 822 (832).

<sup>166</sup> Vgl. BVerfGE 110, 33 (67) zur „Gefährdung der auswärtigen Beziehungen“.

<sup>167</sup> Vgl. BVerfGE 110, 33 (70).

werden sollten, die unter qualifizierten Voraussetzungen gewonnen worden sind.

4. Die Befugnis zur Übermittlung von Informationen, welche aufgrund von §§ 20h, 20k, 20l BKAG gewonnen worden sind, auf der Grundlage von **§ 20v Abs. 5 S. 1 Nr. 2 BKAG** berücksichtigt nicht, dass diese Eingriffe nur bei einer Gefahr für bestimmte Rechtsgüter zulässig ist. So gibt es auch dringende Gefahren für die öffentliche Sicherheit, welche nicht zu einer Online-Durchsuchung berechtigen.

5. Soweit **§ 20v Abs. 5 S. 1 Nr. 3 BKAG** auch zur Übermittlung von Daten berechtigt, die mittels des Einsatzes optischer Überwachungsinstrumente in Wohnungen gewonnen worden sind, ist die Regelung mit Art. 13 Abs. 1 GG nicht vereinbar. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat eine Verwendung solcher Erkenntnisse, die mittels eines „Spähangriffs“ erlangt worden sind, nur im Falle des Art. 13 Abs. 4 und 5 GG vorgesehen und eine Überwachung der Vorgänge in einer Wohnung zum Zwecke der Strafverfolgung auf den Einsatz akustischer Überwachungsinstrumente begrenzt.<sup>168</sup> Diese verfassungsrechtliche Wertung darf nicht durch eine Übermittlungsbefugnis überspielt werden.

## XI. § 20w BKAG

Die in § 20w Abs. 1 S. 3, Abs. 2 S.1 und 2 sowie Abs. 3 S. 5 BKAG getroffenen Regelungen über die Pflicht zur Benachrichtigung der Betroffenen stehen mit Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG sowie den betroffenen Grundrechten und teilweise mit dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht in Einklang.

Eine Pflicht zur Mitteilung, dass gegen einen Bürger eine verdeckte Maßnahme durchgeführt worden ist, ergibt sich aus den betroffenen Grundrechten selbst sowie aus der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG soll nicht nur das gerichtliche Verfahren und die Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle garantieren, sondern auch die Möglichkeit zur Wahrnehmung materieller Rechte. Die Garantie effektiven Rechtsschutzes erfasst daher auch die notwendigen Voraussetzungen, um diese Rechte gerichtlich geltend zu machen. Dies ist bei heimlichen Maßnahmen die Kenntnis, Betroffener zu sein.<sup>169</sup> Es handelt sich um einen Ausgleich dafür, dass der Betroffene bei der Anordnung der Maßnahme nicht gehört worden ist. Die hohe Bedeutung, die jedoch der Beteiligung des Betroffenen an dem gerichtlichen Verfahren vom Menschenbild des Grundgesetzes her zukommt, haben die drei abweichenden Richter im ersten G-10-Urteil prägnant zusammengefasst:

---

<sup>168</sup> Vgl. i.E. ebenso *Kühne*, in: Sachs, GG, 4. Auflage (2007), Art. 13, Rn. 46; *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 13, Rn. 104 f.

<sup>169</sup> BVerfGE 100, 313 (364); 65, 1 (70).

„Der nach Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG mögliche heimliche Eingriff in die Privatsphäre des Bürgers unter Ausschluss des Rechtsweges trifft nicht nur Verfassungsfeinde und Agenten, sondern gleichfalls Unverdächtige und persönlich Unbeteiligte. Auch ihr Telefon kann abgehört, ihre Briefe können geöffnet werden, ohne dass sie jemals etwas davon erfahren und ohne dass sie imstande sind, sich zu rechtfertigen oder - was für die Betroffenen von äußerster Wichtigkeit sein kann - sich aus einer unerwünschten Verstrickung zu lösen. Mit dieser Behandlung aber wird über das Recht des Einzelnen auf Achtung des privaten Bereichs "kurzerhand von Obrigkeits wegen" verfügt, der Bürger zum Objekt staatlicher Gewalt gemacht. Dem kann nicht entgegengehalten werden, der Mensch sei nicht selten Objekt nicht nur der Verhältnisse und der gesellschaftlichen Entwicklung, sondern auch des Rechts, insofern er ohne Rücksicht auf seine Interessen sich fügen müsse. Dass der Bürger der Rechtsordnung unterworfen ist, bedarf keiner Hervorhebung; er wird damit aber keineswegs zum Objekt der Staatsgewalt, sondern bleibt lebendiges Glied der Rechtsgemeinschaft. Die praktischen Beispiele, die das Urteil erwähnt, besagen schon deshalb nichts, weil solche Maßnahmen entweder nicht hinter dem Rücken des Betroffenen vorgenommen werden (etwa die ärztliche Meldung eines Kranken, dem mitgeteilt wird, dass er an einer ansteckenden Krankheit leidet) oder die geschützte Privatsphäre nicht tangieren (etwa beim Abhören des privaten Funkverkehrs, der sozusagen in der Öffentlichkeit der Atmosphäre stattfindet). Vor allem aber kann sich der Bürger in all diesen Fällen, sobald in seinen privaten Bereich eingegriffen wird, zur Wehr setzen; der Rechtsweg steht ihm offen. Der besondere Charakter der nach Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG möglichen Regelung tritt im Übrigen durch nichts deutlicher in Erscheinung als dadurch, dass eine Änderung des Grundgesetzes für erforderlich gehalten wurde.“

Wie allgemein bekannt ist, trägt die Praxis der Benachrichtigung der normativen Bedeutung dieses Instrumentes des Grundrechtsschutzes durch Verfahren nicht im Ansatz Rechnung.

Eine Zurückstellung der Benachrichtigung ist im Hinblick auf einen effektiven Rechtsschutz auf das unbedingt Erforderliche zu begrenzen, da mit zunehmendem zeitlichem Abstand die Effektivität des Rechtsschutzes abnimmt.<sup>170</sup> Im Hinblick auf die betroffenen Grundrechte ist eine Zurückstellung der Benachrichtigung nur unter denselben Voraussetzungen wie eine Einschränkung des Grundrechts selbst zulässig.<sup>171</sup>

**1. § 20w Abs. 1 S. 2 BKAG** beachtet diese Vorgaben nicht.<sup>172</sup> Danach wird es in die Hand der Ermittlungsbehörde gelegt, auf eine Benachrichtigung der Betroffenen etwa im Falle der Online-Durchsuchung zu verzichten, wenn die Behörde der Ansicht ist, dass diese Personen nur unerheblich betroffen seien und kein Interesse an der Benachrichtigung hätten. Die Regelung enthält

---

<sup>170</sup> BVerfGE 109, 279 (364).

<sup>171</sup> BVerfGE 109, 279 (363 f.).

<sup>172</sup> so i.E. auch *Poscher*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 J, S. 17.

keinerlei Anhaltspunkte, wie die Behörde dies beurteilen soll, sondern gibt ihr hierzu freie Hand. Auch eine gerichtliche Überprüfung findet nicht statt, denn § 20w Abs. 1 S. 2 bis 4 BKAG erfassen nicht Fälle der Zurückstellung der Benachrichtigung, sondern ein generelles Absehen davon; § 20w Abs. 3 BKAG gilt in diesen Fällen daher gerade nicht. Interessanterweise zieht der Gesetzgeber ausgerechnet den Gedanken der Streubreite der Maßnahme, der Vielzahl der durch die Maßnahme Betroffenen, als Begründung heran.<sup>173</sup> Dies taugt als Kriterium für die Beurteilung des Interesses des Betroffenen jedoch nicht, sondern begründet im Gegenteil sogar gerade die besondere Schwere des Eingriffs.

Das Gesetz gibt der Verwaltung keinerlei Handlungsanweisungen und stellt damit die Freiheit des Bürgers in diesem Punkt allein in das Ermessen der Verwaltung. Dies ist mit dem Bestimmtheitsgebot nicht vereinbar.<sup>174</sup> Das Gebot der Bestimmtheit und Normenklarheit gebietet es, dass eine Regelung handlungsbegrenzende Tatbestandselemente enthält, denn nur hierdurch kann ein Standard der Vorhersehbarkeit und Nachvollziehbarkeit staatlichen Handelns erreicht werden, wie er im grundrechtssensiblen Aufgabenfeld der Gefahrenabwehr notwendig ist.<sup>175</sup> Je ungenauer die Ziele und tatsächlichen Voraussetzungen sind, desto größer ist jedoch die Gefahr rechtswidriger Entscheidungen im Einzelfall.<sup>176</sup> Dies gilt umso mehr, als eine gerichtliche Beurteilung der Entscheidung der Behörde, von einer Benachrichtigung gänzlich abzusehen, nicht vorgesehen ist und auch eine Kontrolle der Überwachungsmaßnahme unter Umständen nie erfolgen wird.

Es wäre dem Gesetzgeber auch ohne weiteres möglich gewesen, Abwägungskriterien vorzugeben oder aber bestimmte Fälle vorzugeben, in denen von einem Interesse des Betroffenen an einer Benachrichtigung auszugehen ist. Würde beispielsweise ein Berufsgeheimnisträger abgehört, ist von einem solchen Interesse grundsätzlich auszugehen, denn eine Überwachung seiner Kommunikation berührt seine berufliche Arbeitsgrundlage.

2. Die Formulierung „eine Sache von bedeutendem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist“ (§ 20w Abs. 2 S. 1 BKAG) verstößt ebenfalls gegen den Bestimmtheitsgrundsatz. Wir verweisen auf unsere Ausführungen zu § 20h Abs. 1 BKAG, wo der Gesetzgeber diese Formulierung ebenfalls benutzt. Ebenfalls mit dem Grundgesetz unvereinbar ist die Möglichkeit der Zurückstellung zum Schutze der Tätigkeit einer Vertrauensperson oder eines verdeckten Ermittlers nach dieser Regelung. Die Regelung erlaubt, eine Benachrichtigung theoretisch bis zu der Pensionierung eines verdeckten Ermittlers zu verschieben; soweit aber aufgrund seiner Tätigkeit sein Leib und Leben gefährdet sind, ist dieser Gefahr bereits durch

---

<sup>173</sup> Bundestags-Drucksache 16/9558, S. 36.

<sup>174</sup> vgl. BVerfGE 110, 33 (54).

<sup>175</sup> BVerfGE 110, 33 (55 f.).

<sup>176</sup> BVerfGE 113, 348 (385 f.).

die anderen Alternativen der Norm ausreichend Rechnung getragen. Ermittlungstaktische oder verwaltungstechnisch motivierte Erwägungen vermögen einen entsprechenden Eingriff, der mit der Zurückstellung der Benachrichtigung verbunden ist, nicht zu rechtfertigen.<sup>177</sup>

3. Mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar ist auch **§ 20w Abs. 2 S. 2 BKAG**, wonach die Zurückstellung zulässig ist, wenn wegen des zugrunde liegenden Sachverhaltes ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren geführt wird. Die Regelung verweist auf die strafprozessualen Regelungen, § 101 Abs. 4 und 5 StPO. Die strafprozessualen Regelungen erfassen jedoch einige Fälle nicht, obwohl in diesen Konstellationen der Gesetzgeber eine Benachrichtigung hätte vorsehen müssen.<sup>178</sup> Der Gesetzgeber hat durch den Verweis auf das strafprozessuale Ermittlungsverfahren den Grund der Zurückstellung gegenüber dem Zweck der Maßnahme selbst, der Abwehr einer konkreten Gefahr, deutlich ausgeweitet und zeitlich die Möglichkeit der weiteren Geheimhaltung perpetuiert. Unabhängig davon, ob das Interesse an der Durchführung eines Strafverfahrens die Zurückstellung im Einzelfall rechtfertigen kann, ist die Regelung in ihrer Allgemeinheit nicht verfassungskonform, da der Gesetzgeber hierfür keine Abwägungskriterien vorgesehen hat. Auch der Verweis auf ein Strafverfahren, das wegen des zugrunde liegenden Sachverhaltes durchgeführt wird, trägt nicht zur Klarheit bei. Dieser Sachverhalt ist nicht notwendigerweise identisch mit der Vorbereitung einer Straftat nach § 4a Abs. 1 S. 2 BKAG, sondern kann auch die Ermittlung wegen Straftaten zum Schutze weniger gewichtiger Rechtsgüter erfassen. Es ist weiter auch nicht gewährleistet, dass eine Benachrichtigung von Personen erfolgt, die mit dem Ermittlungsverfahren selbst nichts zu tun haben. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass weder Beschuldigte noch Drittbetroffene das Ende des Ermittlungsverfahrens beeinflussen können, etwa wenn dieses nach § 205 StPO wegen eines Untertauchens des Beschuldigten nicht zum Abschluss gebracht werden kann.

4. Die Regelung des § 20w Abs. 3 S. 5 BKAG ist mit Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG sowie den betroffenen Grundrechten nicht vereinbar, da sie bereits nach fünf Jahren ein Absehen von der Benachrichtigung vorsieht, wenn die Voraussetzungen für die Benachrichtigung auch in Zukunft mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht eintreten werden.<sup>179</sup> Dies bedeutet faktisch einen endgültigen Ausschluss des Rechtsschutzes der betroffenen Bürger. Dies erlaubt das Grundgesetz nur im Rahmen des Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG.

---

<sup>177</sup> vgl. zur akustischen Wohnraumüberwachung BVerfGE 109, 279 (366 f.).

<sup>178</sup> Hierzu *DAV*, Stellungnahme 49/2008, S. 35.

<sup>179</sup> i.E. auch *Poscher*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 J, S. 17 f. Wir weisen darauf hin, dass entgegen den Ausführungen von *Poscher* auf S. 18 das Gericht sich gar nicht mit den Benachrichtigungsregelungen des VerfSchG NRW auseinandergesetzt hat, vgl. BVerfG NJW 2008, 822 (836).

Der bloße Zeitablauf genügt für den Ausschluss einer Benachrichtigung nicht, da damit noch nicht sichergestellt ist, dass die gewonnenen Daten nicht mehr benutzt werden. Eine Regelung, die den Rechtsschutz des Bürgers ausschließt, muss daher zumindest mit einer entsprechenden zwingenden Löschungsvorschrift einhergehen.<sup>180</sup> Allerdings würde auch eine solche Regelung dem Bürger nicht die Möglichkeit einer gerichtlichen Kontrolle geben, sondern lediglich weitere Grundrechtseingriffe durch Verarbeitung der Informationen verhindern. Allein Verwaltungspraktikabilität vermag einen Ausschluss der Benachrichtigung nicht zu begründen.<sup>181</sup> Dies ist aber das Motiv des Gesetzgebers.<sup>182</sup> Dem Bürger muss auch nach langer Zeit noch eine Überprüfung eines Eingriffs in seine Grundrechte möglich sein, insbesondere wenn typischerweise mit einer langen Zurückstellung der Benachrichtigung zu rechnen ist. Dies ist hier der Fall, da häufig die Ermittlungen gegen eine bestimmte Gruppe oder Organisation nach §§ 127 ff. StGB längere Zeit andauern werden und nach dem Modell des Gesetzes eine Zurückstellung erlauben.<sup>183</sup>

---

<sup>180</sup> *Poscher*, Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss-Drucksache 16 (4) 460 J, S. 18; *Kaysers*, AöR 129 (2004), 121, 138 f.

<sup>181</sup> BVerfGE 100, 313 (398).

<sup>182</sup> Bundestags-Drucksache 16/9558, S. 37.

<sup>183</sup> So auch die Einschätzung des *DAV*, Stellungnahme 49/2008, S. 37 f.

## **D. Sonstiges**

### **I. Festlegung des Gegenstandswertes**

Wir beantragen die Feststellung des Gegenstandswertes der Beschwerde. Wir verweisen hierzu auf unseren Vortrag zur persönlichen Betroffenheit der Beschwerdeführer und stellen im Übrigen die Entscheidung in das Ermessen des Gerichts.

### **II. Zustellungsbevollmächtigter**

Der Bevollmächtigte zu 2 wird von uns als Zustellungsbevollmächtigter bestimmt. Wir bitten daher um eine Zustellung des Schriftverkehrs an seine Kanzlei.

Der Beschwerde liegen fünf Abschriften bei.

Peter Schantz

Rechtsanwalt