

### Menschenrechte - Innere Sicherheit - Rechtsstaat: Konferenz des Deutschen Instituts für Menschenrechte Berlin, 27. Juni 2005

Veröffentlichungsversion / Published Version  
Konferenzband / conference proceedings

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:  
Deutsches Institut für Menschenrechte

#### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Deutsches Institut für Menschenrechte. (2006). *Menschenrechte - Innere Sicherheit - Rechtsstaat: Konferenz des Deutschen Instituts für Menschenrechte Berlin, 27. Juni 2005* (Dokumentation / Deutsches Institut für Menschenrechte). Berlin. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-330370>

#### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

#### Terms of use:

This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

# Menschenrechte – Innere Sicherheit – Rechtsstaat

Konferenz des  
Deutschen Instituts für  
Menschenrechte

Berlin, 27. Juni 2005



Deutsches Institut  
für Menschenrechte



---

# Impressum

---

**Deutsches Institut für Menschenrechte  
German Institute for Human Rights**

Zimmerstr. 26/27  
D-10969 Berlin  
Tel.: +49 (0)30 - 25 93 59-0  
Fax: +49 (0)30 - 25 93 59-59  
[info@institut-fuer-menschenrechte.de](mailto:info@institut-fuer-menschenrechte.de)  
[www.institut-fuer-menschenrechte.de](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de)

Autorinnen und Autoren:  
Marion Albers  
Peter Schaar  
Kay Waechter

Realisation:  
Muschalle & Partner

Mai 2006

ISBN 3-937714-16-2

# Vorwort

---

Die Begriffe „Menschenrechte“, „innere Sicherheit“ und „Rechtsstaatlichkeit“ stecken das Themenfeld ab, das auf der mit der vorliegenden Publikation dokumentierten Konferenz des Deutschen Instituts für Menschenrechte erörtert wurde. Wie ist das Verhältnis dieser drei Komponenten innerhalb des Tagungstitels zu verstehen?

Rechtsstaatlichkeit lässt sich nicht zureichend durch ein formales System von „checks and balances“ definieren, sondern besteht darüber hinaus wesentlich in der Gebundenheit des Staates an materiale Menschenrechte. Weil in der unantastbaren Würde des Menschen begründet, sind die Menschenrechte im Kern nicht disponibel. Das Grundgesetz nimmt eine Formulierung aus der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen von 1948 auf, wenn es sich zu „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als der Grundlage der Freiheit, der Gerechtigkeit und des Friedens in der Welt“ bekennt.

Auch in der Wahrnehmung seiner sicherheitspolitischen Aufgaben ist der Rechtsstaat an die Wahrung der Menschenrechte gebunden. Diese bilden nicht nur (negative) Grenzen, auf deren Respektierung staatliche Sicherheitspolitik verpflichtet ist. Indem die Menschenrechte staatliche Sicherheitspolitik auch positiv in Anspruch nehmen, gewinnt die Sicherheitspolitik Legitimität als Dienst an menschenrechtlicher Freiheit. Dieser Gewinn an Legitimität ist zugleich eine

Ressource für eine staatliche Sicherheitspolitik, die sich auf das Vertrauen der Bevölkerung stützen kann.

Es wäre deshalb falsch, das Verhältnis von Menschenrechten, Rechtsstaatlichkeit und innerer Sicherheit grundsätzlich als antagonistisch aufzufassen. Gleichwohl können sich, wie die Erfahrung lehrt, immer wieder Zielkonflikte zwischen konkreten menschenrechtlichen Vorgaben und bestimmten sicherheitspolitischen Maßnahmen ergeben. Es spricht viel für die Vermutung, dass solche Zielkonflikte in Zeiten gewachsener terroristischer Bedrohung zunehmen.

Es ist oft die Rede davon, dass angesichts einer neuen Qualität terroristischer Gefährdung, wie sie sich in den Massenmorden von New York, Madrid oder London manifestiert hat, etablierte menschenrechtliche und rechtsstaatliche Orientierungen in die Krise geraten seien. Gegen eine solche politische Rhetorik ist Widerspruch angezeigt. So wurde beispielsweise die absolute Geltung des Verbots der Folter und anderer grausamer und unmenschlicher Formen der Behandlung und Bestrafung nicht nur von Menschenrechtsorganisationen, sondern auch von nationalen und internationalen Gerichten in jüngster Zeit aus guten Gründen wiederholt bekräftigt. Auch das rechtsstaatliche Verhältnismäßigkeitsprinzip hat seine Funktion als Kriterium zur kritischen Begrenzung von Grundrechtseingriffen, wie sie im Namen der Sicherheit verlangt beziehungsweise durchgeführt werden, keineswegs verloren.



---

Gleichwohl stellen sich im Spannungsfeld von Menschenrechten, innerer Sicherheit und Rechtsstaatlichkeit neue Fragen. Sie resultieren nicht nur aus einer veränderten Bedrohungslage, sondern ergeben sich zum Beispiel auch aus technischen Innovationen im Bereich der Datenverarbeitung sowie aus politischen Entwicklungen wie etwa dem Ausbau der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit auf der Ebene der Europäischen Union. So ist – um nur ein Beispiel zu nennen – unzureichend geregelt, wie man mit biometrischen Daten umgehen muss, um die Betroffenen vor Missbrauch zu schützen.

Ziel der vom Deutschen Institut für Menschenrechte veranstalteten Konferenz war es, eine öffentliche Diskussion zu den genannten Themen aus unterschiedlichen Perspektiven von Wissenschaft und Politik zu fördern. Unter den Teilnehmenden waren Vertreterinnen und Vertreter von Bundes- und Landesministeri-

en, des Bundestags und der Landtage, mehrere Landesdatenschutzbeauftragte sowie Angehörige von Wissenschaft und Zivilgesellschaft. Die Podiumsdiskussion mit Mitgliedern des Deutschen Bundestags – Frank Hofmann, SPD, Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, FDP, und Silke Stokar, B'90/Grüne – diente dazu, die Bedeutung parlamentarischer Kontrolle über die Entwicklungen der Sicherheitspolitik auf nationaler und auf EU-Ebene deutlich zu machen. Das Ziel, die Diskussion unter Beteiligung auch der Sicherheitsbehörden zu führen, konnte leider nicht verwirklicht werden, da der Präsident des Bundeskriminalamts aus terminlichen Gründen kurzfristig absagen musste.

Allen Mitwirkenden an der Konferenz, insbesondere den ReferentInnen Frau Professor Marion Albers, Herrn Professor Kay Waechter und dem Bundesdatenschutzbeauftragten Peter Schaar, sei an dieser Stelle noch einmal herzlich für ihr Engagement gedankt.

Berlin, im Mai 2006  
Deutsches Institut für Menschenrechte

Dr. Heiner Bielefeldt  
Direktor

Frauke Seidensticker  
Stv. Direktorin



# Inhalt

---

<b>1</b> Kay Waechter <b>Die Menschenrechte und der Schutz der Inneren Sicherheit im 21. Jahrhundert Neue Tendenzen im Sicherheitsrecht – Spiegel eines sich wandelnden Werte- und Verfassungsverständnisses? .....</b>	<b>6</b>	<b>3</b> Peter Schaar <b>Informationsverbund der europäischen Sicherheitsbehörden – wo bleibt der Datenschutz? .....</b>	<b>37</b>
<b>2</b> Marion Albers <b>Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Evaluierung neuer Gesetze zum Schutz der Inneren Sicherheit .....</b>	<b>21</b>	<b>4</b> <b>Die Autorinnen und Autoren .....</b>	<b>43</b>

Kay Waechter

# 1

## Die Menschenrechte und der Schutz der Inneren Sicherheit im 21. Jahrhundert Neue Tendenzen im Sicherheitsrecht – Spiegel eines sich wandelnden Werte- und Verfassungsverständnisses?

Die Bundesrepublik Deutschland hatte die letzten 50 Jahre hinsichtlich der inneren Sicherheit erfreulich-erweise begrenzte Probleme. Der Terrorismus war quantitativ ein Ausnahmephänomen, die organisierte Kriminalität durchdringt nicht wie in anderen Ländern die Staatlichkeit. Allerdings hat sich die Kriminalitätsbelastung langfristig deutlich erhöht. Der Bürger ist zwar staatlichen Eingriffen nicht im Übermaß ausgesetzt gewesen; ob er ausreichend vor Übergriffen Privater geschützt wurde, wird aber erkennbar unterschiedlich beurteilt.<sup>1</sup>

Ob sich dies in den nächsten 100 Jahren ändern wird, ist nicht prognostizierbar. Risiken sind erkennbar: Der aus der Sicherheitssicht des Westbürgers eher harmlose kalte Krieg ist durch eine Nord-Süd-Auseinandersetzung (mit „dem Islam“) abgelöst worden, deren langfristige Erscheinungsformen noch nicht abschätzbar sind. Auslandseinsätze der Bundeswehr könnten zukünftig sicherheitsrelevante Reaktionen auch im Inland hervorrufen. Die staatlichen Haushalte könnten kollabieren und durch einen Währungsschnitt saniert werden, der die Vermögen des Mittelstandes abschmilzt. Die sozialstaatliche Absicherung könnte sich weiter abschwächen. Beides könnte zu stärkerer sozialer Unsicherheit führen, die ihrerseits erfahrungsgemäß ein höheres Sicherheitsbedürfnis der Bevölkerung auslöst. Seuchen könnten drastische staatliche Maßnahmen verlangen.

Auf subjektiver Ebene ist das Bedrohtheitsgefühl in der Bevölkerung in den letzten Jahren gewachsen. Dies konnte zunächst mit der in den letzten 50 Jahren in

vielen Bereichen gestiegenen Kriminalitätsbelastung erklärt werden. Die Furcht steigt aber auch dort, wo es rationale Erklärungen mit der Straftatenbelastung nicht gibt. Möglicherweise wirkt hier schon die zunehmende soziale Unsicherheit und Isolierung einzelner Bevölkerungsgruppen. Wenn eine Gesellschaft ihre Alten erst allein lässt, dann wirtschaftlich allmählich schlechter stellt und sie schließlich auch noch Opfer von Tötungen in Pflegeheimen werden, muss sie sich nicht wundern, wenn diese Alten sich fürchten.

Wesentliche Veränderungen hinsichtlich des möglichen Instrumentariums der Sicherheitspolitik werden von der fortschreitenden Wissenschaft und Technik ausgehen. Einerseits werden schon absehbare Techniken wie das Abrastern von Videoaufnahmen mit biometrischen Daten Alltagsstand der Technik sein, andererseits werden möglicherweise die Fähigkeiten, durch naturwissenschaftliche Methoden gefährliche Dispositionen von Menschen zu erkennen und zu beeinflussen, größer werden. Vor allem diese letzte Perspektive wird die Gesellschaft erneut mit den Fragenkomplexen von Persönlichkeitsveränderung und Eugenik konfrontieren.

Unabhängig von Prognosen sind schon gegenwärtig Tendenzen des Sicherheitsrechts und der öffentlichen Diskussion erkennbar, die teilweise auf ein sich wandelndes Werte- und Verfassungsverständnis hinweisen. Anliegen dieses Beitrags ist es, einige dieser Tendenzen aufzuzeigen und kritisch zu beleuchten. Existierende Konflikte sollen dabei angesprochen und zur Diskussion gestellt werden.

<sup>1</sup> Der Eingriff gegenüber dem einen Bürger ist eine staatliche Leistung im Verhältnis zum anderen. Zunehmende staatliche Befugnisse sind also Gewinn und Verlust an Freiheit gleichzeitig. Das ist sicher eine sachlich gerechtfertigte Entwicklung, sie hat allerdings den Abwehrrechtscharakter der Grundrechte unter einen weitgehenden Abwägungsvorbehalt gestellt: Im Extremfall wird gerade bei vorbehaltlosen Grundrechten der objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalt desselben Grundrechts gegen den Abwehrrechtscharakter mobilisiert.

## A. Verfassung als Schranke des Sicherheitsrechts

Alles Sicherheitsrecht muss sich an der Verfassung orientieren. Dabei sind zunächst die Menschen- und Bürgerrechte, dann auch das Rechtsstaatsprinzip zu beachten. In einigen Bereichen geht die EMRK über den Schutzstandard der deutschen Verfassung hinaus.

### I. Der Grundrechtskern als absolute Schranke des Zeitgeistes

Man sollte meinen, dass die letzte und feste Bastion der Menschenrechte deren Kernbereich ist. In der aktuellen Debatte und in der jüngsten Gesetzgebung gibt es jedoch schon seit einiger Zeit und neuerdings vermehrt Anzeichen dafür, dass man teilweise bereit ist, in diese Kernbereiche anzugreifen.

Im Luftsicherheitsgesetz,<sup>2</sup> über dessen Verfassungsmäßigkeit das Bundesverfassungsgericht noch zu entscheiden hat,<sup>3</sup> wird eine tragische Situation gewaltlos aufgelöst: Unbeteiligte müssen ihr Leben dafür aufopfern, dass eine größere Zahl anderer Unbeteiligter gerettet werden kann. Es geht also um die Frage der Abwägbarkeit von Leben gegen Leben und damit um die Wertung von Qualitäten,<sup>4</sup> zumindest aber von Quantitäten<sup>5</sup> des Lebens.

Für Gefahrenverursacher selbst hat sich seit der Anerkennung der Rechtmäßigkeit des polizeilichen Todesschusses durchgesetzt, dass das Leben des Täters im Vergleich zu dem des Opfers als geringwertig eingestuft werden darf. Damit ist ein absolut verstandener Kernbereich des Lebensrechtes des Täters beseitigt worden.

Anders stellt sich die rechtliche Situation für Unbeteiligte dar. In der Literatur ist meines Erachtens richtig

herausgearbeitet worden,<sup>6</sup> dass es nach den in der vorfindlichen Rechtsordnung geltenden Prinzipien eine solche Aufopferungspflicht wie nach dem Luftsicherheitsgesetz für Unbeteiligte nur dann gibt, wenn die selbständige Existenz der ganzen Gemeinschaft auf dem Spiel steht, also im Verteidigungsfall. Aber ist diese Beschränkung der Aufopferungspflicht für Nicht-Störer wirklich einleuchtend? Das Strafrecht hat über lange Zeit hinweg u. a. in den Weichenstellerfällen zur Befremdung der meisten jungen Juristen das Verbot der Abwägung von Leben gegen Leben vertreten. Kann man wirklich sagen, dass für die Rettung von 1000 auch ein Einzelner nicht sein Leben aufopfern muss? Eine utilitaristische Gesamtnutzenbetrachtung, deren Achillesferse aber bekanntlich gerade das Fehlen des Individualschutzes ist, scheint dies nahe zu legen und die Situation dem Kriegsfall anzunähern. Warum soll die Teilgemeinschaft (der Bedrohten) geringere Rechte haben als die Volksgemeinschaft? Ich lasse die Frage zunächst einmal im Raum stehen.

In dem bekannten Frankfurter Mord- und Entführungsfall ging es um die Erlaubtheit der Folter. Darf eine akute Lebensgefahr für einen Unschuldigen durch Mittel abgewandt werden, die die Würde des Täters beeinträchtigen? Der absolute Kernbereich wird, nachdem er beim tödlichen Schuss bezüglich des Lebensrechtes aufgegeben wurde, bei der Würde wieder verteidigt. Die Frage ist lange Zeit tabuisiert gewesen und also durfte über sie nicht mit Gründen gerechnet werden. Brugger hatte unter Berufung auf die Erlaubtheit des polizeilichen Todesschusses schon vor dem Frankfurter Fall das Tabu zugunsten einer Zulässigkeit der Folter gebrochen<sup>7</sup> und dann auch theoretische und praktische Nachfolger gefunden.

Bei der Diskussion über die Folterfälle<sup>8</sup> hat sich herauskristallisiert,<sup>9</sup> dass in der Diskussion vielfach nicht die Menschenwürde das entscheidende Argument

2 BGBl I 2005, S. 78; der Vortrag wurde vor dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Luftsicherheitsgesetz – 1 BvR 357/05 – gehalten [Anm. d. Red.].

3 Das Bundesverfassungsgericht hat durch Entscheidung vom 15. 2. 2006 das Luftsicherheitsgesetz für teilweise verfassungswidrig und damit nichtig erklärt. In der Ermächtigung zum Abschuss eines Flugzeugs, das gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, sieht das Gericht einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit) und Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürdegarantie). (1 BvR 357/05) [Anm. d. Red.].

4 Sofern man den Ansichten folgt, die darauf abstellen, dass die ohnehin nur noch kurz bemessene Lebensspanne der Flugzeuginsassen weniger wiegt als die der bedrohten Personen am Boden. Eine andere Qualität wird mit der Nutzung einer tendenziell stets gefährlichen Maschine begründet, die zu einer Minderung der Schutzwürdigkeit führe.

5 Hier stellt sich die Frage, ob das Ergebnis der Abwägung von der Relation der beteiligten Leben beeinflusst ist (300 zu 3000 oder 1 zu 10 000).

6 Vgl. zu den Grundrechtsproblemen der aufgrund Gesetzes erfolgenden Inanspruchnahme eines Nicht-Störers z. B.: Baldus, NVwZ 2004, 1278; Hartleb NJW 2005, 1397.

7 Brugger, BWVBl 1995, 414 / 446; Der Staat 1996, 67; JZ 2000, 165; FAZ v. 10.03.2003.

8 Meist am Beispiel des Bombenlegerfalles erörtert; vgl. die Nachweise bei Brugger. Zur Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der Absolutheit des Folterverbots Bielefeldt, Das Folterverbot im Rechtsstaat, Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte, 2005.

9 Vgl. Gebauer, NVwZ 2004, 1405 m. w. N.

gegen die Folter zu sein scheint, sondern die strukturelle<sup>10</sup> und historisch<sup>11</sup> bewiesene Missbrauchsgefahr eines solchen Informationsbeschaffungsinstrumentes, die sich auch im konkreten Anwendungsfall erwiesen hat.<sup>12</sup> Wie bei der dem Luftsicherheitsgesetz zu Grunde liegenden Abwägung scheint in der Diskussion teilweise auch beim Folterverbot die Abwägung der unmittelbar betroffenen Rechtsgüter klar zugunsten der Folter auszugehen.<sup>13</sup> Auf der einen Seite droht eine reversible Körperverletzung, auf der anderen Seite der Tod. Die Unantastbarkeit der Würde lässt sich direkt letztlich nur metaphysisch begründen; tatsächlich gibt es auf der Welt nichts Absolutes außer Gott, der nicht von dieser Welt ist. In der empirischen Welt ist ausnahmslos alles durch Relationen bestimmt. Eine unantastbare Substanz ist auch philosophisch nur denkbar, wenn sie alles umfasst oder wenn sie isoliert ist und deswegen gar kein Außen mehr hat. Die Würde kann nur unantastbar sein, weil sie einen Geltungsanspruch, also etwas nicht Körperliches betrifft. Das Leben als körperliches ist dagegen in die Relationen der Realität verstrickt. Wer für die Nicht-Abwägbarkeit des Lebens spricht, meint damit, dass eine Abwägung den Geltungsanspruch negiert. Insofern ist tatsächlich mit der Erlaubtheit des polizeilichen Todesschusses der Schritt zur Relativierung der Würde vollzogen.

Wenn man am absoluten Folterverbot festhalten will, muss es neu gerechtfertigt werden. Als neue Begründung wird vor allem das Argument der Missbrauchsgefahr vorgeschlagen. Die Ablehnung der Erlaubtheit eines Eingriffes wegen zu befürchtender Folgeeingriffe ist eine Begründung, die nicht auf die direkten Eingriffsfolgen für die Rechtsgüter der Betroffenen abstellt, sondern auf die indirekten Folgen für eine Vielzahl von anderen Personen.

Auch beim Luftsicherheitsgesetz liegt es nahe, dass die Entscheidung gar nicht erst bis zu der Abwägungsfrage gelangt. So erscheint es als äußerst zweifelhaft, ob überhaupt seitens der Anordnungsberechtigten eine so sichere Gefahrenprognose getroffen werden kann, dass sie den Abschuss eines Flugzeuges rechtfertigen

kann, insoweit besteht Ähnlichkeit zu den Folterfällen. Auch die Kompetenzfrage ist nicht überzeugend geklärt. Die Suche nach rationalen Entscheidungsgründen führt über die Berücksichtigung künftiger Folgen der Entscheidung (Missbrauchsgefahr) hinaus zur Berücksichtigung zeitgleich systematischer Zusammenhänge im Recht. Wenn man – wie im Falle einer Abschussbefugnis nach dem Luftsicherheitsgesetz – Rechtsgüter der Menschen abwägbar macht und dabei keinen Kernbestand als absolut geschützt ansieht, dann wird dieses Abwägungsparadigma Folgen haben, die nicht nur im Bereich des Sicherheitsrechts eintreten werden. Die technischen Möglichkeiten der Lebenserhaltung und Vernichtung werden immer vielfältiger; die Kassen werden immer leerer. Der Zusammenhang zwischen beiden Entwicklungen kann dazu führen, dass Vorrangentscheidungen über Leben getroffen werden. Zugunsten welcher Menschen(gruppen) sollen die begrenzten und knapper werdenden medizinischen Finanzressourcen eingesetzt werden? Wer soll die knappe Ressource eines Transplantationsorgans erhalten? Ist das Leben junger Menschen mehr wert als das von Älteren? Wenn Leben gegen Leben generell abwägbar ist, dann können hier Entscheidungen getroffen werden, die die Lebenschancen einzelner Bevölkerungsgruppen für die Verbesserung der Chancen der Allgemeinheit aufopfern. Planungsentscheidungen über den Einsatz von Finanzmitteln entscheiden nicht ganz selten indirekt über Lebenschancen; das gilt schon für die Bestimmung der Beitragssätze zu den Krankenkassen, dagegen ist nichts zu sagen. In der konkreten Entgegensetzung zweier Leben aber hat keines den Vorrang: Das jüngere Leben nicht vor dem älteren, dasjenige Einsteins nicht vor dem seines dümmsten Studenten, das der Mutter nicht vor dem des Kinderlosen.

Alles andere, und das ist letztlich das entscheidende Argument, würde den gesellschaftlichen Frieden in einer gleichheitsbetonten pluralistischen Zivilgesellschaft<sup>14</sup> zerstören. Hier ist auch der Grund dafür zu suchen, dass nur im Verteidigungsfall anderes gilt. Der innere Friede ist kein überwiegendes Gut mehr, wenn

10 Es besteht insoweit eine besondere Situation, die über die allgemeine Missbrauchsgefahr bzgl. jeder Befugnis hinausgeht: Dringende Gefahr für hochwertige Rechtsgüter, für Laienabwägung unplausible Gesetzeslage, fehlende Öffentlichkeit des Handelns, insgesamt also: Legitimität des Missbrauchs, geringe Sanktionswahrscheinlichkeit bei Missbrauch.

11 Folter wurde nach dem „geschriebenen Recht“ im Ausgangspunkt stets auf Gruppen beschränkt, die minderen Rechtsstatus hatten (z. B. Sklaven) und stets dann auch innerhalb der Gruppe mit gleichem Rechtsstatus angewandt.

12 Jedenfalls nach den Presseberichten waren nicht alle in Betracht kommenden anderen Mittel der Informationserhebung erschöpft.

13 Siehe z. B. bei Gebauer, aaO.

14 Hier zeigt sich der Pferdefuß einer Begründung über den gesellschaftlichen Frieden: In einer Gesellschaft mit der Überzeugung von der Minderwertigkeit einer Gruppe kann der innere Frieden u. U. auch bei schärfster Diskriminierung dieser Gruppe erhalten bleiben.

er durch äußere Aggression ohnehin vernichtet wird.<sup>15</sup> Die Unantastbarkeit der Würde ließe sich nur halten, wenn sie wichtiger als das Leben und nicht zwingend mit diesem verbunden ist. Auch die zweite genannte Prämisse gehört nach dem Verständnis der Verfassungsväter zur Menschenwürde des Art. 1 GG, die, geschützt durch die Ewigkeitsklausel,<sup>16</sup> als Kern und Grundlage der Verfassung vorangestellt wurde. Dennoch mag diese Prämisse den Verfassungsvätern heute kaum noch jemand glauben.

Das Argument des inneren Friedens stellt wie das Missbrauchsargument auf indirekte Folgen der Erlaubtheit eines Eingriffes für die Gesamtgesellschaft ab. Die hier angesprochenen Grundsatzfragen des Sicherheitsrechts lassen sich nicht durch eine Rechtsgüterabwägung betreffend die direkt Beteiligten entscheiden. Die Argumentation mit den indirekten Folgen bestimmter Entscheidungen statt mit der direkten Rechtsgüterkonfrontation zeigt, dass die Auseinandersetzung heute in Wahrheit nicht mehr auf der Grundlage der Unantastbarkeit und Höchstwertigkeit der Würde und der Heiligkeit des Lebens Unschuldiger geführt wird. Dieser Argumentation liegt ein neues Werteverständnis zugrunde, das in der Diskussion teilweise auf das Verfassungsverständnis durchschlägt. Als oberster Wert wird von manchen nicht mehr die Würde, sondern das Leben figuriert. Zu denselben Ergebnissen wie aufgrund der Würde gelangt man nur deswegen, weil die Argumentation den Weg über die Berücksichtigung von Spät- und Nebenfolgen geht. Dabei zeigt sich, dass sowohl hinter dem Folterverbot wie hinter dem Abwägungsverbot für Leben der innerstaatliche Frieden der Rechtsgemeinschaft als Schutzgut steht.<sup>17</sup>

Die Schwäche in der Verteidigung der Unantastbarkeit von Würde und Nichtabwägbarkeit von Leben wird vermutlich auf den Kernbereich anderer Grundrechte ausstrahlen und der relativen gegenüber der absoluten Kernbereichstheorie zum Sieg verhelfen. Schwach wie der Schutz von Kernbereichen ist auch der Schutz für vorbehaltlose Grundrechte. Verfassungsimmanente Schranken sind heute flexibler und damit weniger schutzintensiv als qualifizierte Gesetzesvorbehalte.

Die objektiven Grundrechtswirkungen – Schutzwirkung, Verfahrens- und Organisationswirkung – haben zwar teils freiheitssichernde Wirkung im klassischen Sinne, dienen aber auch zur Einschränkung des Abwehrrechts. Dies zeigt sich auch bei Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt: Die Schutz- und Förderpflicht des Staates für das Leben wird in Stellung gegen das Abwehrrecht gebracht, unter Umständen sogar mit der Folge, dass das Abwehrrecht völlig ausgehebelt wird (so z. B. beim tödlichen Schuss oder beim Luftsicherheitsgesetz).

Letztlich spiegelt sich in diesen rechtlichen Entwicklungen einerseits die gute Erfahrung, die die Bürger der BRD mit dem Staat seit 50 Jahren gemacht haben und andererseits die Verweltlichung. Der Schutz vor dem Mitbürger scheint wichtiger geworden als der Schutz vor dem Staat. Die Existenz scheint wichtiger geworden als die Essenz, von der man auch philosophisch nicht weiß, ob sie mehr ist als der Schnittpunkt der Existenzialia. Doch diese Tendenz zur Verweltlichung ist keine einheitliche, wie auch das jüngste europäische Verfassungsdokument, die Verfassung für Europa, zeigt: nach kontroversen Verhandlungen wurde in die Präambeln der Verfassung und der Charta der Grundrechte an prominenter Stelle der Bezug zum religiösen Erbe und in die Charta der Grundrechte die Würde des Menschen als Grundlage der Union in den ersten Artikel aufgenommen.

## II. Objektive Grundrechtswirkungen: Verfahrenssicherung zugunsten der Grundrechte

Die objektiv-rechtlichen Grundrechtswirkungen haben für den Adressaten staatlicher Eingriffe aber auch eine freiheitssichernde Wirkung. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Verfahrens- oder organisatorische Vorkehrungen zum Grundrechtsschutz insbesondere bei schweren Eingriffen aufgrund unbestimmter Tatbestände mit schwacher Rechtsschutzchance angebracht. Der rechtsstaatliche Verlust für den Bürger soll durch prozedurale Regeln kompensiert werden. Für deren

<sup>15</sup> Die Begründung eines absoluten Folterverbotes über einen utilitaristischen Gedankengang stellt dieses Verbot anscheinend zur Disposition des Gesamtnutzens. Es ist richtig, dass man auch vom Individuum her konstruieren müsste, etwa über den Anerkennungsgedanken. Eine solche Argumentation hat aber besondere Schwierigkeiten mit den Ausnahmefällen und Relativierungen (z. B. Aufopferungspflicht im Kriegsfall). Man kann sagen, dass Gewichtungen häufig leichter über funktionalgesellschaftliche Argumente zu begründen sind als von der individuellen Grundrechtsfunktion her (vgl. Möllers, Wandel der Grundrechtsjudikatur, NJW 2005, 1973). Besonders in den Fällen, wo das Ergebnis einer intuitiven Abwägung durch die Betrachtung von indirekten Eingriffsfolgen berichtigt werden soll, lässt sich leichter mit funktionalen Argumenten hantieren.

<sup>16</sup> Art. 79 Absatz 3 GG.

<sup>17</sup> Anderes könnte m. E. in einer nicht-pluralistischen Gesellschaft gelten, in der in Bezug auf bestimmte Ziele der Gemeinschaft ein öffentlich unhinterfragter Konsens besteht und deswegen grundlegende Statusunterschiede anerkannt sind.

Ausgestaltung hat der Gesetzgeber nach der bisherigen Rechtsprechung ein weites Ermessen.<sup>18</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner jüngsten Entscheidung zur Kompensation durch Verfahren zum repressiven Lauschangriff dem Gesetzgeber allerdings vorgegeben, dass das für den Lauschangriff zuständige Gericht nicht nur für

- die Anordnung der Maßnahme selbst zuständig ist, sondern ggf. auch für
- Entscheidungen über die Verwertung von Erkenntnissen<sup>19</sup> oder
- das Unterbleiben der Benachrichtigung nach einem Lauschangriff.<sup>20</sup>

Das Gericht ist auch nicht nur anordnende Stelle,<sup>21</sup> es soll die Maßnahme während ihres Zeitablaufes auch überwachen. Das Gericht soll die Kompetenz haben, von der Behörde Unterrichtung über den Fortgang der Maßnahme zu verlangen;<sup>22</sup> erweist sich, dass die Voraussetzungen weggefallen sind, so hat das Gericht den Abbruch der Maßnahme anzuordnen.<sup>23</sup> Wenn alle diese Konstellationen auftreten, dann wird das Gericht im Verlaufe eines Lauschangriffes fünf Mal mit der Sache befasst werden müssen. Dass die Behörden grundsätzlich eine Beobachtungspflicht hinsichtlich von ihnen erlassener Maßnahmen haben, wird schon aus den Aufhebungsvorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes deutlich; neuerdings ist ausdrücklich das Monitoring für Bauleitpläne geregelt worden.<sup>24</sup> Möchte man die Entscheidung zum Lauschangriff verallgemeinern, dann würde zukünftig die Verfahrenswirkung der Grundrechte – sowohl auf der Ebene des Verwaltungs- wie des legislativen Verfahrens – eine erheblich höhere Rolle spielen müssen als bisher. Folge wäre unter anderem eine Aufwertung erheblicher Teile des Verwaltungsverfahrensrechts als verfassungsgerechtes Recht.

Ob die Kompensation von Eingriffsunschärfen durch Verfahren generell sinnvoll ist, ist zweifelhaft. Das Personal in der Justiz wird vermindert. Die Untersuchungen zum Richtervorbehalt legen es nahe, dass die Richter aus Zeitmangel, mangels Spezialkenntnissen oder aus sonstigen Gründen schon bei den bisherigen Richtervorbehalten nicht formal und inhaltlich sorgfältig arbeiten können.<sup>25</sup> Gleichwohl sollen die Richter es richten; und zwar besser als bisher. Es wäre keine gute Entwicklung, wenn zunächst Unbestimmtheit durch Verfahren kompensiert wird und danach Unbeachtlichkeitsregeln für Verfahrensfehler eingeführt werden, wie es der Gang der Gesetzgebung im Baurecht war. Der Richtervorbehalt ist ein Mittel, das sparsam eingesetzt werden muss, wenn es Erfolg haben soll. Die Gefahr besteht, dass dieses Mittel – auch von seiner politischen Nutzung her – die Unverhältnismäßigkeit von Eingriffen vorübergehend kaschiert und langfristig dann die Kompensation durch Verfahren entfällt oder zur bloßen Formalie wird.

### III. Gesetzesvorbehalt / Bestimmtheit: Lieber Mehr als Weniger

Klarheit und Bestimmtheit fordern Form. Form garantiert Voraussehbarkeit. Man kann sich auf sie einstellen; sie erleichtert gerichtliche Kontrolle; sie sagt den Behörden, was sie tun dürfen.<sup>26</sup> Deswegen fordert das Rechtsstaatsgebot des Art. 20 GG Bestimmtheit und Klarheit in der staatlichen Herrschaft, sowohl was die Gesetze<sup>27</sup> als auch was Einzelakte betrifft. Formlose Machtausübung ist stets freiheitsfeindlich: der Staat als Leviathan. Effizienz in der polizeilichen Gefahrenabwehr scheint aber Formlosigkeit zu fordern. Diese Formlosigkeit kann sich an Normen und am Auftreten der Polizei zeigen.

18 Ehemals hatte das BVerfG das Ermessen des Gesetzgebers betont, wenn es um Verfahrenssicherung von Grundrechten geht (BVerfGE 41, 251; 265; nicht im Zusammenhang des Polizeirechts. Vgl. auch ausführlich SächsVerfGH LKV 1996, 273 (unter E IV); BVerfG NJW 2001, 1121).

19 BVerfG 1 BvR 2378/98 v. 3. 3. 2004, Rn. 191.

20 BVerfG aaO, Rn. 304.

21 BVerfG aaO, Rn. 275 ff. Der Beschluss muss eigenverantwortlich und nicht nur nachvollziehend fallen. Die Eingriffsschwelle muss geprüft werden, der Beschluss muss so gefasst sein, dass der äußere Rahmen (Räume, Zeiten) des Eingriffes abgesteckt wird. Die Subsidiarität muss begründet werden und die Angemessenheit ist darzutun. All dies ist schriftlich zu dokumentieren. Das übersteigt nicht die bislang schon bestehenden rechtlichen Anforderungen, anscheinend aber die Rechtspraxis (vgl. die vorhergehende Fn.).

22 BVerfG aaO, Rn. 279.

23 BVerfG aaO, Rn. 280.

24 § 4c, § 5 I 3 BauGB.

25 Wirksamkeitsbedingungen von Richtervorbehalten bei Telefonüberwachungen, v. Backes / Gusy / Begemann u. a., Bielefeld, 2002; sowie: Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, v. Albrecht/Dorsch/Krüpe, MPI für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Brsg., im Auftrag des BMJ, 2003.

26 Zu den Funktionen: BVerfG NJW 2004, 2213 (Zollkriminalamt).

27 Selten wird die Unbestimmtheit aber zur Verfassungswidrigkeit führen: BVerfGE 17, 67. Die Intensität des Eingriffes ist zu berücksichtigen: BVerfGE 59, 104; 86, 288.

Die normative Geformtheit des Gefahrenabwehrrechts findet ihren Ausdruck in klar umschriebenen Standardbefugnissen der Gefahrenabwehrbehörden, die deutlich sagen, in welcher Situation welcher Eingriff zulässig ist. Schon immer war ein der Form entgegen gesetztes Element des Polizeirechts die relativ unbestimmte Generalklausel, die bei Vorliegen einer Gefahr zu Eingriffen aller Art ermächtigte. Diese Generalklausel schien notwendig, weil die Gefahrenabwehrbehörden mit zahlreichen unvorhersehbaren und damit nicht normierbaren Situationen konfrontiert sind. Die Rechtsprechung hat angenommen, dass sich im Laufe der Zeit durch die Entscheidungen der Gerichte und die Wissenschaft eine ausreichende Konkretisierung des Gefahrenbegriffes und des Begriffes der öffentlichen Sicherheit ergeben habe.<sup>28</sup> Die Versuche, die öffentliche Ordnung im Rahmen des Versammlungsrechts gegen bestimmte Gesinnungen in Stellung zu bringen zeigen, dass Generalklauseln immer das Einfallstor des politischen Missbrauches und eines grundrechtsüberspielenden Zeitgeistes bleiben.

Die Rechtsfolgenseite der Generalklausel soll bewusst unbestimmt bleiben, um stets das geeignete Mittel wählen zu können. Wenn es um technische Mittel ungefähr gleicher Eingriffsintensität geht, kann die Wahl zwischen ihnen im Gesetz offen bleiben.<sup>29</sup>

Seitdem die Gefahrenabwehr auch Maßnahmen im zeitlichen Vorfeld akuter Gefahren erfasst, ist die Bestimmtheitsproblematik verschärft worden: Inhaltlich weisen alle Polizeigesetze Unbestimmtheiten bei Vorfeldbefugnissen auf. Diese Unbestimmtheit ist besonders auffällig bei Anknüpfung an gefährliche Personen oder Lageeinschätzungen der Behörden. Die Spitze erreicht die Unbestimmtheit bei gänzlich tatbestandslosen Eingriffsbefugnissen.

In letzter Zeit sind einige Entscheidungen des BVerfG ergangen, die die Anforderungen an die Bestimmtheit im Bereich des Sicherheitsrechts erhöhen.

So hält das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung „Zollkriminalamt“ zwar die im Sicherheitsrecht üblichen Verweisungsketten für grundsätzlich verfassungskonform. Im Einzelfall können aber „Kaskaden“ von Verweisungen zu fehlender Bestimmtheit führen.<sup>30</sup>

Das Gericht hat weiter in der Entscheidung zum Lauschangriff nach der StPO befunden, dass die ohnehin schon überaus umfangreiche gesetzliche Regelung zu schmal sei.

Die gerichtliche Einforderung weiterer gesetzlicher Regelungen betrifft unter anderem die Art und Weise der Durchführung des Eingriffes, nicht dessen Zulässigkeit als solche.<sup>31</sup> Das Gericht ist mehrheitlich der Ansicht, dass in der Verfassung bei Art. 13 Abs. 3 nicht alles noch einmal geregelt werden muss, was sich aus Art. 1 Abs. 1 GG ohnehin ergibt.<sup>32</sup> Dieser Schluss soll aber nicht für das einfache Gesetz gelten. Art. 13 Abs. 3 GG müsse so verstanden werden, dass seine einfachgesetzliche Ausgestaltung auch das klarstellen muss, was sich aus der Verfassung ohnehin ergibt.<sup>33</sup>

Das herkömmliche Recht überließ die Art und Weise von Eingriffen häufig dem von der Verhältnismäßigkeit unter Beachtung der Grundrechte und des Gesetzeszweckes gesteuerten Ermessen (§ 40 VwVfG) der Verwaltungsbehörde. Das reicht nun nicht mehr. Jedenfalls nicht im Bereich des Lauschangriffes. Das Gericht verlangt, das Gesetz solle ausdrücklich ausschließen, dass rein private Gespräche ohne jeden Bezug zu Straftaten abgehört werden.<sup>34</sup> Dieses Ergebnis würde sich auch ohne eine spezielle Anordnung daraus ergeben, dass ein solches Abhören den Zweck der Norm, Beweismittel zu erbringen, nicht fördert, dass es ungeeignet und nicht erforderlich, also unverhältnismäßig ist und gegen die Menschenwürde<sup>35</sup> verstößt. Anwendungsexzesse sind bei vielen Maßnahmen denkbar, zuallererst bei Generalklauseln. Gleichwohl hat man bisher auf die Rechtstreue der Verwaltung gesetzt und die Rechtsfolgen nur typisierend beschrieben. Rechtstreue wird nicht verlässlicher

28 Vgl. allgemein: BVerfGE 8, 274 (325). Zur Generalklausel des Polizeirechts BVerfGE 54, 143 f.; OVG Lüneburg OVG 11, 360.

29 BVerfG DVBl 2005, 699 (Überwachung durch GPS).

30 BVerfG NJW 2004, 2213 (Telefonüberwachung durch Zollkriminalamt).

31 BVerfG, aaO., Fn. 18, Rn. 114.

32 BVerfG, aaO., Rn. 129.

33 BVerfG, aaO., Rn. 134.

34 BVerfG, aaO., Rn. 171, 175, 135 ff. Da die Behörde im Vorhinein nicht weiß, welcher Art das Gespräch sein wird, sind situationsangepasste Prognosen erforderlich; auch die Indizien für diese Prognosen soll offenbar das Gesetz regeln. Die Leistung des Ermessens als Anpassungsinstrument für Einzelsituationen wird offenbar gering geschätzt.

35 Das Gericht folgt der Theorie des absoluten Kernbereiches (aaO., Rn. 118, 124). Diese Theorie ist attraktiv, weil sie eine geschützte Substanz ohne Rücksicht auf die Verhältnismäßigkeit sichert. Ob sie aber in einer auf Praxis angelegten Gerichtsentscheidung lange Bestand haben kann, wird sich zeigen. Auch ganz private Gefühle, Gedanken, Meinungen und Erinnerungen (BVerfG aaO Abs. 120) können einen Straftatenbezug erlangen, wie der Fall des sog. „Kannibalen von Rothenburg“ medienwirksam demonstriert hat.

dadurch, dass man allgemeine Gesetze noch einmal speziell ausformuliert. Eine genaue Begründung für die Ausweitung des Gesetzesvorbehalts auf die Art und Weise der Durchführung von gesetzlich erlaubten Eingriffen gibt das Gericht nicht.

Das Gesetz soll auch regeln, dass ein rechtmäßiges Abhören abgebrochen wird, wenn nur noch rein private Dinge zur Sprache kommen.<sup>36</sup> Auch das ist rechtsstaatlich gesehen selbstverständlich und nicht speziell regelungsbedürftig.

Zweifellos ist der Lauschangriff ein intensiver Grundrechtseingriff; früher war das „Haus“ ganz staatsfrei. Jetzt will der Staat schon dabei sein, wenn man allein ist. Man könnte das Verlangen nach breiter spezialgesetzlicher Regelung noch verstehen, wenn das Gericht einen Missbrauch der Befugnis festgestellt hätte oder befürchten würde. Von beidem ist nicht die Rede. Damit kommt die Forderung nach der gesetzlichen Regelung von Selbstverständlichkeiten einem nicht begründeten Misstrauensbeweis gegenüber der Exekutive gleich oder sie ist ein Selbstberuhigungsversuch eines Verfassungsgerichts, das sein ungutes Gefühl bei tiefen Grundrechtseingriffen durch Kompromissangebote auf der Ebene von Verfahrensvorkehrungen und Bestimmtheitsanforderungen zu verdrängen sucht. Gesetze sind aber keine unerschöpfliche Ressource, die nichts kostet. Viele Gesetze bewirken viele Änderungen. Zahlreiche, kurzlebige, zu spezielle und damit nicht situationsangepasste Gesetze erodieren das Rechtsbewusstsein; sie werden als bloße soziale Regelungstechnik empfunden, die keinen Gerechtigkeitsgehalt zum Ausdruck bringt.

## **B. Das Vorfeld der konkreten Gefahr: Die subkutane Entstehung von Grundpflichten**

Eingriffsschwellen für das Sicherheitsrecht waren früher Verdacht, konkrete Gefahr und Störereigenschaft. Zusammen machten sie die personell-situative Eingriffsschwelle aus. Bei Verdacht gegen einen oder Gefahr durch einen Störer konnte die Behörde Maßnahmen ergreifen; ob es materielle Gefahrenabwehrpflichten des Bürgers gab, ohne dass er in Anspruch genommen wurde, war lange strittig. Die Auflösung dieser Eingriffsschwellen durch neuere

Entwicklungen des Sicherheitsrechts im Interesse der Vorbeugung gegenüber Gefahren führt faktisch zu materiellen Grundpflichten des Bürgers im Interesse der öffentlichen Sicherheit.

## **I. Die Auflösung der traditionellen adressatenbezogenen Eingriffsschwelle: Eingriffe gegen gefährliche Personen**

Das moderne Sicherheitsrecht will vorbeugen und nicht bestrafen. Vorbeugung ist in der Regel nur möglich, wenn man nicht erst im Stadium der konkreten Gefahr auftritt. Wenn es nicht mehr darum geht, Geschehensabläufe sozusagen im letzten Moment zu unterbrechen, sondern gar nicht erst in Gang kommen zu lassen, so bietet es sich an, zu überlegen, ob es Personen gibt, die typischerweise gefährliche Geschehensabläufe initiieren: Gefährliche Personen. In der Begrifflichkeit der Gefahrenabwehrgesetze sind dies solche, bei denen „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Straftaten begehen“ werden. Statt auf die Verursachung einer konkreten Gefahr im Einzelfall richtet sich die Aufmerksamkeit auf die gefährlichen Strukturen, von Interesse sind statt der Handlungen die Eigenschaften von Personen.<sup>37</sup> Der nächste Schritt liegt darin, nachzudenken, wie man diese Personen von einem solchen Beginnen abhalten kann.

Hierfür sind unterschiedliche Varianten theoretisch denkbar, die aber angesichts ihrer Grundrechtsintensität und historischer Erfahrungen rechtlich, praktisch und politisch zum Teil undenkbar bleiben müssen:

- Eine radikale Variante der Beseitigung eines Risikos ist die Veränderung der vermeintlich gefährlichen Person durch medizinische Eingriffe. Die Neurologie traut sich derzeit jedenfalls grundsätzlich zu, in bestimmten Fallgruppen eine Disposition zu abweichendem Verhalten biologisch festmachen zu können. Die eine Sache ist die Diagnose, darüber hinaus geht noch die Therapie.

Darin liegt eine Tendenz zu einer Fehlentwicklung der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung, die geschichtlich deutlich geworden ist: Die Biologisierung des Bildes vom „Berufsverbrecher“ im Nationalsozialismus.<sup>38</sup> Man wird also bei der Klassifizierung als „gefährliche Person“ besondere Vorsicht walten lassen müssen.

<sup>36</sup> BVerfG, aaO., Rn. 179, 135, 149 ff, 152.

<sup>37</sup> Der Vortrag wurde vor Ergehen der Entscheidung des BVerfGs zum NSOG – 1 BvR v. 27.7.05 – gehalten.

<sup>38</sup> Vgl. Linck, Der Ordnung verpflichtet: Deutsche Polizei 1933–1949, 2000, S. 80 ff, 318 ff m. w. N.

- Weniger radikal ist es, die Person von dem Umfeld zu trennen, das durch sie gefährdet wird. Das geschieht etwa durch Aufenthaltsverbote. Fast alle Landespolizeigesetze haben Aufenthaltsverbote eingeführt, die greifen, wenn Tatsachen die Annahme stützen, dass die Begehung von Straftaten bevorsteht. Nahe liegend ist es beispielsweise, zu verhindern, dass Personen an Orte gelangen können, an denen die Gefahrerzeugung wahrscheinlich ist: Aufenthaltsverbote<sup>39</sup> für Drogenhändler und -konsumenten; Wegweisung<sup>40</sup> des gewalttätigen Mannes aus der Ehewohnung, Meldeauflagen<sup>41</sup> und Passsperrern zwecks Verhinderung der Anreise von Hooligans zum Fußballspiel.<sup>42</sup> Im privaten Bereich wird diese Maßnahme schon seit längerer Zeit durch Hausverbote für Ladendiebe praktiziert.

In dieser Situation muss man entscheiden, ob eine Person eine Disposition zur Gefährlichkeit aufweist, weil an diese Eigenschaft angeknüpft wird. Hier liegt die Versuchung nahe, an scheinbar invariante Merkmale der Person anzuknüpfen. Da klassifizierende biologische Eigenschaften (noch?) nicht erkennbar sind, muss man diesen Versuch aufgeben. Eine oberflächliche und äußerliche Anknüpfung reagiert dann einfach nur auf die Symbole gesellschaftlicher Non-Konformität: Frisuren und Kleidung. Oder sie setzt an der Erfahrung an, welche Gruppen häufig Probleme machen: Der Anschein einer bestimmten ethnischen, Staats-, Religions- oder Weltanschauungszugehörigkeit. Solche Anknüpfungen machen die Auswahl von gefährlichen Personen zwar einfach, treffen aber häufig die Falschen: Selbstdarstellung ist häufig Verkleidung; und der Zugriff auf Problemgruppen erhöht zwar die Erfolgchance, bietet aber keine Gewähr für eine individuell richtige Auswahl. Außerdem wirken solche Anknüpfungen diskriminierend, sind häufig grundrechtswidrig und stören damit den gesellschaftlichen Frieden, den die Sicherheitspolitik gerade schützen soll.

Es kommt hier auf eine Prognose an, die nur aufgrund von Datenbeständen vorgenommen werden kann. Deswegen werden Dateien aufgebaut, die etwa politische Gewalttäter oder Gewalttäter im

Bereich des Sports betreffen. Unter Nutzung dieser Daten will man die jeweiligen Prognosen aufstellen. De facto ist das die Begründung einer Wiederholungsgefahr aufgrund vorangegangenen Tuns. Mit ähnlichen Prognoseproblemen hat es das Strafrecht seit längerer Zeit zu tun, aber dort werden über die Gefährlichkeit gründliche Gutachten gefertigt, die häufig genug dennoch aus der ex post Perspektive fehlgegangen sind.

- Der Fall eines radikalisierten Aufenthaltsverbotes liegt vor, wenn Ausländer nach § 58a Aufenthaltsgesetz sofort vollziehbar des Landes verwiesen werden. Hier wirkt das Aufenthaltsverbot für den ganzen Staat und nicht nur vorübergehend. Auch hier knüpft der Tatbestand nicht an konkrete Gefahren an, sondern an Prognosen, wobei die Fehlerhaftigkeit der Prognose vom Gesetz für unerheblich erklärt wird, wenn nur die Grundlagen der Prognose korrekt sind. Prognostiziert werden muss eine besondere Gefahr für die Sicherheit der BRD oder eine terroristische Gefahr. Auch hier wird eine verantwortbare Prognose nur dann zustande kommen können, wenn Dateien ausgewertet werden. Ähnliche Tatbestände kennt die Regelausweisung. Auch hier tragen Prognosen die Ausweisung (§ 54 Nr. 5 Aufenthaltsgesetz). Der Ausländer wird in der Regel ausgewiesen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass er Vereinigungen angehört oder sie fördert, die den Terrorismus unterstützen. Verfassungskonforme Auslegung fordert natürlich, dass der Ausländer von diesem Fördern wissen muss, andernfalls schon eine Kollekte zur Regelausweisung führen könnte.

Alle diese Maßnahmen, die an die Gefährlichkeit von Personen anknüpfen, setzen die Existenz von umfangreichen Datenbeständen voraus, die z. B. eben auch die politische Betätigung von Ausländern betreffen, soweit eine Verbindung zu terroristischen Absichten denkbar erscheint. Ein besonderer Fall dieser Datensammlung ist die Einreisebefragung: Nach § 54 Nr. 6 Aufenthaltsgesetz erfolgt eine Regelausweisung, wenn der Ausländer dabei falsche oder unvollständige Angaben zu Kontakten zu terrorismusverdächtigen Organisationen gemacht hat. Auch insoweit ist eine verfassungs-

39 Die Aufenthaltsverbote sind in manchen Landespolizeigesetzen in einer Standardbefugnis normiert; vgl. etwa zu Niedersachsen, Waechter, POR, 2000, Rn. 705 ff. Generell: Braun, Freizügigkeit und Platzverweis, 2000.

40 Die Befugnis zur polizeilichen Entfernung einer wiederholt gewalttätigen Person aus einer Wohnung soll helfen, die innerfamiliäre Gewalt einzudämmen. Sie soll die Änderung des § 1361b BGB ergänzen.

41 Auf die Generalklausel gestützte Meldeauflagen fordern eine konkrete Gefahr, die m. E. meist nicht vorliegen wird. Anders aber die Rspr.: VGH Mannheim, DVBl 2000, 1631 / 1634.

42 Es handelt sich durchgehend um quasi öffentlich begangene Delikte, deren Begehung tendenziell ortsgebunden ist. Das ist bei vielen Delikten nicht in diesem Umfang der Fall, etwa bei Diebstahlsdelikten.

konforme Auslegung zwingend, wenn der Betroffene über den Terrorismusverdacht bzgl. dieser Organisation nicht informiert ist.

Extremfälle solcher Datensammlungen, die schon jetzt in die Nähe des Persönlichkeitsprofils gelangen und deshalb verfassungsrechtlich sehr bedenklich sind, sind aus dem Patriot-Act der USA mit der Sammlung von Ausleihdaten von politischen Büchern bekannt.<sup>43</sup>

- „Vorbeugehaft“, meist als Unterbindungsgewahrsam bezeichnet, ist in Deutschland bislang nur bis zu 14 Tagen gesetzlich geregelt. Andere Länder gehen darüber weit hinaus. Die USA internieren mögliche Gefahrenverursacher ohne Befristung in Guantanamo, Israel nimmt Palästinenser, bei denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Terrorakte begehen werden, in langfristige Präventivhaft; dasselbe kann orthodoxen Siedlern geschehen.<sup>44</sup> In Großbritannien war nach dem September 2001 zunächst ein Unterbindungsgewahrsam ohne Rechtsschutzmöglichkeit für ausländische Terrorverdächtige eingeführt worden, der jedoch vom House of Lords unter Berufung auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte für unvereinbar mit Art. 5 EMRK (Recht auf Freiheit und Sicherheit) und Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) erklärt wurde.<sup>45</sup> Dergleichen Maßnahmen sind in Deutschland auch aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht erlaubt.
- Man sollte meinen, dass Vorfeldmaßnahmen in ihrer Intensität zwangsläufig aufgrund der Prognoseunsicherheiten begrenzt sein müssen. Das wird offenbar indes nicht überall so gesehen. So wurde in Israel über längere Zeit hinweg die präventive Tötung angeordnet und ausgeführt, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigten, dass die fragliche Person terroristische Anschläge im Staat Israel verüben würde. Solche Maßnahmen sind schon deswegen verfassungswidrig, weil die Tötung durch den Gewahrsam als mildere Maßnahme ersetzt werden kann. Im übrigen ist eine präventive Liquidation auch mit Art. 2 der EMRK und Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG unvereinbar.

Die Einschätzung als gefährliche Person beruht häufig auf ziemlich unsicheren Schlüssen aus der Vergangenheit, aber in anderen Fällen auch auf der Einbin-

dung in eine Organisation. Gravierende Entscheidungen an solche Prognosen zu knüpfen, liegt angesichts der Fehlerquote von Gefährlichkeitsgutachten im strafrechtlichen Bereich nicht nahe. Die Verführung ist groß, zwecks Vereinfachung an typische Merkmale (Kleidung, Aussehen, Bekenntnis etc.) anzuknüpfen. In der Regel wird eine solche Prognose die konkrete Person verfehlen. Ein grundsätzliches Rechtsproblem wird daraus, wenn aufgrund technischer Fortschritte biologische Gefährlichkeitsdispositionen erkennbar werden. Sollte etwa die genetische Ausstattung hier aussagekräftig werden, dann werden Personen Maßnahmen aufgrund ihrer genetischen Disposition ausgesetzt; Art. 3 Abs. 3 GG indiziert, dass Derartiges nicht dem Verfassungsverständnis entspricht. Die öffentliche Diskussion über Neurologie zielt derzeit aber in diese Richtung, und die Logik der Prognosesicherheit geht natürlich dahin, Indikatoren vorzuziehen, die nicht vom Willen beeinflusst sind. Sie sind gleichzeitig sicherer und leichter erkennbar.

Aus diesen Darlegungen ergibt sich, dass die Vorbeugung bei gefährlichen Personen keinen sehr breiten Anwendungsbereich hat. Prognosen sind denkbar nicht gegenüber Ersttätern, sondern gegenüber Wiederholungstätern innerhalb derselben Deliktsgategorie. Auch bei diesen hindert die berechtigte Forderung nach Resozialisierung eine zu langdauernde Datenvorratshaltung. Die Anknüpfung an die gefährliche Person hilft z. B. nicht gegen den Typus des autonom agierenden laienhaften Selbstmordattentäters oder des „Schläfers“. Sie ist in Reaktion auf einen organisierten Terrorismus entstanden und auf andere Strukturen nicht übertragbar.

## II. Die Auflösung der situationsbezogenen Eingriffsschwelle: Eingriffe ohne Anlass

Das BVerfG hat im Brokdorf-Beschluss<sup>46</sup> zur Datenerhebung bei Versammlungen ausgeführt, dass es nicht nur auf die direkte Eingriffswirkung des Dateneingriffs ankomme, sondern auch auf die vernünftigerweise bei den Eingriffsbetroffenen erwartbare Verhaltensänderung. Hier wurde der von der Bildaufnahme ausgehende - vermutete - Abschreckungseffekt genutzt, um eine Beschränkung solcher Datenaufnahmen zu begründen.

43 Arzt, Polizeiliche Überwachungsmaßnahmen in den USA, 2004, S. 91 f.

44 Nachricht der FAZ v. 11. 05. 2005, S. 7: „Verwaltungshaft“ gegen Siedler.

45 House of Lords, Entscheidung vom 16. Dezember 2004, [2004] UKHL 56.

46 BVerfGE 69, 315 ff.

Andersherum macht die Sicherheitsgesetzgebung sich den Einschüchterungseffekt von Information zu nutze,<sup>47</sup> indem immer mehr Informationen erhoben werden. Dies geschieht schon derzeit z. T. anlasslos (teils lagebildabhängig), und diese anlasslosen Datenerhebungen sollen noch ausgeweitet werden.

Anlasslose Erhebungen von Daten im öffentlichen (Straßen-) Verkehr sind zulässig etwa im Grenzgebiet oder auf Transitwegen, sie werden diskutiert für die Überwachung öffentlicher Räume und insbesondere des öffentlichen Verkehrsgeschehens. Mehrere Länder haben neuerdings die Befugnis zur anlass- und lagebildunabhängigen Videographierung von Kfz-Kennzeichen eingeführt. Die Fremdnutzung der Mautüberwachungsanlagen wird nicht lange auf sich warten lassen. Anlasslose Luftüberwachung wird in den USA für rechtmäßig gehalten.<sup>48</sup> Anlasslose Datenerhebungen finden vielfach im Rahmen von Fernmeldebeziehungen (BND-Befugnisse zur strategischen Überwachung des internationalen Fernmelde-Verkehrs u. a. anhand von Suchbegriffen; vgl. a. § 5 G-10 Gesetz) und im Geldverkehr (Einzahlungskontrolle nach Geldwäschegesetz; bei schwachem Anlass Kontostammdatenabruf nach dem Steuerehrlichkeitsgesetz) statt. Die Verfassungsschutzbehörden haben seit jeher ihre Informationsbefugnisse ohne konkreten Anlass im Sinne einer Einzelgefahr ausgeübt.

Da hier praktisch kein für den Bürger nach außen erkennbarer Tatbestand mehr vorhanden ist, der erkennen lässt, wann die Norm genutzt werden wird, hat die Rechtsprechung verlangt, dass zumindest die Sicherheitslage, die die Ausnutzung der Befugnis rechtfertigen soll, rechtsschutzfest aufgezeichnet wird.<sup>49</sup> Eine ganz generelle anlasslose Datenerhebung liegt auch im Einfügen biometrischer Daten in Personaldokumente. Die Absenkung der Eingriffsschwelle für Informationserhebungsmaßnahmen entspricht dem, was in den USA im Rahmen des Patriot-Act geschehen ist.<sup>50</sup>

Die Rechtsordnung enthält neben den anlasslosen lagebildabhängigen Eingriffsbefugnissen weitere Stufungen der Eingriffsschwelle im Vorfeld von Gefahren: So sind Befugnisse des Bundesverfassungsschutzes (§ 8 Abs. 5 ff BVerfSchG: Finanz-, Post-, Luftverkehrs-

daten sowie Telefonverkehrsverbindungsdaten)<sup>51</sup> daran geknüpft, dass tatsächliche Anhaltspunkte für schwerwiegende Gefahren bestehen. Damit wird zunächst die Anscheinsgefahr wie im Polizeirecht üblich der Gefahr gleichgestellt. Ob darüber hinaus von den Erfordernissen der konkreten Gefahr abgewichen ist, muss die Rechtsprechung zeigen.

Noch weiter ins Vorfeld geht § 3 des G-10 Gesetzes, der Einschränkungen des Post- und Fernmeldegeheimnisses zulässt, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht bestehen, dass eine Person bestimmte sehr erhebliche Straftaten begeht oder auch nur plant. Dem ist der Verdacht der Zugehörigkeit zu einer entsprechenden kriminellen Vereinigung gleichgestellt.

Die Zusammenfassung ist einfach: Es gibt eine Tendenz, den Verkehr im Sinne der körperlichen Raumüberwindung (Straßen-, Luftverkehr etc.), der kommunikativen Raumüberwindung (kommunikativer Verkehr) sowie der Weitergabe von Macht (Geldverkehr) anlasslos zu überwachen. Da jeder Mensch im sozialen Leben auf diese Verkehre angewiesen ist, kann man sich einer solchen Überwachung nicht entziehen; das lässt eine Abschreckungswirkung vermuten. Gerade auch Gefahrentstehung findet in solchen Zusammenhängen statt, so dass es auch als möglich erscheint, durch solche Abschreckung Gefahren vorzubeugen. Ob und inwieweit eine immer weitergehende solche Überwachung einer verfassungsrechtlichen Prüfung standhält und inwieweit sie politisch wünschenswert ist, ist eine Frage, die immer wieder von neuem zu beantworten ist.

## 1. Begründungsprobleme für Jedermann-Pflichten

Die Rechtsschutzchancen bei vielen dieser Eingriffe sind schwach, weil sie entweder heimlich stattfinden oder weil der Tatbestand völlig unbestimmt ist. Andererseits sind befragte Bürger mit diesen Datenerhebungen häufig einverstanden. Die Bürger haben auch keine Scheu, regelmäßig und in großem Umfang etwa an Preisausschreiben teilzunehmen, deren vorrangiger Zweck die Datensammlung ist. Würde man daraus auf

47 Vgl. z. B. Bäuml, in: Lisken / Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl. 2001, Kap. J, Rn. 24.

48 Arzt, aaO., S. 53.

49 VerfGH M-V DVBl 2000, 262.

50 Arzt, aaO S. 94 ff.

51 Entsprechend im Landesrecht zum Beispiel § 5a NdsVerfSchG.

Präferenzen schließen, so kann die Präferenz für den Schutz bestimmter Personendaten mit der Gewinnchance korreliert werden. Diese niedrige Präferenz für den Datenschutz wird wesentlich dadurch begründet sein, dass die unmittelbare Eingriffswirkung von Datenerhebungen regelmäßig als gering empfunden wird. Darüber hinaus haben Gesetzgeber und Verwaltungspraxis die vielfältigen Befugnisse bisher nicht dazu genutzt, Alltagsdelikte wie Schwarzarbeit, Steuerhinterziehung, Verkehrsverstöße oder Versicherungsbetrug zu bekämpfen. Erste Ansätze dazu gibt es im Steuerehrlichkeitsgesetz. Möglicherweise würde die Reaktion der Bürger dann anders aussehen; auch das aber würde beweisen, dass nicht die Datenerhebung selbst als gravierend empfunden wird, sondern nur daran geknüpfte Sanktionen.

Anlasslose Eingriffe in die Freiheit Unbeteiligter sind im System des traditionellen Polizeirechts ein Fremdkörper. Unbeteiligte wurden als Nicht-Störer vor Belastungen geschützt und nur in Notstandssituationen mit Entschädigungsrecht herangezogen.

Es ist nun versucht worden, etwa die anlasslose Identitätskontrolle im Grenzgebiet in dies Schema einzufügen und zu zeigen, dass im Grenzgebiet eine Sondersituation besteht, in der auch der Unbeteiligte bestimmte Lasten zu tragen hat.<sup>52</sup> Diese Argumentation ist bei einer flächendeckenden Kontrollmöglichkeit wie etwa dem anlass- und lagebildunabhängigen Abgleichen von Kfz-Kennzeichen nicht mehr möglich. Daraus könnte man die Verfassungswidrigkeit solcher Maßnahmen ableiten, weil das traditionelle Sicherheitsrecht ja Ausdruck verfassungsrechtlicher Wertungen ist: Der Gleichheitssatz verlangt eine begründete Lastenverteilung, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine im Verhältnis zum Ziel maßvolle Belastung. Bei anlasslosen Kontrollen spielt der Gleichheitssatz wohl keine große Rolle mehr, weil es vom Zufall abhängt, wer in die Kontrolle gerät. Zufall ist an sich eine demokratiegerechte Verteilungsmethode, weil er in gewissem Sinne Gleichbehandlung sichert. Größer ist das Problem der Belastungswirkung. Offenkundig liegt jedenfalls im Bereich des Kfz-Diebstahls keine Sondersituation vor, die die Belastung Unbeteiligter rechtfertigt.

Wenn man gleichwohl solche Kontrollen zu rechtfertigen versucht, so könnte man annehmen, dass es verfassungsrechtlich erlaubt ist, gleichsam Grundpflichten für alle Bürger durch Gesetz einzuführen. In diesem Falle würde es sich um die Grundpflicht handeln, informationelle Maßnahmen zu dulden, um zur Verbesserung einer normalen Sicherheitslage beizutragen. Die Wissenschaft ging bislang davon aus, dass es solche Grundpflichten nur auf gleichsam formaler Ebene gebe.<sup>53</sup> Die Steuerpflicht zur Finanzierung des Staates, die allgemeine Gesetzesgehorsamspflicht für die Rechtsstaatlichkeit und im Notstand die Wehrpflicht zur Verteidigung des Staates. Nunmehr scheint die Tendenz dahin zu gehen, hinsichtlich der Dateneingriffe den Normalstand dem polizeilichen Notstand gleichzustellen. Es ist kein Zufall, dass dies im Bereich der Information geschieht, weil dies neben Geld und Macht eine für den Staat unentbehrliche Grundressource ist. Der Unterschied von Information zu Finanzmitteln liegt aber in dem unterschiedlich starken und an ihr haftenden<sup>54</sup> Personenbezug der Information.

Sucht man weiter nach Begründungen für eine Grundpflichtannahme, so wäre es erwägenswert zu überlegen, ob nicht das informationelle Selbstbestimmungsrecht in Wahrheit so strukturiert ist wie das Eigentumsgrundrecht. Das Eigentum an den Daten gehört dann nicht zur ursprünglichen Freiheit, sondern wird erst vom Staat zugewiesen. Da Kommunikation in sozialen Vorgängen besteht, erscheint eine solche Struktur als plausibel. Datengesetzgebung wäre dann bezüglich von Sozialdaten nicht Eingriff in das Grundrecht, sondern Ausgestaltung des Grundrechts. Weiter könnte man den Gedanken der Situationsgeprägtheit des Eigentums aufnehmen. Sozial wichtige Freiheiten müssen lagegemäß ausgeübt werden; deswegen besteht in der Natur keine Baufreiheit. Aber man kann angesichts des Rückganges der Kfz-Diebstähle bezweifeln, dass eine Lage besteht, die gerade diesbezüglich so prägt, dass zusätzliche Eingriffe zu dulden sind. Der Gesetzgeber hat ja nicht einmal die Wegfahrsperrung vorgeschrieben; das wäre auch von der Lastenverteilung her gerechter als eine Jedermanns-Last. Man ist sich aber ohnehin auch beim Eigentumsgrundrecht darüber einig, dass auch Grundrechtsausgestaltungen und das Geltendmachen der Situationsprägung der Verhältnismäßigkeit standhalten müssen.

52 Waechter, DÖV 1999, 138 ff. Dem folgend der VerFGH M-V DVBl 2000, 262.

53 Vgl. Waechter, Der Staat 1999, 279 ff.

54 Falls nicht anonymisiert wird.

Es ist behauptet worden, für anlasslose Kontrollen seien die Maßstäbe, die zu der traditionellen Polizeirechtsdogmatik geführt haben, nicht anwendbar.<sup>55</sup> Gleichwohl bleibt die Aufgabe, die sachliche Einführung von Grundpflichten zu rechtfertigen. Plausibilität scheint der Grundpflichtgedanke durch den Hinweis auf die allgemeine Zeugenpflicht<sup>56</sup> zu gewinnen. Auch insofern sind Unbeteiligte verpflichtet, zur Verbesserung der Sicherheit beizutragen. Allerdings sieht das Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz eine Entschädigung vor,<sup>57</sup> was darauf hindeutet, dass der Gesetzgeber von einem Sonderopfer und nicht von einer Grundpflicht des Zeugen ausgeht. Eine allgemeine Anzeigepflicht existiert nur für besonders schwere Delikte (§ 138 StGB), also nur in Sondersituationen.

Die Annahme einer jedermann treffenden Duldungspflicht gegenüber Eingriffen, die einen Beitrag zur öffentlichen Sicherheit leisten sollen, wird auch durch die Vorgänge der Sicherheitsprivatisierung nicht plausibler. Die allerorten beobachtbare Privatisierung der Sicherheitsaufgabe zeigt zwar ein neues Verfassungsverständnis. Dabei meint Privatisierung hier nicht das Phänomen privater Sicherheitsdienste. Gemeint ist vielmehr die ausdrückliche Zuweisung der oft für eine Staatsaufgabe gehaltenen Sicherheitsproduktion an die Gefährdeten selbst. Dieser Vorgang wird rechtlich nicht immer sehr deutlich gemacht, seine Konturen haben sich inzwischen aber klar abgehoben.

Als rechtliche Phänomene sei hier nur hingewiesen auf Eigensicherungspflichten (etwa: Cockpittüren; Hafensicherheit, AKW-Sicherheit), wie wir sie als Obliegenheiten aus dem Versicherungsrecht kennen. Spannend wird die Frage werden, ob auch hier die Versäumnung der Obliegenheit irgendwann zum Nicht-Eintreten der staatlichen Sicherheitsmacht oder zumindest zu einer finanziellen Ausgleichspflicht führen wird. Eine andere Erscheinung der materiellen Privatisierung sind die Sonderabgaben bzw. Umlagen, die für Sicherheitsleistungen erhoben werden. So muss die Bahn den BGS als Bahnpolizei über eine Umlage bezahlen. Bezüglich der Terminologie des Abgabenrechts besteht nach Auffassung des Gesetzgebers eine be-

sondere Verantwortlichkeit der Bahn für die Sicherheit auf ihren Betriebsanlagen.

Diese Beispiele belegen eine materielle Teilprivatisierung der Sicherheitsaufgabe. Konsequenz daraus ist vordergründig eine Verschiebung von Kostenlasten vom Staat auf den Bürger. Betroffen sind aber nur diejenigen, denen eine Verantwortlichkeit für den zu sichernden Bereich nachgewiesen werden kann. Darüber geht die jedermann treffende Grundpflicht zur Duldung von sicherheitsförderlichen Eingriffen hinaus.

Es bleibt dabei, dass die Statuierung einer allgemeinen anlass- und lagebildunabhängigen Grundpflicht, durch Lastentragung zur Sicherheit beizusteuern, schwer zu rechtfertigen ist und jedenfalls dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unterliegt.

## 2. Begründungsprobleme für den Datenschutz

Die Befürworter anlassloser Eingriffe haben Schwierigkeiten, deren Belastungswirkung zu rechtfertigen, sie verweisen aber auf die geringe Belastungswirkung. Mit ihr haben wiederum die Befürworter des Datenschutzes zu kämpfen. Sie operieren im Anschluss an das BVerfG deswegen häufig weniger mit den direkten Eingriffswirkungen als mit indirekten Spätfolgen der Eingriffe.

Das Bestehen eines Grundrechts auf Datenschutz bzw. informationelle Selbstbestimmung gehört zum Bestand der gemeinsamen Verfassungstradition der europäischen Staaten. Dieser spiegelt sich auch in der Datenschutzrechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) und in dem modernen Datenschutzartikel der EU-Grundrechtscharta<sup>58</sup> wider.

Das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts ist im Dezember 1983 ergangen; Orwells „1984“ schien also in jedem Sinne bevorzustehen. In der

55 Horn, DÖV 2003, 746.

56 Vgl. §§ 51 ff StPO.

57 §§ 19-32 JVEG.

58 Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist Teil der Verfassung für Europa, die jedoch noch nicht in Kraft ist. Art. II-68 der Verfassung für Europa bzw. der gleich lautende Art. 8 der EU-Grundrechtscharta enthalten ein Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten. Trotz der bisher fehlenden Rechtsverbindlichkeit der EU-Grundrechtscharta haben sich der Rat der EU, die Europäische Kommission und das Europäische Parlament auf die Einhaltung der Charta verpflichtet. Der Europäische Gerichtshof erster Instanz und die Generalanwälte des EuGH stützen sich bei der Herleitung der Gemeinschaftsgrundrechte vermehrt auf die Grundrechtscharta.

öffentlichen Meinung war aufgrund der historischen Erfahrungen und literarischen Vorlagen der Überwachungsstaat mit dem diktatorischen Unrechtsstaat konnotiert. Ein rechtsstaatlicher und demokratischer Überwachungsstaat wurde als Alternative kaum ernsthaft für möglich gehalten. Sicher war der Datenschutz im Jahr 1984 in Teilen der öffentlichen Meinung deswegen überbewertet. Das Bundesverfassungsgericht hat unter mehreren möglichen Alternativen die datenschutzfreundlichste dogmatische Lösung mit einer grundsätzlichen Gleichwertigkeit aller Daten gewählt, die nicht z. B. wie etwa in den USA darauf abstellt, ob eine berechtigte Erwartung auf Schutz der Privatsphäre besteht. Zwanzig Jahre später hat die deutsche Gesellschaft materielle Probleme der sozialen Sicherungssysteme etc., die als drängender empfunden werden. Die den Sicherheitsbehörden eingeräumten Befugnisse scheinen nicht – insbesondere nicht politisch und systematisch – missbraucht worden zu sein. Der Stellenwert des Datenschutzes hat sich in der öffentlichen Meinung relativiert.

Trotz des hohen Stellenwertes des Datenschutzes in den 80er Jahren hatte das BVerfG die Intensität des Eingriffes schon damals nicht<sup>59</sup> aus der direkten Eingriffswirkung abgeleitet, sondern aus den indirekten Folgen, weil auch hier die direkte Güterabwägung zu versagen schien. Das Gericht fragte nicht danach, welche Einbuße der Bürger erleidet, wenn er fotografiert wird, sondern danach, ob Bürger in Antizipation der Bildaufnahmen ihr Verhalten hinsichtlich etwa einer Versammlungsteilnahme ändern werden.

Die Unklarheit darüber, ob die kurz- oder langfristigen Folgen der Bewertung von informationellen Eingriffen zu Grunde zu legen sind, und die Unsicherheit darüber, welches die langfristigen Folgen solcher Eingriffe sein werden, führte zu einem anhaltenden Dissens darüber, welche Gewichtigkeit man informationellen Eingriffen zumessen soll. In diese Unsicherheit ist häufig die jeweilige Ideologie gestoßen und hat die Begründungslücke mit Weltanschauung ausgefüllt.

Die Beschreibung langfristiger Folgen von Überwachungsbefugnissen war in der Frühphase des Datenschutzes in der öffentlichen Meinung geprägt von der Konnotation Überwachung – Unrechtsstaat. In einer zweiten Phase ist diese generelle Verdächtigung aufgegeben worden. Es wird stattdessen mit Begründungen vom Typ des Dambruchargumentes gearbeitet. Dieses Argument ist ohne zusätzliche Begründung dafür, warum der Strom nicht soll angehalten werden können, nicht tragfähig. Eine neuere Stellungnahme des Bundesdatenschutzbeauftragten z. B. zur Erhebung von Kfz-Kennzeichen argumentiert nicht mit einer Rechtsgüterabwägung betreffend den konkreten Eingriff, sondern betreffend die Vorbereitung „künftig weit tieferer Eingriffe“<sup>60</sup> und mit einem „weiteren Schritt“ zur Überwachung.

Wenn man ernsthaft mit indirekten Folgen von Dateneingriffen argumentieren will, müssten soziologisch plausible Prognosen getroffen werden. Wie wird die Summation<sup>61</sup> vieler geringfügiger Eingriffe auf das Verhalten des einzelnen Bürgers einwirken? Welches werden die Folgen der Wiedereinführung intensiver sozialer Kontrolle, nun aber seitens der Behörden und ohne verbleibende Anonymitätsräume, nicht seitens der Nachbarschaft im engen Wohnumfeld, sein? Die Antworten auf solche Fragen sind besonders unsicher, weil es keine geschichtlichen Erfahrungen mit einem grundsätzlich freiheitlichen rechtsstaatlichen Überwachungsstaat gibt.

Soziologie und Geschichte geben nur wenige Anhaltspunkte: Eine Aufdeckung jeder auch leichten Normabweichung oder Gefahrenverursachung würde einerseits die Behörden überlasten und wegen der dann offenbar werdenden Vollzugslücke andererseits die Rechtsverdeutlichungsfunktion der Befugnisausübung schwächen. Der Bürger würde erkennen, dass ständig von jedem Normübertretungen begangen werden, die positiv zu wertende Stigmatisierungswirkung einer Rechtsdurchsetzung würde verschwinden; man spricht diesbezüglich seit langem von dem Präventionseffekt des Nicht-Wissens.<sup>62</sup> Es gibt für

59 Auch in dem Verfahren zum Steuerehrlichkeitsgesetz geht es nur um Fälle, in denen schon individuell Auskünfte verlangt wurden; erst danach eröffnet das Gesetz den Kontostammdatenabruf. Vgl. den in der Sache zwangsläufig wenig ergebnisreichen Beschluss BVerfG, B. v. 22. 3. 2005 – 1 BvR 2357/04 – insb. Abs. 56 ff. Angedeutet wird allerdings, dass anlassunabhängige Kontrollen ins Blaue hinein oder durch Abrasterung für kritisch gehalten werden. Im Polizeirecht sind allerdings schon lageabhängige, aber anlassunabhängige Kontrollen für rechtmäßig gehalten worden.

60 Bundesdatenschutzbeauftragter, 20. Tätigkeitsbericht, 2005, S. 55.

61 Das BVerfG spricht ohne nähere Begründung von dem Gefährdungspotenzial additiver Eingriffe (BVerfG DVBl 2005, 699 (701) GPS-Einsatz).

62 Popitz, über die Präventivwirkung des Nichtwissens, Neudruck 2003 mit Einführung von Sack / Treiber.

eine Gesellschaft ein funktionales Optimum<sup>63</sup> an Kriminalität und Datenverfügbarkeit,<sup>64</sup> das nicht bei Null liegt.<sup>65</sup> Der volle Erfolg des Überwachungsstaates würde in seiner Niederlage enden. Diese Überlegung spricht dafür, auf denkbare Informationsgewinnungen zu verzichten, wo es um relativ unwichtige Rechtsgüter geht und wo die Chance zur Informationsgewinnung mit zahlreichen Eingriffen verbunden ist, die sicher zu keiner wichtigen Information führen; so möglicherweise bei der Rasterfahndung. Dunkelfelder bei Bagatelldelinquenz scheinen eine gesellschaftserhaltende Funktion zu haben. Man sollte nicht versuchen, sie auszuleuchten.

Geschichtliche Beobachtung lehrt, dass Stabilität eines Gemeinwesens langfristig durch Schwankungen um eine Mitte erreicht wird; entscheidend ist es, diese Schwankungen so zu begrenzen, dass existenzielle Rechte nicht unzumutbar eingeschränkt werden. Liberalität einerseits und Ordnungsdurchsetzung andererseits basieren auf Grundeinstellungen, zwischen denen ein Gemeinwesen pendelt.<sup>66</sup> Mir sind keine rational orientierten Individuen oder Gesellschaften bekannt, die im einen Bereich liberal und im anderen ordnungsliebend sind. Offenbar wirken Basiswertungen regelmäßig in allen Bereichen des Lebens, weil jedermann einen Konsistenzanspruch für sein Verhalten erhebt und dieser am einfachsten mit durchgängigen Grundhaltungen eingelöst werden kann. Zu berücksichtigen ist bei der Entwicklung eines Rechtssystems daher nicht nur, welche Folgen vergleichbare Basiswertungen in anderen Rechtsbereichen haben werden, sondern auch, welche Folgen im informellen sozialen Leben eintreten werden. Der von Basiswertungen gesteuerte Gleichlauf in Rechtssystem und Sozialordnung führt dazu, dass eine Gesellschaft, die in

ihren Gesetzen eine starke Kontrolle verankert, auch im übrigen nicht mehr viel Liberalität zulassen wird. Die allgemeine Präferenz für Sicherheit wird auch im Bereich der Auslegung dazu führen, dass die illiberale Auslegung bevorzugt wird. Sicher ist das nur eine langfristige Entwicklung. Sicher ist auch, dass eine solche Entwicklung vom Gesetzgeber auch bewusst herbeigeführt werden darf. Es ist wünschenswert, dass dies im Bewusstsein der Folgen geschieht und nicht in aktionistischer Reaktion auf Augenblicksprobleme; es ist notwendig, den Pendelausschlag zu begrenzen.<sup>67</sup> Aber nicht jede Reduzierung des vorhandenen Datenschutzniveaus ist schon ein Extremauschlag des Pendels.

Wenn man – was aber vielleicht unvermeidlich ist – solche vagen Prognosen in möglichst geringem Maße zur Grundlage rechtlicher Entscheidungen machen will, so könnte man versuchen, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung neu zu strukturieren. Diese Neustrukturierung müsste – abweichend von dem Grundsatz der gleichen Relevanz aller Daten<sup>68</sup> – klarere Vorgaben für die Wertigkeit der jeweils betroffenen Daten ermöglichen. Die Differenzierung kann etwa nach dem Grad der herkömmlichen Sozialgebundenheit der Daten erfolgen: Wie offensichtlich sind die Vorgänge für jedermann? Im Bereich des Persönlichkeitsrechts nimmt das BVerfG einen besonders hohen Wert von Daten an, wenn der Private berechtigt darauf vertrauen darf, dass die Daten nicht in die Öffentlichkeit gelangen.<sup>69</sup> Solche Gedanken sollten im Bereich des Datenschutzes stärker im öffentlichen Bewusstsein sein. Jede neue informationelle Eingriffsbefugnis jedesmal erneut als Schritt in den Überwachungsstaat zu denunzieren, diskreditiert den Datenschutz eher anstatt ihm zu helfen. Andererseits ist es

63 Zum ökonomischen Optimum an Datenrechtsverstößen: Maennig, Zur Ökonomik eines optimalen Datenschutzes, in: Stober, Schriftenreihe Recht des Sicherheitsgewerbes, Professorengespräch 2004, in Veröffentlichung.

64 R. K. Merton, Continuities in the Theory of Reference Groups and Social Structure, 1957, S. 244. Merton spricht von visibility / observability; das ist ein etwas anderer Zungenschlag als bei „Durchsichtigkeit“, weil es mehr auf Informationen über äußerlich sichtbares Verhalten gemünzt zu sein scheint.

65 Das Recht sucht sich diesem Optimum durch eine Abwägung der beteiligten Individual- und Kollektivrechtsgüter zu nähern. Wie schwierig dies ist, zeigt sich daran, dass hier nur begrenzt Regeln existieren und im Bundesdatenschutzgesetz viele Abwägungen der Einzelfallentscheidung überlassen bleiben. Das Optimum kann also in vielen Situationen jeweils ganz unterschiedlich aussehen. Eine allgemeine Beschreibung lässt sich nicht geben.

66 Man denke an den Kreislauf der Verfassungen, wie er in der Antike geschildert wurde; dort waren die Pendelausschläge des Zeitgeistes nicht ausreichend begrenzt.

67 Eine der Schwierigkeiten liegt darin, dass die „Mitte“ des Pendelschlages sich je nach der konkreten Lage (Gefahrbedrohtheit) des Gemeinwesens verschiebt.

68 BVerfGE 65, 1 (45).

69 BVerfGE 101, 361 (382–384). Der Schutz der Privatsphäre hat in der Rechtsprechung damit einen geringeren Umfang als das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, obwohl es bei der Privatsphäre um den Bereich des Eigenen geht und bei Daten um Selbstdarstellung, also einen ohnehin sozialen Vorgang. Es läge nahe, den umfangreicheren Schutz der Daten erst bei Zweckentfremdung und Weitergabe eintreten zu lassen, aber nicht schon bei Informationserhebung bzgl. eines öffentlichen Verhaltens.

richtig, dass es selten einen Umschlag vom freiheitlichen Staat in den Überwachungsstaat geben wird, sondern viele kleine Schritte. Wann eine Quantität solcher Schritte in einen qualitativen Wechsel umschlägt, ist eine alte und in dieser Allgemeinheit dauerhaft ungeklärte Frage.<sup>70</sup>

### Fazit

Im Luftsicherheitsgesetz und in den Normen, die den polizeilichen Todesschuss erlauben, kommt ein neues Werteverständnis zum Ausdruck. Dasselbe gilt für Begründungen zugunsten der Erlaubtheit der Folter, aber auch für den Versuch, die absolute Verbotenheit der Folter auf neue argumentative Grundlagen zu stellen. Das Leben läuft in der öffentlichen Diskussion bisweilen scheinbar der Würde den Rang als Höchstwert ab; darin kommt zugleich eine Säkularisierung zum Ausdruck, die materielle Existenz wird höher gewertet als die Art der Existenz und damit auch der Geltungsanspruch der Person.<sup>71</sup> Es ist wichtiger, materiell ein Mensch zu sein, als Menschenwert zu haben. Säkularisierung ist verbunden mit Relativierung, weil für jedes Rechtsgut eine Situation vorstellbar ist, in der eine Abwägung ergeben kann, dass dieses Rechtsgut weichen muss. Die Verhältnismäßigkeit gewinnt gegenüber dem Gedanken absoluter Kernbereiche an Raum.

Im Verhältnis von Staat und Gesellschaft gewinnt die Auffassung an Boden, dass es in den meisten Fällen keine grundsätzliche Scheidung zwischen Staatsauf-

gaben und gesellschaftlicher Freiheitsausübung gibt. Die „Inpflichtnahme“ der Freiheitsausübung wird zum Normalfall. Deswegen wird vertreten, Personen, die einen Verkehr eröffnen, seien gehalten, insoweit auch die Verantwortung für die öffentliche Sicherheit dieses Verkehrs wahrzunehmen. Darüber hinaus habe jeder die Eingriffe zu dulden, die der Gesetzgeber für die öffentliche Sicherheit für geboten hält. Die Grundpflichten des Bürgers beschränken sich nach dieser Auffassung nicht mehr auf formale Pflichten wie Gehorsam und Steuerleistung. Dadurch tritt der Gedanke materieller Grundpflichten neben die Grundrechte als Abwehrrechte.

Die verbreitete Argumentation mit indirekten Folgen von staatlichen Eingriffen setzt belastbare Folgenprognosen voraus, die häufig nicht vorliegen. Das führt zu starken Einschätzungsdivergenzen. Zwischen den öffentlichen Diskursen betreffend zusätzliche rechtsstaatliche Sicherungen und betreffend Deregulierungsnotwendigkeiten herrscht zu wenig Kommunikation.

In Umrissen erkennbar ist ein sich ankündigendes Werte- und Verfassungsverständnis mit einem stärker als bisher gemeinschaftsgebundenen Bürger in einem technokratischen Staat mit beliebigen Zielen. Das ist jedenfalls nicht mehr das Gemeinwesen der Väter des Grundgesetzes.

70 Man denke an das „Haufenparadoxon“ der alten Griechen: Wann wird eine Zahl einzelner Sandkörner zu einem Haufen. Kein einzelnes zusätzliches Korn ist dafür entscheidend, aber dennoch ist irgendwann ein Haufen da.

71 Folgen für die Verteidigungsbereitschaft der BRD werden unter dem Stichwort „Wehrpflicht“ bereits diskutiert.

Marion Albers

## 2 Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Evaluierung neuer Gesetze zum Schutz der Inneren Sicherheit

### I. Einleitung

Die Evaluierung neuer gesetzlicher Kompetenzen der Sicherheitsbehörden wird oft gefordert.<sup>1</sup> Ihre verfassungsrechtliche Bedeutung, ihre gesetzliche Ausgestaltung und ihre praktische Realisierung<sup>2</sup> sind bislang jedoch wenig analysiert worden. Im Folgenden soll zunächst ein Überblick über die Entwicklung von Evaluierungspflichten gegeben werden. Danach geht es um die Evaluation als Verfassungsgebot. In der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung tauchen Evaluierungspflichten zwar immer häufiger, aber bislang in eher unsystematischer Form auf. Ein deutlicheres verfassungsrechtliches Fundament würde die gesetzliche Regelung der Evaluierungspflichten erleichtern. Daher werden zunächst deren Grundlagen erläutert, nämlich die im Hintergrund stehenden gesetzgeberischen Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten und die Funktionen von Evaluationen. Danach werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Evaluation sicherheitsbehördlicher Kompetenzen präzisiert und veranschaulicht. Daraus kann man

Folgerungen für eine angemessene gesetzliche Konzeption der Evaluation ziehen. Abschließend werden Thesen zusammengefasst.

### II. Die Entwicklung von Evaluierungspflichten

Evaluierungspflichten im Zusammenhang mit neuen Gesetzen zum Schutz der inneren Sicherheit haben sich in den letzten Jahren schrittweise herausgebildet.

#### 1. Implizite Herleitbarkeit im Zusammenhang mit Befristungen und Berichtspflichten

Zunächst haben sie sich nur mittelbar ergeben, indem neue gesetzliche Regelungen mit dem Ziel befristet wurden, dass man mit ihnen Erfahrungen sammeln kann. Beispiel ist die *Kronzeugenregelung*. Sie wurde 1989 für vier Jahre eingeführt, zweimal verlängert und lief dann aus. Eine Sammlung und Auswertung der Erfahrungen mit diesem Instrument war zwar politisch

1 Bizer, Erfolgskontrolle polizeilicher Arbeit, DuD 1998, S. 310 (310); ders., Evaluierung der Telekommunikationsüberwachung, in: Bäuml (Hrsg.), Polizei und Datenschutz, 1999, S. 131 (131 ff., mit Ausführungen zur wachsenden Bedeutung der Telekommunikationsüberwachung und zum unzureichenden Wissensstand hinsichtlich der Rechtsstatsachen); Borgs-Maciejewski, Zur parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste, ZRP 1997, S. 361 (363 f., dies mit Einschränkungen und Schwerpunkt auf der Gestaltung der parlamentarischen Kontrolle); Hoffmann-Riem, Freiheit und Sicherheit im Angesicht terroristischer Anschläge, ZRP 2002, S. 497 (500); Jacob, Überwachung der Telekommunikation, DuD 1999, S. 680 (680); Kastner, Verdachtsunabhängige Personenkontrollen im Lichte des Verfassungsrechts, VerwArch 2001, S. 216 (248, 257); Schaar, Mit heißer Nadel gegen den Terrorismus?, MMR 2001, S. 713 (714); Schulze-Fielitz, Innere Sicherheit: Terrorismusbekämpfung auf Kosten der Freiheit?, in: Adolf-Arndt-Kreis (Hrsg.), Sicherheit durch Recht in Zeiten der Globalisierung, 2003, S. 25 (37 f.); Trute, Die Erosion des klassischen Polizeirechts durch die polizeiliche Informationsvorsorge, in: Erbguth/Müller/Neumann (Hrsg.), Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch, 1999, S. 403 (415 f.); Weinzierl, Die Befristung und Evaluierung von Sicherheitsgesetzen: ein wirksames Instrument des Menschenrechtsschutzes und der Wahrung rechtsstaatlicher Prinzipien?, in: Deutsches Institut für Menschenrechte/Deile/Hutter/Kurtenbach/Tessmer (Hrsg.), Jahrbuch Menschenrechte 2006: Freiheit in Gefahr Strategien für die Menschenrechte, 2005, S. 93 (93 f.); Zezschwitz, Videoüberwachung in Hessen, DuD 2000, S. 670 (672).

2 Eine der bisher umfangreichsten Evaluationen ist die vom BMJ in Auftrag gegebene Studie des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht zur Telekommunikationsüberwachung, Albrecht/Dorsch/Krüpe, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, 2003. Die Studie bietet in manchen Punkten hilfreiches, allerdings vor allem quantitativ aufbereitetes Material. Ihr fehlt ein angemessener (verfassungs-) rechtlicher Fokus schon bei der Erfassung und Aufbereitung und erst recht bei der Beurteilung der rechtsrelevanten Tatsachen. Vgl. auch die kritischen Anmerkungen von Bizer, Die Evaluierung der Telekommunikationsüberwachung. Kritische Anmerkungen zur MPI-Studie, Kriminologisches Journal 2003, S. 280 (bes. 290 ff.).

gewollt. Art und Verfahren einer Evaluation waren aber in keiner Weise gesetzlich geregelt. Bis heute sind die Beurteilungen im politischen Raum sehr unterschiedlich und nur unzureichend empirisch abgesichert. Ungeachtet der fehlenden empirischen Basis soll die Kronzeugenregelung jedoch wieder eingeführt werden.<sup>3</sup>

Ein zweites Beispiel ist die *präventive Brief-, Post- und Telekommunikationsüberwachung des Zollkriminalamtes*. Sie wurde als erste Befugnis zur Telekommunikationsüberwachung im (präventiven) Bereich der Straftatenverhütung im Jahre 1992 im Anschluss an die Rabta-Affäre in §§ 39 bis 43 AWG a. F. eingeführt, damit Straftaten nach dem Außenwirtschaftsgesetz und dem Kriegswaffenkontrollgesetz möglichst umfassend und möglichst frühzeitig entdeckt werden.<sup>4</sup> § 39 AWG a. F. ermächtigte das damalige Zollkriminalinstitut zur Überwachung des Brief-, Post und Fernmeldeverkehrs. § 40 AWG a. F. regelte das Verfahren und einen Richtervorbehalt. § 41 AWG a. F. enthielt weitere Durchführungsvorschriften und implizite Übermittlungsbefugnisse. § 51 AWG a. F. sah schließlich eine *Befristung* dieser Regelungen vor. § 41 Abs. 5 AWG a. F. hat dies um die Pflicht des Bundesministeriums der Finanzen ergänzt, in Abständen von höchstens sechs Monaten ein Gremium von fünf Bundestagsabgeordneten über die Durchführung dieser Regelungen zu unterrichten. Zur bloßen Befristung kommt also eine *Berichtspflicht* hinzu. Es fällt aber auf, dass sich diese Berichtspflicht pauschal auf die Durchführung der neu eingeführten Regelungen mit all ihren Komponenten bezieht. Sie unterscheidet sich nicht von einer umfassenden Vollzugs- oder von einer Rechtmäßigkeitskontrolle. Die gegebenenfalls vorangehende Evaluationspflicht ist dagegen überhaupt nicht näher geregelt worden. Inhalte und Ergebnisse der Unterrichtungen über erfolgte Telekommunikationsüberwachungen blieben unveröffentlicht. Sie werden teilweise in der Begründung der Gesetzentwürfe wiedergegeben, die nach Ablauf der Befristung auf eine Fortdauer der Überwachungsbefugnisse gerichtet sind. Die Ausführungen beschränken sich hier im

Wesentlichen auf die Zahl der Anordnungen, den Gegenstand des Verfahrens, die Gründe für die Durchführung der Überwachung, die Zahl der Betroffenen und die Beschreibung der Relevanz der Überwachung für eingeleitete Ermittlungsverfahren.<sup>5</sup> Eine systematische, auch an den Grundrechten orientierte Evaluation ist nicht erkennbar.

## 2. Präzisere Regelung der Berichtspflichten und ausdrückliche Verankerung einer Evaluationspflicht

Die Defizite einer nur impliziten Herleitbarkeit sind der Hintergrund für die präziseren Regelungen, die es heute gibt. Das erste Gesetz, in das neben einer Befristung und Berichtspflichten eine ausdrückliche Regelung zur Evaluierung aufgenommen worden ist, ist das *Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus* (Terrorismusbekämpfungsgesetz) aus dem Jahre 2002.<sup>6</sup> Es handelt sich um ein Artikelgesetz, das die Kompetenzen aller Sicherheitsbehörden des Bundes in bestimmten Punkten erweitert hat und ansonsten im Wesentlichen ausländerrechtliche Änderungen<sup>7</sup> enthält. Für die Sicherheitsbehörden kann man beispielhaft die neu eingeführten Aufgaben des Bundesamtes für Verfassungsschutz und des Militärischen Abschirmdienstes nennen, in ihrem Kompetenzbereich Bestrebungen zu beobachten, die sich gegen den Gedanken der Völkerverständigung, insbesondere gegen das friedliche Zusammenleben der Völker richten.<sup>8</sup> Die Befugnisse der Nachrichtendienste sind unter anderem dahin erweitert worden, dass zur Aufgabenerfüllung und unter bestimmten weiteren Voraussetzungen im Einzelfall bei Telekommunikations- und Teledienstunternehmen Auskünfte über Verbindungs- und Nutzungsdaten der Teilnehmer eingeholt werden dürfen.<sup>9</sup> Außerdem dürfen das Bundesamt für Verfassungsschutz und der Bundesnachrichtendienst im Einzelfall bei Banken und sonstigen Finanzunternehmen Auskünfte zu Konten und Konteninhabern sowie zu Geldbewegungen und Geldanlagen einholen, wenn dies zur Aufgabenerfüllung erforderlich ist und tat-

3 Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD vom 11.11.2005, Punkt VIII 2.1., abrufbar unter <http://www.bundesregierung.de>.

4 Näher die Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze, BT-Drs.12/1134, S. 7 ff., bes. 10 f.

5 Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum Neunten Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, BT Drucks 13/4774, S. 6, sowie die – bereits ausführlichere – Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum Zehnten Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, BT-Drs.14/1415, S. 4 ff.

6 Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz) vom 9. Januar 2002, BGBl I 2002, S. 361 ff.

7 Hier sind in vielen Hinsichten deutliche Verschärfungen vorgenommen worden, vgl. z. B. die Ausführungen in BVerwG, Urteil vom 15.3.2005 – 1 C 26.03 –, abrufbar unter <http://www.bverwg.de>.

8 §§ 3 Abs. 1 Nr. 4 BVerfSchG, 1 Abs. 1 S. 2 MADG.

9 §§ 8 Abs. 8 BVerfSchG, 10 Abs. 3 MADG, 8 Abs. 3a BNDG.

sächliche Anhaltspunkte für schwerwiegende Gefahren für die in den Aufgaben genannten Schutzgüter vorliegen.<sup>10</sup> Praktisch relevant ist darüber hinaus die neu eingefügte Verpflichtung des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge, dem Bundesamt für Verfassungsschutz eigeninitiativ sach- und personenbezogene Daten zu übermitteln, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Übermittlung für die Erfüllung der Aufgaben des Verfassungsschutzes erforderlich ist.<sup>11</sup>

Gerade beim Terrorismusbekämpfungsgesetz hat das *Erfordernis einer Evaluierung* der neuen Kompetenzen im Gesetzgebungsverfahren und in der politischen Auseinandersetzung eine besondere Rolle gespielt. Hierzu ist nunmehr in den jeweiligen Sicherheitsgesetzen ein inhaltlich und zeitlich gestuftes Verfahren vorgesehen. Zunächst sind das zuständige Ministerium bzw. der Chef des Bundeskanzleramtes verpflichtet, das Parlamentarische Kontrollgremium<sup>12</sup> im Abstand von höchstens sechs Monaten über die Realisierung der neuen Befugnisse zu unterrichten, hier insbesondere einen Überblick über Anlass, Umfang, Dauer, Ergebnis und Kosten der durchgeführten Maßnahmen zu geben.<sup>13</sup> Das Parlamentarische Kontrollgremium liefert dann seinerseits dem Deutschen Bundestag einen Bericht über die Durchführung sowie über Art, Umfang und Anordnungsgründe der Maßnahmen, und zwar zum einen jährlich, zum anderen nach Ablauf von drei Jahren zusammenfassend zum Zwecke der Evaluierung.<sup>14</sup> Art. 22 Abs. 2 Terrorismusbekämpfungsgesetz ergänzt dies um eine Befristung der wesentlichen neuen sicherheitsbehördlichen Ermächtigungen bis zum 11. Januar 2007. Art. 22 Abs. 3

Terrorismusbekämpfungsgesetz sieht ausdrücklich vor, dass die neuen Regelungen vor Ablauf der Befristung zu evaluieren sind.

Kriterien und Organisation der Evaluation werden damit allerdings nur sehr begrenzt präzisiert. Deshalb ist sogleich erörtert worden, wie die Evaluierung eigentlich erfolgen und ob bereits das Abgeordnetengremium oder erst der Bundestag eine Evaluation durchführen soll.<sup>15</sup> Mittlerweile gibt es zwei jährliche Unterrichtungen durch das Parlamentarische Kontrollgremium<sup>16</sup> und den zusammenfassenden Bericht zum Zwecke der Evaluierung.<sup>17</sup> Die Unterrichtungen sind – selbst bei Berücksichtigung der Geheimhaltungserfordernisse<sup>18</sup> – inhaltlich dürftig. Etwas mehr gibt der zusammenfassende Bericht zum Zwecke der Evaluierung her. Der zusätzliche Evaluationsbericht der Bundesregierung ist ebenfalls etwas ausführlicher gehalten.<sup>19</sup> Der deutliche Schwerpunkt liegt hier allerdings darauf, die Häufigkeit des Einsatzes einer Befugnis zu beschreiben und beispielhaft darzulegen, inwiefern mit den neuen Befugnissen relevante Informationen gewonnen werden konnten. Dagegen wird die Betroffenheit von Bürgern in Grundrechten vor allem quantitativ mit der Zahl derer erfasst, auf die sich ein Auskunftersuchen richtete. Darüber hinaus wird an einigen Stellen auch erläutert, wie bestimmte Tatbestandsmerkmale der Ermächtigungen in der Praxis angewendet werden, z. B. was als „schwerwiegende Gefahr“ für die in den Aufgaben genannten Schutzgüter eingestuft wird und ein Auskunftersuchen über Konten und Geldbewegungen bei Banken auslöst.<sup>20</sup>

10 §§ 8 Abs. 5 BVerfSchG, 2 Abs. 1a BNDG.

11 § 18 Abs. 1a BVerfSchG.

12 Das Parlamentarische Kontrollgremium ist die seit längerem eingerichtete, aus gewählten Abgeordneten bestehende Kontrollinstanz des Parlaments gegenüber der Bundesregierung hinsichtlich der Tätigkeit des Bundesamtes für Verfassungsschutz, des Militärischen Abschirmdienstes und des Bundesnachrichtendienstes, vgl. § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes (PKGrG). Beratungen und erlangte Kenntnisse über nachrichtendienstliche Angelegenheiten sind von den Mitgliedern grundsätzlich, dies auch bei der Berichterstattung gegenüber dem Bundestag, geheimzuhalten, §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 S. 2 PKGrG. Die näheren Kontrollbefugnisse des Gremiums werden in den einzelnen Gesetzen (G 10, BVerfSchG, MADG, BNDG) geregelt.

13 §§ 8 Abs. 10 S. 1 BVerfSchG, 10 Abs. 3 S. 6 MADG i. V. m. 8 Abs. 10 S. 1 BVerfSchG, 8 Abs. 3a S. 6 BNDG i. V. m. 8 Abs. 10 S. 1 BVerfSchG.

14 §§ 8 Abs. 10 S. 2 BVerfSchG, 10 Abs. 3 S. 6 MADG i. V. m. 8 Abs. 10 S. 2 BVerfSchG, 8 Abs. 3a S. 6 BNDG i. V. m. 8 Abs. 10 S. 2 BVerfSchG.

15 Vgl. dazu die Erörterungen im 19. Tätigkeitsbericht des Bundesbeauftragten für den Datenschutz, abrufbar unter <http://www.bfd.bund.de>, Punkt 2.3.1, dies mit Blick darauf, dass der Bericht des federführenden Innenausschusses zu den einschlägigen Gesetzentwürfen und Änderungsvorschlägen ausführt, dass das Parlamentarische Kontrollgremium drei Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes einen zusammenfassenden Evaluierungsbericht an den Deutschen Bundestag zu erstatten hat, BT-Drs.14/7864, S. 4.

16 Siehe die beiden Unterrichtungen durch das Parlamentarische Kontrollgremium (PKGr) für den Berichtszeitraum 1. Januar bis 31. Dezember 2002 in BT-Drs.15/981, und für den Berichtszeitraum 1. Januar bis 31. Dezember 2003 in BT-Drs.15/3391.

17 Unterrichtung durch das Parlamentarische Kontrollgremium (PKGr), BT-Drs.15/5506.

18 §§ 8 Abs. 10 BVerfSchG, 10 Abs. 3 S. 6 MADG, 8 Abs. 3a S. 6 BNDG i. V. m. § 5 Abs. 1 PKGrG.

19 Änderung der Bundesregierung zu den Auswirkungen der nach Art. 22 Abs. 2 des Terrorismusbekämpfungsgesetzes befristeten Änderungen des Bundesverfassungsschutzgesetzes, des MAD-Gesetzes, des BND-Gesetzes, des Artikel 10-Gesetzes, des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes und des § 7 Abs. 2 des BKA-Gesetzes, abrufbar unter [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de).

20 Bericht der Bundesregierung (Fn.19), S. 9 f., 12, 15.

Das Terrorismusbekämpfungsgesetz steht oft im Mittelpunkt der öffentlichen Aufmerksamkeit. Die mit ihm eingeführten sicherheitsbehördlichen Kompetenzen weisen jedoch nicht unbedingt eine höhere Eingriffsintensität auf als die Ermächtigungen anderer Sicherheitsgesetze. Schon deshalb sollte sich das Interesse nicht auf dieses Gesetz beschränken. Im Übrigen ist das Terrorismusbekämpfungsgesetz auch nicht mehr das einzige Gesetz, in dem Evaluierungspflichten festgehalten sind.

Ein weiteres Beispiel ist die Regelung zur verdachtslosen Kontrolle („Schleierfahndung“) durch die Bundespolizei in § 22 Abs. 1 a BPG. Sie ist neu bis zum 30. Juni 2007 *befristet* worden. Dabei wurde auch die ausdrückliche Verpflichtung verankert, dass die Regelung vor Ablauf der Befristung zu *evaluieren* ist.<sup>21</sup> Nähere Vorgaben zu Trägern, Kriterien, Verfahren oder Methoden der Evaluierung umfasst diese gesetzliche Verpflichtung jedoch nicht.

Als Beispiel für eine aktuelle Regelung zur Evaluierung kann man außerdem die Befugnisse des Zollkriminalamts zur Überwachung der Telekommunikation wieder aufgreifen. Die präventive Telekommunikations- und Postüberwachung des Zollkriminalamts ist heute in §§ 23 a bis f Zollfahndungsdienstgesetz (ZFG) geregelt.<sup>22</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat die Regelungen des AWG nämlich Anfang 2004 vor allem wegen Verstoßes gegen die Gebote der Bestimmtheit und der Normenklarheit für verfassungswidrig erklärt.<sup>23</sup> Für die Überwachungsregelungen enthält § 47 ZFG erneut eine *Befristung*, und zwar bis Ende 2005. Die Kürze der Zeitspanne liegt allerdings daran, dass schnell die Frage geklärt werden sollte, ob der Kernbereich privater

Lebensgestaltung, den das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zur akustischen Wohnraumüberwachung aus Art. 13 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet und mit Blick auf Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar, also für nicht durch Abwägung mit anderweitigen Interessen relativierbar erklärt hat,<sup>24</sup> auch bei der Telekommunikationsüberwachung zu beachten ist.<sup>25</sup> Darüber hinaus sieht § 23 c Abs. 8 ZFG eine *Berichtspflicht* des Bundesministeriums der Finanzen gegenüber dem Abgeordnetengremium vor, dem neun vom Deutschen Bundestag bestimmte Abgeordnete angehören. Die Berichtspflicht bezieht sich wie zuvor im AWG pauschal auf die Durchführung der §§ 23 a bis f ZFG und damit auf sämtliche Komponenten der Durchführung der Überwachungsregelungen. Auf Empfehlung des Rechtsausschusses<sup>26</sup> sind die Anforderungen an die Berichtspflicht allerdings noch konkretisiert worden: Es ist insbesondere über Anlass, Umfang, Dauer, Ergebnis und Kosten der durchgeführten Maßnahmen und über die Benachrichtigung Betroffener zu berichten. Außerdem wird die Sechsmonats-Berichtspflicht ergänzt um eine weitere Berichtspflicht des Abgeordnetengremiums: Es soll dem Deutschen Bundestag nach Ablauf von drei Jahren zusammenfassend zum Zwecke der Evaluierung einen Bericht über die Durchführung der Maßnahmen erstatten, der die Angaben aus den Berichten des Bundesministeriums der Finanzen berücksichtigt. Damit wird eine gestufte Berichtspflicht an das Parlament vorgesehen. Zugleich werden ausdrücklich *Evaluierungsaufgaben* gesetzlich verankert. Kriterien und Organisation der Evaluation erschließen sich über § 23c Abs. 8 ZFG nur begrenzt. Die gesetzliche Regelung der Evaluation ist schon deshalb noch verbesserungsbedürftig.

21 Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesgrenzschutzgesetzes vom 22. Dezember 2003, BGBl I, S. 2770. Zur Diskussion vgl. die Beschlussempfehlung und den Bericht des Innenausschusses vom 12.11.2003, BT-Drs. 15/2005, S. 4 f.; Bundesbeauftragter für den Datenschutz, 20. Tätigkeitsbericht, BT-Drs.15/5252, S. 60 f.

22 Vgl. Art. 1 bis 3 des Gesetzes zur Neuregelung der präventiven Telekommunikations- und Postüberwachung durch das Zollkriminalamt und zur Änderung der Investitionszulagengesetze 2005 und 1999 (NTPG) vom 21. Dezember 2004, BGBl I, S. 3603.

23 BVerfG, Beschluss vom 3. März 2004, 1 BvR 3/92, BVerfGE 110, 33 (bes. 52ff.); abrufbar auch unter <http://www.bverfg.de>.

24 BVerfG, Urteil vom 3. März 2004, 1 BvR 2378/98 und 1084/99, BVerfGE 109, 279 (313 ff.); abrufbar auch unter <http://www.bverfg.de>. Im Anschluss daran hat das Gericht Art. 13 Abs. 3 GG restriktiv interpretiert (BVerfGE 109, 279 <315 ff.>) und die zu überprüfenden Regelungen der StPO zur Wohnraumüberwachung zu Strafverfolgungszwecken für teilweise verfassungswidrig erklärt (zur unzureichenden Beachtung des Kernbereichs in den gesetzlichen Regelungen vgl. BVerfGE 109, 279 <328 ff.>). Die Regelungen sind inzwischen mit dem Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (akustische Wohnraumüberwachung) vom 24. Juni 2005, BGBl I S. 1841, geändert worden. Zum Erfordernis der Überprüfung der Regelungen der akustischen Wohnraumüberwachung zu Gefahrenabwehrzwecken in vielen Landespolizeigesetzen und zu nachrichtendienstlichen Zwecken in einigen Landesverfassungsschutzgesetzen Denninger, Verfassungsrechtliche Grenzen des Lauschens – Der „große Lauschangriff“ auf dem Prüfstand der Verfassung, ZRP 2004, S. 101 (104); Kutscha, Neue Grenzmarken des Polizeiverfassungsrechts, NVwZ 2005, S. 1231 (1232); Kötter, Novellierung der präventiven Wohnraumüberwachung?, DöV 2005, S. 225 (229 ff.); Roggan, Unerhörte Intimsphäre: Zum Erfordernis kernbereichsschützender Regelungen im Sicherheitsrecht, in: Blaschke / Förster / Lump / Schmidt (Hrsg.), Sicherheit statt Freiheit?, 2005, S. 51 (57 ff.).

25 Siehe die Diskussion im Rahmen der zweiten und dritten Lesung des Gesetzentwurfs, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 15/146 S. 13673 ff. Das BVerfG hat die Frage inzwischen bejaht, Urteil vom 27. Juli 2005, 1 BvR 668/04, abrufbar unter <http://www.bverfg.de>, Rn 160 ff.

26 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs.15/4416, S. 11, 22.

Die Regelungen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes und des ZFG haben sich hinsichtlich der inhaltlichen Kriterien an der verfassungsrechtlichen Verankerung der Berichtspflicht in Art. 13 GG orientiert. Art. 13 Abs. 6 GG sieht vor, dass die Bundesregierung den Deutschen Bundestag jährlich über den Einsatz technischer Mittel zur Wohnraumüberwachung unter anderem zu Zwecken der Strafverfolgung unterrichtet. § 100e StPO a. F. hat diese Berichtspflicht zunächst dahin präzisiert, dass die Bundesregierung den Deutschen Bundestag auf der Grundlage von Ländermitteilungen über Anlass, Umfang, Dauer, Ergebnis und Kosten der Maßnahmen sowie über die Handhabung der Benachrichtigung an die Betroffenen zu unterrichten hat. Auf dieser Grundlage hat die Bundesregierung entsprechende jährliche Unterrichtungen an den Bundestag geliefert.<sup>27</sup>

Art. 13 GG ist als Beispiel insofern interessant, als der Bundestag gleichzeitig mit den Grundgesetz- und Gesetzesänderungen beschlossen hat, dass die Bundesregierung unabhängig von der jährlichen Berichtspflicht nach knapp vier Jahren einen detaillierten Erfahrungsbericht zu den Wirkungen der Wohnungsüberwachung vorlegen soll. Dieser Bericht sollte eine Gesetzesfolgenabschätzung mit einer verfassungsrechtlichen und kriminalpolitischen Würdigung einschließen. Die Wirkungen der bis dahin durchgeführten Überwachungsmaßnahmen sollten insbesondere darauf überprüft werden, welche Erfolge sie bei der Bekämpfung der organisierten Kriminalität erbracht hätten und inwieweit dabei Grundrechte und Zeugnisverweigerungsrechte eingeschränkt worden sind.<sup>28</sup>

Der entsprechende Erfahrungsbericht der Bundesregierung<sup>29</sup> ist dann sehr aufschlussreich, denn er zählt die Schwierigkeiten der Evaluation auf. Für die Länderberichte, auf denen die Unterrichtungen der Bundesregierung wesentlich beruhen, würden nach dem von der Justizministerkonferenz gebilligten bundeseinheitlichen Erhebungsraster nur knappe Informationen zu Anlass, Umfang, Dauer, Ergebnis und Kosten der Überwachungsmaßnahmen sowie über die erfolgte

Benachrichtigung der Beteiligten erfragt. Auf dieser Grundlage würden aber, so die Kritik in dem Erfahrungsbericht, vorwiegend statistische Aussagen über die Wohnraumüberwachungsmaßnahmen produziert. Zum Beispiel seien Aussagen zu den zufällig von den Maßnahmen Mitbetroffenen nicht möglich, weil Betroffene nur im Rahmen der Benachrichtigungspflichten erfasst würden und zufällig Betroffene in der Regel nicht zu benachrichtigen seien.<sup>30</sup> Daher ist die Aussagekraft der Berichte mehrfach vom parlamentarischen Kontrollgremium beanstandet worden. Mitte 2001 hat das Bundesjustizministerium dann die Landesjustizverwaltungen gebeten, möglichst umfassend über die Erfahrungen zu berichten, die mit den Überwachungsmaßnahmen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht gemacht wurden. Dabei wurde um Mitteilung von Erkenntnissen gebeten unter anderem über die Beweismittel, die den Tatverdacht begründet haben, über die Eingriffsintensität der konkreten Überwachungsmaßnahme, über die Gewährleistung der beruflichen und persönlichen Zeugnisverweigerungsrechte, über die Anwendung der Subsidiaritätsklauseln, über die Handhabung der Benachrichtigungspflichten, über die Relevanz der durch die Überwachung erzielten Ergebnisse für einen möglichen Tatnachweis, über die Relevanz für die Bekämpfung der Organisierten Kriminalität und über den möglichen Änderungsbedarf bei den Vorschriften. Die Evaluationskriterien wurden also enorm erweitert, insbesondere auch um Kriterien, die sich empirisch nicht so leicht erfassen lassen und für die ein standardisierter knapper Formularfragebogen nicht genügt. Der Erfahrungsbericht kommt zu dem Schluss, dass eine verlässliche Bewertung der akustischen Wohnraumüberwachung als Instrument zur Bekämpfung schwerer Kriminalität aufgrund der vorhandenen Länderberichte nicht möglich ist.

Dieser Bericht hat allerdings dazu geführt, dass die Erhebungsbögen geändert wurden und etwa als Kriterium für die Eingriffsintensität die Art des überwachten Raums miterfassen. Die neuen jährlichen Unterrichtungen ab 2002 sind zwar nicht wesentlich

27 Bericht der Bundesregierung gemäß Art. 13 Abs. 6 Satz 1 GG vom 17.12.1999, BT-Drs. 14/2452; Bericht der Bundesregierung gemäß Art. 13 Abs. 6 Satz 1 Grundgesetz für das Jahr 1999 vom 17.08.2000, BT-Drs. 14/3998; Bericht der Bundesregierung gemäß Art. 13 Abs. 6 Satz 1 Grundgesetz für das Jahr 2000 vom 06.08.2001, BT-Drs. 14/6778; Bericht der Bundesregierung gemäß Art. 13 Abs. 6 Satz 1 Grundgesetz für das Jahr 2001 vom 09.08.2002, BT-Drs. 14/9860; Bericht der Bundesregierung gemäß Art. 13 Abs. 6 Satz 1 Grundgesetz für das Jahr 2002 vom 28.08.2003, BT-Drs. 15/1504; Bericht der Bundesregierung gemäß Art. 13 Abs. 6 Satz 1 Grundgesetz für das Jahr 2003 vom 09.09.2004, BT-Drs. 15/3699; Bericht der Bundesregierung gemäß Art. 13 Abs. 6 Satz 1 Grundgesetz für das Jahr 2004 vom 24.08.2005, BT-Drs. 15/5971.

28 Beschluss des Bundestages vom 16. Januar 1998, Plenarprotokoll 13/214; BT-Drs. 13/9662.

29 Unterrichtung durch die Bundesregierung: Erfahrungsbericht der Bundesregierung zu den Wirkungen der Wohnungsüberwachung durch Einsatz technischer Mittel (Art. 13 Abs. 3 bis 5 GG, § 100c bis f StPO), BT-Drs. 14/8155.

30 Das lässt sich insbesondere damit rechtfertigen, dass man die Identität zufällig Betroffener gegebenenfalls erst noch ermitteln müsste und dadurch den Eingriff in ihre Grundrechte vertieft.

erweitert worden, aber immerhin um Verbesserungen bemüht.<sup>31</sup> Nunmehr ist § 100e StPO mit dem neuen Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (akustische Wohnraumüberwachung) aus dem Juni 2005 wesentlich präzisiert worden.<sup>32</sup> § 100e Abs. 1 StPO sieht ein mehrfach gestuftes jährliches Berichtsverfahren von den Staatsanwaltschaften über die Länder über die Bundesregierung an den Bundestag vor. § 100e Abs. 2 StPO zählt die Angaben, die in den Berichten vorhanden sein müssen, im Einzelnen auf. Allerdings handelt es sich um ein im Wesentlichen quantifizierendes Konzept, das in einigen Punkten hinter den im Erfahrungsbericht genannten Kriterien zurückbleibt.<sup>33</sup> Dennoch handelt es sich um die erste Norm, in der Evaluierungskriterien genauer gesetzlich verankert werden. Sie, so die Gesetzesbegründung, „ersetzt die bisher in § 100e Abs. 1 Satz 1 genannten wenig differenzierenden Kriterien und soll eine aussagefähige Fassung der Berichte gewährleisten und damit eine verantwortungsvolle Wahrnehmung der gesetzgeberischen Beobachtungspflicht ermöglichen.“<sup>34</sup>

### 3. Folgerungen zur gegenwärtigen Verankerung von Evaluierungspflichten

Bei der Evaluierung als gesetzlicher Pflicht handelt es sich um ein relativ neues Instrumentarium. Es befindet sich noch in der Entwicklung. Allerdings wird es, wie die Beispiele der Befugnisse im Rahmen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes, der Schleierfahndung, der Telekommunikationsüberwachung durch das Zollkriminalamt und der Wohnraumüberwachung zeigen,

immer häufiger eingesetzt. Evaluierungspflichten sind abzugrenzen gegen die bloße Befristung gesetzlicher Befugnisse. Man muss sie wegen des prinzipiell höheren Präzisionsgrades von Evaluationsgegenständen, -kriterien und -zielen aber auch von eher umgreifend-pauschalen Berichtspflichten unterscheiden, die der Regierung gesetzlich oder mittels schlichter Parlamentsbeschlüsse auferlegt werden. Das mag in den gegenwärtigen gesetzlichen Vorschriften nicht ganz deutlich werden, weil Berichtspflichten ebenfalls eine Auswertung voraussetzen und Evaluierungspflichten bisher gar nicht oder nur in begrenztem Umfang näher ausgestaltet worden sind.

Das verweist bereits auf das erste Problem: Die Gegenstände und die Kriterien, die Träger und die Verfahren der Evaluation werden ganz überwiegend nur vage oder überhaupt nicht geregelt. Das gilt, obwohl aus den Unterrichtungen im Bereich der Wohnraumüberwachung bekannt gewesen ist, dass vage Vorgaben zu dürftig sind, als dass man mehr erwarten könnte als im Wesentlichen statistische Aussagen.

Das zweite Problem ergibt sich im Überblick: Es gibt zahlreiche neue Befugnisse im Sicherheitsbereich, deren Eingriffsintensität nicht hinter den Maßnahmen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes zurückbleibt, hinsichtlich derer jedoch keine Evaluierung vorgesehen ist.<sup>35</sup> Das betrifft etwa die Verfassungsschutzgesetze auf Länderebene, die in den letzten Jahren ebenfalls teilweise deutlich verschärft worden sind.<sup>36</sup> Das für die Brief- und Telekommunikationsüberwachung einschlägige G 10 enthält zumindest Berichtspflichten,<sup>37</sup> die gelegentlich durch Parlamentsbeschlüsse

31 Vgl. den Bericht der Bundesregierung gemäß Art. 13 Abs. 6 Satz 1 Grundgesetz für das Jahr 2002 vom 28.08.2003, BT-Drs. 15/1504; den Bericht der Bundesregierung gemäß Art. 13 Abs. 6 Satz 1 Grundgesetz für das Jahr 2003 vom 09.09.2004, BT-Drs. 15/3699, und den Bericht der Bundesregierung gemäß Art. 13 Abs. 6 Satz 1 Grundgesetz für das Jahr 2004 vom 24.08.2005, BT-Drs. 15/5971, jeweils mit Hinweisen auf die Erweiterungen der Erhebungsbögen.

32 Siehe den Nw. in Fn. 24.

33 Die Liste der Kriterien hat sich an der Qualifizierung der Daten orientiert, die im Rahmen des MPI-Gutachtens zur Praxis und Effizienz der akustischen Wohnraumüberwachung erhoben wurden, so die Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (akustische Wohnraumüberwachung) zu § 100e StPO, BT-Drs. 15/4533, S. 19. Vgl. dazu bereits die kritischen Anmerkungen in Fn. 2.

34 Siehe den Nw. in Fn. 33, S. 19.

35 Zur Ausweitung der Befugnisse in anderen Gesetzen Saurer, Die Ausweitung sicherheitsrechtlicher Regelungsansprüche im Kontext der Terrorismusbekämpfung, NVwZ 2005, S. 275 (276 ff.).

36 Zur Erörterung der Befugnisse zur Wohnraumüberwachung durch Landesverfassungsschutzbehörden Baldus, Präventive Wohnraumüberwachungen durch Verfassungsschutzbehörden der Länder – Ein gesetzestechisch unausgegorenes und verfassungsrechtlich zweifelhaftes Mittel zur Terrorismusbekämpfung?, ZRP 2003, S. 1289 (1289 ff.). Dazu weiter Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen, Urteil vom 21. Juli 2005, Vf. 67-II-04, S. 22 ff., abrufbar unter <http://www.justiz.sachsen.de/gerichte/homepages/verfg/>, der die entsprechenden Erhebungs- und übermittlungsbefugnisse in § 5 SächsVSG für verfassungswidrig erklärt.

37 Auf Bundesebene hat das Parlamentarische Kontrollgremium den Bundestag nach § 14 Abs. 1 Satz 2 G 10 jährlich zu unterrichten. Vgl. zuletzt die Unterrichtung durch das Parlamentarische Kontrollgremium (PKGr) vom 11. Februar 2005, BT-Drs. 15/4897. Für die Länder siehe § 16 G 10.

noch präzisiert werden.<sup>38</sup> Ein entsprechendes Bild entsteht beim Blick auf die Landespolizeigesetze. Hier sind die Aufgaben der Polizei um die Straftatenverhütung und – dies zumindest teilweise kompetenzwidrig<sup>39</sup> – um die Verfolgungsvorsorge erweitert und darauf zugeschnittene neue Befugnisse eingeführt worden, die durch die Heimlichkeit der Ermittlungsmethoden, durch die Lösung der Tatbestandsvoraussetzungen selbst vom Gefahren- oder Straftatverdacht sowie durch die Ausdehnung auf Kontakt- und Begleitpersonen oder auf Unbeteiligte gekennzeichnet sind.<sup>40</sup> Nachdem die Landesverfassungsgerichte teilweise die Einführung einer Evaluierung verlangt haben,<sup>41</sup> sind in einigen Gesetzen allgemeine Berichtspflichten ergänzt worden, zum Beispiel in § 39 Abs. 10 SächsPolG. Die so gestaltete gesetzgeberische Umsetzung der landesverfassungsgerichtlichen Forderung hat jedoch zu Recht die Kritik auf sich gezogen, dass sie zwar datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten Rechnung zu tragen vermag, den Anforderungen an eine umfassende Evaluierung aber nicht gerecht wird.<sup>42</sup>

Insgesamt erfolgt die Verankerung von Evaluierungspflichten bei neuen Ermächtigungen im Bereich der inneren Sicherheit also bislang unsystematisch und uneinheitlich. Gegenstände, Kriterien, Träger, Organisation und Verfahren der Evaluierungen sind in den jeweiligen Gesetzen unzureichend geregelt. Dies ist Grund genug, sich mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen zu befassen.

### III. Evaluation als Verfassungsgebot

Auch auf verfassungsrechtlicher Ebene haben sich Evaluierungspflichten schrittweise entwickelt. Sie sind aber bislang auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts oder der Landesverfassungsgerichte nicht systematisch aufbereitet worden.

#### 1. Grundlagen der Evaluierungspflichten

##### a) Hintergrund: Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten in Ungewissheitskonstellationen

Es bietet sich daher an, zunächst den Hintergrund von Evaluierungspflichten zu verdeutlichen. Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Gesetzen arbeitet das Bundesverfassungsgericht seit längerem nicht mehr nur mit der Dichotomie, dass ein Gesetz entweder verfassungsmäßig oder verfassungswidrig ist. Die Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung besteht nämlich fortlaufend; die Pflicht, die Verfassung einzuhalten, hat dynamischen Charakter. Daher kann ein Gesetz nach gegenwärtigem Erkenntnisstand verfassungsmäßig sein, aber durch einen verbesserten oder durch neue Entwicklungen veränderten künftigen Erkenntnisstand verfassungswidrig werden.<sup>43</sup> Das betrifft in besonderem Maße die Konstellationen, in denen der Gesetzgeber mit einer besonders gesteigerten Ungewissheit umzugehen hat. Thematisiert worden ist dies in unterschiedlichen Feldern. Zu Beginn standen der Wirtschaftsregulierungs-<sup>44</sup> und vor allem der Umweltbereich<sup>45</sup> im Vordergrund. Mittler-

38 So hat der Bundestag bei der Beschlussfassung über die Novellierung des Art. 10-Gesetzes die Bundesregierung aufgefordert, ihn nach Ablauf von zwei Jahren über die mit der Novellierung gemachten Erfahrungen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Datenschutzes, zu unterrichten. Siehe dazu die Unterrichtung durch die Bundesregierung: Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen mit dem Gesetz zur Neuordnung von Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Art. 10-Gesetz – G 10) vom 12.11.2003, BT-Drs. 15/2042.

39 BVerfG, Urteil vom 27. Juli 2005, 1 BvR 668/04, abrufbar unter <http://www.bverfg.de>, Leitsatz 2 und Rn 97 ff.; stärker differenzierend mit Blick auf die Eigenständigkeit und die Heterogenität der Aufgabe der Verfolgungsvorsorge Albers, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001, S. 265 ff.

40 Ausführlich Albers (Fn. 39), S. 97 ff. Außerdem etwa Kugelmann, Der polizeiliche Gefahrenbegriff in Gefahr?, DöV 2003, S. 781 (781 ff.); Schoch, Abschied vom Polizeirecht des liberalen Rechtsstaats? – Vom Kreuzberg-Urteil des preußischen Oberverwaltungsgerichts zu den Terrorismusbekämpfungsgesetzen unserer Tage, Der Staat 2004, S. 347 (352 ff.); Schulze-Fielitz, Nach dem 11. September: An den Leistungsgrenzen eines verfassungsstaatlichen Polizeirechts?, in: Horn (Hrsg.), Recht im Pluralismus, 2003, S. 407 (409 ff.); Trute (Fn. 1), S. 406 ff.

41 Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen, Urteil vom 14. Mai 1996, Vf. 44-II-94, S. 57 f., 78, abrufbar unter <http://www.justiz.sachsen.de/gerichte/homepages/verfg/>; Verfassungsgericht des Landes Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 21.10.1999, LVerfG 2/98, DVBl 2000, 262 (267).

42 Bizer, Die zweite Novelle zum Sächsischen Polizeigesetz: Schutzkonzept bei heimlichen Ermittlungsmethoden, verdachtslose Identitätsfeststellung und Aufenthaltsverbot, 1999, S. 30 ff.

43 Ausführlicher dazu Mayer, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, 1996, S. 101 ff. m.w.N.

44 Vgl. dazu eine der zentralen Entscheidungen des BVerfG Ende der 70er Jahre, die Mitbestimmungs-Entscheidung, BVerfGE 50, 290 (bes. 331 ff.).

45 Dazu die Kalkar-Entscheidung, BVerfGE 49, 89 (bes. 130 ff.), und die Fluglärm-Entscheidung, BVerfGE 56, 54 (bes. 78 ff.). Zum Umgang mit Ungewissheit und zu ihren rechtsdogmatischen Folgewirkungen im Umwelt- und Technikrecht außerdem Appel, Rechtliche Strategien im Umgang mit Ungewissheit, in: Ruch (Hrsg.), Recht und neue Technologien, 2004, S. 123 (bes. 128 ff.).

weile richtet sich die Aufmerksamkeit aber gerade auch auf den Sicherheitsbereich. Zum einen kennzeichnen den Realbereich zahlreiche Komplexitätssteigerungen, seien es veränderte Formen der Kriminalität wie die Organisierte Kriminalität oder der Terrorismus, seien es technische Entwicklungen wie die Kommunikation über das Internet mit ihren effektiven Verschlüsselungs- oder Anonymisierungsmöglichkeiten. Zum anderen sind die sicherheitsbehördlichen Aufgaben und Befugnisse erweitert und die Informations- und Datenverarbeitungen – aufgrund der neu konkretisierten verfassungsrechtlichen Bindungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung – umfassend verrechtlicht worden. Im Vorfeld der traditionellen Aufgaben der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung, in dem sich die Nachrichtendienste und mittlerweile auch sämtliche Bundes- und Landespolizeien bewegen, sind Tatsachengrundlagen und Kausalbeziehungen typischerweise weniger geklärt, Prognoserelationen gelockert und personelle Verantwortlichkeiten undeutlicher. Zugleich unterliegt die Tätigkeit der Sicherheitsbehörden mehr als früher rechtlicher Aufschlüsselung, rechtlicher Regelung und rechtlicher Kontrolle.

Auch wenn die Tatsachenbasis, die Prognosen zur Realitätentwicklung und die Wirkungen von Gesetzen für den Gesetzgeber selbst ungewiss sind, stehen die Grundrechte der Regelung neuer Befugnisse, auch neuer Eingriffsbefugnisse, nicht von vornherein entgegen. Das Bundesverfassungsgericht gibt sich in Konstellationen besonders gesteigerter Ungewissheit aber nicht einfach damit zufrieden, dem Gesetzgeber Beurteilungsspielräume zuzuerkennen und auf die Korrekturpflichten aufgrund der permanenten Verfassungsbindung hinzuweisen. Die Lösung des Gerichts besteht vielmehr darin, das Gesetz zwar für verfassungsmäßig zu halten, den Gesetzgeber aber zugleich zu verpflichten, zu beobachten, ob die zugrunde gelegten Tatsachen und Prognosen tatsächlich zutreffend sind, und das Gesetz gegebenenfalls zu korrigieren. Es legt ihm also eine Beobachtungspflicht auf, die mit der Nachbesserungspflicht rechtlich verbunden ist, ihr vorhergeht und sie sowie die dahinter liegende permanente Verfassungsbindung des Gesetzgebers

erst effektiviert.<sup>46</sup> Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten institutionalisieren Lernprozesse als notwendiges Gegenstück der gesetzgeberischen Kompetenz zur Festlegung neuer Eingriffsermächtigungen trotz bestehender Ungewissheit über Sachlagen und Regelungsfolgen.

Wie die Beobachtungspflicht ausgestaltet und umgesetzt werden muss, welche verfassungsrechtlichen Anforderungen der Gesetzgeber dabei beachten muss und welche Gestaltungsspielräume ihm zustehen, hat das Bundesverfassungsgericht bisher allerdings nur kasuistisch und selektiv entwickelt. Der Gesetzgeber muss sich zumindest in angemessenen zeitlichen Abständen in geeigneter Weise etwa durch periodisch zu erstattende Berichte der Regierung vergewissern, ob das Gesetz tatsächlich die erwarteten Wirkungen entfaltet oder ob Mängel deutlich werden. Auch schließt die Beobachtungspflicht es unter anderem ein, dass der Gesetzgeber im Rahmen seiner Kompetenz dafür sorgt, dass die für die Beurteilung der Wirkungen des Gesetzes notwendigen Daten planmäßig erhoben, gesammelt und ausgewertet werden.<sup>47</sup> Er kann dieser Pflicht weiter etwa durch die Vergabe von Forschungsaufträgen, durch die Einsetzung sachkundiger Kommissionen, durch die Veranstaltung öffentlicher Hearings oder durch geeignete Berichtsformen Rechnung tragen.<sup>48</sup>

In der Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht stecken somit Pflichten des Gesetzgebers, sich selbst angemessen zu informieren und tragfähige Evaluationen zumindest zu veranlassen, wenn nicht sogar – unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere im Falle der Gefahr einer Interessenkollision auf Behörden- oder Regierungsseite – im eigenen Verantwortungsbereich durchzuführen. Die Pflichten zur Beobachtung und Nachbesserung sowie zur Befristung und Evaluation gesetzlicher Ermächtigungen sind dabei eine rechtliche Reaktion auf Ungewissheiten. Sie bedeuten nicht etwa, dass der Gesetzgeber sich durch deren Verankerung zusätzliche Eingriffsspielräume verschaffen könnte, die ihm eigentlich nicht zustünden.<sup>49</sup>

46 BVerfGE 49, 89 (130 ff.); 56, 54 (78 ff.); 88, 203 (309 ff.); 95, 267 (313 ff.); 97, 271 (292 f.). Vgl. auch jeweils zu neuen Befugnissen in den Landespolizeigesetzen Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen, Urteil vom 14. Mai 1996, Vf. 44-11-94, S. 57 f., 78, abrufbar unter <http://www.justiz.sachsen.de/gerichte/homepages/verfg/>: „Insoweit entspricht der Experimentierpflicht eine Evaluationspflicht, die eine Nachbesserung erforderlich machen kann.“; Verfassungsgericht des Landes Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 21.10.1999, LVerfG 2/98, DVBl 2000, 262 (267): „... einem experimentierenden Charakter aber entspricht eine begleitende Beobachtung.“

47 BVerfGE 88, 203 (310). Ähnlich BVerfGE 73, 40 (94).

48 BVerfGE 56, 54 (82), dies zum Problem der Fluglärmbekämpfung.

49 Vgl. auch Weinzierl (Fn. 1), S. 98. Ebenso – zum Experimentiergesetz – Hoffmann-Riem, Experimentelle Gesetzgebung, in: Festschrift für Werner Thieme, 1993, S. 55 (64 ff.); Schulze-Fielitz, Zeitoffene Gesetzgebung, in: Hoffmann-Riem / Schmidt-Abmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 139 (161).

## b) Funktionen der Evaluation

Evaluationspflichten sind damit grundsätzlich verfassungsrechtlich verankert, aber noch nicht in allen rechtlichen Aspekten aufgearbeitet worden. Zu einer weiteren Präzisierung verhilft die Analyse der Funktionen der Evaluation. Mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können die Funktionen zum einen spezifiziert, zum anderen abgegrenzt werden.

Evaluation hat die Funktion der Kontrolle, ob die *tatsächlichen Gegebenheiten und Entwicklungen* den Einschätzungen und Prognosen entsprechen, die der Gesetzgeber zum Zeitpunkt der Entscheidung über das Gesetz zu Grunde gelegt hat.<sup>50</sup> Darüber hinaus hat eine Evaluation die Funktion der Kontrolle, welche *Wirkungen* die gewählten gesetzlichen Regelungen mit ihren jeweiligen Tatbestandsmerkmalen entfalten. Sie soll also eine *Rückkoppelung der Vollzugserfahrungen an die Gesetzgebung* gewährleisten. Das darf man nicht zu eng verstehen. Insbesondere geht es nicht allein um eine Rückmeldung der Sicherheitsbehörden, ob eine gesetzliche Befugnis „funktioniert“. Die Kontrolle der Regelungswirkungen lässt sich vielmehr mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen und auf die Tatbestandsmerkmale der gesetzlichen Normen mit ihren jeweiligen Funktionen vielfach auffächern. Sie kann sich auf die Eignung der eingeräumten Befugnis beziehen, also darauf, ob das gewählte Instrument das gesetzgeberische Ziel in der Praxis erreicht und nicht etwa zu Grundrechtsbeeinträchtigungen führt, ohne dass ihnen ein angemessener Nutzen gegenüberstünde.<sup>51</sup> Sie kann sich auf die nachteiligen Folgen richten, die die jeweilige Ermächtigung in ihrer gesetzlichen Ausgestaltung und ihrer praktischen Anwendung für die Bürger und Bürgerinnen in grundrechtlich geschützten Bereichen nach sich zieht, also Eingriffsbreite und Eingriffstiefe einer Regelung erfassen.<sup>52</sup> Sie kann auch prüfen, ob Tatbestandsmerkmale, die zum Schutz der Grundrechte verankert worden sind, diesen Schutz in der Praxis tatsächlich effektiv sichern.<sup>53</sup> Das kann Einschreit-

schwellen betreffen, aber etwa auch Richtervorbehalte oder Verwertungsverbote.

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive setzen die Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten und die damit verbundenen Evaluationspflichten somit an ganz bestimmten, nämlich an den grundrechtlich problematischen Punkten an. Damit hat die Evaluierung *nicht* die Funktion einer *permanenten umfassenden Realitätsprüfung*<sup>54</sup> und *nicht* die Funktion einer *vollständigen Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Gesetzesvollzugs*. Hinter ihr steht also nicht etwa eine – überspitzt formuliert – unvermittelte gesetzgeberische Vollzugsverantwortung. Die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der Umsetzung der gesetzlichen Regelungen bleibt vielmehr grundsätzlich bei der Verwaltung, der Regierung und, soweit die gerichtliche Kontrolle reicht, bei den Gerichten. Genauso wichtig ist eine weitere Abgrenzung: Die verfassungsrechtlich gebotenen Evaluierungspflichten unterscheidet sich von den Evaluationskonzepten, die unter den Stichworten „rationale Gesetzgebung“ und „moderne Verwaltung“ aus der Effektivitätsforschung kommen und die sich damit beschäftigen, ob, in welchem Grad und mit welchen Kosten/Nutzen-Relationen Gesetzgebung und Verwaltung die intendierten Ziele erreichen.<sup>55</sup> Evaluation aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist *keine bloße Effektivitätskontrolle*.

Aus diesen Konkretisierungen und Abgrenzungen resultieren mehrere Folgerungen. Evaluierungspflichten sind nicht an einem bestimmten Punkt des grundrechtlichen Prüfprogramms fest verankert. Sie sind also nicht etwa nur im Kontext des Übermaßverbots herzuleiten. Indem sich an den verschiedenen Punkten verschiedenartige Fragen stellen können, darf die gebotene Evaluierung nicht eindimensional angelegt werden. Im Ergebnis lassen sich verfassungsrechtlich begründete Evaluationen nicht im Sinne eines standardisierten Konzepts begreifen, das in allen Anwendungsfeldern in gleicher Weise ausgestaltet werden könnte. Sie müssen je nach Anwendungsfeld problembezogen eingesetzt und ausgearbeitet werden.

50 BVerfGE 103, 242 (267 ff.) – Gestaltung der Pflegeversicherung; 110, 141 (158) – Einfuhrverbot für Kampfhunde.

51 Dazu z. B. BVerfGE 90, 145 (194) Strafbarkeit des Umgangs mit Cannabisprodukten; BVerfGE 109, 279 (340) akustische Wohnraumüberwachung; BVerfGE 110, 177 (194) – Zuweisung von Spätaussiedlern an einen bestimmten Wohnort.

52 Vgl. dazu BVerfGE 50, 290 (352, 377 f.) – Mitbestimmungsentscheidung; 65, 1 (55 ff.) – Volkszählungsurteil; 73, 40 (94).

53 BVerfG, Urteil vom 12. April 2005, 2 BvR 581/01, abrufbar unter <http://www.bverfg.de>, Rn 64 – Überwachung mittels GPS.

54 So auch ausdrücklich BVerfGE 88, 203 (310).

55 Dazu etwa Wagner, Gesetzesfolgenabschätzung – Modeerscheinung oder Notwendigkeit?, ZRP 1999, S. 480 (480 ff.); Wollmann, Evaluierung von Verwaltungspolitik: Reichweite und Grenzen – ein internationaler Überblick, VerwArch 2002, S. 418 (418 ff.); Köck, Gesetzesfolgenabschätzung und Gesetzgebungsrechtslehre, VerwArch 2002, S. 1 (1 ff.). Zur Evaluation unter dem Stichwort „Wettbewerb der Rechtssysteme“ im internationalen oder europäischen Kontext: Vogel, Evaluation von Kriminaljustizsystemen, JZ 2004, S. 487 (489 ff.).

## 2. Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Evaluation sicherheitsbehördlicher Kompetenzen

### a) Grundrechtsgewährleistungen und gesetzliche Einschränkungsmöglichkeiten

Neue Befugnisse im Bereich der inneren Sicherheit betreffen häufig die Garantie des Brief- und Telekommunikationsgeheimnisses aus Art. 10 GG, die Verbürgung der Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 GG oder das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das meist im Sinne eines Entscheidungsrechts über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet wird.<sup>56</sup> Aber auch andere Grundrechte können betroffen sein, so die Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, wenn Gespräche zwischen Journalisten und ihren Informanten abgehört werden,<sup>57</sup> oder die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG, wenn eine Überwachung das Verhältnis zwischen Rechtsanwälten und Mandanten berührt.<sup>58</sup> Somit hat man mit dem breiten Spektrum der Grundrechte mit ihren inhaltlich eigenständigen Schutzbereichen und ihren unterschiedlich gestalteten Gesetzesvorbehalten zu tun.<sup>59</sup> Von besonderer Bedeutung ist dabei, dass sich der Schutz der Grundrechte keineswegs nur auf Ermittlungsmethoden oder auf Datenerhebungen beschränkt. Er erstreckt sich vielmehr auf den gesamten Prozess der Informations- und Datenverarbeitung.<sup>60</sup> Denn schließlich sind Ermittlungen und Datenerhebungen kein Selbstzweck. Daten werden erhoben, damit sie nach – Speicherungen, Verknüpfungen, Veränderungen oder Übermittlungen – als Informationen für eine bestimmte Aufgabe verwendet werden können. Bei den nachfolgenden Verarbeitungsschritten handelt es sich um neue Eingriffe, deren Intensität diejenige der Datenerhebung weit überschreiten kann.

Die betroffenen Grundrechte können über die Gesetzesvorbehalte eingeschränkt werden, wenn die verfassungsrechtlichen Anforderungen eingehalten sind. Dazu gehört, dass die Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge durch Zweckfestlegungen, durch Zweckbindungen, durch das Merkmal der Erforderlichkeit und durch Verarbeitungsschwellen oder per-

sonelle Differenzierungen mit den sicherheitsbehördlichen Kompetenzen verklammert und so begrenzt werden. Bei allen Verarbeitungsschritten muss der Gesetzgeber das Bestimmtheitsgebot und das Übermaßverbot beachten. Gegebenenfalls sind organisations-, verfahrens- und technikorienteerte Schutzvorkehrungen festzulegen. Außerdem müssen Kenntnis- und Einflussrechte der betroffenen Personen gewährleistet werden.<sup>61</sup> Der Gesetzgeber kann die einzelnen Verarbeitungsschritte für sich genommen entsprechend den verfassungsrechtlichen Anforderungen mit bestimmten Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen gestalten. Er kann aber auch auf die ent- und bestehenden Verarbeitungs- und Regelungszusammenhänge Bezug nehmen und zum Beispiel die Eingriffsintensität einer Datenerhebung abmildern, indem er für den nachfolgenden Datenverarbeitungsprozess Regelungen trifft, die die Betroffenen schützen. In Betracht kommen etwa besondere Prüfverfahren vor einer Speicherung, die organisatorische und technische Trennung von Datenbeständen oder Verwertungs- und Übermittlungsverbote. Da es sich beim Umgang mit Informationen und Daten um Prozesse in Verarbeitungskontexten handelt, hat man immer auch mit einem mehrere Regelungen übergreifenden Gesamtkonzept zu tun und benötigt eine kontext- und prozessorientierte Sicht.<sup>62</sup>

### b) Gegenstände und Kriterien grundrechtsgerechter Evaluationen

Für eine grundrechtsgerechte Evaluation folgt daraus, dass sich Evaluierungspflichten zum einen aus der *Perspektive mehrerer Grundrechte* ergeben können. Sie sind dann jeweils gesondert zu entwickeln. Ein gutes Beispiel dafür ist die Kampfhunde-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts: Danach muss der Gesetzgeber unter dem Aspekt des Art. 12 GG Gefährdungslagen und Beißverhalten bei Kampfhunden beobachten, damit er die Grundlagen seiner Gefährlichkeitsprognose und seine Abwägungsentscheidung im Rahmen des Übermaßverbots überprüft. Unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG hat er sowohl das Beißverhalten der Kampfhunde als auch das Beißverhalten anderer Hunderassen, etwa des Deutschen Schäferhundes, zu beobachten und zu beur-

<sup>56</sup> Grundlegend zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung BVerfGE 65, 1 (41 ff.). Differenzierter mit einer Neukonzeption Albers, Informationelle Selbstbestimmung, 2005, bes. S. 355 ff.

<sup>57</sup> BVerfGE 100, 313 (365) – strategische Telekommunikationsüberwachung durch den BND; 107, 299 (329 ff.) – Handyüberwachung bei Journalisten.

<sup>58</sup> Darauf reagiert etwa § 100c Abs. 6 StPO idF des Gesetzes zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts (Fn. 24).

<sup>59</sup> Ausführlich Albers (Fn. 55), S. 357 ff.

<sup>60</sup> Vgl. BVerfGE 100, 313 (360, 365, 385 ff.); 109, 279 (374 ff.).

<sup>61</sup> Zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung im Polizeirecht Albers (Fn. 39), S. 233 ff., 276 ff.; Trute, Gefahr und Prävention im Polizei- und Ordnungsrecht, Die Verwaltung 2003, S. 501 (514 ff.).

<sup>62</sup> Allgemein dazu Albers (Fn. 55), bes. S. 487 ff., 562 ff., 575 ff., 596 ff.

teilen, damit deutlich wird, ob die nach dem Gesetz unterschiedliche Behandlung hinreichend gerechtfertigt ist.<sup>63</sup>

Zum anderen folgt aus den Funktionen, die Evaluationen aus verfassungsrechtlicher Sicht erfüllen, dass Evaluierungspflichten an sämtlichen Punkten bestehen können, die der Gesetzgeber bei der Gesetzgebung beachten muss. Auch hierfür gibt die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung inzwischen hinreichende Beispiele her.

Im Rahmen des Bestimmtheitsgebots können die *tatsächlichen Grundlagen und Prognosen*, von denen der Gesetzgeber bei der Regelung einer Ermächtigung ausgegangen ist, unter dem Aspekt zu beobachten und zu überprüfen sein, ob eine speziellere Ermächtigung erforderlich ist. Das kommt etwa bei technischen Innovationen in Betracht, die sich so fortentwickeln können, dass sie von einem bestimmten Zeitpunkt an eigenständig geregelt werden müssen. Beispiel ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Einsatz des Global Positioning System (GPS) in strafrechtlichen Ermittlungsverfahren. Das Gericht hat die allgemein auf Observationstechniken bezogene Ermächtigung des § 100c Abs. 1 Nr. 1 b StPO bei gegenwärtigem Erkenntnisstand zwar für ausreichend gehalten. Zugleich hat es dem Gesetzgeber jedoch eine Beobachtungspflicht mit Rücksicht darauf auferlegt, dass das GPS im Vergleich zu Peilsendern oder Nachsichtgeräten flexibler einsetzbar ist und zu genaueren Überwachungsergebnissen führt, so dass es bei technischer Verbesserung zu einem Observationsinstrument besonderer Art und spezifischer Tiefe werden könnte, dessen Einsatz von Verfassungen wegen nur unter restriktiveren Voraussetzungen gestattet werden darf.<sup>64</sup> Im Hinblick auf die *Wirkungen einer gewählten gesetzlichen Regelung* kann das Bestimmtheitsgebot es erfordern, dass evaluiert wird, wie sich die Auslegung und Anwendung vager Tatbestandsmerkmale in der Praxis gestaltet, insbesondere ob eine Ermächtigung, deren Aussagegehalt unter Berücksichtigung der Grundrechte teleologisch reduziert werden muss, tatsächlich entsprechend eingeschränkt

ausgelegt und eingesetzt wird. Im Kontext der neuen Befugnisse des Terrorismusbekämpfungsgesetzes ist beispielsweise der Begriff der „Bestrebungen, die sich gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten“, als zu weit kritisiert worden.<sup>65</sup> Deshalb ist es ein richtiger Ansatz, wenn der Evaluierungsbericht der Bundesregierung sich auch damit auseinandersetzt, wie bestimmte Tatbestandsmerkmale in der Praxis ausgelegt und angewendet werden.<sup>66</sup>

Keineswegs der einzige, aber ein sehr wichtiger Anknüpfungspunkt für Evaluierungspflichten ist das *Übermaßverbot*.<sup>67</sup> Es setzt sich aus den Komponenten der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit zusammen. Im Bereich der *tatsächlichen Grundlagen* kann die *Geeignetheit* eines sicherheitsbehördlichen Instruments etwa dadurch in Frage gestellt und vor dem Hintergrund zu evaluieren sein, dass die „Zielpersonen“ ihre Kommunikationen selbst mit neuen (Stör-, Verschlüsselungs- oder Anonymisierungs-) Techniken zu schützen verstehen. Dieser Aspekt ist in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur strategischen Telekommunikationsüberwachung durch den Bundesnachrichtendienst thematisiert worden.<sup>68</sup> Hinsichtlich der *Wirkungen* einer sicherheitsbehördlichen Befugnis kommt es bei der Geeignetheit darauf an, ob und inwieweit ihr Einsatz in der Praxis überhaupt zu ermittlungsrelevanten Ergebnissen führt. Bei den bereits vorliegenden Berichten und Evaluationen ist dies immer in mehr oder weniger aufgeschlüsselter Form untersucht worden.<sup>69</sup> Aufschlüsselungserfordernisse ergeben sich daraus, dass nicht nur Ergebnisse, die in Strafverfahren oder sonstige Maßnahmen münden, sondern auch Ergebnisse, die zur Einstellung der Ermittlungen in der Sache oder gegen die überwachte Person führen, als Information für die Sicherheitsbehörden relevant sind. Das zeigt zugleich, dass die Evaluation der Ergebnisrelevanz weniger unter dem Aspekt der Geeignetheit als vielmehr unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit Bedeutung gewinnt.

Die *Erforderlichkeit* als Komponente des Übermaßverbots betrifft die Frage, ob es nicht weniger beein-

63 BVerfGE 110, 141 (166 und 169). Vgl. zum Gleichheitssatz als Anknüpfungspunkt einer Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht auch BVerfGE 103, 242 (263 ff., 267 ff.).

64 BVerfG, Urteil vom 12. April 2005, 2 BvR 581/01, abrufbar unter <http://www.bverfg.de>, Rn 49 ff.

65 Baldus, Nachrichtendienste – Beobachtung völkerrechtswidriger Bestrebungen, ZRP 2002, S. 400 (402 f.).

66 Siehe als Bsp. den Nw. in Fn. 20.

67 Entgegen mancher Thesen läuft das Übermaßverbot auch dann nicht leer, wenn sicherheitsbehördliche Kompetenzen in das Vorfeld der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung erstreckt werden. Ausführlicher dazu Albers (Fn. 39), S. 241 ff.

68 BVerfGE 100, 313 (374 f.); das BVerfG hat in diesem Fall den Kontrollgremien auferlegt, mit Blick auf die Verschlüsselungsmöglichkeiten auf die Eignung der Maßnahmen zu achten.

69 Siehe etwa die Unterrichtung durch das Parlamentarische Kontrollgremium (Fn. 17), S. 3 f., 9, 10, und den Evaluierungsbericht der Bundesregierung (Fn. 19), S. 5 ff.

trächtigende Mittel als die gewählte Befugnis gibt, das gesetzgeberische Ziel in gleich geeigneter Weise zu erreichen. Sie zeichnet sich – auch im Kontext von Evaluierungspflichten – dadurch aus, dass sie den Blick auf Alternativen verlangt. In tatsächlicher Hinsicht kann demnach mitlaufend zu prüfen sein, wie sich Alternativen entwickeln und ob sie sich von einem bestimmten Zeitpunkt an als vorzugswürdig erweisen; in rechtlicher Hinsicht wären die jeweils beeinträchtigenden Wirkungen (gegebenenfalls: hypothetisch) zu erfassen und zu vergleichen. Unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit hat das Bundesverfassungsgericht beispielsweise im Volkszählungsurteil ausgeführt, dass die Totalerhebung beim damaligen Methodenstand nicht durch eine weniger beeinträchtigende Stichprobenerhebung ersetzt werden könne, der Gesetzgeber aber verpflichtet sei, sich bei künftigen Entscheidungen mit dem dann erreichten Stand auseinanderzusetzen.<sup>70</sup>

Die *Verhältnismäßigkeit* oder die Angemessenheit eines sicherheitsbehördlichen Instruments wird mit Hilfe einer Abwägung des Nutzens, der für die zu schützenden öffentlichen und privaten Interessen erreicht wird, mit den Beeinträchtigungen, die auf Seiten betroffener Grundrechtsträger entstehen, beurteilt. Der Nutzen für die zu schützenden öffentlichen und privaten Interessen ist bereits bei der Geeignetheit bedeutsam; die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit kann allerdings, weil es im Rahmen der Abwägung auf eine genaue Erfassung und Gewichtung der positiven Folgen ankommt, eine detailliertere Untersuchung erfordern. Das ist empirisch nicht einfach zu leisten. Dennoch können Evaluationen mehr als pauschale Erfolgsmeldungen liefern und tatsächlich sowie rechtlich differenzierte Ergebnisse entwickeln.<sup>71</sup> Auf Seiten der betroffenen Grundrecht-

sträger ist relevant, wie viele Personen in welcher gegebenenfalls im Ermittlungsverlauf veränderten Rolle – welchen wie intensiven Beeinträchtigungen ausgesetzt sind. Dies ist empirisch ebenfalls schwer zu erfassen. Selbst unter Berücksichtigung der begrenzten empirischen Möglichkeiten fällt jedoch auf, dass dieser für die verfassungsrechtlich gebotene Evaluation sehr wichtige Aspekt bislang deutlich unterentwickelt ist. Zum Beispiel gehört die Streubreite einer Ermittlungsmethode zu den zentralen Punkten, also die Frage, wie viele (von vornherein) unbeteiligte Dritter wie häufig vom Einsatz einer Methode betroffen sind.<sup>72</sup> In den bisherigen Untersuchungen wird dies aber regelmäßig nicht erfasst. Betroffene Personen werden nämlich allein im Kontext der Benachrichtigungspflichten ermittelt, und die Benachrichtigungspflichten werden in restriktiver Handhabung auf Zielpersonen oder sonstige Eingriffsadressaten beschränkt.<sup>73</sup> Mit Blick auf die Beeinträchtigungsintensität ist relevant, wie tiefgreifend sicherheitsbehördliche Befugnisse die Privatsphäre betreffen, indem etwa persönlichkeitsnahe und typischerweise nicht nach außen getragene Informationsgehalte über Personen bekannt werden. Hier wird künftig unter anderem darauf zu achten sein, inwieweit der Einsatz bestimmter Befugnisse den Kernbereich unantastbarer Lebensgestaltung berühren kann. Dessen Bedeutung hat das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zur akustischen Wohnraumüberwachung herausgestellt,<sup>74</sup> und deren Grundsätze sind auf andere Bereiche, zum Beispiel auf die Telekommunikationsüberwachung, zu übertragen.<sup>75</sup> Bestimmte Ermittlungsmethoden mögen Untersuchungen erfordern, in welcher Breite und Vielfalt sie Informationen über eine Person vermitteln und ob die Gefahr von Persönlichkeitsprofilen entsteht.<sup>76</sup> Im Übrigen kann auch bei der Verhältnismäßigkeit insbesondere zu evaluieren sein,

70 BVerfGE 65, 1 (55 ff.). Die gerichtlichen Ausführungen betreffen zwar eine Gesetzgebungsentscheidung, die als Entscheidung über die Durchführung einer Volkszählung jeweils neu getroffen wird; sie können aber auf Konstellationen übertragen werden, in denen eine mitlaufende Beobachtungspflicht begründet werden kann.

71 Albrecht/Dorsch/Krüpe (Fn. 2), S. 358 ff., unterscheiden hier unmittelbare Erfolge, die einen unmittelbaren Beitrag für das Verfahren leisten, z. B. Entlastung, Selbstbelastung, Belastung durch die Aussage eines Dritten, Identifizierung des Aufenthaltsorts, und mittelbare Erfolge, z. B. Hinweise auf Straftaten Dritter oder auf neue Straftaten sowie mittelbare Ermittlungsansätze wegen einer Katalogstrafat oder einer sonstigen Straftat.

72 Etwa insoweit unzureichend Albrecht/Dorsch/Krüpe (Fn. 2), S. 268 ff., die sich für die Analyse der von der Maßnahme Betroffenen auf eine Untersuchung des Aktenmaterials dahin beschränken, gegen wen sich die Anordnung richtete, ob die abzuhörenden Beschuldigten als Anschlussinhaber oder als Anschlussnutzer überwacht wurden und in welchem Verhältnis ein Anschlussinhaber als Dritter zu den Beschuldigten stand. Vgl. auch bereits oben Punkt II.2. zur Kritik in dem Erfahrungsbericht der Bundesregierung zu den Wirkungen der Wohnungsüberwachung.

73 Vgl. dazu noch Fn. 80.

74 Siehe den Nw. in Fn. 24.

75 Siehe auch die Nw. in Fn. 24 und 25.

76 In der GPS-Entscheidung hat das BVerfG ausgeführt, dass eine „Rundumüberwachung“, mit der ein umfassendes Persönlichkeitsprofil eines Beteiligten erstellt werden könnte, von Verfassungs wegen stets unzulässig sei, und verfahrensrechtliche Sicherungen mit Rücksicht auf das Gefährdungspotential des „additiven“ Grundrechtseingriffs (Einsatz mehrerer Ermittlungsmethoden durch ggf. verschiedene Sicherheitsbehörden) gefordert, vgl. BVerfG, Urteil vom 12. April 2005, 2 BvR 581/01, abrufbar unter <http://www.bverfg.de>, Rn 60 ff. Die Forderung nach einer daran orientierten wechselseitigen Information und Abstimmung dürfte angesichts der unterschiedlichen Sicherheitsbehörden und der vom Föderalismus geprägten Praxis allerdings einige Schwierigkeiten bereiten.

wie bestimmte, meist vage Tatbestandsmerkmale von Eingriffsnormen in der Praxis ausgelegt und angewendet werden. Immerhin haben Einschreitschwellen regelmäßig auch die Funktion, die Betroffenen unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten zu schützen. Ein im Kontext der Verhältnismäßigkeit nahe liegendes Beispiel ist zudem die Untersuchung der Frage, ob die neuen Regelungen zur Ausklammerung des Kernbereichs unantastbarer Lebensgestaltung aus der Wohnraumüberwachung<sup>77</sup> in der Praxis ihre Schutzfunktionen erfüllen.

Evaluationen können sich darüber hinaus darauf richten, ob *organisations-, verfahrens- und technikbezogene Schutzvorkehrungen* die ihnen zugewiesenen Funktionen angemessen erfüllen. Soweit es um Ermittlungsmethoden geht, stehen hier Behördenleiter oder Richtervorbehalte im Mittelpunkt. Sie dienen der Aufmerksamkeitssteuerung, der Verantwortungsverteilung und der Kontrolle. Die Leistungsfähigkeit gerade des Richtervorbehalts wird allerdings häufig skeptisch beurteilt. Nutzt der Gesetzgeber ihn bei der Einführung neuer Ermittlungsmethoden weiterhin mit dem Ziel der Kompensation intensiver Grundrechtseingriffe, sind Evaluationen seiner Leistungsfähigkeit sowie Analysen und Verbesserungen seiner Funktionsbedingungen nötig.<sup>78</sup>

Indem die Grundrechte Vorgaben nicht nur für Ermittlungsmethoden oder Datenerhebungen, sondern auch für die nachfolgenden Prozesse der Informations- und Datenverarbeitung setzen, können des weiteren bestimmte Aspekte der Speicherung erhobener Daten, ihrer Veränderung und Kombination, ihrer Nutzung als Informationen oder ihrer Übermittlung zu evaluieren sein. Die Tatbestandsvoraussetzungen der für diese Verarbeitungsschritte geltenden Regelungen sollen schließlich ihrerseits eine effektive Erfüllung der sicherheitsbehördlichen Aufgaben gewährleisten oder in – Bezug auf den einzelnen Verarbeitungsvorgang oder in einem Gesamtkonzept – Schutzfunktionen zu Gunsten betroffener Personen erfüllen. Im Bereich der *tatsächlichen Grundlagen* drängt sich auf, dass die or-

ganisatorische und technische Realisierbarkeit der rechtlich zentralen Zweckbindung und der Kennzeichnungspflicht eine Überprüfung erfordern.<sup>79</sup> Gleiches gilt für die technische Abschottbarkeit von Datenbeständen, die in einer einheitlichen Datenbank getrennt zu führen sind, oder für die Verwirklichung differenzierter Zugriffsberechtigungen. Im Hinblick auf die *Wirkungen einer gewählten gesetzlichen Regelung* kann auch bei den einzelnen Verarbeitungsregelungen zu evaluieren sein, wie sich die Auslegung und Anwendung vager Tatbestandsmerkmale in der Praxis gestaltet. Soweit gesetzliche Maßgaben für nachfolgende Verarbeitungsschritte die Eingriffsbreite oder -intensität von Ermittlungsmethoden abschwächen sollen, kann sich die Evaluation darauf richten, ob diese Regelungen so wirken, wie es der Gesetzgeber bei der Gestaltung seines gesamten Schutzkonzepts zugrunde gelegt hat. Dies betrifft zum Beispiel die Handhabung von Verwertungsverböten oder von Prüf- und Löschungspflichten.

Ein letzter wichtiger Punkt bei der Evaluation sicherheitsbehördlicher Kompetenzen ist der Umgang mit den *Kenntnisrechten Betroffener*. Die Initiative zur Kenntnisgewähr obliegt in aller Regel den Sicherheitsbehörden, weil die Überwachungsmaßnahmen heimlich stattfinden. Kenntnisrechte Betroffener sind also statt als Auskunfts- als Benachrichtigungsanspruch verankert. Da erst eine Benachrichtigung den betroffenen Personen die ihnen durch Art. 19 Abs. 4 GG garantierte Möglichkeit des Rechtsschutzes eröffnet, gehört es zu einer angemessenen Evaluation, ob und wie der Benachrichtigungspflicht in der Praxis Rechnung getragen wird. Dabei muss es vor allem darum gehen, ob die Tatbestandsmerkmale der Benachrichtigungspflichten und ihrer Eingrenzungen grundrechtsgerecht ausgelegt werden, also ob etwa alle zu benachrichtigenden Personen tatsächlich benachrichtigt werden oder ob die sachlichen, zeitlichen oder personellen Einschränkungsgründe zu extensiv interpretiert werden.<sup>80</sup>

77 § 100c Abs. 4 und 5 StPO idF des Gesetzes zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (akustische Wohnraumüberwachung), siehe den Nw. in Fn. 24.

78 Dazu, jeweils mit Hinweisen auf Defizite, Albrecht/Dorsch/Krüpe (Fn. 2), S. 261 ff.; Backes/Gusy, Wer kontrolliert die Telefonüberwachung? Eine empirische Untersuchung zum Richtervorbehalt bei der Telefonüberwachung, 2003.

79 BVerfGE 100, 313 (360 f.); 109, 279 (379 f.).

80 Albrecht/Dorsch/Krüpe (Fn. 2), S. 276 ff., stellen in ihrer Untersuchung fest, dass die Frage, ob eine Benachrichtigung erfolgt ist oder nicht, oft nicht einmal in den Akten vermerkt ist. In personeller Hinsicht wird die Benachrichtigungspflicht in der Praxis restriktiv, teilweise ersichtlich rechtswidrig gehandhabt, während die Einschränkungsgründe extensiv interpretiert werden.

### c) Träger und Verfahren grundrechtsgerechter Evaluationen

Aus den Funktionen verfassungsgebotener Evaluationen ergeben sich auch Anforderungen an die Gestaltung von Trägern und Verfahren der Evaluation. In dieser Hinsicht muss der Gesetzgeber die jeweilige Evaluation so gestalten, dass er dadurch zu einem angemessenen Zeitpunkt sachgerechte, also hinreichend umfangreiche, qualitativ richtige und sinnvoll aufbereitete Informationen über die tatsächlichen Sachverhalte und Entwicklungen sowie über die relevanten Wirkungen der zu evaluierenden Ermächtigungen erhält. Obwohl ihm hierbei weite Gestaltungsspielräume verbleiben, ergeben sich doch Vorgaben, die in den gegenwärtigen Evaluationsvorschriften noch nicht umgesetzt werden.

Da eine Evaluation nicht von selbst die genannten Ziele erreicht, müssen Träger und Verfahren zumindest in den Grundzügen mit geregelt werden. Dabei muss die Gestaltung des *Trägers* gewährleisten, dass die Evaluation in allen relevanten Hinsichten sach- und beurteilungskompetent, im Gesamtergebnis nicht interessengeleitet und hinreichend wissenschaftlich abgesichert erfolgt. Eine rein interne Evaluation, die in der Sicherheitsbehörde, deren Befugnisse zu evaluieren sind, selbst durchgeführt wird, scheidet danach aus. Aber auch das sonst denkbare Spektrum der Evaluationsträger – Evaluation durch die Ministerien als Verwaltungsspitze, Evaluation durch ein parlamentarisches Gremium, Evaluation durch ein gesondert institutionalisiertes Gremium, gegebenenfalls unter Einbeziehung von Nichtregierungsorganisationen oder Datenschutzbeauftragten als Vertretung der Bürgerinteressen, Evaluation durch wissenschaftliche Institute – wird eingeschränkt. So liegt nahe, dass „die Ministerialbürokratie eher in ihrer eigenen Wirkungsoptik befangen sein und solche Wirkungen verfolgen (dürfte), die sie durch die gesetzliche Regelung intendieren wollte; ein sektoral spezialisiertes Fachreferat wird Nebenwirkungen schon außerhalb seines Zuständigkeitsbereichs eher vernachlässigen“.<sup>81</sup> Während ein parlamentarisches oder gesondert institutionalisiertes Gremium eine umfangreiche personelle und sachliche Ausstattung sowie wissenschaftliche Begleitung benötigt,<sup>82</sup> wären wissenschaftliche Institute auf die Zusammenarbeit mit Behörden,

Parlament und sonst relevanten Organisationen angewiesen. Damit drängt sich eine bereichsspezifisch gestaltete Kombination eines verantwortlichen Trägers und weiterer Beteiligter auf, die in Verbindung mit einem gestuften Evaluationsverfahren realisiert werden kann.

Einschränkungen der Gestaltung des Trägers ergeben sich weiter daraus, dass der Gesetzgeber anderweitige rechtliche Vorgaben beachten muss. Soweit die Länder Bundesgesetze in eigener Verantwortung ausführen, führt die föderalistische Struktur zu Grenzen der jeweiligen Regelungskompetenz und zu Abstimmungserfordernissen. Das weitaus größte Problem im Sicherheitsbereich ist jedoch die Geheimhaltungsbedürftigkeit. Sie betrifft sowohl die Angelegenheiten im Kontext öffentlicher Sicherheitsinteressen als auch die Angelegenheiten der von einer Überwachung betroffenen Personen. Sie stellt sich allerdings graduell unterschiedlich und etwa bei der Evaluation der Schleierfahndung anders dar als bei der Evaluation der Befugnisse zur Wohnraumüberwachung oder nachrichtendienstlicher Kompetenzen.<sup>83</sup> Unabhängig davon schließt sie verwaltungsexterne Evaluationsträger oder -beteiligte nicht von vornherein aus. Der Gesetzgeber muss dann jedoch das Evaluationsverfahren entsprechend den Geheimhaltungserfordernissen differenziert gestalten und/oder sanktionierte Geheimhaltungspflichten verankern. So ist eine wissenschaftliche Unterstützung hinsichtlich der Kriterien oder der Methoden der Evaluation denkbar, ohne dass den Wissenschaftlern konkrete Angaben aus den Überwachungsmaßnahmen übermittelt zu werden brauchen. Auch dies verweist auf eine bereichsspezifisch gestaltete Kombination eines verantwortlichen Trägers und weiterer Beteiligter.

Im Übrigen wird deutlich, dass der Gesetzgeber im Rahmen seiner Kompetenzen auch die nähere *Organisation* und das *Verfahren* der Evaluation zumindest in den Grundzügen regeln muss. Die Gestaltung des Verfahrens muss vor allem gewährleisten, dass das für die Evaluation benötigte Material auf den verschiedenen Ebenen und in den verschiedenen Phasen, in denen die zu evaluierenden Maßnahmen und dann die Evaluation selbst durchgeführt werden, erfasst wird und den verantwortlichen Trägern zur Verfügung steht. Differenzierte Verfahrensstufen sind untereinander abzu-

<sup>81</sup> Schulze-Fielitz (Fn. 49), S. 165; siehe auch Weinzierl (Fn. 1), S. 97 f.

<sup>82</sup> Weinzierl (Fn. 1), S. 98.

<sup>83</sup> Dass auch nachrichtendienstliche Überwachungsmaßnahmen nicht „ihrer Natur nach“ vollständig geheimhaltungsbedürftig sind, zeigt sich etwa daran, dass der BND im Verfahren zur strategischen Telekommunikationsüberwachung nähere Angaben dazu vorgelegt hat, BVerfGE 100, 313 (336 ff.).

stimmen. Darüber hinaus sind begleitende verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen erforderlich, die unter anderem die Geheimhaltung schutzbedürftiger Daten und Informationen sicherstellen.

### 3. Folgerungen für die gesetzlichen Konzeptionen der Evaluation

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen zeigen, dass man ohne eine angemessene gesetzliche Konzeption der Evaluation nicht auskommt. Evaluierungspflichten müssen daher künftig gesetzlich präziser verankert werden. Die gesetzliche Verankerung eines Evaluierungskonzepts braucht sich allerdings nicht vollständig mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen zu decken. Der Gesetzgeber darf ein Evaluierungskonzept vorlegen, das die Funktionen der Evaluation gegenüber den verfassungsrechtlich herleitbaren Funktionen erweitert. Er kann insbesondere Effektivitätsaspekte einbeziehen, also die Untersuchung, ob ein Instrumentarium die intendierten Ziele wirksam erreicht und wie es in dieser Hinsicht verbessert werden könnte. Die verfassungsrechtlich herleitbaren Kriterien müssen dabei aber gesichert bleiben; sie dürfen nicht etwa in einem Effektivitätskonzept untergehen. Im Übrigen sollten sich Evaluierungspflichten regelmäßig nicht auf eine umfassende Gesetzesfolgenabschätzung, sondern auf verfassungsrechtlich gebotene und weiter ausgewählte Aspekte richten. Eine umfassende Gesetzesfolgenabschätzung wäre nämlich, selbst wenn sie sich auf eine ex-post-Untersuchung konzentrierte,<sup>84</sup> beim gegenwärtigen Stand der Methodik der Gesetzesfolgenabschätzung eine Überforderung.<sup>85</sup> Auch unabhängig davon darf man den Aufwand einer Evaluation nicht unterschätzen.

Die gesetzlichen Regelungen zur Evaluierung müssen deren Gegenstände präzise beschreiben. Die Evaluierungskriterien sind nach Maßgabe der verfassungsrechtlichen Anforderungen näher festzulegen. Sie können um weitere sinnvolle Kriterien ergänzt werden. Pauschalverweise auf den gesamten Komplex der jeweiligen Ermittlungs-, Erhebungs- und Verar-

beitungsvorschriften, wie sie die gegenwärtigen Bestimmungen meist enthalten, sind kontraproduktiv. Dass Evaluationserfordernisse sich an sämtlichen Punkten des grundrechtlichen Prüfprogramms ergeben *können*, heißt nicht, dass sie bei einer konkreten neuen Ermächtigung tatsächlich in jeder Hinsicht bestehen. Mit Blick auf die Funktionen der Evaluation hat der Gesetzgeber vielmehr deren Gegenstände und Kriterien problemspezifisch zu bestimmen, dies gegebenenfalls im Wege einer grundlegenden Regelung und einer Delegation der weiteren Konkretisierung.

Darüber hinaus muss der Gesetzgeber Träger, Organisation und Verfahren der Evaluation näher regeln. Methoden der Evaluierung können im Wesentlichen im Wege der Delegation entwickelt werden. Eine externe Evaluation durch eine vollständig unabhängige Stelle ist im Sicherheitsbereich vor allem angesichts der Geheimhaltungserfordernisse nicht verfassungsrechtlich geboten und auch nicht sinnvoll. Statt dessen liegt eine Kombination eines verantwortlichen Trägers aus Parlament oder Verwaltungsspitze mit weiteren Beteiligten nahe, die etwa zur wissenschaftlichen Unterstützung oder zur Vertretung der Bürgerinteressen beitragen und gegebenenfalls selektiv einbezogen werden können. Dies lässt sich mit Rücksicht auf den unterschiedlichen Grad des Geheimhaltungsbedarfs bereichsspezifisch gestalten. Die Nachteile einer partiell unzugänglichen Evaluation sollten durch die Veröffentlichung und möglichst weitgehende Transparenz der Evaluierungsberichte kompensiert werden, damit die Öffentlichkeit die Legitimität von Überwachungsmaßnahmen kontrollieren und nachvollziehen kann. In der Verfahrensdimension bieten sich gestufte Verfahren an. Deren Ebenen und Phasen müssen in einer Weise koordiniert werden, dass das Evaluationsmaterial von Anbeginn an so erfasst und verarbeitet wird, dass dem verantwortlichen Träger eine umfassende Evaluation ermöglicht wird. Neben einer reinen Evaluation kommt im Übrigen auch das des öfteren gewählte Modell in Betracht, jährliche Berichtspflichten mit Pflichten zu einer weniger häufigen, inhaltlich umfangreicheren Evaluierung zu verknüpfen. Auch diese Pflichten sollten angemessen abgestimmt werden.

<sup>84</sup> Zur Differenzierung der prospektiven Gesetzesfolgenabschätzung, der begleitenden Gesetzesfolgenabschätzung und der retrospektiven Gesetzesfolgenabschätzung vgl. Böhret, Gesetzesfolgenabschätzung: Soll sie institutionalisiert werden?, in: Festschrift für Willi Blümel, 1999, S. 51 (53 f.); Köck (Fn. 55), S. 9. Die prospektive und die begleitende Gesetzesfolgenabschätzung werfen u. a. wegen der notwendigen Prognosen noch einmal andere Probleme auf als eine retrospektive Gesetzesfolgenabschätzung.

<sup>85</sup> Vgl. dazu auch die Einschätzungen bei Köck (Fn. 55), S. 10; Wagner (Fn. 55), S. 485; siehe außerdem Wollmann (Fn. 55), bes. 421 ff.

Im Ergebnis müssen die gesetzlichen Vorschriften zur Evaluation sicherheitsbehördlicher Kompetenzen weiterentwickelt, insbesondere deutlich präziser gestaltet werden. Die neuen Regelungen zur Evaluation der akustischen Wohnraumüberwachung gehen bereits in diese Richtung.

#### IV. Zusammenfassende Thesen

1. Im Zusammenhang mit der Einführung neuer sicherheitsbehördlicher Kompetenzen werden zunehmend ausdrückliche Evaluierungspflichten verankert. Gegenstände, Kriterien, Träger, Organisation und Verfahren der Evaluation werden jedoch ganz überwiegend nur vage oder überhaupt nicht geregelt. Bei übergreifender Betrachtung erfolgt die Verankerung von Evaluierungspflichten bei neuen Ermächtigungen im Bereich der inneren Sicherheit außerdem unsystematisch und uneinheitlich.
2. Als Verfassungsgebot folgen Evaluierungspflichten aus den Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten des Gesetzgebers.
  - a) Diese Pflichten ergeben sich als Kehrseite der gesetzgeberischen Kompetenz zur Einführung neuer Eingriffsregelungen auch in den Konstellationen, in denen über tatsächliche Sachlagen oder Entwicklungen sowie über die Regelungsfolgen eine besonders gesteigerte Ungewissheit besteht. Die Befristung einer Regelung und die Verankerung von Evaluationspflichten ermöglichen es dem Gesetzgeber dagegen nicht, sich zusätzliche Eingriffsspielräume zu verschaffen, die ihm eigentlich nicht zustünden.
  - b) Aus verfassungsrechtlicher Perspektive dient die Evaluierung weder der bloßen Effektivitätskontrolle noch einer umfassenden Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsvollzugs. Sie hat zum einen die Funktion der Überprüfung, ob die Tatsachen oder die Prognosen, die der Gesetzgeber dem Gesetz an den grundrechtlich bedeutsamen Punkten zu Grunde gelegt hat, überhaupt oder weiterhin zutreffen. Zum anderen hat sie die Funktion, die unter grundrechtlichen Aspekten relevanten Wirkungen zu beobachten und zu beurteilen, die das jeweils geschaffene Gesetz selbst entfaltet. Sie muss deshalb bereichsspezifisch und problembezogen eingesetzt und ausgearbeitet werden.
3. Im Bereich der Sicherheitsgesetze können verfassungsrechtliche Vorgaben sowohl für die Gegenstände und Kriterien einer Evaluation als auch für deren Träger, Organisation und Verfahren herausgearbeitet werden.
  - a) Hinsichtlich der Gegenstände und Kriterien können sich Evaluierungspflichten zum einen aus der Perspektive mehrerer Grundrechte ergeben. Zum anderen sind sie keineswegs allein mit dem Übermaßverbot verknüpft. Vielmehr können sie an sämtlichen Punkten des verfassungsrechtlichen Prüfprogramms relevant werden.
  - b) Im Hinblick auf Träger, Organisation und Verfahren der Evaluation muss der Gesetzgeber die jeweilige Evaluation so gestalten, dass er dadurch zu einem angemessenen Zeitpunkt sachgerechte, also hinreichend umfangreiche, qualitativ richtige und sinnvoll aufbereitete Informationen über die tatsächlichen Sachverhalte und Entwicklungen sowie über die relevanten Wirkungen des Gesetzes erhält. Hier liegt die Kombination eines verantwortlichen Trägers aus der Verwaltungsspitze, dem Parlament oder einem gesonderten Gremium und weiterer Beteiligter nahe, die – auch mit Rücksicht auf föderalistische Strukturen oder Geheimhaltungserfordernisse – bereichsspezifisch auszuformen ist. Sie kann in Verbindung mit einem gestuften Evaluationsverfahren realisiert werden, das sicherstellt, dass das für die Evaluation benötigte Material auf den verschiedenen Ebenen und in den verschiedenen Phasen der zu evaluierenden Maßnahmen und der Evaluation erfasst wird und den verantwortlichen Trägern zur Verfügung steht.
4. Damit Evaluierungspflichten und die darauf beruhenden Evaluationen ihre Funktionen erfüllen, müssen die gesetzlichen Regelungen künftig deutlich präziser gestaltet werden. Evaluierungspflichten decken sich insbesondere nicht mit pauschalen Berichtspflichten. Der Gesetzgeber muss jeweils ein tragfähiges Evaluierungskonzept ausarbeiten, das Gegenstände, Kriterien, Träger, Organisation und Verfahren der Evaluationen hinreichend bestimmt. Auch übergreifend betrachtet ist eine systematischere Verankerung von Evaluierungspflichten an den problematischen Punkten neuer sicherheitsbehördlicher Befugnisse notwendig.

Peter Schaar

# 3

## Informationsverbund der europäischen Sicherheitsbehörden – wo bleibt der Datenschutz?

### I. Einleitung

Beim Ausbau der Europäischen Union im Bereich Justiz und Inneres rückt das Bemühen der EU-Mitgliedstaaten, den Bürgerinnen und Bürgern der Union ein möglichst hohes Maß an Sicherheit zu gewährleisten, mehr und mehr in den Vordergrund. Die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen der EU-Mitgliedstaaten, die mit dem Schengener Durchführungsübereinkommen von 1990 sowie dem EUROPOL-Übereinkommen von 1995 seinen Anfang genommen hatte, erfuhr 1999 durch den vom Europäischen Rat in Tampere beschlossenen Aktionsplan zur Verwirklichung des im Amsterdamer Vertrag angestrebten „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ weitere Dynamik. Schließlich führten die Terroranschläge vom 11. September 2001 in den USA und vom 11. März 2004 in Madrid zu einer deutlichen Zäsur in der Ausgestaltung der Zusammenarbeit der Strafverfolgungsbehörden auf EU-Ebene, die dadurch auch faktisch erheblich an Bedeutung gewonnen hat.

Mittlerweile wurden zahlreiche Maßnahmen auf EU-Ebene zur Erhebung oder zur Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Bekämpfung des Terrorismus und anderer schwerwiegender Straftaten beschlossen bzw. initiiert. Zu nennen wären hier u. a. der Europäische Haftbefehl, die Verordnung zur Einführung biometrischer Daten in Pässen der EU-Bürgerinnen und Bürger, Vorschläge bzw. Entscheidungen zum Austausch von Daten von Flugpassagieren und zur Übermittlung dieser Daten in die USA, der Vorschlag eines Rahmenbeschlusses zur Vorratsspeicherung von Kommunikationsdaten sowie der Vorschlag der schwedischen Regierung für einen Rahmenbeschluss zum erleichterten Informationsaustausch zwischen den Strafverfolgungsbehörden.

Zwar ist damit noch kein Informationsverbund der europäischen Sicherheitsbehörden in dem Sinne entstanden, dass deren Erkenntnisse allen Strafverfolgungsbehörden in den EU-Mitgliedstaaten zum unmittelbaren Zugriff zur Verfügung stehen. Die Entwicklung dahin hat der Europäische Rat jüngst aber selbst vorgegeben: Gemäß dem von ihm im November 2004 verabschiedeten Haager Programm soll zur Stärkung der Sicherheit der grenzüberschreitende Informationsaustausch nach Maßgabe eines „Grundsatzes der Verfügbarkeit“ ausgebaut werden, indem ein unionsweiter genereller Austausch der zur Strafverfolgung erforderlichen Daten ab dem 01. Januar 2008 angestrebt wird. Verfügbarkeit bedeutet, dass die Strafverfolgungsbehörden in einem Mitgliedstaat zur Erfüllung ihrer Aufgaben Zugang auf die Informationen der Strafverfolgungsbehörden in den anderen EU-Mitgliedstaaten haben sollen und letztere diese Informationen bereitzustellen haben, also eine Art Binnenmarkt für Zwecke der Strafverfolgung.

In diesem Zusammenhang ist auch der am 27. Mai 2005 von Deutschland, Belgien, Spanien, Frankreich, Luxemburg, Niederlande und Österreich unterzeichnete Vertrag über die Vertiefung der grenzüberschreitenden polizeilichen Zusammenarbeit (Schengen III) zu nennen. Als Kernstück sieht er den gegenseitigen automatisierten Zugriff auf die DNA-Muster und Fingerabdruckdaten sowie das Kfz-Register der jeweils anderen Vertragsparteien vor. Das Abkommen nimmt für sich eine Vorreiterrolle beim Erreichen eines möglichst hohen Standards der polizeilichen Zusammenarbeit auf EU-Ebene in Anspruch und steht demzufolge auch für die Beteiligung anderer EU-Mitgliedstaaten offen.

Niemand wird ernsthaft die Notwendigkeit einer engeren Zusammenarbeit der Polizeien und Strafverfol-

gungsbehörden der EU-Mitgliedstaaten, insbesondere vor dem Hintergrund der Bedrohung durch den internationalen Terrorismus in Europa in Frage stellen. Doch es stellt sich gerade in dieser Situation die Frage, inwieweit den Freiheitsrechten der EU-Bürgerinnen und Bürger in gleicher Weise Rechnung getragen wurde und der für eine freiheitliche Rechtsordnung unverzichtbarer Datenschutz dabei entsprechend Beachtung gefunden hat.

Im folgenden möchte ich darlegen, wie sich der Datenschutz in der sog. dritten Säule entwickelt hat und welche Maßnahmen erforderlich sind, um etwaige Defizite auszugleichen.

## **II. Verhältnis von Datenaustausch und Datenschutz im Rahmen von Schengen, EUROPOL und ZIS**

Die Zusammenarbeit der EU-Mitgliedstaaten betreffend die Polizei sowie die Justiz in strafrechtlichen Angelegenheiten in der sog. dritten Säule der EU führt zwangsläufig zu vermehrtem Datenaustausch personenbezogener Art bis hin zu zentralen Datensammlungen auf europäischer Ebene. Insofern ist der Datenschutz gefordert, dessen zentrales Anliegen der Schutz des Einzelnen bei der Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten ist. Beim grenzüberschreitenden Datenaustausch kommt dem Persönlichkeitsschutz besondere Bedeutung zu, weil zwangsläufig die Zahl der Nutzer zunimmt und damit auch die Gefährdung für den Persönlichkeitsbereich des Einzelnen. Datenschutz hat sich dabei nicht auf die Entscheidung darüber zu beschränken, ob Informationen in andere EU-Mitgliedstaaten übermittelt werden dürfen oder nicht. Datenschutz verfolgt vielmehr einen umfassenderen Ansatz: Er betrifft u. a. die Gewährleistung der Rechte der von der Verarbeitung Betroffenen, insbesondere auf Auskunft, Berichtigung, Löschung oder Sperrung sowie die Mitwirkung und Gestaltung von Datenverarbeitungsvorgängen unter Abwägung der verschiedenen dabei zu berücksichtigenden Interessen. Vor diesem Hintergrund haben von Beginn an datenschutzrechtliche Fragen bei den Verträgen über die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit eine wichtige Rolle gespielt.

Einen ersten derartigen Vertrag über die polizeiliche Zusammenarbeit stellt das Schengener Durchführungübereinkommen von 1990 dar, in dessen

Rahmen das Schengener Informationssystem (SIS), ein automatisches Fahndungssystem der Vertragsparteien, geschaffen wurde. Erst vor wenigen Tagen haben die Innenminister der EU an den 20. Jahrestag der Unterzeichnung des Schengener Übereinkommens erinnert, mit dem der Abbau der Grenzkontrollen in Europa eingeleitet worden war. Mit dem Schengener Durchführungsübereinkommen ist es erstmals gelungen, umfassende bereichsspezifische Datenschutzregelungen grenzüberschreitend zu vereinbaren, sowohl für den Betrieb des SIS wie auch für die sonstige Informationsverarbeitung. Wichtige datenschutzrechtliche Errungenschaften sind neben der Gewährleistung eines Auskunfts-, Berichtigungs- und Lösungsanspruchs die Einrichtung einer unabhängigen gemeinsamen datenschutzrechtlichen Kontrollinstanz, die sich aus Vertretern der nationalen Datenschutzbehörden zusammensetzt.

Die bisher sechs Tätigkeitsberichte der gemeinsamen Kontrollinstanz, in denen ihre Beschlüsse und Empfehlungen alle zwei Jahre veröffentlicht werden, tragen zum Verständnis für datenschutzrechtliche Anliegen in den Organen der Europäischen Union und in den nationalen Parlamenten bei. Die Bedeutung der gemeinsamen Kontrollinstanz zeigt sich aktuell im Zusammenhang mit der derzeit geführten Diskussion über die Schaffung eines Schengener Informationssystems der 2. Generation, dem sog. SIS II.

Eine ähnliche Konstellation findet sich auch im Rahmen der zweiten wichtigen völkerrechtlichen Vereinbarung zur polizeilichen Zusammenarbeit in Europa wieder, nämlich zu EUROPOL. Wegen des spezifischen Aufgabenspektrums dieses polizeilichen Koordinierungsamtes – dazu zählt die eigenständige Verarbeitung personenbezogener Daten – enthält das EUROPOL-Übereinkommen in weit größerem Umfang bereichsspezifische datenschutzrechtliche Regelungen. Zudem wurde auch hier eine unabhängige gemeinsame Kontrollinstanz mit entsprechend umfassenden datenschutzrechtlichen Beratungs- und Kontrollaufgaben eingesetzt. Um diese erfüllen zu können, hat die Gemeinsame Kontrollinstanz u. a. die Befugnis, auf alle bei EUROPOL gespeicherten Daten zuzugreifen und Einsicht in alle dort vorgehaltene Unterlagen zu nehmen. Auch wenn die Gemeinsame Kontrollinstanz, wie ihre Namensschwester bei Schengen, über keine Zwangsbefugnisse verfügt, kann sie sich zur Unterstützung ihrer Aufgaben jederzeit an den Rat oder das europäische Parlament wenden.

Ein weiteres in diesem Kontext zu nennendes Projekt polizeilicher Zusammenarbeit im Rahmen der dritten Säule der EU ist die Einrichtung des im Jahre 2003 in den Wirkbetrieb gegangenen automatisierten Zollinformationssystems der Mitgliedstaaten – ZIS –. Auch hier wacht eine unabhängige gemeinsame Datenschutzkontrollinstanz über die Einhaltung der nach dem ZIS-Übereinkommen zu beachtenden datenschutzrechtlichen Regelungen.

Es lässt sich feststellen, dass innerhalb der genannten Vertragswerke die Möglichkeit des Datenaustausches einerseits und die dabei zu beachtenden datenschutzrechtlichen Vorgaben andererseits in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen.

Wie ich zu Beginn meines Vortrages ausgeführt habe, vollzieht sich die Zusammenarbeit der Strafverfolgungsbehörden der EU-Mitgliedstaaten aber auch außerhalb dieser Übereinkommen. Und wie wird dabei der Datenschutz gewährleistet?

### III. Konsequenzen für die Entwicklung des Datenschutzes

Es zählt zu den wichtigsten Aufgaben der Datenschutzbeauftragten in den EU-Mitgliedstaaten, die für die Gesetzgebung zuständigen Organe in allen Fragen des Datenschutzes zu beraten, dabei insbesondere auf Risiken für die Freiheitsrechte hinzuweisen und am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgerichtete Lösungen vorzuschlagen. Derzeit fehlen jedoch wichtige organisatorische Voraussetzungen für die Erfüllung dieser Aufgabe, so dass eine zeitnahe und europäisch abgestimmte Beratung nicht gesichert ist. Während nämlich die Datenschutzbeauftragten für den Bereich des Binnenmarktes mit der Arbeitsgruppe nach Art. 29 der EG-Datenschutzrichtlinie ein geeignetes Forum besitzen, dem ein ständiges Sekretariat zur Verfügung steht und das regelmäßige Sitzungen in Brüssel erlaubt, fehlen diese Voraussetzungen im Bereich der dritten Säule weitgehend. Die Gemeinsamen Kontrollinstanzen von EUROPOL, Schengen und dem Zollinformationssystem sind hierfür wegen ihrer eng begrenzten und speziellen Aufgabenstellung nur bedingt geeignet, da zur Sicherung eines einheitlichen Datenschutzstandards für den gesamten Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit ein übergeordneter Ansatz erforderlich ist.

Die europäische Datenschutzkonferenz hat deshalb die Institutionen der Europäischen Union wiederholt aufgefordert, die notwendigen Maßnahmen für einen effektiven und umfassenden Datenschutz im Interesse der Bürger der EU zu ergreifen.

Die Schaffung eines angemessenen organisatorischen Rahmens für die Ausübung der Datenschutzberatung und -kontrolle ist eine notwendige, jedoch keine hinreichende Bedingung für einen angemessenen Datenschutz in der dritten Säule der EU.

Die Intensivierung der Zusammenarbeit zwischen den Strafverfolgungsbehörden der EU-Mitgliedstaaten, wie sie im Haager Programm vorgesehen ist, kann nur gelingen, wenn zugleich umfassende materielle Regelungen zum Schutz des Persönlichkeitsrechts geschaffen werden, die einen hohen und gleichwertigen Datenschutzstandard in der dritten Säule gewährleisten, und zwar über den reinen Informationsaustausch hinaus.

Die bestehenden datenschutzrechtlichen Regelwerke auf europäischer Ebene erscheinen hierfür nicht geeignet.

Es ist evident, dass die Datenschutzkonvention 108 des Europarates von 1981 sowie die Grundsätze der Europaratsempfehlung (87)15 für die Nutzung personenbezogener Daten im Polizeibereich zu allgemein gehalten sind, um den spezifischen Anforderungen eines datenschutzkonformen Informationsaustauschs zwischen den EU-Staaten Rechnung zu tragen.

Die von mir erwähnten Spezialregelungen, wie etwa zu Schengen und Europol, reichen hierfür ebenfalls nicht aus, betreffen sie doch jeweils nur begrenzte Segmente.

Auch die europäische Datenschutzrichtlinie 95/46/EG genügt nicht, weil von ihrer Anwendung große Teile staatlicher Tätigkeit, wie insbesondere die öffentliche Sicherheit und der strafrechtliche Bereich, ausgenommen sind. Zudem berücksichtigt sie nicht den Umstand, dass die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten durch Strafverfolgungsbehörden häufig ohne Wissen der Betroffenen erfolgt.

Die Diskussion über den Austausch personenbezogener Daten zwischen den Strafverfolgungsbehörden hat zudem deutlich werden lassen, dass auf nationa-

ler Ebene in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten höchst unterschiedliche Datenschutzregelungen für diesen Bereich gelten. Derartige Unterschiede sind aus datenschutzrechtlicher Sicht problematisch. So ist es nicht hinnehmbar, dass z. B. ein personenbezogenes Datum, welches an einen EU-Mitgliedstaat übermittelt wurde, dort länger gespeichert werden darf als in dem übermittelnden Staat, oder der empfangende Staat diese Informationen zu weiteren Zwecken verwenden darf, als dies den Behörden des übermittelnden Staats möglich ist. Erschwerend kommt hinzu, dass die Ausgestaltung des Auskunftsrechts des Bürgers bezüglich der bei Strafverfolgungsbehörden verarbeiteten personenbezogenen Daten zwischen den EU-Staaten deutlich differiert.

Die Notwendigkeit, einen einheitlichen und verbindlichen Datenschutz bei der grenzüberschreitenden Kriminalitätsbekämpfung in Europa zu schaffen, ergibt sich schließlich auch aus dem Verfassungsvertrag für Europa und der EU-Grundrechtscharta, in der u. a. in Art. 8 das Grundrecht auf Datenschutz verankert ist. Da die Europäische Union zur Achtung dieser Grundrechte verpflichtet ist, kann ein Datenaustausch innerhalb der Union nur erfolgen, wenn ein entsprechend hohes Datenschutzniveau garantiert ist. Dazu müssen die positiven Elemente aus den bewährten Regelungen in den Mitgliedstaaten und den bestehenden europäischen Regelungen zusammengeführt und ein Schutzniveau entsprechend dem der EG-Datenschutzrichtlinie erreicht werden. Die Regelungen müssen insbesondere der Bedeutung des Datenschutzes als Grundrecht in der Europäischen Union und in den Mitgliedstaaten Rechnung tragen.

Der Umstand, dass der Ratifikationsprozess für den Europäischen Verfassungsvertrag ins Stocken geraten ist, ändert hieran nichts. Die Frage, wann und mit welchem Inhalt er in Kraft treten wird, entscheidet sich im wesentlichen daran, ob sich die EU-Mitgliedstaaten in institutionellen Fragen einigen können. Die im Jahr 2000 verkündete Grundrechtscharta, in der die gemeinsamen europäischen Grundwerte und Rechtsgrundsätze zum Ausdruck gebracht werden, bleibt hiervon unberührt. Die Organe der EU haben die Grundrechtscharta als Grundlage und Maßstab ihrer Tätigkeit bereits ausdrücklich anerkannt.

Die menschenrechtliche Verpflichtung, einen einheitlichen Datenschutz zu schaffen, ergibt sich auch aus der Europäischen Menschenrechtskonvention. Das in

Art. 8 EMRK verankerte Prinzip der Achtung des Privatlebens garantiert einen hohen Schutzstandard, den die Mitgliedstaaten im Bereich der dritten Säule der EU zu beachten haben.

Ich bin daher zuversichtlich, dass es gelingen wird, einheitliche materiell-rechtliche Regelungen zum Datenschutz in der dritten Säule zu schaffen, bin allerdings skeptisch, ob dies rasch gelingen wird.

So fordert bereits der Europäische Rat bezüglich der von ihm im Haager Programm angestrebten Verfügbarkeit personenbezogener Daten zugunsten der Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten selbst, dass ein Austausch auf dieser Basis nur erfolgen darf, wenn u. a. die Einhaltung der Datenschutzvorschriften sowie eine effektive Datenschutzkontrolle vor und nach dem Austausch sichergestellt ist. Zudem werden gemeinsame Normen für den Zugang zu den Daten sowie gemeinsame technische Normen angemahnt. Schließlich fordert der Rat, dass einzelne Personen vor Datenmissbrauch geschützt werden und das Recht haben müssen, die Berichtigung unrichtiger Daten zu verlangen.

Die EU-Kommission ist den mehrfachen Appellen von Seiten des europäischen Parlaments und der europäischen Datenschutzkonferenz gefolgt und hat angekündigt, noch in diesem Jahr Leitprinzipien für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich der dritten Säule vorzulegen.

Die Datenschutzbeauftragten der EU-Mitgliedstaaten begrüßen diese Aktivitäten und werden dabei intensiv mit der Kommission und dem Rat zusammenarbeiten.

Als einen ersten Beitrag in diesem Sinn hat die diesjährige Frühjahrskonferenz der europäischen Datenschutzbeauftragten in Krakau eine entsprechende Erklärung verabschiedet und – aufbauend auf dem Standard der EU-Datenschutzrichtlinie und der Europarats-Konvention zum Datenschutz – in einem Positionspapier aufgelistet, welche Aspekte des Datenschutzes in der dritten Säule einer einheitlichen und verbindlichen Regelung bedürfen. Ohne diese im einzelnen hier zu erläutern, geht es im Kern darum, den Datenschutz im Sinne der Grundrechtscharta auszugestalten. Danach bedeutet grundrechtlicher Schutz u. a., dass Eingriffe in Freiheitsrechte nur im überwiegenden öffentlichen Interesse und nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zulässig sind. Das Grundrecht-

umfasst auch das Auskunfts-, Berichtigungs- und Lösungsrecht des Betroffenen, das ebenfalls nur unter bestimmten Bedingungen beschränkt werden darf, sowie die Kontrolle durch unabhängige Datenschutzbehörden. Es bezieht sich auf alle Formen der Verarbeitung.

#### IV. Schlusswort

Zur Schaffung eines hohen und einheitlichen Datenschutzstandards in der dritten Säule der EU sehe ich keine Alternativen. Dies ist eine logische Folge des Haager Programms. Nur so ist es möglich, einen angemessenen Ausgleich zu den derzeit bestehenden und künftig zu verwirklichenden Formen des Informationsaustausches zwischen den Strafverfolgungsbehörden in der Europäischen Union zu verankern und das derzeitige unausgewogene Verhältnis zwischen Gewährleistung von Sicherheit für die EU-Bürgerinnen und Bürger und Wahrung ihrer bürgerlichen Freiheitsrechte in einem „Raum der Freiheit, der Sicherheit und es Rechts“ wieder in das richtige Maß zu bringen.

Ebenso wie es notwendig ist, in diesem „Raum“ im Hinblick auf dessen Bedrohungen durch internationalen Terrorismus und andere Formen schwerer Kriminalität engere Zusammenarbeitsformen zwischen Polizei und

Strafverfolgungsbehörden zu finden, dürfte es außer Frage stehen, dass wirksame Regelungen zum Schutz des Rechtes auf informationelle Selbstbestimmung getroffen werden müssen. Die Frage nach einem angemessenen Verhältnis zwischen diesen beiden Komponenten, die auf der jeweiligen nationalen Ebene längst ausdiskutiert und entschieden ist, muss auch auf europäischer Ebene einer befriedigenden Lösung zugeführt werden.

So enthält übrigens der eingangs erwähnte multilaterale Vertrag, der sog. Schengen III-Vertrag, ausführliche, wenn auch vereinzelt verbesserungsbedürftige datenschutzrechtliche Regelungen. Die Einsicht in die Notwendigkeit eines Datenschutzregimes in der dritten Säule wächst auf EU-Ebene hingegen erst langsam. Dabei sehe ich auch die Parlamente – sowohl das europäische Parlament als auch die nationalen Volksvertretungen – in der Pflicht, auf die Regierungen der EU-Mitgliedstaaten entsprechend Einfluss zu nehmen. Auf gar keinen Fall darf es dazu kommen, dass auf europäischer Ebene immer neue Datenverarbeitungsbefugnisse für die Sicherheitsbehörden mit immer tieferen Einschnitten in Grundrechte beschlossen werden, ohne dass die Grundrechte der in der EU lebenden Bürgerinnen und Bürger in gleicher Weise gestärkt und geschützt werden.



# 4

## Die Autorinnen und Autoren

---

### **Marion Albers**

Prof. Dr. jur., Dipl.-Soziologin; Habilitation zum Thema „Informationelle Selbstbestimmung“; Dissertation zum Thema „Straftatenverhütung und Verfolgungsvorsorge“, 1993 - 2000 Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Bundesverfassungsgericht; seit 2003 Dozentin an der Helmut-Schmidt-Universität Hamburg; seit 2005 Lehrstuhlvertretung an der Universität Augsburg, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht; zahlreiche Veröffentlichungen zu verfassungs- und datenschutzrechtlichen Fragen.

### **Peter Schaar**

Dipl.-Volkswirt; 1994 - 2002 stellvertretender Hamburgischer Datenschutzbeauftragter; seit 2003 Bundesbeauftragter für den Datenschutz; Leiter der Gruppe der Europäischen Datenschutzbeauftragten; engagiert u. a. in der Hamburger Datenschutzgesellschaft sowie in der Humanistischen Union.

### **Kay Waechter**

RiOVG Prof. Dr. jur.; seit 1994 Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Universität Hannover; seit 2003 Richter am OVG Lüneburg; zahlreiche Veröffentlichungen zu verfassungs- und polizeirechtlichen Fragen.

Deutsches Institut für Menschenrechte  
German Institute for Human Rights

Zimmerstrasse 26/27  
D-10969 Berlin

Phone: +49 (0)30 - 25 93 59-0

Fax: +49 (0)30 - 25 93 59-59

[info@institut-fuer-menschenrechte.de](mailto:info@institut-fuer-menschenrechte.de)