

Mendel Verlag

Schriftenreihe

des Europäischen Forums

für Außenwirtschaft, Verbrauchsteuern und Zoll e.V.

an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

Band 47

Präventive Maßnahmen bei der Ausfuhr von Gütern

von

Klaus-Peter Ricke

Mendel Verlag

Mendel Verlag GmbH & Co. KG

Gerichtsstraße 42, 58452 Witten

Telefon +49-2302-202930

Fax +49-2302-2029311

E-Mail info@mendel-verlag.de

Internet www.mendel-verlag.de

ISBN 978-3-930670-57-4

Alle Angaben ohne Gewähr. Alle Rechte vorbehalten. Vervielfältigungen jeglicher Art sind nur nach Genehmigung durch den Verlag erlaubt.

Herausgeber: Europäisches Forum für Außenwirtschaft,
Verbrauchssteuern und Zoll e.V., Universitätsstr. 14-16,
48143 Münster, E-Mail: efa@uni-muenster.de

Einbandentwurf: KJM GmbH Werbeagentur, Hafenweg 22, 48155 Münster,
Internet: www.KJM.de

Meiner Frau Ute, meinen Kindern Thomas und Susanne und
meinem Bruder Christian Schmidt-Kronshage

Danksagung

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster/Westfalen hat meine Arbeit am 1.9.2010 als Dissertation angenommen. Die Darstellung berücksichtigt Rechtsnormen, Literatur und Rechtsprechung bis März 2010.

Ich bedanke mich bei allen, die das Promotionsprojekt gefördert haben. Ich danke insbesondere Herrn Prof. Dr. Hans-Michael Wolffgang, der mir wichtige Hinweise zur Gestaltung dieser Arbeit gegeben und sie betreut hat. Mein Dank gilt Herrn Prof. Dr. Bodo Pieroth für die Erstellung des Zweitgutachtens. Dem Chefredakteur des Magazins „Der Spiegel“, Georg Mascolo, danke ich für die freundliche Genehmigung, verschiedene Artikel auf der beigefügten CD zu veröffentlichen. Meiner Frau bin ich dankbar für die wiederholte Ermutigung und ihre Geduld.

Frechen bei Köln, 10.11.2010

Klaus-Peter Ricke

Vorwort

Prävention spielt in unserer heutigen Gesellschaft eine immer größer werdende Rolle. Dies gilt für viele Lebensbereiche wie beispielsweise Medizin, Umwelt und Politik, insbesondere aber auch für die Kriminalprävention und die polizeiliche Gefahrenabwehr, mit deren speziellen Aspekten im Außenwirtschaftsrecht sich diese Promotionsarbeit beschäftigt. Grund für die derzeitige intensive Diskussion über Prävention und Gefahrenabwehr ist der islamistische Terrorismus, der bislang in dem Attentat auf das World Trade Center am 11.9.2001 kulminierte und Auslöser für die Kriege im Irak und in Afghanistan war. Die Vereinten Nationen¹, die Europäischen Gemeinschaften² und die nationalen Staaten schufen Rechtsvorschriften, um insbesondere diesen islamistischen Terrorismus zu bekämpfen. In der Bundesrepublik Deutschland kam es zu Gesetzen, die dazu dienen sollen, begangene Straftaten des Terrorismus zu verfolgen und künftige derartige Straftaten zu verhindern³. So wurde durch das „Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten“ vom 30.7.2009⁴ die Strafbarkeit bei den Staatsschutzdelikten vorverlegt. Schon seit einigen Jahren war im Zusammenhang mit der Terrorismusbekämpfung die Novellierung des BKA-Gesetzes in der Diskussion, die dem BKA auch präventive Befugnisse einräumen soll, die insbesondere in der präventiven Überwachung

1 S/RES/1269 (1999) vom 19.10.1999; S/RES/1368 (2001) vom 12.9.2001; S/RES/1373 (2001) vom 28.9.2001; S/RES/1390 (2002) vom 28.1.2002; S/RES/1440 (2002) vom 24.10.2002 – www.un.org; deutsche Übersetzungen: www.un.org/Depts/german/sr/fs_sr_zwischenseite.html.

2 Verordnung (EG) Nr. 2580/2001 des Rates vom 27.12.2001 über spezifische, gegen bestimmte Personen und Organisationen gerichtete restriktive Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus; Verordnung (EG) Nr. 881/2002 des Rates vom 27.5.2002 über die Anwendung bestimmter spezifischer restriktiver Maßnahmen gegen bestimmte Personen und Organisationen, die mit Osama bin Laden, den Al-Qaida-Netzwerk und den Taliban in Verbindung stehen, und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 467/2001 des Rates über das Verbot der Ausfuhr bestimmter Waren und Dienstleistungen nach Afghanistan, über die Ausweitung des Flugverbots und des Einfrierens von Geldern und anderen Finanzmitteln betreffend die Taliban von Afghanistan.

3 Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz) vom 9.1.2002 – BGBl. I, S. 361 ff.; Gesetz zur Errichtung gemeinsamer Dateien von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten des Bundes und der Länder (Gemeinsame-Dateien-Gesetz) vom 22.12.2006, insbesondere dessen Art. 1 Gesetz zur Errichtung einer standardisierten zentralen Antiterrordatei von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten von Bund und Ländern (Antiterrordateigesetz – ATDG) – BGBl. I, S. 3409 ff.

4 BGBl. I, S. 2437 ff.

der Telekommunikation und im Zusammenhang damit in der Möglichkeit einer Online-Durchsuchung und Quellen-Telekommunikationsüberwachung liegen sollen. Das BKA-Novellierungsgesetz war schon im Entwurf⁵ äußerst umstritten. Wir haben dieselbe Diskussion erlebt wie damals – 1991/1992 –, als es um die Einführung der präventiven Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung zur Verhinderung schwerwiegender Straftaten des Außenwirtschafts- und Kriegswaffenkontrollrechts ging: im Gesetzgebungsverfahren findet eine Öffentliche Anhörung statt⁶; bestimmte Befugnisse sollen nach fünf Jahren evaluiert werden⁷; das Gesetz ist befristet bis zum 31.12.2020, soweit es um die Befugnis zum verdeckten Eingriff in informationstechnische Systeme geht⁸. Die Bundesländer waren mehrheitlich gegen das BKA-Gesetz in der von der Bundesregierung vorgelegten Fassung; der Bundesrat verweigerte dem Gesetzentwurf seine Zustimmung⁹, die Bundesregierung rief den Vermittlungsausschuss an¹⁰; der Vermittlungsausschuss fand einen Kompromiss¹¹; der Bundesrat stimmte dem Kompromiss mit der knappsten Mehrheit (35 zu 34 Stimmen) zu¹².

Das Gesetz ist am 31.12.2008 im BGBl. veröffentlicht worden und am 1.1.2009 in seinen wesentlichen Punkten in Kraft getreten¹³. Der frühere Bundesinnenminister Baum und andere haben Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG erhoben¹⁴.

5 Entwurf – Stand 11.7.2007 – www.ccc.de.

6 Öffentliche Anhörung von Sachverständigen zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD „Entwurf eines Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt“ – BT-Drs. 16/9588 – im Innenausschuss des Deutschen Bundestages am 15.9.2008 – Wortprotokoll der 73. Sitzung – 16/73 – www.bundestag.de/ausschuesse/a04/anhoerungen/Anhoerung15/index.html.

7 Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses (4. Ausschuss) – BT-Drs. 16/10822 vom 10.11.2008.

8 a.a.O.

9 BR-Drs. 860/08 vom 28.11.2008.

10 BT-Drs. 16/11227 vom 3.12.2008 – BR-Drs. 948/08 vom 4.12.2008.

11 Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses – BR-Drs. 971/08 vom 17.12.2008; BT-Drs. 16/11391 vom 17.12.2008.

12 BR-Drs. 971/08 vom 19.12.2008.

13 Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt vom 25.12.2008 – BGBl. I, S. 3083 ff.

14 Verfassungsbeschwerde gegen BKA-Gesetz läuft. „Die Bürgerrechtlerin Bettina Winse-mann ... hat am heutigen Dienstag [27.1.2009] Verfassungsbeschwerde gegen das Ende vergangenen Jahres novellierte ... Gesetz für das Bundeskriminalamt ... eingereicht ...“ – www.heise.de – „Verfassungsbeschwerde gegen BKA-Gesetz vorgestellt. Der Deutsche Journalisten-Verband hat heute [23.4.2009] Verfassungsbeschwerde gegen die im vergan-genen Jahr verabschiedete ... Novelle des Gesetzes für das Bundeskriminalamt (BKA) vorgestellt. ... An das Bundesverfassungsgericht wenden sich unter anderem der freie

Aber nicht nur die Diskussion über die Einführung von Vorschriften zur Prävention und Gefahrenabwehr ist in den letzten zehn Jahren weitergegangen. Immer intensiver wird auch die Frage diskutiert, wie weit Prävention und Gefahrenabwehr denn gehen dürfen. So wännen sich manche Rechtswissenschaftler bereits auf dem Weg vom „Rechtsstaat zum Präventionsstaat“¹⁵ oder auf dem „Weg in den Überwachungsstaat“¹⁶, wobei beide Formulierungen noch mit einem Fragezeichen versehen werden. Auch das BVerfG hat sich wiederholt mit dem Spannungsverhältnis zwischen Prävention und Gefahrenabwehr einerseits und den in den Grundrechten verbürgten Freiheiten andererseits beschäftigt und wird sich wohl auch weiterhin – so beispielsweise aufgrund von Verfassungsbeschwerden gegen das neugefasste BKA-Gesetz – damit beschäftigen.

Der Verfasser hat sich fast fünfzehn Jahre seines beruflichen Lebens als für die präventive Überwachung der Telekommunikation und des Brief- und Postverkehrs zuständiger Beamter beim Zollkriminalamt mit diesen Fragen befasst. Als Ergebnis ist festzuhalten, dass es gilt, zu einem ausgewogenen Verhältnis zwischen Prävention/Gefahrenabwehr einerseits und den Freiheitsrechten andererseits zu kommen. Beide Bereiche sind notwendig. Die Prävention/Gefahrenabwehr muss ernst genommen werden, denn es gilt, wichtigste Güter wie „äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland“, „Völkerfrieden“ und „Auswärtige Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland“ im Außenwirtschaftsverkehr zu schützen. Andererseits dürfen die staatlichen Eingriffe in die Grundrechte – hier insbesondere die Grundrechte nach Art. 1, 2, 10 und 13 GG – nicht so weit gehen, dass von einem Überwachungsstaat im Sinne George Orwells¹⁷ gesprochen werden kann. Auch ist es wichtig, die „Überwacher zu überwachen“¹⁸, und dazu gehören nicht nur die staatlichen Stellen, sondern auch die Provider und Postanbieter, die einen Teil der technischen Umsetzung übernehmen; dies hat ganz deutlich der Telekom-Skandal gezeigt. Die vorhandenen Gremien – so für die Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung nach den §§ 23a ff. ZFdG das Gremium von neun Bundestagsabgeordneten (§ 23c

Journalist Christoph Maria Fröhder, Zeit-Herausgeber Michael Naumann, der ehemalige Innenminister Gerhart Baum und der Präsident der Bundesärztekammer und des Deutschen Ärztetages Jörg-Dietrich Hoppe...“ – www.heise.de.

15 Huster, Stefan und Rudolph, Karsten (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat?, Frankfurt a.M., 2008.

16 Hirsch, Burkhard, Auf dem Weg in den Überwachungsstaat, in Huster, Stefan und Rudolph, Karsten (Hrsgs.), Vom Rechtsstaat zum Überwachungsstaat, S. 164 ff.; Baum, Gerhard, Rettet die Grundrechte! Bürgerfreiheit contra Sicherheitswahn – Eine Streitschrift, Köln 2009.

17 George Orwell, Nineteen Eighty-Four (1984).

18 „Wer wird die Wächter überwachen?“ „Quis custodiet ipsos custodes?“ – Ausspruch des römischen Dichters Juvenal, um 60 – 140 n. Chr.

Abs. 8 ZFdG) – können m.E. nicht so effektiv sein, wie es angesichts der Bedeutung der Überwachungsmaßnahmen notwendig ist, sodass die Forderung nach einem neuen, völlig unabhängigen Gremium mit weitreichenden Rechten gerechtfertigt ist. Für das PKGr ist der Gesetzgeber zwar diesen Weg nicht gegangen, hat aber dessen Rechte durch das „Gesetz zur Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes“ vom 29.7.2009¹⁹ erheblich gestärkt und das Gremium durch eine Ergänzung im Grundgesetz verankert (Art. 45d)²⁰. Im ursprünglichen Gesetzentwurf des von den Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP eingebrachten Entwurfs sollte sogar die Arbeit von Polizeibehörden wie des BKA und ZKA der Kontrolle durch das PKGr unterworfen sein²¹. Dieses Vorhaben wurde aber im Gesetzgebungsverfahren fallen gelassen²². Die Vorschrift über die parlamentarische Kontrolle der präventiven Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung blieb unverändert.

Womit beschäftigt sich die vorliegende Arbeit?

Anhand des Falles Rabta/Libyen (Bau einer kompletten Fabrik zur Herstellung von Giftgas durch einen deutschen „Generalunternehmer“) soll die Bedeutung aufgezeigt werden, die die Prävention im Exportbereich hat, welcher Schaden für das Ansehen der Bundesrepublik Deutschland und das friedliche Zusammenleben der Völker entstehen kann, wenn dem Gedanken der Prävention in den rechtliche Bestimmungen und der praktischen Umsetzung nicht genügend Rechnung getragen wird.

Die Umsetzung des Präventionsrechts ist im Bereich der öffentlichen Sicherheit Aufgabe der Polizei und, soweit es um die öffentliche Sicherheit bei der Ausfuhr von Gütern geht, Aufgabe einer Spezialpolizei – des Zollfahndungsdienstes.

Im Laufe der letzten beiden Jahrzehnte hat der deutsche Gesetzgeber Vorschriften geschaffen, die es den Exportkontrollbehörden und insbesondere dem Zollfahndungsdienst ermöglichen, intensiv präventiv tätig zu werden. Es handelt sich u.a. um den Einzeleingriff, die präventive Telekommunikations-, Brief- und

19 BGBl. I, S. 2346 ff.

20 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 45d) vom 17.7.2009 – BGBl. I, S. 1977.

21 Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes – BT-Drs. 16/12411.

22 Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses (4. Ausschuss) – Drs. 16/13220 vom 27.5.2009 – S. 5 „In § 1 wird Abs. 2 gestrichen; der bisherige Abs. 3 wird Abs. 2.“ zur Begründung: S. 15 „Die Streichung ist eine Konsequenz aus der Sachverständigenanhörung vom 25.5.2009.“ In dieser Sachverständigenanhörung hatten sich die Sachverständigen gegen eine Erweiterung der Kontrolle über die Nachrichtendienste hinaus auf die Polizeibehörden BKA und ZKA ausgesprochen.

Postüberwachung und die präventive Sicherstellung. So notwendig Prävention auch im Exportbereich ist, um Schäden von wichtigen Rechtsgütern abzuwenden, so kann Prävention doch nicht grenzenlos gelten. Prävention muss sich in den von der Verfassung gesetzten Grenzen bewegen. Für den Einzeleingriff bedeutet dies beispielsweise zu prüfen, ob das Rechtsgut „Schutz der auswärtige Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland“ hinreichend bestimmt ist. Mit diesem Merkmal in § 7 Abs. 1 Nr. 3 AWG, das zugleich Tatbestandsmerkmal der Strafvorschrift des § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG und des § 19 Abs. 2 Nr. 2 KWKG ist, befassen sich Entscheidungen des BVerfG, der Verwaltungsgerichte und insbesondere der Strafgerichte. Es stellt sich die Frage, ob die zahlreichen Entscheidungen der Strafgerichte für die Auslegung dieses Begriffes in § 7 Abs. 1 Nr. 3 AWG, auf den § 2 Abs. 2 AWG verweist, herangezogen werden können.

Das Außenwirtschaftsrecht ist in ständiger Entwicklung. Die im Jahre 2009 in Kraft getretene neue EG-Dual-use-VO enthält u.a. eine Beschränkung für die Durchfuhr von Nichtgemeinschaftsgütern (Art. 6), die mit dem nationalen Einzeleingriff des § 2 Abs. 2 AWG vergleichbar ist und in bestimmten Fällen an dessen Stelle treten kann, und damit ein neues präventives Element.

Von besonderer verfassungsrechtlicher Brisanz wegen des tiefen Eingriffs in das Grundrecht nach Art. 10 Abs. 1 GG ist die präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung, mit deren Verfassungsmäßigkeit sich das BVerfG mehrmals beschäftigt hat. Hier stellt sich die Frage, ob die jetzige Regelung in den §§ 23a ff. ZFdG den vom BVerfG gesetzten Vorgaben entspricht.

Die präventive Sicherstellung nach § 32b ZFdG, die im Anschluss daran dargestellt wird, kann im Einzelfall die präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung entbehrlich machen oder ihre Dauer verkürzen, sodass der Grundrechtseingriff entfällt oder zumindest abgemildert wird.

Die Arbeit schließt mit einer kurzen Darstellung der wesentlichen Ergebnisse.

Inhaltsverzeichnis

Danksagung	7
Vorwort.....	9
Inhaltsverzeichnis.....	15
Literaturverzeichnis.....	25
Abkürzungsverzeichnis	33
Teil 1: Der Fall „Rabta/Libyen“ – Wende im deutschen Exportkontrollrecht	43
I. Der Fall Rabta/Libyen	43
1. Die Verträge	45
2. Erstellung des Gebäudekomplexes	47
3. Transportleistungen	48
4. Erwerb und Lieferung von Chemikalien.....	48
5. Erstellung der Kampfstoffanlage	49
6. Entdeckung	49
II. Schaden für die Bundesrepublik Deutschland und die deutsche Wirtschaft.....	54
III. Änderungen der Exportkontrollpolitik, des Rechts und der Institutionen	56
1. Änderungen gesetzlicher Bestimmungen.....	56
2. Entstehung neuer Behörden zur Exportkontrolle.....	58
3. Verbesserung des Informationsaustausches zwischen den Ressorts und dem nachgeordneten Bereich.....	59
IV. Strafverfahren wegen des ungenehmigten Exports von Gütern zur Herstellung von Massenvernichtungswaffen im Irak	61

Teil 2: Gefahrenabwehr und -vorsorge im Allgemeinen63

I. Die Begriffe „Prävention“ und „Gefahrenabwehr“63

II. Prävention/Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge im Polizeirecht64

1. Polizeiliche Generalklausel..... 64
 - a) Öffentliche Sicherheit..... 66
 - aa) Schutzgut „Unverletzlichkeit der Rechtsordnung“ 66
 - bb) Schutzgut „individuelle Rechte und Rechtsgüter“ 67
 - cc) Schutzgut „Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates und anderer ..
Hoheitsträger“ 68
 - b) Öffentliche Ordnung..... 69
2. Begriff der „Gefahr“ im allgemeinen Polizeirecht..... 70
 - a) Konkrete Gefahr 70
 - b) Gegenwärtige Gefahr..... 71
 - c) Abstrakte Gefahr 72
 - d) Gefahrverdacht und Anscheinsgefahr, Scheingefahr 72
3. Gefahrenabwehr, Gefahrenvorbeugung, Gefahrenvorsorge und Strafver-
folgungs- und Strafverfahrensvorsorge..... 73
 - a) Vorbereitungen für die Abwehr künftiger Gefahren (Gefahrenvorsorge)..... 74
 - b) Vorbereitung auf künftige Strafverfolgung (Strafverfolgungsvorsorge/
Strafverfahrensvorsorge) 75
 - c) Verhütung künftiger Straftaten 79

**III. Gefahrenabwehr und -vorsorge als Aufgabe von Polizei und
Ordnungsbehörden.....80**

1. Polizeien des Bundes 82
 - a) Bundeskriminalamt..... 82
 - b) Bundespolizei (früher: Bundesgrenzschutz) 83
 - c) Zollfahndungsdienst 84
 - aa) Entstehung und Entwicklung..... 85
 - bb) Rechtsgrundlagen 88
 - cc) Organisation, Aufgaben und Befugnisse 89
 - (1) Organisation..... 89
 - (2) Aufgaben..... 90
 - (3) Befugnisse zur Gefahrenabwehr und -vorsorge 91
 - (4) Befugnisse im Ermittlungsverfahren..... 92

d) Weitere Bundesbehörden mit polizeilichen Befugnissen.....	93
2. Länderpolizeien	93

IV. Grenzen der Prävention/Gefahrenabwehr.....94

1. Rechtsprechung des BVerfG.....	94
2. Die Entscheidungen im Einzelnen	96
a) Urteil vom 15.12.1983 – sog. Volkszählungsurteil	96
b) Urteil zur Telekommunikationsüberwachung durch den BND gemäß G zu Art. 10 GG (Urteil des BVerfG vom 14.7.1999 – 1 BvR 2226/94)	101
c) Urteil zur repressiven akustischen Wohnraumüberwachung /sog. Großer Lauschangriff (Urteil des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98).....	104
d) Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvF 3/92 – zur präventiven Telekommunikations- und Brief- und Postüberwachung gemäß §§ 39 ff. AWG	110
e) Urteil des BVerfG vom 27.7.2005 – 1 BvR 668/04 – zur präventiven Telekommunikationsüberwachung nach § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nds. SOG).....	112
f) Urteil vom 27.2.2008 – 1 BvR 370/07 – zur Online-Durchsuchung.....	116
aa) Vorgeschichte.....	116
bb) Urteil im Einzelnen	120
cc) Regelung der Online-Durchsuchung im novellierten BKAG	126
g) Beschlüsse und Urteil des BVerfG zur Vorratsspeicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten	126
aa) Vorgeschichte.....	126
bb) „Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Maßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG“ vom 21.12.2007.....	129
cc) Beschlüsse des BVerfG im Einzelnen	130
(1) Beschluss vom 11.3.2008.....	130
(2) Beschluss vom 28.10.2008.....	131
dd) Urteil des BVerfG vom 2.3.2010 zur Vorratsspeicherung von Telekommunikationsdaten	132
(1) Kein Anlass für ein Vorabentscheidungsverfahren	132
(2) Umsetzung der RL in nationales Recht wegen Verstoßes gegen Art. 10 Abs. 1 GG nichtig	133
(3) Abweichende Voten	135
ee) Reaktionen auf das Urteil	135

3. Wertung der Entscheidungen	136
4. Prävention durch Eingriffe geringerer Intensität	138

Teil 3: Maßnahmen der Prävention bei der Ausfuhr von Gütern141

I. Einzeleingriff gemäß § 2 Abs. 2 AWG142

1. Entstehung der Vorschrift	142
2. Voraussetzungen für den Einzeleingriff	144
a) Gefahr im Sinne des § 2 Abs. 2 AWG	145
b) Rechtsgüter des § 7 Abs. 1 AWG	146
aa) Wesentliche Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland ...	147
bb) Friedliches Zusammenleben der Völker	148
cc) Auswärtige Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland	149
(1) Verfassungsmäßigkeit des Begriffs	152
(2) Rechtsprechung der Strafgerichte	154
(3) Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte	159
(4) Eigene Auffassung	161
(5) Auslegung des § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG durch die Strafgerichte – Anwendung auf § 7 Abs. 1 Nr. 3 AWG / § 2 Abs. 2 AWG?	170
(6) Gefahr einer erheblichen Störung für die auswärtigen Be- ziehungen	175
c) Verfassungsmäßigkeit des § 2 Abs. 2 AWG im Hinblick auf Art. 12 und Art. 14 GG	176
d) Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität	177
3. Form und Inhalt des Einzeleingriffs	178
4. Entschädigung	181
5. Rechtsmittel	182
6. Bebußung	183
7. Fallbeispiele	183
8. Rechtsverordnung gemäß § 2 Abs. 2 Satz 3 AWG	187

II. Einzeleingriff gemäß Art. 6 EG-Dual-use-VO i.V.m. § 38 AWW189

III. Präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung192

1. Fernmeldegeheimnis gemäß Art. 10 Abs. 1 GG und seine Beschränkungen gemäß Art. 10 Abs. 2 GG	192
a) Gewährleistung des Fernmeldegeheimnisses durch Art. 10 Abs. 1 GG	193

aa) Fernmeldeverkehr – Telekommunikation.....	193
bb) Träger des Grundrechts „Fernmeldegeheimnis“.....	194
cc) Räumlicher Geltungsbereich	195
dd) Adressaten des Grundrechts nach Art. 10 Abs. 1 GG.....	195
b) Beschränkungen der Gewährleistung des Fernmeldegeheimnisses	196
aa) Allgemeiner Gesetzesvorbehalt (Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG)	196
(1) Normenklarheit und -bestimmtheit	196
(2) Verhältnismäßigkeit	197
(3) Kernbereich privater Lebensgestaltung.....	198
(4) Zitiergebot.....	200
(5) Organisatorische und verfahrensrechtliche Grundrechtssicherungen	201
bb) Erweiterung des Gesetzesvorbehalts (Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG).....	201
2. Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte der präventiven Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung.....	203
a) Gesetzgebungsverfahren bis zum Inkrafttreten der §§ 39 ff. AWG.....	203
b) Öffentliche Anhörung am 13.11.1991	205
c) Änderungen der §§ 39 ff. AWG bis zur Entscheidung des BVerfG	208
aa) Formelle Änderungen.....	208
bb) Inhaltliche Änderungen	210
d) Normenkontrollklage.....	210
e) Befristungen und Verlängerungen.....	211
f) Öffentliche Anhörung am 18.5.1994	212
g) Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004	214
h) Gesetzgebungsverfahren und Neuregelung im ZFdG.....	221
i) Novellierung des ZFdG – Öffentliche Anhörung am 25.4.2007.....	224
3. Norminhalt der §§ 23a ff. ZFdG	226
a) Materiell-rechtliche Voraussetzungen	227
aa) Verhinderung von Straftaten nach dem KWKG (§ 23a Abs. 1)	227
(1) Straftaten – Atomwaffen, biologische und chemische Waffen betreffend	227
(2) Straftaten – konventionelle Kriegswaffen betreffend.....	234
bb) Abwehr von Gefahren für die öffentlichen Sicherheit oder Ordnung (§ 23a Abs. 3).....	236
(1) Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung	237
(2) Güter, deren Ausfuhr verhindert werden soll	239

(3) Ausfuhr ohne die erforderliche Genehmigung bzw. Entscheidung des BAFA.....	246
cc) Vorbereitung der KWKG-Straftat bzw. der ungenehmigten Ausfuhr (§ 23a Abs. 2).....	248
dd) Verdacht als Schwelle zur Überwachung	250
ee) Telekommunikation und Brief- und Postsendung als Objekte der Überwachung	251
(1) Telekommunikation	251
(2) Brief- und Postverkehr	252
ff) Zollkriminalamt als zur Überwachung befugte Behörde	252
gg) Natürliche und juristische Personen und Personenvereinigungen als zu Überwachende	254
hh) Beschränkungen der Überwachung	256
(1) Kernbereich privater Lebensgestaltung.....	256
(2) Beschränkungen unter dem Gesichtspunkt des Zeugnisverweigerungsrechts gemäß §§ 53, 53a StPO	258
ii) Verhältnismäßigkeit (§ 23a Abs. 6).....	259
jj) Verfassungsmäßigkeit des § 23a i.d.F. des Gesetzes zur Änderung des ZFdG und anderer Gesetze vom 12.6.2007.....	262
(1) Normenklarheit und -bestimmtheit	262
(2) Verhältnismäßigkeit	266
(3) Kernbereich privater Lebensgestaltung.....	268
(4) Zitiergebot.....	270
(5) Organisatorische und verfahrensrechtliche Grundrechtsicherungen	270
b) Verfahrensrechtliche Bestimmungen.....	271
aa) Anlass und Vorbereitung einer Überwachungsmaßnahme	271
bb) Unterrichtung der Staatsanwaltschaft	274
cc) Verpflichtungen der Anbieter von Telekommunikation und der Anbieter von Postdiensten.....	275
dd) Entscheidung des Bundesministeriums der Finanzen.....	276
ee) Anordnung der Überwachungsmaßnahme durch das zuständige Gericht (§ 23b Abs. 3).....	277
ff) Inhalt der richterlichen Anordnung	278
c) Durchführung der Überwachungsmaßnahmen	280
d) Verwendung der Daten zu eigenen Zwecken	281

aa) Verwendung der Daten zur Verhütung von (Straf-)Taten (§ 23c Abs. 2 Satz 1)	281
bb) Verwendung der Daten zur Verfolgung von Straftaten nach dem KWKG oder AWG (§ 23c Abs. 2 Satz 2).....	283
e) Prüfung und ggf. Löschung bzw. Sperrung der Daten (§ 23c Abs. 2 Satz 3 bis 7).....	283
f) Kennzeichnung der erhobenen Daten gemäß § 23c Abs. 3.....	284
g) Benachrichtigung der Betroffenen gemäß § 23c Abs. 4	284
h) Vergleich der im ZFdG getroffenen Ausnahmeregelung für die Benachrichtigung mit den Regelungen in der StPO und im BKAG	287
i) Zurückstellung oder endgültiges Unterbleiben der Benachrichtigung gemäß § 23c Abs. 5	288
j) Entscheidung über den Zeitpunkt der Benachrichtigung im Falle eines Strafverfahrens gemäß § 23c Abs. 6.....	289
k) Übermittlung der Daten an andere Stellen gemäß § 23d	290
aa) Andere Stellen.....	290
(1) Mit präventiven polizeilichen Aufgaben betraute Behörden	290
(2) Zuständige Behörden zur Verfolgung von Straftaten	290
(3) BAFA oder BMWi.....	291
(4) Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder sowie der Militärische Abschirmdienst	291
(5) Bundesnachrichtendienst.....	292
(6) Zolldienststellen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und andere ausländische öffentliche Stellen.....	293
bb) Weitere Voraussetzungen für die Übermittlung personenbezogener Daten (§ 23d Abs. 8)	293
cc) Pflichten des Empfängers von übermittelten personenbezogenen Daten (§ 23d Abs. 9)	293
dd) Verfassungsmäßigkeit der Übermittlungsvorschrift	294
l) Kontrolle der Überwachungsmaßnahmen.....	295
aa) Kontrollen vor Beginn einer Überwachungsmaßnahme	296
bb) Überprüfung der Rechtmäßigkeit der gerichtlichen Anordnung sowie der Art und Weise des Vollzugs.....	296
cc) Kontrolle des Gesetzesvollzugs durch ein BT-Gremium gemäß § 23c Abs. 8.....	297
dd) Evaluierungsbericht.....	299
ee) Kontrolle der Überwachungsmaßnahmen durch das Parlamentarische Kontrollgremium (PKGr)?.....	301

m) Sonstige Regelungen	302
aa) Erhebung von Verkehrsdaten	302
(1) Voraussetzungen für die Erhebung	303
(2) Personenkreis, gerichtliche Anordnung.....	303
(3) Verpflichteter	304
(4) Kennzeichnung, Benachrichtigung, gerichtliche Überprüfung, Berichterstattung, Datenübermittlung etc.....	304
(5) Vorratsspeicherung der Verkehrsdaten	304
bb) Entschädigung für Leistungen der Provider und Postanbieter	305
cc) Verschwiegenheitspflicht	307
dd) Strafvorschrift.....	307
ee) Bußgeldvorschrift.....	308
n) Weiterentwicklung der Telekommunikationsüberwachung.....	310
aa) Problem der Verschlüsselung der Daten.....	310
bb) Online-Durchsuchung und Quellen-Telekommunikationsüber- wachung (Quellen- TKÜ).....	311
(1) Online-Durchsuchung	311
(2) Quellen-TKÜ	312
cc) Urteil des BVerfG vom 27.2.2008.....	313
dd) Auswirkungen des Urteils auf die präventive TKÜ.....	315
IV. Sicherstellung zur Gefahrenabwehr – § 32b ZfDG.....	316
1. Entstehung der Vorschrift.....	316
2. Anwendung im Rahmen der präventiven Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung.....	317
3. Sicherstellung von für den Export vorgesehenen Gütern in anderen Fällen	318
4. Voraussetzungen.....	320
5. Art und Weise der Sicherstellung	321
6. Rechtsbehelf und Rechtsmittel	321
7. Verhältnis zu anderen Sicherstellungsvorschriften	322
V. Verhältnis der präventiven Maßnahmen zueinander	323
Teil 4: Zusammenfassung und Schlussbemerkung	325
I. Zusammenfassung	325

II. Schlussbemerkung.....	327
1. Bewährung der präventiven Maßnahmen	327
2. Ausblick.....	327
Anhang: Dokumentation auf CD-ROM.....	329
Verzeichnis der Dokumente.....	329

Literaturverzeichnis

- Anders, Volker*, ATLAS Ausfuhr/Online-Abschreibungen – Neue Rahmenbedingungen bei der Nutzung von Ausfuhrgenehmigungen im elektronischen Zollverfahren, AW-Prax 2009, 296 ff.
- Angersbach, Reimar*, Durchfuhrkontrolle – Neue Rechtsvorschriften zur Kontrolle der Durchfuhr in der EU, AW-Prax 2009, 289 ff.
- Baldus, Manfred*, Der Kernbereich privater Lebensgestaltung – absolut geschützt, aber abwägungssoffen, JZ 2008, 218 ff.
- Bieneck, Klaus (Hrsg.)*, Handbuch des Außenwirtschaftsrechts mit Kriegswaffenkontrollrecht, 2. Aufl., Köln, 2005
- Bieneck, Klaus*, Kriegswaffenkontrollstrafrecht weiterentwickelt, AW-Prax 2001, 349 ff.
- Bogdandy, Armin von*, Die außenwirtschaftsrechtliche Genehmigung: Rechtsnatur und Folgen, VerwArchiv 1992, 39 ff.
- Buermeyer, Ulf*, Die „Online-Durchsuchung“. Technischer Hintergrund des verdeckten hoheitlichen Zugriffs auf Computersysteme, HRRS 2007, 154 ff.
- Buermeyer, Ulf/Bäcker, Matthias*, Zur Rechtswidrigkeit der Quellen-Telekommunikationsüberwachung auf der Grundlage des § 100a StPO, HRRS 2009, 433 ff.
- Bundeskriminalamt (Hrsg.)*, Festschrift für Horst Herold zum 75. Geburtstag, Wiesbaden 1998
- Corcoran, Daniel D.*, The Practical Failure of German Export Control Law: A Lesson in Modern Trade, Fordham International Law Journal, 1992-1993, 199 ff.
- Dahlhoff, Günther*, Der neue § 34 AWG, NJW 1991, 208 ff.
- Denninger, Erhard*, Freiheit durch Sicherheit? Anmerkungen zum Terrorismusbekämpfungsgesetz, Das Parlament – Beilage „Aus Politik und Zeitgeschichte“, B 10 – 11/2002
- Ehlers, Dirk/Wolffgang, Hans-Michael (Hrsg.)*, Rechtsfragen der Exportkontrolle, Münster, Köln, 1999

- Ehlers, Dirk/Wolffgang, Hans-Michael/Lechleitner, Marc*, Risikomanagement in der Exportkontrolle, Heidelberg 2004
- Epping, Volker*, Die Novellierungen im Bereich des Rüstungsexportrechts, RIW 1991, 461 ff.
- Erbs, Georg/Kohlhaas, Max*, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand 168. EL, 2007
- Fehn, Bernd-Josef/Wamers, Paul*, Handkommentar Zollfahndungsdienstgesetz, Baden-Baden 2003
- Felixberger*, Staatliche Überwachung der Telekommunikation – Anwendungsbereich und Befugnispalette zum TKG, CR 1998, 143 ff.
- Friedrich, Klaus*, Der neue § 5c der Außenwirtschaftsverordnung, ZfZ 1991, 247 ff.
- Götz, Volkmar*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl., München 2008
- Graf, Jürgen-Peter (Hrsg.)*, Beck'scher Online Kommentar zur StPO, Edition 5, Stand: 1.10.2009
- Hantke, Wolfgang*, Reform des Außenwirtschaftsrechts und der Ausfuhrkontrollen, ZfZ 1990, 216 ff.
- Hantke, Wolfgang*, Die Verschärfung des Außenwirtschaftsrechts, NJW 1992, 2123 ff.
- Harnisch, Stefanie/Pohlmann, Martin*, Strafprozessuale Maßnahmen bei Mobilfunkendgeräten – Die Befugnisse zum Einsatz des sog. IMSI-Catchers, HRRS 2009, 202 ff.
- Hassemer, Winfried*, Sicherheit durch Strafrecht, HRRS 2006, 130 ff. (leicht gekürzter Eröffnungsvortrag auf dem 30. Strafverteidigertag am 24.3.2006 in Frankfurt a.M.)
- Heintschel-Heinegg, Bernd von/Stöckel, Heinz (Hrsg.)*, KMR. Kommentar zur Strafprozessordnung, Loseblattsammlung, 52. Ergänzungslieferung (Dezember 2008)
- Hocke, Ernst/Berwald, Siegfried/Maurer, Heinz Dieter/Friedrich, Klaus*, Außenwirtschaftsrecht – Gesetze, Verordnungen und Erlasse zum Außenwirtschaftsrecht mit Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: April 2009
- Höfer, Michael*, Ein Überblick: Chemische Kampfstoffe, Chemie in unserer Zeit, 2002, 148 ff.

- Hofmann, Manfred*, Die Online-Durchsuchung – staatliches „Hacken“ oder zulässige Ermittlungsmaßnahme?, NStZ 2005, 121, 123 ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, JZ 2008, 1009 ff.
- Hohmann, Harald/John, Klaus (Hrsg.)*, Ausfuhrrecht, Kommentar, München 2002
- Holthausen, Dieter, und Hucko, Elmar*, Das Kriegswaffenkontrollgesetz und das Außenwirtschaftsrecht in der Rechtsprechung – 2. Teil: Außenwirtschaftsrecht, NStZ-RR 1998, 225 ff.
- Holthausen, Dieter*, Zum Tatbestand des Förderns in den neuen Strafvorschriften des Kriegswaffenkontrollgesetzes (§§ 16 – 21 KWKG), NJW 1991, 203 ff.
- Holthausen, Dieter*, Zum Tatbestand des Entwickelns atomarer, biologischer und chemischer Waffen (§§ 18-20 KWKG), wistra 1998, 209 f.
- Holthausen, Dieter*, Nochmals: „Rose“-Urteil des LG Stuttgart, AW-Prax 1998, 97 ff.
- Huber, Berthold*, Effektiver Grundrechtsschutz mit Verfallsdatum, NJW 2005, 2260 ff.
- Hund, Horst*, Überwachungsstaat auf dem Vormarsch – Rechtsstaat auf dem Rückzug?, NJW 1992, 2118 ff.
- Huster, Stefan/Rudolph, Karsten (Hrsg.)*, Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, Frankfurt a.M., 2008
- Jahn, Matthias*, Strafprozessuale Eingriffsmaßnahmen im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG unter besonderer Berücksichtigung der in BVerfGK 1 – 5 veröffentlichten Entscheidungen, NStZ 2007, 255 ff.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 10. Aufl., München 2009
- Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, 6. Aufl., München 2008
- Knack, Hans Joachim (Hrsg.)*, VwVfG, 8. Aufl., 2004
- Korn, Jana*, Der strafprozessuale Zugriff auf Verkehrsdaten nach § 100g StPO, HRRS 2009, 112 ff.

- Kreuzer, Olaf*, Was haben die Richter falsch beurteilt? – Nichts, AW-Prax 1997, 349 f.
- Kreuzer, Olaf*, Lastwagen nach Nordkorea – Zur Geschichte einer Ausfuhrlistennummer, AW-Prax 1997, 199 f.
- Krüger, Ralf*, Das VerbrBekGes – Hilfe bei der Problembewältigung?, Kriminalistik, 1995, 41 ff.
- Lübbig, Thomas*, Die Verfolgung illegaler Exporte – Eine Untersuchung des repressiven Instrumentariums im US-amerikanischen Export Administration Act und im deutschen Außenwirtschaftsgesetz, Diss. Berlin 1996
- Lührs*, Eingeschränkte Beschlagnahmemöglichkeiten von Mailbox-Systemen aufgrund des Fernmeldegeheimnisses?, wistra 1995, 19 f.
- Mangoldt, Hermann von (Begr.)/Klein, Friedrich (Bearb.)/Starck, Christian (Hrsg.)*, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., München 2005
- Manssen, Gerrit*, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl., München 2005
- Meyer-Goßner, Lutz*, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 52. Aufl., München 2009
- Muhler, Manfred*, Was der Gesetzgeber leider nicht bedacht hat, ZRP 1998, 4 ff.
- Nöllenburg, Niklas*, Zollrechtliche Gefahrenabwehr und –vorsorge, Diss. Münster, 2007
- Oeter, Stefan*, Neue Wege der Exportkontrolle im Bereich der Rüstungsgüter, ZRP 1992, 49 ff.
- Papier, Hans-Jürgen*, Freiheit versus Sicherheit – Die schwierige Balance zwischen Freiheit und Sicherheit in Zeiten des Terrorismus, Vortrag am 10.12.2007 – www.merkur.de/fileadmin/pdf/2007_1210_papier_vortrag.pdf
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael*, Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 5. Aufl., München 2008
- Pietsch, Georg*, Das Frühwarnsystem, AW-Prax 1998, 345 ff.
- Pietsch, Dietmar*, Das Verbot der „Entwicklung“ von chemischen Waffen (§§ 18 Nr. 1, 20 I Nr. 1 und 2 KWKG) – Anm. zu OLG Düsseldorf, Beschluss v. 23.2.2000 – 2 Ws 16/00, NStZ 2000, 378 f. –, NStZ 2001, 234 f.
- Pitschas, Rainer*, Polizeirecht im kooperativen Staat, DÖV 2002, 221 ff.

- Portatius, Alexander von*, Die novellierte Dual-use-Verordnung (EG) Nr. 428/2009, AW-Prax 2009, 283 f.
- Poscher, Ralf*, Menschenwürde und Kernbereichsschutz – Von den Gefahren einer Verräumlichung des Grundrechtsdenkens, JZ 2009, 270 ff.
- Pottmeyer, Klaus*, Kriegswaffenkontrollgesetz (KWKG), 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1994
- Pottmeyer, Klaus*, Novellierung im Außenwirtschaftsrecht, DWiR 1992, 133 ff.
- Pottmeyer, Klaus*, Strafen nach AWG/KWKG reformbedürftig, AW-Prax 1999, 45 ff.
- Puschke, Jens*, Telekommunikationsüberwachung, Vorratsdatenspeicherung und (sonstige) heimliche Ermittlungsmaßnahmen der StPO nach der Neuregelung zum 1.1.2008, NJW 2008, 113 ff.
- Ricke, Klaus-Peter*, Aktueller Stand der Novellierung des Außenwirtschaftsrechts – voraussichtliche Auswirkungen auf die Verfolgung von Außenwirtschaftszu widerhandlungen, ZfZ 1990, 278 ff.
- Ricke, Klaus-Peter*, „Gesetz zur Verbesserung der Überwachung des Außenwirtschaftsverkehrs und zum Verbot von Atomwaffen, biologischen und chemischen Waffen“ in Kraft getreten, ZfZ 1991, 27 f.
- Ricke, Klaus-Peter*, Das neue Recht zur präventiven Telekommunikations- und Postüberwachung, AW-Prax 2005, 457 ff.
- Ricke, Klaus-Peter*, Novellierung des Zollfahndungsdienstgesetzes (ZFdG) – Die außenwirtschaftsrechtlichen Aspekte, AW-Prax 2007, 288 ff.
- Ricke, Klaus-Peter*, Proliferation Security Initiative (PSI), AW-Prax 2004, 269 ff.
- Roggan, Fredrik (Hrsg.)*, Online-Durchsuchungen – rechtliche und tatsächliche Konsequenzen des BVerfG-Urteils vom 27.2.2008, Berlin 2008
- Roggan, Fredrik*, Die Novelle des Zollfahndungsdienstgesetzes – Legislative Probleme mit dem Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, NVwZ 2007, 1238 ff.
- Safferling, Christoph*, Die Gefährdung der „auswärtigen Beziehungen“ der Bundesrepublik Deutschland als strafwürdiges Verhalten im Außenwirtschaftsverkehr – Zum Beschluss des BGH vom 13.1.2009 – AK 20/08 = BGHSt 53, 128 = NStZ 2009, 335

- Schaar, Peter (Hrsg.)*, Folgerungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung: Staatliche Eingriffsbefugnisse auf dem Prüfstand?, Tagungsband zum Symposium des Bundesbeauftragten für den Datenschutz am 8.11.2004 in Berlin
- Schaller, Christian*, Die Unterbindung des Seetransports von Massenvernichtungswaffen, SWP-Studie, Berlin, Mai 2004
- Schenke, Wolf-Rüdiger*, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2007
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Hopfau, Axel (Hrsg.)*, GG – Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl., 2008
- SIPRI Yearbook 2005: Armaments, Disarmament and International Security*, Oxford University Press, 2005
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael (Hrsg.)*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl., 2001
- Tiedemann, Paul*, Vom inflationären Gebrauch der Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2009, 606 ff.
- Timmerman, Kenneth R.*, The Death Lobby – How the West armed Iraq, New York 1991
- Wabnitz, Heinz-Bernd/Janovsky, Thomas (Hrsg.)*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl., 2007
- Wamers, Paul*, Das Zollfahndungsdienstgesetz (ZFdG), ZfZ 2003, 259 ff.
- Wamers, Paul*, Neuerungen im Zollfahndungsdienstgesetz, bdz-Magazin 3 und 4/2008, Fachteil S. 9 ff. bzw. 23 ff.
- Wamers, Paul/Fehn, Bernd Josef (Hrsg.)*, Handbuch Zollfahndung, Köln 2006
- Wamers, Paul*, Marktbeobachtung – Eine Aufgabe des Zollfahndungsdienstes, Schriftenreihe des ZKA, Band 2, Köln 1995
- Werner, Walter*, Die neuen internationalen Grundlagen der Exportkontrolle, RIW 1998, 718 ff.
- Wetter, Anna*, Enforcing European Union Law on Exports of Dual-use Goods, SIPRI Research Report No. 24, Oxford University Press 2009
- Wimmer, Raimund*, Entschädigungsansprüche aus dem Irak-Embargo gegen die Bundesrepublik Deutschland, BB 1990, 1986 ff.
- Wöbker, Reinhard*, Der Zollfahndungsdienst, Diss. Universität Köln, 1953

Wolffgang, Hans-Michael, Reform und Perspektive der außenwirtschaftsrechtlichen Exportkontrollen, IWB 1992, 865 ff.

Wolffgang, Hans-Michael/Simonsen, Olaf (Hrsg.), AWR-Kommentar, Stand: 21. EL, 2009

Abkürzungsverzeichnis

AA	Auswärtiges Amt
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABC-Waffen	atomare, biologische, chemische Waffen
ABl. EG	Amtsblatt der EG
Abs.	Absatz
AES	Automated Export System
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AG	Australische Gruppe
AL	Ausfuhrliste
Alt.	Alternative
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
AM	Außenminister
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
ASOG Bln	Allgemeines Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin
ATLAS	Automatisiertes Tarif- und Lokales Zollabwicklungssystem
Aufl.	Auflage
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
AW-Prax	Außenwirtschaftliche Praxis (Jahr/Seite)
AWR	Außenwirtschaftsrecht

AWV	Außenwirtschaftsverordnung
BAFA	Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (von 1992 bis 2000 Bundesausfuhramt)
BAnz.	Bundesanzeiger
BAW	Bundesamt für Wirtschaft (bis 2000)
BayPAG	Bayerisches Polizeiaufgabengesetz
BayVSG	Bayerisches Verfassungsschutzgesetz
BB	Betriebs-Berater (Jahr/Seite)
BbgPolG	Gesetz über die Aufgaben, Befugnisse, Organisation und Zuständigkeit der Polizei im Land Brandenburg
BdF	Bundesminister der Finanzen
BDZ-Magazin	Magazin des Bundes der Deutschen Zollbeamten (Jahr/Seite)
BeckRS	Beck Rechtsprechung (online-Datenbank des Beck Verlages)
BfD	Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
BfV	Bundesamt für Verfassungsschutz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Teil I (Jahr/Seite)
BGBI. II	Bundesgesetzblatt Teil II (Jahr/Seite)
BGH	Bundesgerichtshof
BGS	Bundesgrenzschutz
BKA	Bundeskriminalamt
BKAG	Bundeskriminalamtgesetz
BM	Bundesminister
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMI	Bundesministerium des Inneren
BMVg	Bundesministerium der Verteidigung

BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
BND	Bundesnachrichtendienst
BPolG	Gesetz über die Bundespolizei
BP Zoll	Betriebsprüfung Zoll
BremPolG	Bremisches Polizeigesetz
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BReg	Bundesregierung
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
Buchst.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des BVerfG (Band/Seite)
BVerfSchG	Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz (Bundesverfassungsschutzgesetz – BVerfSchG)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des BVerwG (Band, Seite)
B-Waffen	biologische Waffen
BW-Konvention	Konvention über das Verbot der Entwicklung, Herstellung und Lagerung bakteriologischer (biologischer) Waffen und Toxinwaffen sowie über die Vernichtung solcher Waffen
BZBl.	Bundeszollblatt
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CIA	Central Intelligence Agency
CoCom	Coordinating Committee for Multilateral Export Controls oder Coordinating Committee for East-West Trade Policy
CR	COMPUTER UND RECHT (Jahr/Seite)
C-Waffen	chemische Waffen

CWÜ	Übereinkommen über das Verbot der Entwicklung, Produktion, Lagerung und des Einsatzes chemischer Waffen und über die Vernichtung solcher Waffen
DA	Dienstanweisung
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DM	Deutsche Mark
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Jahr/Seite)
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Jahr/Seite)
DVA	Datenverarbeitungsanlage
DWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzrecht (Jahr/Seite)
ECS	Export Control System
EDV	elektronische Datenverarbeitung
EG	Europäische Gemeinschaften
EG-Dual-use-VO	Verordnung (EG) Nr. 1334/2000 des Rates über eine Gemeinschaftsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr von Gütern und Technologien mit doppeltem Verwendungszweck
EL	Ergänzungslieferung
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
evtl.	eventuell
f.	folgende Seite
Fa.	Firma
FAG	Gesetz über Fernmeldeanlagen
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	folgende Seiten
FVG	Finanzverwaltungsgesetz

G-10	Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Gesetz zu Art. 10 GG – G 10)
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
GBA	Generalbundesanwalt
GBI.	Gesetzblatt
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GMBL	Gemeinsames Ministerialblatt (amtliches Bekanntmachungsblatt der Bundesregierung und der Bundesministerien) Jahr/Seite
GStA	Generalstaatsanwalt/Generalstaatsanwaltschaft
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h.M.	herrschende Meinung
HRRS	Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (Jahr/Seite)
Hrsg.	Herausgeber
HSOG	Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
HZA	Hauptzollamt
IAEA	International Atomic Energy Agency
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	i.d.R.
IMEI	International Mobile Equipment Identity
IMK	Innenminister-Konferenz
IMSI	International Mobile Subscriber Identity
i.S.d.	im Sinne des (der)
i.V.m.	in Verbindung mit

JZ	JuristenZeitung
KG	Kammergericht
KOBRA	Kontrolle bei der Ausfuhr
KStA	Kölner Stadt-Anzeiger
KWKG	Kriegswaffenkontrollgesetz
KWL	Kriegswaffenliste (Anlage zum KWKG)
LG	Landgericht
Ltd.	Limited
LVwG	Landesverwaltungsgesetz
MAD	Militärischer Abschirmdienst
m.E.	meines Erachtens
MEPolG	Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder
Mio.	Millionen
MTCR	Missile Technology Control
Regime	
MMS	Multimedia Messaging Service
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NATO	North Atlantic Treaty Organisation
Nds. GVBl.	Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt
Nds. SOG	Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr/Seite)
Nr.	Nummer
NSG	Nuclear Suppliers Group
NStZ	Neue Strafrechtszeitung

NStZ-RR	Neue Strafrechtszeitung – Rechtsprechungsreport
NTPG	Gesetz über die Neuregelung der präventive Telekommunikations- und Postüberwachung durch das Zollkriminalamt
NVV	(nuklearer) Nichtverbreitungsvertrag = Atomwaffensperrvertrag
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OFD	Oberfinanzdirektion
OLG	Oberlandesgericht
OStA	Oberstaatsanwalt
PAG	Polizeiaufgabengesetz
PKGr	Parlamentarisches Kontrollgremium
Pol NRW	Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
Pr OVG	preußisches Oberverwaltungsgericht
Pr PVG	preußisches Polizeiverwaltungsgesetz
PrüfungsDA-AWiMO	Dienstanweisung des BMF über Prüfungen, Auskünfte und Vorlage geschäftlicher Unterlagen im Verkehr mit Marktordnungswaren und im Außenwirtschaftsverkehr
PSI	Proliferation Security Initiative
RAO	Reichsabgabenordnung
RFM	Reichsminister der Finanzen
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RiStBV	Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Jahr/Seite)
Rdn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Seite
SächsPolG	Polizeigesetz des Freistaats Sachsen

SDÜ	Schengener Durchführungsübereinkommen
SMS	Short Message Service
sog.	sogenannte(r), s
SOG LSA	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt
SOG M-V	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern
SPol	Saarländisches Polizeigesetz
S/RES/...	Resolution des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen – Nr. und Jahr
SRÜ	Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen
StA	Staatsanwalt/Staatsanwaltschaft
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
str.	streitig
SZ	Süddeutsche Zeitung
ThürPAG	Thüringer Polizeiaufgabengesetz
TKÜ	Telekommunikationsüberwachung
TKÜV	Telekommunikations-Überwachungsverordnung
TKG	Telekommunikationsgesetz
u.a.	unter anderem/ und andere
UN	United Nations = Vereinte Nationen (VN)
UNSCOM	United Nations Special Commission
USA	United States of America
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
u.v.m.	und vieles mehr
VG	Verwaltungsgericht

VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VN	Vereinte Nationen = United Nations (UN)
VoIP	Voice over IP (Internettelephonie)
VS	Verschlusssache
VSF	Vorschriftensammlung Bundesfinanzverwaltung
VSG NRW	Verfassungsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WA	Wassenaar Arrangement
Wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Jahr/Seite)
WJC	World Jewish Congress (Jüdischer Weltkongress)
WWW	World Wide Web
z.B.	zum Beispiel
ZFA	Zollfahndungsamt
ZFdG	Zollfahndungsdienstgesetz
ZFnrG	Zollfahndungsneuregelungsgesetz
ZfZ	Zeitschrift für Zölle und Verbrauchsteuern (Jahr/Seite)
Ziff.	Ziffer
ZKA	Zollkriminalamt (ab 1992, vorher ZKI)
ZKI	Zollkriminalinstitut (von 1952 bis 1992, danach ZKA)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Jahr/Seite)

Teil 1: Der Fall „Rabta/Libyen“ – Wende im deutschen Exportkontrollrecht

Wer sich mit dem deutschen Außenwirtschaftsrecht nach dem 2. Weltkrieg beschäftigt, kommt an einem einschneidenden Ereignis nicht vorbei: der Errichtung einer kompletten Fabrik zur Herstellung von Giftgas in Rabta/Libyen²³ durch den deutschen Industriellen Dr. Jürgen Hippenstiel-Imhausen und seine Firma im süddeutschen Lahr. Die sog. Rabta-Affäre führte zu einem immensen Schaden für das Ansehen der Bundesrepublik Deutschland und die deutsche Wirtschaft. Dieses Ereignis markiert aber zugleich eine Wende in der deutschen Exportkontrollpolitik, im Außenwirtschaftsrecht und in der Zusammenarbeit der mit der Exportkontrolle befassten deutschen Behörden.

I. Der Fall Rabta/Libyen

Im Frühjahr 1984 besuchte Dr. Barbouti, ein Geschäftsmann arabischer Herkunft mit Wohnsitz in Großbritannien, die Firma Imhausen Chemie in

23 Der Fall Rabta/Libyen stellt dar, wie ein deutscher Unternehmer – Dr. Jürgen Hippenstiel-Imhausen – als Generalunternehmer den Bau einer Giftgasfabrik in Rabta/Libyen geplant und errichtet hat. Dr. Hippenstiel-Imhausen wurde vom LG Mannheim wegen Verstoßes gegen § 34 Abs. 1 Nr. 1 AWG a.F. und wegen Steuerhinterziehung verurteilt. Dr. Hippenstiel-Imhausen und Dr. Barbouti werden als Personen der Zeitgeschichte namentlich genannt. Eine – wenn auch nur kurze – Darstellung der Geschehnisse um Rabta kann auch dem Urteil des LG Stuttgart vom 30.3.1995 – 8 KLS 100/93 entnommen werden, in dem es um den verbotenen Kauf einer Steuerungsanlage für chemische Prozesse für die Giftgasanlage in Rabta/Libyen durch den deutschen Staatsbürger Joachim R. ging (erstes Urteil gegen R.) und dem Urteil des LG Stuttgart vom 1.10.1996 – 8 KLS 47/96 (zweites Urteil gegen R.), in dem es um die Lieferung einer Gaswaschanlage aus Indien für die Giftgasanlage in Rabta/Libyen ging, da die Geschehnisse um die Lieferung der Steuerungsanlage bzw. der Gaswaschanlage im Zusammenhang mit dem Bau der Giftgasanlage in Rabta dargestellt werden. Das Urteil des LG Stuttgart vom 1.10.1996 ist in der ZfZ 1997, 135 ff. mit Anm. Ricke veröffentlicht.

Das Urteil in Sachen Imhausen-Hippenstiel sowie die weiteren genannten Urteile sind auch auf der dieser Dissertation beigelegten CD enthalten.

Das Stockholm International Peace Research Institut SIPRI verfasste mit der Vrije Universiteit Brussels (VUB) und dem International Relations and Security Network (ISN) im Rahmen des „Educational Module on Chemical & Biological Weapons Non Proliferation“ eine sog. „Case-study on Libya“, die den Fall Rabta im Gesamtzusammenhang mit libyschen Beschaffungsbemühungen darstellt – <http://poli.vub.ac.be/cbw>.

Lahr/Breisgau. Geschäftsführer der Firma war zu dieser Zeit Dr. Hippenstiel-Imhausen. Dr. Barbouti interessierte sich für die Lieferung einer sogenannten „Mehrzweckanlage“, wie sie bei der Firma Imhausen Chemie betrieben wurde. Eine Mehrzweckanlage ist eine Chemieanlage, die nach ihrer Konzeption für die Produktion einer Vielzahl verschiedener Stoffe geeignet ist. Bei einem weiteren Besuch etwa Juni 1984 äußerte er gegenüber Dr. Hippenstiel-Imhausen, er habe einen Kunden, der Pharmawirkstoffe, evtl. auch Pflanzenschutzmittel herstellen wolle.

Im Juli 1984 kamen Dr. Hippenstiel-Imhausen und Dr. Barbouti zu konkreten Vertragsverhandlungen zusammen. Sie einigten sich über die von der Firma Imhausen Chemie zu erbringenden Leistungen und die Lieferausschlüsse für das Projekt mit der Bezeichnung „Pharma 150“ – angelehnt an die vorgesehene Kesselkapazität. Bei den Lieferausschlüssen – Leistungen, die dem Besteller obliegen sollten – handelte es sich im Wesentlichen um die Erstellung der baulichen Anlagen, die neben der Errichtung der Gebäude auch die sogenannte Montage umfasste, d.h. die Ausstattung der Gebäude mit den die Produktionsanlage selbst nicht betreffenden Einrichtungen (z.B. elektrische Anlagen, Klimatechnik, Wasseraufbereitung u.ä. mehr). Die Firma Imhausen Chemie sollte die gesamte Produktionsanlage planen und liefern.

Spätestens Anfang August 1984 war Dr. Hippenstiel-Imhausen der tatsächliche Hintergrund des Vorhabens bekannt: Er wusste, dass der Besteller, für den Dr. Barbouti handelte, der libysche Staat war, dass Standort der Anlage Rabta/Libyen sein sollte und dass keine vielseitig verwendbare Mehrzweckchemieanlage zur Herstellung pharmazeutischer oder anderer ziviler Produkte, sondern eine Anlage zur ausschließlichen Herstellung chemischer Kampfstoffe, nämlich Lost, Sarin und Soman geliefert werden sollte. Die Anlage zur Herstellung chemischer Kampfstoffe sollte als Teil eines von Libyen geplanten großen Industriekomplexes, des sog. Technology Center, entstehen.

Ihm war auch bewusst, dass er für die zahlreichen Ausfuhren, die für die Verwirklichung des Projekts aus der Bundesrepublik Deutschland erfolgen würden, keine Genehmigung der zuständigen Verwaltungsbehörde – des damaligen Bundesamtes für Wirtschaft – würde bekommen können, denn er hatte sich von einem seiner Mitarbeiter über die sich in diesem Zusammenhang ergebenden außenwirtschaftsrechtlichen Fragen informieren lassen.

Er rechnete auch damit, dass sich die Bundesrepublik Deutschland bei Bekanntwerden seines Vorhabens bzw. dessen Realisierung nachhaltigen negativen Reaktionen befreundeter Nationen ausgesetzt sehen würde. Dennoch verfolgte er sein Vorhaben in Kenntnis des vorgesehenen Einsatzes chemischer

Kampfstoffe als Mittel zur massenweisen Vernichtung von Menschen weiter. Bestimmen ließ er sich dabei von der Erwartung erheblichen Gewinns für die Firma Imhausen Chemie und für sich selbst: Aus dem unter Berücksichtigung der Abrede über die Erstellung der Gebäude mit Dr. Barbouti verbleibenden Volumen des Auftrags über die Herstellung der Produktionsanlage in Höhe von DM 185 Mio. versprach er sich eine Bruttomarge von 20 bis 25%.

1. Die Verträge

Am 29.9.1984 schlossen Dr. Barbouti und Dr. Hippenstiel-Imhausen in Wien den endgültigen Vertrag. Als Partner des Vertrages waren aufgeführt:

Dr. Ishan Barbouti, 145 Tower Road, Selima,
P.O.Box 77, La Valetta, MALTA

– als „Buyer“ bezeichnet –

und

IMHAUSEN-CHEMIE GmbH

– als „Seller“ bezeichnet.

Zur Verschleierung des tatsächlichen Bestimmungszwecks war als wesentlicher Vertragsgegenstand die Erstellung einer Anlage zur Herstellung von ca. 50 verschiedenen pharmazeutischen Produkten genannt. Das Gesamtvolumen des Vertrages belief sich auf DM 255,871 Mio. In einer schriftlichen Nebenabrede zu diesem Vertrag stellte Dr. Barbouti die Firma Imhausen Chemie von der Leistung der Gebäudeerstellung und der Montage frei und versprach, dies selbst zu übernehmen.

Entscheidende Voraussetzung für eine ungehinderte Erstellung der Anlage in Libyen war die Geheimhaltung dieses Vorhabens. Die Firma Imhausen Chemie war bei der Verwirklichung des Vorhabens auf die Zusammenarbeit mit den verschiedensten Industriezweigen angewiesen; Subunternehmer waren einzuschalten und zahlreiche neue Geschäftsverbindungen mit Zulieferern im In- und Ausland einzugehen. Darüber hinaus war ein umfangreicher Zahlungsverkehr abzuwickeln. Diese, eine umfassende Geheimhaltung unmöglich machenden Umstände hätten zu einem ständigen Erklärungsbedarf, auch gegenüber Behörden, geführt, dem Dr. Hippenstiel-Imhausen nicht hätte nachkommen können. Er suchte deshalb nach einer Möglichkeit, das Libyen-Projekt hinter einem anderen, unverdächtigen Vorhaben zu „verstecken“.

Zu diesem Zweck beschloss man, in Hongkong eine chemisch-pharmazeutische Mehrzweckanlage zu errichten. Unter Mitwirkung eines Dr. Hippenstiel-Imhausen bekannten chinesischen Geschäftsmannes wurde ein Firmenmantel – Pen-Tsao-Company Ltd. mit Sitz in Hongkong (nachfolgend: Pen-Tsao) – erworben, unter der das künftige Unternehmen mit der genauen Bezeichnung „Pen-Tsao-Materia-Medica-Center-Limited“ betrieben werden sollte.

Nachdem diese gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen geschaffen worden waren, kam es zur Erstellung eines umfangreichen Vertragswerks zwischen:

Pen-Tsao-Materia-Medica-Center-Limited

und

Imhausen-Chemie-GmbH.

Als Vertragsgegenstand war die Veräußerung von „Know-How, Planung, Konstruktionsunterlagen und technische Dokumentation für eine pharmazeutische Anlage mit einer Kapazität von etwa 150 metrischen Tonnen pro Jahr ...“ angegeben. In einem Anhang sind Medikamente aufgeführt, die mit dieser Anlage produziert werden sollten.

Als Preis für die Firma Imhausen Chemie waren DM 32,4 Mio. vereinbart. Alle Leistungen zur Erstellung der Anlage, insbesondere Bauausführung, komplette Lieferung von Geräten und Material, Montage, Bereitstellung von Personal u.v.m. waren nach diesem Vertrag Sache des Käufers.

Sowohl das Libyen- als auch das Hongkong-Projekt trugen intern die einheitliche Bezeichnung „Pharma 150“. Lediglich wenigen Mitarbeitern war klar, dass sich dahinter zwei verschiedene Vorhaben verbargen. Da die Firma Imhausen Chemie die Detailplanung nicht leisten konnte, kam es zu einem entsprechenden Vertrag mit der Firma SIG, mit der man schon lange zusammengearbeitet hatte.

Die Firma Imhausen Chemie schloss mit der Firma SIG in Salzgitter am 6.12.1984 einen Vertrag, in dem sich die Firma SIG verpflichtete, die Detailplanung für die Planung vorzunehmen. Die Firma SIG wurde beauftragt, „Engineering-Dokumente, Pläne, Zeichnungen und bestellreife Spezifikationen auszuarbeiten, die Imhausen in die Lage versetzen, alle für die Realisierung des Projektes Pharma 150 notwendigen Ausrüstungen für Rohrleitungen, Elektrotechnik und den Bau anzufragen und zu bestellen ...“, dieses Planwerk zu dokumentieren und an die Firma Imhausen Chemie zu übergeben.

Eine wesentliche Vorgabe von Seiten der Firma Imhausen Chemie war die Erstellung der Rohrleitungs- und Instrumentenschemata. In ihnen ist insoweit ein maßgeblicher Teil jeder Chemieanlage dargestellt, als dort der Verlauf der

Rohrleitungen als Verbindungen zwischen den verschiedenen Behältern (Reaktoren, Kessel u.ä.) wiedergegeben wird. Gezeichnet wurden diese Schemata in monatelanger Arbeit von Mitarbeitern der Firma Imhausen Chemie. Insbesondere auf diesen Schemata baute die Firma SIG die ihr obliegende Detailplanung des Rohrleitungsbereichs auf.

Mit einer Tochterfirma der Firma Imhausen Chemie – der Firma GfA in Bochum – schloss die Firma Imhausen Chemie am 17.12.1984 einen weiteren Vertrag, der die Lieferung der erforderlichen Mess- und Regeltechnik beinhaltete. Diese Technik hat im (Chemie-)Anlagenbau die Aufgabe, Daten innerhalb eines Produktionsablaufs als Voraussetzung für überwachende und regelnde Maßnahmen zu erheben. Soll beispielsweise eine Mischung von Stoffen auf eine bestimmte Gradzahl erhitzt werden, müssen entsprechende Temperaturanzeigen an bestimmten Messstellen vorhanden sein; die so gewonnenen Daten lassen nun Entscheidungen hinsichtlich des weiteren Produktionsablaufs zu, sei es von einer Person oder – bei einer automatisierten Anlage – von einem Steuergerät. Angesichts des vorgesehenen vollautomatisierten Produktionsablaufs in der Kampfstoffanlage war derartige Mess- und Regeltechnik in besonderem Maße erforderlich.

2. Erstellung des Gebäudekomplexes

Für Dr. Barbouti stellte sich die intern mit Dr. Hippenstiel-Imhausen verabredete Übernahme der Gebäudeerrichtung für die Kampfstoffanlage nur als Teilbereich seiner Gesamttätigkeit als Generalunternehmer für das Projekt „Technology Center“ dar.

Hierbei eingebunden war die im Jahre 1985 von Dr. Barbouti gegründete Firma IBI Engineering GmbH mit Sitz in Frankfurt a.M.. Entsprechend dem Gesellschaftszweck dieses Unternehmens – „insbesondere die Erbringung und Vermittlung von Ingenieurleistungen sowie die Vermittlung von Baumaschinen, Baumaterialien, technischen Verfahren ...“ – bestand der wesentliche Tätigkeitsbereich der Firma IBI in der Abwicklung umfangreicher, von Dr. Barbouti veranlasster Lieferaufträge für Baumaschinen und –materialien, die zur Errichtung der Gebäude des Technology Center benötigt wurden. Es handelte sich um einen Lieferumfang von über DM 100 Mio. In gleicher Weise setzte Dr. Barbouti die Firma IBI auch für die Errichtung der Bauten für die Kampfstoffanlage ein.

3. Transportleistungen

Eine wichtige Rolle für die Abwicklung der in diesem Zusammenhang erforderlichen Lieferungen spielte der belgische Staatsangehörige Joseph G., den Dr. Barbouti als Organisator anfallender Transporte bereits im Jahre 1984 gewonnen hatte. Die von G. in diesem Zusammenhang gegründeten Unternehmen – hierbei sind vor allem die Antwerpener Firma Cross-Link N.V. und J.G. Trading N.V. zu erwähnen – dienten ausschließlich dem Zweck, Speditionstätigkeit im Zusammenhang mit der Errichtung des Technology Center und in der Folge mit der Kampfstoffanlage auszuführen. Der Verbindung zu G., dessen Bekanntschaft ihm Dr. Barbouti 1985 vermittelt hatte, bediente sich Dr. Hippenstiel-Imhausen auch zur Abwicklung von für die Kampfstoffanlage selbst bestimmten Warenlieferungen.

4. Erwerb und Lieferung von Chemikalien

Die Kampfstoffanlage war für die industrielle Großproduktion der drei Giftgase vorgesehen. Voraussetzung hierfür war die Bereitstellung erheblicher Mengen der erforderlichen Grundchemikalien. Die Beschaffung dieser Chemikalien und die Lieferung nach Libyen veranlasste Dr. Hippenstiel-Imhausen aufgrund Vereinbarung mit Dr. Barbouti. Vollständig ausgeführt waren diese Lieferungen bereits im April 1986. Dr. Hippenstiel-Imhausen selbst wurde hierbei nur in geringem Umfang unmittelbar tätig. Er schaltete für die Chemikalienbeschaffung insbesondere einen leitenden kaufmännischen Angestellten der Firma Imhausen Chemie sowie den belgischen Spediteur J. G. ein.

G. organisierte vor allem die unmittelbar nach Libyen führenden Seetransporte. Auf Anweisung Dr. Hippenstiel-Imhausens erteilte er – überwiegend über die Firma Cross Link, gelegentlich über die Firma Trading – die Versandaufträge, aufgrund derer die Ladungen von verschiedenen Zwischenhäfen (Antwerpen, Zeebrügge, La Spezia, Marseille), zu denen sie vom Hersteller aus gelangt waren, auf dem Seeweg nach Tripoli gebracht wurden. Als Empfänger war in den Seefrachtpapieren immer das Technology Center bezeichnet. Unter anderem bei der Beschaffung des Thionylchlorids hatte G., der in diesem Fall über die Firma Trading als Besteller auftrat, allerdings auch unmittelbaren Kontakt zu dem Hersteller.

Auf diese Weise ließ Dr. Hippenstiel-Imhausen in der Zeit von September 1985 bis zum April 1986 in umfangreichem Maße Chemikalien nach Libyen bringen. Nur in wenigen Fällen, deren Mengen darüber hinaus auch noch gering waren, handelte es sich um „Allerweltschemikalien“, wie sie beim Betrieb einer jeden Chemieanlage Verwendung finden können. Die Auswahl der anderen Chemika-

lien war ausschließlich erfolgt im Hinblick auf ihre künftige Verwendung in der Kampfstoffanlage. Die Herstellung „ziviler“ – beispielsweise pharmazeutischer – Produkte aus diesen Ausgangsstoffen in ihrer konkreten Zusammensetzung ist nicht möglich.

5. Erstellung der Kampfstoffanlage

Mit der Fertigstellung der Planung der Anlage und der sukzessiv erfolgten Lieferung der notwendigen Ausrüstungsteile dorthin waren etwa ab Mitte 1987 die Voraussetzungen für die Erstellung der Kampfstoffanlage selbst geschaffen. Vor Ort waren auch sachkundige Mitarbeiter der Imhausen-Gruppe leitend tätig.

Mit den Vorbereitungsarbeiten und der Planung sowohl für das Libyen- als auch für das Hongkong-Projekt war gleichzeitig begonnen worden. Erst bei der Erstellung der Anlagen ergaben sich Verschiebungen. Nach anfänglichen Verzögerungen in Hongkong konnte dieses Projekt im September 1989 fertiggestellt werden. Demgegenüber standen bei der Kampfstoffanlage in Libyen am Jahresende 1988 noch ca. 10 bis 20% der Arbeiten aus; durch die Entdeckung des Vorhabens am Jahresende 1988 und die anschließenden strafrechtlichen Ermittlungen gegen Dr. Hippenstiel-Imhausen, gegen einige seiner leitenden Mitarbeiter und Verantwortliche anderer, von Hippenstiel-Imhausen eingeschalteten Firmen waren ihnen weitere Arbeiten zur Fertigstellung der Kampfstoffanlage unmöglich geworden.

6. Entdeckung

Zur Entdeckung²⁴ von Planung und Bau einer kompletten Kampfstoffanlage in Rabta/Libyen war es wie folgt gekommen:

Nachdem insbesondere der deutsche Bundesnachrichtendienst ab 1980 wiederholt allgemeine Informationen über den Bau einer Kampfstoffanlage in Libyen erhalten hatte, verdichteten sich die Hinweise im Jahre 1985 mit in der Folgezeit zunehmender Tendenz:

In einem Bericht der Deutschen Botschaft an das Auswärtige Amt vom 5.7.1985 war bereits die Firma Imhausen/Lahr (Inhaber Dr. Hippenstiel) genannt, die in Hongkong einen Vertrag zur Lieferung eines pharmazeutischen Projekts abgeschlossen habe. Wegen Sonderwünschen des Auftraggebers (Glas- statt Stahl-

24 Die Darstellung beruht auf der – wesentlich detaillierteren – Darstellung des zeitlichen Ablaufs der Ereignisse durch die BReg – BT-Drs. 11/3995 vom 15.2.1989 – dokumentiert auf beigefügter CD.

rohren, was auf die Produktion von Giftgas schließen lasse) – so der Hinweisgeber der Deutschen Botschaft – und Geheimhaltung des Standorts seien bei Fachleuten Zweifel aufgetaucht, ob es sich um ein Pharmaprojekt für Hongkong handele. Als tatsächliches Bestimmungsland sei Libyen genannt. Das vom AA eingeschaltete BMWi übersandte die Botschaftsmeldung dem damaligen Bundesamt für Wirtschaft (BAW) zur Prüfung, das dem BMWi berichtete, die Firma Imhausen Chemie habe keine Ausfuhrgenehmigungsanträge gestellt. Der vom AA ebenfalls eingeschaltete BND erklärte, dass zur Botschaftsmeldung keine Erkenntnisse vorlägen. Die Firma Imhausen sei zwar technisch in der Lage, auch Anlagen, wie sie zur Herstellung von Kampfstoffen benötigt würden, zu liefern; das könnte jedoch eine Vielzahl deutscher Anlagenbauer. Im Übrigen sei die Verwendung von Glasrohren kein Indiz für Kampfstoffproduktion.

Am 28.1.1986 meldete der BND, dass in Libyen eine Anlage zur Herstellung von Lost unter der Leitung eines Mitarbeiters eines namentlich nicht genannten deutschen Unternehmens errichtet worden sei, deren Standort sich vermutlich auf dem Gelände des Kernforschungszentrums Tajura befinde. Die Lieferung von Vorprodukten, die Libyen im Ausland beziehen müsse, würde über griechische, maltesische und britische Tarnfirmen abgewickelt.

Am 28.10.1986 wurde das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) von einem Partnerdienst unter Hinweis darauf, dass die in London ansässige Firma IBI mit Zweigniederlassung in Frankfurt a.M. neben anderen Projekten mit der Errichtung eines mikrobiologischen Forschungszentrums in Libyen beauftragt sei, um Erkenntnisse über die IBI-Niederlassung in Frankfurt gebeten. Das BfV bestätigte dem Partnerdienst die Existenz dieser Niederlassung und unterrichtete nach erneuter Anfrage und gleicher Sachbehandlung das Bundesministerium des Inneren unter dem Aspekt etwaiger künftiger staatsterroristischer Bezüge.

Der BND unterrichtete am 22.6.1987 verschiedene Ressorts über die Erkenntnis eines Partnerdienstes, dass bei Rabta eine Kampfstofffabrik vor der Fertigstellung stehe.

Das damalige Zollkriminalinstitut (ZKI) erhielt am 15.3.1988 einen Hinweis auf die Firma IBI in Frankfurt a.M., dass sie möglicherweise am sog. illegalen Technologietransfer beteiligt sei. Von einer Verwicklung der Firma in Ausfuhren nach Libyen und Geschäfte im Chemiebereich war allerdings nicht die Rede. Da der Hinweisgeber keine weiteren Angaben machen konnte, verfolgte das ZKI diesen Hinweis nicht weiter.

Am 18.5.1988 erhielt das Auswärtige Amt (AA) ein sog. non-paper der US-amerikanischen Botschaft, in dem die Besorgnis über die Beteiligung von deutschen Firmen – erwähnt wird u.a. die Firma Imhausen Chemie GmbH – an der

Lieferung von Teilen von Chemieanlagen für eine mögliche Chemiewaffenfabrik in Libyen zum Ausdruck gebracht wird. Aufgrund dieses non-papers wurde geprüft, ob bei der Firma Imhausen eine Außenwirtschaftsprüfung durchgeführt werden sollte. Nachdem der BND einen weiteren Hinweis eines befreundeten Dienstes auf die Beteiligung deutschen Firmen – genannt wurden die Firmen IBI, Pen Tsao und Imhausen – am Bau einer Giftgasfabrik erhalten hatte, kam es am 2.8.1988 zu einer Besprechung zwischen BND und ZKI. Man vereinbarte, von einer Außenwirtschaftsprüfung durch die Betriebsprüfung Zoll zunächst abzusehen, um weitere Informationen zu gewinnen, und dass das ZKI Vorermittlungen zu Imhausen aufnehmen sollte.

In der Folgezeit mehrten sich die Hinweise auf den Bau der Kampfstoffanlage unter Beteiligung deutscher Firmen; fast wöchentlich und in der Schlussphase fast täglich gingen entsprechende Meldungen insbesondere von US-amerikanischer Seite ein. In einem informellen Papier vom 21.9.1988 appellierte die US-Regierung, jedwede Unterstützung Libyens bei der Errichtung eigener Kapazitäten zur Herstellung von C-Waffen zu unterbinden. Am 20.10.1988 wurde der damalige Bundeskanzler Dr. Helmut Kohl erstmals über die libyschen Bemühungen zum Bau einer Kampfstoffanlage und die mögliche Verwicklung der Firma Imhausen unterrichtet.

Da nach Meinung des ZKI noch immer keine hinreichenden Anhaltspunkte für strafbare Verstöße gegen das AWG durch insbesondere Verantwortliche der Firma Imhausen vorlagen – man hatte bislang keine genehmigungspflichtigen und nicht genehmigten Ausfuhren feststellen können; auch Genehmigungsanträge waren nach Auskunft des BAW weder von der Firma Imhausen noch der Firma IBI gestellt worden – , entschlossen sich ZKI und BND, einen Informanten zu gewinnen, um mit dessen Hilfe die nötigen Anhaltspunkte für die Einleitung des formellen Strafverfahrens zu gewinnen; am 2.11.1988 nahm der BND Kontakt zu einer solchen Person auf, die am 11.11.1988 Unterlagen übergab, die der Prüfung der Authentizität des in Aussicht gestellten Materials diene.

Bei dem Besuch des damaligen Bundeskanzlers Dr. Kohl und des damaligen Bundesaußenministers Genscher in Washington unterrichtete der damalige Direktor des CIA über die Chemiewaffenanlage in Rabta und die Beteiligung deutscher Firmen, u.a. Firma Imhausen und Firma IBI. Bundeskanzler Dr. Kohl sagte sofortige Prüfung zu und kündigte Gesetzesänderungen, wenn notwendig, an.

Bei einer Besprechung am 23.11.1988 zwischen ZKI und BND teilte der BND mit, dass nunmehr ein Informant gewonnen worden sei, mit dessen Hilfe die noch fehlenden Tatsachen für die formelle Einleitung einer Strafverfahrens gewonnen werden könnten. Am 12.12.1988 trafen sich Ermittlungsbeamte des

ZKI mit dem Informanten, der einen Aktenordner mit Unterlagen übergab, unter denen sich u.a. ein Schreiben befand, aus dem sich Geschäftsbeziehungen zwischen der Firma Imhausen und der Firma IBI das Projekt Pharma 150 betreffend ergaben. Von der Einleitung strafrechtlicher Ermittlungen wurde aber immer noch abgesehen, da sich „keine Anhaltspunkte dafür (ergeben hätten), dass gegen das Außenwirtschaftsgesetz verstoßen wurde. Insbesondere (hätten sich) keine Warenlieferungen durch deutsche Firmen feststellen (lassen).“ Am 20.12.1988 erhielten Beamte des ZKI und des BND weitere umfangreiche Unterlagen, darunter erstmals Unterlagen über die Ausfuhr von – nicht genehmigungspflichtigen – Waren durch die Firma IBI.

Das Bundesministerium der Finanzen wies am 29.12.1988 die damalige Oberfinanzdirektion Freiburg an, bei der Firma Imhausen unverzüglich eine Außenwirtschaftsprüfung durchzuführen und zunächst festzustellen, ob die Firma Waren nach Libyen ausgeführt und dabei außenwirtschaftsrechtliche Bestimmungen verletzt hat. Am 5.1.1989 wurde ein erster Teil der Außenwirtschaftsprüfung mit dem Ergebnis abgeschlossen, dass die Firma Imhausen keine illegalen Ausfuhren für das Libyen-Projekt durchgeführt habe. Die Prüfung wurde auf weitere Ausfuhrgeschäfte und auf den Kapital- und Zahlungsverkehr ausgeweitet.

Inzwischen war die Rabta-Affäre auch öffentlich geworden. Die New York Times²⁵ hatte am 1.1.1989 detailliert über den Bau einer Giftgasfabrik unter maßgeblicher deutscher Beteiligung berichtet. In einem Essay vom 2.1.1989²⁶ mit dem Titel „The German Problem“ brandmarkte der äußerst einflussreiche konservative Publizist und langjährige Kolumnist der New York Times, William Safire, das kriminelle Verhalten deutscher Firmen und das zögerliche Verhalten der Bundesregierung und der deutschen Behörden. Die Giftgasfabrik in Rabta/Libyen bezeichnete er als „Auschwitz-in-the-sand“. Die deutschen Magazine „Stern“²⁷ und „Spiegel“²⁸ brachten in ihren Ausgaben am 12. bzw. 16.1.1989 detaillierte, umfassende Informationen über die Giftgasfabrik in Rabta/Libyen unter namentlicher Nennung der maßgeblichen deutschen Firmen und unter Ab-

25 Stephen Engelberg and Michael R. Gordon, Germans Accused of Helping Libya Build Nerve Gas Plant, The New York Times, 1.1.1989.

26 Essay: The German Problem, by William Safire, The New York Times, 2.1.1989 – siehe beigefügte CD – William Safire war ab 1968 Redenschreiber für Präsident Nixon und seinen Vizepräsidenten Spiro Agnew.

27 Stern-Titel, Ein Mordgeschäft – So waren Deutsche beim Bau des Chemiewerks in Libyen beteiligt, Stern vom 12.1.1989.

28 Spiegel-Titel, Giftgasfabrik: Die Beweise liegen vor, Spiegel vom 16.1.1989 (Heft 3) – siehe beigefügte CD.

druck von Dokumenten. Sämtliche deutsche Tageszeitungen berichteten umfassend auf ihren Titelseiten.

In den ersten Tagen des neuen Jahres erhielten die deutschen Behörden insbesondere von US-amerikanischer Seite und anlässlich eines Besuchs einer deutschen Delegation in Washington weitere Informationen über Rabta und die Beteiligung deutscher Firmen, die neben Imhausen namentlich genannt wurden. Dem ZKI wurden weitere umfangreiche Unterlagen insbesondere der Firma IBI zur Verfügung gestellt.

Am 13.1.1989 leitete die – örtlich zuständige – Staatsanwaltschaft Offenburg das förmliche Ermittlungsverfahren ein. Der zweite Teil der Außenwirtschaftsprüfung, der am 18.1.1989 abgeschlossen wurde, erbrachte zwar lediglich Informationen über die Anlage in Hongkong und keinerlei Hinweise auf Libyen. Eine erste Auswertung des dem ZKI zur Verfügung gestellten Materials durch den BND aber bestätigte Geschäftsbeziehungen zwischen der Firma Imhausen, IBI und einer Reihe anderer in- und ausländischer Firmen; aus den Frachtpapieren ergab sich Tripoli als Zielhafen, und aus der Bewertung der Baupläne ließ sich der Schluss ziehen, „dass es sich bei Pharma 150 um eine C-Waffenanlage handele“.

Wegen der Bedeutung des Strafverfahrens übernahm die Schwerpunktstaatsanwaltschaft Mannheim das Verfahren von der Staatsanwaltschaft Offenburg; aus Ermittlungsbeamten des ZKI, verschiedener Zollfahndungsämter und des BKA in Wiesbaden wurde die „Sonderkommission – SoKo – Rabta“ gebildet. Dr. Jürgen Hippenstiel-Imhausen wurde am 10.5.1989 verhaftet. Nach langwierigen Ermittlungen konnte die Staatsanwaltschaft Mannheim am 16.3.1990 Anklage erheben. Das LG Mannheim verurteilte Dr. Hippenstiel-Imhausen am 27.6.1990 wegen Verstoßes gegen § 34 Abs. 1 Nr. 1 AWG a.F. in Tateinheit mit Steuerhinterziehung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren. Weitere Strafverfahren gegen leitende Mitarbeiter der Firma Imhausen Chemie und gegen den Geschäftsführer der Firma SIG folgten²⁹.

29 Urteil des LG Mannheim vom 9.10.1991 – (21) 6 KLS 12/91; auf die Revision Urteil des BGH vom 20.8.1992 – 1 StR 229/92 – = ZfZ 1993, 24 ff. mit Anm. Ricke und wistra 1993, 24 ff.; Urteil des LG Mannheim vom 8.2.1993 – (23) 6 KLS 12/92; Urteil des LG Mannheim vom 6.10.1992 – (23) 6 KLS 5/92; Urteil des LG Mannheim vom 18.1.1993 – (23) 6 KLS 5/92 gegen den Geschäftsführer der Firma SIG.

II. Schaden für die Bundesrepublik Deutschland und die deutsche Wirtschaft

Durch den von der Firma Imhausen Chemie unter Leitung von Dr. Hippenstiel-Imhausen erfolgten Bau einer Giftgasfabrik in Libyen ist der Bundesrepublik Deutschland und der deutschen Wirtschaft ein immenser Schaden entstanden. Der Schaden liegt im enormen Ansehensverlust für die Bundesrepublik Deutschland und in einer äußerst negativen Einstellung des Auslands gegenüber deutsche Firmen, insbesondere bei einem der wichtigsten Handelspartner der Bundesrepublik Deutschland – den USA. Durch die Rabta-Affäre wurde das ohnehin schwierige Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zu Israel nachhaltig gestört; es kam weiterhin zu negativen Reaktionen in der gesamten jüdischen Weltgemeinschaft, die vor allem durch den Jüdischen Weltkongress (World Jewish Congress, WJC) repräsentiert wird. Der sog. Revolutionsführer Muhammad al Gaddafi hatte in der Vergangenheit wiederholt erklärt, dass er den jüdischen Staat auslöschen wolle. Und nun liefern ihm deutsche Firmen die Möglichkeit, erneut – wie schon im sog. Dritten Reich – Juden mit Giftgas umzubringen. Die Formulierung von Safire in der New York Times vom 2.1.1989 „Auschwitz in the Sand“ war in vielen Publikationen zu finden. In einem umfangreichen Bericht der Bundesregierung an den Deutschen Bundestag vom 15.2.1989³⁰ stellte die Bundesregierung – unter Offenlegung bisher amtlich geheimgehaltener Verschlusssachen – die Informationsentwicklung im Falle Rabta dar und rechtfertigte ihr Verhalten. Diese Dokumentation war am 17.2.1989 Gegenstand der Bundestagssitzung, in der der Fall äußerst streitig diskutiert wurde³¹.

Der durch den Bau der Giftgasfabrik eingetretene Schaden musste auch juristisch nachgewiesen werden: Die damaligen Fassung des § 34 AWG³² verlangte, dass durch die Handlung des Täters

- die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt sein musste,
- das friedliche Zusammenleben der Völker gestört oder
- die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich gestört sein mussten.

30 Bericht der Bundesregierung an den Deutschen Bundestag über eine mögliche Beteiligung deutscher Firmen an einer C-Waffen-Produktion in Libyen – BT-Drs. 11/3995 vom 15.2.1989 – dokumentiert auf beigefügter CD.

31 Protokoll der 126. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 17.2.1989 – Plenarprotokoll 11/126.

32 § 34 AWG in der Fassung des Dritten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes vom 29.3.1976 – BGBl. I., S. 869 ff. (872).

§ 34 AWG in seiner damaligen Fassung war – im Unterschied zu heute – ein Erfolgsdelikt.

Die Gefahr eines schädigenden Ereignisses – so die heutige Formulierung des § 34 AWG – reichte damals nicht aus. In seinem Urteil führte das LG Mannheim³³ dazu aus, dass die Aktivitäten Dr. Hippenstiel-Imhausens und der Imhausen-Gruppe bereits vor Einleitung strafrechtlicher Ermittlungen „Gegenstand nachdrücklicher Interventionen befreundeter Staaten bei der Bundesregierung (gewesen waren), der vorgeworfen wurde, die dem Aufbau der Anlage in Libyen dienenden Ausfuhren geduldet oder zumindest keine geeigneten Gegenmaßnahmen ergriffen zu haben“. Namentlich erwähnte das Gericht, dass das Auswärtige Amt am 18.5.1988 ein Papier der US-amerikanischen Botschaft erhielt, in dem die Besorgnis der amerikanischen Regierung über die Beteiligung deutscher Firmen an der Lieferung von Chemieanlagen nach Libyen zum Ausdruck gebracht wurde. Am 21.12.1988 übergab die britische Botschaft ein Papier, in dem die tiefe Besorgnis über die Anlage in Libyen ausgedrückt und die Bundesregierung gedrängt wurde, alles zu unternehmen, um Lieferungen und technische Beratung durch deutsche Firmen zu verhindern und so die Fertigstellung der Anlage zu unterbinden. Am 1.1.1989 wurde der deutsche Botschafter in das israelische Außenministerium einbestellt; der israelische Außenminister Arens äußerte nachdrücklich die große Besorgnis Israels über den Aufbau einer Giftgasproduktion in Libyen und die deutsche Beteiligung. Im Urteil wurde weiter ausgeführt, dass die Errichtung der Kampfstoffanlage unter Beteiligung der Imhausen-Gruppe die internationale Glaubwürdigkeit Deutschlands, das schon seit langem eine weltweite Abschaffung der chemischen Waffen anstrebe (gemeint waren die Verhandlungen zum Abschluss des Chemiewaffenübereinkommens), erschüttert habe. In der Folgezeit seien „umfangreiche Bemühungen der Bundesregierung erforderlich (gewesen), um den eingetretenen Belastungen der Beziehungen zu den genannten Staaten sowie anderen Mitgliedstaaten der Genfer Abrüstungskonferenz entgegenzuwirken.“³⁴

33 Urteil des LG Mannheim vom 27.6.1990 – (23) 6 KLS 17/90, S. 41/42 – Text auf der beigefügten CD.

34 a.a.O. S. 42.

III. Änderungen der Exportkontrollpolitik, des Rechts und der Institutionen

Die Rabta-Affäre führte zu einschneidenden rechtlichen und tatsächlichen Veränderungen³⁵.

1. Änderungen gesetzlicher Bestimmungen

Bundeskanzler Dr. Kohl hatte schon während seines Besuches in den USA am 15.11.1988 der US-amerikanischen Regierung zugesagt, Gesetzentwürfe zur Verschärfung des Außenwirtschaftsrechts einbringen zu wollen, sollte sich die Notwendigkeit anhand des Falles Imhausen erweisen³⁶. Am 16.3.1989 brachte

35 Wolfgang, Hans-Michael, Reform und Perspektive der außenwirtschaftsrechtlichen Exportkontrollen, IWB 1992, 865 ff.; Ricke, Klaus-Peter, Aktueller Stand der Novellierung des Außenwirtschaftsrechts – voraussichtliche Auswirkungen auf die Verfolgung von Außenwirtschaftszuwerhandlungen, ZfZ 1990, 278 ff.; Oeter, Stefan, Neue Wege der Exportkontrolle im Bereich der Rüstungsgüter, ZRP 1992, 49 ff.; Pottmeyer, Klaus, Novellierung im Außenwirtschaftsrecht, DWiR 1992, 133 ff.; Epping, Volker, Die Novellierungen im Bereich des Rüstungsexportrechts, RIW 1991, 461 ff.; Hantke, Wolfgang, Die Verschärfung des Außenwirtschaftsrechts, NJW 1992, 2123 ff.; skeptisch gegenüber den vorgenommenen bzw. beabsichtigten Änderungen Corcoran, Daniel D., The Practical Failure of German Export Control Law: A Lesson in Modern Trade, Fordham International Law Journal, 1992-1993, 199 ff. „The Federal Republic of Germany's („FRG“) bureaucratic system of export controls has been largely unsuccessful in preventing the transfer of dangerous technologies and goods to developing countries. The FRG attempted to reform its export controls only after extensive negative publicity and considerable pressure from the international community. To counter the continuing illegal and questionable transfers, the German parliament („Bundestag“) eventually responded with reform legislation. Each of these measures, however, has proven largely cosmetic, as sensitive materials have continued to cross FRG borders. The limited success in controlling exports is, in part, a result of an approach that is technologically and politically outdated and difficult in practise to enforce.“ (199-202). Dieses Urteil scheint mir jedoch verfrüht abgegeben worden zu sein. Die Arbeit basiert auf einem Recherchestand von 1991 und betrifft fast ausschließlich Fälle in den 80er Jahren. Die meisten gravierenden Änderungen des deutschen Exportkontrollrechts erfolgten später bzw. griffen erst später. Die wichtige EU-Dual-use-Verordnung, die insbesondere die Lücke für die nichtgelisteten Güter schloss, trat erst 1995 in Kraft.

36 Bericht der Bundesregierung an den Deutschen Bundestag über eine mögliche Beteiligung deutscher Firmen an einer C-Waffen-Produktion in Libyen – BT-Drs. 11/3995 vom 15.2.1989, S. 11 „15.11.1988 Der Bundeskanzler und BM Genscher erhalten beim Gespräch mit AM Shultz in Washington von CIA-Director Webster Hinweise auf eine Beteiligung deutscher Firmen, darunter Imhausen und IBI, an der möglichen Chemiewaffenanlage in Rabta. ...Der Bundeskanzler sagt sofortige und schnelle Prüfung zu und kündigt an, daß die gesetzlichen Bestimmungen, falls notwendig, verschärft werden.“

die Bundesregierung den „Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes“ ein³⁷, der im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens noch erheblich verschärft wurde. Aus dem bisherigen Erfolgsdelikt wurde ein Gefährdungsdelikt; die bisherige angedrohte Höchststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe wurde auf fünf Jahre für das Grunddelikt und für besonders schwere Fälle auf zunächst zehn Jahre angehoben³⁸. Mit dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Überwachung des Außenwirtschaftsverkehrs und zum Verbot von Atomwaffen, biologischen und chemischen Waffen vom 30.5.1989³⁹ wurde in das Kriegswaffenkontrollgesetz ein Dritter und Vierter Abschnitt eingefügt, die besondere Vorschriften für Atomwaffen und biologische und chemische Waffen enthalten. Der Fünfte Abschnitt wurde um entsprechende Straftatbestände, die Verbrechenscharakter haben und auch ein entsprechendes Verhalten Deutscher im Ausland erfassen (§ 21 KWKG), ergänzt. Das Gesetz trat am 11.11.1990 in Kraft⁴⁰.

Der Fall Imhausen hatte außerdem in aller Deutlichkeit gezeigt, dass auch das Genehmigungsrecht erhebliche Lücken aufwies. Durch die Dritte Verordnung zur Änderung der AWW⁴¹ wurden zumindest einige Lücken geschlossen. Danach war es mit Inkrafttreten der Verordnung – 1.4.1989 – „verboten, Waren oder Unterlagen zur Fertigung von Waren auszuführen, die im Zusammenhang mit der Errichtung oder dem Betrieb einer Anlage zur Herstellung von Kriegswaffen im Sinne der Kriegswaffenliste (Anlage zum Gesetz über die Kontrolle

37 Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes – BT-Drs. 11/4230 vom 16.3.1989.

38 Fünftes Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes vom 20.7.1990 – BGBl. I, S. 1457 ff. (1458/1459) vom 27.7.1990, am zehnten Tag nach Verkündung in Kraft getreten; Dahlhoff, Günther, Der neue § 34 AWG, NJW 1991, 208 ff.

39 BT-Drs. 11/4609.

40 „Gesetz zur Verbesserung der Überwachung des Außenwirtschaftsverkehrs und zum Verbot von Atomwaffen, biologischen und chemischen Waffen“ vom 5.11.1990 – BGBl. I, S. 2428 ff.; zu den Einzelheiten: Holthausen, Dieter, Zum Tatbestand des Förderns in den neuen Strafvorschriften des Kriegswaffenkontrollgesetzes (§§ 16-21 KWKG), NJW 1991, 203 ff.; ders., Zur Begriffsbestimmung der A-, B- und C-Waffen der Nrn. 2, 3 und 5 der Kriegswaffenliste des Kriegswaffenkontrollgesetzes, NJW 1992, 2114 ff.; Epping, Volker, Die Novellierungen im Bereich des Rüstungsexportrechts, RIW 1991, 461 ff.

Ricke, Klaus-Peter, Aktueller Stand der Novellierung des Außenwirtschaftsrechts – voraussichtliche Auswirkungen auf die Verfolgung von Außenwirtschaftszuwerhandlungen, ZfZ 1990, 278 ff.; Ricke, Klaus-Peter, „Gesetz zur Verbesserung der Überwachung des Außenwirtschaftsverkehrs und zum Verbot von Atomwaffen, biologischen und chemischen Waffen“ in Kraft getreten, ZfZ 1991, 27 f.

41 Dritte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 22.3.1989 – BGBl. I, S. 535.

von Kriegswaffen) in Libyen stehen.“⁴² Ebenso war es Gebietsansässigen verboten, Verträge mit Gebietsfremden abzuschließen oder zu erfüllen oder für Gebietsfremde Geschäfte zu besorgen, die mit einer derartigen Anlage in Libyen in Verbindung stehen⁴³. Über den entsprechend ergänzten § 70 AWW kam man bei Verstoß gegen eines dieser Verbote zum Bußgeldtatbestand des § 33 Abs. 1 AWW und bei Erfüllung eines der Gefährdungsmerkmale des mit Wirkung vom 6.8.1990 geänderten § 34 AWW zum Straftatbestand. Weitere wesentlich wichtigere Änderungen des Genehmigungsrechts, nämlich insbesondere die Einführung von sog. catch-all-Klauseln (Auffangklauseln)⁴⁴ erfolgten später auch unter dem Eindruck zahlreicher Strafverfahren wegen ungenehmigter Ausfuhren in den Irak zur Herstellung von Massenvernichtungswaffen. Die Bundesregierung erließ im Jahre 1990 Grundsätze zur Prüfung der Zuverlässigkeit von Exporteuren von Kriegswaffen und rüstungsrelevanten Gütern und führte den sog. Ausfuhrverantwortlichen ein⁴⁵.

2. Entstehung neuer Behörden zur Exportkontrolle

Der Fall Rabta hat neben gesetzlichen Defiziten auch gezeigt, dass die mit der Exportkontrolle befassten Dienststellen – hier sind vor allem das damalige Bundesamt für Wirtschaft (BAW) und das damalige Zollkriminalinstitut (ZKI) zu

42 In die AWW eingefügter § 5b.

43 In die AWW eingefügter § 45a.

44 § 5a und 5c AWW, eingefügt in die AWW durch die Vierzehnte Verordnung zur Änderung der AWW vom 11.3.1991, BAnz. S. 1725; § 5a aufgehoben durch die Sechsenddreißigste Verordnung zur Änderung der AWW vom 17.2.1995 – BAnz vom 3.6.1995; § 5c neugefasst durch die Einundfünfzigste Verordnung zur Änderung der AWW vom 13.9.2000 – BAnz S. 18577; § 5d AWW, eingefügt in die AWW durch die Zwanzigste Verordnung zur Änderung der AWW vom 6.4.1992 – BAnz. S. 2997, neugefasst durch die Einundfünfzigste Verordnung zur Änderung der AWW vom 13.9.2000 – BAnz. S. 18577; § 5e AWW, eingefügt in die AWW durch die Siebenundzwanzigste Verordnung zur Änderung der AWW vom 2.4.1993 – BAnz. S. 3425; Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 3381/94 des Rates über eine Gemeinschaftsregelung der Ausfuhrkontrolle von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck vom 19.12.1994 – ABl. EG Nr. L 367 vom 31.12.1994 (sog. EG-Dual-use-VO; danach: Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 1334/2000 des Rates vom 22.6.2000 über eine Gemeinschaftsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr von Gütern und Technologien mit doppeltem Verwendungszweck – ABl. EG Nr. L 159 vom 30.6.2000; jetzt: Verordnung (EG) Nr. 428/2009 des Rates vom 5.5.2009 – ABl. EG Nr. L 134/1 vom 29.5.2009; Friedrich, Klaus, Der neue § 5c der Außenwirtschaftsverordnung, ZfZ 1991, 247 ff.

45 Grundsätze der Bundesregierung zur Prüfung der Zuverlässigkeit von Exporteuren von Kriegswaffen und rüstungsrelevanten Gütern vom 29.11.1990 – BAnz. S. 6406, ergänzt am 30.1.1991 – BAnz. S. 545, neugefasst gemäß Beschluss der Bundesregierung vom 25.7.2001 – Bekanntmachung des BMWi vom 25.7.2001 – VB4 – 50 09 17.

nennen – nicht in der Lage waren, die Vorgänge rechtzeitig zu erkennen und damit zu verhindern. Beide Behörden waren personell für diese Aufgabe nicht gerüstet; es fehlte darüber hinaus an sächlicher Ausstattung, insbesondere an DV-Ausstattung.

Mit Gesetz über die Errichtung eines Bundesausfuhramtes vom 28.2.1992⁴⁶ und Ausgliederung der Abteilung VI des BAW, das als solches zunächst weiterbestand, wurde das Bundesausfuhramt (BAFA) gegründet. Das Zollkriminalamt (ZKA) entstand mit Gesetz zur Änderung des Finanzverwaltungsgesetzes und anderer Gesetze vom 7.7.1992⁴⁷ aus dem ZKI. Es erhielt neue, auf den erheblichen Personalzuwachs angepasste Dienstgebäude mit modernster DV-Ausstattung.

3. Verbesserung des Informationsaustausches zwischen den Ressorts und dem nachgeordneten Bereich

Wie der Bericht der Bundesregierung vom 15.2.1989 zur Informationsentwicklung im Fall Rabta deutlich gezeigt hat, hatte es erhebliche Informationsdefizite zwischen den Ressorts untereinander, zum nachgeordneten Bereich und zwischen den nachgeordneten Behörden gegeben. Dem sollte durch folgende Maßnahmen abgeholfen werden:

▪ Ressortkreis Außenwirtschaft/Ausfuhrkontrolle

Der Staatssekretärsausschuss für die Sicherheit und das geheime Nachrichtenwesen setzte für den Informationsaustausch über vermutete/tatsächliche Proliferationen im ABC-Waffen- und Trägertechnologiebereich sowie im Bereich der konventionellen Kriegswaffen einen „Ressortkreis Außenwirtschaft“ ein, dem unter dem Vorsitz des BMWi Bundeskanzleramt, Auswärtiges Amt, Bundesfinanzministerium, Bundesjustizministerium, Bundesinnenministerium und Bundesverteidigungsministerium als Kernressorts in Fragen der Exportkontrolle angehören; als nachgeordnete Behörden waren zunächst BAFA, BND und ZKA vertreten, später folgten BKA und BfV sowie die Bundesanwaltschaft. Dem Ressortkreis Außenwirtschaft, der einige Jahre später in „Ressortkreis Ausfuhrkontrolle“ umbenannt wurde, sind proliferationsbereichspezifische Arbeitskreise der nachgeordneten Behörden unterstellt⁴⁸.

46 BGBl. I, S. 372.

47 BGBl. I, S. 1222 ff.

48 Im Einzelnen siehe Ricke, Klaus-Peter in: Bieneck, Klaus (Hrsg.), Handbuch des Außenwirtschaftsrechts mit Kriegswaffenkontrollrecht, 2. Aufl., 2005, S. 508 ff.

▪ **Zugriff auf Genehmigungsdaten des BAFA**

Mit dem Sechsten Gesetz zur Änderung des AWG vom 20.7.1990⁴⁹ wurde § 45 in das AWG eingefügt. Danach kann das BAFA Informationen, die ihm bei der Erfüllung seiner Aufgaben nach dem AWG, nach dem KWKG oder nach Rechtsakten des Rates oder der Kommission der Europäischen Gemeinschaften bekannt geworden sind, an andere Behörden übermitteln. Dies gilt insbesondere für den BND (§ 45 Abs. 1 Satz 2 AWG). Das ZKA hat nach § 45 Abs. 3 bis 6 AWG in Einzelfällen den online-Zugriff auf bestimmte Genehmigungsdaten des BAFA⁵⁰.

▪ **Einführung eines DV-Systems zur Erfassung der Ausfuhrdaten (KOBRA)⁵¹**

Obwohl der Einsatz von Datenverarbeitung in den 80er Jahren in der deutschen Wirtschaft schon weit verbreitet war, verfügte die deutsche Zollverwaltung lediglich in Ansätzen über Datenverarbeitung, darüber hinaus ausschließlich im Rahmen der Einfuhrabfertigung. Erst die Affäre Rabta führte dazu, dass auch für die Erfassung der Ausfuhrdaten bei der Abfertigung der Waren zur Ausfuhr ein Datenverarbeitungssystem geschaffen und ab 1.4.1991 eingeführt wurde: KOBRA – Kontrolle bei der Ausfuhr. Von dem Zeitpunkt an mussten die Zollabfertigungsbeamten an den Ausfuhrzollstellen für eine beschränkte Anzahl von Waren – die sog. sensiblen Waren (§ 13 Abs. 6 AWV a.F.) – bei der Abfertigung zur Ausfuhr die ausfuhrrelevanten Ausfuhrdaten in dieses System eingeben: Name und Adresse des Ausführers, Name und Adresse des ausländischen Empfängers, handelsübliche Bezeichnung der abzufertigenden Ware, statistische Warennummer, Bestimmungsland⁵². Sobald diese Daten eingegeben waren, standen diese Daten dem ZKA für Recherchen zur Verfügung. Zugleich konnte das ZKA sog. Warnhinweise in das System eingeben, die die Zollabfertigungsbeamten zu einer intensiven Prüfung der abzufertigenden Ware veranlassen sollten. Trotz erheblicher Mängel dieses Systems – so war beispielsweise nicht

49 Sechstes Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes vom 20.7.1990 – BGBl. I, S. 1460 f. (1461).

50 Im Einzelnen siehe Ricke, Klaus-Peter in: Wolffgang, Hans-Michael/Simonsen, Olaf (Hrsg.), AWR-Kommentar, § 45 AWG

51 Zollamtliche Erfassung von Ausfuhrdaten – System KOBRA, ZfZ 1991, 156; Wolffgang, Hans-Michael, Reform und Perspektive der außenwirtschaftsrechtlichen Exportkontrollen, IWB 1992, 865 ff.

52 Zum in KOBRA zu erfassenden Warenkreis siehe im Einzelnen Weerth, Carsten in: Wolffgang, Hans-Michael/Simonsen, Olaf (Hrsg.), AWR-Kommentar, § 13 AWV Rdn. 12 ff.

feststellbar, ob und ggf. wann die Ware das Gebiet der EG verlassen hatte; aufgrund der zahlreichen Verfahrenserleichterungen erfolgte einer Dateneingabe oft erst nach der Ausfuhr – war der Nutzen für die Exportkontrolle dennoch erheblich. So fußte beispielsweise jede präventive Telekommunikations- und Postüberwachung des ZKA auf einer KOBRA-Recherche; auf diese Weise konnten insbesondere Hinweise verifiziert werden. Im Rahmen von sog. Auftragsrecherchen für den Betriebsprüfungsdienst Zoll erhielten die Prüfer für die Durchführung von Außenwirtschaftsprüfungen wichtige Unterlagen über das Ausfuhrverhalten der zu prüfenden Firma schon vor Beginn der Prüfung⁵³.

Im Rahmen des EDV-Projekts ECS/AES (Export Control System/Automated Export System) unter Leitung der Europäischen Kommission und unter Mitwirkung der EU-Mitgliedsstaaten nahm die deutsche Zollverwaltung die Arbeiten zur Umsetzung des zollrechtlichen Ausfuhrverfahrens auf. Zum 1.8.2006 ist für die Erfassung von Ausfuhrdaten das System ATLAS Ausfuhr⁵⁴ in Betrieb genommen worden, das zum 1.7.2009 verbindlich geworden ist und dann auch an die Stelle des DV-Systems KOBRA tritt⁵⁵.

IV. Strafverfahren wegen des ungenehmigten Exports von Gütern zur Herstellung von Massenvernichtungswaffen im Irak

Noch während die Strafverfahren gegen die Verantwortlichen der Firma Imhausen und anderer Firmen wegen des Baus einer Kampfstoffanlage in Rabta/Libyen liefen, kam es am 2.8.1990 zum Überfall des Iraks auf Kuwait mit der Folge des Irak-Embargos⁵⁶ und des sog. Zweiten Golfkriegs. Im Wesentlichen unbemerkt von der Öffentlichkeit hatte es bereits seit 1987 ein Ermittlungsverfahren des damaligen ZKI gegen Verantwortliche deutscher Firmen wegen Lieferung von Anlagen zur Herstellung von angeblichen Pestiziden, in Wahrheit aber von Giftgas gegeben. In der Folgezeit kam es zu zahlreichen Verfahren des deutschen Zollfahndungsdienstes (ZKI/ZKA und Zollfahndungsämter) wegen

53 DV-Verfahren KOBRA nach Einführung des Europäischen Binnenmarktes – BMF-Erlass vom 4.9.1992 – III B 4 – A 06 20 – 69/92 – VSF-Nachrichten N 50 m92 vom 14.9.1992

54 ATLAS = Automatisiertes Tarif- und Lokales Zollabwicklungssystem s. im Einzelnen www.zoll.de.

55 Neunundsiebzigste Verordnung zur Änderung der AWV – BT-Drs. 16/5328 – = BAnz. vom 24.4.2007, S. 4307; BMF-Erlass vom 22.11.2006 – III B 3 – A 02 01/06/0002

56 S/RES/661 (1990) vom 6.8.1990.

Exports von Gütern zur Herstellung von Uran und zur Herstellung weitreichender Raketen als Träger von Massenvernichtungswaffen (ABC-Waffen)⁵⁷. Auch hier sah sich die Bundesregierung einem erheblichen Druck durch ausländische Regierungen und durch die nationale und internationale Presse ausgesetzt.

Diese Ereignisse führten zu einer weiteren Verschärfung des Außenwirtschaftsrechts.

57 Bericht der Bundesregierung über legale und illegale Waffenexporte in den Irak und die Aufrüstung des Irak durch Firmen der Bundesrepublik Deutschland – BT-Drs. 12/487 vom 8.5.1991.

Teil 2: Gefahrenabwehr und -vorsorge im Allgemeinen

I. Die Begriffe „Prävention“ und „Gefahrenabwehr“

Das Wort „Prävention“ stammt vom Lateinischen „*praevenire*“ – „zuvoorkommen, verhüten, verhindern“ und wird heute in vielfältigem Zusammenhang gebraucht. Mit Maßnahmen der Prävention soll verhindert werden, dass ein – wie immer gearteter – Schaden eintritt. Die Prävention geht von dem grundsätzlich richtigen Gedanken aus, dass es i.d.R. besser ist, einen Schaden von vornherein zu vermeiden, als den eingetretenen Schaden zu beseitigen („Vorbeugen ist besser als heilen“). In sehr vielen Fällen lässt sich darüber hinaus ein eingetretener Schaden nicht mehr beseitigen. In Fällen, in denen eine Schadensbeseitigung z.B. durch Wiederherstellen des früheren Zustandes nicht machbar ist, ist ein Schadensersatz oder eine Schadensminderung möglich. Häufig zieht ein eingetretener Schaden Folgeschäden nach sich, die ggf. den primären Schaden bei weitem übertreffen können. Durch die technische Entwicklung der vergangenen hundert Jahre – man denke nur an den Straßen- oder Flugverkehr oder an die Entwicklung der Atomenergie (Schadensbeispiel: Tschernobyl) – können Schäden entstehen, die die finanziellen Möglichkeiten des für den Schadenseintritt ggf. verantwortlichen Einzelnen zum Schadensersatz bei weitem übersteigen, was insbesondere zur Entwicklung eines ganzen Wirtschaftszweiges – der Versicherungswirtschaft – geführt hat. Vorsorge kann und muss aber nicht nur der Einzelne, sondern auch der Staat treffen. In den vergangenen Jahren – insbesondere nach den Terroranschlägen des 11.9.2001 – hat der Gedanke der Vorbeugung erheblich an Gewicht gewonnen, sodass einige Autoren heute sogar vom Präventionsstaat⁵⁸ sprechen. So wichtig die Prävention auch ist, so wichtig ist es, der Prävention auch Grenzen zu setzen. Dies ist in jüngster Zeit insbesondere durch die Rechtsprechung des BVerfG geschehen. In mehreren Entscheidungen, auf die noch genauer einzugehen sein wird, hat das BVerfG einerseits in Grundrechte eingreifendes präventives Handeln grundsätzlich für zulässig erachtet, den Eingriffen andererseits aber konkrete Grenzen gesetzt.

58 Denninger, Erhard, Freiheit durch Sicherheit? Anmerkungen zum Terrorismusbekämpfungsgesetz, Das Parlament – Beilage „Aus Politik und Zeitgeschichte“, B 10 –11/2002; Huster, Stefan/Rudolph, Karsten (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, Frankfurt a.M., 2008; Papier, Hans-Jürgen, Freiheit versus Sicherheit – Die schwierige Balance zwischen Freiheit und Sicherheit in Zeiten des Terrorismus, Vortrag am 10.12.2007 – www.merkur.de/fileadmin/pdf/2007_1210_papier_vortrag.pdf.

Prävention einerseits und Gefahrenabwehr und Gefahrenvorbeugung andererseits sind m.E. synonym zu verwendende Begriffe. Die Polizeigesetze gebrauchen allerdings nie den Begriff der Prävention, sondern stets den Begriff der Gefahrenabwehr und neuerdings zusätzlich auch den der Gefahren- und Strafverfahrensvorsorge, wobei zu prüfen ist, wie „Gefahrenabwehr“ und „Gefahren- und Strafverfahrensvorsorge“ zueinander stehen. In der Polizeirechtslehre ist der Begriff der Prävention jedoch durchaus gebräuchlich, um insbesondere das präventive Polizeirecht vom repressiven Strafrecht abzugrenzen. Während in der Vergangenheit präventives Polizeirecht und repressives Strafrecht grundsätzlich klar voneinander abgrenzbar waren, wobei das Strafrecht im Hinblick auf die Strafzwecke „Abschreckung“ und Resozialisierung“ schon immer präventive Elemente enthielt (Generalprävention, Spezialprävention), sind heute die Grenzen von beiden Seiten her durch Begrifflichkeiten wie „Strafverfolgungsvorsorge“ einerseits und „präventives Strafrecht“⁵⁹ andererseits fließend geworden.

II. Prävention/Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge im Polizeirecht

1. Polizeiliche Generalklausel

Im Polizeirecht spielt der Begriff der Prävention/Gefahrenabwehr eine besondere Rolle. Denn es ist Aufgabe der Polizei, „Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren“. Diese Formulierung findet sich in fast allen Polizeigesetzen des Bundes und der Länder, und zwar nicht nur im Inhalt des jeweiligen Gesetzes sondern häufig auch im Titel des Gesetzes⁶⁰. Es handelt

59 So z.B. Hassemer, Winfried, Sicherheit durch Strafrecht, HRRS 2006, 130 ff. (143) „Das moderne, präventive Strafrecht entwickelt sich zu einem Gefahrenabwehrrecht. Dieser Trend ist stabil; er antwortet auf normative Desorientierung, Verbrechensfurcht und Kontrollbedürfnisse einer Risikogesellschaft. Es kommt jetzt darauf an, diesen Trend ernst zu nehmen und über ein rechtsstaatliches Sicherheitsstrafrecht nachzudenken. Dieses Recht muss die grundlegenden Traditionen des Strafrechts bewahren: den Bezug auf die Person, die Angemessenheit einer Antwort auf Unrecht und Schuld, die Ziele von Schutz und Schonung. Nur in diesem Rahmen gibt es Sicherheit durch Strafrecht.“. Konkrete Gestalt hat das präventive Strafrecht durch die Ergänzung der Staatsschutzdelikte genommen: So sind durch das „Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten“ vom 30.7.2009 – BGBl. I, S. 2437 ff. – die Staatsschutzdelikte um die §§ 89a und b StGB ergänzt worden. Bislang straflose Vorbereitungshandlungen – wie die Ausbildung in einem Terroristencamp – für spätere strafbare terroristische Handlungen sind nunmehr unter bestimmten Voraussetzungen strafbar. Mit der Verfolgung und Bestrafung minderschwerer Taten soll die Begehung schwerer Taten verhindert werden.

60 Bundespolizei: § 1 Abs. 5 des Gesetzes über die Bundespolizei (Bundespolizeigesetz – BPolG) vom 19.10.1994, zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes vom 17.12.2008; für

sich hierbei um die polizeiliche Generalklausel, die letztlich auf eine Formulierung des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten aus dem Jahre 1794 (§ 10 II 17 ALR) zurückgeht⁶¹. In einigen Polizeigesetzen ist aber nur

die Bundespolizei als Bahnpolizei bestimmt § 3 BPolG, dass sie die Aufgabe hat, auf dem Gebiet der Bahnanlagen der Eisenbahnen des Bundes Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren, die 1. den Benutzer, den Anlagen oder dem Betrieb der Bahn drohen oder 2. beim Betrieb der Bahn entstehen oder von den Bahnanlagen ausgehen. Nach § 4a des Gesetzes über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten (Bundeskriminalamtgesetz – BKAG) vom 7.7.1997, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 25.12.2008, kann das BKA unter bestimmten Voraussetzungen die Aufgabe der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus wahrnehmen. – Landespolizeien: Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes über die Aufgaben und Befugnisse der bayerischen staatlichen Polizei (Polizeiaufgabengesetz) i.d.F. der Bekanntmachung vom 14.9.1990, zuletzt geändert durch Art. 27 Abs. 1 des Gesetzes vom 22.7.2008; § 1 des Allgemeinen Gesetzes zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin (Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz – ASOG Berlin) vom 14.4.2006; § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Aufgaben, Befugnisse, Organisation und Zuständigkeit der Polizei im Land Brandenburg (Brandenburgisches Polizeigesetz – BbgPolG) vom 19.3.1996, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 18.12.2008; § 1 Abs. 1 des Bremischen Polizeigesetzes (BremPolG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 16.12.2001, zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndG vom 8.7.2008; § 3 des Gesetzes zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (SOG) vom 14.3.1966 (HmbGVBl. 1966, S. 77) § 1 Abs. 1 des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) vom 26.6.1990 i.d.F. vom 14.1.2005; § 7 Abs. 1 des Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern (Sicherheits- und Ordnungsgesetz – SOG M-V) i.d.F. der Bekanntmachung vom 25.3.1998; § 1 des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nds. SOG) i.d.F. vom 19.1.2005; § 1 Abs.1 des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen (PolG NRW) i.d.F. der Bekanntmachung vom 25.7.2003; § 1 Abs. 1 des Rheinland-Pfälzischen Polizei- und Ordnungsbehördengesetzes (POG) i.d.F. vom 10.11.1993; § 1 Abs. 2 des Saarländischen Polizeigesetzes vom 8.11.1989 i.d.F. der Bekanntmachung vom 26.3.2001; § 1 Abs. 1 des Polizeigesetzes des Freistaats Sachsen (SächsPolG) vom 13.8.1999; § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt (SOG LSA) i.d.F. der Bekanntmachung vom 23.9.2003; § 163 Abs. 1 des Allgemeinen Verwaltungsgesetzes für das Land Schleswig-Holstein (Landesverwaltungsgesetz – LVwG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 2.6.1992; § 2 Abs. 1 des Thüringer Gesetzes über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei (Polizeiaufgabengesetz – PAG) vom 4.6.1992 – Die Polizeigesetze orientieren sich vielfach am „Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder – MEPolG“ aus dem Jahre 1977, in der Fassung des Vorentwurfs zur Änderung des MEPolG – Stand: 12.3.1986 – abgedruckt als Anhang (S. 395 ff.) zum Lehrbuch von Schenke, Wolf-Rüdiger, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2007.

- 61 „Polizeygerichtsbarkeit § 10 Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit, und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist Amt der Polizey.“ Bestätigt wurde der Gedanke, dass die Polizei nur für die Gefahrenabwehr und nicht auch für die „öffentli-

noch von der Gefahrenabwehr im Hinblick auf die öffentliche Sicherheit die Rede oder schlechthin von Gefahrenabwehr⁶².

a) Öffentliche Sicherheit

Unter der öffentlichen Sicherheit ist die „Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie des Bestandes, der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates oder sonstiger Träger der Hoheitsgewalt“ zu verstehen, so die Legaldefinition in § 3 Nr. 1 des Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt⁶³. Auch die Rechtslehre verwendet ähnliche Formulierungen⁶⁴. Das so definierte Schutzgut der öffentlichen Sicherheit lässt sich in drei Kategorien⁶⁵ oder Teilschutzgüter⁶⁶ aufteilen:

- Unverletzlichkeit der Rechtsordnung
- individuelle Rechte und Rechtsgüter sowie
- Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates und anderer Hoheitsträger.

aa) Schutzgut „Unverletzlichkeit der Rechtsordnung“

Bei dem Schutzgut „Unverletzlichkeit der Rechtsordnung“ geht es insbesondere um die Verhinderung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Denn Straftaten und Ordnungswidrigkeiten verletzen in besonderem Maße die Rechtsordnung, die sich die Gesellschaft gegeben hat. Im Unterschied zur Strafverfolgung und der Ermittlung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten kommt es hier einzig und allein darauf an, dass objektiv eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen werden soll oder andauert, um diese Straftat oder Ordnungswidrigkeit zu verhindern oder zu beenden. Die subjektive Seite der Tat, also ob der Betreffen-

che Wohlfahrt“ zuständig ist, im sog. Kreuzberg-Urteil des prOVG vom 14.6.1882, in dem es um die Versagung einer Baugenehmigung ging. Die Bauerlaubnis war vom Polizeipräsident in Berlin versagt worden, weil die betreffende Polizeiverordnung den Bau von Gebäuden in Nähe des Kreuzberges nur zu einer bestimmten Höhe zuließ, um die Aussicht auf das sich dort befindende Kriegerdenkmal nicht zu beeinträchtigen. Das prOVG erklärte die Polizeiverordnung für unwirksam, weil die Polizeiverordnung gemäß § 10 II 17 ALR nur die Gefahrenabwehr, nicht aber ästhetische Aspekte regeln dürfe.

62 So BremPolG, Nds. SOG, PolG NRW, SOG LSA, LVwG Schleswig-Holstein.

63 GVBl. LSA 2003, S. 214.

64 Götz, Volker, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl., München 2008, § 4 Rdn. 3.

65 So Götz, Volker, a.a.O., § 4 Rdn. 6.

66 Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael, Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 5. Aufl., München 2008, § 8 Rdn. 3 ff.

de vorsätzlich, fahrlässig oder schuldlos handelt, ist für die Gefahrenabwehr im Unterschied zum repressiven Handeln nicht Eingriffsvoraussetzung. Wegen der besonderen Bedeutung erwähnen einige Polizeigesetze die Verhinderung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten ausdrücklich als Unterfall der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit, so z.B. § 2 Abs. 1 des Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt, in dem es heißt:

„Die Polizei hat im Rahmen der Gefahrenabwehr auch zu erwartende Straftaten zu verhüten.“⁶⁷

oder § 1 Abs. 1 des Polizeigesetzes des Freistaats Sachsen:

„Die Polizei hat die Aufgabe, von dem Einzelnen und dem Gemeinwesen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird ... Sie hat insbesondere ...

2. Straftaten zu verhindern ...“⁶⁸.

Im Rheinland-Pfälzischen POG heißt es, dass „die Polizei ... im Rahmen der Gefahrenabwehr auch Straftaten zu verhüten (hat) ...“⁶⁹.

bb) Schutzgut „individuelle Rechte und Rechtsgüter“

Hier sind Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, allgemeines Persönlichkeitsrecht, Eigentum, Besitz gemeint. Zu den Individualschutzgütern gehört auch die ungestörte Wahrnehmung der Grundrechte wie Religionsausübung (Art. 5 Abs. 2 GG), Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) und Berufsausübung (Art. 12 GG). Soweit die Individualschutzgüter durch strafrechtliche oder bußgeldrechtliche Bestimmungen geschützt sind, fallen sie bereits unter den Schutz der Unverletzlichkeit der Rechtsordnung. So ist das Leben durch die Vorschriften der §§ 211 ff. StGB – Straftaten gegen das Leben –, die Gesundheit durch die §§ 223 ff. StGB – Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit –, die Freiheit durch die §§ 232 ff. StGB – Straftaten gegen die persönliche Freiheit –, die Ehre durch §§ 185 ff. StGB – Beleidigung, üble Nachrede, Verleumdung –, das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch die §§ 201 ff. StGB – Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes – § 201a Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen – § 202 Verletzung des Briefgeheimnisses – usw. –, das Eigentum und der Besitz durch die §§ 242 ff. – Diebstahl und Unterschlagung sowie die §§ 303 ff. StGB – Sachbeschädigung – geschützt. Der

67 GVBl. LSA 2003, S. 214.

68 Sächs GVBl. 1999, S. 330.

69 GVBl. 1993, S. 595.

Schutz dieser individuellen Rechtsgüter liegt nicht nur im Interesse des Einzelnen, dessen Rechtsgüter gefährdet werden, sondern auch im öffentlichen Interesse.

Anders verhält es sich allerdings mit rein individuellen Rechten wie privatrechtlichen Ansprüchen und ähnlichem, die von einem anderen Rechtssubjekt des Privatrechts gefährdet werden. Hier muss der Betreffende gegenüber dem Gefährder grundsätzlich die Hilfe anderer staatlicher Organe – nämlich der ordentlichen Gerichte – in Anspruch nehmen. Die Gefahrenabwehr tritt grundsätzlich hinter dem zivilrechtlichen Rechtsschutz zurück (Subsidiaritätsprinzip)⁷⁰. Eine Ausnahme ist jedoch dann gegeben, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erreichen ist und deshalb die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert wird, wenn die Polizei – zur Abwehr dieser Gefahr – nicht eingreift⁷¹. In allen Polizeigesetzen ist diese Situation ausdrücklich und gleichlautend geregelt⁷², so z.B. in Art. 2 Abs. 2 des Gesetzes über die Aufgaben und Befugnisse der bayerischen staatlichen Polizei, in dem es heißt:

„Der Schutz privater Rechte obliegt der Polizei nach diesem Gesetz nur dann, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erreichen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert würde.“⁷³

cc) Schutzgut „Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates und anderer Hoheitsträger“

Unter dieses Schutzgut fällt der räumlich-gegenständliche Bereich und der Betrieb der Staatsorgane, -einrichtungen und – veranstaltungen. Sie sind im Interesse ihrer Funktionsfähigkeit vor äußeren Störungen zu schützen⁷⁴. Äußere Störungen sind alle mit physischer Gewalt ausgeübten Behinderungen der ordnungsgemäßen Tätigkeit des Staates und seiner Organe wie beispielsweise Blockade des Zugangs staatlicher Gebäude, Besetzung von öffentlichen Gebäuden

70 Götz, Volker, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, § 4 Rdn. 20.

71 Götz, Volker, a.a.O., Rdn. 20, 21.

72 Orientiert an § 1 Abs. 2 MEPolG; Art. 2 Abs. 2 Bay PAG; § 1 Abs. 4 ASOG Bln.; § 1 Abs. 2 BbgPolG; § 1 Abs. 2 BremPolG; § 3 Abs. 3 HmbSOG; § 1 Abs. 3 HSOG; § 1 Abs. 3 Nds. SOG; § 1 Abs. 2 PolG NRW; § 1 Abs. 3 RIPf POG; § 1 Abs. 3 SPolG; § 2 Abs. 2 SächsPolG; § 1 Abs. 2 SOG LSA; § 162 Abs. 2 i.V.m. § 163 LVwG Schleswig-Holstein; § 2 Abs. 2 Thüringer PAG.

73 GVBl. 1990, S. 397.

74 Götz, Volker, a.a.O., § 4 Rdn. 38 ff.

usw.⁷⁵ Von diesem polizeilichen Schutz vor äußeren Störungen zu unterscheiden ist, dass die staatlichen Organe und Einrichtungen über eigene Rechte – das öffentlich-rechtliche Hausrecht und die Ordnungsgewalt – und eigenes Personal verfügen, um interne Störungen zu verhindern oder zu beseitigen. Um einen Fall polizeilicher Gefahrenabwehr handelt es sich wiederum, wenn die Polizei das Hausrecht oder die Ordnungsgewalt schützen muss, weil beispielsweise die personellen Kräfte des betreffenden staatlichen Organs oder der Einrichtung nicht ausreichen.

Keine Störung stellt die – schriftliche oder mündliche – Kritik am Staat und seinen Einrichtungen dar. Kritik ist Ausübung der in Art. 5 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützten Meinungsfreiheit.

Soweit es um beabsichtigte Straftaten gegen den Staat und seine Einrichtungen geht, die – wenn sie begangen werden – unter die sog. Staatsschutzdelikte der §§ 80 ff. StGB fallen, ergibt sich die Zuständigkeit der Polizei zur Gefahrenabwehr bereits aus der Tatsache, dass es sich dabei um Gefahren für das Schutzgut „Unverletzlichkeit der Rechtsordnung“ handelt.

b) Öffentliche Ordnung

Das zweite Element, auf das sich die polizeiliche Gefahrenabwehr bezieht – die öffentliche Ordnung –, hat heute nicht mehr die Bedeutung wie in vergangener Zeit, steht in der Bedeutung dem ersten Element – öffentliche Sicherheit – deutlich nach und stellt nur noch einen Auffangtatbestand⁷⁶ dar.

Unter dem Begriff der öffentlichen Ordnung ist „die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Zusammenlebens betrachtet wird,“ zu verstehen⁷⁷. Schon aus dieser Formulierung wird m.E. deutlich, warum der Begriff der öffentlichen Ordnung von untergeordneter Bedeutung ist und manche Bundesländer – zumindest zeitweise – auf diesen Begriff in ihren Polizeigesetzen ganz verzichtet haben⁷⁸. Was ist die „jeweils herrschende Anschauung“? Wer bestimmt, was „jeweils herrschende Anschauung“ ist? Was ist

75 Götz, Volker a.a.O.

76 Götz, Volker, a.a.O., § 5 Rdn 1 ff. (5).

77 Götz, Volker, a.a.O., der seinerseits die Formulierung, die der Polizeiwissenschaftler und Präsident des prOVG Bill Drews gebildet hat, wiedergibt.

78 So das BremPolG, PolG NRW, LVwG Schleswig-Holstein; das Saarland und Niedersachsen hatten diesen Passus vorübergehend gestrichen, sodass in § 2 Abs. 2 SPolG sowie im Titel und in § 2 Nr. 1 a) Nds. SOG wiederaufgenommen.

als „unerlässliche Voraussetzung“ für ein geordnetes staatsbürgerliches Zusammenleben anzusehen? Die Verfassungsmäßigkeit dieser Formulierung, die bezeichnenderweise mit dem Zusatz „im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung“ in § 3 Nr. 2 SOG LSA übernommen worden ist, ist heute umstritten⁷⁹. Manche zu missbilligende Verhaltensweisen, die früher unter den Begriff der Gefährdung der öffentlichen Ordnung subsumiert wurden, sind heute spezialgesetzlich und konkret geregelt; ihre Abwehr fällt damit in den Schutzbereich der öffentlichen Sicherheit.

2. Begriff der „Gefahr“ im allgemeinen Polizeirecht

Der Begriff der Gefahr gehört zu den wichtigsten Begriffen des allgemeinen Polizeirechts. Als Bestandteil der polizeilichen Generalklausel bezieht er sich auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Das allgemeine Polizeirecht kennt mehrere unterschiedliche Begriffe der Gefahr:

- konkrete Gefahr
- abstrakte Gefahr
- gegenwärtige Gefahr
- erhebliche Gefahr
- Anscheinsgefahr
- Scheingefahr
- Gefahr für Leib oder Leben
- Gefahr im Verzuge.

Hier soll im Wesentlichen nur auf die Begriffe der konkreten bzw. gegenwärtigen Gefahr und abstrakten Gefahr sowie auf den Begriff der Anscheinsgefahr und den Gefahrverdacht eingegangen werden.

a) Konkrete Gefahr

Eine konkrete Gefahr ist dann gegeben, wenn „eine Sachlage (vorliegt), bei der im einzelnen Falle die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in abseh-

⁷⁹ So z.B. Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael, Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, § 8 Rdn. 48 ff. „Zum freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat des Grundgesetzes paßt diese Berufung auf Sozial-, d.h. außerrechtliche Normen nicht.“ (Rdn. 50) und „... gute Gründe (sprechen) für eine Verfassungswidrigkeit der öffentlichen Ordnung als polizeiliche Eingriffsermächtigung ...“ (Rdn. 53).

barer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintreten wird“, so beispielsweise die Legaldefinition in § 3 Nr. 3 a) SOG LSA⁸⁰ oder – gleichlautend – in § 2 Nr. 1 a) Nds. SOG⁸¹. Diese Definition wird auch in der Rechtslehre und Rechtsprechung vertreten⁸². Der Gefahrenbegriff enthält mehrere Elemente: die Sachlage, den einzelnen Fall, die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Schadens und den Schaden selbst. „Sachlage“ und „einzelner Fall“ stellen gemeinsam eine an einem bestimmten Ort und zu einer bestimmten Zeit vorliegende Lebenswirklichkeit dar, die sich in Entwicklung befindet. Diese Entwicklung muss – aus der Sicht eines objektiven Betrachters – bei ungehindertem Ablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden führen. „Schaden“ in diesem Sinne ist die Verletzung eines der Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Im Hinblick auf das Geschehen muss eine Prognose abgegeben werden: Die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts muss hinreichend sein. Das bedeutet, dass die bloße Möglichkeit eines Schadenseintritts nicht ausreicht. Eine hinreichende Wahrscheinlichkeit ist aber ganz eindeutig wesentlich weniger als eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit. BVerwG und BVerfG haben in ihrer Rechtsprechung folgende Formel entwickelt: je größer und folgenschwerer ein Schaden sein kann, desto weniger Voraussetzungen sind an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zu stellen⁸³. Grundlage der Prognose ist häufig die Lebens- und Berufserfahrung desjenigen, der die Prognose zu treffen hat. Hilfreich ist der Vergleich mit früheren ähnlichen Sachverhalten und deren Entwicklung zu einem möglichen Schaden. In manchen Fällen wird der Entscheidungsträger verpflichtet sein, andere sachkundige Personen oder Stellen um ihre Meinung zu ersuchen, in anderen Fällen wird dies – evtl. aus zeitlichen Gründen – nicht möglich sein. Von der Prognose und ihren Problemen zu unterscheiden ist die Frage, ob der Lebenssachverhalt, von dem der Entscheidungsträger ausgeht, zutreffend ist oder ob sich später herausstellt, dass der Entscheidungsträger von falschen Voraussetzungen ausgegangen ist und in Wirklichkeit gar keine konkrete Gefahr vorgelegen hat (sog. Anscheinsgefahr oder Gefahrenverdacht).

b) Gegenwärtige Gefahr

Die Gefahr ist gegenwärtig, wenn das schädigende Ereignis bereits begonnen hat oder unmittelbar oder in allernächster Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht – so beispielsweise die Legaldefinitionen in § 3

80 GVBl. LSA 2003, S. 214.

81 Nds. GVBl. 2005, S. 9.

82 Götz, Volker, a.a.O., § 6 Rdn. 1 ff., 17 ff.; Urteil des BVerwG vom 26.2.1974 – BVerwG I C 31.72, = BVerwGE 45, 51 ff. (57).

83 Götz, Volker, a.a.O., § 6 Rdn. 7 m.w.N. der Rspr. des BVerwG und des BVerfG.

Nr. 3. b) SOG LSA und § 2 Nr. 1. a) Nds. POG. Konkrete und gegenwärtige Gefahr unterscheiden sich daher nur durch die Nähe zum Schadenseintritt. Die polizeiliche Maßnahme der Sicherstellung erfordert nach den jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr.

c) Abstrakte Gefahr

In den Polizeigesetzen, die Begriffsdefinitionen enthalten, ist auch der Begriff der abstrakten Gefahr definiert: so beispielsweise in § 3 Nr. 3 f) des SOG LSA⁸⁴ oder in § 2 Nr. 2 Nds. SOG⁸⁵. Das BVerwG hat in seiner Entscheidung vom 3.7.2002⁸⁶ folgende Definition formuliert:

„... eine abstrakte Gefahr ist gegeben, wenn eine generell-abstrakte Betrachtung für bestimmte Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen zu dem Ergebnis führt, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall eintreten pflegt und daher Anlass besteht, diese Gefahr mit generell-abstrakten Mitteln, also einem Rechtssatz zu bekämpfen.“

Diese Definition gibt zugleich den Zweck an, für den der Begriff der abstrakten Gefahr steht, nämlich die Begründung für Rechtsverordnungen zu liefern, auf deren Grundlage und in deren Anwendung konkrete Gefahren abgewendet werden können.

d) Gefahrverdacht und Anscheinsgefahr, Scheingefahr

Während in Fällen konkreter Gefahr die Sachlage feststeht und nur zweifelhaft ist, ob die weitere Entwicklung zu einem Schaden führen wird, spricht man von Gefahrverdacht dann, wenn der Entscheidungsträger sich noch kein abschließendes Bild der Sachlage machen kann, die Sachlage der weiteren Aufklärung bedarf, die ggf. zu einem Sachverhalt führt, der eine konkrete Gefahr darstellt. Maßnahmen zur Aufklärung des Sachverhalts und evtl. notwendige Sicherungsmaßnahmen sind und bleiben rechtmäßig, auch wenn sich später herausstellt, dass eine konkrete Gefahr nicht vorgelegen hat⁸⁷.

Von dem Gefahrverdacht zu unterscheiden ist die Anscheinsgefahr. Eine Anscheinsgefahr liegt dann vor, wenn der Entscheidungsträger eine Sachlage als gefährlich angenommen hat, die er im Augenblick der Entscheidung auch als

84 GVBl. LSA 2003, S. 214.

85 Nds. GVBl. 2005, S. 9.

86 Urteil des BVerwG vom 3.7.2002 – 6 CN 8/01, = BVerwGE 116, 347 ff. (352) = NVwZ 2003, 95 ff. (96).

87 Götz, Volker, a.a.O., § 6 Rdn. 28 ff.

gefährlich ansehen durfte, während sich im Nachhinein herausstellt, dass tatsächlich keine konkrete Gefahr bestanden hat. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass der Entscheidungsträger den Sachverhalt in der konkreten Situation bei verständiger Würdigung und hinreichender Sachverhaltsaufklärung als gefährlich einstufen durfte. Die Abwehr dieser Anscheinsgefahr ist rechtmäßig, führt aber ggf. zu Entschädigungsansprüchen beim Betroffenen, sofern dieser die Anscheinsgefahr nicht in vorwerfbarer Weise selbst herbeigeführt hat. Götz⁸⁸ hält den Begriff der Anscheinsgefahr, der von der h.M. vertreten wird, für entbehrlich, weil die Sachlage entweder als Gefahr oder Gefahrverdacht beurteilt werden könne.

Liegt eine Sachlage vor, die weder eine konkrete Gefahr darstellt noch einen Gefahrverdacht oder eine Anscheinsgefahr rechtfertigt, und nimmt der Entscheidungsträger gleichwohl im irrigen Glauben an das Vorliegen einer konkreten Gefahr eine Eingriffshandlung vor, so stellt dies eine Schein- oder Putativgefahr dar mit der Folge, dass der Eingriff rechtswidrig ist.

3. Gefahrenabwehr, Gefahrenvorbeugung, Gefahrenvorsorge und Strafverfolgungs- und Strafverfahrensvorsorge

Alle Polizeigesetze des Bundes und der Länder verwenden seit eh und jeh den Begriff „Gefahrenabwehr“⁸⁹. In den modernen Polizeigesetzen enthalten einige – nicht alle! – darüber hinaus die Begriffe „Gefahrenvorbeugung“ und „Gefahrenvorsorge bzw. Strafverfahrensvorsorge“⁹⁰. Das ZFdg als Polizeigesetz des Zollfahndungsdienstes spricht in § 26 Abs. 2 nicht nur von der Aufgabe der „Verhütung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten“, sondern auch von der „Vorsorge für künftige Strafverfahren“. Es stellt sich daher die Frage, wie sich diese Begriffe zueinander verhalten und welchen Bereichen sie zuzuordnen sind.

88 Götz, Volker, a.a.O., § 6 Rdn. 39.

89 Bereits das ALR von 1794 (§ 10 II 17) und darauf fußend das pr PVG vom 1.6.1931 (§ 14 Abs. 1) enthielten in der sog. Generalklausel die Formulierung „Gefahren abzuwehren“; Begriffe wie Gefahrenvorsorge oder Strafverfolgungs- und Strafverfahrensvorsorge sind neueren Datums.

90 Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Auf., München 2008, § 4, Rdn. 15; § 1 Abs. 3 ASOG Bln; § 1 Abs. 1 Satz 2 und 3 BremPolG; § 1 Abs. 1 Nr. 2 BbgPolG; § 1 Abs. 4 HSOG; § 7 Abs. 1 Nr. 4 SOG M-V; § 1 Abs. 1 Nr. 2 POG NRW; § 1 Abs. 1 Nr. 3 rhpfPOG; § 1 Abs. 1 2 Nr. 2 sächsPolG; § 2 Abs. 1 SOG LSA; § 1 Abs. 1 2 ThürPAG; für das BKA § 20 BKAG „Datenspeicherung für Zwecke künftiger Strafverfahren“ sowie ein umfangreicher Katalog von überwiegend Eingriffsmaßnahmen zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus (§§ 20 a bis x (!)).

Eine Erwähnung dieser neueren Begriffe findet sich erstmals in § 1 Abs. 1 Satz 2 MEPOG⁹¹; zugleich wird das Verhältnis der Begriffe zueinander festgelegt:

Satz 1: „Die Polizei hat die Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren.“

Satz 2: „Sie hat im Rahmen dieser Aufgabe auch für die Verfolgung von Straftaten vorzusorgen und Straftaten zu verhüten (vorbeugende Bekämpfung von Straftaten) sowie Vorbereitungen zu treffen, um künftige Gefahren abzuwehren zu können (Vorbereitung auf die Gefahrenabwehr).“

Die Verfasser des MEPOG sehen also die Gefahrenabwehr als Begriff, der durch die Formulierung „im Rahmen dieser Aufgabe“ auch die Verhütung von Straftaten und die Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten und das Treffen von Vorbereitungen für die Abwehr künftiger Gefahren beinhaltet.

Auch in verschiedenen Landespolizeigesetzen wird die Gefahrenvorsorge und die Strafverfolgungsvorsorge als Unterfall der Gefahrenabwehr angesehen, was meist durch die Formulierung „... im Rahmen der Gefahrenabwehr ...“ oder das Wort „hierbei“ zum Ausdruck gebracht wird⁹².

Diese Auffassung ist jedoch nicht unbestritten. So wird die Strafverfolgungsvorsorge als eine eigenständige dritte Aufgabe für die Polizei gesehen, neben „Gefahrenabwehr“ und „Strafverfolgung“⁹³.

a) Vorbereitungen für die Abwehr künftiger Gefahren (Gefahrenvorsorge)

Die Vorbereitung für die Abwehr künftiger Gefahren, die nicht in der künftigen Begehung von Straftaten liegen – denn dann würde es sich um Strafverfolgungsvorsorge handeln –, ist wie die Abwehr konkreter Gefahren Gefahrenabwehr. Denn es macht keinen Unterschied, ob eine Gefahr abgewehrt wird, wenn

91 § 1 Abs. 1 Nr. 1 MEPOG 1986, als Anhang abgedruckt bei Schenke, Wolf-Rüdiger, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2007, S. 395 ff.

92 So in § 1 Abs. 3 ASOG Bln; § 1 Abs. 4 HSOG; § 7 Abs. 1 Nr. 4 SOG M-V; § 1 Abs. 1 Satz 2 PolG NRW; § 1 Abs. 1 Satz 1 und 2 POG RP; § 2 Abs. 1 SOG LSA; § 1 Abs. 1 Satz 2 PAG Th.

93 Pitschas, Rainer, Polizeirecht im kooperativen Staat, DÖV 2002, 221 ff. (221, 223); Kne-meyer, Franz-Ludwig, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., 2000, Rdn. 15, 17 m.w.N. a.A. Götz, Volkmar, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl., 2008, § 17 Rdn. 21 ff.; Würtenberger, Thomas/Heckmann, Dirk/Riggert, Rainer, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 4. Aufl., 1999, Rdn. 122a m. Anm. 14, die die Strafverfolgungsvorsorge der Gefahrenabwehr zurechnen.

sie schon vorliegt, oder ihr vorgebeugt wird, wenn sie noch in der Zukunft liegt⁹⁴. Dies mag ein Beispiel erläutern:

Im Hochgebirge hat es durch starken Regenfall einen Bergrutsch gegeben, der einen Teil der am Hang vorbeiführenden Straße weggerissen hat. Die Straße wird von der Polizei für den weiteren Verkehr gesperrt. – Gefahrenabwehr

Weil eine Bergstraße schon wiederholt durch Erdbeben blockiert wurde und dabei Personen gefährdet und verletzt wurden, wird der Hang über der Bergstraße durch eine Mauer und durch über den Hang gelegte Netze abgesichert. Es zeigt sich, dass auch bei starkem Regenfall keine Erde oder Felsteile mehr auf die Straße rutschen. – Gefahrenvorsorge

Der Unterschied liegt in dem Zeitpunkt der Gefahr, Handlung und dem Zeitpunkt des Eintritts des Erfolges: Im Ausgangsfall liegt eine konkrete gegenwärtige Gefahr vor, die durch eine Handlung abgewendet wird. Im abgewandelten Fall besteht zunächst die abstrakte Gefahr; die Gefahrenvorsorgemaßnahme führt dazu, dass im (späteren) Zeitpunkt der konkreten Gefahr alles schon zur Gefahrenabwehr Notwendige getan ist. Typische Beispiele für die Vorbereitung zur Abwehr künftiger Gefahren durch die Polizei ist das Bereithalten von Geräten für Notfälle und das Aufstellen von Einsatzplänen, Vorhalten von Personal und dgl.⁹⁵.

b) Vorbereitung auf künftige Strafverfolgung (Strafverfolgungsvorsorge/Strafverfahrensvorsorge)

Ob die Vorbereitung auf künftige Strafverfolgung – die Rede ist auch von der Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten, von der Vorsorge für künftige Strafverfahren, von vorbeugender Bekämpfung von Straftaten oder von Kriminalprävention – zur Gefahrenabwehr zählt oder der Strafverfolgung zuzurechnen ist, ist streitig⁹⁶. Zunächst einmal ist allerdings festzustellen, dass bei diesen einzelnen Formulierungen durchaus inhaltliche Unterschiede bestehen:

94 Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., München 2008, § 4 Rdn. 15.

95 Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., München 2008, § 5 Rdn. 7.

96 Nöllenburg, Niklas, Zollrechtliche Gefahrenabwehr und -vorsorge, Diss. Münster 2007, S. 164; für die Zuordnung zur Strafverfolgung Schenke, Rolf-Rüdiger, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2007, § 1 Rdn. 11, 12; für die Zuordnung zur Gefahrenabwehr Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., München 2008, § 5 Rdn. 4 ff.

Wird – wie in einigen Polizeigesetzen – von der Vorbereitung für die Verfolgung künftiger Straftaten gesprochen, so wird auf die „Straftat“ abgehoben, deren Begehung in der Zukunft liegen muss („künftige Straftat“); wird auf das Strafverfahren/die Strafverfolgung abgehoben – wie im MEPOG und in § 26 Abs. 2 ZFdG –, so kann es sich um ein Strafverfahren für eine in der Zukunft noch zu begehende Straftat handeln, es kann aber auch sein, dass die Straftat bereits begangen worden, aber noch nicht erkannt ist⁹⁷. Ob eine polizeiliche Maßnahme zur Strafverfolgungsvorsorge getroffen wird, kann nicht davon abhängen, ob der Straftat zum Prognosezeitpunkt – Zeitpunkt der Maßnahme – noch in der Zukunft liegt oder bereits begangen wurde, da dies vom Zufall abhängt⁹⁸.

Der insoweit eindeutige Wortlaut des MEPOG sowie der die Strafverfolgungsvorsorge regelnden Landesgesetze spricht für eine Zuordnung zur Gefahrenabwehr. Andererseits hat der Bundesgesetzgeber bestimmte Maßnahmen der Vorsorge für die Verfolgung von künftigen Straftaten in der StPO geregelt (§§ 81b, 2. Alt.; § 81g; § 484) geregelt, was für eine Zuordnung zum Strafverfahren spricht.

Bei den in § 81b, 2. Alt. StPO geregelten Maßnahmen der Fertigung von Lichtbildern und Fingerabdrücken sowie von Messungen und ähnlichen Maßnahmen an dem Beschuldigten handelt es sich um erkennungsdienstliche Maßnahmen, deren Unterlagen nicht in die Ermittlungsakten, sondern in örtliche und zentrale, insbesondere beim BKA geführte Materialsammlungen aufgenommen werden und für die Ermittlung von künftigen Straftaten zur Verfügung stehen⁹⁹. Gleiches gilt für die Entnahme von Körperzellen für die Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters nach § 81g zum Zwecke der Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren. Auch hier werden die entsprechenden Daten in eine beim BKA eingerichtete DNA-Identifizierungsdatei eingestellt¹⁰⁰. § 484 StPO regelt die Frage, welche Daten aus Strafverfahren von den Strafverfolgungsbehörden für künftige Strafverfahren verwendet werden dürfen, und zählt diese Daten in Abs. 1 enumerativ auf. In Abs. 4 wird anerkannt, dass die Polizeien

97 Nöllenburg, Niklas, Zollrechtliche Gefahrenabwehr und –vorsorge, Diss. Münster 2007, S. 162/163.

98 Nöllenburg, Niklas, a.a.O., S. 162.

99 Meyer-Goßner, Lutz, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 52. Aufl., München 2009, § 81b Rdn. 3 m.w.N., der die Erkennungsdienstlichen Maßnahmen insoweit als „in die StPO als Fremdkörper aufgenommenes materielles Polizeirecht“ bezeichnet.

100 Meyer-Goßner, a.a.O. § 81g Rdn. 1.

personenbezogene Daten für Zwecke künftiger Daten in eigenen Dateien speichern können, wobei sich deren Verwendung nach den Polizeigesetzen richtet.

Eine Entscheidung über die Zugehörigkeit der Strafverfolgungs-/Strafverfahrensvorsorge zur polizeilichen Gefahrenabwehr oder zum Strafverfahrensrecht lässt sich anhand des Wortlauts der – unterschiedlich formulierten – Begriffe nicht treffen. Spricht der Gebrauch des Wortbestandteiles „Strafverfahren/Strafverfolgung“ für die Zuordnung zum Strafverfahren, so führt der gelegentlich gebrauchte Zusatz „künftig“ dazu, dass das Strafverfahren noch nicht begonnen haben darf. Zum Strafverfahren zählt aber bereits das Ermittlungsverfahren als seinem ersten Teil. Sobald zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine begangene Straftat vorliegen (sog. Anfangsverdacht), müssen nach dem Legalitätsprinzip Ermittlungen aufgenommen werden und beginnt das Strafverfahren. Was vor dem Anfangsverdacht liegt, ist nicht „Strafverfahren“, spricht daher gegen eine Zuordnung zum Strafverfahren¹⁰¹.

Es fragt sich, ob die Auslegung nach dem Sinn und Zweck des Begriffes (teleologische Auslegung) zu einem eindeutigen Ergebnis führt. Betrachtet man erneut die erkennungsdienstlichen Maßnahmen in § 81b, 2. Alt. und die DNA-Identitätsfeststellung nach § 81g StPO nicht nur nach ihrer formalen Stellung als Vorschriften der Strafprozessordnung, sondern nach ihrem Sinn und Zweck, dann muss man zu dem Ergebnis kommen, dass diese Vorschriften nicht den Zweck haben, die Gefahr der Begehung einer künftigen Straftat abzuwenden, sondern ausschließlich dazu verwendet werden können, im Rahmen eines künftigen Strafverfahrens überhaupt oder besser Beweis zu führen. Denn die Verwendung der in einem früheren Strafverfahren durch die erkennungsdienstlichen Maßnahmen gewonnenen Erkenntnisse und Daten wie Fingerabdrücke, Lichtbilder und Körpermessungen werden in einem laufenden Strafverfahren verwendet, um festzustellen, ob diese Erkenntnisse mit den Erkenntnissen des laufenden Strafverfahrens übereinstimmen, beweisen somit eine frühere Täterschaft oder können in einem Strafverfahren gegen (noch) Unbekannt zum Täter führen¹⁰². Zur Verhütung künftiger Straftaten sind diese Erkenntnisse und Daten allenfalls unter dem Aspekt geeignet, dass jemand, dessen Daten nach § 81b, 2. Alt., § 81g StPO in Dateien gespeichert sind, fürchten könnte, dadurch überhaupt oder eher entdeckt zu werden, wenn er eine Straftat begehen sollte, und

101 Nöllenburg, Niklas, a.a.O., S. 164/165.

102 Nöllenburg, Niklas, a.a.O., S. 170 „Während es der Gefahrenvorsorge darauf ankommt, die Entstehung von Gefahren und in ihrer Folge von Straftaten zu verhindern, ist die Verfahrensvorsorge darauf ausgerichtet, die effektive Bearbeitung eines Strafverfahrens zu unterstützen.“

daher diese Straftat nicht begeht. Dieser Aspekt ist jedoch bei den Vorschriften der §§ 81b, 2. Alt., 81g StPO nachrangig.

Dieser Streit über die Zuordnung des Begriffs der Strafverfolgungs-/Strafverfahrensvorsorge ist kein rein akademischer. Er hat Bedeutung für die Gesetzeskompetenz. Ist der Begriff „Strafverfahrensvorsorge“ der Gefahrenabwehr zuzuordnen, so liegt die Kompetenz bei den Bundesländern; ist er dem Strafverfahren zuzuordnen, so liegt die Kompetenz beim Bund.

Das BVerfG hat sich in seinem Urteil vom 27.7.2005¹⁰³ zur präventiven Telekommunikationsüberwachung nach § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds. SOG u.a. mit dieser Frage befasst.

Das Land Niedersachsen hatte im Jahre 1994 sein damaliges Polizeirecht über die Aufgabe der Gefahrenabwehr um Vorschriften ergänzt, die die Polizei ermächtigten, Vorbereitungen zu treffen, um künftige Gefahren abwehren zu können, sowie im Rahmen der Gefahrenabwehr auch für die Verfolgung von Straftaten vorzusorgen und Straftaten zu verhüten (§ 1 Abs. 1 Satz 2 und 3 des Niedersächsischen Gefahrenabwehrgesetzes – NGefAG). Mit dem Aufgabenzuwachs war auch die Ausweitung der polizeilichen Befugnisse um das Recht auf Aufzeichnung des Fernmeldeverkehrs und zum verdeckten Einsatz technischer Mittel – auch in Wohnungen – verbunden.

Durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des NGefAG vom 11.12.2003¹⁰⁴ erhielt das unter dem 19.1.2005 neu bekannt gemachte Gesetz¹⁰⁵ wieder die Bezeichnung „Niedersächsisches Gesetz über die Öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nds. SOG)“. Der neugeschaffene § 33a Abs. 1 enthielt das Recht zur Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation

1. zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person, wenn die Aufklärung des Sachverhalts auf andere Weise nicht möglich erscheint oder wenn dies für die Aufklärung des Sachverhalts unerlässlich ist,
2. in Hinblick auf Personen, bei denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen werden, wenn die Vorsorge für die Verfolgung oder Verhütung dieser Straftaten auf andere Weise nicht möglich erscheint, sowie

103 Urteil des BVerfG vom 27.7.2005 – 1 BvR 668/04 – BVerfGE 113, 348 ff.

104 Nds. GVBl. 2003, S. 414.

105 Nds. GVBl. 2005, S. 9.

3. in Hinblick Kontakt- und Begleitpersonen der in Nummer 2 genannten Personen, wenn dies zur Vorsorge für die Verfolgung oder zur Verhütung einer Straftat nach Nummer 2 unerlässlich ist.

Aufgrund einer hiergegen eingelegten Verfassungsbeschwerde erklärte das BVerfG § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds. SOG für nichtig. Im Hinblick auf die hier allein interessierende Frage der Zuordnung der Vorsorge für die Strafverfolgung und die damit verbundene Frage der Gesetzgebungskompetenz führt das BVerfG aus, dass „die Vorsorge für die Verfolgung noch gar nicht begangener, sondern in ungewisser Zukunft bevorstehender Straftaten ... zum gerichtlichen Verfahren (gehört).“¹⁰⁶ Von der in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG normierten konkurrierenden Gesetzgebung zur Strafverfolgung habe der Bundesgesetzgeber im Bereich der Telekommunikationsüberwachung abschließend Gebrauch gemacht, sodass die Länder gemäß Art. 72 Abs. 1 GG von der Gesetzgebung ausgeschlossen seien¹⁰⁷. Zwar fehle es im Zeitpunkt der Überwachungsmaßnahme an einer bereits begangenen Straftat; die Verfolgungsvorsorge erfolge in zeitlicher Hinsicht präventiv, betreffe aber das repressiv ausgerichtete Strafverfahren. Die Daten würden zu dem Zweck einer in der Zukunft möglicherweise verwirklichten konkreten Straftat und damit letztlich nur zur Verwertung in einem künftigen Strafverfahren erhoben. Es gehe – jenseits eines konkreten Tatverdachts – um die Beweisbeschaffung zur Verwendung in künftigen Strafverfahren¹⁰⁸.

c) Verhütung künftiger Straftaten

Nicht nur die Abwehr gegenwärtig bevorstehender Straftaten, sondern auch die Verhinderung künftiger Straftaten ist Gefahrenabwehr. Künftige Straftaten können von der Polizei insbesondere durch eingriffslose Maßnahmen verhindert werden. Dazu gehört insbesondere die Aufklärung der Bevölkerung, wie sie selbst durch geeignete Maßnahmen die Begehung von Straftaten verhindern oder erschweren kann. So unterrichtet beispielsweise die Polizei die Bevölkerung über technische Mittel und Maßnahmen zur Verhinderung oder Erschwerung des Einbruchdiebstahls, wie man sich in öffentlichen Verkehrsmitteln vor Gewaltanwendung schützen kann, wie Kinder vor sexuellen Übergriffen geschützt werden können usw. Zur eingriffslosen Kriminalprävention gehören auch die Streifengänge oder -fahrten der Polizei in Gegenden, in denen besonders häufig Straftaten begangen werden. Auch der Einsatz von Polizeikräften bei Massenveranstaltungen zählt zu den (zunächst) eingriffslosen Maßnahmen

¹⁰⁶ BVerfG a.a.O., Rdn. 97.

¹⁰⁷ a.a.O.

¹⁰⁸ a.a.O., Rdn. 100

zur Verhinderung von künftigen Straftaten. Allein die Präsenz der Polizei soll Personen daran hindern, Straftaten zu begehen.

Soweit die Vorsorge zum Zwecke der Verhinderung von Straftaten in der eingriffslosen Kriminalprävention liegt, bestehen gegen die entsprechenden Maßnahmen der Polizeien des Bundes und der Länder keine Bedenken. Hier wird eher zu wenig als zu viel getan. Die Maßnahmen zur Verhinderung von Straftaten und die Strafverfahrensvorsorge bestehen jedoch in immer stärkerem Maße in der Sammlung, Auswertung und Übermittlung von personenbezogenen Daten, um künftige Straftaten besser verhindern und – sollten sie gleichwohl begangen werden – besser verfolgen zu können¹⁰⁹. Dieser Bereich ist unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten problematisch, da hier zum Teil sehr tief und in umfangreichem Maße, was die Zahl der Betroffenen angeht, in Grundrechte eingegriffen wird (siehe im Einzelnen Teil 2 Abschnitt IV. Grenzen der Prävention/Gefahrenabwehr).

III. Gefahrenabwehr und -vorsorge als Aufgabe von Polizei und Ordnungsbehörden

Das Wort „Polizei“ kommt von dem griechischen Wort „πολιτεία“, in dem seinerseits das Wort „πολις“ (Stadt) enthalten ist, und meinte zunächst die Verfassung des (Stadt-)Staates, den Status seiner Bürger und die Kunst des Regierens. Über den entsprechenden lateinischen Begriff „politia“ wandelte sich das Wort in den deutschen Begriff „Polizei“, womit zunächst die gesamte weltliche Verwaltung bezeichnet wurde. Im Laufe der letzten Jahrhunderte verengte sich der Polizeibegriff immer mehr auf die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung sowie die Strafverfolgung. Wenn man heute von „Polizei“ spricht, meint man im allgemeinen Sprachgebrauch die Polizei als Organisation mit den genannten Aufgaben (institutioneller oder formeller Polizeibegriff)¹¹⁰. Nach dem 2. Weltkrieg traten unter dem Einfluss des Besatzungsrechts insbesondere in Norddeutschland neben die Polizeibehörden die sog. Ordnungsbehörden, ebenfalls mit der Aufgabenstellung der Gefahrenabwehr¹¹¹. Zwischen

109 Für das BKA § 20 BKAG „Datenspeicherung für Zwecke künftiger Strafverfahren“ sowie ein umfangreicher Katalog von überwiegend Eingriffsmaßnahmen zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus (§§ 20 a bis x (!))

110 Zur Entwicklung des Polizeibegriffs siehe die Lehrbücher des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts, so beispielsweise Götz, Volker, § 2: Wandlungen des Polizeibegriffs; Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael, § 1: Geschichte und Begriff.

111 So z.B. § 1 Abs. 1 Satz 1 rlpf POG „Die allgemeinen Ordnungsbehörden und die Polizei haben die Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuweh-

Polizei- und Ordnungsbehörden besteht ein Verhältnis der Spezialität, d.h. dass die Gefahrenabwehr grundsätzlich den Ordnungsbehörden zusteht und die Polizei nur dann zum Zuge kommt, wenn und soweit ein Handeln der Ordnungsbehörde nicht oder nicht rechtzeitig möglich erscheint (sog. Recht des ersten Zugriffs)¹¹².

„Polizei ist Ländersache“¹¹³ – Dieser Satz kennzeichnet das Verhältnis der Länderpolicen zu den verschiedenen Polizeien des Bundes und ist Ausdruck des Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland. Im GG wird dies durch die Regelung der Gesetzgebungskompetenz deutlich: Gemäß Art. 70 Abs.1 GG haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Der Bund hat gemäß Art. 73 Abs. 1 die Gesetzgebungskompetenz für ein Bundeskriminalpolizeiamt und hat von dieser Befugnis mit Errichtung des Bundeskriminalamts (BKA) Gebrauch gemacht. Gemäß Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG i.V.m. Art. 73 Nr. 5 GG können durch Bundesgesetz Bundesgrenzschutzbehörden eingerichtet werden; auch von dieser Ermächtigung hat der Bund zunächst mit dem Bundesgrenzschutzgesetz im Jahr 1951¹¹⁴, sodann mit dem BGSNeuRegG Gebrauch gemacht. Sowohl der sog. Bundesgrenzschutz – BGS – (heute: Bundespolizei) als auch das BKA haben in den letzten Jahrzehnten ihre Zuständigkeit erweitert, das BKA zuletzt durch das „Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt“¹¹⁵ vom 25.12.2008.

Hier sei angemerkt, dass es im Jahre 1979 den – gescheiterten – Versuch der BT-Fraktion der CDU/CSU gab, das Polizeirecht des Bundes basierend auf dem MEPolG zu vereinheitlichen (Entwurf eines Gesetzes über die Aufgaben und Befugnisse der für die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zuständigen Behörden des Bundes¹¹⁶). Dieses Gesetz sollte gemäß § 1 des Gesetzesentwurfs für die unten genannten Bundespolizeien, die Behörden mit Polizeibe-

ren.“ oder § 1 Abs. 1 Satz 1 SOG LSA „Die Sicherheitsbehörden und die Polizei haben die gemeinsame Aufgabe der Gefahrenabwehr ...“

112 So z.B. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nds. SOG: „Die Verwaltungsbehörden und die Polizei haben gemeinsam die Aufgabe der Gefahrenabwehr.“ und § 1 Abs. 2 Satz 1 Nds. SOG: „Die Polizei wird in den Fällen des Abs. 1 Satz 1 tätig, sofern die Gefahrenabwehr durch die Verwaltungsbehörden nicht oder nicht rechtzeitig möglich erscheint.“

113 Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael, § 2, Rdn. 35.

114 Gesetz über den Bundesgrenzschutz und die Einrichtung von Bundesgrenzschutzbehörden vom 16.3.1951 – BGBl. I, S. 201.

115 BGBl. I, S. 3083 ff.

116 BT-Drs. 8/997 vom 5.10.1977.

fugnissen und den Zollfahndungsdienst gelten. Der Entwurf scheiterte jedoch in den parlamentarischen Beratungen¹¹⁷.

1. Polizeien des Bundes

a) Bundeskriminalamt

Mit „Gesetz über die Einführung eines Bundeskriminalpolizeiamtes (Bundeskriminalamt)“ vom 8.3.1951 errichtete der Bund „zur Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in der Kriminalpolizei“ das Bundeskriminalamt.¹¹⁸ „Seine Aufgabe ist die Bekämpfung des gemeinen Verbrechers, soweit er sich über das Gebiet eines Landes hinaus betätigt oder voraussichtlich betätigen wird.“ (§ 1 Satz 2 BKAG a.F.). Konkret werden die Aufgaben in § 2 beschrieben. Danach hat das BKA

- Nachrichten und Unterlagen für die kriminalpolizeiliche Verbrechensbekämpfung und die Verfolgung strafbarer Handlungen zu sammeln und auszuwerten
- die Behörden der Länder darüber zu unterrichten und
- die nachrichten- und erkennungsdienstlichen sowie kriminaltechnischen Einrichtungen zu unterhalten.

Ausdrücklich war in § 4 Abs. 1 bestimmt, dass die vorbeugende Verbrechensbekämpfung und die Verfolgung strafbarer Handlungen Ländersache bleibt. Nach § 4 Abs. 2 konnte das BKA aber bereits damals durch eine zuständige Landesbehörde oder den Bundesminister des Inneren mit strafrechtlichen Ermittlungen beauftragt werden, hatte aber noch keine originäre Ermittlungszuständigkeit. Im Jahre 1969 wurde die Ermittlungszuständigkeit auf Fälle erweitert, in denen der Generalbundesanwalt (GBA) oder der Untersuchungsrichter in Verfahren des GBA das BKA ersucht oder beauftragt¹¹⁹. In der Neufassung des BKAG von 1973¹²⁰ erhielt das BKA originäre Ermittlungszuständigkeit

117 Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses (4. Ausschuss) vom 8.3.1979 – BT-Drs. 8/2635.

118 BGBl. I, S. 165 f.

119 Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Einrichtung eines Bundeskriminalpolizeiamtes (Bundeskriminalamtes) vom 19.9.1969 – BGBl. I, S. 1717 f.

120 Bekanntmachung der Neufassung des Gesetzes über die Errichtung eines Bundeskriminalpolizeiamtes (Bundeskriminalamtes) vom 29.6.1973 – BGBl. I, S. 704 ff.

- in Fällen des international organisierten Handels mit Waffen, Munition, Sprengstoff oder Betäubungsmitteln und der international organisierten Herstellung oder Verbreitung von Falschgeld
- bei Straftaten gegen das Leben oder die Freiheit des Bundespräsidenten, von Mitgliedern der Bundesregierung etc..

Wesentliche Änderungen traten 1997 ein mit dem „Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten (Bundeskriminalamtgesetz – BKAG)“¹²¹, in dem Datenerhebung, -verarbeitung und Übermittlung umfassend geregelt wurden, sowie mit dem am 1.1.2009 in Kraft getretenen „Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt“¹²², das dem BKA umfangreiche Befugnisse bis hin zur präventiven Überwachung der Telekommunikation zur Abwehr des internationalen Terrorismus verlieh.

b) Bundespolizei (früher: Bundesgrenzschutz)

Die Bundespolizei ist aus dem Bundesgrenzschutz (BGS) entstanden, der im Jahre 1951 gegründet wurde¹²³. Wie die Bezeichnung besagte, bestand seine wesentliche Aufgabe, die Grenzen der Bundesrepublik Deutschland zu sichern. Aufgrund der Durchlässigkeit der nationalen Grenzen im zusammenwachsenden Europa durch das Schengener Übereinkommen vom 14.6.1985¹²⁴, seine Umsetzung durch das Schengener Durchführungsübereinkommen vom 19.6.1990 und aufgrund der Wiedervereinigung zum 3.10.1990 hat sich der BGS zu einer Bundespolizei gewandelt. Aus einer vornehmlich auf die Grenzen orientierten und verbandsmäßig aufgestellten Polizei ist eine einzeldienstlich orientierte Polizei mit vielfältigen Aufgaben – Bahnpolizei, Schutz vor Angriffen gegen die Sicherheit im Luftverkehr, Schutz der Verfassungsorgane des Bundes, Einsatz im

121 BGBl. I, S. 1650 ff.; Lersch, Roland, Die Entwicklung des BKA-Gesetzes zu einem modernen Polizeigesetz, in: Bundeskriminalamt (Hrsg.), Festschrift für Horst Herold zum 75. Geburtstag, Wiesbaden 1998.

122 BGBl. I, S. 3083 ff.

123 Gesetz über den Bundesgrenzschutz vom 16.3.1951– BGBl. I, S. 201 ff.

124 Übereinkommen zwischen der Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen vom 14.6.1985 – GMBL 1986, S. 79 ff. („Schengen I“) sowie Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14.6.1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen vom 19.6.1990 (Schengener Durchführungsübereinkommen – SDÜ – „Schengen II“) – BGBl. II 1993, S. 1013 ff.

Notstands- und Verteidigungsfall u.a. – geworden. Das „Gesetz zur Übertragung der Aufgaben der Bahnpolizei und der Luftsicherheit auf den Bundesgrenzschutz“ und das „Gesetz zur Neuregelung der Vorschriften über den Bundesgrenzschutz“ trugen dieser Neuorientierung Rechnung¹²⁵; schließlich wurde auch die Bezeichnung dem geänderten Aufgabenspektrum angepasst: Aus dem „Bundesgrenzschutz“ wurde die „Bundespolizei“¹²⁶. Die Bundespolizei ist und bleibt aber auf die Wahrnehmung einzelnen Aufgaben beschränkt. So hat das BVerfG in seinem Beschluss vom 28.1.1998 entschieden, dass der Bundesgesetzgeber dem BGS über die in Art. 87 Abs. 1 Satz 2, 35 Abs. 2 und 3, 91 Abs. 1 und 2 und 115f Abs. 1 Nr. 1 GG genannten polizeilichen Aufgaben hinaus unter bestimmten Voraussetzungen weitere Aufgaben zuweisen kann, der BGS aber nicht zu einer allgemeinen, mit den Landespolizeien konkurrierenden Bundespolizei ausgebaut werden darf¹²⁷.

c) Zollfahndungsdienst

Obwohl der Zollfahndungsdienst (ZFD) nach seiner Aufgabenstellung und seinem personellen Umfang¹²⁸ als Bundespolizei von erheblicher Bedeutung ist, findet er in der Literatur zum allgemeinen Polizeirecht so gut wie keine Erwähnung, während andere Bundespolizeien – insbesondere BKA und Bundespolizei (früher: BGS) – wenn auch nur kurz – dargestellt werden¹²⁹. Der Schwerpunkt der Aufgabenerfüllung liegt beim ZFD traditionell allerdings nicht in der Gefahrenabwehr, sondern in der Ermittlung bestimmter Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Zum Aufgabenkatalog gehört insbesondere die Ermittlung von Betäu-

125 Gesetz zur Übertragung der Aufgaben der Bahnpolizei und der Luftsicherheit auf den Bundesgrenzschutz vom 23.1.1992 – BGBl. I, S. 178 ff.; Gesetz zur Neuregelung der Vorschriften über den Bundesgrenzschutz (Bundesgrenzschutzneuordnungsgesetz – BGSNeuRegG) vom 19.10.1994 – BGBl. I, S. 2978 ff.

126 Gesetz zur Umbenennung des Bundesgrenzschutzes in Bundespolizei vom 21.6.2005 – BGBl. I, S. 1818 ff.

127 Beschluss des BVerfG vom 28.1.1998 – 2 BvF 3/92 (Leitsätze 1 und 2) – www.bverfg.de/entscheidungen/fs19980128_2bvf/000392.html = BVerfGE 97, 198 ff.

128 ZKA und ZFÄ verfügten im Jahre 2007 über einen Personalbestand von insgesamt 3150 Bediensteten – Die Bundeszollverwaltung – Jahresstatistik 2007, S. 21

129 Bei Schenke, Wolf-Rüdiger, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2007, findet der ZFD überhaupt keine Erwähnung, auch nicht im § 9, der sich mit den Polizei- und Ordnungsbehörden als Institutionen befasst; bei Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., München 2008, wird der Zollgrenzdienst und der ZFD in einem Nebensatz erwähnt – § 3 Rdn. 4, das Zollkriminalamt mit einem Satz in § 1 Rdn. 33; Götz, Volker, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl., München 2008, widmet dem ZFD ebenfalls einen Halbsatz „Weitere bundespolizeiliche Zuständigkeiten bestehen für das Zollkriminalamt und die Zollfahndungsämter (Art. 73 Nr. 5, 87 III 2 GG), den Inspekteur ...“ (§ 16 Rdn. 18).

bungsmittel-Delikten, Zoll- und Verbrauchsteuerhinterziehungen, Außenwirtschafts- und KWKG-Delikten, Straftaten im Bereich der EG-Agrarmarktordnungen, Straftaten und Ordnungswidrigkeiten in den Bereichen „Artenschutz“ und „Markenpiraterie“¹³⁰. Die Aufgabe der Gefahrenabwehr wird vom ZFD insbesondere dann wahrgenommen, wenn es gilt, Straftaten nach dem KWKG oder dem AWG zu verhindern.

aa) Entstehung und Entwicklung

Anders als der Zollabfertigungsdienst und der Grenzaufsichtsdienst gehört der ZFD nicht zu den ältesten Zweigen der Zollverwaltung. Der ZFD ist erst nach dem Ersten Weltkrieg entstanden. Als Entstehungsdatum für den ZFD kann man den Erlass des Reichministers der Finanzen (RFM) vom 5.11.1919 ansehen, in dem ausgeführt wurde, dass beabsichtigt sei, „in dem Bezirk eines jeden Finanzamtes mit Landesgrenze einen oder zwei Oberbeamte der Zollverwaltung als Zollgrenzkommissare¹³¹ zu bestellen¹³²“, die die Aufgabe haben sollten

„1. die Verbindung zwischen der Zollverwaltung und den verschiedenen bei der Grenzüberwachung tätigen Dienststellen anderer Verwaltungen aufrecht zu erhalten. Sie sollen hierbei insbesondere darauf hinwirken, daß eine enge Fühlungnahme zwischen den örtlichen Polizei- und Zolldienststellen stattfindet, und daß von Seiten der Polizei die Interessen der Zollverwaltung in dem gewünschten Masse beachtet wird,

2. den Grenzverkehr in einem größeren Bezirk zu überwachen und den Spuren des Schmuggels und der Kapitalflucht, auch soweit sie sich ins Innere des Landes erstrecken oder jenseits der Grenzen liegen, nachzugehen.“

In einer Besprechung vom 13. bis 15.12.1919 im Reichsfinanzministerium wurden die näheren Einzelheiten (Aufgabenstellung, Arbeitsweise, Organisation, personelle Besetzung, rechtliche Stellung der Zollgrenzkommissare) festgelegt¹³³. In der Rheinprovinz hatten die Zollgrenzkommissare ihre Arbeit bereits aufgenommen. Mit Erlass des RFM vom 24.12.1919 wurde angeordnet, die 22 Standorte der Zollgrenzkommissariate entsprechend dem in der Besprechung

130 Im Jahre 2007 wurden vom ZKA und den acht ZFÄ 15.674 Ermittlungsfälle gegen 20.669 Tatverdächtige geführt – Die Bundeszollverwaltung – Jahresstatistik 2007, S. 14

131 Zollgrenzkommissare i.S.d. Erlasses sind nicht identisch mit den Bezirksgrenzkommissaren, die sog. Zollkommissariaten Grenze (ZkomG) vorstanden und mit Erlass des Bundesministers der Finanzen vom 17.3.1951 – III O 3100-20/51 – in Zollgrenzkommissare (ZGK) umbenannt worden sind.

132 Erlass des RFM vom 5.11.1919 – IV Wa 3693 – zitiert von Wöbker, Reinhard, Der Zollfahndungsdienst, Diss., Universität Köln 1953, S. 15.

133 Einzelheiten siehe bei Wöbker, Reinhard, a.a.O., S. 16 ff.

vom 13. bis 15.12.1919 aufgestellten Plan einzurichten und vorläufige Richtlinien für den Dienst und die Ausbildung aufzustellen¹³⁴. Mit Erlass des RFM vom 24.2.1922 wurden die Dienststellen der Zollgrenzkommissare erstmals als „Zollfahndungsdienststellen“ bezeichnet¹³⁵. Die Zollfahndungsdienststellen erhielten durch Gesetz vom 4.7.1939¹³⁶ – Einfügung des § 17 Abs. 4 in die RAO – ihre gesetzliche Grundlage.

Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges und vor Gründung der Bundesrepublik Deutschland wurden die Ämter der Reichszollverwaltung und damit auch die Zollfahndungsdienststellen zunächst in die Landesfinanzverwaltungen eingegliedert. Nach Konstituierung der Bundesrepublik Deutschland erhielt der Bund in Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG die ausschließliche Gesetzeskompetenz über

„die Einheit des Zoll- und Handelsgebietes, die Handels- und Schiffahrtsverträge, die Freizügigkeit des Warenverkehrs und den Warenverkehr mit dem Ausland einschließlich des Zoll- und Grenzschutzes.“

Nach Art. 87 Abs. 1 GG wird die Bundesfinanzverwaltung in bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau geführt. Die Zollfahndungsdienststellen wurden örtliche Behörden der Bundesfinanzverwaltung (§ 1 Nr. 2 FVG)¹³⁷. Bis zur Wiedervereinigung Deutschlands bestanden in der Bundesrepublik 21 Zollfahndungsämter entsprechend den 21 Oberfinanzdirektionen, denen die ZFÄ als örtliche Behörden unterstellt waren. Nach der Wiedervereinigung entstanden in den neuen Bundesländern fünf weitere ZFÄ. Im Rahmen von Umorganisationen der Bundeszollverwaltung¹³⁸ wurde die Anzahl der ZFÄ auf acht – allerdings im Personalbestand wesentlich größere – ZFÄ reduziert, die nicht mehr den – damals noch auch als Bundesbehörden existierenden – Oberfinanz-

134 Wöbker, Reinhard, a.a.O., S. 20 f., und Wamers, Paul/Fehn, Bernd Josef, Handbuch Zollfahndung, Köln 2006, S. 3, die dieses Datum als Gründungsdatum des deutschen ZFD bezeichnen.

135 Erlass des RFM vom 24.2.1922 – IIp 4180 I Ang. – zitiert bei Wöbker, Reinhard, a.a.O., S. 23.

136 RGBI. I, S. 1181.

137 Finanzverwaltungsgesetz vom 6.9.1950 – BGBl. I, S. 448 – Zur Entwicklung des ZFD nach dem Zweiten Weltkrieg siehe insbesondere Wamers, Paul/Fehn, Bernd Josef, Handbuch Zollfahndung, Köln 2006, S. 5 ff.; zur Entstehung und Entwicklung des ZFD siehe auch Nöllenburg, Niklas, Zollrechtliche Gefahrenabwehr und –vorsorge, Diss. Münster, 2007, S. 37 ff.

138 Strukturentwicklung Bundesfinanzverwaltung Grobkonzept Oktober 2000; Strukturentwicklung Bundesfinanzverwaltung – Feinkonzept 2001; Gesetz zur Änderung des Finanzverwaltungsgesetzes und anderer Gesetze vom 14.12.2001 – BGBl. I, S. 3714 ff.; Zweites Gesetz zur Änderung des Finanzverwaltungsgesetzes vom 13.12.2007 – BGBl. I, S. 2897 ff.

direktionen unterstellt sind, sondern dem Zollkriminalamt in Köln als einer Mittelbehörde in der Bundesfinanzverwaltung unterstellt wurden. Die Bezirke der ZFÄ umfassen die Gebiete mehrerer Bundesländer¹³⁹.

Das Zollkriminalamt (ZKA) existiert als solches erst seit dem 15.7.1992¹⁴⁰. Vorläufer des ZKA war das Zollkriminalinstitut (ZKI), das seinerseits nach dem Zweiten Weltkrieg zum 1.1.1952 aus der Zollkriminalwissenschaftlichen Abteilung der Zolltechnischen Prüfungs- und Lehranstalt Köln gegründet wurde, „weil ihr Aufgabenkreis einen Umfang angenommen hat, der den Rahmen einer solchen Anstalt übersteigt.“¹⁴¹ Der Erlass des BdF gab dem ZKI die Stellung einer Zollfahndungsdienststelle, personell und verwaltungsmäßig unterstellt dem Leiter der Zoll- und Verbrauchsteuerabteilung der OFD Köln, fachlich dem BMF. Das ZKI hatte folgende Aufgaben:

- Durchführung zollwissenschaftlicher Untersuchungen
- Fortentwicklung der Zollkriminalwissenschaft
- Arbeit als Zentrale Zollnachrichtenstelle
- Erledigung sonstiger, vom BMF übertragener Aufgaben.

In den Folgejahren erweiterte sich der Aufgabenkatalog: Das ZKI wurde zuständig für die Fortbildung der Zollfahndungsbeamten und für die sog. Marktbeobachtung¹⁴², d.h. die Sammlung und Auswertung aller Daten in den Kriminalitätsfeldern, für die der ZFD zuständig ist, und das Zurverfügungstellen dieser Auswertungen für die Gefahrenabwehr und die Ermittlungen des ZFD.

139 Grafik über die Standorte der acht ZFÄ und des ZKA sowie den jeweils örtlichen Zuständigkeitsbereich siehe Bundesministerium der Finanzen, Die Bundeszollverwaltung, Oktober 2008, S. 28 – www.zoll.de.

140 Gesetz zur Änderung des Finanzverwaltungsgesetzes und anderer Gesetze vom 7.7.1992 – BGBl. I, S. 1222 ff.; zur Entwicklung des ZKI zum ZKA im Einzelnen: Wamers, Paul/Fehn, Bernd Josef, Handbuch Zollfahndung, a.a.O., S. 4 ff.

141 Erlass des BdF vom 3.1.1952 – III O 1760 – 3/51 – BZBl. 1952, 13.
Es sei angemerkt, dass es bereits in der Weimarer Republik einen Vorläufer des ZKI gab: die sog. Hauptfahndungsstelle der Reichszollverwaltung, die allerdings durch Erlass des RFM vom 23.4.1924 – IIp 8430 – wieder aufgelöst wurde – weitere Einzelheiten bei Wöbker, Reinhard, a.a.O., S. 24 ff.

142 Zum Begriff und zur Arbeitsweise der Marktbeobachtung ausführliche Darstellung bei Wamers, Paul, Marktbeobachtung – Eine Aufgabe des Zollfahndungsdienstes, Schriftenreihe des ZKA, Band 2, Köln 1995.

Von entscheidender Bedeutung für die Stellung des ZKI wurden die Vorgänge um Rabta/ Libyen¹⁴³. Dieser Skandal hatte deutlich gezeigt, dass das ZKI in seiner Stellung, personellen und sächlichen Ausstattung nicht in der Lage gewesen war, den Bau der Fabrik zur Herstellung chemischer Waffen zu erkennen und rechtzeitig zu verhindern. Aus dem ZKI wurde das ZKA, das durch eine entsprechende Änderung des FVG den Status einer Bundesoberbehörde erhielt und personell und sächlich so ausgestattet wurde, dass es den gestellten Anforderungen künftig gerecht werden konnte. Mit der Stellung als Bundesoberbehörde war allerdings der Nachteil verbunden, dass die ZFÄ dem ZKA aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 87 GG) nicht unterstellt werden konnten. Dieser notwendige Schritt wurde mit dem „Gesetz über das Zollkriminalamt und die Zollfahndungsämter (Zollfahndungsdienstgesetz – ZFdG)“ vom 16.8.2002 nachgeholt, in dem es in § 1 heißt:

„Behörden des Zollfahndungsdienstes sind das Zollkriminalamt als Mittelbehörde und die ihm unterstehenden Zollfahndungsämter als örtliche Behörden im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Finanzen.“

bb) Rechtsgrundlagen

Der Bund hat seine ausschließliche und konkurrierende Gesetzgebung genutzt, um für bestimmte Sachbereiche auch die Normen zu setzen, die der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in diesem Sachbereich dienen. Das BVerfG bezeichnet diese Kompetenz als „Annex“ der Sachkompetenz¹⁴⁴. So hat der Bund gemäß Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG die ausschließliche Gesetzgebung über

143 Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Finanzverwaltungsgesetzes und anderer Gesetze – BT-Drs. 12/1460 vom 5.11.1991, S. 6; „Die Errichtung des Zollkriminalamtes als Bundesoberbehörde diene in erster Linie dazu, der Entwicklung in dem Bereich der Überwachung des Außenwirtschaftsverkehrs mit entsprechender Strafverfolgung als Folge der Rabta-Affäre und einer damit verbundenen Schlüsselrolle des Zollkriminalinstituts Rechnung zu tragen.“ so die amtliche Begründung des Entwurfs des ZFnrG – BT-Drs. 14/8007 neu, S. 21.

144 Beschluss des BVerfG vom 29.4.1958 – 2 BvO 3/56, = BVerfGE 8, 143 ff. (150); Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 zur Kompetenz des Bundesgesetzgebers, die präventive Telekommunikations- und Postüberwachung durch das ZKI im AWG zu regeln: „Von der Gesetzgebungskompetenz nach Art. 73 Nr. 5 GG sind auch die auf den Außenwirtschaftsverkehr bezogenen präventiv-polizeilichen Maßnahmen erfasst...und damit auch die hier in Rede stehenden besonderen Regelungen zur Verhütung der in § 39 AWG in Bezug genommenen Straftaten.“

„die Einheit des Zoll- und Handelsgebietes, die Handels- und Schifffahrtsverträge, die Freizügigkeit des Warenverkehrs und den Warenverkehr mit dem Ausland einschließlich des Zoll- und Grenzschutzes.“

In Ausübung dieser Zuständigkeit hat der Bund mit dem „Gesetz über das Zollkriminalamt und die Zollfahndungsämter (Zollfahndungsdienstgesetz – ZFdG)“ vom 16.8.2002 Organisation, Aufgaben und Befugnisse des Zollfahndungsdienstes umfänglich geregelt (Annexkompetenz)¹⁴⁵. Verschiedene, weit verstreute Bestimmungen regelten vor Inkrafttreten des ZFdG Organisation, Aufgaben und Befugnisse des ZFD, die z.T. auch nach Inkrafttreten des ZFdG weiter gelten und sich teilweise mit Vorschriften des ZFdG überschneiden, so z.B. die verschiedenen Vorschriften, die den Beamten des ZFD die Rechtsstellung einer Ermittlungsperson der StA (früher: Hilfsbeamte der StA) einräumen (z.B. § 37 Abs. 3 Satz 2 AWG; § 37 Abs. 3 Satz 2 MOG; § 404 Satz 2, 2. Halbsatz AO – § 16 2. Halbsatz ZFdG, § 26 Abs. 1 Satz 2 ZFdG).

Das ZFdG, das in seinen Vorarbeiten bis auf das Jahr 1992 zurückgeht, war erforderlich geworden, um den veränderten Verhältnisse nach der Umstrukturierung des ZFD gerecht zu werden, die Befugnisse im präventiven Bereich zu erweitern und vor allem die für den ZFD fehlenden bereichsspezifischen Datenschutzregelungen zu normieren¹⁴⁶.

cc) Organisation, Aufgaben und Befugnisse

(1) Organisation

Der ZFD besteht gemäß § 1 ZFdG aus dem ZKA und acht ZFÄ, die dem ZKA unterstellt sind; das ZKA ist Mittelbehörde, steht also auf derselben organisatorischen Stufe wie die Oberfinanzdirektionen bzw. seit dem 1.1.2008 die fünf Bundesfinanzdirektionen¹⁴⁷. Die Unterstellung der ZFÄ unter das ZKA war lan-

145 Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Zollfahndungsdienstes (Zollfahndungsneuregelungsgesetz – ZFnrG) vom 16.8.2002 – BGBl. I, S. 3202 ff.. Mit der Frage der Gesetzgebungskompetenz für das ZFdG befasst sich auch ausführlich Nöllenburg, Niklas, Zollrechtliche Gefahrenabwehr und -vorsorge, Diss. Münster 2007, S. 275 ff., der für die Regelungen der Gefahrenabwehr und -vorsorge des ZFdG die Gesetzgebungskompetenz des Bundes in Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG als Annexkompetenz sieht (S. 288/289), für die Verfahrensvorsorge in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, 4. Alt. GG, ebenfalls als Annexkompetenz (S. 294/295).

146 Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Zollfahndungsdienstes (Zollfahndungsdienstneuregelungsgesetz – ZFnrG) – BT-Drs. 14/8007 neu, S. 1, 21.

147 Errichtung der Bundesfinanzdirektionen durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Finanzverwaltungsgesetzes und anderer Gesetze vom 13.12.2007 – BGBl. I, S. 2894 ff.

ge Zeit bei den ZFÄ und den Oberfinanzdirektionen umstritten. Sie ist aber unter dem Aspekt der Effektivität die einzig richtige Entscheidung und hätte schon früher getroffen werden müssen.

(2) Aufgaben

Obwohl der ZFD als Bundespolizei eine eingeschränkte Zuständigkeit hat und aus verfassungsrechtlichen Gründen auch haben muss, ist das Aufgabenspektrum doch relativ weit. Zum einen haben die Beamten des ZFD bestimmte Gefahren für die öffentliche Sicherheit abzuwehren und Gefahrenvorsorge zu treffen, zum anderen haben sie bestimmte Straftaten und Ordnungswidrigkeiten zu ermitteln.

Die ZFÄ wirken gemäß § 24 ZFdG insbesondere „bei der Überwachung des Außenwirtschaftsverkehrs und des grenzüberschreitenden Warenverkehrs mit.“ Sie „haben zur Verhütung und Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, zur Aufdeckung unbekannten Straftaten sowie zur Vorsorge für künftige Strafverfahren im Zuständigkeitsbereich der Zollverwaltung insbesondere erforderliche Informationen zu beschaffen, auszuwerten sowie das Zollkriminalamt und andere Zolldienststellen über die sie betreffenden Erkenntnisse zu unterrichten.“ Ihnen obliegt gemäß § 25 ZFdG die Durchführung von erkennungsdienstlichen Maßnahmen nach § 81b StPO auch zur Vorsorge für künftige Strafverfahren im Zuständigkeitsbereich der Zollverwaltung. Sie haben Sicherungs- und Schutzmaßnahmen zur Abwehr einer im Einzelfall bestehenden Gefahr für Leib, Leben Gesundheit oder Freiheit der Willensentschließung oder –betätigung der eingesetzten Beamten, dritter Personen oder zum Schutz von wesentlichen Vermögenswerten zu treffen.

Das ZKA unterstützt gemäß § 3 Abs. 1 ZFdG die anderen Behörden der Zollverwaltung bei der Sicherung des Steueraufkommens und bei der Überwachung der Ausgaben der Gemeinschaft sowie bei der Verhütung und Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten in deren Zuständigkeitsbereich. Es nimmt für den ZFD die Aufgabe der einzelfallunabhängigen Marktbeobachtung wahr und hat dabei den innerstaatlichen, innergemeinschaftlichen, grenzüberschreitenden und internationalen Waren-, Kapital- und Dienstleistungsverkehr zu beobachten sowie geeignete Maßnahmen zur Verhütung von Zuwiderhandlungen zu treffen.

Das ZKA kann gemäß § 4 Abs. 1 ZFdG in Fällen von besonderer Bedeutung anstelle des sonst örtlich zuständigen ZFA ermitteln. Das ist i.d.R. dann der Fall, wenn das ZKA eine Maßnahme der Überwachung der Telekommunikations- und Postüberwachung nach § 23a ff. ZFdG durchgeführt hat (im Einzelnen sie-

he Teil 3 Abschnitt III), aus der sich der Verdacht ergibt, dass der Überwachte eine Straftat nach AWG oder KWKG begangen oder zu begehen versucht hat. Aber auch in anderen Deliktsbereichen wie dem Rauschgift- oder Zigaretten-smuggel ist eine Ermittlungstätigkeit des ZKA anstelle der örtlich zuständigen ZFÄ möglich, sofern es sich um einen Fall von besonderer Bedeutung handelt. Das ZKA hat gemäß § 5 Abs. 2 ZFdG die Aufgabe des Zeugenschutzes.

(3) Befugnisse zur Gefahrenabwehr und -vorsorge

Für die Gefahrenabwehr und -vorsorge stehen dem ZFD die klassischen Instrumente wie z.B.

- Identitätsfeststellung
- Durchsuchung einer Person oder Sache
- Ortsverweis
- Sicherstellung einer Sache

zu. Darüber hinaus verfügen ZFÄ und ZKA über folgende besondere Befugnisse:

- zur Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten
- zur Durchführung längerfristiger Observationen
- zum verdeckten Einsatz technischer Mittel zur Anfertigung von Bildaufnahmen und -aufzeichnungen
- zum verdeckten Einsatz technischer Mittel zum Abhören und Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes
- zum Einsatz von Privatpersonen, deren Zusammenarbeit mit dem ZKA oder den ZFÄ Dritten nicht bekannt ist (sog. Vertrauenspersonen)
- zur Eigensicherung durch Einsatz technischer Mittel.

Der Einsatz von Verdeckten Ermittlern zur Gefahrenabwehr oder -vorsorge ist dem ZFD nicht gestattet.

Nur dem ZKA steht darüber hinaus gemäß §§ 23a ff. ZFdG die Befugnis zu, die Telekommunikation und den Brief- und Postverkehr zur Verhinderung von bestimmten Straftaten nach dem KWKG und zur Verhinderung von Ausfuhren, die sonst die öffentliche Sicherheit gefährden würden, zu überwachen (im Einzelnen siehe Teil 3 Abschnitt III).

(4) Befugnisse im Ermittlungsverfahren

Soweit die ZFÄ oder das ZKA Ermittlungen durchführen, stehen ihnen und ihren Beamten gemäß § 26 Abs. 1 ZFdG dieselben Rechte und Pflichten zu wie den Behörden und Beamten des Polizeidienstes nach den Vorschriften der Strafprozessordnung (StPO). Sie sind Ermittlungspersonen der StA (früher: Hilfsbeamte der StA). Die Ermittlungszuständigkeit der ZFÄ ist eingeschränkt auf bestimmte Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, so insbesondere auf Straftaten und Ordnungswidrigkeiten nach der AO, dem AWG, KWKG und dem MOG. Das ZKA kann bei Ordnungswidrigkeiten – mögen sie auch noch so schwerwiegend sein – nicht ermitteln (§ 4 Abs. 1 Satz 1 ZFdG: „Das Zollkriminalamt kann in Fällen von besonderer Bedeutung die Aufgaben der Zollfahndungsämter auf dem Gebiet der Strafverfolgung wahrnehmen und die Ermittlungen selbst durchführen.“). Die Befugnisse der Polizeibeamten nach der StPO sind den Zollfahndungsbeamten bereits in den Gesetzen, die ihnen die jeweilige sachliche Zuständigkeit verleihen, verliehen, sodass es sich in § 26 Abs. 1 ZFdG lediglich um eine – wenn auch sinnvolle – Wiederholung handelt¹⁴⁸. Dasselbe gilt von § 26 Abs. 1 Satz 2, in dem es heißt, dass die Zollfahndungsbeamten Ermittlungspersonen der StA sind. Auch hier geben die einzelnen Gesetze, die die sachliche Zuständigkeit der Zollfahndungsbeamten begründen, ihnen zugleich diese Befugnis, schränken die Befugnis aber gleichzeitig auch ein auf die Ermittlungen im jeweiligen Zuständigkeitsbereich (vgl. § 37 Abs. 3 Satz 2 AWG, in dem es heißt, dass sie „insoweit Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft“ sind.). § 26 Abs. 2 Satz 2 ZFdG kann auch nicht so verstanden werden, dass damit der Zollfahndungsbeamte uneingeschränkt Ermittlungsperson der StA ist. Zum einen wären dann die Einschränkungen in § 37 AWG und § 37 MOG unzutreffend und müssten gestrichen werden; zum anderen verleiht die Eigenschaft, Ermittlungsperson der StA zu sein, dieser Person nur besondere

148 a.A. Wamers, Paul in: Wamers, Paul/Fehn, Bernd Josef (Hrsg.), Handbuch Zollfahndung, Köln 2006, Kapitel A, Rdn. 168, der die §§ 16, 26 Abs. 1 ZFdG als Auffang- bzw. Generalklauseln ansieht. Hier verwechselt Wamers Befugnisse und Zuständigkeiten, wenn er im Anschluss an den Streit, ob Zollfahndungsbeamte im Falle von Idealkonkurrenz zwischen dem Delikt, für dessen Aufklärung die Zollfahndungsbeamten gesetzlich zuständig sind (z.B. Zollhinterziehung), und dem Delikt, für dessen Aufklärung sie an sich nicht zuständig sind (z.B. Urkundenfälschung), für beide Delikte zuständig sind (so Urteil des BGH vom 24.10.1989 – NStZ 1990, 38) meint, dass „durch die Vorschriften der §§ 16, 26 Abs. 1 ZFdG ...die Problematik für den Fahndungsdienst endgültig einer Lösung zugeführt“ sei. Nicht die Eigenschaft, Ermittlungsperson zu sein, ist die Klammer zwischen beiden Delikten, sondern die Konstruktion der Idealkonkurrenz oder – weiter ausgedehnt – der Tatbegriff des § 264 StPO. Der Auffassung des BGH, dessen Urteil die Erweiterung der Zuständigkeit betrifft und primär auf Praktikabilitätsgründen beruht, ist zuzustimmen.

Befugnisse (nämlich z.B. bei Gefahr im Verzuge auch ohne richterlichen Durchsuchungsbeschluss eine Durchsuchung rechtmäßig anordnen zu können), erweitert aber nicht die Zuständigkeit. Dies gilt auch dann, wenn Staatsanwaltschaften – wie wiederholt geschehen – Zollfahndungsbeamte mit der Durchführung von Ermittlungen beauftragen, die nicht in ihre sachliche Zuständigkeit fallen.

d) Weitere Bundesbehörden mit polizeilichen Befugnissen

Der Präsident des Deutschen Bundestages hat nach Art. 40 Abs. 2 GG die Polizeigewalt im Deutschen Bundestag. Bei der Erfüllung der polizeilichen Aufgaben gilt allgemeines Polizeirecht. Der Präsident des Deutschen Bundestages hat eine Dienstanweisung für seine Polizeibeamten, die gemäß § 1 Abs. 2 BPolG Polizeivollzugsbeamte des Bundes sind, erlassen, die sich an dem MEPolG orientiert.

Weitere Bundesbehörden, die polizeiliche Aufgaben wahrnehmen, sind die Behörden der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung, das Kraftfahrt-Bundesamt, das Bundesamt für den Güterverkehr, das Eisenbahn-Bundesamt und die Anstalt Deutscher Wetterdienst.

2. Länderpolizeien

Nach dem Ende des 2. Weltkrieges entstanden in den Besatzungszonen und unter dem Einfluss der Besatzungsmächte auf regionaler Ebene polizeiliche Organisationen, nachdem zunächst die Militärpolizeien der verschiedenen Besatzungsmächte die Polizeiaufgaben übernommen hatten. So übergab die britische Militärregierung in Niedersachsen die Polizeigewalt mit dem Übergangsgesetz vom 23.4.1947 an deutsche Stellen. Erst nach Bildung von Landesparlamenten kam es zu einheitlichen Regelungen durch entsprechende Polizeigesetze, so z.B. in Niedersachsen durch das Niedersächsische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 1.4.1951. Zur Entwicklung des Polizei- und Ordnungsrecht in den Ländern im Einzelnen siehe Götz, Volker, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, § 3 Rdn. 8 ff.

Trotz Länderkompetenz im allgemeinen Polizeirecht war eine Zusammenarbeit der Bundesländer auf dem Gebiet des Polizeiwesens und eine gewisse Einheitlichkeit in den Polizeigesetzen notwendig. Die Zusammenarbeit wurde und wird insbesondere durch die regelmäßig stattfindenden Innenminister-Konferenzen (IMK) erreicht. Die IMK erarbeitete in den Jahren von 1972 bis 1976 den Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder (ME-

PolG)¹⁴⁹, der auf der IMK am 25.11.1977 als Empfehlung für die Gesetzgebung der Länder beschlossen wurde. Die Polizeigesetze der Länder orientierten sich an diesem Beschluss und übernahmen häufig einzelne Passagen wortwörtlich. Der Entwurf wurde von der IMK – insbesondere unter dem Eindruck des Volkszählungsurteils des BVerfG vom 15.12.1983¹⁵⁰ – ergänzt, z.B. § 8a Datenerhebung, § 10a Datenspeicherung, -veränderung und -nutzung, § 10c Datenübermittlung, § 10d automatisiertes Abrufverfahren, § 10g Berichtigung, Löschung und Sperrung von Daten, § 10h Errichtungsanordnung. Unter dem Begriff „Besondere Formen der Datenerhebung“ (§ 8c) wurden

- die längerfristige Observation
- der verdeckte Einsatz technischer Mittel, insbesondere zur Anfertigung von Bildaufnahmen oder –aufzeichnungen sowie zum Abhören des gesprochenen Wortes auf Tonträger
- der Einsatz von Polizeivollzugsbeamten unter einer Legende (verdeckte Ermittler)
- der Einsatz sonstiger Personen, deren Zusammenarbeit mit der Polizei Dritten nicht bekannt ist (Vertrauenspersonen)

eingeführt und normiert.

Im Jahre 1986 wurden die Arbeiten am MEPolG eingestellt. Im Zuge der Bekämpfung des Terrorismus führten mehrere – nicht alle! – Bundesländer Ende der 90er Jahre/Anfang 2000 die präventive Telekommunikationsüberwachung ein (siehe im Einzelnen Teil 3 Abschnitt III.).

IV. Grenzen der Prävention/Gefahrenabwehr

1. Rechtsprechung des BVerfG

Angesichts der starken Ausweitung von Prävention/Gefahrenabwehr, aber auch strafrechtlicher Normen hatte das BVerfG wiederholt über Normenkontrollkla-

149 Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder i.d.F. des Vorentwurfs zur Änderung der MEPolG (Stand: 12.3.1986) – abgedruckt bei Schenke, Wolf-Rüdiger, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2007, Anhang (S. 395 ff.).

150 Urteil des BVerfG vom 15.12.1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 – BVerfGE 65, 1 ff.; zur grundlegenden Bedeutung des Volkszählungsurteils siehe Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael, Polizei- und Ordnungsrecht, § 1 Rdn. 31, § 12 Rdn. 7; Götz, Volker, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, § 3 Rdn. 4 ff.

gen und Verfassungsbeschwerden zu entscheiden. Die Entscheidungen des BVerfG führten teilweise zur Aufhebung der entsprechenden Gesetze, meistens aber nur zu einer Einschränkung der Befugnisse unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit. Auch die Begrenzung strafrechtlicher Normen strahlte auf präventive Normen ab. So hatte beispielsweise das Urteil des BVerfG, das die repressive Wohnraumüberwachung nach § 100c StPO vom 3.3.2004 betraf, Auswirkungen auf die präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung im Außenwirtschaftsrecht – Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004. Prävention ist heute untrennbar mit der Erhebung personenbezogener Daten, deren Verwertung und Übermittlung verbunden. Das BVerfG hob bereits 1983 im sog. Volkszählungsurteil die besondere Bedeutung der personenbezogenen Daten hervor und formulierte zunächst das „Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung“¹⁵¹, wesentlich später – im Jahre 2008 – das „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“¹⁵².

Vor allem folgende Entscheidungen sind zu nennen:

- Sog. Volkszählungsurteil (Urteil des BVerfG vom 15.12.1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83)
- Urteil zur Telekommunikationsüberwachung durch den BND gemäß G zu Art. 10 GG (Urteil des BVerfG vom 14.7.1999 – 1 BvR 2226/94)
- Begriff der „Gefahr im Verzuge“ (Urteil des BVerfG vom 20.2.2001 – 2 BvR 1444/00)
- Herausgabe von Verbindungsdaten über Telefongespräche von Journalisten (Urteil des BVerfG vom 12.3.2003 – 1 BvR 330/96 und 1 BvR 348/99)
- Repressive akustische Wohnraumüberwachung /sog. Großer Lauschangriff (Urteil des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98)
- Einsatz von GPS im Ermittlungsverfahren (Urteil des BVerfG vom 12.4.2005 – 2 BvR 581/01)
- Rasterfahndung (Beschluss des BVerfG vom 4.4.2006 – 1 BvR 518/02)

151 Urteil des BVerfG vom 15.12.1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 – BVerfGE 65,1 ff.

152 Urteil des BVerfG vom 27.2.2008 – 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07 – Leitsatz 1: „Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) umfasst das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.“ – BVerfGE 120, 274 ff. (274).

- Präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung durch das ZKA (Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvF 3/92)
- Präventive Telekommunikationsüberwachung nach § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nds. SOG) (Urteil des BVerfG vom 27.7.2005 – 1 BvR 668/04)
- Verlängerung der Befugnisse des ZKA zur präventiven Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung (Beschluss des BVerfG vom 14.2.2007 – 1 BvR 2721/05)
- Videoüberwachung eines Kunstwerks im öffentlichen Raum (Beschluss des BVerfG vom 23.2.2007 – 1 BvR 2368/06)
- Neuregelung der akustischen Wohnraumüberwachung (Beschluss des BVerfG vom 11.5.2007 – 2 BvR 543/06)
- Online-Durchsuchung und Quellen-Telekommunikationsüberwachung (Urteil des BVerfG vom 27.2.2008 – 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07)
- Automatisierte Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen zum Zwecke des Abgleichs mit dem Fahndungsbestand (Urteil des BVerfG vom 11.3.2008 – 1 BvR 2074/05 und 1 BvR 1254/07)
- Anordnung der DNA-Untersuchung zur Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren (Beschluss des BVerfG vom 1.9.2008 – 2 BvR 939/08)
- Vorratsspeicherung von Telekommunikationsdaten (Beschlüsse des BVerfG vom 11.3.2008 – 1 BvR 256/08 – und vom 28.10.2008 – gl. Az. –; Urteil des BVerfG vom 2.3.2010 – 1 BvR 256/08)

Im Folgenden sollen die Entscheidungen des BVerfG, die sich mit der Erhebung und Verarbeitung von Daten insbesondere aus der Telekommunikationsüberwachung befassen, dargestellt werden.

2. Die Entscheidungen im Einzelnen

a) Urteil vom 15.12.1983 – sog. Volkszählungsurteil

Die mit Abstand wichtigste Entscheidung des BVerfG zur Beschränkung einer ungehemmten Datensammlung durch staatliche Organe, die maßgeblichen Einfluss auf die Gesetzgebung (so beispielsweise auf die Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes im Jahre 1990, die Datenschutzgesetze der Länder und vor allem auf den Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder – MEPolG – i.d.F. des Vorentwurfs zur Änderung des MEPolG vom

12.3.1986¹⁵³, der seinerseits die Polizeigesetze der Länder und das ZFdG entscheidend beeinflusste – siehe im Einzelnen Teil 2 Abschnitte I. bis III. der Arbeit) hatte und in zahlreichen weiteren Entscheidungen des BVerfG zitiert und differenziert wird, ist das sog. Volkszählungsurteil aus dem Jahre 1983. Die Entscheidung ist nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar eine Entscheidung, die präventive Maßnahmen oder Maßnahmen der Gefahrenabwehr des Staates beschränkt, und wird in späteren Entscheidungen des BVerfG zu präventiven Maßnahmen/Maßnahmen der Gefahrenabwehr zitiert¹⁵⁴. Anlass für die Entscheidung war das Volkszählungsgesetz 1983¹⁵⁵, nach dem am 27.4.1983 eine Volkszählung in Form einer äußerst umfassenden Erhebung in allen Haushalten der Bundesrepublik Deutschland stattfinden sollte. Breite Bevölkerungskreise und zahlreiche Prominente wie Günter Grass riefen zum Widerstand gegen dieses Gesetz und die damit verbundene Volkszählung auf. Gegen dieses Gesetz wurden mehrere Verfassungsbeschwerden erhoben. Nachdem das BVerfG zunächst durch Erlass einer einstweiligen Anordnung die Durchführung des Volkszählungsgesetzes ausgesetzt hatte¹⁵⁶, entschied es mit Urteil vom 15.12.1983¹⁵⁷, dass die in § 9 Abs. 1 bis 3 vorgesehenen Übermittlungsregelungen (unter anderem Melderegisterabgleich) des Gesetzes in die Grundrechte auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und in die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) eingriffen, erklärte die betreffenden Vorschriften für verfassungswidrig und nichtig. Der Gesetzgeber wurde aufgefordert, nach Maßgabe der Gründe für ergänzende Regelungen der Organisation und des Verfahrens der Volkszählung Sorge zu tragen. Das BVerfG leitete aus diesen beiden Grundrechten das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ab.

Zur Begründung führte das Gericht u.a. aus¹⁵⁸:

153 Abgedruckt als Anhang im Lehrbuch von Schenke, Wolf-Rüdiger, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2007, S. 395 ff.; zur Bedeutung des Volkszählungsurteils für das Polizeirecht siehe Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., München 2008, § 1 Rdn. 31, § 12 Rdn. 7

154 So z.B. im Urteil des BVerfG vom 14.7.1999 – 1 BvR 2226/94 (Telekommunikationsüberwachung durch den BND nach dem G 10) – Rdn. 158, 163, 234; im Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvF 3/92 (Telekommunikations- und Postüberwachung durch das ZKA) – Rdn. 106; Beschluss des BVerfG vom 1.9.2008 – 2 BvR 939/08 (Anordnung der DNA-Untersuchung zur Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren)

155 Gesetz über eine Volks-, Berufs-, Wohnungs- und Arbeitsstättenzählung (Volkszählungsgesetz 1983) vom 25.3.1982 – BGBl. 1983 I, S. 369 ff.

156 BVerfGE 64, 67 ff.

157 BVerfGE 65, 1 ff. = NJW 1984, 419 ff.

158 BVerfG C II 1 a.

„Im Mittelpunkt der grundgesetzlichen Ordnung stehen Wert und Würde der Person, die in freier Selbstbestimmung als Glied einer freien Gesellschaft wirkt. Ihrem Schutz dient – neben speziellen Freiheitsverbürgungen – das in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht, das gerade auch im Blick auf moderne Entwicklungen und die mit ihnen verbundenen neuen Gefährdungen der menschlichen Persönlichkeit Bedeutung gewinnen kann (vgl. BVerfGE 54, 148 [153]). Die bisherigen Konkretisierungen durch die Rechtsprechung umschreiben den Inhalt des Persönlichkeitsrechts nicht abschließend. Es umfaßt ...auch die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden ...

Diese Befugnis bedarf unter den heutigen und künftigen Bedingungen der automatisierten Datenverarbeitung in besonderem Maße des Schutzes. Sie ist vor allem deshalb gefährdet, weil bei Entscheidungsprozessen nicht mehr wie früher auf manuell zusammengetragene Karteien und Akten zurückgegriffen werden muss, vielmehr heute mit Hilfe der automatisierten Datenverarbeitung Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer Person (personenbezogene Daten [vgl. § 2 Abs. 1 BDSG]) technisch gesehen unbegrenzt speicherbar und ohne Rücksicht auf Entfernungen in Sekundenschnelle abrufbar sind. Sie können darüber hinaus – vor allem beim Aufbau integrierter Informationssysteme mit anderen Datensammlungen zu einem teilweise oder weitgehend vollständigen Persönlichkeitsbild zusammengefügt werden, ohne daß der Betroffene dessen Richtigkeit und Verwendung zu reichend kontrollieren kann. Damit haben sich in einer bisher unbekannten Weise die Möglichkeiten einer Einsichtnahme und Einflussnahme erweitert, welche auf das Verhalten des Einzelnen schon durch den psychischen Druck öffentlicher Anteilnahme einzuwirken vermögen.

Individuelle Selbstbestimmung setzt aber – auch unter den Bedingungen moderner Informationsverarbeitungstechnologien – voraus, daß dem Einzelnen Entscheidungsfreiheit über vorzunehmende oder zu unterlassende Handlungen einschließlich der Möglichkeit gegeben ist, sich auch entsprechend dieser Entscheidung tatsächlich zu verhalten. Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei wel-

cher Gelegenheit über sie weiß. Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. Wer damit rechnet, daß etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative behördlich registriert wird und daß ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art. 8, 9) verzichten. Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungsfähigkeit und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist.

Hieraus folgt: Freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus. Dieser Schutz ist daher von dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG umfaßt. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.“

Des Weiteren führt das BVerfG jedoch aus, dass dieses Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung genauso wie andere Grundrechte beschränkt werden kann.¹⁵⁹

„Dieses Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“ ist nicht schrankenlos gewährleistet. Der Einzelne hat nicht ein Recht im Sinne einer absoluten, uneinschränkbaren Herrschaft über „seine“ Daten; er ist vielmehr eine sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende, auf Kommunikation angewiesene Persönlichkeit. Information, auch soweit sie personenbezogen ist, stellt ein Abbild sozialer Realität dar, das nicht ausschließlich dem Betroffenen allein zugeordnet werden kann. Das Grundgesetz hat, wie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mehrfach hervorgehoben ist, die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden... Grundsätzlich muß daher der Einzelne Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im überwiegenden Allgemeininteresse hinnehmen.“

Diese Beschränkungen sind aber an nachfolgende Voraussetzungen geknüpft:

„Diese Beschränkungen bedürfen nach Art. 2 Abs. 1 GG ... einer (verfassungsmäßigen) gesetzlichen Grundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der

159 BVerfG a.a.O., C II 1 b.

Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben und die damit dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entspricht (BVerfGE 45,400 [420] m.w.N.). Bei seinen Regelungen hat der Gesetzgeber ferner den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Dieser mit Verfassungsrang ausgestattete Grundsatz folgt bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur so weit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist (BVerfGE 19, 342 [348]; st. Rspr.)“.

Obwohl die Entscheidung aus dem Jahre 1983 stammt, hat sie doch nichts von ihrer Aktualität und Bedeutsamkeit eingebüßt¹⁶⁰. Sie zeigt, wie auch die späteren Entscheidungen, dass das Gericht nach Möglichkeit den Kerngedanken des Gesetzes bestehen lässt – hier: die generelle Zulässigkeit einer Volkszählung –, die konkrete Umsetzung aber daran misst, ob sie auf einer rechtlichen Grundlage beruht, aus denen sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben (Normenklarheit), und ob sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht, der Verfassungsrang hat. Die Entscheidung macht erstmals deutlich, wie wichtig die personenbezogenen Daten für den Bürger sind, und fordert deshalb vom Staat einen verantwortungsbewussten Umgang bei der Erhebung, Verarbeitung und Weitergabe dieser Daten. Während der Gesetzgeber in den auf die Entscheidung folgenden Jahren gerade in den Bereichen der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr immer mehr auf die Erhebung, Verarbeitung und die Weitergabe der Daten von der erhebenden zu anderen Behörden setzt, versuchte die Rechtsprechung des BVerfG, die schrankenlose Erhebung, Verarbeitung und Weitergabe der personenbezogenen Daten zu begrenzen. Personenbezogene Daten fallen insbesondere bei Kommunikationsvorgängen an, und die technische Entwicklung seit dem Volkszählungsurteil führte dazu, dass der Bürger einerseits immer mehr technische Möglichkeiten nutzt, um zu kommunizieren und die dabei anfallenden Daten entweder selbst oder bei einem Dritten zu speichern, andererseits der Staat technische Möglichkeiten schafft und nutzt, um an diese Daten zum Zwecke der Strafverfolgung, der Gefahrenabwehr oder zu sonstigen Zwecken zu gelangen.

160 Hoffmann-Riem, Wolfgang, Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, JZ 2008, 1009 ff. (1009).

b) Urteil zur Telekommunikationsüberwachung durch den BND gemäß G zu Art. 10 GG (Urteil des BVerfG vom 14.7.1999 – 1 BvR 2226/94)

Die Telekommunikationsüberwachung (früher: Fernmeldeüberwachung) ist in der Bundesrepublik Deutschland erst seit dem Jahre 1968 möglich. Bis zu diesem Zeitpunkt hatten sich die Westalliierten dieses Recht vorbehalten¹⁶¹. Voraussetzung für die Ablösung dieser (und anderer) Vorbehaltsrechte war, dass die deutschen Behörden durch entsprechende gesetzliche Vollmachten in die Lage versetzt wurden, neben der Sicherheit für die Bundesrepublik Deutschland und ihre Grundordnung auch die Sicherheit der auf dem Boden der Bundesrepublik Deutschland stationierten Truppen der Drei Mächte zu gewährleisten¹⁶². Im Rahmen der sog. Notstandsgesetzgebung wurde mit dem Gesetz zu Art. 10 GG vom 13.8.1968¹⁶³ (sog. G 10) die Überwachung der Telekommunikation für die Nachrichtendienste und für die Strafverfolgungsorgane zulässig. Art. 1 regelte die Telekommunikationsüberwachung durch die Nachrichtendienste in der Bundesrepublik Deutschland (Bundesnachrichtendienst – BND –, Militärischer Abschirmdienst – MAD –, Bundesamt für Verfassungsschutz – BfV –, Landesämter für Verfassungsschutz), und das Gesetz zu Art. 10 GG ist auch heute noch die entsprechende Rechtsgrundlage. Durch Art. 2 wurden die §§ 100a, 100b in die StPO eingefügt, der bestehende § 101 StPO ergänzt, die damit Rechtsgrundlage für die Telekommunikationsüberwachung durch die Strafverfolgungsbehörden wurden und noch heute die Rechtsgrundlage sind. Organisation, Aufgaben und die – sonstigen – Befugnisse der verschiedenen deutschen Nachrichtendienste sind in einzelnen Gesetzen¹⁶⁴ geregelt, die Befugnis zur Telekommunikationsüberwachung ergibt sich jedoch für alle Dienste aus dem Gesetz zu Art. 10 GG, das mehrmals geändert wurde. Die Überwachung der Telekommunikation durch die Dienste ist eine präventive Maßnahme, denn mit der Telekom-

161 Art. 5 Abs. 2 des Vertrages über die Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Drei Mächten (sog. Deutschlandvertrag) – BGBl. 1955 II, S. 306 ff.

162 Entwurf eines Gesetzes zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Gesetz zu Art. 10 Grundgesetz) (G 10) – BT-Drs. V/1880, S. 6.

163 Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Gesetz zu Art. 10 Grundgesetz) (G 10) vom 13.8.1968 – BGBl. I, S. 969 ff.).

164 Gesetz über den Bundesnachrichtendienst (BND-Gesetz – BNDG) vom 20.12.1990 – BGBl. I, S. 2979 ff.); Gesetz über den militärischen Abschirmdienst (MAD-Gesetz – MADG) vom 20.12.1990 – BGBl. I, S. 2977 ff. und Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz (Bundesverfassungsschutzgesetz – BVerfSchG) vom 20.12.1990 – BGBl. I, S. 2970 ff.

munikationsüberwachung – daneben ist auch die Postüberwachung zulässig – soll einer drohenden Gefahr für

- die freiheitliche demokratische Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland,
- den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder
- die Sicherheit der Truppen der nichtdeutschen Vertragsstaaten des Nordatlantikvertrages

begegnet werden, so Art. 1 § 1 Abs. 1 des G 10 in seiner ursprünglichen Fassung¹⁶⁵.

Mehrere Verfassungsbeschwerden richteten sich gegen die Befugnisse des BND zur Überwachung, Aufzeichnung und Auswertung des Telekommunikationsverkehrs sowie die Übermittlung daraus erlangter Daten an andere Behörden, wie sie das G 10 i.d.F. des sog. Verbrechensbekämpfungsgesetzes¹⁶⁶ erlaubte. Über die Verfassungsbeschwerden entschied das BVerfG mit Urteil vom 14.7.1999¹⁶⁷.

Das BVerfG hielt die Befugnis des BND aus § 1, § 3 G 10, zur Früherkennung bestimmter aus dem Ausland drohender schwerer Gefahren für die Bundesrepublik Deutschland und zur Unterrichtung der Bundesregierung den Telekommunikationsverkehr zu überwachen, aufzuzeichnen und auszuwerten, grundsätzlich mit Art. 10 GG für vereinbar (so Leitsatz 5 des Urteils), bemängelte jedoch in mehreren Punkten die konkrete Ausgestaltung des G 10 und forderte den Gesetzgeber unter Fristsetzung zur Nachbesserung auf¹⁶⁸.

Unvereinbar mit dem Grundrecht aus Art. 10 sei die Regelung in § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 G 10, nach der die Telekommunikationsüberwachung auch zur Sammlung von Nachrichten über Sachverhalte zulässig ist, deren Kenntnis notwendig ist, um die Gefahr im Ausland begangener Geldfälschungen rechtzeitig zu er-

165 a.a.O. S. 949.

166 Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz) vom 28.10.1994 – BGBl. I, S. 3186 ff. (3194-3196); zuvor war das G-10-Gesetz bereits durch das Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses vom 13.9.1978 – BGBl. I, S. 1546 f. – im Anwendungsbereich (Erweiterung der Fernmeldeüberwachung bei Verdacht weiterer Straftaten nach dem StGB und dem Ausländergesetz), bei der Unterrichtung des Betroffenen (nunmehr beschränkte Unterrichtung des Betroffenen) und im Hinblick auf die Unterrichtung der G-10-Kommission und deren Zusammensetzung geändert worden.

167 Urteil des BVerfG vom 14.7.1999 – www.bverfg.de/entscheidungen//rs19990714_1bvr222694.html, = BVerfGE 100, 313 ff. = NJW 2000, 55 ff.

168 BVerfG a.a.O., Rdn. 307.

kennen und ihr zu begegnen. Hier sei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt¹⁶⁹.

Auch die Berichtspflicht des BND gegenüber der Bundesregierung, die sich aus § 12 BNDG ergibt und durch die Verfassungsbeschwerden insoweit angegriffen wurde, als sie nach § 3 Abs. 3 Satz 2 G 10 von den Beschränkungen des § 3 Abs. 3 Satz 1 G 10 unberührt bleibt, sei nicht mit ausreichenden Sicherungen des Fernmeldegeheimnisses verbunden und mit dem GG unvereinbar¹⁷⁰.

Auch die Regelung, die den BND verpflichtet, aus der Fernmeldeüberwachung erlangte Daten anderen Behörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben zu übermitteln, war ebenfalls nicht in vollem Umfang mit den Maßgaben des Art. 10 GG und dem ergänzend hinzutretenden Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG vereinbar¹⁷¹. Der Zweck der Regelung, nämlich Daten und Informationen aus der Überwachung der Telekommunikation für die Verhütung, Aufklärung oder Verfolgung von Straftaten nutzbar zu machen, sei nicht zu beanstanden. Die Zwecke, zu denen personenbezogene Daten übermittelt und weiter verwendet werden dürften, sei bereichsspezifisch und präzise festgelegt, die angegriffenen Bestimmungen ließen sich jedoch nicht mit dem Übermaßverbot vereinbaren. Je gewichtiger das Rechtsgut sei, desto weiter dürfe auch die Übermittlungsschwelle bereits in das Vorfeld einer drohenden Rechtsgutverletzung verlagert werden. Sei der Katalog der Schutzgüter beträchtlich ausgeweitet und beziehe auch Handlungen mit einem relativ geringen Gefährdungsgrad ein, so müsse die Übermittlungsschwelle entsprechend hoch angesetzt werden. Diese Ausgewogenheit habe der Gesetzgeber nicht in allen Fällen erreicht. Der Katalog der Straftaten, zu deren Verhinderung, Aufklärung oder Verfolgung der BND Daten aus der Telekommunikationsüberwachung anderen Behörden übermitteln dürfe, sei außerordentlich heterogen. Ferner sei die tatsächliche Basis, die die Annahme eines Verdachts rechtfertige, relativ niedrig angesetzt. Während § 100a StPO „bestimmte Tatsachen“ voraussetze, genügten für die Übermittlung nach § 3 Abs. 5 i.V.m. Abs. 3 G 10 „tatsächliche Anhaltspunkte“; durch die Einbeziehung des Planungsstadiums finde eine Erstreckung der Übermittlung in ein kaum begrenztes Vorfeld der Begehung von Straftaten statt.

Auch § 3 Abs. 7 G 10 sei mit Art. 10 GG unvereinbar¹⁷². Die Norm verpflichtete die Empfangsbehörde zu prüfen, ob sie die vom BND erlangten Daten für die Erfüllung ihrer eigenen Zwecke benötigt. Hier fehle jedoch – ebenso wie bei

169 BVerfG a.a.O., Rdn. 194, 244-246.

170 BVerfG a.a.O., Rdn. 251-256.

171 BVerfG a.a.O. 257 ff.

172 BVerfG a.a.O. 282.

den entsprechenden Befugnissen des BND – die Verpflichtung zur Kennzeichnung.

Die Regelung der Mitteilungspflicht in § 3 Abs. 8 Satz 2 G 10 sei mit dem GG unvereinbar¹⁷³. Zwar sei es von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, dass eine Mitteilung nur eingegrenzt vorgeschrieben wird. Denn Art. 10 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 Satz 3 GG erlaube ein Absehen von der Mitteilung, wenn die Beschränkung des Fernmeldegeheimnisses dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes diene. Nach § 3 Abs. 8 Satz 2 G 10 unterbleibe eine Mitteilung aber auch, wenn die Daten vom BND oder einer Empfangsbehörde innerhalb von drei Monaten vernichtet worden sind. Ein derart weitgehender Ausschluss der Mitteilungspflicht sei nicht zu rechtfertigen. Der bloße Zeitablauf lasse keinen Schluss darauf zu, dass die erfassten Daten innerhalb dieser Zeit keiner weiteren Verwendung zugeführt worden sind.

**c) Urteil zur repressiven akustischen Wohnraumüberwachung/
sog. Großer Lauschangriff (Urteil des BVerfG vom 3.3.2004 –
1 BvR 2378/98174)**

Das Urteil des BVerfG entschied über mehrere Verfassungsbeschwerden, die sich unmittelbar gegen Art. 13 Abs. 3 bis 6 GG sowie gegen Vorschriften der StPO richteten, mit denen die akustische Überwachung von Wohnungen zum Zwecke der Strafverfolgung ermöglicht wurde. Es hat aber auch erhebliche Bedeutung für präventiv-polizeiliche Maßnahmen, da zum einen § 100f Abs. 1 StPO die Verwertung der aus der Wohnraumüberwachung gewonnenen Erkenntnisse auch für präventiv-polizeiliche Zwecke zuließ, zum anderen entscheidende Grundsätze dieses Urteils auch für präventiv-polizeiliche Maßnahmen Anwendung finden sollten, so insbesondere für die präventive Telekommunikations- und Brief-, und Postüberwachung des ZKA¹⁷⁵.

Der Einführung der akustischen Wohnraumüberwachung zu Strafverfolgungszwecken – in der Öffentlichkeit auch sog. Großer Lauschangriff genannt – war ein jahrelanger Streit vorausgegangen; wiederholt waren entsprechende Gesetzesinitiativen gescheitert, bis es im Jahre 1992 zunächst zur Einführung des sog. Kleinen Lauschangriffs – Abhören von Gesprächen außerhalb von Wohnungen

173 BVerfG a.a.O. 286 ff.

174 Urteil des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98 – www.bverfg.de/entscheidungen/rs20040303_1bvr237898.html = BVerfGE 109, 279 ff. = NJW 2004, 999 ff. = NStZ 2004, 270 ff.

175 Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvF 3/92 – Rdn. 179.

– kam¹⁷⁶. Im Jahre 1997 brachten die Fraktionen der CDU/CSU, der SPD und FDP Gesetzentwürfe ein, die die Änderung des Art. 13 GG und die Ergänzung der StPO betrafen. Die Änderung des Art. 13 GG erhielt die erforderliche Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat, sodass das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 13) vom 26.3.1998¹⁷⁷ nach seiner Verkündung am 1.4.1998 in Kraft treten konnte. Auf der Grundlage dieser Fassung des Art. 13 GG ist das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität vom 4.5.1998¹⁷⁸ ergangen, dessen zentrale Norm § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO ist.

Danach darf das in einer Wohnung gesprochene Wort eines Beschuldigten abgehört und aufgezeichnet werden, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass er eine in § 100c Nr. 3 a bis f StPO aufgeführte Straftat – sog. Katalogtat – begangen hat. Die Überwachung muss entweder der Aufklärung des Sachverhalts oder der Ergreifung des Täters dienen und ist nur zulässig, wenn dies auf andere Weise unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos wäre. Neben der Wohnung des Beschuldigten können auch Wohnungen anderer Personen überwacht werden, wenn zu vermuten ist, dass sich der Beschuldigte dort aufhält.

Das BVerfG befasst sich zunächst mit der Verfassungsmäßigkeit des Art. 13 Abs. 3 bis 6 GG i.d.F. des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 13) vom 26.3.1998 und entschied, dass der durch Verfassungsänderung eingefügte Art. 13 Abs. 3 GG verfassungsmäßig sei (so die Mehrheitsmeinung, anders die abweichende Meinung der Richterinnen Jaeger und Hohmann-Dennhardt)¹⁷⁹. Art. 13 Abs. 3 GG sei dahingehend zu verstehen, dass seine gesetzliche Ausgestaltung die Erhebung von Informationen durch die akustische Überwachung von Wohnungen dort ausschliesst, wo die Ermittlungsmaßnahme in den durch Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG geschützten unantastbaren Bereich der privaten Lebensgestaltung vordringen würde (sog. Kernbereich privater Lebensgestaltung)¹⁸⁰. Ob ein Sachverhalt dem unantastbaren Kernbereich zuzuordnen sei, hänge davon ab, ob er nach seinem Inhalt höchstpersönlichen Charakters sei. Maßgeblich seien die Besonderheiten des jeweiligen Einzel-

176 Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 15.7.1992 – BGBl. I, S. 1302 ff. – § 100c Abs. 1 Nr. 2 StPO (Kleiner Lauschangriff).

177 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 13) vom 26.3.1998 – BGBl. I, S. 610.

178 Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität vom 4.5.1998 – BGBl. I, S. 845 ff. – S. 846: Änderung des § 100c StPO (Großer Lauschangriff).

179 Urteil des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98 – Rdn. 102 bzw. Mindermeinung Rdn. 355.

180 BVerfG a.a.O., Rdn. 134.

falls¹⁸¹. Zur Entfaltung der Persönlichkeit im Kernbereich privater Lebensgestaltung gehöre die Möglichkeit, innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art zum Ausdruck zu bringen, und zwar ohne Angst, dass staatliche Stellen dies überwachen. Vom Schutz umfasst seien auch Gefühlsäußerungen, Äußerungen des unbewussten Erlebens sowie Ausdrucksformen der Sexualität. Die Möglichkeit entsprechender Entfaltung setze voraus, dass der Einzelne über einen dafür geeigneten Freiraum verfüge. Das sei regelmäßig die Privatwohnung, die für andere verschlossen werden kann. Verfüge der Einzelne über einen solchen Raum, könne er für sich sein und sich nach selbst gesetzten Maßstäben frei entfalten. Die Privatwohnung sei als „letztes Refugium“ ein Mittel zur Wahrung der Menschenwürde. Dies verlange zwar nicht einen absoluten Schutz der Räume der Privatwohnung, wohl aber absoluten Schutz des Verhaltens in diesen Räumen, soweit es sich als individuelle Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung darstelle¹⁸².

Das BVerfG entschied weiter, dass die gesetzliche Ermächtigung zur Durchführung der akustischen Wohnraumüberwachung in § 100c Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 und 3 StPO sowie die Regelung der Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote in § 100d Abs. 3 StPO den Anforderungen, die nach Art. 13 Abs. 1 und 3 GG sowie Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG im Hinblick auf den Schutz des unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung, auf die Ausgestaltung des Straftatenkatalogs und auf die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu stellen sind, nicht hinreichend Rechnung trägt und nur teilweise mit dem Grundgesetz vereinbar sei¹⁸³.

Der Gesetzgeber habe die mit Blick auf den Kernbereich privater Lebensgestaltung verfassungsrechtlich gebotenen Überwachungs- und Erhebungsverbote nicht in ausreichender Weise gesetzlich konkretisiert. Die verfassungsrechtlich gebotenen gesetzlichen Beschränkungen der Ermächtigung seien in § 100d Abs. 3 StPO nur teilweise enthalten; § 100d Abs. 3 StPO konkretisiere die verfassungsrechtlichen Grenzen nur unzureichend. Zwar werde dem Schutz der Gespräche zwischen dem Beschuldigten und Berufsgeheimnisträgern nach § 53 StPO mit dem in § 100d Abs. 3 Satz 1 StPO normierten Erhebungsverbot Rechnung getragen, § 100d Abs. 3 StPO sichere hingegen nicht, dass eine Überwachung dann ausgeschlossen bleibt, wenn sich der Beschuldigte allein mit seinen engsten Familienangehörigen oder anderen engsten Vertrauten in der Wohnung aufhalte und keinerlei Anhaltspunkte für deren Tatbeteiligung bestehe. Ein

181 a.a.O., Rdn. 123.

182 a.a.O., Rdn. 120.

183 a.a.O., Rdn. 157.

Überwachungsverbot sei nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut auch nur dann gegeben, wenn sämtliche Erkenntnisse einem Verwertungsverbot unterliegen würden. Das sei allerdings praktisch so gut wie nie der Fall, denn Gespräche seien i.d.R. durch eine Gemengelage unterschiedlicher Inhalte geprägt. Der Gesetzgeber habe in § 100d Abs. 3 StPO auch keine hinreichenden Vorkehrungen dafür getroffen, dass die Überwachung abgebrochen werde, wenn unerwartet eine Situation eintrete, die dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sei. Ferner fehlten ausreichende Regelungen dahingehend, dass eine Verwertung unterbleibt, wenn Erkenntnisse unter Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung erlangt worden sind, und dass schon erhobene Daten gelöscht werden. Das mit der akustischen Wohnraumüberwachung verbundene Risiko des Eingriffs in den Kernbereich privater Lebensgestaltung könne verfassungsrechtlich nur hingenommen werden, wenn Vorkehrungen dagegen bestehen, dass keine weiteren Folgen aus ausnahmsweise erfolgten Verletzungen entstehen können. Daran fehle es hier teilweise. Zur Herstellung eines verfassungsgemäßen Zustandes bedürfe es einer Regelung, nach der eine Verwendung von Informationen, die durch eine akustische Wohnraumüberwachung erlangt worden sind, nur dann zulässig ist, wenn die Verwendung der Informationen zuvor von einer unabhängigen Stelle überprüft worden ist. Das Gebot der Löschung von Daten sei unzureichend geregelt. Es fehle das Gebot der unverzüglichen Löschung kernbereichsrelevanter Daten.

Soweit die akustische Wohnraumüberwachung nicht den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung betreffe, setze ihre Verfassungsmäßigkeit die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit voraus. Diesen Anforderungen würden die angegriffenen Regelungen nicht in vollem Umfang gerecht¹⁸⁴. Der verfassungsändernde Gesetzgeber habe in Art. 13 Abs. 3 GG besondere Anforderungen an die Rechtsmäßigkeit aufgestellt. Der Straftatenkatalog des § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO genüge diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen insoweit nicht, als er sich nicht auf besonders schwere Straftaten i.S.d. Art. 13 Abs. 3 GG beschränkt. Die von Art. 13 Abs. 3 GG vorausgesetzten „besonders schweren Straftaten“ müssen den mittleren Kriminalitätsbereich deutlich übersteigen. Das BVerfG zählt eine Reihe von Straftatbeständen auf, in denen schon die abstrakte Strafandrohung ausweist, dass es sich um einen Fall milderer Schwere handelt wie beispielsweise die Vorbereitung der Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion und Vordrucken für Europaschecks (§ 152b Abs. 5 i.V.m § 149 Abs. 1 StGB)¹⁸⁵.

184 a.a.O., Rdn. 197.

185 a.a.O., Rdn. 239, 240.

Das BVerfG führt weiter aus, dass die in § 101 StPO für die akustische Wohnraumüberwachung getroffenen Regelungen über die Pflicht zur Benachrichtigung der Beteiligten mit Art. 19 Abs. 4 und Art. 103 Abs. 1 GG nur teilweise in Einklang stehen¹⁸⁶.

Zunächst definiert das Gericht den Begriff des Beteiligten i.S.d. § 101 Abs. 1 Satz 1 StPO¹⁸⁷. Die Benachrichtigungspflicht diene der Gewährleistung effektiven Schutzes der Grundrechte der Betroffenen. Daher seien all diejenigen von der Überwachungsmaßnahme zu unterrichten, in deren Grundrechte eingegriffen worden sei und denen die Rechtsschutzmöglichkeiten und Anhörungsrechte offen stehen müssten. Zielperson einer akustischen Wohnraumüberwachung sei zwar allein der Beschuldigte, der Grundrechtseingriff sei aber nicht auf ihn beschränkt. So müssten neben dem Beschuldigten auch die Inhaber und Bewohner der überwachten Wohnung sowie Personen, die sich als Gast oder sonst zufällig dort aufgehalten haben, unterrichtet werden. Da die Benachrichtigung weiterer Beteiligter den Grundrechtseingriff vertiefen könne – insbesondere wenn die Überwachung keine verwertbaren Ergebnisse erbracht habe –, da ferner die Identität der Beteiligten oftmals nicht oder nur mit Schwierigkeiten feststellbar sei, hänge die Benachrichtigungspflicht unter Umständen von Abwägungen wie Intensität des Eingriffs, Aufwand der Feststellung der Identität des Betroffenen ab.

Die in § 101 Abs. 1 StPO genannten Gründe für die Zurückstellung der Benachrichtigung seien nur teilweise mit dem GG vereinbar¹⁸⁸. So sei nicht mit dem GG vereinbar, wenn eine Unterrichtung auch dann bis auf weiteres unterbleibe, wenn durch die Unterrichtung die öffentliche Sicherheit oder der weitere Einsatz eines nicht offen ermittelnden Beamten gefährdet würde. Mit dem Begriff der öffentlichen Sicherheit werde die Suspendierung der Benachrichtigungspflicht unter eine Generalklausel gestellt, die üblicherweise im Polizei- und Ordnungsrecht verwendet werde, dort aber sehr weit sei und praktisch sämtliche in der Rechtsordnung geschützten Rechtsgüter umfasse. Nicht alle Schutzgüter reichten zur Zurückstellung der Benachrichtigung. Hier hätte der Gesetzgeber eine Präzisierung vornehmen müssen. Soweit der Gesetzgeber die Gefährdung von Leib oder Leben des Verdeckten Ermittlers ausschließen wolle, werde die Benachrichtigungspflicht ggf. für unabsehbare Zeit ausgeschlossen. Dieses widerspreche dem verfassungsrechtlichen Anliegen, effektiven Rechtsschutz zu gewähren.

186 a.a.O., Rdn. 288 ff.

187 a.a.O., Rdn. 293 ff.

188 a.a.O., Rdn. 298 ff.

Das BVerfG führt weiter aus, dass die Regelungen in § 100d Abs. 5 Satz 2 und 100f Abs. 1 StPO über die Verwendung personenbezogener Daten in anderen Verfahren mit Art. 13 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG insoweit nicht vereinbar seien, als keine Pflicht zur Kennzeichnung der weitergegebenen Informationen normiert sei¹⁸⁹. Die genannten Vorschriften seien zwar für sich gesehen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Nur eine Kennzeichnung der aus der Wohnraumüberwachung stammenden Daten gewährleiste aber, dass erkennbar bleibe, dass es sich um Daten handle, die durch eine Maßnahme der akustischen Wohnraumüberwachung gewonnen worden sind. Der Gesetzgeber habe sowohl der datenerhebenden als auch der datenempfangenden Behörde zur Sicherung der Zweckbindung eine Kennzeichnungspflicht aufzuerlegen, da die Daten sonst in einer Weise gespeichert und mit anderen Daten vermischt würden, dass ihre Herkunft nicht mehr erkennbar wäre.

Abschließend befasst sich das BVerfG mit den Vorschriften über die Datenvernichtung in § 100d Abs. 4 Satz 3, 100b Abs. 6 StPO, die es mit Art. 19 Abs. 4 GG für nicht vereinbar hält¹⁹⁰. Art. 13 Abs. 1 GG verlange zwar, dass die rechtmäßig erlangten Daten grundsätzlich vernichtet werden, sobald sie für den festgelegten Zweck nicht mehr benötigt werden. Die Regelungen müssten aber zugleich dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes genügen. Dies könne in der Weise geschehen, dass in Fällen, in denen der Betroffene ein ernsthaftes – grundsätzlich zu vermutendes – Interesse an Rechtsschutz habe, die Daten einstweilen nicht gelöscht, sondern gesperrt würden und zu keinen anderen Zwecken als dem zur Information des Betroffenen und zur gerichtlichen Kontrolle verwendet werden dürften.

Das BVerfG setzte dem Gesetzgeber zur Herstellung eines verfassungsgemäßen Rechtszustandes der entsprechenden Vorschriften der StPO eine Frist bis zum 30.6.2005¹⁹¹.

Zum 1.7.2005 trat das „Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3.3.2004 (akustische Wohnraumüberwachung)“ in Kraft¹⁹².

Auch in diesem Urteil zeigt sich wieder die Tendenz des BVerfG, die in Grundrechte eingreifende Maßnahme staatlicher Organe als solche generell für verfassungsmäßig anzusehen, ihre konkrete Ausgestaltung jedoch in vielen Punkten zu korrigieren. Die wichtigste Aussage dieser Entscheidung ist die zum Kernbe-

189 a.a.O., 328 ff.

190 a.a.O., Rdn. 348 ff.

191 a.a.O., Rdn. 352.

192 Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3.3.2004 (akustische Wohnraumüberwachung) vom 24.6.2005 – BGBl. I, S. 1841 ff.

reich privater Lebensgestaltungen, mit dem sich das BVerfG sehr intensiv auseinandersetzt. Zwar ist der Begriff „Kernbereich privater Lebensgestaltung“ nicht in dieser Entscheidung geschaffen worden, sondern geht auf die Entscheidung des BVerfG im Jahre 1957¹⁹³ zurück; das Urteil zur repressiven akustischen Wohnraumüberwachung ist jedoch die Entscheidung, die diesen Begriff am deutlichsten formuliert und daran ganz gravierende Folgen knüpft bis hin zur Unzulässigkeit einer akustischen Wohnraumüberwachung von vornherein und zum Abbruch der Wohnraumüberwachung, wenn wider Erwarten der Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen sein könnte.

Das Urteil hat darüber hinaus auch Auswirkungen auf weitere – präventive – Maßnahmen, wie die Darstellung der beiden folgenden Entscheidungen zeigen wird:

- Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvF 3/92 – präventive Telekommunikations- und Brief- und Postüberwachung gemäß §§ 39 ff. AWG
- Urteil des BVerfG vom 27.7.2005 – 1 BvR 668/04 – präventive Telekommunikationsüberwachung nach § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nds. SOG)

d) Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvF 3/92 – zur präventiven Telekommunikations- und Brief- und Postüberwachung gemäß §§ 39 ff. AWG

Das ZKI hatte im Jahre 1992 u.a. aufgrund der Vorgänge um den Bau einer Giftgasfabrik in Rabta/Libyen durch die Firma Imhausen Chemie (siehe Teil 1 Abschnitt I) die Befugnis erhalten, zur Verhinderung gleichartiger Straftaten die Telekommunikation und den Brief- und Postverkehr von Personen, Personenvereinigungen und juristischen Personen, die derartige Straftaten nach dem AWG oder KWKG planten, zu überwachen.

Das Land Rheinland-Pfalz hatte bereits kurze Zeit nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze vom 28.2.1992, mit dem die Überwachungsvorschriften der §§ 39

193 Urteil des BVerfG vom 16.1.1957 – 1 BvR 253/56 – („Entfaltung innerhalb jenes Kernbereichs der Persönlichkeit, der das Wesen des Menschen als geistig-sittliche Person ausmacht ...“), = BVerfGE 6, 32 ff. (36) – (sog. Elfes-Urteil) – weitere frühere Entscheidungen: Beschluss des BVerfG vom 8.3.1972 – 2 BvR 28/71, = BVerfGE 32, 373 ff. (Grundrecht auf Achtung des privaten Bereichs eines Patienten), und Beschluss des BVerfG vom 31.1.1973 – 2 BvR 454/71, = BVerfGE 34, 238 ff. (Recht am eigenen Bild, Recht am gesprochenen Wort).

ff. in das AWG eingefügt worden waren, gegen die Vorschriften Normenkontrollklage vor dem BVerfG¹⁹⁴ erhoben.

Die Entscheidung des BVerfG ließ jedoch lange Jahre auf sich warten. Wiederholt wurden die befristeten Bestimmungen der §§ 39 ff. AWG verlängert, zum Schluss ausschließlich unter dem Gesichtspunkt, dass das BVerfG noch nicht entschieden hatte. Zwölf Jahre nach Klageerhebung – am 3.3.2004 – entschied das BVerfG, dass die Vorschriften der §§ 39 ff. AWG wegen mangelnder Bestimmtheit und Normenklarheit verfassungswidrig seien; auch die Ermächtigung zur Verarbeitung und Weitergabe personenbezogener Daten sei nicht verfassungsgemäß¹⁹⁵. Das Gericht forderte den Gesetzgeber auf, ein Gesetz zu schaffen, das den Vorgaben des BVerfG entsprechen müsse (im Einzelnen siehe Teil 3 Abschnitt III 2 g).

Der Gesetzgeber kam der Aufforderung des BVerfG mit dem „Gesetz zur Neuregelung der präventiven Telekommunikations- und Postüberwachung durch das Zollkriminalamt und zur Änderung der Investitionszulagengesetze 2005 und 1999 (NTPG)“ vom 21.12.2004 rechtzeitig nach¹⁹⁶. (zum Gesetzgebungsverfahren siehe im Einzelnen Teil 3 Abschnitt III 2 h).

Eine Frage war allerdings zunächst offengeblieben: Wenngleich der Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 auf die Urteile vom 14.7.1999 und 3.3.2004 verwies und die Beachtung bestimmter Grundsätze ausdrücklich vorschrieb – hinreichender Rechtsschutz und Kennzeichnung der erhobenen Daten –, war doch noch nicht eindeutig geklärt, ob auch bei der Telekommunikation der Kernbereich privater Lebensgestaltung zu berücksichtigen sei. Im Hinblick auf den unterschiedlichen Wertegehalt von Art. 13 und Art. 10 GG wurde die Meinung vertreten¹⁹⁷, dass der Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht oder zumin-

194 Antrag auf abstrakte Normenkontrolle namens der Landesregierung Rheinland-Pfalz, vermutlich vom September 1992 – die Antragsschrift trägt kein Datum –, da der Erste Senat des BVerfG dem BT, BR, der BReg und den Regierungen der Bundesländer mit Schreiben vom 30.9.1992 Gelegenheit zur Stellungnahme gab.

195 Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvF 3/92, = BVerfGE 110, 33 ff. = NJW 2004, 2213 ff.

196 BGBl. I, S. 3603 ff.

197 Jahn, Matthias, Strafprozessuale Eingriffsmaßnahmen im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG unter besonderer Berücksichtigung der in BVerfGK 1-5 veröffentlichten Entscheidungen, NSTz 2007, 255 ff. (262) „Schwierigkeiten bereitet hier unter anderem die für die Strafverfolgungspraxis besonders bedeutsame Frage, ob und inwieweit die Aussagen des Lauschangriffs-Urteils zur Erhebung von Informationen aus dem absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung, insbesondere die Notwendigkeit der permanenten Gesprächsüberwachung in „Echtzeit“ auch für die strafprozessuale Telefonüberwachung Geltung beanspruchen ... Hier wird von vielen Praktikern

dest nicht in dem selben Umfang zu berücksichtigen sei, wenn durch Telekommunikationsüberwachung in das Grundrecht nach Art. 10 GG eingegriffen werde. Nach anderer Meinung sind die Ausführungen im Urteil des BVerfG zum Kernbereich privater Lebensgestaltung bei jedem staatlichen Grundrechtseingriff zu berücksichtigen, sei er nun repressiv oder präventiv¹⁹⁸, somit auch bei der repressiven und präventiven Telekommunikationsüberwachung.

Diese Frage fand ihre eindeutige Klärung durch das folgende Urteil¹⁹⁹:

e) Urteil des BVerfG vom 27.7.2005 – 1 BvR 668/04 – zur präventiven Telekommunikationsüberwachung nach § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nds. SOG)

Der Vorentwurf zur Änderung des MEPolG (Stand: 13.3.1986) sah zwar eine Reihe heimlicher präventiv-polizeilicher Maßnahmen vor, nicht aber die präventive Telekommunikationsüberwachung²⁰⁰. Als erstes wurde im Jahre 1992 mit

angemahnt, dass dann, wenn der Gesetzgeber die Kriterien der Lauschangriffs-Entscheidung auf den Bereich der Telefonüberwachung übertragen würde, endgültig keine „Waffengleichheit“ mehr mit den Beschuldigten hergestellt werden könne.“

Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckten Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG: „Mit der in § 100c Abs. 4 StPO geregelten akustischen Wohnraumüberwachung, auf die ersichtlich bei der Formulierung rekurriert wird, ist die Telekommunikationsüberwachung nur schwer vergleichbar, weil dort nach der Art der zu überwachenden Räumlichkeiten und das Verhältnis der zu überwachenden Personen zueinander die Gefahr einer Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung noch prognostizierbar erscheint. Aufgrund der bei der Telekommunikationsüberwachung vorliegenden völlig anderen Situation der Kommunikation fehlen tragbare Indizien, die einen Rückschluss auf den Kommunikationsinhalt zuließen. Das Erlangen von Erkenntnissen aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erscheint daher als Eingangsmerkmal für die Unzulässigkeit der Telekommunikationsüberwachung nicht geeignet. Dem Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung würde aus der Sicht der Praxis hinreichend Rechnung getragen, wenn lediglich ein Beweisverwertungsverbot vorgesehen würde.“

198 So Baldus, Manfred in: Schaar, Peter (Hrsg.), Folgerungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung: Staatliche Eingriffsbefugnisse auf dem Prüfstand?, Tagungsband zum Symposium des Bundesbeauftragten für den Datenschutz am 8.11.2004 in Berlin, S. 9 ff., und Gusy, Christoph, ebenda, S. 35 ff. (48 ff.).

199 Urteil des BVerfG vom 27.7.2005 – 1 BvR 668/04 – www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050727_1bvr066804.html = BVerfGE 113, 348 ff. = NJW 2005, 2603 ff.

200 Abdruck als Anhang bei Schenke, Wolf-Rüdiger, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 2007, S. 395 ff.

den §§ 39 ff. AWG die präventive Telekommunikationsüberwachung im AWG eingeführt, um Straftaten nach dem AWG und KWKG zu verhindern. In den Polizeigesetzen der Länder wurde diese Überwachungsmaßnahme nach und nach erst einige Jahre später eingeführt; einige wenige Polizeigesetze enthalten auch heute noch nicht diese Befugnis. In Niedersachsen wurde die präventive Telekommunikationsüberwachung durch das Gesetz zur Änderung des Niedersächsischen Gefahrenabwehrgesetzes vom 11.12.2003 mit der Einfügung des § 33a eingeführt²⁰¹. Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die die Ermächtigung für die Polizei enthält, personenbezogene Daten durch Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation zur Vorsorge für die Verfolgung oder zur Verhütung einer Straftat von erheblicher Bedeutung zu erheben.

Das BVerfG entschied, dass die angegriffenen Regelungen des § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds. SOG mit dem Grundgesetz nicht vereinbar und deshalb nichtig seien. Die Regelungen ermächtigten zu Eingriffen in das Grundrecht des Art. 10 Abs. 1 GG; sie seien in formeller und materieller Hinsicht verfassungswidrig²⁰².

Die Regelungen seien in formeller Hinsicht verfassungswidrig, weil sie gegen das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 verstoßen und der Gesetzgeber seine Gesetzgebungskompetenz überschritten habe, soweit nach § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds. SOG die Telekommunikationsüberwachung zur Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten vorgesehen sei²⁰³. Nach Art. 70 Abs. 1 GG verfügten die Länder über das Recht der Gesetzgebung, soweit sie nicht dem Bund zugewiesen ist. Zwar sei die präventive Telekommunikationsüberwachung nicht der ausschließlichen Kompetenz des Bundes nach Art. 73 Nr. 7 GG zuzuordnen, und die Verhütung von Straftaten stelle eine landesrechtliche Aufgabe der Gefahrenabwehr dar. § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds. SOG sei aber insoweit mit den Vorschriften des Grundgesetzes zur Gesetzgebungsbefugnis nicht vereinbar, als die Telekommunikationsüberwachung auch für die Verfolgung von Straftaten ermöglicht werde. Die Vorsorge für die Verfolgung noch gar nicht begangener, sondern in ungewisser Zukunft bevorstehender Straftaten gehöre zum gerichtlichen Verfahren. Im Zeitpunkt der Überwachungsmaßnahme fehle zwar die bereits begangene Straftat. Die Daten würden jedoch zu dem Zweck der Verfolgung einer in der Zukunft möglicherweise verwirklichten konkreten Straftat und damit letztlich nur zur Verwertung in einem künftigen Strafverfahren, also zur Strafverfolgung, erhoben. Dieser Sachbereich sei der konkurrierenden Gesetz-

201 Nds. GVBl. S. 414.

202 Urteil des BVerfG vom 27.7.2005 – 1 BvR 668/04 – BVerfGE 113, 348 ff., Rn. 80.

203 a.a.O., Rdn. 84 ff.

gebung gemäß Art. 72, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zuzuordnen, und der Bundesgesetzgeber habe für den Bereich der Telekommunikation von seiner Regelungsbefugnis abschließend Gebrauch gemacht, sodass die Länder gemäß Art. 72 Abs. 1 GG von der Gesetzgebung ausgeschlossen seien.

Die Regelungen seien auch in materiell-rechtlicher Hinsicht nicht verfassungsgemäß, da sie nicht dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit entsprächen²⁰⁴.

Bei der Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten oder bei ihrer Verhütung könne nicht an dieselben Kriterien angeknüpft werden, die für die Gefahrenabwehr oder die Verfolgung begangener Straftaten entwickelt worden sind. Maßnahmen der Gefahrenabwehr setzten eine konkrete Gefahrenlage voraus; die Strafverfolgung knüpfe an den Verdacht einer schon verwirklichten Straftat an. Solche Bezüge fehlten, soweit die Aufgabe darin bestehe, im Vorfeld der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung Vorsorge im Hinblick auf in der Zukunft eventuelle zu erwartende Straftaten zu treffen. Deshalb müssten hier die Bestimmungsanforderungen spezifisch an diese Vorfeldsituation ausgerichtet werden. Sieht der Gesetzgeber in solchen Situationen Grundrechtseingriffe vor, so habe er die den Anlass bildenden Straftaten sowie die Anforderungen an Tatsachen, die auf die künftige Begehung hindeuten, so bestimmt zu umschreiben, dass das im Bereich der Vorfeldermittlung besonders hohe Risiko einer Fehlprognose gleichwohl verfassungsrechtlich noch hinnehmbar ist. Die Norm müsse handlungsbegrenzende Tatbestandselemente enthalten, die einen Standard an Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit vergleichbar dem schaffen, der für die überkommenen Aufgaben der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung rechtsstaatlich geboten ist. § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds. SOG entspräche diesen Anforderungen nicht, da sie keinen konkreten, in der Entwicklung begriffenen Vorgang oder dessen Planung, aber auch keine konkreten Vorbereitungshandlungen – wie etwa in § 23a Abs. 2 und 3 des ZFdG i.d.F. des NTPG vom 21.12.2004 gefordert – verlangten. In § 33a Abs. 1 Nr. 2 und 3 Nds. SOG genüge die auf Tatsachen gegründete, nicht näher konkretisierte Möglichkeit, dass jemand irgendwann in Zukunft Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen werde. Eine derart weite Ermächtigung werde dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht gerecht²⁰⁵. Der Begriff der Straftat von erheblicher Bedeutung sei zwar in § 2 Nr. 10 Nds. SOG legal definiert und hinreichend bestimmt, soweit konkrete Straftatbestände genannt werden; die zusätzliche Einbeziehung aller Vergehen, die nach dem geschützten Rechtsgut und der Strafandrohung mit einer ausdrücklich genannten Straftat vergleichbar sind, genüge jedoch den Bestimm-

204 a.a.O., Rdn. 115 ff.

205 a.a.O., Rdn. 123 ff.

heitserfordernissen nicht. Nicht hinreichend bestimmt sei auch die Regelung in § 33a Abs. 1 Nr. 3 Nds. SOG, die zur Überwachung der Telekommunikation bei Kontakt- und Begleitpersonen ermächtigt²⁰⁶. Das Erfordernis einer richterlichen Anordnung der Überwachungsmaßnahme gleiche die Bestimmtheitsdefizite nicht aus, da die vorliegend angegriffene Norm dem Richter ebenso wenig einen Maßstab für die Prognoseentscheidung biete wie der Polizei selbst²⁰⁷.

Die Ermächtigung genüge darüber hinaus auch nicht den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne²⁰⁸.

Gegen Schluss des Urteils befasst sich das BVerfG mit der Frage, ob auch bei der Telekommunikationsüberwachung Vorkehrungen getroffen werden müssen, dass Eingriffe in den Kernbereich privater Lebensgestaltung unterbleiben, und bejaht diese Frage²⁰⁹.

Art. 10 Abs. 1 GG gewährleiste die freie Entfaltung der Persönlichkeit durch einen privaten, vor der Öffentlichkeit verborgenen Austausch von Kommunikation und schütze damit zugleich die Würde des Menschen. Der Schutz sei allerdings anders ausgestaltet als der des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG. Aufgrund des besonders engen Bezugs dieses Grundrechts zur Menschenwürde gewähre Art. 13 GG einen absoluten Schutz des Verhaltens in den Wohnräumen, soweit es sich als individuelle Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung darstellt. Für die benötigte jeder Mensch ein räumliches Substrat, in dem er für sich sein und sich nach selbst gesetzten Maßstäben frei entfalten, also die Wohnung bei Bedarf als letztes Refugium zur Wahrung seiner Menschenwürde nutzen kann (vgl. BVerfGE 109, 279 [314] – Urteil zur repressiven akustischen Wohnraumüberwachung). Die Bürger seien zur höchstpersönlichen Kommunikation nicht in gleicher Weise auf Telekommunikation angewiesen wie auf eine Wohnung. Dementsprechend normiere Art. 10 Abs. 1 GG anders als Art. 13 GG keine spezifischen Eingriffsvoraussetzungen, sondern verweise nur implizit auf die allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen. Die nach Art. 1 Abs. 1 GG stets garantierte Unantastbarkeit der Menschenwürde fordere aber auch im Gewährleistungsbereich des Art. 10 Abs. 1 GG Vorkehrungen zum Schutz individueller Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung. Bestünden im konkreten Fall tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme, dass eine Telekommunikationsüberwachung Inhalte erfasse, die zu diesem Kernbereich zählen, so sei sie nicht zu rechtfertigen und müsse

206 a.a.O., Rdn. 131 ff.

207 a.a.O., Rdn. 134.

208 a.a.O., Rdn. 135 ff.

209 a.a.O., Rdn. 160 ff.

unterbleiben. Da bei der Anordnung einer Telekommunikationsüberwachung oder bei ihrer Durchführung aber nicht sicher vorhersehbar sei, welchen Inhalt die Gespräche haben werden, sei das Risiko nicht auszuschließen, dass die Abhörmaßnahme Kommunikation aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erfasse. Verfassungsrechtlich hinnehmbar sei dieses Risiko allenfalls bei einem besonders hohen Rang des gefährdeten Rechtsguts und einer durch konkrete Anhaltspunkte gekennzeichneten Lage, die auf einen unmittelbaren Bezug zur zukünftigen Begehung der Straftat schließen lasse. Hierzu müssten Vorkehrungen kommen, die sichern, dass die Telekommunikationsinhalte des höchstpersönlichen Bereichs nicht gespeichert und verwertet dürfen, sondern unverzüglich gelöscht werden, wenn es ausnahmsweise zu ihrer Erhebung gekommen sei. An derartigen Vorkehrungen fehle es im Nds. SOG.

Ein weiteres Urteil²¹⁰ des BVerfG befasst sich mit der Überwachung der Telekommunikation und der Erkennung bereits vorhandener Daten auf sog. informationstechnischen Systemen und setzt dieser Überwachung Grenzen:

f) Urteil vom 27.2.2008 – 1 BvR 370/07 – zur Online-Durchsuchung

aa) Vorgeschichte

Zunächst fast unbemerkt von der Öffentlichkeit entwickelte das BKA eine neue Art der Überwachung, die sich nicht nur auf den Vorgang der Telekommunikation beziehen kann, sondern auch auf bereits vorhandene Daten der unterschiedlichsten Art – gespeichert auf sog. informationstechnischen Systemen –. Im Rahmen der Feststellung des Haushaltsplans für das Haushaltsjahr 2007 – Geschäftsbereich des Bundesministeriums des Inneren – wurden unter „Maßnahme 3 BKA“ Mittel vorgesehen, um Möglichkeiten zu entwickeln, „entfernte PCs auf verfahrensrechtliche Inhalte hin zu durchsuchen, ohne tatsächlich am Standort des Geräts anwesend zu sein“²¹¹. Dies veranlasste Bundestagsabgeordnete

210 Urteil des BVerfG vom 27.2.2008 – 1 BvR 370/07 – www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007.html = BVerfGE 120, 274 ff. = NJW 2008, 822 ff.; mit der Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG vom sog. Volkszählungsurteil bis zum Urteil zur sog. Online-Durchsuchung befasst sich ausführlich Hoffmann-Riem, Wolfgang, Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, JZ 2008, 1009 ff.; Prof. Dr. Hoffmann-Riem war der Berichterstatter in dem Verfahren 1 BvR 370/07.

211 Schriftliche Fragen mit den in der Woche vom 30.10.2006 eingegangenen Antworten der Bundesregierung – BT-Drs. 16/3221 vom 3.11.2006, S. 11 f. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Gisela Piltz, Dr. Max Stadler, Ernst Burgbacher, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP – Drs. 16/3883 – BT-Drs. 16/3972 vom 28.12.2006, S. 1; Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage

des Bündnisses 90/Die Grünen und der FDP Ende 2006 zu Nachfragen bei der Bundesregierung, die diesen Sachverhalt bestätigte.

Zusätzliche Aktualität erhielt diese Frage durch eine Entscheidung des Ermittlungsrichters beim BGH vom 25.11.2006²¹², der einen Antrag des Generalbundesanwalts auf Durchsuchung des von einem Beschuldigten benutzten „Personalcomputers/Laptops, insbesondere der auf der Festplatte und im Arbeitsspeicher abgelegten Dateien, insbesondere nach Dateien, die Hinweise [...] gesendeten oder empfangenen E-Mails in diesem Zusammenhang, Text- oder sonstige Dateien mit Bezug zu [...] und deren Beschlagnahme anzuordnen“ ablehnte. Der Antrag auf Durchsuchung und Beschlagnahme war auf die §§ 102, 105, Abs. 1, 94, 98, 169 Abs. 1 Satz 2 StPO gestützt. Der gegen diesen Beschluss eingelegten Beschwerde des GBA half der Ermittlungsrichter nicht ab²¹³.

Die gegen die Entscheidung des Ermittlungsrichters gerichtete Beschwerde des Generalbundesanwalts wurde mit Beschluss des 3. Strafsenats des BGH verworfen²¹⁴. Zur Begründung führte der BGH aus, dass die vom GBA beantragte verdeckte Online-Durchsuchung nicht durch § 102 i.V.m. § 110 StPO gedeckt sei. Das Bild der Strafprozessordnung von einer rechtmäßigen Durchsuchung sei dadurch geprägt, dass Ermittlungsbeamte am Ort der Durchsuchung körperlich anwesend seien und die Ermittlungen offen legen. Dafür sprächen die Vorschriften der StPO über die Durchführung der Durchsuchung (Anwesenheitsrecht des Inhabers der zu durchsuchenden Räume – Hinzuziehung eines Durchsuchungszeugen – Erteilung einer Durchsuchungsbescheinigung). Diese Regelungen seien nach ihrem Wortlaut sowie nach ihren Sinn und Zweck, den von einer Durchsuchung Betroffenen zu schützen, als wesentliche Förmlichkeiten zwingendes Recht, von deren Beachtung die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung abhängen. Auch systematische Erwägungen sprächen dafür, die Durchsuchung i.S.d. § 102 StPO nur als offen auszuführende Maßnahme zu erlauben. Die besonders grundrechtsintensiven Ermittlungsmaßnahmen mit technischen Mitteln seien in den §§ 100a bis 100i StPO geregelt und wegen ihrer Heimlichkeit durch hohe formelle Anforderungen gekennzeichnet, währenddessen die Durchführung der Durchsuchung und der Umgang mit den dabei gewonnenen Daten nicht

der Abgeordneten Gisela Piltz, Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, Jörg van Essen, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP – Drs. 16/4795 – BT-Drs. 16/4997 vom 10.4.2007, S. 1.

212 Beschluss des Ermittlungsrichters des BGH vom 25.11.2006 – 1 BGs 184/2006 – HRRS 2007, 258; anders noch der Beschluss des Ermittlungsrichters beim BGH vom 21.2.2006 – 3 BGs 31/06 – HRRS 2007, 258/259.

213 Beschluss des Ermittlungsrichters beim BGH vom 28.11.2006 – 1 BGs 186/2006.

214 Beschluss des BGH vom 31.1.2007 – StB 18/06 – www.bundesgerichtshof.de.

annähernd streng geregelt sei. Die verdeckte Online-Durchsuchung sei auch nicht nach anderen Eingriffsnormen gerechtfertigt, insbesondere könne sie nicht auf § 100a StPO (Überwachung der Telekommunikation) gestützt werden. Die verdeckte Online-Durchsuchung werde nicht zur Telekommunikation, weil nicht die Kommunikation zwischen dem Tatverdächtigen und einem Dritten überwacht, sondern zielgerichtet eine umfassende Übermittlung der auf dem Zielcomputer vor Beginn des Kommunikationsvorgangs gespeicherten Daten an die ermittelnde Stelle zum Zwecke der Suche nach Beweismitteln oder weiteren möglichen Ermittlungsansätzen ausgelöst werde.

Die Bundesregierung hatte in Beantwortung der Fragen von Abgeordneten zum Thema „Online-Durchsuchung“ ausgeführt, dass sie die Entscheidung des 3. Strafsenats abwarten und sich dann mit dieser Rechtsfrage befassen wolle²¹⁵. Nachdem der 3. Strafsenat entschieden hatte, dass für die Online-Durchsuchung keine Rechtsgrundlage besteht, wurde das BKA vom BMI angewiesen, entsprechende Online-Durchsuchungen bis auf weiteres nicht durchzuführen²¹⁶. Zugleich wurde auf entsprechende Nachfragen von Abgeordneten bekannt, dass der Zollfahndungsdienst im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungsmaßnahmen auf staatanwaltlichen Antrag und mit richterlichem Beschluss „derzeit erstmals zwei Maßnahmen einer sog. Quellen-TKÜ“ durchführte, für die die Rechts-

215 Antwort der BReg auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Gisela Piltz, Dr. Max Stadler, Ernst Burgbacher, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP – Drs. 16/3883 – vom 28.12.2006, S. 2 „Sollte der Senat Online-Durchsuchungen auf der Grundlage des geltenden Strafverfahrensrechts für unzulässig erachten, wird zu prüfen sein, ob ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf zur Schaffung einer speziellen strafverfahrensrechtlichen Ermittlungsbefugnis besteht.“

216 Unterrichtung durch das Parlamentarische Kontrollgremium (PKGr) – Bericht über die Kontrolltätigkeit gemäß § 6 des Gesetzes über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes (Berichtszeitraum: Oktober 2005 bis Dezember 2007) – BT-Drs. 16/7540, S. 14 – linker Spalte – „Am 27.4.2007 erklärte Bundesminister Dr. Wolfgang Schäuble, es gebe ein vorläufiges Moratorium in Bezug auf die Online-Durchsuchungen.“; Urteil des BVerfG vom 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, Rdn. 7 „Vereinzelte wurden derartige Maßnahmen durch Bundesbehörden bereits ohne gesetzliche Ermächtigung durchgeführt. Über die Art der praktischen Durchführung der bisherigen „Online-Durchsuchungen“ und deren Erfolge ist wenig bekannt. Die vom Senat im Rahmen der mündlichen Verhandlung angehörten Präsidenten des Bundeskriminalamts und des Bundesamtes für Verfassungsschutz haben mangels einer entsprechenden Aussagegenehmigung keine Ausführungen dazu gemacht. Die Durchführung solcher Maßnahmen wurde im Übrigen einstweilen eingestellt, als der Bundesgerichtshof entschied, dass die Strafprozessordnung für derartige Maßnahmen derzeit keine Rechtsgrundlage enthält (vgl. BGHSt 51, 211).“ – BVerfGE 120, 274 ff.

grundlage in § 100a StPO gesehen wurde²¹⁷. Bei der Quellen-Telekommunikationsüberwachung (Quellen-TKÜ) werden Telekommunikationsinhalte und nicht sonstige, etwa auf der Festplatte eines PCs abgelegte Daten erhoben. Die Technik der Vorgehensweise ist jedoch ähnlich, da ebenso wie bei der Online-Durchsuchung das informationstechnische System – z.B. der Computer – mit einer Software infiltriert werden muss. Die Notwendigkeit der Quellen-TKÜ ergibt sich, wenn die klassische Telekommunikationsüberwachung wegen der Kryptierung der Inhalte scheitert²¹⁸.

Zusätzliche Brisanz erhielt die Diskussion durch den „Entwurf eines Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt“ vom 11.7.2007²¹⁹, nach dem das BKA gemäß § 20k befugt sein sollte, „ohne Wissen des Betroffenen durch den automatischen Einsatz technischer Mittel aus informationstechnischen Systemen Daten zu erheben, soweit die Abwehr der dringenden Gefahr oder die Verhütung von Straftaten gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2 auf andere Weise aussichtslos ist oder wesentlich erschwert wäre.“ Von den damaligen Oppositionsparteien und Teilen der öffentlichen Meinung wurden diese Pläne der BReg scharf kritisiert. Selbst in den damaligen Koalitionsparteien und in der BReg gingen die Meinungen auseinander. So verlangte beispielsweise die SPD-Fraktion und das BMJ vom BMI in einem Fragenkatalog Auskunft über die für das BKA geplante Online-Durchsuchung²²⁰. Insgesamt 86 Fragen hatten das BMJ und die Arbeitsgruppe Neue Medien der SPD-Bundestagsfraktion dem BMI gestellt, deren Beantwortung die Abgeordneten allerdings nicht zufrieden stellte²²¹. Die SPD-Bundestagsfraktion machte daher ihre Zustimmung zur geplanten BKA-Novelle von der Entscheidung des BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit der Online-Durchsuchung im Verfassungsschutzgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen abhängig.

217 Telefonüberwachung – Trojaner weiter im Einsatz, Der Spiegel 41/2007 vom 8.10.2007; Schriftliche Fragen mit den in der Woche vom 1.10.2007 eingegangenen Antworten der BReg – BT-Drs. 16/6572 vom 5.10.2007, S. 8/9.

218 Antwort der BReg auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Gisela Piltz, Dr. Max Stadler, Hartfrid Wolff (Rems-Murr), weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP – Drs. 16/6694 – BT-Drs. 16/6885 vom 30.10.2007.

219 Referentenentwurf – Stand 11.7.2007 – www.ccc.de.

220 Antwort des BMI vom 22.8.2007 auf den Fragenkatalog der SPD-Bundestagsfraktion – AG Kultur und Medien – AG Neue Medien <http://netzpolitik.org/wp-upload/fragen-onlinedurchsuchung-SPD.pdf>; Antwort des BMI vom 22.8.2007 auf den Fragenkatalog des BMJ www.netzwelt.de/news/76075-online-Durchsuchung-fakten-zum-bundestrojaner.html.

221 Biermann, Kai, Onlinedurchsuchung- Noch viele Fragen, Zeit online vom 31.8.2007 – <http://www.zeit.de/online/2007/36/Bundestrojaner>.

Das Land Nordrhein-Westfalen hatte nämlich mit „Gesetz zur Änderung des Gesetzes über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen“ vom 20.12.2006 die gesetzliche Regelung für die Online-Durchsuchung bereits eingeführt²²². Danach durfte die Verfassungsschutzbehörde zur Informationsbeschaffung gemäß § 5 die folgenden Maßnahmen anwenden:

„...“

11. heimliches Beobachten und sonstiges Aufklären des Internets, wie insbesondere die verdeckte Teilnahme an seinen Kommunikationseinrichtungen bzw. die Suche nach ihnen, sowie der heimliche Zugriff auf informationstechnische Systeme auch mit Einsatz technischer Mittel. Soweit solche Maßnahmen einen Eingriff in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis darstellen bzw. in Art und Schwere diesem gleichkommen, ist dieser nur unter den Voraussetzungen des Gesetzes zu Art. 10 Grundgesetz zulässig.“

Zwei Verfassungsbeschwerden richteten sich u.a. gegen diese Regelung im VSG NRW, über die das BVerfG mit Urteil vom 27.2.2008 entschied.

bb) Urteil im Einzelnen

Entgegen der Erwartung vieler hält das BVerfG die Online-Durchsuchung von Verfassungen wegen für grundsätzlich zulässig²²³, stellt aber detaillierte und teilweise schwer zu erfüllende Forderungen an die konkrete Ausgestaltung und fordert insbesondere eine gesetzliche Regelung. Damit bestätigt das BVerfG seine in früheren Entscheidungen zum Ausdruck gekommene Praxis, Eingriffsmaßnahmen vom Grundsatz her zuzulassen, diese Eingriffsmaßnahmen allerdings zahlreichen Beschränkungen zu unterwerfen.

Das BVerfG befasst sich insbesondere mit den Verfassungsbeschwerden gegen § 5 Abs. 2 Nr. 1 VSG NRW. Diese Vorschrift ermächtigt die Verfassungsschutzbehörden des Landes NRW zu zwei Arten von Eingriffen: zum einen zum heimlichen Beobachten und sonstigen Aufklären des Internet (1. Alt.), zum anderen zum heimlichen Zugriff auf informationstechnische Systeme (2. Alt.). Das BVerfG erläutert, was es unter den beiden verschiedenen Ermittlungsmaßnahmen versteht:

„Das Internet ist ein elektronischer Verbund von Rechnernetzwerken. Es besteht daher aus informationstechnischen Systemen und kann zudem auch selbst als

222 Gesetz zur Änderung des Gesetzes über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen (Verfassungsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen – VSG NRW) vom 20.12.2006 – GVBl. NRW vom 29.12.2006, S. 620 f. (620).

223 Urteil des BVerfG vom 27.2.2008 – 1 BvR 370/07 – Rn. 207.

informationstechnisches System verstanden werden. Unter dem heimlichen Aufklären des Internet ist eine Maßnahme zu verstehen, mit der die Verfassungsschutzbehörde Inhalte der Internetkommunikation auf dem dafür technisch vorgesehenen Weg zur Kenntnis nimmt²²⁴.“

„Unter einem heimlichen Zugriff auf ein informationstechnisches System ist demgegenüber eine technische Infiltration zu verstehen, die etwa Sicherheitslücken des Zielsystems ausnutzt oder über die Installation eines Spähprogramms erfolgt. Die Infiltration ermöglicht es, dessen Nutzung zu überwachen oder die Speichermedien durchzusehen oder gar das Zielsystem fernzusteuern²²⁵.“

In der mündlichen Verhandlung haben sich mehrere sachkundige Auskunftspersonen zu den technischen Fragen des heimlichen Zugriffs auf informationstechnische Systeme geäußert²²⁶.

Das BVerfG entschied zunächst über die 2. Alt. des § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 VSG NRW, der den heimlichen Zugriff auf informationstechnische Systeme regelt, und erklärte die Bestimmung für verfassungswidrig und nichtig. Die Vorschrift verletze das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner besonderen Ausprägung als Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme²²⁷. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleiste Elemente der Persönlichkeit, die nicht Gegenstand der besonderen Freiheitsgarantien des Grundgesetzes sind, diesen aber in ihrer Bedeutung für die Persönlichkeit nicht nachstehen. Einer solchen Gewährleistung bedürfe es insbesondere, um neuartigen Gefährdungen zu begegnen. Die Nutzung der Informationstechnik begründe solche neuartigen Gefährdungen, insbesondere durch die zunehmende Verbreitung und Vernetzung informationstechnischer Systeme. Sie eröffne Dritten eine technische Zugriffsmöglichkeit, die genutzt werden könne, um die auf dem System vorhandenen Daten auszuspähen oder zu manipulieren. Der Einzelne könne solche Zugriffe zum Teil gar nicht wahrneh-

224 a.a.O., Rdn. 4.

225 a.a.O., Rdn. 5.

226 a.a.O., Rdn. 148/149; Fox, Dirk, Stellungnahme zur „Online-Durchsuchung“ – Verfassungsbeschwerden.

1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07 – www.secorvo.de/publikationen/stellungnahme-secorvo-bverfg-online-durchsuchung.pdf; Pfitzmann, Andreas, Möglichkeiten und Grenzen der Nutzungsüberwachung von Informations- und Kommunikationssystemen in einer freiheitlichen demokratischen Gesellschaft – <http://dud.inf.tu-dresden.de/literatur/MoegGrenzderNutzuebIuK-Sys-V1-0.pdf>; Siber, Ulrich, Stellungnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgerichts in dem Verfahren 1 BvR 370/07 zum Thema der Online-Durchsuchung – www.mpicc.de/shared/date/pdf/bverfg-sieber-lendg.pdf

227 a.a.O., Rdn. 165 ff.

men, jedenfalls aber nur begrenzt abwehren. Viele Selbstschutzmöglichkeiten wie die Verschlüsselung oder die Verschleierung sensibler Daten würden weitgehend wirkungslos, wenn Dritten die Infiltration des Systems einmal gelungen sei.

Die Gewährleistung des Telekommunikationsgeheimnisses nach Art. 10 Abs. 1 GG schütze die unkörperliche Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mit Hilfe des Telekommunikationsverkehrs, nicht aber auch die Vertraulichkeit und Integrität von informationstechnischen Systemen²²⁸. Soweit sich eine Ermächtigung auf eine staatliche Maßnahme beschränke, durch welche die Inhalte und Umstände der laufenden Telekommunikation im Rechnernetz erhoben oder darauf bezogene Daten ausgewertet werden, sei der Eingriff allein an Art. 10 Abs. 1 GG zu messen. Der Grundrechtsschutz erstreckte sich allerdings nicht auf die nach Abschluss eines Kommunikationsvorgangs im Herrschaftsbereich eines Kommunikationsteilnehmers gespeicherten Inhalte und Umstände der Kommunikation, soweit dieser eigene Schutzvorkehrungen gegen den heimlichen Datenzugriff treffen könne; er bestehe ebenfalls dann nicht, wenn eine staatliche Stelle die Nutzung eines informationstechnischen Systems überwache oder dessen Speichermedien durchsuche; ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG liege selbst dann nicht vor, wenn zur Übermittlung der erhobenen Daten an die auswertende Behörde eine Telekommunikationsverbindung benutzt werde, wie dies bei einem Online-Zugriff auf gespeicherte Daten der Fall sei. Werde ein komplexes informationstechnisches System zum Zwecke der Telekommunikationsüberwachung technisch infiltriert (Quellen-Telekommunikationsüberwachung), so sei mit der Infiltration die entscheidende Hürde genommen, um das System insgesamt auszuspähen. Die dadurch bedingte Gefährdung gehe weit über die hinaus, die mit einer bloßen Überwachung der laufenden Telekommunikation verbunden sei. Insbesondere könnten auch die auf dem Personalcomputer abgelegten Daten zur Kenntnis genommen werden, die keinen Bezug zu einer telekommunikativen Nutzung des Systems aufwiesen. Erfasst werden könnten beispielsweise das Verhalten bei der Bedienung eines Personalcomputers für eigene Zwecke, die Abrufhäufigkeit bestimmter Dienste, insbesondere auch der Inhalt abgelegter Dateien oder – soweit das infiltrierte System auch Geräte im Haushalt steuere – das Verhalten in der eigenen Wohnung. Das Gericht verweist in diesem Zusammenhang auf die Auskünfte der sachverständigen Zeugen, dass bei einer Infiltration Daten ohne Bezug zur laufenden Telekommunikation erhoben werden können und dass für den Betroffenen stets das Risiko bestehe – anders als bei der herkömmlichen netzbasierten Telekommunikationsüberwachung –, dass über die Inhalte und Umstände der Telekommunikation hinaus weitere

228 a.a.O., Rdn. 182 ff.

persönlichkeitsrelevante Informationen erhoben werden. Art. 10 Abs. 1 GG sei nur dann alleiniger Maßstab für die Beurteilung einer Ermächtigung zur Quellen-Telekommunikationsüberwachung, wenn sich die Überwachung ausschließlich auf Daten aus einem laufenden Telekommunikationsvorgang beschränke. Dies müsse durch technische Vorkehrungen und rechtliche Vorgaben sichergestellt werden.

Auch Art. 13 Abs. 1 GG belasse Schutzlücken gegenüber Zugriffen auf informationstechnische Systeme²²⁹. Schutzgut dieses Grundrechts sei die räumliche Sphäre, in der sich das Privatleben entfalte. Der Grundrechtsschutz erschöpfe sich nicht in der Abwehr eines körperlichen Eindringens in die Wohnung. Als Eingriff seien auch Maßnahmen anzusehen, durch die staatliche Stellen sich mit besonderen Hilfsmitteln Einblick in Vorgänge innerhalb der Wohnung verschaffen, die der natürlichen Wahrnehmung von außerhalb des geschützten Bereichs entzogen sind. Dazu gehöre nicht nur die akustische oder optische Wohnraumüberwachung, sondern auch die Messung elektromagnetischer Abstrahlungen, mit der die Nutzung eines informationstechnischen Systems überwacht werden kann. Darüber hinaus könne eine staatliche Maßnahme an Art. 13 Abs. 1 GG zu messen sein, wenn beispielsweise Mitarbeiter einer Ermittlungsbehörde in eine Wohnung eindringen, um ein dort befindliches informationstechnisches System physisch zu manipulieren. Ein weiterer Anwendungsfall des Art. 13 Abs. 1 GG sei die Infiltration eines in einer Wohnung befindlichen informationstechnischen Systems, um mit Hilfe dessen Vorgänge innerhalb der Wohnung durch an das System angeschlossene Peripheriegeräte wie Mikrofon oder Kamera zu überwachen. Art. 13 Abs. 1 GG vermittle dem Einzelnen aber keinen generellen Schutz gegen die Infiltration informationstechnischer Systeme, auch wenn dieses sich in einer Wohnung befindet. Denn der Eingriff könne unabhängig vom Standort erfolgen, sodass ein raumbezogener Schutz nicht in der Lage sei, die spezifische Gefährdung abzuwehren.

Das BVerfG führt sodann aus, dass auch die bisher in der Rechtsprechung des BVerfG anerkannten Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, nämlich die Gewährleistungen des Schutzes der Privatsphäre und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung dem besonderen Schutzbedürfnis des Nutzers eines informationstechnischen Systems nicht in ausreichendem Maße gerecht werden²³⁰.

Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme sei aber nicht schrankenlos. Eingriffe könnten sowohl

229 a.a.O., Rdn. 191 ff.

230 a.a.O., Rdn. 196 ff.

zu präventiven Zwecken als auch zur Strafverfolgung gerechtfertigt sein. Der Einzelne müsse dabei allerdings nur solche Beschränkungen seines Rechts hinnehmen, die auf einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage beruhen. Dies sei bei der angefochtenen Bestimmung des SOG NRW nicht der Fall.

Denn die angegriffene Norm

- werde dem Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit nicht gerecht²³¹,
- wahre nicht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit²³²,

das Gesetz regele

- weder einen Richtervorbehalt
- noch einen gleichwertigen Kontrollmechanismus²³³,

Es fehle an hinreichenden gesetzlichen Vorkehrungen, um Eingriffe in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung durch Maßnahmen zu vermeiden²³⁴.

Unter Anknüpfung an die bisherige Rechtsprechung zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung führt das BVerfG aus, dass sich dieser verfassungsrechtlich gebotene Kernbereichsschutz im Rahmen eines zweistufigen Schutzkonzeptes gewährleisten lasse:

Die gesetzliche Regelung habe darauf hinzuwirken, dass die Erhebung kernbereichsrelevanter Daten soweit wie informationstechnisch und ermittlungstechnisch möglich unterbleibt. Gebe es im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte, dass eine bestimmte Datenerhebung den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren wird, so habe sie grundsätzlich zu unterbleiben, es sei denn, dass kernbereichsbezogene Kommunikationsinhalte mit Inhalten verknüpft werden, die dem Ermittlungsziel unterfallen, um eine Überwachung zu verhindern (erste Stufe).

Da sich die Kernbereichsrelevanz in vielen Fällen vor oder bei der Datenerhebung nicht klären lasse, müsse der Gesetzgeber ein geeignetes Verfahren vorsehen, das den Belangen des Betroffenen insoweit Rechnung trage. Ergebe die Durchsicht, dass kernbereichsspezifische Daten erhoben worden seien, so sind sie unverzüglich zu löschen; eine Verwertung oder Weitergabe sei auszuschließen (zweite Stufe).

231 a.a.O., Rdn. 208 ff.

232 a.a.O., Rdn. 218 ff.

233 a.a.O., Rdn. 257 ff.

234 a.a.O., Rdn. 270 ff.

Das BVerfG befasst sich sodann mit der 1. Alternative des § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 VSG NRW – heimliches Aufklären des Internets – und erklärt diese Norm für verfassungswidrig und nichtig. Die aufgrund dieser Vorschrift ermöglichten Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG seien verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Die angegriffene Norm genüge nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Eingriffsermächtigungen, denn § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 1 VSG NRW

- werde dem Gebot der Normenklarheit und –bestimmtheit nicht gerecht, da die Eingriffsvoraussetzungen nicht hinreichend präzise geregelt seien,
- stehe mit dem Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne nicht in Einklang,
- enthalte keine Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung,
- genüge nicht dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG.

Das BVerfG hält jedoch Maßnahmen der Internetaufklärung insoweit für zulässig, soweit diese nicht als Grundrechtseingriffe anzusehen seien. Der Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG umfasse die mit einem an das Internet angeschlossenen informationstechnischen System geführte laufende Fernkommunikation. Das Grundrecht schütze allerdings lediglich das Vertrauen des Einzelnen darin, dass eine Fernkommunikation, an der er beteiligt ist, nicht von Dritten zur Kenntnis genommen wird. Das heimliche Aufklären des Internets greife danach in Art. 10 Abs. 1 GG ein, wenn die Behörde zugangsgesicherte Kommunikationsinhalte überwacht, indem sie Zugangsschlüssel nutzt, die sie ohne oder gegen den Willen der Kommunikationsbeteiligten erhoben hat, so etwa wenn ein mittels Keylogging²³⁵ erhobenes Passwort eingesetzt wird, um den Zugang zu einem E-Mail-Postfach oder zu einem geschlossenen Chat zu erlangen. Kein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG liege dagegen vor, wenn ein Teilnehmer eines geschlossenen Chats der für die Behörde handelnden Person seinen Zugang freiwillig zur Verfügung stelle und die Behörde diesen Zugang dann nutze. Erst recht scheide ein Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis aus, wenn die Behörde allgemein zugängliche Inhalte erhebt.

235 Keylogging ist eine mit einem Virus eingeschleuste Funktion, die jede auf der Tastatur gedrückte Taste erfasst und die so gesammelten Daten dem Autor des Virus zusendet. Auf diese Weise können Benutzernamen und Passwörter mitgelesen werden. Zu diesen und anderen technischen Einzelheiten siehe Buermeyer, Ulf, Die „Online-Durchsuchung. Technischer Hintergrund des verdeckten hoheitlichen Zugriffs auf Computersysteme, HRRS 2007, 154 ff.

cc) Regelung der Online-Durchsuchung im novellierten BKAG

Das BKAG enthält nach seiner Novellierung durch das „Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt“ vom 25.12.2008 in § 20k die Befugnis zur präventiven Online-Durchsuchung²³⁶ und zur Quellen-TKÜ. Das Gesetz ist zum 1.1.2009 in Kraft getreten. Insbesondere gegen die Regelung des § 20k hat die Journalistin Bettina Winsemann unter dem 27.1.2009 Verfassungsbeschwerde beim BVerfG eingelegt²³⁷.

Auch die folgenden Entscheidungen des BVerfG befassen sich mit der Telekommunikation und ihrer Überwachung.

g) Beschlüsse und Urteil des BVerfG zur Vorratsspeicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten

aa) Vorgeschichte

Für alle Behörden, die mit der Überwachung der Telekommunikation zu den verschiedenen Zwecken befasst sind – zur Strafverfolgung, zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und zu nachrichtendienstlichen Zwecken – ist nicht nur der Inhalt der Telekommunikation, sondern sind auch die sog. Verkehrsdaten (früher: Verbindungsdaten²³⁸) von Interesse. Verkehrsdaten sind gemäß § 3 Nr. 30 des Telekommunikationsgesetzes – TKÜ – Daten, die bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erhoben, verarbeitet oder genutzt werden wie die Rufnummer oder eine andere Kennung des anrufenden oder angerufenen (Telefon-)Anschlusses, der Beginn und das Ende der Verbindung nach Datum und Uhrzeit, im Falle des Mobilfunks die Bezeichnung der Funkzelle, im Falle der Internet-Telefonie die Internetprotokoll-Adresse usw. Davon sind zu unterscheiden die inhaltlichen Daten z.B. eines Telefongesprächs, einer E-Mail. Erfolgt eine Überwachung der Telekommunikation aufgrund von § 100a StPO, § 23a ZfDG oder vergleichbaren Vorschriften der Polizeigesetze oder aufgrund des G 10, so werden beide Arten von Daten – Verkehrsdaten und inhaltliche Daten – von den betreffenden Behörden aufgezeichnet und ausge-

236 Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt vom 25.12.2008 – BGBl. I., S. 3083 ff. (3087/3088).

237 www.heise.de/tp/r4/artikel/29/29614/1.html.

238 Die Verkehrsdaten wurden nach § 2 Nr. 4 Telekommunikations-Datenschutzverordnung (TDSV) vom 18.12.2000 – BGBl. I, S. 1740 ff. (1740) – zunächst als Verbindungsdaten bezeichnet. Die TDSV wurde durch § 152 Abs. 2 TKG vom 25.6.2004 – BGBl. I, S. 1190 aufgehoben und der Datenschutz in das TKA integriert. Seitdem werden die Daten als Verkehrsdaten bezeichnet. Siehe auch Graf, Jürgen-Peter, in Graf, Jürgen-Peter (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar der StPO, Edition 5, Stand 1.10.2009, § 100a, Rdn. 16 ff.

wertet. Manchmal genügt aber eine Maßnahme, die der Behörde lediglich Auskunft über die Verkehrsdaten gibt. Das Ergebnis der Feststellung der Verkehrsdaten kann der Behörde die Entscheidung ermöglichen, ob es Sinn macht, diese Anschlüsse auch inhaltlich zu überwachen. Die Feststellung der Verkehrsdaten kann eine Telekommunikationsüberwachung als solche vorbereiten, kann aber auch in laufender Telekommunikationsüberwachung stattfinden, wenn sich die Frage stellt, ob die Telekommunikationsüberwachung auf einen Anschluss, der bislang nicht überwacht worden ist, ausgeweitet werden soll. Der Eingriff in das Grundrecht nach Art. 10 Abs. 1 GG ist beim Abruf der Verkehrsdaten zwar nicht so gravierend wie bei der Telekommunikationsüberwachung nach der StPO, polizeirechtlichen Vorschriften und dem G 10, ermöglicht aber gleichwohl weitgehende Erkenntnisse über das Kommunikationsverhalten und die sozialen Kontakte des Betroffenen zu erlangen, bereitet darüber hinaus ggf. weitere einschneidende Maßnahmen gegen den Betroffenen vor.

Von den Inhalts- und Verkehrsdaten sind die Bestandsdaten zu unterscheiden. Bestandsdaten sind gemäß § 3 Nr. 3 TKG die Daten eines Teilnehmers, die für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung, Änderung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses über Telekommunikationsdienste erhoben werden. Dazu gehören beispielsweise Name und Adresse des Kunden des Telekommunikationsdiensteanbieters. Die nach den verschiedenen Gesetzen berechtigten Behörden können ohne richterlichen Beschluss Auskünfte über die Bestandsdaten erhalten.

Mit „Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung“ vom 20.12.2001²³⁹ ist § 100g in die StPO eingefügt worden, der den bereits seit 1928 geltenden § 12 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen (FAG)²⁴⁰ als Rechtsgrundlage ablöste und den Strafverfolgungsbehörden bis zur Neufassung zum 1.1.2008 erlaubte, Auskunft über die Verkehrsdaten zu verlangen. Die meisten Polizeigesetze enthalten eine Vorschrift, die die Anbieter von Telekommunikationsdiensten zur Auskunft über Verkehrsdaten verpflichtet²⁴¹. Für den Zollfahndungsdienst ist die Befugnis, Auskunft über die Verkehrsdaten zu verlangen, erst mit dem „Gesetz zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze“ vom 12.6.2007 in das ZFfG eingefügt worden²⁴². Auch die Gesetze über die deut-

239 Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 20.12.2001 – BGBl. I, S. 3879 f.

240 Gesetz über Fernmeldeanlagen vom 14.1.1928 – RGBl. I, S. 8 f.

241 Zum Beispiel Art. 34a i.V.m. § 34b des Bay PAG i.d.F. des Gesetzes zur Änderung des Polizeiaufgabengesetzes und des Parlamentarischen Kontrollgremium-Gesetzes vom 24.12.2005 – Bay GVBl. 2005, S. 641 ff. (644/645).

242 Gesetz zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze vom 12.6.2007 – BGBl. I, S. 1037 ff. (1039/1040).

schen Nachrichtendienste enthalten entsprechende Bestimmungen, so z.B. für das BfV § 8a Abs. 2 BVerfSchutzG²⁴³, für das Landesamt für Verfassungsschutz in Baden Württemberg § 5a Abs. 3 Landesverfassungsschutzgesetz²⁴⁴. Nach diesen Vorschriften war (und ist) es den betreffenden Behörden erlaubt, Auskunft über Verkehrsdaten von den Diensteanbietern zu verlangen, die diese zu eigenen Zwecken speichern, z.B. gemäß § 97 TKÜ zur Entgeltermittlung und –abrechnung.

Europäisches Parlament und Rat erließen am 15.3.2006 die auf Art. 95 des EG-Vertrages beruhende und am 3.5.2006 in Kraft getretene „Richtlinie 2006/24/EG“²⁴⁵ über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG“, die die Mitgliedstaaten zum Erlass von Vorschriften über die Einführung von Speicherungspflichten für Verkehrsdaten verpflichtete. Nach Art. 6 sollen die in Art. 5 aufgeführten Datenkategorien für einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren ab dem Zeitraum der Kommunikation auf Vorrat gespeichert werden. Die Umsetzung sollte gemäß Art. 15 spätestens bis zum 15.9.2007 erfolgen. Deutschland behielt sich das Recht vor, die Anwendung der Richtlinie auf die Speicherung von Kommunikationsdaten betreffend Internetzugang, Internet-Telefonie und Internet-E-Mail für einen Zeitraum von 18 Monaten ab dem in Art. 15 Abs. 1 Satz 1 genannten Zeitpunkt (15.9.2007) zurückzustellen²⁴⁶.

Irland beantragte beim EuGH, die Richtlinie für nichtig zu erklären, da sie nicht auf der richtigen Rechtsgrundlage erlassen worden sei. Ihr Schwerpunkt liege nicht auf dem Funktionieren des Binnenmarktes, sondern auf der Ermittlung und

243 Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz (Bundesverfassungsschutzgesetz – BVerfSchG) vom 20.12.1990 – BGBl. I, S. 2954 ff.; geändert durch u.a. Art. 1 Ziff. 3 b) des Gesetzes zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus vom 9.1.2002 – BGBl. I, S. 361 ff. (361/362)-, durch den der bestehende § 8 um den Abs. 8 ergänzt worden ist, der das Auskunftsrecht über Telekommunikationsverbindungsdaten und Teledienstnutzungsdaten für das BfV enthält, jetzt § 8a Abs. 2 BVerfSchG.

244 Gesetz über den Verfassungsschutz in Baden-Württemberg (Landesverfassungsschutzgesetz – LVSG) i.d.F. vom 5.12.2005 – GBl. 2006, S. 1 ff.

245 Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.3.2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG – Abl. EU Nr. L 105 vom 13.4.2006, S. 54 ff.

246 a.a.O., S. 63.

Verfolgung von Straftaten, hätte somit auf der Grundlage von Artikeln des EU-Vertrages über die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen erlassen werden müssen. Mit Urteil vom 10.2.2009²⁴⁷ stellte der EuGH zunächst klar, dass sich die von Irland erhobene Klage allein auf ihre Rechtsgrundlage beziehe, nicht aber auch darauf, ob der Vollzug der Richtlinie dazu führe, dass in Grundrechte eingegriffen werde²⁴⁸. Der EuGH stellte fest, dass die Richtlinie vor allem dazu diene, die bereits in einigen Mitgliedstaaten existierenden, aber sehr unterschiedlich ausgestalteten Verpflichtungen zur Vorratsspeicherung zu harmonisieren. Die Bestimmungen der Richtlinie seien im Wesentlichen auf die Tätigkeiten der Diensteanbieter beschränkt und regelten nicht den Zugang zu den Daten oder deren Nutzung durch die Polizei- und Justizbehörden der Mitgliedstaaten²⁴⁹. Sie diene daher primär dem Funktionieren des Binnenmarktes, sodass Art. 95 des EG-Vertrages die richtige Grundlage für den Erlass der Richtlinie sei²⁵⁰.

bb) „Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Maßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG“ vom 21.12.2007

Mit diesem Gesetz²⁵¹ legte die BReg ein Gesamtkonzept der strafprozessualen heimlichen Ermittlungsmethoden vor, um insbesondere verschiedenen Entscheidungen des BVerfG gerecht zu werden. Unter anderem wurde § 100g StPO neugefasst, und in Art. 2 des Gesetzes Änderungen des Telekommunikationsgesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG über die Vorratsspeicherung von Verkehrsdaten vorgenommen²⁵². So bestimmt der in das TKÜ eingefügte § 113a, dass derjenige, der öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste für Endnutzer erbringt, verpflichtet ist, von ihm bei der Nutzung seines Dienstes erzeugte oder verarbeitete Verkehrsdaten sechs Monate zu speichern. Nach dem ebenfalls eingefügten § 113b darf der nach § 113a Verpflichtete die allein auf Grund der Speicherverpflichtung nach § 113a gespeicherten Daten

1. zur Verfolgung von Straftaten,

247 Urteil des Gerichtshofs (Große Kammer) vom 10.2.2009 – Rs C – 301/06 – <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=DE&Submit=rechercher&numaff=C-301/06>

248 a.a.O., Rdn. 57.

249 a.a.O., Rdn. 80.

250 a.a.O., Rdn. 93.

251 Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21.12.2007 – BGBl. I, S. 3198 ff.

252 Zur Neufassung des § 100g StPO durch das Gesetz vom 21.12.2007 siehe Korn, Jana, Der strafprozessuale Zugriff auf Verkehrsdaten nach § 100g StPO, HRRS 2009, 112 ff.

2. zur Abwehr von erheblichen Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder
3. zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden, des BND und des MAD

an die zuständigen Stellen übermitteln, soweit dies in den jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen – also § 100a StPO, § 23g ZFdG, den entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen der anderen Polizeigesetze, den entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen über die Nachrichtendienste, z.B. für das BfV § 8a Abs. 2 BVerfSchG – unter Bezugnahme auf § 113a TKÜ vorgesehen und die Übermittlung im Einzelfall angeordnet ist. Die Verpflichtung zur Vorratshaltung ist zum 1.1.2008 in Kraft getreten²⁵³. Bislang (Mai 2009) sieht die StPO in § 100g Abs. 1 Satz 1 den Bezug auf § 113a TKÜ vor sowie seit Juli 2008 für den Bereich der Gefahrenabwehr und des Verfassungsschutzes die Polizei- bzw. Verfassungsschutzgesetze von Bayern und Thüringen²⁵⁴.

cc) Beschlüsse des BVerfG im Einzelnen

(1) Beschluss vom 11.3.2008 – 1 BvR 256/08²⁵⁵

Die Beschwerdeführer beehrten mit ihrem Eilantrag, die durch das „Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG“ eingeführte Vorratsspeicherung von Verkehrsdaten zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit einstweilen auszusetzen²⁵⁶.

Das BVerfG gab diesem Eilantrag teilweise statt²⁵⁷. Zwar scheide eine Aussetzung des Vollzuges von § 113a TKG aus, da die in dieser Norm geregelte Pflicht bestimmter Anbieter von Telekommunikationsdiensten zur Speicherung von Verkehrsdaten in weiten Teilen den zwingenden Vorgaben der Richtlinie entspreche²⁵⁸. Jedoch sei die Nutzung dieser Daten einstweilen auf bestimmte Anlässe der Strafverfolgung zu beschränken²⁵⁹. Die Übermittlung und Nutzung

253 a.a.O., Art. 15 Abs. 1.

254 § 34b Abs. 2 und 3 BayPAG i.d.F. des Gesetzes zur Änderung des BayPAG vom 8.7.2008 – GVBl. 2008, S. 365; § 34a Abs. 3 ThürPAG i.d.F. des Gesetzes zur Änderung sicherheits- und verfassungsschutzrechtlicher Vorschriften vom 16.7.2008 – GVBl. 2008, S. 245.

255 Beschluss des BVerfG vom 11.3.2008 – 1 BvR 256/08 – www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080311_1bvr025608.html = BVerfGE 121, 1 ff.

256 a.a.O., Rdn. 1.

257 a.a.O., Rdn. 132.

258 a.a.O., Rdn. 147.

259 a.a.O., Rdn. 164 ff.

der Daten sei nur dann zulässig, wenn Gegenstand des Ermittlungsverfahrens eine Katalogtat i.S.d. § 100a Abs. 2 StPO ist und die Voraussetzungen des § 100a Abs. 1 StPO vorliegen. In diesen Fällen habe das öffentliche Strafverfolgungsinteresse grundsätzlich derartiges Gewicht, dass eine Verzögerung durch eine einstweilige Anordnung nicht hingenommen werden könne. Für eine Aussetzung des Vollzuges von § 113b Satz 1 Nr. 2 und 3 TKÜ – Abruf der nach § 113a TKG bevorrateten Verkehrsdaten durch Gefahrenabwehr- und Sicherheitsbehörden – bestehe zur Zeit kein Anlass. Denn § 113b TKG laufe insoweit gegenwärtig noch leer, als bislang keine fachrechtlichen Abrufermächtigungen bestehen, die ausdrücklich auf § 113a TKG verweisen²⁶⁰. Den Beschwerdeführern bleibe es unbenommen, ggf. dann einen entsprechenden Antrag zu stellen, wenn Nachteile durch diese Regelungen konkret absehbar seien.

(2) Beschluss vom 28.10.2008 – 1 BvR 256/08²⁶¹

Die Beschwerdeführer beehrten in ihrem erneuten Antrag auf einstweilige Anordnung, die Regelungen der §§ 113a und b TKÜ über die Vorratsspeicherung von Verkehrsdaten insbesondere wegen der in der Zwischenzeit erfolgten entsprechenden Änderungen im bayerischen Polizei- und Verfassungsschutzrecht in größerem Umfang auszusetzen, als dies durch die einstweilige Anordnung vom 11.3.2008 geschehen ist²⁶². Der Gesetzgeber des Freistaates Bayern hatte mit Gesetz zur Änderung des BayPAG vom 8.7.2008 und dem Gesetz zur Änderung des BayVSG und anderer Gesetze durch Verweis auf § 113a TKG den Zugriff auf zu speichernde Verkehrsdaten auch zur Gefahrenabwehr und zur Erfüllung von Aufgaben des Verfassungsschutzes gestattet²⁶³.

Das BVerfG gab auch diesem Antrag teilweise statt. Erneut entschied das BVerfG, dass die Aussetzung der Speicherungspflicht – auch unter Berücksichtigung der neuen Gesichtspunkte (Einschüchterungseffekt, Kosten für die Diensteanbieter u.a.) – ausscheide²⁶⁴. Der Antrag habe aber insoweit teilweise Erfolg, als er sich gegen die Nutzung der nach § 113a TKG gespeicherten Daten zur Gefahrenabwehr nach § 113b Satz 1 Nr. 2 TKG richte. Im Rahmen einer Folgeabwägung ergebe sich, dass die mit dem Abruf der Verkehrsdaten verbun-

260 a.a.O., Rdn. 185 f.

261 Beschluss des BVerfG vom 28.10.2008 – 1 BvR 256/08 – www.bverfg.de/entscheidungen/rs20081028_1bvr025608.html

262 a.a.O., Rdn. 1.

263 Gesetz zur Änderung des Polizeiaufgabengesetzes vom 8.7.2008 – GVBl. 2008, S. 365; Gesetz zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes, des Ausführungsgesetzes zum Art. 10-Gesetz und des Parlamentarischen Kontrollgremium-Gesetzes vom 8.7.2008 – GVBl. 2008, S. 357.

264 a.a.O., Rdn. 76 ff.

denen Nachteile vorläufig hinzunehmen sind, soweit die Übermittlung zur Abwehr einer dringenden Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person, für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder zur Abwehr einer gemeinen Gefahr erforderlich ist²⁶⁵. Die Anordnung des Datenabrufs dürfe – außer bei Gefahr im Verzuge – nur durch den Richter erfolgen. Der Antrag habe auch insoweit teilweise Erfolg, als er sich gegen die Datenübermittlung für Aufgaben des Verfassungsschutzes, des BND und MAD gemäß § 113b Satz 1 Nr. 3 TKG richte. Die Folgenabwägung führe hier ebenfalls zu dem Ergebnis, dass die Datenübermittlung teilweise einzuschränken ist. Sofern bei einer Abfrage nach § 113b Satz 1 Nr. 3 TKG die Voraussetzungen der §§ 1 Abs. 1, 3 des Artikel-10-Gesetzes vorliegen, führe die Folgenabwägung zu dem Ergebnis, dass eine gesetzlich angeordnete Übermittlung dieser Daten bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde vorläufig hinzunehmen ist²⁶⁶.

dd) Urteil des BVerfG vom 2.3.2010 zur Vorratsspeicherung von Telekommunikationsdaten – 1 BvR 256/08²⁶⁷

Am 2.3.2010 entschied das BVerfG, dass die sechsmonatige, vorsorglich anlasslose Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten, wie sie die Richtlinie 2006/24/EG vorsieht, zwar nicht schlechthin mit Art. 10 GG unvereinbar sei, die Umsetzung der Richtlinie durch den deutschen Gesetzgeber in den §§ 113a und 113b TKG sowie in § 100g Abs. 1 Satz 1 StPO jedoch gegen Art. 10 Abs. 1 GG verstößt und insoweit nichtig ist. Die aufgrund der einstweiligen Anordnung (Beschlüsse vom 11.3. und 28.10.2008) von den Telekommunikationsdiensten im Rahmen behördlicher Auskunftersuchen erhobenen, aber nicht an die ersuchenden Behörden übermittelten bei den Anbietern gespeicherten Telekommunikationsverkehrsdaten seien unverzüglich zu löschen.

(1) Kein Anlass für ein Vorabentscheidungsverfahren

Das BVerfG beschäftigt sich zunächst mit der Frage, ob es – wie von den Beschwerdeführern erstrebt – die Angelegenheit dem EuGH gemäß Art. 267 AEUV im Vorabentscheidungsverfahren vorlegen muss und verneint dies, da eine Vorlage nur dann zulässig und geboten ist, wenn es auf die Auslegung bzw. Wirksamkeit des Unionsrechts – hier der Richtlinie – ankommt. Dies sei vorliegend nicht der Fall, da die Wirksamkeit der Richtlinie 2006/24/EG und ein sich hieraus ergebender Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor deutschen Grundrecht-

265 a.a.O., Rdn. 94 ff.

266 a.a.O., Rdn. 11 ff.

267 Urteil des BVerfG vom 2.3.2010 – 1 BvR 256/08 – www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100302_1bvr025608.html = NJW 2010, 833 ff.

ten nicht entscheidungserheblich sei. Die Richtlinie verpflichte die Mitgliedstaaten zwar dazu, Betreibern die Speicherung aller Telekommunikationsverkehrsdaten für mindestens sechs Monate vorzuschreiben, regele aber nicht den Zugang zu den Daten oder deren Verwendung durch die Behörden der Mitgliedstaaten. Mit diesem Inhalt könne die Richtlinie ohne Verstoß gegen die Grundrechte des Grundgesetzes umgesetzt werden²⁶⁸.

(2) Umsetzung der RL in nationales Recht wegen Verstoßes gegen Art. 10 Abs. 1 GG nichtig

Bei der sechsmonatigen Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten handele es sich um einen besonders schweren Eingriff mit einer Streubreite, wie sie die Rechtsordnung bisher nicht kenne. Erfasst würden über den gesamten Zeitraum praktisch sämtliche Telekommunikationsverkehrsdaten aller Bürger ohne Anknüpfung an ein zurechenbar vorwerfbares Verhalten, eine – auch nur abstrakte – Gefährlichkeit oder sonst eine qualifizierte Situation. Die Teilnahme am sozialen Leben durch Telekommunikation sei in der modernen Welt nicht mehr verzichtbar²⁶⁹. Die Aussagekraft der gespeicherten Telekommunikationsverkehrsdaten sei weitreichend. Je nach Nutzung von Telekommunikationsdiensten ließen sich schon aus den Daten selbst tiefe Einblicke in das soziale Umfeld und die individuellen Aktivitäten eines jeden Bürgers gewinnen²⁷⁰. Gleichwohl sei eine sechsmonatige Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten in dem vom Gesetzgeber in § 113a Abs. 1 bis 8 TKG vorgesehenen Umfang nicht von vornherein unzulässig. Voraussetzung für die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit sei allerdings, dass die Ausgestaltung der Speicherung und der Verwendung der Daten dem besonderen Gewicht einer solchen Speicherung angemessen Rechnung trägt²⁷¹. Die angegriffenen Vorschriften genügten diesen Anforderungen jedoch nicht. Es fehle an der für eine solche Datensammlung verfassungsrechtlich gebotenen Gewährleistung eines besonders hohen Sicherheitsstandards²⁷². § 113a Abs. 10 TKG statuiere die unbestimmt bleibende Pflicht, durch technische und organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass der Zugang zu den gespeicherten Daten ausschließlich besonders ermächtigten Personen zugänglich ist, und verweise ansonsten nur auf die allgemein erforderliche Sorgfalt. Überdies bleibe die nähere Konkretisierung dieses Standards den einzelnen Telekommunikationsdiensten überlassen, die ihrerseits ihre Dienste unter den Bedingungen von Konkurrenz und Kostendruck an-

268 a.a.O., Rdn. 180 ff., 185, 186, 187.

269 a.a.O., Rdn. 210.

270 a.a.O., Rdn. 211.

271 a.a.O., Rdn. 219.

272 a.a.O., Rdn. 271.

bieten müssen. Auch andere Normen – genannt werden weitere Normen des TKG und des BDSG – gewährleisten nicht die erforderliche Sicherheit.

Auch die Bestimmungen zur Übermittlung und Nutzung der Daten gemäß § 113b Satz 1 Halbsatz 1 TKG genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht.²⁷³

Die Regelungen zur Verwendung der Daten für die Strafverfolgung seien mit den aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entwickelten Maßstäben unvereinbar. So stelle § 100g Abs. 1 Satz. 1 Nr. 1 StPO nicht sicher, dass allgemein und auch im Einzelfall nur schwerwiegende Straftaten Anlass für eine Erhebung der entsprechenden Daten sein dürfen, sondern lasse – unabhängig von einem abschließenden Katalog – generell Straftaten von erheblicher Bedeutung zu. Erst recht bleibe § 100g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 StPO hinter den verfassungsrechtlichen Maßgaben zurück, wenn er jede mittels Telekommunikation begangene Straftat als möglichen Auslöser einer Datenabfrage ausreichen lässt. § 100g StPO entspreche auch deshalb nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen, weil er einen Datenabruf grundsätzlich auch ohne Wissen des Betroffenen zulässt. Auch die Ausgestaltung der Benachrichtigungspflicht genüge nicht den Erfordernissen. Unzureichend seien ferner die Regeln zur richterlichen Kontrolle, wenn eine Benachrichtigung unterbleiben kann.²⁷⁴

Im Anschluss an diese Ausführungen zur Verwendung der Daten für die Strafverfolgung befasst sich das BVerfG mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen in Hinblick auf den Abruf und die Verwendung der Daten für die Gefahrenabwehr und für die Aufgaben der Nachrichtendienste und kommt auch hier zu dem Ergebnis, dass die angegriffenen Vorschriften diesen Anforderungen nicht entsprechen²⁷⁵, weil der Bundesgesetzgeber sich damit begnüge, in lediglich generalisierender Weise die Aufgabenfelder zu umreißen, für die ein Datenabruf möglich sein soll, ohne konkret die Verwendungszwecke zu benennen. Deren Konkretisierung überlasse er späterer Gesetzgebung, insbesondere der Gesetzgebung durch die Länder. Damit werde er seiner Verantwortung nicht gerecht.

Der Verstoß gegen das Grundrecht auf Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses nach Art. 10 Abs. 1 GG führe zur Nichtigkeit der §§ 113a und 113b TKG sowie von § 100g Abs. 1 Satz 1 StPO, soweit danach Verkehrsdaten nach § 113a TKG erhoben werden dürfen²⁷⁶.

273 a.a.O., Rdn. 276 ff.

274 a.a.O., Rdn. 277-284.

275 a.a.O., Rdn. 285 ff.

276 a.a.O., Rdn. 306.

(3) Abweichende Voten

Die Entscheidung der europarechtlichen Fragen erfolgte einstimmig. Hinsichtlich der Beurteilung der §§ 113a und 113b TKG als verfassungswidrig ist die Entscheidung mit 7:1 Stimmen und hinsichtlich weiterer materiellrechtlicher Fragen mit 6:2 Stimmen ergangen (Sondervoten der Richter Schluckebier und Eichberger). Die Entscheidung, die Vorschriften nicht nur als unvereinbar mit dem GG, sondern für nichtig zu erklären, erging mit 4:4 Stimmen²⁷⁷.

ee) Reaktionen auf das Urteil

Beide Seiten – sowohl die Beschwerdeführer/innen als auch die BReg. – beanspruchen, den „Sieg“ davon getragen zu haben. Dabei ist die Meinung der BReg gespalten, denn die derzeitige Bundesjustizministerin Leutheusser-Scharrenberger war, als sie sich noch mit ihrer Partei in der Opposition befand, eine der Beschwerdeführerinnen und ist auch heute nicht geneigt, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Urteils des BVerfG die Vorschriften der §§ 113a und 113b TKG sowie des § 100g StPO neu zu fassen²⁷⁸. Dies ist aber die erklärte Meinung des Bundesinnenministers²⁷⁹. Zwar haben die Beschwerdeführer/innen erreicht, dass die genannten Bestimmungen für verfassungswidrig und nichtig erklärt worden sind. Das BVerfG hat aber auch eindeutig erklärt, dass eine Vor-

277 a.a.O., Rdn. 306-309.

278 Presseerklärung des BMJ vom 2.3.2010: „Herausragender Tag für Grundrechte und Datenschutz. Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Vorratsdatenspeicherung: Heute ist ein herausragender Tag für die Grundrechte und den Datenschutz. Dem einseitigen Stakkato an Sicherheitsgesetzen der vergangenen Jahre wurde mit dem heutigen Urteil des Bundesverfassungsgerichts erneut eine Absage erteilt ... Das Datenschutzbewusstsein in der Europäischen Union hat sich erkennbar gewandelt, nicht zuletzt im neuen Europäischen Parlament. Nach den jüngsten Äußerungen der EU-Justizkommissarin Viviane Reding bin ich optimistisch, dass auf europäischer Ebene zügig an einer Überarbeitung der Richtlinie gearbeitet wird. Daran werde ich konstruktiv und nachdrücklich mitwirken. ...“

279 Presseerklärung des Bundesinnenministers vom 2.3.2010: „Ich hätte mir ein anderes Urteil gewünscht, aber das Urteil des Bundesverfassungsgerichts gilt. Das Gericht hat gesagt: So geht es nicht, aber anders geht es. Und ich füge hinzu: Und so muss es dann auch gehen. Das Bundesverfassungsgericht hat die zugrunde liegende EU-Richtlinie nicht beanstandet. Es hat die sechsmonatige anlasslose Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten für möglich erklärt und überdies deutlich gemacht, dass eine Rekonstruktion gerade der Telekommunikationsverbindungen für eine effektive Strafverfolgung und Gefahrenabwehr von besonderer Bedeutung ist. ...Ich bitte das zuständige Bundesjustizministerium, die weiterhin geltende EU-Richtlinie zügig – das heißt klug, aber schnell – im Interesse von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung umzusetzen. Das Bundesinnenministerium wird das Justizministerium dabei drängend unterstützen.“

ratsspeicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten durchaus mit den Vorschriften des GG in Einklang stehen kann. Insoweit könnten die Beschwerdeführer/innen einen Pyrrhus-Sieg davongetragen haben, denn es war ihr erklärtes Ziel, eine Vorratsdatenspeicherung grundsätzlich zu Fall zu bringen. Sie setzen nun ihre Hoffnung darauf, dass die Richtlinie auf entsprechende Klagen anderer Mitgliedstaaten der EU zumindest überarbeitet wird. So hat der High Court of Ireland am 5.5.2010 entschieden, die Richtlinie durch den EuGH überprüfen zu lassen²⁸⁰. Das Ergebnis der Bemühungen verschiedener Mitgliedstaaten bleibt abzuwarten.

3. Wertung der Entscheidungen

Mehrere der dargestellten Entscheidungen des BVerfG weisen eine Gemeinsamkeit auf: Die in die verschiedenen Grundrechte eingreifenden präventiven Maßnahmen werden vom BVerfG grundsätzlich akzeptiert, in ihrer konkreten Ausgestaltung jedoch in einzelnen Punkten oder in ihrer Gesamtheit (so Vorschriften über die Telekommunikations- und Brief- und Postüberwachung nach §§ 39 ff. AWG) für verfassungswidrig erklärt und der Gesetzgeber zumeist aufgefordert nachzubessern. Auch die Nachbesserung wird von Fall zu Fall einer Prüfung durch das BVerfG unterworfen und besteht diese Prüfung gelegentlich nicht, sodass wieder der Gesetzgeber auf den Plan gerufen wird.

Zur Begrenzung der präventiven Eingriffe in den Schutz- oder Gewährleistungsbereich des Grundrechts nach Art. 10 Abs. 1 GG verwendet das BVerfG einerseits die klassischen Begrenzungskriterien wie Normenklarheit und – bestimmtheit des einschränkenden Gesetzes und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seinen verschiedenen Ausprägungen. Zum anderen aber greift das BVerfG auf Art. 1 und Art. 2 GG zurück und leitet – davon ausgehend – konkrete Ausgestaltungen dieses Grundrechts wie den „Kernbereich privater Lebensgestaltung“ und „Schutz der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ ab. Beim Kernbereich privater Lebensgestaltung entwickelt das BVerfG ein Zwei-Stufen-Schutzkonzept. Trotz der starken Worte, die das BVerfG für den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung findet²⁸¹, akzeptiert es, dass es, wenn man den Eingriff in die Grundrechte nach

280 www.courts.ie Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communication & Ors – High Court Record Number: 2006 3785 P, Date of Delivery: 05/05/2010.

281 „Zur Unantastbarkeit der Menschenwürde gemäß Art. 1 GG gehört die Anerkennung eines absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung. In diesen Bereich darf die akustische Überwachung von Wohnraum zu Zwecken der Strafverfolgung (Art. 13 Abs. 3 GG) nicht eingreifen. Eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwischen der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 i.V.m.

Art. 10 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 GG zulässt, in der Rechtswirklichkeit nicht völlig auszuschließen ist, dass es zu einer Verletzung des Kernbereichs kommt, insbesondere dann, wenn eine Telekommunikationsüberwachung durchgeführt wird. Auf der zweiten Stufe soll der eingetretene Schaden durch das absolute Verwertungsverbot möglichst gering gehalten werden. Obwohl das BVerfG betont, dass strafrechtliche Aspekte nicht berücksichtigt werden dürfen²⁸², wird man den Verdacht nicht los, dass diese Erwägung letztendlich doch hinter dieser Entscheidung steht.

Die im Einzelnen dargestellten Entscheidungen des BVerfG befassen sich im Wesentlichen nur mit einem – wenn auch sehr wichtigen – Teil der Prävention, nämlich der Prävention durch Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung. Weitere Entscheidungen des BVerfG betreffen andere Aspekte der Prävention und ihre Begrenzung wie die Rasterfahndung, der Einsatz der Videoüberwachung etc. Sieht man jede Maßnahme der Prävention für sich, so ist der Verlust an Freiheitsrechten noch hinnehmbar, insbesondere deswegen, weil die jeweilige Entscheidung des BVerfG doch zu einer nicht unerheblichen Einschränkung staatlichen Handelns führt: die ausführenden Organe werden zu sorgfältigster Prüfung und Gewissenhaftigkeit verpflichtet, die Rechtsstellung des Betroffenen wird durch weitgehende Unterrichtsregelungen und Gewährung von Rechtsschutz regelmäßig gestärkt. Nimmt man alle Maßnahmen jedoch zusammen, so ist – trotz der Schranken setzenden Rechtsprechung des BVerfG – nunmehr eine Situation erreicht, wo man in der Tat befürchten muss, dass aus dem Rechtsstaat ein Präventionsstaat wird, wenn man auf diesem Wege weitergeht. So wird in der Tat fast die gesamte Bevölkerung durch die Vorratsspeicherung unter einen Generalverdacht²⁸³ gestellt: Jeder, der eine Einrichtung der Telekommunikation bedienen kann und bedient, wird mit seinen Verkehrsdaten für sechs Monate gespeichert, dabei ist die Geeignetheit und Erforderlichkeit dieser Vorratsspeicherung nicht unbestritten²⁸⁴. In seinem Urteil vom 2.3.2010 ist das BVerfG erneut den Weg gegangen, die Vorratsspeicherung als solche für verfassungsrechtlich zulässig zu erachten, ihre konkrete Umsetzung

Art. 1 Abs. 1 GG) und dem Strafverfolgungsinteresse findet insoweit nicht statt.“ – Zweiter Leitsatz des Urteils des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98 und 1 BvR 1084/99.

282 a.a.O.

283 Baum, Gerhart R., Die Erosion des Grundrechtsschutzes im Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit, in Huster, Stefan/Rudolph, Karsten (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, Frankfurt a.M., 2008, S. 175.

284 Korn, Jana, Der strafprozessuale Zugriff auf Verkehrsdaten nach § 100g StPO, HRRS 2009, 112 ff (122).

im TKG und der StPO für verfassungswidrig und nichtig zu erklären und es dem Gesetzgeber zu überlassen, eine verfassungskonforme Regelung zu schaffen.

Vielleicht hat aber auch der Gesetzgeber ein Einsehen und dehnt den Bereich der Prävention nicht noch weiter aus. Es ist primär seine Aufgabe, durch eine entsprechende Gestaltung der Rechtspolitik Freiheitsrechte und ihre Beschränkungen in ein ausgewogenes Verhältnis zu setzen. So führt der sog. Koalitionsvertrag²⁸⁵, in dem CDU/CSU und FDP als die Regierungsparteien der 17. Legislaturperiode ihre Absichten festgelegt haben, in den einleitenden Worten zum Abschnitt IV. „Freiheit und Sicherheit durch Bürgerrechte und starken Staat“ aus, dass der Staat die Aufgabe habe, die unveräußerlichen Freiheiten jedes Einzelnen durch politische, rechtliche und gesellschaftliche Rahmenbedingungen umfassend zur Geltung zu bringen. Dabei habe die konsequente Anwendung des geltenden Rechts, eine gute Ausstattung der Sicherheitsbehörden und die Beseitigung von Vollzugsdefiziten immer Vorrang vor der Erweiterung staatlicher Eingriffsrechte. Möglicherweise führt auch eine Änderung oder gar Aufhebung der Richtlinie, die von einigen Mitgliedstaaten über eine Entscheidung des EuGH angestrebt wird, dazu, dass der deutsche Gesetzgeber seiner Verantwortung, eine verfassungskonforme Änderung zu schaffen, enthoben wird.

4. Prävention durch Eingriffe geringerer Intensität

Grundsätzlich stellt sich die Frage, ob der eingeschlagene Weg der Ausweitung von heimlichen, tief in den Bereich des Privaten eingreifenden Präventionsmaßnahmen der einzig gangbare ist oder ob es auch andere Wege gibt, die zum selben Ziel – der effektiven Abwehr gravierender Gefahren für die öffentliche Sicherheit – führen.

Hier ist insbesondere an die Außenwirtschaftsprüfung und die Ausfuhrabfertigung zu denken, die wie alle Eingriffe des Staates einer verfassungsmäßigen Rechtsgrundlage bedürfen, die die Außenwirtschaftsprüfung in § 44 AWG und die Ausfuhrabfertigung in § 46 AWG findet. Dies unterscheidet den modernen Rechtsstaat vom Polizeistaat²⁸⁶. Nach dem aus dem Rechtsstaatsprinzip entspringenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit²⁸⁷, der damit Verfassungsrang

285 Wachstum, Bildung, Zusammenhalt – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode – www.cdu.de/doc/pdfc/091026-koalitionsvertrag-cducusu-fdp.pdf

286 Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael, Polizeি- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., München 2008, § 1 Rdn. 4 und 9.

287 Beschluss des BVerfG vom 5.3.1968 – 1 BvR 579/67 – Rdn.19 = BVerfGE 23, 127 ff.; Beschluss des BVerfG vom 18.7.1973 – 1 BvR 23, 155/73 – Rdn. 62 = BVerfGE 35, 382 ff.

besitzt, ist bei Eingriffen stets das am geringsten beschwerende Mittel einzusetzen, wenn und soweit es den gleichen Erfolg verspricht.

Soweit es um die Verhinderung von Straftaten nach dem AWG und KWKG geht, sollten m.E. künftig verstärkt folgende Wege gegangen werden: So sollte

- mehr Gewicht auf die Außenwirtschaftsprüfungen gesetzt werden. Wenn es auch wahrscheinlich nicht durchsetzbar ist, das Instrument der Außenwirtschaftsprüfung durch Gesetzesänderung zu einem mehr präventiven Instrument umzugestalten, was insbesondere dadurch erreicht werden könnte, dass man die Verpflichtung zur rechtzeitigen Mitteilung der Prüfungsanordnung streicht, so kann doch die Praxis mehr als bisher das Gewicht der Prüfung auf laufende oder geplante Ausfuhrgeschäfte legen. Denn bisher liegt der Schwerpunkt der Prüfung darauf, ob der Pflichtige alle rechtlichen Verpflichtungen im Außenwirtschaftsverkehr – insbesondere die Genehmigungspflichten – eingehalten hat. Bezieht man auch die laufenden und geplanten Ausfuhrgeschäfte mit ein, so könnten vorbereitete ungenehmigte Ausfuhren evtl. erkannt und ggf. verhindert werden.
- die Risikoanalyse beim ZKA intensiviert werden. Für die Risikoanalyse im Bereich des Außenwirtschaftsverkehrs ist – wie für die präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung – das ZKA zuständig. Um auf breiter Front und effektiv Risikoanalyse betreiben zu können, bedarf es eines geschulten Personals, das verhältnismäßig lange im Bereich der Risikoanalyse tätig sein muss, damit es die erforderlichen Kenntnisse und analytischen Fähigkeiten gewinnen und nutzbringend anwenden kann. Risikoanalyse ist eine Langzeittätigkeit und kann nicht von aktuellen Situationen abhängig gemacht werden. Diese Risikoanalyse muss für die Ausfuhrabfertigung nutzbar gemacht werden. Nur diejenige Ausfuhr- oder Ausgangszollstelle, die rechtzeitig genaue und umfassende Informationen über einen bevorstehenden Ausfuhrvorgang erhält, ist in der Lage, diesen Ausfuhrvorgang zu prüfen und ggf. eine ungenehmigte Ausfuhr zu verhindern. Durch „ATLAS Ausfuhr“ ist heute ein Instrument vorhanden, das der Risikoanalyse einerseits die notwendigen und umfassenden Daten über Exportvorgänge liefern und andererseits die Risikoanalyse auch ggf. umsetzen kann. War es früher unter Anwendung des rein nationalen DV-System KOBRA nicht einmal möglich festzustellen, ob ein Gut das Gebiet der EG verlassen hat, so ist dies heute im Rahmen von ATLAS Ausfuhr möglich. Gab es früher unter Anwendung des DV-Systems KOBRA keine Verknüpfung bei der zollrechtlichen Abfertigung zur Ausfuhr mit vom BAFA erteilten Ausfuhr-

genehmigungen, so ist dies heute ebenfalls möglich²⁸⁸. ATLAS Ausfuhr muss intensiv genutzt und ggf. verbessert werden.

- die internationale Zusammenarbeit – insbesondere auf europäischer Ebene – intensiviert werden. Notwendig wäre für den Bereich der Verhinderung und Verfolgung der Proliferation eine Institution wie EUROPOL. Die Verbindungsbeamten der deutschen Zollverwaltung, die heute in vielen europäischen Ländern und darüber hinaus tätig sind und eine äußerst erfolgreiche Arbeit bei der Bekämpfung des (Rauschgift-)Schmuggels leisten, sollten ihre Tätigkeit auf die Bekämpfung der Proliferation ausweiten oder vertiefen.
- das erst im Jahre 2007 geschaffene Instrument der Sicherstellung zur Gefahrenabwehr (§ 32b ZFdG) intensiv genutzt werden. Vor und während jeder Telekommunikationsüberwachung muss m.E. geprüft werden, ob die Sicherstellung zur Gefahrenabwehr anstelle der Telekommunikationsüberwachung eingesetzt werden kann (dazu im Einzelnen siehe Teil 3 Abschnitt IV.).

288 Fünfundachtzigste Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 25.6.2009 – BAnz vom 30.6.2009, S. 2235 ff; Anders, Volker, ATLAS Ausfuhr/Online-Abschreibungen – Neue Rahmenbedingungen bei der Nutzung von Ausfuhrgenehmigungen im elektronischen Zollverfahren, AW-Prax 2009, 296 ff.

Teil 3: Maßnahmen der Prävention bei der Ausfuhr von Gütern

So wie das allgemeine Polizeirecht vom Gedanken der Prävention beherrscht wird – Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung –, was in zahlreichen präventiven Maßnahmen von der präventiven Sicherstellung bis zur präventiven Telekommunikationsüberwachung zum Ausdruck kommt, so ist auch das Außenwirtschaftsrecht im Bereich der Ausfuhr vom Gedanken der Prävention geprägt, die ebenfalls in mehreren, zum Teil tief in Grundrechte eingreifenden Maßnahmen ihren Ausdruck findet. Präventive Maßnahmen im Außenwirtschaftsrecht sind

- der Einzeleingriff gemäß § 2 Abs. 2 AWG
- der Einzeleingriff gemäß Art. 6 EG-Dual-use-Verordnung i.V.m. § 38 AWW
- die Verweigerung der Ausfuhrgenehmigung gemäß § 3 AWG
- die präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung gemäß §§ 23a ff. ZFdG
- die Ausfuhrabfertigung gemäß § 46 AWG
- die präventive Sicherstellung gemäß § 32b ZFdG und – bis zu einem gewissen Grade –
- die Außenwirtschaftsprüfung gemäß § 44 AWG.

Im Folgenden sollen vier dieser Maßnahmen – Einzeleingriff gemäß § 2 Abs. 2 AWG, Einzeleingriff gemäß Art. 6 EG-Dual-use-VO, präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung sowie präventive Sicherstellung – dargestellt werden. Bei der präventiven Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung, die in das Grundrecht nach Art. 10 GG eingreift, soll insbesondere ihre Verfassungsmäßigkeit geprüft werden.

I. Einzeleingriff gemäß § 2 Abs. 2 AWG

1. Entstehung der Vorschrift

Die Vorschrift über den sog. Einzeleingriff²⁸⁹ (§ 2 Abs. 2 AWG) wurde erst durch das Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze vom 28.2.1992²⁹⁰ in § 2 AWG eingefügt. Bis zu dem Zeitpunkt war es nur möglich, aufgrund einer auf dem Gesetz basierenden Rechtsverordnung (AWV oder AL) Verbote oder Beschränkungen i.S.d. § 2 Abs. 1 AWG auszusprechen. Trat der Fall ein, dass die bestehende Rechtslage nicht ausreichte, um in einen konkreten Vorgang mit einem Verbot oder einer Beschränkung einzugreifen, so musste wiederholt – unter erheblichem zeitlichen Druck im „Schnellverfahren“²⁹¹ – durch eine Ergänzung der Rechtsverordnung das rechtliche Instrumentarium ergänzt werden, dass dann für diesen konkreten Einzelfall angewendet werden konnte²⁹². Um beispielsweise nach dem Skandal um den Bau einer Giftgasfabrik in Rabta/Libyen, der um die Jahreswende 1988/1989 entdeckt und strafrechtlich verfolgt wurde, zu verhindern, dass insbesondere auch nicht gelistete, aber für den Bau oder die Produktion der Giftgasfabrik wichtige Güter nach Libyen gelangten, wurden durch die Dritte Verordnung zur Änderung der AWV die §§ 5b und 45a eingefügt²⁹³.

Danach war es verboten – die Vorschrift des § 5b AWV ist inzwischen wieder aufgehoben, weil der Zweck durch andere Vorschriften wie die EG-Dual-use Verordnung erreicht werden konnte –, „Waren oder Unterlagen zur Fertigung von Waren auszuführen, die im Zusammenhang mit der Errichtung oder dem

289 Die Maßnahme nach § 2 Abs. 2 AWG wird unterschiedlich bezeichnet: So benennt Beutel in Wolffgang, Hans-Michael/Simonsen, Olaf (Hrsg.), AWR-Kommentar, § 2 AWG, Rdn. 7 ff. und Simonsen in Wolffgang, Hans-Michael/Simonsen, Olaf (Hrsg.), AWR-Kommentar, § 6 Dual-use-VO, Anm. 15 zu Rdn. 16, die Maßnahme als „Einzeleingriff“; ebenso Hantke, Wolfgang, Die Verschärfung des Außenwirtschaftsrechts, NJW 1992, 2123 ff. (2124); auch das BMWi verwendet den Begriff „Einzeleingriff“ in seinen entsprechenden Entscheidungen. Dagegen spricht Friedrich in Hocke, Ernst/Berwald, Siegfried/Maurer, Heinz Dieter/Friedrich, Klaus (Hrsg.), Außenwirtschaftsrecht, § 2 AWG, Rdn. 15 ff. von Einzelfallanordnung. Diese Formulierung kommt der gesetzlichen Beschreibung am nächsten und dürfte auch die sprachlich bessere sein.

290 Art. 1 Nr. 1 des Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze – Siebtes Gesetz zur Änderung des AWG – vom 28.2.1992 – BGBl. I, S. 372 ff. (372).

291 So Wolffgang, Hans-Michael, Reform und Perspektive der außenwirtschaftsrechtlichen Exportkontrollen, IWB 1992, 865 ff. (879).

292 Amtliche Begründung des Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze – BT-Drs. 12/1134, S. 7 rechte Spalte.

293 Dritte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 22.3.1989 – BGBl. I., S. 535.

Betrieb einer Anlage zur Herstellung von chemischen Waffen im Sinne der Kriegswaffenliste (Anlage zum Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen) in Libyen stehen.“ Mit derselben Verordnung wurde ein § 45a eingeführt, nach dem es Gebietsansässigen verboten war, „Verträge mit Gebietsfremden abzuschließen oder zu erfüllen oder für Gebietsfremde zu besorgen, wenn der Gegenstand der Verträge oder der Geschäftsbesorgung im Zusammenhang mit der Errichtung oder dem Betrieb einer Anlage zur Herstellung von chemischen Waffen im Sinne der Kriegswaffenliste (Anlage zum Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen) in Libyen steht.“²⁹⁴ Durch die Vierte Verordnung zur Änderung vom 21.6.1989²⁹⁵ wurden diese beiden neu geschaffenen Bestimmungen ergänzt. Danach war es ebenfalls verboten und ggf. strafbar, wenn sich eine Ausfuhr oder der Abschluss eines Vertrages auf Güter bezog, die im Zusammenhang mit dem Projekt einer Luftbetankung von Flugzeugen in Libyen stand. Hintergrund für diese Ergänzung der AWW war ein – wenn auch in seinen Dimensionen nicht vergleichbarer – Skandal wie der Fall Rabta²⁹⁶. Ein konkreter Fall, in dem das vorhandene rechtliche Instrumentarium nicht ausreichte, liegt auch der folgenden Änderung der Ausfuhrliste, die als Anlage zur AWW selbst den Charakter einer Rechtsverordnung hat, zugrunde: Mit der Vierundsechzigsten Verordnung zur Änderung der Ausfuhrliste vom 16.8.1989²⁹⁷ wurde die Ausfuhr von sog. Hängegleitern (Flugdrachen, Gleitschirme) und besonders konstruierter Teile in die Länder Syrien, Libanon und Libyen genehmigungspflichtig (AL-Pos. 1461), da derartiges Gerät bei Überfällen terroristischer Gruppen eingesetzt worden war und Hinweise vorlagen, dass weitere Lieferungen stattfinden sollten. Mit der Sechsten Verordnung zur Änderung der AWW vom 20.3.1990²⁹⁸ wurde auch die Durchfuhr der in Teil I Abschnitt C Nummer 1461 der AL genannten Hängegleiter genehmigungspflichtig, wenn Empfangsland Libanon, Libyen oder Syrien war.

294 Diese Vorschrift, die über eine ebenfalls erfolgte Ergänzung des § 70 AWW nach § 34 AWG strafbewehrt war, führte in ihrer Anwendung zur ersten Verurteilung des Hans Joachim R. durch das LG Stuttgart (Urteil vom 30.3.1995 – 8 KLs 100/93). R. hatte mit einem Mittäter eine Steuerungsanlage für chemische Prozesse in Deutschland gekauft, die nachweislich für die Giftgasanlage in Rabta/Libyen oder für eine andere Giftgasanlage in Libyen bestimmt war. Zu einer Ausfuhr oder auch nur versuchten Ausfuhr war es durch das Eingreifen der Ermittlungsbehörden nicht mehr gekommen.

295 Vierte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 21.6.1989 – BGBl. I, S. 1134.

296 „Bleche, Nieten und Muttern“ – Deutsche Flugzeug-Spezialisten machen die libysche Luftwaffe schlagkräftiger“, Spiegel vom 16.1.1989 (Nr. 3).

297 Vierundsechzigste Verordnung zur Änderung der Ausfuhrliste vom 16.8.1989 – BAnz. Nr. 154.

298 Sechste Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 20.3.1990 – BGBl. I, S. 554 ff. (554).

Mit jedem dieser Einzelfälle wurde jedoch immer deutlicher, dass das Instrument der Rechtsverordnung der konkreten Situation nicht hinreichend Rechnung tragen konnte²⁹⁹. Das – nicht gelistete und daher nicht genehmigungspflichtige – Gut war vom Ausführer beim Ausgangszollamt der Zollverwaltung zur Ausfuhrabfertigung gestellt. Wenn kein Ausfuhrverbot oder eine andere Beschränkung wie die Genehmigungspflicht besteht, hat der Ausführer einen Anspruch auf Ausfuhrabfertigung. Auch das Hinauszögern der Ausfuhrabfertigungshandlung bis zum Vorliegen einer Rechtsverordnung, die dann die Ausfuhr genehmigungspflichtig macht, sodass dann mit Rechtsgrund die Genehmigung verweigert werden kann und somit die Ausfuhr verhindert wird, ist nicht nur „rechtlich problematisch“³⁰⁰ sondern grundsätzlich rechtswidrig. Zu denken ist allerdings an einen Rechtfertigungsgrund wie den übergesetzlichen Notstand, wenn – wie im Hängegleiterfall – hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass mit den aus- oder durchzuführenden Hängegleitern terroristische Anschläge begangen werden sollen.

Daher verlangten derartige Situationen nach einem effektiven Mittel zur Lösung der Probleme. Dieses Mittel hat man im sog. Einzeleingriff, für den § 2 Abs. 2 AWG die Ermächtigungsgrundlage darstellt, gefunden³⁰¹.

2. Voraussetzungen für den Einzeleingriff

Ein Einzeleingriff ist dann zulässig, wenn

- eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr vorliegt
- für ein in § 7 Abs. 1 AWG genanntes Rechtsgut
- und die Gefahr auf andere Weise nicht abgewendet werden kann.

299 Amtliche Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze – BT-Drs. 12/1134, S. 7 rechte Spalte: „Es wäre rechtlich unsachgemäß, das Rechtsinstitut der Rechtsverordnung, das für allgemeine Regelungen gedacht ist, auch weiterhin in Einzelfällen einzusetzen.“

300 Amtliche Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze – BT-Drs. 12/1134, S. 8 linke Spalte; Wolfgang, Hans-Michael, Reform und Perspektive der außenwirtschaftsrechtlichen Exportkontrollen, IWB 1992, 865 ff. (879); Beutel, Holger in: Wolfgang, Hans-Michael/Simonsen, Olaf (Hrsg.), AWR-Komm., § 2 AWG, Rdn. 8.

301 Art. 1 Nr. 1 des Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze – Siebtes Gesetz zur Änderung des AWG – vom 28.2.1992 – BGBl. I, S. 372 ff. (372).

a) Gefahr im Sinne des § 2 Abs. 2 AWG

Eine Gefahr liegt vor, wenn bei ungehindertem Geschehensablauf eine Schädigung hinreichend wahrscheinlich ist, wenngleich keine allzu hohen Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts im Hinblick auf die zu schützenden Rechtsgüter zu stellen sind³⁰² (polizeilicher Gefahrenbegriff). Es muss sich um eine konkrete Gefahr handeln³⁰³. Ausreichend ist auch eine sog. Anscheinsgefahr, die dann vorliegt, wenn bei verständiger Würdigung der vorliegenden Informationen der Anschein der Gefahr für mindestens eines der Rechtsgüter einer objektiven Gefahr gleichkommt³⁰⁴. Nach anderer Meinung muss im Außenwirtschaftsrecht ein anderer Gefahrenbegriff gelten, der weniger auf den kausalen Zusammenhang von Ursache und Wirkung abstellt und die Möglichkeit des Irrtums einbezieht. Bei Entscheidungen wie den nach § 2 Abs. 2 AWG handele es sich um Prognoseentscheidungen zur Abwehr besonderer Risiken, bei denen sich im Zweifel nicht die Außenwirtschaftsfreiheit (§ 1 AWG), sondern die Beschränkung dieser Freiheit zum Schutz der Rechtsgüter durchsetzen müsse³⁰⁵.

Der Unterschied zwischen beiden Meinungen ist m.E. gering, insbesondere wenn man als Gefahr die Anscheinsgefahr zulässt.

Zum Gefahrenbegriff im Einzelnen siehe Teil 2 Abschnitt II. 2.

302 Amtliche Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze – BT-Drs. 12/1134, S. 8 linke Spalte: „Als Eingriffsvoraussetzung ist wie in den Eingriffsermächtigungen der Polizeigesetze der Länder (vgl. z.B. § 8 Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen) eine im einzelnen bestehende Gefahr für die in § 7 Abs. 1 AWG genannten Rechtsgüter erforderlich.“; Urteil des VG Frankfurt a.M. vom 10.10.1996 – 1 E 251/94 – im Hinblick auf § 3 AWG; für § 2 Abs. 2 AWG kann nichts anderes gelten; Bogdandy, Armin von, Die außenwirtschaftsrechtliche Genehmigung: Rechtsnatur und Folgen, VerwArchiv 1992, 39 ff. (71); Hohmann, Harald in: ders./John, Klaus (Hrsg.), Ausfuhrrecht, Teil 3, § 2 Rdn. 8; Ehrlich, Wolfgang, in: Bieneck, Klaus (Hrsg.), Handbuch des Außenwirtschaftsrecht mit Kriegswaffenkontrollrecht, 2. Aufl., 2005, § 16 Rdn. 13 f.; Diemer, Herbert in: Erbs, Georg/Kohlhaas, Max, Strafrechtliche Nebengesetze, § 2 AWG, Rn 6, Stand 168. EL, 2007.

303 Wolfgang, Hans-Michael, Reform und Perspektive der außenwirtschaftsrechtlichen Exportkontrollen, IWB 1992, 865 ff. (879); Diemer, Herbert in: Erbs, Georg/Kohlhaas, Max, a.a.O.

304 Friedrich, Klaus in Hocke, Ernst/Berwald, Siegfried/Maurer, Heinz Dieter /Friedrich, Klaus, Außenwirtschaftsrecht, § 2 AWG, Anm. 15-16; Sauer in: Hohmann, Harald/John, Klaus (Hrsg.), Ausfuhrrecht, Teil 3, § 3 Rdn. 9.

305 Simonsen, Olaf in: Ehlers, Dirk/Wolfgang, Hans-Michael/Lechleitner, Marc, Risikomanagement im Exportkontrollrecht, 2004, S. 97 ff.

b) Rechtsgüter des § 7 Abs. 1 AWG

Die Gefahr im Sinne des § 2 Abs. 2 AWG muss für – mindestens – eines der in § 7 Abs. 1 AWG aufgeführten Rechtsgüter bestehen.

Rechtsgüter im Sinne des § 7 Abs. 1 AWG sind

- die wesentlichen Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland
- das friedliche Zusammenleben der Völker
- die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland.

Diese Rechtsgüter sind – bis auf eine geringfügige Ausnahme im Umfang – auch Tatbestandsmerkmale des § 34 Abs. 2 AWG. Wird eines dieser Rechtsgüter in § 34 Abs. 2 AWG durch eine in § 33 Abs. 1 oder 4 AWG bezeichnete vorsätzliche Handlung (erheblich) gefährdet, so wird aus der Ordnungswidrigkeit nach § 33 AWG eine Straftat nach § 34 Abs. 2 AWG. Die drei Ermächtigungszwecke gehen ineinander über³⁰⁶.

Auch im KWKG werden diese Rechtsgüter als Straftatbestandsmerkmale verwendet:

So liegt gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 2 KWKG ein besonders schwerer Fall des Entwickelns, Herstellens etc. von Atomwaffen vor, wenn der Täter durch die Handlung die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, das friedliche Zusammenleben der Völker gefährdet oder die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich gefährdet³⁰⁷. In verschiedenen Staatsschutzdelikten ist strafbegründendes oder –verschärfendes Tatbestandsmerkmal die „Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland (§§ 94 Abs. 1 Nr. 2, § 95 Abs. 1, § 97 Abs. 1 und Abs. 2, § 97a, § 99 Abs. 2 Nr. 2, § 100a Abs. 1, 2 und 4 StGB) oder die „Gefahr für die Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland zu einer fremden Macht“ (§ 100a Abs. 1, 2 und 4 StGB).

306 Beschluss des BVerfG vom 25.10.1991 – 2 BvR 374/90 – NJW 1992, 2624 = DWiR 1992, 102.

307 KWKG i.d.F. der Bekanntmachung vom 22.11.1990 – BGBl. I, S. 2506 ff., zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 30.5.2009 über Streumunition – BGBl. 2009 II, S. 502 ff. – (502/503). Zu den Merkmalen „Gefährdung des friedlichen Zusammenlebens der Völker“ und „erhebliche Gefährdung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland“ siehe beispielsweise Urteil des OLG Stuttgart vom 16.10.2008 – 3 StE 1/07 – www.juris.de; Beschluss des BGH vom 26.3.2009 – StB 20/08 – www.bundesgerichtshof.de; inhaltliche Wiedergabe der maßgeblichen Entscheidungsgründe in HRRS 2009, 240.

aa) Wesentliche Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland

Ein Einzeleingriff nach § 2 Abs. 2 AWG ist gerechtfertigt, wenn ansonsten wesentliche Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland gefährdet wären.

Der Begriff der „Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland“ – so die ursprüngliche Formulierung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 AWG – wurde durch das Elfte Gesetz zur Änderung des AWG vom 23.7.2004 durch den Begriff „wesentliche Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland“ ersetzt³⁰⁸. Gemeint sind damit die äußere und innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland. Hierin liegt ein Unterschied zu § 34 Abs. 2 Nr. 1 AWG, in dem ausdrücklich und ausschließlich von einer Gefährdung der äußeren Sicherheit die Rede ist. Diese unterschiedliche Formulierung ist jedoch verständlich, da es sich bei den Handlungen i.S.d. § 33 Abs. 1 und 4 AWG, die den Straftatbestand des § 34 Abs. 2 AWG erfüllen müssen, um Handlungen handelt, die i.d.R. ausfuhrbezogen sind. Die innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland kann beispielsweise durch die Einfuhr von Waffen bei inneren Unruhen gefährdet werden³⁰⁹. Dies ergibt sich auch aus der Konkretisierung in Abs. 2 des § 7 AWG; denn nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 kann auch die Einfuhr von Waffen, Munition und Kriegsgerät aus den Gründen des Abs. 1 beschränkt werden. In der Regel wird aber von Ausfuhrvorgängen eine Gefahr für die Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland ausgehen. Dies war insbesondere während des sog. Kalten Krieges der Fall. In dieser Zeit ging es darum, durch Ausfuhrrestriktionen zu verhindern, dass sich der Warschauer Pakt technisch höherwertige westlicher Rüstungsgüter und moderne Technologie verschaffte, um sich eigene aufwändige und langwierige Forschungen und Entwicklungen zu ersparen. Ungenehmigte Ausfuhren von z.B. hochwertigen Computern oder leistungsfähigen Chips gefährdeten den Rüstungsvorsprung des Westens und damit die (äußere) Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland. Das Ausfuhrrecht der Nachkriegszeit bis hin in den Anfang der 90er Jahre war vom CoCom-Regime³¹⁰ geprägt. Zuwiderhandlungen führten unter den Gesichtspunkten der geheimdienstlichen Tätigkeit (§ 99

308 Elfte Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der Außenwirtschaftsverordnung vom 23.7.2004 – BGBl. I, S. 1859 ff. (1859).

309 Beutel, Holger, in: Wolffgang, Hans-Michael/Simonsen, Olaf (Hrsg.), AWR-Komm., § 7 AWG, Rdn. 7.

310 CoCom = Coordinating Committee for East-West Trade Policy; ab Mitte der Achtziger Jahre: Coordination Committee on Multilateral Strategic Export Controls; zum CoCom im Einzelnen siehe Ricke, Klaus-Peter in: Bieneck, Klaus (Hrsg.), Handbuch des Außenwirtschaftsrechts mit Kriegswaffenkontrollrecht, 2. Aufl., Köln, 2005, § 7, Abschnitt F.

StGB) und des Ausfuhrverstoßes (§ 34 AWG) zu zahlreichen Strafverfahren bis in die Mitte der 90er Jahre³¹¹. Unter den „wesentlichen Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland“ ist in erster Linie die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland selbst zu verstehen, darüber hinaus können jedoch auch Handlungen und Rechtsgeschäfte, die die Sicherheit anderer Staaten gefährden, mit denen die Bundesrepublik Deutschland im Bündnis – z.B. der NATO – steht, als Gefährdung der Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland angesehen werden³¹². So können nicht nur ungenehmigte Ausfuhren von Rüstungsmaterial in Proliferationsstaaten wie Iran und Pakistan, die dann von diesen Staaten zum Bau von weitreichenden Raketen verwendet werden, die auch die Bundesrepublik Deutschland erreichen können, als Gefährdung der Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland angesehen werden, sondern eine Gefährdung i.S.d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 AWG liegt auch dann vor, wenn diese weitreichenden Raketen andere NATO-Staaten bedrohen³¹³.

bb) Friedliches Zusammenleben der Völker

Ein Einzeleingriff nach § 2 Abs. 2 AWG ist auch gerechtfertigt, wenn die Handlung oder das Rechtsgeschäft, in die bzw. in das eingegriffen werden soll, das friedliche Zusammenleben der Völker stören könnte (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 AWG).

Das friedliche Zusammenleben der Völker kann durch (Kriegs-)Waffen ausfuhren und Ausfuhren von sonstigen Gütern, die zur Entwicklung oder Herstellung von konventionellen Waffen oder Massenvernichtungswaffen verwendet werden, erheblich gestört werden, so die Beispielsfälle des § 7 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AWG. Die Bundesrepublik Deutschland hat sich angesichts der deutschen Vergangenheit besonders zur Einhaltung des Friedens verpflichtet („Von deutschem Boden soll nie wieder Krieg ausgehen.“). Dies hat seinen konkreten Niederschlag in Art. 26 GG gefunden, in dem es in Abs. 1 heißt, dass „Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten, verfassungswidrig (sind).“ § 7 Abs. 1 Nr. 2 AWG ist eine konkrete Ausprägung des Art. 26 Abs. 1 GG. Die Gefahr einer Störung für das friedliche Zusammenleben der Völker liegt nicht nur dann vor, wenn durch eine

311 So beispielsweise Urteil des OLG Celle vom 7.2.1986 – 6 StE 2/85; Urteil des OLG Koblenz vom 7.9.1990 – OJs 9/88 – ZfZ 1991, 86 ff. mit Anm. Ricke.

312 So die amtliche Begründung zu § 23a Abs. 3 Nr. 1 d ZFdG (Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland) – Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der präventiven Telekommunikations- und Postüberwachung durch das Zollkriminalamt vom 18.10.2004 – BT-Drs. 15/3931, S. 14.

313 a.a.O. S. 14/15.

Waffenausfuhr etc. eine Störung des friedlichen Zusammenlebens erst entsteht, sondern auch dann, wenn bereits konkrete Spannungen zwischen zwei oder mehr Völkern bestehen (so insbesondere die Lage im Nahen Osten), die durch eine entsprechende Ausfuhr verstärkt werden³¹⁴. Selbst dann, wenn zwei oder mehr Völker bereits in kriegerische Auseinandersetzungen verstrickt sind, kann eine (Kriegs-)Waffenausfuhr eine derartige Störung darstellen, da sie erschwert, dass die sich im Kriege befindlichen Völker zu einem friedvollen Miteinander zurückkehren³¹⁵. Unter „Völker“ sind zum einen Staaten im staatsrechtlichen Sinne zu verstehen, zum anderen fallen unter den Begriff „Völker“ auch Ethnien wie z.B. die Stämme der Hutus und Tutsis in Ruanda. Daher kann auch die Förderung von Bürgerkriegen durch (Kriegs-)Waffenlieferungen etc. unter die Beschränkung des § 7 Abs. 1 Nr. 2 AWG fallen und die Ausfuhr dieser Waffen somit durch Einzeleingriff nach § 2 Abs. 2 AWG verhindert werden³¹⁶.

cc) Auswärtige Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland

Der häufigste Grund für eine Beschränkung des Außenwirtschaftsverkehrs durch einen Einzeleingriff gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 AWG liegt dann vor, wenn die Gefahr besteht, dass die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik

314 Urteil des VG Frankfurt a.M. vom 10.10.1996 – 1 E 251/94, in dem es um die Verweigerung einer Transithandelsgenehmigung für die Lieferung von Baugruppen für Fahrzeuge für das Flugzeug Pilatus PC-7 in den Iran ging; das Gericht wies die Klage als unbegründet ab, weil die Lieferung geeignet sei, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören; Urteil des VG Frankfurt a.M. vom 25.1.1996 – 1 E 1218/93 – Im entschiedenen Fall handelte es sich um die beabsichtigte Ausfuhr von 100 Waffenteilen für Pistolen im Gesamtpreis von 250,- DM und 200 Stück Waffenteilen für Pistolen und Revolver zum Gesamtpreis von 1.450,- DM, die nach Venezuela ausgeführt werden sollten. Das Gericht hat das BAFA verpflichtet, die beantragten Ausfuhrgenehmigungen zu erteilen. In Anbetracht der Güter und ihres geringen Werts ist m.E. schon deshalb fraglich, ob eine Gefährdung des friedlichen Zusammenlebens der Völker angenommen werden kann.; Bast, Joachim A. in Hocke, Ernst/Berwald, Siegfried/Maurer, Heinz Dieter/Friedrich, Klaus, Außenwirtschaftsrecht, Stand:4.2009, § 7 AWG, Rdn. 4-7; Urteil des VG Frankfurt a.M. vom 23.9.1999 – 1 E 2005/97 (V) betr. Lieferung von Schusswaffen und Munition in Spannungsgebiete (Jemen).

315 So auch Lübbig, Thomas, Die Verfolgung illegaler Exporte, Diss., Berlin, 1996, S. 127/128 im Gegensatz zur Auffassung der StA Bremen vom 3.11.1989 – 80 Js 24184/89, die in der Einstellungsverfügung eines Ermittlungsverfahrens wegen Lieferung militärischer Nachtsichtgeräte in den Irak während des sog. Ersten Golfkrieges ausgeführt hat, dass das friedliche Zusammenleben des Irak mit dem Iran bereits vor der Lieferung der Nachtsichtgeräte gestört gewesen sei; die Störung könne somit nicht Folge der illegalen Ausfuhr sein.

316 Urteil des VG Frankfurt a.M. vom 25.1.1996 – 1 E 1218/93; Urteil des VG Frankfurt a.M. vom 15.5.1997 – 1 E 3692/94 (V) – ZfZ 1998, 424 ff. (427); Dahlhoff, Günther, Der neue § 34 AWG, NJW 1991, 208 ff. (209).

Deutschland erheblich gestört werden könnten. Dieses Merkmal des § 7 Abs. 1 Nr. 3 AWG, auf den § 2 Abs. 2 Satz 2 AWG verweist, ist vom BVerfG in mehreren Entscheidungen auf seine Verfassungsmäßigkeit geprüft worden³¹⁷. In drei Fällen handelte es sich um Verfassungsbeschwerden³¹⁸, in einem weiteren Fall um eine Normenkontrollklage³¹⁹. Die Entscheidungen betreffen entweder den § 7 AWG oder das Rechtsgut „auswärtige Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland“ als Tatbestandsmerkmal des Straftatbestandes des § 34 Abs. 1 Nr. 3 AWG i.d.F. des Dritten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes vom 29.3.1976 bzw. § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG i.d.F. des Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze vom 28.2.1992. In diesen Fällen hatte das BVerfG zusätzlich zu prüfen, ob der Straftatbestand dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG entsprach. Darüber hinaus haben sich die Verwaltungsgerichte im Rahmen von Klagen gegen die Verweigerung einer Ausfuhrgenehmigung³²⁰ und zahlreiche Strafgerichte – BGH³²¹, Oberlandesgerichte³²², Land- und Amtsgerichte³²³ – im Rahmen von

-
- 317 Beschluss des BVerfG vom 25.10.1991 – 2 BvR 374/90 in NJW 1992, 2624 ff.; Beschluss des BVerfG vom 21.7.1992 – 2 BvR 858/92 in NJW 1993, 1909 ff.; Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvF 3/92 = BVerfGE 110, 33 ff. = NJW 2004, 2213 ff.; Holthausen, Dieter, und Hucko, Elmar, Das Kriegswaffenkontrollgesetz und das Außenwirtschaftsrecht in der Rechtsprechung – 2. Teil: Außenwirtschaftsrecht, NStZ-RR 1998, 225 ff. (226 f.).
- 318 Beschluss des BVerfG vom 25.10.1991 – 2 BvR 374/90 – NJW 1992, 2624 ff.; Beschluss des BVerfG vom 21.7.1992 – 2 BvR 858/92 – NJW 1993, 1909 ff.; Beschluss des BVerfG vom 11.10.1994 – 1 BvR 337/92, = BVerfGE 91, 148 ff. = ZfZ 1995, 178 ff. = NJW 1995, 1537 ff.
- 319 Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvF 3/92 = BVerfGE 110, 33 ff. = NJW 2004, 2213 ff.
- 320 Urteil des BVerwG vom 17.10.1991 – 3 C 45.90 – RIW 1992, 579 ff. = ZfZ 1993, 117 ff. mit Anm. Rieke = DVBl. 1992, 1161 ff. = NJW 1992, 2648; Urteil des VG Frankfurt a.M. vom 25.1.1996 – 1 E ez1218/93; Urteil des VG Frankfurt a.M. vom 14.3.1996 – 1 E 1772/93 (3); Urteil des VG Frankfurt a.M. vom 10.10.1996 – 1 E 251/94; Urteil des VG Frankfurt a.M. vom 15.5.1997 – 1 E 3692/94 (V) – ZfZ 1998, 424 ff.; Urteil des VG Frankfurt a.M. vom 16.7.1998 – 1 E 2402/95 (3); Beschluss des VGH Kassel vom 10.1.2000 – 8 UE 5098/9696 – BeckRS 2000, 21780 = NVwZ-RR 2001, 95 ff.
- 321 Urteil des BGH vom 20.8.1992 – 1 StR 229/92 – ZfZ 1993, 24 ff. mit Anm. Rieke = wistra 1993, 24 ff.; Beschluss des BGH vom 13.1.2009 – AK 20/08 – www.bundesgerichtshof.de, = wistra 2009, 191 ff.; Beschluss des BGH vom 26.3.2009 – StB 20/08 zum Tatbestandsmerkmal „erhebliche Gefährdung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland“ in § 19 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c KWKG, das eine vergleichbare Auslegung erfährt wie das Tatbestandsmerkmal in § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG, sieht man vom Grad der Intensität des Angriffs auf das Rechtsgut ab (§ 34 Abs. 2 AWG: abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt – § 19 Abs. 2 KWKG: konkretes Gefährdungsdelikt); kritische Auseinandersetzung mit dem BGH-Beschluss: Safferling, Chris-

Strafverfahren mit dem unbestimmten Rechtsbegriff befasst. Es stellt sich die Frage, ob die Auslegung, die der Begriff durch strafrechtliche Entscheidungen gefunden hat, für die Auslegung des Begriffes in § 7 Abs. 1 Nr. 3 AWG und damit auch i.S.d. § 2 Abs. 2 AWG angewendet werden kann. Zunächst jedoch zur Frage der Verfassungsmäßigkeit:

-
- toph, Die Gefährdung der „auswärtigen Beziehungen“ der Bundesrepublik Deutschland als strafwürdiges Verhalten im Außenwirtschaftsverkehr, NStZ 2009, 604 ff.
- 322 Urteil des BayObLG vom 13.3.1969 – RReg. 4a St 24/68 – ZfZ 1970, 340 ff. mit Anm. Laumann; Beschluss des OLG Hamm vom 12.5.1992 – 3 Ws 212/92 – ZfZ 1992, 291 f. mit Anm. Ricke; Beschluss des HansOLG Hamburg vom 12.7.1999 – 2 Ws 24/99; Beschluss des OLG Stuttgart vom 30.10.2007 – 4-3 StE 1/07, = Beck RS 2007, 18658; Beschluss des KG Berlin vom 22.7.2008 – 4 Ws 131/07 – BeckRS 2008 21242; Urteil des OLG Koblenz vom 11.5.2009 – 3 StE 1/09 – 4 – unter Verwendung der Argumentation des BGH in dessen Beschluss vom 13.1.2009 – 3 BJs 16/08-4 – AK 20/08.
- 323 Urteil des AG Freiburg vom 11.3.1985 – 41 Ls 103/82; Urteil des LG Düsseldorf vom 27.5.1986 – X – 64/83, NStZ 1988, 231 ff.; Urteil des LG Lübeck vom 26.6.1989 – 4 KLs (4/89); Beschluss des LG Mannheim vom 30.6.1989 – 24 Qs 2/89 –, S. 8 ff.; Urteil des LG Hanau vom 05.9.1990 – 6 Js 11608/88 – KLs; Urteil des LG München II vom 11.9.1992 – W 5 KLs 66 Js 33440/89; Urteil des LG Bochum vom 21.9.1992 – 12 KLs 35 Js 365/90; Urteil des LG Münster vom 24.6.1994 – 11 KLs 6 Js 157/91; Urteil des LG Augsburg vom 19.7.1994 – 1 KLs 501 Js 20894/90, das allerdings nur am Rande auf die Frage, ob eine Störung des friedlichen Zusammenlebens der Völker und der auswärtigen Beziehungen vorgelegen hat, eingegangen ist, da die Verurteilung primär wegen Verstößen gegen das KWKG erfolgte; Urteil des LG Hamburg vom 6.1.1995 – 610 KLs 13/93; Urteil des LG Darmstadt vom 3.6.1996 – 21 Js 35.285/87 – 13 KLs, in dem es um die Lieferung von chemischen Produktionsanlagen in den Irak ging, die zur Herstellung von Lost geeignet waren. Zum Tatbestandsmerkmal „erhebliche Störung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland“ fehlt allerdings jegliche Begründung; Urteil des LG Hildesheim vom 07.6.1996 – 15 KLs 95 Js 29458/91; Beschluss des LG Hamburg vom 20.3.1997 – 615 KLs 4/95; Urteil des AG Stuttgart vom 12.6.1997 – C 4 Ls 88/95; Urteil des LG Darmstadt vom 23.1.1998 – 21 Js 38.217/90 – 9 KLs; Urteil des LG Mannheim vom 7.5.1998 – 22 KLs 626 Js 11702/97; Urteil des LG Stuttgart vom 20.07.1998 – 11 KLs 181 Js 85721/93; Urteil des LG Mannheim vom 30.3.1999 – (25) 6 KLs 27/97; Urteil des LG Hamburg vom 15.11.1999 – 618 KLs 9/99; Urteil des LG Augsburg vom 06.11.2002 – 9 Ns 517 Js 132439/98; Urteil des LG Stuttgart vom 28.5.2004 – 10 KLs 141 Js 28271/03 mit sehr ausführlicher Begründung; Auszüge aus einigen – insbesondere unveröffentlichten – Entscheidungen bei Harder, Marion, in Wabnitz, Heinz-Bernd/Janovsky, Thomas (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, § 34 AWG, 3. Aufl., 2007, Rn. 31 ff., bei Lübbig, Thomas, Die Verfolgung illegaler Exporte, Diss. Berlin 1996, S. 125 ff. sowie bei Holthausen, Dieter, und Hucko, Elmar, Das Kriegswaffenkontrollgesetz und das Außenwirtschaftsrecht in der Rechtsprechung – 2. Teil: Außenwirtschaftsrecht, NStZ-RR 1998, 225 ff.

(1) Verfassungsmäßigkeit des Begriffs

Im Beschluss des BVerfG vom 25.10.1991³²⁴ befasst sich das Gericht insbesondere mit dem in § 7 Abs. 1 Nr. 3 AWG genannten Schutzgut der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland. Jeder der in § 7 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AWG genannten Ermächtigungszwecke sei für sich allein hinreichend bestimmt. Die Schutzgüter in Nr. 1 und 2 beträfen Staatsziele von staatspolitisch evident hohem Rang. Der nach Nr. 3 verfolgte Zweck – die Verhütung einer erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen – sei zwar wesentlich weiter gefasst, das staatspolitische Interesse der Bundesrepublik Deutschland am Schutz ihrer auswärtigen Beziehungen stehe aber außer Frage. Es handele sich um ein Schutzgut, das in der Obhut des Bundes stehe (Art. 32 Abs. 1 GG). Die Ermächtigung nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 AWG solle nicht nur dazu dienen, die gemeinsamen Interessen der Bundesrepublik Deutschland mit befreundeten Staaten zu wahren, sondern setze die Bundesrepublik Deutschland in die Lage, auf diese Weise ihre eigenen Interessen mit allen Staaten durchzusetzen. Die durch § 2 AWG dem Ordnungsgeber erteilte Befugnis, den Außenwirtschaftsverkehr zu beschränken, werde durch die Zwecksetzung des § 7 Abs. 1 Nr. 3 AWG auf Anordnungen beschränkt, die der Verhütung einer „Störung“ der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland dienen. Die Störung müsse „erheblich“ sein.

§ 7 Abs. 1 Nr. 3 AWG stelle damit auf mehr als bloße, nicht näher spezifizierte „Erfordernisse der Außenpolitik“ oder „außenpolitische Interessen“ ab und könne daher nicht als reine Kompetenzverweisung (so Ipsen, Außenwirtschaft und Außenpolitik – Rechtsgutachten zum Rhodesien-Embargo (1967), S. 44) gewertet werden. Die Beschränkungen müssten, wie sich aus § 2 Abs. 1 AWG ergebe, zudem objektiv „notwendig“ sein. Ob dies der Fall ist, werde sich nur unter Berücksichtigung der auswärtigen Beziehungen insgesamt beurteilen lassen. Entscheidend könne dabei immer nur das eigene Interesse der Bundesrepublik Deutschland an der Verhütung einer solchen Störung sein. Unter Hinweis auf frühere Entscheidungen führt das BVerfG aus, dass der Bundesregierung bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs eine Einschätzungsprärogative zukomme, die jedoch von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden sei, denn die auswärtigen Beziehungen gehörten zu einem Bereich, in dem der Bundesregierung von Verfassungs wegen allgemein ein breiter Raum politischen Ermessens eingeräumt sei.

324 Beschluss des BVerfG vom 25.10.1991 – 2 BvR 374/90 – NJW 1992, 2624 ff.

In dem Beschluss des BVerfG vom 21.7.1992³²⁵ befasst sich das BVerfG im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde erneut mit dem Begriff der „erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen“, diesmal Straftatbestandsmerkmal des § 34 Abs. 1 Nr. 3 AWG i.d.F. des Dritten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes vom 29.3.1976³²⁶, und führt aus, dass dieses Tatbestandsmerkmal der Auslegung bedürfe. Es sei wegen der Allgemeinheit und Abstraktheit von Strafnormen unvermeidlich, dass es in Grenzfällen zweifelhaft sein könne, ob ein konkretes Verhalten noch unter den gesetzlichen Tatbestand falle oder nicht. Welchen Grad an gesetzlicher Bestimmtheit der einzelne Straftatbestand haben müsse, lasse sich nicht allgemein sagen, sondern hänge von der Besonderheit des jeweiligen Straftatbestandes und den Umständen ab, die zu einer gesetzlichen Regelung geführt hätten. Eine konkretere Fassung des § 34 Abs. 1 Nr. 3 AWG werde durch die Komplexität der internationalen Beziehungen und die Vielfalt der Konfliktmöglichkeiten erschwert. Die Summe der Faktoren, die eine erhebliche Störung der Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland zu anderen Staaten ausmache, sei abstrakt nicht voraussehbar. Andererseits bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse daran, die gemeinsamen Interessen, die die Bundesrepublik Deutschland mit den anderen Staaten verbinden, gerade auch auf dem Gebiet der Außenwirtschaft – nötigenfalls auch durch Strafbestimmungen – zu wahren. Allein wegen der Schwierigkeit einer konkreteren Fassung des Tatbestandes könnten dem Gesetzgeber daher nicht die Mittel versagt werden, derer er zur Gestaltung störungsfreier auswärtiger Beziehungen bedarf. Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe liege daher in der Natur der Sache. Daher begegne der Straftatbestand im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz, in der Auslegung, die er in den angegriffenen Entscheidungen gefunden habe, keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Gerichtsentscheidungen gingen zu Recht davon aus, dass nicht jede Reaktion irgendeines fremden Staates, sondern nur eine schwerwiegende Beeinträchtigung der eigenen Interessen der Bundesrepublik Deutschland eine erhebliche Störung der auswärtigen Beziehungen darstelle.

Im Beschluss des BVerfG vom 11.10.1994³²⁷, in dem es primär um die Frage geht, ob die nach § 27 Abs. 1 Satz 1 AWG von der BReg erlassene 56. Rechtsverordnung zur Änderung der AWW ordnungsgemäß zustande gekommen ist, befasst sich das Gericht erneut mit dem Merkmal der auswärtigen Beziehungen in § 7 Abs. 1 Nr. 3 AWG, diesmal unter den verfassungsrechtlichen Aspekten

325 Beschluss des BVerfG vom 21.7.1992 – 2 BvR 858/92 – NJW 1993, 1909 ff.

326 Drittes Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes vom 29.3.1976 – BGBl. I., 869 ff. (872).

327 Beschluss des BVerfG vom 11.10.1994 – 1 BvR 337/92, = BVerfGE 91, 148 ff. = ZfZ 1995, 178 ff. = NJW 1995, 1537 ff.

des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG sowie der Grundrechte nach Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 und 15 GG. Das Gericht kommt auch hier zu dem Ergebnis, dass diese Ermächtigungsnorm mit dem Grundgesetz vereinbar ist, ohne sich im Einzelnen mit diesem Merkmal auseinanderzusetzen.

In einer wesentlich späteren Entscheidung bewertet das BVerfG das Merkmal der auswärtigen Beziehungen erheblich kritischer. In dem Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004³²⁸ zur Verfassungsmäßigkeit der – mit Gesetz zur Neuregelung der präventiven Telekommunikations- und Postüberwachung durch das ZKA vom 21.12.2004³²⁹ dann aufgehobenen – §§ 39 ff. AWG (dazu im Einzelnen siehe Teil 2 Abschnitt IV. 2 b und Teil 3 Abschnitt III 2 g) führt das BVerfG u.a. aus, dass die Verwendung des Merkmals der erheblichen Gefährdung der auswärtigen Beziehungen in § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG verfassungsrechtlich problematisch sei. Dieses Merkmal habe sprachlich einen weiten Inhalt und umfasse diejenigen Sachverhalte, die für das Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zu anderen Staaten oder zwischenstaatlichen Einrichtungen, insbesondere für die Gestaltung der Außenpolitik, Bedeutung haben. Nach allgemeinem sprachlichen Verständnis könnten hier im konkreten Regelungszusammenhang auch Kontakte politischer, wirtschaftlicher oder kultureller Art gehören. Trotz der damit gegebenen Konzentration auf die staatliche Ebene erstreckte sich das Merkmal im Rahmen des § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG daher auf eine praktisch nicht überschaubare Vielfalt von Beziehungen³³⁰. Das BVerfG ließ die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG aber letztlich offen, da sich die Vorschriften der §§ 39 ff. AWG aus anderen Gründen als verfassungswidrig erwiesen.

(2) Rechtsprechung der Strafgerichte

Eine sehr frühe Entscheidung eines Strafgerichts, die sich sehr intensiv mit dem Begriff der „erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen“ befasst, ist das Urteil des AG Freiburg vom 11.3.1985³³¹. Das Gericht entschied über einen Fall der ungenehmigten Ausfuhr mehrerer Anlagen, die insgesamt eine Produktionseinheit zur Herstellung von Uranhexafluorid nach Pakistan darstellten. Die Herstellung von Uranhexafluorid dient ausschließlich der Gewinnung von angerei-

328 Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvF 3/92, = BVerfGE 110, 33 ff. = NJW 2004, 2213 ff.

329 Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung der präventiven Telekommunikations- und Postüberwachung durch das Zollkriminalamt und zur Änderung der Investitionszulagengesetze 2005 und 1999 (NTPG) vom 21.12.2004 – BGBl. I, S. 3603 ff. (3603).

330 a.a.O., Rdn. 148.

331 Urteil des AG Freiburg vom 11.3.1985 – 41 Ls 103/82, S. 17 ff.

chertem Uran 235. Das Gericht stellte bei Prüfung des Tatbestandsmerkmals allein auf die Wertung ab, die das Verhalten durch die Bundesregierung erfahren hatte. Im Gegensatz zur Gewährleistung der äußeren Sicherheit und der Friedenssicherung habe das dritte Merkmal „auswärtige Beziehungen“ eine wesentlich weitere und unschärfere Zielsetzung, nämlich den Gesamtbereich und – zusammenhang der Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland zu fremden Staaten, d.h. der Außenpolitik schlechthin. So könne als erhebliche Störung jeweils nur gelten, was nach der Einschätzung der für die Außenpolitik Verantwortlichen im Hinblick auf die von ihnen erstrebte Ordnung in gewisser Hinsicht unerwünscht ist. Schon aus diesem Grunde bedürfe es nicht der Feststellung, ob und welche Reaktionen fremder Staaten auf die Ausfuhr bestimmter Güter zu verzeichnen waren, weil es nur auf die Wahrung der von deutscher Seite definierten außenpolitischen Interessen ankommen könne. Maßstab für eine Störung der auswärtigen Beziehungen könnten nur die selbst gesetzten außenpolitischen Zielvorgaben und Programme sein.

Die meisten Gerichte stellen allerdings auf die tatsächlichen oder möglichen Reaktionen Dritter ab, wobei sie sich unterscheiden, was die Intensität der geforderten Reaktion und die Art der Institution – Staat oder Medien – betrifft.

Nach Meinung des OLG Hamm³³² ist eine erhebliche Störung der auswärtigen Beziehungen dann anzunehmen, wenn die Bundesrepublik Deutschland durch außenwirtschaftliche Rechtsgeschäfte oder Handlungen in eine Lage versetzt wird, die es ihr unmöglich macht oder ernsthaft erschwert, ihren Interessen an den Beziehungen zu anderen Staaten gerecht zu werden. Der Begriff umfasse somit den Schutz der gemeinsamen Interessen der Bundesrepublik Deutschland mit anderen Staaten, um die eigenen Interessen anderen Staaten gegenüber wirkungsvoll durchsetzen zu können. Das Tatbestandsmerkmal der erheblichen Störung liege deshalb dann vor, wenn z.B. ein Akt starker diplomatischer Missbilligung feststellbar sei. Das OLG Hamm lässt es aber auch ausreichen, wenn eine „feindselige Kampagne der führenden Medien eines wichtigen Landes feststellbar“ sei.³³³

Demgegenüber ist das KG Berlin³³⁴ der Ansicht, dass etwaige negative Reaktionen nichtstaatlicher Stellen wie z.B. der Medien fremder Staaten allein für sich gesehen nicht als Störung der auswärtigen Beziehungen angesehen werden könnten, sondern allenfalls verstärkende Bedeutung hätten. Gleiches gilt nach

332 Beschluss des OLG Hamm vom 12.5.1992 – 3 Ws 212/92 – ZfZ 1992, 291ff. mit Anm. Ricke.

333 a.a.O., S. 292.

334 Beschluss des KG Berlin vom 22.7.2008 – 4 Ws 131/07 – BeckRS 2008 21242.

Meinung des LG Münster³³⁵ für die negative Erwähnung in Listen wie der sog. Timmerman-Liste³³⁶, der Liste des „Wisconsin Projects on Nuclear Arms Controls“ oder der Senator Helms-Liste³³⁷.

Der BGH hatte in einer Entscheidung aus dem Jahre 1992³³⁸ eher beiläufig ausgeführt, dass „§ 34 mit dem Bestimmtheitsgebot des Grundgesetzes (Art. 103 Abs. 2 GG) vereinbar (ist)“ und dass „die mit § 33 AWG sich befassenden Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 25.10.1991 – 2 BvR 374/90) ... auch für § 34 AWG (gelten)“. Im Wesentlichen ging es in dieser Entscheidung um den Begriff der Ausfuhr und um den Begriff der (Mit-)Täterschaft i.S.d. § 34 AWG.

Die andere Entscheidung, in der sich der BGH mit § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG befasst hat, betraf nicht die Auslegung der Tatbestandsmerkmale „erhebliche Gefährdung des auswärtigen Beziehungen“, sondern die Frage, um welche Deliktsart es sich bei § 34 Abs. 2 AWG handelt (abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt)³³⁹.

In der Entscheidung vom 13.1.2009³⁴⁰ setzt sich der BGH erstmals sehr ausführlich mit diesem Tatbestandsmerkmal auseinander, nimmt zunächst unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten Stellung, wobei er die Auffassung des BVerfG in dessen Entscheidung vom 3.3.2004 (s.o.) fast wörtlich wiedergibt, wenn er ausführt, dass das Merkmal der Eignung, die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich zu gefährden, sprachlich sehr weit

335 Urteil des LG Münster vom 26.6.1994 – 11 KLs 6 Js 157/91.

336 Timmerman, Kenneth R., The Death-Lobby: Iraq's suppliers of Dual-Use Technology, in „MedNews“ vom 6.8.1991 und 4.8.1993.

337 Mit „Saddam's Foreign Legion“ bezeichnete Liste von u.a. deutschen Rüstungslieferanten des Irak, die von Senator Jesse Helms Anfang 1991 dem BMWi übergeben worden ist – Urteil des LG Münster vom 26.6.1994 – 11 KLs 6 Js 157/91, S. 35; Timmerman, Kenneth R., The Death Lobby – How the West armed Iraq, New York, 1991, S. 105 „Saddams men would find other partners in West Germany's chemicals, electronics, and military establishment. Over the next ten years, Germans work shoulder to shoulder with Iraqi chemists, ballistics engineers, and nuclear scientists to develop one of the most diversified arsenals of unconventional weapons found anywhere in the world. Senator Jesse Helms, whose staff assistants spent months tracking them down, called these companies and their cohorts ‚Saddam's Foreign Legion‘.“

338 Urteil des BGH vom 20.8.1992 – 1 StR 229/92 – = ZfZ 1993, 24 ff. mit Anm. Ricke = wistra 1993, 24 ff.

339 Urteil des BGH vom 25.3.1999 – 1 StR 493/98 – = wistra 1999, 304 ff. = ZfZ 1999, 354 f.

340 Beschluss des BGH vom 13.1.2009 – AK 20/08 – www.bundesgerichtshof.de = wistra 2009, 191 ff.; kritische Auseinandersetzung mit diesem Beschluss: Safferling, Christoph, Die Gefährdung der „auswärtigen Beziehungen“ der Bundesrepublik Deutschland als strafwürdiges Verhalten im Außenwirtschaftsverkehr, NSTZ 2009, 604 ff.

gefasst sei, dass die auswärtigen Beziehungen diejenigen Sachverhalte umfassten, die für das Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zu anderen Staaten oder zwischenstaatlichen Einrichtungen, insbesondere für die Gestaltung der Außenpolitik Bedeutung haben. Nach allgemeinem Verständnis könnten hierzu im konkreten Regelungszusammenhang auch Kontakte politischer, wirtschaftlicher und kultureller Art gehören. Trotz der damit gegebenen Konzentration auf die staatliche Ebene erstreckte sich das Merkmal auf eine praktisch nicht überschaubare Vielfalt von Beziehungen. Seine Verwendung sei deshalb verfassungsrechtlich mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG in hohem Maße problematisch (vgl. BVerfG NJW 2004, 2213, 2219).

Allerdings zwingt das Bestimmtheitsgebot den Gesetzgeber nicht dazu, auf auslegungsfähige Begriffe vollständig zu verzichten. Welchen Grad an gesetzlicher Bestimmtheit der einzelnen Straftatbestand haben müsse, hänge von dessen Besonderheiten und den Umständen ab, die zu einer gesetzlichen Regelung führen (vgl. etwa BVerfGE 28, 175, 183; 75, 329, 341). Eine konkretere Fassung der Norm werde durch die Komplexität der internationalen Beziehungen und die Vielfalt der Konfliktmöglichkeiten erschwert. Zum anderen bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse daran, die gemeinsamen Interessen, welche die Bundesrepublik Deutschland mit anderen Staaten verbinden, gerade auch auf dem Gebiet der Außenwirtschaft – nötigenfalls durch Strafbestimmungen – zu wahren. Vor diesem Hintergrund begegne der Straftatbestand letztlich zwar noch keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken; indes begebe sich der Gesetzgeber mit der Verwendung eines derartigen Tatbestandselements in den Grenzbereich des verfassungsrechtlich Zulässigen. Den Anforderungen an eine ausreichende Bestimmtheit genüge somit nur eine enge, konkretisierende Auslegung des Tatbestandsmerkmals durch die Strafgerichte. Bereits von Verfassungs wegen sei somit eine restriktive Interpretation dahin erforderlich, dass nicht jede denkbare negative Reaktion irgendeines fremden Staates, sondern nur eine mögliche schwerwiegende Beeinträchtigung der eigenen Interessen der Bundesrepublik Deutschland eine erhebliche Gefährdung der auswärtigen Beziehungen darstellen könne (vgl. BVerfG NJW 1993, 1909, 1910; Diemer in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze 166. ErgLfg. AWG § 34 Rdn. 18).

Führe demnach schon der verfassungsrechtliche Kontext der Norm zur Notwendigkeit einer einschränkenden Auslegung, so werde dieses Ergebnis durch Überlegungen auf der Ebene des einfachen Gesetzes bestätigt:

§ 34 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 6 Nr. 4 Buchst. c AWG setze nicht voraus, dass die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland konkret gefährdet oder gar gestört werden; bei der Norm handele es sich vielmehr um ein abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt, sodass es genüge, wenn Handlungen des Täters

bei genereller Betrachtung ihrer Art nach typischerweise geeignet sind, eine solche Gefährdung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit herbeizuführen. Jedoch könne die abstrakte Gefährdung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik, anders als diejenige eines Individualrechtsgutes, nur mit Mühe an tatsächliche Sachverhalte angeknüpft werden. Durch das weitere Erfordernis, dass die Tat geeignet sein müsse, die auswärtigen Beziehungen erheblich zu gefährden, komme ein wertendes Element hinzu, das eine Abgrenzung zu Delikten mit minderer Gefährdungseignung erforderlich mache, für die – jedenfalls im Grenzbereich – kaum genügend Beurteilungskriterien zur Verfügung stünden. Dies mache die Auslegung und Anwendung dieses Tatbestands- bzw. Qualifizierungsmerkmals, auf das sich auf der subjektiven Deliktsseite der Vorsatz oder zumindest die Erkennbarkeit der Gefährdungseignung (§ 34 Abs. 7 AWG) erstrecken muss, schon für sich einfachrechtlich außerordentlich schwierig.

Hierzu komme, dass sich auch auf dieser Ebene die Notwendigkeit einer restriktiven Interpretation des Merkmals ergebe. Dies folge zum einen schon aus dem eindeutigen Wortlaut der Norm, wonach die Handlung des Täters geeignet sein müsse, die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland nicht in irgendeiner Weise, sondern erheblich zu gefährden. Zum einen sei dieses Normverständnis aus der Gesetzessystematik herzuleiten: Im Fall des § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG führe die Erfüllung der Voraussetzungen des Tatbestandsmerkmals dazu, dass die Handlung des Täters nicht lediglich als Ordnungswidrigkeit nach § 33 Abs. 1, 4 oder 5 AWG zu bewerten, sondern als Straftat mit einem Strafraum, der von Geldstrafe bis Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren reicht, zu verfolgen sei. Diese erhebliche Verschärfung der angedrohten Sanktion sei nur bei einer adäquaten Erhöhung des tatbestandlichen Unrechts zu rechtfertigen; sie erfordere somit eine Auslegung, bei der dem Tatbestandsmerkmal ein erhebliches, das Tatunrecht wesentlich steigerndes Gewicht zukomme. Daneben sei lediglich auf diese Weise zu gewährleisten, dass der Straftatbestand des § 34 Abs. 2 AWG in sich stimmig ausgelegt und angewendet werden könne; denn in den übrigen Alternativen der Norm seien mit der äußeren Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland (§ 34 Abs. 2 Nr. 1 AWG) und dem friedlichen Zusammenleben der Völker (§ 34 Abs. 2 Nr. 2 AWG) Rechtsgüter von erheblichem Belang aufgeführt. Dem Merkmal der erheblichen Gefährdung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland (§ 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG) müsse deshalb eine vergleichbar hohe Bedeutung zukommen.

Als Kriterien für das Vorliegen der erheblichen Gefährdung führt der BGH folgende Umstände an:

Eine erhebliche Gefährdung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland sei nur dann anzunehmen, wenn anhand konkreter tatsächlicher

Umstände festzustellen sei, dass die Bundesrepublik Deutschland durch die Tat in eine Lage gebracht werden könne, die es ihr unmöglich mache oder ernsthaft erschwere, ihre Interessen an gedeihlichen Beziehungen zu anderen Staaten zu wahren. Danach könne das Tatbestandsmerkmal der Eignung zur erheblichen Gefährdung beispielsweise dann erfüllt sein, wenn aufgrund der Tat ein Akt starker diplomatischer Missbilligung, eine feindselige Kampagne der führenden Medien eines wichtigen Landes der Völkergemeinschaft oder eine Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland in inter- bzw. supranationalen Gremien ausgelöst werden könne. Demgegenüber reiche nicht jede mögliche negative Reaktion eines fremden Staates, wie z.B. eine bloße Demarche, für sich allein bereits aus.

Ob eine Handlung nach diesen Maßstäben geeignet ist, eine erhebliche Gefährdung der auswärtigen Beziehungen herbeizuführen, sei aufgrund einer Gesamtschau der konkreten Einzelfallumstände zu entscheiden. Ein wichtiges Indiz hierbei sei, ob staatlichen deutschen Stellen ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass es zu dem Verstoß gegen die außenwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen kommen konnte; denn in diesen Fällen liege es deutlich näher, dass die Bundesrepublik Deutschland negativen Reaktionen anderer Staaten oder internationaler Organisationen ausgesetzt ist, als in Fallgestaltungen, in denen den staatlichen Organen kein Fehlverhalten anzulasten ist. Erst recht gelte dies, wenn diese durch ihr Eingreifen eine verbotene oder ohne die erforderliche Genehmigung geplante Lieferung eines Wirtschaftsgutes sogar verhindert haben. Daneben werden regelmäßig die sonstigen Umstände wie etwa Art und Menge der Ware, deren Verwendungsmöglichkeit und –zweck, das konkrete Empfängerland ebenso in die Gesamtbetrachtung einzustellen sein wie Umfang und Gewicht der konkreten außenpolitischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland, die durch die Tat gefährdet werden können.

In dem Beschluss vom 26.3.2009, in dem der BGH über die sofortige Beschwerde des Generalbundesanwalts gegen einen die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnenden Beschluss des erstinstanzlich zuständigen Senats des OLG Frankfurt a.M. zu entscheiden hatte, überträgt er seine Ansicht zur Auslegung des Begriffs der auswärtigen Beziehungen i.S.d. § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG (abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt) auf den gleichlautenden Begriff in § 19 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c KWKG (konkretes Gefährdungsdelikt)³⁴¹.

(3) Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

Die Verwaltungsgerichte haben sich mit der Frage überwiegend unter dem Gesichtspunkt der Versagung von Ausfuhrgenehmigungen (§ 3 i.V.m. § 7 AWG)

341 Beschluss des BGH vom 26.3.2009 – StB 20/08 – www.bundesgerichtshof.de.

befasst. Über Fälle des Einzeleingriffs nach § 2 Abs. 2 AWG hat das bis zum Umzug des BMWi von Bonn nach Berlin zuständige VG Köln bislang nur in wenigen Fällen³⁴² entschieden. Entscheidungen des ab Umzug des BMWi nach Berlin zuständigen VG Berlin liegen nicht vor; in zwei Fällen sind erhobene Klagen zurückgenommen worden³⁴³.

Das VG Frankfurt a.M. ist für Klagen gegen die Versagung einer Ausfuhrgenehmigung wegen des Sitzes der Genehmigungsbehörde – BAFA in Eschborn – allein örtlich erstinstanzlich zuständig. Das VG Frankfurt a.M. hält eine „erhebliche Störung der auswärtigen Beziehungen“ dann für gegeben, wenn diese Beziehungen anhaltend oder tiefgreifend gestört werden. Das sei insbesondere dann der Fall, wenn die Bundesrepublik Deutschland aufgrund des betreffenden Geschäftes international starke diplomatische Mißbilligung erfährt und die Glaubhaftigkeit und Zuverlässigkeit der Bundesrepublik Deutschland in Zweifel gezogen werden kann³⁴⁴. In seiner Auslegung verwendet das VG Frankfurt a.M. wiederholt entsprechende Formulierungen strafrechtlicher Entscheidungen zu § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG.

Das BVerwG befasst sich in seinem Urteil vom 17.10.1991³⁴⁵ mit den Ermächtigungen in § 7 Abs. 1 Nr. 2 und 3 AWG, die es für rechtswirksam hält. Der Gesetzgeber habe die Zwecke, die allein den Erlass von Rechtsverordnungen zur Beschränkung des Außenwirtschaftsverkehrs rechtfertigen, ausdrücklich selbst festgelegt. Er habe sich dabei zwar einiger etwas unscharfer Begriffe bedient, deren Bedeutung im Grenzbereich schwierig zu ermitteln sei. Aber schon der allgemeine Sprachgebrauch, der regelmäßig in erster Linie bei der Auslegung heranzuziehen sei, gebe deutliche Anhaltspunkte für eine objektive Klärung, was unter einer „Störung des friedlichen Zusammenlebens der Völker“ oder auch unter einer „erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland“ zu verstehen sei. Hinzuweisen sei auch darauf, dass der Gesetzgeber in § 7 Abs. 2 AWG konkrete Fälle aufgezählt habe, in denen

342 So Urteile vom 13.6.1996 – 1 K 1102/93 – www.justiz.nrw.de – und vom 11.11.1999 – 1 K 6937/96 (nicht veröffentlicht).

343 Klagen, die beim VG Berlin anhängig waren (VG A 196.04 und VG 25 A 76.05); nach Auskunft des VG Berlin vom 13.1.2010 liegen bis zu diesem Datum keine Entscheidungen des VG Berlin zum Einzeleingriff nach § 2 Abs. 2 AWG vor.

344 Urteil des VG Frankfurt a.M. vom 14.3.1996 – 1 E 1772/93 (3), S. 18; Urteil des VG Frankfurt a.M. vom 10.10.1996 – 1 E 251/94 (3), S. 17; bestätigt durch Beschluss des VGH Kassel vom 10.1.2000 – 8 UE 5098/96 – BeckRS 2000, 21780 = NVwZ-RR 2001, 95 ff.; Urteil des VG Frankfurt a.M. vom 15.5.1997 – 1 E 3692/94 (V) – ZfZ 1998, 424 ff. (428); Urteil des VG Frankfurt a.M. vom 16.7.1998 – 1 E 2402/95 (3).

345 Urteil des BVerwG vom 17.10.1991 – 3 C 45.90 – RIW 1992, 579 ff. = ZfZ 1993, 117 ff. mit Anm. Ricke = DVBl. 1992, 1161 ff. = NJW 1992, 2648 ff.

„insbesondere“ von der Ermächtigung in § 7 Abs. 1 AWG Gebrauch gemacht werden dürfe. Nach den allgemein gültigen Auslegungsregeln ließen derartige – beispielhaft aufgezählte – Fälle regelmäßig Schlüsse zu, welche Vorstellungen über Art und Gewicht der möglichen Maßnahmen oder auch über die Bedeutung des zu schützenden Rechtsgutes und den erforderlichen Grad seiner Gefährdung der im Übrigen allgemein gefassten gesetzlichen Regelung zugrunde liegen.

(4) Eigene Auffassung

Trotz des Gleichlauts der Begriffe in § 7 Abs. 1 Nr. 3 AWG und in § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG bestehen m.E. diametrale Unterschiede zwischen den beiden Begriffen. Das soll im Folgenden näher erläutert werden.

Während die Formulierung „erhebliche Störung der auswärtigen Beziehungen“ in § 7 Abs. 1 Nr. 3 AWG seit Inkrafttreten des AWG am 1.8.1961 bis heute unverändert geblieben ist³⁴⁶, hat die Strafvorschrift des § 34 AWG im Laufe der Jahre mehrere Änderungen erfahren. Insbesondere war in der ursprünglichen Fassung des AWG der Passus „erhebliche Störung der auswärtigen Beziehungen“ bzw. „erhebliche Gefährdung der auswärtigen Beziehungen“ nicht enthalten³⁴⁷. Nach der ursprünglichen Fassung des § 34 AWG machte sich derjenige strafbar, der vorsätzlich oder fahrlässig der Außenwirtschaftsverordnung (AWV) zuwiderhandelte, soweit diese Rechtsverordnung für einen bestimmten Tatbestand auf die Strafvorschrift des § 34 AWG verwies. Die Außenwirtschaftsverordnung verwies in der ursprünglichen Fassung des § 70 AWV auf § 34 AWG, wenn jemand insbesondere Waren ohne die nach § 5 AWV erforderliche Genehmigung vorsätzlich oder fahrlässig ausfuhrte³⁴⁸. Erst durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes vom 29.3.1976³⁴⁹ bzw. durch das Fünfte Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes vom 20.7.1990³⁵⁰ wurde das strafbegründende Merkmal der „erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen“ bzw. das Merkmal „erhebliche Gefährdung der auswärtigen Beziehungen“ in § 34 AWG eingefügt. Dabei hat man den Passus aus § 7 Abs. 1 Nr. 3 AWG, der eine bis dato ausschließlich verwaltungsrechtliche Bedeutung hatte, ohne näheres Nachdenken als objektives Strafbestandsmerkmal in die Strafvorschrift des § 34 AWG übertragen. Für das KWKG erfolgte

346 Außenwirtschaftsgesetz vom 28.4.1961 – BGBl. I, S. 481 ff (484).

347 a.a.O., S. 489.

348 Verordnung zur Durchführung des Außenwirtschaftsgesetzes (Außenwirtschaftsverordnung – AWV) vom 22.8.1961 – BGBl. I, S. 1381 ff. (1399 – § 70 Straftaten; 1383 – § 5 Beschränkungen nach § 7 Abs. 1 AWG).

349 BGBl. I, S. 869 ff. (872).

350 BGBl. I, S. 1457 ff. (1458/1459).

dies durch das Gesetz zur Verbesserung der Überwachung des Außenwirtschaftsverkehrs und zum Verbot von Atomwaffen, biologischen und chemischen Waffen vom 5.11.1990³⁵¹ in § 19 Abs. 2 Nr. 2c; das Merkmal der „erheblichen Gefährdung der auswärtigen Beziehungen“ ist dort nicht strafbegründend, sondern nur strafscharfend.

▪ **Kontext des Begriffes als maßgebliches Auslegungskriterium**

Sowohl das BVerfG in seinem Beschluss vom 3.3.2004 als auch der BGH in seinem Beschluss vom 19.1.2009 verstehen unter den „auswärtigen Beziehungen“ i.S.d. § 7 Abs. 1 AWG bzw. i.S.d. § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG n.F. ohne zwingende Notwendigkeit ein ausuferndes Konglomerat von politischen, wirtschaftlichen, kulturellen und sportlichen Beziehungen. Dabei ist der Begriff in seinem konkreten Sachzusammenhang durchaus abgegrenzt und damit bestimmt. Der Begriff der „auswärtigen Beziehungen“ wird nicht in irgendeinem Gesetz, sondern im Außenwirtschaftsgesetz verwendet. Im Außenwirtschaftsgesetz wird dieser Begriff auch an ganz bestimmter Stelle, nämlich im § 7 AWG verwendet, und der Begriff steht auf derselben Ebene wie die Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland und das friedliche Zusammenleben der Völker und in innerem Zusammenhang mit diesen Begriffen, sodass es auch häufig zu Überschneidungen kommt. Es geht – wie insbesondere § 7 Abs. 2 AWG ausweist – um die Verhinderung der Proliferation von Massenvernichtungswaffen und den ungenehmigten Export von konventionellen (Kriegs-)Waffen, Vorgänge, die ggf. durch Versagung von Ausfuhrgenehmigungen gemäß § 3 i.V.m. § 7 AWG oder durch Einzeleingriffe gemäß § 2 Abs. 2 i.V.m. § 7 Abs. 1 AWG von den Genehmigungsbehörden oder der BReg verhindert werden können. In diesem Sachzusammenhang steht der Begriff der „auswärtigen Beziehungen“, der sich in vielen Einzelfällen mit einem der beiden anderen Begriffe überschneidet. Die völkerrechtlichen Verpflichtungen im Bereich der Verhinderung der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen und von konventionellen (Kriegs-)Waffen, die die Bundesrepublik Deutschland über die Jahrzehnte seit ihrer Gründung auf diesem Sektor eingegangen ist, machen die auswärtigen Beziehungen i.S.d. § 7 Abs. 1 AWG aus, nicht weniger, aber auch nicht mehr³⁵².

351 BGBl. I, S. 2428 ff. (2429/2430).

352 So auch Urteil des AG Freiburg vom 11.3.1985 – 41 Ls 103/82 – sog. „Migule-Urteil“ – nicht veröffentlicht – wo es zu dem Begriff der „auswärtigen Beziehungen“ i.S.d. § 34 AWG heißt (S. 22/23), „(dass die) außenpolitischen Orientierungen, sollen sie bei der Auslegung des § 34 Abs. 1 Nr. 3 AWG als maßstabbildende Zielvorgabe dienen, einer gewissen Objektivierung und Fixierung, durch die sie auch dem Rechtsunterworfenen

▪ **Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland durch Konventionen und gentlemen's agreements = auswärtige Beziehungen i.S.d. § 7 Abs. 1 Nr. 3 AWG**

Bei der Bekämpfung der Proliferation von Massenvernichtungswaffen, aber auch bei der Ächtung von konventionellen Kriegswaffen wie den Personenminen ist die Bundesrepublik Deutschland außenpolitische Verpflichtungen eingegangen (Beitritt zum NVV, zur BW- und CW-Konvention, Beitritt zur Antipersonenminen-Konvention, Mitglied in allen Nichtverbreitungsregimen wie NSG, AG, MTCR, WA)³⁵³. Diese und andere vergleichbare Verpflichtungen kennzeichnen die auswärtigen Beziehungen i.S.d. §§ 2, 3 und 7 Abs. 1 AWG. Im Folgenden sollen die Verträge/Konventionen und Nichtverbreitungsregime kurz dargestellt werden, soweit sie für die Exportkontrolle von besonderer Bedeutung sind.

▪ **Verträge und Konventionen**

Die Ächtung chemischer und biologischer Kriegswaffen durch entsprechende völkerrechtliche Verträge war ein Anliegen der Völkergemeinschaft, das nach dem Ersten Weltkrieg, in dem erstmals Giftgas eingesetzt worden ist, zum sog. Genfer Protokoll von 1925³⁵⁴ führte. Das Gen-

Richtschnur für sein Verhalten sein können (bedürfen); diese und die nötige demokratische Legitimation erfahren sie in Zustimmungsgesetzen zu internationalen Verträgen, die die Bundesrepublik Deutschland einzuhalten verpflichtet ist. Mit einer solchen Interpretation, die dem Verständnis des Bestimmtheitsgebots als Konkretisierungsgebot an die Judikatur entspricht (dazu Krey, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983, Rd. 121), wird der ständige Wandel, dem der Begriff der Störung der auswärtigen Beziehungen ausgesetzt ist und der letztlich zu dessen Verfassungswidrigkeit führen würde (vgl. BayVerfGH, GVBl. 1953, 75), normativ begrenzt und so mit den Erfordernissen der Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB in Einklang gebracht.“; a.A. Bieneck, Klaus, in Bieneck, Klaus (Hrsg.), Handbuch des Außenwirtschaftsrechts mit Kriegswaffenkontrollrecht, 2. Aufl., Köln 2005, § 29 Rdn. 24, dem diese Auffassung als zu formal erscheint; a.A. auch Urteile des VG Köln vom 13.6.1996 – 1 K 1102/93 – (nicht veröffentlicht) und vom 11.11.1999 – 1 K 6937/96 – www.justiz.nrw.de.

353 Zu den Verträgen/Konventionen und Nichtverbreitungsregimen siehe im Einzelnen Rieke, Klaus-Peter in: Bieneck, Klaus (Hrsg.), Handbuch des Außenwirtschaftsrechts mit Kriegswaffenkontrollrecht, 2. Aufl. Münster, Köln, 2005, § 7; Werner, Walter, Die neuen internationalen Grundlagen der Exportkontrolle, RIW 1998, 718 ff.; Woll, Stefan/Hohmann, Harald in: Hohmann, Harald/John, Klaus, Ausfuhrrecht, München 2002, Anhang 3 zum AWG – Überblick über Nonproliferationsabkommen und Nonproliferationsregime.

354 „Gesetz über das Genfer Protokoll wegen Verbots des Gaskrieges vom 5.4.1929“ – RGBI. II, S. 173 vom 12.4.1929 – im Anschluss daran der maßgebliche französische und englische Wortlaut des Protokolls und die deutsche Übersetzung.

fer Protokoll verbietet die „Verwendung von erstickenden, giftigen oder gleichartigen Gasen sowie allen Flüssigkeiten und Stoffen oder Verfahrensarten im Kriege“ (Protokoll Abs. 1). In Abs. 4 wird dieses Verwendungsverbot auch auf die bakteriologischen Kriegsmittel ausgedehnt.

Das Genfer Protokoll, das für die Bundesrepublik Deutschland als Rechtsnachfolgerin des Deutschen Reiches mit Hinterlegung der Ratifikationsurkunde am 25.4.1929 in Kraft getreten ist, enthält erhebliche Schwachstellen. So ist der Einsatz „im Kriege“ verboten, woraus gefolgert wird, dass das Verbot ausschließlich für zwischenstaatliche Konflikte, nicht aber auch für Bürgerkriege oder die Drohung, solche Waffen einsetzen zu wollen, gelte. Das Protokoll verbietet nur den Einsatz dieser Kriegswaffen, nicht aber schon die Entwicklung, Produktion, das Lagern oder Verbringen in andere Staaten.

Daher kam es nach dem Zweiten Weltkrieg zu Verhandlungen über bessere Regelungen, die zum einen in dem Abschluss des Übereinkommens vom 10.4.1972 über das Verbot der Entwicklung, Herstellung und Lagerung bakteriologischer (biologischer) Waffen und von Toxinwaffen sowie über die Vernichtung solcher Waffen (B-Waffen-Konvention)³⁵⁵, zu anderen in dem Abschluss des Übereinkommens über das Verbot der Entwicklung, Herstellung, Lagerung und des Einsatzes chemischer Waffen und über die Vernichtung solcher Waffen (C-Waffen-Konvention)³⁵⁶ mündeten.

Nach dem Einsatz von Atomwaffen durch die USA im Zweiten Weltkrieg gegen Japan galt die größte Sorge der Weltgemeinschaft den Atomwaffen. Es dauerte jedoch noch Jahre, bis ein völkerrechtlicher Vertrag geschlossen war, der die Abrüstung von Atomwaffen, Vorkehrungen über ihre Nichtverbreitung und die friedliche Nutzung der Kernenergie zum Gegenstand hatte, der sog. Nichtverbreitungsvertrag

355 „Gesetz zu dem Übereinkommen vom 10.4.1972 über das Verbot der Entwicklung, Herstellung und Lagerung bakteriologischer (biologischer) Waffen und Toxinwaffen sowie über die Vernichtung solcher Waffen“ vom 21.2.1983 – BGBl. II 1983, S. 132 ff. – im Anschluss an das Gesetz der maßgebliche Text des Übereinkommens in englischer und französischer Sprache sowie die deutsche Übersetzung.

356 „Übereinkommen über das Verbot der Entwicklung, Herstellung, Lagerung und des Einsatzes chemischer Waffen und über die Vernichtung solcher Waffen“ – BGBl. II 1994, S. 806 ff. – und „Ausführungsgesetz zu dem Übereinkommen vom 13.1.1993 über das Verbot der Entwicklung, Herstellung, Lagerung und des Einsatzes chemischer Waffen und über die Vernichtung solcher Waffen (Ausführungsgesetz zum Chemiewaffenübereinkommen – CWÜAG) – BGBl. I 1994, 1995 ff.

(NVV) – im Deutschen auch „Atomwaffensperrvertrag“ genannt – vom 1.7.1968. Der Vertrag ist am 5.3.1970 in Kraft getreten, für die Bundesrepublik Deutschland, die den Vertrag am 28.11.1969 zeichnete, am 5.5.1975 durch Hinterlegung der Ratifikationsurkunden in London und Washington³⁵⁷.

▪ **Nichtverbreitungsregime und andere sog. gentlemen's agreements**

Für die Exportkontrolle sind insbesondere die sog. Nichtverbreitungsregime von Bedeutung. Diese Nichtverbreitungsregime beruhen nicht auf völkerrechtlichen Verträgen, die für die Staaten als Vertragsparteien rechtlich verbindlich sind, deren Verpflichtungen eingeklagt werden können und deren Nichterfüllung sanktioniert werden kann, sondern stellen sog. gentlemen's agreements – nicht einklagbare Selbstverpflichtungen – dar. Die einzelnen Regime befassen sich mit den verschiedenen Massenvernichtungswaffen bzw. mit den konventionellen Kriegswaffen und Rüstungsgütern:

Australia Group (AG)³⁵⁸

Unter dem Eindruck des irakischen Chemiewaffeneinsatzes von 1984 trafen sich am 29.6.1985 erstmals Mitgliedstaaten der OECD, um freiwillige Exportkontrollen für bestimmte chemische Güter zu vereinbaren. Der Name „Australische Gruppe“ gibt wieder, dass Australien die Initiative zur Gründung dieser Gruppe ergriffen hatte. Die „Australische Gruppe“ ist ein gentlemen's agreement, offen für jeden Staat, der die Verbreitung chemischer und biologischer Waffen eindämmen möchte. Die Mitglieder legen insbesondere bestimmte Chemikalien und biologische Stoffe, Werkzeuge und Anlagen zur Herstellung dieser Chemikalien und Stoffe fest und beschreiben diese Güter, die zur Entwicklung und Herstellung chemischer und biologischer Waffen verwendet werden (sog. Listenpositionen). Die so erfolgten Güterbeschreibungen werden dann von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt. Für die Mitgliedstaaten, die zugleich Mitglieder der EG sind wie die Bundesrepublik Deutschland, finden sich diese Positionen, soweit die Güter sowohl militärisch als auch zivil verwendet werden können (sog. Dual-use-

357 „Gesetz zu dem Vertrag vom 1.7.1968 über die Nichtverbreitung von Kernwaffen“ vom 4.6.1974 – BGBl. II 1974, S. 785 ff.

358 Web-Site der Australia Group: www.australiagroup.net.

Güter), in Anhang I zur EG-Dual-use-Verordnung³⁵⁹. Über die Erstellung von Listen für zu kontrollierende Güter hinaus werden zwischen den Mitgliedern Mitteilungen über abgelehnte Ausfuhrgenehmigungsanträge ausgetauscht (sog. denial notifications“).

Nuclear Suppliers Group (NSG)³⁶⁰

Unter dem Eindruck einer am 18.5.1974 von Indien durchgeführten Zündung eines nuklearen Sprengkörpers trafen sich auf Initiative der USA die Hauptlieferanten von nuklearen Materialien am 21.11.1975 in London (sog. Londoner Club), um Richtlinien für den Export von nuklearen Gütern auszuarbeiten, die im Januar 1976 in Kraft traten. Die Güterliste beinhaltete im Wesentlichen nur Güter, die ausschließlich zur Herstellung von Atomwaffen, zur Anreicherung von Uran und zum Bau/Betrieb von Atomkraftwerken verwendet werden konnten. Nachdem offensichtlich geworden war, dass sich der Irak erfolgreich Nukleartechnologie für sein geheimes Atomwaffenprogramm hatte beschaffen können, traf sich der sog. Londoner Club – nun unter dem Namen Nuclear Suppliers Group – und entwarf neue Richtlinien für den Transfer auch von dualer Ausrüstung, dualen Material und dualer Technologie. Die Listenpositionen werden von den Mitgliedstaaten als nationales Recht übernommen. Dual-use-Listenpositionen sind für die Mitgliedstaaten der EG in Anhang I zur Dual-use-Verordnung enthalten. Auch innerhalb der NSG werden die Entscheidungen der Genehmigungsbehörden über abgelehnte Ausfuhrgenehmigungen ausgetauscht.

Missile Technology Control Regime (MTCR)³⁶¹

Am 7.4.1987 vereinbarten Großbritannien, Frankreich, die Bundesrepublik Deutschland, Italien, Japan, Kanada und die USA das MTCR. Die Vereinbarungen beinhalten nichtbindende Richtlinien, deren Anwendung dazu beitragen soll, die Verbreitung von Raketen zu verhindern, die Massenvernichtungswaffen tragen können. Wie bei den vorgenannten Regimen geht es um die Aufstellung von Listenpositionen und den Informationsaustausch zwischen den Mitgliedern des MTCR.

359 Verordnung (EG) Nr. 428/2009 des Rates vom 5.5.2009 über eine Gemeinschaftsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr, der Verbringung, der Vermittlung und der Durchfuhr von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck – Abl. L 134 vom 29.5.2009, S. 1 ff.

360 Web-Site der Nuclear Suppliers Group: www.nuclearsuppliersgroup.org.

361 Web-Site des MTCR: www.mtcr.info.

Wassenaar Arrangement (WA)³⁶²

Der sog. Kalte Krieg zwischen den NATO-Staaten einerseits und dem Ostblock mit der Sowjetunion als Führungsmacht andererseits war gekennzeichnet durch einen Wettlauf der Systeme auch in technologischer Hinsicht. Der Westen versuchte, durch Exportrestriktionen seinen Vorsprung auf technologischen und insbesondere rüstungstechnischen Gebiet zu halten, während der Ostblock alles daran setzte, auf illegale Weise an Hochtechnologie insbesondere Computer-Technologie zu gelangen. Instrument für die Handelsrestriktionen, die der Westen – mit abnehmender Tendenz – bis 1994 ausübte, war das sog. CoCom (Coordinating Committee for East West Trade Policy), ein gentlemen's agreement, dem auch die Bundesrepublik Deutschland angehörte. Auf das CoCom sind maßgebliche Grundzüge auch des späteren Exportkontrollrechts zurückzuführen, so insbesondere das System der Güterlisten. Mit dem Ende der Konfrontation zwischen West und Ost wurde auch das CoCom überflüssig. Es beschloss seine Auflösung zum 31.3.1994.

Als Nachfolgeorganisation konstituierte sich im Jahre 1995 das sog. Wassenaar Arrangement (WA), das ebenso wie sein Vorgänger ein gentlemen's agreement ist und den Bereich der konventionellen (Kriegs-)Waffen und Rüstungsgüter zum Gegenstand hat. Die vom WA festgelegten Listenpositionen der „Munitions List“ und der „List of Dual-use Goods and Technologies“ finden Eingang in Teil A bzw. C der Ausfuhrliste. Darüber hinaus dient das WA auch dem Informationsaustausch seiner Mitglieder.

Proliferation Security Initiative (PSI)

Mit dem Beitritt zur sog. Proliferation Security Initiative (PSI) ist die Bundesrepublik Deutschland im Jahre 2003 weitere Verpflichtungen eingegangen, die im Rahmen der auswärtigen Beziehungen und damit für einen Einzeleingriff von Bedeutung sein können (siehe auch Beispielsfälle). Die PSI entstand auf Anregung des US-Präsidenten George W. Bush. Bei seinem Besuch in Polen hielt Bush am 31.5.2003 in Krakau eine Rede³⁶³, in der er zu bestimmten internationalen Problemen

362 Website des WA: www.wassenaar.org.

363 Website der PSI: www.proliferationsecurity.info (existiert seit dem Jahre 2009 nicht mehr); CRS Report for Congress vom 14.9.2006 – www.fas.org/sgp/crs/nuke/RS21881.pdf; Harnisch, Sebastian, Transatlantische Kooperation tut Not – Europa, die USA und die Massenvernichtungswaffen, Internationale Politik 2004, 19 ff.; Ricke, Klaus-Peter,

Stellung nahm, u.a. auch zum Kampf gegen den Terrorismus und gegen die Weiterverbreitung von Massenvernichtungswaffen. So führte er aus, dass die USA die Berechtigung und die Mittel haben müssten, Massenvernichtungswaffen oder ihre Komponenten auf dem Transportwege zu beschlagnahmen. Er kündigte eine Initiative, die diesen Zielen dienen sollte, an – PSI – und forderte andere Staaten zur Mitarbeit auf. Die Bundesrepublik Deutschland gehört zu den Gründungsmitgliedern und nimmt regelmäßig an den verschiedenen meetings und den PSI-Übungen teil. PSI basiert nicht auf einem völkerrechtlichen Vertrag, sondern ist ein sog. gentlemen's agreement, d.h. die Mitgliedsstaaten sind zwar bestimmte Verpflichtungen – hier: Transporte von Massenvernichtungswaffen oder damit in Zusammenhang stehendem Material zu unterbinden – eingegangen, deren Einhaltung aber nicht eingeklagt und erzwungen werden kann³⁶⁴. Die Initiative ergänzt damit die bestehenden Nichtverbreitungsregime³⁶⁵. Die USA haben darüber hinaus mit zahlreichen Staaten bilaterale Verträge (boarding ship agreements) abgeschlossen, die ein gegenseitiges Betreten von Schiffen und eine Beschlagnahme der proliferationsrelevanten Materialien erlauben³⁶⁶.

Proliferation Security Initiative (PSI), AW-Prax 2004, 269 ff.; Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Dr. Werner Hoyer, Daniel Bahr (Münster), Rainer Brüderle, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP – BT-Drs. 15/2222 – Deutsche Beteiligung an der Proliferationssicherheitsinitiative (Proliferation Security Initiative) – BT-Drs. 15/2310; Bericht der Bundesregierung zum Stand der Bemühungen um Rüstungskontrolle, Abrüstung und Nichtverbreitung sowie über die Entwicklung der Streitkräftepotentiale (Jahresabrüstungsbericht 2008) – BT-Drs. 16/11690, S. 43 f.

- 364 www.proliferationsecurity.info/introduction :“The PSI is not a formal institution, nor is it a treaty body. It is a statement of purpose: an activity, not an organisation. The PSI seeks to involve in some capacity all states that have the ability and willingness to take steps to stop the flow of such items at sea, in the air or on land.“ Die Website existiert seit 2009 nicht mehr. Die Prinzipien können nachgelesen werden auf der Website des U.S. Department of State: www.state.gov/t/isn/c10390.htm.
- 365 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Dr. Werner Hoyer, Daniel Bahr (Münster), Rainer Brüderle, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP – Deutsche Beteiligung an der Proliferationssicherheitsinitiative – BT-Drs. 15/2310 vom 6.1.2004.
- 366 www.state.gov/t/isn/c12386.htm – Verträge der USA mit den Bahamas, Belize, Kroatien, Zypern, Liberia, Malta, den Marshall Islands, Mongolei und Panama (Stand: Dezember 2008). Bei den Vertragsstaaten handelt es sich – von der Mongolei abgesehen – um Staaten, unter deren Flagge Schiffe vieler Staaten – auch der Bundesrepublik Deutschland – fahren.

Während die Durchsuchung von unter eigener – z.B. deutscher – Flagge fahrender Schiffe auf Hoher See jederzeit zulässig und ausdrücklich in Art. 92 Abs. 1 des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen (SRÜ)³⁶⁷ geregelt ist, ist eine Anwendung der PSI-Grundsätze bei Schiffen, die nicht unter der Flagge eines der PSI-Staaten fahren oder die nicht Vertragsstaaten der entsprechenden Verträge mit den USA sind, auf Hoher See³⁶⁸ problematisch. Allein der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen könnte das Anhalten und Durchsuchen dieser Schiffe auf Hoher See durch eine entsprechende Resolution autorisieren³⁶⁹. Eine derartige allgemeine Resolution fehlt jedoch bislang. Nur für den Fall, dass ein Schiff Massenvernichtungswaffen oder damit in Verbindung stehende Güter transportiert, die für Terroristen bestimmt sind, ist eine Unterbindung nach der Resolution 1540 (2004) des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen³⁷⁰ derzeit gerechtfertigt³⁷¹. Nach deutscher Rechtsauffassung können Unterbindungsoperationen in internationalen Gewässern nur in Übereinstimmung mit geltendem Völkerrecht, insbesondere dem VN-Seerechtsübereinkommen, erfolgen³⁷². Auch die zweite Nordkorea-Resolution des Sicherheitsrates vom 12.6.2009 erlaubt eine Inspektion auf Hoher See nur mit Einverständnis des Flaggenstaates³⁷³.

367 Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen vom 10.12.1982 – BGBl. 1994 II, S. 1799 ff.

368 Schaller, Christian, Die Unterbindung des Seetransports von Massenvernichtungswaffen, SWP-Studie, Berlin, Mai 2004

369 a.a.O., S. 6.

370 S/RES/1540 (2004) vom 28.4.2004 – www.un.org; www.proliferationsecurity.info/introduction : „The PSI can be regarded as a step in the implementation of United Nations Security Council Resolution 1540, the first ever Security Council Resolution on non-proliferation issues, adopted on 28.4.2004. Amongst other measures, the resolution calls upon all States, in accordance with their national legal authorities and legislation and consistent with international law, to take cooperative action to prevent illicit trafficking in nuclear, chemical or biological weapons, their means of delivery, and related materials.

371 a.a.O.

372 BT-Drs. 15/2310, S. 5.

373 S/RES/1874 (2009) vom 12.6.2009 – www.un.org „The Security Council, ... 12. Calls upon all Member States to inspect vessels, with the consent of the flag State, on the high seas, if they have information that provides reasonable grounds to believe that the cargo of such vessels contains items the supply, sale, transfer, or export of which is prohibited by paragraph 8 (a), 8 (b), or 8 (c) of the resolution 1718 (2006) or by paragraph 9 or 10 of this resolution, for the purpose of ensuring strict implementation of these provisions; ...“ . Praktisch wurde diese Regelung im Falle des nordkoreanischen Frachters Kang

Werden daher proliferationsrelevante Güter – wie beispielsweise Vorprodukte für die Herstellung von chemischen Waffen, Werkzeugmaschinen zur Herstellung von Teilen für weitreichende Raketen oder Teile von Gasultrazentrifugen – per Schiff/Flugzeug oder auf dem Lande transportiert, so können die Mitgliedstaaten der PSI diesen Transport im Rahmen des Völker- und des nationalen Rechts unterbinden. Dies geschieht in der Bundesrepublik Deutschland ggf. durch Einzeleingriff³⁷⁴. Rechtsgrundlage ist nicht PSI selbst, sondern § 2 Abs. 2 AWG, in dessen Rahmen die Grundsätze der PSI³⁷⁵ Berücksichtigung finden.

(5) Auslegung des § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG durch die Strafgerichte – Anwendung auf § 7 Abs. 1 Nr. 3 AWG /§ 2 Abs. 2 AWG?

Es stellt sich die Frage, ob die Auslegung des Begriffs „erhebliche Störung der auswärtigen Beziehungen“ bzw. „Gefahr der erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen“, die dieser Begriff durch die Entscheidungen der Strafgerichte zu § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG gefunden hat, bei der Auslegung des Begriffes in § 7 Abs. 1 Nr. 3 AWG und damit auch für die Auslegung des § 2 Abs. 2 AWG herangezogen werden kann.

§ 7 Abs. 1 Nr. 3 AWG betrifft eine Konstellation, die mit der des § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG nicht vergleichbar ist. Im Rahmen des § 7 Abs. 1 Nr. 3 AWG ist dieses Merkmal m.E. verfassungsrechtlich völlig unbedenklich und macht dort Sinn. Denn – wie oben dargelegt – die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland, die § 7 Abs. 1 AWG meint, sind klar und eindeutig durch die von der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen der Proliferationsbe-

Nam bereits wenige Tage nach Inkrafttreten der Resolution. Am 17.6.2009 erkannten Nachrichtendienste, dass der Frachter den nordkoreanischen Hafen Nampo mit vermutlichem Ziel Myanmar (Burma) verlassen hatte. Es bestand der Verdacht, dass die Ladung aus Waffen bestehen könnte, die unter die S/Res/1874 (2009) fallen könnte. Das amerikanische Kriegsschiff USS John S.McCain beobachtete die weitere Fahrt des Schiffes. Nordkorea erklärte, dass eine erzwungene Durchsuchung des Schiffes als „act of war“ betrachtet werde. Zu einer Durchsuchung kam es jedoch nicht, denn das Schiff änderte am 30.6.2009 seinen Kurs zurück nach Nordkorea. „US Militär verfolgt Schiff aus Nordkorea“, Spiegel-online vom 19.6.2009; „Streit um mutmaßliches Schmugglerschiff eskaliert“, Spiegel vom 20.6.2009; „Test Looms as U.S. Tracks North Korean Ship“, New York Times, June, 22, 2009; „Burma denies link to N Korea ship“, BBC-NEWS 25.6.2009; „Frachter Kang Nam wieder umgekehrt“, FOCUS online 30.6.2009

374 Beutel, Holger in: Wolfgang, Hans-Michael/Simonsen, Olaf (Hrsg.), AWR-Kommentar, § 2 AWG, Rdn. 7.

375 Proliferation Security Initiative: Statement of Interdiction Principles vom 4.9.2003 – www.proliferationsecurity.info (Website existiert seit 2009 nicht mehr).

kämpfung und die Bekämpfung des (Kriegs-)Waffenhandels eingegangenen internationalen Verpflichtungen beschrieben und begrenzt und entsprechen somit dem Verfassungsgebot der Normenklarheit und -bestimmtheit. Die Bundesrepublik Deutschland als Vertragspartner führt ggf. eine Gefahr für die auswärtigen Beziehungen herbei, nicht etwa derjenige, dessen Handeln untersagt werden muss. Das macht auch Art. 6 Abs. 1 Satz 2 der im Jahre 2009 neugefassten EG-Dual-use-VO³⁷⁶ deutlich, in dem es für den supranationalen Einzeleingriff im Fall der Durchfuhr heißt:

„Bei der Entscheidung über ein solches Verbot [der Durchfuhr von proliferationsrelevanten Gütern] tragen die Mitgliedstaaten ihren Verpflichtungen und Bindungen Rechnung, die sie als Parteien internationaler Verträge oder als Mitglieder internationaler Nichtverbreitungsregime eingegangen sind.“

Das Tatbestandsmerkmal des § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG ist demgegenüber nicht sinnvoll. Derjenige, der den Bußgeldtatbestand des § 33 AWG verwirklicht, kann nicht wirklich eine Gefahr für die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland herbeiführen, denn nicht er, sondern die Bundesrepublik Deutschland ist Vertragspartner der Verträge/Konventionen und Nichtverbreitungsregime. Die Bundesrepublik Deutschland hat im nationalen Bereich und als Mitgliedstaat der EG/EU seit dem Vorfall um Rabta/Libyen alle rechtlichen Möglichkeiten geschaffen und die – soweit nur irgend möglich – verwaltungsmäßigen Vorkehrungen getroffen, dass ihr ein Vollzugsdefizit in diesem Bereich nicht mehr vorgeworfen werden kann. Das Fehlverhalten bzw. kriminelle Verhalten Einzelner kann und darf ihr nicht zugerechnet werden. Besonders deutlich wird dies m.E., wenn man von einem Fall ausgeht, dass ein Abfertigungsbeamter z.B. aufgrund von Bestechung mit demjenigen zusammenarbeitet, der die ungenehmigte Ausfuhr vornimmt. Die staatlichen Stellen haben für die Systematik und grundsätzliche Wirksamkeit der Ausfuhrkontrolle einzustehen, nicht aber für das – vorsätzliche oder fahrlässige – Fehlverhalten einzelner staatlicher Vollzugskräfte und/oder gar der Ausführer³⁷⁷. Wenn ein solches Fehlverhalten gleichwohl geschieht, kann darin keine erhebliche Gefahr für die auswär-

376 Verordnung (EG) Nr. 428/2009 des Rates vom 5.5.2009 über eine Gemeinschaftsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr, der Verbringung, der Vermittlung und der Durchfuhr von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck – ABl. L 134 vom 29.5.2009.

377 Safferling, Christoph, Die Gefährdung der „auswärtigen Beziehungen“ der Bundesrepublik Deutschland als strafwürdiges Verhalten im Außenwirtschaftsverkehr, NStZ 2009, 604 ff. (607) fragt zu Recht, ob bei einer einzigen individuellen Tat einer Privatperson eine Reaktion eines ausländischen Staates überhaupt zu erwarten bzw. ob diese Tat die internationalen Beziehungen zu gefährden in der Lage ist. Einzelne „Ausreißerfälle“ würden keine offizielle Reaktion hervorrufen, solange die generelle Politik der Bundesrepublik den internationalen Anforderungen entspreche.

tigen Beziehungen liegen; die Bundesrepublik Deutschland hat es in der Hand, insbesondere ihre Verbündeten in geeigneter Weise über den Sachverhalt aufzuklären und tut dies auch. Die Bundesrepublik Deutschland unterhält ein in einem internationalen Vergleich besonders strenges Exportkontrollsystem³⁷⁸, was von den Verbündeten auch anerkannt wurde und wird; die Länder mit der höchsten Kontrolldichte waren bereits im Jahre 1991 Japan, die USA und Deutschland³⁷⁹. Wie Lübbig bereits in seiner Dissertation aus dem Jahre 1996³⁸⁰ zu Recht schreibt, kann in einem freiheitlichen Gesellschaftssystem nicht jede Gesetzesumgehung verhindert werden. Denn gerade der internationale Waffenhandel verfügt über eine Infrastruktur, der ein noch so effektives Überwachungssystem nicht in jedem Falle gewachsen sein kann. Proliferationsrelevante Güter werden von den staatlichen Beschaffungsorganisationen z.B. Pakistans zum Teil auch unter Einschaltung von in der Bundesrepublik akkreditierten Diplomaten beschafft. „Mit anderen Worten: Wenn im Anschluß an eine ungenehmigte Ausfuhr von Gütern aus der Bundesrepublik Deutschland im Ausland Kritik laut wird, ist dies nicht primär auf die Äußerung von seriösen und objektiven Kennern des Außenwirtschaftsverkehrs, sondern auf andere Faktoren der internationalen Meinungsbildung zurückzuführen³⁸¹.“ Maßgeblich dafür seien vielmehr kollektive Schuldzuweisungen an das deutsche Volk, die nur aus dem besonderen Kontext der jüngeren Geschichte zu verstehen seien³⁸², wobei hinzugeführt werden muss, dass dies durchaus nachzuvollziehen ist, auch wenn eine Kollektivschuld nicht anerkannt werden kann.

In der deutschen Exportkontrolle ist seit dem Fall Rabta nicht nur ein immer dichteres Netz von Genehmigungs- und Verbotsvorschriften geschaffen worden, sondern diese Vorschriften sind auch in die Praxis umgesetzt worden (Bildung neuer Behörden wie BAFA und ZKA mit qualifiziertem Personal und DV-Ausstattung; Verbesserung des Informationsaustausches zwischen den mit der Exportkontrolle befassten Behörden; neue Mittel zur Exportkontrolle wie das DV-System KOBRA bzw. das – weitaus bessere – Nachfolgesystem ATLAS Ausfuhr – siehe im Einzelnen Teil 1 Abschnitt III).

378 So bereits für das Jahr 1992 Pottmeyer, Klaus, Novellierung im Außenwirtschaftsrecht, DWiR 1992, 133 ff. (133, 138); Safferling, Christoph, a.a.O.

379 Hantke, Wolfgang, Reform des Außenwirtschaftsrechts und der Ausfuhrkontrollen, ZfZ 1990, 216 ff. (216/219).

380 Lübbig, Thomas, Die Verfolgung illegaler Exporte, Diss., Berlin 1996, S. 139; die Ansicht von Lübbig basiert insbesondere auf der Auswertung der Urteile des AG Freiburg vom 11.3.1985 – 41 Ls 103/82, des LG Bochum vom 21.9.1992 – 12 Kls 35 Js 365/90 und des LG Münster vom 24.6.1994 – 12 Kls 6 Js 157/91.

381 Lübbig, a.a.O.

382 Lübbig, a.a.O., S. 140.

Es ist zwar nicht zu ausgeschlossen, dass es auch heute noch zu Reaktionen ausländischer Regierungen kommt und künftig kommen kann, wenn von der ungenehmigten Ausfuhr von Gütern in den Medien berichtet wird. Doch wie sehen diese Reaktionen in der Praxis aus? Abgesehen vom Fall Rabta, dem seitdem in Umfang und Bedeutung kein vergleichbarer Fall mehr folgte, und einigen späteren, weit weniger spektakulären Fällen von ungenehmigter Ausfuhr von Gütern in den Irak, lag die Reaktion ausländischer Regierungen auf derartige Vorkommnisse stets in der Übergabe eines non paper. Nach h.M. reicht die Übergabe eines non paper nicht aus, um eine Störung der auswärtigen Beziehungen anzunehmen. Abgesehen davon, dass ein non paper die schwächste Form einer Reaktion durch eine ausländische Regierung ist, spricht auch der übliche Inhalt eines non paper gegen die Annahme einer Störung der auswärtigen Beziehungen. Denn regelmäßig beginnt ein non paper, das den Außenwirtschaftsverkehr zum Gegenstand hat, mit der Versicherung der gemeinsamen Verantwortung dafür, dass es nicht zur Weiterverbreitung von Massenvernichtungswaffen oder zur Ausfuhr von (Kriegs-)Waffen in Kriegs- oder Spannungsgebiete kommt. Danach wird der Bundesregierung stets bescheinigt, dass sie in der Vergangenheit alle Anstrengungen unternommen hat, die Proliferation von (Massenvernichtung-)Waffen zu verhindern bzw. zu verfolgen. Sodann wird die Bundesregierung um Auskunft zu dem Sachverhalt (ungenehmigte Ausfuhr von xy-Gütern nach xy-Staat) gebeten, von der die ausländische Regierung i.d.R. aus den Medien erfahren hat. Bei einer solchen Reaktion wird man wohl kaum sagen können, dass darin eine erhebliche Störung der auswärtigen Beziehungen zu sehen ist. Wenn daher durch das Verhalten eines Ausführers eine derartige Reaktion zu erwarten ist, kann darin keine (erhebliche) Gefährdung der auswärtigen Beziehungen i.S.d. § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG gesehen werden.

Obwohl sich die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse für die Exportkontrolle in entscheidendem Maße zum Positiven geändert haben, sieht der BGH in der erfolgreichen ungenehmigten Ausfuhr von Gütern durch den Ausführer ein Vollzugsdefizit des Staates und damit eine erhebliche Gefährdung seiner auswärtigen Beziehungen. Folgt man der Rechtsprechung des BGH, wie sie in den Beschlüssen vom 13.1.2009³⁸³ und 26.3.2009³⁸⁴ zum Ausdruck gekommen ist,

383 Beschluss des BGH vom 13.1.2009 – AK 20/08 – www.bundesgerichtshof.de, in dem es heißt: „Ob die Handlung des Täters nach diesen Maßstäben geeignet ist, eine erhebliche Gefährdung der auswärtigen Beziehungen herbeizuführen, ist aufgrund einer Gesamtschau der konkreten Einzelfallumstände zu entscheiden. Ein wichtiges Indiz hierbei ist, ob staatlichen deutschen Stellen ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass es zu dem Verstoß gegen die außenwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen kommen konnte ...; denn in diesen Fällen liegt es deutlich näher, dass die Bundesrepublik Deutschland negativen Reaktionen anderer Staaten oder internationaler Organisationen ausgesetzt ist,

so führt dies zu dem absurden Ergebnis, dass der Staat das Fehlverhalten (unge-
nehmigte Ausfuhr) seines Staatsbürgers dann – aber auch nur dann – bestraft,
wenn ihm selbst ein Fehlverhalten (Vollzugsdefizit) zur Last gelegt werden
kann³⁸⁵. Außerdem müsste man einwenden, dass der Täter durch sein Handeln
lediglich dieses Vollzugsdefizit hat deutlich werden lassen, es aber nicht verur-
sacht hat. Eigentlich müsste man ihm noch dankbar sein, dass er auf dieses
Vollzugsdefizit aufmerksam gemacht hat, sodass es abgestellt werden kann!

Dies zeigt, dass diese Vorschrift bei genauer Betrachtung keinen Sinn macht.
Daher sollte der Straftatbestand des § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG gestrichen werden.
In den meisten Fällen führt auch die Subsumierung des Tatgeschehens unter
§ 34 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 AWG zur entsprechenden Ahndung.

als bei Fallgestaltungen, in denen den staatlichen Organen kein Fehlverhalten anzulasten
ist.“

384 Beschluss des BGH vom 26.3.2009 – StB 20/08 – www.bundesgerichtshof.de zum
gleichlautenden Merkmal des § 19 Abs. 2 Nr. 2c KWKG: „Gleiches kann etwa gelten,
wenn Waffen ausgeführt werden, hinsichtlich derer sich die Bundesrepublik Deutsch-
land im Wege der internationalen Zusammenarbeit der Durchführung einer gemeinsa-
men Exportkontrolle unterworfen hat, da ein illegaler Export der Bundesrepublik
Deutschland in diesen Fällen als Vollzugsdefizit angelastet werden könnte (vgl. Hein-
rich aaO § 19 KWKG Rdn. 23).“

385 Anderer Meinung als der BGH insoweit auch Urteil des LG Stuttgart vom 20.7.1998 –
11 KLS 181 Js 85721/93 – nicht veröffentlicht –, in dem es heißt (S. 39), „(dass die
Strafkammer ... der in der Hauptverhandlung geäußerten Auffassung des Sachverständi-
gen S., Botschaftsrat a. D., früher Leiter der deutschen COCOM-Delegation (nicht zu
folgen vermag). Nach seiner [S.] Meinung ist eine unerlaubte Ausfuhr als solche nie-
mals geeignet, die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich
zu gefährden; dies könne nur dann der Fall sein bei einem „Vollzugsdefizit“ der Bun-
desregierung, also in dem Fall, daß im Zuge der Umsetzung internationaler Verpflich-
tungen zur Beschränkung von Ausfuhren die nationale Regelung nicht restriktiv genug
ausfalle. Wäre diese Auffassung richtig – so das LG Stuttgart –, so würden zum einen
die Strafvorschriften des Außenwirtschaftsgesetzes weitgehend leer laufen, denn nur bei
einem Vollzugsdefizit, also einem Versäumnis der Bundesregierung, käme dann eine
Strafbarkeit in Betracht. Es würde also eine Situation eintreten, daß das außenpolitische
Handeln der Bundesregierung jeweils nur dann durch das AWG geschützt wäre, wenn
ihr selbst ein Versäumnis angelastet werden könnte. Wäre dies hingegen nicht der Fall,
dann wäre sie nicht geschützt. Das ist widersinnig und kann nicht sein.“; unter Bezug-
nahme auf dieses Urteil Bieneck, Klaus, in Bieneck, Klaus (Hrsg.), Handbuch des Au-
ßenwirtschaftsrechts mit Kriegswaffenkontrollrecht, 2. Aufl., Köln 2005, § 29 Rdn. 26,
der ein Versäumnis der staatlichen Behörden oder seiner Gesetzgebung im Exportkon-
trollbereich [Vollzugsdefizit] für nicht erforderlich hält. Eine derartige Kausalität könne
der Tatbestandsfassung nicht entnommen werden. Bieneck geht allerdings – wie das LG
Stuttgart – von einer politischen Verantwortung der deutschen Regierung für einen kon-
kreten Verstoß aus, ohne dass ihren Behörden ein irgendwie gearteter rechtlicher Vor-
wurf gemacht werden könne. Dafür bleibt er allerdings die Begründung schuldig.

Damit ist auch die Anwendung der bisherigen strafgerichtlichen Rechtsprechung zu § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG auf Fälle des Einzeleingriffs nicht oder nur bedingt – z.B. soweit es um die Erheblichkeit der Gefährdung geht – sinnvoll. In Fällen der ungenehmigten Ausfuhr von Gütern liegt zwar ein Fehlverhalten des betreffenden Ausführers vor, was als Außenwirtschaftsordnungswidrigkeit geahndet werden kann und auch richtigerweise so geahndet werden sollte. Dem Staat kann heute kein Vollzugsdefizit mehr zur Last gelegt werden, da er durch den Erlass von umfassenden Rechtsvorschriften und ihre Umsetzung in der Praxis alles getan hat, was ihm billigerweise zugemutet werden kann.

(6) Gefahr einer erheblichen Störung für die auswärtigen Beziehungen

Nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 genügt nicht die Gefahr irgendeiner Störung für die auswärtigen Beziehungen, sondern es muss die Gefahr bestehen, dass die auswärtigen Beziehungen erheblich gestört werden könnten. Die Reaktionen können unterschiedlich stark ausfallen und sind – bei Reaktionen anderer Staaten – in bestimmte diplomatische Formen gekleidet. Die Reaktionen können vom „non paper“³⁸⁶ über die Demarche³⁸⁷ bis hin zur Einbestellung des (deutschen) Botschafters und zum Abbruch der diplomatischen Beziehungen reichen. Da es sich um die Gefahr einer erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen handeln muss, reicht es nicht aus, dass irgendein Staat möglicherweise negativ reagieren könnte. Ist ein bloßes „non paper“ zu erwarten, so wird man dies i.d.R. als nicht ausreichend für die Möglichkeit einer erheblichen Störung ansehen können, eine Demarche i.d.R. schon, insbesondere dann, wenn sie von Staaten kommen könnte, denen sich die Bundesrepublik Deutschland besonders verpflichtet fühlt

386 „Non Paper“ wird ein Schreiben im diplomatischen Verkehr genannt, wenn der Verfasser dem Papier keinen rechtlichen Status geben will. Das Schreiben soll also nicht als offizielles Papier in die Akten eingehen; daher kommt seine Bezeichnung. Es wird aber natürlich zu den Akten genommen und führt auch beispielsweise zu Überprüfungen des mitgeteilten Sachverhalts und ggf. Reaktionen. So erhielt das Auswärtige Amt insbesondere zu Anfang der 90er Jahre zahlreiche non paper von US-amerikanischer, gelegentlich auch britischer Seite, die stets mit den Worten begannen „We have reason to believe...“ Es folgte dann ein Hinweis auf eine deutsche Firma, der gegenüber – so die Vermutungen des Hinweisgebers – Anhaltspunkte vorlagen, dass diese Firma ungenehmigt ausgeführt hatte oder ausführen wollte. Sodann wird unter Hinweis auf die vertraglichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland der Hoffnung Ausdruck gegeben, dass die Bundesrepublik Deutschland ein solches Verhalten unterbinden bzw. verfolgen wird.

387 Unter einer „Demarche“ versteht man das förmliche Schreiben eines anderen Staates, in dem dieser seine Bedenken gegenüber der Haltung des adressierten Staates darlegt.

wie z.B. Israel³⁸⁸. Insbesondere kann es nicht auf Reaktionen oder die Gefahr einer Reaktion eines Staates ankommen, gegen den sich die Maßnahme der BReg – Einzeleingriff – richtet, die sie entsprechend ihren vertraglichen Verpflichtungen trifft. Immer dann, wenn das Unterbleiben eines Einzeleingriffs dazu führen würde, dass der Bundesrepublik eine erhebliche Verletzung ihrer Verpflichtungen und Bindungen, die sie als Partei internationaler Nichtverbreitungsverträge oder als Mitglied internationaler Nichtverbreitungsregime eingegangen ist, zu Recht vorgeworfen werden könnte, liegt die Gefahr einer erheblichen Störung vor. Das ist sicher immer dann der Fall, wenn sie durch einen Einzeleingriff einen Vorgang verhindern kann, der die Weiterverbreitung von Massenvernichtungswaffen betrifft, aber auch dann, wenn sie durch den Einzeleingriff den Transport umfangreicher konventioneller (Kriegs-)Waffen in Spannungs- oder Kriegsgebiete verhindern kann.

c) Verfassungsmäßigkeit des § 2 Abs. 2 AWG im Hinblick auf Art. 12 und Art. 14 GG

Die in § 7 Abs. 1 AWG genannten Rechtsgüter sind wegen der Verweisung des § 2 Abs. 2 Satz 1 AWG Bestandteile der Ermächtigungsnorm des § 2 Abs. 2 AWG und begegnen nur im Hinblick auf die Bestimmtheit des Rechtsgutes „auswärtige Beziehungen“ verfassungsrechtlichen Bedenken, die aber m.E. ausgeräumt werden können (s.o. S. 117).

Die Einzeleingriffsermächtigung begegnet aber auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf das Grundrecht der Freiheit der Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG) und im Hinblick auf das durch Art. 14 GG geschützte Eigentum.

Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG enthält für das Grundrecht der Freiheit der Berufsausübung einen einfachen Gesetzesvorbehalt (Regelung der Berufsausübung durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes). Wie im Einzelnen die Berufsausübung geregelt werden darf, überlässt das Grundgesetz dem Gesetzgeber des einfachen Gesetzes. Beschränkungen der Berufsausübung sind zulässig, soweit sie von vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls getragen werden und nicht unverhältnismäßig wirken³⁸⁹. Bei § 2 Abs. 2 AWG handelt es sich um ein solches Gesetz, das die Berufsausübung regelt. Die durch § 2 Abs. 2 AWG erfolgende Beschränkung stellt die Interessen des Gemeinwohls (Schutz der Rechtsgüter des

388 a.A. OLG Hamm in ZfZ 1992, 291 ff. (292); auch das LG Hamburg sieht die Demarche eines fremden Staates für sich allein noch nicht als erhebliche Störung der auswärtigen Beziehungen an – Beschluss vom 20.3.1997 – 615 KLs 4/95.

389 Beschluss des BVerfG vom 11.10.1994 – 1 BvR 337/92 = BVerfGE 91, 148 ff. (164).

§ 7 Abs. 1 AWG) über die Freiheit des Einzelnen in seiner Berufsausübung – Exporttätigkeit –. Dies ist grundsätzlich gerechtfertigt³⁹⁰.

Die Einzeleingriffsermächtigung des § 2 Abs. 2 AWG steht auch im Einklang mit dem Eigentum – Grundrecht nach Art. 14 Abs. 1 GG. Sie ist insbesondere nicht deswegen verfassungswidrig, weil sie für den Eingriff keine Entschädigung (Art. 14 Abs. 3 GG) vorsieht. Denn der Einzeleingriff berührt selbst in den Fällen nicht den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG, in denen ein bereits abgeschlossener Außenhandelsvertrag vorliegt. Art. 14 Abs. 1 GG schützt nur solche Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen und nicht mit dem Risiko der Untersagung behaftet sind. Dies ist aber bei Außenhandelsgeschäften stets der Fall³⁹¹. Besonders deutlich wird dies bei den Handelsembargos, bei denen „von einem Tag auf den anderen“ die Ausfuhren sogar in den Fällen bereits erteilter Ausfuhrgenehmigungen verboten sind.

d) Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität

Nach § 2 Abs. 2 Satz 1 AWG sind „die notwendigen Beschränkungen... anzuordnen“. Abs. 3 des § 2 AWG, der nicht nur – aber auch – für den Einzeleingriff, sondern für alle Beschränkungen des AWG gilt³⁹², schreibt vor, dass die Beschränkungen, zu denen auch der Einzeleingriff nach § 2 Abs. 2 AWG zählt, „nach Art und Umfang auf das Maß zu begrenzen sind, das notwendig ist, um den in der Ermächtigung angegebenen Zweck zu erreichen. Sie sind so zu gestalten, dass in die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung so wenig wie möglich eingegriffen wird.“ Gibt es daher ein milderes Mittel als den Einzeleingriff, um die in § 2 Abs. 2 i.V.m. § 7 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AWG aufgeführten Zwecke zu erreichen, so muss dieses mildere Mittel gewählt werden. Soll mit dem Einzeleingriff der Transport von proliferationsrelevanten Gütern oder von Rüstungsgütern oder Kriegswaffen außerhalb des Geltungsbereichs des Außenwirtschaftsgesetzes verhindert werden – dies ist nach Einführung der catch-all-Klauseln der Hauptanwendungsfall des § 2 Abs. 2 AWG –, so kommt nur der Einzeleingriff in Betracht.

Nachdem der nationale deutsche Gesetzgeber die Genehmigungspflicht für den Fall der Durchfuhr abgeschafft hatte, war der Einzeleingriff ebenfalls das einzi-

390 Beutel, Holger, in: Wolfgang, Hans-Michael/Simonsen, Olaf (Hrsg.), AWR-Kommentar, § 2 AWG, Rdn. 12; Beschluss des BVerfG vom 11.10.1994 – 1 BvR 337/92 – BVerfGE 91, 148 ff (164); Urteile des VG Köln vom 13.6.1996 – 1 K 1102/92 – siehe beigefügte CD – sowie vom 11.11.1999 – 1 K 6937/96 – siehe beigefügte CD.

391 Beutel a.a.O.; BVerfG a.a.O.; Urteile des VG Köln a.a.O.

392 Diemer, Herbert in: Erbs, Georg/Kohlhass, Max, Strafrechtliche Nebengesetze, § 2 AWG, Rdn. 4, Stand 168. EL, 2007.

ge Mittel, die Durchfuhr von Gütern zu verhindern. Mit der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 vom 29.5.2009³⁹³ – der Neufassung der EG-dual-use Verordnung – hat der supranationale Gesetzgeber in beschränktem Maße eine Genehmigungspflicht für die Durchfuhr von Gütern eingeführt, sodass in diesen Fällen ein Einzeleingriff gemäß § 2 AWG entbehrlich ist. Nach Art. 6 der Verordnung ist es möglich, die Durchfuhr durch das Gebiet der Gemeinschaft im Einzelfall zu untersagen, es besteht also keine generelle Genehmigungspflicht für Dual-use-Güter, und die Untersagungsmöglichkeit ist auf die in Anhang I gelisteten Güter beschränkt. Die zuständige Zollstelle kann gemäß § 38 AWW i.d.F. der 86. Verordnung zur Änderung der AWW vom 26.8.2009³⁹⁴ die Durchfuhr aussetzen, wenn sie Anhaltspunkte dafür hat, dass die Güter ganz oder teilweise für einen in Art. 4 Abs. 1 der Dual-use-Verordnung genannten Verwendungszweck (insbesondere Entwicklung, Herstellung usw. von Massenvernichtungswaffen) bestimmt sind oder sein können. Die endgültige Entscheidung trifft das BAFA. Dieser Eingriff geht dem Eingriff nach § 2 Abs. 2 AWG als die speziellere Maßnahme vor. Handelt es sich jedoch um die Durchfuhr von nicht-gelisteten Gütern, die man verhindern will, so bedarf es wieder des Einzeleingriffs nach § 2 Abs. 2 AWG, da der Einzeleingriff nach Art. 6 EG-Dual-use-VO/§ 38 AWW auf die gelisteten Güter beschränkt ist.

3. Form und Inhalt des Einzeleingriffs

Der Einzeleingriff wird vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi) durch (schriftlichen) Verwaltungsakt vorgenommen. Dieser Verwaltungsakt kann erst ergehen, wenn zwischen dem federführenden BMWi, dem Bundesministerium der Finanzen (BMF) und dem Auswärtigen Amt (AA) Einvernehmen hergestellt worden ist. Einvernehmen ist mehr als ein Benehmen oder eine Unterrichtung. Mit „Einvernehmen“ ist die Mitwirkung in einem mehrstufigen Verwaltungsakt gemeint, und der Einzeleingriff ist ein solcher mehrstufiger Verwaltungsakt³⁹⁵. Ohne das Einverständnis der beiden anderen Ressorts kann das BMWi keinen wirksamen Einzeleingriff erlassen. Dieses Einverständnis der beiden anderen Ressorts kann aber auch nachträglich erteilt werden, denn gelegentlich steht der Einzeleingriff unter extrem hohem Zeitdruck. Das AA ist insbesondere deswegen eingeschaltet, weil es in erster Linie

393 Verordnung (EG) Nr. 428/2009 des Rates vom 5.5.2009 über eine Gemeinschaftsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr, der Verbringung der Vermittlung und der Durchfuhr von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck“ – ABl. L 134, 1 ff.

394 86. Verordnung zur Änderung der AWW vom 24.8.2009 – BAnz vom 26.8.2009, S. 2944 ff.

395 Hohmann, Harald in: ders. /John, Klaus (Hrsg.), Ausfuhrrecht, Teil 3, § 2 Rdn. 15.

berufen ist, zu prüfen, ob die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik durch die Handlung – z.B. Ausfuhr – oder das Rechtsgeschäft, das durch den Einzeleingriff untersagt werden soll, erheblich gefährdet sind³⁹⁶. Das BMF ist eingeschaltet, wenn mit dem Einzeleingriff die Ausfuhr und damit die Ausfuhrabfertigung, die von der Zollverwaltung vorgenommen werden müsste, untersagt wird³⁹⁷. Soweit andere Handlungen durch den Einzeleingriff untersagt werden – z.B. der Transport von proliferationsverdächtigen Gütern auf deutschen Schiffen (siehe Beispielsfälle) –, kann die Zollverwaltung gewisse Hilfestellung leisten.

Mit dem Einzeleingriff können Rechtsgeschäfte und Handlungen beschränkt werden. Ein Rechtsgeschäft ist eine Handlung, deren Zweck es ist, eine Rechtsfolge herbeizuführen; es kann Verpflichtungs- und/oder Erfüllungsgeschäft sein. Rechtsgeschäfte, die im Sinne des § 2 Abs. 2 AWG bedeutsam sind, sind alle Rechtsgeschäfte, die die Ausfuhr von Gütern selbst betreffen (Kaufvertrag über die auszuführenden Güter) oder mit der Ausfuhr von Gütern in Zusammenhang stehen (Transportvertrag). Handlung i.S.d. § 2 AWG ist jedes tatsächliche Handeln, mag diesem Handeln ein Rechtsgeschäft zugrunde liegen oder nicht³⁹⁸.

Der Einzeleingriff bedarf der Begründung. Nach § 39 Abs. 1 VwVfG sind dem Adressaten des Einzeleingriffs die Tatsachen und die Rechtsgründe, auf denen der Einzeleingriff beruht, mitzuteilen. Dabei sind Leerformeln – z.B. die bloße Wiederholung des gesetzlichen Wortlauts – oder Floskeln – wie: „Aus übergeordneten politischen Gründen...“ oder: „Die derzeitige Lage lässt das beabsichtigte Geschäft nicht zu.“³⁹⁹ – zu vermeiden. Stets muss konkret dargelegt werden, worin die Gefahr liegt, welche der in § 7 Abs. 1 AWG genannten Rechtsgüter aus welchem Grunde gefährdet sind und dass nur der Einzeleingriff und keine sonstige, weniger einschneidende Maßnahme die Gefahr beseitigen kann. Die Begründung findet allerdings ihre Grenzen, wenn sie die äußere oder innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder die freundschaftlichen Beziehungen zu anderen Staaten beeinträchtigen könnte⁴⁰⁰. Eine weitere Grenze für

396 Wolffgang, Hans-Michael, Reform und Perspektive der außenwirtschaftsrechtlichen Exportkontrollen, IWB 1992, 865 ff. (879).

397 Wolffgang, Hans-Michael a.a.O.

398 Diemer, Herbert in Erbs, Georg/Kohlhaas, Max, Strafrechtliche Nebengesetze, § 2 AWG, Rdn. 4 und 5, Stand: 168. EL, 2007.

399 Bogdandy, Armin von, Die außenwirtschaftsrechtliche Genehmigung: Rechtsnatur und Rechtsfolgen, VerwArciv 1992, 53 ff. (70) im Hinblick auf die Begründungsanforderungen für die Verweigerung einer Genehmigung.

400 Stelkens, Paul/Stelkens, U. in: Stelkens, Paul/Bonk, Hans-Jochen/Sachs, Michael (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl., 2001, Rdn. 65; Clausen, Wolfgang in:

die Begründung liegt darin, dass es dem BMWi nicht erlaubt ist, geheimzuhaltende Informationen mitzuteilen oder die Begründung so zu formulieren, dass Rückschlüsse auf geheimzuhaltende Informationen gezogen werden können. In Fällen des Einzeleingriffs liegt der Grund für den Einzeleingriff häufig in nachrichtendienstlichen Informationen durch den eigenen Nachrichtendienst oder den Dienst eines befreundeten Landes. Auch die Quelle als solche – deutscher oder ausländischer Nachrichtendienst – kann und muss ggf. geheim gehalten werden. Dies ist grundsätzlich auch zulässig. Nach der Rechtsprechung des BVerfG⁴⁰¹ und des BVerwG „gibt es verfassungsmäßig legitimierte Aufgaben, die zu ihrer Erfüllung der Geheimhaltung bedürfen. Die Wahrnehmung derartiger – in ihrer rechtlichen Gebundenheit nicht außerhalb des Rechtsstaats stehender – Aufgaben würde erheblich erschwert und in weiten Teilen unmöglich gemacht, wenn ihre Aufdeckung gegenüber dem Bürger uneingeschränkt geboten wäre. Dies gilt insbesondere für Erkenntnisse ... der für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland tätigen Behörden ...“⁴⁰². Das Grundgesetz räume der BReg einen weit bemessenen Spielraum für die Regelung der auswärtigen Beziehungen ein, innerhalb dessen die BReg die außenpolitischen Ziele und die zu ihrer Erreichung anzuwendenden Strategien bestimme. Ob die Bekanntgabe von Informationen sich nachteilig auf die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland auswirken könne, liege in der nur eingeschränkt gerichtlich nachprüfbaren Bewertung durch die BReg, die ihre Einschätzung auf eine Vielzahl von Einzeleindrücken und -beobachtungen stützen könne, die sie im diplomatischen Verkehr in der vergangenen Zeit gewonnen habe⁴⁰³. In einer weiteren Entscheidung des BVerwG wird aber auch deutlich gemacht, dass die formale

Knack, Hans Joachim (Hrsg.), VwVfG, 8. Aufl., 2004, § 29 Rdn. 22; BVerwGE 84, 75, 389.

401 Beschluss des BVerfG vom 26.5.1981 – 2 BvR 215/81, = BVerfGE 57, 250 ff. (284).

402 Urteil des BVerwG vom 20.2.1990 – BVerwG 1 C 42.83, = BVerwGE 84, 375 ff. (379/380).

403 Urteil des BVerwG vom 29.10.2009 – 7 C 22.08. Der Entscheidung lag zugrunde, dass ein Redakteur eines wöchentlich erscheinenden Magazins, der über die Aktivitäten ausländischer Nachrichtendienste recherchierte, vom Bundesverkehrsministerium – gestützt auf das Informationsfreiheitsgesetz – Auskünfte aus den Flugplänen der Deutsche Flugsicherung erhalten wollte. Die Flugpläne enthielten Angaben über Flugbewegungen von im Einzelnen genannten Flugzeugen mit Registriernummern aus dem Registrierstaat USA in der Zeit vom 1.1.2001 bis zum 31.12.2005. Das Bundesverkehrsministerium lehnte die Auskünfte mit Hinweis darauf ab, dass die USA es als unerwünscht ansähen, wenn die angefragten Flugdaten veröffentlicht würden. Sie könnten möglicherweise dafür verwendet werden, einen Zusammenhang zwischen den Flugbewegungen dieser Flugzeuge und behaupteter Entführungen terrorverdächtiger Personen durch die CIA herzustellen.

Einstufung eines Vorgangs allein – hier: VS-Nur für den Dienstgebrauch“ – den Anspruch auf Informationszugang nicht ausschließt⁴⁰⁴.

4. Entschädigung

Tritt für den Adressaten des Einzeleingriffs ein Schaden ein, so erhält er dafür grundsätzlich keine Entschädigung. Das gilt zum einen, weil § 2 Abs. 2 AWG keine Entschädigung vorsieht; dies ist zum anderen aber auch gerechtfertigt, da die Beschränkungen im Außenwirtschaftsrecht als Inhaltsbestimmung des Eigentums und nicht als entschädigungspflichtige Enteignung angesehen werden⁴⁰⁵. Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG schützt Art. 14 Abs. 1 GG nur solche Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt nach der Rechtsordnung bereits zustehen, nicht jedoch solche, die mit dem Risiko der Untersagung behaftet sind⁴⁰⁶. Derjenige, der am Außenwirtschaftsverkehr teilnimmt, muss damit rechnen, dass Ereignisse eintreten, die es notwendig machen, dass der Staat für ihn überraschend reagiert, um Schaden von der Allgemeinheit abzuhalten, selbst wenn die staatliche Einschränkung laufende Verträge betrifft⁴⁰⁷. Dies gilt auch in anderen Situationen, wenn beispielsweise von einem Tag auf den anderen ein Handelsembargo verhängt wird, ein bis dahin genehmigungsfreies Gut dadurch genehmigungspflichtig wird und eine Genehmigung nicht erteilt wird.

War der Einzeleingriff allerdings rechtswidrig, so hat der Betroffene ggf. einen Anspruch auf Ersatz des ihm durch den Einzeleingriff entstandenen Schadens. Ein Einzeleingriff ist dann rechtswidrig, wenn seine Voraussetzungen – insbesondere die konkrete Gefahr für eines der in § 7 Abs. 1 AWG genannten Rechtsgüter – nicht vorgelegen haben. Der Anspruch ergibt ggf. aus enteignungsgleichen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb oder – bei grober Fahrlässigkeit – aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34

404 Urteil des BVerwG vom 29.10.2009 – 7 C 21.08.

405 Beschluss des BVerfG vom 11.10.1994 – 1 BvR 337/92, = BVerfGE 91, 148 ff. = NJW 1995, 1537 ff. (1538); Beutel, Holger in: Wolffgang, Hans-Michael/Simonsen, Olaf (Hrsg.), AWR-Kommentar, § 2 AWG, Rdn. 12; Hantke, Wolfgang, Die Verschärfung des Außenwirtschaftsrecht, NJW 1992, 2123 ff. (2124); Diemer, Herbert in: Erbs, Georg/Kohlhaas, Max, Strafrechtliche Nebengesetze, § 2 AWG Rdn 2, Stand 168. EL 2007; a.A. Wimmer, Raimund, Entschädigungsansprüche aus dem Irak-Embargo gegen die Bundesrepublik Deutschland, BB 1990, 1986 ff.

406 Beschluss des BVerfG vom 20.4.1966 – 1 BvR 20/62 und 27/64 = BVerfGE 20, 31 ff. (34); Beschluss vom 8.6.1977 – BvR 499/77 und 1042/75 = BVerfGE 45, 142 ff. (179); Beschluss vom 31.10.1984 – 1 BvR 35, 356, 794/82 = BVerfGE 68, 193 ff. (222).

407 Urteile des VG Köln vom 13.6.1996 – 1 K 1102/93 (nicht veröffentlicht) und vom 11.11.1999 – 1 K 6937/96 – www.justiz.nrw.de – für die Fälle des Einzeleingriffs.

GG⁴⁰⁸. Die Darlegungs- und Beweislast für die Rechtmäßigkeit der behördlichen Maßnahme obliegt der Verwaltung nach dem Grundsatz, dass die Unerweislichkeit von Tatsachen zu Lasten der Partei geht, die daraus für sie günstige Rechtsfolgen herleitet⁴⁰⁹. Wichtiges Kriterium ist das Regel-Ausnahme-Prinzip. Der Gesetzgeber hat im AWG die Entscheidung getroffen, dass der Außenwirtschaftsverkehr grundsätzlich frei ist (§ 1 Abs. 1 AWG); Beschränkungen, die Folge des Einzeleingriffs sind, stellen die Ausnahme dar, deren die Rechtmäßigkeit begründenden Tatsachen daher von der Verwaltung zu beweisen sind⁴¹⁰.

5. Rechtsmittel

Der Einzeleingriff ist ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG. Da hier der Verwaltungsakt von einer obersten Bundesbehörde – dem BMWi – erlassen wird, bedarf es keines Vorverfahrens (§ 68 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1 VwGO). Der Betroffene kann sofort Klage vor dem VG erheben (§ 42 VwGO). Es handelt sich um eine Anfechtungsklage, da mit der Klage die Aufhebung eines Verwaltungsaktes verlangt wird. Die Begründung des Einzeleingriffs, wonach im konkreten Fall die Gefahr einer Störung für wesentliche Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland, das friedliche Zusammenleben der Völker oder die Gefahr einer erheblichen Störung für die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland vorgelegen hat, unterliegt der Nachprüfung durch das Gericht. Da die auswärtigen Beziehungen jedoch zu einem Bereich gehören, in dem der BReg von Verfassungs wegen ein breiter Raum politischen Ermessens eingeräumt ist und demgemäß dem BMWi für seine Einschätzung, ob aufgrund des Außenhandelsgeschäftes die Gefahr einer erheblichen Gefährdung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland besteht, ein Beurteilungsspielraum zusteht, ist die Entscheidung des BMWi gerichtlich nur beschränkt überprüfbar⁴¹¹. Die gerichtliche Überprüfung hat sich auf eine Plausibilitätskontrolle zu beschränken⁴¹².

408 Für den Fall der Untersagung der Verschiffung eines Vakuuminduktionsofens und einer Faserwickelmaschine nach Libyen, gestützt auf § 5c AWW – Urteil des LG Köln vom 26.3.1999 – 1 O 183/94 und Berufungsurteil des OLG Köln vom 20.1.2000 – 7 U 84/99 = Rechtsprechungsdatenbank des Landes NRW und in NVwZ 2000, 594 f.

409 BVerwGE 14, 181 ff. (186); 44, 265 ff. (270); OLG Köln a.a.O.

410 OLG Köln a.a.O.

411 Beschluss des BVerfG vom 25.10.1991 – 2 BvR 374/90 – NJW 1992, 2624 f. (2624); Urteil des VG Köln vom 11.11.1999 – 1 K 6937/96 – www.justiz.nrw.de.

412 Urteile des VG Köln vom 13.6.1996 – 1 K 1102/93 – (nicht veröffentlicht) und vom 11.11.1999 – 1 K 6937/96 – www.justiz.nrw.de.

Die Klage ist gegen die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, zu richten. Ordnet das BMWi – was i.d.R. der Fall ist, da regelmäßig Gefahr im Verzuge vorliegt – gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO den Sofortvollzug an, so kann der Einzeleingriff sofort vollzogen werden.

6. Bebußung

Die Nichtbefolgung der Anordnung im Einzeleingriff war zunächst – versehentlich – folgenlos. Erst mit dem Achten Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes vom 9.8.1994⁴¹³ wurde dieser Mangel mit einer Ergänzung des Bußgeldtatbestandes des § 33 AWG behoben: Wer vorsätzlich oder fahrlässig einer vollziehbaren Anordnung nach § 2 Abs. 2 Satz 1 AWG zuwiderhandelt, begeht eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 33 Abs. 2 Nr. 1 AWG, die in dem dann einzuleitenden Bußgeldverfahren mit einem Bußgeld bis zu 500.000 Euro geahndet werden kann (§ 33 Abs. 6 AWG)⁴¹⁴.

7. Fallbeispiele

Fallbeispiele aus der Anfangszeit des Einzeleingriffs

Nachdem der Einzeleingriff durch das Siebte Gesetz zur Änderung des AWG vom 28.2.1992 als neues Instrument der Exportkontrolle eingeführt worden war, kam es noch im selben Jahr zu mehreren Eingriffen, die jeweils den beabsichtigten Export von an sich genehmigungsfreien Gütern an das SSRC/CERS in Syrien betrafen, so

- den beabsichtigten Export von Umluft-Wärmeschränken mit horizontaler Luftumwälzung zur Wärmebehandlung und Trocknung von Substanzen
- den beabsichtigten Export von Universal Fräs- und Bohrmaschinen
- den beabsichtigten Export eines Vakuumhandtrockners in Laborausführung
- den beabsichtigten Export von Planeten-Misch- und Knetmaschinen samt-Zubehör.

Bei dem SSRC (Scientific Studies and Research Center) = CERS (Centre d'Etudes et de Recherches Scientifiques) in Damaskus/Syrien handelt es sich

413 Art. 1 Nr. 9 Aches Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes vom 9.8.1994 – BGBl. I, S. 2068 ff. (2069).

414 Siehe Einfügung des § 2 Abs. 2 AWG in das AWG durch das Siebte Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes vom 28.2.1992 – BGBl. I, S. 372 ff.

um eine Großforschungseinrichtung, von der anhaltende Beschaffungsbemühungen für militärische Forschung ausgehen⁴¹⁵.

Durch die auf § 27 Abs. 1 Satz 1 und 2 i.V.m. § 2 Abs. 1, 3 und 4 sowie die §§ 5 und 7 Abs. 1 und 3 AWG gestützte Siebenundzwanzigste Rechtsverordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 2.4.1993⁴¹⁶ wurden dann alle Waren und Unterlagen zur Fertigung von Waren unter Genehmigungspflicht gestellt, wenn sie für das syrische Forschungs- und Entwicklungszentrum (Centre d'Etudes et de Recherches Scientifiques-CERS) bestimmt sind, es sei denn, der Warenwert betrug maximal 5.000 DM.

Der Fall „Ausfuhr von Atemschutzmasken in den Iran“

Anfang des Jahres 1993 beabsichtigte eine deutsche Firma, mehrere hunderttausend Atemschutzmasken in den Iran zu exportieren. Sie stellte beim BMWi im Januar 1993 die Anfrage, ob das BMWi die Ausfuhr der bis dato genehmigungsfreien Atemschutzmasken gemäß § 2 Abs. 2 AWG untersagen würde. Unter dem 29.1.1993 schloss die Firma einen Vertrag über die Lieferung dieser Atemschutzmasken mit einem iranischen Unternehmen in der Annahme, dass die Masken für die iranischen Streitkräfte bestimmt sein könnten.

Mit Bescheid vom 16.2.1993 untersagte das BMWi im Einvernehmen mit dem AA und dem BMF gemäß § 2 Abs. 2 AWG die Ausfuhr der Atemschutzmasken mit der Begründung, dass eine militärische Verwendung zu einer erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland i.S.d. § 7 Abs. 1 Nr. 3 AWG führen werde. Angesichts des in der Vergangenheit bereits erfolgten Einsatzes von Giftgas müsse die Bundesregierung bei der Ausfuhr aller mit dem Einsatz chemischer Waffen zusammenhängenden Ausrüstungsgegenstände in die Region des Nahen Ostens eine besonders vorsichtige Kontrollpolitik betreiben.

Durch die 84. Verordnung zur Änderung der Ausfuhrliste – Anlage AL zur Außenwirtschaftsverordnung – vom 2.4.1993⁴¹⁷ wurde die Ausfuhr derartiger Atemschutzmasken ab dem 3.4.1993 genehmigungspflichtig.

415 B Art. 1 Nr. 2 des Runderlasses Außenwirtschaft 4//93 betreffend VI: Siebenundzwanzigste Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 2.4.1993.

416 Art. 1 Nr. 2 der Siebenundzwanzigsten Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 2.4.1993 – BAnz vom 7.4.1993 Nr. 67 – Runderlaß Außenwirtschaft Nr. 4/93 betreffend VI: Siebenundzwanzigste Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 2.4.1993 – VB2 – 48 04 77/27.

417 Art. 1 Nr. 1 c) der Vierundachtzigsten Verordnung zur Änderung der Ausfuhrliste – Anlage AL zur Außenwirtschaftsverordnung – vom 2.4.1993 – BAnz Nr. 67 vom 2.4.1993, S. 3425.

Gegen den Bescheid erhob die Firma Klage vor dem – damals zuständigen – VG Köln, das die Klage mit Urteil vom 13.6.1996 als unbegründet abwies⁴¹⁸.

Der Fall des Schiffes „BBC China“⁴¹⁹

Im September 2003 erhielten deutsche Behörden die Information, dass auf das von einer deutschen Reederei betriebene Containerschiff „BBC China“ im Hafen von Dubai Container geladen worden seien, die Teile von Gasultrazentrifugen enthalten sollten, die für Libyen bestimmt seien. Als nächsten Hafen würde die BBC China einen libyschen Hafen anlaufen. Dies müsse auf jeden Fall verhindert werden.

Die Behörden setzten sich sofort mit der deutschen Reederei in Verbindung, schilderten den Sachverhalt und baten darum, festzustellen, ob sich die mit Nummern genannten Container tatsächlich an Bord befanden. Als dies bestätigt wurde, erließ das BMWi im Benehmen mit dem BMF und dem AA den Einzel-eingriff. Unter Hinweis auf die völkervertraglichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland, die Verbreitung von Gütern zur Herstellung von Massenvernichtungsmitteln zu verhindern, und unter Hinweis auf die kürzlich vereinbarte Proliferation Security Initiative, deren Ziel es ist, Transporte von Gütern zu verhindern, wenn die Gefahr der Proliferation besteht, untersagte das BMWi dem Kapitän, einen libyschen oder einen anderen afrikanischen Hafen anzulaufen. Zur näheren Untersuchung der Container wurde die Reederei aufgefordert, zu veranlassen, dass das Schiff einen italienischen Hafen anläuft. Reederei und Kapitän leisteten dieser Anordnung Folge. Im Hafen von Taranto wurden die Container am 4.10.2003 ausgeladen und untersucht.

Die Container enthielten tausende verschiedener Teile von Gasultrazentrifugen⁴²⁰.

Die einige Zeit später eingeleiteten Ermittlungen des Generalbundesanwalts enthüllten ein Beschaffungsnetz, in dessen Mittelpunkt der Pakistani Dr. Abdul Quader Khan stand. Dr. Khan war der führende Wissenschaftler des pakistani-

418 Urteil des VG Köln vom 13.6.1996 – 1 K 1102/93 – nicht veröffentlicht.

419 Ship incident may have swayed Libya, Washington Post vom 1.1.2004; Press release by Inspector General of Police in relation to investigation on the alleged production of components for Libya's uranium enrichment programme from 20.2.2004; Deutsches Schiff mit Libyen-Fracht abgefangen, Handelsblatt vom 2.1.2004; UN besorgt über Ausmaß des Atomhandels, SZ vom 3.2.2004.

420 Press release by Inspector General of Police in relation to investigation on the alleged production of components for Libya's uranium enrichment programme from 20.2.2004 – enthält eine Auflistung der Art und Anzahl der gefundenen Zentrifugen-Komponenten sowie entsprechende Ablichtungen.

schen Atomwaffenprogramms und aus mehreren Ermittlungen gegen seine deutschen Helfershelfer bekannt. Auch hier richteten sich die Ermittlungen des GBA gegen einen deutschen Staatsbürger, Gotthard L., der allerdings seit Anfang 1990 seinen Wohnsitz in der Schweiz hatte und von dort aus agierte. Gegen L. hatten Beamte des damaligen ZFA Köln bereits Anfang der 90er Jahre wegen Lieferung von Unterlagen zur Herstellung von Gasultrazentrifugen erfolglos ermittelt⁴²¹.

ZKA und BKA errichteten eine gemeinsame Ermittlungsgruppe und ermittelten unter der Leitung des GBA. Gotthard L. wurde von der Schweiz an Deutschland ausgeliefert und stand ab dem 16.5.2008 vor einem Strafsenat des OLG Stuttgart, das ihn am 16.10.2008 nach einer vorangegangenen Absprache zwischen dem Senat, der Bundesanwaltschaft und seiner Verteidigung zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten wegen Förderns der Entwicklung von Atomwaffen nach § 19 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Nr. 1 KWKG verurteilte⁴²².

Der Fall des Schiffes „MS Iran Adalat“⁴²³

Der Bundesregierung lagen Anfang Mai 2005 Informationen vor, dass auf dem iranischen Schiff „MS Iran Adalat“ aus der Bundesrepublik Deutschland stammende Aluminiumbleche und –rohre in den Iran transportiert werden sollten. Diese Güter sollten nach den betreffenden Informationen im iranischen Träger-technologieprogramm zur Herstellung von Raketen verwendet werden. Eine Ausfuhrabfertigung hatte bereits im Hamburger Hafen stattgefunden, ehe das BMWi handeln konnte, und der Frachter hatte bereits deutsche Gewässer verlassen. Der nächste europäische Hafen war Antwerpen.

Durch Einzeleingriff untersagte das BMWi im Einvernehmen mit dem AA und dem BMF dem Ausführer die Entladung oder Umladung in einem Hafen außerhalb der EU. Zur Begründung führte das BMWi die vertraglichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland an, Transporte von proliferationsrelevanten Gütern, zu denen auf Grund des MTCR auch Güter zur Herstellung von Lang- und Mittelstreckenraketen zählen, zu verhindern. Diese Verpflichtung ergab sich auch aus der Mitgliedschaft der Bundesrepublik Deutschland in der Proliferation Security Initiative (PSI).

421 Koch, Egmont, *Grenzenlose Geschäfte: organisierte Wirtschaftskriminalität in Europa*, München 1988, S. 233 ff. (250/251); Koch, Egmont, *Atomwaffen für Al Qaida*, Berlin, 2005, S. 160.

422 Urteil des OLG Stuttgart vom 16.10.2008 – 4-3 StE 1/07 – www.juris.de.

423 „Rüstungsschmuggel – Brisante Lieferung beschlagnahmt“, Focus vom 23.5.2005; „Verdächtige Ladung für Iran gestoppt“ Hamburger Abendblatt vom 23.5.2005.

Beamte der belgischen Zollverwaltung stellten die Aluminiumbleche und -rohre in Antwerpen sicher.

Der Ausführer klagte vor dem VG Berlin gegen den Einzeleingriff, nahm die Klage aber später zurück⁴²⁴.

8. Rechtsverordnung gemäß § 2 Abs. 2 Satz 3 AWG

Der Einzeleingriff tritt gemäß § 2 Abs. 2 Satz 3 AWG sechs Monate nach seinem Erlass außer Kraft, sofern die Beschränkung nicht durch Rechtsverordnung vorgeschrieben wird. Natürlich ist es sinnvoll, dass nicht durch Zeitablauf eine Handlung oder ein Rechtsgeschäft zulässig wird, wenn man zunächst diese Handlung/dieses Rechtsgeschäft durch Einzeleingriff untersagt hat. Ob allerdings der Erlass einer Rechtsverordnung mit dem Regelungsinhalt der Einzelfallregelung – mit dann allerdings unbestimmtem Adressaten – das richtige Mittel ist, mag man bezweifeln. Insbesondere Hucko⁴²⁵ kritisiert diese Regelung mit drastischen Worten: Satz 3 des § 2 Abs. 2 AWG sei ein „völlig unsinniger Satz“ und stellt die Frage, warum die Notwendigkeit bestehe, bei einer polizeilich präventiven Maßnahme im Einzelfall nach sechs Monaten daraus eine allgemeingültige Verordnung zu machen. Zur Veranschaulichung wählt er ein Parallelbeispiel aus dem Polizeirecht: So könne ein Polizeibeamter in einer besonderen Verkehrssituation anordnen, dass ein Pkw vorübergehend auf einen Bürgersteig fährt, um einem Krankenwagen Platz zu machen; niemand käme danach auf die Idee, eine Verordnung zu schaffen, dass Pkws auf dem Bürgersteig fahren müssten. M.E. kann man sich die Entstehung der Vorschrift so erklären, dass im Genehmigungsrecht unerkannt eine Lücke existierte, die durch einen konkreten Vorgang offenbar wurde. Wegen der Eilbedürftigkeit der konkreten Regelung in diesem Einzelfall – der Erlass einer entsprechenden Rechtsverordnung, aufgrund der dann die genehmigungspflichtige Ausfuhr hätte untersagt werden können, ist aus Zeitgründen nicht möglich – wird der Einzeleingriff erlassen. Ähnliche Ausfuhrvorgänge sind wegen der Regelungslücke aber auch in Zukunft zu erwarten. Daher erfolgt innerhalb von sechs Monaten die Rechtsverordnung, die diese Lücke schließt (siehe auch die Fallbeispiele unter 7.). Dafür spricht, dass § 2 Abs. 2 AWG erst durch das Siebte Gesetz zur Änderung des AWG vom 28.2.1992 in das AWG eingefügt worden ist, also relativ lange Zeit

424 VG Berlin – VG 25 A 76.05.

425 Hucko, Elmar in Ehlers, Dirk/Wolffgang, Hans-Michael (Hrsg.), Rechtsfragen der Exportkontrolle, Zwischenruf zur Perspektive der Exportkontrolle, Münster, Köln, 1999, S. 61 ff. (64).

vor der Einführung der EG-Dual-use-Verordnung⁴²⁶, die mit der Auffang- oder catch-all-Klausel in Art. 4 Einzeleingriffe in vielen Fällen hat entbehrlich werden lassen. Zu einer Zeit, in der nur gelistete Güter ausfuhrgenehmigungspflichtig waren, musste man zum Mittel des Einzeleingriffs greifen, bei dem es häufig um die bevorstehende Ausfuhr von nichtgelisteten und damit genehmigungsfreien Gütern ging, die aber in ihrer Verwendung gelisteten Gütern gleichgestellt werden konnten. Dass der Gesetzgeber aber gleichwohl auch später noch die Notwendigkeit sieht, nach erfolgtem Einzeleingriff eine entsprechende Rechtsverordnung zu erlassen, zeigt folgendes Beispiel⁴²⁷:

Eine Firma in Rostock führte 1996 entmilitarisierte Robur-Lastkraftwagen nach Nordkorea aus. Lastkraftwagen der Marke „Robur“ wurden zu Zeiten der DDR gebaut und nach der Wiedervereinigung von der Bundeswehr übernommen. Aufgrund nunmehr mangelhafter Qualität wurden die Fahrzeuge von der Bundeswehr ausgemustert und entmilitarisiert. Die Firma in Rostock erwarb diese Fahrzeuge und führte einen Teil der Fahrzeuge nach Nordkorea aus. Als diese Ausfuhr bekannt wurde und eine neue Ausfuhr bevorstand, erließ das BMWi im Einvernehmen mit dem AA und dem BMF einen Einzeleingriff nach § 2 Abs. 2 AWG. Mit der 91. Verordnung zur Änderung der Ausfuhrliste – Anlage AL zur AWV – vom 18.12.1996⁴²⁸ wurde die AL Teil I Abschnitt C um die Position 9 A 992 ergänzt. Danach war (und ist) die Ausfuhr von Lastkraftwagen mit Allradantrieb oder einer Nutzlast größer als 1.000 kg ausfuhrgenehmigungspflichtig, wenn Käufer- oder Bestimmungsland Nordkorea ist⁴²⁹.

426 Verordnung (EG) Nr. 3381/94 des Rates über eine Gemeinschaftsregelung der Ausfuhrkontrolle von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck vom 19.12.1994 – ABl. EG Nr. L 367 vom 31.12.1994, S. 1 ff.

427 Kreuzer, Olaf, Lastwagen nach Nordkorea – Zur Geschichte einer Ausfuhrlistennummer, AW-Prax 1997, 199 f.

Ebenfalls aufgrund eines Einzeleingriffs erfolgte die Einhundertundsechste Verordnung zur Änderung der Ausfuhrliste – Anlage AL zur Außenwirtschaftsverordnung – vom 10.9.2007 – BAnz Nr. 173, S. 7503 – mit der die Ausfuhrlistenpositionen 6A908 und 6D908 (Radargestützte Navigations- oder Überwachungssysteme für den Schiffs- oder Flugverkehr sowie zugehörige Software) in die Ausfuhrliste Teil I Abschnitt C eingefügt wurden.

428 BAnz Nr. 32 vom 15.2.1997, S. 1545 sowie Runderlass Außenwirtschaft Nr. 13/96 betreffend Einundneunzigste Verordnung zur Änderung der Ausfuhrliste

429 Der Sachverhalt war Gegenstand des Urteils des VG Köln vom 11.11.1999 – 1 K 6937/96 – www.justiz.nrw.de. Die Klage gegen den Erlass des Einzeleingriffs wurde als unbegründet abgewiesen, da die Untersagungsverfügung (Einzeleingriff) des BMWi rechtmäßig war.

II. Einzeleingriff gemäß Art. 6 EG-Dual-use-VO i.V.m. § 38 AWW

Seit Neufassung der EG-Dual-use-Verordnung im Jahre 2009⁴³⁰ gibt es eine weitere Möglichkeit für die Zollverwaltung, Güter sicherzustellen: Die zuständige Zollstelle kann nach § 38 AWW i.d.F. der 86. Änderungsverordnung⁴³¹ die Durchfuhr von Gütern, die für die Verwendung im Zusammenhang mit Massenvernichtungswaffen bestimmt sind oder sein können, aussetzen. Ursprünglich enthielt das Außenwirtschaftsrecht auch für die Durchfuhr von Gütern Genehmigungspflichten⁴³². Mit dem Fortschreiten der Verwirklichung des Binnenmarktes schaffte der nationale deutsche Gesetzgeber sämtliche Genehmigungspflichten für die Durchfuhr von Gütern ab⁴³³.

Unter dem Eindruck der Gefährdung durch die Proliferation von Massenvernichtungswaffen und terroristische Gewaltakte und zur Abwehr dieser Gefahren sowie in Umsetzung der Resolution des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen Nr. 1540 (2004)⁴³⁴ schuf der supranationale Gesetzgeber in der Neufassung der EG-Dual-use-Verordnung Genehmigungspflichten für die Durchfuhr, die der deutsche nationale Gesetzgeber in der 86. Änderungsverordnung der AWW konkret umsetzte. Nach Art. 6 EG-Dual-use-Verordnung kann die Durchfuhr von nichtgemeinschaftlichen Gütern mit doppeltem Verwendungszweck, die in Anhang I zur Verordnung aufgelistet sind, von den zuständigen Behörden des Mitgliedstaates, durch den die Güter durchgeführt werden, verboten werden, wenn die Güter ganz oder teilweise für einen in Art. 4 Abs. 1 bestimmten Verwendungszweck (insbesondere Entwicklung, Herstellung usw. von Massenver-

430 Verordnung (EG) Nr. 428/2009 des Rates vom 5.5.2009 über eine Gemeinschaftsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr, der Verbringung, der Vermittlung und der Durchfuhr von Gütern mit doppeltem Verwendungszweck – ABl. L 134 vom 29.5.2009; Portatius, Alexander v., Die novellierte Dual-use-Verordnung (EG) Nr. 428/2009 – Ziele, Reichweite, Grenzen, AW-Prax 2009, 283 f.; Angersbach, Reimar, Durchfuhrkontrolle – Neue Rechtsvorschriften zur Kontrolle der Durchfuhr in der EU, AW-Prax 2009, 289 ff.

431 86. Verordnung zur Änderung der AWW vom 24.8.2009 – BAnz vom 26.8.2009 Nr. 126, S. 2944 ff.

432 §§ 38, 39 der Verordnung zur Durchführung des Außenwirtschaftsgesetzes (Außenwirtschaftsverordnung – AWW) vom 31.8.1961 – BGBl. I, 1381 ff. (1392, 1393); Simonsen, Olaf in Wolfgang, Hans-Michael/Simonsen, Olaf (Hrsg.), AWR-Kommentar, § 38 AWW, 22. EL, September 2009, Rdn. 5 ff.

433 Nr. 17 und 18 der Sechshunddreißigsten Verordnung zur Änderung der AWW vom 17.2.1995 – BAnz vom 3.6.1995, S. 6165.

434 S/RES/1540/2004 vom 28.4.2004 – www.un.org; Simonsen, Olaf in Wolfgang, Hans-Michael/Simonsen, Olaf (Hrsg.), AWR-Kommentar, Art. 6 EG-Dual-use-VO, 21. EL August 2009, Rdn. 8.

nichtungswaffen) bestimmt sind oder sein können. Ein Mitgliedstaat kann gemäß Art. 6 Abs. 3 der Verordnung den Anwendungsbereich auch auf nichtgelistete Güter und Güter mit doppeltem Verwendungszweck für militärische Endverwendung und Bestimmungsziele i.S.d. Art. 4 Abs. 2 ausweiten. Von dieser Ermächtigung hat der deutsche Gesetzgeber jedoch bislang keinen Gebrauch gemacht. Auf der Ermächtigungsgrundlage des Art. 6 hat der nationale deutsche Gesetzgeber in § 38 Abs. 1 AWV bestimmt, dass die zuständige Zollstelle die Überlassung der Güter im Anhang I der EG-Dual-use-Verordnung bis zu einer Mitteilung des BAFA aussetzt, um zu verhindern, dass die Güter das Wirtschaftsgebiet verlassen. Diese Maßnahme bezieht sich also nicht auf nichtgelistete Güter oder Güter mit doppeltem Verwendungszweck für militärische Endverwendung und Bestimmungsziele i.S.d. Art. 4 Abs. 2. Insoweit kann nur der Einzeleingriff nach § 2 Abs. 2 AWG greifen. Die zuständige Zollstelle unterrichtet unverzüglich das BAFA über die getroffene Maßnahme (§ 38 Abs. 2 AWV). Das BAFA entscheidet über ein Durchfuhrverbot. Es kann auf der Grundlage des Art. 6 Abs. 2 EG-Dual-use-Verordnung im Einzelfall eine Genehmigungspflicht anordnen (§ 38 Abs. 3 AWV) und dann die Genehmigung erteilen oder verweigern. Das BAFA hat seine Entscheidung unverzüglich zu treffen und ebenso unverzüglich die zuständige Zollstelle von seiner Entscheidung zu unterrichten (§ 38 Abs. 4 AWV). Bei seiner Entscheidung berücksichtigt das BAFA die Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland, die sich aus den internationalen Verträgen (wie NVV, BW-Konvention, CW-Konvention) und den Nichtverbreitungsregimen (NSG, MTCR, WA, AG) für die Bundesrepublik Deutschland ergeben (Art. 6 Abs. 1 Satz 2 EG-Dual-use-Verordnung). Während dieses Entscheidungsprozesses nimmt die Zollstelle gemäß § 38 Abs. 5 die Güter in amtliche Verwahrung („Lagerung der Güter während der Dauer der Maßnahme“); die Kosten tragen nach § 38 Abs. 5 AWV die in Art. 182d der Verordnung (EWG) Nr. 2913/92 genannten Personen.

Das BAFA kann jedoch bei entsprechender Sachlage von der Konstituierung einer Genehmigungspflicht absehen und sofort über ein Durchfuhrverbot entscheiden. Ist die Sachlage noch nicht restlos geklärt und wird für die weitere Aufklärung Zeit benötigt, so wird das BAFA zunächst eine Genehmigungspflicht konstituieren. Ist der Sachverhalt eindeutig, so kann sofort das Durchfuhrverbot angeordnet werden⁴³⁵.

435 Simonsen, Olaf, in: Wolfgang, Hans-Michael/Simonsen, Olaf (Hrsg.), AWR-Kommentar, 22. EL, September 2009, § 38 AWV, Rdn. 22 ff.

Es handelt sich bei dieser Regelung um einen Einzeleingriff, vergleichbar dem rein nationalen deutschen Einzeleingriff in § 2 Abs. 2 AWG⁴³⁶. Ebenso wie beim Einzeleingriff nach § 2 Abs. 2 AWG dürften i.d.R. deutsche oder ausländische nachrichtendienstliche Hinweise zu diesem Einzeleingriff führen, die über das ZKA der zuständigen Zollstelle zugeleitet werden, sodass sich dieselben Probleme für die Begründung dieser Maßnahme und für ihre Anfechtung durch den Betroffenen ergeben wie beim nationalen Einzeleingriff. Im Unterschied zum Einzeleingriff nach § 2 Abs. 2 AWG entscheiden nicht die Ressorts, sondern der nachgeordnete Bereich – das BAFA.

Nachdem der nationale deutsche Gesetzgeber die Genehmigungspflicht für den Fall der Durchfuhr abgeschafft hatte, war der Einzeleingriff nach § 2 Abs. 2 AWG das einzige Mittel, die Durchfuhr von Gütern zu verhindern. Mit der Verordnung (EG) Nr. 428/2009 vom 29.5.2009 hat der supranationale Gesetzgeber in beschränktem Maße eine Genehmigungspflicht für die Durchfuhr von Gütern eingeführt, sodass in diesen Fällen ein Einzeleingriff gemäß § 2 AWG entbehrlich ist. Nach Art. 6 der Verordnung ist es möglich, die Durchfuhr durch das Gebiet der Gemeinschaft im Einzelfall zu untersagen, es besteht also keine generelle Genehmigungspflicht für Dual-use-Güter, und die Untersagungsmöglichkeit ist auf die in Anhang I gelisteten Güter beschränkt. Die zuständige Zollstelle kann gemäß § 38 AWW i.d.F. der 86. Verordnung zur Änderung der AWW vom 26.8.2009⁴³⁷ die Durchfuhr aussetzen, wenn sie Anhaltspunkte dafür hat, dass die Güter ganz oder teilweise für einen in Art. 4 Abs. 1 der Dual-use-Verordnung genannten Verwendungszweck (insbesondere Entwicklung, Herstellung usw. von Massenvernichtungswaffen) bestimmt sind oder sein können. Die endgültige Entscheidung trifft das BAFA. Handelt es sich jedoch um die Durchfuhr von nicht-gelisteten Gütern, die man verhindern will, so bedarf es wieder des Einzeleingriffs nach § 2 Abs. 2 AWG.

Da sich der supranationale Einzeleingriff auf Fälle der Durchfuhr beschränkt, handelt es sich bei diesem Einzeleingriff insoweit um die im Verhältnis zum nationalen Einzeleingriff speziellere Maßnahme, sodass, wenn seine Voraussetzungen vorliegen, dieser Einzeleingriff dem Einzeleingriff nach § 2 Abs. 2 AWG vorgeht.

436 Simonsen, Olaf, a.a.O., Art. 6 Dual-use-VO, Anm. 15, § 38 AWW, Rdn. 24 und Anm. 34.

437 86. Verordnung zur Änderung der AWW vom 24.8.2009 – BAnz vom 26.8.2009, S. 2944 ff.

III. Präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung

Im Unterschied zum Einzeleingriff nach § 2 Abs. 2 AWG und zum Einzeleingriff nach Art. 6 EG-Dual-use-VO/§ 38 AWW stellt die präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung einen ganz erheblichen Eingriff in ein Grundrecht, hier: Art. 10 Abs. 1 GG dar. Es fragt sich insbesondere, ob die Vorschriften der §§ 23a ff. ZFdG den verfassungsrechtlichen Vorgaben, die das BVerfG in seinem Beschluss vom 3.3.2004 gesetzt hat, nunmehr entsprechen.

1. Fernmeldegeheimnis gemäß Art. 10 Abs. 1 GG und seine Beschränkungen gemäß Art. 10 Abs. 2 GG

Das Fernmeldegeheimnis gehört als Grundrecht zu den sog. Freiheitsrechten, bei denen es darum geht, dass dem Grundrechtsträger ein bestimmter Freiraum garantiert wird – Gewährleistungs- oder Schutzbereich –, in den der Staat nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen und nur bis zu einem gewissen Grade eingreifen darf. Neben dem Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses enthält Art. 10 Abs. 1 GG zwei weitere Grundrechte, nämlich das Brief- und Postgeheimnis. Diese drei Grundrechte lassen sich jedoch als einheitliches Grundrecht der Vertraulichkeit individueller Kommunikation verstehen, sofern die Kommunikation nicht unmittelbar persönlich, sondern schriftlich oder technisch erfolgt⁴³⁸. Soweit Kommunikation unmittelbar persönlich geschieht, ist sie ggf. durch Art. 13 GG geschützt. Anders als andere Grundrechte hat das Fernmeldegeheimnis in den vergangenen Jahrzehnten erheblich an Bedeutung gewonnen. Dies liegt vor allem an dem enormen technischen Fortschritt bei der Entwicklung neuer Kommunikationstechnologien (Mobilfunk und verschiedene Formen der Internet-Kommunikation) und der rasanten und weiten Verbreitung. Damit sind aber auch zugleich neue Risiken und Gefahren für den Einzelnen entstanden, der sich dieser neuartigen Technologien bedient.

Die Formulierung, dass das Fernmeldegeheimnis „unverletzlich“ ist, betont – wie die vergleichbare Wortwahl in den Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Art. 4 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 GG – die hohe Bedeutung dieses Grundrechts.

438 Manssen, Gerrit, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl., München 2005, Rdn. 587.

a) Gewährleistung des Fernmeldegeheimnisses durch Art. 10 Abs. 1 GG

aa) Fernmeldeverkehr – Telekommunikation

Das Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses schützt oder gewährleistet die unkörperliche Nachrichtenübermittlung mit Hilfe der Telekommunikationstechnik⁴³⁹. Das GG verwendet den etwas antiquierten Begriff des Fernmeldegeheimnisses, ohne den Fernmeldeverkehr zu definieren. Der moderne Begriff „Telekommunikation“ wird in Art. 10 GG weder verwendet, noch gar definiert. Es findet sich jedoch eine Definition im Telekommunikationsgesetz (TKG). Danach ist Telekommunikation „der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen“ (§ 3 Nr. 22 TKG). Allerdings hat das BVerfG in seinem Beschluss vom 16.6.2009⁴⁴⁰ für den Fall, dass eine E-Mail in einem E-Mail-Postfach, auf das der Nutzer nur über eine Internetverbindung zugreifen konnte, beschlagnahmt wird, ausgeführt, dass dieser zugangsgesicherte Kommunikationsinhalt durch das Fernmeldegeheimnis geschützt sei. Art. 10 Abs. 1 GG folge nicht dem rein technischen Telekommunikationsbegriff des TKG, sondern knüpfe an den Grundrechtsträger und seine Schutzbedürftigkeit aufgrund der Einschaltung Dritter in den Kommunikationsvorgang an⁴⁴¹.

Keine Telekommunikation und damit nicht unter den Schutz des Fernmeldegeheimnisses gestellt sind Signale, die noch nicht oder nicht mehr gesendet, übermittelt oder empfangen werden. Nur der technische Vorgang der Nachrichtenübermittlung ist durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützt⁴⁴², wobei ein „Ruhe“ der Nachricht in einem E-Mail-Postfach (siehe oben) vom Schutz nach Art. 10 Abs. 1 GG mitumfasst ist. Der Bereich vor und nach der Übermittlung kann jedoch evtl. unter den grundrechtlichen Schutz der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme fallen, den das BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entwickelt hat⁴⁴³, in der Literatur als neues Grundrecht be-

439 BVerfGE 67, 157, 172; 106, 28, 35 f.; 115, 166, 182; Hoffmann-Riem, Wolffgang, Schutz der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, JZ 20081009 ff. (1014); Beschluss des BVerfG vom 16.6.2009 – 2 BvR 902/06 –, www.bverfg.de/entscheidungen/rs20090616_2bvr090206.html Rdn. 42.

440 Beschluss des BVerfG vom 16.7.2009 – 2 BvR 902/06.

441 BVerfG a.a.O., Rdn. 47.

442 Graf, Jürgen-Peter, in Graf, Jürgen-Peter (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zur StPO, 5. Edition, Stand 1.10.2009, § 100a, Rdn. 7 und 10.

443 Urteil des BVerfG vom 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 – = BVerfGE 120, 274 ff. = NJW 2008, 822 ff.; Hoffmann-Riem, Wolffgang, Schutz der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, JZ 20081009 ff. (1014).

zeichnet⁴⁴⁴, vom BVerfG aber lediglich als Ausprägung des Grundrechts auf Schutz der Persönlichkeit gedacht⁴⁴⁵. Es handelt sich ebenfalls nicht um durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützte Telekommunikation, wenn Abstrahlungen von zur Telekommunikation verwendeten Geräten ausgenutzt werden oder durch einen sog. Key-logger das Drücken von Tasten eines Computer-Keyboards aufgezeichnet wird⁴⁴⁶. Allerdings kann auch hier das entsprechende staatliche Vorgehen verfassungsrechtlich – z.B. wegen Verstoßes gegen Art. 13 Abs. 1 GG – unzulässig sein.

Das Fernmeldegeheimnis gilt ganz gleich, ob der Inhalt der Übermittlung privater oder geschäftlicher Natur ist⁴⁴⁷. Grundrechtlich geschützt ist nicht nur der Inhalt der Kommunikation, sondern auch der Kommunikationsvorgang als solcher, die beteiligten Personen sowie deren Rufnummern und Kennungen, der Zeitpunkt und die Häufigkeit der Kommunikation. Selbst wenn eine Kommunikation nur versucht, aber aus irgendwelchen Gründen nicht zustande gekommen ist, unterliegt dieser Vorgang dem Fernmeldegeheimnis⁴⁴⁸.

bb) Träger des Grundrechts „Fernmeldegeheimnis“

Träger des Grundrechts nach Art. 10 Abs. 1 GG kann jede natürliche Person sein, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit⁴⁴⁹. Ebenso sind juristische Personen und Personenvereinigung des Privatrechts durch dieses Grundrecht geschützt. Gerade bei der präventiven Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung nach den §§ 23a ff. ZFdG (siehe unten) wird primär in das Fernmeldegeheimnis von juristischen Personen und Personenvereinigungen des Handelsrechts eingegriffen, die am Außenwirtschaftsverkehr teilnehmen. Nicht zu den Kommunikationsteilnehmern zählen die Kommunikationsunternehmen und ihre Mitarbeiter; sie sind damit nicht durch Art. 10 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützt.

444 So z.B. Hirsch, Burkhard, in Roggan, Fredrik (Hrsg.), Online-Durchsuchungen – Rechtliche und tatsächliche Konsequenzen des BVerfG-Urteils vom 27.2.2008, Berlin, 2008, S. 9; Lepsius, Oliver, a.a.O., S. 21.

445 Hoffmann-Riem, a.a.O.

446 Graf, Jürgen-Peter, a.a.O., § 100a, Rdn. 9.

447 Gusy, Christoph, in Mangoldt, Hermann von (Begr.)/Klein, Friedrich (Bearb.)/Starck, Christian (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., Art. 10, Rdn. 40.

448 Gusy, a.a.O., Rdn. 45.

449 Gusy, a.a.O., Rdn. 47.

cc) Räumlicher Geltungsbereich

Der Schutz durch das Fernmeldegeheimnis ist nicht auf das Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkt. So ist Art. 10 Abs. 1 GG auch dann zu beachten, wenn die Kommunikation im Ausland mit Empfangsanlagen im Inland überwacht und aufgezeichnet wird, wie dies durch die strategische Telekommunikationsüberwachung durch den BND nach dem G-10 geschieht⁴⁵⁰.

dd) Adressaten des Grundrechts nach Art. 10 Abs. 1 GG

Das Grundrecht des Fernmelde-, Brief- und Postgeheimnisses war ursprünglich von der Bundespost als dem staatlichen Sondervermögen des Bundes und von der sonstigen Staatsgewalt – der sog. postexterne Staatsgewalt⁴⁵¹ – zu beachten (Adressaten des Grundrechts nach Art. 10 Abs. 1 GG). Nach der Privatisierung der Bundespost stellt sich die Frage, inwieweit die Nachfolgeorganisationen der Bundespost wie Deutsche Post AG, TNT und andere Postanbieter sowie Telekom und andere Provider das Fernmelde-, Brief- und Postgeheimnis zu wahren haben. Für die postexterne Staatsgewalt ist durch die Privatisierung keine Änderung eingetreten; sie bleibt nach wie vor an das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis gebunden. Für Gusy⁴⁵² sind zumindest die Deutsche Post AG und die Telekom keine Privatunternehmen wie andere, da sie gegenwärtig zu wesentlichen Teilen im Eigentum des Bundes stehen und funktionell in die staatliche Aufgabenstellung eingeschaltet sind. Daher unterliegen beide Unternehmen nach seiner Auffassung nach wie vor der Grundrechtsbindung. Die übrigen Unternehmen seien zwar nicht grundrechtsgebunden, ihre Rechtsstellung richte sich aber nach Gesetzesrecht, das durch grundrechtlich geprägte Schutzpflichten überformt sei⁴⁵³. Sieht man die Nachfolgeorganisationen der Bundespost nicht als unmittelbar diesen Grundrechten Verpflichtete an, so besteht zumindest die Verpflichtung des Staates, alles zu tun, um Verletzungen des Brief-, Post- und

450 Manssen, Gerrit, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl., München 2005, Rdn. 588; Urteil des BVerfG vom 14.7.1999 – 1 BvR 2226/94 – www.bverfg.de/entscheidungen/rs19990714_1bvr222694.html = BVerfGE 100, 313 ff.

451 Der Ausdruck „postexterne Staatsgewalt“ wird von Manssen, Gerrit, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl., München 2005, Rdn. 591, verwendet. Darunter fallen insbesondere die Strafverfolgungsbehörden.

452 Gusy, Christoph, in Mangoldt, Hermann von (Begr.)/Klein, Friedrich (Bearb.)/Starck, Christian (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., München, 2005, Art. 10, Rdn. 53.

453 Gusy, a.a.O., Rdn. 54 und 61 ff.

Fernmeldegeheimnisses zu verhindern⁴⁵⁴. Aufgrund einfachen Gesetzes (§ 39 PostG bzw. § 85 TKG) sind die Nachfolgeorganisationen und ihre Mitarbeiter an die Beachtung des Post- bzw. Fernmeldegeheimnisses gebunden. Ein Verstoß gegen diese Pflichten ist darüber hinaus unter Strafe gestellt (§ 354 StGB; § 45 ZfDG).

b) Beschränkungen der Gewährleistung des Fernmeldegeheimnisses

Obwohl Art. 10 Abs. 1 GG das Fernmeldegeheimnis für unverletzlich erklärt, sind Beschränkungen dieses Grundrechts zulässig, soweit die Voraussetzungen des Art. 10 Abs. 2 GG gegeben sind.

aa) Allgemeiner Gesetzesvorbehalt (Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG)

Eine Beschränkung des Grundrechts auf Gewährleistung des Fernmeldegeheimnisses ist nur zulässig, wenn dies ein Gesetz vorsieht (gesetzliche Ermächtigung). Dieses Gesetz muss den

- Grundsätzen der Normenklarheit und -bestimmtheit entsprechen,
- den Kernbereich privater Lebensgestaltung berücksichtigen,
- das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG wahren und
- organisatorische und verfahrensrechtliche Grundrechtssicherungen vorsehen.

(1) Normenklarheit und -bestimmtheit

Der Anlass, der Zweck und die Grenzen des Eingriffs müssen in der Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden. Dies soll – so das BVerfG in seinem Beschluss vom 3.3.2004 – sicherstellen, dass der betroffene Bürger sich darauf einstellen kann, dass die gesetzesausführende Verwaltung für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können⁴⁵⁵. Für repressive oder präventive Normen, die die Grundrechte nach Art. 10 Abs. 1 GG einschränken sollen, bedeutet dies, dass die Verdachtslage bzw. die Gefähr-

454 Hofmann, Hans, in Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Hopfau, Axel (Hrsg.), GG – Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl., 2008, Art. 10, Rdn. 4; Manssen, Gerrit, a.a.O., Rdn. 591.

455 Urteil des BVerfG vom 14.7.1999 – 1 BvR 2226/94 = BVerfGE 100, 313 ff. (369); Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvF 3/92 – Rdn. 106.

dungslage (Anlass) so klar wie möglich beschrieben sein muss. Jeder, der die einschränkende Bestimmung beachten soll, muss die Rechtslage anhand der gesetzlichen Regelung so erkennen können, dass er sein Verhalten danach ausrichten kann⁴⁵⁶. Der Betroffene muss erkennen können, bei welchem Verhalten er das Risiko der Überwachung eingeht⁴⁵⁷. Der Zweck präventiver Normen liegt darin, Straftaten oder den Eintritt sonstiger Gefahren zu verhindern, was klar und verständlich in der Norm zum Ausdruck gebracht werden muss.

Die Grenzen des Eingriffs liegen bei Eingriffen in die Grundrechte nach Art. 10 Abs. 1 GG – wie bei allen Eingriffen in Freiheitsrechte – in der Verhältnismäßigkeit, bei den Grundrechten nach Art. 10 Abs. 1 GG (und nach Art. 13 GG) darüber hinaus im sog. Kernbereich privater Lebensgestaltung.

(2) Verhältnismäßigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fordert, dass der Grundrechtseingriff geeignet ist, den mit dem Eingriff verfolgten legitimen Zweck zu fördern, erforderlich und angemessen ist.

Soweit es um die Geeignetheit und Erforderlichkeit geht, spricht man von Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne. Unter den Abwägungen, ob und wieweit der Eingriff angemessen oder zumutbar ist, ist die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zu verstehen⁴⁵⁸.

Der Zweck bei Eingriffen in das Grundrecht nach Art. 10 Abs. 1 GG liegt bei allen Eingriffsgesetzen entweder in der Verhinderung von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder in der Verfolgung von Straftaten, also legitimen Zwecken. Diese Zwecke werden durch die entsprechenden Eingriffe zwar nicht immer vollständig erreicht, es genügt jedoch, wenn diese Zwecke durch die Eingriffe gefördert werden⁴⁵⁹.

Die Angemessenheit des Eingriffs (Verhältnismäßigkeit i.e.S.) ist das wichtigste Kriterium für die Frage, ob das grundrechtseingreifende Gesetz verhältnismäßig

456 a.a.O., Rdn. 107.

457 a.a.O., Rdn. 108.

458 Manssen, Gerrit, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl., München, 2005, Rdn. 182 ff.; Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, GG – Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 10. Aufl., München, 2009, Vorb. zu Art. 1, Rdn. 44; Art. 10, Rdn. 18; Gussy, Christoph, in Mangoldt, Hermann v. /Klein, Friedrich/Starck, Christian, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., München 2005, Art. 10, Rdn. 72.

459 Manssen, Gerrit, a.a.O.; Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, a.a.O.; Beschluss des BVerfG vom 20.6.1984 – 1 BvR 1494/78 = BVerfGE 67, 157 ff. (175) – Entscheidung zum Gesetz zu Art. 10 GG.

ist. Die Telekommunikationsüberwachung als Eingriff in das Grundrecht nach Art. 10 Abs. 1 GG muss in einem angemessenen Verhältnis zu dem Gewicht und der Bedeutung des Grundrechts stehen⁴⁶⁰. Das ist dann der Fall, wenn der Eingriff hochrangige Rechtsgüter vor Schaden bewahren oder besonders schwere Straftaten aufklären soll. Rang des Rechtsgutes bzw. Schwere der Straftat stehen in einem direkten Zusammenhang zur Zulässigkeit der Telekommunikationsüberwachung. Die Frage der Verhältnismäßigkeit ist sowohl bei dem Eingriffsgesetz als auch bei dem konkreten, auf dem Eingriffsgesetz beruhenden Eingriff – der Telekommunikationsüberwachung im Einzelfall – zu prüfen. Daher ist auch die Intensität und der Umfang der Telekommunikationsüberwachung in diesem Zusammenhang von Bedeutung⁴⁶¹. Gibt es eine Möglichkeit, mit einem milderen Mittel den Zweck gleichermaßen zu erreichen, so muss dieses Mittel gewählt werden⁴⁶².

(3) Kernbereich privater Lebensgestaltung

Die Gesetze, die zum Eingriff in das Fernmeldegeheimnis berechtigen – StPO, G-10, ZfDG, BKAG und die meisten Polizeigesetze der Länder – enthielten ursprünglich keine Regelung zum Kernbereich privater Lebensgestaltung. Die Rechtsprechung des BVerfG hat im Hinblick auf verschiedene Grundrechte und ihre Auslegung grundlegende Vorstellungen zum Kernbereich privater Lebensgestaltung entwickelt. Diese Rechtsprechung kulminiert in den Urteilen zur repressiven akustischen Wohnraumüberwachung im Jahre 2004⁴⁶³ und zur Online-Durchsuchung durch den Verfassungsschutz NRW im Jahre 2008⁴⁶⁴, die unmissverständlich deutlich machten, dass der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung auch im Rahmen eines Eingriffs in das Grundrecht auf Gewährleistung des Fernmeldegeheimnisses bei einer (präventiven) Telekommunikationsüberwachung zu berücksichtigen ist. In seiner Entscheidung zur repressiven akustischen Wohnraumüberwachung entwickelte das BVerfG ein Zwei-Stufen-Schutzkonzept: Danach müssen vom Gesetzgeber in einer ersten Stufe Maßnahmen getroffen werden, die es ermöglichen zu verhindern, dass überhaupt kernbereichsrelevante Daten erhoben werden. Für den Fall, dass gleichwohl zwangsläufig kernbereichsrelevante Daten erhoben werden, hat der Ge-

460 BVerfGE a.a.O.

461 Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, a.a.O.; BVerfGE 107, 229 ff. (327).

462 Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, a.a.O.

463 Urteil des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98 – www.bverfg.de/entscheidungen/rs20040303_1bvr237898.html = BVerfGE 109, 279 ff. = NJW 2004, 999 ff. = NStZ 2004, 270 ff.

464 Urteil des BVerfG vom 27.2.2008 – 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07 – www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007.html = BVerfGE 120, 274 ff.

gesetzgeber in einer zweiten Stufe rechtliche Regelungen zu treffen, die die Kernbereichsverletzung so gering wie möglich halten.

Dieses Zwei-Stufen-Schutzkonzept war selbst im 1. Senat umstritten, sodass es zu einem Minderheitenvotum durch die Richterinnen Jaeger und Hohmann-Dennhardt kam⁴⁶⁵, die Eingriffe in das durch Art. 13 GG geschützte Grundrecht durch eine akustische Wohnraumüberwachung in jedem Falle für unzulässig und damit verfassungswidrig halten. Der zum Zwecke der Raumraumüberwachung durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 13) vom 26.3.1998⁴⁶⁶ geänderte Art. 13 GG ist nach Auffassung der Mindermeinung selbst verfassungswidrig. Auch in der Literatur ist die Mehrheitsentscheidung nicht auf einhellige Zustimmung gestoßen. Während die Kommentatoren der Strafprozessordnung diese Zwei-Stufen-Schutzkonzept – aus Praxiserwägungen – billigen⁴⁶⁷, findet diese Regelung in der verfassungsrechtlichen Literatur teilweise Kritik⁴⁶⁸.

Es fragt sich, ob der Gesetzgeber dieses Zwei-Stufen-Schutzkonzept wenigstens vollständig umgesetzt hat. Die Regelung der ersten Stufe sieht bei allen einschlägigen Gesetzen vor, dass eine Telekommunikationsüberwachung nur dann von vornherein unzulässig ist, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, dass durch sie allein Kommunikationsinhalte aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden (so § 100a Abs. 4 Satz 1 StPO, § 23a Abs. 4a Satz 1 ZFdG, § 20k Abs. 6 Satz 1 BKAG, § 3a Satz 1 G-10⁴⁶⁹). Die zweite Stufe wird – ebenfalls bei allen einschlägigen Gesetzen – so umgesetzt, dass dennoch erlangte Erkenntnisse nicht verwertet werden dürfen, sondern unverzüglich zu löschen sind; die Tatsache ihrer Erlangung und der Löschung sind zu dokumentieren (so § 100a Abs. 4 Satz 2 bis 4 StPO, § 23a Abs. 4a Satz 2-4 ZFdG, § 20k Abs. 6 Satz 5 BKAG; § 3a Satz 8 bis 10 G-10).

465 Urteil des BVerfG vom 3.3.2004, Rdn. 355 ff.

466 BGBl. I, S. 610.

467 So beispielsweise Graf, Jürgen-Peter, Beck'scher Online-Kommentar zur StPO, 5. Edition, Stand 1.10.2009, § 100a, Rdn. 51 ff. (53) „...Weil eine solche [Echtzeitüberwachung] jedoch in der Masse aller Fälle weder praktikabel, noch mit vertretbarem personellen und finanziellen Aufwand zu leisten ist (BT-Drs. 16/5846, 44) – bei fremdsprachiger Überwachung noch unter zusätzlicher Einschaltung eines Dolmetschers, ist die Entscheidung der Nichtverwertbarkeit und die nachträgliche unverzügliche Löschung einer verfassungsmäßige Lösung.“.

468 So beispielsweise Tiedemann, Paul, Vom inflationären Gebrauch der Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2009, 606 ff. (614).

469 § 3a eingefügt durch das Erste Gesetz zur Änderung des Artikel-10-Gesetzes vom 31.7.2009 – BGBl. I, S. 2499 ff. (2499 f.).

(4) Zitiergebot

Nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG muss das Gesetz, durch das ein einschränkbares Grundrecht eingeschränkt wird, das betreffende Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen. Art. 10 Abs. 1 GG ist infolge seines Abs. 2 ein einschränkbares Grundgesetz. Die Gesetze zur Überwachung der Telekommunikation schränken das Grundrecht nach Art. 10 Abs. 1 GG ein, sodass sie in ihrem Text einen entsprechenden Hinweis enthalten müssen. Der Sinn des Zitiergebotes liegt darin, zu verhindern, dass der Gesetzgeber neue, dem bisherigen Recht fremde Möglichkeiten zu Eingriffen in Grundrechte schafft, ohne dass er sich darüber Rechenschaft ablegt und dies ausdrücklich zu erkennen gibt⁴⁷⁰. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist allerdings eine Zitierung entbehrlich, wenn das einschränkende Gesetz bereits geltende Grundrechtsbeschränkungen unverändert oder mit geringen Abweichungen wiederholt⁴⁷¹. Bei neuen Grundrechtseinschränkungen ist das betroffene Grundrecht im Änderungsgesetz auch dann zu benennen, wenn das geänderte Gesetz bereits eine Zitiervorschrift im Sinne dieser Bestimmung enthält⁴⁷². Es handelt sich um eine Formvorschrift⁴⁷³. Nicht erforderlich ist es, dass die Zitierung in unmittelbarem Kontext zu dem Paragraphen des grundrechtseinschränkenden Gesetzes steht⁴⁷⁴. So findet man die Zitierung in einigen Fällen im unmittelbaren Kontext, manchmal jedoch auch am Ende des betreffenden Gesetzes, insbesondere dann, wenn das Gesetz die Einschränkung mehrerer Grundrechte enthält. Der Verstoß gegen das Zitiergebot führt zur Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit des Gesetzes⁴⁷⁵.

470 Beschluss des BVerfG vom 25.5.1956 – 1 BvR 190/55 – BVerfGE 5, 13 ff.; Urteil des BVerfG vom 27.7.2005 – 1 BvR 668/04 – Rdn. 84 ff. (87); Manssen, Gerrit, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl., München 2005, Rdn. 166.

471 Beschluss des BVerfG vom 18.2.1970 – 2 BvR 531/68 – BVerfGE 28, 36 ff.; Beschluss des BVerfG vom 30.5.1973 – 2 BvL 4/73 – BVerfGE 35, 185 ff. (188 f.); Manssen, Gerrit, a.a.O., der eine Vielzahl von Fällen auflistet. Die Vorschrift des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG sei „von Ausnahmen geradezu durchlöchert.“

472 Urteil des BVerfG vom 27.7.2005 – 1 BvR 668/04 – Erster Leitsatz.

473 BVerfG, a.a.O., Rdn. 89.

474 Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 10. Aufl., München 2009, Art. 19 Rdn. 7.

475 Beschluss des BVerfG vom 25.5.1956 – 1 BvR 190/55 – BVerfGE 5, 13 ff. (15); Urteil des BVerfG vom 27.7.2005 – 1 BvR 668/04 – Rdn. 86; Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, a.a.O. Rdn. 3.

(5) Organisatorische und verfahrensrechtliche Grundrechtssicherungen

Auch verfahrensrechtliche Vorschriften tragen dazu bei, dass der Grundrechtseingriff entweder überhaupt unterbleibt oder doch abgemildert wird. Die insoweit wichtigste Grundrechtssicherung⁴⁷⁶ liegt in dem Erfordernis der richterlichen Kontrolle, und zwar vor, während und nach dem Grundrechtseingriff. So ist die Telekommunikationsüberwachung nach der StPO, dem ZFdG und dem BKAG grundsätzlich nur zulässig, wenn sie richterlich angeordnet worden ist (Richtervorbehalt). Während früher ein einzelner Richter für diese Entscheidungen gesetzlich vorgesehen war, entscheidet heute ein richterlicher Spruchkörper über den Antrag auf Telekommunikationsüberwachung. Nur ausnahmsweise – nämlich dann, wenn die Einschaltung des Gerichts dazu führen würde, dass die Überwachungsmaßnahme nicht rechtzeitig beginnen könnte (Gefahr im Verzug) – ist die Anordnung auch durch andere Organe zulässig, wobei die richterliche Anordnung innerhalb kurzer Frist nachgeholt werden muss. Für die Nachrichtendienste gilt nach dem G 10 eine andere Regelung (Anordnung durch die G-10-Kommission), die allerdings in ihrer Wertigkeit der richterlichen Anordnung entsprechen muss (Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG). Angeordnete Telekommunikationsüberwachungen sind zeitlich beschränkt, können allerdings – nicht beliebig – verlängert werden. Auch dies bedarf wiederum eines richterlichen Beschlusses.

Weitere Sicherungen bestehen in der Pflicht, dem Betroffenen von der Überwachung Mitteilung zu machen, wobei der Kreis der Betroffenen sehr weit gezogen ist, und in der Möglichkeit für den Betroffenen, Rechtsschutz durch die Gerichte in Anspruch nehmen zu können.

Der Grundrechtsschutz des Art. 10 Abs. 1 GG erfasst auch die Verarbeitung der erhobenen Daten und die Übermittlung personenbezogener Daten aus der Überwachung der Telekommunikation an andere bei Zweckänderung. Damit die Verpflichtungen überprüft werden können, bedarf es der Kennzeichnung der Daten, die bei einer Überwachung erhoben worden sind.

bb) Erweiterung des Gesetzesvorbehalts (Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG)

Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG enthält die Ermächtigung zu einer weitergehenden Beschränkung der Grundrechte in Art. 10 Abs. 1 GG (besonderer Gesetzesvorbehalt). Zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des

476 Formulierung von Gusy, Christoph, in Mangoldt, Hermann von (Begr.)/Klein, Friedrich (Bearb.)/Starck, Christian (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., München 2005, Art. 10, Rdn. 73.

Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes kann das Art. 10 Abs. 1 GG einschränkende Gesetz darüber hinaus bestimmen, dass dem Betroffenen die Beschränkung nicht mitgeteilt wird. An Stelle des sonst gegebenen Rechtsweges (Art. 19 Abs. 4 GG) erfolgt die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane.

Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG wurde im Jahre 1968 mit den sog. Notstandsgesetzen in das GG eingefügt⁴⁷⁷. Zu diesen Notstandsgesetzen zählt auch das G-10⁴⁷⁸, das in seinem Art. 1 den Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder, dem BND und dem MAD die Befugnis zur Telekommunikationsüberwachung einräumte und in seinem Art. 2 die StPO durch die §§ 100a, b ergänzte und so die Strafverfolgungsbehörden berechnigte, zur Aufklärung von schweren Straftaten (Katalogtaten) das Mittel der Telekommunikationsüberwachung einzusetzen. Das G-10, das vielfach geändert und neugefasst wurde, ist auch heute noch die Rechtsgrundlage für die Telekommunikationsüberwachung durch die deutschen Nachrichtendienste. Anders als bei der strafprozessualen Telekommunikationsüberwachung (und der präventiven Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung nach den §§23 a ff. ZFdG durch das ZKA) können die deutschen Nachrichtendienste die Unterrichtung des von einer Telekommunikationsüberwachung Betroffenen vorübergehend oder gar endgültig unterlassen, wenn damit die in Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG genannten Rechtsgüter gefährdet wären⁴⁷⁹. Ist eine Unterrichtung des Betroffenen über die Beschränkungsmaßnahme jedoch ohne Gefährdung des Zweckes der Beschränkung möglich, so muss die Unterrichtung erfolgen. Daher erklärte das BVerfG Art. 1 § 5 Abs. 5 des G 10 vom 13.8.1968, der eine Benachrichtigung auch für diesen Fall nicht vorsah, für verfassungswidrig⁴⁸⁰. Die Nachrichtendienste werden von G-10-Kommissionen⁴⁸¹ überprüft, insbesondere dahingehend, ob die Voraussetzungen für eine Telekommunikationsüberwachung vorliegen. Die Prüfung erstreckt sich auch darauf, ob die Voraussetzungen für die vorübergehende oder endgültige Nichtbenachrichtigung gegeben sind. An die Stelle des Rechtsweges tritt die Nachprüfung durch diese Gremien, deren Kontrolle einer gerichtlichen Kontrol-

477 Siebzehntes Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 24.6.1968 – BGBl. I, S. 709 ff.

478 Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Gesetz zu Art. 10 Grundgesetz) (G 10) vom 13.8.1968 – BGBl. I, S. 949 ff.

479 § 12 Art. 10-Gesetz vom 26.6.2001 – BGBl. I, S. 1254 ff., das durch Art. 1b des Gesetzes vom 31.7.2009 – BGBl. I, S. 2499 geändert worden ist.

480 Urteil des BVerfG vom 15.12.1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 und 308/69 – BVerfGE 30, 1 ff.

481 Für die Nachrichtendienste des Bundes: § 15 G 10.

le entsprechen muss. So wird der Konflikt mit Art. 19 Abs. 4 GG verfassungskonform gelöst⁴⁸².

2. Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte der präventiven Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung

a) Gesetzgebungsverfahren bis zum Inkrafttreten der §§ 39 ff. AWG

Während die Nachrichtendienste und Strafverfolgungsorgane schon seit dem Jahre 1968 über die Möglichkeit der Telekommunikationsüberwachung verfügten, schuf der Gesetzgeber erst verhältnismäßig spät die präventive Telekommunikationsüberwachung für eine Polizeibehörde. Und diese Polizeibehörde war nicht etwa das BKA, sondern eine Behörde des Zollfahndungsdienstes: das (damalige) Zollkriminalinstitut.

Anlass dafür, das Instrument der präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung im Außenwirtschaftsrecht zu schaffen, war der Vorgang um den Bau der Giftgasfabrik in Libyen durch die deutsche Firma Imhausen Chemie als Generalunternehmer (siehe Teil I Abschnitt I) . Maßgeblichen Einfluss hatten auch die zahlreichen Strafverfahren wegen ungenehmigter Exporte von Gütern zur Herstellung von Massenvernichtungswaffen in den Irak. Die Fraktionen der CDU/CSU sowie der FDP brachten am 19.2.1991 zunächst einen „Entwurf zur Änderung des AWG und der StPO“⁴⁸³ ein, der hinsichtlich der Telekommunikationsüberwachung lediglich eine Ergänzung des Straftatenkatalogs des § 100a StPO vorsah: Der Straftatenkatalog § 100a StPO sollte um den Straftatbestand des § 34 AWG ergänzt werden. Die Bundesregierung brachte am 7.3.1991 den „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AWG und der StPO“⁴⁸⁴ ein, dessen Text des Gesetzentwurfs und der Begründung gleichlautend war mit dem entsprechenden Text des Entwurfs vom 19.2.1991. Erst in den Beratungen des Gesetzes wurde durch den Ausschuss für Wirtschaft das bis dahin völlig neue Instrument einer präventiven Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung eingeführt⁴⁸⁵, das schon in der Beratung dieses Ausschusses umstritten war. Schon damals wurden verfassungsrechtliche Bedenken gegen

482 Manssen, Gerrit, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl., München 2005, Rdn. 604; Pie-roth, Bodo/Schlink, Bernhard, Grundrechte – Staatsrecht II, 25. Aufl., Heidelberg 2009, § 19 Rdn. 850 f.

483 BT-Drs. 12/104 vom 19.2.1991.

484 BT-Drs. 12/209 vom 7.3.1991.

485 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft (9. Ausschuss) vom 20.3.1991 – BT-Drs. 12/289.

die Vorschriften der §§ 39 ff. AWG geltend gemacht⁴⁸⁶. Außerdem wurde von Seiten der damaligen Opposition bemängelt, dass der Entwurf in ungewohnter Eile verabschiedet werden sollte⁴⁸⁷. Mit der Mehrheit der Stimmen der Koalition schlug der Ausschuss für Wirtschaft jedoch dem Bundestag vor, den inhaltsgleichen Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drs. 12/209 – für erledigt zu erklären und den Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP – Drs. 12/104 – in der vom Ausschuss mehrheitlich vorgeschlagenen Fassung anzunehmen⁴⁸⁸. Der Entwurf erhielt die Bezeichnung „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze“.

Während die mit diesem Entwurf ebenfalls vorgeschlagenen Änderungen der §§ 2, 3, 33, 34 und 35 AWG sowie Änderungen der Verfallsvorschriften des StGB (§§ 73, 73b), der StPO (§§ 100a, 111b) und des OWiG (§ 29a) unbestritten waren, führte die Einführung des neuen Instruments der präventiven Telekommunikations-, Brief-, und Postüberwachung dazu, dass der Gesetzentwurf im Bundesrat scheiterte. Der Bundesrat beschloss auf Betreiben der rheinland-pfälzischen Landesregierung⁴⁸⁹ in seiner Sitzung am 19.4.1991, zu dem vom Bundestag am 22.3.1991 verabschiedeten Gesetz den Vermittlungsausschuss gemäß Art. 77 Abs. 2 GG anzurufen⁴⁹⁰. Der Vermittlungsausschuss schloss das Verfahren ohne Einigungsvorschlag ab⁴⁹¹, und der Bundesrat verweigerte am 7.6.1991 endgültig seine Zustimmung⁴⁹². Damit war das Gesetz – und zwar mit allen seinen Bestimmungen wie auch der einvernehmlichen Neufassung des § 34 AWG – zunächst gescheitert.

Nach Einigung in der Koalition zwischen CDU/CSU und FDP am 19.6.1991 beschloss das Bundeskabinett am 26.6.1991⁴⁹³, das Gesetz unter Weglassung der zustimmungsbedürftigen Teile (Strafbewehrung von Rechtsakten der EG

486 a.a.O. S. 16/17.

487 a.a.O.

488 a.a.O. S. 4.

489 Bundesrat – Anrufung des Vermittlungsausschusses – Justizminister Caesar fordert deutliche Korrekturen am Außenwirtschaftsgesetz, Handelsblatt vom 19.4.1991; Illegale Ausfuhren sollen früher aufgespürt werden – Kanzleramt beharrt auf Vorfeldaufklärung – Ausgang des Vermittlungsverfahrens offen, FAZ vom 25.4.1991.

490 BR-Drs. 193/91 vom 19.4.1991.

491 Mitteilung des Vorsitzenden des Vermittlungsausschusses vom 3.6.1991 – BR-Drs. 346/91.

492 Beschluss des BR vom 7.6.1991 – BR-Drs. 346/91.

493 Gesetz zum Waffenexport wird erneut eingebracht, SZ vom 27.6.1991; Exportkontrollgesetz wird abermals beraten – Unterrichtungspflicht soll Vorgehen der Behörden koordinieren, FAZ vom 27.6.1991.

ohne Parallelverordnung der Bundesregierung – § 34 Abs. 4 AWG) mit geringen Änderungen (Einbindung der örtlich zuständigen Staatsanwaltschaft in den Entscheidungsprozess) erneut einzubringen⁴⁹⁴. Dies geschah mit dem Entwurf der Bundesregierung zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze⁴⁹⁵. Das Gesetz wurde vom Bundestag am 6.9.1991 in erster Lesung⁴⁹⁶ und am 23.1.1992 in zweiter und dritter Lesung beraten und beschlossen⁴⁹⁷. Der Bundesrat beschloss in seiner Sitzung am 14.2.1992, zu dem vom Bundestag beschlossenen Gesetz nicht den Vermittlungsausschuss anzurufen⁴⁹⁸. Das Gesetz wurde am 6.3.1992 im BGBl. veröffentlicht⁴⁹⁹ und trat am 7.3.1992 in Kraft⁵⁰⁰.

b) Öffentliche Anhörung am 13.11.1991

Während des Gesetzgebungsverfahrens fand auf Antrag der SPD-Fraktion des Deutschen Bundestages im Rahmen der 18. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaft und der 26. Sitzung des Rechtsausschusses am 13.11.1991 eine öffentliche Anhörung von Sachverständigen und Verbänden zu den Gesetzentwürfen zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze

- Gesetzentwurf der Fraktion der SPD – BT-Drs. 12/765
- Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der FDP – BT-Drs. 12/899
- Gesetzentwurf der Bundesregierung – BT-Drs. 12/1134
- Gesetzentwurf des Bundesrates – BR-Drs. 12/1202

statt.

494 Neues Gesetz für Rüstungsexporte, Die Welt vom 20.6.1991; Rüstungskontrollgesetz wird erneut eingebracht, SZ vom 20.6.1991.

495 Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze – BT-Drs. 12/1134 vom 10.9.1991.

496 Protokoll der 39. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 6.9.1991 – 12/39.

497 Protokoll der 73. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 23.1.1992 – 12/73.

498 Beschluss des BR vom 14.2.1992 – BR-Drs. 42/92.

499 Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze vom 28.2.1992 – BGBl. I., S. 372 ff. vom 6.3.1991.

500 a.a.O. Art. 7.

Als Sachverständige waren erschienen

- LRD Karl-Heinz Matthias, Leiter des (damaligen) Zollkriminalinstituts
- Dr. Harald Müller, Projektleiter, Hessische Stiftung für Friedens- und Konfliktforschung
- Heinz Tembrink, Leiter der Abt. Außenpolitik, Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
- Rechtsanwalt Gert Adomeit, Referent der Abt. Außenwirtschaft, Deutscher Industrie- und Handelstag
- Oberstaatsanwalt Norbert Blazy, Staatsanwaltschaft Düsseldorf
- Prof. Dr. Wilfried Hassemer, Universität Frankfurt a.M.
- Staatsanwalt – GL – Helmut Krombacher, Staatsanwaltschaft Stuttgart
- Günter Bandisch, Vizepräsident des Deutschen Anwaltsvereins.

Die Sachverständigen nahmen zu folgendem Themenkatalog Stellung:

- Was sind die letzten Erkenntnisse über die Verbreitung von ABC-Waffen und weitreichenden Raketen, auch vor dem Hintergrund internationaler Nichtverbreitungsregime? Warum ist zur Verhinderung einer Verbreitung von ABC-Waffen und Raketentechnologie ein Eingriff in das Grundrecht des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses eher geboten als auf anderen Kriminalitätsfeldern?
- Welche Mängel hat das gegenwärtige Instrument von Außenwirtschaftsprüfungen und strafrechtlichen Ermittlungen im Hinblick auf die Notwendigkeit der Prävention? Welches sind die Grenzen der Auslandsaufklärung zur Verhinderung illegaler Exporte aus der Bundesrepublik Deutschland?
- Welche Vorzüge hat die zentral organisierte Prävention durch das mit Ausfuhrüberwachung betraute Zollkriminalinstitut gegenüber einer dezentralen Prävention durch einzelne Staatsanwaltschaften? Bedeutung der Konzentration von Erfahrungen in Einzelfällen beim Zollkriminalinstitut?
- Ist die im Gesetzentwurf der Koalitionsfraktionen vorgesehene Regelung zur Einschränkung des Grundrechtes aus Art. 10 GG verfassungsrechtlich unbedenklich?
- Wird in der Abwägung der Rechtsgüter des Völkerfriedens und des Lebens einerseits und des Fernmeldegeheimnisses andererseits der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet? Enthalten die Tatbestände und Verfahren des

Entwurfs ausreichende Kautelen, um Missbräuchen und Übermaß in der praktischen Anwendung entgegenzuwirken? Sind weitere Vorkehrungen erforderlich?

- Tauglichkeit der Telefonüberwachung als Mittel der Gefahrenabwehr – Bedürfnis von Telefonüberwachung im Bereich des Außenwirtschaftsverkehrs angesichts möglicher Intensivierung der Außenwirtschaftskontrolle, Effizienz der Telefonüberwachung zur Verhinderung illegaler Exporte, Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in das Fernmeldegeheimnis
- Anordnung ohne Anfangsverdacht
- Verfahrensherrschaft des Zollkriminalinstituts, teilweise ohne richterliche Anordnung
- Problem der Sammelanschlüsse von Firmen
- Verwertbarkeit der durch Telefonüberwachung gewonnenen Erkenntnisse

Im Mittelpunkt der Diskussion standen die Fragen zur Telefonüberwachung – andere Telekommunikationsmittel wie Mobilfunk und Internet waren 1991 erst im Ansatz vorhanden – durch das damalige Zollkriminalinstitut. Während die Vertreter des BDI und des DIHT keine grundsätzlichen Einwendungen gegen eine Telefonüberwachung geltend machten, lehnte der Vertreter des Anwaltsvereins jegliche Telefonüberwachung im Außenwirtschaftsverkehr strikt ab, damit sowohl die Erweiterung des Straftatenkatalogs in § 100a StPO, den der Gesetzentwurf der Koalitionsfraktionen und der Gesetzentwurf der Bundesregierung vorsah, als auch eine präventive Brief-, Post- und Fernmeldeüberwachung durch das damalige Zollkriminalinstitut. Während OStA Blazy, Staatsanwaltschaft Düsseldorf, aus der Sicht des Praktikers die geplante präventive Telefonüberwachung grundsätzlich begrüßte, allerdings vor zu hohen Erwartungen warnte, lehnte sein Kollege, StA Krombacher von der Staatsanwaltschaft Stuttgart die präventive Telefonüberwachung als Erweiterung von bedenklichen Vorfeldermittlungen entschieden ab. Er nahm zudem zur technischen Machbarkeit Stellung und gab die – wie die Folgezeit gezeigt hat – krasse Fehl-Prognose ab, dass es „ab ca. 1992 praktisch nicht mehr möglich (sein werde), Telefonüberwachung durchzuführen.“ Der Sachverständige Prof. Dr. Hassemer äußerte gegen alle Entwürfe grundlegende Bedenken. Auch die Vorverlagerung des materiellen Strafrechts sei nur ein bisschen besser (als die präventive Telefonüberwachung). Man gehe in einen Graubereich hinein, in dem es ganz unsicher werde. Man gerate in Probleme mit der Bestimmtheit der Strafgesetze und auch der Strafprozessordnung. Wenn man das Prinzip der strafrechtlichen Ermittlungen durch das Prinzip der Gefahrenabwehr ersetze, habe man es mit einem äußerst

vagen Konzept zu tun. Der Sachverständige Harald Müller von der Hessischen Stiftung für Friedens- und Konfliktforschung nahm zur voraussichtlichen Entwicklung der Proliferation von Massenvernichtungsmitteln Stellung und betonte die Wichtigkeit aber auch die Schwierigkeit präventiver Maßnahmen. Karl-Heinz Matthias, Leiter des (damaligen) Zollkriminalinstituts und damit der Behörde, die die präventive Telefonüberwachung künftig durchführen sollte, befürwortete die Möglichkeit präventiver Telefonüberwachung als zwar nicht alleiniges aber wichtiges neues Instrument zur Verhinderung der Proliferation.

c) Änderungen der §§ 39 ff. AWG bis zur Entscheidung des BVerfG

Einige wenige Änderungen der gesetzlichen Bestimmungen erfolgten bis zum Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004, von denen die meisten formeller Art waren.

aa) Formelle Änderungen

Nachdem das Zollkriminalinstitut durch das „Gesetz zur Änderung des Finanzverwaltungsgesetzes und anderer Gesetze“ vom 7.7.1992⁵⁰¹ zum Zollkriminalamt umgewandelt worden war, mussten die Vorschriften an die neue Bezeichnung für die durchführende Behörde in den §§ 39, 41 und 45 AWG angepasst werden. Dies geschah versehentlich nicht mit Änderung des FVG selbst, sondern erst durch Art. 20 des Verbrauchsteuer-Binnenmarktgesetzes vom 21.12.1992⁵⁰².

Aufgrund der Privatisierung der Deutschen Bundespost waren die Vorschriften der §§ 39, 42 und 43 AWG anzupassen. Dies erfolgte durch das „Gesetz zur Neuregelung des Postwesens und der Telekommunikation“ vom 14.9.1994⁵⁰³.

Mit dem „Gesetz zur Änderung von Vorschriften über parlamentarische Gremien“ vom 28.4.1995 wurde die Zahl der Abgeordneten in Gremien nach § 41 Abs. 5 AWG von fünf auf neun Abgeordnete erhöht⁵⁰⁴.

501 Gesetz zur Änderung des Finanzverwaltungsgesetzes und anderer Gesetze vom 7.7.1992 – BGBl. I, S. 1222 ff.

502 Art. 20 des Gesetzes zur Anpassung von Verbrauchsteuer- und anderen Gesetzen an das Gemeinschaftsrecht sowie zur Änderung anderer Gesetze (Verbrauchsteuer-Binnenmarktgesetz) vom 21.12.1992 – BGBl. I., S. 2150 ff. (2209).

503 Art. 12 Abs. 60 des Gesetzes zur Neuregelung des Postwesens und der Telekommunikation (Postneuordnungsgesetz – PTNeuOG) vom 14.9.1994 – BGBl. I, S. 2325 ff. (2391).

504 Art. 3 des Gesetzes zur Änderung von Vorschriften über parlamentarische Gremien vom 28.4.1995 – BGBl. I., S. 582.

Die Entschädigungsregelung für die Post- und Telekommunikationsanbieter wurde durch Art. 12 Abs. 60 des Gesetzes zur Neuordnung des Postwesens und der Telekommunikation vom 14.9.1994⁵⁰⁵, durch Art. 3 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zu Art. 10 GG vom 28.4.1997⁵⁰⁶ und durch Art. 2 des Begleitgesetzes zum Telekommunikationsgesetz vom 17.12.1997 geändert⁵⁰⁷.

Aufgrund der Einführung des Begriffes „Telekommunikationsverkehr“ durch das Telekommunikationsgesetz war auch das AWG entsprechend zu ändern. So wurde der Begriff „Fernmeldeverkehr“ und damit zusammengesetzte Wörter wie z.B. Fernmeldeanschluss durch den Begriff „Telekommunikation“ und entsprechend zusammengesetzte Wörter in den §§ 39, 40, 41 und 42 AWG ersetzt⁵⁰⁸.

Die Vorschriften der §§ 39 ff. AWG verwiesen hinsichtlich der Rechte und Pflichten der Anbieter von Post- und Telekommunikationsleistungen auf Vorschriften des Gesetzes zu Art. 10 GG. Aufgrund des Gesetzes zur Neuordnung von Beschränkungen des Brief-, Post und Fernmeldegeheimnisses vom 26.6.2001, das infolge des Urteils des BVerfG zur Telekommunikationsüberwachung des BND⁵⁰⁹ notwendig geworden war, mussten auch die entsprechenden Verweisungsvorschriften des AWG in den §§ 39 und 41 AWG angepasst werden.⁵¹⁰

Durch die 7. Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 29.10.2001 wurden die §§ 39 und 40 AWG an die neuen Behördenbezeichnungen – statt „Bundesminister der Finanzen“ „Bundesministerium der Finanzen“ – angepasst⁵¹¹.

505 Art. 12 Abs. 60 des Gesetzes zur Neuordnung des Postwesens und der Telekommunikation (Postneuordnungsgesetz – PTNeuOG) vom 14.9.1994 – BGBl. I, S. 2325 ff. (2391).

506 Art. 3 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zu Art. 10 GG vom 28.4.1997 – BGBl. I, S. 966.

507 Art. 2 Abs. 23 des Begleitgesetzes zum Telekommunikationsgesetz (BegleitG) vom 17.12.1997 – BGBl. I, S. 3108 ff. (3115/3116).

508 a.a.O.

509 Urteil des BVerfG vom 14.7.1999 – 1 BvR 2226/94, www.bverfg.de/entscheidungen/rs19990714_1bvr222694.html, = BVerfGE 100, 313 ff. = NJW 2000, 55 ff.

510 Art. 3 Abs. 4 des Gesetzes zur Neuordnung von Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses vom 28.6.2001 – BGBl. I, S. 1254 ff. (1260).

511 Art. 143 der Siebten Zuständigkeits-Anpassungsverordnung vom 29.10.2001 – BGBl. I, S. 2785 ff. (2814).

bb) Inhaltliche Änderungen

Die Übermittlung personenbezogener Daten, die aus einer Überwachungsmaßnahme nach den §§ 39 ff. AWG erlangt worden sind, war im AWG nur sehr global und in einem einzigen kurzen Absatz eines Paragraphen – § 41 Abs. 3 – geregelt. Zudem hieß es ursprünglich, dass diese personenbezogenen Daten „von öffentlichen Stellen des Bundes“ nur zu bestimmten Zwecken verarbeitet und genutzt werden dürfen. Personenbezogene Daten mussten aber schon aufgrund des § 39 Abs. 4 Satz 2 AWG der jeweils zuständigen örtlichen Staatsanwaltschaft – und damit einer öffentlichen Stelle eines Landes – übermittelt werden. Der Gesetzgeber beseitigte diese Unrichtigkeit im Rahmen des Begleitgesetzes zur Telekommunikationsgesetz vom 17.12.1997⁵¹² durch eine Neufassung des § 41 Abs. 1 AWG.

Durch das Begleitgesetz zum Telekommunikationsgesetz⁵¹³ wurde nicht nur der alte Begriff „Fernmeldeverkehr“ durch den neuen Begriff „Telekommunikation“ ersetzt (s.o.), sondern für die präventive Überwachung auch eine inhaltliche Änderung vorgenommen: Es wurde nicht mehr nur auf den Namen und die Adresse des zu Überwachenden im richterlichen Beschluss abgestellt, sondern bei einer Telekommunikationsüberwachung war fortan auch anzugeben „die Rufnummer oder eine andere Kennung des Telekommunikationsanschlusses“ (§ 40 Abs. 4 Satz 2 AWG).

Mit Gesetz zur Neuregelung des Zollfahndungsdienstes vom 16.8.2002⁵¹⁴ wurde für bestimmte Zuwiderhandlungen bei der Telekommunikations-, und Brief- und Postüberwachung nach den §§ 39 ff. AWG durch Post- und Telekommunikationsanbieter und deren Bedienstete in § 42a AWG ein Bußgeldtatbestand eingeführt.

d) Normenkontrollklage

Die Überwachung des Fernmelde-(= Telekommunikations-), Brief- und Postverkehrs war von Anfang an umstritten. Von insbesondere einigen Bundesländern wurden grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedenken und Bedenken gegen die Effektivität der präventiven Überwachung geltend gemacht.⁵¹⁵ Das Land

512 Art. 2 Abs. 23 Nr. 3a des Begleitgesetzes zum Telekommunikationsgesetz (BegleitG) vom 17.12.1997 – BGBl. I, S. 3108 ff. (3115).

513 a.a.O., S. 3115/3116.

514 a.a.O., S. 3216/3217.

515 Plenarprotokoll 12/19 vom 22.3.1991, S. 1 ff.; BT-Drs. 12/400 vom 22.4.1991 Unterrichtung durch den Bundesrat: Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze – Drs. 12/104, 12/289 –, hier: Anrufung des

Rheinland-Pfalz erhob daher bereits im Jahre der Einführung der Vorschriften (1992) gegen die Regelungen in den §§ 39 ff. AWG die Normenkontrollklage.⁵¹⁶

e) Befristungen und Verlängerungen

Um den Bedenken Rechnung zu tragen, war dieses neue Instrument der präventiven Telekommunikations- und Postüberwachung von Anfang an befristet. Doch obwohl bereits gegen Ende der ersten Befristung (1994) feststand, dass sich die präventive Telekommunikationsüberwachung bewährt hatte, konnte man sich nicht zu einer endgültigen Beibehaltung durchringen, sodass man wiederum den Kompromiss einer weiteren Befristung traf, diesmal für weitere zwei Jahre bis zum 31.12.1996.⁵¹⁷ Im Jahre 1996 erfolgte mit derselben Begründung durch das Neunte Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes eine weitere Verlängerung der Befristung, diesmal für drei Jahre bis zum 31.12.1999.⁵¹⁸ Mit dem Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes vom 20.7.1999⁵¹⁹ wurde erneut eine Verlängerung der Befristung bis zum 31.12.2002 vorgeschlagen. Die Bundesregierung stellte ausführlich die erfolgten Überwachungsmaßnahmen dar und kam zu dem Ergebnis, „dass die nach den §§ 39 ff. AWG durchgeführten Maßnahmen ... die in sie gesetzten Erwartungen des Gesetzgebers erfüllt und sich als effektives Mittel zur Verhütung von Straftaten nach dem Außenwirtschaftsgesetz und dem Kriegswaffenkontrollgesetz erwiesen (haben)“.⁵²⁰ Als einzige Begründung für die erneute Befristung wurde angegeben, dass das BVerfG noch nicht über das vom Land Rhein-

Vermittlungsausschusses; BT-Drs. 12/765 vom 14.6.1991 Gesetzentwurf der Fraktion der SPD: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze.

516 Normenkontrollverfahren des Landes Rheinland-Pfalz 1 BvF 3/92.

517 BT-Drs. 12/6911 vom 28.2.1994 Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, S. 11; BT-Drs. 12/7793 vom 7.6.1994 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft (9. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drs. 12/6911, 12/7115: Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes; Aches Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes vom 9.8.1994 – BGBl. I, S. 2068 ff.

518 BT-Drs. 13/4774 vom 30.5.1996 Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, S. 5 ff.; Stellungnahme des Bundesrates S. 8, Gegenäußerung der Bundesregierung S. 9 f.; Neuntes Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes vom 11.12.1996 – BGBl. I, S. 1850.

519 BT-Drs. 14/1415 vom 20.7.1999 Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes; der Deutsche Bundestag hat den Entwurf am 16.9.1999 in erster Lesung beraten und an den Ausschuss für Wirtschaft überwiesen – Blickpunkt Bundestag 8/99, S. 54.

520 BT-Drs. a.a.O. S. 4.

land-Pfalz angestrenzte Normenkontrollverfahren entschieden habe und diese Entscheidung nach Auskunft des Gerichts bis Ende 1999 nicht erfolgt sein wird.⁵²¹

Das Zehnte Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes trat am 1.1.2000 in Kraft und verlängerte die Befugnis zur Überwachung der Telekommunikation bis zum 31.12.2002.⁵²² Das Gesetz zur Anpassung von Rechtsvorschriften an geänderte Zuständigkeiten oder Behördenbezeichnungen innerhalb der Bundesregierung sowie zur Änderung des Unterlassungsklagengesetzes und des Außenwirtschaftsgesetzes verlängerte die Geltungsdauer erneut mit derselben Begründung (ausstehende Entscheidung des BVerfG) bis zum 31.12.2004.⁵²³

f) Öffentliche Anhörung am 18.5.1994

Im Gesetzgebungsverfahren zur ersten Verlängerung der Vorschriften fand am 18.5.1994 eine erneute Öffentliche Anhörung statt⁵²⁴. Die von den Berichterstattern der Koalitionsfraktionen vorgelegten Themen lauteten:

- Bedrohungslage aus derzeitiger Sicht
- Bisherige Erfahrungen mit der Regelung in §§ 39 ff. AWG
- Verfassungsrechtliche Beurteilung unter Berücksichtigung der derzeitigen Bedrohungslage und der bisherigen Erfahrungen.

Die Fraktion der SPD legte besonderen Wert auf Stellungnahmen zu folgenden Themen:

- verfassungsrechtliche Beurteilung der §§ 39 ff. AWG
- rechtliche und tatsächliche Probleme bei der Anwendung der §§ 39 ff. AWG im Verhältnis zu den §§ 100a ff. StPO
- Rüstungskontrolle unter besonderer Berücksichtigung der angestrebten europäischen Harmonisierung im Dual-use-Bereich.

521 BT-Drs. a.a.O.

522 Zehntes Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes vom 22.12.1999 – BGBl. I, S. 2822.

523 BGBl. I, S. 3165 f. (3166).

524 Wortprotokoll der Öffentlichen Anhörung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes – Drucksachen 12/6911, 12/71115 – des Ausschusses für Wirtschaft (9. Ausschuss/80. Sitzung).

Als Sachverständige waren vor dem Ausschuss für Wirtschaft des Deutschen Bundestages erschienen

- der damalige Präsident des BND, Konrad Porzner,
- die Richterin am Landgericht, Frau Wolff, die der Strafkammer des LG Köln angehörte, die über die Anträge des ZKA auf Überwachung zu entscheiden hatte,
- Staatsanwalt Dr. Klose, der ein wichtiges, aus einer Überwachungsmaßnahme des ZKA stammendes Ermittlungsverfahren bearbeitet hat,
- OStA beim BGH Pöpperl,
- Karl-Heinz Matthias, Präsident des ZKA,
- Prof. Dr. Gusy, Universität Bielefeld, der die Normenkontrollklage des Landes Rheinland-Pfalz vor dem BVerfG vertrat,
- Dr. Joachim Krause, Stellvertretender Direktor der Deutschen Gesellschaft für auswärtige Politik.
- Prof. Dr. Wolfgang Löwer, Universität Bonn,
- Dr. Hendrik Bullens, Wiss. Leiter des Süddeutschen Instituts für angewandte Systemforschung, München-Augsburg, und der Forschungsstelle Konversion und Friedenswissenschaften der Universität Augsburg.

Im Unterschied zur ersten Öffentlichen Anhörung im Jahre 1991 konnte bei dieser Anhörung auf praktische Erfahrungen mit dem Instrument der präventiven Überwachung zurückgegriffen werden. Der Präsident des BND äußerte sich zur damaligen Bedrohungslage durch die Proliferation von Massenvernichtungsmitteln, betonte die sich immer stärker entwickelnde Problematik der Dual-use-Güter und die daher erforderliche Notwendigkeit, mehr als bisher auf die Endverwender im Bestimmungsland abzustellen. Die Verbreitung von Massenvernichtungswaffen, insbesondere in der Kombination mit entsprechenden Trägern (Mittel- und Langstreckenraketen) werde anhalten. Eine realistische Chance der Aufdeckung der zunehmend komplizierter werdenden Proliferationsvorgänge bestehe nur, wenn der Staat alle Möglichkeiten der Aufklärung schon im Vorfeld ausschöpfe, selbstverständlich unter Berücksichtigung der rechtlichen Möglichkeiten. Prof. Dr. Gusy kritisierte die mangelnde Bestimmtheit der Eingriffsnormen der §§ 39ff AWG. Der Richtervorbehalt des AWG sei allerhöchstens sehr beschränkt geeignet, diesem Mangel abzuhelpfen, da das Gericht wie das ZKA zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe anzuwenden habe, ohne selbst über eigene Kontrollmaßstäbe verfügen zu können. Ganz anders beurteilte Prof.

Dr. Löwer die verfassungsrechtliche Lage. Nach seiner Einschätzung sei die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Polizeirecht Gang und Gäbe. Es sei „völlig normale Normierungstechnik im Bereich des präventiven Zugriffs der Polizei“. Nach seiner Einschätzung gehe der Bundestag kein verfassungsrechtliches Risiko ein, wenn er diese Regelung verabschiede. Der Präsident des ZKA berichtete über die bis zur Anhörung durchgeführten elf Überwachungsmaßnahmen und deren Ergebnis. Er führte u.a. aus, dass das ZKA von der Möglichkeit, bei Gefahr im Verzuge auch ohne richterlichen Beschluss auf Anordnung des BMF eine Maßnahme durchführen zu können, keinen Gebrauch gemacht habe und dass er auch bezweifle, ob von dieser rechtlichen Möglichkeit je Gebrauch gemacht werden müsse. Denn aufgrund der umfangreichen und verhältnismäßig langwierigen Abklärungen sei es wahrscheinlich immer möglich, einen richterlichen Beschluss einzuholen. StA Dr. Klose berichtete über seine Erfahrungen mit der präventiven Überwachung. Er betonte vor allem die intensive Zusammenarbeit zwischen Staatsanwaltschaft und ZKA nach Einleitung der Überwachungsmaßnahme in einem konkreten Fall, dass das ZKA die Staatsanwaltschaft über den aktuellen Stand der Überwachungsmaßnahme immer auf dem Laufenden gehalten habe, sodass man zum richtigen Zeitpunkt erkannt habe, dass die vorbereitenden Handlungen in das Stadium des mit Strafe bedrohten Versuchs übergegangen seien. Frau Wolff, Richterin am LG Köln, berichtete über die Anträge, die vom ZKA bei der Strafkammer des LG Köln auf Überwachung nach den §§ 39 ff. AWG gestellt worden sind. Die vom ZKA vorgelegten Anträge enthielten zu den gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 39 ff. AWG einen umfassenden und gut aufbereiteten Tatsachenvortrag, der auch durch Beifügung entsprechender Unterlagen belegt wurde, sodass die Kammer in keinem der bisherigen Fälle Bedenken hatte, die beantragten Überwachungsmaßnahmen anzuordnen. Hinsichtlich des Bestimmtheitsgrundsatzes hätten sich ebenfalls keine Bedenken ergeben; die Kammer sei in der Lage gewesen, die unterbreiteten Sachverhalte unter die gesetzlichen Normen zu subsumieren. OStA Dr. Pöpperl wies auf die derzeit faktischen Grenzen der Telefonüberwachung hin, die sich durch die Einführung des Mobilfunks ergeben haben.

g) Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004

Bereits kurze Zeit nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze vom 28.2.1992, mit dem Vorschriften zur präventiven Überwachung der Telekommunikation und des Postverkehrs zur Verhinderung von Straftaten nach dem AWG und KWKG in das AWG eingefügt worden waren (die mittlerweile aufgehobenen §§ 39 ff.), erhob das Land Rheinland-Pfalz gegen die Vorschriften Normenkontrollklage

vor dem BVerfG⁵²⁵. Treibende Kraft der Normenkontrollklage war der damalige Landesjustizminister Caesar, FDP. Im Bund regierte in dieser Zeit eine Regierung, die von den Fraktionen der CDU/CSU und der FDP getragen wurde. Für den Gesetzentwurf war das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie unter dem damaligen FDP-Minister Hausmann, später unter dem damaligen FDP-Minister Möllemann federführend zuständig. Das Land Rheinland-Pfalz⁵²⁶ hatte bereits im Gesetzgebungsverfahren darauf hingewirkt, dass der BR den Vermittlungsausschuss anrief, in dem dann keine Einigung erzielt worden war; sodann verweigerte der BR dem Gesetz die damals erforderliche Zustimmung, sodass der Gesetzentwurf der BReg zunächst zu Fall gekommen war. Kurze Zeit später brachte die Bundesregierung das Gesetz – unter Weglassung der zustimmungsbedürftigen Teile – erneut ein. Die Vorschriften traten am 7.3.1992 in Kraft; nach entsprechenden Vorbereitungen begann die erste Überwachungsmaßnahme des ZKA im Oktober 1992.

Die Entscheidung des BVerfG ließ jedoch lange Jahre auf sich warten. Wiederholt wurden die befristeten Bestimmungen der §§ 39 ff. AWG verlängert, zum Schluss ausschließlich unter dem Gesichtspunkt, dass das BVerfG noch nicht entschieden hatte. Zwölf Jahre nach Klageerhebung – am 3.3.2004 – entschied das BVerfG, dass die Vorschriften der §§ 39 ff. AWG wegen mangelnder Bestimmtheit und Normenklarheit verfassungswidrig seien; auch die Ermächtigung zur Verarbeitung und Weitergabe personenbezogener Daten sei nicht verfassungsgemäß⁵²⁷. Die Ressorts und das ZKA hatten zwar damit gerechnet, dass das BVerfG bestimmte Regelungen beanstanden würde, so insbesondere nach dem Urteil des BVerfG vom 14.7.1999⁵²⁸, in dem u.a. die umfassende Regelung der Übermittlung personenbezogener Daten aus der Telekommunikationsüberwachung des BND an andere Behörden teilweise für verfassungswidrig erklärt worden ist. Darauf hätte die BReg reagieren müssen, denn die Übermittlungsregelung bestand in den §§ 39 ff. AWG nur aus einem einzigen Satz (s.u.). Dass

525 Antrag auf abstrakte Normenkontrolle namens der Landesregierung Rheinland-Pfalz, vermutlich vom September 1992 – die Antragsschrift trägt kein Datum –, da der Erste Senat des BVerfG dem BT, BR, der BReg und den Regierungen der Bundesländer mit Schreiben vom 30.9.1992 Gelegenheit zur Stellungnahme gab.

526 Hund, Horst, Überwachungsstaat auf dem Vormarsch – Rechtsstaat auf dem Rückzug?, NJW 1992, 2118 ff. in Anm. 2 „...Rechtsstaatliche Bedenken gegen diese Ermächtigung veranlassten den Bundesrat am 19.4.1991 (vgl.BR-Drs. 193/104) auf Initiative des Landes Rheinland-Pfalz .. die Einberufung des Vermittlungsausschusses zu verlangen.“

527 Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvF 3/92 – www.bverfg.de/entscheidungen/fs20040303_1bvf000392.html = BVerfGE 110, 33 ff. = NJW 2004, 2213 ff.

528 Urteil des BVerfG vom 14.7.1999 – 1 BvR 2226/94, = BVerfGE 100, 313 ff. = NJW 2000, 55 ff.

die Vorschriften der §§ 39 ff. AWG allerdings im Kernbereich und dann auch in Gänze für verfassungswidrig erklärt wurden, kam völlig überraschend.

Der Beschluss des BVerfG im Einzelnen

Das BVerfG erklärte die §§ 39, 40 und 41 AWG, zuletzt geändert durch das Zollfahndungsneuregelungsgesetz vom 16.8.2002, mit Art. 10 GG für unvereinbar.

Die Antragstellerin hatte folgende Anträge gestellt:

- § 39 Abs. 1 Satz 1 AWG in der Fassung vom 28.2.1992 ist mit Art. 83, 87 GG unvereinbar und nichtig, soweit es die Zuständigkeit des Zollkriminalinstituts begründet.
- § 39 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 AWG verstoßen gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot und das Übermaßverbot und sind daher nichtig.
- § 41 Abs. 2 AWG (Verarbeitung und Nutzung der durch die Maßnahmen nach § 39 AWG erlangten personenbezogenen Daten) verstößt gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot und ist daher nichtig.

Die Bundesregierung und der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfD) haben dazu Stellung genommen. Während die Bundesregierung die angegriffenen Rechtsvorschriften in vollem Umfang verteidigte, führte der BfD aus, dass § 39 Abs. 2 AWG aufgrund der gewählten Kombination unbestimmter Rechtsbegriffe „nicht unbedenklich“ sei; auch das Merkmal „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ sowie der unbestimmte Rechtsbegriff des „Planens“ sei bedenklich bzw. bringe die Gefahr mit sich, dass die grundlegende rechtsstaatliche Funktion der strafrechtlichen Tatbestandsmäßigkeit weitgehend außer Kraft gesetzt werde. Mit Rücksicht auf die in das Antragsverfahren eingebauten sichernden Maßnahmen nach § 39 Abs. 3, 40 Abs. 1, 2 und 4 (richterliche Anordnung) sowie § 41 Abs. 1 AWG seien letztlich keine Einwände erhoben worden. Die Antragstellerin (Land Rheinland-Pfalz) hat auf mündliche Verhandlung verzichtet.

Soweit der Antrag zu 1. betroffen ist (Vereinbarkeit des § 39 Abs. 1 AWG mit Art. 83, 87 GG, soweit es um die Zuständigkeit des ZKI⁵²⁹ ging), entschied das BVerfG über die Rechtslage, wie sie bis zum Inkrafttreten des ZFnrG vom

529 In der mit der Normenkontrollklage angegriffenen Fassung des AWG war noch die Rede vom Zollkriminalinstitut (ZKI) als der überwachenden Behörde; durch Art. 2 Nr. 1 ZFnrG wurde das Zollkriminalinstitut (ZKI) von einer selbständigen Bundesoberbehörde in das Zollkriminalamt (ZKA) als Mittelbehörde umgewandelt und erhielt die seitdem gültige Bezeichnung.

16.8.2002 bestand⁵³⁰, und führte dazu aus, dass der Bund gemäß Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG zur Übertragung der in § 39 AWG vorgesehenen Aufgabe auf eine selbständige Oberbehörde befugt war. § 1 Nr. 2 FVG a.F. ordne die Behörde als selbständige Bundesoberbehörde in die Reihe der Bundesfinanzbehörden ein. Eine solche Behörde dürfe nur für solche Aufgaben errichtet werden, die der Sache nach für das ganze Bundesgebiet von einer Oberbehörde ohne Mittel- und Unterbau wahrgenommen werden können. Für den in § 39 Abs. 1 AWG geschaffenen Aufgabenbereich liegen – so das BVerfG – die Voraussetzungen des § 87 Abs. 3 Satz 1 GG vor. Denn die Überwachung der Telekommunikation und des Briefverkehrs zur Verhütung von Straftaten nach dem AWG könnten zentral und ohne Verwaltungsunterbau wahrgenommen werden. Auch die Befugnis zur Erteilung fachlicher Weisungen an die ZFÄ ändere daran nichts und stelle insbesondere keine die begrenzenden Wirkungen von Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG umgehende Schaffung faktisch eines Unterbaus dar. Denn die Weisungen an die ZFÄ seien für die Behörde lediglich Mittel zur Durchsetzung der ihr eingeräumten Befugnisse. Der Bund sei auch nicht gehalten gewesen, statt einer Bundesoberbehörde eine Zentralstelle nach Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG einzurichten. Art. 87 GG stelle unterschiedliche Möglichkeiten bereit, zwischen denen der Bund wählen dürfe, soweit die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen der Einrichtung der jeweiligen Behörden erfüllt sind. (Zur Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz des Bundes im Hinblick auf Bundespolizeibehörden siehe auch Teil 2 Abschnitt III 1).

Das BVerfG erklärte § 39 Abs. 1 und 2 AWG als mit Art. 10 GG nicht vereinbar.⁵³¹ Die Überwachungsmaßnahme im Vorfeld strafbaren Handelns berge das Risiko, dass sie an ein Verhalten anknüpfe, das sich im Nachhinein als strafrechtlich irrelevant erweise. Das Zusammenwirken der verschiedenen Tatbestandsmerkmale sowie eine große Zahl von Verweisungen auf andere Normen ergebe im Gesamtgefüge Mängel an hinreichender Normenbestimmtheit und Normenklarheit.

Das Gericht setzte sich intensiv mit dem Begriff des Planens (§ 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AWG), seinem Beginn und seinem Ende auseinander. Die Ermächtigung gelte nicht einmal zwingend einem schon in der Entwicklung begriffenen Vorgang, sondern bereits seiner Planung. Dies bedeute, dass vom ZKA schwerpunktmäßig eine Prognose künftiger Entwicklungen verlangt werde, die sich in wesentlichen Teilen noch in der Vorstellungswelt des potenziellen Straftäters abspielten. Die Frage, wann das Stadium der Planung beendet sei, sei leichter zu beantworten. Denn Zweck der Norm sei die Verhinderung von Straftaten. Für

530 BVerfG a.a.O., Rdn. 71.

531 BVerfG a.a.O., Rdn. 102 ff.

die Prävention bestehe so lange Anlass, als diese noch nicht beendet seien. Dies bedeute, dass es eine Überschneidung zwischen den Präventionsmaßnahmen nach § 39 AWG und möglichen Strafverfolgungsmaßnahmen insoweit geben könne, als die „Planung“ schon in ein straftatbestandliches Verhalten übergegangen, die Rechtsgutbeeinträchtigung hingegen noch nicht abgeschlossen ist, sodass präventive Maßnahmen weiter sinnvoll sein können.

Die Ausweitung der Überwachungsmaßnahme auf Personen oder Personenvereinigungen, für die die verdächtige Person tätig ist (§ 39 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AWG), sei dann verfassungsgemäß, wenn auch insoweit Tatsachen verlangt werden, die einen ausreichend sicheren Schluss auf die Teilnahme des Verdächtigen am Postverkehr des Dritten oder die Nutzung seines Telekommunikationsanschlusses ermöglichen.

Auf erhebliche Kritik des BVerfG trifft die im Außenwirtschaftsrecht gewählte Regelungstechnik mit ihren Verweisungen und Weiterverweisungen⁵³², die das Gericht als Kaskade⁵³³ von Vorschriften bezeichnet. In diesem Zusammenhang geht es insbesondere um § 34 Abs. 2 AWG, nach dem in zahlreichen Fällen von Ordnungswidrigkeiten nach § 70 AWV über § 33 AWG aus Ordnungswidrigkeiten Straftaten dann werden können, wenn eines der in § 34 Abs. 2 AWG genannten Rechtsgüter gefährdet ist, und § 34 Abs. 4 AWG (Embargotatbestand), dem Verbote in EG-Verordnungen und/oder in UN-Resolutionen zugrunde liegen.

In einer früheren außenwirtschaftsrechtlichen Entscheidung⁵³⁴ geht das BVerfG nicht so kritisch mit der Regelungstechnik des Gesetzgebers um, wenn es ausführt, dass die Strafbarkeit durch die geschlossene Verweisungskette in AWG und AWV in verfassungsrechtlicher Weise erkannt werden könne. Es stellt auch nicht auf jedermann ab, sondern auf den im Außenhandel tätigen Unternehmer. Von ihm könne verlangt werden, dass er sich über die einschlägigen Vorschriften unterrichtet. Ob es eine geeignetere als die vom Gesetzgeber gewählte Regelungstechnik gäbe, habe das BVerfG nicht zu prüfen. Allerdings ist zuzugeben, dass zwischen der Entscheidung im Jahr 1992 und dieser Entscheidung im Jahr 2004 die Verweisungskette komplizierter geworden ist, da in der Zwischenzeit auch Verweisungen auf supranationales Recht, insbesondere auf die EG-Dual-use-Verordnung erfolgten und der Beschluss bei § 39 AWG ansetzt, die Kette also um eine Verweisung länger ist als die Verweisungen, die von den strafrechtlichen Normen ausgehen.

532 BVerfG a.a.O., Rdn. 131 ff.

533 BVerfG a.a.O., Rdn. 135.

534 Beschluss des BVerfG vom 21.7.1992 – 2 BvR 858/92 – NJW 1993, 1909 ff. (1910).

Die Abhängigkeit einer strafrechtlichen Sanktion von den Voraussetzungen einer Genehmigung sei allerdings dann nicht zu beanstanden, wenn die Voraussetzungen für ihre Erteilung im Gesetz oder in einer Verordnung hinreichend festgelegt seien. Bedenken weckten aber die hier vorgesehenen Beurteilungs- und Ermessensspielräume für die Erteilung der Außenwirtschaftsgenehmigung. Das Zollkriminalamt werde häufig nicht wissen, ob eine Genehmigung vorliege. Aufgrund der vielen Entscheidungsspielräume der Genehmigungsbehörde BAFA werde das Amt (gemeint ist das ZKA) nur mit hoher Unsicherheit beurteilen können, ob ein Verhalten genehmigungsfähig ist und deshalb vermutlich auch genehmigt würde⁵³⁵.

Das BVerfG führt in den Entscheidungsgründen weiter aus, dass die Bedenken gegen eine hinreichende Bestimmtheit der Ermächtigung nicht ausgeräumt oder auch nur abgemildert würden dadurch, dass § 39 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AWG eine Einengung auf „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ vorsieht. In diesem Zusammenhang heißt es, dass die im § 39 AWG aufgeführten Straftaten bereits für sich gesehen Taten von nicht unerheblicher Bedeutung zum Gegenstand hätten, sodass sich die Frage stelle, anhand welcher Kriterien diese zusätzliche Einengung vorgenommen werde.

Dies ist m.E. nur bedingt richtig. In der Tat haben alle Straftaten nach dem KWKG Verbrechenscharakter, im konkreten Fall liegen aber häufig Straftaten minderer Schwere vor. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn versehentlich eine KWKG-Genehmigung nicht eingeholt worden ist, die, wenn sie beantragt worden wäre, vom BMWi mit Sicherheit erteilt worden wäre z.B. bei Ausfuhren von konventionellen Kriegswaffen in einen NATO-Mitgliedstaat. Derartige Straftaten werden i.d.R. von der Staatsanwaltschaft eingestellt. Noch häufiger geschieht dies bei Außenwirtschaftsstraftaten nach § 34 Abs. 1 AWG, wobei auch abstrakt gesehen weder § 34 Abs. 1 noch Abs. 2 AWG Verbrechenscharakter haben.

Nach den Ausführungen des BVerfG sei die Ermächtigungsnorm auch deshalb bedenklich, weil sie unbestimmte Tatbestandselemente genügen lasse, für deren nähere Bestimmung die Norm keine hinreichenden Anhaltspunkte biete. So beziehe sich § 39 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AWG auf § 34 Abs. 2 AWG, der über § 33 AWG auf die Außenwirtschaftsverordnung verweise, die dort normierten Ordnungswidrigkeitstatbestände aber nur genügen lasse, wenn die Maßnahme [gemeint ist: Handlung] geeignet ist, die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, das friedliche Zusammenleben der Völker oder die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich zu gefährden. Im Fol-

535 a.a.O., Rdn. 139.

genden befasst sich das BVerfG mit dem dritten Merkmal „erhebliche Gefährdung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland“, führt unter Angabe eines Zitats auf, dass dazu auch Kontakte politischer, wirtschaftlicher und kultureller Art gehörten und sich das Merkmal damit auf eine praktisch nicht überschaubare Vielfalt von Beziehungen erstrecke. Damit drohen die möglichen Anlässe einer Überwachung uferlos zu werden⁵³⁶.

Auch hier legt das BVerfG einen strengeren Maßstab als in vorangegangenen Entscheidungen an:

In den vorangegangenen Entscheidungen⁵³⁷ ist nie auf bloße Kontakte wirtschaftlicher oder kultureller Art abgestellt worden, sondern als entscheidende Kriterien ist vom BVerfG angesehen worden, wie die Bundesregierung die Gefährdung der auswärtigen Beziehungen eingeschätzt hat und wie andere Staaten auf die Störung der auswärtigen Beziehungen reagiert haben.

Des Weiteren führt das Gericht aus, dass auch § 41 Abs. 2 AWG mit Art. 10 GG nicht im Einklang stehe⁵³⁸. § 41 AWG enthält die Ermächtigung für das ZKA, die durch eine Überwachungsmaßnahme erlangten personenbezogenen Daten zur Verhütung oder Aufklärung der in § 39 AWG genannten Straftaten zu verarbeiten oder zu nutzen oder diese personenbezogenen Daten zu verarbeiten oder zu nutzen, um eine in § 138 StGB (so ursprünglich)/(jetzt) § 7 Abs. 1 bis 4 G-10-Gesetz genannte Straftat zu verhüten oder aufzuklären. Das ZKA darf diese Daten im letzten Fall insbesondere an andere Behörden übermitteln. Diese Bestimmung erklärt das BVerfG für verfassungswidrig, weil es den Bestimmtheitsgrundsatz deswegen verletzt sieht, dass § 41 Abs. 2 AWG keinen Bezug auf eine bestimmte Empfangsbehörde oder zumindest deren Aufgabenbereich enthält.

Das BVerfG rügt, dass das AWG in verfahrensrechtlicher Hinsicht keine Pflicht zur Kennzeichnung der an eine andere öffentliche Stelle übermittelten Daten vorsieht. Desgleichen fehle eine Regelung, die sicherstelle, dass der Übermittlungsvorgang protokolliert werde.

Abschließend erklärt das BVerfG auch die weiteren, nicht ausdrücklich vom Normenkontrollantrag erfassten Regelungen als mit dem GG nicht vereinbar, da diese Regelungen mit den beanstandeten Regelungen ein untrennbares Ganzes

536 a.a.O., Rdn. 148.

537 Beschluss des BVerfG vom 25.10.1991 – 2 BvR 374/90, = NJW 1992, 2624 ff.; Beschluss des BVerfG vom 21.7.1992 – 2 BvR 858/92, = NJW 1993, 1909 ff..

538 Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004, Rdn. 152 ff.

bildeten⁵³⁹. Entscheide sich der Gesetzgeber für Überwachungsmaßnahmen zur Strafverhütung im Außenwirtschaftsverkehr auf neuer Rechtsgrundlage, so habe er dabei nicht nur die Ausführungen dieses Beschlusses, sondern auch die Urteile vom 14.7.1999 (Telekommunikationsüberwachung durch den BND nach dem G 10 a.F.)⁵⁴⁰ und vom 3.3.2004 (sog. Großer Lauschangriff)⁵⁴¹ zu beachten. Zu sichern sei insbesondere ein hinreichender Rechtsschutz für sämtliche Betroffenen gegenüber der Datenerhebung und Weiterverwertung, aber auch bei der Vernichtung nicht mehr benötigter oder rechtswidrig erhobener Daten, ferner die Kennzeichnung der erhobenen Daten bei der Verwendung zu weiteren Zwecken. Bis zum Ablauf der Frist in § 51 AWG (31.12.2004) sei die gegenwärtige Rechtslage noch hinnehmbar⁵⁴².

h) Gesetzgebungsverfahren und Neuregelung im ZFdG

Unmittelbar nach Bekanntwerden des Beschlusses des BVerfG begannen die Arbeiten zur Neuregelung der Vorschriften über die präventive Telekommunikations- Brief- und Postüberwachung. In insgesamt sechs Ressortsitungen wurde ein Referentenentwurf erarbeitet, der am 17.9.2004 dem Bundeskabinett zugeleitet wurde, das den Gesetzentwurf in seiner Sitzung vom 22.9.2004 ohne Änderungen verabschiedete.

Obwohl bereits im Entwurfsstadium des ZFdG angeregt wurde, die präventive Telekommunikations- und Brief- und Postüberwachung durch das ZKA aus dem Außenwirtschaftsgesetz herauszunehmen und in das ZFdG einzufügen, erfolgte dies erst, nachdem das BVerfG die Bestimmungen der §§ 39, 40 und 41 AWG für verfassungswidrig erklärt und den Gesetzgeber zu einer Neuregelung aufgefordert hatte.⁵⁴³ Erst im Laufe der Ressortberatungen entschloss man sich, die Neuregelung im ZFdG zu treffen. Die Federführung wechselte infolgedessen vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit zum Bundesministerium der Finanzen. Maßgeblicher Grund für die Regelung im ZFdG war, dass sämtliche Befugnisse des ZKA seit Inkrafttreten des ZFdG im Jahre 2002 in diesem Gesetz geregelt sind und die präventive Telekommunikations- und Postüberwachung ausschließlich dem ZKA zusteht. Ob diese Entscheidung die richtige ist, muss allerdings bezweifelt werden. Die präventive Telekommunikations- und

539 a.a.O., 178.

540 Urteil des BVerfG vom 14.7.1999 – 1 BvR 2226/94, = BVerfGE 100, 313 ff. = NJW 2000, 55 ff.

541 Urteil des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98 – www.bverfg.de/entscheidungen/rs20040303_1bvr237898.html, = BVerfGE 109, 279 ff.

542 Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004, Rdn. 180.

543 Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvF 3/92 – Rdn. 179.

Postüberwachung durch das ZKA gilt nicht für die Verhütung von schweren Straftaten schlechthin, sondern nur für die Verhütung von schweren Straftaten nach dem AWG und KWKG. Das AWG enthält nach wie vor in § 34 die entsprechenden Strafvorschriften. Darüber hinaus sind sonstige Befugnisse der Zollverwaltung wie die Kontrolle der Warenausfuhr durch die Ausfuhr- und Ausgangszollämter im AWG geregelt (§ 46). Wichtigstes Argument gegen eine Regelung im ZFdG dürfte m.E. aber das Argument sein, dass dem am Außenwirtschaftsverkehr Beteiligten die Regelung der präventiven Telekommunikations- und Brief- und Postüberwachung im AWG vertraut war – immerhin bestand sie von 1992 bis 2004 – und man die Neuregelung wohl kaum im ZFdG vermutet. Kommentierungen des AWG werden dem Wirtschaftsbeteiligten allerdings den Hinweis auf das ZFdG geben.

Der Gesetzentwurf wurde von der Bundesregierung⁵⁴⁴ dem Parlament zugeleitet und vom Bundestag in erster Lesung am 21.10.2004 beraten⁵⁴⁵. Im Bundesrat befassten sich der federführende Finanzausschuss, der Ausschuss für Innere Angelegenheiten, Rechtsausschuss und Wirtschaftsausschuss am 20. bzw. 21.10.2004 mit dem Gesetzentwurf. Die Ausschüsse sahen das Gesetz entgegen seinen Eingangsworten als zustimmungsbedürftig an, da der Entwurf eine Regelung des Verwaltungsverfahrens für Landesbehörden vorsah, indem dort detaillierte Verwendungsbestimmungen für die durch das ZKA u.a. an Landespolizeibehörden übermittelte Daten getroffen wurde. Da der Entwurf dem Beschluss des BVerfG hinreichend Rechnung trage, empfahlen die Ausschüsse dem Bundesrat die Zustimmung. Der Bundesrat befasste sich in seiner Sitzung vom 5.11.2004 mit dem Gesetzentwurf und den Ausschussempfehlungen.⁵⁴⁶ Die Bundesregierung gab zum 17.11.2004 ihre Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates vom 5.11.2004 ab.⁵⁴⁷ Am 1.12.2004 beschloss der für den Bundestag federführende Rechtsausschuss, dem Bundestag die Annahme des Gesetzentwurfs – Drucksachen 15/3931, 15/4237 – in einer vom Rechtsausschuss in vielen – zum Teil wesentlichen – Punkten abgeänderten Fassung zu empfehlen.⁵⁴⁸ Der Bundestag beriet am 3.12.2004 den Gesetzentwurf in der Ausschuss-

544 Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der präventiven Telekommunikations- und Postüberwachung durch das Zollkriminalamt (NTPG) – BT-Drs. 15/3931 vom 18.10.2004.

545 Plenarsitzung des Deutschen Bundestages vom 21.10.2004 – Plenarprotokoll 15/132 – TOP 17 sowie Anlage 6 (zu Protokoll gegebene Reden zum TOP 17).

546 Sitzung des Bundesrates vom 5.11.2004 – Plenarprotokoll 805 – TOP 20.

547 Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung – BT-Drs. 15/4237 vom 17.11.2004.

548 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 1.12.2004 – Drs. 15/4416.

fassung in zweiter und dritter Lesung und stimmte dem Entwurf mit großer Mehrheit zu.⁵⁴⁹ Am 17.12.2004 befasste sich der Bundesrat mit dem Gesetzentwurf und stimmte zu.⁵⁵⁰ Das Gesetz, das in seiner Endphase aus gesetzestechnischen Gründen mit Änderungen der Investitionszulagengesetze 2005 und 1999 verknüpft worden war, wurde am 27.12.2004 im BGBl. veröffentlicht und trat – soweit das NTPG betroffen ist – gemäß Art. 7 Abs. 1 am Tag nach der Verkündung – 28.12.2004 – in Kraft.

Die präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung war auch nach neuem Recht wieder befristet, und zwar sollten die Vorschriften zunächst nur bis zum 31.12.2005 gelten. Grund für diese erneute Befristung war die unterschiedliche Auffassung dazu, ob die Ausführungen des BVerfG in seinem Wohnraumüberwachungsurteil zum sog. Kernbereich privater Lebensgestaltung für die Telekommunikationsüberwachung übernommen werden müssen⁵⁵¹ und ggf. wie (Abbruch oder Unterbrechung der Telekommunikationsüberwachung/lediglich Verwertungsverbot). Diese Frage betraf nicht nur die präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung, sondern auch die Telekommunikationsüberwachung nach den Vorschriften der StPO und nach dem G 10. Deshalb war für 2005 eine Anhörung zum Gesamtkomplex geplant. Da am 18.9.2005 jedoch vorgezogene Neuwahlen zum Deutschen Bundestag stattgefunden haben, hat die Zeit nicht ausgereicht, diese Materie neu zu regeln. Andererseits drängte eine grundlegende Regelung, da das BVerfG in seinem Urteil zu § 33a Nds. SOG (Nichtigkeit der präventiven Telekommunikationsüberwachung durch die niedersächsische Polizei)⁵⁵² erneut und eindringlich deutlich gemacht hatte, dass es auch für die Telekommunikationsüberwachung die Notwendigkeit sieht, den Kernbereich privater Lebensgestaltung effektiv zu schützen.⁵⁵³ Um laufende und künftige Überwachungsmaßnahmen nicht zu gefährden, entschloss sich die Bundesregierung, einen Entwurf lediglich zur Verlängerung der geltenden Bestimmungen der §§ 23a ff. ZFdG einzubringen, ohne in diesem Entwurf das Problem des Kernbereichs privater Lebensgestaltung zu regeln.⁵⁵⁴ Das Gesetz, nach dem die Befristung bis zum 30.6.2007 verlängert wurde, trat am

549 Sitzung des Deutschen Bundestages am 3.12.2004 – Plenarprotokoll 15/146 – TOP 24.

550 Sitzung des Bundesrates vom 17.12.2004 – Plenarprotokoll 807 – TOP 4.

551 Ablehnend Märkert, Rechtliche und kriminaltaktische Anmerkungen zur Entscheidung des BVerfG zur akustischen Wohnraumüberwachung unter präventiven Gesichtspunkten, *Der Kriminalist* 2004, 443 ff. (447).

552 Urteil des BVerfG vom 27.7.2005 – www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050727_1bvr066804.html, BVerfGE 113, 348 ff.

553 a.a.O., Rdn. 161-164.

554 Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes – BT-Drs. 16/88 vom 25.11.2005.

31.12.2005 – somit rechtzeitig – in Kraft.⁵⁵⁵ Mitglieder der Humanistischen Union haben gegen das Gesetz Verfassungsbeschwerde eingelegt und einstweiligen Rechtsschutz beim BVerfG beantragt.⁵⁵⁶ Das BVerfG hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durch Beschluss vom 5.1.2006 abgelehnt,⁵⁵⁷ das Verfassungsbeschwerdeverfahren mit Nichtannahmebeschluss vom 14.2.2007 abgeschlossen⁵⁵⁸.

Unter Berücksichtigung des Urteils des BVerfG zum Kernbereich bei präventiver Telekommunikationsüberwachung und im Vorgriff auf eine gesetzliche Regelung zum Kernbereich verfuhr das Zollkriminalamt zunächst wie folgt:

Alle Vorgänge der Telekommunikation (Telefongespräche über das Festnetz oder über Mobilfunknetze, E-Mail- und Faxverkehr) wurden nach wie vor aufgezeichnet. Wurde bei der Auswertung festgestellt, dass der Telekommunikationsvorgang den Kernbereich privater Lebensgestaltung berührte – dieser Begriff wurde weit ausgelegt –, so erfolgte eine Sperrung der Daten. Die Daten wurden so behandelt, als bestünde ein absolutes Verwertungsverbot. So wurde der Inhalt eines Telefongesprächs nicht protokolliert. Die Daten waren dem Auswerter nicht mehr zugänglich.

i) Novellierung des ZFdG – Öffentliche Anhörung am 25.4.2007

Eine Novellierung des ZFdG stand schon seit längerer Zeit an. Sie sollte einige Ungereimtheiten, die die Vorschriften der §§ 23a ff. aufwiesen, ausräumen und einige andere außenwirtschaftsrechtlich irrelevante Vorschriften ändern; vor allem aber ging es darum, eine Regelung zum sog. Kernbereich privater Lebensgestaltung zu finden, um so der entsprechenden Rechtsprechung des BVerfG Rechnung zu tragen.

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens fand am 25.4.2007 eine Öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages zum Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze – BT-Drs. 16/4663 – statt⁵⁵⁹.

555 BGBl. I, 3681.

556 Frankfurter Rundschau vom 2.1.2006: Humanistische Union – Verfassungsbeschwerde gegen neues Zollgesetz.

557 Beschluss des BVerfG vom 5.1.2006 – 1 BvR 2721/05, nicht veröffentlicht.

558 Beschluss des BVerfG vom 14.2.2007 – 1 BvR 2721/05 – www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20070214_1bvr272105.html

559 Protokoll Nr. 58 des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages (16. Legislaturperiode) www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoeungen/Archiv/17_Zollfahndung/index.html

Im Mittelpunkt der Diskussion zwischen den Sachverständigen und den Abgeordneten des Rechtsausschusses stand die Regelung zum Kernbereich privater Lebensgestaltung, die in die Vorschriften über die präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung als Abs. 4a des § 23a ZFdG sowie in die Vorschriften über die „Eigensicherung durch Einsatz technischer Mittel innerhalb von Wohnungen“ als § 22a für das ZKA bzw. § 32a für die ZFÄ eingefügt werden sollte, die unterschiedlichen Regelungen für Überwachungsmaßnahmen bei Zeugnisverweigerungsberechtigten nach § 53 Abs. 1 Nr. 3, 3b StPO sowie der Umfang der Datenübermittlung gemäß § 23d ZFdG.

Als Sachverständige waren mehrere Rechtswissenschaftler und Vertreter der Praxis geladen. Die Kritiker der beabsichtigten Regelung (Prof. Dr. Christoph Gusy, Universität Bielefeld; Prof. Dr. Hans-Heiner Kühne, Universität Trier; Prof. Dr. Martin Kutscha, FH für Verwaltung und Rechtspflege, Berlin) beanstandeten, dass der Kernbereich nicht gesetzlich definiert sei; dass es unrealistisch sei, von einer Situation auszugehen, dass die Telekommunikationsüberwachung ausschließlich Inhalte des Kernbereichs privater Lebensgestaltung betreffe, und nur damit ein Verbot der Datenerhebung zu verbinden; dies sei bestenfalls gut gemeint. Kritisiert wird die Differenzierung der zeugnisverweigerungsberechtigten Personen in solche, bei denen eine Überwachung nicht stattfinden darf (Geistliche in ihrer Eigenschaft als Seelsorger, Strafverteidiger und Abgeordnete) und solche, bei denen eine Überwachung unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit evtl. stattfinden darf (in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 3b genannte Beratungs- und Heilberufe sowie die von § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO in Bezug genommenen Medienmitarbeiter)⁵⁶⁰. Die Übermittlung von Daten aus einer Überwachungsmaßnahme an Verfassungsschutz, Genehmigungsbehörden und ausländische Staaten gehe zu weit; so sei der Kreis potenzieller Datenempfänger nach den betroffenen Staaten in keiner Weise eingeschränkt. Aus Sicht der Praktiker (GStA Dieter Anders, GStA Frankfurt a.M.; Richter am BGH Dr. Jürgen-Peter Graf, BGH; StA Stefan Morweiser, GBA; Vizepräsident Dr. Paul Wamers, ZKA) erfüllt der Gesetzentwurf die Vorgaben des BVerfG im Hinblick auf den Kernbereich privater Lebensgestaltung und die Erfordernisse der Praxis.

Der Gesetz zur Änderung des ZFdG und anderer Gesetze vom 12.6.2007 fügt, soweit die präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung betroffen ist, in § 23a einen Abs. 4 a ein, in dem es heißt:

560 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze.

„(4a) Beschränkungen nach Abs. 1, 3 oder 4 sind unzulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, dass durch sie allein Kommunikationsinhalte aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden. Kommunikationsinhalte aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung, die durch eine Beschränkung nach Abs. 1, 3 oder 4 erlangt worden sind, dürfen nicht verwertet werden. Sie sind unverzüglich unter Aufsicht eines Bediensteten, der die Befähigung zum Richteramt hat, zu löschen. Die Tatsache der Erfassung der Daten und ihrer Löschung ist zu dokumentieren. Diese Daten dürfen ausschließlich zu Zwecken der Datenschutzkontrolle verwendet werden. Sie sind zu löschen, wenn sie für diese Zwecke nicht mehr erforderlich sind, spätestens jedoch am Ende des Kalenderjahres, das dem Jahr der Dokumentierung folgt.“⁵⁶¹

Außerdem wurde ein neues präventives Instrument eingeführt, das in den Polizeigesetzen des Bundes und der Länder schon längst existierte und gerade unter dem Aspekt der präventiven Telekommunikations- und Postüberwachung von besonderer Bedeutung sein dürfte: die präventive Sicherstellung (siehe dazu im Einzelnen Teil 3 Abschnitt III).

Das ZFdG war darüber hinaus noch in einigen anderen Punkten nachzubessern, die keine außenwirtschaftsrechtliche Relevanz haben.

Das Gesetz zur Änderung des ZFdG und anderer Gesetze vom 12.6.2007 wurde am 14.6.2007 im BGBl veröffentlicht und trat gemäß Art. 5 des Gesetzes am 15.6.2007 in Kraft⁵⁶².

3. Norminhalt der §§ 23a ff. ZFdG

Aufgrund der langen Erprobungszeit, der häufigen Überprüfungen und Änderungen durch den Gesetzgeber, die die Rechtsprechung des BVerfG berücksichtigen, haben die Vorschriften über die präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung nach den §§ 23a ff. ZFdG⁵⁶³ ihre im Wesentlichen wohl endgültige Fassung gewonnen.

561 Gesetz zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze vom 12.6.2007 – BGBl. I, S. 1037 ff. (1039).

562 BGBl. I, S. 1037 ff. (1043).

563 Siehe auch Ricke, Klaus-Peter in Wolfgang, Hans-Michael/Simonsen, Olaf (Hrsg.), AWR-Kommentar, ZFdG, (Ordnungsnr. 615), 25. EL, 2010.

a) Materiell-rechtliche Voraussetzungen

§ 23a stellt die Kernvorschrift der präventiven Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung dar. Die Vorschrift legt in den Abs. 1 und 3 – verknüpft jeweils mit der Legaldefinition der Vorbereitungshandlung in Abs. 2 – fest, unter welchen Voraussetzungen eine Überwachung erfolgen darf, und bestimmt den Kreis der überwachbaren natürlichen und juristischen Personen sowie der Personenvereinigungen.

aa) Verhinderung von Straftaten nach dem KWKG (§ 23a Abs. 1)

Auch die Vorgängerregelung im AWG (§ 39 Abs. 1) enthielt eine Bestimmung, die die Verhinderung von Straftaten nach dem KWKG zum Gegenstand hatte. Während sich das BVerfG in seinem Beschluss vom 3.3.2004 sehr intensiv mit der entsprechenden Vorschrift, die die Verhinderung von Straftaten nach dem AWG zum Gegenstand hatte, beschäftigte, fand die im Hinblick auf das KWKG getroffene Regelung keine Erwähnung, offensichtlich deswegen, weil die Strafbestimmungen des KWKG für hinreichend normenklar und bestimmt gehalten werden und keine Kette von Verweisungen enthalten, sieht man von § 21 KWKG, der auf die Bestimmungen der §§ 19 und 20 KWKG verweist, einmal ab. Daher bereitete die Neuregelung der präventiven Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung insoweit auch keinerlei Schwierigkeiten. Die Formulierung in § 23a Abs. 1 Satz 1 ZFdG entspricht der früheren Formulierung in § 39a Abs. 2 Nr. 1 AWG, wobei der Zusatz „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ entfallen ist.

Die KWKG-Straftaten lassen sich in zwei Gruppen einteilen:

- Straftaten, die die Entwicklung, Herstellung etc. von Massenvernichtungswaffen zum Gegenstand haben
- Straftaten, die sich auf konventionelle Kriegswaffen beziehen.

(1) Straftaten – Atomwaffen, biologische und chemische Waffen betreffend

Die präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung dient vor allem dem Zweck, die Proliferation (Weiterverbreitung) von Massenvernichtungswaffen zu verhindern. Massenvernichtungswaffen sind Atomwaffen, biologische und chemische Kampfstoffe (ABC-Waffen) sowie deren Trägerraketen

(Mittel- und Langstreckenraketen).⁵⁶⁴ Die Weiterverbreitung von Atomwaffen sowie biologischen und chemischen Kampfstoffen ist in den §§ 19 und 20 KWKG unter Strafe gestellt. Nach § 21 KWKG sind auch Auslandstaten erfasst. Ein Straftatbestand, der – vergleichbar den Atom-, chemischen und biologischen Waffen – die Entwicklung, Herstellung etc. von Mittel- und Langstreckenraketen zum Gegenstand hat, fehlt im KWKG. Bei der Neufassung der präventiven Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung war unstreitig, dass die Überwachung vor allem das Ziel haben muss, derartige Straftaten zu verhindern. So ist die präventive Überwachung dann zulässig, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der zu Überwachende Straftaten nach § 19 Abs. 1 oder 2 sowie § 20 Abs. 1 vorbereitet.

Bezugsgegenstand sind jeweils die Grundtatbestände (§ 19 Abs. 1, § 20 Abs. 1 KWKG) und der besonders schwere Fall (§ 19 Abs. 2 KWKG). § 20 KWKG enthält keine Normierung des besonders schweren Falles. Eine präventive Überwachung kann sich nicht auch auf Fahrlässigkeitstaten (§§ 19 Abs. 4, § 20 Abs. 3 KWKG) beziehen, da diese nicht vorbereitet werden können.

§ 19 Abs. 1 und § 20 Abs. 1 KWKG sind im Hinblick auf die Tathandlungen gleich formuliert: Strafbar ist das Herstellen, Entwickeln, Handel-Treiben, Erwerben, Überlassen, Ein-, Aus- und Durchführen oder auf sonstige Art Verbringen sowie die Ausübung der tatsächlichen Gewalt. Die Atomwaffen sind – anders als die biologischen und chemischen Waffen – definiert (§ 17 Abs. 2 KWKG). Danach sind Atomwaffen nicht nur die Waffen als solche (Nr. 1), sondern auch Teile, Vorrichtungen, Baugruppen oder Substanzen, die eigens für die Atomwaffen als solche bestimmt sind (Nr. 2). In der praktischen Anwendung der §§ 19 und 20 KWKG ging es bislang nie um die Atomwaffe als solche, den biologischen oder chemischen Kampfstoff als solchen, sondern immer nur um Einrichtungen oder Teile von Einrichtungen zur Entwicklung/Herstellung von (waffenfähigem) Uran oder um Einrichtungen oder Teile von Einrichtungen sowie von Vorprodukten zur Entwicklung/Herstellung von biologischen oder chemischen Kampfstoffen.

Obwohl die Bestimmungen des KWKG sehr eindeutig und klar formuliert sind, kommt es doch gelegentlich zu Schwierigkeiten in deren Auslegung.

564 Zur Proliferation von Massenvernichtungswaffen und Maßnahmen gegen die Proliferation siehe Ricke, Klaus-Peter in Bieneck (Hrsg.), Handbuch des Außenwirtschaftsrechts mit Kriegswaffenkontrollrecht, § 7, 2. Aufl., Köln 2005; Woll, Stefan/Hohmann, Harald in Hohmann/John, Ausfuhrrecht, Anhang 3 zum AWG, München 2002; Beutel, Holger, in Wolfgang, Hans-Michael/Simonsen, Olaf (Hrsg.), AWR-Kommentar, 6. EL, Ordnungsnummer 51 – Internationale Regime und Verträge.

So ist es streitig, ob chemische Waffen i.S.d. § 20 KWKG entwickelt werden können, die bereits in einem anderen Staat und zu früherer Zeit entwickelt worden sind. Da bestimmte chemische Waffen wie Lost, Sarin und Soman bereits entwickelt worden sind⁵⁶⁵, kann nach Auffassung des LG Stuttgart daher der Aufbau einer Chemiewaffenfabrik zur Herstellung von diesen Kampfstoffen nach einem festgelegten Verfahren nicht als Entwickeln von chemischen Waffen angesehen werden, da ein Entwickeln von chemischen Waffen eine Tätigkeit voraussetze, die darauf abzielt, eine Kriegswaffe zu schaffen, die es bisher überhaupt nicht oder zumindest nicht mit ihren spezifisch technischen Eigenschaften gegeben hat⁵⁶⁶. Diese Meinung hat zu heftigem Widerspruch und zu intensiver Diskussion geführt⁵⁶⁷. Die bloße Kenntnis der – von anderen Personen – entwickelten chemischen Formen und Reaktionsschritten setzten ein nach der Herstellung chemischer Waffen strebendes Land keinesfalls bereits in den Stand, den betreffenden Kampfstoff auch herstellen zu können. Benötigt werde darüber hinaus ein hohes Maß an chemisch-technischem Wissen, eine individuelle Konzeption des Produktionsprozesses, der Planung und Errichtung der Anlagen, Beschaffung der notwendigen Komponenten und die Verbindung und Abstimmung dieser Anlagenelemente zu einer Prozesseinheit. Alle diese Tätig-

565 So ist Lost (Selfgas) bereits im Ersten Weltkrieg entwickelt und eingesetzt worden. Sarin wurde im Jahre 1938 und Soman im Jahre 1944 erfunden – Höfer, Michael, Ein Überblick: Chemische Kampfstoffe, Chemie in unserer Zeit, 2002, 148 ff. (150).

566 Urteil des LG Stuttgart vom 1.10.1996 – 8 KLs 47/96 – veröffentlicht in ZfZ 1997, 135 ff. mit Anm. Ricke.

567 Muhler, Manfred, Was der Gesetzgeber leider nicht bedacht hat, ZRP 1998, 4 ff., der das Urteil verteidigt; ebenso Kreuzer, Olaf, Was haben die Richter falsch beurteilt? – Nichts, AW-Prax 1997, 349 f.; Pottmeyer, Klaus, Strafen nach AWG/KWKG reformbedürftig, AW-Prax 1999, 45 ff. (45), der eine Klarstellung durch den Gesetzgeber anregt; ebenso Ricke, Klaus-Peter in seiner Anmerkung zum Urteil des LG Stuttgart, ZfZ 1997, 139; Pottmeyer, Klaus in Wolfgang, Hans-Michael/Simonsen, Olaf, AWR-Kommentar, § 17 KWKG Rdn. 4 und 5, der die Meinung vertritt, dass der Begriff des Entwickelns immer etwas mit dem Konstruieren und Erfinden von Neuem zu tun haben müsse; Pathe, Helmut/Wagner, Jörg in Bieneck, Klaus (Hrsg.), Handbuch des Außenwirtschaftsrechts mit Kriegswaffenkontrollrecht, 2. Aufl. 2005, § 44 Rdn. 117-119; a.A. Holthausen, Dieter, Zum Tatbestand des Entwickelns atomarer, biologischer und chemischer Waffen (§§ 18 – 20 KWKG), wistra 1998, 209 f.; ders., Nochmals: „Rose“-Urteil des LG Stuttgart, AW-Prax 1998, 97 ff. Hucko, Elmar, Was die Richter leider falsch beurteilt haben, AW-Prax 1997, 172; Pietsch, Dietmar, Das Verbot der „Entwicklung“ von chemischen Waffen (§§ 18 Nr. 1, 20 I Nr. 1 und 2 KWKG) – Anm. zu OLG Düsseldorf, Beschluss v. 23.2.2000 – 2 Ws 16/00, NStZ 2000, 378 f. –, NStZ 2001, 234 f.; für ein Fördern des Entwickelns chemischer Waffen auch Urteil des LG Mönchengladbach vom 13.6.2008 – 28 KLs 5/07 – nicht veröffentlicht; Urteil des OLG Stuttgart vom 16.10.2008 – 4 – 3 StE 1/07, www.juris.de; Beschluss des BGH vom 26.3.2009 – StB 20/08 – www.bundesgerichtshof.de.

keiten seien Tathandlungen des Entwickelns. Gegen die verengende Auslegung spreche auch der Normzweck. Erklärter Normzweck der Regelungen der §§ 19, 20 und 21 KWKG sei es, die Ausbreitung der Massenvernichtungswaffen und der dazu erforderlichen Technologie zu verhindern. Nur die Kreation völlig neuer Waffen als Entwickeln anzusehen, werde diesem Normzweck daher nicht gerecht⁵⁶⁸.

Von besonderer praktischer Bedeutung sind die Fördertatbestände der §§ 19 Abs. 1 Nr. 2, 20 Abs. 1 Nr. 2 KWKG⁵⁶⁹. Gerade über diese Fördertatbestände lassen sich Handlungen strafrechtlich erfassen, die im Vorfeld des eigentlichen Waffenbaus liegen, für die Entwicklung/Herstellung von Massenvernichtungswaffen aber gleichwohl von elementarer Bedeutung sind. So hat das LG Stuttgart einen Angeklagten wegen des Förderns der Entwicklung chemischer Waffen gemäß § 18 Nr. 1 und 2, 20 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2, 21 KWKG verurteilt, weil er einem anderen Angeklagten geholfen hatte, eine Abgaswaschanlage – Anlage zur Reinigung von Abgasen, die bei der Herstellung chemischer Waffen anfallen – in Indien bauen, nach Libyen transportieren und dort aufstellen zu lassen.⁵⁷⁰ In einer weiteren Entscheidung⁵⁷¹ hatte das LG Stuttgart einen Angeklagten ebenfalls u.a. wegen (versuchten) Förderns der Herstellung einer Atomwaffe nach § 19 Abs. 1 Nr. 2 KWKG verurteilt, weil er ungenehmigt Röhren für Gasultrazentrifugen ausgeführt hatte, die in Nordkorea zum Bau von Gasultrazentrifugen verwendet werden sollten. In Gasultrazentrifugen wird Uran angereichert, das mit einem Anreicherungsgrad von mehr als 90% zum Atomwaffenbau benötigt wird. Dies ist ein typisches Beispiel dafür, wie weit das strafbare Handeln vom eigentlichen Waffenbau entfernt sein kann. Das OLG Stuttgart verurteilte am 16.10.2008⁵⁷² einen Angeklagten wegen des Förderns der Entwicklung von Atomwaffen. Das LG Mönchengladbach hat in seinem Urteil vom 13.6.2008⁵⁷³, in dem es um die in den Jahren von 1991 bis 1993

568 Holthausen a.a.O., S. 209, 210.

569 Ausführlich zur Entstehung und Auslegung der Fördertatbestände der §§ 19 und 20 KWKG: Holthausen, Dieter, Zum Tatbestand des Förderns in den neuen Strafvorschriften des Kriegswaffenkontrollgesetzes (§§ 16-21 KWKG), NJW 1991, 203 ff.

570 LG Stuttgart, Urteil vom 29.6.2001 – 6 KLS 144 Js 43314/94 = ZfZ 2001, 352 f. mit Anm. Ricke = wistra 2001, 436 ff. mit Anm. Kieninger; Bieneck, Klaus, Kriegswaffenkontrollstrafrecht weiterentwickelt, AW-Prax 2001, 349 ff.

571 Urteil des LG Stuttgart vom 28.5.2003 – 10 KLS 141 Js 2827/03, nicht veröffentlicht.

572 Urteil des OLG Stuttgart vom 16.10.2008 – 4 – 3 StE 1/07, www.juris.de.

573 Urteil des LG Mönchengladbach vom 13.6.2008 – 28 KLS 5/07 – nicht veröffentlicht: Das Urteil schließt an das Urteil des selben Gerichts vom 30.10.1997 – 12 KLS 4/97 (8) an, in dem die Mittäter – allerdings nur wegen Verstoßes gegen das AWG – bereits verurteilt worden waren. Dem erst im Jahre 2008 Verurteilten war die Flucht gelungen. Er stellte sich im Jahre 2006 freiwillig der deutschen Justiz.

erfolgte Ausfuhr eines Prozessleitungssystem und dazu gehöriger Güter für eine Chemiewaffenfabrik in Libyen ging, den Angeklagten wegen Förderns der Entwicklung von chemischen Waffen verurteilt.

Unter das Fördern i.S.d. §§ 19 bzw. 20 KWKG fallen nicht nur Handlungen, z.B. Exporte von Gütern, die für den Bau wesentlich – weil unverzichtbar – sind, wie z.B. das auf Waffengrädigkeit angereicherte Uran oder Plutonium, sondern auch Güter, die in irgendeiner Weise für die Entwicklung, Herstellung etc. verwendet werden sollen. So fallen beispielsweise darunter die Lieferung von Baumaterial für Fabriken, in denen Massenvernichtungswaffen hergestellt werden sollen, die Lieferung von Gegenständen, die mit dem unmittelbaren Produktionsbetrieb nichts zu tun haben (z.B. Entlüftungsanlagen, Wasseraufbereitungsanlagen, Fensterrahmen, Kleinteile für Anlagen usw.).⁵⁷⁴ Dies ist auch richtig so. Als Korrektiv für das objektive Geschehen dient das Erfordernis des direkten oder wenigstens bedingten Vorsatzes. Es wäre m.E. unerträglich, wenn die Behörden feststellen würden, dass Exporte für die Entwicklung, Herstellung etc. stattgefunden haben, dagegen aber nicht strafrechtlich einschreiten könnten. Genau diese Situation gab es vor Neufassung des KWKG im Jahre 1990, mit der die §§ 16 bis 20 eingefügt wurden.⁵⁷⁵ Der Irak hatte vor dem 2. Golfkrieg mit deutscher Hilfe in Samarra/Faludja Anlagen zur Herstellung von Giftgas errichtet.⁵⁷⁶ Die Ermittlungen wegen Errichtung der Gebäude mussten von der StA Darmstadt eingestellt werden, weil dies damals nicht strafbewehrt war.

Der Fördertatbestand bereitet aber auch in anderer Hinsicht Probleme:

Die Tathandlungen des Fördern und Verleitens in den §§ 19, 20 KWKG sind die zum selbständigen Delikt verselbständigten Teilnahmeformen der Beihilfe (§ 27 StGB) bzw. der Anstiftung (§ 26 StGB)⁵⁷⁷. Wer fördert oder verleitet, wird nicht als Gehilfe oder als Anstifter, sondern als Täter betrachtet. Fraglich ist jedoch, ob das Fördern einer in § 19 Abs. 1 KWKG (Atomwaffen) oder § 20 Abs. 1

574 Ausführlich zu dieser Thematik Pottmeyer, Klaus, Kriegswaffenkontrollgesetz (KWKG), 2. Aufl., §§ 16, 17 Rdn. 14; ders. in Wolfgang, Hans-Michael/Simonsen, Olaf (Hrsg.), AWR-Kommentar, §§ 16, 17 KWKG, Rdn. 7 und 8; Pathe, Helmut/Wagner, Jörg in Bieneck, Klaus (Hrsg.), Handbuch des Außenwirtschaftsrechts mit Kriegswaffenkontrollrecht, 2. Aufl. 2005, § 44 Rdn. 121 ff.

575 Ausführungsgesetz zu Art. 26 Abs. 2 des Grundgesetzes (Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen) – BGBl. I 1990, S. 2507 ff.

576 Bericht der Bundesregierung über legale und illegale Waffenexporte in den Irak und die Aufrüstung des Irak durch Firmen der Bundesrepublik Deutschland – BT-Drs. 12/487, S. 5 f.

577 Pathe, Helmut/Wagner, Jörg in Bieneck, Klaus (Hrsg.), Handbuch des Außenwirtschaftsrechts einschl. Kriegswaffenkontrollrecht, 2. Aufl. 2005, § 45 Rdn. 124; Beschluss des BGH vom 26.3.2009 – StB 20/08 – www.bundesgerichtshof.de.

KWKG (chemische und biologische Waffen) Handlung des Entwickelns, Herstellens etc., die diese Handlungen als selbständige Straftaten beschreiben, auch dann vorliegt, wenn die eigentliche Tat, die gefördert wird, sich noch im Vorbereitungsstadium befindet, oder ob der Straftatbestand des Fördern nur und erst dann erfüllt ist, wenn die Tat, die gefördert wird, wenigstens das Stadium des Versuchs erreicht hat⁵⁷⁸.

Des Weiteren muss berücksichtigt werden, dass die Entwicklung, Herstellung etc der weltweit geächteten Massenvernichtungswaffen im Geheimen geschieht. Im Unterschied zu den Rüstungsfirmen, die konventionelle Kriegswaffen herstellen und auf ihren Web-Seiten die Produkte zum Teil sehr detailliert beschreiben⁵⁷⁹, verbergen die Staaten, die nach Massenvernichtungswaffen streben, ihre Bemühungen äußerst geschickt und bestreiten zudem diese Bemühungen bis zuletzt. Nur ausnahmsweise werden die Erfolge dieser Bemühungen vor aller Welt sichtbar, so im Falle des Irak unter Saddam Hussein. Der Irak hatte – obwohl Unterzeichner des Atomwaffensperrvertrages⁵⁸⁰ – gleichwohl über Jahre ein geheimes Atomwaffenprogramm betrieben, das durch die Inspektionen der UNSCOM in den Jahren 1991 bis 1999 aufgedeckt wurde⁵⁸¹. Gleiches galt für die Herstellung von chemischen und biologischen Kampfstoffen. Auch hier hat-

578 So Urteil des LG Stuttgart vom 1.10.1996 – 8 KLs 47/96 –, ZfZ 1997, 134 ff. mit Anm. Ricke; ebenso Beschluss des OLG Stuttgart vom 22.5.1997 – 1 Ws 87/97 – = NStZ-RR 1998, 63; Bieneck, Klaus, Erneute Verurteilung wegen der Lieferung von Anlagenteilen für eine Chemiewaffenfabrik in Libyen, AW-Prax 1997, 62 ff (Besprechung des Urteils); Pathe, Helmut, a.a.O., Rdn. 125; a.A. LG Stuttgart, Urteil vom 19.6.2001 – 6 KLs 144 Js 43314/94 – = ZfZ 2001, 352 f. mit Anm. Ricke –, in dem das LG ausführt, dass „die grundsätzliche Akzessorietätsbindung der Unterstützungstat an die Haupttat, die hier im Herstellen von Giftgas bestehen würde, dass diese zumindest in das Versuchsstadium gelangt ist. Letzteres konnte jedoch nicht festgestellt werden. Es bleibt aber aus der selbständigen Versuchsstrafbarkeit des verbrecherischen Förderns der Herstellung einer Chemiewaffe heraus eine Strafbarkeit des Angeklagten wegen versuchten Förderns der Herstellung von Chemiewaffen nach §§ 20 Abs. 1 Nr. 2 KWKG, 22, 23 StGB. Dazu muß der Angeklagte zu geeigneten auf die Herstellung von Chemiewaffen gerichtete Förderhandlungen unmittelbar angesetzt haben. Der Angeklagte hat, wie festgestellt, nicht nur zu einer Fülle solcher Förderhandlungen angesetzt, sondern diese im Rahmen eines einheitlichen Tatgeschehens auch ausgeführt.“

579 Siehe z.B. die Web-Seite der indischen Defence Research and Development Organisation (DRDO) www.drdo.org.

580 Der Irak hat am 29.10.1969 die Beitrittsurkunde in Moskau hinterlegt – Bekanntmachung über das Inkrafttreten des Vertrages über die Nichtverbreitung von Kernwaffen vom 22.3.1976 Abschnitt III – BGBl. II, 552 ff. (553).

581 „Chronology of Main Events“ www.un.org/Depts/unscom/Chronology/chronology/frame.htm und „UNSCOM Main Achievements“ www.un.org/Depts/unscom/Achievements/achievements.htm

te der Irak geheime Programme betrieben und mit den produzierten Kampfstoffen Kriegswaffen wie Granaten etc. befüllt. Dieses äußerst geheime Vorgehen, das die Ermittlungsbehörden i.d.R. nicht bis zu den entsprechenden Produktionsstätten der Massenvernichtungswaffen vordringen lässt, führt zu erheblichen (Beweis-) Schwierigkeiten, nicht nur in den entsprechenden Strafprozessen⁵⁸², sondern auch für die präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung, die die Proliferation von Massenvernichtungswaffen verhindern soll. Sowohl für die Ermittlungen in den entsprechenden Strafverfahren als auch bei der Frage, ob Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass Personen Straftaten nach den Vorschriften des KWKG über Massenvernichtungswaffen vorbereiten (§ 23a Abs. 1 Satz 1 ZFdG), ist man in hohem Maße auf die Erkenntnisse der – in- und ausländischen – Nachrichtendienste angewiesen, die man äußerst kritisch prüfen muss. Sind diese Erkenntnisse aktuell, vollständig, in sich schlüssig, übereinstimmend mit evtl. bereits vorliegenden Erkenntnissen? Sind die Erkenntnisse als VS-Sache eingestuft? Handhabbar sind nur offene oder VS-NfD eingestufte Erkenntnisse. Den genauen Verwendungszweck eines Gutes, das ausgeführt werden soll, wird man häufig erst im Laufe einer Überwachungsmaßnahme durch die in der Überwachungsmaßnahme anfallenden Erkenntnisse feststellen können. Aber genau dazu dient die Überwachungsmaßnahme.

582 Siehe z.B. Urteil des LG Stuttgart vom 28.5.2004 – 10 KLs 141 Js 28271/03 – S. 54, in dem es um die ungenehmigte Ausfuhr von Aluminiumröhren zur Herstellung von Rezipienten für Gasultrazentrifugen ging, die nach Nordkorea exportiert werden sollten. Zur Zeit der Entscheidung war nicht sicher, ob Nordkorea neben dem Atomwaffenprogramm auf der Basis von Plutonium auch ein Atombombenprogramm auf der Basis der Hochanreicherung von Uran mit Gasultrazentrifugen betrieb. Der Angeklagte wurde deshalb u.a. wegen (untauglich) versuchten Verstoßes gegen das KWKG gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 Variante 1, 2b) und 2c) KWKG, §§ 22, 23 StGB verurteilt. Das Gericht führte dazu aus, „dass die Kammer ... nicht (hat) sicher feststellen können, dass die fraglichen Rohre nicht nur zur Herstellung von Kernwaffen bestimmt sein konnten, sondern dass sie dazu tatsächlich bestimmt waren. Hierzu hat sie sich angesichts der fehlenden Möglichkeit, in China oder Nordkorea umfassende Ermittlungen anzustellen, nicht in der Lage gesehen. Auch sind insoweit die wenig detaillierten Informationen des Sachverständigen und Zeugen Regierungsdirektor Dr. T. vom Bundesnachrichtendienst sowie der Zeugen Regierungsoberamtsrat S. und Regierungsdirektor K. vom Bundesamt für Verfassungsschutz nicht für eine solche Konkretisierung, wie sie zum Nachweis eines tauglichen Versuchs des Verstoßes gegen das Kriegswaffenkontrollgesetz erforderlich gewesen wäre, geeignet. Weil aber der Angeklagte T. diese Möglichkeit aufgrund der Information, die er durch den BAFA-Bescheid erhielt, zumindest billigend in Kauf nehmend in sein Wissen und Wollen aufgenommen hat, hält die Kammer einen untauglichen Versuch des Verstoßes gegen das Kriegswaffenkontrollgesetz für erwiesen.“

§ 23a Abs. 1 verweist auch auf § 19 Abs. 2 Nr. 2c KWKG und damit auf das strafverschärfende Tatbestandsmerkmal der erheblichen Gefährdung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland. Zur Problematik dieses Tatbestandsmerkmals siehe Ausführungen unter Teil 3 Abschnitt I. 2. b) cc) und Teil 3 Abschnitt III. 3. a) jj).

(2) Straftaten – konventionelle Kriegswaffen betreffend

Die präventive Überwachung bezieht sich jedoch nicht nur auf die Verhinderung von Straftaten des KWKG, die die Entwicklung, Herstellung etc. von Massenvernichtungswaffen zum Gegenstand haben, sondern auch auf die Straftaten, in denen es um konventionelle Kriegswaffen geht, also §§ 20a und 22a. Auch der ungenehmigte Export von konventionellen Kriegswaffen stellt eine erhebliche Gefahr für das friedliche Zusammenleben der Völker dar und kann die Außenpolitik der Bundesrepublik Deutschland in erheblichen Misskredit bringen. Konventionelles Großgerät wie Panzer und Kampfflugzeuge, aber auch und gerade die sog. „small arms and light weapons“ dürfen nicht in Kriegs- oder Spannungsgebiete geraten. Die Vereinten Nationen beschäftigen sich schon seit längerer Zeit mit den Kleinwaffen und leichten Waffen und versuchen, die Weiterverbreitung einzudämmen.⁵⁸³ Seit Ende des 2. Weltkrieges sind durch den Einsatz dieser Waffen weitaus mehr Menschen ums Leben gekommen, insbesondere in den Staaten Schwarzafrikas, als durch alle Einsätze von Massenvernichtungswaffen, einschließlich der Opfer der Atombombenabwürfe über Hiroshima und Nagasaki. Daher ist es gerechtfertigt, das Instrument der präventiven Überwachung auch anzuwenden, wenn es um Fälle des § 22a KWKG geht. Allerdings sind nicht alle Straftatbestände Taten, die durch die Überwachung nach § 23a Abs. 1 ZFdG verhindert werden können und sollen. Soweit es sich um Inlandstaten (§ 22a Abs. 1 Ziff. 1 und 3 KWKG) handelt, können entsprechende Vorbereitungshandlungen nicht Gegenstand der Überwachung sein. Erfasst werden die Fälle der ungenehmigten Ein-, Aus- und Durchfuhr oder Verbringung (§ 22a Abs. 1 Ziff. 4 KWKG), der ungenehmigte Transport auf Seeschiffen, die die Bundesflagge führen, oder mit Luftfahrzeugen, die in der Luftfahrzeugrolle der Bundesrepublik Deutschland eingetragen sind (§ 22a Abs. 1 Ziff. 5 KWKG), oder die ungenehmigte Vermittlung von Kriegswaffen (§ 22a Abs. 1 Ziff. 7 KWKG i.V.m. § 4a KWKG).

583 So beispielweise Resolution der Generalversammlung der VN vom 23.12.2003: „The illicit trade in small arms and light weapons in all its aspects“ oder die Resolution 1467 (2003) des Sicherheitsrates der VN vom 18.3.2003, mit der die Deklaration „Proliferation of small arms and light weapons and mercenary activities: threat to peace and security in West Africa“ angenommen wurde; www.un.org.

Bei der ungenehmigten Vermittlung von Kriegswaffen handelt es sich um die Vermittlung von Kriegswaffen, die sich im Ausland befinden, für einen Käufer/Empfänger in einem anderen Ausland. „Ausland“ i.S.d. § 4a KWKG sind nicht nur die sog Drittstaaten i.S.d. europäischen Rechts (Staaten außerhalb der EG/EU), sondern auch die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften/der Europäischen Union. Die Vermittlungshandlung muss mindestens zum Teil von deutschem Staatsgebiet erfolgen. Kriegswaffenrechtliche Genehmigungsbehörde ist das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, da es sich beim Kriegswaffenkontrollrecht um nationales deutsches Recht handelt. Für den Fall der Ausfuhr bzw. des Verbringens derartiger Kriegswaffen bedarf es zugleich der vom BAFA zu erteilenden außenwirtschaftsrechtlichen Ausfuhrgenehmigung. Bei dem Straftatbestand der Vermittlung von Kriegswaffen nach § 22a Abs. 1 Ziff. 7 i.V.m. § 4a KWKG ist es im Einzelfall schwierig, einerseits straflose Vorbereitungshandlungen vom strafbaren Versuch oder der Vollendung des § 22a Abs. 1 Ziff. 7 i.V.m. § 4a KWKG abzugrenzen, andererseits straflose Vorbereitungshandlungen/strafbare Versuchshandlungen des § 22a Abs. 1 Ziff. 6 i.V.m. § 4a KWKG von der Vorbereitung eines Verbrechens – § 30 StGB – abzugrenzen⁵⁸⁴. Für die Zulässigkeit der präventiven Überwachung ist es ausreichend aber auch notwendig, dass Tatsachen vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, dass die zu überwachende Person/das zu überwachende Unternehmen Vorbereitungen trifft, derartige Vermittlungen vorzunehmen. I.d.R. wird sich dies aus einer bereits laufenden präventiven oder repressiven Telekommunikationsüberwachung ergeben.

Bezugsstraftaten sind darüber hinaus die besonders schweren Fälle nach § 22a Abs. 2 KWKG, die dann gegeben sind, wenn der Täter in den Fällen des § 22a Abs. 1 Nr. 4 und 7 KWKG gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt. Wenngleich sich § 23a Abs. 1 auf den kompletten § 22a Abs. 2 KWKG bezieht, dürften die schweren Fälle des § 22a Abs. 1 bis 3, Nr. 6 KWKG als Bezugstaten des § 23a Abs. 1 ausscheiden.

Bis zur Neuregelung der präventiven Telekommunikations- und Postüberwachung durch das NTPG waren die Strafvorschriften gegen Antipersonenminen (§ 20a KWKG) keine Bezugstaten für die präventive Überwachung nach der Vorgängerregelung der §§ 39 ff. AWG. Die Antipersonenminen sind durch das „Übereinkommen über das Verbot des Einsatzes, der Lagerung, der Herstellung und der Weitergabe von Antipersonenminen und über deren Vernichtung“, das

584 Zum Beispiel Urteil des BGH vom 9.6.1988 – 1 StR 225/88, = NJW 1988, 3109 f.; Beschluss des BGH vom 17.2.1989 – 3 StR 468/88, = ZfZ 1989, 214 f.; Beschluss des OLG Düsseldorf vom 19.1.1993 – 1 Ws 10/93, = ZfZ 1994, 345 ff.; Urteil des BGH vom 13.11.2008 – 3 StR 403/08 – www.bundesgerichtshof.de.

von der Bundesrepublik Deutschland unterschrieben und ratifiziert wurde,⁵⁸⁵ weltweit geächtet. Das NTPG hat durch die Aufnahme des § 20a KWKG in den Straftatenkatalog des § 23a Abs. 1 ZFdG diese Lücke geschlossen.

bb) Abwehr von Gefahren für die öffentlichen Sicherheit oder Ordnung (§ 23a Abs. 3)

§ 23a Abs. 3 erweitert den Anwendungsbereich der Überwachungsmaßnahmen über den KWKG-Bereich hinaus auf die Fälle, in denen der ungenehmigte Export von

- Waffen i.S.d. Waffengesetzes, Munition und Rüstungsgütern unterhalb der Kriegswaffen (Nr. 1),
- Gütern für die Wartung, Lagerung und den Einsatz von ABC-Waffen (Nr. 2) oder
- Gütern für die Entwicklung, Herstellung, Wartung, Lagerung und zum Einsatz von Flugkörpern für ABC-Waffen (Nr. 3) oder von
- zivilen kerntechnischen Gütern in bestimmte Länder⁵⁸⁶

vorbereitet wird.

Diese Erweiterungen auf Güter, die den Vorschriften des AWG unterliegen, waren nötig, weil die Bezugsstraftaten des Abs. 1 (Straftatbestände des KWKG) trotz der Erfassung aller konventionellen Kriegswaffen in den §§ 20a, 22a KWKG und trotz der weiten Fassung der Fördertatbestände der §§ 19 und 20 KWKG nicht das abdecken, was nach überwiegender Meinung der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten abgedeckt werden soll. Ob allerdings die Erweiterung auf zivile kerntechnische Güter, die erst im Jahre 2007 erfolgt ist, erforderlich ist, erscheint fraglich (s.u.).

Ferner muss es, wenn man schon auf beide Elemente abhebt, richtigerweise heißen, dass Personen die öffentlichen Sicherheit oder Ordnung erheblich gefähr-

585 Gesetz zum Übereinkommen über das Verbot des Einsatzes, der Lagerung, der Herstellung und der Weitergabe von Antipersonenminen und über deren Vernichtung vom 30.4.1998 – BGBl. II, S. 778 – in Anschluss daran der Text des Übereinkommens in englischer, französischer und deutscher Sprache – ATP Convention (Mine-Ban Convention), www.un.org; Publikation des Auswärtigen Amts, Weltweite Ächtung von Antipersonenminen – Der Vertrag von Ottawa – Eine Herausforderung für die Zukunft, www.auswaertiges-amt.de.

586 Art. 1 Nr. 13 des Gesetzes zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze vom 12.6.2007 – BGBl. I, S. 1037 ff. (1039).

den⁵⁸⁷. Denn der Gesetzgeber wollte wohl kaum ein kumulatives Vorliegen von öffentlicher Sicherheit und öffentlicher Ordnung, sondern – wie auch in den anderen Polizeigesetzen – ein alternatives Vorliegen.

(1) Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung

§ 23a Abs. 3 weicht ganz entscheidend vom Regierungsentwurf⁵⁸⁸ ab. Aus einer Vorschrift zur Verhinderung von bestimmten Straftaten des AWG ist eine Vorschrift zur Gefahrenabwehr geworden, die keinen Bezug mehr auf die Straftatbestände des AWG nimmt. Der Gesetzgeber verwendet – sprachlich etwas abgewandelt – die polizeiliche Generalklausel „Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung“. Zum Begriff im Einzelnen siehe Teil 2 Abschnitt 2. Wegen der verfassungsrechtlichen Problematik des Begriffs der „öffentlichen Ordnung“ – siehe im Einzelnen Teil 2 Abschnitte II. 1. b) – sollte man auf diesen Begriff verzichten und sich mit dem Begriff der „öffentlichen Sicherheit“ begnügen. Auch auf das Erfordernis der Erheblichkeit der Gefahr sollte verzichtet werden, denn wer so handelt, wie es in der Folge der § 23a Abs. 3 beschreibt, bewirkt eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit. Es muss sich um eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit handeln. Eine konkrete Gefahr liegt dann vor, wenn eine Sachlage vorliegt, bei der im einzelnen Falle die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit [oder Ordnung] eintreten wird⁵⁸⁹. Zu den Gefahrenbegriffen im Polizeirecht siehe Teil 2 Abschnitt II. 2.

Der Gesetzgeber wollte mit dieser Neufassung der Forderung des BVerfG im Beschluss vom 3.3.2004 Rechnung tragen, die unbestimmten Rechtsbegriffe der erheblichen Gefährdung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland und die kaskadenartigen Verweisungen in den Strafvorschriften des AWG zu vermeiden. Gleichwohl mangelt es dieser Vorschrift noch an Übersichtlichkeit und Verständlichkeit.

587 Kutscha, Martin, Thesen zur Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 25.4.2007 betr. Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes u.a., Ziff. 4.

588 Gesetzentwurf der Bundesregierung – BT-Drs. 15/3931, S. 13 ff.; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drs. 15/3931, 15/4237 – vom 1.12.2004 – BT-Drs. 15/4416.

589 So beispielsweise die Legaldefinition in § 3 Nr. 3a SOG LSA oder – gleichlautend – in § 2 Nr. 1 a) Nds. SOG.

Daher soll zunächst die geltende Vorschrift in ihrer Struktur skizziert werden:

Erhebliche Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und [richtig: oder] Ordnung durch Vorbereitung der Ausfuhr

- von Waffen, Munition und [hier müsste es „oder“ heißen] Rüstungsmaterial einschließlich darauf bezogener Herstellungsausrüstung und Technologie sowie von Gütern, die geeignet sind und von denen auf Grund von Tatsachen angenommen werden kann, dass sie ganz oder teilweise für eine militärische Endbestimmung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 Satz 2 der EG-Dualuse-VO oder im Sinne von § 5c AWW bestimmt sind, wenn
 - diese Waffen etc. für die Verwendung in einem Staat bestimmt sind, der sich in einem internationalen oder nicht internationalen bewaffneten Konflikt befindet oder in dem die dringende Gefahr eines solchen Konflikts besteht, oder
 - gegen das Käufer- oder Bestimmungsland oder gegen den Empfänger der Güter ein Waffenembargo verhängt wurde und dieses Waffenembargo im BANZ veröffentlicht ist, oder
 - das Käufer- oder Bestimmungsland ein Land der Länderliste K (Anlage zur AWW) ist, oder
 - durch die Lieferung der Güter die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeigeführt wird [richtig: „herbeigeführt werden könnte“, denn das soll ja gerade durch die Überwachung verhindert werden]
- von Gütern, die geeignet und bestimmt sind, einen erheblichen Beitrag zur Entwicklung, Herstellung, Wartung, Lagerung oder zum Einsatz von Atomwaffen, biologischen oder chemischen Waffen zu leisten
- von Gütern, die geeignet und bestimmt sind, einen erheblichen Beitrag zur Entwicklung, Herstellung, Wartung, Lagerung oder zum Einsatz von Flugkörpern für Atomwaffen, biologischen oder chemischen Waffen zu leisten, oder
- von Gütern, die bestimmt sind, einen erheblichen Beitrag zur Errichtung, zum Betrieb einer oder zum Einbau in eine Anlage für kerntechnische Zwecke im Sinne der Kategorie 0 des Teil I Abschnitt C der Ausfuhrliste zu leisten und das Käufer- oder Bestimmungsland Algerien, Indien, Irak, Iran, Israel, Jordanien, Libyen, Nordkorea, Pakistan oder Syrien ist,

wobei die sich in Vorbereitung befindende Ausfuhr erfolgen soll

- ohne die nach § 5, 5c oder 5d der AWW oder Art. 3 oder 4 EG-Dual-use-VO erforderliche Ausfuhrgenehmigung oder
- ohne die nach Art. 4 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 oder 2 der EG-Dual-use-VO erforderliche Entscheidung des BAFA.

(2) Güter, deren Ausfuhr verhindert werden soll

Waffen, Munition und Rüstungsmaterial einschließlich darauf bezogener Herstellungsausrüstung und Technologie sowie bestimmte nicht gelistete Dual-use-Güter

Mit „Waffen, Munition und Rüstungsmaterial“ sind die Güter gemeint, die in der Ausfuhrliste Teil I Abschnitt A aufgeführt sind. Es handelt sich bei diesen Gütern um Güter, die zum Teil auch von der KWL erfasst werden, darüber hinaus aber um Güter, die Teil einer Kriegswaffe gewesen sind, selbst aber keine Kriegswaffeneigenschaft haben, sowie insbesondere um Güter, mit denen (Kriegs-)Waffen hergestellt werden. Wenn sich die Waffen-/Kriegswaffeneigenschaft nicht schon aus der Bezeichnung selbst ergibt, ist kennzeichnend für den militärischen Charakter des Gutes insbesondere die Formulierung „besonders konstruiert für militärische Zwecke“ oder der Zusatz „militärisch“ (Beispiel militärische Explosivstoffe – 0008).

Vorgänge der Vergangenheit haben gezeigt, wie notwendig es ist, auch den ungenehmigten Export von insbesondere Bestandteilen von konventionellen Kriegswaffen, die selber keine Kriegswaffeneigenschaft mehr haben, zu verhindern. Hier gab es vor allem Fälle, in denen dieses Material in Spannungs- oder gar Kriegsgebiete Schwarzafrikas exportiert worden ist bzw. exportiert werden sollte. Typisches Beispiel für solche Güter sind Panzermotoren, Laufräder und Ketten, die als solche oder nach Ausbau nicht selbst Kriegswaffe sind, anders als beispielsweise der Turm eines Kampfpanzers (KWL Teil B IV Nr. 28). In der Bundesrepublik Deutschland wird von der Bundeswehr und den in Deutschland stationierten Streitkräften permanent Rüstungsmaterial in großem Umfang ausgemustert. Dieses Material wird demilitarisiert. Die so gewonnenen Einzelteile einer Kriegswaffe haben – von Ausnahmen abgesehen wie dem Turm eines Kampfpanzers, der Turbine eines Kampfflugzeuges – keine Kriegswaffeneigenschaft, können aber durchaus wieder zu Kriegswaffen zusammengebaut oder in Kriegswaffen eingebaut werden.

Besondere Bedeutung hat auch der große Bereich der Ausrüstung und Technologie für die Herstellung von Waffen/Kriegswaffen, erfasst in Pos. 0018 der AL Teil I Abschnitt A. Es ist von besonderer politischer Bedeutung und ggf. Brisanz, wenn sich Beschaffungsbemühungen bestimmter Länder auf diese Herstel-

lungstechnik richten. Wenn schon die Lieferung von Waffen/Kriegswaffen unter besonders kritischer Beobachtung stehen muss, dann erst recht die Lieferung von Herstellungstechnik wie Werkzeugmaschinen bis zur Lieferung von kompletten Anlagen zur Herstellung von konventionellen (Kriegs-)Waffen und Munition. Hier handelt es sich nicht um Dual-use-Güter, sondern die Güter müssen für die Herstellung der Waffen/Kriegswaffen besonders konstruiert sein. Allerdings sind durch den Verweis auf § 5c AWV auch nicht gelistete Dual-use-Güter erfasst, wenn die Voraussetzungen des § 5c AWV vorliegen.

Art. 1 Nr. 13 des Gesetzes zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze vom 12.06.2007⁵⁹⁰ ergänzt § 23a Abs. 3 Nr. 1: danach sind auch Fälle, in denen es um die vorbereitete Ausfuhr von nicht gelisteten Dual-use-Gütern geht, Fälle, in denen eine Überwachung stattfinden kann, wenn die Güter geeignet sind und man auf Grund von Tatsachen auch annehmen kann, dass sie ganz oder teilweise für eine militärische Endbestimmung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 Satz 2 der EG-Dual-use-VO bestimmt sind.

Um eine Überwachungsmaßnahme begründen zu können, reicht es allerdings nicht aus festzustellen, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass jemand die Ausfuhr der in Nr. 1 aufgeführten Güter vorbereitet. Hinzukommen muss, dass die Ausfuhr der Güter in ein bestimmtes Land (Abs. 3 Nr. 1 a, b oder c) erfolgen soll oder dass durch die Lieferung die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeigeführt wird (Abs. 3 Nr. 1 d). Diese Einschränkung ist erforderlich, um von vornherein solche Fälle von einer Überwachungsmaßnahme auszuschließen, in denen es zwar um eine ungenehmigte Ausfuhr derartiger Güter geht, die Ausfuhr der genehmigungspflichtigen Güter aber aufgrund des Bestimmungslandes und des Endempfängers genehmigungsfähig ist.

Die Formulierung des § 23a Abs. 3 Nr. 1 ist – auch nach der jüngsten Ergänzung – nur schwer zu durchschauen und erfüllt m.E. nur unzureichend den Auftrag des BVerfG an den Gesetzgeber, eine klare und gut verständliche Vorschrift zu schaffen. Man kommt in diesem Rechtsgebiet nicht ohne Verweisungen aus. Diese Verweisungen müssen aber systematisch gesetzt werden. Wenn man von militärischen Gütern (= Waffen, Munition und Rüstungsmaterial einschließlich der darauf bezogenen Herstellungsausrüstung und Technologie) spricht, sollte man auch die entsprechende Rechtsgrundlage nennen: AL Teil I Abschnitt A., wie man ja auch die Rechtsgrundlage für die Dual-use-Güter, die militärisch verwendbar sind und von denen auf Grund von Tatsachen angenommen werden kann, dass sie militärisch verwendet werden sollen (§ 5c AWV

590 BGBl. I, S. 1037 ff. (1039).

bzw. Art. 4 EG-Dual-use-VO), nennt. Im Vordergrund müssen die eindeutig militärischen Güter stehen, danach sollte man auf die Dual-use-Güter, die militärisch verwendet werden können und sollen, mit ihrer jeweiligen Rechtsgrundlage eingehen.

Es reicht für die Zulässigkeit der Überwachung aber allein noch nicht aus, dass die in Nr. 1 genannten Güter ausgeführt werden sollen. Hinzukommen muss noch

- eine bestimmte Verwendung im vorgesehenen Bestimmungsland (§ 23a Abs. 3 Nr. 1 a), oder
- das Bestehen eines Waffenembargos im Käufer- oder Bestimmungsland bzw. gegenüber dem Empfänger der Güter (§ 23a Abs. 3 Nr. 1 b), oder
- dass es sich bei dem Käufer- oder Bestimmungsland ein Land der Länderliste K handelt (§ 23a Abs. 3 Nr. 1 c), oder
- dass durch die Lieferung der Güter die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeigeführt werden könnte (§ 23a Abs. 3 Nr. 1 d).

Güter, bestimmt für die Verwendung in einem Staat, der sich in einem internationalen oder nicht internationalen bewaffneten Konflikt befindet

Mit der Überwachungsmaßnahme sollen beabsichtigte Ausfuhren erkannt und unterbunden werden, die in Kriegs- oder Bürgerkriegsgebiete erfolgen sollen. Die gewählte Formulierung „für die Verwendung in einem Staat bestimmt, der sich in einem internationalen oder nicht internationalen Konflikt befindet“, greift Begriffe des Völkerstrafgesetzbuches⁵⁹¹ auf. Damit sind zum einen Kriege bzw. sonstige Formen von mit Waffengewalt ausgetragenen Auseinandersetzungen zwischen zwei oder mehr Staaten bzw. Konflikte gemeint, in denen Streitkräfte innerhalb eines Staates gegen organisierte bewaffnete Gruppen oder Gruppen untereinander kämpfen, sofern die Kampfhandlungen von einer gewissen Dauer sind.⁵⁹² Es reicht allerdings schon aus, dass die dringende Gefahr eines solchen Konfliktes besteht. Hier ist an Länder des Nahen Ostens zu denken oder an Länder in Schwarzafrika wie z.B. Äthiopien und Eritrea in ihrem Verhältnis zueinander. Da gefordert wird, dass die dringende Gefahr eines solchen

591 Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches vom 26.6.2002 – BGBl. I, S. 2254 ff., – Art. 1: Völkerstrafgesetzbuch (VStGB).

592 Siehe auch Begründung des Reg.-Entwurfs – BT-Drs. 15/393, S. 14 linke Spalte –, die ihrerseits auf den Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches – BT-Drs. 14/8524, S. 25 – verweist.

Konfliktes bestehen muss, ist die latente Gefahr nicht ausreichend. Abzustellen ist auf die konkrete Situation. Die dringende Gefahr eines solchen Konfliktes besteht m.E. dann, wenn von einer Seite oder von beiden mit Krieg gedroht wird. Dies muss objektiv wahrnehmbar sein, beispielsweise aufgrund von Medienberichten.

Güter, bestimmt für ein Land oder für einen Empfänger, gegen den ein Waffenembargo verhängt worden ist

Mit der Überwachungsmaßnahme sollen ferner Ausfuhren von Waffen, Munition und Rüstungsgütern erkannt und verhindert werden, wenn gegen das Käufer- oder Bestimmungsland oder den Empfänger der Güter ein Waffenembargo aufgrund eines GASP-Beschlusses oder einer UN-Sicherheitsrats-Resolution verhängt und dies vom BMWi im BAnz. veröffentlicht worden ist.⁵⁹³ In der Regel werden Waffenembargos gegen Staaten verhängt, ausnahmsweise gegen Organisationen, die damit „Empfänger“ im Sinne dieser Vorschrift sind. So hatte der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen mit Resolution 864(1993) ein Waffenembargo gegen die in Angola kämpfende Bürgerkriegspartei UNITA erlassen – mittlerweile durch UN-Sicherheitsrats-Resolution aufgehoben. Über Bestehen und Änderungen von (Waffen-)Embargos unterrichten auch entsprechende Merkblätter des BAFA⁵⁹⁴, die über das Internet einsehbar sind.

Güter, bestimmt für ein Land der Länderliste K

Mit der Überwachungsmaßnahme sollen des Weiteren Ausfuhren von Waffen, Munition und Rüstungsgütern erkannt und verhindert werden, die in ein Land der Länderliste K ohne die erforderliche Genehmigung erfolgen sollen. Die Länderliste K ist Anlage zur AWW. Sie enthält derzeit (September 2009) nur noch folgende Länder:

- Kuba
- Syrien.

Durch die 77. VO zur Änderung der AWW vom 18.12.2006⁵⁹⁵ sind die Länder „Libanon“ und „Nordkorea“ in der Länderliste K gestrichen, da durch das Em-

593 Runderlass Außenwirtschaft Nr. 3/2006 Ausfuhr; bestehende Waffenembargos – vom 26.1.2006 – BAnz. Nr. 21 vom 31.1.2006; Runderlass Außenwirtschaft Nr. 11/2009 Ausfuhr; bestehende Waffenembargos vom 20.11.2009 – BAnz. Nr. 189 vom 15.12.2009, S. 4197.

594 www.ausfuhrkontrolle.info/ausfuhrkontrolle/de/arbeitshilfen/merkblaetter/merkblatt_embargo.pdf – Stand: 15.9.2009.

595 77. VO zur Änderung der AWW vom 18.12.2006 – BAnz Nr. 240 vom 21.12.2006, S. 7347.

bargo für Rüstungsgüter gegenüber Libanon und Nordkorea die Ausfuhr nicht gelisteter Güter, die für die militärische Endverwendung in diesen Ländern bestimmt sein können, nach Art. 4 Abs. 2 und Abs. 4 der EG-Dual-use-Verordnung unterbunden werden. Durch die 80. Verordnung zur Änderung der AWW vom 16.8.2007 wurden auch die Länder „Iran“ und „Mosambik“ gestrichen⁵⁹⁶, da gegenüber dem Iran ein Waffenembargo besteht. Die Streichung „Mosambik“ erfolgte begründungslos, dürfte aber darauf zurückzuführen sein, dass der Bürgerkrieg seit einigen Jahren beendet ist.

Die Länderliste K ist als Anlage zur AWW im BAnz. veröffentlicht.⁵⁹⁷ Sie ist – wie auch alle anderen Vorschriften des nationalen Außenwirtschaftsrechts, wie AWG, AWW und AL, sowie des EG-Rechts, z.B. die wichtige Dual-use-VO – ohne jegliche Schwierigkeiten über das Internet einsehbar,⁵⁹⁸ sodass das Argument, man habe nicht gewusst, welche Länder als Länder der Liste K anzusehen seien, keine Rechtfertigung darstellt. Jeder, der am Außenwirtschaftsverkehr teilnimmt, hat die Verpflichtung, sich umfassend und aktuell zu informieren. An die Sorgfaltspflicht eines Außenhandelskaufmanns sind strenge Maßstäbe zu stellen.⁵⁹⁹ Einen unvermeidbaren Verbotsirrtum wird man daher nur selten feststellen können.

Güter, durch deren Lieferung die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeigeführt wird

Eine Überwachungsmaßnahme soll ebenfalls möglich sein, wenn jemand Waffen, Munition, Rüstungsgüter etc. i.S.d. § 23a Abs. 1 Nr. 1 ohne die erforderliche Genehmigung ausführen will und die Ausfuhr die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeiführen würde. Mit „äußere Sicherheit“ ist nicht nur die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland selbst gemeint, sondern auch die Sicherheit der Bündnisse, denen die Bundesrepublik Deutschland angehört.⁶⁰⁰

596 80. Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 16.8.2007 – BAnz. Nr. 155 vom 21.8.2007, S. 7279.

597 51. VO zur Änderung der AWW vom 30.8.2000 – BAnz. Nr. 176 vom 16.9.2000, S. 18577.

598 www.ausfuhrkontrolle.info/ausfuhrkontrolle/de/vorschriften/laenderlisten/laenderliste_k.pdf. – Stand: 16.8.2007.

599 OLG Hamm in ZfZ 1971, 340 ff.; OLG Düsseldorf in ZfZ 1968, 20 f.; OLG Frankfurt a.M. in ZfZ 1966, 338 ff.; OLG Hamm in ZfZ 1978, 374 f.

600 BT-Drs. 15/3931, S. 14.

Güter zur Entwicklung etc. von ABC-Waffen

Obwohl über Abs. 1 bereits Überwachungsmaßnahmen zulässig sind, um Straftaten nach § 19 KWKG – Entwicklung etc. von Atomwaffen – und § 20 KWKG – Entwicklung von chemischen und biologischen Waffen – und entsprechende Förderungshandlungen zu verhindern, erscheint Abs. 3 Nr. 2 gleichwohl notwendig. Die Formulierung der Nr. 2 jedoch ist m.E. nicht geglückt und infolgedessen änderungsbedürftig. Die Straftatbestände der §§ 19 und 20 KWKG enthalten als Tatbestandsmerkmale das Entwickeln, Herstellen, Handel-Treiben, Erwerben, Überlassen, Ein-, Aus-, Durchführen und Verbringen sowie Gewalt-Ausüben im Hinblick auf Atomwaffen bzw. biologische und chemische Waffen. Das Fördern bezieht sich auf diese und nur auf diese Handlungen. Art. 4 der EG-Dual-use-VO verwendet demgegenüber die Handlungen „entwickeln, herstellen, handhaben, betreiben, warten, lagern, orten, identifizieren oder verbreiten“. Soweit die Begriffe identisch sind, genügt m.E. die Regelung durch Abs. 1; im Übrigen bedarf es des Abs. 3 Nr. 2, um Lücken zu vermeiden. Die Formulierung „Güter, die ganz oder teilweise geeignet sind“ sollte neu gefasst werden. Güter sind entweder geeignet zur Herstellung etc. von ABC-Waffen oder sie sind es nicht. Das ursprüngliche Erfordernis, dass die Güter einen wesentlichen Beitrag leisten, ist im Rahmen der Novellierung 2007 gestrichen worden. Das Wort „wesentlich“ verursacht von vornherein Auslegungsprobleme. Ist als wesentlich nur anzusehen, was unverzichtbar ist, was zwingend notwendig ist für die Entwicklung etc. von ABC-Waffen, sodass, wenn dieses Gut fehlt, die Massenvernichtungswaffe nicht entwickelt, hergestellt usw. werden kann? Oder genügt es schon, ist andererseits aber auch erforderlich, dass das Gut einen maßgeblichen Beitrag zur Entwicklung, Herstellung etc. leistet, die Massenvernichtungswaffe aber auch ohne das Gut entwickelt, hergestellt etc. werden kann? M.E. ist es nicht hinnehmbar und muss infolgedessen verhindert werden, dass jemand in Kenntnis der beabsichtigten Verwendung seines Gutes für die Entwicklung, Herstellung etc. von Massenvernichtungswaffen auch nur geringwertige, unbedeutende Güter exportiert. Das Gesetz zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze vom 16.6.2007⁶⁰¹ geht jedoch nicht so weit. Der unbestimmte Rechtsbegriff „wesentlich“ ist durch den unbestimmten Rechtsbegriff „erheblich“ ersetzt worden.⁶⁰² Zur Begründung wird ausgeführt, die Eingriffsschwelle „erhebliche Beiträge“ schließe zum einen Bagatelbeiträge aus, eröffne dem Zollkriminalamt jedoch einen angemessenen Ermessensspielraum zum Schutz der gefährdeten Rechtsgüter.⁶⁰³

601 BGBl. I, S. 1037 ff.

602 a.a.O., S. 1039.

603 BT-Drs. 16/4663, S. 15.

Güter zur Entwicklung etc. von Flugkörpern für ABC-Waffen

Das KWKG enthält in den §§ 19 und 20 zwar Strafvorschriften, die die ABC-Waffen als Massenvernichtungswaffen betreffen, es fehlt jedoch eine vergleichbare Vorschrift, die das Entwickeln, Herstellen etc. von Mittel- und Langstreckenraketen (Trägerraketen) betrifft. § 22a i.V.m. der KWL Teil B I – Flugkörper – deckt den Bereich bei weitem nicht ab.

Gerade die Entwicklung und Herstellung von Mittel- und Langstreckenraketen macht den Besitz von ABC-Waffen besonders gefährlich, denn der betreffende Staat ist dann in der Lage, weit vom eigenen Territorium und ohne Gefährdung seiner selbst diese Waffen einzusetzen. Unter politischen Aspekten genügt sogar die Drohung.

Nr. 3 ist daher in vollem Umfang notwendig. Allerdings ist m.E. auch hier – aus denselben Gründen – die Formulierung nicht geglückt und sollte geändert werden: Güter sind geeignet oder sie sind nicht geeignet zur Entwicklung, Herstellung etc. von Flugkörpern für ABC-Waffen. Jede Ausfuhr von Gütern, die zur Entwicklung, Herstellung etc. von Flugkörpern für Massenvernichtungswaffen bestimmt sind, muss unterbunden werden.

Zivile kerntechnische Güter

Ursprünglich enthielt § 23a Abs. 3 nur die Nrn. 1 bis 3. Art. 1 Nr. 13 des Gesetzes zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze vom 12.06.2007⁶⁰⁴ hat die Anwendung der Überwachung auf den Fall erweitert, dass die ungenehmigte und nicht genehmigungsfähige Ausfuhr ziviler Kerntechnik in bestimmte Länder vorbereitet wird (§ 23a Abs. 3 Nr. 4). Auch hier wird wieder die Formulierung verwendet, dass die betreffenden Güter „ganz oder teilweise“ geeignet sein müssen, sodass auch hier dieser Zusatz „ganz oder teilweise“ gestrichen werden sollte. Die bloße Eignung genügt allerdings nicht, sondern diese Güter müssen auch bestimmt sein, einen erheblichen Beitrag zur Errichtung etc. einer Anlage für kerntechnische Zwecke zu leisten. Grund für diese Erweiterung dürften Strafverfahren sein, in denen es um die ungenehmigte und nicht genehmigungsfähige Ausfuhr von Gütern für das iranische Kernkraftwerk in Busher ging. Die Auswahl der Käufer- oder Bestimmungsländer erscheint allerdings willkürlich⁶⁰⁵. Darüber hinaus sollte eine Überwachung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit nur dann zulässig sein, wenn die Gefahr der Proliferation von (Massenvernichtungs-)Waffen besteht. Dies ist bei der Ausfuhr

604 BGBl. I, S. 1037 ff. (1038/1039).

605 Bei diese Aufzählung handelt es sich um dieselbe Aufzählung von Ländern wie in § 5d Abs. 1 AWV.

von Gütern zur Errichtung, zum Betrieb einer oder zum Einbau in eine Anlage für kerntechnische Zwecke häufig nicht der Fall. Die Proliferationsgefahren im Hinblick auf A-Waffen sind m.E. hinreichend durch § 23a Abs. 1 und durch die Nummern 2 und 3 des § 23a Abs. 3 abgedeckt. Darüber hinaus dürfte es in diesen Fällen nicht ohne weiteres feststellbar sein, dass es sich um nicht genehmigungsfähige Güter handelt.

(3) Ausfuhr ohne die erforderliche Genehmigung bzw. Entscheidung des BAFA

Eine Überwachung ist darüber hinaus nur zulässig, wenn die vorbereitete Ausfuhr der unter § 23a Abs.3 Nr. 1 bis 4 genannten Güter ohne die erforderliche Genehmigung bzw. ohne die erforderliche Entscheidung des BAFA erfolgen soll. Da eine entsprechende Genehmigung bzw. Entscheidung des BAFA noch unmittelbar vor der Ausfuhrabfertigung durch das Ausgangszollamt erfolgen kann, die Überwachung jedoch vorher beginnen muss, soll sie Sinn machen, muss das ZKA bereits im Rahmen der Berichterstattung an das BMF eine Prognose stellen, ob der Ausführer einen Genehmigungsantrag stellen bzw. eine Entscheidung des BAFA einholen wird. Das erste Kriterium im Rahmen der Prognose liegt darin festzustellen, ob das Gut überhaupt genehmigungspflichtig ist. Die Genehmigungspflicht ergibt sich bei den sog. gelisteten Gütern aus § 5 AWV i.V.m. der AL Teil I Abschnitt A und Abschnitt B bzw. aus Art. 3 Dual-use-VO i.V.m. Anhang I. Bei nicht gelisteten Gütern ergibt sich die Genehmigungspflicht aus den §§ 5c, 5d AWV bzw. aus Art. 4 der Dual-use-VO. Das nächste Kriterium liegt darin, festzustellen, ob das ausfuhrgenehmigungspflichtige Gut genehmigungsfähig ist. Liegt eine der in § 23a Abs. 3 Nr. 1, 2 oder 3 aufgeführten Konstellationen vor, so kann man sagen, dass das auszuführende genehmigungspflichtige Gut mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bzw. mit Sicherheit nicht ausfuhrgenehmigungsfähig ist. Denn die Genehmigungsbehörde wird, wenn sie die Genehmigungsvorschriften und die Politischen Grundsätze der BReg für den Export von Kriegswaffen und sonstigen Rüstungsgütern⁶⁰⁶ beachtet, nicht den Export von Waffen etc. genehmigen,

- die für ein Kriegs- oder Bürgerkriegsgebiet bestimmt sind,
- die für ein Land bestimmt sind, gegen das ein Waffenembargo verhängt ist,
- die für ein Land der Länderliste K bestimmt sind,

606 Politische Grundsätze der BReg für den Export von Kriegswaffen und sonstigen Rüstungsgütern vom 19.1.2000 – www.ausfuhrkontrolle.info/ausfuhrkontrolle/de/krwaff-kontrg/bekanntmachungen/grundsatz_politisch.pdf.

- wenn dadurch die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeigeführt wird,
- die zur Entwicklung etc. von ABC-Waffen bestimmt sind oder
- die zur Entwicklung etc. von Flugkörpern für ABC-Waffen bestimmt sind.

Sowohl im Hinblick auf die Frage der Genehmigungspflichtigkeit als auch im Hinblick auf die Frage der Genehmigungsfähigkeit entscheidet das ZKA erst nach entsprechender Stellungnahme durch die Genehmigungsbehörde. Derjenige, der Waffen etc. in die genannten Länder bzw. zu den genannten Zwecken ausführen will, weiß, dass er keine Genehmigung erhalten wird. Daher stellt er auch keinen Antrag bzw., wenn er gleichwohl einen Antrag auf Ausfuhrgenehmigung stellt, sind die Angaben im Hinblick auf wesentliche Kriterien – insbesondere den Empfänger und den Verwendungszweck – falsch.

Gelegentlich ist es auch so, dass ein Ausführer versucht, ein genehmigungspflichtiges Gut auszuführen, ohne das BAFA in irgendeiner Weise vorher einzuschalten. Wenn die Zollstelle dies erkennt, fordert sie ihn auf, beim BAFA einen Antrag auf Ausfuhrgenehmigung zu stellen. Wird der betreffende Antrag dann abgelehnt und verfolgt der Exporteur sein Vorhaben gleichwohl im Geheimen – also nicht im Rechtsbehelfsverfahren, was ihm zusteht und eine Überwachungsmaßnahme ausschließen würde – weiter, so steht für eine evtl. Überwachungsmaßnahme fest, dass die vorbereitete Ausfuhr eine ungenehmigte sein wird.

Eine vergleichbare Situation ist gegeben, wenn der Exporteur vom BAFA nach Art. 4 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 der Dual-use-VO unterrichtet ist, dass die Güter, die er ausführen will, ganz oder teilweise bestimmt sind oder bestimmt sein können für die Entwicklung etc. von ABC-Waffen oder deren Träger (Flugkörper). Holt er – so unterrichtet – keine Entscheidung des BAFA ein, sondern betreibt sein Ausfuhrvorhaben im Geheimen weiter, so ist ebenfalls eine Überwachungsmaßnahme gerechtfertigt. Bei der Bewertung der Situation nach Unterrichtung ist insbesondere zu berücksichtigen, dass das BAFA i.d.R. nicht nur unterrichtet, sondern auch mitteilt, dass es negativ entscheiden wird, falls der Exporteur nunmehr einen Antrag auf Genehmigung stellt. Zugleich weist es den Exporteur darauf hin, dass er sich strafbar macht, wenn er ohne Entscheidung des BAFA exportieren sollte.

Nach dem Wortlaut des § 23a Abs. 3 Satz 1 müssen die betreffenden Personen bei der Vorbereitung der Ausfuhr rechtswidrig handeln. Dieses Merkmal ist m.E. überflüssig. Entscheidend ist, ob in ihrem Handeln eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit liegt. Rechtswidrig wird ihr Verhalten erst, wenn sie die ent-

sprechende Ausfuhr zumindest versuchen. Denn bis zur Ausfuhr kann die erforderliche Genehmigung beantragt und erlangt bzw. die Entscheidung des BAFA herbeigeführt werden.

cc) Vorbereitung der KWKG-Straftat bzw. der ungenehmigten Ausfuhr (§ 23a Abs. 2)

Eine präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung ist im Hinblick auf die genannten Straftaten nach dem KWKG und Handlungen nach dem AWG nur dann zulässig, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass Personen Straftaten nach Abs. 1 bzw. Taten nach Abs. 3 vorbereiten. Der Text des § 23a Abs. 2 trägt den Bedenken des BVerfG gegen das im aufgehobenen § 39 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AWG genannte Merkmal der Planung Rechnung.⁶⁰⁷ § 39 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AWG verlange vom Zollkriminalamt eine Prognose künftiger Entwicklungen, die sich in wesentlichen Teilen noch in der Vorstellungswelt des potenziellen Straftäters abspielten. Die beobachteten Tätigkeiten könnten in harmlosen Zusammenhängen verbleiben; sie könnten aber auch der Beginn eines Vorgangs sein, der zur Straftat werden soll. § 23a Abs. 2 geht daher vom Begriff des Planens ab und spricht von Vorbereitungshandlungen, die abstrakt definiert und durch Beispiele konkretisiert werden.⁶⁰⁸ Schon die Formulierung „Vorbereitungshandlungen“ unterstreicht, dass die Vorbereitungen über die reine Vorstellung des potenziellen Täters gediehen sein müssen. Dies wird des Weiteren auch dadurch zum Ausdruck gebracht, dass Tatsachen vorliegen müssen, die auf die Durchführung einer (Straf-)Tat hinweisen. Bloße Vermutungen reichen nicht aus. An den konkreten Beispielen ist erkennbar, welche Nähe zur beabsichtigten Tat schon vorliegen muss. Wer beispielsweise schon Verhandlungen führt über den Export von Gütern, von denen mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass sie genehmigungspflichtig und nicht genehmigungsfähig sind, wer gar schon Transportmittel für die Ausfuhr dieser Güter beschafft, der bewegt sich bereits sehr nahe am strafbaren Versuch. Der Erhalt einer Anfrage über die Lieferung eines ausfuhrgenehmigungspflichtigen und nicht

607 Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvF 3/92, Rdn. 121 ff. – BVerfGE 110, 33 ff.

608 Möhrenschrager, Bericht aus der Gesetzgebung, ... 4. Präventive Telekommunikations- und Postüberwachung, wistra 2005, Heft 2, VI ff., hält die Bezugnahme auf eine fehlende unmittelbare Gefährdung des geschützten Rechtsguts, ohne dass dieses im Gesetzestext oder der Begründung näher erläutert wird, für „nicht unproblematisch“. Ich halte die Formulierung in Abs. 2 „... das geschützte Rechtsgut aber nicht unmittelbar gefährdet“ für überflüssig und dadurch irreführend. Vorbereitungshandlungen – und dies gilt auch hier – sind im Unterschied zum Versuch gerade dadurch definiert, dass sie eben nicht das geschützte Rechtsgut unmittelbar gefährden. Genau so ist es hier gemeint.

ausfuhrgenehmigungsfähigen Gutes durch eine Beschaffungsorganisation stellt andererseits für sich gesehen eindeutig keine Vorbereitungshandlung dar.

Das Merkmal der Vorbereitungshandlung muss aber nicht nur hinsichtlich seines Beginns, sondern auch seines Endes unter dem Aspekt der Strafbarkeit abgrenzbar sein. Das Ende der Vorbereitungshandlung liegt in dem Versuch der Straftat. Nach den allgemeinen Regeln des Strafrechts liegt der Versuch einer Straftat dann vor, wenn der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat unmittelbar zur Tatverwirklichung ansetzt und damit das geschützte Rechtsgut gefährdet. Der BGH hat sich – in einer lange zurückliegenden Entscheidung – ausführlich mit dieser Frage beschäftigt⁶⁰⁹ und dazu Folgendes ausgeführt:

„Während bei der Einfuhr die Behörden des eigenen Landes den Beginn des Vorgangs bis zum Erreichen der Hoheitsgrenze nicht unter Kontrolle haben können, dagegen nach Vollendung der Tat die Möglichkeit des Zugriffs haben, da sich die eingeführte Ware und die dafür Verantwortlichen nun in ihrem Machtbereich befinden, verhält es sich bei der Ausfuhr gerade umgekehrt. Sobald die Ware über die Grenze gebracht ist, bleibt den eigenen Behörden regelmäßig nur noch das Nachsehen. Das bedeutet aber nichts anderes, als daß die ernsthafte Gefährdung des geschützten Rechtsguts hier in aller Regel gerade in dem Zeitpunkt beginnt, in dem die Ware auf den Weg zur Grenze gebracht wird. Da auch die Grenzkontrollen sich erfahrungsgemäß häufig auf die Überprüfung der Papiere und die Vornahme von Stichproben beschränken, entspricht es der sich aus der tatsächlichen Unmöglichkeit der Strafverfolgung nach Vollendung der Tat ergebenden besonderen Gefährdung des geschützten Rechtsguts, den Versuch regelmäßig schon im Bereich der Maßnahmen beginnen zu lassen, die den Transportvorgang einleiten. ... Ob freilich schon das Bereitstellen der für die ungenehmigte Ausfuhr vorgesehenen Waren als Anfang der Ausführung anzusehen ist, ..., kann offen bleiben. Jedenfalls ist mit dem Aufladen der Waren auf das zum Grenzübertritt vorgesehene Transportmittel, wenn sich dieses nach dem Plane der Täter alsbald zur Grenze in Bewegung setzen soll, ein solcher Grad an Gefährdung erreicht, dass die Annahme des Versuchs gerechtfertigt ist.“

Keinesfalls kann aber nur (straflose) Vorbereitungshandlung angenommen werden, wenn die für ein Drittland bestimmten Güter das Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland verlassen haben, sich noch auf dem Gebiet der EG befinden und die Abfertigung durch eine ausländische Ausgangszollstelle erst noch stattfinden muss – so allerdings das Landgericht Mühlhausen in einer unveröffentlichten Entscheidung. Es wird andererseits sogar die Meinung vertreten,

609 BGHSt 20, 150 = NJW 1965, 769 f.

dass mit der Überschreitung der deutschen Hoheitsgrenze bereits die Vollen-
dung des Delikts eingetreten sei.⁶¹⁰

Letztendlich kann die Abgrenzung der Vorbereitungshandlung zum Versuch in diesem Zusammenhang – Voraussetzungen für die Überwachungsmaßnahme – dahinstehen, denn die Überwachungsmaßnahme ist so lange möglich, wie zur Prävention Anlass und Möglichkeit besteht. Eine Überschneidung zwischen der Präventionsmaßnahme nach § 23a und möglichen Strafverfolgungsmaßnahmen kann insoweit gegeben sein, als die Vorbereitung schon in ein tatbestandliches Verhalten übergegangen ist, die Rechtsgutbeeinträchtigung jedoch noch nicht abgeschlossen ist, sodass präventive Maßnahmen weiter sinnvoll sein können⁶¹¹.

dd) Verdacht als Schwelle zur Überwachung

Eine präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung ist im Hinblick auf die genannten Straftaten nach dem KWKG und die Taten nach Abs. 3 nur dann zulässig, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass Personen KWKG-Straftaten nach Abs. 1 bzw. Taten nach Abs. 3 vorbereiten. Diese Formulierung ist dem § 100a Abs. 1 StPO nachgebildet, der sich allerdings auf Vorgänge in der Vergangenheit bezieht, während § 23a Abs. 1 und Abs. 3 die Gegenwart und Zukunft betreffen. Mit der Voraussetzung, dass Tatsachen die Annahme der Vorbereitung rechtfertigen müssen, wird zum Ausdruck gebracht, dass bloße Vermutungen nicht ausreichen. Ob tatsächlich (Straf-)Taten nach Abs. 1 oder Abs. 3 vorbereitet werden, muss und kann erst die Durchführung der Überwachungsmaßnahme zeigen. Das ist gerade ihr Sinn. In beiden Fällen muss zunächst aufgrund von Fakten eine Prognose gestellt werden. Erst die Durchführung strafrechtlicher Ermittlungen zeigt, ob ein strafbares Verhalten vorgelegen hat und nachgewiesen werden kann. Ist das nicht der Fall, wird das Strafverfahren nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt. Erst die Durchführung der präventiven Überwachung zeigt, ob eine (Straf-)Tat vorbereitet wurde und dies nachgewiesen werden kann; ist dies nicht der Fall, muss die Überwachung beendet werden. Wird dem Betroffenen nachgewiesen, dass er eine Straftat begangen hat, so hat er eine (Geld- oder gar Freiheits-) Strafe zu erwarten. Wird dem Betroffenen nachgewiesen, dass er eine (Straf-)Tat nach § 23a Abs. 1 oder 3 vorbereitet hat, so wird er lediglich an der weiteren Vorbereitung und der eigentlichen (Tat-)ausführung gehindert – so insbesondere durch die Sicherstel-

610 Bieneck, Klaus in Bieneck, Klaus (Hrsg.), Handbuch des Außenwirtschaftsrechts mit Kriegswaffenkontrollrecht, 2. Aufl. 2005, § 28 Rdn. 14.

611 So Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 im Hinblick auf den Begriff des Planens in § 39 Abs. 1 AWG – Rdn. 126.

lung zur Gefahrenabwehr gemäß § 32b ZFdG –, es sei denn, sein Verhalten erfüllt schon den Tatbestand des mit Strafe bedrohten Versuchs.

Soweit es darum geht, durch die Überwachungsmaßnahme eine der in § 23a Abs. 1 aufgezählten KWKG-Straftaten zu verhindern, genügt es für die Einleitung der Überwachungsmaßnahme, dass Tatsachen vorliegen, dass die betreffende zu überwachende Person objektiv einen KWKG-Straftatbestand verwirklichen könnte. Tatsachen, die die Rechtswidrigkeit oder Schuld der betreffenden Person belegen, brauchen – ähnlich wie bei der repressiven Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO⁶¹² – noch nicht vorzuliegen.

ee) Telekommunikation und Brief- und Postsendung als Objekte der Überwachung

Gegenstand der Überwachung ist zum einen die Telekommunikation, zum anderen die Brief- und Postsendung.

(1) Telekommunikation

„Telekommunikation“ ist gemäß Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 22 Telekommunikationsgesetz (TKG)⁶¹³ der „technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen“, „Telekommunikationsanlagen“ sind gemäß Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 23 TKG „technische Einrichtungen oder Systeme, die als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden, übertragen, vermitteln, empfangen, steuern oder kontrollieren können“. Die vorhergegangene Regelung der §§ 39 ff. AWG enthielt in § 39 Abs. 1 Satz 1 die Formulierung, dass die Telekommunikation „einschließlich der dazu nach Wirksamkeit der Anordnung ... innerhalb des Telekommunikationsnetzes in Datenspeichern abgelegten Inhalte“ überwacht und aufgezeichnet werden sollte. Dies beruhte auf der – irrigen – Annahme, dass die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation nicht den Inhalt von Datenspeichern wie E-Mail-Boxen und Voice-Mail-Boxen erfasse.⁶¹⁴ Dies ist jedoch nach heutiger Auffassung eindeutig der Fall, sodass

612 Graf, Jürgen-Peter, in Graf, Jürgen-Peter (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur StPO, 5. Edition, Stand: 1.10.2009, § 100a, Rdn. 37.

613 Telekommunikationsgesetz (TKG) vom 22.6.2004 – BGBl. I, S. 1190 ff. – www.bmwa.bund.de/Redaktion/Inhalt/Pdf/telekommunikationsgesetz.property=pdf.pdf.

614 Regierungsentwurf zum Begleitgesetz zum Telekommunikationsgesetz – BR-Drs. 369/97 vom 27.5.1997; Lührs, Eingeschränkte Beschlagnahmefähigkeiten von Mailbox-Systemen aufgrund des Fernmeldegeheimnisses?, wistra 1995, 19 f.; Felixberger, Staatliche Überwachung der Telekommunikation – Anwendungsbereich und Befugnispalette zum TKG, CR 1998, 143 ff.

die anderen Rechtsnormen der Telekommunikationsüberwachung (StPO und G-10-Gesetz) nicht geändert wurden.

Heute umfasst die Telekommunikation weit mehr als die Benutzung des (Festnetz-)Telefons, mit dem die Sprache übertragen wird⁶¹⁵. Auch andere Vorgänge, mit denen Bilder, Töne, Zeichen und sonstige Daten übertragen werden, stellen Telekommunikation dar. Neben die „klassische“ Übermittlung der Sprache im Wege des Telefonierens über das Festnetz ist der Mobilfunk und das Telefonieren über das Internet (VoIP = Voice over Internet Protocol) getreten. An die Stelle des Faxes ist weitgehend die E-Mail und die SMS (= Short Message Service) zur Übermittlung von Texten getreten. Mit der MMS (Multimedia Messaging Service) werden Bilder und/oder Töne übertragen. Der Begriff der Telekommunikation ist entwicklungs offen, sodass auch künftige neuartige Kommunikationsarten von vornherein diesem Begriff unterliegen⁶¹⁶.

(2) Brief- und Postverkehr

Anders als die strafprozessuale Telekommunikationsüberwachung ist die Telekommunikationsüberwachung nach diesem Gesetz immer verbunden mit der Überwachung des Postverkehrs. Der Überwachung unterliegen alle ein- und ausgehenden Postsendungen (Briefe, Päckchen, Pakete und dgl.) des Überwachten, ganz gleich, wessen Diensteanbieter (z.B. Post AG, TNT oder andere Kurierdienste) er sich bedient bzw. welcher Diensteanbieter ihm die Sendung zuleitet. Der Brief – die schriftliche Kommunikation zwischen Personen – unterliegt dem in Art. 10 Abs. 1 GG besonders geschützten Briefgeheimnis; besonders geschützt ist der Inhalt. Die anderen Sendungen unterliegen dem ebenfalls durch Art. 10 Abs. 1 GG besonders geschützten Postgeheimnis; hier ist die gesamte körperliche Nachrichtenübermittlung durch Posteinrichtungen geschützt.⁶¹⁷ Die Überwachung führt nicht zu einer Beschlagnahme der Sendung, sondern die Sendung wird geöffnet, ihr Inhalt dokumentiert, die Sendung wird wieder verschlossen und zurück in den Postlauf gegeben.

ff) Zollkriminalamt als zur Überwachung befugte Behörde

Zur geschichtlichen Entwicklung des Zollkriminalinstituts (ZKI) zum Zollkriminalamt (ZKA) sowie zu den sonstigen Aufgaben dieser Behörde siehe im Einzelnen Teil 2 Abschnitt III. 1. c).

615 Siehe im Einzelnen Graf, Jürgen-Peter, in Graf, Jürgen-Peter (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar der StPO, 5. Edition, § 100a, Rdn. 6 ff.

616 Graf, a.a.O.

617 BVerfGE 67, 157 (171).

Ausschließlich das Zollkriminalamt (ZKA) ist zur präventiven Überwachung des Brief-, Post- und Telekommunikationsverkehrs zur Verhütung von Straftaten nach dem KWKG und Handlungen nach dem AWG berechtigt, keine andere Zollfahndungsdienststelle. Wenngleich auch andere Behörden in der Diskussion waren, diese Aufgabe zu übernehmen (BKA und BfV)⁶¹⁸, hat sich die Bundesregierung für das ZKI/ZKA aus der zutreffenden Erwägung entschieden, dass das ZKI/ZKA „von allen in Frage kommenden Institutionen der Überwachung des Außenwirtschaftsverkehrs am nächsten steht“.⁶¹⁹ Dieser Behörde komme vor allem im Zusammenhang mit der Überwachung des Außenwirtschaftsverkehrs und der Strafverfolgung in diesem Bereich eine Schlüsselrolle zu.⁶²⁰

Das ZKI/ZKA hat die Befugnis zur präventiven Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung im Jahre 1992 erhalten und war für lange Jahre die einzige Behörde in der Bundesrepublik Deutschland, die als Polizeibehörde im materiellen Sinne diese Befugnis ausüben konnte. Erst relativ spät haben einige Bundesländer durch Änderung ihrer Polizeigesetze auch ihren Polizeibehörden diese präventive Befugnis verliehen,⁶²¹ überdies mit einem wesentlich breiteren An-

618 „Kein Konsens bei Exporten“, Die Welt vom 17.5.1991 „...Der Parlamentarische Staatssekretär im Finanzministerium, Joachim Grünewald, erklärte auf Anfrage: Die Einschaltung des Zollinstituts sei bereits ein Kompromiss gewesen. Ursprünglich habe man die Absicht gehabt, mit der Angelegenheit [Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung] den Verfassungsschutz zu beauftragen ...“

619 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft – BT-Drs. 12/289 vom 27.3.1991, S. 27; Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze – BT-Drs. 12/899 vom 28.6.1991, linke Spalte.

620 Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Finanzverwaltungsgesetzes und anderer Gesetze – BT-Drs. 12/1460 vom 5.11.1991, S. 6, linke Spalte.

621 Thüringer Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei – Polizeiaufgabengesetz (PAG) vom 4.6.1992, GVBl. S. 199, zuletzt geändert durch Art. 1 des Thüringer Gesetzes zur Änderung des Polizei- und Sicherheitsrechts vom 27.6.2002 (GVBl. S. 247) – www.thueringen.de/de/tim/verordnungen/content.html, § 34a Datenerhebung durch Telekommunikationsüberwachung; Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nds. SOG) in der Fassung der Neubekanntmachung vom 19.1.2005, Nds. GVBl. 2/2005, § 33a Datenerhebung durch Überwachung der Telekommunikation; durch Urteil des BVerfG vom 27.7.2005 – 1 BvR 668/04, www.bverf.de/entscheidungen/rs20050727_1bvr066804.html, = BVerfGE 113, 348 ff. für verfassungswidrig erklärt worden; Art. 34a Datenerhebung und Eingriffe in den Telekommunikationsbereich, mit Wirkung vom 1.1.2006 durch das Gesetz zur Änderung des Polizeiaufgabengesetzes und des Parlamentarischen Kontrollgremium-Gesetzes eingefügt in das Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (Polizeiaufgabengesetz); § 31 des Polizei- und Ordnungsbehördengesetzes des Landes Rheinland-Pfalz in der Fassung vom 10.11.1993 (GVBl. S. 595), zuletzt geän-

wendungsbereich. So bezieht sich die präventive Telekommunikationsüberwachung des Thüringer PAG auf alle Katalogtaten des § 100a StPO.⁶²² Das Bundeskriminalamt, das lange Zeit über keine präventive Befugnisse und damit auch nicht über die Befugnis zur präventiven Telekommunikationsüberwachung verfügte, erhielt mit dem „Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt“ vom 25.12.2008, das insoweit zum 1.1.2009 in Kraft trat, für den Bereich der Bekämpfung des internationalen Terrorismus präventive Befugnisse und insbesondere die Befugnis zur präventiven Telekommunikationsüberwachung einschließlich online-Durchsuchung und Quellen-TKÜ⁶²³.

gg) Natürliche und juristische Personen und Personenvereinigungen als zu Überwachende

Überwacht werden können Personen, die bestimmte Straftaten nach dem KWKG oder bestimmte ungenehmigte Ausfuhren von insbesondere Rüstungsgütern vorbereiten. Das bedeutet nicht, dass es sich immer um eine Mehrzahl von Personen handeln muss; es genügt auch, wenn nur eine Person handelt.

§ 23a Abs. 4 weitet den Kreis der zu Überwachenden erheblich aus. Da es sich bei dieser Vorschrift um eine Bestimmung handelt, die Vorgänge des wirtschaftlichen Lebens und Personen betrifft, die im Wirtschaftsleben, insbesondere im Außenwirtschaftsverkehr handeln, kann auch der Telekommunikations-, Brief- und Postverkehr, der von diesen Personen aufgrund ihrer Stellung und Tätigkeit in einem Unternehmen betrieben wird, überwacht werden (§ 23a Abs. 4 Satz 1 Nr. 1). Daher kann sich die Überwachung auch auf Einzelhandelsfirmen, juristische Personen (z.B. GmbH, AG) oder Personenvereinigungen (z.B. OHG, KG) beziehen, für die die natürliche Person nach Abs. 1 oder Abs. 3 tätig wird. Von dieser Möglichkeit muss bei der präventiven Telekommunikations-, Brief- und

dert durch Gesetz vom 25.7.2005 (GVBl. 2005, S. 320); § 15a des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Ordnung und Sicherheit vom 26.6.1990 (GVBl. I, S. 197, 534) in der Fassung vom 14.1.2005 (GVBl. I, S. 14).

622 § 34a Thüringer PAG: „Die Polizei kann von einem Betreiber, der geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt, Auskunft über den Inhalt einschließlich der innerhalb des Telekommunikationsnetzes in Datenspeichern abgelegten Inhalte und die näheren Umstände der Telekommunikation einschließlich der Daten über den Standort nicht ortsfester Telekommunikationsanlagen verlangen, 1. soweit Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass Personen Straftaten im Sinne des § 100a StPO begehen wollen, 2. ...“.

623 Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt vom 25.12.2008 – BGBl. I, 3083 ff. – Befugnis zur Telekommunikationsüberwachung einschließlich Online-Durchsuchung und Quellen-TKÜ: §§ 20k bis n.

Postüberwachung fast immer Gebrauch gemacht werden; sie steht sogar regelmäßig im Mittelpunkt der Überwachung. Denn es geht hier i.d.R. um die Verhinderung der ungenehmigten Ausfuhr im gewerblichen Bereich durch Firmen und nicht durch Privatpersonen. Die zu überwachenden natürlichen Personen nach Abs. 1 oder Abs. 3 haben als die Inhaber einer Firma, als Geschäftsführer oder Vorstand die maßgebliche Funktion in diesen Unternehmen, bei denen es sich um Hersteller von Gütern oder um Handelsfirmen handeln kann.

Ähnlich wie § 100a StPO die Möglichkeit der Überwachung über den Beschuldigten (Täter, Mittäter, mittelbarer Täter, Gehilfe und Anstifter) hinaus auf andere Personen (Nachrichtenmittler und Anschlussbenutzer) erweitert, erweitert auch Abs. 4 den Personenkreis über die Person des Abs. 1 bzw. 3 hinaus. Denn auch hier gibt es die Figur des Nachrichtenmittlers (Abs. 4 Nr. 2) und des Anschlussüberlassers (Abs. 4 Nr. 3).

Die Telekommunikationsüberwachung bezieht sich nicht nur auf den Telekommunikationsanschluss, sondern auch auf das Endgerät.

Die Erweiterung der Überwachung auf Einzelhandelsfirmen, juristische Personen und Personenvereinigungen sowie auf Nachrichtenmittler und Anschluss- bzw. Endgeräteüberlasser ist nach Abs. 4 Satz 2 nur zulässig, wenn man erwarten kann, dass die mit der Überwachung der Person nach Abs. 1 oder 3 zu gewinnenden Erkenntnisse nicht ausreichen werden, um die in Vorbereitung befindliche Tat zu verhindern. Dies wird i.d.R. dann der Fall sein, wenn es sich bei der nach Abs. 1 oder 3 zu überwachenden Person um den in einem Unternehmen Verantwortlichen handelt. Denn es geht i.d.R. um die Verhinderung ungenehmigter Ausfuhren, die von Unternehmen – in welcher Rechtsform auch immer – durchgeführt werden sollen. Entscheidend für die Aufklärung, ob tatsächlich ungenehmigte Ausfuhren vorbereitet werden, ist also der Telekommunikations- sowie Brief- und Postverkehr des Unternehmens, in dem die in Abs. 1 oder Abs. 3 bezeichnete Person tätig ist. Überwacht wird der Anschluss des Unternehmens, sodass auch Gespräche zwangsläufig erfasst werden, die von oder mit anderen Personen in dem Unternehmen als von oder mit den Personen nach Abs. 1 oder Abs. 3 geführt werden und die mit der vorbereiteten ungenehmigten Ausfuhr evtl. nicht das Geringste zu tun haben. Eine Selektion nach Nebenschlüssen ist technisch nicht möglich, wäre allerdings auch bei Anfang der Überwachung nicht sinnvoll, denn neben der nach Abs. 1 oder 3 zu überwachenden Person – z.B. dem Geschäftsführer – sind oft auch Mitarbeiter – z.B. Exportsachbearbeiter – in die Vorbereitung der ungenehmigten Ausfuhr verstrickt, sodass die Erfassung auch dieser Gespräche in erheblichem Maße zur Aufklärung beitragen kann.

hh) Beschränkungen der Überwachung

(1) Kernbereich privater Lebensgestaltung

Nach der Rechtsprechung des BVerfG muss nicht nur die akustische Wohnraumüberwachung sondern auch die Überwachung der Telekommunikation – sei sie präventiv oder repressiv – dem sog. Kernbereich privater Lebensgestaltung Rechnung tragen⁶²⁴. Dies war in der Vergangenheit nicht der Fall. Daher waren die Vorschriften gemäß § 47 bis zum 30.6.2007 befristet, um dem Gesetzgeber die Möglichkeit zu geben, den verfassungsgemäßen Zustand herzustellen. Dies wurde mit dem Gesetz zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze vom 12.6.2007 erreicht.⁶²⁵ Im vorangegangenen Gesetzgebungsverfahren befasste sich eine Anhörung insbesondere mit der Frage des Kernbereichs.⁶²⁶ Siehe im Einzelnen Teil 3 Abschnitt III. 2. i).

Was als „Kernbereich privater Lebensgestaltung“ anzusehen ist, wird vom Gesetz nicht definiert. In der amtlichen Begründung zum § 23a Abs. 4a ist dazu ausgeführt, dass „in enger Auslegung unter Berücksichtigung der Feststellungen des BVerfG in der Wohnraumüberwachungsentscheidung vom 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98; 1 BvR 1084/99 – zu ermitteln“ sei, was zum Kernbereich privater Lebensgestaltung zählt.⁶²⁷ Ob ein Sachverhalt dem Kernbereich zuzuordnen ist, hänge von vielen Faktoren ab und sei letztlich nicht abschließend definierbar. In dem Beschluss der 3. Kammer des 2. Senats des BVerfG vom 11.5.2007⁶²⁸ ist diese Rechtsauffassung des Gesetzgebers bestätigt worden. Mit diesem Beschluss wurde eine Verfassungsbeschwerde gegen § 100c StPO (akustische Wohnraumüberwachung) nicht zur Entscheidung angenommen. § 100c enthält ebenfalls das Gebot, den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu berücksich-

624 Urteil des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99 – zur akustischen Wohnraumüberwachung, Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 zur präventiven Telekommunikations- und Brief- und Postüberwachung durch das ZKA – 1 BvF 3/92 – und Urteil des BVerfG vom 27.7.2005 zur präventiven Telekommunikationsüberwachung nach dem Niedersächsischen Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung – 1 BvR 668/04 –. Zu diesen Entscheidungen siehe im Einzelnen Teil 2 Abschnitt IV. 1. bis IV.3.

625 Art. 1 Nr. 13 c) des Gesetzes zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze – BGBl. I S. 1037 ff.

626 öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses zum Gesetzentwurf der BReg (16/4663) zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze am 25.4.2007 – www.bundestag.de.

627 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze – BT-Drs. 16/4663 vom 12.3.2007, S. 17 rechts Spalte.

628 Beschluss des BVerfG vom 11.5.2007 – 2 BvR 543/06 – Rdn. 44 bis 47 – www.bverf.gde/entscheidungen/rk20070511_2bvr054306.htm.

tigen, ohne dass dieser Kernbereich gesetzlich definiert ist. Im Beschluss heißt es, der Gesetzgeber sei nicht von Verfassungs wegen verpflichtet, den Kernbereich unter Nennung der im Urteil des BVerfG vom 3.3.2004 angeführten Beispiele gesetzlich zu definieren.

Überwachungsmaßnahmen sind nach Abs. 4a Satz 1 von vornherein dann unzulässig, wenn zu erwarten ist, dass allein Kommunikationsinhalte aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt werden. Zu Recht ist darauf hingewiesen worden, dass eine derartige Situation kaum gegeben sein wird⁶²⁹. In der Regel sind Kernbereich und sonstiger Lebensbereich miteinander verwoben, wobei die Wahrscheinlichkeit, bei der Überwachung auf den Kernbereich zu stoßen, bei der Überwachung privater Anschlüsse und privater Post überwiegt. Das Schwergewicht bei der Überwachung nach den §§ 23a ff. liegt jedoch nicht im privaten, sondern im geschäftlichen Bereich. Eine natürliche Person wird deshalb überwacht, weil sie z.B. als Geschäftsführer einer GmbH, als Gesellschafter einer OHG oder KG oder als sonstiger Verantwortlicher eines Unternehmens insbesondere aus den Geschäftsräumen dieses Unternehmens Straftaten nach § 23a Abs. 1 vorbereitet oder Handlungen vornimmt, die nach § 23a Abs. 3 als Gefährdungen anzusehen sind. Daher hat die Überwachung der Telekommunikationsanschlüsse sowie des Brief- und Postverkehrs des betreffenden Unternehmens den absoluten Vorrang vor der Überwachung privater Anschlüsse und des privaten Brief- und Postverkehrs. Nur dann, wenn entweder von vornherein feststeht, dass auch aus dem privaten Bereich heraus geschäftliche Handlungen vorgenommen werden, oder wenn sich dies aus laufender Überwachung ergibt, ist es gerechtfertigt, auch den privaten Anschluss, den privaten Brief- und Postverkehr in die Überwachung miteinzubeziehen.

Findet gleichwohl im Rahmen der Überwachung ein Eingriff in den Kernbereich privater Lebensgestaltung statt, so sind die dadurch erlangten Erkenntnisse nicht verwertbar (§ 23a Abs. 4a Satz 2); die entsprechenden Daten sind unverzüglich zu löschen; die Tatsache der Erfassung und ihrer Löschung ist gemäß Satz 3 zu dokumentieren. Auch diese Daten sind zu löschen, wenn sie für eine Datenschutzkontrolle nicht mehr erforderlich sind, spätestens am Ende des Ka-

629 Roggan, Fredrik, Die Novelle des Zollfahndungsdienstgesetzes, NVwZ 2007, 1238 ff. (1239); Poscher, Ralf, Menschenwürde und Kernbereichsschutz – Von den Gefahren einer Verräumlichung des Grundrechtsdenkens, JZ 2009, 270 ff. (276) in Bezug auf § 20k Abs. 7 und 20l Abs. 6 BKAG i.d.F. des Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt vom 25.12.2008; so auch Buermeyer, Ulf/Bäcker, Matthias, Zur Rechtswidrigkeit der Quellen-Telekommunikationsüberwachung auf Grundlage des § 100a StPO, HRRS 2009, 433 ff. (439/440) zur vergleichbaren Regelung in § 100a Abs. 4 Satz 1 StPO.

lenderjahres, das dem Jahr der Dokumentierung folgt – Satz 4 und 5. Diese letzte Regelung scheint mir allerdings mit sehr viel Aufwand verbunden und daher nicht praxisgerecht. Man sollte ausschließlich auf die Datenschutzkontrolle abstellen.

In der StPO ist mit dem „Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG“ vom 21.12.2007⁶³⁰ der die repressive Telekommunikationsüberwachung betreffende § 100a neu gefasst worden und in dessen Abs. 4 der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung aufgenommen worden. Mit der Novellierung des BKAG wurde mit § 20k Abs. 6 eine gleichlautende Vorschrift für die präventive Telekommunikationsüberwachung eingefügt. Mit dem Ersten Gesetz zur Änderung des Artikel-10-Gesetzes vom 31.7.2009⁶³¹ enthält auch das Artikel-10-Gesetz, das die Telekommunikationsüberwachung durch die Nachrichtendienste betrifft, eine Regelung über den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, und zwar für die individuelle und die strategische Telekommunikationsüberwachung (§ 3a bzw. § 5a). Damit enthalten alle Bundesgesetze, die eine Telekommunikationsüberwachung zulassen, Regelungen des Schutzes des Kernbereichs.

(2) Beschränkungen unter dem Gesichtspunkt des Zeugnisverweigerungsrechts gemäß §§ 53, 53a StPO

Nach § 23a Abs. 5 ist eine Überwachungsmaßnahme von vornherein unzulässig, wenn sie sich gegen eine in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 oder 4, jeweils auch i.V.m. § 53a StPO genannten Person richtet und voraussichtlich Erkenntnisse erbringen würde, über die diese Person das Zeugnis verweigern dürfte.

Personen im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 oder Nr. 4 StPO sind

- Geistliche
- Verteidiger eines Beschuldigten
- Mitglieder des Bundestages, eines Landtages oder einer zweiten Kammer.

Personen im Sinne des § 53a StPO sind die Gehilfen der in § 53 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 Genannten sowie die Personen, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen.

630 BGBl. I, 3198 ff. (3200).

631 BGBl. I, 2499 ff.; amtliche Begründung siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses – BT-Drs. 16/12448 vom 15.3.2009 zum Gesetzentwurf der BReg – BT-Drs. 16/509.

Dennoch erlangte Erkenntnisse dürfen nicht verwertet werden und sind zu löschen.

Für eine zweite Gruppe von Personen, die in § 53 Abs. 1 Nr. 3 bis 3b und 5 genannt sind – dazu zählen insbesondere Rechtsanwälte, Notare, Ärzte, Psychologen –, sowie für deren Gehilfen und Personen, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen, ist lediglich unter Beachtung verschiedener Kriterien zu prüfen, ob eine Überwachungsmaßnahme zu unterlassen oder ggf. in beschränktem Umfang durchzuführen ist.

Eine Überwachungsmaßnahme ist bei allen genannten Personen jedoch dann vollumfänglich zulässig, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die aufgrund ihres Berufes zur Zeugnisverweigerung Berechtigten oder ihre Berufshelfer an der Vorbereitung einer Tat nach § 23a Abs. 1 oder Abs. 3 beteiligt sind (Abs. 5a).

Die Unterscheidung in zwei verschiedene Personengruppen und die daraus gezogenen Konsequenzen für die Überwachung wird kritisiert, weil sie teilweise nicht nachvollziehbar sei und in der Praxis insbesondere bei der Differenzierung zwischen Rechtsanwälten und Verteidigern zu erheblichen Schwierigkeiten führen könne⁶³².

ii) Verhältnismäßigkeit (§ 23a Abs. 6)

Wie auch bei der strafprozessualen Telekommunikationsüberwachung (§ 100a Satz 1 StPO) ist die Überwachung nach diesem Gesetz nur zulässig, wenn ohne die Erkenntnisse aus der Überwachung die Verhinderung der Straftat nach KWKG oder die Beseitigung der Gefährdung, die in der Vorbereitung einer ungenehmigten Ausfuhr liegt, aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre (§ 23a Abs. 6). Eine vergleichbare Vorschrift enthielten bereits die aufgehobenen §§ 39 ff. AWG in § 39 Abs. 3 Satz 1 AWG.

§ 23a Abs. 6 enthält die spezialgesetzliche Normierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch das Gebot, im Antrag auf Anordnung der Maßnahme darzulegen, dass die Verhinderung der (Straf-)Tat auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Das Darlegungserfordernis dient dazu, das Gericht und das die Anwendung der Überwachungsmaßnahme überprüfende Gremium nach § 23c Abs. 8 in die Lage zu versetzen, die Erforderlichkeit der Überwachungsmaßnahme eigenverantwortlich zu prüfen. Diesem Darlegungser-

632 So z.B. Puschke, Jens, Telekommunikationsüberwachung, Vorratsdatenspeicherung und (sonstige) heimliche Ermittlungsmaßnahmen der StPO nach der Neuregelung zum 1.1.2008, NJW 2008, 113 ff. (117) für die insoweit vergleichbare Regelung der StPO.

fordernis wird das ZKA nur dann gerecht, wenn die Untauglichkeit anderer Maßnahmen substantiiert und nachprüfbar begründet wird. Dazu müssen die wesentlichen Tatsachen konkret benannt werden. Eine formelhafte, lediglich den Wortlaut des § 23a Abs. 6 wiederholende Behauptung, dass eine Verhinderung der (Straf-)Tat auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre, reicht daher nicht aus⁶³³.

Liegen Hinweise auf die Vorbereitung von Straftaten nach dem KWKG oder auf die Vorbereitung von ungenehmigten Ausfuhren im Sinne des § 23a Abs. 3 vor, so kommen andere Mittel – zu denken ist an eine Außenwirtschaftsprüfung/ein Auskunftsersuchen, die Kontrolle bei der Ausfuhrabfertigung – i.d.R. nicht als taugliches Mittel zur Aufklärung des Sachverhalts in Betracht.⁶³⁴ Denn eine Außenwirtschaftsprüfung erfasst i.d.R. Vorgänge der Vergangenheit, der Außenwirtschaftsprüfer ist bei Außenwirtschaftsprüfung und Auskunftsersuchen auf die Mitwirkung des Betroffenen angewiesen, seine wahrheitsgemäßen Angaben, die vollständige Vorlage von Unterlagen. Wird hingegen eine Straftat nach KWKG oder eine ungenehmigte Ausfuhr vorbereitet (§ 23a Abs. 1 oder Abs. 3), so geschieht das im Verborgenen; der Betroffene wird sich hüten, dem Prüfer entsprechende Unterlagen vorzulegen, ihm umfassend und wahrheitsgemäß Auskunft zu erteilen. Das Recht zur Durchsuchung hat der Außenwirtschaftsprüfer – natürlich – nicht, das ist einem Strafverfahren vorbehalten, was es (noch) nicht gibt und möglicherweise auch nicht geben wird. Auch eine Kontrolle bei der Ausfuhr kommt regelmäßig nicht als taugliches und damit die Überwachung ausschließendes Mittel in Betracht, da bei einer vorbereiteten un-

633 So für die Telekommunikationsüberwachung durch das BfV nach dem G-10-Gesetz Urteil des VG Berlin vom 8.7.2009 – 1 A 10.08 – www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de.

634 a.A. Hund, Überwachungsstaat auf dem Vormarsch – Rechtsstaat auf dem Rückzug?, NJW 1992, 2118 ff. (2120/2121), der – völlig unrealistisch und mit den Verhältnissen der Praxis nicht vertraut – meint, dass es bessere Möglichkeiten gebe als das Abhören von Telefonen, die auf der Hand lägen, so z.B. die Produktion solcher Güter [welcher?] zu überwachen, denn an der Quelle sei die Kontrolle am einfachsten. Dies hat man mit dem § 26a AWG versucht, der nie umgesetzt worden ist. Hund verkennet, dass es nicht um die Verhinderung von Giftgas- oder von Atomwaffenexporten geht, sondern um Güter – häufig Dual-use-Güter –, die zur Herstellung von Anlagen zur Herstellung von Giftgas oder zur Urananreicherung bestimmt oder geeignet sind. Auch ein anderes Gegenargument ist bar der Realität, wenn Hund ausführt, die tatsächliche Ausfuhr an den Grenzen oder Häfen müsse kontrolliert werden, und zwar nicht auf dem Papier, sondern vor Ort am Container, auf der Palette. Die Bundesrepublik Deutschland exportiert Güter in einer Größenordnung, die nur in einem sehr geringen Umfang die Kontrolle durch Beschau der Güter möglich macht. Wollte man die Exportkontrolle allein darauf abstellen – man bräuchte dafür auch ein Vielfaches des bisher eingesetzten Personals –, so würde der gesamte Ausfuhrhandel zusammenbrechen.

genehmigten Ausfuhr – je nach Informationsstadium – nicht/noch nicht feststeht, ob, wann und wo die Ausfuhrabfertigung stattfinden soll. Gerade diese Informationen soll die Überwachung des Brief- und Postverkehrs und der Telekommunikation erst erbringen. Dies muss jedoch konkret dargelegt werden.

Darüber hinaus muss die in Grundrechte eingreifende Maßnahme immer auch daran gemessen werden, wie schwer die (Straf-)Tat wiegt, die durch die Maßnahme verhindert werden soll. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird immer dann gewahrt sein, wenn es um die Verhinderung der Proliferation von Massenvernichtungswaffen geht. Obwohl die in § 23a Abs. 1 erwähnten Straftaten nach dem KWKG Verbrechenscharakter haben, ist nicht jede konkrete Straftat nach dem KWKG, die vorbereitet wird, eine Straftat, die unter dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Überwachung rechtfertigt. So ist in der vorbereiteten ungenehmigten Ausfuhr von genehmigungspflichtigen, aber im konkreten Fall genehmigungsfähigen Kriegswaffen keine Straftat zu sehen, die eine Überwachung rechtfertigt. Die vorbereitete Tat muss – und da wird man wieder auf die im aufgehobenen § 39 AWG enthaltene Formulierung der Straftat von erheblicher Bedeutung zurückgreifen müssen – von erheblicher Bedeutung sein. Das ist dann der Fall, wenn insbesondere der Umfang und Wert der zu exportierenden (Kriegs-)waffen oder anderen Rüstungsgütern bedeutsam ist.

Nach Satz 2 dürfen die Maßnahmen auch durchgeführt werden, „wenn andere Personen unvermeidbar betroffen werden“. Gerade bei der Telekommunikationsüberwachung kommt es zwangsläufig dazu, dass auch der Telekommunikationsverkehr von und mit völlig unbeteiligten Dritten festgestellt und aufgezeichnet wird. Anders als bei der Überwachung im Rahmen der strategischen Beschränkungen nach dem G-10-Gesetz wird bei der Überwachung des individuellen Telekommunikationsverkehrs nach StPO und diesem Gesetz nicht mit Suchbegriffen gearbeitet, die, wenn sie getroffen werden, ein Einschalten der Überwachungsgeräte erst in Gang setzen. Bei der Überwachung der Telekommunikation nach der StPO und nach diesem Gesetz wird der gesamte in der Überwachungszeit anfallende Telekommunikationsverkehr erfasst. Eine Auswahl in relevante und nicht relevante Telekommunikation ist erst im Rahmen der Auswertung möglich.

jj) Verfassungsmäßigkeit des § 23a i.d.F. des Gesetzes zur Änderung des ZFdG und anderer Gesetze vom 12.6.2007

(1) Normenklarheit und -bestimmtheit

Es fragt sich, ob die Vorschrift des § 23a Abs. 1 den verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Normenklarheit und -bestimmtheit genügt. In seinem Beschluss vom 3.3.2004 zur präventiven Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung nach altem Recht (§§ 39 ff AWG) führt das BVerfG aus, dass im Bereich der Straftatenverhütung Ermächtigungen zum Eingriff in das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG keinen geringeren rechtsstaatlichen Anforderungen an die Normenbestimmtheit und Normenklarheit unterliegen als Ermächtigungen der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung. Der Anlass, der Zweck und die Grenzen des Eingriffs müssen danach in der Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden. Dies solle sicherstellen, dass der betroffene Bürger sich darauf einstellen kann, dass die gesetzesausführende Verwaltung für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können⁶³⁵.

§23a Abs. 1enthält Voraussetzungen für die Berechtigung zum Eingriff in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis:

- die Verweisung auf bestimmte schwere Straftaten nach dem KWKG
- das Erfordernis, dass Tatsachen die Annahme begründen müssen, dass eine solche Straftat vorbereitet wird und
- dass die Überwachungsmaßnahme diese Straftaten verhindern soll.

Damit sind Anlass und Zweck grundsätzlich klar definiert. Die Überwachungsmaßnahme setzt eine bestimmte Sachlage voraus, nämlich die Vorbereitung von bestimmten Straftaten nach dem KWKG, die in Abs. 2 durch konkrete, für jedermann vorstellbare Beispiele erläutert wird. Gefordert wird das Vorliegen von Tatsachen, es genügen also nicht Anhaltspunkte oder gar vage Vermutungen.

§ 23a Abs. 1 verweist auf die Straftatbestände der §§ 19 Abs. 1 und 2, 20 Abs. 1, 20a Abs. 1 und 2 und 22 Abs. 1 Nr. 4, 5 und 7 und Abs. 2 KWKG. Eine Verweisung ist verfassungsrechtlich durchaus zulässig; kann sogar in komplexen Regelungszusammenhängen als Alternative zu der Umschreibung aller Eingriffsvoraussetzungen vorzugswürdig sein⁶³⁶; problematisch wäre nur eine zu umfangreiche Verweisungskette, so wie sie das BVerfG in seinem Beschluss

635 Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvF 3/92 – Rdn. 106.

636 a.a.O., Rdn. 134.

zum aufgehobenen § 39 AWG festgestellt hat und rügt (Verweisungskaskade)⁶³⁷. Da § 23a Abs. 1 auf die genannten Vorschriften des KWKG verweist, müssen diese Vorschriften ihrerseits hinreichend normenklar und -bestimmt sein, wobei an die Bestimmtheit und Klarheit von Strafnormen gemäß Art. 103 Abs. 2 GG besonders strenge Maßstäbe anzulegen sind⁶³⁸. Unter den verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten der Normenklarheit und -bestimmtheit problematisch ist m.E. der Qualifizierungstatbestand des § 19 Abs. 2 Nr. 2c KWKG. Denn dieser Tatbestand verwendet – wie § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG – als qualifizierendes Merkmal die „erhebliche Gefährdung der auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland“, zu der die Handlung des Straftäters führen muss. Das Tatbestandsmerkmal des § 19 Abs. 2 Nr. 2c KWKG ist – wie § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG – in heutiger Zeit jedenfalls sinnentleert. Derjenige, der wie in § 19 Abs. 1 KWKG beschrieben handelt, kann heutzutage bei realistischer Betrachtung nicht wirklich die Gefahr einer erheblichen Störung für die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland herbeiführen. Die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland sind in diesem Kontext durch die zahlreichen supra- und internationalen Verträge zur Bekämpfung der Proliferation von Massenvernichtungswaffen und in zahlreichen Verträge zur Abrüstung konventioneller Waffen definiert. Die Bundesrepublik Deutschland ist Vertragspartner dieser Verträge/Konventionen und Nichtverbreitungsregime. Nur die Bundesrepublik Deutschland und die für sie handelnden Organe können diese Verpflichtungen verletzen, was die Gefahr einer – ggf. erheblichen – Störung ihrer auswärtigen Beziehungen herbeiführen könnte.

Zur Zeit der Ereignisse um den Bau einer Giftgasfabrik in Rabta/Libyen Ende der 80er Jahre lag eine rechtlich und tatsächlich andere Situation vor: Zwar hatte sich die Bundesrepublik schon in vielfältiger Weise verpflichtet, dazu beizutragen, dass Massenvernichtungswaffen nicht verbreitet werden und konventionelle (Kriegs-)Waffen Kontrollen unterworfen werden. Die jeweiligen Bundesregierungen sind aber bis Ende der 80er Jahre ihren Verpflichtungen nicht in ausreichendem Maße nachgekommen, sodass es zu solchen Ereignissen wie dem Bau einer Giftgasfabrik und zahlreichen ungenehmigten Exporten nach Pakistan und den Irak gekommen ist. Das Verhalten der damaligen Täter hat in der Tat dazu geführt, dass die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich gestört wurden. Denn gerade befreundete Staaten wie die USA und Israel konnten der Bundesregierung damals unter Hinweis auf die Exporte durch deutsche Unternehmen nach Libyen, in den Irak und nach Paksitan mit Fug und Recht vorwerfen, ihre vertraglichen Verpflichtungen in der Exportkon-

637 a.a.O., Rdn. 135.

638 Manssen, Gerrit, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl., München 2005, Rdn. 170.

trolle nicht eingehalten zu haben⁶³⁹. Damals machte daher eine Strafvorschrift wie § 34 Abs. 2 Nr. 3 AWG Sinn. Für den später geschaffenen § 19 Abs. 2 Nr. 2c KWKG, um den es hier geht, gilt diese Aussage schon nicht mehr.

Denn seit dem Vorfall um Rabta/Libyen hat die Bundesrepublik Deutschland alle rechtlichen Möglichkeiten zu einer umfassenden und effektiven Exportkontrolle geschaffen und die organisatorischen, personellen und sächlichen Vorkehrungen getroffen, dass ihr ein Vollzugsdefizit in diesem Bereich nicht mehr vorgeworfen werden kann. Wenn es gleichwohl noch zum Fehlverhalten bzw. kriminelle Verhalten Einzelner kommt, kann ihr dies mehr nicht zugerechnet werden. Die staatlichen Stellen haben für die Systematik und grundsätzliche Wirksamkeit der Ausfuhrkontrolle einzustehen, nicht aber für das – vorsätzliche oder fahrlässige – Fehlverhalten einzelner staatlicher Vollzugskräfte und/oder Exporteure⁶⁴⁰. Wenn der Bundesrepublik Deutschland gleichwohl wegen solcher Vorgänge von ausländischen Medien und von ausländischen staatlichen Stellen Vorwürfe gemacht werden sollten, kann darin keine erhebliche Störung für die

639 Das LG Münster hat in seinem Urteil vom 24.6.1994 – 11 KLS 6 Js 157/91 die exportpolitische Situation gegen Ende der 80er Jahre wie folgt beschrieben: „Das Ausfuhrge-nehmigungsverfahren zu umgehen, ist den Angeklagten wie anderen Exporteuren offen-bar nicht schwer gemacht worden. In diesem Zusammenhang hat die Kammer bestimm-te – später deutlich geänderte – exportpolitische Verhältnisse zugrunde gelegt, wobei sie die damaligen Verhältnisse nicht abschließend aufgeklärt, sie aber aufgrund zahlreicher Anhaltspunkte im Rahmen der Strafzumessung zugunsten der Angeklagten wie folgt gewürdigt hat: Seinerzeit ist bei der Prüfung der Exportvorgänge durch das BAW – wie in den anderen Fällen auch – nahezu ausschließlich auf den von den Angeklagten ange-gebenen, zum Teil durch entsprechende Nachweise/Bescheinigungen des (irakischen) Endabnehmers belegten Verwendungszweck abgestellt worden. Abgesehen von einer kursorischen Plausibilitätskontrolle des einzelnen Vorgangs fand eine nähere Prüfung des Sachverhalts offenbar nicht statt. ... Möglicherweise war solches dem BAW ange-sichts der seinerzeitigen Ausstattung an Personal und Informationsmöglichkeiten auch gar nicht möglich. Die nach dem Sinn der Außenwirtschaftskontrolle gebotene intensive Prüfung, um zu verhindern, daß bestimmte militärische Güter in die falschen Hände ge-rieten, war so jedenfalls kaum zu bewerkstelligen. Möglicherweise beruhte eine solche Handhabung angesichts der unzureichenden Ausstattung des BAW auch auf der Einstel-lung, daß eine intensivere Ausfuhrgeheimigungskontrolle – allen geäußerten Grundsät-zen zum Trotz – aus wirtschaftlichen Gründen nicht dem politischen Willen der Ver-antwortlichen entsprach. Erst nachdem die Rabta-Affäre ... ein massives internationales Echo ausgelöst hatte, sind – wie in dem Bericht der Bundesregierung vom 15.2.1989 vorgeschlagen – grundlegende Veränderungen erfolgt. ...“; zur unrühmlichen Rolle des damaligen Bundesamtes für (gewerbliche) Wirtschaft siehe auch Leyendecker, Hans/Rickelmann/Richard, Exporteure des Todes, Göttingen 1990, S. 33 f.

640 So auch Safferling, Christoph, Die Gefährdung der „auswärtigen Beziehungen“ der Bundesrepublik Deutschland als strafwürdiges Verhalten im Außenwirtschaftsverkehr, NStZ 2009, 604 ff. (607).

auswärtigen Beziehungen liegen. Die Bundesrepublik Deutschland wird in diesen Fällen ihre Verbündeten in geeigneter Weise über den Sachverhalt aufklären und auf ihr besonders strenges Exportkontrollsystem verweisen können, was im Übrigen von den Verbündeten auch anerkannt wurde und wird. In einem freiheitlichen Gesellschaftssystem kann nicht jede Gesetzesumgehung verhindert werden⁶⁴¹. Es ist für die Bundesrepublik Deutschland als extrem exportabhängiges Land auch nicht möglich, alle zu exportierenden Güter einer körperlichen Kontrolle (Beschau) zu unterwerfen, denn dann würde nicht nur der Export, sondern die gesamte deutsche Wirtschaft zusammenbrechen. Und selbst wenn man eine derartige Kontrolldichte tatsächlich verwirklichen könnte, wäre das Problem nicht gelöst, denn die Vielfalt der Güter ist enorm, und ihre jeweilige Bestimmung für die Proliferation von Massenvernichtungswaffen oder für konventionelle (Kriegs-)Waffen ist im Einzelfall selbst für Techniker des BAFA – und daher erst recht für technisch nicht versierte Zollabfertigungsbeamte – nur mit erheblichen Schwierigkeiten festzustellen. Wenn im Anschluss an eine ungenehmigte Ausfuhr von Gütern aus der Bundesrepublik Deutschland im Ausland daher Kritik laut wird, so kommt diese Kritik nicht primär von seriösen und objektiven Kennern des Außenwirtschaftsverkehrs, sondern ist auf andere Faktoren der internationalen Meinungsbildung zurückzuführen⁶⁴². Diese Kritik beruht auf kollektiven Schuldzuweisungen an das deutsche Volk, die nur aus dem besonderen Kontext der jüngeren Geschichte zu verstehen sind⁶⁴³. Dass man dafür Verständnis haben kann, macht diese Kritik nicht richtig.

Zusammenfassend lässt sich daher sagen, dass die Strafbestimmung des § 19 Abs. 2 Nr. 2c KWKG, auf die sich §23a Abs. 1 bezieht, heute sinnentleert ist und damit den Anforderungen der Normenklarheit und –bestimmtheit nicht entspricht.

§ 23a Abs. 3 vermeidet zwar weitestgehend Verweisungen auf andere Rechtsvorschriften des Außenwirtschaftsrechts – eine Verweisung auf bußgeld- oder strafrechtliche Vorschriften ist anders als bei der Vorgängervorschrift des § 39 AWG überhaupt nicht mehr gegeben –, kommt aber auch nicht ganz ohne Verweisungen aus. Die Verweisungen gehen aber über eine Stufe nicht hinaus (Verweisung auf die AWW bzw. auf die EG-Dual-use-VO). Damit hält sich die Vorschrift im verfassungsgemäßen Rahmen.

641 Lübbig, Thomas, Die Verfolgung illegaler Exporte, Diss. Berlin, 1996, S. 139.

642 Lübbig, a.a.O.

643 Lübbig, a.a.O., S. 140.

Die Formulierung „Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ (richtig müsste es heißen: Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung⁶⁴⁴) ist verfassungsrechtlich bedenklich, da ein Eingriff nach neuem Verfassungsverständnis nicht mehr mit der Gefahr für die öffentliche Ordnung begründet werden kann.

Ansonsten sind die einzelnen Fälle der vorbereiteten ungenehmigten Ausfuhr in Abs. 3 so konkret und verständlich beschrieben, dass ein Betroffener – z.B. der Ausführer – ohne Schwierigkeiten erkennen kann, unter welchen Voraussetzungen sein Verhalten mit dem Risiko der Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung verbunden ist⁶⁴⁵.

Dem Eingriff werden auch dadurch Grenzen gesetzt, dass der Eingriff den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den Kernbereich privater Lebensgestaltung beachten muss und er bei bestimmten Personen nicht durchgeführt werden darf.

(2) Verhältnismäßigkeit

Zur Verhältnismäßigkeit gehört zunächst, dass der Grundrechtseingriff überhaupt geeignet sein muss, das erstrebte Ziel zu erreichen, und dass auch gerade dieser Grundrechtseingriff erforderlich ist (Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne); darüber hinaus muss der Eingriff angemessen sein (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)⁶⁴⁶. Sowohl das einschränkende Gesetz als auch der darauf beruhende konkrete Eingriff muss diesen Grundsatz berücksichtigen⁶⁴⁷. Geeignet ist ein Eingriff dann, wenn er den angestrebten Zweck fördert⁶⁴⁸.

Die Geeignetheit ist bei der grundrechtseinschränkenden Regelung der §§ 23a ff. gegeben, wie ihre Umsetzung seit dem Jahre 1992 (Beginn der Überwachungsmaßnahmen) gezeigt hat. Denn durch die Überwachungsmaßnahmen konnten Straftaten nach dem AWG/KWKG und ungenehmigte Ausfuhren verhindert werden⁶⁴⁹. Eine grundrechtsbeschränkende Norm ist dann erforderlich,

644 Kutscha, Martin, Thesen zur Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 25.4.2007 betr. Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes u.a., Ziff. 4.

645 Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvF 3/92 – Rdn. 108.

646 Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, GG – Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl., München 2009, Art. 10, Rdn. 18; Art. 20, Rdn. 86, 86a.

647 Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, a.a.O., Vorb. vor Art. 1, Rdn. 44.

648 Manssen, Gerrit, Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl., München 2005, Rdn. 185.

649 vgl. Ausführungen der BReg im Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes – BT-Drs. 14/1415 vom 20.7.1999, S. 4 ff.; Kleine Anfrage der Abgeordneten Petra Pau, Wolfgang Neskovic und der Fraktion DIE LINKE vom 29.11.2005 – BT-Drs. 16/104 und Antwort der BReg vom 15.12.2005 – BT-Drs. 16/281

wenn sie von mehreren gleichwirksamen Mitteln dasjenige vorschreibt, das das Grundrecht am wenigsten stark belastet⁶⁵⁰. Die §§23a ff. enthalten eine derartige Regelung nicht, das ZFdG bietet aber an anderer Stelle – § 32b – Sicherstellung zur Gefahrenabwehr – die Möglichkeit, ein milderes Mittel einzusetzen, ebenso das AWG in § 2 Abs. 2 (Einzелеingriff) und seit dem Jahre 2009 die EG-Dual-use-VO in Art. 6 für den Fall der Durchfuhr. Wenn die jeweiligen Voraussetzungen für diese anderen milderen Mittel im Einzelfall vorliegen, müssen diese Mittel gewählt werden.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit i.e.S. (Angemessenheit) wird in den Fällen des § 23a Abs. 1 dadurch gewahrt, dass die Überwachung nur bei der Vorbereitung besonders schwerer Straftaten nach dem KWKG zulässig ist. Diese Straftaten, auf die sich § 23a Abs. 1 bezieht, sind alle als „Verbrechen“ i.S.d. § 12 Abs. 1 StGB eingestuft. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne ist vom Gesetzgeber und demjenigen zu beachten, der das Eingriffsgesetz anwendet, hier also vom ZKA, der StA und dem Landgericht Köln. Vor und während der Überwachungsmaßnahme muss das ZKA prüfen, ob auch im konkreten Fall eine schwere Straftat nach den betreffenden Vorschriften des KWKG vorliegt. Es ist allerdings einzuräumen, dass eine derartige Feststellung vor der Überwachungsmaßnahme aufgrund der oftmals noch geringen Fakten schwierig oder nicht möglich sein wird. Dann kann eine Prüfung nur während der Maßnahme durchgeführt werden. Liegt die Verhältnismäßigkeit nicht (mehr) vor, so ist die Maßnahme, da die Verhältnismäßigkeit zu den Voraussetzungen für die Anordnung der Maßnahme gehört, zu beenden.

In den Fällen des § 23a Abs. 3 müssen andere Kriterien als die abstrakte Strafandrohung und die Einstufung der Straftaten als Vergehen oder Verbrechen herangezogen werden, da es hier nicht – wie in der aufgehobenen Regelung des AWG – um die Vorbereitung von Straftaten nach dem AWG geht, sondern um bestimmte vorbereitete Fälle von Güterausfuhren. Zum einen spielt die Art der Güter eine Rolle: Es handelt sich nicht um irgendwelche Güter, die ausgeführt werden sollen, sondern Güter, von denen eine abstrakte Gefahr ausgeht – Waffen, Munition, Rüstungsmaterial; Güter mit Bezug zu Massenvernichtungsmitteln und deren Träger.

Soweit es um (konventionelle) Waffen, Munition und Rüstungsgüter geht, erfolgt eine weitere Einschränkung, die das Gefahrenpotential erhöht:

vom 15.12.2005; Bericht des Vorsitzenden des BT-Gremiums nach § 23c Abs. 8 – BT-Drs. 16/9682 vom 19.6.2008.

650 Manssen, Gerrit, a.a.O., Rdn. 187.

- bestimmt für Staaten, die sich in einem Krieg oder Bürgerkrieg befinden oder wo ein derartiger Konflikt droht;
- bestimmt für Empfänger, gegen die ein Waffenembargo verhängt wurde;
- bestimmt für ein Land der Länderliste K oder
- wenn durch die Lieferung die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeigeführt würde.

Bei der zweiten Kategorie von Gütern – Güter mit Bezug zu Massenvernichtungswaffen – liegt die Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Art der Waffen. Bei den Massenvernichtungswaffen handelt es sich um die gefährlichsten Waffen schlechthin. Eine weitere Einschränkung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit meinte der Gesetzgeber machen zu müssen: es muss sich stets um einen erheblichen Beitrag zur Entwicklung, Herstellung etc. von Massenvernichtungswaffen handeln.

Die Einschränkungen des § 23a Abs. 3 tragen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hinreichend Rechnung, sodass man auch diese Vorschrift als verfassungsgemäß ansehen kann.

(3) Kernbereich privater Lebensgestaltung

Mit seinem Urteil vom 27.7.2005 zur präventiven Telekommunikation durch das Nds. SOG hat das BVerfG deutlich gemacht, dass seine Ausführungen zum Kernbereich privater Lebensgestaltung im Urteil vom 3.3.2004 zur repressiven akustischen Wohnraumüberwachung trotz der Verschiedenheit der Grundrechte auch für die präventive Telekommunikationsüberwachung gilt. Hier ist erst recht das Zwei-Stufen-Schutzkonzept von Bedeutung, denn bei einer (präventiven wie repressiven) Telekommunikationsüberwachung besteht noch eher als bei der Wohnraumüberwachung die Wahrscheinlichkeit, dass der Kernbereich verletzt wird⁶⁵¹, sodass in der zweiten Stufe beim Umgang mit den privaten Daten aus dem Kernbereich besondere Sorgfalt herrschen muss. § 23a Abs. 4a sieht daher ein absolutes Verwertungsverbot vor, das dadurch umgesetzt wird, dass die erlangten Daten unverzüglich zu löschen sind.

Die derzeit von § 23a Abs. 4a getroffene Regelung zum Schutz des Kernbereichs (Erste Stufe) wird den Forderungen des BVerfG nicht gerecht. Denn § 23a Abs. 4a Satz 1 sieht – wie auch die anderen Bundesgesetze, die eine Telekommunikationsüberwachung erlauben – vor, dass eine Telekommunikations-

651 Urteil des BVerfG vom 27.7.2005 – 1 BvR 668/04 – Rdn. 163; Urteil des BVerfG vom 27.2.2008 – 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07 – Rdn. 279.

überwachung nur dann von vornherein unzulässig ist, „wenn tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, dass durch sie allein Kommunikationsinhalte aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden.“ Eine solche Sachlage wird so gut wie nie vorliegen. Die Kritik an dieser Umsetzung der Entscheidung des BVerfG ist fast einhellig⁶⁵².

Um dem Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung besser zu entsprechen, sollte daher der § 23a Abs. 4a Satz 1 um folgenden Satz ergänzt werden:

„Die Überwachung eines privaten Festnetzanschlusses ist nur dann zulässig, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass von dem Festanschluss auch geschäftliche Kommunikation stattfindet.“

652 Siehe Kutscha, Martin, Thesen zur Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 25.4.2007 betr. Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes u.a., Ziff. 3 („... Postulat des Bundesverfassungsgerichts ... zur Bedeutungslosigkeit verdammt.“); Kühne, Hans-Heiner, Sachverständigengutachten für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages über den Gesetzesentwurf zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze, Nr. 13c); Roggan, Fredrik, Stellungnahme zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze (BT-Drs. 16/4663), II 5 b); Roggan, Fredrik, Die Novelle des Zollfahndungsdienstgesetzes – Legislative Probleme mit dem Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, NVwZ, 2007, 1238 ff. (weitgehend identisch mit der Stellungnahme vor dem Rechtsausschuss); Poscher, Ralf, Menschenwürde und Kernbereichsschutz – Von den Gefahren einer Verräumlichung des Grundrechtsdenkens, JZ 2009, 269 ff. (270) in Bezug auf die Regelung im novellierten BKAG „In den Neuregelungen [des BKAG] werden die Beschränkungen auf der Erhebungsebene nicht erst genommen...“; Buermeyer, Ulf/Bäcker, Matthias, Zur Rechtswidrigkeit der Quellen-Telekommunikationsüberwachung auf Grundlage des § 100a StPO, HRRS 2009, 433 ff. (439/440) „Ein so offenkundig leerlaufendes, fast augenzwinkernd anmutendes Regelungsmodell enthält in der Sache eine kaum verholene Auflehnung des Bundesgesetzgebers gegen das BVerfG.“; Hoffmann-Riem, Wolfgang, Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, JZ 2008, 1009 ff. (1021) – a.A. die Vertreter der Praxis wie Wamers, Paul, Anhörung des Rechtsausschusses zum Zollfahndungsdienstgesetz – Stellungnahme zum Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes (ZFdG) – BT-Drs. 16/4663, S. 25, und Morweiser, Stephan, Anhörung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze – BT-Drs. 16/4663, S. 4; Graf, Jürgen-Peter, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 25.4.2007 in Berlin zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze (BT-Drs. 16/4663), S. 4, der allerdings einräumt, dass nur wenige Fallgestaltungen denkbar sind, in denen eine solche [Überwachungs-]Maßnahme allein Kommunikationsinhalte aus dem Kernbereich vermitteln könnte.

Tatsachen i.d.S. können Erkenntnisse jeglicher Art sein, insbesondere Erkenntnisse aus einer Telekommunikationsüberwachung, die zunächst auf geschäftliche Anschlüsse beschränkt war.

Diese ergänzende Regelung kann m.E. nur für die besondere Situation der präventiven Telekommunikationsüberwachung zur Exportkontrolle gelten, da hier die Inanspruchnahme des geschäftlichen Anschlusses die entscheidende Rolle spielt. Für andere Lebensbereiche müssen andere Lösungen gefunden werden.

(4) Zitiergebot

Nach Art. 4a des Gesetzes zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze vom 12.6.2007 wird u.a. das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG) nach Maßgabe des Gesetzes eingeschränkt. Das ZFdG enthält in seinem § 44 unter Angabe der Grundrechtsartikel die Hinweise auf die Einschränkung von Grundrechten durch dieses Gesetz, so u.a. auch den Hinweis auf Art. 10 Abs. 1 GG. Damit entspricht das ZFdG dem Zitiergebot nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG.

(5) Organisatorische und verfahrensrechtliche Grundrechtssicherungen

Während die wichtigste verfahrensrechtliche Grundrechtssicherung – der Richtervorbehalt – schon in § 23a Abs. 1 Satz 2 zu finden ist – wohl um die Wichtigkeit des Richtervorbehalts zu betonen –⁶⁵³, sind die anderen organisatorischen und verfahrensrechtlichen Grundrechtssicherungen über die folgenden Vorschriften verteilt.

Der Richtervorbehalt wird in § 23b aufgegriffen und ausführlich und konkret ausgeformt.

Die Dauer der Überwachungsmaßnahme ist auf drei Monate begrenzt mit der Möglichkeit von Verlängerungen, wobei es auch für die Anordnung der Verlängerungen der richterlichen Entscheidung bedarf. Wird eine Maßnahme die Dauer von neun Monaten überschreiten, so tritt ein Wechsel des zur Entscheidung berufenen Spruchkörpers ein: anstelle der Kammer des LG entscheidet ein Senat des OLG.

653 M.E. ist der Richtervorbehalt an dieser Stelle nicht passend, da § 23a Abs. 1 nur die Voraussetzungen für die präventive Maßnahme zur Verhinderung von Straftaten nach dem KWKG enthält, während § 23a Abs. 3 die Voraussetzungen für die Abwehr sonstiger Gefahren für die öffentliche Sicherheit betrifft, ohne dass dort erneut der Richtervorbehalt formuliert wird. Besser wäre es gewesen, den Richtervorbehalt als neuen Abs. 4 in § 23a einzufügen.

Antragsberechtigt sind nur bestimmte Personen des ZKA: der Präsident oder im Verhinderungsfall sein Stellvertreter. Die Durchführung der Überwachung steht unter der Leitung eines Beamten mit der Befähigung zum Richteramt.

§ 23c Abs. 4 bis 6 bestimmen, dass die Betroffenen von der Überwachungsmaßnahme zu unterrichten sind.

§ 23c Abs. 4 und 7 gewähren den Betroffenen Rechtsschutz.

Ferner enthalten die Vorschriften verschiedene formelle Regelungen über Kennzeichnung der Daten, Löschung der Daten und Protokollierung von Vorgängen, die der Möglichkeit der richterlichen Kontrolle und dem Rechtsschutz des Betroffenen dienen.

Die genannten organisatorischen und verfahrensrechtlichen Grundrechtssicherungen tragen den Forderungen des BVerfG in umfangreichem Maße Rechnung.

b) Verfahrensrechtliche Bestimmungen

aa) Anlass und Vorbereitung einer Überwachungsmaßnahme

Die Anlässe, die zu einer Überwachungsmaßnahme führen können, sind vielfältig. Häufig – und das ist unter dem Gesichtspunkt der Geheimhaltung nicht unproblematisch – handelt es sich um Hinweise deutscher, gelegentlich auch ausländischer Nachrichtendienste. Aber auch Hinweise aus der eigenen Verwaltung – Zollfahndungsdienst, Abfertigungsdienst – können den Anlass für eine Überwachungsmaßnahme bilden. In jedem Fall erfolgt eine intensive und sorgfältige Prüfung der Hinweise unter Verwendung aller Mittel, über die das ZKA verfügt. Hier wird das ZKA vor allem auf folgende Informationen zurückgreifen und einen Abgleich vornehmen:

■ Informationen zu der handelnden Person

Liegen bereits Erkenntnisse über die handelnde Person vor? Evtl. aus früheren, insbesondere einschlägigen AWG/KWKG-Strafverfahren? Welche Stellung hat die Person in dem Unternehmen, deren Güter ausgeführt werden sollen? Hier erfolgt eine Auswertung evtl. vorliegender Außenwirtschaftsprüfungsberichte, die dem ZKA über jede nach § 44 AWG erfolgte Außenwirtschaftsprüfung zur Verfügung zu stellen sind⁶⁵⁴. Überprüfung der Verkehrsdaten gemäß § 23g, um festzustellen, ob der Betreffende tatsächlich Kommunikationskontakte mit Beschaffern und deren Organisation im Ausland hatte.

654 Nr. 51 PrüfungsDA-AWiMO.

- **Informationen über das Unternehmen, in dem die handelnde Person tätig ist**

Hier dient ebenfalls der ggf. vorliegende Außenwirtschaftsprüfungsbericht als wichtige Erkenntnisgrundlage. Wenn es sich bei dem Unternehmen um einen Produzenten handelt: Welche Güter stellt das Unternehmen her? Gehören die Güter, die in dem Hinweis genannt worden sind, zur Produktpalette des Unternehmens? Nimmt das Unternehmen am Außenwirtschaftsverkehr durch Ausfuhren teil? In welche Länder hat das Unternehmen bislang ausgeführt? Wenn es sich bei dem Unternehmen um ein Handelsunternehmen handelt: Mit welchen Gütern handelt das Unternehmen? In welche Länder hat das Unternehmen bislang Güter ausgeführt? Wer waren die Empfänger der Güter? Liegen über diese Empfänger Informationen vor? usw. Auch das Internet enthält meist aktuelle Informationen, da selbst kleine Unternehmen über häufig sehr aussagekräftige Webseiten verfügen. Eine Überprüfung der Verkehrsdaten des Unternehmens gemäß § 23g ist aus demselben Grund wie bei der handelnden Person sinnvoll.

- **Informationen über die Güter, die ausgeführt werden sollen**

Sind die Güter – weil nach der AL Teil I Abschnitt A oder B oder nach Anhang I zu Art. 3 der EG-Dual-use-VO gelistet – ausfuhrnehmigungspflichtig? Besteht möglicherweise eine Ausfuhrgenehmigungspflicht nach den catch-all-Klauseln (§ 5c, 5d AWW, Art. 4 EG-Dual-use-VO)? Schon sehr früh wird der Kontakt mit der Genehmigungsbehörde BAFA oder – im Fall möglicher Kriegswaffen – mit dem BMWi hergestellt werden müssen, um die Frage der Genehmigungspflichtigkeit und –fähigkeit abzuklären. Dieser Kontakt bleibt i.d.R. während des gesamten Verfahrens bestehen.

- **Informationen über den im Hinweis genannten Empfänger**

Bei diesem Empfänger wird es sich i.d.R. um eine Beschaffungsorganisation oder Teil einer Beschaffungsorganisation handeln. Hier stellt sich die Frage, ob dieser Empfänger bereits bekannt ist – z.B. in den sog. Frühwarnschreiben des BMWi⁶⁵⁵ erwähnt ist – und was im Einzelnen über diese Empfänger gesagt ist. Liegen keine Informationen über den Empfänger vor, wird sich das ZKA um entsprechende Informationen bemühen.

655 Zum Frühwarnsystem siehe insbesondere Pietsch, Georg, Das Frühwarnsystem, AW-Prax 1998, 345 ff.

Bereits zur Vorbereitung von Überwachungsmaßnahmen nach § 23a ff. dürfen andere präventive Maßnahmen nach dem ZFdG⁶⁵⁶ ergriffen werden, nämlich

- längerfristige Observation (§ 18 ZFdG),
- Einsatz technischer Mittel zur Anfertigung von Bildaufnahmen und Bildaufzeichnungen (§ 19 ZFdG),
- Einsatz technischer Mittel zum Abhören und Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes außerhalb von Wohnungen (§ 20 ZFdG) und
- Einsatz von Privatpersonen, deren Zusammenarbeit mit dem Zollkriminalamt Dritten nicht bekannt ist (sog. Vertrauensleute oder V-Leute) (§ 21 ZFdG).

Der Einsatz von Verdeckten Ermittlern ist generell nach dem ZFdG nicht zulässig, daher auch nicht zur Vorbereitung einer Überwachungsmaßnahme.

Diese präventiven Maßnahmen gelten generell, um im Zuständigkeitsbereich des Zollfahndungsdienstes Straftaten zu verhüten; sie gelten aber ausdrücklich auch im Rahmen der Außenwirtschaftsüberwachung zur Vorbereitung und Durchführung von Maßnahmen nach § 23a ZFdG (siehe § 18 Abs. 2, § 19 Abs. 2, § 20 Abs. 2 und § 21 Abs. 2 ZFdG). Da auch diese Maßnahmen z.T. erheblich in Grundrechte eingreifen, unterliegen sie selbst dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und bestimmten verfahrensrechtlichen Restriktionen (Anordnung nur den Behördenleiter oder durch einen von ihm beauftragten Beamten des höheren Dienstes; Anordnung ist aktenkundig zu machen und auf höchstens einen Monat – mit der Möglichkeit der Verlängerung – befristet).

Der Sachverhalt, der zu einer Überwachungsmaßnahme Anlass gibt, beinhaltet i.d.R. den Namen einer natürlichen Person und/oder eines Unternehmens. Häufig wird auch bereits die Rufnummer eines Telekommunikationsanschlusses bekannt sein, der von dem Betreffenden genutzt wird. Ist das jedoch nicht der Fall oder besteht die Möglichkeit, dass der künftig zu Überwachende über mehrere Telekommunikationsanschlüsse – evtl. von verschiedenen Diensteanbietern – verfügt, so muss das ZKA die Rufnummern der Anschlüsse feststellen können. Auskünfte aus den Kundendateien der Telekommunikationsdienste müssen gemäß § 112 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. Abs. 1 TKG dem ZKA zur Vorbereitung von

656 Zu den Maßnahmen nach den §§ 18 ff. siehe im Einzelnen Fehn, Bernd-Josef/Wamers, Paul, Handkommentar Zollfahndungsdienstgesetz, Baden-Baden 2003, §§ 18 bis 21.

Maßnahmen nach § 39 des Außenwirtschaftsgesetzes [richtig: den §§ 23a ff. ZFdG]⁶⁵⁷ zur Verfügung gestellt werden.

bb) Unterrichtung der Staatsanwaltschaft

Vor dem Antrag auf Anordnung der Überwachung, den das ZKA an das nach § 23b zuständige Landgericht zu stellen hat, ist die Staatsanwaltschaft zu unterrichten (Abs. 7 Satz 1). Gemeint ist die örtlich zuständige Staatsanwaltschaft, die zuständig wäre, wenn es sich nicht um eine vorbereitete Straftat, sondern um eine bereits begangene Straftat handeln würde, also nicht die Staatsanwaltschaft beim Landgericht, das die Maßnahme anordnen soll. Seit dem 31.12.2006 kann dies ggf. auch der Generalbundesanwalt (GBA) sein, nämlich dann, wenn er das Verfahren an sich ziehen könnte⁶⁵⁸.

Zwar ist die Staatsanwaltschaft nur zu unterrichten, sie ist also zu einer Entscheidung, ob eine Überwachungsmaßnahme durchgeführt werden darf oder nicht, nicht befugt. Die Unterrichtung führt aber zu einer Überprüfung des vom ZKA vorgetragenen Sachverhalts unter dem Gesichtspunkt, ob nicht bereits – im Gegensatz zur Meinung des ZKA – statt einer straflosen Vorbereitungshandlung Anfangsverdacht gegeben ist. Die Staatsanwaltschaft kann auch prüfen, ob nicht ggf. bereits in der – grundsätzlich straflosen – Vorbereitung eines Delikts nach §§ 19 ff. KWKG (Verbrechenstatbestände) eine gemäß § 30 StGB strafbare Verabredung zu einem Verbrechen vorliegt. Des Weiteren kann ggf. von der örtlich zuständigen Staatsanwaltschaft geprüft und dem Generalbundesanwalt zur Prüfung vorgelegt werden, ob Anfangsverdacht im Hinblick auf die Verwirklichung des Straftatbestandes der geheimdienstlichen Tätigkeit (§ 99 StGB) vorliegt, ein Unternehmensdelikt, das nicht notwendigerweise eine vollendete oder auch nur versuchte ungenehmigte Ausfuhr voraussetzt. Darüber hinaus – auch dies hat die Praxis gezeigt – führt die Überwachung wegen einer vorbereiteten ungenehmigten Ausfuhr in ca. 50% aller Fälle zur Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens wegen bereits vor Beginn der Überwachungsmaßnahme begangener AWG/KWKG-Straftaten. Herrin dieser Verfahren ist die örtlich zuständige Staatsanwaltschaft bzw. ggf. der GBA.

Die – örtlich zuständige – Staatsanwaltschaft bzw. ggf. der GBA ist vom ZKA darüber hinaus auch über die richterliche Entscheidung bzw. die Entscheidung

657 Nach Übernahme der Überwachungsvorschriften vom AWG in das ZFdG durch das NTPG ist zwar die Telekommunikations-Überwachungsverordnung (TKÜV) entsprechend geändert worden; es ist jedoch vergessen worden, auch die Vorschrift des § 112 TKG zu ändern.

658 Siehe im Einzelnen Ricke, Klaus-Peter in Wolffgang, Hans-Michael/Simonsen, Olaf (Hrsg.), AWR-Kommentar, 22. EL, 2009, § 37 AWG, Rdn. 4, 17 ff.

des Bundesministeriums der Finanzen, die bei Gefahr im Verzuge vorläufig anstelle der richterlichen Entscheidung getroffen worden ist, und über das Ergebnis der Überwachungsmaßnahme zu unterrichten (§ 23a Abs. 7 Satz 2).

cc) Verpflichtungen der Anbieter von Telekommunikation und der Anbieter von Postdiensten

Wenngleich ein Teil der technischen Überwachung vom ZKA vorgenommen wird und die Geräte vom ZKA beschafft und gewartet werden müssen, muss doch ein Großteil der technischen Überwachung durch den oder die Provider erfolgen. Die Telekommunikationsvorgänge (Verkehrs- und Inhaltsdaten) müssen von dem oder den Providern „ausgeleitet“ und dem ZKA zugeleitet werden. Soweit es um Briefe und andere Post geht, müssen die Anbieter der Postdienste diese Briefe/Post dem ZKA zur Verfügung stellen.

§ 23a Abs. 8 erklärt § 2 des Artikel-10-Gesetzes⁶⁵⁹ für entsprechend anwendbar. In § 2 des Artikel-10-Gesetzes werden zum einen die Diensteanbieter von Telekommunikation verpflichtet, der berechtigten Stelle die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation zu ermöglichen, zum anderen die Anbieter von Postdiensten verpflichtet, der berechtigten Stelle Sendungen, die ihnen zum Einsammeln, Weiterleiten oder Ausliefern anvertraut sind, auszuhändigen. Berechtigte Stellen nach dem Artikel-10-Gesetz sind die Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder sowie der BND und der MAD. Berechtigte Stelle im Sinne der entsprechenden Anwendung des Artikel-10-Gesetzes ist das Zollkriminalamt. Diensteanbieter von Telekommunikation sind gemäß § 3 Ziff. 6 TKG⁶⁶⁰ diejenigen, die ganz oder teilweise geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringen oder an der Erbringung solcher Dienste mitwirken (z.B. Telekom). Erbringer von Postdiensten sind diejenigen, die ganz oder teilweise geschäftsmäßig Postdienste erbringen oder an der Erbringung von Postdiensten mitwirken (z.B. Deutsche Post AG). Kommen die Diensteanbieter diesen Verpflichtungen nicht nach, so handeln sie ordnungswidrig und können mit einer Geldbuße bis zu 20.000 Euro bebußt werden (§ 46 Abs. 1 Ziff. 1, Abs. 2).

659 Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Gesetz zu Art. 10 Grundgesetz – G 10) vom 26.6.2001 (BGBl. I, S. 1254 ff.), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 22.12.2003 (BGBl. I, S. 2836) – www.datenschutz-berlin.de/recht/de/rv/allg/g10.htm.

660 Telekommunikationsgesetz vom 22.6.2004, BGBl. I, S. 1190 ff.

dd) Entscheidung des Bundesministeriums der Finanzen

Bevor das ZKA den formellen Antrag bei dem für die Anordnung der Überwachungsmaßnahme zuständigen Gericht (s.u.) stellen kann, ist das Bundesministerium der Finanzen (BMF) einzuschalten. Das ZKA unterrichtet das BMF über die von ihm geplante Überwachungsmaßnahme in Form eines schriftlichen Berichts mit dem Petitum, der vorgeschlagenen Überwachungsmaßnahme zuzustimmen. In dem Bericht werden die materiellen Voraussetzungen dargelegt (Angabe der Straftat, die vorbereitet wird, bzw. Angabe der Handlung i.S.d. § 23a Abs. 3, die vorbereitet wird; Personenkreis/Personenvereinigung, die von der Überwachungsmaßnahme erfasst werden soll; Darlegung, dass die Aufklärung des Sachverhalts durch andere Maßnahmen aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre; Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit; Art und Umfang der Maßnahme – i.d.R. Post- und Telekommunikationsüberwachung unter Angabe der Anschlüsse; Dauer der Maßnahme; Angabe über die Unterrichtung der örtlich zuständigen Staatsanwaltschaft). Stimmt das BMF dem Vorschlag nicht zu, so ist auch davon die örtlich zuständige Staatsanwaltschaft zu unterrichten (§ 23a Abs. 6 Satz 2), damit die Staatsanwaltschaft ihren AR-Vorgang abschließen kann. Stimmt das BMF dem Vorschlag des ZKA zu, so stellt das ZKA den formellen und schriftlichen Antrag auf Anordnung der Überwachungsmaßnahme bei dem zuständigen Gericht. Zur Antragstellung sind ausschließlich der Behördenleiter oder der ständige Vertreter des Behördenleiters berechtigt. Diese Beschränkung in der Antragsberechtigung soll der besonderen Verantwortung, die die Behörde für den Grundrechtseingriff trifft, Rechnung tragen.⁶⁶¹ Der Inhalt dieses Antrags entspricht dem Inhalt des vorangegangenen Berichts an das BMF mit dem Zusatz, dass das BMF der vom ZKA vorgeschlagenen Maßnahme zugestimmt hat.

Ausnahmsweise, nämlich bei Gefahr im Verzuge, kann die Überwachungsmaßnahme auch durch das Bundesministerium der Finanzen angeordnet werden (Satz 2). Gefahr im Verzuge liegt dann vor, wenn eine Entscheidung des an sich zuständigen LG Köln nicht rechtzeitig erreicht werden könnte. Ein solcher Fall wird sich wegen der umfangreichen intensiven Prüfung insbesondere im Hinblick auf die Ausfuhrgenehmigungspflicht der ggf. ungenehmigt auszuführenden Ware (nach AL gelistet oder lediglich von catch-all-Klauseln erfasst) in der Praxis selten ergeben. Hat das BMF wegen Gefahr im Verzuge die Überwa-

⁶⁶¹ So Ausführungen des Bundestagsabgeordneten Horst Eylmann (CDU/CSU) in der Bundestagsdebatte vom 22.3.1991 – u.a. zweite und dritte Beratung des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der Strafprozessordnung – Drs. 12/104, 12/209, 12/218 und der Beschlussempfehlung und des Berichts des Ausschusses für Wirtschaft (9. Ausschuss) Drs. 12/289 – Plenarprotokoll 12/19, S. 1222.

chung angeordnet, so tritt diese Anordnung gemäß § 23b Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz außer Kraft, wenn sie nicht binnen drei Tagen von dem Landgericht bestätigt wird. Auf diese Weise ist gesichert, dass letztlich immer der Richter über den Grundrechtseingriff entscheidet.

Neu ist die ausdrückliche Regelung, dass die aufgrund einer Anordnung durch das BMF, die vom LG nicht bestätigt worden ist, gewonnenen Erkenntnisse nicht verwertet werden dürfen und die während dieser Zeit angefallenen Unterlagen zu vernichten sind (Abs. 1 Satz 3 und 4).

ee) Anordnung der Überwachungsmaßnahme durch das zuständige Gericht (§ 23b Abs. 3)

Die Überwachung und Aufzeichnung bedarf nach § 23a Abs. 1 Satz 2 grundsätzlich der vorherigen richterlichen Anordnung. Diese richterliche Anordnung wird durch § 23b – Gerichtliche Anordnung – präzisiert. Die vorangegangene Regelung des AWG enthielt eine solche Doppelung nicht. Mit dieser Erwähnung der Notwendigkeit einer richterlichen Anordnung soll schon zu Anfang der Bestimmungen über die präventive Telekommunikations- Brief- und Postüberwachung die besondere Bedeutung der richterlichen Anordnung hervorgehoben werden.

Die Entscheidung über den Antrag des ZKA auf Anordnung der Überwachungsmaßnahme ergeht durch das Landgericht, und zwar das Landgericht, in dessen Bezirk das ZKA seinen Sitz hat. Da das ZKA wie sein Vorgänger, das Zollkriminalinstitut (ZKI), seinen Sitz in Köln hat, ist das Landgericht Köln für Entscheidungen über die Anträge des ZKA zuständig. Gemäß Beschluss des Präsidiums des LG Köln vom 10.7.1992 war die Bearbeitung der Anträge des ZKA einer Großen Strafkammer übertragen worden. Im Unterschied zur repressiven Telekommunikationsüberwachung nach §§ 100a ff. StPO, wo über Anträge der örtlich zuständigen Staatsanwaltschaft auf Telekommunikationsüberwachung vom jeweils örtlich zuständigen Amtsgericht entschieden wird, hat der Gesetzgeber für die präventive Brief-, Post- und Telekommunikationsüberwachung diese Entscheidung ganz bewusst einem einzigen Gericht – dem LG Köln – und dazu noch einem Kollegialgericht, das sich aus drei Berufsrichtern zusammensetzt – übertragen.⁶⁶² Die Konzentrierung der Entscheidungen bei einem einzigen Gericht ermöglicht diesem Gericht – insbesondere in Anbetracht der speziellen Problematik des Außenwirtschaftsrechts –, die entsprechenden Erfahrungen zu sammeln und eine einheitliche Rechtsprechung zu entwickeln.⁶⁶³ Die-

662 So Eylmann, a.a.O.

663 So Eylmann, a.a.O.

se Prognose des Gesetzgebers hat sich in der Praxis bestätigt. Das, was seit 1992 gängige Praxis war und auf dem Beschluss des Präsidenten des LG Köln beruhte (Kollegialgericht), ist später vom Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben worden (Abs. 3 Satz 2). Seit Neufassung der Bestimmungen über die präventive Telekommunikations- und Postüberwachung durch das NTPG wird die Aufgabe beim LG Köln von einer Zivilkammer wahrgenommen.

Ausnahmsweise, nämlich bei Gefahr im Verzuge, kann die Überwachungsmaßnahme auch durch das Bundesministerium der Finanzen angeordnet werden (Abs. 1 Satz 2).

Die Entscheidung des LG Köln kann dem Antrag des ZKA auf Anordnung stattgeben, kann aber auch eine Anordnung ablehnen, weil die materiellen Voraussetzungen nach Auffassung des Gerichts im Gegensatz zur Meinung des ZKA und des BMF nicht vorliegen. Gegen den Beschluss des LG kann sich das ZKA mit dem Rechtsbehelf der Beschwerde nach den Vorschriften des Gesetzes über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, die gemäß Abs. 3 auf das Verfahren entsprechend anzuwenden sind, wenden. Hilft das LG Köln der Beschwerde nicht ab, so legt es den Vorgang dem OLG Köln zur Entscheidung vor.

ff) Inhalt der richterlichen Anordnung

Die Formulierungen sind dem § 100b StPO entsprechend gestaltet. Die Anordnung des Gerichts ergeht durch schriftlichen Beschluss (Abs. 4 Satz 1), dies gilt ebenfalls für eine Ablehnung der Anordnung. Die Anordnung muss Namen und Adresse des Betroffenen enthalten (Abs. 4 Satz 2 Nr. 1), bei der Telekommunikationsüberwachung auch die Rufnummer oder eine andere Kennung des Telekommunikationsanschlusses (z.B. E-Mail-Adresse) sowie ggf. die Kennung des Endgerätes (Abs. 4 Satz 2 Nr. 2).

Durch das NTPG wurde eingefügt, dass neben der Rufnummer oder einer anderen Kennung des Telekommunikationsanschlusses auch die Kennung des Endgeräts angegeben werden kann. Kennungen des Endgeräts haben nur Bedeutung bei der Überwachung des Mobilfunks, nicht aber bei der Überwachung von Anschlüssen im Festnetz. Die Kennung eines Endgeräts ist die sog. IMEI (International Mobile Equipment Identity = Internationale Kennung für mobile Endgeräte), vergleichbar der Fahrgestellnummer eines PKWs. Diese Endgeräteerkennung identifiziert jedes Handy – also das Gerät als solches – weltweit eindeutig. Die Endgeräteerkennung wird vom Gerätehersteller vergeben. Nicht zu verwechseln mit der IMEI ist die IMSI (International Mobile Subscriber Identity). Die IMSI ist auf der Chip-Karte (= SIM für Subscriber Identity Module) eines Handys ge-

speichert und ist die Kennung, die den Teilnehmer (Vertragspartner eines Netzbetreibers) eindeutig identifiziert.⁶⁶⁴ Die ersten vier Ziffern bezeichnen den Netzbetreiber (z.B. 0160, 0163, 0170), über die weiteren Ziffern können die beim Netzbetreiber gespeicherten Bestandsdaten des jeweiligen Mobilfunkteilnehmers ermittelt werden.⁶⁶⁵ Die gesamte Zahl stellt die Rufnummer des Telekommunikationsanschlusses dar. Der Telekommunikationsteilnehmer und Überwachte kann durch einen Austausch der Chipkarte eine Änderung der Rufnummer seines Telekommunikationsanschlusses erreichen und würde damit aus der Überwachung „herausfallen“, wenn in den anordnenden Gerichtsbeschluss nur die Rufnummer seines Telekommunikationsanschlusses aufgenommen würde. Wird neben der Rufnummer seines Telekommunikationsanschlusses aber auch die Kennung seines Endgeräts (Handys) in den Beschluss aufgenommen, so bleibt er trotz Wechsels der Rufnummer überwachbar.

In der Anordnung sind Art und Umfang (Brief-, Postverkehr und/oder Telekommunikation) und Dauer der Maßnahme zu bestimmen (Abs. 4 Satz 2 Nr. 3). Die Anordnung ist auf höchstens drei Monate zu beschränken, kann jedoch mehrmals jeweils um maximal drei Monate verlängert werden, wenn die in § 23a aufgeführten Voraussetzungen fortbestehen. Die Verlängerung war bei den Überwachungsmaßnahmen nach den §§ 39 ff., die sich i.d.R. auf langwierige, sich oft über Monate hinziehende Geschäftsverhandlungen bezogen, regelmäßig der Fall. Die Erfahrung hat gezeigt, dass – anders als bei Überwachungen in Fällen der Katalogtaten des § 100a StPO – im Bereich des Außenwirtschaftsverkehrs die grundsätzlich gesetzte Frist von drei Monaten entschieden zu kurz ist, um die die Maßnahme begründenden Hinweise eindeutig bestätigen oder widerlegen zu können. In der Neuregelung durch das ZFdg ist die Anordnung erneut auf zunächst drei Monate beschränkt worden, auch die Novellierung des ZFdg im Jahre 2007 hat es bei den anfänglichen drei Monaten belassen. Die Frist beginnt mit dem Datum der Anordnung durch das LG Köln, nicht erst mit dem Datum der tatsächlichen Überwachung, die zeitlich – da die entsprechenden Schaltungen erst nach Anordnung vorgenommen werden dürfen – später liegt. Dies ergibt sich in analoger Anwendung des Urteils des BGH vom 11.11.1998,⁶⁶⁶ das den Beginn der Dreimonatsfrist nach § 100b StPO betrifft. Für die Frist der Überwachung nach §§ 23a ff. kann nichts anderes gelten. Sind

664 Zur IMEI siehe auch: Unterrichtung durch das Parlamentarische Kontrollgremium (PKGr) – BT-Drs. 15/5506 vom 12.5.2005, S. 9 rechte Spalte; Harnisch, Stefanie/Pohlmann, Martin, Strafprozessuale Maßnahmen bei Mobilfunkendgeräten – Die Befugnisse zum Einsatz des sog. IMSI-Catchers, HRRS 2009, 202 ff.

665 Fox, Der IMSI-Catcher, DuD 2002, 212 ff. (213).

666 Urteil des BGH vom 11.11.1998 – 3 StR 181/98, = NJW 1999, 959 ff. = wistra 1999, 147 ff.

die Voraussetzungen für die Überwachung der Telekommunikation und des Brief- und Postverkehrs allerdings schon innerhalb der ersten drei Monate entfallen – z.B. weil sich eindeutig herausgestellt hat, dass von dem Betroffenen keine Vorbereitung einer (Straf-)Tat gemäß § 23a Abs. 1 oder Abs. 3 betrieben wird –, so sind unverzüglich, also auch bereits vor Ablauf des ersten dreimonatigen Zeitraums, die Überwachungsmaßnahmen zu beenden.

Das LG entscheidet nicht über jede weitere Verlängerung der Überwachungsmaßnahme, sondern nur über die erste und zweite maximal dreimonatige Verlängerung – so die nunmehr eindeutige Regelung des § 23b Abs. 3 Satz 3.⁶⁶⁷

c) Durchführung der Überwachungsmaßnahmen

Das ZKA führt die Überwachungsmaßnahme durch. Die Überwachung der Telekommunikation erfolgt zentral beim ZKA, die Überwachung des Brief- und Postverkehrs dezentral jeweils vor Ort. Die Daten aus Telekommunikations- und Brief- und Postüberwachung werden beim ZKA zusammengeführt und ausgewertet. Erhebung und Auswertung der Daten stehen unter Aufsicht des Referatsleiters, der die Befähigung zum Richteramt hat. § 11 Abs. 2 und 3 des Gesetzes zu Art. 10 GG sind entsprechend anzuwenden.

§ 11 Abs. 2 des Gesetzes zu Art. 10 GG (G-10-Gesetz):

„Die Maßnahmen sind unverzüglich zu beenden, wenn sie nicht mehr erforderlich sind oder die Voraussetzungen der Anordnung nicht mehr vorliegen. Die Beendigung ist der Stelle, die die Anordnung getroffen hat, und dem nach § 2 Abs. 1 Satz 1 oder 3 Verpflichteten, dem gegenüber die Anordnung erfolgt ist, mitzuteilen. Die Anzeige an den Verpflichteten entfällt, wenn die Anordnung ohne seine Mitwirkung ausgeführt wurde.“

§ 11 Abs. 3 des Gesetzes zu Art. 10 Grundgesetz (G-10-Gesetz):

„Postsendungen, die zur Öffnung und Einsichtnahme ausgehändigt worden sind, sind dem Postverkehr unverzüglich wieder zuzuführen. Telegramme dürfen dem Postverkehr nicht entzogen werden. Der zur Einsichtnahme berechtigten Stelle ist eine Abschrift des Telegramms zu übergeben.“

Nicht nur zur Vorbereitung (s.o.), sondern auch zur Durchführung von Überwachungsmaßnahmen nach § 23a dürfen andere präventive Maßnahmen nach dem ZFdG ergriffen werden, nämlich

667 Art. 1 Nr. 14 des Gesetzes zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze vom 12.06.2007 – BGBl. I, S. 1037 ff. (1039).

- längerfristige Observation (§ 18 ZFdG),
- Einsatz technischer Mittel zur Anfertigung von Bildaufnahmen und Bildaufzeichnungen (§ 19 ZFdG),
- Einsatz technischer Mittel zum Abhören und Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes außerhalb von Wohnungen (§ 20 ZFdG) und
- Einsatz von Privatpersonen, deren Zusammenarbeit mit dem Zollkriminalamt Dritten nicht bekannt ist (sog. Vertrauensleute oder V-Leute) (§ 21 ZFdG).

Auch hier ist der Einsatz sog. Verdeckter Ermittler nicht zulässig; es gelten – wie im Rahmen der Vorbereitung – die restriktiven Maßnahmen (Anordnung nur durch den Behördenleiter oder einen von ihm bestimmten Beamten des höheren Dienstes usw.).

Führt die Überwachung zur Feststellung weiterer Telekommunikationsanschlüsse des Überwachten oder von Personen/Unternehmen, mit denen der Überwachte korrespondiert, so besteht auch hier – wie vor der Überwachungsmaßnahme – i.d.R. die Notwendigkeit die Rufnummer etc. des weiteren Telekommunikationsanschlusses festzustellen. Die Anbieter von Telekommunikationsdiensten sind auch hier gemäß § 112 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. Abs. 1 TKG verpflichtet, dem ZKA für die Durchführung von Maßnahmen „nach § 39 des Außenwirtschaftsgesetzes“ [richtig: §§ 23a ff. ZFdG] die entsprechende Auskünfte aus den Kundendateien zu liefern.

d) Verwendung der Daten zu eigenen Zwecken

aa) Verwendung der Daten zur Verhütung von (Straf-)Taten (§ 23c Abs. 2 Satz 1)

Bei der Durchführung von Überwachungsmaßnahmen fallen zwei Arten von Daten an: personenbezogene und nicht personenbezogene Daten. Schutzwürdig sind nur die personenbezogenen Daten. Erhobene technische Daten wie Zusammensetzung von Raketentreibstoffen, Leistungsmerkmale von Werkzeugmaschinen etc. unterliegen nicht dem Datenschutz und können daher auch an andere Behörden, für die derartige Erkenntnisse von Wichtigkeit sind, weitergegeben werden. Personenbezogene Daten sind Daten, die unmittelbar oder mittelbar natürlichen oder juristischen Personen zugeordnet sind oder zugeordnet werden können. Nur diese unterliegen der strengen Datenschutzregelung des Abs. 2.

Die personenbezogenen Daten dürfen vom ZKA zu den Zwecken verarbeitet und genutzt werden, für die sie erhoben worden sind, also zur Verhinderung der in § 23a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 genannten (Straf-)Taten. Sie dürfen vom ZKA aber auch dann verwendet werden, wenn sie andere vorbereitete (Straf-)Taten i.S.d. § 23a betreffen, die erst im Rahmen der Überwachung festgestellt werden konnten. Stellte das ZKA in der Vergangenheit derartige Vorbereitungshandlungen definitiv fest und beendete die Überwachung, so konnte die Fortsetzung der Vorbereitungshandlungen und damit die (Straf-)Tat nur dadurch ggf. verhindert werden, dass die in der Überwachung erlangten Erkenntnisse dem Betroffenen mitgeteilt wurden unter Hinweis darauf, dass er sich strafbar macht, wenn er seine Vorbereitungshandlungen fortsetzt. Um in etwa sicherzugehen, dass der Betroffene sein Vorhaben aufgab, war es darüber hinaus erforderlich, die zuständige Oberfinanzdirektion über die Einzelheiten der geplanten Geschäfte zu unterrichten und aufzufordern, im Rahmen von Auskunftersuchen feststellen zu lassen, ob die Geschäfte fortgesetzt worden sind.

Diese Reaktion auf das im Überwachungsverfahren eindeutig festgestellte Vorhaben war unzulänglich. Es muss sichergestellt werden, dass es nicht trotz Unterrichtung des Betroffenen nach kurzer oder längerer Zeit doch – und nun wesentlich raffinierter – zu einer ungenehmigten Ausfuhr kommt. Im Rahmen der Gesetzgebungsverfahren zur Verlängerung der Befristung der Vorschriften ist daher wiederholt vorgeschlagen worden, § 23c um einen Passus zu ergänzen, der wie folgt lauten könnte:

„Stellt das ZKA fest, dass jemand eine Straftat nach § 19 Abs. 1 bis 3, § 20 Abs. 1 und 2, § 20 a Abs. 1 bis 3, jeweils auch i.V.m. § 21, oder nach § 22a Abs. 1 Nr. 4, 5 und 7 des Gesetzes über die Kontrolle von Kriegswaffen oder eine Ausfuhr im Sinne des § 23a Abs. 3 vorbereitet und besteht diese (Straf-)Tat in einem Verbringen von Sachen, so kann die zuständige Zollbehörde diese Sachen in zollamtliche Überwachung nehmen.“

Mit Rücksicht auf die Verlängerung der Befristung ist jedoch davon abgesehen worden.

Erst mit dem Gesetz zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze vom 12.06.2007⁶⁶⁸ ist diesem Anliegen Rechnung getragen worden. In das ZFdG ist als neue Vorschrift „§ 32b Sicherstellung, Verwahrung und Verwertung“ eingefügt worden. Danach können die Behörden des Zollfahndungsdienstes (ZKA und ZFÄ) im Zuständigkeitsbereich der Zollverwaltung eine Sa-

668 Gesetz zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze vom 12.6.2007 – BGBl. I, S. 1037 ff.

che sicherstellen, um eine gegenwärtige Gefahr abzuwenden.⁶⁶⁹ Diese Vorschrift deckt nicht nur Fälle einer vorbereiteten Straftat nach dem KWKG (§ 23a Abs. 1) oder Fälle ab, in denen die Gefahr einer ungenehmigten Ausfuhr von Rüstungsgütern nach § 23a Abs. 3 besteht, sondern geht weit darüber hinaus. Siehe im Einzelnen Teil 3 Abschnitt IV.

bb) Verwendung der Daten zur Verfolgung von Straftaten nach dem KWKG oder AWG (§ 23c Abs. 2 Satz 2)

Häufig stellt das ZKA in der Überwachungsmaßnahme fest, dass gleichartige Geschäfte wie das vorbereitete bereits durchgeführt worden sind und der Betroffene sich bereits nach den Strafvorschriften des AWG/KWKG strafbar gemacht hat. Ist dies der Fall, so leitet das ZKA nach Unterrichtung der örtlich zuständigen Staatsanwaltschaft das strafrechtliche Ermittlungsverfahren ein, das sich – wie jedes Ermittlungsverfahren – nach den Vorschriften der StPO richtet. Herrin des Verfahrens ist nunmehr die örtlich zuständige Staatsanwaltschaft. Seit Inkrafttreten des 2. Justizmodernisierungsgesetzes⁶⁷⁰ kann dies auch der Generalbundesanwalt sein, nämlich dann, wenn er wegen der Bedeutung der Tat das Verfahren an sich gezogen hat. Alle Unterlagen, die im Rahmen der Überwachung nach §§ 23a ff. erhoben worden sind, können nunmehr als Beweismittel im Strafverfahren verwendet werden, da Abs. 2 nicht nur die Verwendung der personenbezogenen Daten zur Verhinderung von Straftaten, sondern auch zur Verfolgung von Straftaten nach KWKG und AWG erlaubt. Diese Regelung entspricht dem aufgehobenen § 41 Abs. 2 AWG. Werden daher insbesondere bei Durchsuchungen bestimmte Unterlagen nicht mehr gefunden, weil sie von dem Betroffenen/jetzt: Beschuldigten vernichtet worden sind, so können die entsprechenden Unterlagen aus der Überwachungsmaßnahme als Beweismittel verwendet werden. Dies hat sich in der Praxis als außerordentlich hilfreich erwiesen und in einem Fall dazu geführt, dass das Strafverfahren nur deshalb erfolgreich zu Ende geführt werden konnte, da der Beschuldigte systematisch alle Unterlagen, die die inkriminierten Geschäftsvorfälle betrafen, vernichtet hatte.

e) Prüfung und ggf. Löschung bzw. Sperrung der Daten (§ 23c Abs. 2 Satz 3 bis 7)

Nach den in den Sätzen 3 bis 7 getroffenen Regelungen ist vom ZKA unverzüglich und sodann in Abständen von höchstens sechs Monaten zu prüfen, ob die erhobenen Daten für die in § 23a Abs. 1 oder 3 bestimmten Zwecke (Straftatenverhütung bzw. Gefahrenabwehr) noch erforderlich sind. Eine unverzügliche

⁶⁶⁹ a.a.O., S. 1041.

⁶⁷⁰ 2. Justizmodernisierungsgesetz vom 22.12.2006 – BGBl. I, S. 3416 ff. (3416 f.).

Prüfung bedeutet, dass bereits im Zeitpunkt der Erhebung zu prüfen ist, ob die Daten erforderlich sind. Die Entscheidung, dass Daten nicht mehr erforderlich sind, wird man allerdings in diesem Zeitpunkt in vielen Fällen nicht treffen können. Denn häufig gewinnen Gesprächsinhalte erst später – im Zusammenhang mit anderen Fakten – ihre für das Verfahren relevante Bedeutung. Eine erneute Prüfung hat dann nach höchstens sechs Monaten stattzufinden.

Eine Löschung der Daten, wie sie von Abs. 2 Satz 3 bis 6 vorgesehen ist mit Protokollierung dieses Vorgangs (Satz 5) und Prüfungen der Löschungen und Protokollierung dieser Prüfungen (Satz 6), wird – anders als es dem Wortlaut nach den Anschein hat – nicht während einer Überwachungsmaßnahme stattfinden, sondern erst nach Beendigung einer Maßnahme, unter Umständen sogar erst nach Abschluss eines sich an eine Überwachungsmaßnahme anschließenden Strafverfahrens. Denn diese personenbezogenen Daten müssen zumindest zum Zwecke der Mitteilung nach Abs. 4 bis zum Zeitpunkt der Mitteilung gespeichert bleiben. Dies liegt an der nach neuem Recht extrem weiten Definition der Betroffenen, die zu benachrichtigen sind. Satz 7 bestimmt, dass Daten, die nur zum Zwecke der Mitteilung (= Benachrichtigung) nach Abs. 4 oder zur gerichtlichen Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Beschränkung gespeichert bleiben, dann allerdings wenigstens zu sperren sind und dass diese gesperrten Daten dann nur zu diesen Zwecken (Mitteilung und/oder gerichtliche Nachprüfung) verwendet werden dürfen.

f) Kennzeichnung der erhobenen Daten gemäß § 23c Abs. 3

Diese Regelung trägt den Entscheidungen des BVerfG vom 3.3.2004 (Urteil zur akustischen Wohnraumüberwachung; Beschluss zur präventiven Telekommunikations- und Postüberwachung) Rechnung⁶⁷¹ und soll insbesondere die Übermittlung derartiger personenbezogener Daten an andere öffentliche Stellen sichern, die verpflichtet sind, die Kennzeichnung aufrechtzuerhalten.

g) Benachrichtigung der Betroffenen gemäß § 23c Abs. 4

Betroffener im Sinne der Benachrichtigung war nach der aufgehobenen Regelung des § 41 Abs. 4 AWG nur derjenige, gegen den sich die Überwachungsmaßnahme richtete. Wer dies ist, ergibt sich nach wie vor aus dem Beschluss des Landgerichts, das die Überwachungsmaßnahme anordnet. Über den Kreis der unmittelbar – weil im Gerichtsbeschluss genannten – Betroffenen hinaus ist nach neuem Recht insbesondere auch derjenige zu benachrichtigen, der nur un-

671 Urteil des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98 – Rn 346, 347; Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvF 3/92 – Rdn. 177 und 179.

vermeidbar betroffener Dritter ist (Abs. 4 Nr. 5). Hier trägt der Gesetzgeber dem Urteil des BVerfG zur repressiven akustischen Wohnraumüberwachung⁶⁷² Rechnung, das ausgeführt hat, dass die Benachrichtigungspflicht grundsätzlich nicht nur gegenüber den von der Wohnraumüberwachung unmittelbar Betroffenen besteht, sondern auch auf alle Personen zu beziehen ist, die von der Wohnraumüberwachung auch nur zufällig betroffen sind. In seinem Beschluss zur präventiven Telekommunikations- und Postüberwachung nach den §§ 39 ff. AWG hat das BVerfG ausgeführt, dass der Gesetzgeber bei einer Neuregelung dieser Überwachung auch die Grundsätze zu beachten habe, die der Senat in seinem Urteil vom 3.3.2004 aufgestellt habe.⁶⁷³ Das bedeutet im Extremfall, dass selbst derjenige, der den unmittelbar Betroffenen und Überwachten versehentlich angerufen hat, weil er sich verwählt hat, Betroffener ist und grundsätzlich zu benachrichtigen ist.

Von dem Grundsatz der Benachrichtigung sind zwei Ausnahmen vorgesehen: Die Benachrichtigung unterbleibt, wenn

- die Identität des Betroffenen nur mit unverhältnismäßigem Ermittlungsaufwand möglich wäre oder
- ihr überwiegende schutzwürdige Belange Betroffener entgegenstehen.

Diese Einschränkungen basieren wie die Ausweitung der Benachrichtigungspflicht selbst auf demselben Urteil des BVerfG, wo es heißt:⁶⁷⁴

„Allerdings kann die Benachrichtigung weiterer Beteiligter den Grundrechtseingriff bei der in erster Linie betroffenen Zielperson der Maßnahme vertiefen. Das gilt insbesondere, wenn die Überwachung keine verwertbaren Ergebnisse erbracht hat. Außerdem kann die Benachrichtigungspflicht dort auf praktische Hindernisse stoßen, wo die Identität des Beteiligten im Rahmen der Maßnahme der Behörde nicht bekannt geworden ist. Auch das Nachforschen zur Feststellung der Identität sonstiger Beteiligter könnte den Grundrechtseingriff sowohl für die Zielperson wie für sonstige Beteiligte noch vertiefen. Das Bestehen von Benachrichtigungspflichten hängt unter diesen Umständen von einer Abwägung ab. Für sie ist zum einen die Intensität des Überwachungseingriffs bedeutsam, insbesondere in welchem Umfang und zu welchem Inhalt Kommunikation des unbekannten Betroffenen abgehört und aufgezeichnet worden ist, und zum an-

672 Urteil des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98 und 1 BvR 1084/99 www.bverfg.de/entscheidungen/rs20040303_1bvr237898.html, = BVerfGE 109, 279 ff. = NJW 2004, 999 ff. (1016).

673 Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 – Rdn. 179.

674 Urteil des BVerfG vom 3.3.2004 – Rdn. 293 ff. (297).

deren, welchen Aufwand die Feststellung der Identität des Betroffenen fordert und welche Beeinträchtigungen mit ihr für die Zielperson und sonstige Beteiligte verbunden sein könnten.“

In dem oben dargestellten Beispiel, dass sich jemand verwählt und dadurch telefonischen Kontakt mit dem von der Überwachungsmaßnahme eigentlich Betroffenen hat, bedeutet dies, dass er nicht zu benachrichtigen ist, selbst wenn er ohne jegliche Schwierigkeiten zu identifizieren ist. Denn der Inhalt der zudem noch kurzen Aufzeichnung ist völlig ohne Belang für alle Beteiligten. Gleiches gilt für aufgezwungene Informationen wie Spam im E-Mail-Verkehr oder Reklamesendungen im Postverkehr, selbst wenn der Dritte leicht und eindeutig zu identifizieren ist. In vielen Fällen wird die Identität des nicht unmittelbar Betroffenen nicht sofort feststehen, sondern – z.T. umfangreiche – Nachforschungen erfordern⁶⁷⁵. Das ist dann beispielsweise der Fall, wenn der Anschluss einer größeren Firma überwacht wird, deren Geschäftsführer im Verdacht steht, Straftaten im Sinne des § 23a Abs. 1 vorzubereiten. Dies gilt für die Mitarbeiter dieser Firma, aber insbesondere auch für die oftmals zahlreichen Firmenkontakte dieser Firma mit anderen Firmen. Die umfassende Benachrichtigung zahlreicher nicht unmittelbar Betroffener könnte insbesondere dann, wenn eine Vorbereitung letztendlich nicht vorliegt oder nicht nachgewiesen werden kann, die Existenz des von der Überwachungsmaßnahme unmittelbar Betroffenen vernichten. Auch in einem solchen Fall (Güterabwägung) müsste die Benachrichtigung der unvermeidbar betroffenen Dritten unterbleiben.

Der Evaluierungsbericht des BT-Gremiums vom 19.6.2008, den dieses Gremium gemäß § 23c Abs. 8 dem Deutschen Bundestags für den Zeitraum vom 28.12.2004 bis 4.12.2007 erstattet hat⁶⁷⁶, weist auch aus, dass das OLG Köln, das letztlich über die Benachrichtigung zu entscheiden hat, in zwei Fällen das Erfordernis gesehen hat, das Generalkonsulat eines vom UN-Embargo betroffenen Landes zu unterrichten. Zu Recht sieht der Bericht darin die Gefahr, „dass über die Akteneinsicht Einblicke in sicherheitsrelevante Vorgänge gewährt werden könnten (und) ... diese Benachrichtigungspraxis ... geeignet (ist), außenpolitische Irritationen auszulösen und die nationale und internationale Zusammenar-

675 Nach dem Evaluierungsbericht – BT-Drs. 16/9682 vom 19.6.2008, S. 6 linke Spalte – war im Berichtszeitraum „in einer Vielzahl von Kommunikationsvorgängen eine zweifelsfreie Ermittlung des Teilnehmers nicht möglich ..., beispielsweise dann, wenn Namen nicht vollständig genannt und kein Bezug zur Person des festgestellten Anschlussinhabers erkennbar war.“ Zur Kritik an der Benachrichtigungsregelung siehe auch Wamers, Paul in der Öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses vom 25.4.2007 zum Entwurf des Gesetzes zur Änderung des ZFdG und anderer Gesetze – BT-Drs. 16/4663 – Stellungnahme S. 32 bis 35.

676 a.a.O., S. 7 rechte Spalte.

beit des Zollkriminalamtes mit anderen Sicherheitsbehörden zu beeinträchtigen.“

h) Vergleich der im ZFdG getroffenen Ausnahmeregelung für die Benachrichtigung mit den Regelungen in der StPO und im BKAG

Die Ausnahmeregelung für Benachrichtigungen ist in § 23c Abs. 4 Satz 4 wie folgt formuliert:

„Bei Betroffenen im Sinne von Satz 3 Nr. 2 bis 5 unterbleibt die Benachrichtigung, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Ermittlungen möglich wäre oder ihr überwiegende schutzwürdige Belange anderer Betroffener entgegenstehen.“

Die Ausnahmeregelungen, die die StPO für die repressive Telekommunikationsüberwachung und die das BKAG für die präventive Telekommunikationsüberwachung getroffen haben, sind m.E. mehr an der Praxis orientiert.

§ 101 StPO⁶⁷⁷ enthält gemeinsame Regelungen für Maßnahmen nach den §§ 98a, 99, 100a, 100c bis 100i, 110a, 163a bis 163f, u.a die Regelung über die Benachrichtigung. Satz 1 Nr. 3 betrifft die Beteiligten der überwachten Telekommunikation.

„§ 101

...

(4) ...

Die Benachrichtigung unterbleibt, wenn ihr überwiegende schutzwürdige Belange einer betroffenen Person entgegenstehen. Zudem kann die Benachrichtigung einer in Satz 1 Nr. ... 6 bezeichneten Person, gegen die sich die Maßnahme nicht gerichtet hat, unterbleiben, wenn diese von der Maßnahme nur unerheblich betroffen wurde und anzunehmen ist, dass sie kein Interesse an einer Benachrichtigung hat. Nachforschungen zur Feststellung der Identität einer in Satz 1 bezeichneten Person sind nur dann vorzunehmen, wenn dies unter Berücksichtigung der Eingriffsintensität der Maßnahme gegenüber dieser Person, des Aufwands für die Feststellung ihrer Identität sowie der daraus für diese oder andere Personen folgenden Beeinträchtigungen geboten ist.“

Das BKAG enthält in § 20w die gemeinsame Benachrichtigungsregelung nach Maßnahmen der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus:

677 StPO i.d.F. der Bekanntmachung vom 7.4.1987, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 31.10.2008 (BGBl. I, 2149).

„§ 20w Benachrichtigung

Über eine Maßnahme nach den §§ 20g bis 20n sind zu benachrichtigen im Fall

...

...

7. des § 20l (Telekommunikationsüberwachung) die Beteiligten der überwachten Telekommunikation.

...

Die Benachrichtigung unterbleibt, wenn ihr überwiegende schutzwürdige Belange einer betroffenen Person entgegenstehen. Zudem kann die Benachrichtigung einer in Satz 1 Nr. ... 7 ... bezeichneten Person, gegen die sich die Maßnahme nicht gerichtet hat, unterbleiben, wenn diese von der Maßnahme nur unerheblich betroffen wurde und anzunehmen ist, dass sie kein Interesse an einer Benachrichtigung hat. Nachforschungen zur Feststellung der Identität einer in Satz 1 bezeichneten Person sind nur dann vorzunehmen, wenn dies unter Berücksichtigung der Eingriffsintensität der Maßnahme gegenüber dieser Person, des Aufwands für die Feststellung ihrer Identität sowie der daraus für diese oder andere Personen folgenden Beeinträchtigungen geboten ist.“

Mit den – gleichlautenden – Formulierungen in StPO und BKAG werden all diejenigen Fälle von einer Unterrichtung ausgenommen, in denen eine Unterrichtung von vornherein nicht sinnvoll ist. In Fällen von Identitätsproblemen erfolgen entsprechende Feststellungen überhaupt nur dann, wenn sie unter Berücksichtigung der Eingriffsintensität geboten sind.

Das ZFdG sollte daher an diese Formulierungen angepasst werden. Damit wird zugleich auch eine Einheitlichkeit für vergleichbare Maßnahmen erreicht.

i) Zurückstellung oder endgültiges Unterbleiben der Benachrichtigung gemäß § 23c Abs. 5

Auch diese Regelung war in den aufgehobenen Vorschriften des AWG nicht enthalten. Sie geht von einer Situation aus, dass die Überwachungsmaßnahme beendet, eine Benachrichtigung noch nicht erfolgt ist und sechs Monate seit Beendigung der Maßnahme verstrichen sind. In einem solchen Fall bedarf die weitere Zurückstellung der Benachrichtigung der gerichtlichen Zustimmung. Für die Entscheidung darüber ist grundsätzlich das LG Köln zuständig (Verweisung auf § 23b Abs. 3). Dies ist nach der Neuregelung dieser Bestimmung durch das Gesetz zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze vom 12.6.2007 auch dann der Fall, wenn die Benachrichtigung endgültig unter-

bleiben soll.⁶⁷⁸ Erst wenn die Benachrichtigung über 18 Monate nach Beendigung⁶⁷⁹ der Maßnahme hinaus zurückgestellt werden soll, entscheidet das OLG über weitere Zurückstellungen sowie darüber, ob dann die Benachrichtigung sogar auf Dauer unterbleiben kann. Nach der Altregelung hatte das OLG Köln in einem Fall, den ihm das ZKA zur Entscheidung vorlegte, entschieden, dass zusätzlich zu den erfolgten Benachrichtigungen noch vier weitere Personen zu benachrichtigen seien.⁶⁸⁰

j) Entscheidung über den Zeitpunkt der Benachrichtigung im Falle eines Strafverfahrens gemäß § 23c Abs. 6

Ist wegen desselben Sachverhalts ein Strafverfahren eingeleitet worden, so entscheidet die Staatsanwaltschaft nach den Regelungen der StPO über den Zeitpunkt der Benachrichtigung. Diese Regelung entspricht dem bisherigen § 41 Abs. 4 Satz 2 AWG. Fraglich ist, was unter der Formulierung „wegen desselben Sachverhalts“ zu verstehen ist. Bei der präventiven Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung kommt es aus zwei Gründen häufig zur Einleitung strafrechtlicher Ermittlungen: Zum einen können die Vorbereitungshandlungen in das Stadium des mit Strafe bedrohten Versuchs gelangen; das ist beispielsweise dann der Fall, wenn die genehmigungspflichtigen und nicht genehmigungsfähigen Güter beim Ausgangszollamt zur Ausfuhrabfertigung gestellt werden. Zum anderen können sich während der Überwachungsmaßnahme zureichende Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Überwachte bereits Straftaten nach dem KWKG oder AWG begangen hat; auch dann sind strafrechtliche Ermittlungen einzuleiten. Für beide Fälle muss gelten, dass die aus der Überwachungsmaßnahme gewonnenen Erkenntnisse als Beweismittel für die bereits begangene Straftat – sei sie erst versucht oder sei sie vollendet/beendet – verwendet werden können. In beiden Fällen ist Herrin des Verfahrens nicht mehr das ZKA, sondern die – örtlich zuständige – Staatsanwaltschaft. Hat der Generalbundesanwalt das Strafverfahren wegen der Bedeutung der Straftat an sich

678 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze – BT-Drs. 16/4663, S. 36/37; Gesetz zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze vom 12.6.2007 – BGBl. I, 1037 ff.

679 In der amtlichen Begründung ist – m.E. unzutreffend – vom Beginn der Maßnahme die Rede – BT-Drs. 16/4663, S. 37; maßgeblicher Zeitpunkt ist m.E. die Beendigung der Maßnahme; dies ergibt sich m.E. eindeutig aus Abs. 5 Satz 1.

680 Beschluss des OLG Köln vom 14.3.2007 – 16 AR 8/06 – VS-NfD; Antwort der BRag auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Petra Pau, Jan Korte, Ulla Jelpke und der Fraktion DIE LINKE „Telefon- und Postüberwachung durch das Zollkriminalamt im Jahr 2006“ – BT-Drs. 16/4727, S. 3.

gezogen, so entscheidet er über den Zeitpunkt der Benachrichtigung.⁶⁸¹ Die Staatsanwaltschaft entscheidet über den Zeitpunkt der Benachrichtigung, die Benachrichtigung selbst erfolgt auch in diesen Fällen durch das ZKA. Bei Prüfung des Zeitpunkts wird die Staatsanwaltschaft berücksichtigen, dass der Erfolg des Strafverfahrens durch eine Benachrichtigung nicht gefährdet wird.

k) Übermittlung der Daten an andere Stellen gemäß § 23d

§ 23d regelt umfassend die Übermittlung von personenbezogenen Daten an andere – in- und ausländische – Behörden, soweit sie zu einer Zweckänderung führen, und soll so dem Beschluss des BVerfG Rechnung tragen, der insbesondere den Mangel an datenschutzrechtlichen Regelungen bei der Übermittlung von Daten aus der Überwachung gerügt hat.⁶⁸² In dem für verfassungswidrig erklärten § 41 Abs. 2 AWG war der Datenschutz in der Tat nur unzulänglich geregelt. Als Empfänger von personenbezogenen Daten aus der Überwachung war global die Rede von „öffentlichen Stellen“, der Verwendungszweck der übermittelten Daten konnte in der „Verhütung oder Aufklärung der in § 39 Abs. 1 (AWG) und § 3 Abs. 1 und § 7 Abs. 1 bis 4 des Artikel-10-Gesetzes genannten Straftaten“ liegen.

aa) Andere Stellen

(1) Mit präventiven polizeilichen Aufgaben betraute Behörden

Abs. 1 enthält in den Nrn. 1 und 2 umfangreiche Kataloge von schweren und schwersten Straftaten. Liegen dem ZKA aus der Überwachung tatsächliche Anhaltspunkte (so Nr. 1) oder bestimmte Tatsachen (so Nr. 2) auf die beabsichtigte Begehung dieser Straftaten vor, so darf das ZKA diese Erkenntnisse den mit polizeilichen Aufgaben betrauten Behörden übermitteln.

(2) Zuständige Behörden zur Verfolgung von Straftaten

Das ZKA darf personenbezogene Daten, die es aus der Überwachung gewonnen hat und die den Verdacht begründen, dass eine Straftat begangen worden ist, an die für die Verfolgung zuständigen Behörden übermitteln. Straftaten in diesem Sinne sind die sog. Katalogtaten des § 100a StPO. „Zuständige Behörde“ ist immer die örtlich zuständige Staatsanwaltschaft, kann ggf. aber auch der Gene-

681 § 120 Abs. 2 Satz 1 Ziff. 4 GVG, eingefügt durch Art. 3 des 2. Justizmodernisierungsgesetzes vom 22.12.2006 – BGBl. I, S. 3416 ff. (3416 f.).

682 Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvF 3/92 – www.bverfg.de/entscheidungen/fs20040303_1bvf00392.html – Rdn. 152 ff.

ralbundesanwalt (GBA) sein. Zuständige Behörde ist darüber hinaus die örtlich zuständige Ermittlungsbehörde wie Polizei, Zollfahndungsamt, Steuerfahndung.

(3) BAFA oder BMWi

Überwachungsmaßnahmen nach den §§ 23a ff. führen zu umfangreichen Erkenntnissen über nicht nur die unmittelbar überwachte Person und ggf. ihr Unternehmen, sondern auch zu Erkenntnissen über zahlreiche weitere Personen und Unternehmen, die am Außenwirtschaftsverkehr teilnehmen. Dabei geht es nicht nur um inländische Personen und Unternehmen, sondern auch um Personen und Unternehmen im Ausland, insbesondere auch um Beschaffungsorganisationen und die für sie Tätigen. Derartige personenbezogene Daten dürfen an das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) und/oder das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie in ihrer Eigenschaft als Genehmigungsbehörde nach AWG bzw. KWKG unter den weiteren Voraussetzungen des Abs. 3 (Vorliegen bestimmter Tatsachen, Erforderlichkeit im Sinne von Nr. 1 oder 2) übermittelt werden.

(4) Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder sowie der Militärische Abschirmdienst

In den letzten Jahren ist die Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Verfassungsschutz bei der Verhinderung/Verfolgung von Proliferationsverstößen intensiver geworden. Hinweise der Verfassungsschutzbehörden führen – zusammen mit anderen Fakten – zur Verhütung von Straftaten nach AWG oder KWKG oder zur Aufnahme der präventiven Telekommunikations- und Postüberwachung. Unter dem Gesichtspunkt begangener oder beabsichtigter Staatsschutzdelikte wie des Landesverrats oder geheimdienstlicher Agententätigkeit befasst sich der Verfassungsschutz auch verstärkt mit der Bekämpfung der Proliferation von Massenvernichtungswaffen.⁶⁸³ Daher ist es gerechtfertigt und notwendig, den Behörden des Verfassungsschutzes unter den weiteren Vor-

683 Siehe z.B. BMI, Verfassungsschutzbericht 1997, Abschnitt „Spionage und sonstige nachrichtendienstliche Aktivitäten“ VI Proliferation/Sensitive Exporte (S. 179/180); BMI, Verfassungsschutzbericht 1998, Abschnitt „Spionage und sonstige nachrichtendienstliche Aktivitäten“ VI Proliferation/Sensitive Exporte (S. 194 bis 196); BMI, Verfassungsschutzbericht 2001, Abschnitt „Spionage und sonstige nachrichtendienstliche Aktivitäten“ VI Proliferation (S. 265/266); BMI, Verfassungsschutzbericht 2002, Abschnitt „Spionage und sonstige nachrichtendienstliche Aktivitäten“ VI. Proliferation (S. 236/237); BMI, Verfassungsschutzbericht 2006, Abschnitt „Spionage und sonstige nachrichtendienstliche Aktivitäten“ VI. Proliferation (S. 318 bis 320); BMI, Verfassungsschutzbericht 2007, Abschnitt „Spionage und sonstige nachrichtendienstliche Aktivitäten“ VI. Proliferation (S. 304 bis 306).

aussetzungen des Abs. 4 personenbezogene Daten auch aus der Überwachung des ZKA zu übermitteln.

(5) Bundesnachrichtendienst

Der Bundesnachrichtendienst (BND) als der deutsche Auslandsnachrichtendienst ist nach wie vor einer der wichtigsten Partner des ZKA insbesondere bei der Bekämpfung der Proliferation von Massenvernichtungswaffen. In seiner Eigenschaft als Auslandsnachrichtendienst gewinnt er umfassende Kenntnisse über die Beschaffungsorganisationen und deren Beschaffungsbemühungen. In dem Aufgabenbereich „Proliferation/Konventionelle Rüstung“ liegt der Aufgabenschwerpunkt für den BND primär in der Erstellung von Lagebildern über Rüstungsgeschäfte und Beschaffungsbemühungen von Massenvernichtungsmitteln. Die entsprechenden Darstellungen des BND unterstützen die Entscheidungen der BReg, da sie ihr politische Einschätzungen ermöglichen⁶⁸⁴. Für die Informationsgewinnung des BND ist – neben den menschlichen Quellen – die sog. Strategische Kontrolle – § 5 Gesetz zu Art. 10 GG – von entscheidender Bedeutung. Strategische Kontrolle bedeutet, dass nicht die Telekommunikationsbeziehungen einer bestimmten Person wie bei der Telekommunikationsüberwachung durch das ZKA, sondern Telekommunikationsbeziehungen, soweit sie gebündelt übertragen werden, nach Maßgabe einer Quote insgesamt kontrolliert werden. Aus einer großen Menge verschiedenster Gesprächsverbindungen werden einzelne ausgewertet, die sich hierfür aufgrund spezieller Merkmale qualifizieren⁶⁸⁵. So hat der BND im Gefahrenbereich „Proliferation und konventionelle Rüstung“ beispielsweise im Zeitraum vom 1.1.bis 31.12.2006 insgesamt 885771 G10-Nachrichten erhalten, von denen 1462 an die Auswertung weitergegeben wurden. Als nachrichtendienstlich relevant haben sich 424 Meldungen erwiesen. Drei G10-Meldungen wurden an Sicherheits- bzw. Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet⁶⁸⁶. Nicht selten führen Erkenntnisse des BND – verbunden mit anderen Fakten – zur Aufnahme von Telekommunikations-, Brief- und Post-

684 Siehe Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen mit dem Gesetz zur Neuregelung von Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 Gesetz – G 10) – BT-Drs. 15/2042 vom 12.11.2003, S. 7, linke Spalte, sowie zum Verhältnis von Strategischer Kontrolle des BND zur präventiven Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung durch das ZKA S. 10. Rechte Spalte.

685 Unterrichtung durch das Parlamentarische Kontrollgremium (PKGr) – Bericht gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Art. 10-Gesetz) über die Durchführung sowie Art und Umfang der Maßnahmen nach den §§ 3, 5 und 8 dieses Gesetzes (Berichtszeitraum 1.1.2006 bis 31.12.2006) – BT-Drs. 16/6880 vom 25.10.2007 – S. 6 rechte Spalte.

686 a.a.O., S. 7 rechte Spalte.

überwachungen durch das ZKA. Doch auch das ZKA gewinnt aus der Überwachungsmaßnahme personenbezogene Daten über Personen und Beschaffungsorganisationen im Ausland, sodass es gerechtfertigt und erforderlich ist für eine effektive ganzheitliche Bekämpfung der Proliferation, diese Daten unter den weiteren Voraussetzungen des Abs. 5 an den BND zu übermitteln.

(6) Zolldienststellen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und andere ausländische öffentliche Stellen

Die während einer Überwachungsmaßnahme vom ZKA erlangten personenbezogenen Daten können an die mit der Ausfuhrabfertigung befassten ausländischen Zolldienststellen der Europäischen Union übermittelt werden, um Straftaten nach AWG oder KWKG durch ihre Mithilfe zu verhüten.⁶⁸⁷ M.E. ist diese Vorschrift entbehrlich, da die Übermittlung dieser Daten bereits nach § 23c Abs. 2 Satz 1 gerechtfertigt ist. § 23c Abs. 2 Satz 1 und § 23d Abs. 6 verfolgen denselben Zweck – die Verhütung von (Straf-)taten nach AWG oder KWKG, die Übermittlung der Daten an ausländische Zollstellen führt nicht zu einer Zweckänderung.

Anders verhält es sich bei § 23d Abs. 7: Hier sollen mit der Übermittlung personenbezogener Daten aus der Überwachungsmaßnahme konkrete erhebliche Gefahren für die außen- und sicherheitspolitischen Belange der Bundesrepublik Deutschland abgewehrt werden.

Der Empfänger im Ausland ist vom ZKA darauf hinzuweisen, dass die übermittelten Daten nur zu dem Zweck verwendet werden dürfen, zu dem sie übermittelt worden sind, und dass eine angebrachte Kennzeichnung beizubehalten ist.

bb) Weitere Voraussetzungen für die Übermittlung personenbezogener Daten (§ 23d Abs. 8)

Abs. 8 auferlegt dem ZKA insbesondere weitere Prüf- und Protokollierungspflichten.

cc) Pflichten des Empfängers von übermittelten personenbezogenen Daten (§ 23d Abs. 9)

Auch derjenige, dem die personenbezogenen Daten übermittelt worden sind, ist Pflichten unterworfen: So darf der Empfänger die Daten nur zu den Zwecken

687 Vgl. ausführliche Begründung in Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der präventiven Telekommunikations- und Postüberwachung durch das Zollkriminalamt (NTPG) – BT-Drs. 15/3941, S. 18 rechte Spalte.

verwenden, zu deren Erfüllung sie ihm übermittelt worden sind. Er muss bei Erhalt und sodann nach jeweils höchstens sechs Monaten prüfen, ob die Daten für diese Zwecke noch erforderlich sind; ist dies nicht mehr der Fall, so sind sie zu vernichten.

dd) Verfassungsmäßigkeit der Übermittlungsvorschrift

Das BVerfG hat in seinem Beschluss vom 3.3.2004 nicht nur die mangelnde Normenklarheit und -bestimmtheit der §§ 39 ff. AWG gerügt, sondern auch die völlig unzureichende Regelung der Übermittlung von Daten aus der Überwachungsmaßnahme⁶⁸⁸. Es stellt sich daher die Frage, ob die in § 23d getroffene Regelung den Ansprüchen genügt, die die Verfassung an die Übermittlung von Daten an dritte Stellen stellt, wenn die Daten von diesen Stellen zu anderen Zwecken verwendet werden, als sie erhoben worden sind. Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses geht nämlich über die Erhebung und Aufzeichnung von (personenbezogenen) Daten hinaus und erstreckt sich auf die Übermittlung an andere Stellen, da der Eingriff in das Grundrecht nach Art. 10 Abs. 1 GG durch die Weitergabe der Daten und ihre unter anderen Gesichtspunkten erfolgende Auswertung ein zusätzliches Gewicht erhält⁶⁸⁹. Die Übermittlung an andere Stellen und die Verarbeitung zu neuen Zwecken (Zweckänderung) bedarf

- einer gesetzlichen Grundlage,
- die die Empfangsbehörden und den neuen Verwendungszweck nennt,
- das Übermaßverbot wahrt und
- verfahrensmäßige Sicherungen enthält⁶⁹⁰.

§ 23d ist eine solche gesetzliche Grundlage und genügt den Ansprüchen, die an eine derartige gesetzliche Grundlage zu stellen sind.

Denn § 23d führt die Behörden, an die personenbezogene Daten weitergeleitet werden dürfen, entweder namentlich auf (BAFA, BMWi, BND, MAD) oder bezeichnet ihren Aufgabenbereich (z.B. mit polizeilichen Aufgaben betraute Behörden).

Die Vorschrift beschreibt den geänderten Verwendungszweck (z.B. Verwendung zur Verhinderung oder Verfolgung von anderen Straftaten als den Straftaten nach dem AWG und KWKG; Verwendung in Genehmigungsverfahren des BAFA oder des BMWi; Verwendung für die Erfüllung der Aufgaben des BND).

688 Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004 – 1 BvF 3/92 – Rdn. 152 ff.

689 BVerfG a.a.O., Rdn. 153, 157, 158.

690 a.a.O.

Soweit die Übermittlung der Daten an mit polizeilichen Aufgaben betraute Behörden erfolgt, ist dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dadurch Rechnung getragen, dass die Übermittlung nur zur Verhinderung besonders schwerer Straftaten bzw. zur Verfolgung von Katalogtaten nach § 100a StPO erfolgen darf. Gleiches gilt für die Übermittlung an Zollabfertigungsstellen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Verhinderung von Straftaten nach dem AWG bzw. schweren Straftaten nach dem KWKG, wobei sich m.E. die Übermittlungsberechtigung schon aus § 23c Abs. 2 ergibt. Die Übermittlung an für die Verhinderung oder Verfolgung sonstiger Straftaten zuständigen ausländischen öffentlichen Einrichtungen (keine Begrenzung auf die Mitgliedstaaten der EU) und an zwischen- oder überstaatliche Einrichtungen mit dieser Aufgabenstellung ist nur zulässig, wenn diese Übermittlung zur Abwehr einer konkreten erheblichen Gefahr für außen- oder sicherheitspolitische Belange der Bundesrepublik Deutschland oder erhebliche Sicherheitsinteressen des Empfängers erforderlich ist.

§ 23d enthält auch die vom BVerfG geforderten verfahrensmäßigen Sicherungen, denn auch diese Daten sind zu kennzeichnen, über die Übermittlung entscheidet ein Beamter, der die Befähigung zum Richteramt hat, die Übermittlung und ihr Anlass sind vom ZKA zu protokollieren. Der Dritte darf die Daten nur für die Zwecke verwenden, zu deren Erfüllung sie ihm übermittelt worden sind, und ihn treffen die Pflichten, unverzüglich nach Erhalt und sodann in regelmäßigen Abständen zu prüfen, ob er die Daten noch benötigt. Ist dies nicht der Fall, so sind die Daten unverzüglich zu löschen, die Löschung ist zu protokollieren. Für die Übermittlung an ausländische Stellen gelten entsprechende Hinweispflichten für das ZKA, denn man kann nicht davon ausgehen, dass allen ausländischen Stellen diese strengen datenschutzrechtlichen Regelungen bekannt sind.

I) Kontrolle der Überwachungsmaßnahmen

Die Überwachungsmaßnahmen nach den §§ 23a ff. sind mehrerer Kontrollen unterworfen. Dies ist auch völlig gerechtfertigt, greifen diese Überwachungsmaßnahmen doch stark in wichtige Grundrechte ein.

Die Kontrollmaßnahmen erfolgen

- vor Durchführung der Überwachungsmaßnahme und
- nach der Überwachungsmaßnahme.

aa) Kontrollen vor Beginn einer Überwachungsmaßnahme

Schon vor Beginn einer Überwachungsmaßnahme sorgen bestimmte Regularien dafür, dass sichergestellt wird, dass die Überwachungsmaßnahme rechtmäßig erfolgt. So kann eine Überwachungsmaßnahme nie allein aufgrund einer Entscheidung des ZKA durchgeführt werden. Grundsätzlich entscheidet das Gericht – und zwar ein Kollegialgericht – darüber, nachdem vorher andere Institutionen – BMF und StA – zur Prüfung eingeschaltet worden sind. Lediglich bei Gefahr im Verzuge wird die gerichtliche Entscheidung zunächst durch die Entscheidung des BMF ersetzt; die gerichtliche Entscheidung muss jedoch binnen dreier Tage nachgeholt werden. Lehnt das Gericht dann die Anordnung ab, so können die erhobenen Daten nicht verwertet werden, sondern müssen unverzüglich gelöscht werden. Der Antrag auf eine Überwachungsmaßnahme kann auch nur vom Behördenleiter oder seinem ständigen Vertreter gestellt werden.

bb) Überprüfung der Rechtmäßigkeit der gerichtlichen Anordnung sowie der Art und Weise des Vollzugs

Nach „Erledigung einer in § 23a genannten Maßnahme“ können Betroffene binnen zwei Wochen nach ihrer Benachrichtigung die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Anordnung sowie der Art und Weise ihres Vollzugs beantragen. Auch hier kommt der Gesetzgeber einer Forderung des BVerfG nach, nämlich der Forderung nach hinreichendem Rechtsschutz für sämtliche Betroffene.⁶⁹¹ Über entsprechende Anträge entscheidet das LG Köln, gegen dessen Entscheidung die sofortige Beschwerde eingelegt werden kann.

Nach Angaben im Evaluierungsbericht vom 19.6.2008 zur Unterrichtung des Deutschen Bundestages durch das BT-Gremium gemäß § 23c Abs. 8⁶⁹², der die Zeit vom 28.12.2004 bis zum 4.12.2007 umfasst, ergaben sich aufgrund der Benachrichtigung der Betroffenen telefonische Nachfragen beim ZKA und sechs Anträge auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Anordnung sowie der Art und Weise des Vollzugs, wobei in fünf Fällen Anträge auf Einsicht in die Gerichtsakten gestellt wurden. Das LG Köln hat in allen Fällen die Rechtmäßigkeit der Anordnung und Durchführung der Überwachungsmaßnahme festgestellt.

691 Beschluss des BVerfG von 3.3.2004 – Rdn. 179.

692 BT-Drs. 16/9682.

cc) Kontrolle des Gesetzesvollzugs durch ein BT-Gremium gemäß § 23c Abs. 8

Als weitere Vorkehrung gegen einen möglichen Missbrauch der Überwachungsbefugnis durch das ZKA hat der Gesetzgeber die regelmäßige Kontrolle des Gesetzesvollzuges durch ein Gremium von Bundestagsabgeordneten vorgesehen. Diese Regelung entspricht im Wesentlichen der aufgehobenen Vorschrift des § 41 Abs. 5 AWG.

Auch hier zeigt sich, dass das Instrument der präventiven Überwachung aus Elementen der StPO (§§ 100 a ff.) und des G-10-Gesetzes zusammengesetzt ist. Ursprünglich sollte das bereits bestehende Gremium nach Art. 2 § 2 Abs. 1 G-10-Gesetz a.F. diese Aufgabe übernehmen;⁶⁹³ man hat aber aus verfassungsrechtlichen Gründen davon abgesehen und ein gesondertes Bundestagsgremium⁶⁹⁴ geschaffen, das zunächst – wie es die ursprüngliche Fassung des Gesetzes vorsah⁶⁹⁵ – aus fünf Abgeordneten bestand. Durch das Gesetz zur Änderung von Vorschriften über parlamentarische Gremien vom 28.4.1995⁶⁹⁶ wurde die Zahl der Abgeordneten auf neun erhöht.

Im Zusammenhang mit der Neuordnung von parlamentarischen Gremien zur Kontrolle der Nachrichtendienste erwog man zeitweilig, die Kontrolle des Gesetzesvollzuges nach § 41 Abs. 5 von einem – neu zu schaffenden – Gremium wahrnehmen zu lassen, das die Aufgaben der Parlamentarischen Kontrollkommission, des Vertrauensgremiums nach § 10 a BHO und des G-10-Gremiums übernehmen sollte,⁶⁹⁷ hat aber letztlich zu Recht davon aus verfassungsrechtlichen Gründen abgesehen,⁶⁹⁸ denn die Überwachungstätigkeit des ZKA ist keine nachrichtendienstliche Tätigkeit. Das Gesetz zur Änderung von Vorschriften über parlamentarische Gremien vom 17.6.1999 betrifft daher nur die Nachricht-

693 So Ausführungen des BT-Abgeordneten Eylmann (CDU/CSU) in der BT-Debatte vom 22.3.1991 – BT-Drs. Plenarprotokoll 12/19, S. 1222.

694 Über Bundestagsgremien (Aufgaben, jeweilige personelle Zusammensetzung) siehe auch www.bundestag.de.

695 Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze vom 28.2.1992 – BGBl. I, S. 372 ff.

696 Gesetz zur Änderung von Vorschriften über parlamentarische Gremien vom 28.4.1995 – BGBl. I, S. 582.

697 Gesetzentwurf der Fraktion der SPD: Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung von Vorschriften über parlamentarische Gremien – BT-Drs. 13/10029 vom 4.3.1998.

698 Gesetzentwurf der Fraktionen der SPD, CDU/CSU, Bündnis 90/Die Grünen und F.D.P.: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung von Vorschriften über parlamentarische Gremien – BT-Drs. 14/539 vom 16.3.1999.

tendienste.⁶⁹⁹ Im Zusammenhang mit der erneuten Diskussion über eine bessere Kontrolle der Nachrichtendienste tauchte dieses Thema im Jahre 2009 allerdings wieder auf (siehe Vorwort und in Abschnitt III. 3. I) ee)).

Die Unterrichtung des Bundestagsgremiums, die in Abständen von höchstens sechs Monaten durch das Bundesministerium der Finanzen zu erfolgen hat, kann schriftlich oder mündlich erfolgen. In der Regel erfolgt die mündliche Unterrichtung. Die Unterrichtung umfasst sowohl Auskünfte über die Überwachung selbst (Vorliegen der materiellrechtlichen Voraussetzungen, Durchführung und Beendigung der Überwachung einschließlich Unterrichtung des Betroffenen/Vernichtung der Unterlagen) als auch Auskünfte über ein sich ggf. anschließendes Strafverfahren. Denn auch über die Durchführung eines sich ggf. anschließenden Strafverfahrens enthält das Gesetz Bestimmungen (vgl. § 23c Abs. 2 Satz 2 – Verwendung zur Aufklärung einer begangenen Straftat –, § 23c Abs. 6 Entscheidung der Staatsanwaltschaft über den Zeitpunkt der Vernichtung von Unterlagen, die aus der Überwachungsmaßnahme erlangt sind). Nicht Gegenstand der Unterrichtung ist die Frage, warum eine Überwachungsmaßnahme nicht durchgeführt worden ist.

Nach Aufhebung der §§ 39 ff. AWG und Inkrafttreten der §§ 23a ff. dieses Gesetzes fand eine Neuwahl der Mitglieder dieses BT-Ausschusses⁷⁰⁰ statt, obwohl sich der Ausschuss – zu Recht – als nach wie vor zuständig ansah, da der Gesetzgeber einen unmittelbaren Übergang der alten zur neuen Regelung gewollt hat (Inkrafttreten der neuen Regelung noch vor Ablauf der Befristung der alten Regelung) und das Instrument der präventiven Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung in seinen Grundzügen gleich geblieben ist. Nach der am 18.9.2005 erfolgten vorgezogenen Neuwahl des Bundestages musste auch das Kontrollgremium nach § 23c Abs. 8 neu gewählt werden. Dies geschah in der BT-Plenarsitzung vom 15.12.2005.⁷⁰¹ Dem neuen Gremium gehören Vertreter aller BT-Parteien an.⁷⁰²

Der Inhalt der Unterrichtung durch das Bundesministerium der Finanzen ist in seinen wesentlichen Punkten vorgeschrieben (Anlass, Umfang, Dauer, Ergebnis, Kosten und Benachrichtigung Betroffener). Die Unterrichtung muss sich auch auf die Anwendung des § 23g – Erhebung von Verkehrsdaten –, der durch Art. 1 Nr. 16 des Gesetzes zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und ande-

699 Gesetz zur Änderung von Vorschriften über parlamentarische Gremien vom 17.6.1999 – BGBl. I, S. 1334 ff.

700 Plenarprotokoll 15/160 vom 24.02.2005 – www.bundestag.de/btp/15/15160.pdf.

701 Vorschläge BT-Drs. 16/211, BT-PIPr 16/8 vom 15.12.2005.

702 Informationen zum Kontrollgremium nach § 23c Abs. 6 ZfDG: www.bundestag.de/parlament/kontrollgremien/zfdg/index.html.

rer Gesetze vom 12.06.2007 eingefügt worden ist,⁷⁰³ beziehen. Das Gremium hat dem Deutschen Bundestag nach Ablauf von drei Jahren nach Inkrafttreten dieser Vorschrift – also im Jahre 2008 – einen Evaluierungsbericht vorzulegen. Dies ist mit Bericht des Vorsitzenden des Gremiums vom 18.6.2008 geschehen.⁷⁰⁴

dd) Evaluierungsbericht

Der Evaluierungsbericht betrifft nicht die gesamte Zeit, in der Überwachungen des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs bisher stattgefunden haben, sondern nur den Zeitraum vom 28.12.2004 (Inkrafttreten des Gesetz zur Neuregelung der präventiven Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung durch das Zollkriminalamt und zur Änderung der Investitionszulagengesetze 2005 und 1999 (NTPG) vom 21.12.2004⁷⁰⁵) bis zum 4.12.2007. Über die Überwachungsmaßnahmen im Zeitraum von 1992 bis 2004, in dem die Überwachung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses in den §§ 39 ff. AWG geregelt war, gibt die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Petra Pau, Wolfgang Neskovic und die Fraktion DIE LINKE⁷⁰⁶ Auskunft. Angaben über die Durchführung der Brief-, Post- und Fernmeldeüberwachung unter der Geltung der §§ 39 ff. AWG finden sich auch in der Begründung zum Zehnten Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes.⁷⁰⁷

Der Evaluierungsbericht befasst sich in einer Vorbemerkung mit der gesetzlichen Entwicklung dieser präventiven Maßnahme (Regelung im AWG, Beschluss des BVerfG vom 3.3.2004, in dem die Regelungen wegen fehlender Normenklarheit für verfassungswidrig erklärt worden sind; Neuregelung im ZFdG; Urteil des BVerfG zur Frage, dass auch im Falle der (präventiven) Telekommunikationsüberwachung der Kernbereich privater Lebensgestaltung Berücksichtigung finden müsse; Regelung dieses Kernbereichs durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze vom 12.6.2007; Aufhebung der Befristung).

703 BGBl. I, S. 1037 ff. (1039, 1040).

704 Bericht gemäß § 23c Abs. 8 Satz 2 des Gesetzes über das Zollkriminalamt und die Zollfahndungsämter (Zollfahndungsdienstgesetz – ZFdG) über die Durchführung der §§ 23a bis 23f sowie §§ 45 und 46 ZFdG im Zeitraum vom 28.12.2004 bis 4.12.2007 (Bericht zum Zwecke der Evaluierung) – BT-Drs. 16/9682 vom 19.6.2008.

705 BGBl. I, S. 3603 ff.

706 BT-Drs. 16/281 vom 15.12.2005.

707 Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, BT-Drs. 14/1415 vom 20.7.1999, 4 ff.

Des Weiteren enthält der Evaluierungsbericht Angaben über Anlass und Gegenstand des Berichts, Konstituierung und Zusammensetzung des Gremiums sowie Anzahl der Sitzungen im Berichtszeitraum (fünf). Im Weiteren befasst sich der Bericht mit den Voraussetzungen und der Durchführung der Überwachungsmaßnahmen, insbesondere Anlass, Umfang, Dauer, Ergebnis und Kosten der Überwachungsmaßnahmen. In einem weiteren Abschnitt wird die Praxis der Benachrichtigung der Betroffenen gemäß § 23c Abs. 4 ZFdG und die Gewährung nachträglichen Rechtsschutzes gemäß § 23c Abs. 7 ZFdG dargestellt. So hat das Zollkriminalamt insgesamt 559 von Überwachungsmaßnahmen Betroffene benachrichtigt, wobei es sich um 19 unmittelbar und 540 mittelbar Betroffene handelte. Wie zu erwarten war, liess sich bei einer durchschnittlichen Anzahl von ca. 10 900 Kommunikationsvorgängen pro Maßnahme in einer Vielzahl von Kommunikationsvorgängen die zweifelsfreie Identität des Teilnehmers nicht ermitteln. Die Benachrichtigungen führten zu telefonischen Nachfragen beim Zollkriminalamt und zu sechs Anträgen auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Anordnung sowie zu Art und Weise des Vollzuges. Das LG Köln als das für derartige Anträge zuständige Gericht hat in allen Fällen die Rechtmäßigkeit der Anordnung und Durchführung der Überwachungsmaßnahmen festgestellt.

§ 23g ZFdG, der erst durch das Gesetz zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze vom 12.06.2007 in das ZFdG eingefügt worden ist und die Erhebung von Verkehrsdaten betrifft, ist im Berichtszeitraum nicht angewendet worden. Auch die Strafvorschrift des § 45 und die Bußgeldvorschrift des § 46 ZFdG ist nicht zur Anwendung gekommen.

Die Abschnitte VI. und VII. des Berichts betreffen die Verarbeitung und Löschung von personenbezogenen Daten gemäß § 23c Abs. 2 ZFdG sowie die Übermittlung von Daten gemäß § 23d ZFdG.

Der den Bericht abschließende Abschnitt VIII. enthält die Gesamtwürdigung der Überwachungsmaßnahmen und kommt zu den Ergebnissen, dass

- die Überwachungsmaßnahmen den schweren Eingriff in das Grundrecht nach Art. 10 GG rechtfertigen, da es sich bei der Verhinderung illegaler Rüstungsexporte um den Schutz höchster Verfassungsgüter, nämlich Frieden und menschliches Leben, geht,
- das Zollkriminalamt von seinen Befugnissen zurückhaltend Gebrauch gemacht hat,

- durch die umfangreiche Benachrichtigung von unmittelbar und mittelbar Betroffenen für das Zollkriminalamt ein deutlich erhöhter administrativer Aufwand entstanden ist
- andererseits erst durch die Benachrichtigung ein umfassender Rechtsschutz gewährleistet werden kann
- die Benachrichtigung von Botschaften und Konsulaten sensibler Länder die Gefahr mit sich bringt, dass über die Akteneinsicht Einblicke in sicherheitsrelevante Vorgänge gewährt werden müssen. Dies kann ggf. geeignet sein, die nationale und internationale Zusammenarbeit des Zollkriminalamts mit anderen Sicherheitsbehörden zu beeinträchtigen.

ee) Kontrolle der Überwachungsmaßnahmen durch das Parlamentarische Kontrollgremium (PKGr)?

Im Zuge der Diskussion über eine bessere Kontrolle der Nachrichtendienste brachten im Jahre 2009 Bundestagsabgeordnete der Regierungsparteien sowie der FDP den „Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes“⁷⁰⁸ ein, der in Art. 1 § 1 Abs. 2 vorsieht, dass die Kontrolle durch das Parlamentarische Kontrollgremium „sich auch auf die Tätigkeit des Bundeskriminalamtes und des Zollkriminalamtes (erstreckt), soweit ein Vorgang seinen Schwerpunkt im Bereich der Nachrichtendienste hat und die Bundesregierung deshalb in den Fachausschüssen des Deutschen Bundestages zu diesem Vorgang die Auskunft berechtigt verweigert.“ Die PKGr würde – mit durch dieses Gesetz verstärkten Rechten – damit nicht nur die Überwachungsmaßnahmen des ZKA nach den §§ 23a ff. ZFdG, sondern die gesamte Tätigkeit des ZKA im Einzelfall erfassen, wenn und soweit die genannten Voraussetzungen vorlägen. Ein Schwerpunkt wäre allerdings die Tätigkeit des ZKA bei der Überwachung des Außenwirtschaftsverkehrs, speziell die Überwachungstätigkeit nach den §§ 23a ff. ZFdG, da hier am ehesten ein Vorgang seinen Schwerpunkt im Bereich der Nachrichtendienste hat.

Zu diesem Gesetzentwurf und zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des GG, das zur Verankerung des PKGr in der Verfassung führen soll, sowie zu anderen damit verwandten parlamentarischen Vorgängen fand am 25.5.2009 eine Öffentliche Anhörung im Innenausschuss des Deutschen Bundestages⁷⁰⁹ statt. Während die Änderungsvorschläge von den Sachverständigen prinzipiell begrüßt wurden, fand die vorgeschlagene Kontrolle der Tätigkeit von BKA und

708 Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes – BT-Drs. 16/12411 vom 24.3.2009

709 www.bundestag.de/ausschuesse/a04/anhoeungen/Anhoerung_23/index.html

ZKA Kritik. Der Sachverständige RA Rainer Funke kritisierte diese Erweiterung als Beispiel für die zunehmende Verwässerung des Trennungsgebotes zwischen Polizei und Nachrichtendiensten. Durch die geplante Regelung würde eine weitere Aufweichung des Trennungsgebotes in das Gesetz geschrieben. Es sei fraglich, ob dies gewollt sein könne. Die Regelung sei vielleicht gut gemeint, werde aber in der Praxis wohl zu weiteren Problemen führen und sollte deshalb gestrichen werden.⁷¹⁰ Auf Grund der Kritik sah der Gesetzgeber von der Erweiterung auf die Polizeibehörden BKA und ZKA ab. Die Änderung des GG trat am 23.7.2009⁷¹¹, die Aufhebung des Kontrollgremiumsgesetzes vom 11.4.1978 und die Ersetzung dieses Gesetzes durch das Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes (Kontrollgremiumsgesetz – PKGrG)⁷¹² trat am 4.8.2009 in Kraft.

m) Sonstige Regelungen

aa) Erhebung von Verkehrsdaten

§ 23g entspricht dem § 100g StPO, der die Erhebung von Verkehrsdaten für das Strafverfahren regelt. Mit der Einfügung des § 23g wird das Instrumentarium der präventiven Telekommunikationsüberwachung um ein weiteres Mittel ergänzt, das insbesondere zur Vorbereitung der eigentlichen Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung, in der es um die Telekommunikationsinhalte geht, eingesetzt werden kann. Verkehrsdaten sind nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 30 TKG Daten, die bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Der Begriff „Verkehrsdaten“ ersetzt den Begriff der Telekommunikationsverbindungsdaten.

Von der Möglichkeit, Verkehrsdaten zu erheben, hat das ZKA seit Einfügung des § 23g (Juni 2007) in einem Fall – und zwar im Jahre 2008 – Gebrauch gemacht. Dabei wurden die Verkehrsdaten von zwei Mobiltelefonen erhoben, da Tatsachen vorlagen, die die Annahme rechtfertigten, dass eine erhebliche Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung im Sinne des § 23a Abs. 3 vorlag.⁷¹³

710 a.a.O., Stellungnahme RA Rainer Funke, S. 3/4.

711 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 45d) vom 17.7.2009 – BGBl. I, S. 1977

712 Art. 1 des Gesetzes zur Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes – Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes Kontrollgremiumsgesetz – PKGrG) – vom 29.7.2009 – BGBl. I, S. 2336 ff.

713 BT-Drs. 16/9516 vom 6.6.2008.

(1) Voraussetzungen für die Erhebung

§ 23g ist ausschließlich zulässig, wenn es um die Verhinderung von Straftaten nach § 23a Abs. 1 oder die Verhinderung von Vorgängen nach § 23a Abs. 3 geht. Sollen andere Straftaten nach den Vorschriften des ZFdG verhindert werden, so steht das Mittel der Erhebung von Verkehrsdaten nach § 23g nicht zur Verfügung. Die Voraussetzungen für die Erhebung der Verkehrsdaten sind dieselben wie die Voraussetzungen für die präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung nach den §§ 23a ff. selbst.

Was Verkehrsdaten sind, bestimmt § 96 Abs. 1 des Telekommunikationsgesetzes.⁷¹⁴

Die Erhebung der Verkehrsdaten kann zwei Zwecke verfolgen: Erforschung des Sachverhalts und Ermittlung des Aufenthaltsortes der Person. Insbesondere für die Ermittlung des Sachverhalts ist die Vorschrift von Bedeutung. Bevor die eigentliche präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung stattfinden kann, muss das ZKA mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln prüfen, ob Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass Personen Straftaten nach § 23a Abs. 1 oder Taten nach § 23a Abs. 3 vorbereiten. Mittel zur Überprüfung von entsprechenden Hinweisen sind dem ZKA vorliegende Erkenntnisse über begangene einschlägige Straftaten nach AWG/KWKG der zu überwachenden Person, Berichte über frühere Außenwirtschaftsprüfungen des Unternehmens, das die ggf. zu überwachende Person betreibt, aktuelle Recherchen im Datenbestand von KOBRA oder ATLAS-Ausfuhr und dgl. Mit der Erhebung der Verkehrsdaten gewinnt das ZKA eine zusätzliche Möglichkeit, die Zuverlässigkeit z.B. von nachrichtendienstlichen Hinweisen auf die Vorbereitung von Handlungen nach § 23a Abs. 1 oder Abs. 3 zu überprüfen. Denn die Verkehrsdaten ergeben ein aktuelles Bild über die Kommunikation des ggf. zu Überwachenden. Wird beispielsweise im Hinweis behauptet, der Betreffende stehe mit einer Beschaffungsorganisation eines bestimmten Staates in Verbindung, so kann die Erhebung der aktuellen Verkehrsdaten diese Behauptung beweisen.

(2) Personenkreis, gerichtliche Anordnung

Die Anordnung der Erhebung der Verkehrsdaten darf sich nur gegen Personen im Sinne des § 23a Abs. 1, 3 oder 4 richten. Das ist derselbe Personenkreis wie bei der eigentlichen Telekommunikations- und Brief- und Postüberwachung.

714 Telekommunikationsgesetz vom 22.6.2004 – BGBl. I, S. 1190 – zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 18.2.2007 – BGBl. I, S. 106 – www.bundesgesetze.juris.de.

Auch hier muss die Anordnung grundsätzlich durch das Gericht erfolgen. Zuständiges Gericht für die Anordnung ist ausschließlich das LG Köln. Ausnahmsweise, nämlich bei Gefahr im Verzug, kann auch das Bundesministerium der Finanzen die Anordnung erlassen, die allerdings der richterlichen Bestätigung bedarf. Für Form und Inhalt der gerichtlichen Anordnung gilt dasselbe wie für die Anordnung der präventiven Telekommunikations- und Brief- und Postüberwachung nach § 23b mit der Ausnahme, dass eine räumlich und zeitlich hinreichend bestimmte Bezeichnung der Telekommunikation genügt, wenn die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Die Dauer der Erhebung der Verkehrsdaten ist ebenfalls befristet, maximal zunächst für drei Monate mit der Möglichkeit von Verlängerungen, immer unter der Voraussetzung, dass die Gründe für die Anordnung noch vorliegen und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit weiterhin gegeben ist.

(3) Verpflichteter

Der Dienstanbieter (Provider) ist verpflichtet, dem ZKA die erforderlichen Verkehrsdaten zur Verfügung zu stellen.

(4) Kennzeichnung, Benachrichtigung, gerichtliche Überprüfung, Berichterstattung, Datenübermittlung etc.

Abs. 6 verweist für die Erhebung der Verkehrsdaten auf die in § 23c Abs. 2 bis 7 enthaltenen Verpflichtungen des ZKA zur Kennzeichnung der Daten und Benachrichtigung der Betroffenen, auf die Möglichkeit gerichtlicher Überprüfung sowie auf das Erfordernis, über die Erhebung der Verkehrsdaten dem BT-Gremium nach § 23c Abs. 8 Bericht zu erstatten.

Für die Übermittlung von Daten aus der Verkehrsdatenerhebung gilt § 23d entsprechend. Der Dienstanbieter ist für die Übermittlung der Verkehrsdaten entsprechend § 23f zu entschädigen.

(5) Vorratsspeicherung der Verkehrsdaten

§ 113a TKG⁷¹⁵ verpflichtet den Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste, bestimmte einzeln aufgeführte Verkehrs- und Standortdaten für einen Zeitraum von sechs Monaten zu speichern. § 113b TKG öffnet den bevorrateten Datenbestand für Abrufe zu den Zwecken

715 Art. 2 Nr. 6 und 7 (Änderung des Telekommunikationsgesetzes) des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21.12.2007 – BGBl. I, S. 3196 ff. (3205/3206).

- der Verfolgung von Straftaten,
- der Abwehr von erheblichen Gefahren für die öffentliche Sicherheit und
- der Erfüllung nachrichtendienstlicher Aufgaben.

Die darauf bezogenen Bestimmungen – hier also § 23g – müssen einen Datenabruf unter Bezugnahme auf § 113a TKG vorsehen. Das ist bisher nicht der Fall. Daher hat das ZKA bis zu einer entsprechenden ergänzenden Regelung nur Zugriff auf die Verkehrsdaten, die die Provider im eigenen Interesse (Kundenabrechnung) speichern.

Für die entsprechenden Vorschriften der StPO, des BKAG, des bayPAG und bayVSG, die bereits einen Zugriff auf zum Vorrat gespeicherte Daten vorsehen, hat das BVerfG in zwei einstweiligen Anordnungen⁷¹⁶ den Zugriff stark eingeschränkt; aufgrund des Urteils vom 2.3.2010, das die nationale Umsetzung für nichtig erklärte, waren die gespeicherten Telekommunikationsverkehrsdaten unverzüglich zu löschen und die Weitergabe an die ersuchenden Stellen wurde ausdrücklich untersagt. Zur Vorratsspeicherung und zu den Entscheidungen des BVerfG siehe im Einzelnen Teil 2 Abschnitt IV.

bb) Entschädigung für Leistungen der Provider und Postanbieter

Die Entschädigung von Providern und Postanbietern ist in § 23f geregelt. § 23f entspricht im Wesentlichen dem aufgehobenen § 43 AWG. Der Regierungsentwurf hat die Vorschrift wortwörtlich übernommen.⁷¹⁷ Danach wäre für Leistungen der Postüberwachung wie auch der Telekommunikationsüberwachung die Entschädigung einheitlich nach dem Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz zu gewähren. Im weiteren Gesetzgebungsverfahren wurde jedoch für die Entschädigung für Leistungen im Rahmen der Telekommunikationsüberwachung bestimmt, dass die Entschädigung sich insoweit nur so lange nach dem Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz bemisst, als eine Rechtsverordnung nach § 110 Abs. 9 des TKG noch nicht in Kraft getreten ist⁷¹⁸. Nach einigem Hin und Her ist der Gesetzgeber davon aber wieder abgerückt. Eine Neuregelung der Vergütung wurde auch deswegen erforderlich, weil die Entschädigungen, die den Telekommunikationsunternehmen zu gewähren waren, von die-

716 Beschluss des BVerfG vom 11.3.2008 – 1 BvR 256/08 – www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080311_1bvr025608.htm = BVerfGE 121, 1 ff. und Beschluss des BVerfG vom 28.10.2008 – 1 BvR 256/08 – www.bverfg.de/entscheidungen/rs20081028_1bvr025608.htm.

717 Gesetzentwurf der Bundesregierung – BT-Drs. 15/3931, S. 9 linke Spalte.

718 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) vom 1.12.2004 – BT-Drs. 15/4416, S. 14 rechte Spalte.

sen schon seit längerem als nicht angemessen angesehen wurden. Auch die Art und Weise der Berechnung sollte vereinfacht – pauschalisiert – werden. Die Fraktionen der CDU/CSU und der SPD legten einen Entwurf zur Neuregelung der Entschädigung vor⁷¹⁹.

Trotz des Wortlauts der Überschrift („Entwurf ... im Rahmen der Strafverfolgung ...“) sollte die Neuregelung auch für die präventive Telekommunikationsüberwachung nach dem ZFdG und die Telekommunikationsüberwachung durch die Nachrichtendienste gelten (Änderung des G-10-Gesetzes).⁷²⁰ Am 12.6.2008 fand zum Gesetzentwurf eine öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages statt, in der die Vorschläge streitig diskutiert wurden.⁷²¹ Der BR beschloss in seiner Sitzung vom 13.2.2009⁷²², den Vermittlungsausschuss anzurufen, da er die Beträge für die von den Telekommunikationsunternehmen zu erbringenden Leistungen für überhöht ansah. Im Vermittlungsausschuss wurde eine Einigung erzielt⁷²³. Das Gesetz wurde am 6.5.2009 im BGBl. veröffentlicht und trat am 1.6.2009 in Kraft⁷²⁴. Art. 3 des Gesetzes enthält die entsprechende Änderung des § 23f ZFdG.

Die von den Telekommunikationsdiensten verwendete Überwachungstechnik muss von ihnen selbst finanziert werden. Die Regelungen, welche technischen Einrichtungen bereitzuhalten und welche Anforderungen an die Aufzeichnungsanschlüsse, an die die Aufzeichnungseinrichtungen der berechtigten Stellen angeschlossen werden, zu stellen sind, sind in der Telekommunikationsüberwachungs-Verordnung (TKÜV)⁷²⁵ und der Technischen Richtlinie⁷²⁶ enthalten. Die

719 Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD vom 13.11.2007: Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Entschädigung von Telekommunikationsunternehmen für die Heranziehung im Rahmen der Strafverfolgung (TK-Entschädigungs-Neuordnungsgesetz – TKEntschNeuOG) – BT-Drs. 16/103.

720 Für das ZFdG: Art. 3 des Gesetzentwurfs, für die Nachrichtendienste: Art. 1 des Gesetzentwurfs.

721 www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/31_TKEntschNeuOG/index.html.

722 BR-Drs. 17/09 vom 13.2.2009.

723 Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses vom 4.3.2009 – Drs. 16/12120.

724 Gesetz zur Neuordnung der Entschädigung von Telekommunikationsunternehmen für die Heranziehung im Rahmen der Strafverfolgung (TK-Entschädigungs-Neuordnungsgesetz – TKEntschNeuOG) vom 29.4.2009 – BGBl. I, 994 ff.

725 Verordnung über die technische und organisatorische Umsetzung von Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation (Telekommunikations-Überwachungsverordnung – TKÜV) vom 3.11.2005 – BGBl. I, S. 3136 ff.

726 Die Technische Richtlinie Telekommunikationsüberwachung (TR TKÜ) beschreibt auf der Grundlage des § 110 TKG i.V.m. § 11 TKÜV die technischen Einzelheiten der Überwachungseinrichtungen sowie die erforderlichen technischen Eigenschaften der Aufzeichnungsanschlüsse und wird von der Bundesnetzagentur unter Beteiligung der

Daten müssen der sog. berechtigten Stelle – das ist in diesem Falle der Überwachung des ZKA⁷²⁷ – an einem bestimmten Punkt (Übergabepunkt) übergeben werden. Ab da ist die berechtigte Stelle – hier das ZKA – für die technische Ausstattung und den Betrieb verantwortlich und hat die entsprechenden Kosten zu tragen.

cc) Verschwiegenheitspflicht

§ 23e ist durch das Gesetz zur Neuregelung der präventiven Telekommunikations- und Postüberwachung durch das Zollkriminalamt und zur Änderung der Investitionszulagengesetze 2005 und 1999 (NTPG) vom 21.12.2004 – BGBl. I, S. 3603 ff. – in das ZFdG eingefügt worden.

§ 23e enthält die Verpflichtung zur Geheimhaltung, die vom Personal der – immer zahlreicher werdenden – Post- und Telekommunikationsdienste und denjenigen, die daran mitwirken (z.B. Subunternehmer, die von Kurierdiensten eingeschaltet werden) zu beachten ist. Der Geheimhaltung unterliegt nicht nur die Tatsache, dass die Telekommunikation und Post des Betroffenen überwacht wird, sondern auch der Inhalt der Telekommunikation sowie der Brief- und sonstigen Postsendungen sowie sämtliche Aufzeichnungen und Unterlagen aus der Überwachung.⁷²⁸

dd) Strafvorschrift

§ 45 ist durch das Gesetz zur Neuregelung der präventiven Telekommunikations- und Postüberwachung durch das Zollkriminalamt und zur Änderung der Investitionszulagengesetze 2005 und 1999 (NTPG) vom 21.12.2004 – BGBl. I, S. 3603 ff. – in das ZFdG eingefügt worden.

Im Unterschied zur früheren Regelung in § 42 AWG wird die Verletzung der Geheimhaltungspflicht in einem eigenen Paragraphen – § 45 – unter Strafe gestellt

Da das Gesetz zu Vorsatz oder Fahrlässigkeit keine Angaben macht, ist nur die vorsätzliche Verletzung der Geheimhaltungspflicht strafbar (§ 15 StGB).

Für die Bediensteten des ZKA und der anderen öffentlichen Stellen, die von der Brief-, Post- und Telekommunikationsüberwachung erfahren, gilt ggf. die Straf-

Verbände der Verpflichteten, der berechtigten Stellen sowie der Hersteller von Überwachungseinrichtungen erarbeitet.

727 § 2 Nr. 3 TKÜV.

728 Fuhrmann in Erbs, Georg/Kohlhaas, Max, Strafrechtliche Nebengesetze, München 1994, A 217, § 42 Rdn. 3.

vorschrift des § 353b StGB (Verletzung des Dienstgeheimnisses und einer besonderen Geheimhaltungspflicht). Während die Verletzung des Dienstgeheimnisses nur auf Antrag verfolgt wird (§ 353 b Abs. 4), wird die Straftat nach § 45 ZFdG von Amts wegen verfolgt.

ee) Bußgeldvorschrift

Nach § 46 kann der Anbieter von Telekommunikation oder von Postdiensten mit einer Geldbuße bis zu 20.000 Euro bebußt werden, wenn er einer gerichtlichen – oder bei Gefahr im Verzuge behördlichen – Anordnung auf Überwachung der Telekommunikation oder des Brief- und Postverkehrs zuwider handelt. Gleichmaßen kann der Anbieter von Telekommunikation oder von Postdiensten bebußt werden, wenn er das von ihm eingesetzte Personal nicht einer Sicherheitsüberprüfung unterzieht bzw. Personal einsetzt, das nicht sicherheitsüberprüft ist. § 46 verweist auf die Vorschrift des § 2 des Artikel-10-Gesetzes, der den für die Nachrichtendienste tätigen Telekommunikations- und Postanbietern entsprechende Pflichten auferlegt.

§ 46 ist durch das Gesetz zur Neuregelung der präventiven Telekommunikations- und Postüberwachung durch das Zollkriminalamt und zur Änderung der Investitionszulagengesetze 2005 und 1999 (NTPG) vom 21.12.2004 – BGBl. I, S. 3603 ff. – in das ZFdG eingefügt worden und entspricht wortwörtlich dem aufgehobenen § 42a AWG.

Der aufgehobene und durch § 46 ersetzte § 42a AWG schloss eine Lücke. Bis dahin war es für den Anbieter von Telekommunikations- bzw. Postleistungen folgenlos, wenn er die Überwachung der Telekommunikation und deren Aufzeichnung nicht oder nicht rechtzeitig ermöglichte, der Überwachung unterliegende Sendungen dem ZKA nicht aushändigte, im Rahmen seiner Verpflichtungen Personal einsetzte, das nicht sicherheitsüberprüft und entsprechend ermächtigt war und auch sonst die erforderlichen Geheimschutzmaßnahmen zu treffen unterließ. Während das G-10-Gesetz bei den Maßnahmen der Nachrichtendienste schon immer entsprechende Konsequenzen vorsah⁷²⁹, enthielt das AWG le-

729 G-10-Gesetz in der Fassung des Gesetzes zur Neuregelung von Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses vom 26.6.2001 – BGBl. I, S. 1254 ff.: „§ 2 Abs. 1:

Wer geschäftsmäßig Postdienste erbringt oder an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt, hat der berechtigten Stelle auf Anordnung Auskunft über die näheren Umstände des Postverkehrs zu erteilen und Sendungen, die ihm beim Einsammeln, Weiterleiten oder Ausliefern anvertraut sind, auszuhändigen. ... Wer geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt, hat der berechtigten Stelle auf Anordnung Auskunft über die näheren Umstände der nach Wirksam-

diglich durch die entsprechende Verweisung auf das G-10-Gesetz die Verpflichtung für den Anbieter. Kam dieser jedoch seinen Verpflichtungen nicht nach, so war das für ihn ohne bußgeldrechtliche Konsequenz.

Die Diensteanbieter müssen für ihren Bereich der Überwachungsmaßnahmen sicherheitsüberprüftes Personal einsetzen. Das ist deswegen erforderlich, weil Überwachungsmaßnahmen i.d.R. als Verschluss-Sachen (VS) eingestuft sind. Die Sicherheitsüberprüfung des Personals erfolgt nach den Bestimmungen des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes⁷³⁰.

Infolge der starken Ausweitung der Zahl der Post- und Telekommunikationsanbieter ist es – ohne dass man bösen Willen unterstellen kann – bereits heute schwierig, insbesondere für die Brief- und Postüberwachung sicherheitsüberprüftes Personal zur Verfügung zu stellen. Dies wird man künftig noch stärker zu berücksichtigen haben. M.E. könnte sich das ZKA für die präventive Überwachung nach dem ZFdG damit begnügen, dass man vom Post- und Telekommunikationsanbieter eine sorgfältige Auswahl des betrauten Personals verlangt, das Personal ausführlich belehrt und auf die strafrechtlichen Konsequenzen insbesondere eines Verstoßes gegen die Geheimhaltung (§ 45 i.V.m. § 23e) hinweist.

werden der Anordnung durchgeführten Telekommunikation zu erteilen, Sendungen, die ihm zur Übermittlung auf dem Telekommunikationsweg anvertraut sind, auszuhändigen sowie die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation zu ermöglichen.“
„§ 2 Abs. 2:

Der nach Abs. 1 Satz 1 oder 3 Verpflichtete hat vor Durchführung einer beabsichtigten Beschränkungsmaßnahme die Personen, die mit der Durchführung der Maßnahme betraut werden sollen,

1. einer einfachen Sicherheitsüberprüfung unterziehen zu lassen und
2. über Mitteilungsverbote nach § 17 sowie die Strafbarkeit eines Verstoßes nach § 18 zu belehren; die Belehrung ist aktenkundig zu machen.

Mit der Durchführung einer Beschränkungsmaßnahme dürfen nur Personen betraut werden, die nach Maßgabe des Satzes 1 überprüft und belehrt worden sind. Der nach Abs. 1 Satz 1 oder 3 Verpflichtete hat sicherzustellen, dass die Geheimschutzmaßnahmen nach den Abschnitten 1.1 bis 1.4, 1.6, 2.1 und 2.3 bis 2.5 der Anlage 7 zur Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum materiellen und organisatorischen Schutz von Verschlusssachen vom 29.4.1994 (GMBl. S. 674) getroffen werden.“

730 Gesetz über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes (Sicherheitsüberprüfungsgesetz – SÜG) vom 20.4.1994 – BGBl. I, S. 867 ff. – zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 26.2.2008 (BGBl. I, S. 215).

n) Weiterentwicklung der Telekommunikationsüberwachung

aa) Problem der Verschlüsselung der Daten

Unabhängig von der rechtlichen Entwicklung könnte die technische Entwicklung die Telekommunikationsüberwachung, und zwar nicht nur die präventive nach diesem Gesetz, sondern auch die repressive Telekommunikationsüberwachung nach der StPO gefährden: Trotz der rasanten technischen Entwicklung auf dem Telekommunikationssektor und trotz der Aufsplitterung der Telekommunikationsbetreiber und Anbieter von Postleistungen waren die damit verbundenen Probleme, wenn auch manchmal mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung, lösbar. Die Kryptierung der Telekommunikation⁷³¹ könnte allerdings in Zukunft zu unüberwindbaren Schwierigkeiten führen, wenn sie auf breiter Basis Anwendung finden würde. Das Problem der Kryptierung ist kein Problem für die präventive Telekommunikationsüberwachung allein, sondern stellt sich in allen Überwachungsmaßnahmen, also auch denen nach § 100a ff. StPO und G-10-Gesetz. Kryptierung der Telekommunikation bedeutet, dass die Mitteilungen – Schrift, Bild, Sprache – von den jeweiligen Teilnehmern an der Telekommunikation individuell verschlüsselt werden, sodass ein Dritter mit den bisherigen Mitteln der Dekryptierung in der zur Verfügung stehenden Zeit nicht mehr in der Lage ist, diese Mitteilungen zu entschlüsseln. Bisherige Ansätze zu einer auch für die Strafverfolgungs- und Überwachungsorgane (insoweit auch für das ZKA) sowie die Nachrichtendienste befriedigenden Lösung (z.B. Hinterlegung des Schlüssels bei einer sog. Trusted Third Party, Zugriff der staatlichen Organe auf diesen Schlüssel) sind gescheitert. Zurzeit stellt sich in der Praxis dieses Problem noch nicht, da von der Möglichkeit der Kryptierung kaum Gebrauch gemacht wird. Andererseits muss eingeräumt werden, dass die Kryptierung insbesondere zum Schutz der deutschen Wirtschaft vor Spionage notwendig ist. Notwendig ist aber gleichermaßen der – unter den bisherigen rechtlichen Voraussetzungen zu gewährende – Zugriff der Strafverfolgungs- und Überwachungsbehörden sowie der Nachrichtendienste auf diese Daten. Zu diesem Problemkreis hat das Bundesministerium des Inneren gemeinsam mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie die „Gemeinsame Presseerklärung des BMI und BMWi – Eckpunkte der deutschen Kryptopolitik“ herausgegeben,⁷³² in der unter Punkt 4 ausgeführt wird: „Durch die Verbreitung starker

731 Leiberich, Verschlüsselung und Kriminalität, Kriminalistik 1995, 731 ff.; Weinem in Festschrift für Horst Herold zum 75. Geburtstag, Das Bundeskriminalamt am Ausgang des 20. Jahrhunderts, S. 451 ff. Die moderne Überwachung der Telekommunikation – Möglichkeiten und Grenzen im gesetzlichen Rahmen, Wiesbaden 1998.

732 Gemeinsame Presseerklärung des BMI und BMWi – Eckpunkte der deutschen Kryptopolitik vom 2.6.1999.

Verschlüsselungsverfahren dürfen die gesetzlichen Befugnisse der Strafverfolgungs- und Sicherheitsbehörden zur Telekommunikationsüberwachung nicht ausgehöhlt werden. Die zuständigen Bundesministerien werden deshalb die Entwicklung weiterhin aufmerksam beobachten und nach Ablauf von zwei Jahren hierzu berichten. Unabhängig davon setzt sich die Bundesregierung im Rahmen ihrer Möglichkeiten für die Verbesserung der technischen Kompetenzen der Strafverfolgungs- und Sicherheitsbehörden ein.“

bb) Online-Durchsuchung und Quellen-Telekommunikationsüberwachung (Quellen- TKÜ)

Die Probleme, die die Kryptierung der Telekommunikation mit sich bringt, könnten durch die nachstehend dargestellten technischen Verfahren gelöst werden. Dazu bedarf es jedoch einer klaren gesetzlichen Grundlage.

(1) Online-Durchsuchung

Unter „Onlinedurchsuchung“ versteht man das heimliche Einschleusen eines DV-Programms in eine Datenverarbeitungsanlage, das die internen und externen Datenspeicher (z.B. interne und externe Festplatten) der Datenverarbeitungsanlage (z.B. PC) auf Daten durchsucht, die für das Verfahren von Beweisbedeutung sein können, und diese Daten heimlich an denjenigen übermittelt, der dieses Programm eingeschleust hat.

Nachdem Sicherheitsbehörden von dieser Möglichkeit zunächst unbemerkt von der Öffentlichkeit Gebrauch gemacht hatten, führten parlamentarische Anfragen dazu, dass die rechtliche Zulässigkeit dieser Maßnahmen in Zweifel gezogen wurde. In Strafverfahren waren vom Ermittlungsrichter des BGH zunächst entsprechende Anträge auf Onlinedurchsuchung positiv beschieden worden⁷³³. Mit Beschluss des Ermittlungsrichters vom 25.11.2006⁷³⁴ erfolgte eine Kehrtwendung: Der Ermittlungsrichter lehnte den Antrag der Bundesanwaltschaft auf Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses für den vom Beschuldigten benutzten Personalcomputer/Laptop, insbesondere der auf der Festplatte und dem Arbeitsspeicher abgelegten Dateien, die verfahrensrelevante Inhalte haben könnten, sowie der in diesem Zusammenhang gesendeten und empfangenen E-Mails u.a. ab, da die beantragte Ausforschung des Computers mangels gesetzlicher Rechtsgrundlage nicht zulässig sei. Weder die Vorschriften über die strafprozes-

733 Beschluss des BGH – Ermittlungsrichter – vom 21.2.2006 – 3 BGs 31/06; ebenso Hofmann, Manfred, Die Online-Durchsuchung – staatliches „Hacken“ oder zulässige Ermittlungsmaßnahme?, NStZ 2005, 121, 123 ff.

734 Beschluss des BGH – Ermittlungsrichter – vom 25.11.2006 – 1 BGs 184/2006.

suale Telekommunikationsüberwachung (§§ 100a ff.) noch die Vorschriften über die strafprozessuale Durchsuchung (§§ 102 ff.) böten eine Rechtsgrundlage. Die Beschwerde der Bundesanwaltschaft gegen diesen Beschluss der Ermittlungsrichter beim BGH wurde durch Beschluss des 3. Strafsenats vom 31.1.2007 als unbegründet verworfen⁷³⁵. Der Senat hat in seinen Ausführungen eindeutig klargestellt, dass derzeit keine Rechtsgrundlage für eine strafprozessuale Onlinedurchsuchung besteht. Die BReg hat auf die Frage, welche Planungen zur Schaffung einer Rechtsgrundlage für Onlinedurchsuchungen bestünden, erklärt, dass derzeit geprüft werde, in welchen Bundesgesetzen eine Rechtsgrundlage für Onlinedurchsuchungen erforderlich sei⁷³⁶.

(2) Quellen-TKÜ

Während bei der Onlinedurchsuchung das Ziel ist, in den Speichern der DVA beweisrelevante Daten zu finden und zu sichern – und das sind ggf. auch Daten, die im anschließenden Telekommunikationsvorgang verschlüsselt übermittelt werden sollen –, ist das Ziel der Quellen-TKÜ enger gefasst: Mit der Quellen-TKÜ soll im Rahmen einer Telekommunikationsüberwachung auf Daten zugegriffen werden, bevor sie verschlüsselt – und damit für die Sicherheitsbehörde nicht mehr lesbar – im Telekommunikationsvorgang übermittelt werden. Auf eine entsprechende Anfrage der Bundestagsabgeordneten Gisela Piltz erklärte der Vertreter der BReg in der Fragestunde des Deutschen Bundestages am 19.9.2007⁷³⁷, dass der Zugriff auf die zur Telekommunikationsübertragung bestimmten, vor der Übertragung jedoch verschlüsselten Daten durch ein Programm mit einem festen Bestand an Funktionen auf einen vorher fest definierten Datenbereich und auf eine vorher festgelegte Datenart (Voice-, Video- und Textmeldungen) erfolge. Hierbei handele es sich ausschließlich um Daten, die Gegenstand der Telekommunikation seien. Der Funktionsbereich umfasse das Abgreifen der Daten vor der Verschlüsselung bzw. nach der Entschlüsselung und die verschlüsselte Ausleitung der Daten.

Das ZKA hat bis Dezember 2007 in zwei Fällen eine Quellen-TKÜ durchgeführt⁷³⁸. Dabei hat es sich allerdings nicht um Maßnahmen innerhalb einer prä-

735 Beschluss des BGH vom 31.1.2007 – StB 18/06.

736 Antwort der BReg auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Gisela Piltz, Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, Jörg van Essen, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP – BT-Drs. 16/4997 vom 10.4.2007 –, S. 2.

737 Schriftliche Fragen mit den in der Woche vom 24.9.2007 eingegangenen Antworten der Bundesregierung – BT-Drs. 16/6535, S. 8.

738 Antwort der BReg auf die schriftliche Frage der Bundestagsabgeordneten Gisela Piltz – BT-Drs. 16/7434 vom 7.12.2007.

ventiven Telekommunikationsüberwachung nach dem ZFdG gehandelt, sondern um Maßnahmen innerhalb einer strafprozessualen Telekommunikationsüberwachung⁷³⁹.

cc) Urteil des BVerfG vom 27.2.2008

Das BVerfG hat mit Urteil vom 27.2.2008 über Verfassungsbeschwerden gegen § 5 Abs. 2 Nr. 11 des Verfassungsschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen, das seit seiner Änderung mit Wirkung vom 20.12.2006⁷⁴⁰ die Onlinedurchsuchung durch den nordrhein-westfälischen Verfassungsschutz zulässt, entschieden und § 5 Abs. 2 Nr. 11 – 1. und 2. Alt. – des Gesetzes wegen Verstoßes gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) in seiner besonderen Ausprägung als Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme für verfassungswidrig und nichtig erklärt. In dieser grundlegenden Entscheidung hat das BVerfG u.a. ausgeführt, dass „die heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems, mittels derer die Nutzung des Systems überwacht und seine Speichermedien ausgelesen werden können, (...) verfassungsrechtlich nur zulässig (ist), wenn tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut bestehen.“⁷⁴¹ Was in diesem Sinne als überragend wichtig anzusehen ist, definiert das Gericht ebenfalls: „Überragend wichtig sind Leib, Leben und Freiheit einer Person oder solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berühren.“⁷⁴² Das Gericht lässt die Onlinedurchsuchung/die Quellen-TKÜ als präventive Maßnahme grundsätzlich zu, und zwar sogar dann, „wenn sich noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lässt, dass die Gefahr in näherer Zukunft eintritt, sofern bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall durch bestimmte Personen drohende Gefahr für das überragend wichtige Rechtsgut hinweisen.“⁷⁴³ Das Gericht verlangt „grundsätzlich“ die vorherige richterliche Anordnung und in jedem Fall eine ge-

739 Antwort der BReg auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Gisela Piltz, Jens Ackermann, Dr. Karl Addicks, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP – BT-Drs. 16/7279 vom 27.11.2007 –, S. 2.

740 Gesetz zur Änderung des Gesetzes über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen (Verfassungsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen – VSG NRW) vom 20.12.2006 – GV NRW vom 29.12.2006, S. 620.

741 Urteil des BVerfG vom 27.2.2008 – 1 BvR 370/07 – 1 BvR 595/07 – 2. Leitsatz. = BVerfGE 120, 274 ff. (274).

742 a.a.O.

743 a.a.O.

setzliche Ermächtigung zu diesem Eingriff, die auch Vorkehrungen enthalten muss, um den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu schützen.⁷⁴⁴

In den Entscheidungsgründen führt das Gericht u.a. aus, dass der Grundrechtsschutz des Art. 10 GG nicht ausreiche, wenn im Rahmen einer Telekommunikationsüberwachung eine Online-Durchsuchung durchgeführt oder eine Quelle-TKÜ stattdessen, da sich der Schutz des Art. 10 GG nicht auf die nach Abschluss eines Kommunikationsvorgangs im Herrschaftsbereich eines Kommunikationsteilnehmers gespeicherten Inhalte und Umstände der Telekommunikation, soweit dieser eigene Schutzvorkehrungen gegen den heimlichen Datenzugriff treffen kann, erstrecke.⁷⁴⁵ Der durch das Telekommunikationsgeheimnis bewirkte Schutz bestehe ebenfalls nicht, „wenn eine staatliche Stelle die Nutzung eines informationstechnischen Systems als solche überwacht oder die Speichermedien des Systems durchsucht.“⁷⁴⁶ Werde ein informationstechnisches System zum Zweck der Telekommunikationsüberwachung technisch infiltriert („Quellen-Telekommunikationsüberwachung“), so sei mit der Infiltration die entscheidende Hürde genommen, um das System insgesamt auszuspähen. Die dadurch bedingte Gefährdung gehe weit über die hinaus, die mit einer bloßen Überwachung der Telekommunikation verbunden ist.⁷⁴⁷ In das – neue – Grundrecht auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme greife die Quelle-TKÜ nur dann nicht ein, sondern nur in das Grundrecht nach Art. 10 Abs. 1 GG, wenn sich die Überwachung auf Daten aus einem laufenden Telekommunikationsvorgang beschränke. Dies müsse durch technische Vorkehrungen und rechtliche Vorgaben sichergestellt sein.⁷⁴⁸

Während es zunächst so schien, als spreche sich die Literatur nach diesem Urteil einhellig für die Unzulässigkeit einer Quellen-TKÜ auf der Grundlage des geltenden Rechts aus,⁷⁴⁹ erschienen Veröffentlichungen, die dieses Ergebnis für die strafprozessuale Telekommunikation in Frage stellten⁷⁵⁰, die aber in ihrer Ar-

744 a.a.O., 3. Leitsatz.

745 a.a.O., Rdn. 185.

746 a.a.O., Rdn. 186.

747 a.a.O., Rdn. 188.

748 a.a.O., Rdn. 190.

749 Buermeyer, Ulf/Bäcker, Matthias, Zur Rechtswidrigkeit der Quellen-Telekommunikationsüberwachung auf Grundlage des § 100a StPO, HRRS 2009, 433 ff. (438) mit weiteren Hinweisen.

750 Nack, Armin, in Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Aufl., München 2008, § 100a StPO, Rdn. 27; Cierniak, Jürgen, in Meyer-Goßner, Lutz, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 52. Aufl., § 100a StPO, Rdn. 7; Graf, Jürgen-Peter, in Graf, Jürgen-Peter (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur StPO, Edition 5 (Stand 1.10.2009), § 100a StPO, Rdn. 114.

gumentation – sofern sie sich überhaupt mit den Problemen auseinandersetzen – nicht überzeugen können. So hält Nack⁷⁵¹ zwar für die Zukunft eine gesetzliche Regelung für angezeigt, für eine Übergangszeit könne jedoch darauf wohl verzichtet werden. Zur Dauer der Übergangszeit macht Nack keine Angaben. Cierniak⁷⁵² hält eine Quellen-TKÜ auf des derzeitigen gesetzlichen Grundlage von uneingeschränkt zulässig, da § 100b Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 StPO bereits heute sicherstelle, dass sich die Überwachung ausschließlich auf Daten aus einem laufenden Telekommunikationsvorgang beschränke. Damit ignoriert Cierniak die Forderung des BVerfG⁷⁵³, das seine Überzeugung über die technischen Vorgänge aus umfangreicher und detaillierter Sachverständigenanhörung schöpfte, durch technische Vorkehrungen und rechtliche Vorgaben die Beschränkung auf Daten des Telekommunikationsvorgangs überhaupt erst herbeizuführen. Graf⁷⁵⁴ meint seinerseits apodiktisch, dass weitere Rechnerdaten durch eine Quellen-TKÜ nicht erhoben werden, Bär⁷⁵⁵ unterschlägt die Forderung des BVerfG, durch rechtliche Vorgaben sicherzustellen, dass sich die Überwachung auf Daten des Telekommunikationsvorgangs beschränkt; die eingesetzte Software werde dies schon sicherstellen.

dd) Auswirkungen des Urteils auf die präventive TKÜ

Unter den oben genannten Voraussetzungen ist daher auch eine Online-Durchsuchung/Quelle-TKÜ in Fällen der präventiven Telekommunikationsüberwachung nach dem ZFdG zwar möglich; der Gesetzgeber muss allerdings noch die gesetzlichen Voraussetzungen schaffen: für die Online-Durchsuchung

751 Nack, Armin, a.a.O., Rdn. 27.

752 Cierniak, Jürgen, in Meyer-Goßner, Lutz, Strafprozessordnung, 52. Aufl., München 2009, § 100a, Rdn. 7.

753 Urteil des BVerfG vom 27.2.2008 – 1 BvR 370/07 – Rdn. 190; siehe auch Hoffmann-Riem, Wolfgang, Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, JZ, 2008, 1009 ff. (1021/1022), der unter Bezug auf die Ausführungen der Sachverständigen, die das BVerfG in der mündlichen Verhandlung vom 10.10.2007 angehört hat, ausführt, dass „bereits Zweifel (bestehen), ob es praktisch möglich ist, ein informationstechnisches System zu infiltrieren, ohne sich ein Mindestmaß an Informationen – etwa über dessen Schwachstellen – zu verschaffen; die Kenntnis solche Schwachstellen könnte weitere Gefährdungen auslösen. Vor allem bestehen Zweifel, ob die aktuellen oder absehbaren Rechnerarchitekturen eine solche Begrenzung des Zugriffs ermöglichen: Wird eine Software erst einmal auf einem System ausgeführt, ist sie grundsätzlich universell nutzbar.“

754 Graf, Jürgen-Peter, in Graf, Jürgen-Peter (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar zur StPO, § 100a, Rdn. 114.

755 Bär, Wolfgang, in Heintschel-Heinegg, Bernd von/Stöckel, Heinz (Hrsg.), KMR. Kommentar zur StPO, Loseblattsammlung, 52. Ergänzungslieferung, 2008, § 100a, Rdn. 31.

generell und für die Quellen-TKÜ die rechtlichen Vorgaben, damit die Überwachung bei der Quellen-TKÜ nicht Daten außerhalb des Telekommunikationsvorgangs erfasst. Bis dahin ist weder eine Online-Durchsuchung noch eine Quellen-TKÜ zulässig.

IV. Sicherstellung zur Gefahrenabwehr – § 32b ZFdG

Die präventive Sicherstellung von Sachen zur Gefahrenabwehr gehört zu den althergebrachten Instrumenten der Polizeigesetze des Bundes und der Länder. Schon die erste Fassung des MEPolG vom 25.11.1977⁷⁵⁶ enthält neben den anderen klassischen polizeilichen Maßnahmen wie Identitätsfeststellung, Erkennungsdienstliche Maßnahmen, Platzverweis, Festnahme usw. die präventive Sicherstellung (§ 21). Alle Polizeigesetze des Bundes und der Länder enthalten diese Befugnis⁷⁵⁷. Warum das ZFdG – das Polizeigesetz für den Zollfahndungsdienst – diese Befugnis für den Zollfahndungsdienst ursprünglich nicht enthielt, ist nicht nachvollziehbar.

1. Entstehung der Vorschrift

Die Sicherstellung von Sachen zur Gefahrenabwehr ist für den ZFD ein neues Instrument, das insbesondere im Bereich der Exportkontrolle von Bedeutung ist; primär unter diesem Aspekt wurde der § 32b durch das „Gesetz zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes und anderer Gesetze“ vom 12.6.2007⁷⁵⁸ in das

756 Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder i.d.F. des Vorentwurfs zur Änderung des MEPolG, abgedruckt als Anhang in Schenke, Wolf-Rüdiger, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2007, S. 395 ff.

757 Bund: § 20s BKAG i.d.F. des Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt vom 25.12.2008 – BGBl. I, S. 3083 ff.; § 47 BPoG – Länder: Art. 25 Bay PAG; § 33 Ba-WüPG (die Sicherstellung zur Gefahrenabwehr wird im Baden-Württembergischen Polizeigesetz als „Beschlagnahme“ bezeichnet; Sicherstellung liegt nach § 32 dann vor, wenn es erforderlich ist, den Eigentümer oder den rechtmäßigen Inhaber der tatsächlichen Gewalt vor Verlust oder Beschädigung der Sache zu schützen); § 38 ASOG Bln; § 25 BbgPolG; § 23 BremPolG; § 14 HmbSOG; § 40 HSOG; § 61 SOG M-V; § 26 Nds. SOG; § 43 PolG NRW; § 22 Rlp POG; § 21 SPolG; § 27 SächsPolG (die Sicherstellung zur Gefahrenabwehr wird im Sächsischen Polizeigesetz als „Beschlagnahme“ bezeichnet; Sicherstellung liegt nach § 26 dann vor, wenn es erforderlich ist, den Eigentümer oder den rechtmäßigen Inhaber der tatsächlichen Gewalt vor Verlust oder Beschädigung der Sache zu schützen); § 210 Landesverwaltungsgesetz Schleswig-Holstein; § 27 PAG –Thür.

758 BGBl. I, S. 1037 ff. (1041).

ZFdG eingefügt. Zu beachten ist, dass diese Vorschrift nur für die Behörden des Zollfahndungsdienstes gilt.

2. Anwendung im Rahmen der präventiven Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung

Hat das Zollkriminalamt zureichende Anhaltspunkte dafür, dass eine Straftat nach dem Kriegswaffenkontrollgesetz vorbereitet oder dass eine Ausfuhr von bestimmten Waffen oder Rüstungsgütern vorbereitet wird, die ohne die erforderliche Genehmigung in Kriegs- oder Krisengebiete exportiert werden sollen, so kann das Zollkriminalamt die Telekommunikation und den Brief- und Postverkehr des Betreffenden aufgrund richterlichen Beschlusses überwachen, um die Straftat oder die ungenehmigte Ausfuhr zu verhindern. Typische Vorbereitungshandlungen sind das Führen von Verhandlungen über die Lieferung dieser Güter, das Beschaffen von Transportmitteln für die Lieferung dieser Güter oder das Anwerben von Teilnehmern (§ 23a Abs. 2 ZFdG). Da es sich aber im strafrechtlichen Sinne um straflose Vorbereitungshandlungen handelte, konnte das Zollkriminalamt daher in diesem Stadium nicht mit den Mitteln des Strafrechts gegen den Betreffenden vorgehen, konnte insbesondere nicht die Güter, die ohne Genehmigung exportiert werden sollten, beschlagnahmen oder in anderer Weise sicherstellen. Die Vorschriften der §§ 23a ff. enthielten – ebenso wie die aufgehobenen Vorschriften der §§ 39 ff. AWG – keine Handhabe zur präventiven Sicherstellung/Beschlagnahme. Man musste daher die Überwachungsmaßnahme so lange weiter durchführen, bis der Überwachte unmittelbar zur Straftat ansetzte und sich damit wegen versuchter ungenehmigter Ausfuhr strafbar gemacht hatte. Sodann konnten die Güter nach den Beschlagnahmebestimmungen der §§ 94 ff. StPO beschlagnahmt werden.

Daher bestand schon ziemlich frühzeitig die Idee einer präventiven Sicherstellung, die ebenso wie die präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung im Zollfahndungsdienstgesetz geregelt werden sollte⁷⁵⁹. Der Gesetzgeber hat der Forderung nunmehr Rechnung getragen, die Regelung aber nicht auf Fälle der Vorbereitung von Straftaten nach dem KWKG oder von Taten nach § 23a Abs. 3 ZFdG beschränkt, wenngleich dies der wichtigste und häufigste Anwendungsfall sein dürfte.

759 Im Gesetzgebungsverfahren hatte man auch eine Regelung im AWG erwogen, davon jedoch wieder Abstand genommen. Die präventive Sicherstellung nach § 32b ZFdG hat m.E. fast ausschließlich Bedeutung für Vorgänge der ungenehmigten Ausfuhr, sodass eine Regelung im AWG durchaus sinnvoll gewesen wäre.

Steht deshalb auf Grund der Erkenntnisse aus der präventiven Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung eindeutig fest, dass der Überwachte Vorbereitungen trifft, entsprechende Güter (Güter sind Sachen im Sinne des § 32b ZFdG) ungenehmigt zu exportieren, können diese Güter sichergestellt werden, und die Überwachung, die einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellt, kann beendet werden. Auf diese Weise kann auch der Eingriff in das Grundrecht nach Art. 10 Abs. 1 GG geringer gehalten werden.

3. Sicherstellung von für den Export vorgesehenen Gütern in anderen Fällen

Die nun getroffene Regelung der Sicherstellung geht über eine Sicherstellung im Rahmen der präventiven Telekommunikations- und Brief- und Postüberwachung hinaus. Denn die Vorschrift des § 32b steht nicht im Kapitel 2 Abschnitt 3 „Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses“, sondern im Kapitel 4 „Gemeinsame Bestimmungen“ (für Zollkriminalamt und Zollfahndungsämter).

Um die Bedeutung der präventiven Sicherstellung über die Fälle der Überwachung nach den §§ 23a ff. hinaus zu verdeutlichen, folgendes Beispiel⁷⁶⁰:

Eine Handelsfirma im Süddeutschen war von nordkoreanischer Seite angesprochen worden, Aluminiumrohre zu beschaffen, die dann als sog. casings (äußere Umhüllungen) von Gasultrazentrifugen dienen sollten. Beim Abschluss des Vertrages war dies möglicherweise der deutschen Firma nicht bekannt. Ein von dem Geschäftsführer der süddeutschen Firma angesprochener Stahlgroßhändler beschaffte eine erste Partie von insgesamt 22 Tonnen bei dem britischen Hersteller der Stahlrohre und ließ diese Rohre zu sich transportieren. Die süddeutsche Firma bezahlte diese Partie, beließ sie aber bei dem Stahlgroßhändler. Die süddeutsche Firma ließ die Rohre bei dem für sie zuständigen Ausfuhrzollamt abfertigen.

Zur selben Zeit wurde das Bundesamt für Verfassungsschutz über diesen Vorgang von ausländischer Seite informiert, das seinerseits das BAFA und das ZKA unverzüglich unterrichtete. Das ZKA stellte über das zuständige Zollfahndungsamt fest, dass die Rohre zwar schon zur Ausfuhr abgefertigt waren, sich aber noch bei dem Stahlgroßhändler befanden. Der süddeutsche Exporteur wurde aufgefordert, sich mit dem BAFA in Verbindung zu setzen, die Ausfuhranmeldung wurde vernichtet. Der Exporteur wandte sich an das BAFA und behauptete nunmehr, die Güter seien für einen Empfänger in China bestimmt.

760 Urteil des LG Stuttgart vom 28.5.2004 – 10 KLs 141 Js 28271/03; Beschreibung dieses Falles auch bei Wetter, Anna, Enforcing European Union Law on Exports of Dual-use Goods, SIPRI Research Report No. 24, p. 89 ff.

Das BAFA entschied, dass die Rohre zwar nicht gelistet, aber absolut geeignet waren, als casings für Gasultrazentrifugen zu dienen, und unterrichtete den süddeutschen Exporteur nach Art. 4 der Dual-use-VO, und zwar unter Hinweis auf die strafrechtlichen Folgen, wenn der Exporteur gleichwohl ohne Genehmigung exportieren würde. Spätestens jetzt wusste der Exporteur also Bescheid.

Alle mit dem Fall befassten Behörden gingen davon aus, dass der Exporteur die Entscheidung des BAFA beachten und nicht exportieren würde.

Da die Ware vom Exporteur jedoch bereits bezahlt war und er hoffte, die restlichen Lieferungen von 180 Tonnen noch durchführen zu können, kam er in Kontakt mit einer Hamburger Import-/Exportfirma, die insbesondere als Exporteur auch über erleichterte Verfahren – Anschreibeverfahren – verfügte. Dem Stahlgroßhändler wurde vorgespiegelt, die Rohre sollten an den britischen Hersteller zurücktransportiert werden. Unter Benutzung der vorabgestempelten Ausfuhranmeldung, die als Ausführer nicht die süddeutsche Firma, sondern die Hamburger Firma angab, wurden die Rohre auf dem französischen Containerschiff „Ville de Virgo“ geladen und exportiert. Als das ZKA davon erfuhr, befand sich das Schiff bereits im Mittelmeer. Durch vereinte nationale und internationale Anstrengungen gelang es, die Rohre im ägyptischen Hafen von Damiette im Rahmen des eingeleiteten Strafverfahrens zu beschlagnahmen und nach Hamburg zurückzutransportieren.

Hier hätte im Zeitpunkt der Mitteilung nach Art. 4 der Dual-use-VO eine präventive Sicherstellung der Rohre erfolgen können. Damit wäre eine ungenehmigte Ausfuhr wirksam verhindert worden. Allerdings muss man sehr genau prüfen, ob eine derartige Sicherstellung, die im dargestellten Fall gerechtfertigt gewesen wäre, in allen Fällen einer Unterrichtung nach Art. 4 Dual-use-Verordnung und in allen Fällen – denn die Situation ist vergleichbar – einer abgelehnten Ausfuhrgenehmigung angewendet werden kann oder soll.

Während bei einer präventiven Sicherstellung im Rahmen einer präventiven Telekommunikations- und Brief- und Postüberwachung, die auch nur in schwerwiegenden Fällen angeordnet und durchgeführt werden kann, nach ggf. kurzer Zeit feststeht, dass der Überwachte Güter ohne die erforderliche Ausfuhrgenehmigung ausführen will und ihm dies auch eindeutig nachgewiesen werden kann, steht es bei einer Unterrichtung durch das BAFA nach Art. 4 Dual-use-Verordnung oder nach Ablehnung der Erteilung einer Genehmigung durch das BAFA nicht fest, dass sich der Betreffende nicht an die Entscheidung des BAFA halten wird. Es dürfte sogar so sein, dass sich die Betreffenden in der weit überwiegenden Zahl der Fälle an die Entscheidung des BAFA halten.

Daher müssen im Rahmen einer Risikoanalyse Kriterien angewendet werden, die insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit berücksichtigen. Das Argument, eine solche Regelung sei wegen der Vielzahl der Fälle (Unterrich-

tung nach Art. 4 oder abgelehnte Genehmigung) gar nicht praktikabel, dürfte nicht haltbar sein. So nimmt das BAFA pro Jahr relativ wenige Unterrichtungen nach Art. 4 Dual-use-Verordnung vor, und die Zahl der Ablehnungen, wenn es um Güter nach AL Teil I Abschnitt C geht, ist äußerst gering.⁷⁶¹

Auch die Zahl der Genehmigungsablehnungen für Rüstungsgüter nach AL Teil I Abschnitt A ist gering.⁷⁶² Hier könnten ebenfalls im Rahmen der Risikoanalyse noch Fälle ausgesiebt werden. So dürfte beispielsweise kein Bedürfnis für eine vorübergehende Sicherstellung bestehen, wenn es sich um die beabsichtigte Ausfuhr einzelner Faustfeuerwaffen handelt.

Gleichwohl sollte kein Automatismus greifen, sondern in jedem Einzelfall sollte geprüft werden, ob es Sinn macht, von diesem Instrument der präventiven Sicherstellung Gebrauch zu machen. Im Rahmen dieser Prüfung sollten sämtliche Informationen berücksichtigt werden, von besonderer und ausschlaggebender Bedeutung sollte allerdings die Gefahr sein, die von dem jeweiligen Gut ausgeht. Im Beispielsfalle hätte dies bedeuten können, dass insbesondere die Tatsache, dass die Rohre als casings für Gasultrazentrifugen geeignet waren und eine Eignung für andere Güter so gut wie ausgeschlossen war, und der Wechsel des Endbestimmungslandes (erst Nordkorea, dann China) zur präventiven Sicherstellung hätte führen können.

4. Voraussetzungen

Es muss eine gegenwärtige Gefahr bestehen, die durch die Sicherstellung der Sache abgewendet werden soll. Eine gegenwärtige Gefahr liegt dann vor, wenn das schädigende Ereignis bereits begonnen hat oder unmittelbar oder in aller nächster Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht – so beispielsweise die Legaldefinition im SOG LSA⁷⁶³ und – gleichlautend – in § 2 Nr. 1.a) des Nds. POG⁷⁶⁴. Zu den verschiedenen Begriffen der Gefahr siehe im Einzelnen Teil 2 Abschnitt II. 2..In den Fällen der Vorbereitung von Straftaten

761 Exportgenehmigungen für die Ausfuhr von Dual-use-Gütern seit 2000 – BT-Drs. 16/2155 vom 5.7.2005 – z.B. für das Jahr 2005: 7.320 Genehmigungen im Wert von 2.469.864.334 €, 29 Ablehnungen im Wert von 7.134.138 €.

762 Bericht der Bundesregierung über ihre Exportpolitik für konventionelle Rüstungsgüter im Jahre 2005 (Rüstungsexportbericht 2005) – www.bmwi.de: 11.855 Einzelanträge im Wert von 4.216.000.000 €; 58 abgelehnte Anträge auf Genehmigung im Wert von 8.100.000 €.

763 Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt (SOG LSA) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.9.2003 – GVBl. LSA 2003, S. 214.

764 Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nds. SOG) i.d.F. vom 19.1.2005 – Nds. GVBl. 2005, 9 ff.

nach dem KWKG (§ 23a Abs. 1) und den Fällen der Vorbereitung einer ungenehmigten Ausfuhr bestimmter Güter (§ 23a Abs. 3) liegt eine gegenwärtige Gefahr dann vor, wenn die Ausfuhr der Güter so weit vorbereitet ist, dass sie jederzeit stattfinden kann. Keine gegenwärtige Gefahr würde vorliegen, wenn die Vertragspartner noch in Vertragsverhandlungen stünden oder wenn das auszuführende Gut noch gar nicht (vollständig) produziert worden ist.

Die gegenwärtige Gefahr muss für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bestehen. Zu den Begriffen „öffentliche Sicherheit“ und „öffentliche Ordnung“ siehe im Einzelnen Teil 2 Abschnitt II. 1. Wird eine Straftat nach dem KWKG i.S.d. § 23a Abs. 1 oder eine ungenehmigte Ausfuhr von Gütern i.S.d. § 23a Abs. 3 vorbereitet, so liegt darin eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit.

Wie immer bei polizeilichen Eingriffen ist auch bei der präventiven Sicherstellung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Soweit sich die präventive Sicherstellung auf Güter bezieht, deren vorbereitete ungenehmigte Ausfuhr in einer Maßnahme nach § 23a festgestellt wird, ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von vornherein gegeben, denn diese Überwachungsmaßnahme darf selbst nur dann vorgenommen werden, wenn sie verhältnismäßig ist (§ 23a Abs. 6).

5. Art und Weise der Sicherstellung

Art und Weise der Sicherstellung und die damit im Zusammenhang stehenden Fragen (Verwahrung, Verwertung, Vernichtung, Herausgabe sichergestellter Sachen oder des Erlöses sowie die Kosten) regeln sich nach den entsprechend anwendbaren §§ 48 bis 50 des Bundespolizeigesetzes.⁷⁶⁵

6. Rechtsbehelf und Rechtsmittel

Die Anordnung der Sicherstellung ist ein Verwaltungsakt, gegen den der Rechtsbehelf des Widerspruchs zulässig ist. Wird dem Widerspruch nicht abgeholfen, so kann Klage vor dem Verwaltungsgericht erhoben werden. In der Regel dürfte der Sofortvollzug der Sicherstellung angeordnet werden, sodass ein evtl. Widerspruch keine aufschiebende Wirkung hat.

⁷⁶⁵ Gesetz über die Bundespolizei (Bundespolizeigesetz – BPolG) vom 19.10.1994 – BGBl. I S. 2978, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 26.6.2007 – BGBl. I S. 1142.

7. Verhältnis zu anderen Sicherstellungsvorschriften

Auch andere Vorschriften, die für den Zollbeamten/Zollfahndungsbeamten von Bedeutung sind, enthalten Sicherstellungsvorschriften, so z.B. das Gesetz zur Überwachung des Verkehrs mit Grundstoffen, die für die unerlaubte Herstellung von Betäubungsmitteln missbraucht werden können (Grundstoffüberwachungsgesetz – GÜG) vom 11.3.2008.⁷⁶⁶ Nach § 16 sind die für die Überwachung des Verkehrs mit Grundstoffen zuständigen Behörden – das sind für die Ein- oder Ausfuhr sowie den Warenverkehr innerhalb der Mitgliedstaaten des Europäischen Gemeinschaften gemäß § 5 Abs. 2 die Zollbehörden – befugt, zur Verhütung dringender Gefahren für die Sicherheit und Kontrolle des Grundstoffverkehrs vorläufige Anordnungen treffen, insbesondere die Grundstoffbestände sicherzustellen. Diese Vorschrift geht als *lex specialis* dem § 32b vor.

Nach § 12a Abs. 4 Zollverwaltungsgesetz (ZollVG)⁷⁶⁷ können Zollbedienstete – also nicht nur Zollfahndungsbeamte – , wenn Grund zu der Annahme besteht, dass Bargeld oder gleichgestellte Zahlungsmittel zum Zwecke der Geldwäsche verbracht werden, das Bargeld oder die gleichgestellten Zahlungsmittel bis zum Ablauf des dritten Werktages nach dem Auffinden sicherstellen oder in zollamtliche Verwahrung nehmen, um die Herkunft oder den Verwendungszweck aufzudecken. Auch diese Vorschrift geht als *lex specialis* dem § 32b vor.

Für Fälle der Gefahrenabwehr enthält § 2 Abs. 2 AWG für das Außenwirtschaftsrecht eine besondere Maßnahme, die allerdings nur in etwa mit § 32b zu vergleichen ist: der sog. Einzeleingriff – siehe im Einzelnen Teil 3 Abschnitt 1. Die Beschränkung erfolgt nicht durch Anordnung und Vollstreckung der Sicherstellung durch Zollfahndungsbeamte, sondern durch Anordnung eines Verfügungsverbots durch das BMWi im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen und dem Auswärtigen Amt.

Zum supranationalen Einzeleingriff gemäß Art. 6 EG-Dual-use-VO i.V.m. § 38 AWV siehe oben Teil 3 II.

766 BGBl. I 2008, S. 306 ff.

767 Zollverwaltungsgesetz vom 21.12.1992 – BGBl. I, S. 2125 ff., zuletzt geändert durch Art. 8 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Finanzverwaltungsgesetzes und anderer Gesetze vom 13.12.2007 – BGBl. I, S. 2897 ff. (2902).

V. Verhältnis der präventiven Maßnahmen zueinander

Die präventive Sicherstellung muss nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vor jeder Maßnahme zur Überwachung der Telekommunikations- und Postüberwachung geprüft werden. Denn die präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung greift tief in das Grundrecht nach Art. 10 GG ein, i.d.R. über einen längeren Zeitraum und für eine Vielzahl von Betroffenen. Dem gegenüber führt die präventive Sicherstellung nicht zu einem Eingriff in Grundrechte, insbesondere nicht in das Grundrecht auf Eigentum, geschützt durch Art. 5 GG, da kein endgültiger Verlust des Eigentums eintritt, sondern lediglich eine vorübergehende Beschränkung in der Herrschaftsgewalt über das sichergestellte Gut. In der Regel sind auch nicht mehrere Personen betroffen. Ist daher eine präventive Sicherstellung möglich, so ist die präventive Telekommunikations- und Postüberwachung als die in das Grundrecht des Art. 10 Abs. 1 GG extrem eingreifende Maßnahme nicht zulässig. Es ist aber auch während jeder präventiven Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung stets zu prüfen, ob nicht jetzt die präventive Sicherstellung eingreift. Das ist immer dann der Fall, wenn eindeutig und nachweisbar feststeht, dass der Überwachte eine Straftat nach dem KWKG durch ungenehmigte oder verbotene Ausfuhr vorbereitet; dasselbe gilt, wenn eindeutig und nachweisbar feststeht, dass eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit dadurch besteht, dass eine Ausfuhr im Sinne des § 23 a Abs. 3 vorbereitet wird.

Einzeleingriff nach § 2 Abs. 2 AWG und gemäß Art. 6 EG-Dual-use-Verordnung i.V.m. § 38 AWW stehen im Verhältnis *lex generalis* zu *lex specialis* zueinander, da Art. 6 EG-Dual-use-Verordnung ausschließlich den Fall der Durchfuhr regelt.

Einzeleingriff und präventive Sicherstellung stehen grundsätzlich nebeneinander. Der Einzeleingriff ist das einzige Mittel, wenn es gilt, proliferationsrelevante Güter auf dem Transport zu stoppen, die bereits aus der Bundesrepublik Deutschland ausgeführt worden sind oder die einen sonstigen Bezug zur Bundesrepublik Deutschland haben – Transport auf einem unter deutscher Flagge fahrenden oder auf einem einer deutschen Reederei gehörenden Schiff. Im Falle einer Durchfuhr von proliferationsrelevanten Gütern kann sowohl der Einzeleingriff nach Art. 6 EG-Dual-use-Verordnung bei gelisteten Gütern bzw. der Einzeleingriff nach § 2 Abs. 2 AWG bei nichtgelisteten Gütern als auch die präventive Sicherstellung angewendet werden. Eine präventive Sicherstellung kann im Vorfeld strafbaren Verhaltens eingesetzt werden. Kommt es zum Versuch der ungenehmigten Ausfuhr, so greifen die strafprozessualen Sicherstellungs- und Beschlagnahmennormen der §§ 94 ff. StPO.

Teil 4: Zusammenfassung und Schlussbemerkung

I. Zusammenfassung

Als wesentliches Ergebnis der vorliegenden Untersuchung kann Folgendes festgehalten werden:

Im Bereich des Exports sind präventive Maßnahmen zum Schutz der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, im Interesse des friedlichen Zusammenlebens der Völker und im Interesse des Ansehens der Bundesrepublik Deutschland von erheblicher Bedeutung. Dies zeigen die Vorgänge um die Errichtung einer Giftgasfabrik in Rabta/Libyen durch den deutschen „Generalunternehmer“ Dr. Jürgen Hippelstiel-Imhausen.

Die Bundesrepublik Deutschland hat – beginnend mit diesem Ereignis – in den darauf folgenden Jahren entsprechende Konsequenzen im Außenwirtschafts- und Kriegswaffenkontrollrecht und in der Regelung der Zusammenarbeit der verschiedenen mit der Exportkontrolle befassten Behörden gezogen.

So wichtig Prävention in diesem Bereich auch ist, so darf sie nicht ausufern und muss sich insbesondere in den von den Grundrechten gesetzten Grenzen bewegen. Das BVerfG hat im Bereich der Datenerfassung, -verarbeitung und -übermittlung Grenzen gesetzt. Dies gilt insbesondere für entsprechende Vorgänge in der Telekommunikationsüberwachung.

Der Einzeleingriff nach nationalem und supranationalem Recht ist keine verdeckte, mit dem Makel der Heimlichkeit behaftete staatliche Maßnahme, von der der Betroffene erst im Nachhinein hört; er kann gegen den Erlass des Einzeleingriffs nach § 2 Abs. 2 AWG im Wege der Klage vor dem VG vorgehen. Anders als bei der präventiven Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung besteht beim Einzeleingriff auch nicht die Gefahr, dass der Einzeleingriff in den Kernbereich privater Lebensgestaltung des Betroffenen eindringt, denn Gegenstand des Einzeleingriffs ist die Ausföhrftätigkeit des Betroffenen und nicht sein Privatleben. Überdies wird sich der Einzeleingriff i.d.R. gegen das Unternehmen und nicht gegen eine natürliche Person richten.

Der Begriff „Gefahr einer erheblichen Störung für die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland“ ist – soweit es um seine Verwendung im § 7 Abs. 1 und damit auch für den Einzeleingriff nach § 2 Abs. 2 AWG geht – verfassungsgemäß, denn er ist in hinreichendem Maße bestimmt i.S.d. verfassungsmäßigen Grundsatzes der Bestimmtheit, der aus dem Rechtsstaatsprinzip

erwächst. Eine Gefahr i.d.S. liegt nämlich immer dann vor, wenn die BReg ohne einen entsprechenden Einzeleingriff ihre durch die Nichtverbreitungsverträge/Konventionen und Nichtverbreitungsregime bestehenden Verpflichtungen verletzen würde. Die Übertragung und Verwendung des Begriffes im Straftatbestand des § 34 Abs. 2 AWG bzw. § 19 Abs. 2 Nr. 2c KWKG hingegen ist unsinnig. Denn der BReg kann nicht aus dem kriminellen Fehlverhalten eines ihrer Staatsbürger zu Recht der Vorwurf der Vertragsverletzung gemacht werden, selbst wenn dies gelegentlich – zu Unrecht – geschieht. Vorwürfe dieser Art können von der BReg leicht entkräftet werden, sodass keinesfalls die Gefahr einer erheblichen Störung für die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland entstehen kann.

Die Neuregelung der präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung ist nach Regelung des Kernbereichsschutzes und ausführlicher Regelung der Verwendung der erlangten personenbezogene Daten zu anderen Zwecken als der Verhinderung und Verfolgung von außenwirtschaftsrechtlichen (Straf-) Taten grundsätzlich verfassungsgemäß.

Um dem Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung noch besser Rechnung tragen zu können, sollte § 23a Abs.4a ZFdG um den neuen Satz 2 ergänzt werden, dass die Telekommunikationsüberwachung privater Festnetzanschlüsse von natürlichen Personen nur dann zulässig ist, wenn aufgrund von Tatsachen feststeht, dass der private Festnetzanschluss auch zu geschäftlicher Telekommunikation benutzt wird. Sofern künftig technische Vorkehrungen entwickelt werden, die – z.B. durch eine Vorab-Selektierung von Daten – die Verletzung des Kernbereichs von vornherein ausschließen, so sind diese Vorkehrungen einzusetzen. Es muss auf jede Weise versucht werden, den Kernbereich schon vor seiner ersten Stufe zu schützen, sodass ein Schutz auf der zweiten Stufe (Verwertungsverbot) entbehrlich ist. Die Unterrichtsregelung (§ 23c Abs. 4 Satz 3 ZFdG) sollte geändert und der Formulierung in den anderen Bundesgesetzen, die eine Telekommunikationsüberwachung erlauben (StPO, G-10, BKAG), angepasst werden.

Wie die Neufassung der EG-Dual-use-VO in Art. 6 zeigt, kann und muss das Instrumentarium der Bekämpfung der Proliferation weiterentwickelt und möglichst auf eine supranationale und internationale Basis gestellt werden, damit entsprechende Anstrengungen zur Bekämpfung der Proliferation nicht nur von einigen wenigen Mitgliedern der Staatengemeinschaft unternommen werden – wie insbesondere von der Bundesrepublik Deutschland –, sondern von möglichst vielen Staaten. Nur dann kann die Bekämpfung der Proliferation effektiv sein.

II. Schlussbemerkung

1. Bewährung der präventiven Maßnahmen

Die präventiven Maßnahmen haben sich – so nicht nur meine Einschätzung – bewährt. Zu einem Skandal wie dem Fall Rabta/Libyen ist es nicht mehr gekommen, wenngleich es nach wie vor Fälle ungenehmigter Ausfuhr gegeben hat und wohl auch geben wird. Insbesondere die präventive Telekommunikations-, Brief- und Postüberwachung ist – wie der Bundesbeauftragte für den Datenschutz einmal konstatiert hat – „mit Augenmaß“ angewendet worden. Von einem „Marsch in den Überwachungsstaat“, wie es ein Kritiker dieser Maßnahme vor Jahren formuliert hat, kann nicht die Rede sein. Aber man sollte künftig mehr auf andere Mittel und Maßnahmen wie eine verbesserte Risikoanalyse, intensivere Außenwirtschaftsprüfungen und eine verstärkte Zusammenarbeit der Zollverwaltungen der Europäischen Union auch auf dem Gebiet der Proliferationsbekämpfung setzen

2. Ausblick

Betrachtet man die sicherheitspolitische Entwicklung in den vergangenen fünfzehn Jahren, so gewinnt man den Eindruck, dass alle Maßnahmen, die Verbreitung von Massenvernichtungswaffen und konventionellen Waffen einzudämmen, nicht den Erfolg gehabt haben, der im Interesse des Völkerfriedens notwendig gewesen wäre. Das Irak-Embargo hat der Bevölkerung nur Elend gebracht und den Regierenden nicht geschadet, zudem einen dritten Golfkrieg nicht verhindert. Pakistan ist trotz aller Bemühungen als erster islamischer Staat im Besitz von Atomwaffen. Mehrmals standen die beiden Atomwaffenstaaten Pakistan und Indien kurz vor einem – weiteren – Krieg, der diesmal mit Atomwaffen hätte ausgefochten werden können. Der Iran steht mit seinem Programm der Anreicherung von Uran davor, Atomwaffen selbst herstellen zu können; wann das der Fall sein wird, darüber streiten sich die Experten. Das völlig unberechenbare Regime in Nordkorea rüstet mal ab, mal wieder auf, lässt IAEA-Inspektoren zu oder verweigert ihnen den Zugang zu atomaren Anlagen. Der Israel-Palästina-Konflikt schwelt weiter und lodert manchmal hell auf. In Schwarzafrika löst ein Bürgerkrieg den anderen ab, oder es finden zur selben Zeit sogar mehrere (Bürger-)Kriege statt.

Einziger Lichtblick scheint Libyen zu sein. Das Teil-Embargo hat Libyen unter Druck gesetzt. Die Attentäter von Lockerbie – zwei libysche Geheimagenten – sind vor ein Gericht in den Niederlanden – besetzt mit schottischen Richtern! – gestellt worden; einer von ihnen ist rechtskräftig verurteilt worden, und Libyen hat den Angehörigen der Opfer hohe Entschädigungen gezahlt. Der Bau einer

zweiten unterirdischen Giftgasfabrik in Libyen ist verhindert worden. Mit dem Aufbringen des Containerschiffes „BBC China“ im Jahre 2003 sind auch die Atomwaffenpläne Libyens, das bereits im Jahre 1975 dem NVV beigetreten war⁷⁶⁸, offenbar geworden und konnten verhindert werden. Libyen hat am 19.12.2003 zugegeben, „mit der Entwicklung undecklierter nuklearer Fähigkeiten befasst gewesen zu sein“, hat in einem Schreiben vom 20.12.2003 den Generaldirektor der IAEA von seiner Entscheidung unterrichtet, die Anlagen zur Herstellung von Uran unter Aufsicht der IAEA demontieren lassen, und hat mit der IAEA das Safeguards Agreement sowie das Zusatzprotokoll geschlossen⁷⁶⁹. Libyen hat ferner die Entwicklung und Herstellung von chemischen Kampfstoffen zugegeben und ist im Jahre 2004 dem Chemiewaffenübereinkommen⁷⁷⁰ beigetreten. Bereits hergestellte Chemiewaffen wurden deklariert und vernichtet. An der VII. Europa-Mittelmeer-Konferenz der Außenminister im Jahre 2004 hat erstmals auch Libyen teilgenommen. Damit ist Libyen – wie man sagt – in den Kreis der Völkergemeinschaft zurückgekehrt. Doch Libyen ist nach wie vor keine Demokratie nach westlichem Muster, und die Menschenrechte zählen wenig ...

Die Bilanz ist also nicht sehr positiv. Aber was wäre die Alternative? Die Hände in den Schoß legen und den Dingen ihren Lauf lassen? Ich glaube, dann wäre alles noch schlimmer geworden. So bleibt nur die Hoffnung, dass ein ständiges Bemühen, Proliferation zu erkennen und zu verhindern, auch andere Staaten entmutigt, nach Massenvernichtungswaffen zu streben.

768 Durch Hinterlegung der Beitrittsurkunden in London, Washington und Moskau am 26.5.1975 – Bekanntmachung über das Inkrafttreten des Vertrages über die Nichtverbreitung von Kernwaffen vom 22.3.1976 – BGBl. 1976 II, 552 ff. (553).

769 SIPRI Yearbook 2005: Armaments, Disarmament and International Security, Chapter 14: Libya's renunciation of nuclear, biological and chemical weapons and ballistic missiles (by John Hart and Shannon N. Kile); IAEA-Report GOV/2003/82 from December, 22., 2003; IAEA-Report GOV/2008/39 from 12.9.2008.

770 Beitritt Libyens zum CWÜ mit Wirkung vom 5.2.2004 – Bekanntmachung über den Geltungsbereich des Chemiewaffenübereinkommens vom 9.2.2004 – BGBl. II, S. 357.

Anhang: Dokumentation auf CD-ROM

Verzeichnis der Dokumente

- Essay: The German Problem, by William Safire, The New York Times, 2.2.1989
- Bericht der Bundesregierung an den Deutschen Bundestag über eine mögliche Beteiligung deutscher Firmen an einer C-Waffen-Produktion in Libyen – BT-Drs: 11/3995 vom 15.2.1989
- Plenarprotokoll 11/126 vom 17.2.1989 (u.a. Abgabe einer Erklärung der Bundesregierung zu einer möglichen Beteiligung deutscher Firmen an einer C-Waffen-Produktion in Libyen und Beratung der Unterrichtung durch die Bundesregierung)
- Artikel im Magazin „Der Spiegel“ vom 16.1.1989 „Gasfabrik: Die Beweise liegen vor“ (zugleich Spiegel-Titel)
- Artikel im Magazin „Der Spiegel“ vom 15.5.1989 „Maßgeblich beteiligt – Überraschung in der Giftgasaffäre: Jürgen Hippenstiel, Mitinhaber der Imhausen-Chemie wurde verhaftet“
- Artikel im Magazin „Der Spiegel“ vom 11.6.1990 „Affären – Vier Wochen Vorsprung – Bislang unbekannte Papiere belegen: Bonn hat die Ermittlungen gegen die Erbauer von Gaddafis Giftgasfabrik erschwert. Der wichtigste Tip wurde verschlampt.“
- Artikel im Magazin „Der Spiegel“ vom 18.6.1990 „Affären – Steinig und sandig – Jürgen Hippenstiel-Imhausen, der Lieferant der Giftgasfabrik von Rabita⁷⁷¹, belastet vor Gericht Mitwisser aus dem Salzgitter-Konzern“
- Artikel im Magazin „Der Spiegel“ vom 2.7.1990 „24 Grad nördlicher Breite – Der Bau der Giftgasfabrik in Rabita wird zur Affäre des ehemaligen Staatskonzerns Salzgitter AG“
- Urteil des LG Mannheim vom 27.6.1990 – (23) 6 KLS 17/90
- Urteil des BGH vom 20.8.1992 – 1 StR 229/92

771 Das Magazin „Der Spiegel“ bezeichnet den Ort nicht – wie allgemein üblich – als „Rabita“ sondern als „Rabita“.

- Urteil des LG Stuttgart vom 30.3.1995 – 8 KLS 100/93 (auszugsweise)
- Urteil des LG Stuttgart vom 1.10.1996 – 8 KLS 47/96
- Urteil des LG Stuttgart vom 26.6.2001 – 6 KLS 144 Js 43314/94
- Urteil des VG Köln vom 13.6.1996 – 1 K 1102/93
- Urteil des VG Köln vom 11.11.1999 – 1 K 6937/96

Die Wiedergabe der Artikel aus dem Magazin „Der Spiegel“ erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Magazins „Der Spiegel“. Die BT-Drucksache 11/3995 vom 15.2.1989 sowie das BT-Protokoll 11/126 vom 17.2.1989 sind nach Auskunft des Bundesanzeiger-Verlages gemeinfrei.