



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 28 August 2015

**in den Verfassungsbeschwerdeverfahren Rechtsanwalt Baum u. a. gegen das
BKA-Gesetz**

**1 BvR 966/09
1 BvR 1140/09**

Mitglieder des Verfassungsrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Christian Kirchberg, Vorsitzender
RA Dr. Christian-Dietrich Bracher
RAuN Prof. Dr. Wolfgang Kuhla
RA Prof. Dr. Christofer Lenz
RA Dr. Michael Moeskes
RA Prof. Dr. Michael Quaas
RA Dr. iur. h.c. Gerhard Strate (Berichterstatter)
RA und Notar Prof. Dr. Bernhard Stür
RA Prof. Dr. Michael Uechtritz

RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 163.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

I. Vorbemerkung

Den vorliegenden Verfahren des Bundesverfassungsgerichts – 1 BvR 966/09 und 1 BvR 1140/09 – liegen zwei umfangreiche Verfassungsbeschwerden gegen das Bundeskriminalamtgesetz (BKAG) in der Fassung vom 31. Dezember 2008¹ zugrunde. Die Beschwerdeführer – in dem einen Falle zwei Rechtsanwälte, zwei Journalisten, ein Arzt sowie ein Psychotherapeut, in dem anderen Falle neun Bundestagsabgeordnete unterschiedlichen Berufs – wenden sich vor allem gegen präventive Eingriffsbefugnisse, die das Gesetz dem Bundeskriminalamt im Rahmen einer durch § 4a BKAG („Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus“) vollzogenen Aufgabenerweiterung zuerkennt (§§ 20b – 20w BKAG).

Mit Schreiben des Vorsitzenden des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Juni 2015 an den Präsidenten der Bundesrechtsanwaltskammer – bei diesem eingegangen am 16. Juni 2015 – wurde eine Terminladung übersandt, verbunden mit dem Hinweis:

„Der Senat beabsichtigt, ein sachkundiges Mitglied Ihrer Vereinigung zum unter dem BKA-Gesetz unterschiedlich ausgestalteten Schutz von Strafverteidigern einerseits sowie sonstigen Anwälten andererseits zu befragen (vgl. § 20u BKAG).“

Entsprechend dieser Vorgabe befasst sich die hier vorgelegte Stellungnahme² allein mit der dem „Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Personen“ – so die für § 20u BKAG gewählte Überschrift. Reflektiert wird natürlich die Einbettung dieser Vorschrift in den Katalog der in den §§ 20a ff. BKAG geregelten Eingriffsbefugnisse und der dem Bundeskriminalamt neu zugewiesenen Aufgabe der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus sowie der Verhütung von Straftaten terroristischer Vereinigungen gemäß § 129a Abs. 1 und Abs. 2 StGB.

¹ BGBl 2008, S. 3083 ff.

² Diese beruht auf den mündlichen Ausführungen von RA Dr. h.c. Strate im Verhandlungstermin am 07.07.2015.

II. Verfassungsrechtliche Beurteilung des § 20u BKAG

1. Wortlaut der Vorschrift und parallele strafrechtliche und polizeirechtliche Regelungen

§ 20u BKAG bestimmt:

(1) Maßnahmen nach diesem Unterabschnitt, die sich gegen eine in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 oder Nr. 4 der Strafprozessordnung genannte Person richten und voraussichtlich Erkenntnisse erbringen würden, über die diese Person das Zeugnis verweigern dürfte, sind unzulässig. § 20c Abs. 3 bleibt unberührt. Dennoch erlangte Erkenntnisse dürfen nicht verwertet werden. Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen. Die Tatsache ihrer Erlangung und Löschung ist zu dokumentieren. Die Sätze 2 bis 4 gelten entsprechend, wenn durch eine Maßnahme, die sich nicht gegen eine in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 oder Nr. 4 der Strafprozessordnung genannte Person richtet, von einer dort genannten Person Erkenntnisse erlangt werden, über die sie das Zeugnis verweigern dürfte.

(2) Soweit durch eine Maßnahme eine in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 3b oder Nr. 5 der Strafprozessordnung genannte Person betroffen wäre und dadurch voraussichtlich Erkenntnisse erlangt würden, über die diese Person das Zeugnis verweigern dürfte, ist dies im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit unter Würdigung des öffentlichen Interesses an den von dieser Person wahrgenommenen Aufgaben und des Interesses an der Geheimhaltung der dieser Person anvertrauten oder bekannt gewordenen Tatsachen besonders zu berücksichtigen. Soweit hiernach geboten, ist die Maßnahme zu unterlassen oder, soweit dies nach der Art der Maßnahme möglich ist, zu beschränken.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend, soweit die in § 53a der Strafprozessordnung Genannten das Zeugnis verweigern dürften.

(4) Die Absätze 1 bis 3 gelten nicht, sofern Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die zeugnisverweigerungsberechtigte Person für die Gefahr verantwortlich ist.

Die Vorschrift statuiert ein absolutes Erhebungsverbot zur Gewinnung von Erkenntnissen aus dem Wirkungsbereich von Geistlichen (§ 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO), von Verteidigern (§ 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO) und Abgeordneten des Bundestages sowie der Landesparlamente (§ 53 Abs. 1 Nr. 4 StPO). Sollten trotz des Verbots derartige Erkenntnisse durch Eingriffsmaßnahmen gewonnen worden sein, dürfen diese jedenfalls nicht verwertet werden. Dem absoluten Erhebungs- und Verwertungsverbot unterliegen demgegenüber nicht Erkenntnisse, die durch Eingriffsmaßnahmen gegenüber den Angehörigen der in § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO genannten Berufe – also Rechtsanwälte, Patentanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer, Steuerberater und Steuerbevollmächtigte, Ärzte, Zahnärzte, Psychologische Psychotherapeuten, Apotheker und Hebammen – sowie gegenüber den Mitarbeitern der in § 53 Abs. 1 Nrn. 3a, 3b StPO genannten Stellen und gegenüber den gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO tätigen Personen (vor allem Journalisten) gewonnen wurden oder voraussichtlich gewonnen werden. Für diese Personengruppen gilt trotz eines ihnen zustehenden Zeugnisverweigerungsrechts kein Erhebungs- oder auch nur ein Verwertungsverbot. Ihr Status als potentiell Zeugnisverweigerungsberechtigte und der Charakter der bei ihnen zu gewinnenden oder gewonnenen Informationen als grundsätz-

lich geheimnisgeschützt ist lediglich im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung „besonders zu berücksichtigen“, wobei die gemäß § 20u Abs. 2 BKAG erforderliche Bestimmung der Grenzen der Datenerhebung bei den gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 3, 3a und 5 StPO Zeugnisverweigerungsberechtigten *grundsätzlich durch die Behörde erfolgt*, die die Daten erhebt. Lediglich dann, wenn die Datenerhebung durch den Richter angeordnet wird oder diese durch ihn spätestens drei Tage nach Beginn der heimlichen Datenerhebung zu bestätigen ist

- das ist dann der Fall, wenn es um „besondere Mittel der Datenerhebung“ (§ 20g BKAG: also längerfristige Observation, optische und akustische Beobachtung außerhalb von Wohnungen und deren Aufzeichnung), den „Einsatz technischer Mittel in oder aus Wohnungen“ (§20h BKAG: also das Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes in oder aus Wohnungen sowie die Anfertigung von Lichtbildern und Bildaufzeichnungen in oder aus Wohnungen), der Überwachung der Telekommunikation (§ 20l BKAG) und der Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten und -nutzungsdaten (§ 20m BKAG) geht –,

kann der Richter sich „im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit“ die „besondere Berücksichtigung“ der diesem Kreis von Berufsgeheimnisträgern anvertrauten Informationen angelegen sein lassen. Gleiches gilt bei der entweder nach maximal einem Monat (so bei den Eingriffsmaßnahmen nach §§ 20 g, 20h BKAG) oder maximal drei Monaten (so bei den Eingriffsmaßnahmen nach §§ 20l und 20m BKAG) erfolgenden Entscheidung über die Fortdauer des Informationseingriffs.

Die Vorschrift des § 20u BKAG entspricht fast wörtlich der vom 1. Januar 2008 bis zum 31. Januar 2011 gültigen Fassung des für Maßnahmen der Strafverfolgung geschaffenen § 160a StPO, der folgenden Wortlaut hatte:

(1) Eine Ermittlungsmaßnahme, die sich gegen eine in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 oder Nr. 4 genannte Person richtet und voraussichtlich Erkenntnisse erbringen würde, über die diese Person das Zeugnis verweigern dürfte, ist unzulässig. Dennoch erlangte Erkenntnisse dürfen nicht verwendet werden. Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen. Die Tatsache ihrer Erlangung und der Löschung der Aufzeichnungen ist aktenkundig zu machen. Die Sätze 2 bis 4 gelten entsprechend, wenn durch eine Ermittlungsmaßnahme, die sich nicht gegen eine in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 oder Nr. 4 genannte Person richtet, von einer dort genannten Person Erkenntnisse erlangt werden, über die sie das Zeugnis verweigern dürfte.

(2) Soweit durch eine Ermittlungsmaßnahme eine in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 3b oder Nr. 5 genannte Person betroffen wäre und dadurch voraussichtlich Erkenntnisse erlangt würden, über die diese Person das Zeugnis verweigern dürfte, ist dies im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit besonders zu berücksichtigen; betrifft das Verfahren keine Straftat von erheblicher Bedeutung, ist in der Regel nicht von einem Überwiegen des Strafverfolgungsinteresses auszugehen. Soweit geboten, ist die Maßnahme zu unterlassen oder, soweit dies nach der Art der Maßnahme möglich ist, zu beschränken. Für die Verwertung von Erkenntnissen zu Beweis Zwecken gilt Satz 1 entsprechend.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind entsprechend anzuwenden, soweit die in § 53a Genannten das Zeugnis verweigern dürften.

(4) Die Absätze 1 bis 3 sind nicht anzuwenden, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass die zeugnisverweigerungsberechtigte Person an der Tat oder an einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei beteiligt ist. Ist die Tat nur auf Antrag oder nur mit Ermächtigung verfolgbar, ist Satz 1 in den Fällen des § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 anzuwenden, sobald und soweit der Strafantrag gestellt oder die Ermächtigung erteilt ist.

Mit dem Gesetz zur Stärkung des Schutzes von Vertrauensverhältnissen zu Rechtsanwälten im Strafprozessrecht vom 22. Dezember 2010³ wurde der absolute Schutz des § 160a Abs. 1 StPO vor strafprozessualen Beweiserhebungs- und Verwertungsmaßnahmen auf Rechtsanwälte (einschließlich der niedergelassenen oder dienstleistenden europäischen Rechtsanwälte) sowie der nach § 206 BRAO in eine Rechtsanwaltskammer aufgenommene Personen sowie Kammerrechtsbeistände (§ 209 BRAO) erstreckt. § 160a Abs. 1 StPO hat nunmehr den folgenden Wortlaut:

(1) Eine Ermittlungsmaßnahme, die sich gegen eine in § 53 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, 2 oder Nummer 4 genannte Person, einen Rechtsanwalt, eine nach § 206 der Bundesrechtsanwaltsordnung in eine Rechtsanwaltskammer aufgenommene Person oder einen Kammerrechtsbeistand richtet und voraussichtlich Erkenntnisse erbringen würde, über die diese das Zeugnis verweigern dürfte, ist unzulässig. Dennoch erlangte Erkenntnisse dürfen nicht verwendet werden. Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen. Die Tatsache ihrer Erlangung und der Löschung der Aufzeichnungen ist aktenkundig zu machen. Die Sätze 2 bis 4 gelten entsprechend, wenn durch eine Ermittlungsmaßnahme, die sich nicht gegen eine in Satz 1 in Bezug genommene Person richtet, von dieser Person Erkenntnisse erlangt werden, über die sie das Zeugnis verweigern dürfte.

§ 20u BKAG sowie der ähnlich strukturierte § 23a Abs. 5 des Zollfahndungsdienstgesetzes (ZFdG) blieben jedoch unverändert und sehen weiterhin kein absolutes Erhebungs- und Verwertungsverbot bei Eingriffsmaßnahmen gegenüber Rechtsanwälten vor. Demgegenüber hatte der Bundesrat in seiner 871. Sitzung am 4. Juni 2010 beschlossen, zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Schutzes von Vertrauensverhältnissen zu Rechtsanwälten im Strafprozessrecht wie folgt Stellung zu nehmen:

„Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens auch in § 20u des Bundeskriminalamtgesetzes (BKAG) die entsprechende Differenzierung zwischen Verteidigern und Rechtsanwälten, einschließlich der ihnen gleichgestellten sonstigen Mitglieder einer Rechtsanwaltskammer, zu beseitigen.

B e g r ü n d u n g

§ 20u BKAG enthält eine dem bisherigen § 160a StPO vergleichbare Regelung, wonach der absolute Schutz vor polizeilichen Gefahrenabwehrmaßnahmen nach dem Unterabschnitt 3a des Bundeskriminalamtgesetzes nur Geistlichen, Verteidigern und Abgeordneten zuteil wird, während für die übrigen Berufsheimnisträger nur ein relativer Schutz gilt. Im BKAG macht jedoch eine Differenzierung zwischen Verteidigern und (sonstigen) Rechtsanwälten noch we-

³ BGBl I, S. 2261.

niger Sinn, weil es im präventiven Bereich noch keine Straftat und dementsprechend in der Regel noch keinen Verteidiger gibt. Vielmehr ist dort jeder Rechtsanwalt potentieller Verteidiger, weil er später von seinem Mandanten zum Verteidiger berufen werden kann.⁴

In ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates erklärte die Bundesregierung:

*Die Bundesregierung wird den Vorschlag des Bundesrates im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen.*⁵

Ob die versprochene Prüfung tatsächlich erfolgt ist und, wenn ja, mit welchem Ergebnis, ist unbekannt. § 20u BKAG hat weiterhin die seit dem 1. Januar 2009 geltende Fassung.

2. Systematische Stellung des § 20u BKAG innerhalb des Bundeskriminalamtgesetzes

Ähnlich wie § 160a StPO⁶ ist § 20u BKAG keine eigenständige Ermächtigungsgrundlage für einen Grundrechtseingriff, sondern zieht für einen kleinen Kreis von Geheimnisträgern (Geistliche, Verteidiger und Abgeordnete) eine absolute Grenze in Form eines Beweiserhebungs- und -verwertungsverbots und regelt zugleich, dass für die Berufsgeheimnisträger, denen § 53 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 3, 3a und 5 StPO im Strafprozess ein Zeugnisverweigerungsrecht zuerkennt, eine derartige Grenze und ein solches Verbot nicht gilt. Die Norm stellt sich somit als eine den Umfang der jeweiligen Ermittlungsbefugnisse regelnde Komplementärbestimmung dar, die wie eine Eingriffsnorm zu beurteilen ist⁷. Dies ist näher zu beleuchten:

3. § 20u BKAG als Eingriffsnorm gegen Berufsgeheimnisträger

Die in § 20u BKAG vorgenommene Differenzierung zwischen Verteidigern, die weder zielgerichtet (§ 20u Abs. 1 Satz 1 BKAG) noch en passant (§ 20 Abs. 1 S. 6 BKAG) Objekt präventiver staatlicher Ausforschung werden dürfen, und Rechtsanwälten (sowie anderer Berufsgeheimnisträger), die eine ebensolche Ausforschung grundsätzlich hinnehmen müssen und nur nach Maßgabe einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ihre Berufsgeheimnisse geschützt sehen dürfen (§ 20u Abs. 2 BKAG), ist irreführend⁸.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es den „Beruf“ des Strafverteidigers nicht gibt. Verteidigung bezeichnet die *Funktion* einer Person, derer sich der Beschuldigte in einem Strafverfahren als *Beistand* bedient (vgl. § 137 StPO). Als Verteidiger können auftreten Rechtsanwälte und Rechtslehrer an

⁴ BT-Drucks. 17/2637, S. 10.

⁵ BT-Drucks. 17/2637, S. 11.

⁶ Hierzu BVerfG in NVwZ 2009, 103, 107

⁷ BVerfG a.a.O. (zu § 160a StPO).

⁸ Die durch § 20u BKAG bei Eingriffsmaßnahmen – über die Rechtsanwälte hinaus – ebenfalls potentiell um ihren Geheimnisschutz gebrachten weiteren Berufsgruppen sind im Hinblick auf die begrenzte Fragestellung unserer Ladung hier nicht Gegenstand der Betrachtung.

deutschen Hochschulen (§ 138 Abs. 1 StPO) oder andere Personen mit Genehmigung des Gerichts (§ 138 Abs. 2 Satz 1 StPO).

Der Beschuldigte kann sich in jeder Lage des Verfahrens eines Verteidigers bedienen (§ 137 Satz 1 StPO). Die Einleitung und das Bestehen eines *Verfahrens* ist Voraussetzung, damit die Funktion der Verteidigung überhaupt eingenommen und ausgefüllt werden kann. Die Gefahrenabwehr gemäß der in § 4a BKAG beschriebenen neuen Aufgabenstellung des Bundeskriminalamts betrifft aber gerade Beobachtungsfelder, die sich noch nicht zu einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren verdichtet haben, in denen also eine Verteidigung gar nicht stattfindet. § 20u Abs. 1 Satz 1 BKAG läuft also, sofern hier mit dem Verweis auf § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BKAG eine Privilegierung von Verteidigung suggeriert wird, von vornherein ins Leere.

Tatsächlich gibt es eine solche "Verteidigung" auf Seiten der für eine Gefahr Verantwortlichen – zumal der vom internationalen Terrorismus herrührenden Gefahren im Sinne des § 4a Abs. 1 Satz 1 BKAG – *nicht*. Gleiches gilt für die „Verteidigung“ von Personen, die Straftaten im Sinne des § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG begehen *könnten*, diese aber noch nicht begangen haben (und möglicherweise auch nicht begehen werden, da die *Verhütung* derartiger Straftaten zu den dem Bundeskriminalamt in dieser Vorschrift zugewiesenen Aufgaben gehört). Der Regelungsgehalt des § 20u BKAG reduziert sich damit auf die Zuerkennung eines Beweiserhebungs- und -verwertungsverbots zugunsten von Geistlichen und Abgeordneten. Für die übrigen Berufsheimlichkeitsbesitzer – hier: die Rechtsanwälte – schrumpft der ihnen bislang als statusbildend zuerkannte Geheimnisschutz auf das Maß einer Quantité négligeable. Im Einzelnen:

4. Unanwendbarkeit des § 20u BKAG im Falle einer (Mit-)Verantwortlichkeit des Geheimnissträgers für die Gefahr

Der Sinn des § 20u BKAG erschließt sich in seinem Absatz 4:

„Die Absätze 1 und 2 gelten nicht, sofern Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die zeugnisverweigerungsberechtigte Person für die Gefahr verantwortlich ist.“

Dieser Vorschrift entspricht im Strafprozess § 160a Abs. 4 StPO:

„Die Absätze 1 bis 3 sind nicht anzuwenden, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass die zeugnisverweigerungsberechtigte Person an der Tat oder an einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei beteiligt ist.“

§ 20u Abs. 4 BKAG wird in den Gesetzesmaterialien als „Verstrickungsregelung“ bezeichnet⁹. Sie stellt klar, dass – ebenso wie im Falle des an einer Straftat beteiligten Rechtsanwalts und Verteidigers – jeglicher Geheimnisschutz für die zeugnisverweigerungsberechtigte Person entfällt, wenn sie selbst an der Herbeiführung der Gefahr mitwirkt, sofern Tatsachen eine solche „Annahme“ rechtfertigen.

⁹ BT-Drucksache 16/10121, S. 35, 36.

Dies bedeutet, dass ein etwaiger Schutzbereich des § 20u BKAG nur für solche Berufsgeheimnisträger gilt, die in das Gefahrenmilieu *nicht verstrickt* sind, ihre Beiträge hierzu *undolos*¹⁰ leisten. Dies eröffnet den Blick auf die *Zweiteilung* des Adressatenkreises, die von den Eingriffsmaßnahmen der §§ 20b ff. BKAG zur Verhütung von Straftaten im Sinne des § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG betroffen sein können. § 20b Abs. 1 und 2 BKAG haben den folgenden Wortlaut:

(1) Das Bundeskriminalamt kann, sofern in diesem Unterabschnitt nichts anderes bestimmt ist, personenbezogene Daten erheben, soweit dies zur Erfüllung der ihm nach § 4a Abs. 1 obliegenden Aufgabe erforderlich ist.

(2) Zur Verhütung von Straftaten gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2 ist eine Erhebung personenbezogener Daten nur zulässig, soweit Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass

1. die Person eine Straftat gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2 begehen will und die erhobenen Daten zur Verhütung dieser Straftat erforderlich sind oder

2. die Person mit einer Person nach Nummer 1 nicht nur flüchtig oder in zufälligem Kontakt in Verbindung steht und

a) von der Vorbereitung einer Straftat gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2 Kenntnis hat,

b) aus der Verwertung der Tat Vorteile ziehen oder

c) die Person nach Nummer 1 sich ihrer zur Begehung der Straftat bedienen könnte (Kontakt- und Begleitperson) und die Verhütung dieser Straftaten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

In dieser Vorschrift sind zwei Personengruppen angesprochen: Auf der einen Seite die für eine zu verhütende Straftat im Sinne des § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG wahrscheinlich verantwortliche Person (§ 20b Abs. 2 Nr. 1 BKAG) und die mit ihr wahrscheinlich kollusiv zusammenarbeitenden Personen (§ 20b Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a und b BKAG) sowie auf der anderen Seite die in die Vorbereitung einer Straftat nach § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG nicht eingeweihte „Kontakt- und Begleitperson“, derer sich die für die Vorbereitung der fraglichen Straftat verantwortliche Person zur Begehung der Straftat „bedienen könnte“ (§ 20b Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c BKAG). Hierbei bekräftigt die Differenzierung zwischen der Person, die „mit einer Person nach Nummer 1 nicht nur flüchtig oder in zufälligem Kontakt in Verbindung steht und ... von der Vorbereitung einer Straftat gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2 **Kenntnis** hat“ (§ 20b Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a BKAG – unsere Hervorhebung) und der Person, derer sich „die Person nach Nummer 1 ... zur Begehung der Straftat bedienen könnte (Kontakt- und Begleitperson)“ (§ 20b Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c BKAG), dass die Kontakt- und Begleitperson sich von übrigen involvierten Mitwissern (§ 20b Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a BKAG) und Nutznießern (§ 20b Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b BKAG) der in der

¹⁰ Die hier in Rede stehenden Vorschriften des BKAG betreffen Gefahren, die, wenn sie sich verwirklichen, schwere Straftaten darstellen; sie sind dennoch solche des Polizeirechts, weshalb die Benutzung des Begriffs „undolos“ hier und im Folgenden keinen strafrechtlichen Gehalt hat, sondern allein der Abkürzung des Textes dient; gemeint ist: „ohne Kenntnis der tatsächlichen Einbindung in eine dem internationalen Terrorismus zuzuordnende Gefahrenquelle (§ 4a Abs. 1 BKAG)“.

Planung einer Straftat nach § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG begriffenen Person gerade durch ihre **Unkenntnis** der ins Auge gefassten künftigen Straftaten (im Sinne des § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG) unterscheidet.

Im Hinblick auf künftige terroristische Gefahrenlagen kennt das BKAG somit die künftigen Täter mitsamt ihren Mitwissern und Nutznießern einerseits¹¹ und die Kontakt- und Begleitpersonen andererseits.

In den Gesetzesmaterialien heißt es hierzu:

*„Durch die Regelungen der Nummern 1 und 2 (des § 20b BKAG) wird der Personenkreis, über den personenbezogene Daten zum Zwecke der Verhütung von Straftaten erhoben werden dürfen, **abschließend definiert**.“¹²*

Diese abschließende Definition des Adressatenkreises der in den §§ 20b ff. BKAG vorgesehenen Eingriffsbefugnisse hat unmittelbar Konsequenzen für die Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Rolle die in § 20u Abs. 2 BKAG genannten Berufsgeheimnisträger (hier: Rechtsanwälte) Zielpersonen von Eingriffsmaßnahmen werden können. Hierbei ergibt sich aus dem Gesetzestext –

*„Soweit durch eine **Maßnahme** eine in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 3b oder Nr. 5 der Strafprozessordnung genannte Person betroffen wäre, ...“ (§ 20u Abs. 2 BKAG)¹³ –,*

dass auch die in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 3b und Nr. 5 StPO genannten Berufsgeheimnisträger grundsätzlich Adressat der im Unterabschnitt 3a des BKAG normierten erheblichen Eingriffsbefugnisse („Maßnahmen“) sein können.

Die angebliche Schutznorm des § 20u Abs. 2 BKAG ist – wie gezeigt – allein anwendbar auf Berufsgeheimnisträger (hier: Rechtsanwälte), die undolos in das Gefahrenmilieu involviert sind. Der für die Eingriffsbefugnisse der §§ 20b ff. BKAG *abschließend* in § 20b Abs. 2 Nrn. 1 und 2 BKAG bestimmte Personenkreis (die wahrscheinlichen Täter und ihre kollusiv mitwirkenden Unterstützer einerseits sowie die uneingeweihten Kontakt- und Begleitpersonen andererseits) weist den in § 20u Abs. 2 BKAG gemeinten Berufsgeheimnisträgern (hier: den Rechtsanwälten) die Rolle von „Kontakt- und Begleitpersonen“ zu. Entgegen der Bezeichnung der Gesetzesnorm („Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Personen“) verschafft § 20u BKAG den in § 20u Abs. 2 BKAG genannten Berufsgeheimnisträgern (hier: Rechtsanwälten) keinen Schutz, sondern eröffnet umgekehrt dem Bundeskriminalamt weitreichende Eingriffsbefugnisse gegen ebendiese Berufsgeheimnisträger:

¹¹ Dass die Mitwisser und Nutznießer im Sinne von § 20b Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a und b BKAG neben der Person, die eine Straftat gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG begehen will (§ 20b Abs. 2 BKAG), als Eingriffsadressaten keine eigenständige Rolle spielen, sondern mit dieser Person unmittelbar in eins gesetzt werden, zeigt sich daran, dass sie in den Eingriffsbefugnissen der §§ 20g, 20h, 20i, 20k, 20l und 20m BKAG gar nicht mehr eigenständig vorkommen.

¹² BT-Drucksache 16/10121, S. 23 (unsere Hervorhebung).

¹³ Wobei mit der „Maßnahme“ dasselbe gemeint ist wie in § 20u Abs. 1 BKAG, nämlich „*Maßnahmen nach diesem Unterabschnitt*“.

Immer dann, wenn eine der in den §§ 20b ff. BKAG geregelten Eingriffsbefugnisse auch gegenüber Kontakt- und Begleitpersonen gilt, ist diese Eingriffsmaßnahme nach dem Konzept des BKAG gegenüber den in § 20u Abs. 2 BKAG genannten Berufsgeheimnisträgern (hier: den Rechtsanwälten) grundsätzlich zulässig. Das ist der Fall, wenn es um „besondere Mittel der Datenerhebung“ (vgl. § 20g Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BKAG), den „Einsatz technischer Mittel in oder aus Wohnungen“ (§ 20h Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c BKAG), die Überwachung der Telekommunikation (§ 20i Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BKAG)¹⁴ und die Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten und -nutzungsdaten (§ 20m Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BKAG) geht. Hierbei kann *unmittelbarer* Eingriffsadressat stets auch der als Kontakt- und Begleitperson auftretende undolose Berufsgeheimnisträger (hier: Rechtsanwalt) sein¹⁵.

5. Der Begriff der „Kontakt- und Begleitpersonen“

Das Begriffspaar der „Kontakt- und Begleitpersonen“ gehört nicht zu den Kategorien des herkömmlichen Polizeirechts. Zum ersten Mal tauchte es auf in den seit 1981 in Bund und Ländern weitgehend einheitlich praktizierten „Dateienrichtlinien“ (neben Zeugen, Hinweisgebern und Auskunftspersonen)¹⁶. Nach dem Volkszählungsurteil überarbeitete der Arbeitskreis II der Innenministerkonferenz den Musterentwurf für ein einheitliches Polizeigesetz und präsentierte 1986 den „Vorentwurf zur Änderung des Musterentwurfs eines einheitlichen Polizeigesetzes“ (VE MEPolG). § 8a Abs. 2 Nrn. 1 und 2 VE MEPolG ermächtigte in einer Generalklausel die Polizei – zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten – über Personen, bei denen Anhaltspunkte bestehen, dass sie künftige Straftaten begehen, und über deren Kontakt- und Begleitpersonen Daten zu heben¹⁷. Seither fand das Begriffspaar Eingang in die meisten Polizeigesetze der Länder, allerdings mit zum Teil unterschiedlicher Definition¹⁸. Auch die Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte bemühte sich um begriffliche Distinktionen¹⁹.

In einem Beschluss vom 25.4.2001 hat die 1. Kammer des Ersten Senats des BVerfG an der die Datenerhebung bei Kontakt- und Begleitpersonen regelnden Vorschrift des § 1 Abs. 6 des hamburgischen Gesetzes zur Datenerhebung bei der Polizei verfassungsrechtlich keinen Anstoß genommen; sie ist der Annahme des Beschwerde führenden Strafverteidigers, er könne als Kontakt- und Begleitperson im Sinne dieser Vorschrift eingestuft werden, mit dem Argument entgegengetreten:

„Die Betroffenheit des Beschwerdeführers zu 3 ergibt sich nicht aus seiner Tätigkeit als Strafverteidiger. Die vom Gesetz geforderte besondere Verbindung der Kontakt- und Begleitperson mit potentiellen Straftaten und Straftätern wird nicht allein dadurch hergestellt, dass ein

¹⁴ Die Vorschrift nennt zwar nicht ausdrücklich den Begriff der Kontakt- und Begleitperson, betrifft aber eine Kommunikationsform, für die auch eine undolose Kontaktperson eingespannt werden kann („Entgegennahme oder Weitergabe von Mitteilungen“).

¹⁵ Das versteht sich nach der polizeilichen Intention der Eingriffsmaßnahmen fast von selbst, ergibt sich aber auch aus einem Umkehrschluss aus § 20k Abs. 4 Satz 1 BKAG, in welchem ausnahmsweise der verdeckte Eingriff in informationstechnische Systeme (sog. Online-Durchsuchung) nur gegen den unmittelbar für die Gefahr Verantwortlichen gestattet wird.

¹⁶ *Riegel*, DVBl. 1987, 325, 329.

¹⁷ *Clages/Kniesel/Vahle*, Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes in der Fassung des Vorentwurfs zur Änderung des ME PolG, Heidelberg 1990, S. 5.

¹⁸ Hierzu die Darstellung bei *Rachor* in Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., S. 390 f., und bei *Shirvani*, VerwArch 2010, 86 ff.

¹⁹ SächsVerfGH, DVBl 1996, 1423, 1431; BbgVerfG, LKV 1999, 450, 458.

Rechtsanwalt seine Aufgabe der Strafverteidigung erfüllt und sich darauf beschränkt. Allerdings käme eine Datenerhebung bei einem Rechtsanwalt als Kontakt- und Begleitperson beispielsweise in Betracht, wenn er selbst in krimineller Weise in die Handlungen seines Mandanten verstrickt wäre. Dies kann etwa der Fall sein, wenn der Anwalt als Mitwisser in die Pläne der Hauptzielperson zur Vorbereitung, Durchführung oder der späteren Ertragssicherung von Straftaten im Sinne des § 1 Abs. 4 HbgGDVP ganz oder teilweise eingeweiht ist, deren Pläne aktiv unterstützt oder als Verbindungsperson handelt (vgl. BbgVerfG, LKV 1999, S. 450 [457 f.]). § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HbgGDVP erlaubt insofern die Datenerhebung im Hinblick auf ein Handeln, das nicht in Erfüllung der anwaltlichen Berufspflichten, wohl aber bei Gelegenheit rechtsanwaltlicher Tätigkeit stattfindet.

Bei der Entscheidung über die Frage, ob ein solcher Fall vorliegt, ist von der Polizei zu berücksichtigen, dass die Rechtsordnung grundsätzlich in den Rechtsanwalt Vertrauen setzt. Die Kennzeichnung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege spiegelt wider, dass die Rechtsordnung auf die vielfältigen Vermittlungsleistungen der Anwaltschaft angewiesen ist. Den besonderen rechtlichen Schutz des zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Mandanten bestehenden Vertrauensverhältnisses hat die Polizei bei der Auslegung und Anwendung der Normen zur Datenerhebung zu respektieren. Dementsprechend sind die Überwachungsbehörden beispielsweise gehindert, von einer Vermutung krimineller Kollusion auszugehen.²⁰

In seiner Senatsentscheidung vom 27.7.2005²¹ hat der Erste Senat des BVerfG im Hinblick auf die Verletzung des Bestimmtheitsgebots § 33a Abs. 1 Nr. 2 des Niedersächsischen SOG, der eine Telekommunikationsüberwachung bei Kontakt- und Begleitpersonen erlaubte, für verfassungswidrig erklärt. Es handele sich um eine Eingriffsmaßnahme in der Situation von Vorfeldermittlungen, die durch eine hohe Ambivalenz der potentiellen Bedeutung einzelner Verhaltensumstände geprägt sei:

„Die Indizien oder einzelne beobachtete Tätigkeiten können in harmlosen, strafrechtlich unerheblichen Zusammenhängen verbleiben; sie können aber auch der Beginn eines Vorgangs sein, der zur Straftat führt.“²²

Der Begriff der „Tatsache“ sei angesichts der Ambivalenz der im Vorfeld beobachteten Verhaltensumstände noch kein ausreichender Indikator, der für erwartete Abläufe einen ihnen zukommenden ausreichenden Grad an Wahrscheinlichkeit belegt²³. Das Bestimmtheitsdefizit werde auch nicht durch die Anforderung behoben, dass die Datenerhebung bei der Kontakt- und Begleitperson zur Vorsorge für die Verfolgung oder zur Verhütung einer Straftat „unerlässlich“ sein muss:

„Es fehlt ein handhabbarer Maßstab für die Prüfung, ob eine Überwachungsmaßnahme zur Vorsorge für die Verfolgung oder die Verhütung einer Straftat eines anderen unerlässlich ist, wenn es sich um ein Verhalten im Vorfeld der Begehung einer künftigen Straftat handelt und

²⁰ BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), DVBl 2001, 1057, 1058.

²¹ BVerfGE 113, 348, 380.

²² BVerfGE 113, 348, 377; ähnlich schon BVerfGE 110, 33, 59.

²³ BVerfGE 113, 348, 378/379.

*damit regelmäßig noch nicht absehbar ist, ob bei späteren Maßnahmen der Verhütung oder Verfolgung andere hinreichende Aufklärungsmöglichkeiten bestehen werden.*²⁴

Diese Überlegungen hinderten den Gesetzgeber nicht daran, mit dem am 1.1.2009 in Kraft getretenen „Gesetz zur Abwehr von Gefahren des Internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt“ ebensolche Regelungen in den Unterabschnitt 3a des BKAG aufzunehmen. Deren Analyse kann angesichts der begrenzten Fragestellung, die dieser Stellungnahme zugrunde liegt, hier nicht erfolgen.

III. Abschließendes Fazit

Zu der Ausgangsfrage des Senats nehmen wir zusammenfassend wie folgt Stellung:

1. Die vom Bundesrat am 4. Juni 2010 empfohlene Anpassung des § 20u BKAG an die Neufassung der vergleichbaren Regelung in § 160a StPO im Sinne einer Beseitigung der Differenzierung zwischen Verteidigern und (sonstigen) Rechtsanwälten ist unterblieben.
2. Nach der weiterhin gültigen Fassung des § 20u BKAG wird der absolute Schutz vor polizeilichen Gefahrenabwehrmaßnahmen (nach dem Unterabschnitt 3a des BKAG) nur Geistlichen, Verteidigern und Abgeordneten zuteil, während für die übrigen Berufsheimnisträger nur ein relativer Schutz gilt. Eine Differenzierung zwischen Verteidigern und (sonstigen) Rechtsanwälten macht jedoch bei Maßnahmen der Gefahrenabwehr keinen Sinn, weil es im präventiven Bereich noch keine Straftat und dementsprechend in der Regel noch keinen Verteidiger gibt.
3. Während der durch § 20u Abs. 1 BKAG den Verteidigern gewährte absolute Schutz fiktiv bleibt, eröffnet § 20u Abs. 2 BKAG bei der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus weitreichende Eingriffsmöglichkeiten in die Geheimsphäre der Rechtsanwälte²⁵, deren Wahrung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips zuvörderst der eingreifenden Behörde (dem BKAG) obliegt, die insoweit gewissermaßen tatbestandsergänzend tätig wird²⁶.
4. Nach der Systematik und Intention der im Unterabschnitt 3a des BKAG getroffenen Regelung unterfallen Rechtsanwälte potentiell allen Eingriffsmaßnahmen, die gegen „Kontakt- und Begleitpersonen“ gerichtet werden können. Das sind
 - die besonderen Mittel der Datenerhebung gemäß § 20g BKAG (einschließlich des Abhörens oder Aufzeichnens des außerhalb von Wohnungen nicht öffentlich gesprochenen Worts, des Einsatzes von V-Personen und von Verdeckten Ermittlern),
 - der verdeckte Einsatz technischer Mittel in oder aus Wohnungen gemäß § 20h BKAG,
 - die Überwachung der Telekommunikation gemäß § 20i BKAG,
 - die Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten und Nutzungsdaten.

²⁴ BVerfGE 113, 348, 381.

²⁵ Und natürlich auch der anderen in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 3a und Nr. 5 StPO genannten Berufsheimnisträger.

²⁶ Vgl. – zu der Regelung des § 33a Abs. 1 Nr. 2 Nds.SOG – BVerfGE 113, 348, 379.

Das Maß der durch die Eingriffsbefugnisse der §§ 20a ff. BKAG ermöglichten Ausforschung, zumal wenn sie gebündelt eingesetzt werden, belässt dem Anwalt *keinerlei* Geheimnis und beraubt ihn *jeglicher* Vertrauensstellung. Das ist mit der Stellung der Anwaltschaft und den aus Art. 12 Abs. 1 GG fließenden Gewährleistungen²⁷ unvereinbar.

- - -

²⁷ Die in BVerGE 110, 226, 252/253 nachdrücklich bekräftigt wurden.