

Anna Kaiser

## Die elektronische Aufenthaltsüberwachung – Geeignetheit zur Terrorismusbekämpfung?

Erst 2011 als neue Weisung im Rahmen der Führungsaufsicht eingeführt, tritt die elektronische Aufenthaltsüberwachung nun erneut in den kriminalpolitischen Fokus.<sup>1</sup> Obwohl eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich der Frage der Verfassungsmäßigkeit noch aussteht, soll sie in Zukunft nach dem Willen von Bundesjustizminister Maas und Bundesinnenminister De Maizière auch auf dem Gebiet der Terrorismusbekämpfung eingesetzt werden.<sup>2</sup> Gemeinsam haben beide Anfang Januar 2017 verschiedene sicherheitspolitische Maßnahmen im Vorgehen gegen den Terrorismus verkündet.<sup>3</sup>

Hintergrund ist, dass Europa in den vergangenen Jahren immer häufiger im Mittelpunkt von Terroranschlägen stand. Nachdem geplante Anschläge in Deutschland in der Vergangenheit abgewendet werden konnten, war dies im Dezember 2016 nicht der Fall – der Anschlag auf den Weihnachtsmarkt am Breitscheidplatz in Berlin konnte nicht verhindert werden.

Die politische und strafrechtliche Aufarbeitung der letzten Jahre hat gezeigt, dass sich der religiös-fundamentalistisch motivierte Terrorismus in Europa weiterentwickelt hat. Die Täter oder Täterinnen islamistischer Terroranschläge haben überwiegend im jeweiligen Land des Anschlages oder in anderen europäischen Ländern gelebt. Auch die Radikalisierung eigener Staatsbürger oder Staatsbürgerinnen ist vermehrt bekannt geworden. Zudem hat sich im Zuge der politischen Aufarbeitung gezeigt, dass in direkter Folge eines terroristischen Anschlages stets Sicherheitsdiskussionen aufflammen. Die Politik will den Forderungen nach Sicherheit mit der Einführung oder dem Ausbau straf- und gefahrenabwehrrechtlicher Maßnahmen nachkommen, die zumeist eingriffsintensiv sind und einen Abbau an Freiheitsrechten zur Folge haben. Diese für die Kriminalpolitik typische Reaktion auf Ereignisse, die Ängste in der Bevölkerung auslösen, findet aktuell erneut statt.

Nunmehr liegen hinsichtlich der Nutzung der Möglichkeiten der elektronischen Aufenthaltsüberwachung zwei konkrete Gesetzesvorhaben vor, die auf den nachfolgenden Seiten vorgestellt werden. Zunächst werden die wesentlichen Inhalte der beiden Gesetzesentwürfe dargestellt und jeweils insbesondere hinsichtlich ihrer Geeignetheit kritisch

1 BGBI. Teil I, 2010, 2300.; BT-Drs. 17/3403; die elektronische Aufenthaltsüberwachung wird auch als elektronische Fußfessel bezeichnet. Zur Kritik an diesem Begriff: *Kaiser*, Auf Schritt und Tritt – die elektronische Aufenthaltsüberwachung, Wiesbaden 2016, 8 ff.

2 *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, Konsequenzen nach dem Anschlag am Breitscheidplatz (zuletzt abgerufen am: 21.1.2017), [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2017/01132017\\_Massnahmen\\_Sicherheit.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2017/01132017_Massnahmen_Sicherheit.html), im Folgenden zitiert als: *BMJV*, Konsequenzen nach dem Anschlag am Breitscheidplatz.

3 *BMJV*, Konsequenzen nach dem Anschlag am Breitscheidplatz (Fn. 2).

betrachtet (I., II.). Anschließend wird ein Überblick über stattfindende Grundrechtseingriffe gegeben und die Frage nach der Verhältnismäßigkeit der Vorhaben anhand der zuvor dargestellten Ergebnisse beantwortet (III.).

### *I. Vorstellung der Gesetzesvorhaben*

Seit der Einführung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung in das Führungsaufsichtsrecht werden Diskussionen um weitere Anwendungsfelder geführt. Die Ideen sind vielfältig, darunter ist der Einsatz zur Überwachung von gewaltbereiten Hooligans, zur Vermeidung von Untersuchungshaft oder zur Verhinderung von häuslicher Gewalt.<sup>4</sup> Die Idee, sie für die Terrorismusbekämpfung nutzbar zu machen, ist hingegen recht neu. Die vorliegenden Gesetzesvorhaben hängen eng mit der bereits existierenden Regelung zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht zusammen: Zum einen soll diese bestehende Regelung hinsichtlich der Überwachung bereits verurteilter Straftäter terroristischer Taten ausgeweitet werden, bei denen auch weiterhin die Gefahr der Begehung terroristischer Taten besteht (1.). Zum anderen ist die Einführung einer neuen Rechtsgrundlage ins BKAG geplant, die eine Überwachung sog. „Gefährder“ ermöglicht (2.). Gemeinsames Ziel dieser beiden Maßnahmen ist die Verhinderung terroristischer Anschläge durch die Kontrolle der potenziellen Täter bzw. Täterinnen.

#### **1. Ausweitung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung**

Im Sommer 2016 wurde ein Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Ausweitung der bestehenden Regelung zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht (§ 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 12, Satz 3, 4 StGB) vorgelegt.<sup>5</sup> Die Führungsaufsicht kann als Maßregel der Besserung und Sicherung auch bei Bestehen einer schlechten Sozialprognose angeordnet werden, um durch Betreuung und Überwachung die Gefahr der erneuten Begehung einer Straftat zu verhindern.<sup>6</sup> Zu ihrer Ausgestaltung können Weisungen (§ 68b StGB) angeordnet werden. Während bei der Einführung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung durch eine solche Weisung im Rahmen der Führungsaufsicht insbesondere die Gruppe der gefährlichen Gewalt- und Sexualstraftäter erfasst werden sollte, sollen nun auch verurteilte Straftäter terroristischer Taten erfasst werden.

4 Einen aktuellen Überblick über weitere Anwendungsmöglichkeiten bietet: *Fünfsinn/Kolz*, Gegenwärtige Nutzung und Anwendungsperspektiven der Elektronischen Überwachung in Deutschland, StV 2016, 191 ff.

5 *Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Ausweitung des Maßregelrechts bei extremistischen Straftätern (zuletzt abgerufen am 19.2.2017), [https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Ausweitung\\_Massregelrecht\\_bei\\_extremistischen\\_Straftaetern.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2.](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Ausweitung_Massregelrecht_bei_extremistischen_Straftaetern.pdf?__blob=publicationFile&v=2.), im Folgenden zitiert als: *Referentenentwurf des BMJV*, Ausweitung des Maßregelrechts bei extremistischen Tätern (Fn. 5).

6 Einer für viele: *Fischer*, Strafgesetzbuch, 61. Auflage 2014, Vor § 68 Rn. 2.

## a) Inhalt des Referentenentwurfs

Für die geplante Ausweitung ist keine Änderung der bestehenden Rechtsgrundlagen hinsichtlich der elektronischen Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht (§ 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 12, Satz 3, 4 StGB) erforderlich. Diese Norm enthält neben der Weisung an sich auch die formellen und materiellen Voraussetzungen für eine Anordnung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung.<sup>7</sup> Die konkrete Bestimmung und Begrenzung des infrage kommenden Täterkreises findet hingegen erst über einen in den Anordnungsvoraussetzungen enthaltenen Verweis auf § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB statt: Es muss eine mindestens dreijährige Strafhaft wegen jedenfalls einer Straftat der in § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB genannten Art verbüßt oder eine Sicherungsverwahrung vollzogen worden sein, und es muss die Gefahr bestehen, dass eine solche Straftat erneut begangen werden könnte.<sup>8</sup>

Über den in § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB enthaltenen Verweis auf § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1b) StGB werden Verbrechen des Ersten Abschnittes des Besonderen Teils des StGB erfasst, also auch solche, die den Rechtsstaat und die öffentliche Ordnung gefährden und unter die auch terroristische Taten fallen. Einige der Terrorismusdelikte des Strafgesetzbuches sind jedoch als schwere Vergehen ausgestaltet und können damit aktuell nicht als Grundlage für eine Anordnung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung dienen.<sup>9</sup> Um dies zu ändern, soll der in Frage kommende Personenkreis „moderat ausgeweitet werden“.<sup>10</sup> Der Gesetzentwurf sieht vor, dass §§ 89a Abs. 1 bis 3, 89c Abs. 1 bis 3 StGB sowie § 129a Abs. 5 Satz 1 1. Alt. StGB, auch in Verbindung mit § 129b Abs. 1 StGB, in § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB eingefügt werden.<sup>11</sup> Damit sollen die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat, die Terrorismusfinanzierung und das Unterstützen einer in- oder ausländischen terroristischen Organisation taugliche Anlassdelikte werden.<sup>12</sup>

Zusätzlich müssen für eine Anordnung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung auch alle weiteren Anordnungsvoraussetzungen vollständig vorliegen (§ 68b Abs. 1 Satz 3 StGB).<sup>13</sup> Insbesondere muss in materieller Hinsicht auf Grund einer Prognose die Gefahr feststehen, dass die potenziell zu überwachende Person auch erneut eine der in § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB genannten Straftaten begehen wird.<sup>14</sup> Für diese Prognose ist die Einholung eines Sachverständigengutachtens nach aktueller Regelung nicht erforderlich.<sup>15</sup> Zudem muss die Anordnung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung als erforderlich erscheinen, die zu überwachende Person durch die Möglichkeit der Datenverwen-

7 BT-Drs. 17/3403, 35 ff.; *Kaiser* (Fn. 1), 90 ff.

8 BT-Drs. 17/3403, 36 f.; *Kaiser* (Fn. 1), 100 ff.

9 *Referentenentwurf des BMJV*, Ausweitung des Maßregelrechts bei extremistischen Straftätern (Fn. 5), 1, 5.

10 Ebd., 5.

11 Ebd., 3, 5.

12 Ebd., 5.

13 Eine Darstellung der Anordnungsvoraussetzungen sind u.a. in den folgenden Quellen zu finden: BT-Drs. 17/3403, 35 ff.; *Harders*, Elektronische Überwachung von Straffälligen, Godesberg 2014, 135 ff.; *Kaiser* (Fn. 1), 99 ff.

14 BT-Drs. 17/3403, 37.

15 BT-Drs. 27/3403, 37; *Brauneisen*, Die elektronische Überwachung des Aufenthaltsortes als neues Instrument der Führungsaufsicht, StV 2011, 311 (313); *Haverkamp/Schwedler/Wößner*, Die elektronische Aufsicht von als gefährlich eingeschätzten Entlassenen, Recht & Psychiatrie 2012, 9 (11); *Kaiser* (Fn. 1), 104 f., 153.

dung (§ 463a Abs. 4 StPO) von der Begehung weiterer schwerer Straftaten abzuhalten.<sup>16</sup> Das Wissen um die Überwachung und die Datenerhebung sollen die vom Gesetzgeber erhoffte Abschreckung bewirken.<sup>17</sup> Die spezialpräventive Wirkung ist bislang nicht nachgewiesen.<sup>18</sup>

#### b) Kritik an der geplanten Änderung

Die geplante Ausweitung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht bietet Anlass für Kritik.

Zunächst ist die Erweiterung um die zuvor genannten schweren Vergehen kritikwürdig. Diese wurden zum Zeitpunkt der Einführung ins StGB bewusst als Vergehen und mit einer entsprechenden Strafandrohung ausgestaltet. Bereits die bestehende Regelung zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung sollte nur restriktiv angewendet werden.<sup>19</sup>

Zudem erscheint es hinsichtlich der Personen, die wegen der Finanzierung oder der Unterstützung einer in- oder ausländischen terroristischen Gruppe verurteilt wurden, zwar als möglich, dass diese über entsprechende Kontakte verfügen. Die Überwachung solcher Kontakte ist mittels elektronischer Aufenthaltsüberwachung aber nahezu unmöglich. Zwar gibt der Wortlaut des § 68b Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 StGB die Kombination der elektronischen Aufenthaltsüberwachung mit Kontaktverboten (§ 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB) grundsätzlich her, dies ist jedoch praktisch kaum umsetzbar. Denn für die Kontrolle physischer Kontakte müsste der ständige Aufenthaltsort der möglichen Kontaktperson bekannt sein oder diese müsste ebenfalls elektronisch überwacht werden.<sup>20</sup> Kontakte über Telefon, Email oder per SMS sind allein durch die elektronische Aufenthaltsüberwachung nicht feststellbar.

Für die Anordnung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung muss es zudem erforderlich erscheinen, die überwachte Person von einer erneuten Begehung einer Katalogstraftat durch die Möglichkeit der Datenverwendung abzuhalten (§ 68b Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 StGB).<sup>21</sup> Dafür müsste das Wissen um die Überwachung, die Datenerhebung und die Möglichkeit der Datenverwendung die überwachte Person von der Begehung einer terroristischen Straftat abschrecken. Es erscheint äußerst fraglich, inwieweit sich eine radikalisierte Person von ihren Plänen abbringen lassen wird.

Zwar kann der überwachten Person durch die vorgesehene Kombination der elektronischen Aufenthaltsüberwachung mit aufenthaltsbezogenen Weisungen (§ 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Nr. 2 StGB) aufgegeben werden, sich an bestimmten Orten aufzuhalten oder bestimmte Orte nicht zu betreten. Befürworter der Ausweitung der bestehenden Regelung auf terroristische Täter und Täterinnen erhoffen sich gerade in der Ausgestaltung besonders gefährdeter Orte als Verbotszone – z.B. Flughäfen – die Möglichkeit, terroristis-

16 BT-Drs. 17/3403, 37 f.

17 BT-Drs. 17/3403, 38.; *Haverkamp/Schwedler/Wößner*, Die elektronische Aufsicht von als gefährlich eingeschätzten Entlassenen, Recht & Psychiatrie 2012, 9 (10, 16).

18 *Bräuchle/Kinzig*, Kurzbericht über die wesentlichen Befunde einer bundesweiten Studie mit rechtspolitischen Schlussfolgerungen, 8, [https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/BereichMinisterium/Kurzbericht\\_elektronische\\_Aufenthaltsueberwachung\\_im\\_Rahmen\\_der\\_Fuehrungsaufsicht.html](https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/BereichMinisterium/Kurzbericht_elektronische_Aufenthaltsueberwachung_im_Rahmen_der_Fuehrungsaufsicht.html) (Abruf 26.3.2017).

19 *Bräuchle/Kinzig* (Fn. 18), 7; *Kaiser* (Fn. 1), 103.

20 *Kaiser* (Fn. 1), 112.

21 BT-Drs. 17/3403, 38.

tische Anschläge verhindern zu können.<sup>22</sup> Sollte die überwachte Person eine eingerichtete Verbotszone betreten, würde ein Alarm ausgelöst und man könnte die Person von der Tatbegehung abhalten – so jedenfalls die Vorstellung. Tatsächlich ist zu bezweifeln, dass sich eine zu einem Attentat entschlossene Person von der Tat abhalten lassen würde.<sup>23</sup> Sie könnte den Alarm schlicht ignorieren und versuchen, ihrem Ziel in der verbleibenden Zeit so nah wie möglich zu kommen, oder sie zerstört oder stört die Überwachungstechnik zuvor, löst damit zwar einen Alarm aus, ist aber nicht mehr zu orten. Hinzu kommt die bereits häufiger beobachtete Bereitschaft, das eigene Leben für die Durchführung des Anschlages zu opfern.

Es verbliebe zudem die Möglichkeit, sich ein Ziel auszusuchen, für das gerade keine Verbotszone eingerichtet wurde. Einem terroristischen Attentäter oder einer Attentäterin wird es im Regelfall nicht darum gehen, ein konkretes Ziel zu zerstören, sondern Ängste durch Zerstörung und die Tötung oder Verletzung von Menschen zu schüren. Damit könnte ein Anschlag an jedem beliebigen Ort stattfinden, an dem sich Menschen aufhalten und der ansonsten als nicht besonders gefährdet eingestuft wird. Dies ließ sich auch im Dezember 2016 in Berlin beobachten: Der Attentäter suchte sich kein Regierungsgebäude, keinen Bahnhof oder Flughafen aus und nutzte keine Bombe oder ähnliche gemeingefährliche Mittel, sondern er fuhr mit einem LKW in eine Menschenmenge, die sich auf einem Weihnachtsmarkt befand. Wer hätte diese konkrete Vorgehensweise vorher bedenken können?

Auch das Überwachen einer eingerichteten Gebotszone, durch das ein Verlassen derselben kontrolliert werden kann, wird als positive Möglichkeit bewertet: so soll das Verlassen des Landes, z.B. zum Zweck der Teilnahme an einem Terror-Camp, verhindert werden können.<sup>24</sup> Auch wenn das Überwachungsnetz in Deutschland immer enger geknüpft wird, endet die Überwachung mittels elektronischer Aufenthaltsüberwachung an der deutschen Grenze, da eine europaweite Überwachung aktuell nicht existiert. Folglich kann eine auf dem Bundesgebiet überwachte Person nach Überschreiten der Grenze unbemerkt in einem anderen Land untertauchen. Das Zerstören der Überwachungstechnik löst zwar einen Alarm aus, ist die überwachte Person aber schnell genug und verfügt etwa über ein gut ausgebautes Netzwerk, kann ein Untertauchen nicht verhindert werden.

## 2. Einführung einer Rechtsgrundlage im BKAG

Im Januar 2017 stellte Bundesjustizminister Maas gemeinsam mit Bundesinnenminister De Maiziére in direkter Reaktion auf den Anschlag auf den Weihnachtsmarkt am Breitscheidplatz verschiedene sicherheitspolitische Maßnahmen vor, zu denen auch die Schaffung einer Rechtsgrundlage im BKAG für eine Anordnung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung bei sogenannten „Gefährdern“ vor der eigentlich Tatbegehung oder

22 *Referentenentwurf des BMJV*, Ausweitung des Maßregelrechts bei extremistischen Straftätern (Fn. 5), 6.

23 *Griesbaum/Wallenta*, Strafverfolgung zur Verhinderung terroristischer Anschläge – Eine Bestandsaufnahme, *NStZ* 2013, 369 (372) sprechen von einem „unbedingten Willen, Anschläge zu begehen“.

24 *Referentenentwurf des BMJV*, Ausweitung des Maßregelrechts bei extremistischen Straftätern (Fn. 5), 6.

einer strafrechtlichen Verurteilung gehörte.<sup>25</sup> Nach kurzer Zeit wurde die Änderung des BKAG vom Bundeskabinett beschlossen.<sup>26</sup>

Die Einführung dieser Rechtsgrundlage ins BKAG soll im Rahmen einer ohnehin notwendigen Änderung des Gesetzes erfolgen. Das BKAG wurde mit Urteil vom 20.4.2016 für teilweise verfassungswidrig erklärt.<sup>27</sup> Der vorliegende Gesetzentwurf soll den Vorgaben dieses Urteils gerecht werden sowie der Umsetzung der Richtlinie 2016/680 zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI dienen.<sup>28</sup> Der Entwurf sieht mit der Einführung eines § 56 BKAG-E die Schaffung einer Rechtsgrundlage für die elektronische Aufenthaltsüberwachung vor, die neben den Anordnungs Voraussetzungen auch Regelungen zur Datenerhebung und -verwendung enthalten soll.<sup>29</sup>

#### a) Begrenzung des Personenkreises

Bundesjustizminister Maas und Bundesinnenminister De Maizièr haben im Rahmen des beschlossenen Maßnahmenpakets von der „Möglichkeit des Einsatzes einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung („Fußfessel“) für Gefährder auch vor einer möglichen Verurteilung“ gesprochen.<sup>30</sup> Fraglich ist folglich, wer in die Gruppe dieser „Gefährder“ fällt und wie sich der für die Anordnung in Frage kommende Personenkreis begrenzen lässt. Eine konkrete gesetzliche Definition existiert aktuell nicht. § 56 BKAG-E verweist hinsichtlich der Frage der Konkretisierung des infrage kommenden Personenkreises auf § 5 Abs. 1 Satz 2 BKAG-E.<sup>31</sup> Danach muss von einer Person die Gefahr ausgehen, dass sie eine terroristische Straftat im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 2 BKAG-E begehen könnte.<sup>32</sup> § 5 Abs. 1 Satz 2 BKAG-E verweist seinerseits darauf, dass eine terroristische Straftat vorliegt, wenn die Gefahr der Verwirklichung von in § 129a Abs. 1, 2 StGB genannten Straftaten besteht und diese dazu bestimmt sind, die Bevölkerung auf erhebliche Weise einzuschüchtern (Nr. 1), eine Behörde oder internationale Organisation rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einer solchen zu nötigen (Nr. 2) oder die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beseitigen oder erheblich zu beeinträchtigen und durch die Art ihrer Begehung oder durch ihre Auswirkungen einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich schädigen können.<sup>33</sup> § 129a Abs. 1, 2 StGB enthält eine Auflistung erheblichster Straftaten nach dem Strafgesetzbuch oder dem Völkerstrafgesetzbuch, durch die gewichtige Rechtsgüter geschädigt werden, so etwa Leib, Leben und Freiheit einer Person sowie den Bestand und die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder eines Bundeslandes.

25 *BMJV*, Konsequenzen nach dem Anschlag am Breitscheidplatz (Fn. 2).

26 *Gesetzentwurf der Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes (zuletzt abgerufen am 18.2.2017), [https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzestexte/Entwurfe/entwurf-bkag.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzestexte/Entwurfe/entwurf-bkag.pdf?__blob=publicationFile), im Folgenden zitiert als: *Gesetzentwurf der Bundesregierung*, Neustrukturierung des BKAG.

27 BVerfG, U. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09.

28 *Gesetzentwurf der Bundesregierung*, Neustrukturierung des BKAG (Fn. 26), 1.

29 Ebd. 59 f., 147 ff.

30 *BMJV*, Konsequenzen nach dem Anschlag am Breitscheidplatz (Fn. 2).

31 *Gesetzentwurf der Bundesregierung*, Neustrukturierung des BKAG (Fn. 26), 14, 59 f., 105 f.; § 5 BKAG-E war zuvor § 4a BKAG.

32 Ebd., 147.

33 Ebd., 14, 105 f.

Diese Straftaten müssen gerade noch nicht begangen worden sein – vielmehr genügt die „Gefahr der Begehung einer terroristischen Straftat“.<sup>34</sup> Angeknüpft wird also an eine möglicherweise in der Zukunft stattfindende Tat – die Anordnungsmöglichkeit der Maßnahme wird damit in den Bereich der Vorbereitungshandlungen verlegt. Gemäß des § 56 Abs. 1 BKAG-E soll die elektronische Aufenthaltsüberwachung angeordnet werden können, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen (Nr. 1) oder das individuelle Verhalten eine konkrete Wahrscheinlichkeit dafür begründet (Nr. 2), dass die Person eine Straftat nach § 5 Abs. 1 Satz 2 BKAG begehen wird.<sup>35</sup> Hinsichtlich der Ausfüllung dieser Voraussetzungen verweist die Gesetzesbegründung „auf die vom Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil vom 20.4.2016 entwickelten Voraussetzungen für gefahrenabwehrrechtliche Maßnahmen“.<sup>36</sup> Das Bundesverfassungsgericht betont darin, dass der Gesetzgeber nicht auf die Schaffung von Eingriffstatbeständen beschränkt ist, „die dem tradierten sicherheitsrechtlichen Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren entsprechen“.<sup>37</sup> Vielmehr könnten die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufes herabgesetzt werden, sofern noch eine hinreichend konkretisierbare Gefahr vorliege.<sup>38</sup> Dies sei der Fall, wenn sich zwar „der Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt, sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein übertragend wichtiges Rechtsgut hinweisen“ oder zwar noch kein „seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird“.<sup>39</sup> Diese Grundsätze wurden als Anordnungsvoraussetzungen in § 56 Abs. 1 BKAG-E übernommen, um die ausreichende Bestimmtheit der Maßnahme zu gewährleisten, die so weit im Vorfeld einer Tatbegehung angeordnet werden kann. Damit soll verhindert werden, dass eine Anordnung auch bereits bei einer lediglich diffusen Gefahrenlage oder einem unzureichenden Verdacht stattfinden kann.

#### b) Anordnungsvoraussetzungen

Die Voraussetzungen für eine Anordnung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung für Gefährder oder Gefährderinnen sollen in § 56 Abs. 1 BKAG-E geregelt werden. Dieser ähnelt in Inhalt und Struktur der bereits bestehenden Regelung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht (§ 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 12, Satz 3, 4 StGB). § 56 Abs. 2 BKAG-E entspricht im Wesentlichen den Vorgaben des § 463a Abs. 4 StPO zur Datenerhebung und -verwendung.

Das BKA kann beim zuständigen Gericht beantragen, eine Person zu verpflichten, ein technisches Mittel, mit dem der Aufenthaltsort dieser Person elektronisch überwacht werden kann, ständig in betriebsbereitem Zustand am Körper bei sich zu führen und dessen Funktionsfähigkeit nicht zu beeinträchtigen, wenn die bereits genannten Voraussetzungen nach § 56 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 BKAG-E vorliegen und diese Person durch die

34 Ebd., 146.

35 Ebd., 59.

36 Ebd., 147.

37 BVerfG, U. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, abgedruckt bei juris, Rn. 112.

38 Ebd.

39 Ebd.



Überwachung und die Datenverwendung von der Begehung dieser Straftaten abgehalten werden kann.<sup>40</sup> Damit wird die bereits in § 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 12 StGB gewählte Formulierung aufgegriffen.<sup>41</sup>

§ 56 Abs. 2 Satz 1 BKAG-E enthält die Rechtsgrundlage zur Datenerhebung.<sup>42</sup> Diese ist – wie bei § 463a Abs. 4 StPO – in der Kombination mit der Anordnung zum Tragen der erforderlichen Technik zu verstehen.<sup>43</sup> Eine Verwendung der erhobenen und gespeicherten Daten ist ohne Einwilligung der überwachten Person nur für die abschließend aufgezählten Zwecke erlaubt (§ 56 Abs. 2 Satz 3 BKAG-E) und sie sind nach Maßgabe von § 56 Abs. 2 Satz 4 bis 9 BKAG-E zu behandeln. Auch die nach dem BKAG anzuordnende elektronische Aufenthaltsüberwachung soll die effektive Überwachung aufenthaltsbezogener Weisungen oder die Durchsetzung von Kontaktverboten ermöglichen können (§ 56 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 BKAG-E).<sup>44</sup>

Zudem soll das BKA die Befugnis zur Erhebung personenbezogener Daten bei anderen Stellen und zur Weitergabe von Daten zur Durchführung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung an die explizit genannten Stellen erhalten (§ 56 Abs. 3 Satz 2, 4 BKAG-E). Andersherum sollen Polizeibehörden des Bundes oder der Länder zum Zwecke der Durchführung des § 56 Abs. 1 und 2 BKAG-E auch Daten an das BKA weitergeben können (§ 56 Abs. 3 BKAG-E). Die erhobenen und gespeicherten Daten sollen spätestens nach Ablauf von zwei Monaten zu löschen sein, es sei denn, sie werden für einen der genannten Zwecke verwendet.<sup>45</sup> Die Maßnahme soll zunächst für die Dauer von drei Monaten angeordnet werden können, allerdings ist eine Verlängerung bei Fortbestehen der Gefahr möglich (§ 56 Abs. 8 BKAG-E).

### c) Kritik an der geplanten Einführung

Auch die geplante Einführung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung ins BKAG ist kritikwürdig. Zunächst ist es, trotz der inhaltlichen Ähnlichkeit der Regelungen, unglücklich, dass die für das BKAG geplante Maßnahme mit „elektronischer Aufenthaltsüberwachung“ benannt wurde. Eine Verwechslung mit der elektronischen Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht steht zu befürchten.<sup>46</sup> Dabei handelt es sich um unterschiedliche Maßnahmen: Während die geplante polizeiliche Regelung im BKAG vor einer etwaigen Tatbegehung ansetzt, kann die elektronische Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht unter den Voraussetzungen des § 68b Abs. 1 Satz 3 StGB erst nach Haftverbüßung bzw. Maßregelerledigung bei fortbestehender Gefahr einer neuerlichen Tatbegehung angeordnet werden.

Die Eingrenzung des in Frage kommenden Personenkreises müsste streng nach Maßgabe der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze und Anforderungen an

40 *Gesetzentwurf der Bundesregierung*, Neustrukturierung des BKAG (Fn. 26), 59, 146 f.

41 BT-Drs. 17/3403, 35 f.; Zum Inhalt der Weisung: *Brauneisen*, Die elektronische Überwachung des Aufenthaltsortes als neues Instrument der Führungsaufsicht, StV 2011, 311 (312); *Haverkamp/Schwedler/Wößner*, Die elektronische Aufsicht von als gefährlich eingeschätzten Entlassenen, Recht & Psychiatrie 2012, 9 (10); *Harders* (Fn. 13), 126.; *Kaiser* (Fn. 1), 92.

42 *Gesetzentwurf der Bundesregierung*, Neustrukturierung des BKAG (Fn. 26), 147.

43 *Kaiser* (Fn. 1), 115.

44 *Gesetzentwurf der Bundesregierung*, Neustrukturierung des BKAG (Fn. 26), 59, 146.

45 Ebd., 149.

46 Zum Problem der begrifflichen Abgrenzung hinsichtlich der verschiedenen Möglichkeiten der elektronischen Überwachung: *Kaiser* (Fn. 1), 7 ff.



die Anordnungsvoraussetzungen gehandhabt werden.<sup>47</sup> Keinesfalls dürfte es zu einer Anordnung bei bloß diffusen Verdachtslagen oder vagen Informationen unter dem Deckmantel der Sicherheit kommen.

Die Dauer der Maßnahme ist zeitlich eng begrenzt – was unter verfassungsrechtlichen Aspekten grundsätzlich zu begrüßen ist. Sie darf drei Monate andauern, wobei eine Verlängerung der Maßnahme möglich ist, solange die Anordnungsvoraussetzungen vorliegen (§ 56 Abs. 8 BKAG-E).<sup>48</sup> Je extensiver aber die Anordnungsvoraussetzungen angewendet werden, desto leichter kommt eine Verlängerung der Maßnahme in Betracht. Zudem erscheint es möglich, dass sich eine überwachte Person für eine dreimonatige Phase unauffällig verhält, um die Überwachungsmaßnahme zügig zu beenden.

Wie schon hinsichtlich der Ausweitung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht erläutert, stellt sich auch vorliegend insbesondere die Frage der Geeignetheit.<sup>49</sup> Bundesinnenminister De Maizière hat am 17.2.2017 anlässlich der ersten Lesung des Gesetzesentwurfes erklärt, die elektronische Aufenthaltsüberwachung bei Gefährdern sei „kein Allheilmittel [...], so wie alle anderen Einzelmaßnahmen von Sicherheitsbehörden für sich genommen keine Allheilmittel sind. Es ist aber besser zu wissen, wo sich ein Gefährder aufhält, als es nicht zu wissen. Eine Fußfessel kann helfen, den Aufenthaltsort von Gefährdern zu ermitteln und so ihr Untertauchen zu verhindern.“<sup>50</sup> Allerdings sind die technischen Mittel zur Überwachung weder unzerstörbar noch unstörbar – ist ein Gefährder oder eine Gefährderin zur Begehung eines Anschlages oder zum Untertauchen entschlossen, kann das zur Technik gehörige Fußband zerstört und abgelegt werden. Zwar wird dadurch ein Alarm ausgelöst, ein Untertauchen kann jedoch nicht verhindert werden – insbesondere dann nicht, wenn dem Gefährder bzw. der Gefährderin ein Netzwerk an Unterstützern zur Verfügung stehen sollte –, denn bis zum Eintreffen der jeweiligen Landespolizei dürfte eine gewisse Zeit vergehen. Hinsichtlich der Frage der Verhinderung einer Tatbegehung durch die Datenverwendung gilt das bereits hinsichtlich der Ausweitung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht Gesagte.<sup>51</sup>

## II. Grundrechtseingriffe und Verhältnismäßigkeit

Staatliche Überwachungsmaßnahmen haben zumeist Grundrechtseingriffe zur Folge. Dies ist auch bei der elektronischen Aufenthaltsüberwachung der Fall. Dem Bundesverfassungsgericht liegen bereits seit 2011 Verfassungsbeschwerden hinsichtlich der elektronischen Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht (§ 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 12, Satz 3, 4 StGB) zur Entscheidung vor.<sup>52</sup> Bislang ist nur über einstweilige Anordnungen entschieden worden.<sup>53</sup> Schon wegen dieser noch ausstehenden Entscheidung ist

47 Vgl. I. 2a).

48 *Gesetzesentwurf der Bundesregierung*, Neustrukturierung des BKAG (Fn. 26), 61.

49 Vgl. I. 1b).

50 *Rede des Bundesinnenministers De Maizière* anlässlich der 1. Lesung des Gesetzesentwurfes, (zuletzt abgerufen am 19.2.2017), <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Reden/DE/2017/02/erste-lesung-neustrukturierung-bka-gesetz.html>.

51 Vgl. I., 1b).

52 Dem Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts liegen Verfassungsbeschwerden unter den folgenden Aktenzeichen vor: 2 BvR 916/11, 2 BvR 636/12 und 2 BvR 2633/11.

53 BVerfG, B. v. 12.12.2013 – 2 BvR 636/12; BVerfG, B. v. 22.1.2015 – 2 BvR 2095/14.

es kritikwürdig, dass über eine Ausweitung der bestehenden Regelung und die Schaffung einer neuen Rechtsgrundlage entschieden wird. Jedenfalls nach der Auffassung der Autorin ist die bestehende Regelung zur Aufenthaltsüberwachung (§ 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 12, Satz 3, 4 StGB) wegen eines Verstoßes gegen das Zitiergebot verfassungswidrig.<sup>54</sup>

Aufgrund der Nähe der hier vorgestellten Gesetzesvorhaben zur bereits existierenden Regelung zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht stellen sich auch ähnliche verfassungsrechtliche Fragen.<sup>55</sup> Im Folgenden wird ein Überblick über die betroffenen Grundrechte gegeben. Insbesondere stellt sich dabei – unter Berücksichtigung der voranstehenden Ausführungen zur Kritik an den Vorhaben – die Frage der Verhältnismäßigkeit.

Bei der alleinigen elektronischen Aufenthaltsüberwachung handelt es sich zwar um keine per se unzulässige Rundumüberwachung, da mittels der erhobenen Daten der Standort ermittelt und ein Bewegungsprofil erstellt sowie eine Bewegungsprognose abgegeben werden kann, aber gerade nicht nahezu lückenlos alle Bewegungen, Lebensäußerungen und Informationen der überwachten Person registriert werden.<sup>56</sup> Allerdings wird durch die elektronische Aufenthaltsüberwachung – und zwar sowohl durch diejenige, die als Weisung im Rahmen der Führungsaufsicht geregelt ist (§ 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 12, Satz 3, 4, StGB), als auch diejenige, die ins BKAG eingeführt werden soll – intensiv in die Privatsphäre der überwachten Person eingegriffen. Betroffen sind die Unverletzlichkeit der Wohnung und die informationelle Selbstbestimmung.<sup>57</sup> In Art. 13 Abs. 1 GG wird körperlich und unkörperlich eingegriffen. Das Betreten der Wohnräume zum Zweck des Aufstellens der Home-Unit, die aktuell in technischer Hinsicht für die Vermeidung der Erhebung von Wohnraumdaten genutzt wird, stellt einen körperlichen Eingriff dar.<sup>58</sup> Zudem geht aus dem Wortlaut der jeweiligen Rechtsgrundlagen zur Datenerhebung hervor, dass die Erhebung von Wohnraumdaten in Einzelfällen nicht vollständig ausgeschlossen werden kann, weswegen ein „abgestufter Ansatz“<sup>59</sup> vorgesehen ist: kann die Erhebung solcher Daten nicht ausgeschlossen werden, dürfen diese nicht verwendet werden und sind zu löschen (§ 463a Abs. 4 Satz 1 Hs. 2, Satz 8 StPO, § 56 Abs. 2 Satz 2, 8 BKAG-E). Durch die Erhebung dieser Daten wird unkörperlich – also ohne ein Betreten der Wohnräume – in Art. 13 Abs. 1 GG eingegriffen.<sup>60</sup> Zudem wird durch die mit der elektronischen Aufenthaltsüberwachung unmittelbar verbundene Datenerhebung und -speicherung auch intensiv in die aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitete informationelle Selbstbestimmung eingegriffen (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).<sup>61</sup>

Hinsichtlich bereits verurteilter Straftäter oder Straftäterinnen wird zudem in das aus Art. 2 Abs. 1 GG folgende Recht auf Resozialisierung eingegriffen. Durch das Tragen der Überwachungstechnik, die am Fußgelenk angelegt wird, kann die überwachte Person in der Öffentlichkeit als Straftäter bzw. Straftäterin identifiziert werden, wodurch es zu

54 Kaiser (Fn. 1), 188 ff.; a.A. Harders (Fn. 13), 206.

55 Für eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit hinsichtlich der Menschenwürde, der Privatsphäre und der Freiheit: Kaiser (Fn. 1), 131.

56 Erste Ansätze zur Frage der Rundumüberwachung schon in BVerfGE 65, 1 (42), konkret u.a. in BVerfGE 109, 279 (323); BVerfGE 112, 304 (319); Kaiser (Fn. 1), 196 ff.

57 BT-Drs. 17/3403, 18 f.; Harders (Fn. 13), 193 ff.; Kaiser (Fn. 1), 161 ff.

58 Kaiser (Fn. 1), 166.

59 BT-Drs. 17/3403, 44.

60 Kaiser (Fn. 1), 167 ff.

61 Ebd., 193 ff.

stigmatisierenden Situationen kommen kann.<sup>62</sup> Diese Möglichkeit der Identifizierung erschwert die Wiedereingliederung in die Gesellschaft.<sup>63</sup> Auch, wenn die zu tragende Technik in den meisten Situationen unter Kleidung versteckt werden kann, verbleiben Situationen, in denen sie sichtbar wird, z.B. beim Tragen kurzer Hosen.<sup>64</sup>

Um die elektronische Aufenthaltsüberwachung trotz dieser Grundrechtseingriffe als rechtmäßig bewerten zu können, müsste sie verhältnismäßig sein. Während die Abwehr terroristischer Anschläge oder auch das Verhindern des Untertauchens einen legitimen Zweck darstellen, ist die Geeignetheit der elektronischen Aufenthaltsüberwachung in diesem Zusammenhang problematisch. Für diese müsste der Zweck durch die jeweilige Maßnahme bewirkt oder gefördert werden. Wie bereits in den voranstehenden Abschnitten zu den Vorhaben jeweils ausführlich erläutert, bestehen hinsichtlich beider Vorhaben erhebliche Zweifel daran, dass diese terroristische Anschläge oder ein Untertauchen tatsächlich verhindern können.<sup>65</sup> Bereits mit dem Fehlen der Geeignetheit sind beide Vorhaben als unverhältnismäßig und damit als unrechtmäßig zu bewerten.

### III. Fazit

Die elektronische Aufenthaltsüberwachung soll für die Terrorismusbekämpfung genutzt werden. Insbesondere die Frage der Geeignetheit der geplanten Vorhaben ist kritisch zu betrachten. Angesichts der aus vergangenen terroristischen Anschlägen gewonnenen Erkenntnisse erscheint es kaum möglich, einen (künftigen) Täter oder eine (künftige) Täterin terroristischer Straftaten von Anschlägen oder einem Untertauchen abzuhalten. Die Überwachung von Kontakten hingegen könnte zwar aufschlussreich sein, ist jedoch technisch nicht umsetzbar. Damit fehlt die Geeignetheit der geplanten Vorhaben, so dass sowohl die Ausweitung der bestehenden Regelung zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht (§ 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 12, Satz 3, 4 StGB) als auch die geplante Einführung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung ins BKAG unverhältnismäßig sind.

62 Ebd., 202 ff.

63 Bräuchle/Kinzig (Fn. 18), 14.; Kaiser (Fn. 1), 202 ff.

64 Haverkamp/Schwedler/Wößner, Die elektronische Aufsicht von als gefährlich eingeschätzten Entlassenen, Recht & Psychiatrie 2012, 9 (17); Bräuchle/Kinzig Fn. 18), 14.; Kaiser (Fn. 1), 202 ff.

65 Vgl. Abschnitte I. 1b) sowie I. 2c).