

# Alexander Schmidt

## Terrorabwehr durch das Bundeskriminalamt

### Anmerkungen zu einem Funktionswandel

#### *I. Einführung*

Im sogenannten Deutschen Herbst sah sich die Bundesrepublik als Schauplatz terroristischer Anschläge der RAF. Der frühere BKA-Präsident Horst Herold äußerte seinerzeit, die Polizei müsse „vor dem Täter am Tatort“ sein. Dieser Satz bringt Herolds komplexe Polizeikonzeption auf den Punkt. Der islamistische Terrorismus hingegen, der gegenwärtig die Welt erschüttert, unterscheidet sich vom bundesdeutschen Terrorismus der siebziger Jahre wesentlich. Strebte die RAF danach, Attentate auf Personen in gesellschaftlichen Schlüsselpositionen zu verüben und hierbei einer Festnahme möglichst zu entgehen, so zielt der islamistische Terror auf schwer zu schützende Ziele in der Zivilbevölkerung. Dabei nehmen die Attentäter neben hohen Opferzahlen auch den eigenen Tod in Kauf. Das repressive Strafrecht als „schärfstes Schwert des Staates“ ist von seinem Zweck her für Bedrohungen dieser Art ungeeignet: Die Abschreckung mittels Sanktionierung der Tat (negative Generalprävention) kann bei einem zu allem entschlossenen Täter nicht erreicht werden. Die Sicherung der Gesellschaft durch die Einschließung des Täters (negative Spezialprävention) erübrigt sich bei einem Selbstmordattentäter, wenn dieser nicht vor der Ausführung gefasst wird. Der Herold'sche Ansatz erscheint somit aktueller denn je.

Die seit dem 11. September 2001 knapp zwei Dutzend Maßnahmenbündel umfassende Anti-Terror-Gesetzgebung des Bundes gipfelte Ende 2008 in einem Terrorismusabwehr-Gesetz<sup>1</sup>, das dem Bundeskriminalamt die Aufgabe der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus übertrug. Neben der grundsätzlichen Zuständigkeit der Länder für die Gefahrenabwehr erhält nunmehr eine Bundesbehörde erstmals originäre präventive Zuständigkeiten. Die Ergänzung des Befugnis katalogs im BKAG schloss eine Reihe von Maßnahmen ein, die ein Handeln erlauben, obwohl noch keine Gefahr vorliegt. Dies scheint auf den ersten Blick einem Funktionswandel des Bundeskriminalamtes nach „Herold'schem Konzept“ zu entsprechen.

#### *II. Zur Polizeiphilosophie Horst Herolds*

Herolds Vision war, die Polizei von einem auf die Exekution starrer Normen beschränkten Instrument zu einer „wissenschaftlich arbeitenden, gleichsam gesellschaftssanitären, weder herrschenden noch beherrschten, sondern im wahren Wortsinne helfenden“ Institution zu wandeln.<sup>2</sup> Herrschaft sieht Herold hierbei begründet durch die Versteinigung von Irrtümern durch einen darauf beharrenden Überbau, die schließlich zur als objektiv empfundenen Basis der Gesellschaft

<sup>1</sup> Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt vom 25. Dezember 2008, BGBl. 2008 I, S. 3038.

<sup>2</sup> Herold, Gesellschaftlicher Wandel – Chance der Polizei?, Die Polizei 1972, S. 133 f.

würden.<sup>3</sup> Herrschaft drückt sich somit in unbeweglichen und nicht an gesellschaftlichen Wandel angepassten Rechtsnormen aus.<sup>4</sup> Die Polizei habe durch ihre unmittelbare Konfrontation mit der gesellschaftlichen Wirklichkeit ein „einzigartiges Erkenntnisprivileg, Einsichten zu gewinnen in eine Vielzahl und Vielfalt gesellschaftlich abweichender und gesellschaftsfeindlicher Verhaltensweisen, in Strukturdefekte der Gesellschaft“.<sup>5</sup> Die so gewonnenen Einsichten solle sie zur „Korrektur des Überbaus“<sup>6</sup> nutzen. Die Polizei sollte also als „sozialtechnologisches Erkenntnisorgan“<sup>7</sup> fungieren. Herold glaubte insofern an „die Objektivität und strenge Rationalität des wissenschaftlichen Erkenntnisprozesses“.<sup>8</sup> Sein Bestreben lag darin, komplexe Sachverhalte durch analytische Denkverfahren rationalen Gestaltungsmaßnahmen zu unterwerfen.<sup>9</sup> Die Polizei solle deshalb umfassende Daten über Verbrecher und Verbrechen erheben, zur Erforschung gesellschaftlicher Entstehungsvoraussetzungen von Kriminalität auswerten und die Ergebnisse dem Gesetzgeber überlassen.<sup>10</sup>

Eine zentrale Bedeutung bei der Herold'schen Funktion der Polizei kam deshalb der elektronischen Datenverarbeitung zu. Die seinerzeit aufkommenden technischen Möglichkeiten waren für Herolds Konzeptionen entscheidendes Hilfsmittel zur Erforschung der Kriminalität, aber auch zur Effektivierung und Steuerung der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr.<sup>11</sup> So könnte eine umfassend informierte Polizei, gesteuert durch objektive Informationen, politikfrei und selbstoptimierend wirken.<sup>12</sup> Zur Erfüllung einer solchen Funktion müsse aber die Organisationsstruktur der Polizei nach den Bedürfnissen eines Informationssystems ausgebaut werden. So forderte Herold die Zentralisation der Datensammlung, ihrer Auswertung und eine Weisungsbefugnis des Bundes bei (länder-)übergreifenden Phänomenen, bei gleichzeitiger Dezentralisation und Verselbständigung der Verbrechensbekämpfung in Regionalbereiche.<sup>13</sup> Das war die Vorwegnahme des BKA in seiner heutigen Gestalt.

### III. Der Funktionswandel des BKA

Bei Inkrafttreten des Grundgesetzes war eine Bundespolizei nach dem Willen der Alliierten Besatzungsmächte nicht vorgesehen. Prävention und Repression waren deswegen Aufgaben der Polizei in den einzelnen Ländern. Bereits mit der Industrialisierung und der Expansion der Städte im ausgehenden 19. Jahrhundert war aber ein stetig wachsendes Bedürfnis nach polizeilicher Zusammenarbeit entstanden, um auch überregional agierende Täter effektiv verfolgen zu können.<sup>14</sup> So wurde das BKA 1951 noch als zentrale Datensammelstelle ohne originäre Ermittlungsbefugnisse gegründet. Seine Funktion wandelte sich im Laufe der Zeit aber zusehends. Zur anfangs noch ausnahmsweisen Ermittlungsüber-

3 Herold, Polizei in der Gesellschaft, Die Polizei 1968, S. 261.

4 Winter, Politikum Polizei, 1998, S. 138.

5 Herold (Fn. 2), S. 134.

6 Herold (Fn. 3), S. 262.

7 Formulierung bei Winter (Fn. 4), S. 136.

8 Winter (Fn. 4), S. 140.

9 So zusammenfassend Ermisch, Personalbibliographie Dr. Horst Herold, 1981, S. IX.

10 Winter (Fn. 4), S. 140.

11 Ermisch (Fn. 9), S. IX f.

12 Herold, Weisungs- und politikfrei im Selbstlauf, Bürgerrechte & Polizei 1983, Heft 3, S. 63.

13 Herold, Polizei – nur staatlich oder kommunal?, Die demokratische Gemeinde 1970, S. 460 (461 f.); ders. (Fn. 2), S. 136 f.

14 Ausführlich zur Entstehungsgeschichte des BKA Albrecht, Im Dienst der inneren Sicherheit, 1988, S. 9 ff.

nahme auf Ersuchen oder Anordnung des Bundesinnenministers trat 1969 die Möglichkeit des Generalbundesanwaltes hinzu, das BKA in seinen Verfahren mit der Ermittlung zu betrauen. 1973 erhielt das BKA die Zuständigkeit für die Strafverfolgung in international organisierten Fällen der Herstellung von Falschgeld und Waffenhandel sowie bei politisch motivierten Straftaten gegen Verfassungsorgane. Mit der konstitutiven Neufassung des BKAG 1997 wurde das BKA endgültig zu einer Strafverfolgungsbehörde, erst für überregionalen Terrorismus, durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz 2002 auch für Computersabotage.

Die anfängliche Sammlung und Auswertung von Nachrichten mit länderübergreifendem Bezug verlor bereits 1969 ihre geografische Hürde. Nach der Einrichtung einer zentralen Haftdatei folgte der Datenaustausch mit anderen Behörden. Der zunächst auf Strafverfolgung bezogene Dienstverkehr mit ausländischen Behörden umfasste bald auch die Verhütung von Straftaten, und 2006 folgte die Einrichtung der noch heute umstrittenen Anti-Terror-Datei.

Der Bereich der Gefahrenabwehr machte eine ähnliche Entwicklung durch. Bereits seit Gründung des BKA gab es eine Sicherungsgruppe zum Schutz der Mitglieder der Verfassungsorgane, auch wenn hierfür eine gesetzliche Grundlage fehlte. Diese wurde 1973 nachgereicht, als dem BKA offiziell zum „unmittelbaren persönlichen“ Schutz der Mitglieder der Verfassungsorgane die Standardbefugnisse des Bundesgrenzschutzes eingeräumt wurden. Die hierfür fehlende ausdrückliche Verwaltungskompetenz des Bundes wurde aus der Natur der Sache hergeleitet, da es „eine wesentliche Aufgabe jedes Staates [sei], für den Schutz auswärtiger Staatsbesucher und der eigenen höchsten Organverwalter selbst zu sorgen“<sup>15</sup>. Daneben konnte das BKA zur Unterstützung der Länder in der Prävention informationelle Hilfe leisten oder personelle Hilfe entsenden, die jedoch unter der Weisung der Länderpolizei stand. Der unmittelbare Personenschutz erweiterte sich 1997 dann schließlich vom Bodyguard-System auf auch mittelbaren Schutz durch Ermittlung von in zeitlichem und räumlichem Zusammenhang mit der Schutzperson stehenden Gefahrenquellen.

Durch die Einräumung bundesweiter originärer Zuständigkeit in der Gefahrenabwehr komplettiert der Gesetzgeber jetzt jenen stetigen und schleichenden Wandel von der Informationszentrale zur umfassenden Sicherheitsbehörde, den das BKA von Beginn an schrittweise vollzog.

#### IV. Das neue BKAG

Wegen der grundsätzlichen Länderzuständigkeit für die Gefahrenabwehr bedurfte es auf diesem Sachgebiet einer ausdrücklichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Durch die Föderalismusreform<sup>16</sup> wurden deshalb die Kompetenztitel in Art. 73 Abs. 1 GG um eine Nr. 9a ergänzt. Hiernach hat der Bund die ausschließliche Gesetzgebungsbefugnis für *die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalpolizeiamt in Fällen, in denen eine länderübergreifende Gefahr vorliegt, die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde nicht erkennbar ist oder die oberste Landesbehörde um eine Übernahme „ersucht“*.

15 BT-Drs. 7/178, S. 7.

16 Art. 1 Nr. 6 lit. cc) des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006, BGBl. 2006 I, S. 2034.

Der Terrorismusbegriff kann unter Zuhilfenahme der im Gesetzentwurf erwähnten Art. 29 Abs. 2 und 31 Abs. 1 lit. e des EU-Vertrages<sup>17</sup>, der diesbezüglichen Präzisierung im EU-Rahmenbeschluss vom 13. Juni 2002<sup>18</sup> sowie des damit weitgehend konform gehenden § 129a Abs. 2 StGB ausgelegt werden.<sup>19</sup> Das Merkmal „Internationalität“ verlangt die (staats-) grenzüberschreitende Vornahme von Handlungen, die auf Terrorismus gerichtet sind,<sup>20</sup> und schließt somit auf Deutschland beschränkte Phänomene als Gegenstand aus.<sup>21</sup> Schwieriger zu deuten scheint das Merkmal der „Abwehr von Gefahren“.

Die Phänomene der organisierten Kriminalität und des Terrorismus intensivierten seit den 70er Jahren die Notwendigkeit des (seit jeher zumindest unnormiert existenten) polizeilichen Handelns in Form von Vorfeldbefugnissen jenseits einer Gefahrenschwelle.<sup>22</sup> Die Entwicklung des informationellen Selbstbestimmungsrechts machte aber durch die Anerkennung des Eingriffscharakters von Informationserhebungen<sup>23</sup> eine explizite rechtliche Legitimation dieses Tätigwerdens im Vorfeld konkreter Gefahren notwendig.<sup>24</sup> Diese – zumindest normative – Erweiterung des Sicherheitsauftrages war und ist nur schwerlich mit der Polizeirechtsdogmatik in Einklang zu bringen.<sup>25</sup> Ob *vorbeugende Bekämpfung von Straftaten, Vorbereitung auf künftige Gefahrenabwehr, Vorfeldermittlungen* und *Gefahrenvorsorge* Unterkategorien der klassischen Gefahrenabwehr sind, hängt schließlich davon ab, welche Bedeutung man dem Prinzip der Trennung von Polizei und Geheimdiensten beimisst. Die strikte Vorgabe der Alliierten, Polizei und Geheimdienste im Aufgaben- und Befugnisbereich zu trennen, ist im Laufe der Zeit durch unerlaubte Zusammenarbeit, Informationsaustausch und gesetzgeberische Entscheidungen unterminiert worden.<sup>26</sup>

Eine wörtliche Auslegung der Gesetzgebungskompetenz ist wegen des Streits zwischen rechtsdogmatischer und rechtstatsächlicher Interpretation des einfachrechtlichen Gefahrenabwehrbegriffes also wenig ergiebig und wegen der Autonomie verfassungsrechtlicher Begriffe auch nicht unbedingt notwendig. Dennoch stellt sich die Frage, ob die Bundeskompetenz im Hinblick auf den Schutz der grundsätzlichen Länderzuständigkeit für den Bereich der Sicherheit und Ordnung restriktiv auszulegen ist.<sup>27</sup> Dies würde dazu führen, „dass der Bund nur zur Normsetzung befugt ist, soweit es um die Abwehr von konkreten Gefahren durch den internationalen Terrorismus geht“.<sup>28</sup> Anderenfalls wären auch den Vorfeldbereich betreffende Normen gedeckt.

17 Konsolidierte Fassung des EU-Vertrages in der Fassung des Vertrages von Nizza, ABl. EU vom 24. Dezember 2002, Nr. C 325.

18 Art. 1 Abs. 1 Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung, ABl. EU vom 22. Juni 2002, Nr. L 164, S. 3, 4.

19 Tams, Die Zuständigkeit des Bundes für die Abwehr terroristischer Gefahren, DÖV 2007, S. 367 (373); Stettner, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl. 2007, Supplementum Art. 73 Rn. 53; Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, Art. 73 Rn. 46.

20 Kluth, in: ders. (Hrsg.), Föderalismusreformgesetz, 2007, Art. 73 Rn. 8; Stettner (Fn. 19), Art. 73 Rn. 53; ausführlicher: Degenhart (Fn. 19), Art. 73 Rn. 47.

21 BT-Drs. 16/813, S. 12.

22 Möstl, Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts, DVBl. 2007, S. 581 f.; Rachor, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, Kap. F Rn. 187.

23 BVerfGE 65, 1 (43 ff.) – Volkszählung.

24 Pieroth/Schlink/Kniesel (Hrsg.), Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl. 2008, § 1 Rn. 32, § 4 Rn. 17; Möstl (Fn. 22), S. 581.

25 Ausführlich zu dieser Problematik Denninger, in: Lisken/Denninger (Fn. 22), Kap. E Rn. 1 ff.; vereinfachend Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl. 2009, Rn. 200.

26 Pieroth/Schlink/Kniesel (Fn. 24), § 5 Rn. 1; Denninger, in: Lisken/Denninger (Fn. 22), Kap. E Rn. 177, 199.

27 Roggan, Das neue BKA-Gesetz, NJW 2009, 257 (258), der sich auf Stettner (Fn. 19), Art. 73 Rn. 54 bezieht.

28 Roggan, <http://www.heise.de/tp/r4/artikel/29/29614/1.html> (abgerufen am 22.10.2009), C.II.2.a.

Der verfassungsändernde Gesetzgeber wollte mit Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG der „besonderen Bedrohungslage im Bereich des internationalen Terrorismus Rechnung“ tragen.<sup>29</sup> Als grundlegendes (und einziges) Beispiel führt die Gesetzesbegründung eine Situation an, in der Hinweise zum internationalen Terrorismus aus dem Ausland kommen, ohne dass eine örtliche Zuständigkeit einer Polizeibehörde erkennbar ist, eine weitere Sachaufklärung aber geboten erscheint. Eine Landeszuständigkeit sei dann nicht erkennbar, wenn „die Betroffenheit eines bestimmten Landes durch sachliche Anhaltspunkte im Hinblick auf mögliche Straftaten noch nicht bestimmbar ist“.<sup>30</sup> Liegen sachliche Anhaltspunkte vor, die allein die örtliche Zuständigkeit einer bestimmten Polizeibehörde im Unklaren lassen, so werden diese naturgemäß einen in gewisser Weise konkreten Inhalt verzeichnen, an dem die weitere Sachaufklärung ansetzen kann. Begründen die Hinweise keine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts, so besteht zumindest ein Gefahrenverdacht, der aber ebenfalls konkret ist.<sup>31</sup> Die „weitere Sachaufklärung“ stellt sich dann als Gefahraufklärung dar,<sup>32</sup> bei der neben bloßen Erforschungseingriffen gegebenenfalls auch tatsächliche Gefahrenabwehrmaßnahmen durchgeführt werden können.<sup>33</sup> Das in der Gesetzesbegründung aufgezeigte Beispiel legt letztlich den Schluss nahe, der verfassungsändernde Gesetzgeber wollte Fälle mit besonderer Eilbedürftigkeit im Zweifel in die Hände des BKA legen. Abstrakte Gefahren, deren typische Abwehrmaßnahme die Verordnung ist,<sup>34</sup> sind naturgemäß nicht in besonderem Maße eilbedürftig. Daher scheinen bei teleologischer Betrachtung Normen zur Abwehr abstrakter Gefahren nicht von der Bundeskompetenz umfasst zu sein.<sup>35</sup> Auch reine Vorfeldmaßnahmen zur Verdachtsgewinnung, also „vorbeugende Verbrechensbekämpfung“ ohne Anfangsverdacht,<sup>36</sup> wenn sie auch nach einfachrechtlicher Begrifflichkeit zum Bereich der Gefahrenabwehr zählen, sollten nicht in die Kompetenznorm hineingelesen werden. Liegt kein Gefahrenverdacht vor, so beschränkt sich das Handeln auf die Überwachung möglicherweise gefährlicher Bestrebungen. Für die Übertragung einer klassisch geheimdienstlichen Tätigkeit ist aber zwischen den Zeilen einer Gesetzgebungskompetenz – die ohnehin schon Ausnahme zur Regel ist – kein Platz. Insbesondere ergibt sich ein solches Bedürfnis auch nicht aus der Gesetzesbegründung. Die Kompetenz muss also als Ausnahme des Grundsatzes der Länderzuständigkeit restriktiv ausgelegt werden.<sup>37</sup> Dies legt eine teleologische Verfassungsinterpretation von Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG nahe, die die Bundeszuständigkeit für die Normsetzung zur Gefahrenabwehr letztendlich auf die Abwehr konkreter Gefahren, beziehungsweise die Erforschung konkreter Gefahrenverdachtsmomente, beschränkt und den abstrakten Gefahrenbereich sowie das verdachtsunabhängige Vorfeld von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes unberührt lässt.<sup>38</sup>

29 BT-Drs. 16/813, S. 12.

30 BT-Drs. 16/813, S. 12.

31 Hornmann, HSOG, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 31; a.A. Zöller, Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten, 2002, S. 99.

32 Gusy (Fn. 25), Rn. 193, 195.

33 BVerwGE 39, 190 (196) – Maßnahmen der Gefahrenabwehr.

34 Vgl. Darnstädt, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge, 1983, S. 28, 99 ff.

35 Zum Unterschied zwischen abstrakten und konkreten Gefahren ausführlich Denninger, in: Lisken/Denninger (Fn. 22), Kap. E Rn. 42 ff.; Pieroth/Schlink/Kniesel (Fn. 24), § 4 Rn. 9.

36 Rieger, Die Abgrenzung doppelfunktionaler Maßnahmen der Polizei, 1994, S. 68 f.

37 Roggan (Fn. 27), S. 258; Wolff, Die Bundesländer und die Gewährleistung der Inneren Sicherheit, in: Mertes/Robbers (Hrsg.), Antworten auf den internationalen Terrorismus, 2007, S. 77.

38 So auch Wolff (Fn. 39), S. 73; vgl. auch Möstl, A-Drs. 16(4)460I, S. 5 (die Stellungnahmen vor dem Innenausschuss des Bundestages sind abrufbar unter <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/a04/anhoeungen/Anhoeuerung15/index.html> - abgerufen am 5.11.2009).

### 1. Die neue Aufgabe des BKA

Diesen verfassungsrechtlichen Rahmen füllt seit dem 1. 1. 2009 das Terrorismusabwehrgesetz aus, indem es das BKAG um eine neue Aufgabe und diesbezügliche Befugnisse bereichert. Demnach *kann* das Bundeskriminalamt *die Aufgabe der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus in Fällen wahrnehmen, in denen eine länderübergreifende Gefahr vorliegt, die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde nicht erkennbar ist oder die oberste Landesbehörde um eine Übernahme „ersucht“* (§ 4a Abs. 1 S. 1 BKAG). Satz 1 des ersten Absatzes ist somit bezüglich der Voraussetzungen wortgleich mit der Kompetenznorm in Art. 73 GG. Erfasst werden soll laut der Entwurfsbegründung „dem üblichen Sprachgebrauch des Polizeirechts entsprechend, die Abwehr der konkreten Gefahr“,<sup>39</sup> auch wenn dies nicht im Gesetzestext betont wurde.<sup>40</sup> Insofern hält sich die Norm passgenau im Rahmen der oben aufgezeigten Gesetzgebungskompetenz des Bundes.<sup>41</sup>

Die neue Aufgabennorm konkretisiert den Begriff des „internationalen Terrorismus“ zunächst nicht, sondern übernimmt die Formulierung aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG. Die Reichweite der Kompetenz des BKA ist aber entscheidend bedingt durch die Auslegung dieses Begriffs. Um dem Gebot der Normenklarheit zu genügen, müssen unbestimmte Rechtsbegriffe zwar nicht klar definiert, aber zumindest hinreichend bestimmbar sein.<sup>42</sup> Erst in § 4a Abs. 1 S. 2 BKAG findet sich eine wortgleiche Wiedergabe der Terrorismusumschreibung aus § 129a StGB. Diese gilt für eine Aufgabennorm als hinreichend konkret.<sup>43</sup> Zur Auslegung hätte allerdings ein Verweis auf das StGB genügt. Der Zweck dieses Absatzes geht bei näherer Betrachtung jedoch weit über eine bloße Begriffsbestimmung hinaus.

Während § 4a Abs. 1 S. 1 BKAG seinem Wortlaut nach die Abwehr von Gefahren erfasst, spricht Satz 2 darüber hinaus von der *Verhütung* bestimmter Straftaten. Das BKA soll „im Rahmen seiner Aufgabe“ auch Straftaten, die entsprechend § 129a Abs. 2 StGB eine terroristische Zielrichtung aufweisen, verhüten können.<sup>44</sup> „Im Rahmen seiner Aufgabe“ meint hierbei eine Beschränkung auf Straftaten im Sinne des § 129a StGB, die „in Deutschland begangen werden und einen internationalen Bezug aufweisen oder bei deren Begehung im Ausland ein Deutschlandbezug gegeben ist“.<sup>45</sup> Erfasst werden soll, über die Vereinigung im Sinne des § 129a StGB hinaus, auch die Einzelperson, „die sich anschickt, eine derartige Straftat zu begehen“.<sup>46</sup> Sieht man die Verhütung von Straftaten als Unterfall der Gefahrenabwehr, so ist es zunächst nicht ersichtlich, was der Gesetzgeber damit beabsichtigt, wenn er diese Aufgabe zusätzlich neben der Gefahrenabwehr in Satz 2 regelt.<sup>47</sup> Eine bloße Konkretisierung<sup>48</sup> brächte keinen Nutzen. Zu beachten ist hier aber der Unterschied zwischen klassischer Gefahrenabwehr einerseits und *Verhütung, Verhinderung, vorbeugender Bekämpfung von Straftaten* sowie *vorbeugender Gefahrenabwehr* (vgl. etwa § 1 Abs. 4 HSO) andererseits. Dies mag alles in den Bereich der Gefahrenabwehr fal-

39 BT-Drs. 16/9588, S. 49.

40 Vor Missverständnissen deshalb warnend Geiger, A-Drs. 16(4)460H (Fn. 38), S. 10.

41 So auch Gusy, A-Drs. 16(4)460A (Fn. 38), S. 6.

42 Vgl. BVerfGE 45, 400 (420) – Oberstufenreform.

43 So Gusy (Fn. 41), S. 6, der sich zwar auf § 4a Abs. 1 S. 2 BKAG bezieht, was aber wegen der gleichlautenden Formulierung in § 129a StGB übertragbar ist.

44 BT-Drs. 16/9588, S. 49.

45 BT-Drs. 16/9588, S. 50.

46 BT-Drs. 16/9588, S. 49.

47 So zumindest Geiger (Fn. 40), S. 10.

48 So Dathe, A-Drs. 16(4)460F (Fn. 38), S. 2.

len,<sup>49</sup> was freilich äußerst umstritten ist; Verhütung und Vorbeugung von Gefahren oder Straftaten setzt jedoch weder eine konkrete Gefahr noch einen Gefahrenverdacht voraus.<sup>50</sup> Mit § 4a Abs. 1 S. 2 BKAG wird somit der thematische Bereich der Gefahrenabwehr im Gleichschritt mit den Vorschriften des Landespolizeirechts erweitert,<sup>51</sup> zudem wird die Schwelle für eine Zuständigkeit des BKA in das Vorfeld konkreter Gefahren verlegt. Die Bundesregierung sieht dagegen in Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG erst gar keine Beschränkung auf die Abwehr konkreter Gefahren. Eine solche Beschränkung entspreche nicht der allgemeinen polizeirechtlichen Systematik der meisten Landespolizeigesetze.<sup>52</sup> Diese Systematik kann dabei jedoch insofern kein Maßstab sein, als polizeirechtliche Vorschriften des Bundes die Ausnahme- und deshalb restriktiv zu verstehen - sind. Die Einwände der Bundesregierung im Gesetzgebungsverfahren zum Terrorismusabwehrgesetz finden obendrein keinen Anknüpfungspunkt in der Gesetzesbegründung zur Föderalismusreform. Im Gegenteil, auch der Bundesrat hat den verfassungsrechtlichen Rahmen eng interpretiert.<sup>53</sup> Ferner stellt sich die Frage, weshalb § 4a Abs. 1 S. 2 BKAG über den mit Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG wortgleichen § 4a Abs. 1 S. 1 BKAG hinausgehen sollte, wenn sein Inhalt doch mit erfasst sei.

Unter Zugrundelegung der oben erläuterten Auslegung von Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG ist der von der Gefahrenschwelle unabhängige Vorfeldbereich von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes nicht erfasst und läge somit weiterhin im Kompetenzbereich der Länder.<sup>54</sup> § 4a Abs. 1 S. 2 BKAG erweist sich damit als verfassungsrechtlich bedenklich. Es mag deshalb nicht verwundern, dass die Aufgabe der Straftatenverhütung in einer nicht unbedingt zur Auslegung notwendigen, aber wortreichen Definition verpackt wird.

Ebenfalls ungenau ist das Merkmal der Internationalität. Dieses könne „für lediglich in Deutschland tätige Gruppen durch Einbindung in international propagierte ideologische Strömungen“, namentlich des weltweiten „Jihad“, erfüllt sein.<sup>55</sup> Bei einer solchen Auslegung wären bereits „unbestimmte ideologische Strömungen ohne organisatorische Konturen“ ausreichend, um die Aufgabe des BKA zu begründen. Diese würde sich somit „nicht als Antwort auf neue Fälle des internationalen Terrorismus, sondern als Schaffung einer zentralen Bundesbehörde mit der Kompetenz, den Terrorismus insgesamt und nicht nur international zu bekämpfen,“ erweisen.<sup>56</sup> Die missverständliche „Einbindung“ sollte einen organisatorischen Handlungszusammenhang fordern. Anderenfalls handelte es sich um einen „deutschen“ Terrorismus, der mit international verbreitetem Gedankengut sympathisiert. Auf diese Weise ließe sich in einer vernetzten Terror-Welt ein internationaler Bezug nahezu immer finden. Die zweifellos deutsche Terrororganisation „Rote Armee Fraktion“ sah sich in ihrem Selbstverständnis als „kommunistische, antiimperialistische Stadtguerilla nach süd-amerikanischem Vorbild“. Gerade Phänomene wie die RAF sollten von der gefahrenabwehrrechtlichen Bundeskompetenz eigentlich nicht erfasst werden.<sup>57</sup> Der internationale Bezug muss sich also vielmehr aus einer staatenübergreifenden

49 Anderer Auffassung: Roggan, A-Drs.16(4)460B (Fn. 38), S. 2, 3; ders. (Fn. 27), S. 258; Weßlau, Vorfeldermittlungen, 1989, S. 158 ff.

50 Weßlau (Fn. 50), S. 25 ff.

51 Anders, wenn man von der Dreiteiligkeit der Polizeiaufgaben ausgeht. So Roggan (Fn. 49), S. 2. Vgl. hierzu Denninger, in: Lisken/Denninger (Fn. 22), Kap. E Rn. 5 ff.

52 Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 16/10121, S. 108.

53 Vgl. Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 16/10121, S. 104.

54 Mit dem gleichen Ergebnis, aber bei Gebrauch des Vorfeldbegriffes Möstl (Fn. 38), S. 5.

55 BT-Drs. 16/9588, S. 50.

56 So Deutscher Anwaltverein, A-Drs.16(4)472 (Fn. 38), S. 7 f.

57 Heintzen, in: Starck (Hrsg.), Die Föderalismusreform, 2007, Rn. 97.

## 2. Doppelzuständigkeit

Die Aufgabenwahrnehmung durch das BKA soll in „gegenseitigem Benehmen“ erfolgen, wodurch die Befugnisse der Länder und anderer Polizeibehörden des Bundes unberührt bleiben sollen (§ 4a Abs. 2 BKAG). Benehmen soll hierbei nicht etwa Einvernehmen bedeuten, sondern eine Unterrichtung der beteiligten Behörden über die Aktivitäten des BKA mit Gelegenheit zur Stellungnahme. Zustimmung oder ein gemeinsamer Entschluss zur Gefahrenbewältigung werden nicht vorausgesetzt.<sup>59</sup> Diese Regelung lässt offen, wann, wie oft und zu welchen Inhalten im Detail Stellung genommen werden soll.<sup>60</sup>

Viel bedenklicher ist jedoch, dass dies zu mehreren, parallel zueinander und unabhängig voneinander laufenden Verfahren zur Bewältigung ein und derselben Gefahr führen kann. Auf praktischer Ebene heißt das im schlimmsten Falle eine Verdopplung der Kosten durch Personal und Material, ein doppeltes Risiko der Entdeckung bei heimlichen Maßnahmen sowie die Gefahr von Ermittlungspannen und Kompetenzgerangel. Doppelte Datenerhebungen können als Eingriffe unverhältnismäßig sein.<sup>61</sup> Zu vermeiden wäre dies durch klare Zuständigkeiten und eindeutige Erkennbarkeit der Verantwortlichkeit,<sup>62</sup> insbesondere bezüglich Gefahrenbewertungen und Handlungskoordination.<sup>63</sup>

In erster Linie begegnet die „Benehmensregel“ aber verfassungsrechtlichen Bedenken. Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip fordern eine hinreichend klare und in sich widerspruchsfreie Bestimmung von Verwaltungszuständigkeiten, um eine für den Bürger notwendige klare Verantwortungszuordnung zu schaffen.<sup>64</sup> Die abgrenzende Kompetenzverteilung des Grundgesetzes (Art. 30 und Art. 83 ff.) ist Ausformung des bundesstaatlichen Prinzips und zugleich ein Element der Gewaltenteilung.<sup>65</sup> Eine Doppelzuständigkeit von Bund und Ländern, auf deren Grundlage derselbe Gegenstand unterschiedlich geregelt werden könnte, ist deswegen mit der Abgrenzungsfunktion der Kompetenznormen unvereinbar.<sup>66</sup> Zwar bezieht sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes nur auf das Bundeskriminalamt, wodurch eine Parallelgesetzgebung bezüglich der Verwaltung ausgeschlossen ist. Bei paralleler Zuständigkeit für den gleichen Lebenssachverhalt muss jedoch einfachrechtlich klargestellt werden, wer in der Gefahrenabwehr die rechtliche und politische Verantwortung trägt.<sup>67</sup> Dies hätte eine zuständigkeitsverdrängende Wirkung der Verfahrenseinleitung durch das BKA bewirken können. Der Ruf danach<sup>68</sup> blieb im Gesetzgebungsverfahren ungehört.<sup>69</sup>

Trotzdem muss die Parallelzuständigkeit so umgesetzt werden, dass in der Verfahrenspraxis weder Hindernisse durch Kompetenzkonflikte noch Effizienzver-

58 So Tams (Fn. 19), S. 373.

59 BT-Drs. 16/9588, S. 51.

60 Deutscher Anwaltverein (Fn. 56), S. 7.

61 Roggan (Fn. 27), S. 258; Geiger (Fn. 40), S. 9.

62 BR-Drs. 860/1/08 (neu), S. 2.

63 Vgl. Geiger (Fn. 40), S. 9; Dathe (Fn. 49), S. 2; Deutscher Anwaltverein (Fn. 56), S. 6.

64 BVerfG 1 BvR 2433/04 v. 20.12.2007, Abs.-Nr. 158; BVerfG 1 BvR 2036/05, Abs.-Nr. 16.

65 BVerfG 1 BvR 2036/05 v. 14.5.2007, Abs.-Nr. 16; BVerfGE 104, 249 (274) – *Biblis A*.

66 BVerfGE 104, 249 (267) – *Biblis A*; BVerfGE 67, 299 (321) – *Laternengarage*; BVerfGE 61, 149 (204) – *Amtshaftung*; BVerfGE 36, 193 (202 f.) – *Journalisten*.

67 Vgl. Deutscher Anwaltverein (Fn. 56), S. 6.

68 Vgl. Deutscher Anwaltverein (Fn. 56), S. 7; ebenso Schaar, A-Drs. 16(4)460E (Fn. 38), S. 2 f.

69 Vgl. BT-Drs. 16/9588, S. 50.

luste durch mangelhafte Zusammenarbeit entstehen.<sup>70</sup> So wird vorgeschlagen, die Benehmensregelung in der Weise auszulegen, dass für jede eingriffsrelevante Maßnahme ein Ergebnis gefunden werden muss, das nicht erforderliche Mehrfacheingriffe verhindert.<sup>71</sup> Eine Vorgabe durch den Gesetzgeber wäre hier wünschenswert gewesen, zumal Vereinfachung und Effizienzsteigerung immerhin ausdrückliche Ziele des Terrorismusabwehrgesetzes im Besonderen<sup>72</sup> und des Föderalismusreformgesetzes im Allgemeinen<sup>73</sup> waren.

### 3. Ermittlungshoheit

Das im Polizeirecht gültige Opportunitätsprinzip birgt gerade in Fällen des internationalen Terrorismus einen für den Funktionswandel des BKA äußerst bedeutsamen Konfliktfall. Ist das BKA für die Gefahrenabwehr eigenverantwortlich dem Opportunitätsprinzip unterstellt, so gilt hingegen für die Fälle der Strafverfolgung die Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft gemäß § 152 Abs. 2, § 160 Abs. 1, § 161 Abs. 1 S. 2 StPO, die eine Weisungsbefugnis begründet. Für letztere Fälle gilt das Prinzip der Legalität.<sup>74</sup>

Eine für terroristische Bedrohungen typische fortdauernde Gefahrenlage könnte die Zuständigkeit des für die Gefahrenabwehr verantwortlichen BKA gemäß § 4a Abs. 1 BKAG begründen. Durch die Organisationsdelikte der §§ 129a, 129b StGB ist aber auch der Anwendungsbereich des Strafrechts durch das Abstellen auf die Zweckrichtung der Vereinigung unter Verzicht auf konkrete Gefährdungen oder Rechtsgutsverletzungen derart vorverlagert worden, dass diesen Normen eine präventive Wirkung zugesprochen wird.<sup>75</sup> Dies führt letztlich dazu, dass die Strafverfolgung in diesen Fällen „nicht erst mit dem Anfangsverdacht, sondern bereits mit der Prüfung und Klärung, ob die Voraussetzungen des Anfangsverdachts für eine verfolgbare Straftat (§ 152 Abs. 2 StPO) vorliegen“, beginnt.<sup>76</sup>

Dieses ‚Gesinnungsstrafrecht‘ überschneidet sich daher weitgehend mit dem Bereich des Gefahrenverdachts. Es stellt sich also die Frage, ob die Ermittlungshoheit gemäß § 4a Abs. 1 BKAG in den Händen des BKA oder bei der Bundesanwaltschaft gemäß § 142a Abs. 1 S. 1, § 120 Abs. 1 Nr. 6 GVG in Verbindung mit § 129a oder b StGB liegt. Damit einher geht die Frage nach dem anzuwendenden Verfahrensprinzip: Legalität, also Verfolgungszwang, oder Opportunität, also Ermessen des BKA. Ebenso wird dadurch entschieden, ob die konkrete Rechtsgrundlage aus dem Strafprozessrecht, also der StPO, oder aus dem Polizeirecht und damit aus dem BKAG, stammt.

Diese „Gemengelage“ gehören zum Polizeialltag und sind in der allgemeinen Praxis sachgerecht zu bewältigen.<sup>77</sup> So entscheidet der Beamte bezüglich der einzelnen Maßnahme nach der Schwerpunktformel<sup>78</sup> (Dominanzentscheidung). Für nicht eindeutige Fälle wird die Auffassung vertreten, dass „im Zweifel die Wahrung des Rechts wichtiger als die Sanktion seiner Verletzung, die Abwehr erst drohender Gefahren wichtiger als die Verfolgung schon begangener Strafta-

70 Deutscher Anwaltverein (Fn. 56), S. 6.

71 Poscher, A-Drs. 16(4)460J (Fn. 38), S. 19.

72 BT-Drs. 16/9588, S. 36.

73 BT-Drs. 16/813, S. 7, 8.

74 Ausführlich zum Legalitätsprinzip Rachor, in: Lisken/Denninger (Fn. 22), Kap. F Rn. 143 ff.

75 Vgl. BGH NStZ 1995, 601 ff.

76 Geiger (Fn. 40), S. 8; ähnlich Roggan (Fn. 27), S. 258.

77 So Denninger, in: Lisken/Denninger (Fn. 22), Kap. E Rn. 192.

78 Zur Schwerpunktformel Rieger (Fn. 38), S. 84 ff.; Rachor, in: Lisken/Denninger (Fn. 22), Kap. K Rn. 29 m.w.N. Ablehnend Deutsch, Die heimliche Erhebung von Informationen und deren Aufbewahrung durch die Polizei, 1992, S. 182.

ten<sup>79</sup> sei (Prädominanz der Prävention). Gestützt wird diese Ansicht einerseits auf Verwaltungsvorschriften<sup>80</sup>, die ein einvernehmliches Zusammenwirken von Polizei und Staatsanwaltschaft sowie ein Abwägen im Einzelfall fordern, ob Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung vorrangig ist. Die letzte Entscheidung darüber wird auch hier dem Polizeibeamten überlassen.<sup>81</sup> Andererseits wird in der Literatur<sup>82</sup> der generelle Vorrang der Prävention vor der Repression mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>83</sup> begründet. Diese scheint für obigen Konfliktfall allerdings nicht zu passen. Der dort angesprochene Präventionsvorrang bezieht sich auf die Wahl der Mittel des Gesetzgebers zur Erfüllung seiner staatlichen Schutzpflichten. So sollte die (gesetzgeberische) Erfüllung dieser Pflichten vornehmlich durch Verhindern des Eintritts von Gefahren erfolgen – nicht erst durch Verfolgung nach Gefahreintritt.<sup>84</sup> Dies sagt aber nichts darüber aus, welche von zwei zuständigkeitsbegründenden Rechtsgrundlagen im Einzelfall den Vorzug und damit die Verfahrensherrschaft verdient.

Für das Verhältnis des BKA zur Bundesanwaltschaft in Fällen internationalen Terrorismus‘ erscheint es mitunter wenig sachgerecht, die Dominanzentscheidung über den Schwerpunkt der Maßnahme und somit über die Zuständigkeit dem einzelnen BKA-Beamten vor jeder einzelnen Maßnahme zu überlassen. Die Abgrenzung der Kompetenz erscheint durch den Rang der durch Terrorismus gefährdeten Rechtsgüter zu wichtig, um einen möglichen Streit über die Zuständigkeit erst im Konfliktfall der Entscheidung durch die Rechtsprechung anheim zu stellen.<sup>85</sup> Solch wesentliche Aspekte sind vielmehr durch den Gesetzgeber zu regeln. Im BKAG finden sich hierzu jedoch keine Regelungen. Insbesondere gibt es keine Pflicht des BKA, der Bundesanwaltschaft Sachverhalte mitzuteilen, die ihre Zuständigkeit begründen könnten. Zwar sind nach § 4 Abs. 3 BKAG die „für die Strafrechtspflege und die Polizei zuständigen obersten Landesbehörden [...] unverzüglich zu benachrichtigen, wenn das Bundeskriminalamt polizeiliche Aufgaben auf dem Gebiet der Strafverfolgung wahrnimmt; außerdem sind unverzüglich zu benachrichtigen die zuständigen Landeskriminalämter, der Generalbundesanwalt in den Fällen, in denen er für die Führung der Ermittlungen zuständig ist“ – also gerade in Fällen terroristischer Straftaten. Eine generelle Pflicht zur unverzüglichen Weiterleitung von Vorgängen an die Staatsanwaltschaft besteht gemäß § 163 Abs. 2 S. 1 StPO,<sup>86</sup> in der Praxis erfolgt diese Weiterleitung aber gerade nicht unverzüglich, sondern meist erst bei Anklagereife.<sup>87</sup> Laut den Leitsätzen im „Gesamtbericht der Gemeinsamen Kommission der Konferenzen der Justizminister/-senatoren und Innenminister/-senatoren über die Neugestaltung des Verhältnisses Staatsanwalt – Polizei“ erfolgt eine Übersendung der Ermittlungsvorgänge in der Regel nach zehn Wochen, wobei eine –

79 Pieroth/Schlink/Kniesel (Fn. 24), § 2 Rn. 12.

80 Gemeinsame Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren des Bundes und der Länder über die Anwendung unmittelbaren Zwanges durch Polizeibeamte auf Anordnung des Staatsanwalts.

81 Pieroth/Schlink/Kniesel (Fn. 24), § 2 Rn. 12. Ähnlich auch Punkt 6.4 der Gemeinsamen Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Zusammenarbeit bei der Verfolgung der Organisierten Kriminalität.

82 Vgl. Pieroth/Schlink/Kniesel (Fn. 24), § 2 Rn. 12.

83 BVerfGE 39, 1 (44) – Schwangerschaftsabbruch I.

84 BVerfGE 30, 336 (350) – Jugendgefährdende Schriften.

85 Geiger (Fn. 40), S. 9.

86 Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl. 2008, § 6 Rn. 106.

87 Beulke (Fn. 87), § 6 Rn. 106, mit Hinweisen auf diesbezüglich kritische Literatur in § 6 Fn. 15.

mangels Kenntnis von Ermittlungsvorgängen leer laufende – Weisungsbefugnis der Staatsanwaltschaft anerkannt wird.<sup>88</sup>

Diese Benachrichtigungsverpflichtungen beziehen sich aber auf Fälle, in denen die Polizei in Bezug auf Straftaten ermittelt. Eine Einordnung in den Bereich der Strafverfolgung muss aber erst einmal getroffen werden. Konkret doppel funktionale Situationen werden von diesen Vorschriften zumindest nicht eindeutig erfasst.

Anhand dieses Regelungsdefizits lässt sich eine gewisse Tendenz erkennen. Aufgrund der Reichweite der §§ 129a, b StGB bliebe nur wenig Raum für rein präventive Maßnahmen, wenn man nicht von einem Präventionsvorrang ausginge. Ein solcher würde bedeuten, dass die Möglichkeit bestünde, die Zuständigkeit der Bundesanwaltschaft auf die Phasen zu beschränken, in denen Anschläge verübt oder zumindest versucht worden sind.<sup>89</sup> In diesem Sinne kann auch die Begründung des Gesetzentwurfes verstanden werden, nach der „nur eine Tätigkeit des BKA im Rahmen der Strafverfolgung in Betracht“ komme, wenn „eine Straftat im Sinne von § 4a Abs. 1 Satz 2 beendet“ ist und „aus ihr auch sonst keine weitere Gefahr oder kein fortdauernder Schaden für die öffentliche Sicherheit“<sup>90</sup> erwächst. Dies würde im Endeffekt eine weitgehende Verschiebung der Zuständigkeit zur Terrorismusbekämpfung von der Bundesanwaltschaft zum Bundeskriminalamt bedeuten.<sup>91</sup> Damit wäre durch die Begründung einer – mit den §§ 129a, b StGB weitläufig deckungsgleichen – Gefahrenabwehrzuständigkeit eine Emanzipation des Bundeskriminalamtes von der Verfahrensherrschaft der Generalstaatsanwaltschaft angelegt.<sup>92</sup>

## V. Schlussbetrachtung

Ziel der Föderalismusreform war neben der Verbesserung der Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit von Bund und Ländern die Steigerung der Zweckmäßigkeit und Effizienz der Aufgabenerfüllung.<sup>93</sup> Um die „demokratie- und effizienz hinderliche“ „übermäßige institutionelle Verflechtung von Bund und Ländern“ abzubauen, sollten klarere Verantwortlichkeiten durch deutliche Abgrenzung geschaffen werden. Hierdurch sollten föderale Elemente der Solidarität und Kooperation ausbalanciert werden sowie die Entscheidungsabläufe und Verantwortlichkeiten für den Bürger transparenter gemacht werden.<sup>94</sup> Der Konfliktvermeidung wurde sogar Verfassungsrang und maßgeblicher Einfluss auf die teleologische Interpretation zugestanden.<sup>95</sup> Das neue BKAG scheint keinen dieser Punkte wirklich zu erfüllen, sondern birgt stattdessen einiges an Konfliktpotential. Dies zeigen nicht zuletzt die sechs anhängigen Verfassungsbeschwerden von Vertretern der Politik, des Deutschen Anwaltsvereins, der Bundesärztekammer, Journalisten und Bürgerrechtlern.<sup>96</sup>

88 Denninger, in: Lisken/Denninger (Fn. 22), Kap. E Rn. 181 f. Zur praktischen Vorrangstellung der Polizei gegenüber der Staatsanwaltschaft vgl. Pütter, in: Lange (Hrsg.), *Polizei der Gesellschaft*, 2003, S. 270 ff.

89 Vgl. Geiger (Fn. 40), S. 9.

90 BT-Drs. 16/9588, S. 54.

91 Geiger (Fn. 40), S. 9.

92 So auch Roggan (Fn. 27), S. 258.

93 BT-Drs. 16/813, S. 1.

94 BT-Drs. 16/813, S. 7, 8.

95 Heintzen, in: Starck (Fn. 57), Rn. 91.

96 Beispielhaft die Verfassungsbeschwerde der Bürgerrechtlerin Bettina Winsemann, einsehbar unter <http://www.heise.de/tp/r4/artikel/29/29614/1.html> (zuletzt abgerufen am 14.6.2010).

Die durch das Volkszählungsurteil festgestellte Eingriffsqualität von Informationserhebungen hat vor dem Hintergrund des Trennungsprinzips eine Diskussion um die Begrifflichkeit in der Gefahrenabwehr notwendig gemacht. Hierbei besteht die Gefahr einer verschleiernenden Legitimation des Funktionswandels des BKA in Richtung proaktiver Exekutivbehörde durch die Subsumtion diverser Vorfeldhandlungen unter den klassischen Präventionsbegriff.<sup>97</sup> Die Ausdehnung der polizeilichen Zuständigkeit weg von den Eingriffsschwellen der Gefahr oder des Gefahrenverdachts hat eine Schwächung des Konditionalprogramms staatlicher Eingriffe zur Folge.<sup>98</sup> Das klassische Wenn-Dann-Schema von Eingriffsvoraussetzung und Rechtsfolge erleichtert die gerichtliche Überprüfbarkeit und erhöht die Verantwortlichkeit des Gesetzgebers.<sup>99</sup> Zwar ist der Handlungsspielraum innerhalb eines Konditionalprogrammes begrenzter, es bleibt jedoch sogar bei Routineentscheidungen Raum für Ermessen und Interpretation.<sup>100</sup> Durch die Abkehr von diesem Konditionalprogramm in der Kriminalpolizei zeigt sich ein Systemwandel. Nicht mehr das einzelne Delikt, dessen Täter zu ermitteln ist, steht im Handlungsmittelpunkt, sondern eine vermutlich gefährliche Klientel soll überwacht und kontrolliert werden.<sup>101</sup> Dadurch ändert sich die soziale Funktion des BKA. Bei Verlagerung der Zuständigkeit in das Vorfeld von Verdachtsmomenten eröffnet sich die Möglichkeit eines Generalverdachts. Dies birgt die Gefahr in sich, dass das BKA – losgelöst von staatsanwaltschaftlicher Weisungsbefugnis und Gefahrenschwelle – dem Gewaltenteilungsprinzip zum Trotz als initiiierende, überwachende, ermittelnde und ausführende Behörde (allein durch die Möglichkeit der Auswahl der Verdächtigen) mehr politisch gestaltende Institution als Instrument der Sicherheitspolitik würde.

Diese gegenwärtige Entwicklung der Polizei auf Bundesebene entspricht entgegen dem ersten Anschein nicht der Konzeption Horst Herolds. Aus dem Erkenntnisprivileg der Polizei sollte die Einsicht in gesellschaftliche Vorgänge wachsen, um Probleme zu lösen, bevor sie entstehen. Eine verdachtslose Ermittlung war von Herold nicht gewollt. Seine Forderung nach Informationsgewaltenteilung macht deutlich, dass ein Zusammenlegen von polizeilichen und geheimdienstlichen Befugnissen, also exekutive Maßnahmen ohne die Hürde eines strafprozessualen Anfangsverdachts oder eines polizeirechtlichen Gefahrenverdachts, nicht in sein Polizeikonzept zu integrieren ist. Auf originäre Gefahrenabwehraufgaben war seine Philosophie von „sterilen“ Fahndungsformen und objektiviertem Strafprozess bei gleichzeitiger Öffentlichkeit der Beweiserhebung nicht ausgelegt. Der durch seine Vorstellungen beeinflusste Funktionswandel des BKA in den 1970er-Jahren scheint zwischenzeitlich seinen Kurs gewechselt zu haben.

97 Vgl. Lehne, Polizei und Prävention, Widersprüche 1987, Heft 25, S. 46 ff.; Hund, Polizeiliches Effektivitätsdenken contra Rechtsstaat, ZRP 1991, S. 467.

98 Narr, Das System ‚Innere Sicherheit‘, Bürgerrechte & Polizei 1994, Heft 2, S. 8.

99 Winter (Fn. 4), S. 75.

100 Luhmann, Politische Planung, 1983, S. 122.

101 Winter (Fn. 4), S. 77.