

HAMMPARTNER

RECHTSANWÄLTE

62. Deutscher Anwaltstag

Ausschuss Gefahrenabwehrrecht des DAV

„Evaluierung der Polizei- und Sicherheitsgesetze“

Rechtsanwältin Dr. Regina Michalke, Frankfurt am Main

Wolfgangstraße 92 · 60322 Frankfurt am Main

Telefon 069 · 9591900 und 069 · 550011 · Telefax 069 · 558400 · e-mail buero@hammpartner.de

www.HammPartner.de

I.

In den vergangenen Jahren wurde in Polizei- und Sicherheitsgesetzen eine ganze Reihe von staatlichen Eingriffsbefugnissen neu geschaffen. Unter dem Vorzeichen von Gefahrenabwehr und vorbeugender Verbrechensbekämpfung auf dem Gebiet von internationalem Terrorismus, OK, Internetkriminalität sind Ermittler und Sicherheitsbehörden mit einem breiten technischen und rechtlichen Instrumentarium ausgestattet worden.

Sie können die Telekommunikation von Personen überwachen,¹ technische Mittel zum Observieren einsetzen², heimlich in informationstechnische Systeme eingreifen und unsere Computer durchsuchen³, massenhaft personenbezogene und sonstige Daten erheben⁴ und dabei auch heimlich V-Leute und Verdeckte Ermittler einsetzen,⁵ Daten speichern⁶, an andere Stellen innerhalb und außerhalb des öffentlichen Bereichs übermitteln⁷ sowie Datenabgleiche mit den Dienststellen der Länder und des Bundes vornehmen.⁸ Schließlich ist es auch erlaubt, automatisch (d.h. massenhaft) Bilder von Fahrzeugen aufzuzeichnen mitsamt der Kennzeichen und Insassen⁹ sowie eine Rasterfahndung vorzunehmen¹⁰ - nur um einige Stichworte zu nennen.

Gemeinsam sind allen diesen Eingriffsbefugnissen im Wesentlichen drei Merkmale, die sie von anderen/früheren unterscheiden:

Erstens sind die Voraussetzungen für die Eingriffsbefugnisse niedrig. Dies macht den Einsatz aller dieser Maßnahmen für Polizei wie Sicherheitsbehörden leicht verfügbar. Es reicht im Wesentlichen aus, dass man sich auf das Vorliegen einer „Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung“ verständigt. Viel mehr ist in den Gesetzen zumeist nicht vorgesehen. So heißt es z.B. in § 6 HSOG¹¹: „*Verursacht eine Person eine Gefahr,*

¹ Z.B. § 20 n BKAG, § 12, 15, 15 a HSOG.

² § 20 b, 20 g BKAG, § 15 HSOG.

³ §§ 20 k, 20 l BKAG, § 15 b HSOG.

⁴ §§ 7,8, 9, 9a BKAG.

⁵ § 16 HSOG, 20 t BKAG.

⁶ § 20 HSOG.

⁷ § 22 f. HSOG.

⁸ § 25 HSOG.

⁹ § 14 a HSOG.

¹⁰ § 20 j BKAG, § 26 HSOG.

¹¹ Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung.

so sind die Maßnahmen gegen diese Person zu richten“. Das BKA kann nach § 20 a BKAG „zur Erfüllung seiner Aufgabe nach § 4 a Abs. 1 S. 1 [i.e. die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus] die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine Gefahr abzuwehren“.

Zweitens wirken die Eingriffsbefugnisse - jeweils für sich genommen und erst recht in ihrer Kombination - weit in den vom Grundrecht geschützten Kernbereich der privaten Lebensgestaltung der Bürger hinein. Dabei geht es nicht nur um die Privatsphäre von potentiell gefährlichen Personen oder möglichen/künftigen Tatverdächtigen, sondern auch um die von völlig unbeteiligten Personen. Auch Letztere, als die unbeteiligten Dritten, werden, wenn sie zufällig oder zwangsläufig als Mitbenutzer von Computer- oder Telekommunikationsgeräten oder als Passanten in die heimliche Überwachung oder Gefahrenabwehrmaßnahme geraten, ahnungslos in vermeintlicher Vertraulichkeit¹² betroffen. Ein klassisches Beispiel für eine polizeiliche Maßnahme, die die massenhafte Erhebung der Daten von Unverdächtigen geradezu voraussetzt, ist die sog. „negative Rasterfahndung“¹³. Ihr Zweck ist es nämlich, Nichtverdächtige auszuschließen.

Und **drittens** unterscheiden sich diese Eingriffsbefugnisse von den herkömmlichen polizeilichen Methoden dadurch, dass sie neu sind, was insbesondere bedeutet, das bislang nicht festgestellt ist, ob sie die ihnen zugedachte Aufgaben auch wirklich erfüllen können: Gefahren abzuwehren, Sicherheit herzustellen und Terrorismus und OK-Kriminalität im Ansatz zu ersticken. Es liegen so gut wie keine Erkenntnisse vor, z.B.

- ob sich mit Online-Durchsuchung, technischer Ortung von Handy's, flächendeckender Videoobservationen oder massenhaften Datenspeicherungen überhaupt Gefahren abwehren lassen und/oder sich unsere Sicherheit erhöhen lässt.
- Es gibt des Weiteren keine wissenschaftlichen Erfahrungswerte, ob Erkenntnisse im Hinblick auf „vorbeugende Verbrechensbekämpfung“ nicht auch mit herkömmlichen, weniger Eingriffsintensiven Mitteln zu erzielen wären¹⁴. Dabei liegt dies durchaus nicht fern. Man muss sich nur vor Augen halten, mit welchem technischen Überwachungs-, Kontroll- und Suchaufwand die Weltmacht

¹² BVerfGE 107, 321; hierzu auch Albers/Weinzierl (Hrsg.), Baden-Baden, 2010, Menschenrechtliche Standards in der Sicherheitspolitik, S. 9 ff.

¹³ Zum Begriff: Meyer-Goßner, Kom. StPO, 53. Aufl., Rn. 2 zu § 98 a StPO.

¹⁴ Z.B. Telefonüberwachung bei Vorliegen eines Tatverdachts.

USA nach dem Al-Qaida-Chef Bin Laden gesucht hat. Nur der Einsatz aller verfügbaren technischen Möglichkeiten, so wurde uns ein Jahrzehnt lang suggeriert, könne zu seinem Ergreifen führen und damit unser aller Sicherheit wieder herstellen. Es war dann aber doch „nur“ der Kurier Bin Ladens, dem man bis zu dem Anwesen in Pakistan folgte, das – man höre und staune – dem CIA sofort deshalb verdächtig vorkam, weil es weder über Telefon- noch Internetanschluss verfügte.¹⁵ Und erst, als Bin Laden erschossen war, haben die amerikanischen Spezialisten seine Computer und seine Videos mitgenommen und ausgewertet. Bei dem letzte Woche festgenommenen mutmaßlichen Kriegesverbrecher Ratko Mladic wurden nicht einmal im Nachhinein ein Handy oder ein Laptop gefunden.¹⁶

- Lohnend wäre nicht zuletzt eine Untersuchung, ob nicht die „Zielpersonen“ inzwischen alle diese modernen technischen Maßnahmen der Sicherheitsbehörden antizipieren, und ihre wichtigen Nachrichten z.B. längst wieder mit den herkömmlichen („guten, alten“) Kommunikationsformen wie z.B. einem persönlichen Boten ihres Vertrauens übermitteln.

Es ist also festzuhalten: Wir sitzen alle im Dunkeln, gleichwohl wird mit scharfer Munition geschossen. Dass per Zufall „der richtige“ getroffen wird, ist mathematisch zwar nicht ausgeschlossen. Sehr viel wahrscheinlicher werden aber viele „Kollateralschäden“ an Unschuldigen sein.

Soweit die Lage.

II.

Jetzt zur Frage: Darf der Staat eigentlich ein Eingriffsinstrumentarium legalisieren, das so wenig erprobt ist und bei dem es im Grund nur eine (schöne) Hoffnung ist, dass es im Sinne der gesetzgeberischen Zielsetzung tatsächlich effektiv ist?

Dem ehemaligen Reichskanzler Bismarck wird der Satz zugeschrieben: *„Beim Wurstmachen und beim Gesetzemachen darf man nicht zuschauen, weil es einem sonst*

¹⁵ <http://www.tagesschau.de/ausland/binladen140.html>.

¹⁶ <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,765194,00.html>.

*schlecht wird.*¹⁷ Wir sollten aber bei den neuen Polizei- und Sicherheitsgesetzen gerade ganz besonders genau hinsehen; wenn es uns dabei schlecht wird, ist das dann vermutlich das kleinere Übel.

Die Antwort lautet: Ja, der Gesetzgeber darf grundsätzlich auch dann Regelungen treffen, wenn über den Gegenstand des betreffenden Regelungsbereich ein mehr oder minder großes Maß an Ungewissheit über die künftige Entwicklung zu verzeichnen ist. Dies kommt häufiger vor, als man gemeinhin denkt. Z.B. sind Prognosen über wirtschaftliche oder soziale Veränderungen in einer Gesellschaft regelmäßig mit Unsicherheiten behaftet. Menschliches Verhalten orientiert sich nicht an Naturgesetzen, sondern ist nur in Grenzen vorhersehbar.¹⁸ Das gleiche gilt für Aussagen über technische Entwicklungen und Fortschritte, die in einem besonderen Maße unberechenbar und prognostisch fehleranfällig sind.¹⁹ Und auch die sog. politischen Unsicherheitslagen tragen das Merkmal der damit einhergehenden Ungewissheit über das in jedem Falle „richtige“ Vorgehen in sich. Oder wie es unser früherer Bundeskanzler Helmut Kohl ausdrückte: *„Prognosen sind schwierig, besonders, wenn sie die Zukunft betreffen“*²⁰.

Das Bundesverfassungsgericht räumt dem Gesetzgeber in Fällen unsicherer Prognosen über die Tauglichkeit von Gesetzen eine sog. „Einschätzungsprärogative“ über die zukünftigen Auswirkungen der von ihm geschaffenen Regelungen ein.²¹ Das heißt nicht, dass er zukünftige Entwicklungen ohne jede Tatsachengrundlage „fantasieren“ dürfte. Er darf keine „Prophetie“ betreiben, aber er kann auf den ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnissen Prognosen erstellen, um dann *„aufgrund des Übermaßverbotes und der Pflicht, das erreichbare Material zu nutzen, Gesetze mit einem Experimentaldesign versehen“*²².

¹⁷ Zit. nach Grimm, ZRP 2000, 87 ff.

¹⁸ Smeddinck, Integrierte Gesetzesproduktion – Der Beitrag der Rechtswissenschaft zur Gesetzgebung in interdisziplinärer Perspektive, Berlin 2006, S. 223 ff.; vgl. zu diesem Thema auch Stettner DVBl. 1982, 1123 ff.

¹⁹ Smeddinck, a.a.O., S. 223 ff.; Stettner DVBl. 1982, 1123 ff.

²⁰ Der Ausspruch soll auf Mark Twain zurückgehen, der Folgendes kalauerte: „Vorhersagen sind schwierig, besonders wenn sie die Zukunft betreffen“.

²¹ BVerfGE 50, 290, ff. / 331 ff.; 56, 54 ff. / 78 ff.; Bizer, KrimJ2003, 280 ff./290 m.w.N.

²² Smeddinck, a.a.O., S. 224 unter Hinweis auf Hoffmann-Riem, Experimentelle Gesetzgebung, S. 55, 69 und Mastronardi, LeGes 1998, 69, 82 ff.

Wenn der Gesetzgeber aber in diesem Sinne „experimentell“ vorgeht, ist es ihm nach der Verfassung aufgegeben sicherzustellen, dass die Wirksamkeit und Effektivität der entsprechenden Regelungen nach deren Inkrafttreten laufend beobachtet und evaluiert werden, und dass bei einem festgestellten Irrtum oder einer Änderung der Daten, die der früheren Prognoseeinschätzung zugrunde liegen, eine Nachbesserung oder Aufhebung des Gesetzes zu erfolgen hat; denn in diesen Fällen wird das Gesetz nicht mehr seinem Regelungs- bzw. Schutzzweck (Gefahrenabwehr, Sicherheit) gerecht, und es wird durch ein dann sinnleeres Gesetz willkürlich in Grundrechte der davon Betroffenen eingegriffen.²³

Das Bundesverfassungsgericht spricht insoweit von einer „Pflicht zum Nachfassen“²⁴ oder „Nachbessern“²⁵ von prognostisch bedingten Gesetzen und begründet dies wie folgt: *„Die Bindung des Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 20 Abs. 3 GG) erschöpft sich nämlich nicht in der Verpflichtung, bei Erlass eines Gesetzes die verfassungsrechtlichen Grenzen einzuhalten; sie umfasst auch die Verantwortung dafür, dass die erlassenen Gesetze in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz bleiben (BVerfGE 15, 337 [350])“*²⁶.

Das Bundesverfassungsgericht hatte in der Vergangenheit mehrfach Gelegenheit, sich zu dem Thema der Ungewissheit des Gesetzgebers über künftige Entwicklungen zu äußern.²⁷

In dem Urteil zum „Schnellen Brüter“ in Kalkar²⁸ ist z.B. zu lesen, dass die fehlende Gewissheit über das endgültige Restrisiko bei der friedlichen Nutzung von Kernenergie nur so lange von den Bürgern hingenommen werden müsse, als nach dem Stand von Wissenschaft und Technik durch die Genehmigung des Baues des Schnellen Brüters

²³ Vgl. hierzu u.a. BVerfGE 88, 203 ff. / 310; 95, 267 ff. / 314 f.

²⁴ BVerfGE 55, 274 ff. / 327.

²⁵ BVerfGE 56, 54 ff., 78; vgl. hierzu auch Stettner, DVBl. 1982, 1123 ff. / 1124.

²⁶ BVerfGE 88, 203 ff. / 310.

²⁷ Neben den nachfolgend dargestellten Entscheidungen auch diese: BVerfGE 92, 367 ff. / 396 ff. (ArbeitsförderungsG); BVerfGE 99, 367 ff. / 389 ff. (MitbestimmungsergänzungsG); BVerfGE 103, 271 ff. / 306 ff. (SGB XI); BVerfGE 110, 141 ff. / 159 ff. (Hundeverbringungs- und -einfuhrbeschränkungsG); BVerfGE 116, 202 ff. / 224 ff. (Berliner VergabeG), BVerfGE 120, 274 ff. / 322 ff. (Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Online-Durchsuchung).

²⁸ BVerfGE 49, 89 ff.

nicht in das Grundrecht auf Leben eingegriffen werde.²⁹ Es heißt dann weiter: „Sollten sich in der Zukunft Anzeichen dafür einstellen, dass von Kernkraftwerken des Typs Schneller Brüter Gefahren dieser Art mit einiger Wahrscheinlichkeit ausgehen werden ..., wäre der Gesetzgeber zu einem neuerlichen Tätigwerden verpflichtet“³⁰.

Im Urteil zur Mitbestimmung wurde vom BVerfG³¹ die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zur erweiterten Mitbestimmung von Arbeitnehmern bestätigt. Hier hatte sich der Gesetzgeber hinsichtlich der betriebswirtschaftlichen Voraussetzungen allein auf die Prognosen gestützt, dass die paritätische Mitbestimmung nicht – wie die Gegner behauptet hatten - zur Funktionsunfähigkeit der Unternehmen führt. Auch hier hat das Bundesverfassungsgericht betont, dass der Gesetzgeber dann zur Korrektur verpflichtet sei, wenn sich seine Beurteilung als Irrtum herausstelle sollte.

Der Entscheidung des BVerfG zum Fluglärm kommt deshalb besondere Bedeutung zu, weil das Gericht hierbei aus den verfassungsmäßigen Pflichten des Gesetzgebers zur Anpassung an veränderte Umstände sogar ein subjektives Recht der Bürger abgeleitet hat.³² Es hatten mehrere Anlieger eines Flughafens gegen den Gesetzgeber auf Unterlassen einer Anpassung des Luftverkehrsgesetzes geklagt. Ihr Argument: Seit Erlass des Gesetzes im Jahr 1959 hat sich das Flugverkehrsaufkommen um ein Vielfaches gesteigert und die Flugzeugindustrie hat größere Maschinen mit stärkeren (und damit lauterem) Motoren entwickelt.³³ Beides habe der Gesetzgeber aber nicht zum Anlass genommen, die Bürger durch eine Anpassung der Lärmschutzbestimmungen entsprechend zu schützen. Das Gericht bestätigte auch hier generell die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers.³⁴ Die Verfassungsbeschwerde der Bürger wurde zwar im Ergebnis zurückgewiesen. Das Bundesverfassungsgericht machte aber in den Entscheidungsgründen deutlich, dass ungeachtet der dem Gesetzgeber eingeräumten weiten Einschätzungsprärogative dann eine Nachbesserungspflicht besteht, wenn dies die einzige Möglichkeit

²⁹ Hierzu auch Smeddinck, a.a.O., S. 223 ff.

³⁰ BVerfGE 49, 89 ff. / 132.

³¹ BVerfGE 50, 290 ff.

³² BVerfGE 56, 54 ff. / 71; Stettner, a.a.O., S 1128.

³³ BVerfGE 56, 54 ff. / 70 ff. (zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen bei Klage betroffener Bürger).

³⁴ So auch VerfG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil v. 21.10.1999, DVBl. 2000, 262 ff. / 267.

sei, um verfassungsmäßige Zustände herzustellen. Diese Nachbesserungspflicht könne auch der einzelne Bürger aus eigenem Grundrecht einklagen.³⁵

III.

Der Vollständigkeit halber sei gesagt, dass der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung auch Beispiele zu entnehmen sind, in denen ein Gesetz wegen einer falschen Prognose des Gesetzgebers als nichtig aufgehoben wurde.³⁶ Dies kann immer dann geschehen, wenn die ehemals für den Erlass des Gesetzes maßgebliche Einschätzung von vornherein ohne tatsächliche Grundlage war, auch wenn deren Fehlerhaftigkeit erst zu einem späteren Zeitpunkt zu Tage tritt. Ein Fall, der vielleicht auf den ersten Blick kurios anmutet, aber den Kern des Problems zeigt, betraf die Aufhebung des Verbots der Versendung von Kleintieren „per Nachnahme“³⁷. Dies war zunächst nach einem ergreifenden Vortrag zweier Abgeordneten (gleichzeitig Funktionäre von Tierschutzvereinen) mit einem gesetzlichen Verbot belegt worden, bis sich wenig später herausstellte, dass seit Jahrzehnten völlig unbeschadet Mehlwürmer, Bienenköniginnen und Kleinsäugetiere regelmäßig mit der Post verschickt wurden.

Ein weiteres Gesetz, das als nichtig erkannt wurde, betraf die – von vornherein - fehlerhafte Aufteilung von Wahlkreisbezirken, die nicht der realen Bevölkerungsverteilung entsprach.³⁸ Das Bundesverfassungsgericht hat die Nichtigkeit jeweils damit begründet, dass sich der Gesetzgeber von fehlerhaften Annahmen und unvollständigen Erwägungen leiten lassen.³⁹

Demgegenüber wird der Gesetzgeber „nur“ auf Nachbesserung verpflichtet, wenn erst nach Erlass des Gesetzes eine maßgebliche Änderung der Voraussetzungen eintritt, die Grundlage seiner Prognose waren – sei es, dass die Veränderung der tatsächlichen/rechtlich/wissenschaftlichen Gegebenheiten erst später von statten ging, sei es dass die

³⁵ Stettner, a.a.O., S. 1127; BVerfG 54 ff. / 70 ff.

³⁶ Vgl. die Beispielfälle von Stenner, DVBl. 1982, 1123 ff. / 1124; s. auch BVerfGE 7, 377 (Apotheken nur auf staatliche Konzession).

³⁷ BVerfGE 36, 47 ff.

³⁸ BVerfGE 16, 130 ff.

³⁹ BVerfGE 36, 47 ff. / 64.

fehlerhafte Prognose im Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes (also ex-ante) nicht erkennbar war.⁴⁰

IV.

Man sollte angesichts dieses klaren Verfassungsgebots eigentlich meinen, dass es ein natürliches Anliegen des demokratischen Gesetzgeber sein müsse, aus eigener Initiative peinlich genau darauf zu achten, dass Gesetze, die auf ungewissen Prognosen basieren, regelmäßig einer gründlichen Prüfung unterzogen werden, ob die ihnen zugedachte Zielsetzung mit den gesetzlich vorgesehenen Mitteln überhaupt erreicht werden kann.⁴¹ Und man sollte auch meinen, dass der Gesetzgeber vor allem hierauf achtet, wenn elementare Grundrechte andernfalls auf dem Spiel stehen.

Bedauerlicherweise kann jedoch gerade bei den hier maßgeblichen „Sicherheitsgesetzen“ von einer Umsetzung dieser Verpflichtung zur Evaluation bisher keine Rede sein. Es gibt eine wachsende Zahl von Polizei- und Sicherheitsgesetzen. Nur einige dieser Gesetze enthalten Evaluierungsklauseln⁴². Sie fehlen insbesondere in Verfassungsschutzgesetzen auf Länderebene oder in Landespolizeigesetzen. Soweit in Einzelfällen Bewertungen (Evaluierungen) vorgenommen wurden⁴³, wie z.B. zu den deutschen Terrorbekämpfungsmaßnahmen, werden Zweifel an deren Qualität geltend gemacht, so z.B. von Seiten eines so fachkundiger Gremiums wie das der 79. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder, das die Ergebnisse der Evaluierung als eine „*inhaltlich und methodisch defizitäre Selbsteinschätzung*“ bezeichnete.⁴⁴

⁴⁰ Stettner, DVBl. 1982, 1123 ff. / 1125.

⁴¹ So bereits die Hoffnung Stettners, DVBl. 1982, a.a.O., S. 1128.

⁴² Z.B. Terrorismusbekämpfungsg v. 5.1.2007, BGBl. I, S. 2; Gemeinsame-Dateien-G vom 22.12.2006, BGBl. I, S. 3409; Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das BKA v. 25.12.2008, BGBl. 3083.

⁴³ Vgl. hierzu die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke vom 19.10.2010, BT-Drucks. 17/3335; die Anfrage: BT-Drucks. 17/3144.

⁴⁴ Entschließung der 79. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder vom 17./18. März 2010 zur Evaluierung, http://www.lfdi.saarland.de/images/stories/pdf/Aktuell_Datenschutz/entschl_evaluierung.pdf

Um zu verhindern, dass die verfassungsrechtlichen Institutionen gerade diejenigen bedeutenden politischen Entwicklungen, die jünger als die Verfassung sind⁴⁵, nicht mit der ihnen gebührenden Aufmerksamkeit bedenken, gäbe es den – wenn auch formell etwas schwierigen – aber für die Zukunft lohnenden Weg, nämlich die Einführung einer Evaluierungsregelung in das Grundgesetz. Die Schweiz hat in Art. 170⁴⁶ diesen modernen Ansatz einer Selbstkontrolle in ihre Verfassung aufgenommen. Mit ihm soll kontinuierlich und – einklagbar – die Wirksamkeit der Maßnahmen des Bundes überprüft und ausgewertet werden.⁴⁷ Auch wenn für die Bundesrepublik Deutschland dieses Modell aus verfassungsrechtlichen Gründen, auf die ich hier aus zeitlichen nicht näher eingehen kann, als nicht ohne Weiteres übertragbar angesehen wird,⁴⁸ sollte der Gesetzgeber, wenn er den Weg über die Verfassung nicht gehen will, doch überlegen, ob er nicht in den einfachen Gesetzen konkretere Evaluierungsklauseln installiert. Nicht zuletzt um dem möglichen Vorurteil entgegen zu wirken, er wolle die Hürden der Evaluation bewusst möglichst hoch hängen, um eine wirksame Kontrolle seiner Gesetzgebung zu erschweren. Bis jetzt lautet die gängige Evaluierungsklausel regelmäßig, wie z.B. für das BKAG, „§§ 4a, 20j und 20 k⁴⁹ (BKAG) ist 5 Jahre nach dem Inkrafttreten unter Einbeziehung eines wissenschaftlichen Sachverständigen, der im Einvernehmen mit dem Deutschen Bundestag bestellt wird, zu evaluieren“.⁵⁰ Darunter kann man mehr, aber auch wenig verstehen.⁵¹

V.

Wie soll also evaluiert werden? Hierzu von meiner Seite nur fünf Thesen (Weiteres wird Ihnen Herr Prof. Kugelmann dazu vortragen):

⁴⁵ So auch Grimm, Die Gegenwartsprobleme der Verfassungspolitik und der Beitrag der Politikwissenschaft, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1994, S. 338, 347.

⁴⁶ V. 18.4.1999 (AB Nr. 1999, 2946 ff.; AB SR 1999, 1400 f. ; AB Nr. 1998, 2950f.; AB SR 1998, 1401; BBl. 1999, 162 ff.; zitiert aus Smeddinck, a.a.O., S. 411, Fn. 2283.

⁴⁷ Smeddinck, a.a.O., S. 412.

⁴⁸ Smeddinck, a.a.O., S. 412 f. m.w.N.

⁴⁹ Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus, Rasterfahndung, Online-Durchsuchung.

⁵⁰ BT-Drs. 16/10822 v. 10.11.2008: Beschlussempfehlung und Begründung zur Änderung des Art. 6 des Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das BKA v. 25.12.2008, BGBl. 3083 (zu BT-Drs. 16/9588 und 16/10121).

⁵¹ Zu effizienten Evaluationen z.B. Gutachten von Jantz/Veit für die Bertelsmann-Stiftung, „Bessere Rechtssetzung durch Befristungs- und Evaluationsklauseln“, Mai 2010; Stockmann/Meyer, Evaluation, Opladen & Bloomfield Hills, 2010.

1. Die Evaluierung muss sich an der Verfassung orientieren. Und die Verfassung verbietet nun einmal jegliche Grundrechtseingriffe, deren Erforderlichkeit, Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit offen bleiben.
2. Von Verfassungswegen besteht die Pflicht zur Evaluierung immer dann, wenn ein Gesetz auf Prognosen aufbaut, die sich bestätigen können oder auch nicht. Dies gilt ungeachtet dessen, ob das betreffende Gesetz eine spezielle Evaluierungsklausel enthält oder nicht, oder ob der Gesetzgeber zu einem „Verfallsdatum“ greift und damit signalisiert, dass er nach Ablauf der Frist „irgendwie“ wieder neu nachdenken möchte.⁵² Selbst wenn er von jeglicher Regelung im Hinblick auf eine vorzunehmende Evaluierung oder zeitlichen Befristung absähe, entledigte er sich dadurch nicht seiner Verpflichtung, ein mit Ungewissheiten belastetes Gesetz dahin zu überprüfen, ob sich die ursprüngliche Prognose bestätigt hat, bzw. ob das zum Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses bestehende Informationsdefizit nachträglich ausgeglichen werden muss.
3. Eine effektive Evaluierung beginnt bereits mit der Begründung des Gesetzes selbst. Sie ist Voraussetzung dafür, dass geprüft werden kann, welche Ziele der Gesetzgeber mit welchen Mitteln verfolgt und ob diese (Mittel) realistischer Weise – und mit welchen möglichen Einbußen - erreicht werden können. Es muss im Interesse eines jeden Gesetzgebers sein, bereits in der Begründung seines Gesetzes ausreichend kenntlich zu machen, auf welcher empirischen, wissenschaftlichen oder gerade nicht dadurch gestützten Grundlagen er Regelungen trifft, mit denen er den Polizei- und Sicherheitsbehörden Eingriffsbefugnisse verleiht.
4. Mit Statistik allein wird es nicht sein Bewenden haben. Erhebungen über Fall- und Anwendungszahlen, Dauer und Kosten erbringen keine ausreichenden Erkenntnisse darüber, ob die grundrechtsnahen Eingriffsbefugnisse tatsächlich erforderlich, effizient und verhältnismäßig sind. Erfolglose Maßnahmen sind für das Gesamtbild ebenso bedeutsam wie z.B. der Umstand, dass und ob Belangloses zu Tage getreten ist, in welchem Umfang gänzlich unbeteiligte Bürger betroffen wurden, oder ob die „wahren Zielpersonen“ einer Überwachung z.B. von

⁵² Wie z.B. beim HSOG in § 115 Abs. 2: Ablauf 31.12.2014.

Telekommunikationseinrichtungen nicht längst „prophylaktisch“ mit Verschlüsselungs- und Störprogrammen entgegenwirken.

5. Schließlich ist zu prüfen, welche Konsequenzen sich für den betroffenen Bürger aus nicht effizienten, nicht erforderlichen oder unverhältnismäßigen Eingriffen ergeben. Denn je gravierender die Eingriffe in die Grundrechte auch von unverdächtigen Personen wirken, desto höher müssen die Eingriffsschwellen und die Bewährungsanforderungen mit Blick auf die Unentbehrlichkeit des jeweiligen Ermittlungsinstruments gesetzt werden. Das gilt insbesondere für alle heimlichen Maßnahmen, bei denen der Betroffene faktisch keine Rechtsschutzmöglichkeiten wahrnehmen kann. Es ist deshalb nicht nur geboten, dass die - vielleicht aus übergeordneten Interessen hinnehmbaren - Grundrechtseingriffe so gering wie möglich gehalten werden, sondern auch, dass die Eingriffsbefugnisse, die sich in der täglichen Praxis als nicht erforderlich, ungeeignet, ineffizient oder unverhältnismäßig erwiesen haben, wieder zurückgenommen werden.

VI.

Ich fasse zusammen:

Evaluation von Gesetzen klingt modern, aber sie ist traditionell in unserer Verfassung verankert. Neumodisch sind unsere zahlreichen Polizei- und Sicherheitsgesetze mit zunehmenden Eingriffsbefugnissen, die weit in den grundrechtlich geschützten Kernbereich unserer Privatsphäre hineinwirken. Sie leiten ihre Existenzberechtigung aus der weder wissenschaftlich noch empirisch belegten Hypothese ab, dass unser aller Sicherheit nur gewährleistet ist, wenn wir den Behörden Einblick in unsere Privatsphäre geben.

Wenn der Gesetzgeber sich nicht daran gewöhnt – oder auch: wenn wir den Gesetzgeber nicht daran gewöhnen – regelmäßig seine Einschätzungen, Prognosen und Hypothesen durch Evaluation auf den Prüfstand zu stellen, werden wir über kurz oder lang in eine Spirale eines sich ständig selbst aufheizenden hypothetisch/prognostisch begründeten Bedarfs an immer weiter gehenden Eingriffsbefugnissen geraten. Wenn das Instrumentarium an Eingriffsbefugnissen, das derzeit schon den Polizei- und Sicherheitsbehörden zur Verfügung steht, nicht tauglich ist, ist damit auch keine Sicherheit herzustellen.

len. Wenn aber niemand erkennt, dass die fehlende Sicherheit an den untauglichen Mitteln liegt, ist der populistische Ruf nach dem dann ganz „gläsernen“ Bürger unausweichlich. Und dem Gesetzgeber bei solchen Fehleinschätzungen zuschauen zu müssen, wäre weiß Gott schlimmer als in einer „Wurstküche“ zu stehen.