

Deutscher Bundestag

Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache

19(4)627 B

JOHANNES GUTENBERG
UNIVERSITÄT MAINZ



JOHANNES GUTENBERG-UNIVERSITÄT MAINZ - 55099 Mainz

FACHBEREICH 03

JURA

Lehrstuhl für Öffentliches Recht
und Informationsrecht, insbe-
sondere Datenschutzrecht

Universitätsprofessor
Dr. Matthias Bäcker

Johannes Gutenberg-
Universität Mainz
Jakob-Welder-Weg 9
55128 Mainz

Tel. +49 6131 39 28173

Fax +49 6131 39 28172

matthias.baecker@uni-mainz.de
www.baecker.jura.uni-mainz.de/

Stellungnahme

zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Entfristung von Vorschriften zur Terrorismusbekämpfung
(BT-Drs. 19/23706)

Gliederung

Ergebnisse	3
I. Gegenstand der Stellungnahme	4
II. Voraussetzungen von Überwachungsmaßnahmen der Nachrichtendienste des Bundes	5
1. Verfassungsrechtliche Maßstäbe	5
2. Verfassungsrechtliche Defizite der Überwachungsermächtigungen des BVerfSchG	8
3. (Zusätzliche) verfassungsrechtliche Defizite der Überwachungsermächtigungen des MADG und des BNDG	10
4. Normsystematische Defizite der Überwachungsermächtigungen im Nachrichtendienstrecht	11
5. Fazit	12
III. Datenübermittlungen durch die Nachrichtendienste des Bundes	13
1. Verfassungsrechtliche Defizite der Übermittlungsermächtigungen im geltenden Nachrichtendienstrecht	14
2. Bedeutung und Grenzen des Quellenschutzes	16

Ergebnisse

1. Die anstehende Entfristung der durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz und das Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz geschaffenen Regelungen gibt Anlass zu einer Reevaluation dieser Vorschriften und der damit im Zusammenhang stehenden Normen der Nachrichtendienstgesetze. Insbesondere sind sämtliche Eingriffsermächtigungen im Nachrichtendienstrecht an der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu messen, die wesentliche Klärungen für die verfassungsrechtliche Beurteilung solcher Regelungen erbracht hat. Daneben erscheint auch eine Gesamtschau des Nachrichtendienstrechts unter gesetzgebungstechnischen Gesichtspunkten angezeigt.
2. Bereits eine summarische und auf wenige Themenkomplexe beschränkte Prüfung zeigt erhebliche Defizite auf, die einen grundlegenden Reformbedarf im Nachrichtendienstrecht begründen:
 - a) Die Überwachungsermächtigungen der Nachrichtendienstgesetze stehen in keinem nachvollziehbaren systematischen Verhältnis zueinander. Teils sind sie überzogen restriktiv, überwiegend aber viel zu weit gefasst, so dass sie in erheblichem Ausmaß die verfassungsrechtlichen Anforderungen verfehlen. Geboten ist daher eine Reform der Eingriffstatbestände des Nachrichtendienstrechts, die nachrichtendienstliche Überwachungsmaßnahmen anhand ihrer Eingriffsintensität und ihres Erkenntnisziels ordnet und für sie aufgabenadäquate und verfassungsrechtlich tragfähige Voraussetzungen erarbeitet. In Zuge dieser Reform erscheint es auch angezeigt, die Ermächtigungen zu Telekommunikationsüberwachungen aus dem G 10 in die Fachgesetze der Nachrichtendienste zu überführen und den gegenwärtigen Regelungsansatz aufzugeben, nach dem die Befugnisse des Militärischen Abschirmdienstes und (vor allem) des Bundesnachrichtendienstes durch Verweise auf das BVerfSchG geregelt werden. Da die Eingriffstatbestände auf die Aufgaben der Nachrichtendienste zuzuschneiden sind, sollte zudem untersucht werden, ob die gegenwärtige Aufgabenordnung der Nachrichtendienste noch in jeder Hinsicht tragfähig ist.
 - b) Die Ermächtigungen zu Datenübermittlungen durch die Nachrichtendienste sind nahezu flächendeckend verfassungswidrig und bedürfen einer grundlegenden Überarbeitung. Diese sollte angesichts der großen praktischen Bedeutung und hohen grundrechtlichen Sensibilität solcher Datenübermittlungen zeitnah erfolgen.
 - c) Andererseits begünstigt das geltende Recht einen überzogenen Quellenschutz bei den Nachrichtendiensten, der schlimmstenfalls die operative Strafverfolgung und Gefahrenabwehr erheblich beeinträchtigen könnte. Der Schutz von Quellen und Arbeitsweise der Nachrichtendienste bei Datenübermittlungen bedarf darum dichter materieller Maßstäbe und flankierender prozeduraler Vorgaben.

4 I. Gegenstand der Stellungnahme

Der Gesetzentwurf sieht lediglich die Entfristung der durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz geschaffenen und durch das Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz aufrechterhaltenen, dabei teils modifizierten und ausgebauten Regelungen vor. Er bringt keine neuen Eingriffsermächtigungen und darauf bezogenen verfassungsrechtlichen Probleme mit sich.

Die Beratung des Entwurfs bietet jedoch die Gelegenheit, die zu entfristenden Regelungen im Lichte der Rechtsprechungsentwicklung seit ihrem erstmaligen Inkrafttreten im Jahr 2002 (nochmals) verfassungsrechtlich und legistisch (also unter gesetzgebungstechnischen Gesichtspunkten) zu würdigen und ggfs. Vorschläge zu ihrer Weiterentwicklung zu unterbreiten. Diese Würdigung sollte nicht punktuell bei den zur Entfristung anstehenden Regelungen verharren. Denn es wäre nur ein begrenzter Gewinn, wenn Mängel dieser Regelungen erkannt und abgestellt würden, gleichartige Mängel in eng verwandten Regelungen hingegen bestehen blieben. Schlimmstenfalls könnte ein solches punktuelles Vorgehen sogar neue Inkonsistenzen im Verhältnis zu anderen Regelungen und damit auch neue Interpretationsprobleme schaffen. Eine Reevaluation sollte darum die Nachrichtendienstgesetze des Bundes insgesamt als normativen Kontext der Regelungen einbeziehen, die unmittelbarer Gegenstand des Gesetzentwurfs sind.

Meine Stellungnahme soll einen Beitrag zur Reevaluation des Nachrichtendienstrechts leisten. Sie ist als erster Aufschlag zur Diskussion zu verstehen, nicht als umfassende Würdigung – dafür wäre eine längere Bearbeitungszeit erforderlich als die wenigen Tage, die mir zwischen meiner Benennung als Sachverständiger und der öffentlichen Anhörung zur Verfügung standen.

Ausgangspunkt der Stellungnahme ist die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Sicherheitsverfassungsrecht, die sich naturgemäß noch nicht im Detail absehen ließ, als die zur Entfristung anstehenden Regelungen geschaffen wurden. Insbesondere die in diesem Jahr ergangenen Entscheidungen zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung (im Folgenden: BNDG-Urteil)¹ und zur Bestandsdatenauskunft (im Folgenden: Bestandsdatenbeschluss)² haben für das Nachrichtendienstrecht verfassungsrechtliche Klärungen erbracht, die gerade auch für diese Regelungen bedeutsam sind. Zwei Themenkomplexe stechen dabei hervor: zum einen die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen für Überwachungsmaßnahmen der Nachrichtendienste (unten II), zum anderen die Ermächtigungen zu Datenübermittlungen durch die Nachrichtendienste (unten III). Auf sie beschränken sich die folgenden Ausführungen.

¹ BVerfG, Urteil vom 19. Mai 2020 – 1 BvR 2835/17.

² BVerfG, Beschluss vom 27. Mai 2020 – 1 BvR 1873/13.

5 II. Voraussetzungen von Überwachungsmaßnahmen der Nachrichtendienste des Bundes

Die Ermächtigungen zu verdeckten Überwachungsmaßnahmen in den Nachrichtendienstgesetzen des Bundes weisen zahlreiche verfassungsrechtliche und legitistische Defizite auf. Es fehlt an einem nachvollziehbaren systematischen Regelungsansatz, der Überwachungsmaßnahmen nach ihren Erkenntniszielen und ihrer Eingriffsintensität ordnet und differenziert reguliert. Stattdessen findet sich ein undurchsichtiges Geflecht von Ermächtigungen, die nachrichtendienstliche Überwachungsmaßnahmen teils nur unter überzogen strengen, überwiegend allerdings unter viel zu weit gefassten Voraussetzungen zulassen. Zusätzliche Interpretationsprobleme und verfassungsrechtliche Defizite schafft die vom Gesetzgeber gewählte Regelungstechnik, das BVerfSchG als Leitordnung des Nachrichtendienstrechts auszugestalten und die Befugnisse des Militärischen Abschirmdienstes und des Bundesnachrichtendienstes im Wesentlichen durch Verweise auf dieses Gesetz zu regulieren.

1. Verfassungsrechtliche Maßstäbe

Bis vor kurzem waren die verfassungsrechtlichen Maßstäbe für Überwachungsermächtigungen im Nachrichtendienstrecht wenig geklärt. Das Bundesverfassungsgericht hatte sich zwar immer wieder mit solchen Regelungen zu befassen, beschränkte sich aber auf jeweils maßnahmespezifische Ausführungen, denen sich allgemeine Kriterien allenfalls im Wege einer Extrapolation entnehmen ließen.³

Im Bestandsdatenbeschluss hat das Bundesverfassungsgericht nunmehr Maßstäbe herausgearbeitet, denen alle Ermächtigungen zu auf Einzelpersonen bezogenen Überwachungsmaßnahmen genügen müssen. Insbesondere sind sie auch für Ermächtigungen zu Überwachungsmaßnahmen zu beachten, die eine lediglich geringe bis mittlere Eingriffsintensität aufweisen. Das Gericht knüpft hierzu an die Kriterien für präventivpolizeiliche Überwachungsmaßnahmen an, die es in seinem Urteil zum BKA-Gesetz⁴ zusammengeführt und konsolidiert hat.⁵

Auf den ersten Blick überrascht diese Maßstabsbildung, da der Aufklärungsauftrag der Nachrichtendienste gemeinhin weiter im Vorfeld von Rechtsgutsbeeinträchtigungen verortet wird als die polizeiliche Aufgabe der Gefahrenabwehr. Zudem verfügen die Nachrichtendienste anders als Polizeibehörden nicht über Befugnisse zur Gefahrenabwehr mit Befehl und Zwang. Dem wurde bislang vielfach entnommen, dass Überwachungsmaßnahmen der Nachrichtendienste unter niedrigeren Voraussetzungen gerechtfertigt werden können als entsprechende polizeiliche Maßnahmen.⁶ Die gleichläufige Maßstabsbildung für Überwachungsmaßnahmen von Polizeibehörden und von Nachrichtendiensten erhellt sich jedoch, wenn der Hintergrund des Urteils zum

³ Vgl. zu der früheren Rechtsprechung und einem Systematisierungsversuch beispielsweise Bäcker, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. 2018, Rn. B 247 ff.; ders., in: Dietrich/Gärditz/Graulich/Gusy/Warg, Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat, 2018, S. 137 (144 ff.), m.w.N.

⁴ BVerfGE 141, 220.

⁵ Bestandsdatenbeschluss, Rn. 151; vgl. auch BNDG-Urteil, Rn. 141.

⁶ Vgl. statt vieler Unterreitmeier, GSZ 2018, S. 1 ff. mit Erwiderung Masing, ebd. S. 6 f.

⁶ BKA-Gesetz in den Blick genommen wird. Die in diesem Urteil überprüften Überwachungs-ermächtigungen bildeten den – vorläufigen – Höhepunkt einer sicherheitspolitischen und legislativen Entwicklung, in deren Verlauf der Polizei immer weitergehend die Aufgabe zugemessen wurde, komplexe kriminelle Strukturen auch unabhängig von sozialen Krisenlagen im Einzelfall aufzuklären, um sie schließlich zu zerschlagen oder zumindest möglichst wirkungsvoll zu stören. Diese Entwicklung war politisch wie verfassungsrechtlich höchst umstritten. Für die verfassungsrechtliche Praxis hat das Urteil zum BKA-Gesetz diesen Streit beendet. Das Bundesverfassungsgericht akzeptiert darin die Vorverlagerung des präventivpolizeilichen Rechtsgüterschutzes prinzipiell, setzt ihr jedoch zugleich Grenzen. Da die Entwicklung des Polizeirechts präventivpolizeiliche und nachrichtendienstliche Aufklärungsaufträge einander angenähert hat – durchaus treffend wurde von einer „Vernachrichtendienstlichung“ der Polizei gesprochen⁷ –, liegt es nahe, diese Grenzen auf Überwachungsermächtigungen des Nachrichtendienstrechts zu übertragen.

Auf der Grundlage des Bestandsdatenbeschlusses und des Urteils zum BKA-Gesetz sind primär zwei Parameter maßgeblich, um eine Überwachungsermächtigung im Nachrichtendienstrecht verfassungsrechtlich zu beurteilen. Zum einen muss die Ermächtigung die geregelte Überwachungsmaßnahme an eine hinreichend aussagekräftige tatsächliche Eingriffsschwelle binden. Zum anderen muss sie einem hinreichend gewichtigen Rechtsgüterschutz dienen. Beide Parameter stehen in einem partiellen wechselseitigen Kompensationsverhältnis. Je weiter also die tatsächliche Eingriffsschwelle ins Vorfeld von Rechtsgutsverletzungen verlagert wird, desto höher fallen die Anforderungen an den Rechtsgüterschutz aus und umgekehrt.⁸

Zur Konturierung der Anforderungen an die tatsächliche Eingriffsschwelle greift das Bundesverfassungsgericht auf ein dreistufiges Modell zurück. Die erste Stufe bildet die hergebrachte präventivpolizeiliche Eingriffsschwelle der konkreten Gefahr, also die Prognose eines konkreten Schadensereignisses, das sich nach Art, Ort, Zeit und Beteiligten konturiert abzeichnet.⁹ Auf der zweiten Stufe steht eine „konkretisierte Gefahr“,¹⁰ die vorliegt, „wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt, sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen. Die Tatsachen müssen dafür zum einen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann“.¹¹ Die dritte Stufe bildet die – zumindest tendenziell noch weiter

⁷ Baldus, Die Verwaltung 47 (2014), S. 1 (4); Löffelmann, GSZ 2018, S. 85 (86).

⁸ Bestandsdatenbeschluss, Rn. 147.

⁹ BVerfGE 141, 220 (271 f.); Bestandsdatenbeschluss, Rn. 146.

¹⁰ So die Terminologie im Bestandsdatenbeschluss, Rn. 152. Der Beschluss ist allerdings begrifflich nicht konsistent. Teilweise werden auch beide Formen der Vorverlagerung als „konkretisierte Gefahr“ bezeichnet, vgl. etwa ebd., Rn. 180.

¹¹ BVerfGE 141, 220 (272); Bestandsdatenbeschluss, Rn. 148.

7 ins Gefahrvorfeld verlegte – Eingriffsschwelle der „drohenden Gefahr“.¹² Diese besteht, „wenn zwar noch nicht ein 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.“¹³

Diese Formulierungen, die zwischenzeitlich Eingang in viele Polizeigesetze gefunden haben, sind schwierig zu interpretieren, da sie sich weder an hergebrachten polizeirechtlichen Tatbestandsmustern orientieren noch an vorausgehende rechtsdogmatische Systematisierungen anknüpfen. Was genau unter einer „konkretisierten Gefahr“ und unter einer „drohenden Gefahr“ zu verstehen ist, ist darum höchst umstritten.¹⁴ Für die Nachrichtendienste hat das Bundesverfassungsgericht im Bestandsdatenbeschluss immerhin klargestellt, dass es ausreicht, wenn eine Überwachungsmaßnahme „zur Aufklärung einer bestimmten, nachrichtendienstlich beobachtungsbedürftigen Aktion oder Gruppierung im Einzelfall geboten ist“.¹⁵

Hinsichtlich des Rechtsgüterschutzes ergibt sich für die Nachrichtendienste die Besonderheit, dass ihr Aufgabenbereich von vornherein nur den Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter umfasst. Ermächtigungen zu Überwachungsmaßnahmen geringer oder mittlerer Eingriffsintensität bedürfen daher auch dann keiner qualifizierenden Anforderungen an den Rechtsgüterschutz, wenn die tatsächliche Eingriffsschwelle ins Vorfeld konkreter Gefahren vorverlagert wird.¹⁶ Für Überwachungsmaßnahmen hoher und höchster Eingriffsintensität, wie sie Gegenstand des Urteils zum BKA-Gesetz waren, bedarf es hingegen auch im Nachrichtendienstrecht einer tatbestandlichen Beschränkung auf den Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter,¹⁷ zu denen insbesondere Leib, Leben und Freiheit der Person sowie der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes zählen.¹⁸

Schließlich müssen Ermächtigungen zu eingriffsintensiven¹⁹ individualbezogenen Überwachungsmaßnahmen regeln, gegen wen sich die Überwachung richten darf. Insbesondere eine gezielte Überwachung von Personen, gegen die selbst keine nachrichtendienstlichen Verdachtsmomente bestehen, ist nur zulässig, wenn diese Personen eine besondere individuelle Nähe zum Aufklärungsanlass aufweisen. Dies ist spezifisch und normenklar für die in Betracht kommenden Personenkategorien (etwa Nachrichtenmittler oder Kontaktpersonen) gesetzlich zu regeln.²⁰

¹² Vgl. Bestandsdatenbeschluss, Rn. 152.

¹³ BVerfGE 141, 220 (272 f.); Bestandsdatenbeschluss, Rn. 149.

¹⁴ Vgl. beispielhaft die divergierenden Interpretationen und Bewertungen bei Möstl, in: Kulick/Goldhammer, Der Terrorist als Feind?, 2020, S. 67 (71 ff.); Bäcker, ebd., S. 147 (155 ff.); beide m.w.N. zum Schrifttum.

¹⁵ Bestandsdatenbeschluss, Rn. 151.

¹⁶ Vgl. allgemein zum Bestandsdatenabruf Bestandsdatenbeschluss, Rn. 151; zum Sonderfall der Auflösung einer dynamischen IP-Adresse ebd., Rn. 182.

¹⁷ Vgl. zu Ansätzen einer Kategorienbildung Bestandsdatenbeschluss, Rn. 150.

¹⁸ BVerfGE 120, 274 (328); 125, 260 (330); 141, 220 (270 f.).

¹⁹ Bei weniger eingriffsintensiven Überwachungsmaßnahmen bedarf es keiner flankierenden Betroffenenregelungen, vgl. Bestandsdatenbeschluss, Rn. 146.

²⁰ BVerfGE 141, 220 (274 f.).

8 2. Verfassungsrechtliche Defizite der Überwachungsermächtigungen des BVerfSchG

Nach diesen Maßstäben begegnen die Überwachungsermächtigungen im BVerfSchG in weitem Umfang erheblichen verfassungsrechtlichen Zweifeln. Zumindest beträchtliche Interpretationsprobleme bergen auch die durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz und das Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz geschaffenen Ermächtigungen.

Bereits beanstandet hat das Bundesverfassungsgericht die Ermächtigungen zum Abruf von Telekommunikations-Bestandsdaten in § 8d Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG, da sie trotz der vergleichsweise geringen Eingriffsintensität der geregelten Maßnahme den Anforderungen an die tatsächliche Eingriffsschwelle nicht genügen.²¹ Diese Regelungen erlauben Bestandsdatenabrufe, soweit sie zur Erfüllung der Aufgaben des Bundesamts für Verfassungsschutz erforderlich sind. Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dieser Eingriffstatbestand umfasse auch rein strategische Auskunftsinteressen oder die Abrundung eigener Informationsbestände. Angesichts des breit gefassten Aufklärungsauftrags des Bundesamts für Verfassungsschutz gewährleiste er nicht, dass die Auskunft im Einzelfall zumindest zur Aufklärung einer bestimmten beobachtungsbedürftigen Aktion oder Gruppierung erforderlich sein müsse.²²

Verfassungsrechtlich kaum haltbar erscheint daneben der in § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BVerfSchG enthaltene allgemeine Eingriffstatbestand für den Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel. Diese Regelung erlaubt Eingriffsmaßnahmen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass damit Erkenntnisse über Bestrebungen oder Tätigkeiten nach § 3 Abs. 1 BVerfSchG oder über die zur Erforschung solcher Erkenntnisse erforderlichen Quellen gewonnen werden können. Sie setzt damit nicht normenklar voraus, dass bereits eine bestimmte, nachrichtendienstlich beobachtungsbedürftige Aktion oder Gruppierung angegeben werden kann, die beobachtet werden soll. Der gesetzliche Eingriffstatbestand lässt sich vielmehr so interpretieren, dass er auch weitgehend ungerichtete, an strategischen Aufklärungskonzepten orientierte Maßnahmen der Verdachtsgewinnung oder Milieuaufklärung ermöglicht, die eine einzelfallbasierte Überwachung erst vorbereiten. Das Erfordernis vorangehender Tatsachen ändert hieran nichts. Auch derartige strategische Maßnahmen erfolgen nicht auf der Grundlage reiner Spekulation, sondern knüpfen an Tatsachen an, die allerdings noch deutlich weniger verdichtet sein können, als es das Bundesverfassungsgericht fordert.

Zudem genügt § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BVerfSchG nicht durchweg den verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Gewicht des Rechtsgüterschutzes. Diese Regelung ermöglicht – teils durch Verweise aus anderen Vorschriften wie insbesondere § 9a Abs. 1 Satz 1 und § 9b Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG – auch Überwachungsmaßnahmen hoher Eingriffsintensität wie Video- und Audioaufnahmen außerhalb von Wohnungen, langfristige Observationen oder den gezielt gegen bestimmte Personen gerichteten Einsatz von Vertrauensleuten und Verdeckten Mitarbeitern.²³

²¹ Bestandsdatenbeschluss, Rn. 218, 239.

²² Bestandsdatenbeschluss, Rn. 218.

²³ Vgl. zur Eingriffsintensität dieser Maßnahmen BVerfGE 141, 220 (287, 289 f.).

⁹ Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung solcher Maßnahmen bedarf es auch im Nachrichtendienstrecht qualifizierender Anforderungen an den Rechtsgüterschutz, die § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BVerfSchG jedoch nicht enthält. Unzureichend ist auch die für den dauerhaften Einsatz von Vertrauensleuten und Verdeckten Mitarbeitern in § 9a Abs. 1 Satz 2 BVerfSchG geregelte Anforderung, dass die Aufklärung auf Bestrebungen von erheblicher Bedeutung gehen abzielen muss, da dieser Begriff die gebotene Qualifikation bei weitem nicht präzise genug formuliert.

Schließlich enthält § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BVerfSchG keine Vorgaben zu den Zielpersonen nachrichtendienstlicher Mittel. Neben den Angehörigen verfassungsfeindlicher Strukturen oder sonstigen Akteuren verfassungsfeindlicher Bestrebungen könnten demnach im Rahmen einer „Umfeldüberwachung“²⁴ gezielt Unverdächtige überwacht werden, bei denen aufgrund ihrer – möglicherweise nur vagen – Verbindungen zu solchen Personen verfassungsschutzrelevante Erkenntnisse oder Ermittlungsansätze erwartet werden. Angesichts der Eingriffsintensität, die der Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel aufweisen kann, bedarf es jedoch flankierender Betroffenenregelungen, welche die zulässigen Zielpersonen der Überwachung normenklar abgrenzen.

Die durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz und das Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz geschaffenen Ermächtigungen in § 8a und § 9 Abs. 4 BVerfSchG errichten hingegen zwar zumindest auf den ersten Blick weitaus strengere Voraussetzungen. Bei näherer Betrachtung ergeben sich allerdings erhebliche Ungereimtheiten und Unklarheiten. Die verschiedenen Ermächtigungen setzen weitgehend übereinstimmend voraus, dass tatsächliche Anhaltspunkte oder Tatsachen²⁵ schwerwiegende Gefahren für die in § 3 Abs. 1 BVerfSchG genannten Schutzgüter nahelegen. § 8a Abs. 3 BVerfSchG fordert zudem für die meisten Maßnahmen ein spezifisches Näheverhältnis der betroffenen Person zu der Gefahr.

Schwierigkeiten bereitet in diesen Regelungen der Begriff der schwerwiegenden Gefahr. Wird er im Sinne der hergebrachten polizeirechtlichen konkreten Gefahr verstanden, so genügen die gesetzlichen Eingriffstatbestände ohne weiteres den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Ein solches Verständnis liegt jedoch fern und wird, soweit ersichtlich, auch nicht vertreten. Bei dieser Interpretation liefen nämlich die Überwachungsermächtigungen in § 8a und § 9 Abs. 4 BVerfSchG zumindest hinsichtlich besonders bedeutsamer Schutzgüter wie der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und dem Bestand von Bund und Ländern weitgehend leer. Denn selbst hochgradig gefährliche Bestrebungen können diese Hauptschutzgüter des Verfassungsschutzes kaum ernsthaft schädigen. Sollte eine Krisenlage, in der diese Güter akut bedroht sind,

²⁴ BVerfGE 141, 220 (273).

²⁵ Die Differenzierung zwischen tatsächlichen Anhaltspunkten und Tatsachen soll ersichtlich unterschiedliche strenge tatsächliche Eingriffsschwellen markieren. Es steht jedoch zu bezweifeln, dass sie sich auch nur halbwegs trennscharf operationalisieren lässt, da tatsächliche Anhaltspunkte letztlich gleichfalls Tatsachen sind, vgl. zu unterschiedlichen ansetzenden Abgrenzungsvorschlägen etwa Gnüchtel, NVwZ 2016, S. 13 (16); Mallmann, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, § 8a BVerfSchG Rn. 16; wie hier kritisch etwa Gärditz, in: Dietrich/Eiffler, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, VI § 1 Rn. 31; Dietrich, ebd. VI § 2 Rn. 130 f.

¹⁰ hingegen einmal eintreten, so erschiene fragwürdig, welchen Beitrag nachrichtendienstliche Aufklärungsmaßnahmen noch zu ihrer Bewältigung erbringen können. Um den Eingriffstatbestand praktikabel zu handhaben, bedarf es daher eines spezifisch nachrichtendienstlichen Gefahrbegriffs, dessen Konturen jedoch weitgehend unscharf sind. Die Interpretationsansätze im Schrifttum illustrieren diesen Befund. So wird der Eingriffsanlass als abstrakte Gefahr verstanden,²⁶ ohne allerdings näher zu erörtern, inwieweit dieser auf die abstrakt-generelle Regulierung von typischerweise gefährlichen Handlungen durch Rechtsverordnung zugeschnittene Begriff geeignet sein soll, konkrete nachrichtendienstliche Überwachungsmaßnahmen anzuleiten. Teilweise wird das Erfordernis einer Gefahr nicht eigenständig erörtert, sondern maßgeblich auf die gesetzlich geforderte Tatsachenbasis abgehoben.²⁷ Die in § 8a und § 9 Abs. 4 BVerfSchG enthaltenen Überwachungsvoraussetzungen sind damit insgesamt entweder angesichts der überwiegend begrenzten Eingriffsintensität der geregelten Maßnahmen überzogen streng²⁸ oder weitgehend konturenlos formuliert. Hieraus ergeben sich unter dem Gesichtspunkt der Normenklarheit auch verfassungsrechtliche Bedenken.

3. (Zusätzliche) verfassungsrechtliche Defizite der Überwachungsermächtigungen des MADG und des BNDG

Die Überwachungsermächtigungen im MADG und im BNDG verweisen in weitem Umfang auf das BVerfSchG, um die zulässigen Eingriffsmaßnahmen zu beschreiben. Hinsichtlich der Eingriffsvoraussetzungen finden sich allerdings Sonderregelungen, die den abweichenden Aufgaben dieser Dienste Rechnung tragen sollen. Diese Regelungen weisen teils zusätzliche verfassungsrechtliche Defizite auf.

So setzen die allgemeinen Ermächtigungen zum Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel in § 5 Satz 1 Hs. 1 Nr. 1 MADG und § 5 Satz 1 BNDG abweichend von § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BVerfSchG voraus, dass die Datenerhebung zur Aufgabenerfüllung erforderlich ist. Sie stimmen damit tatbestandlich mit dem vom Bundesverfassungsgericht bereits verworfenen § 8d Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG überein und sind als offensichtlich verfassungswidrig anzusehen, zumal die geregelten Eingriffsmaßnahmen teils weitaus schwerer wiegen als ein Bestandsdatenabruf und die gesetzliche Aufgabe des Bundesnachrichtendienstes noch weitaus offener formuliert ist als die Aufgabe des Bundesamts für Verfassungsschutz. Gleiches gilt für den durch das Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz geschaffenen § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNDG, der hinsichtlich des in § 8a Abs. 1 BVerfSchG geregelten Abrufs von Post- und Telemedienbestandsdaten²⁹ das Erfordernis einer schwerwiegenden Gefahr durch die bloße Erforderlichkeit zur Aufgabenerfüllung ersetzt.

²⁶ Gärditz, in: Dietrich/Eiffler, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, VI § 1 Rn. 26.

²⁷ Vgl. Mallmann, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, § 8a BVerfSchG Rn. 7 und 16.

²⁸ So die Kritik von Gnüchtel, NVwZ 2016, S. 13 (15 f.) und Gärditz, in: Dietrich/Eiffler, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, VI § 1 Rn. 28.

²⁹ Der im Gesetz verwendete Begriff der Teledienste ist obsolet.

¹¹ Darüber hinaus ergeben sich aus der gesetzlichen Verweistechnik teilweise erhebliche Interpretationsprobleme, die verfassungsrechtliche Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Normenklarheit begründen. Dies lässt sich beispielhaft an § 5 BNDG aufzeigen. Diese Vorschrift regelt in Satz 1, dass der Bundesnachrichtendienst nachrichtendienstliche Mittel einsetzen darf, wenn dies zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist. Sodann ordnet § 5 Satz 2 BNDG die entsprechende Anwendung von § 9, § 9a und § 9b BVerfSchG an. Worauf genau sich diese Verweisung bezieht und was in diesem Kontext unter einer entsprechenden Anwendung zu verstehen ist, ist in hohem Maße unklar. So erstreckt sich die Verweisung dem Wortlaut nach auf die von § 5 Satz 1 BNDG gerade abweichenden und auf den Bundesnachrichtendienst angesichts seiner abweichenden Aufgabenstellung auch nicht passenden Eingriffsvoraussetzungen in § 9 Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG. Die Verweisung erzeugt so einen Normwiderspruch innerhalb von § 5 BNDG, der in einer Ermächtigung zu verdeckten Überwachungsmaßnahmen nicht hinzunehmen ist. Darüber hinaus verweist § 5 Satz 2 BNDG auch auf die Ermächtigungen zum Einsatz von IMSI-Catchern in § 9 Abs. 4 BVerfSchG sowie zum Einsatz von Vertrauensleuten und Verdeckten Mitarbeitern in § 9a Abs. 1 und § 9b Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG, ohne die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Ermächtigungen zu modifizieren. Die im BVerfSchG geregelten Voraussetzungen passen jedoch offenkundig nicht auf den Bundesnachrichtendienst, ohne dass klar würde, welche interpretatorischen Anpassungen im Rahmen ihrer entsprechenden Anwendung angezeigt sind.

4. Normsystematische Defizite der Überwachungsermächtigungen im Nachrichtendienstrecht

Bereits die verfassungsrechtlichen Ausführungen erhellen, dass die Eingriffstatbestände der Überwachungsermächtigungen im geltenden Nachrichtendienstrecht neben teils zu weit gefassten Eingriffsvoraussetzungen erhebliche Unklarheiten aufweisen. Sehr unklar ist auch ihr Verhältnis zueinander.

Schon innerhalb des BVerfSchG finden sich ganz unterschiedliche Tatbestandsfassungen für verschiedene individualgerichtete Überwachungsmaßnahmen, die sich nicht auf Sachgründe zurückführen lassen, soweit diese Maßnahmen eine vergleichbare Eingriffsintensität aufweisen. So leuchtet es nicht ein, warum die Erhebung einzelner Kontobewegungen einer Person nur unter den – bei einer am Normwortlaut orientierten Interpretation – sehr strengen Voraussetzungen des § 8a Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BVerfSchG zulässig ist, während eine längerfristige Observation dieser Person unter Einsatz technischer Mittel zur Bild- und Tonaufzeichnung durch § 9 Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG annähernd voraussetzungslos zugelassen wird.

Auch aus systematischer Sicht kritikwürdig ist zudem die Regelungstechnik des BNDG, das zur Beschreibung der nachrichtendienstlichen Mittel und ihrer Voraussetzungen in weitem Umfang auf das BVerfSchG verweist. Angesichts der erheblich divergierenden Aufgaben beider Dienste drängt sich auf, dass auch die zugehörigen Befugnistatbestände unterschiedlich gestaltet werden. Die Verweistechnik des BNDG schafft darum nahezu zwangsläufig Unklarheiten und führt dazu, dass das Gesetz sehr schlecht lesbar ist.

¹² Die Verwirrung nimmt schließlich noch zu, wenn das – in dieser Stellungnahme bislang ausgeblendete – G 10 mit einbezogen wird. Die Ermächtigungen zu individualgerichteten Telekommunikationsüberwachungen in § 3 Abs. 1 G 10 beruhen auf einem vollkommen anderen Regelungsansatz als die Eingriffstatbestände der Nachrichtendienstgesetze, indem sie statt auf Aufgaben oder Schutzgüter auf drohende oder begangene Straftaten abstellen. Dieser Ansatz lässt sich – ebenso wie die Auslagerung der Telekommunikationsüberwachung in ein eigenes Gesetz – rechtshistorisch erklären, erscheint aber sachlich sehr fragwürdig, da die Nachrichtendienste weder zur Verfolgung noch unmittelbar zur Verhinderung von Straftaten berufen sind.³⁰ Darüber hinaus reguliert auch § 3 Abs. 1 G 10 alle Nachrichtendienste einheitlich, was angesichts ihrer unterschiedlichen Aufgaben wiederum befremdet.

5. Fazit

Die verfassungsrechtlichen und normsystematischen Defizite der Überwachungsermächtigungen im geltenden Nachrichtendienstrecht lassen sich durch punktuelle Reparaturen einzelner Normen nicht beheben. Solche Reparaturen würden vielmehr – wie das Beispiel der gerade im Vergleich eher überzogen strengen Überwachungsermächtigungen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes zeigt – mit hoher Wahrscheinlichkeit zu Folgeproblemen führen.

Erforderlich ist daher eine grundlegende Reform der Eingriffstatbestände des Nachrichtendienstrechts. Hierfür seien einige Eckpunkte zur Diskussion gestellt:³¹

- Die Nachrichtendienstgesetze des Bundes sollten entflochten und die bisherige Verweisteknik im MADG und im BNDG aufgegeben werden. Insbesondere für den Bundesnachrichtendienst werden Überwachungsermächtigungen benötigt, deren Tatbestände sich an der spezifischen Aufgabe dieses Dienstes ausrichten.
- Die regelungstechnische Sonderstellung der Telekommunikationsüberwachung ist obsolet. Das G 10 sollte aufgelöst und die Ermächtigung zu Telekommunikationsüberwachungen – mit jeweils aufgabenspezifischen Anpassungen – in die Nachrichtendienstgesetze überführt werden. Aus den weiteren Regelungsgehalten des G 10 ergibt sich kein Gegenargument. Die besonderen institutionellen Arrangements des G 10 (insbesondere die Kontrolle durch die G 10-Kommission) könnten auch in diesen Gesetzen implementiert werden, die ohnehin schon heute in institutioneller Hinsicht teils auf das G 10 verweisen. Die Mitregelung der Telekommunikationsüberwachung durch Landesbehörden im G 10 ist kompetenzrechtlich sehr zweifelhaft³² und sachlich nicht gerechtfertigt, da die Regulierung anderer, vergleichbar

³⁰ Vgl. daneben zu den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 3 Abs. 1 G 10 Bäcker, Erhebung, Bevorratung und Übermittlung von Telekommunikationsdaten durch die Nachrichtendienste des Bundes, Stellungnahme zur Anhörung des NSA-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestags am 22. Mai 2014, S. 3 ff.

³¹ Vgl. auch den ausführlicheren, aufgrund der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts teils revisionsbedürftigen Arbeitsplan bei Bäcker, in: Dietrich/Gärditz/Graulich/Gusy/Warg, Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat, 2018, S. 137 (149 ff.).

³² Vgl. einerseits Bäcker, DÖV 2011, S. 840 (844); ders., GSZ 2018, 213 (215 f.); Bergemann, NVwZ 2015, S. 1705 (1706); Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 87 Rn. 5; andererseits Risse/Kathmann DÖV 2012, 555

- 13 eingriffsintensiver Überwachungsmaßnahmen bereits jetzt vollständig in der Hand der Landesgesetzgeber liegt.
- Die Eingriffstatbestände der Überwachungsermächtigungen in den Nachrichtendienstgesetzen müssen jeweils an die spezifischen Aufgaben der Dienste und an die Eingriffsintensität der jeweiligen Überwachungsmaßnahme angepasst werden. Hierfür muss die Eingriffsintensität der unterschiedlichen nachrichtendienstlichen Mittel evaluiert werden. Sodann sind anhand der Regelungsparameter tatsächliche Eingriffsschwelle, Rechtsgüterschutz und Betroffene aufgabenbezogene Regelungsmuster für Überwachungsmaßnahmen unterschiedlicher Eingriffsintensität zu entwickeln. Für Maßnahmen, die vergleichbare Erkenntnisziele verfolgen (etwa der gezielt personengerichteten Aufklärung dienen) und eine vergleichbare Eingriffsintensität aufweisen, sollten im Sinne systematischer Klarheit möglichst dieselben Eingriffstatbestände verwendet werden, was Detailanpassungen nicht ausschließt (etwa die Regelung gezielter Telekommunikationsüberwachungen gegen Kommunikationsmittler, während diese Kategorie von Zielpersonen auf andere Überwachungsmaßnahmen nicht passt). Eine gemeinsame Regulierung unterschiedlich eingriffsintensiver Überwachungsmaßnahmen, wie sie gegenwärtig etwa die allgemeine Regelung zum Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel kennzeichnet, führt hingegen zwangsläufig entweder zu einer Überregulierung oder zu einem Verfassungsverstoß und muss darum vermieden werden.
 - Da sich die Überwachungsermächtigungen nur spezifisch für die unterschiedlichen Aufgaben der Nachrichtendienste konturieren lassen, sollte im Rahmen der angezeigten Reform des Nachrichtendienstrechts auch die Aufgabenordnung überprüft werden. So lässt sich fragen, wie tragfähig die Unterscheidung von Inlands- und Auslandsaufklärung angesichts zunehmender Verflechtungen von Krisenlagen und Akteuren im In- und Ausland sowie vor dem Hintergrund der Bedeutung des Internet als bei weitem nicht nur kommunikationsbezogene Basisinfrastruktur heute noch ist. Je nachdem, welche Schlüsse aus einer solchen Überprüfung gezogen würden, könnten auch auf der Befugnisebene noch weitergehende Neukonzeptionen erforderlich werden. Im Übrigen ergäben sich potenziell weitreichende Auswirkungen auch für Themenkreise, die in dieser Stellungnahme nicht behandelt werden können, wie etwa die Kontrolle der Dienste.

III. Datenübermittlungen durch die Nachrichtendienste des Bundes

Die Ermächtigungen zu Datenübermittlungen durch die Nachrichtendienste beruhen auf veralteten Regelungsansätzen³³ und stehen ganz überwiegend mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht in Einklang. Darüber hinaus begünstigt das geltende Recht einen überzogenen Quellenschutz, der die operative Gefahrenabwehr und Strafverfolgung auch in gravierenden Fällen erheblich behindern kann.

ff.; Gärditz AöR 144 (2019), 81 (91 ff.); Huber, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, Rn. 20 vor § 1 G 10.

³³ So ausdrücklich bereits BNDG-Urteil, Rn. 319.

14 1. Verfassungsrechtliche Defizite der Übermittlungsermächtigungen im geltenden Nachrichtendienstrecht

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Übermittlungsermächtigungen im Nachrichtendienstrecht sind geklärt. Datenübermittlungen bedürfen einer normenklaren gesetzlichen Ermächtigung, welche die Übermittlung nach dem Kriterium einer hypothetischen Datenneuerhebung an ein hinreichend gewichtiges Ziel des Rechtsgüterschutzes oder der Strafverfolgung und an einen tatsächlichen Ermittlungsansatz bindet.³⁴ Insbesondere wenn personenbezogene Daten durch eine eingriffsintensive Überwachungsmaßnahme erlangt wurden, die verfassungsrechtlich nur zum Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter gerechtfertigt werden kann, darf auch die Übermittlung nur zum Schutz solcher Rechtsgüter oder zur Verfolgung schwerer Straftaten zugelassen werden. Bei Übermittlungen zur Strafverfolgung sind die anlassgebenden Straftaten grundsätzlich in einem abschließenden Katalog zu benennen. Übermittlungen mit präventiver Ausrichtung dürfen gleichfalls an einen Straftatentkatalog gebunden werden, der aber nach spezifisch präventiven Kriterien zusammenzustellen ist. Insbesondere darf er nicht auf Straftatbestände verweisen, die durch eine Pönalisierung von Vorbereitungshandlungen oder bloßen Rechtsgutsgefährdungen die Strafbarkeit ins Vorfeld von Schädigungen verlagern, da ansonsten der Übermittlungsanlass in tatsächlicher Hinsicht zu entgrenzen droht.³⁵

Diese Anforderungen verfehlen die Übermittlungsermächtigungen im geltenden Nachrichtendienstrecht nahezu flächendeckend.

Zu den meisten von ihnen hat das Bundesverfassungsgericht dies bereits in seinem BNDG-Urteil festgestellt.³⁶ Die Ausführungen darin beziehen sich zwar ausdrücklich – entsprechend dem Verfahrensgegenstand – lediglich auf personenbezogene Daten, die der Bundesnachrichtendienst im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung erlangt hat. Sie lassen sich jedoch, zumindest soweit es um den verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsgüterschutz geht,³⁷ ohne weiteres auf sämtliche nachrichtendienstlichen Mittel übertragen, die intensiv in Grundrechte eingreifen.

Daneben weisen auch die Übermittlungsermächtigungen des Nachrichtendienstrechts, die nicht Gegenstand des BNDG-Urteils waren, erhebliche verfassungsrechtliche Defizite auf.

Dies gilt zum einen für die Ermächtigung zur Übermittlung personenbezogener Daten, die durch nachrichtendienstliche Mittel gewonnen wurden, an bestimmte operativ tätige Behörden in § 19 Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG (auch i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 1 MADG oder § 24 Abs. 1 Satz 3 BNDG). Zunächst ist der Anwendungsbereich dieser Regelung zu eng zugeschnitten, da auch die Übermittlung solcher Daten an andere Behörden (beispielsweise an die Gewerbeaufsicht oder die Migrationsverwaltung) dem Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung genügen muss.

³⁴ BVerfGE 141, 220 (326 ff.); BNDG-Urteil, Rn. 216 ff.

³⁵ BNDG-Urteil, Rn. 221.

³⁶ BNDG-Urteil, Rn. 310 ff.

³⁷ Hinsichtlich des tatsächlichen Übermittlungsanlasses orientiert sich das Bundesverfassungsgericht an den besonders strengen Anforderungen, die es für Daten aus Wohnraumüberwachungen und Online-Durchsuchungen entwickelt hat, BNDG-Urteil, Rn. 219 und 222.

¹⁵ Darüber hinaus stehen die Übermittlungsvoraussetzungen mit diesem Kriterium nicht durchweg in Einklang. Zu unbestimmt und zu weit gefasst sind insbesondere § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und 4 BVerfSchG, die eine Datenübermittlung zur Verfolgung, Verhinderung oder sonstigen Verhütung von Straftaten von erheblicher Bedeutung erlaubt. Der im Gesetz nicht definierte Begriff der Straftat von erheblicher Bedeutung beschränkt die Übermittlung nicht konsequent auf den Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter oder die Verfolgung schwerer Straftaten. Nach dem im Strafprozessrecht gängigen Sprachgebrauch erstreckt er sich unter bestimmten Umständen auf Delikte der mittleren Kriminalität.³⁸ Das Anliegen, Straftaten von erheblicher Bedeutung zu verfolgen, kann daher die Übermittlung von Daten, die mit Maßnahmen von hoher oder höchster Eingriffsintensität erlangt wurden, nicht rechtfertigen. Insoweit bedarf es eines abschließenden Straftatkatalogs, der sich auf schwere Straftaten beschränkt.³⁹ Soweit zudem § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BVerfSchG eine Datenübermittlung auch zur Verhütung von Straftaten erlaubt, gewährleistet die Norm nicht, dass die Übermittlung auf dem verfassungsrechtlich erforderlichen konkreten Ermittlungsansatz beruht.⁴⁰

Verfassungswidrig sind zum anderen die Übermittlungsermächtigungen in § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 und 2 G 10, die neben Daten aus Telekommunikationsüberwachungen aufgrund von Verweisen auch für andere Datenkategorien gelten.⁴¹ Nach § 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 G 10 dürfen Daten zu Strafverfolgungszwecken übermittelt werden, wenn der Verdacht einer der in § 3 Abs. 1 oder Abs. 1a oder § 7 Abs. 4 G 10 aufgeführten Straftaten besteht. Die Straftatkataloge in diesen Vorschriften führen jedoch unter anderem eine Reihe von minderschweren Straftaten auf, zu deren Verfolgung eine Übermittlung von Daten aus Maßnahmen hoher Eingriffsintensität nach dem Kriterium einer hypothetischen Datenneuerhebung nicht angemessen ist. Beispiele bilden die Staatsschutzdelikte nach § 86 StGB und § 20 Abs. 1 VereinsG. In noch größerem Ausmaß defizitär ist die Übermittlungsermächtigung in § 4 Abs. 4 Nr. 1 G 10. Diese Vorschrift erlaubt eine Übermittlung zur Verhinderung von Straftaten, wenn Anhaltspunkte auf die Planung oder Begehung einer Straftat aus den Katalogen in § 3 Abs. 1 und Abs. 1a sowie § 7 Abs. 4 S. 1 G 10 hindeuten. Diese Kataloge beschränken sich, wie soeben ausgeführt, nicht durchweg auf hinreichend gewichtige Straftaten. Darüber hinaus gewährleistet das Tatbestandsmerkmal der Planung nicht, dass der Übermittlung durchweg ein konkreter Ermittlungsansatz zugrunde liegt, zumal diese Straftatkataloge auch strafrechtliche Vorfeldtatbestände enthalten.

Die zu weit geratenen Übermittlungsermächtigungen lassen sich schließlich nicht dadurch rechtfertigen, dass gemäß § 23 Nr. 1 BVerfSchG (ggfs. i.V.m. § 12 MADG oder § 31 BNDG) Datenübermittlungen unzulässig sind, wenn die schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person

³⁸ Vgl. BVerfGE 103, 21 (34); 109, 279 (344); BGH NJW 1996, 2940 (2944); NSTZ 2014, 281.

³⁹ Vgl. zu Telekommunikationsüberwachungen BVerfGE 129, 208 (242 ff.); zu Wohnraumüberwachungen BVerfGE 109, 279 (343 ff.).

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 141, 220 (336).

⁴¹ Vgl. für Wohnraumüberwachungen § 9 Abs. 2 S. 7 BVerfSchG; § 5 Hs. 2 MADG; § 8 BNDG; für den Einsatz von IMSI-Catchern § 9 Abs. 4 S. 4 BVerfSchG; § 5 Hs. 2 MADG; § 8 BNDG; für den Abruf bestimmter Kommunikations- und Transaktionsdaten § 8b Abs. 2 Satz 7 BVerfSchG; § 4a MADG; § 3 Abs. 1 S. 3 BNDG

¹⁶ das Allgemeininteresse an der Übermittlung überwiegen. Diese unspezifische Abwägungsklausel kann eine normenklare Regulierung auf der Grundlage des Kriteriums einer hypothetischen Datenneuerhebung nicht ersetzen.⁴² Gleichfalls für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Übermittlungsermächtigungen ohne Belang sind die Regelungen im Strafprozess- und im Polizeirecht, welche die Weiterverarbeitung der übermittelten Daten beschränken. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss die Übermittlungsermächtigung einen verfassungsrechtlich hinreichenden Übermittlungstatbestand enthalten. Defizite dieser Ermächtigung können nicht durch die korrespondierende Weiterverarbeitungsermächtigung ausgeglichen werden.⁴³

Die Übermittlungsermächtigungen des Nachrichtendienstrechts bedürfen daher insgesamt einer grundlegenden Revision, die den Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung konsequent umsetzt. Dies ist angesichts der großen praktischen Relevanz und hohen grundrechtlichen Sensibilität von Datenübermittlungen durch Nachrichtendienste ein besonders dringliches Anliegen.

2. Bedeutung und Grenzen des Quellenschutzes

Nicht verfassungsrechtlich, aber rechtspolitisch kritikwürdig ist schließlich § 23 Nr. 2 BVerfSchG (ggfs. i.V.m. § 12 MADG oder § 31 BNDG). Diese Vorschrift untersagt eine Datenübermittlung, wenn ihr überwiegende Sicherheitsinteressen entgegenstehen. Sie dient insbesondere dazu, Arbeitsweise und Quellen der Nachrichtendienste zu schützen. Dieses Ziel ist zwar grundsätzlich anzuerkennen und auch verfassungsrechtlich fundiert.⁴⁴ Der sehr unspezifische und wertungsabhängige Begriff der überwiegenden Sicherheitsinteressen begünstigt jedoch eine überzogene Handhabung, die gegenläufigen Belangen der operativen Sicherheitsgewähr zu wenig Raum gewährt. Dies ist keine theoretische Besorgnis, sondern in der Vergangenheit immer wieder vorgekommen.⁴⁵

Um der Gefahr eines überzogenen Quellenschutzes entgegenzuwirken, sollte der Ausschlussgrund restriktiver formuliert und prozedural flankiert werden. Als Vorbild kann das Landesrecht dienen.⁴⁶ Mehrere Landesverfassungsschutzgesetze sehen vor, dass überwiegende Sicherheitsbelange unter anderem dann grundsätzlich nicht bestehen, wenn die Datenübermittlung erforderlich ist, um eine besonders schwere Straftat zu verfolgen. Eine Ausnahme hiervon besteht nur, wenn die Übermittlung eine unmittelbare, nicht anders abwendbare Gefährdung von

⁴² Vgl. BNDG-Urteil, Rn. 318.

⁴³ So besonders klar jüngst Bestandsdatenbeschluss, Rn. 130.

⁴⁴ Vgl. zum Quellenschutz als Schranke parlamentarischer Informationsbegehren BVerfGE 146, 1 (49 ff.).

⁴⁵ Das drastischste Beispiel bildet die Mordserie des sogenannten Nationalsozialistischen Untergrunds, deren Aufklärung nach weitgehend anerkannter Auffassung durch einen überzogenen Quellenschutz bei einigen Verfassungsschutzbehörden über lange Zeit erheblich behindert wurde, vgl. die – insoweit von allen Fraktionen getragenen – Ausführungen des ersten NSU-Untersuchungsausschusses des Bundestags, BT-Drs. 17/14600, S. 856 ff.

⁴⁶ Vgl. eingehend zu weiteren Regelungsmöglichkeiten den Abschlussbericht der Bund-Länder-Kommission Rechtsterrorismus vom 30. April 2013, S. 302 ff., sowie Gazeas, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 594 ff.

¹⁷ Leib oder Leben einer Person verursachen würde. In solchen Fällen wird zudem die Entscheidung über die Übermittlung politisch hochgezont, indem sie der Behördenleitung anvertraut wird. Darüber hinaus sind teilweise das zuständige Ministerium und das Parlamentarische Kontrollgremium zu unterrichten.⁴⁷ Diese Kombination materieller und prozeduraler Vorgaben macht den Quellenschutz rechtssicher handhabbar, schafft klare Verantwortlichkeiten und unterstreicht den Rang der operativen Belange, die dem Quellenschutz gegenüberstehen können.

⁴⁷ Vgl. – mit Unterschieden insbesondere in den prozeduralen Vorgaben – Art. 27 Abs. 2 BayVSG; § 19 Abs. 2 BbgVerfSchG; § 23 Abs. 2 HVSG; eine noch deutlich weitergehende Vorrangbestimmung zugunsten der Strafverfolgung findet sich in § 22 Abs. 2 ThürVerfSchG; eine weniger präzise Abwägungsklausel ohne prozedurale Absicherung enthält § 31 Abs. 1 S. 6 NVerfSchG.