



Der Bundesbeauftragte
für den Datenschutz und
die Informationsfreiheit

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache
19(4)627 E

Bonn, den 30.10.2020

Stellungnahme

des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
zur öffentlichen Anhörung des Innenausschuss des Deutschen Bundestages,
am 2. November 2020

zum

Entwurf eines Gesetzes zur Entfristung von Vorschriften nach den Terrorismusbekämpfungsgesetzen

sowie zum

Evaluationsbericht nach Art. 5 des Gesetzes zur Verlängerung der Befristung von Vorschriften nach den Terrorismusbekämpfungsgesetzen

Der Gesetzgeber hat seinerzeit, also im Terrorismusbekämpfungsgesetz von 2002 und im Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz von 2005 eine Befristung und eine damit einhergehende Evaluierung der neu eingeführten Befugnisse der Nachrichtendienste beschlossen. Dies ist eine Vorgehensweise, die ich grundsätzlich befürworte, denn sie zeigt, dass sich der Gesetzgeber darüber im Klaren war, dass er weitreichende Grundrechtseingriffe erlaubt, deren Geeignetheit und Erforderlichkeit er prognostisch nicht sicher bejahen konnte.

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat dem Gesetzgeber inzwischen zum Recht der Nachrichtendienste eine lange Aufgabenliste zugewiesen, die teilweise auch die hier vorliegenden Vorschriften betrifft. Diese Aufgabenliste macht es allerdings nötig, die Nachrichtendienstgesetze grundlegend zu überarbeiten. Unter anderem sollen Übermittlungsvorschriften, die das Gericht für nicht mit der Verfassung vereinbar erklärt hat, mit diesem Gesetzentwurf entfristet werden. Aus meiner Sicht wäre es geboten, zuerst die Aufgabenliste abzarbeiten. Dafür sollte zunächst auf neue Sicherheitsgesetze verzichtet werden,

bis die bestehenden Gesetze und die Vollzugspraxis (!) gründlich evaluiert wurden (I.). Konkret ist zu fragen, ob diese Vorfragen bei dem vorliegenden Entwurf hinreichend in die Überlegungen einbezogen wurden (II.). Sodann ist auf die einzelnen der zu entfristenden Vorschriften einzugehen (III.).

I. Evaluierungspflichten und Befristungen

1. Verfassungsrechtliche Bindungen bei der Evaluierung von Gesetzen

Bei der Betrachtung der Sicherheitsgesetzgebung der letzten Jahre drängt sich der Eindruck auf, dass der Gesetzgeber trotz verfassungsgerichtlicher Vorgaben immer hart an der Grenze des Vertretbaren – wenn nicht sogar darüber hinaus – formuliert. Regelmäßig wird er dann vom BVerfG an diese Grenzen erinnert. Das Ganze erinnert ein wenig an ein Hase-und-Igel-Spiel.

Zuletzt hat das Gericht im Mai 2020 zwei wegweisende Urteile getroffen, zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND (AA-FMA)¹ und zur Bestandsdatenauskunft II². Beide Entscheidungen machen die Notwendigkeit einer grundlegenden Reform des Nachrichtendiensterechts (nochmals) deutlich, und zwar nicht nur des BNDG und des G10G, sondern auch des BVerfSchG und des MADG: es legt fest, dass eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Eingriffsbefugnissen und eine Festlegung konkreter Eingriffsschwellen je nach Eingriffstiefe notwendig ist³. Im Übrigen sind sämtliche Übermittlungsregelungen zu überarbeiten⁴, und zwar auch im BVerfSchG, nicht nur im BNDG⁵. Eine davon, nämlich § 19 Abs. 4 BVerfSchG (bzw. § 11 Abs. 1 S. 1 MADG, § 9 BNDG a.F.) steht hier zur Entfristung an (siehe dazu im Einzelnen unten III.5.).

In der aktuellen Entscheidung zur Bestandsdatenauskunft hat das Gericht nochmals klargestellt, dass die Eingriffsbefugnisse für die Nachrichtendienste je nach Eingriffsgewicht zu differenzieren sind. Dies kann es insbesondere erfordern, differenzierte Eingriffsschwellen vorzusehen. Selbst bei weniger gewichtigen Eingriffen muss der Gesetzgeber näher konkretisieren, dass diese zur Aufklärung einer – konkreten – beobachtungsbedürftigen Aktion oder Gruppierung im Einzelfall geboten und damit ein wenigstens der Art nach konkretisiertes und absehbares Geschehen vorausgesetzt wird.⁶

¹ Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17.

² Beschl. v. 27.05.2020, BvR 1873/13, 1 BvR 2618/13.

³ vgl. schon Aussagen des Gerichts zu den Regeln zur Zweckbindung und zur Frage, welche Grundrechtseingriffe als intensiv einzustufen sind, im BKAG-Urteil v. 20.04. 2016, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rdnr. 151 und 160.

⁴ zu Anforderungen an Übermittlungsregeln siehe auch schon Entscheidung zum ATDG, Rdnr. 126.

⁵ Urt. v. 19.05.2020, Rdnr. 310ff..

⁶ Beschl. v. 27.05.2020, Rdnr. 151.

Weitere Vorgaben legte das Gericht etwa in seinen Entscheidungen zur Vorratsdatenspeicherung, zur Online-Durchsuchung, zur präventiven Telekommunikationsüberwachung, zur Antiterrordatei und zu heimlichen Ermittlungsmaßnahmen nach dem BKA-Gesetz fest, um nur einige wenige zu nennen. Schon in seiner ATD-Entscheidung 2013 hatte das BVerfG etwa dargelegt, dass der Gesetzgeber sich für Datenübermittlungen zwischen den Nachrichtendiensten und der Polizei nicht mit vergleichbar niederschweligen Voraussetzungen wie der Erforderlichkeit für die Aufgabenwahrnehmung oder der Wahrung der öffentlichen Sicherheit begnügen darf⁷, was es zuletzt in der erstgenannten Entscheidung noch einmal pointiert wiederholt hat.⁸ Beachtet hat der Gesetzgeber dies bis heute nicht. In seiner Entscheidung zum BKA-Gesetz hat das BVerfG unter anderem dargelegt, welche Grundrechtseingriffe als intensiv einzustufen sind (z.B. das Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Wortes außerhalb von Wohnungen, der Einsatz von V-Personen oder additive Grundrechtseingriffe) und daraus umfangreiche Vorgaben zur Zweckbindung der Datenverarbeitung abgeleitet.⁹

2. Evaluierung und Sicherheitsgesetz-Moratorium

Mit dieser verfassungsrechtlichen Aufgabenliste für den Gesetzgeber sind zugleich die Ziele in den Blick zu nehmen, die der Gesetzgeber erreichen wollte. Dies sind insbesondere der Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und Sicherheit für die Bürgerinnen und Bürger. Grundrechte und Sicherheit sind kein Gegensatz, zumal auch Rechtssicherheit eine Form von Sicherheit ist. Dazu muss der Gesetzgeber prüfen, ob seine Vorschriften in der Vollzugspraxis tatsächliche Wirkung erzielen können. All dies muss eine sinnvolle Evaluierung in den Blick nehmen. Dementsprechend macht auch die Befristung nur Sinn, wenn sie mit einer grundlegenden Evaluierung verbunden ist.

Deshalb sieht aus meiner Sicht die logische Reihenfolge wie folgt aus: Erstens ist eine umfassende – und vor allem unabhängige – Evaluierung vorzunehmen. Dies sollte eine Evaluierung nicht nur der in Rede stehenden Vorschriften der Terrorismusbekämpfungsgesetze, sondern des Nachrichtendienstrechts insgesamt umfassen und eine gründliche Analyse verfassungsgerichtlicher Vorgaben einschließen. Daran sollte sich eine umfassende Reform des Nachrichtendienstrechts anschließen, in der dann die Vorschriften, die sich als hinreichend normenklar, geeignet, erforderlich und verhältnismäßig erwiesen haben, selbstverständlich dauerhaften Eingang in die Gesetze finden können.

Das BVerfG hat dem Gesetzgeber bereits im Jahr 2010 in seiner Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung aufgegeben, den Stand der eigenen Gesetzgebung regelmäßig zu be-

⁷ Urt. v. 24.04.2013, 1 BvR 1215/07, Rdnr. 126.

⁸ Urt. v. 23.05.2020, Rdnr. 242, 312.

⁹ BVerfG NJW 2016, 1781.

obachten. Insbesondere „bei der Erwägung neuer Speicherungspflichten oder -berechtigungen ist er [mit] Blick auf die Gesamtheit der verschiedenen schon vorhandenen Datensammlungen zu größerer Zurückhaltung“ gezwungen¹⁰. Er muss also regelmäßig eine Überwachungs-Gesamtrechnung durchführen, wie es Prof. Roßnagel treffend beschrieben hat.¹¹

(Das ist bis heute nicht geschehen. Mein Haus führt eine Liste von Gesetzen und Maßnahmen, die seit den Anschlägen vom 11. September 2001 in Deutschland beschlossen worden sind. Diese Liste ist eindrucksvoll lang, um nicht zu sagen furchteinflößend. Ich sage nicht, dass alle dort erwähnten Punkte nutzlos oder verfassungswidrig sind. Fakt ist: Wir wissen es nicht.

Mit „aktuellen Herausforderungen insbesondere im Bereich des internationalen Terrorismus und Rechtsterrorismus“ werden aktuell und schon seit längerem alle möglichen Gesetzentwürfe begründet. Ich ziehe nicht in Zweifel, dass einer wehrhaften Demokratie die erforderlichen Mittel an die Hand gegeben werden müssen, um sich vor ihren Widersachern zu schützen. Aber wissen wir wirklich, ob die Maßnahmen geeignet, erforderlich und vor allem angemessen sind? Wissen wir um ihre Wechselwirkungen? Wissen wir, ob wir es wirklich mit einem Befugnisdefizit zu tun haben oder nicht oder doch eher mit einem Vollzugsdefizit? Oder haben wir es vielleicht mit einem gesamtgesellschaftlichen Defizit zu tun, dessen Verhütung sinnvollerweise noch viel früher ansetzen muss als bei der nachrichtendienstlichen Beobachtung, um es wirksam in den Griff zu bekommen? Stichworte: Prävention, Bildung, Sozialarbeit.

Mit Blick auf die gerade erwähnte Liste, die Änderungen im Bereich der Sicherheitsgesetzgebung aufzählt, und der damit einhergehenden unsicheren Bewertungslage habe ich vor etwa einem Dreivierteljahr ein Sicherheitsgesetz-Moratorium gefordert¹². Der vorliegende Gesetzentwurf mag auf der Grundlage einer Evaluierung zustande gekommen sein, diese fehlt aber für den ganz überwiegenden Teil der übrigen Verschärfungen, und erst recht mit Blick auf die Wechselwirkungen. Daher erneuere ich an dieser Stelle meine Forderung nach einer Pause. Diese Pause muss dazu genutzt werden, umfassend alle Zusammenhänge verschiedener Befugnisse von Nachrichtendiensten wie auch Strafverfolgungsbehörden auszuwerten.

II. Fehlende Aspekte der Evaluierung zu TBG und TBEG

Daraus folgt die Frage, was dies für die hier konkret in Rede stehenden Vorschriften bedeutet.

¹⁰ BVerfG, Urteil vom 02.03.2010 - 1 BvR 256/08 Rdnr. 218.

¹¹ NJW 2010, 1238.

¹² Kurzfassung im Tagesspiegel vom 15.01.2020.

Zu den Vorschriften des TBG und des TBEG hat sich der Gesetzgeber mit insgesamt vier Evaluationen über mehrere Jahre genug Zeit gelassen, um seine Prognose zu überprüfen. Außerdem begrüße ich die Tatsache, dass die vorgesehenen Entfristungen nicht – wie sonst häufig üblich – als ein Artikel eines unüberschaubaren Gesetzesentwurfs dem Adressaten sozusagen „untergeschoben“ werden. Es besteht also die Möglichkeit, sich ausschließlich und intensiv mit diesem Inhalt zu befassen. Das ist bei weitem nicht bei jedem Gesetz der Fall.

Die gesetzliche Begründung erwähnt insgesamt vier Evaluierungen. Ich bin mir nicht sicher, ob ich auch die kenne, die nicht vom Institut für Gesetzesfolgenabschätzung erstellt wurden. Das Institut für Gesetzesfolgenabschätzung hat die letzten zwei Evaluierungen durchgeführt: die Ergebnisse wurden 2015 und 2018 veröffentlicht. Davor gibt es noch ein Gutachten von Prof. Wolff aus dem Jahr 2011¹³.

Ohne die Leistung des Instituts oder auch die von Prof. Wolff schmälern zu wollen, muss man doch sehen, was diese Evaluierungen schon alleine aufgrund ihres Auftragsgegenstands **nicht** zu leisten in der Lage war. Der Bericht des Instituts konstatiert: *„Ausweislich des erteilten Auftrags wird die Evaluation nicht durch den beauftragten wissenschaftlichen Sachverständigen, sondern durch die Bundesregierung durchgeführt. Der Sachverständige unterstützt die Bundesregierung durch Sicherstellung der Einhaltung wissenschaftlich-methodischer Standards. [...] Ebenso wenig ist der Gutachter beauftragt worden, eine allgemeine verfassungsrechtliche Bewertung der zu evaluierenden Normen vorzunehmen oder zur Sicherheitsarchitektur im Übrigen oder eventuellen weiteren technischen Möglichkeiten Stellung zu nehmen.“* (BT-Drs. 19/23350 S. 16). Damit fehlt aus meiner Sicht ein ganz wesentlicher Aspekt.

Ähnlich im Gutachten von Prof. Wolff: *„Geht man davon aus, dass der Evaluierungsauftrag des TBEG auch den Sinn hat, nach der Evaluierung eventuell eine Veränderung zu Gunsten des Grundrechtsschutzes zu bewirken, wäre für ein solches Ziel der Entwurf des Evaluierungsberichts vom 24.06.2010 nur beschränkt geeignet. Der Gutachtenauftrag kann diese Einseitigkeit des Berichts der Bundesregierung nicht verändern und der Gutachtenauftrag erstreckt sich auch nicht auf die Bewertung dieser Schwächen.“¹⁴ (S. 2f.)*

Was ebenfalls Fragen aufwirft: Warum werden Daten, die zuletzt im Jahr 2017 erhoben und 2018 bewertet wurden, als Grundlage für eine Entscheidung in 2020 genommen? Warum hat man so lange gewartet? Und warum hat man die Evaluierung 2016-2018 vorgenommen, obwohl das Gesetz dem Gesetzgeber nach Art. 5 des Gesetzes zur Verlängerung der

¹³ „Verfassungsrechtliche Bewertung des Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetzes (TBEG) und seiner Anwendung“.

¹⁴ S. 2f. des Gutachtens.

Befristung von Vorschriften nach den Terrorismusbekämpfungsgesetzen vom 3. Dezember 2015 bis zum 10. Januar 2021 Zeit gegeben hat?

III. Zu den einzelnen Vorschriften

1. Zweifel an der Normenklarheit des Gesetzentwurfs

Der vorliegende Gesetzentwurf mutet auf den ersten Blick unscheinbar an. Drei Artikel, alle jeweils nur bestehend aus einem Satz. Wenn man allerdings herausfinden will, welche Vorschriften da im Einzelnen aufgehoben werden sollen, wird es schon diffizil. Artikel 10 des Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz (TBEG) vom 5. Januar 2007 enthält insgesamt sieben Absätze mit insgesamt 25 Änderungsbefehle – auf Vorschriften, die teilweise ihrerseits im Laufe der Zeit mehrfach geändert wurden. Ich frage mich, ob der vorliegende Entwurf noch die Anforderungen an die nötige Normenklarheit erfüllt.

2. § 12 Abs. 3 S. 2 BVerfSchG bzw. § 6 Abs. 2 MADG

Nach § 12 Abs. 3 S. 2 BVerfSchG aktuelle Fassung sind gespeicherte personenbezogene Daten über Bestrebungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1, 3 und 4 spätestens zehn Jahre nach dem Zeitpunkt der letzten gespeicherten relevanten Information zu löschen, es sei denn, die zuständige Abteilungsleitung oder deren Vertretung trifft im Einzelfall ausnahmsweise eine andere Entscheidung. Die ursprüngliche Norm hat seit 2002 einige Änderungen erfahren (vgl. dazu anschaulich die Genese der Regelung und die empirischen Ergebnisse des Gutachtens auf S. 57f.).

Ziel von Art. 10 Abs. 1 Nr. 5 TBEG ist es, dass in diesem Satz die Bestrebungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 gestrichen werden sollen, eine Folgeänderung von Art. 10 Abs. 1 Nr. 1 TBEG. Diese Streichung wurde aber nie Realität. Jetzt soll sie endgültig nicht mehr zum Tragen kommen¹⁵.

Es geht mir nicht darum, dem BfV (und dem BAMAD) die Befugnis zur Beobachtung von Bestrebungen, die gegen den Gedanken der Völkerverständigung, insbesondere gegen das friedliche Zusammenleben der Völker gerichtet sind (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 BVerfSchG), zu entziehen. § 12 Abs. 2 betrifft lediglich Löschfristen.

Laut Evaluierungsbericht gab es „im Erhebungszeitraum [...] weder beim BfV noch beim BAMAD einen Fall, in dem aufgrund der Entscheidung der Abteilungsleitung bzw. seiner Stellvertretung personenbezogene Daten gemäß § 12 Abs. 3 S. 2 BVerfSchG bzw. § 6 Abs. 2 MADG

¹⁵ Ein Beispiel dafür, wie verwirrend der vorliegende Gesetzentwurf ist, den Art. 10 Nr. 5 TBEG, der aufgehoben werden soll, nimmt auf einen Wortlaut des § 12 Abs. 3 S. 2 Bezug, der gar nicht der aktuellen Gesetzeslage entspricht.

nach 10 Jahren nicht gelöscht wurden“ (BT-Drs. 19/23350, S. 58). Es mag sein, dass solche Einzelentscheidungen zur verlängerten Speicherung nicht getroffen wurden. Faktisch wurden und werden aber stattdessen durch Erlasse des BMI riesige Datenbestände immer noch vorgehalten, und zwar aufgrund von Löschmutorien diverser Untersuchungsausschüsse, teilweise auch zur Nutzung in Ermittlungsverfahren. Eine unüberschaubare Vielzahl personenbezogener Daten wird hier vorgehalten, die zwar nicht mehr für die Facharbeit einsehbar und nutzbar sind, deren Vorhandensein noch Jahre nach Ablauf der fachlichen Erforderlichkeit wirft aus meiner Sicht allerdings erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit aufwirft.

Daher möchte ich die Gelegenheit nutzen, um an dieser Stelle einen Vorschlag zu machen, der auf der einen Seite die Arbeit von parlamentarischen Untersuchungsausschüssen zu ermöglichen, diese auf der anderen Seite aber auch auf eine verfassungskonforme Grundlage zu stellen. Eine fortgesetzte Speicherung zu anderen als den bisherigen Zwecken bedarf einer eigenen Rechtsgrundlage. Beschlüsse von Bundestagsausschüssen und darauf beruhende Ministerialerlasse reichen nicht aus. Orientieren kann sich der Gesetzgeber etwa an § 21 Abs. 1 SÜG, der als Vorlage dienen könnte. Danach dürfen die im Rahmen einer Sicherheitsüberprüfung gespeicherten personenbezogenen Daten nur für die in dieser Norm festgelegten Zwecke genutzt und übermittelt werden. Neben den eigentlichen Fachzwecken sind dies nach Nr. 4 ausnahmsweise auch Zwecke der Verfolgung von Straftaten von erheblicher Bedeutung und nach Nr. 5 Zwecke parlamentarischer Untersuchungsausschüsse.

3. § 17 Abs. 3 BVerfSchG

Nach § 17 Abs. 3 BVerfSchG können das BfV, das BAMAD und der BND eine Person oder eine Sache im Schengener Informationssystem verdeckt ausschreiben, wenn die in Art. 36 Abs. 3 SIS-II-Beschluss¹⁶ genannten Voraussetzungen sowie tatsächliche Anhaltspunkte für einen grenzüberschreitenden Verkehr vorliegen und soweit dies für die Erfüllung der Aufgaben der genannten Behörden erforderlich ist.

Ich habe entsprechend meiner Zuständigkeit nach Art. 60 Abs. 2 des SIS-Beschlusses als nationale Kontrollinstanz in verschiedenen Kontrollen die datenschutzkonforme Anwendung dieser Normen überprüft. Einzelheiten kann ich aufgrund des Verschlusssachengrades sowie teilweise noch laufender Kontrollen nicht mitteilen. Allerdings kann ich abstrakt feststellen, dass ich die grundsätzliche Sinnhaftigkeit solcher Ausschreibungen durch die Nachrichtendienste nicht in Frage stelle. Insbesondere lag aber in den von mir geprüften

¹⁶ Beschluss 2007/533/JI des Rates vom 12. Juni 2007 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II).

Fällen so gut wie immer ein nachvollziehbarer Grund für eine verdeckte Ausschreibung vor.

Eine Entfristung zum jetzigen Zeitpunkt wäre allerdings nur eine Übergangslösung: Spätestens zum 28.12.2021 wird die EU-Kommission ein Datum zur Inbetriebnahme des (neuen) SIS festlegen, und damit auch eine neue Fassung der SIS-Verordnung¹⁷, auf der der SIS-Beschluss beruht, in Kraft treten. Je nachdem, ob der Gesetzgeber – aus meiner Sicht notwendige – Anpassungen an § 17 Abs. 3 BVerfSchG aufgrund der geänderten Ausschreibungsmöglichkeiten nach der SIS-Verordnung vornimmt, stellen sich neue Fragen zur Reichweite einer verdeckten Ausschreibung für Nachrichtendienste. Voraussichtlich im Jahr 2021 oder 2022 wird § 17 Abs. 3 BVerfSchG daher ohnehin angepasst werden müssen. Ich empfehle dem Gesetzgeber, sich damit frühzeitig auseinander zu setzen.

4. § 18 Abs. 1a BVerfSchG

Nach § 18 Abs. 1 a BVerfSchG geltende Fassung übermittelt das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) von sich aus dem Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV), sowie die Ausländerbehörden eines Landes von sich aus der Verfassungsschutzbehörde des Landes ihnen bekannt gewordene Informationen einschließlich personenbezogener Daten über Bestrebungen oder Tätigkeiten nach § 3 Abs. 1, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Übermittlung für die Erfüllung der Aufgaben der Verfassungsschutzbehörde erforderlich ist¹⁸.

Nach Art. 10 Nr. 7 b) TBEG soll § 18 Abs. 1a aufgehoben werden, was bislang nicht Realität wurde – und der vorliegende Entwurf hebt wiederum den Aufhebungsbefehl auf.

Interessant ist, dass das Evaluierungsgutachten nach Befragung sowohl des BAMF und des BfV als Bundesbehörden auf der einen Seite sowie der Ausländerbehörden der Länder und der Verfassungsschutzbehörden der Länder zu einer sehr unterschiedlichen Nutzerbewertung kommen. Laut Gutachten sehen sowohl das BAMF als auch das BfV die Möglichkeit, Informationen zu übermitteln, als sehr wichtig bzw. die übermittelten Informationen als von großer Bedeutung für die nachrichtendienstliche Arbeit an (S. 71), und auch faktisch gab es eine hohe Zahl von Übermittlungen. Dagegen wurden von den Ausländerbehörden der Länder nur vereinzelt Informationen an die Landesverfassungsschutzämter übermittelt, und der Nutzen war für letztere eher gering: während die übermittelten Informationen

¹⁷ Verordnung (EU) 2018/1862 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. November 2018 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems (SIS) im Bereich der polizeilichen Zusammenarbeit und der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, zur Änderung und Aufhebung des Beschlusses 2007/533/JI des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1986/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates und des Beschlusses 2010/261/EU der Kommission.

¹⁸ Zur Genese vgl. Evaluierungsbericht S. 68.

je nach zuständiger Abteilung des BfV in 40 und bis zu 90% der Fälle gespeichert wurden, lag die Quote auf der Landesseite nur bei 14% (S. 71f)¹⁹.

Gerade die Ergebnisse aus der Befragung der Landesbehörden geben aus meiner Sicht Anlass zur der Feststellung, dass sich die Norm in dieser Fassung gerade nicht bewährt hat. Schon aus diesem Grund kann ich eine uneingeschränkte Entfristung nicht empfehlen.

Darüber hinaus lässt eine Gesamtschau meiner in diesem Bereich durchgeführten Kontrollen im Ergebnis Zweifel daran aufkommen, ob die Regelung, dass das BAMF Informationen aus seiner Arbeit an das BfV übermitteln soll, nachdem es tatsächliche Anhaltspunkte für eine Verfassungsschutzrelevanz einer Person festgestellt hat, zu tragfähigen Ergebnissen führt. Es handelt sich um eine schwierige Gemengelage: Das BAMF ist keine Sicherheitsbehörde und verfügt folglich nicht von sich aus über eine hinreichende Expertise, um das Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte für eine Verfassungsschutzrelevanz in jedem Fall gesichert beurteilen zu können. Daher wurde der im Gutachten bereits erwähnte Kriterienkatalog entworfen, der das BAMF in die Lage versetzen soll, zu einer gesicherten Beurteilung zu kommen, ob Daten ans BfV übermittelt werden sollten. Dieser Kriterienkatalog soll sicherstellen, dass einerseits den Nachrichtendiensten kein potentiell relevanter Fall abhandelt, andererseits aber vor einer Übermittlung immer gesichert tatsächliche Anhaltspunkte für eine nachrichtendienstliche Aufgabenrelevanz gegeben sind. Ich sehe eine gewisse Schwierigkeit darin, diese beiden Punkte miteinander zu vereinen bzw. zu gewährleisten, dass beide Zielsetzungen erfüllt werden.

Alternativ oder ergänzend hat das BfV daher potentiell interessante Personen in Eigenregie auf Basis einer Einwilligung gesondert befragt. Die Vorgehensweise mittels einer Einwilligung ist vorliegend aber kein taugliches Instrument, da eine Person, die so umfassend über ihre potentielle Bedeutung für die Nachrichtendienste und ihre Nähe etwa zu verfassungsfeindlichem Verhalten aufgeklärt wird, dass sie in der gebotenen Informiertheit eine freiwillige Einwilligung abgeben kann, im Normalfall häufig nicht zur Durchführung einer Befragung bereit ist. Eine wirksame Einwilligung beruht auf umfassender Informiertheit und Freiwilligkeit. Beide Aspekte stoßen meines Erachtens im Rahmen nachrichtendienstlicher Tätigkeit an ihre Grenzen.

Daher sprechen meine Feststellungen bislang²⁰ im Ergebnis dafür, anstelle des § 18 Abs. 1a BVerfSchG eine gesetzliche Ermächtigung zu konzipieren, die dem BfV ein gestuftes eigenständiges Fragerecht (ohne Offenlegung/Informierung über die Beweggründe) einräumen, um bei potentiell interessanten Personen ermitteln zu können, ob sie bzw. ihre Kenntnisse/Erfahrungen Verfassungsschutzrelevanz besitzen. Ich verhehle allerdings nicht, dass sich in der gegenwärtigen Gesamtkonzeption des BVerfSchG strukturell systematisch nicht

¹⁹ Vgl. dazu auch die ausgewerteten Nutzerfragebögen der Länder auf S. 147ff..

²⁰ Die aktuelle Kontrolle ist noch nicht abgeschlossen, so dass ich hier noch keine abschließende Meinung äußern bzw. Empfehlung abgeben möchte.

ohne weiteres ins Gesetz implementieren lässt. Denn dort ist die Schwelle für ein Tätigwerden des BfV immer (mindestens) das Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte. Es sollte daher überlegt werden, ob bei der bereits angesprochenen notwendigen grundlegenden Reform des BVerfSchG eine Regelung für sog. Prüffälle einzuführen, die ein gestuftes Vorgehen zur Erforschung, ob solche tatsächlichen Anhaltspunkte vorliegen, in eng begrenzten Fällen wie hier vorsehen. Auch aus diesem Grund kann ich eine Entfristung zum jetzigen Zeitpunkt nicht empfehlen.

5. § 19 Abs. 4 BVerfSchG bzw. § 11 Abs. 1 S. 1 MADG, § 9 BNDG a.F./ § 24 BNDG n.F.

Nach § 19 Abs. 4 S. 1 BVerfSchG dürfen personenbezogene Daten an andere Stellen (gemeint sind hier nicht-öffentliche Stellen, da § 19 Abs. 1 bis 3 spezielle Übermittlungsregelungen an inländische wie ausländische öffentliche Stellen vorsehen) nur übermittelt werden, wenn dies zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, des Bestandes oder der Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder zur Gewährleistung der Sicherheit von lebens- oder verteidigungswichtigen Einrichtungen nach § 1 Abs. 4 des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes erforderlich ist. Die Sätze 3 bis 2 bis 7 regeln dazu weitere Anforderungen.

Nach dem Urteil des BVerfG vom 19. Mai 2020 ist § 19 Abs. 4 unter verschiedenen Gesichtspunkten derzeit verfassungswidrig:

- Der Vorschrift fehlt es an einer hinreichenden Übermittlungsschwelle. Es fehlt also an einem Tatbestandsmerkmal in dieser gesetzlichen Ermächtigung, die das Vorliegen eines hinreichend individuell-konkreten Lebenssachverhalts gewährleistet. Nicht jede abstrakt mögliche Gefährdung/Beeinträchtigung eines Rechtsguts, dessen Schutz nach § 3 Abs. 1 BVerfSchG die Aufgabe des BfV ist, rechtfertigt eine Übermittlung. Vielmehr muss darüber hinaus zumindest eine bestimmte, nachrichtendienstlich beobachtungsbedürftige Aktion, Gruppierung oder Verhaltensweise in einem konkreten Einzelfall (den man von anderen Fällen abgrenzen kann) ausgemacht werden können. Es muss also konkrete Tatsachen geben, mit denen sich ein „nachrichtendienstliches Beobachtungsobjekt“ bereits fassen lässt.

Die bislang insoweit verfassungsmäßig akzeptierten gesetzlichen Ermächtigungen sehen daher klassischer Weise neben der „Erforderlichkeit zur Aufgabenerfüllung gemäß § 3 Abs. 1 BVerfSchG“ zusätzlich das Tatbestandsmerkmal vor, dass (zumindest) „tatsächliche Anhaltspunkte (im Einzelfall)“ für diese Erforderlichkeit bestehen müssen.

- Daneben fehlt für die Verfassungsmäßigkeit der Übermittlungsregelung des § 19 Abs. 4 BVerfSchG – wie bei allen Übermittlungsregelungen des BVerfSchG derzeit –, dass gesetzlich festgeschrieben wird, dass für jede Übermittlung die förmliche Ent-

scheidung zur Übermittlung (und im Rahmen dessen die Überprüfung des Vorliegens der gesetzlichen Übermittlungsvoraussetzungen) unter Nennung der zugrunde gelegten Rechtsvorschrift dokumentiert und der „technische Akt“ der Übermittlung selbst protokolliert werden muss.

Dasselbe gilt – nur noch expliziter – für § 9 Abs. 2 BNDG a.F. bzw. § 24 Abs. 2 BNDG aktuelle Fassung.

§ 24 BNDG wurde durch das Urteil des BVerfG als die zentrale Übermittlungsvorschrift des aktuellen BNDG für verfassungswidrig erklärt²¹. Als Folge dessen müssen die Übermittlungen von Grund auf neu geregelt werden. Zurzeit befindet sich ein Gesetzentwurf des Bundeskanzleramts zum neuen BNDG in der Ressortabstimmung. § 24 BNDG soll in seinem Regelungsgehalt vollständig ersetzt werden. Im BNDG-E sind gänzlich neue Übermittlungstatbestände geschaffen worden.

Die Neugestaltung der Übermittlungsvorschriften im BNDG-E begegnet massiven verfassungsrechtlichen und gesetzestechnischen Bedenken, auf welche ich im Detail aufgrund des nicht öffentlichen Stadiums des Gesetzgebungsverfahrens nicht näher eingehen kann.

Vor diesem Hintergrund ist eine Entfristung der verfassungswidrigen Regelung des § 24 BNDG ein klarer Verfassungsverstoß.

²¹ Rn. 310 bis 318.