



Dr. Nikolaos Gazeas LL.M.
Rechtsanwalt

Dr. Lutz Nepomuck
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht

Dr. Andrej Umansky LL.M.
Rechtsanwalt

Köln, 30. Oktober 2020

Schriftliche Stellungnahme

zur

**Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages
am 2. November 2020**

zu dem

**Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD
Entwurf eines Gesetzes zur Entfristung von Vorschriften zur
Terrorismusbekämpfung (BT-Drs. 19/23706)**

**sowie zur Unterrichtung durch die Bundesregierung –
Evaluationsbericht nach Artikel 5 des Gesetzes zur Verlängerung der
Befristung von Vorschriften nach den
Terrorismusbekämpfungsgesetzen
(BT-Drs. 19/23350)**

von

Dr. Nikolaos Gazeas LL.M. (Auckland)
Rechtsanwalt
Lehrbeauftragter der Universität zu Köln

Zusammenfassung

1. Eine Entfristung der bereits in Kraft befindlichen Vorschriften nach den Terrorismusbekämpfungsgesetzen würde **keine verfassungsrechtlichen Probleme** mit sich bringen.
2. Die **Art und Weise der Evaluierung** der Vorschriften erscheint bereits durch die gesetzliche Ausgestaltung suboptimal. Für künftige Evaluationen dürfte das Modell einer **Evaluierungskommission** nach dem Vorbild der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetze unter Einbeziehung eines überwiegenden Anteils externer Sachverständiger vorzugswürdiger gegenüber einer Evaluierung durch die Bundesregierung selbst sein.
3. Die beabsichtigte Entfristung sollte zum Anlass für eine **Bestandsaufnahme** zum Stand des Nachrichtendienstrechts des Bundes und seiner **Reformbedürftigkeit** genommen werden. Denn das Nachrichtendienstrecht ist **grundlegend und dringend reformbedürftig**.

Die Nachrichtendienstgesetze des Bundes – insbesondere das BVerfSchG, das MADG, das BNDG und das G10 – weisen in ihrer gegenwärtigen Form **erhebliche – teilweise verfassungsrechtlich relevante – Mängel** auf. Es fehlt an einem **roten Faden** und an einer **sinnvollen Ordnungsidee**. Die Rechtsmaterie ist **unübersichtlich** und **zersplittert** geregelt. Verweisketten und gesetzlich angeordnete Analogien führen oft zu normsystematisch kaum handhabbaren Vorschriften.

Die gegenwärtige Rechtslage geht in erheblichem Maße **zu Lasten der Rechtssicherheit** und an einigen Stellen sogar **zu Lasten der Verfassungsmäßigkeit** der jeweiligen Regelungskomplexe, weil konkrete Vorschriften insbesondere gegen das verfassungsrechtliche Gebot der **Normenklarheit** oder das **Übermaßverbot** verstoßen.

Zudem sind die – in der Praxis ganz wichtigen – **Übermittlungsvorschriften** in allen Nachrichtendienstgesetzen **weitgehend verfassungswidrig**. Dies hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zur Ausland-Ausland-Überwachung durch den BND klar ausgesprochen. Diese in hohem Maße grundrechtsrelevante Materie, die einen sehr wichtigen und intensiven Anwendungsbereich in der Praxis hat, **muss dringend zeitnah und grundlegend reformiert** werden.

Es sollte dabei auch die gesetzliche Ausgestaltung des Quellenschutzes und der Übermittlungsverbote reformiert werden. Das Übermittlungsverbot bei überwiegenden Sicherheitsinteressen nach § 23 Nr. 2 BVerfSchG **geht sehr weit** und ist **sehr unbestimmt**. Es **erlaubt** dem Wortlaut nach **ein nahezu beliebiges Abwägungsergebnis**, nachrichtendienstliche Erkenntnisse nicht weiterzuleiten.

Sinnvoll erscheint die Regelung des Nachrichtendienstrechts des Bundes in einem einheitlichen **Gesetz über die Nachrichtendienste des Bundes**, in dem sämtliche Regelungen für das BfV, den MAD und den BND Eingang finden. Das G10 sollte insoweit aufgelöst und in das neue Fachgesetz integriert werden. Erwägenswert erscheint die Systematisierung in einem allgemeinen Teil, der für alle Nachrichtendienste gilt, und einem Besonderen Teil, der für den jeweiligen Nachrichtendienst Aufgaben, Befugnisse und weitere Besonderheiten regelt.

4. Im Lichte der stetig anwachsenden Überwachungsbefugnisse im Recht der inneren Sicherheit erscheint eine **Überwachungsgesamtrechnung notwendig**. Es bedarf einer – auch gesamtgesellschaftliche – **Debatte** darüber, wo die absoluten Grenzen für staatliche Informationserhebungsmaßnahmen bei Bürgerinnen und Bürger verlaufen. Die **Erstellung einer solchen „Überwachungsgesamtrechnung“** wäre eine wesentliche Arbeitshilfe für den Gesetzgeber.

Gliederung

A. Vorbemerkungen	5
B. Zur Entfristung von Vorschriften zur Terrorismusbekämpfung.....	5
C. Reformbedürftigkeit des Rechts der Nachrichtendienste.....	7
I. Zur fehlenden Ordnungsidee und systematischen Fehlern.....	8
II. Zu Verweisketten und unzureichender Regelungstechnik	11
III. Zur Verfassungswidrigkeit der Übermittlungsvorschriften	13
IV. Zur mangelhaften Regelung der Übermittlungsverbote.....	16
V. Zu Problemen durch die föderale Vielfalt in den Verfassungsschutzgesetzen der Länder	19
D. Notwendigkeit einer Überwachungsgesamtrechnung.....	20

A. Vorbemerkungen

Die vorliegende Stellungnahme muss aufgrund der Kürze der Zeit, die dem *Verfasser* zur Verfügung stand – zwischen der Einladung zur Anhörung und der Anhörung selbst lagen *drei* Werktage – kurz ausfallen.

Sie gibt vorweg Anlass für ein Monitum und ein Petitum allgemeiner Natur: Die in den letzten Jahren festzustellende Praxis, Öffentliche Anhörungen – nicht nur dieses Ausschusses – zunehmend kurzfristiger anzusetzen, mit der Folge, dass allen Beteiligten und damit auch den Sachverständigen immer weniger Zeit zur Vorbereitung und Letzteren zur Ausarbeitung einer schriftlichen Stellungnahme zur Verfügung steht, ist in meinen Augen kein Fortschritt in der parlamentarischen Arbeit. Dasselbe gilt nicht selten auch für die oft nur kurzen Zeiträume zwischen der Veröffentlichung eines Referentenentwurfs und dem Kabinettsbeschluss. Dies gilt einmal mehr, als nicht selten ganz wesentliche Gesetzesänderungen im Sicherheitsrecht im Raum stehen, die essentielle Grundrechtseinschränkungen betreffen. Für die richtige Abwägung von Sicherheit und Freiheit und letztlich für die Akzeptanz einer Einschränkung von Bürger- und Freiheitsrechten ist eine Diskussion, Beteiligung und Auseinandersetzung in der gebotenen Tiefe und Breite in meinen Augen wichtig und rechtsstaatlich geboten. Es sollte versucht werden, einen andernfalls womöglich (zu Unrecht) entstehenden Eindruck zu vermeiden, dass Zivilgesellschaft und externe Experten nur „für die Galerie“ einbezogen werden.

Diese kurze Stellungnahme beschränkt sich auf die Skizzierung einiger punktueller Thesen und verfolgt aufgrund der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit keinen Anspruch auf Vollständigkeit und wissenschaftlicher Auseinandersetzung mit den aufgeworfenen Fragen. Sie dient vielmehr einem (erneuten) Anstoß einer in meinen Augen dringend notwendigen Diskussion zur Reformbedürftigkeit des Rechts der Nachrichtendienste. Entsprechend werden existente Quellen in der (vor allem verfassungsrechtlichen) Rechtsprechung und im wissenschaftlichen Schrifttum nicht erschöpfend, sondern nur *pars pro toto* angeführt.

B. Zur Entfristung von Vorschriften zur Terrorismusbekämpfung

Der Entwurf eines Gesetzes zur Entfristung von Vorschriften zur Terrorismusbekämpfung verfolgt **eine Entfristung** der derzeit bis 10. Januar 2021 befristeten Geltung der durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz im Jahr 2002 geschaffenen und durch das Terrorismusbekämpfungsges-

ergänzungsgesetz im Jahr 2007 weiter verlängerten und teils modifizierten Regelungen.

Die beabsichtigte Entfristung betrifft nicht nur klassische Eingriffsermächtigungen (insbesondere Besondere Auskunftsverlangen nach § 8a BVerfSchG, den Einsatz eines IMSI-Catchers nach § 9 Abs. 4 BVerfSchG), sondern etwa auch eine Erweiterung des Aufgabenbereichs des Bundesamtes für Verfassungsschutz auf Bestrebungen gegen den Gedanken der Völkerverständigung (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 BVerfSchG), die Möglichkeit von Ersuchen zur Fahndung nach dem SIS II (§ 17 Abs. 3 BVerfSchG) sowie Benachrichtigungs- und Unterrichtungspflichten (§ 9 Abs. 3 BVerfSchG) und Übermittlungsvorschriften (§ 18 Abs. 1a, § 19 Abs. 5 BVerfSchG).

Eine Entfristung der bereits in Kraft befindlichen Vorschriften würde **keine verfassungsrechtlichen Probleme** mit sich bringen.

Eine Entfristung der bereits in Kraft befindlichen Vorschriften als solche würde **keine verfassungsrechtlichen Probleme** mit sich bringen.

Die bislang durchgeführten **Evaluationen** des Gesetzes werfen an einigen grundsätzlichen Stellen Fragen auf. Die durchgeführte Evaluation fokussiert sich recht stark auf Effizienzkriterien und Belange der Sicherheitsbehörden. Zu Recht hat daher Prof. Dr. *Heinrich Amadeus Wolff* schon in seiner verfassungsrechtlichen Bewertung aus dem Jahr 2011 angemerkt, dass diese effizienzgeleitete Untersuchung nicht Sinn und Zweck einer Evaluation sein kann, vielmehr müsse zentral die grundrechtseinschränkende Wirkung der geheimen Eingriffsbefugnisse in den Blick genommen werden.¹ Dies erfolgt in den vorgelegten Evaluationen in meinen Augen nicht ideal. Unglücklich ist bereits die gesetzliche Regelung der Art und Weise der Evaluierung gewesen. Denn diese ist von der Bundesregierung durchzuführen, nicht allein von einem unabhängigen Sachverständigen. Letzterer sollte nur „einbezogen“ werden.² In dem Evaluationsbericht – hier exemplarisch dem aus dem Jahr 2018 angeführt – ist in der Folge zu lesen, dass ausweislich des erteilten Auftrags an das Institut für Gesetzesfolgenabschätzung die Evaluation „nicht durch den beauftragten wissenschaftlichen Sachverständigen, sondern durch die Bundesregierung durchgeführt wird. Der Sachverständige unterstützt die Bundesregierung durch Sicherstellung der Einhaltung wissenschaftlich-methodischer Standards.“³

¹ *Wolff*, Verfassungsrechtliche Bewertung des Terrorismusbekämpfungsgesetz und seiner Anwendung, 2011, S. 2.

² S. Nur Art. 5 des Gesetzes zur Verlängerung der Befristung von Vorschriften nach den Terrorismusbekämpfungsgesetzen.

³ BT-Drs. 19/23350, S. 16.

Dass federführend die Exekutive die Evaluierung vornimmt, ist kritikwürdig. Letztlich soll damit derjenige, der die neue Maßnahme gewünscht hat, diese evaluieren und darüber berichten. Für künftige Evaluationen erscheint das Modell einer Evaluierungskommission nach dem Vorbild der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetze unter Einbeziehung eines überwiegenden Anteils externer Sachverständiger vorzugswürdiger.

Die beabsichtigte Entfristung soll zum Anlass für eine **Bestandsaufnahme zum Stand des Nachrichtendienstrechts** des Bundes und seiner **Reformbedürftigkeit** genommen werden. Denn eine solche grundlegende Reform ist dringend erforderlich.

C. Reformbedürftigkeit des Rechts der Nachrichtendienste

Die Nachrichtendienstgesetze des Bundes – insbesondere das BVerfSchG, das MADG, das BNDG und das G10 – weisen in ihrer gegenwärtigen Form **erhebliche – teilweise verfassungsrechtlich relevante – Mängel** auf. Es fehlt an einem **roten Faden** und an einer **sinnvollen Ordnungsidee**.⁴ Die Rechtsmaterie ist **unübersichtlich** und **zersplittert** geregelt. Die derzeit praktizierte Verschachtelungs- und Ergänzungsgesetzgebung ist an ihre Grenzen gestoßen. Hierunter leiden nicht nur Anwenderfreundlichkeit und Handlungstransparenz. Sie führt vielmehr auch zu Regelungswidersprüchen. Die gegenwärtige Rechtslage geht in erheblichem Maße **zu Lasten der Rechtssicherheit** und an einigen Stellen sogar **zu Lasten der Verfassungsmäßigkeit** der jeweiligen Regelungskomplexe, weil konkrete Vorschriften insbesondere gegen das verfassungsrechtliche Gebot der **Normenklarheit** oder das **Übermaßverbot** verstoßen.

Zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts jüngeren Datums – das Urteil zur **Ausland-Ausland-Aufklärung** im BNDG vom 19. Mai 2020⁵ sowie der Beschluss zur **Bestandsdatenauskunft II** vom 27. Mai 2020⁶ – haben eine Vielzahl von Fragen im Nachrichtendienstrecht verfassungsrechtlich geklärt. Diese beiden wesentlichen Entscheidungen sind insbesondere im Hinblick auf die Reichweite und die Ausgestaltung von Befugnissen sowie notwendiger verfassungsrechtlicher Schutzvorkehrungen von besonderer Bedeutung. Mit diesen beiden Entscheidungen aus Karlsruhe gibt es einen ganz wesentlichen weiteren Grund, die notwendige grundlegende

⁴ S. hier und im Folgenden auch *Dietrich*, Ansätze zur Reform des Rechts der Nachrichtendienste, in: Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2018/2019, S. 47, 53; *ders.* in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, III § 3 Rn. 71.

⁵ BVerfG, Urteil vom 19. Mai 2020 – 1 BvR 2835/17 (BNDG-Urteil/Ausland-Ausland-Aufklärung).

⁶ BVerfG, Beschluss vom 27. Mai 2020 – 1 BvR 1873/13 (Bestandsdaten II).

Reform anzugehen. Daneben hat auch das Urteil zum BKA-Gesetz⁷ wichtige Fragen auch für das Nachrichtendienstrecht geklärt.

Es steht zu befürchten, dass durch die anstehenden Änderungen insbesondere des BNDG aufgrund des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zur Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung, so sie punktuell in den jeweiligen Fachgesetzen erfolgen, die skizzierte Situation noch weiter verschärft wird.

Das Nachrichtendienstrecht weist an (zu) vielen Stellen erhebliche Defizite auf und ist daher **grundlegend und dringend reformbedürftig**.

Die gebotene grundlegende Reform der Nachrichtendienstgesetze des Bundes ist ein Mammutprojekt. Eine Reformkommission mit Praktikern und Wissenschaftlern auch jenseits der originär zuständigen Ressorts ist gerade bei diesem Projekt schon wegen seines Umfangs sinnvoll. Es wird empfohlen, bei Reformarbeiten stärker als bisher auf die – bereitstehende – wissenschaftliche Unterstützung zurückzugreifen.⁸

Sinnvoll erscheint die Regelung des Nachrichtendienstrechts des Bundes in einem einheitlichen **Gesetz über die Nachrichtendienste des Bundes**, in dem sämtliche Regelungen für das BfV, den MAD und den BND Eingang finden. Das G10 sollte insoweit aufgelöst und in das neue Fachgesetz integriert werden. Erwägenswert erscheint die Systematisierung in einem allgemeinen Teil, der für alle Nachrichtendienste gilt, und einem Besonderen Teil, der für den jeweiligen Nachrichtendienst Aufgaben, Befugnisse und weitere Besonderheiten regelt.⁹

Diese kurze Stellungnahme kann schon aufgrund der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit diese Mängel nicht im Einzelnen aufzeigen. Es sollen nachfolgend daher nur **exemplarisch** einige Punkte aufgegriffen und die bestehenden Probleme dort auch nur punktuell ohne den Anspruch auf Vollständigkeit skizziert werden, um den bestehenden Reformbedarf aufzuzeigen.

I. Zur fehlenden Ordnungsidee und systematischen Fehlern

Die **Eingriffsbefugnisse** für die nachrichtendienstliche Informationserhebung in allen Nachrichtendienstgesetzen des Bundes – dem BVerfSchG, dem BNDG, dem MADG und dem G10 – sind **systematisch nicht kohärent**. Sie

⁷ BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 = BVerfGE 141, 220 (BKA-Urteil).

⁸ Ebenso *Dietrich*, Ansätze zur Reform des Rechts der Nachrichtendienste, in: Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2018/2019, S. 47, 53.

⁹ S. zu diesem Ansatz bereits *Dietrich*, in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, III § 3 Rn. 71.

weisen zahlreiche regelungstechnische Mängel und verfassungsrechtliche Defizite auf. Ein roter Faden in Gestalt eines systematisch korrekten Regelungsansatzes ist nicht mehr zu erkennen. Dies ist der Genese dieser Gesetze geschuldet, die ursprünglich im Wesentlichen einen rein datenschutzrechtlichen Hintergrund aufgrund der verfassungsrechtlichen Notwendigkeit einer Umsetzung des Volkszählungsurteils hatten, sowie der Art und Weise ihrer Fortentwicklung. Seit 1990 und zunehmend seit 2001 ist die Regelungsmaterie als eine Art Stückwerk *peux-a-peux* angewachsen. Verschiedene verfassungsrechtliche Judikate haben Änderungen notwendig gemacht.

An vielen Stellen sind die geregelten Befugnisse – gemessen an der verfassungsgerichtlichen Judikatur – zu weitgehend oder nicht hinreichend normenklar und daher verfassungswidrig oder verfassungsrechtlich bedenklich; an anderen Stellen sind Befugnisse hingegen ohne nachvollziehbaren Grund womöglich nicht ausreichend weit gefasst. Zudem enthält die geltende Rechtslage wirkungslose Befugnisse, die zu einem verzerrten Berichtsbild über (nicht genutzte) Befugnisse führen können.

Ausgangspunkt für die tatbestandliche Ausgestaltung jeder Eingriffsbefugnis sollte seine Eingriffsintensität und der damit verfolgte Zweck im Lichte der Aufgabenwahrnehmung des jeweiligen Nachrichtendienstes sein. Gemessen hieran ist die Ausgestaltung der Befugnisse inkohärent.

Vier Beispiele:

1. Für ein Auskunftersuchen nach **§ 8a Abs. 1 BVerfSchG über Bestandsdaten** – diese Ermächtigungsgrundlage soll vorliegend entfristet werden – verlangt das Gesetz eine relativ hohe Eingriffsschwelle, nämlich eine „schwerwiegende Gefahr“ für die in § 3 Abs. 1 BVerfSchG genannten Schutzgüter. Gemessen an der Eingriffsintensität dieser Maßnahme kann diese qualifizierte Anforderung mit Recht hinterfragt werden.¹⁰ Der Begriff der schwerwiegenden Gefahr wirft – einmal mehr im Kontext der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen – viele Fragezeichen auf. Die Schwelle der polizeirechtlichen *konkreten Gefahr* ist hiermit nicht gemeint. Denn eine „konkrete“ und zudem vom Gewicht her „schwerwiegende“ Gefahr für die Schutzgüter nach § 3 Abs. 1 BVerfSchG wird man selbst bei sehr gefährlichen Bestrebungen nicht annehmen können. Der Begriff kann folglich nur im rein nachrichtendienstlichen Kontext gemeint sein. Seine Auslegung bereitet indes Probleme, weil die Grenzen, wann eine solche schwerwiegende Gefahr vorliegen soll und wann nicht, kaum sicher auszumachen sind. Das Schrifttum

¹⁰ S. etwa Gärditz, in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, VI § 1 Rn. 28.

kann zur Auslegung dieser Tatbestandsvoraussetzung keine klare Trennlinie anbieten.¹¹ Konkrete nachrichtendienstliche Maßnahmen gegen eine bestimmte Person bei einer nur abstrakten Gefahr erscheint jedenfalls inkohärent. Hier kommen Fragen der hinreichenden Bestimmtheit und Normenklarheit auf.

2. Die **Befugnis des BND zur Bestandsdatenauskunft** nach § 8a Abs. 1 BVerfSchG ist hingegen an auffallend niedrige Voraussetzungen geknüpft. § 3 Abs. 1 Nr. 1 BNDG ordnet im Rahmen einer Rechtsgrundverweisung die entsprechende Anwendung von § 8a und § 8b BVerfSchG an. Danach darf der BND entsprechende Auskünfte einholen, „*soweit dies im Einzelfall erforderlich ist [...] zur Erfüllung seiner Aufgaben nach § 1 Absatz 2 [BNDG]*“. Die Ermächtigungsgrundlage stimmt hinsichtlich der (geringen) Tatbestandsanforderungen mit § 8d Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG („zur Erfüllung der Aufgaben“) überein. Diese hat das Bundesverfassungsgericht in seinem *Bestandsdatenbeschluss II* – ebenso wie die entsprechenden Vorschriften für den BND in § 2b Satz 1 BNDG und für den MAD in § 4b Satz 1 MADG – für verfassungswidrig erklärt, weil sie weder begrenzende Eingriffsschwellen noch eine Beschränkung auf den Einzelfall enthalten.¹² Hieraus folgt die evidente Verfassungswidrigkeit von § 3 Abs. 1 Nr. 1 BNDG in seiner gegenwärtigen Fassung.

3. Ein Beispiel für eine **wirkungslose Befugnisregelung** ist § 9 Abs. 2 BVerfSchG, wonach eine optische Wohnraumüberwachung unter folgenden kumulativen Voraussetzungen gestattet wird: (1) Die Maßnahme ist zur Abwehr einer gegenwärtigen gemeinen Gefahr unerlässlich oder zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr für einzelne Personen unerlässlich und (2) geeignete polizeiliche Hilfe ist nicht rechtzeitig zu erlangen. Die Maßnahme untersteht – wegen der Schwere Ihrer Eingriffsintensität und der verfassungsrechtlichen Vorgaben in Art. 13 GG dazu – zu Recht dem Richtervorbehalt, der eine Anordnung erlassen muss. Die Regelung dürfte als Fehlkonstruktion zu bezeichnen sein.¹³ Denn die in § 9 Abs. 2 BVerfSchG geregelten Voraussetzungen betreffen bei Licht betrachtet Aufgaben der Polizei und nicht solche der Nachrichtendienste. Für die Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr (und erst Recht einer gegenwärtigen Lebensgefahr) sind die Nachrichtendienste zu Recht gerade nicht zuständig. In der Folge existiert faktisch kein Anwendungsbereich dieser Überwachungsbefugnis. Es darf daher nicht überraschen, dass in den Berichten an die Parlamentarischen

¹¹ S. *Gärditz*, in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, VI § 1 Rn. 26, der eine abstrakte Gefahr ausreichen lässt und sich gegen das Erfordernis einer konkreten Gefahr ausspricht; anders *Mallmann*, in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, § 8a BVerfSchG Rn. 7: schutzgutbezogene Qualifizierung.

¹² BVerfG, Beschluss vom 27. Mai 2020 – 1 BvR 1873/13 – Rn. 218, 239 (Bestandsdaten II).

¹³ So zutreffend *Dietrich*, Ansätze zur Reform des Rechts der Nachrichtendienste, in: Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2018/2019, S. 47, 52.

Kontrollgremien diese Maßnahme nicht erwähnt bzw. stets mit null Anwendungsfällen berichtet wird.¹⁴

4. Die Eingriffsschwelle bei der **Generalklausel in § 9 Abs. 1 BVerfSchG**, die lediglich voraussetzt, dass „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß auf diese Weise Erkenntnisse über Bestrebungen oder Tätigkeiten nach § 3 Abs. 1 [...] gewonnen werden können“, dürfte den verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein hinreichend konkretisiertes Beobachtungsobjekt, das bereits feststehen muss, nicht mehr genügen. Denn der Tatbestand kann auch so gelesen werden, dass abstrakt Erkenntnisse gewonnen werden sollen, um auf Grundlage dieser Erkenntnisse ggfls. ein konkretes Beobachtungsobjekt zu identifizieren und zu überwachen. Ein solches Vorgehen zur Verdachtsgewinnung würde den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine hinreichende Verdichtung des Verdachtsgrads wohl nicht mehr genügen. Auch dieses Beispiel möge zeigen, dass der gewählte Regelungsansatz Defizite aufweist und zu Rechtsunsicherheit führt.

II. Zu Verweisketten und unzureichender Regelungstechnik

Mittlerweile ist ein – auch durch viele Verweisketten – vielerorts undurchsichtiges Geflecht entstanden. Der seinerzeit 1990 gewählte gesetzgeberische Weg, das BVerfSchG als „Stammgesetz“ zu schaffen und im MADG sowie im BNDG durch Verweistechiken und gesetzlich angeordnete Analogien auf das BVerfSchG zu arbeiten, führt an vielen Stellen zu – auch verfassungsrechtlich – nicht mehr hinreichend bestimmten Regelungen. Hinzu kommt, dass dem Anwender durch die Verweistechnik zum Teil kaum Leistbares zugemutet wird. Dieser Regelungsansatz ist teilweise von Beginn an falsch gewesen; teilweise hat eine Verlängerung der Verweisketten zu einer Verkomplizierung geführt.

Ein Beispiel:

§ 5 Satz 2 BNDG lautet im Hinblick auf die Befugnis zum **Einsatz menschlicher Quellen** (insb. Verdeckter Mitarbeiter und Vertrauensleute): „Die §§ 9, 9a und 9b des Bundesverfassungsschutzgesetzes sind entsprechend anzuwenden.“ Die §§ 9, 9a, 9b BVerfSchG regeln den Einsatz menschlicher Quellen durch den Verfassungsschutz. Grundvoraussetzung nach § 9a BVerfSchG ist, dass „verfassungsfeindliche Bestrebungen“ aufzuklären sind. Entsprechend findet sich das Wort „Bestrebungen“ elf Mal in § 9a BVerfSchG. § 9b BVerfSchG, der den Einsatz von Vertrauensleuten regelt, verweist auf eine entsprechende Anwendung des § 9a BVerfSchG. Zudem finden sich in § 9b BVerfSchG Regelungen dahingehend, dass Personen, die an einem Aussteigerprogramm

¹⁴ Ebd.

teilnehmen, ebenso wie Mitglieder des Deutschen Bundestages und Landesparlamente nicht als Quellen angeworben und eingesetzt werden dürfen. All dies geht am gesetzlichen Auftrag des BND vorbei. Denn der BND klärt keine „verfassungsfeindlichen Bestrebungen“ auf. Aufgabe des BND ist vielmehr ausweislich seiner gesetzlichen Festschreibung in § 1 Abs. 2 BNDG die Sammlung und Auswertung von Informationen, „zur Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind“. Nicht nur aufgrund des Aufklärungsziels im Ausland hat der BND ganz andere Aufgaben als der Verfassungsschutz oder der MAD.¹⁵ Primäre Zielrichtung des BND ist die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland. Insbesondere klärt der BND keine „verfassungsfeindlichen Bestrebungen“ auf. Etwaige Quellen als Vertrauenspersonen wirbt er in der Regel im Ausland an. Die gesetzlich angeordnete Analogie führt für die Angehörigen des BND zu der nur schwer zu bewerkstelligen Aufgabe, Voraussetzungen und Grenzen des zulässigen Einsatzes menschlicher Quellen aus dem Gesetz sicher bestimmen zu können.¹⁶ Hierdurch wird in erheblicher Weise Rechtsunsicherheit geschaffen.

Unübersichtliche Verweiskaskaden wie im vorstehenden Beispiel führen nicht nur dazu, dass sie anwenderunfreundlich sind. Ab einer bestimmten Schwelle verstoßen sie gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Normenklarheit und führen zur Verfassungswidrigkeit der Vorschrift. Das Bundesverfassungsgericht hat dies zuletzt in seinem BNDG-Urteil unterstrichen:¹⁷

„Die Normenklarheit setzt der Verwendung gesetzlicher Verweisungsketten Grenzen. An einer normenklaren Rechtsgrundlage fehlt es zwar nicht schon deshalb, weil in einer Norm auf eine andere Norm verwiesen wird. Doch müssen Verweisungen begrenzt bleiben, dürfen nicht durch die Inbezugnahme von Normen, die andersartige Spannungslagen bewältigen, ihre Klarheit verlieren und in der Praxis nicht zu übermäßigen Schwierigkeiten bei der Anwendung führen. Unübersichtliche Verweisungskaskaden sind mit den grundrechtlichen Anforderungen daher nicht vereinbar (vgl. BVerfGE 110, 33 [57 f.; 61 ff.]).“

Schon wegen der grundlegend unterschiedlichen Aufgaben des BND und des BfV ist bereits der Grundansatz, Befugnisse des BfV im Rahmen einer

¹⁵ S. zur Abgrenzung des Auftrags von BND und BfV etwa *Warg*, in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, V § 1 Rn. 83.

¹⁶ *Dietrich*, Ansätze zur Reform des Rechts der Nachrichtendienste, in: Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2018/2019, S. 47, 52.

¹⁷ BVerfG, Urteil vom 19. Mai 2020 – 1 BvR 2835/17 –, Rn. 215 (BND-Gesetz/Ausland-Ausland-Aufklärung).

gesetzlich angeordneten Analogie auch auf den BND zu erstrecken, bereits im Ansatz an vielen Stellen systematisch falsch.

Die vorstehend aufgezeigten Friktionen sind keineswegs abschließend.

III. Zur Verfassungswidrigkeit der Übermittlungsvorschriften

Ein weiterer Anlass zur grundlegenden Reform der Nachrichtendienstgesetze des Bundes sind die Übermittlungsvorschriften im BVerfSchG, im BNDG, im MADG und im G10. Diese enthalten schon seit jeher Wertungswidersprüche. Vor allem genügen sie jedoch weitgehend nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** und den Bestimmtheitsgrundsatz bzw. das **Gebot der Normenklarheit**.¹⁸ Diese Feststellung, die spätestens seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum ATDG¹⁹ klar erkennbar wurde, ist durch das BNDG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts nunmehr offenkundig angesprochen worden. Der Senat hat zwar nur die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Übermittlungsvorschriften des BNDG (§ 24 Abs. 1 Satz 1, 24 Abs. 2 Satz 1 BNDG) für **verfassungswidrig** erklärt. Er hat jedoch klar gemacht, dass nahezu sämtliche Übermittlungsvorschriften in den Nachrichtendienstgesetzen die verfassungsrechtlichen Anforderungen verfehlen:²⁰

„**Insgesamt** genügen die Übermittlungsvorschriften, die überwiegend auf den in ihrer Fassung schon älteren und an die Entwicklung der Rechtsprechung nicht hinreichend angepassten Strukturen des Bundesverfassungsschutzgesetzes und anderer Sicherheitsgesetze beruhen, den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht. In formeller Hinsicht fehlt es überdies für alle Übermittlungstatbestände an einer Pflicht zur Protokollierung der Übermittlung (oben Rn. 229) sowie zur Nennung der für die Übermittlung in Anspruch genommenen Rechtsgrundlage (oben Rn. 229).“

(Hervorh. diesseits)

Übermittlungsvorschriften nehmen in Nachrichtendienstgesetzen eine ganz zentrale Rolle ein. Sie sind in der Praxis sehr relevant. Erst sie ermöglichen, nachrichtendienstliche Erkenntnisse an Behörden mit Exekutivbefugnissen,

¹⁸ Eingehend zu den einzelnen Übermittlungsvorschriften aller Nachrichtendienstgesetze *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 286 ff., 560 ff. *et passim*.

¹⁹ BVerfG, Urteil vom 24. April 2013 – 1 BvR 1215/07, Rn. 123 (ATDG).

²⁰ BVerfG, Urteil vom 19. Mai 2020 – 1 BvR 2835/17, Rn. 319 (BND-Gesetz/Ausland-Ausland-Aufklärung).

insbesondere an Polizei und Staatsanwaltschaft, weiterzugeben und auf diese Weise Zwangsmaßnahmen gegen eine Person vorzunehmen.

Der **verfassungswidrige Zustand** muss wegen der zum Teil gravierenden Grundrechtseingriffe, die mit einer Übermittlung einhergehen,²¹ **dringend behoben werden**. Bei dieser Gelegenheit sollten auch die bestehenden Wertungswidersprüche und Unstimmigkeiten in den Übermittlungsvorschriften, die keine verfassungsrechtliche Relevanz haben, behoben werden. Nachfolgend mögen – nicht abschließend – nur einige hiervon – insbesondere in § 20 BVerfSchG, der über Verweise auch für den BND und den MAD gilt, sowie genannt werden:²²

Die Vorschrift zur **Übermittlungspflicht** in § 20 Abs. 1 Satz 1 und 2 BVerfSchG nimmt im Komplex der Weitergabe nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Polizei und Staatsanwaltschaft eine zentrale Rolle ein. Der Katalog übermittlungspflichtiger Straftaten geht jedoch einerseits zu weit, andererseits nicht weit genug. So unterfällt ein Mord ohne Staatsschutzbezug nicht der Übermittlungspflicht, eine rassistisch motivierte einfache Sachbeschädigung hingegen schon. Der Katalog erfasst zwar durch die Einbeziehung der in § 74a Abs. 1 und 120 Abs. 1 und 2 GVG genannte Straftaten durchgängig Delikte mit Staatsschutzbezug; sie sind jedoch hinsichtlich ihrer Schwere inhomogen. Die Kataloge enthalten auch Delikte, die nur der einfachen bis mittleren Kriminalität zuzuordnen sind. Die Anordnung einer Übermittlungspflicht in den Fällen der §§ 86a, 89b, 97 Abs. 2, 241a Abs. 1 - 3 StGB, § 20 Abs. 1 Nr. 1 - 4 VereinsG, §§ 17 Abs. 4 und 5, § 18 Abs. 1 - 6 AWG dürfte unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Antiterrordatei gegen das Übermaßverbot. Die Verfolgung dieser Straftaten dient keinem herausragenden öffentlichen Interesse. Gegen die Einbeziehung von § 138 StGB bestehen insoweit zumindest erhebliche Zweifel. Im Lichte des Übermaßverbots nicht unbedenklich ist auch die Einbeziehung einer ganzen Reihe weiterer Staatsschutzdelikte, die im Katalog des § 100c Abs. 2 StPO nur mit ihrem Qualifikationstatbestand aufgeführt sind, wohingegen durch den Verweis in § 120 Abs. 1 GVG auch der jeweilige Grundtatbestand erfasst ist. Gleiches gilt für die im Katalog des § 120 Abs. 1 GVG enthaltenen Straftaten nach dem Patentgesetz, dem Gebrauchsmusterschutzgesetz sowie dem Halbleiterschutzgesetz.

²¹ *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 286 ff.

²² *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 620 f.; s. dazu auch *Gazeas*, Schriftliche Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung des 1. Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages der 19. Wahlperiode am 17. Mai 2018 („Anschlag Breitscheidplatz“) zum Thema „föderale Sicherheitsarchitektur“, Mai 2018, Ausschuss-Drs. 19 (25) 252, S. 22 ff., 27 ff.

Der subsidiäre Straftatenkatalog in § 20 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BVerfSchG („sonstige Straftaten“) unterwirft jede Straftat mit Staatsschutzbezug der Übermittlungspflicht. Dadurch können selbst Straftaten aus dem Bereich der einfachen Kriminalität wie etwa eine rassistische Beleidigung oder eine Sachbeschädigung mit fremdenfeindlichen Hintergrund der Übermittlungspflicht unterfallen. Das ist zum einen nicht sachgerecht. Der subsidiäre Straftatenkatalog verstößt daher gegen das Übermaßverbot. Die gesetzliche Formulierung verstößt zudem gegen das Bestimmtheitsgebot. In der Praxis dürfte eine solch extensive Übermittlungspflicht von den Nachrichtendiensten auch nicht praktiziert werden.

Die weitgehende anzunehmende Verfassungswidrigkeit des § 20 Abs. 1 Satz 1 und 2 BVerfSchG wirkt sich auch für den BND (qua § 24 Abs. 3 BNDG) und den MAD (qua § 11 Abs. 2 MADG) aus. In diesem Umfang dürfte auch § 21 Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG verfassungswidrig sein.

§ 19 Abs. 1 BVerfSchG ist auch nach seiner Reform im Jahr 2015 als Reaktion auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Antiterrordatei in Teilen verfassungswidrig. Die Vorschrift verstößt zum einen gegen den Bestimmtheitsgrundsatz, da sie etwa in ihrem Satz 3 (weiterhin) nicht hinreichend normenklar erkennen lässt, welche Behörden als Empfänger in Betracht kommen („inländische öffentliche Stelle“). Wegen des weiten Umfangs der Übermittlungsbefugnis der Norm auch jenseits von Satz 3 verstößt sie in der gegenwärtigen Form auch gegen das Übermaßverbot. Hier muss dringend nachjustiert werden.

Erkenntnisse aus **G 10**-Maßnahmen unterliegen aus nicht verständlichen Gründen keiner Übermittlungspflicht. Hier wäre zu erwägen, sie ebenfalls einer Übermittlungspflicht zu unterstellen. Das G 10 enthält insoweit nur eine Übermittlungsbefugnis. Diese geht jedoch sehr weit und erfasst Kriminalitätsbereiche über die Staatsschutzdelikte hinaus.

Die Straftatenkataloge in den § 4 Abs. 4 Nr. 2 und § 7 Abs. 4 Nr. 2 G 10 dürften teilweise gegen das Übermaßverbot verstoßen. Unverhältnismäßig dürfte die eingeräumte Befugnis zur Übermittlung in den Fällen des § 130 StGB, bei den meisten Tatbeständen des § 261 StGB, bei § 20 Abs. 1 Nr. 1 - 4 VereinsG, § 95 Abs. 1 Nr. 1 - 4 Aufenthaltsg sowie bei § 17 Abs. 4 und 5 und § 18 Abs. 1 - 6 AWG sein. Zumindest verfassungsrechtlich bedenklich dürfte die Übermittlungsbefugnis in den Fällen der §§ 109a, 109f, 109g, 87, 89, 99 Abs. 1 StGB sein.

Hinzu kommt: Die Übermittlungsvorschriften in den **16 Landesverfassungsschutzgesetzen**, die bei Übermittlungen innerhalb desselben Landes Anwendung finden, zeichnen ein im Gesamtgefüge wenig

harmonisches Bild. Zwar orientieren sich viele Länder an den Regelungen des BVerfSchG. Die Übermittlungspflicht reicht dennoch von Regelungen, die über § 20 Abs. 1 BVerfSchG hinausgehen bis hin zu einem gänzlichen Fehlen einer solchen Pflicht. Noch größer sind die Unterschiede bei der Übermittlungsbefugnis. Die unterschiedliche Ausgestaltung in den einzelnen Ländern ist vor dem Hintergrund der weitgehend identischen Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden nicht plausibel.

IV. Zur mangelhaften Regelung der Übermittlungsverbote

Problematisch ist die derzeitige gesetzliche Ausgestaltung von § 23 Nr. 2 BVerfSchG. Dieser gilt für alle Nachrichtendienste des Bundes.²³ Die Vorschrift sperrt nicht nur eine Übermittlungsbefugnis der Nachrichtendienste (§ 19 BVerfSchG, § 24 BNDG sowie § 11 MADG i.V.m. § 19 Abs. 1 BVerfSchG), sondern lässt auch eine bestehende Übermittlungspflicht der Nachrichtendienste an Polizei und Strafverfolgungsbehörden zur Verhinderung oder Verfolgung von Staatsschutzdelikten (§ 20 BVerfSchG, 11 Abs. 2 MADG, 24 Abs. 2 BNDG²⁴) entfallen. Ob ein Übermittlungsverbot nach § 23 BVerfSchG greift, ist vor jedem Übermittlungsvorgang durch den Nachrichtendienst zu prüfen.²⁵

§ 23 BVerfSchG ist im Regelungsgefüge der Übermittlungsvorschriften der Nachrichtendienste von zentraler Bedeutung. Sie regelt für drei Fälle ein Übermittlungsverbot. In § 23 BVerfSchG heißt es: „Die Übermittlung nach den Vorschriften dieses Abschnitts unterbleibt, wenn“

- „für die übermittelnde Stelle erkennbar ist, dass unter Berücksichtigung der Art der Informationen und ihrer Erhebung die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen das Allgemeininteresse an der Übermittlung überwiegen“ (§ 23 Nr. 1 BVerfSchG),
- „überwiegende Sicherheitsinteressen dies erfordern oder“ (§ 23 Nr. 2 BVerfSchG)
- „besondere gesetzliche Übermittlungsregelungen entgegenstehen; die Verpflichtung zur Wahrung gesetzlicher Geheimhaltungspflichten oder von Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnissen, die nicht auf gesetzlichen Vorschriften beruhen, bleibt unberührt.“ (§ 23 Nr. 3 BVerfSchG).

In all diesen Fällen ist eine Übermittlung zwingend verboten.

²³ Für den Bundesnachrichtendienst (BND) nach 31 BNDG, für das Bundesamt für den Militärischen Abschirmdienst (MAD) nach § 12 MADG.

²⁴ § 24 Abs. 2 BNDG enthält zusätzlich noch den Militärischen Abschirmdienst als Übermittlungsempfänger.

²⁵ *Droste*, Handbuch des Verfassungsschutzrechts, Stuttgart u.a. 2007, S. 552; *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 358.

In ihrer derzeitigen Ausgestaltung stellt diese Vorschrift ein Übermittlungsverbot zugunsten aller drei Nachrichtendienste des Bundes auf.²⁶ Darüber hinaus stellt sie jedoch, wenn man die Vorschrift genau nimmt, ausweislich ihres Wortlauts ein solches Verbot auch für alle anderen Behörden auf, für die nach § 18 BVerfSchG eine Pflicht oder eine Befugnis zur Unterrichtung des BfV sowie der Verfassungsschutzbehörden der Länder besteht. Denn § 23 BVerfSchG erstreckt sich auf den gesamten Dritten Abschnitt der Übermittlungsvorschriften (§§ 17-26 BVerfSchG). Damit unterfällt auch § 18 BVerfSchG²⁷ dem Übermittlungsverbot.²⁸ Auch wenn ein solches Verständnis der Vorschrift nicht gewünscht sein dürfte, ist bei klassischer Auslegung des Gesetzes eine solche Interpretation jedenfalls möglich.

In identischer, ähnlicher und teilweise anderer Form enthalten auch die Gesetze der Verfassungsschutzbehörden der Länder eine eigene Regelung zu Übermittlungsverboten.²⁹

Das hier relevante Übermittlungsverbot der überwiegenden Sicherheitsinteressen nach § 23 Nr. 2 BVerfSchG **geht sehr weit und ist sehr unbestimmt**. Es **erlaubt** dem Wortlaut nach **ein nahezu beliebiges Abwägungsergebnis**. Die Frage, wann „überwiegende Sicherheitsinteressen“ ein Zurückhalten von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen gebieten, wird ein Nachrichtendienst im Hinblick auf den gewünschten Quellen- und Methodenschutz sowie der Sicherung von Nachrichtenzugängen oftmals anders bewerten als etwa eine Strafverfolgungsbehörde oder eine Polizeibehörde.³⁰ Die Erkenntnisse des NSU-Untersuchungsausschusses haben gezeigt, dass dem Quellenschutz zum Teil ein absolutes Gewicht beigemessen wurde.³¹

Charakteristisch ist etwa das Verständnis von Autoren, die der nachrichtendienstlichen Praxis zuzuordnen sind. So heißt es bei *Siems* in einer Veröffentlichung jüngeren Datums: „*Will* der ersuchte Nachrichtendienst keine Auskunft erteilen, *kann* er sich auf die Ausschlussgründe des § 23 BVerfSchG

²⁶ Für den BND gilt dieses Übermittlungsverbot nach § 31 BNDG, für den MAD nach § 12 MADG.

²⁷ Bzw. § 23 BNDG sowie § 10 MADG.

²⁸ Im BNDG wird dies besonders deutlich dadurch, dass § 31 BNDG ausdrücklich für die Übermittlung von Informationen nach den §§ 23, 24 BNDG u.a. den § 23 BVerfSchG für entsprechend anwendbar erklärt.

²⁹ Ein Auszug aus allen Verfassungsschutzgesetzen der Länder (Stand: Januar 2014) ist abgedruckt bei *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 654 ff.

³⁰ Vgl. auch *Bäcker*, Stellungnahme „Sicherheitsarchitektur und Terrorismusbekämpfung“ vom 11. Mai 2018, S. 29 f.; *Gusy*, in: Dietrich/Eiffler, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, Stuttgart 2017, Nachrichtendienste in der sicherheitsbehördlichen Kooperation, IV § 2 Rn. 54.

³¹ S. etwa BT-Drs. 17/14600, 884.

berufen.³² (Hervorh. diesseits). Klare Maßstäbe zur Auslegung von § 23 BVerfSchG bestehen nicht. Das vorhandene Schrifttum ist insoweit überwiegend tendenziell nachrichtendienstfreundlich. So wird vertreten, dass zugunsten eines Nachrichtendienstes ein Sicherheitsinteresse im Regelfall immer gegeben sein kann und zum Schutz nachrichtendienstlicher Quellen und Arbeitsmethoden in der Regel von einem zu schützenden Sicherheitsinteresse ausgegangen werden kann.³³ Eine Grenze bei der Abwägung zugunsten der Sicherheitsinteressen eines Nachrichtendienstes wird im Schrifttum – wenn überhaupt – überwiegend erst im Falle des § 138 StGB gezogen, der eine Jedermann-Pflicht zur Anzeige geplanter schwerer Straftaten vorsieht.³⁴ Teilweise wird sogar § 138 StGB nicht als Grenze anerkannt, sondern § 23 Nr. 2 StGB als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund im Hinblick auf eine Strafbarkeit nach § 138 StGB gesehen.³⁵ Rechtsprechung zu dieser Frage existiert nicht und ist auch nicht zu erwarten. Bei der Gesetzeslage und dem Meinungsstand im Schrifttum steht ein etwaiges Verständnis eines Nachrichtendienstes, Erkenntnisse in weitem Umfang zurückhalten zu dürfen, auf einer soliden rechtlicher Basis. Das Bundesverfassungsgericht hat sich zu § 23 Nr. 2 BVerfSchG in seinem BNDG-Urteil nicht geäußert. Es hat allein mit Blick auf § 23 Nr. 1 BVerfSchG erklärt, dass dieses Übermittlungsverbot mit seinem sehr offenen Auslegungsansatz nicht geeignet ist, eine hinreichend normenklare Regelung, die verfassungsrechtlich geboten ist, zu ersetzen.³⁶

Einem Nachrichtendienst wird man *de jure* in einer Vielzahl von Fällen auch *ex post* nicht vorwerfen können, seiner rechtlichen Pflicht zur Informationsweitergabe nach § 20 Abs. 1 BVerfSchG nicht nachgekommen zu sein.

Als weiterer Problembereich kommt hinzu, dass die übermittelnde Behörde, also in der Grundkonstellation der betroffene Nachrichtendienst, der etwa nach § 20 Abs. 1 BVerfSchG einer Übermittlungspflicht an die Polizei zur Verhinderung eines Staatsschutzdelikts oder an die Staatsanwaltschaft zur Verfolgung eines Staatsschutzdelikts unterliegt, selbst über das Vorliegen eines Übermittlungsverbots entscheidet. Externe Kontrollinstanzen sind nicht

³² *Siems*, in: Dietrich/Eiffler, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, Stuttgart 2017, Datenübermittlung in der sicherheitsbehördlichen Kooperation, VI § 7 Rn. 85, im Hinblick auf die Übermittlungspflichten der Nachrichtendienste im Strafprozess.

³³ *Bock*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, § 23 BVerfSchG Rn. 6, 7, 10.

³⁴ *Bock*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, § 23 BVerfSchG Rn. 8; *Griesbaum*, in: FS Nehm, 2006, S. 125, 133; *Griesbaum/Wallenta*, NSStZ 2013, 363, 377; *Soiné*, ZRP 2008, 108, 111.

³⁵ So *Rebhein*, Die Verwertbarkeit von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen aus dem In- und Ausland im deutschen Strafprozess, 2011, S. 120 f.; ähnlich *Gusy*, Die Verwaltung 1991, 467, 482; hiergegen *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 378 f.

³⁶ BVerfG, Urteil vom 19. Mai 2020 – 1 BvR 2835/17 –, Rn. 318 (BND-Gesetz/Ausland-Ausland-Überwachung).

vorgesehen. Dies ist nicht sachgerecht. § 23 Nr. 2 BVerfSchG erlaubt in seiner derzeitigen gesetzlichen Ausgestaltung, dass ein Nachrichtendienst in weitem Umfang unter Berufung auf § 23 Nr. 2 BVerfSchG vorhandene Erkenntnisse zeitlich zunächst zurückhält, um etwa operative Maßnahmen weiter vornehmen zu können, die nicht mehr möglich sind, sobald ein Zugriff seitens der Polizei bzw. Staatsanwaltschaft erfolgt. Die vorstehende Wiedergabe des gesetzlich Möglichen soll nicht dahingehend missverstanden werden, dass die nachrichtendienstliche Praxis tatsächlich so abläuft.

In Kombination miteinander machen die beiden vorstehend genannten Problemkreise **die Vorschrift unhaltbar**.³⁷ Die Mitglieder der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetze in Deutschland *Bäcker, Hirsch* und *Wolff* haben die Vorschrift des § 23 BVerfSchG auch aus weiteren Gründen als „misslungen“ bezeichnet.

Vorschläge zu einer Behebung dieses Defizits sind an anderer Stelle von mir vorgebracht worden.³⁸

V. Zu Problemen durch die föderale Vielfalt in den Verfassungsschutzgesetzen der Länder

Ein weiteres Problem, das der **föderalen Eigenständigkeit** der Landesgesetzgeber geschuldete ist, sei nur am Rande erwähnt, weil der Bundesgesetzgeber hierauf keinen Einfluss hat: Die **Verfassungsschutzgesetze der Länder** sind zum Teil sehr unterschiedlich ausgestaltet. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Eingriffsbefugnisse und für die Übermittlungsvorschriften. Jedes Landesgesetz enthält eigene Übermittlungsvorschriften, die teilweise erheblich voneinander abweichen.³⁹ Gravierende Unterschiede in der gesetzlichen Ausgestaltung finden sich jedoch auch bei den „klassischen“ Eingriffsbefugnissen. Hier wäre der Anstoß eines Musterentwurfs für zumindest einheitliche Übermittlungsvorschriften zu erwägen,⁴⁰ zumal sich der Gesetzgeber im Bund und in den Ländern aufgrund

³⁷ Der Sachverständige *Bäcker*, Stellungnahme „Sicherheitsarchitektur und Terrorismusbekämpfung“ vom 11. Mai 2018, S. 29, im 1. PUA (Anschlag Breitscheidplatz), Ausschuss-Drs. 19 (25) 249, hält die Vorschrift ebenso für korrekturbedürftig; so bereits die Mitglieder *Bäcker, Hirsch* und *Wolff* in: *Bäcker/Gießler/Harms* et al., Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetze in Deutschland vom 28. August 2013, S. 204, 275; *Bergemann*, NVwZ 2015, 1705, 1708; eingehend dazu *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, S. 357 ff.

³⁸ *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 594 ff.; s. auch *Gazeas*, Schriftliche Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung des 1. Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages der 19. Wahlperiode am 17. Mai 2018 („Anschlag Breitscheidplatz“) zum Thema „föderale Sicherheitsarchitektur“, Mai 2018, Ausschuss-Drs. 19 (25) 252, S. 26 f.;

³⁹ S. dazu und zu den damit einhergehenden Problemen eingehend *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 451 ff., 560 ff., 619 ff.

⁴⁰ S. zu einem Musterentwurf *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 620 ff.

des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zur Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung damit ohnehin werden befassen müssen.

D. Notwendigkeit einer Überwachungsgesamtrechnung

Die Überwachungsbefugnisse in den Sicherheitsgesetzen von Bund und Ländern – auch jenseits des Nachrichtendienstrechts – werden seit Jahrzehnten ausgebaut und erweitert. Entsprechend existieren eine Vielzahl von bereichsspezifischen Ermächtigungsgrundlagen für Grundrechtseingriffe von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten und anderen Sicherheitsbehörden. Zuletzt ist die Quellen-TKÜ für alle Nachrichtendienste von Bund und Ländern beschlossen worden. Die Reform der Polizeigesetze in den letzten Jahren hat in vielen Ländern zu einer Vorverlagerung der Eingriffsschwelle in den Bereich der „drohenden Gefahr“ geführt, wo es zu Überschneidungen mit dem nachrichtendienstlichen Beobachtungsauftrag kommen kann. Hierbei wurden zwingende verfassungsrechtliche Vorgaben nicht immer beachtet.

Bei der Ausgestaltung neuer Überwachungsbefugnisse werden Abwägungen und Überlegungen der Entwurfsverfasser und des Gesetzgebers zur Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit neuer Eingriffsbefugnisse **meist nur isoliert auf die konkrete beabsichtigte neue Maßnahme** angestellt. Wie sich die neu zu schaffenden Überwachungsbefugnisse in den bereits bestehenden Topos an existenten Überwachungsmaßnahmen in den Spezialgesetzen einfügen, wird in der Regel nicht gesondert beachtet.

Dies ist ein **wesentlicher Mangel** und wird den rechtsstaatlichen Anforderungen an eine umfassende Abwägung bei der Einschränkung von Freiheitsrechten nicht gerecht. Bereits 2010 hat das Bundesverfassungsgericht in seinem **Urteil zur Vorratsdatenspeicherung** vor einer **unkontrollierten Kumulation verschiedenster Überwachungsmaßnahmen** gewarnt.⁴¹ Die Gesamtsituation wird zudem durch zahlreiche europäische Rechtsakte wie etwa der Datenschutzgrundverordnung erschwert und verkompliziert.

Diese verfassungsrechtliche Vorgabe wird unter dem Begriff der **„Überwachungsgesamtrechnung“** zusammengefasst.⁴²

Auch in seinem **Urteil zum BKAG** hat das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2016 auf das Risiko einer Totalüberwachung und seiner verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit hingewiesen:⁴³

⁴¹ BVerfG, Urteil vom 2. März 2010 – 1 BvR 256/08 u.a., BVerfGE 125, 260 (323) (Vorratsdatenspeicherung).

⁴² Vgl. nur *Rofßnagel*, NJW 2010, 1238.

„Mit der Menschenwürde unvereinbar ist es, wenn eine Überwachung sich über einen längeren Zeitraum erstreckt und derart umfassend ist, dass nahezu lückenlos alle Bewegungen und Lebensäußerungen des Betroffenen registriert werden und zur Grundlage für ein Persönlichkeitsprofil werden können. Beim Einsatz moderner, insbesondere dem Betroffenen verborgener Ermittlungsmethoden, müssen die Sicherheitsbehörden mit Rücksicht auf das dem ‚additiven‘ Grundrechtseingriff innewohnende Gefährdungspotenzial koordinierend darauf Bedacht nehmen, dass das Ausmaß der Überwachung insgesamt beschränkt bleibt.“

Folge dessen ist, dass der Gesetzgeber **die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einzelner Überwachungsmaßnahmen nicht isoliert betrachten** darf. Vielmehr muss er bei der Einführung neuer oder der Erweiterung bestehender Befugnisse das bestehende Wechselspiel und etwaige Überschneidungen mit den bereits bestehenden Überwachungsbefugnissen im gesamten Sicherheitsrecht beachten. Dies führt zu der Aufgabe, normativ bei jedem neuen Gesetzesentwurf zu entscheiden, ob auch mit der beabsichtigten Neuregelung das Ausmaß der Gesamtüberwachung der Bürgerinnen und Bürger noch rechtspolitisch hinnehmbar und verfassungsrechtlich vertretbar ist. Eine solche Betrachtung wird bei der gegenwärtigen Gesetzgebungspraxis in der Regel nicht angestellt.

Eine – auch gesamtgesellschaftliche – **Debatte** darüber, wo die absoluten Grenzen für staatliche Informationserhebungsmaßnahmen beim Bürger verlaufen, ist dringend nötig.

Die **Erstellung einer solchen Überwachungsgesamtrechnung**, die letztlich auch eine wesentliche Arbeitshilfe für den Gesetzgeber sein soll und nicht – wie einige vielleicht befürchten – zu einer Einschränkung seines Handlungsradius führt, ist dringend erforderlich und sollte auch von Seiten des Deutschen Bundestages unterstützt werden.

Gegenwärtig plant – hierauf sei in diesem Zusammenhang verwiesen – Herr Prof. Dr. *Mark A. Zöller* an der Ludwig-Maximilians-Universität München ein derartiges Forschungsprojekt unter dem Titel „**Sicherheitsgesetzgebung und Überwachungsgesamtrechnung**“. Das für den Zeitraum von 2021-2024 geplante Forschungsprojekt an dem von ihm geleiteten Institut für Digitalisierung und das Recht der Inneren Sicherheit (IDRIS) der Ludwig-Maximilians-Universität München soll in Kooperation mit dem Ausschuss

⁴³ BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 –, BVerfGE 141, 220 (280 f.) (BKA-Urteil).

Gefahrenabwehrrecht des Deutschen Anwaltvereins und dem Arbeitskreis Strafprozessrecht und Polizeirecht (ASP) realisiert werden. Das geplante Vorhaben verdient Beachtung und wo möglich Unterstützung von Seiten des Gesetzgebers, dem für die Sicherheitsgesetzgebung damit eine nicht unwichtige Arbeitshilfe zur Verfügung gestellt werden soll.

(Dr. Nikolaos Gazeas)