

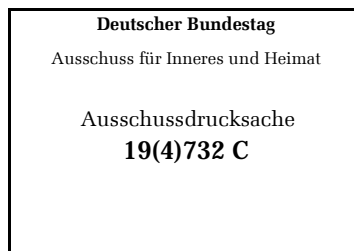


Prof. Dr. Kyrill-A. Schwarz, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg

97070 Würzburg
Domerschulstraße 16
Telefon: (0931) 31-8 82335
E-Mail: Kyrill-alexander.schwarz@uni-wuerzburg.de
Sekretariat: E. Fickenscher

Die Vorsitzende des Ausschusses für Inneres
und Heimat des
Deutschen Bundestages
Frau Andrea Lindholz, MdB

per Mail



Würzburg, den 15.2.2021

**Sachverständige Stellungnahme zum Antrag der Fraktion der FDP „Freiheit und Sicherheit schützen – Für eine Überwachungsgesamtrechnung statt weiterer Einschränkungen der Bürgerrechte“
BT-Drs. 19/23695 vom 27.10.2020**

Mit Schreiben vom 11. Februar 2021 hat der Ausschuss für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages den Unterzeichner um eine sachverständige Stellungnahme zum Antrag der Fraktion der FDP „*Freiheit und Sicherheit schützen – Für eine Überwachungsgesamtrechnung statt weiterer Einschränkungen der Bürgerrechte*“ gebeten. Dieser Bitte komme ich gerne mit der nachfolgenden Stellungnahme nach.

I. Vorbemerkung

Mit dem Auftrag, Freiheit und Sicherheit zu schützen, greift der Antrag zunächst zwei zentrale Staatsaufgaben des demokratischen Verfassungsstaates auf. Sowohl der Schutz individueller Freiheit als auch die Gewährleistung von Sicherheit als Voraussetzung von Freiheit obliegen der grundrechtlich gebundenen Staatsgewalt.

Vor diesem Hintergrund betrifft der Antrag der FDP-Fraktion zunächst eine staatsrechtliche Selbstverständlichkeit, nämlich die Tatsache, dass der Staat zur Rechenschaft gegenüber dem Souverän verpflichtet ist; der Antrag zielt aber neben der Aufzählung einzelner möglicher Gesetzgebungsvorhaben, über deren Verfassungsmäßigkeit an dieser Stelle nicht zu urteilen ist, zielt aber weiter darüber hinaus, wenn er neben einem „Sicherheitsgesetz-Moratorium“ (Ziffer II.1. des Antrags) zudem eine verstärkte Evaluation nebst Berichtspflichten und Forschungsklauseln (Ziffer II.2. des Antrags) sowie eine Gesetzesfolgenabschätzung (Ziffer II.3.b) und die Implementierung einer „Freiheitskommission“ als unabhängiges Gremium (Ziffer II.3.c) fordert.

II. Bewertung des Antrags im Einzelnen

Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt des Antrags ist die Figur des additiven Grundrechtseingriffs. Damit geht es um die grundlegende Frage, welche Belastungskumulationen grundrechtlich beachtlich sind. Das Bundesverfassungsgericht spricht in diesem Zusammenhang von einer Situation, in der „...verschiedene, einzelne, für sich betrachtet geringfügige Eingriffe in grundrechtlich geschützte Bereiche ... in ihrer Gesamtwirkung zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung führen, die das Maß der rechtsstaatlich hinnehmbaren Eingriffsintensität überschreiten.“

- vgl. insoweit nur *BVerfGE* 123, 186 (266) -

So zutreffend diese Aussage in ihrer Abstraktheit auch sein mag, sie liefert indes keine Entscheidungsmaßstäbe für das Problem der verfassungsrechtlich relevanten Verkürzung von Freiheitsrechten im Einzelfall. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Frage, wieviel Freiheit dem Bürger angesichts der „Totalität staatlichen Handelns“

- so *Klement*, AöR 134 (2009), 35 (43) -

verbleibt, nur durch das Recht selbst innerhalb des demokratischen Diskurses beantwortet werden kann. Dabei tritt erschwerend hinzu, dass die Reichweite von Freiheitsräumen nicht abstrakt bestimmt werden kann; vielmehr bedarf es einer jeweils individuellen Betrachtung der jeweils in Rede stehenden Grundrechte, wobei Umschreibungen wie die eines „Kernbereichs privater Lebensgestaltung“

- siehe dazu aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts *BVerfGE* 109, 279 (313); 120, 274 (339); 124, 43 (69); 141, 220 (276, 299); ferner aus dem Schrifttum: *Becker*, NVwZ 2015, 1335 ff.; *Löffelmann*, GSZ 2019, 119 ff.; *Papier*, NJW 2017, 3025 ff.; *Schneider*, JuS 2021, 29 ff. -

zwar dogmatisch geschützte Räume umschreiben können, empirisch indes nicht belegt werden können. Zudem ist zu berücksichtigen, dass Belastungskumulationen häufig dadurch gekennzeichnet sind, dass es nur eine Maßnahme ist, die „das Fass zum Überlaufen bringt“. Gleichzeitig verbietet es sich aber, nur einzelne Maßnahmen, deren Belastungswirkung isoliert betrachtet geringer sein mag, anzugreifen. Im Übrigen wirft dies dann auch funktionalrechtlich die Frage auf, ob das Bundesverfassungsgericht befugt ist, erstens eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, zweitens dann einzelne Maßnahmen aufzuheben um damit drittens die verfassungswidrige Gesamtbelastung aus der Welt zu schaffen. Dies dürfte aber die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit überschreiten und müsste dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben.

1. Das Sicherheitsgesetz-Moratorium

Vor diesem Hintergrund begegnet bereits das angestrebte Sicherheitsgesetz-Moratorium durchgreifenden Bedenken, weil es im Ergebnis eine Selbstverpflichtung des Gesetzgebers zur Zurückhaltung begründen soll, die aber dem Wesen demokratischer Gesetzgebung diametral entgegengesetzt ist. Auch wenn dem Grundgesetz Gesetzgebungspflichten – mit wenigen Ausnahmen – grundsätzlich fremd sind, so ist gleichwohl davon auszugehen, dass sowohl aus der Staatsaufgabe Sicherheit als auch aus den grundrechtlichen Schutzpflichten Handlungspflichten des Gesetzgebers folgen können, bei denen indes der Gesetzgeber in der Frage der konkreten Ausgestaltung des „Wie“ der jeweiligen Maßnahmen über einen weitreichenden Gestaltungs- und Beurteilungsspielraum verfügt. Dieser würde durch eine Beschränkung, durch das mit dem Antrag intendierte Innehalten des Gesetzgebers, indes massiv beeinträchtigt werden.

Es ist die ureigenste Aufgabe des Gesetzgebers, in dem dafür verfassungsrechtlich vorgesehenen Verfahren die für ein Gemeinwesen wesentlichen Regelungen zu treffen; in bestimmten Bereichen nicht zu handeln, könnte dann auch einer Pflichtenverletzung – jedenfalls dort, wo entsprechendes Handeln geboten ist – gleichkommen. Im Übrigen sei aus verfassungsrechtlicher Perspektive auch noch darauf hingewiesen, dass der Bundesregierung nach Art. 76 Abs. 1 GG ein grundsätzlich unbeschränktes Initiativrecht im Gesetzgebungsverfahren zusteht und es schon unter dem Aspekt der Gewaltenteilung befremdlich erscheint, dieses Recht durch einen Beschluss des Deutschen Bundestages beschränken zu wollen.

2. Evaluationspflichten

Eine Gesetzesevaluation ist die ex-post-Bewertung inkraftgetretener Gesetz. Dieses Procedere, das gerade im Sicherheitsrecht seit Jahren bereits Verwendung findet, stellt eine Ergänzung der Sicherheitsgesetzgebung dar; es handelt sich – neben Befristungen und Berichtspflichten – um ein weiteres prozedurales Gegengewicht zu den nicht unerheblichen Grundrechtseingriffen zu schaffen.

Mit Blick auf den Antrag der FDP-Fraktion ist zunächst festzuhalten, dass gerade im Bereich des Sicherheitsrechts eine Vielzahl von Evaluierungspflichten angeordnet

- siehe nur die Berichtspflicht in § 88 BKAG oder die Pflicht zur Datenschutz-Folgenabschätzung in Art. 64 Abs. 3 BayPAG; siehe ferner die umfassende Evaluierungspflicht in Art. 22 Abs. 3 des Terrorismusbekämpfungsgesetzes -

und auch entsprechende Evaluationsberichte vorgelegt wurden.

Wenn damit der Eindruck erweckt wird, eine Evaluation von Sicherheitsgesetzen beruhe auf einer verfassungsrechtlichen Pflicht und sei ein zwingender Bestandteil des Gesetzgebungsverfahrens, so mag dies der früheren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geschuldet sein. In der Tat verlangte das Gericht bei einer besonders gesteigerten Ungewissheit hinsichtlich tatsächlicher Umstände, Prognosen und/oder den Folgen von Eingriffsbefugnissen eine Art. „Grundrechtsmonitoring“

- vgl. insoweit nur *BVerfGE* 125, 260 (324)

In der Zwischenzeit ist aber das Bundesverfassungsgericht in seiner Judikatur zu Sicherheitsgesetzen dazu übergegangen, dem Gesetzgeber unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen solch engmaschige Vorgaben zu machen, dass dieser sich zunehmend bemüht, nur noch die Vorgaben der Rechtsprechung eins zu eins umzusetzen.

- so insbesondere das BKAG-Urteil, vgl. nur *BVerfGE* 141, 220 (265, 267 ff., 275 ff., 282 ff. u.ö)

So berechtigt dieser Ansatz gegenüber im Vorfeld der Gefahrenprävention liegenden Eingriffen mit tatbestandlich geringen Anforderungen an den Kausalverlauf der Gefahrenbekämpfung sein mag, so zeigt aber diese Rechtsprechung auch, dass eine Evaluation der Gesetzesfolgen gerade nicht zu den verfassungsrechtlich geforderten Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen führt. Ausreichend – aber auch verfassungsrechtlich geboten – sind demgegenüber gesetzlich verankerte Berichtspflichten gegenüber dem Parlament und der Öffentlichkeit. Dabei müssen die Berichte auch so gehaltvoll sein, dass sie eine öffentliche Diskussion über Art und Ausmaß der auf diese Befugnisse gestützten Datenerhebung, einschließlich der datenschutzrechtlichen Relevanz des Eingriffs, gestatten.

Entscheidend ist aber auch hier, dass es der Bundestag selbst als Gesetzgeber in der Hand hat, ob er jenseits dieses Befunds Evaluationspflichten als Form einer „retrospektiven Gesetzesfolgenabschätzung“

- so die treffende Bezeichnung bei *Siems*, GSZ 2021, 12 (15 f.) -

normieren möchte. Unstreitig kann eine Evaluation eine systematische und belastbare Erfassung von positiven und negativen Gesetzesfolgen ermöglichen und damit auch eine Bewertung der Zielerreichung einer Regelung gestatten. Das setzt aber eine hinreichende Konkretisierung des Evaluationsauftrages aus der Perspektive des Berichtsadressaten voraus. Dabei obliegt es dem Parlament, seinen Informationsbedarf entsprechend zu artikulieren und im jeweiligen Gesetzgebungsverfahren die evaluierende Stelle, das Prüfprogramm und den späteren Adressatenkreis des Berichts festzulegen. In diesem Rahmen kann dann auch der Tragweite des politischen Diskurses über das Gesetz Rechnung getragen werden. Dabei dürfte eine berichtspflichtige Exekutive ein erhebliches Eigeninteresse daran haben, ein realitätsgerechtes Bild von der Wirksamkeit der von ihr auszuführenden Maßnahmen zu erhalten.

Wenngleich nach § 44 Abs. 7 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) im Gesetzentwurf bereits erste Aussagen zu einer Evaluierung zu treffen sind, so ist es die zentrale Aufgabe der Legislative, mit Mehrheitsbeschluss festzulegen, welche Informationen ihr die Regierung nach dem In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Verfügung zu stellen hat. Im Ergebnis entscheidet der Bundestag, was durch wen innerhalb welcher Zeit und mit welchem Umfang zunächst zu evaluieren und dann zum Gegenstand eines entsprechenden Berichts zu machen ist, um auf diese Weise ein prozedurales Gegengewicht zu den vom Parlament zu verantwortenden Grundrechtseingriffen zu erhalten.

3. Gesetzesfolgenabschätzung

Die vorstehenden Ausführungen gelten auch für die aus der ex-ante-Perspektive erfolgende Gesetzesfolgenabschätzung. Auch die Gesetzesfolgenabschätzung ist ein Mittel der Politikberatung, das durch Informationsgewinnung und –bewertung einen Beitrag zur Rationalisierung des Normsetzungsprozesses leisten soll.

- so *Kahl* in: Kluth/Krings (Hg.), Gesetzgebung, 2014, § 13 Rn. 2 -

Allerdings besteht nach allgemeiner Ansicht keine verfassungsrechtliche Pflicht zur Gesetzesfolgenabschätzung. Ausgehend von der Letztentscheidungskompetenz des Parlaments sind die Ergebnisse einer Gesetzesfolgenabschätzung rechtlich nicht verbindlich. Zudem darf nicht übersehen werden, dass auch die Gesetzesfolgenabschätzung Grenzen unterliegt. Dabei ist zentraler Begrenzungsfaktor die Ungewissheit, die die Aussagekraft jeder Zukunftsprognose naturgemäß schwächt und damit auch verhindert, ermittelte Folgen kausal auf erlassene Gesetze zurückzuführen.

- vgl. dazu auch *Appel*, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hg.), Innovationsverantwortung, 2009, S. 147 (15, 158); *Kahl* in: Kluth/Krings (Hg.), Gesetzgebung, 2014, § 13 Rn. 4; *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl., 2012, § 1 Rn. 34 -

Einzelne Erscheinungsformen der Gesetzesfolgenabschätzung – verstanden als eine Art Controlling – finden sich in den §§ 42 GGO. Dabei ist zunächst problematisch, dass diese Regelungen gerade nicht für Gesetzentwürfe aus der Mitte des Bundestages gelten, wobei auf der anderen

Seite die hohe Anzahl der Gesetzentwürfe gerade von der Bundesregierung als Initiativorgan stammen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Nichtdurchführung einer Gesetzesfolgenabschätzung rechtlich nicht sanktioniert ist.

- dazu *Kahl* in: Kluth/Krings (Hg.), Gesetzgebung, 2014, § 13 Rn. 14 -

4. Die Schaffung einer Freiheitskommission

So reizvoll eine Freiheitskommission auch sein mag, so erweist sie sich bei Lichte besehen als Fremdkörper in einem Verfassungsstaat, der eine umfassende Grundrechtsbindung aller staatlichen Gewalt in Art. 1 Abs. 3 GG und die Verfassungsbindung des Gesetzgebers in Art. 20 Abs. 3 GG vorschreibt.

Gegen die Schaffung einer solchen Kommission spricht aber auch der Gedanke der damit verbundenen Entparlamentarisierung und damit ein weiterer Bedeutungsverlust des Parlaments als Zentralorgan des demokratischen Verfassungsstaates.

- dazu *Kirchhof*, in: Brenner/Huber/Möstl (Hg.), Festschrift für Peter Badura, 2004, S. 237 (241 ff.); *Puhl*, in: Isensee/Kirchhof, HbStR III, 3. Aufl., § 48 Rn. 1 -

Wenn grundsätzlich dem Deutschen Bundestag als dem einzigen unmittelbar vom Volk bestellten Staatsorgan eine zentrale Rolle als Entscheidungs-, Legitimations- und Kontrollorgan zugewiesen ist, dann sollten nicht neue Kommissionen zur Begleitung parlamentarischer Prozesse geschaffen werden; es obliegt vielmehr dem Parlament, einer vermehrten Auszehrung seiner Befugnisse offensiv entgegenzuwirken und auf diese Weise politischen Selbstbehauptungs- und Gestaltungswillen zu dokumentieren.

gez. Prof. Dr. *Kyrill-A. Schwarz*