



Hochschule des Bundes  
für öffentliche Verwaltung

**Deutscher Bundestag**  
Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache  
**19(4)732 D**

POSTANSCHRIFT HS BUND, POSTFACH 40527, 10063 BERLIN

Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Inneres und Heimat  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

**Prof. Dr. Markus Löffelmann**

HAUSANSCHRIFT Habersaathstr. 51, 10115 Berlin

POSTANSCHRIFT Postfach 40527, 10063 Berlin

TEL 030 – 22 00 89 – 85513

E-MAIL markus.loeffelmann@hsbund-nd.de

DATUM Berlin, 18.02.2021

BETREFF **Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am 18. Februar 2021 zu BT-Drs. 19/23695**

### Stellungnahme zum Antrag der Fraktion der FDP

Freiheit und Sicherheit schützen – Für eine Überwachungsgesamtrechnung statt weiterer  
Einschränkungen der Bürgerrechte

BT-Drs. 19/23695

#### **I. Vorbemerkung**

Der gegenständliche Antrag wirbt für die Entwicklung einer Methodik zur Erfassung des gesamten Bestands an sicherheitsbehördlichen Überwachungsbefugnissen und deren Auswirkungen auf den Grundrechtsschutz („Überwachungsgesamtrechnung“). Dadurch soll unter anderem eine Versachlichung der sicherheitspolitischen Debatte und ein Verzicht auf die Schaffung weiterer informationeller Befugnisse erreicht werden.

Da sich der rechtswissenschaftliche Diskurs zu dieser Thematik noch ganz am Anfang befindet und ein außerordentlich hohes Komplexitätsniveau mit zahlreichen interdisziplinären Bezügen aufweist, können im hier gegebenen Rahmen nur einige grundsätzliche Gesichtspunkte dargestellt werden.

#### **II. Verfassungsrechtlicher Hintergrund**

Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ist es erforderlich, einzelne Eingriffsbefugnisse nicht nur isoliert zu betrachten, sondern auch in ihrem wechselseitigen Zusammenwirken. So hat das BVerfG bereits in seiner Entscheidung zum Einsatz technischer Observationsmittel nach StPO auf die Problematik der „Kumulierung“ von Ermittlungsmaßnahmen hingewiesen



und gefordert, beim Einsatz moderner, insbesondere dem Betroffenen verborgener, Ermittlungsmethoden müssten die Strafverfolgungsbehörden mit Rücksicht auf das dem „additiven“ Grundrechtseingriff innewohnende Gefährdungspotential besondere Anforderungen an das Verfahren beachten. Es sei sicherzustellen, dass die für eine Maßnahme verantwortliche Stelle (dort die Staatsanwaltschaft) als primär verantwortliche Entscheidungsträgerin über alle Eingriffe informiert ist, die den Grundrechtsträger im Zeitpunkt der Antragstellung und im Zeitpunkt einer zeitlich versetzten Ausführung der Maßnahme jeweils treffen, da andernfalls eine verantwortliche Prüfung und Feststellung übermäßiger Belastung nicht möglich wäre. Für den Fall, dass neben den Strafverfolgungsinstanzen auch Verfassungsschutzbehörden und Nachrichtendienste ermittelnde Maßnahmen anordnen und vollziehen, fordert das BVerfG eine entsprechende behördenübergreifende Informationspflicht zum Zwecke einer grundrechtssichernden Abstimmung der Ermittlungstätigkeit. Darüber hinaus werde der Gesetzgeber „zu beobachten haben, ob die bestehenden verfahrensrechtlichen Vorkehrungen auch angesichts zukünftiger Entwicklungen geeignet sind, den Grundrechtsschutz effektiv zu sichern“ (BVerfGE 112, 304, 319 f.).

In seiner Entscheidung zur „Vorratsdatenspeicherung“ weist das BVerfG darauf hin, die Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten dürfe

„nicht als Schritt hin zu einer Gesetzgebung verstanden werden, die auf eine möglichst flächendeckende vorsorgliche Speicherung aller für die Strafverfolgung oder Gefahrenprävention nützlichen Daten zielt. Eine solche Gesetzgebung wäre, unabhängig von der Gestaltung der Verwendungsregelungen, von vornherein mit der Verfassung unvereinbar. Die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit einer vorsorglich anlasslosen Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten setzt vielmehr voraus, dass diese eine Ausnahme bleibt. Sie darf auch nicht im Zusammenspiel mit anderen vorhandenen Dateien zur Rekonstruierbarkeit praktisch aller Aktivitäten der Bürger führen. (...) Die Einführung der Telekommunikationsverkehrsdatenspeicherung kann damit nicht als Vorbild für die Schaffung weiterer vorsorglich anlassloser Datensammlungen dienen, sondern zwingt den Gesetzgeber bei der Erwägung neuer Speicherungspflichten oder -berechtigungen in Blick auf die Gesamtheit der verschiedenen schon vorhandenen Datensammlungen zu größerer Zurückhaltung. Dass die Freiheitswahrnehmung der Bürger nicht total erfasst und registriert werden darf, gehört zur verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland (...).“ (BVerfGE 125, 260, 323 f.)

In einer Vielzahl weiterer Entscheidungen hat das BVerfG außerdem auf das Verbot einer „Total- oder Rundumüberwachung“ betroffener Personen hingewiesen (BVerfGE 65, 1, 43; 112, 304, 319; 109, 279, 323; 112, 304, 319; 130, 1, 24; 141, 220, 280) und die von Überwachungsmaßnahmen ausgehenden „Einschüchterungseffekte“ für die Allgemeinheit betont (BVerfGE 65, 1, 42; 107, 299, 328; 113, 29, 46; 115, 320, 354 f.; 120, 378, 402; 125, 260, 319, 332).

Aus diesem verfassungsrechtlichen Rahmen ergeben sich zwei Anforderungen:

Erstens muss bei der Anwendung von Überwachungsbefugnissen sichergestellt werden, dass die Überwachungsdichte hinsichtlich einer einzelnen Person nicht zu groß wird. Diese Gefahr ist bei bestimmten Personen oder Personengruppen (etwa Hooligans, „Gefährder“), die im Fokus der Aufmerksamkeit der Sicherheitsbehörden stehen und deren Handeln sich



nicht eindeutig einem der drei fundamentalen Tätigkeitsbereiche (nachrichtendienstlich - präventiv-polizeilich - repressiv) zuordnen lässt, besonders ausgeprägt. Eine Einhegung der personenbezogenen Überwachungsichte erfordert neben der Bestimmung einer materiellen Schwelle auch absichernde Verfahrensregeln, insbesondere Informationspflichten der Sicherheitsbehörden untereinander. Bevor eine Überwachungsmaßnahme angeordnet wird, müsste sich die ausführende Sicherheitsbehörde also bei anderen Behörden erkundigen, ob dort bereits Maßnahmen durchgeführt werden. In sicherheitsbehördlichen Informationsverbundsystemen wird das bereits heute in kleinem Rahmen praktiziert. Eine verlässliche personenbezogene Gesamtbetrachtung würde aber die Beteiligung aller Sicherheitsbehörden an einem Informationsverbund voraussetzen. Dabei sind rechtliche Beschränkungen des Datenaustauschs, namentlich durch das informationelle Trennungsgebot (BVerfGE 133, 277, 323 f.), zu berücksichtigen. Außerdem entsteht durch den Austausch wiederum ein Verstärkungseffekt, denn jede Datenübermittlung an eine andere Sicherheitsbehörde begründet eine „Vertiefung“ des Erhebungseingriffs bzw. einen neuen eigenständigen Grundrechtseingriff (zu dieser Problematik näher Löffelmann, GSZ 2019, 16, 18 f. m. w. N. zur Rspr. des BVerfG).

Zweitens muss der Gesetzgeber bei einer Gesamtbetrachtung aller Überwachungsbefugnisse die Angemessenheit der dadurch begründeten Eingriffe für die Grundrechtsträger insgesamt im Blick behalten. Dem Gesetzgeber obliegt insoweit eine Gesetzesfolgenbeobachtungspflicht (vgl. BVerfGE 100, 313, 378 ff.; 109, 279, 340, 373; 112, 304, 316; 141, 220, 285, 322 f.) Diese stellt die verfassungsrechtliche Grundlage der vielfach bereits bestehenden einfachrechtlich verankerten Berichtspflichten der Sicherheitsbehörden an die Parlamente dar (vgl. nur exemplarisch § 101b StPO, § 107 PVDG SN).

Im Übrigen sind die mit dem Begriff der „Überwachungsgesamtrechnung“ verbundenen verfassungsrechtlichen Implikationen bislang rechtswissenschaftlich noch weitgehend ungeklärt (vgl. etwa auch die Einschätzung von Schwabenbauer, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. 2018 Rn. 288 f.).

### **III. Rechtstatsächliche Ausgangslage**

Die rechtstatsächliche Ausgangslage ist einerseits durch eine starke Zunahme an Überwachungsbefugnissen und andererseits durch deren zunehmend komplexe, aber auch die einzelnen Bereiche des Sicherheitsrechts und das Bund-Länder-Verhältnis übergreifend inkohärente Ausgestaltung gekennzeichnet.

#### **1. Zunahme an Überwachungsbefugnissen**

Historisch kann seit den 1990er Jahren eine starke Zunahme spezialgesetzlich ausgestalteter Überwachungsbefugnisse in allen Bereichen des Sicherheitsrechts konstatiert werden. Neben den im Antrag genannten Befugnissen betrifft dies namentlich das Polizeirecht, in dem in jüngerer Vergangenheit zahlreiche neue Befugnisse etwa zum Einsatz von Bodycams, von Mitteln der elektronischen Aufenthaltsüberwachung, zur Überwachung und sogar aktiven Manipulation von Computersystemen bis hin zur Verwendung von Drohnen geschaffen wurden (vgl. nur die beiden Gesetze zur Änderung des BayPAG aus den Jahren



2017 und 2018, dazu ausf. Löffelmann, BayVBl. 2018, 145 ff.; BayVBl. 2019, 121 ff., dort auch bereits zur „Überwachungsgesamtbilanz“).

Zu berücksichtigen ist dabei allerdings, dass die zunehmende Verrechtlichung der Materie nicht zwingend mit einer Zunahme der Überwachungsintensität einhergehen muss. Einerseits folgt die Schaffung spezialgesetzlicher Eingriffsbefugnisse einem allgemeinen, von der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung eingeleiteten Trend zur präziseren Einhegung von Maßnahmen, die zuvor bereits auf allgemeine Aufgabenzuweisungen und Befugnisgeneral-klauseln gestützt wurden. Beispiele hierfür sind die längerfristige Observation (etwa § 163f StPO), der Einsatz von Verdeckten Ermittlern und V-Leuten (etwa §§ 9a, 9b BVerfSchG) oder auch die aktuelle Novellierung der strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND (§ 6 BNDG). Andererseits ist die gesetzliche Verankerung von Überwachungsbefugnis-sen nicht gleichbedeutend mit deren Ausübung. So wurde z. B. von der in den meisten deut-schen Verfassungsschutzgesetzen vorgesehenen Befugnis zur Wohnraumüberwachung bislang praktisch kein Gebrauch gemacht (näher Löffelmann, in: Dietrich/Eiffler [Hrsg.], Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, Teil VI § 3 Rn. 34 m. w. N.). Der mit der Schaffung solcher Befugnisse immer wieder einhergehende politische und öffentliche Erregungszustand korrespondiert daher nicht immer mit deren praktischer Bedeutung.

Umgekehrt erfolgt ein Großteil der informatorischen Maßnahmen der Sicherheitsbehörden aufgrund weitgehend unspezifischer, in einem vordigitalen Anwendungskontext geschaffener Befugnisse unterhalb des „Radars“ der Gesetzgebung und der Öffentlichkeit. Ein wichtiges Beispiel hierfür ist der informationstechnische Zugriff auf beschlagnahmte oder sonst in den Besitz der Sicherheitsbehörden gelangte Datenträger im Wege der Auswertung (vgl. näher Löffelmann, in: Dietrich/Eiffler, a. a. O., Teil VI § 5 Rn. 20 ff.; ders., GSZ 2019, 190, 193). Hinzu kommen zwischen den verschiedenen Bereichen des Sicherheitsrechts tektonische Verschiebungen, die seit längerem als „Vernachrichtendienstlichung des Polizeirechts“, „Verpolizeilichung des Nachrichtendienstrechts“ oder Schaffung eines „Kriminalpräventions-rechts“ umschrieben werden. Dabei werden unter anderem polizeiliche Befugnisse, die bis-lang an das Bestehen einer konkreten Gefahr gebunden waren, auf das sogenannte Gefah-renvorfeld erstreckt (vgl. etwa näher zur sog. „drohenden Gefahr“ Löffelmann, BayVBl. 2018, 145, 148 m. w. N.). Schließlich ist zu berücksichtigen, dass mit der fortschreitenden techni-schen Entwicklung auch neue Überwachungsmaßnahmen ermöglicht werden, deren rechtli-che Einordnung noch nicht geklärt ist und die deshalb von der Praxis auf unterschiedliche Rechtsgrundlagen gestützt werden. Ein Beispiel hierfür ist die aktuelle Diskussion um die Zulässigkeit der Überwachung von Smart Home-Applikationen (vgl. dazu näher Löffelmann, GSZ 2020, 244 ff.).

## 2. Komplexe und inkohärente Ausgestaltung

Der Trend zu einer zunehmenden Verrechtlichung der Befugnisse geht dabei zugleich mit einem solchen zu einer immer detaillierteren Ausgestaltung einher. Zum Teil ist diese Ent-wicklung den ausdifferenzierten Vorgaben verfassungsgerichtlicher Judikate geschuldet, zum Teil einer Gesetzgebung, die Formulierungen des Gerichts wortgetreu übernimmt oder paraphrasiert, ohne ein eigenes Ordnungssystem zu entwickeln (vgl. bereits Löffelmann, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Inneres und Heimat, Ausschussdrucksache 19(4)696



B, S. 7; ders., GSZ 2018, 85, 87 f.). Die systemische Beschränkung der verfassungsgerichtlichen Überprüfung auf Einzelaspekte einer Gesetzgebung wird so in der Art eines vitiösen Zirkels zu einem systemischen Defizit der Gesetze. Diese sind nicht nur für die Öffentlichkeit schwer zu durchdringen, sondern auch für die Personen in Verwaltung und Rechtsprechung, die für die Rechtsanwendung verantwortlich sind. Aufgrund der in hohem Maße verstreuten Kompetenzen für die Sicherheitsgesetzgebung in Deutschland führt dieses Defizit zudem zu erheblicher Inkohärenz im übergreifenden Vergleich der verschiedenen Bereiche des Sicherheitsrechts und von Bund und Ländern. Hinzu kommt eine zusätzliche, nicht selten divergente, Ausformung einzelner normativer Merkmale durch die Rechtsprechung.

Einen weiteren Eskalationsgrad erfährt diese Komplexität durch das datenschutzrechtliche und verfassungsrechtliche Verständnis, demzufolge nicht nur eine Datenerhebung, also der Einsatz des Überwachungsinstruments an sich, einen Grundrechtseingriff vermittelt, sondern auch jede weitere Verwendung der einmal erhobenen Daten (vgl. nur BVerfGE 100, 313, 391; 109, 279, 375; 141, 220, 327). Die auf dieser Grundlage von den Gesetzgebern in Bund und Ländern geschaffenen Befugnisse zur Weitergabe und Entgegennahme einmal erhobener Daten potenzieren die Zahl der Grundrechtseingriffe und ihrer Rechtfertigungsgrundlagen. Diese Regelungsregimes sind inkohärent, unübersichtlich, teilweise widersprüchlich und redundant und insgesamt impraktikabel. Vor diesem Hintergrund und aufgrund der hohen Volatilität der Rechtsmaterie ist es heute auch Spezialisten nur schwer möglich, einen Überblick über Art und Umfang der in Deutschland zur Verfügung stehenden Überwachungsbefugnisse zu bewahren. Die außerordentliche Komplexität birgt dabei zugleich das legitimatorische Problem, dass das parlamentarische Verfahren kaum auf ihre Verarbeitung ausgelegt ist. Gesetzgeberische Gestaltungsspielräume verlagern sich dadurch zunehmend auf die Exekutive, welche faktisch den „ersten Zugriff“ auf eine Regelungsmaterie hat.

#### **IV. Methodischer Rahmen**

Vor dem Hintergrund des skizzierten rechtstatsächlichen Befunds erscheint das Projekt einer „Überwachungsgesamtrechnung“ grundsätzlich begrüßenswert, stößt aber auch auf eine Reihe fundamentaler methodischer Probleme.

##### **1. Grundlegende methodische Probleme**

###### **a) Abwägungsmethodik**

Ein Konzept für eine Überwachungsgesamtbilanz wurde bislang nicht im Ansatz entwickelt. Da es letztlich bei der Überwachungsgesamtrechnung sowohl in ihrer gesamtgesellschaftlichen als auch personenbezogenen Dimension um eine Gesamtabwägung der durch Überwachungsbefugnisse vermittelten Grundrechtseingriffe mit den dadurch verfolgten hoheitlichen Zwecken der Sicherheitsgewährleistung geht, ist es zunächst erforderlich, den methodischen Rahmen für eine solche Abwägung zu bestimmen. Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung verfügt bislang jenseits der bekannten Trias von Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit nicht über einen solchen Rahmen. Vereinzelt Ansätze in der Rechtswissenschaft besitzen aber das Potenzial, in diesem Sinne fortentwickelt zu werden



(vgl. etwa zu der von der Prinzipientheorie entwickelten „Gewichtsformel“ die Beiträge in Klatt [Hrsg.], *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, 2013).

Weiter wäre es in einem solchen Rahmen erforderlich, die Grundrechtsrelevanz der einzelnen Informationseingriffe zu gewichten. Das setzt einerseits eine Kenntnis der realen Zahl und Art der durchgeführten Überwachungsmaßnahmen voraus, also entsprechende statistische Erhebungen, die bislang erst sehr rudimentär vorliegen. Andererseits ist eine Gewichtung des jeweiligen Eingriffs in einem zumindest ordinalen, besser noch kardinalen Bezugssystem erforderlich. Besondere Schwierigkeiten dürfte dabei die Erfassung des Gewichts von Folgeeingriffen durch die Weiterverwendung einmal erhobener Daten bereiten. Grundsätzlich dürfte ein multifaktorieller Ansatz anhand der vom BVerfG für die Gewichtung der Eingriffsintensität von Überwachungsmaßnahmen entwickelten Kriterien (vgl. näher Löffelmann, *GSZ* 2019, 16, 19 f.) am ehesten zielführend sein. Die normativen, insbesondere rechtsgutbezogenen Kategorisierungen der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, die die Gesetzgeber vielfach in das einfache Recht übernommen haben (etwa „hervorgehobenes Rechtsgut“, „Rechtsgut von erheblichem Gewicht“, „Rechtsgut von besonderem Gewicht“), sind demgegenüber für eine Gewichtung ungeeignet. Weder Rechtsprechung noch Rechtswissenschaft verfügen bislang über ein kohärentes rechtsgutbezogenes Ordnungssystem, das durch die konkrete Zuordnung von Rechtsgütern ausgefüllt ist. Vielfach besteht nicht einmal Klarheit darüber, welche Eigenschaften ein Rechtsgut aufweisen muss (vgl. nur Hefendehl/von Hirsch/Wohlens [Hrsg.], *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* 2003). Hinzu kommt, dass der Katalog möglicher Rechtsgüter nicht abgeschlossen ist. Der Gesetzgeber besitzt die Kompetenz, neue Rechtsgüter zu schaffen und auch einen breiten Spielraum bei deren Gewichtung.

#### b) Einschüchterungseffekte

Auf der Ebene der Bestimmung der Abwägungsgegenstände müsste ferner Klarheit darüber erzielt werden, welche Bedeutung einem „Gefühl des Überwachtwerdens“ und „Einschüchterungseffekten“ (*chilling effects*) zukommt. In der Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH werden diese Topoi als weitere Kriterien zur Bestimmung der Eingriffsintensität einer Maßnahme herangezogen (vgl. BVerfGE 65, 1, 42; 107, 299, 328; 113, 29, 46; 115, 320, 354 f.; 120, 378, 402; 125, 260, 319, 332; EuGH, Urteil vom 8.4.2014, C293/12 und C594/12, Rn. 37). Es liegt aber auf der Hand, dass ein solcher psychologischer Effekt kaum auf einzelne Maßnahmen bezogen werden kann, sondern vielmehr nur auf deren Gesamtheit. Ob ein *chilling effect* tatsächlich festgestellt werden kann und ob er sich direktproportional oder in anderer Weise zur Entwicklung der Überwachungsbilanz verhält, könnte grundsätzlich mit verschiedenen Methoden (etwa repräsentative Befragungen, quantitative Analysen der Internetnutzung) wissenschaftlich untersucht werden. Bislang existiert eine belastbare Datengrundlage weder zu Art und Anzahl der Überwachungsmaßnahmen noch zu deren Wirkung auf die Überwachungswahrnehmung in der deutschen Bevölkerung (näher Staben, *Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung*, 2016, S. 69 ff., 121 ff.; Schwabenbauer, *Heimliche Grundrechtseingriffe*, 2013, S. 142 ff.). Im amerikanischen Rechtsraum ist die Forschung hierzu bereits weiter entwickelt (vgl. etwa Sidhu, *The Chilling Effect of Government Surveillance Programs on the Use of the Internet by Muslim-Americans*, *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class*, Volume 7, Issue 2, 2007,





375 ff.; Pen America, *Chilling Effects: A Surveillance Drives U.S. Writers to Self-Censor*, 2013; Sleeper et al., *The Post that Wasn't: Exploring Self-Censorship on Facebook*, 2013; Das/Kramer, *Self-Censorship on Facebook*, *Proceedings of the Seventh International AAAI Conference on Weblogs and Social Media 2013*, 120 ff.).

Problematisch ist ferner, dass *chilling effects* nicht nur schwer zu messen sind, sondern diese Effekte auch nicht zwingend Konsequenzen eines Grundrechtseingriffs sein müssen (vgl. etwa Friehe, NJW 2020, 1697, 1698 zum NetzDG und der verhaltenssteuernden Wirkung von Strafnormen). Auch Maßnahmen, welche selbst gar keinen Grundrechtseingriff vermitteln, können Veränderungen des Nutzerverhaltens zur Folge haben. Die Zuordnung von Einschüchterungseffekten zu gesetzgeberischen und sicherheitsbehördlichen Aktivitäten dürfte deshalb große Schwierigkeiten bereiten. Hinzu kommt, dass teilweise Unklarheiten darüber bestehen, ab welcher Grenze einer Aufklärungsmaßnahme überhaupt verfassungsrechtlich Eingriffsqualität zukommt. So wird zwar von der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BVerfGE 120, 274, 344 f.; 120, 351, 361; ähnlich BVerwG NVwZ 2011, 161, 163) das Recherchieren der Sicherheitsbehörden in offenen Bereichen des Internets im Grundsatz als unproblematisch erachtet. Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der Maßnahme und daran anschließenden weiteren Datenverarbeitung wird jedoch eine große Bandbreite an Meinungen vertreten (vgl. etwa Zöller, GA 2000, 563, 567, 569; Worms/Gusy, in: Möstl/Kugelman, BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht NRW, § 8 Rn. 14; Hornung, CR 2008, 299, 305; Schulz/Hoffmann, CR 2010, 131, 134 f.; Levin/Schwarz, DVBl. 2012, 10, 12 f.; Singelstein, NSTz 2012, 593, 600). Eine ganz neue, in ihrer rechtlichen Bedeutung noch weitgehend ungeklärte Qualität kommt in diesem Zusammenhang schließlich der algorithmusgestützten automatisierten Weiterverarbeitung „eingriffslos“ gewonnener Daten i. S. e. Datamining zu (dazu jüngst BVerfG, B. v. 10.11.2020, 1 BvR 3214/15).

Schließlich ist auch mit Blick auf den Topos etwaiger Einschüchterungseffekte zwischen einem personenbezogenen und gesamtgesellschaftlichen Ansatz zu unterscheiden. Auf einer individuellen Ebene kann ein subjektives Gefühl des Überwachtwerdens von zahlreichen persönlichkeitsimmanenten Faktoren abhängig sein. Eine Erforschung dieser Zusammenhänge dürfte kaum Rückschlüsse auf gesetzgeberische Abwägungsentscheidungen zulassen.

## 2. Methodenskizze - „first steps“

Möchte man das Projekt einer „Überwachungsgesamtrechnung“ auf den Weg bringen, ist es zunächst erforderlich, den aktuellen Bestand an Befugnissen zu Überwachungsmaßnahmen und informationellen Folgeeingriffen lückenlos zu dokumentieren und fortzuschreiben. Ein solches Vorhaben könnte durch ein rechtswissenschaftliches Forschungsprojekt in einem überschaubaren Zeitraum realisiert werden. Erste Entwicklungen hierzu gibt es bereits, etwa in Gestalt des Forschungsprojekts des Instituts für Digitalisierung und das Recht der Inneren Sicherheit (IDRIS) der Ludwig-Maximilians-Universität München (Prof. Dr. Mark A. Zöller), des Ausschusses Gefahrenabwehrrecht des Deutschen Anwaltvereins (DAV) und des Arbeitskreises Strafprozessrecht und Polizeirecht (ASP) „Sicherheitsgesetzgebung und Überwachungsgesamtrechnung“. Solche Vorhaben sollten aus dem politischen Raum heraus übergreifend aktiv unterstützt werden. In diesem Zusammenhang müsste auch überlegt wer-



den, welche Bedeutung dem Beitrag privater Unternehmen an der Erfassung von Informationen der Grundrechtsträger zukommt und ob diese Dimension bei einer „Gesamtrechnung“ ebenfalls berücksichtigt werden müsste. Ob ein dergestalt erweiterter Ansatz überhaupt praktisch durchführbar wäre und ob sich die Wirkungen der Informationsverarbeitung durch Unternehmen von den durch staatliche Maßnahmen vermittelten Wirkungen trennen lassen, erscheint fraglich.

Weiter wäre es erforderlich, den Bestand an statistischen Basisdaten kontinuierlich auszubauen. Hierzu müsste die statistische Erfassung konkreter Überwachungsmaßnahmen zum Standard werden. Ob das rechtspolitisch wünschenswert ist, namentlich mit Blick auf Geheimhaltungserfordernisse im Bereich der Nachrichtendienste, bei denen aus der Art und Zahl durchgeführter Maßnahmen auf die nachrichtendienstlichen Befähigungen geschlossen werden könnte, kann hier nicht beantwortet werden. Etwas an Schärfe verliert diese Problematik dadurch, dass sinnvoller Weise eine Überwachungsgesamtrechnung nur für informationelle Maßnahmen der Sicherheitsbehörden auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland angestrebt werden kann. Für die Auslandstätigkeiten der deutschen Nachrichtendienste entsteht daher von vornherein kein solcher Konflikt. Der Bestand an statistischen Basisdaten müsste kontinuierlich erhoben und sollte möglichst an zentraler Stelle verwaltet und verfügbar gehalten werden. Hierfür könnte es sich anbieten, dem Bundesamt für Justiz eine rechts-tatsächliche Forschungsstelle anzugliedern, welche proaktiv entsprechende Daten erfasst und aufbereitet (vgl. zu einem entsprechenden Vorschlag auf Länderebene bereits den Änderungsantrag der Fraktion der SPD unter Bayerischer Landtag Drucksache 18/12759).

Weiter wäre die Entwicklung eines methodischen Rahmens notwendig, in dem die einzelnen Eingriffe gewichtet und zueinander in Beziehung gesetzt werden können. Dabei müsste sowohl in der gesamtgesellschaftlichen als auch personenbezogenen Dimension der Gesamtrechnung der Kumulationsproblematik Rechnung getragen und untersucht werden, ob die Anwendung eines einfachen additiven Verfahrens zu adäquaten Ergebnissen führt. Naheliegender dürfte sein, dass die Bündelung mehrerer Maßnahmen nicht zu einer einfachen Summierung des Eingriffsgewichts der individuellen Maßnahmen führt, sondern sich abschwächende Effekte einstellen. Möglicherweise könnten die Bayes' Netze, die in der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre bereits vereinzelt zur mathematischen Modulierung von Abwägungs- und Entscheidungsprozessen herangezogen wurden (vgl. zuletzt grundlegend Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß. Rationalität und Intuition, 2015 m. w. N. zum deutsch- und englischsprachigen Schrifttum), einen brauchbaren Ansatz zur Erfassung dieser Problematik darstellen. Auf einen solchen methodischen Unterbau könnte schließlich ein Algorithmus aufsetzen, mit dem die Entwicklung der Überwachungsgesamtbilanz kontinuierlich verfolgt werden könnte.

## V. Perspektiven

Langfristig würde durch ein solches methodisches Konzept die Abwägungsprärogative des Gesetzgebers auf eine neue Grundlage gestellt, nicht nur mit Blick auf eine Überwachungsgesamtbilanz, sondern auch rückwirkend auf einzelne Befugnisse. Diese könnten Kategorien zugeordnet werden, denen auf Rechtfertigungsseite Kategorien hoheitlicher Zwecke entsprechen müssten. Dem Gesetzgeber würde so anhand eines klaren Rahmens ermöglicht,





in einer für die Öffentlichkeit nachvollziehbaren Weise Informationseingriffe bestimmten Klassen zuzuordnen. Dadurch könnte die Problematik der Datentransfers im Sicherheitsbereich einer praktikablen Lösung zugeführt werden, an deren Ende eine Art „Ampellösung“ stehen könnte, die den Rechtsanwender auf einen Blick erkennen lässt, an welche Stelle er Daten weitergeben darf (vgl. bereits Löffelmann, GSZ 2019, 16, 21 f.). Auch mit Blick auf die Notwendigkeit der Gesamtbewertung bei einer Kumulierung von Maßnahmen gegen eine bestimmte Person wäre ein solches Ordnungssystem zweifellos von Vorteil und könnte die praktische Rechtsanwendung erleichtern. Diese Möglichkeit der Einordnung und Saldierung ist gegenwärtig nicht oder nur sehr eingeschränkt gegeben. Schließlich könnte ein verfassungskonformes Gesamtsaldo der Überwachung festgelegt werden, welches nicht überschritten werden darf. Der Gesetzgeber wäre so gehalten, die Erforderlichkeit von Überwachungsbefugnissen zu evaluieren. Nicht benötigte oder nicht wirksame Befugnisse könnten – was bislang nur in seltensten Ausnahmefällen erfolgt – aufgehoben und dadurch wieder überwachungsfreie Räume vergrößert oder benötigte Kapazitäten für andere Maßnahmen geschaffen werden. Ein so verstandenes Projekt einer Überwachungsgesamtbilanz wäre ein Gewinn für Gesetzgebung, Rechtsanwendung und Grundrechtsschutz.

## **VI. Schlussbemerkung**

Vor dem Hintergrund des skizzierten defizitären rechtstatsächlichen Befunds und inkohärenten Systems von Überwachungsbefugnissen in Deutschland erscheint das Projekt einer „Überwachungsgesamtrechnung“ aus rechtswissenschaftlicher Sicht durchaus begrüßenswert, wenngleich damit zunächst weitere Belastungen für die Praxis verbunden sind. Ein solches Vorhaben stößt allerdings auf eine Reihe fundamentaler methodischer Probleme, deren Bearbeitung einen realistischen Zeithorizont und ausreichende Mittel für interdisziplinäre Forschung und den Aufbau einer aussagekräftigen Datenbasis erfordert. In ihrer personenbezogenen Dimension dürfte eine „Überwachungsgesamtrechnung“ angesichts der zersplitterten deutschen Sicherheitsarchitektur und der mit einem notwendigen Austausch der Sicherheitsbehörden untereinander verbundenen zusätzlichen Grundrechtseingriffe behördenübergreifend nur schwer realisierbar sein. Hinsichtlich der gesamtgesellschaftlichen Dimension der „Überwachungsgesamtrechnung“ bestehen allerdings interessante Forschungsansätze. Bislang existiert insoweit jedoch noch kein methodisches Konzept. Der Begriff der „Überwachungsgesamtrechnung“ beinhaltet derzeit nicht mehr als eine vage Idee, die auch vom BVerfG nicht näher konturiert wurde. Vor diesem Hintergrund eignet sich der Begriff nicht, um aktuell notwendige Reformen im Sicherheitsrecht zu suspendieren. Eine „Überwachungsgesamtrechnung“ stellt auch nicht, wie es im Titel des gegenständlichen Antrags anklingt, eine Alternative zu notwendigen Grundrechtseinschränkungen dar, kann aber helfen, deren Verhältnismäßigkeit genauer zu bewerten. Allgemein stellen die im gegenständlichen Antrag insbesondere unter II.2. und 4. dargestellten Überlegungen aus rechtswissenschaftlicher Sicht durchaus sinnvolle Ansätze dar.