

## Stellungnahme

zu dem Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Anpassung des  
Verfassungsschutzrechts

vorgelegt von

Prof. Dr. Ralf Poscher  
Direktor am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit  
und Recht

unter Mitarbeit von  
Dr. Katrin Kappler

im Mai 2021

## Inhalt

A.	Einleitung .....	3
B.	Zur Regelungssystematik .....	3
C.	Keine ausreichend bestimmte Begrenzung der Online-Durchsuchung	4
D.	Eingriffsschwellen .....	5
	1. Tatsächliche Anhaltspunkte oder bestimmte Tatsachen für den Verdacht einer Straftat.....	6
	2. Anpassung des Straftatenkatalogs.....	8
	3. Eingrenzung des Betroffenenkreises .....	9
	4. Ausschluss des Rechtsschutzes .....	9
E.	Transparenz und parlamentarische Kontrollmechanismen.....	9
F.	Spannungsfeld von IT-Sicherheit und Verfassungsschutz.....	10
G.	Zusammenfassung der Ergebnisse .....	12

## A. Einleitung

Aufgrund der kurzen Stellungnahmefrist kann nicht auf alle Aspekte des Entwurfs eingegangen werden. Sie konzentriert sich deshalb allein auf die Einführung des § 11 G10-E. In den wenigen Tagen die den Sachverständigen zur Vorbereitung ihrer Stellungnahmen eingeräumt wurden, war eine umfassende Prüfung des Gesetzes nicht möglich.

Der Gesetzesentwurf sieht unter anderem Änderungen des Artikel 10-Gesetzes (G10) vor. Dort soll eine Regelung in § 11 Abs. 1a) G10-E eingefügt werden. Der Entwurf des § 11 Abs. 1a) sieht vor, dass zwei verschiedene Maßnahmen geregelt werden: In § 11 Abs. 1a) S. 1 wird die Quellen-TKÜ geregelt, also der Zugriff auf die laufende Kommunikation, in § 11 Abs. 1a S. 2 wird dann der Zugriff auf die ruhende Kommunikation geregelt und damit eine beschränkte Online-Durchsuchung eingeführt.

## B. Zur Regelungssystematik

Bereits die Regelungssystematik ist bedenklich. Dies die in dem Entwurf vorgesehen Quellen-TKÜ ist mit einer auf vergangene Kommunikationsinhalte beschränkten Online-Durchsuchung verbunden. Das neue und für das G 10 neuartige Überwachungsinstrument ist nicht nur an Art. 10 Abs. 1 GG, sondern auch an Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu messen, weil es sich hier um die Überwachung von ruhender Kommunikation handelt. Gleichzeitig handelt es sich bei den Eingriffsermächtigungen um besonders schwerwiegende neuartige Grundrechtseingriffe. Gleichwohl wird die Regelung in § 11 G 10, also in dem Abschnitt zu den Verfahrensregeln eingefügt. Dies verkennt, dass es sich hierbei um eine eingriffsintensivere Maßnahme handelt, als die bisher vorgesehenen Überwachungsmaßnahmen. Besonders die um den Zugriff auf gespeicherte Kommunikationsdaten erweiterte Überwachung sollte in einer eigenständigen materiellen Norm geregelt werden, die den Besonderheiten und der herausgehobenen Intensität des Eingriffs Rechnung trägt.

### C. Keine ausreichend bestimmte Begrenzung der Online-Durchsuchung

Sowohl bei einer Quellen-TKÜ als auch bei einer Online-Durchsuchung werden informationstechnische Systeme infiltriert, sie haben aber unterschiedliche Zweckrichtungen. Während es bei der Quellen-TKÜ ausschließlich darum geht, zielgerichtet eine laufende Kommunikation zu überwachen, die auf Grund der verschlüsselten Daten anderweitig nicht ausgewertet werden könnte, soll mit der Online-Durchsuchung besonders auf den Speicher des Zielsystems zugegriffen werden, um nach bestimmten Dateien im Dateisystem des Rechners zu suchen.

Bär, in: BeckOK PolR Bayern, 15. Ed. 2020, Art. 42 PAG, Rn. 41.

Ermächtigungsgrundlage für staatliche Maßnahmen, durch welche die Inhalte und Umstände einer laufenden Telekommunikation im Rechnernetz erhoben oder darauf bezogenen Daten ausgewertet werden, sind an Art. 10 Abs. 1 GG zu messen.

BVerfGE 120, 274 (307).

Die in § 11 Abs. 1 S. 1 GlO-E geregelte Quellen-TKÜ ist deshalb an Art. 10 Abs. 1 GG zu messen.

Art. 10 Abs. 1 GG schützt hingegen nicht davor, dass staatliche Stellen die Nutzung eines informationstechnischen Systems als solche überwacht oder die Speichermedien des Systems durchsucht.

BVerfGE 120, 274 (308).

Das Bundesverfassungsgericht hat schon in seinem Urteil zur Online-Durchsuchung herausgestellt, dass schon bei der Quellen-TKÜ durch die Infiltration die entscheidende Hürde genommen ist, um das System insgesamt auszuspähen und deshalb stets das Risiko besteht, dass über Inhalte und Umstände der Telekommunikation weitere persönlichkeitsrelevante Informationen erhoben werden. Diesen spezifischen Gefährdungen könne durch Art. 10 Abs. 1 GG nicht hinreichend begegnet werden. Deshalb ist Art. 10 Abs. 1 GG nur der alleinige Maßstab, wenn sich die Überwachung ausschließlich auf den laufenden

Kommunikationsvorgang beschränken und dies durch technische wie rechtliche Vorgaben sichergestellt ist.

BVerfGE 120, 274 (308-309).

Bei der Online-Durchsuchung hingegen können Dateien auf dem Gerät untersucht werden, Maßstab ist hier das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (sog. IT-Grundrecht) aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

BVerfGE 120, 274 (302).

Bei der im Entwurf vorgesehenen Form der Quellen-TKÜ handelt sich um eine Mischform zwischen der Quellen-TKÜ und der Online-Durchsuchung, wobei weder aus dem Gesetz noch aus der Gesetzesbegründung hinreichend deutlich wird, auf in welchem Umfang auf gespeicherte Informationen zugegriffen werden soll.

Insoweit ist es nicht ausreichend, darauf zu verweisen, dass nur solche Kommunikationsinhalte und -umstände erhoben werden, die auch während des laufenden Übertragungsvorgangs im öffentlichen Telekommunikationsnetz in verschlüsselter Form erhoben werden könnten. Die darauf bezogene Begrenzung des Anordnungszeitpunkts lässt nicht erkennen, ob es sich dann nur um Daten handeln darf, die ab diesem Zeitpunkt kommuniziert wurden oder ob die Regelung auch gespeicherte Kommunikationsverläufe erfassen soll, die u.U. Jahre zurückreichen, aber nach dem Anordnungszeitpunkt über einen Dienst noch mit der aktuellen Kommunikation mitkommuniziert wurden. Unklar ist auch, wie festgestellt werden soll, welche Kommunikation in verschlüsselter Form hätte erhoben werden können, da der Umfang der Kommunikation von Kommunikationsverläufen jedenfalls bei einigen Diensten von individuellen Nutzereinstellungen abhängig ist.

#### D. Eingriffsschwellen

Damit ist zugleich die Frage aufgeworfen, ob die Eingriffsschwellen für die Neuregelungen ausreichend sind.

§ 1 Abs. 1 sowie § 3 G10 wurden nicht geändert, legen aber auch die Eingriffsschwellen für die neuen Regelungen fest. Der Gesetzgeber knüpft die neuen Befugnisse der um eine Online-Durchsuchung erweiterten Quellen-TKÜ also an dieselben Voraussetzungen wie die bisherige Telekommunikationsüberwachung. Dadurch kann er den besonderen Anforderungen, die an die neuartige Quellen-TKÜ zu stellen sind, nicht gerecht werden.

#### 1. Tatsächliche Anhaltspunkte oder bestimmte Tatsachen für den Verdacht einer Straftat

Neben der drohenden Gefahr für die freiheitliche demokratische Grundordnung wird durch die in dem Entwurf gewählte Regelungstechnik vor allem auf tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht einer Straftat aus dem Katalog des § 3 G10 auf. Andere Ermächtigungsgrundlagen für die Quellen-TKÜ knüpfen allerdings an bestimmte Tatsachen an, weshalb sich die Frage aufdrängt, ob die Anknüpfung an bestimmte Tatsachen auch in § 3 G10 verfassungsrechtlich erforderlich ist.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist dahingehend nicht eindeutig, es sprechen allerdings gute Gründe dafür, dass die Begriffe nicht als unterschiedliche Eingriffsschwellen aufgefasst dürfen. Teilweise nennt das Gericht beide Begriffe ohne diese voneinander zu differenzieren.

Vgl. nur BVerfGE 120, 274 (328).

An anderer Stelle stellt das Bundesverfassungsgericht zwar fest, dass die Eingriffsschwelle des G10, verglichen mit derjenigen, die etwa § 100a StPO für Überwachungen der Telekommunikation fordert, „relativ niedrig angesetzt ist“.

BVerfGE 100, 313 (393).

In dem Urteil zur Vorratsdatenspeicherung aus dem Jahr 2010 fordert das Bundesverfassungsgericht für die Verfassungsmäßigkeit eines Eingriffs in Art. 10 Abs. 1 GG durch die Gefahrenabwehrbehörden auf der einen und die Nachrichtendienste auf der anderen Seite aber das Vorliegen derselben

Voraussetzungen. Die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage müsse zumindest „tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr“ für die zu schützenden Rechtsgüter verlangen.

BVerfGE 125, 260 (330).

Daraus lässt sich schlussfolgern, dass es jedenfalls nicht verfassungswidrig ist, auf die gewählte Formulierung zurückzugreifen.

Vgl. dazu M. Ogorek, JZ 2019, 63 (67); M. Bäcker, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 232; a.A. B. Huber in: W. Schenke/K. Graulich/J. Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, § 3 G10, Rn. 5-12.

In jedem Fall muss aber berücksichtigt werden, dass auch an das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals „tatsächliche Anhaltspunkte“ strenge Anforderungen zu stellen sind. Erforderlich ist, dass nicht allein Vermutungen, sondern konkrete und in gewissem Umfang verdichtete Umstände als Tatsachenbasis für den Verdacht vorliegen.

BVerfGE 100, 313 (395).

Vage Anhaltspunkte oder bloße Vermutungen ohne greifbaren, auf den Einzelfall bezogenen Anlass reichen dagegen nicht aus.

BVerfGE 115, 320 (364).

Es bedarf daher gerade eines konkret umrissenen Ausgangspunktes im Tatsächlichen.

BVerfGE 113, 348 (386).

Dies wird in der ganz überwiegenden Anzahl der bisherigen Ermächtigungsgrundlagen dadurch zum Ausdruck gebracht, dass an „bestimmte Tatsachen“ und nicht an tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht einer Straftat angeknüpft wird.

z.B. § 51 BKAG, § 54 bwPolG, § 42 hmbgPolG. Vgl. dazu auch F. Rachor/K. Graulich in H. Lisken/E. Denninger, HB des PolR, 6. Aufl. 2018, Kap. E, Rn. 148.

Um die strengen Anforderungen deutlich zu machen und zur Rechtssicherheit und zu einer gewissen Konsistenz der Sicherheitsgesetze beizutragen, wäre es deshalb sinnvoll, auch in § 3 G10 an den Begriff der bestimmten Tatsachen anzuknüpfen.

## 2. Anpassung des Straftatenkatalogs

Durch die gewählte Form der Neuregelung wird auch die Festlegung der Schutzgüter pauschal übernommen. Insoweit entspricht der Strafenkatalog, der die neuartige Quellen-TKÜ legitimieren soll, nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Schon ohne die Einführung der neuartigen Quellen-TKÜ ist fraglich, ob der Straftatenkatalog den Anforderungen der Verfassung genügt. Dies ist insbesondere fraglich, weil der Katalog auch Straftaten erfasst, die im Mindestjahr nur mit einem Jahr bedroht sind (wie § 20 VereinsG).

Bei der um eine Online-Durchsuchung erweiterten Quellen-TKÜ ist darüber hinaus zu beachten, dass es sich um einen intensiven Grundrechtseingriff handelt, weil die heimliche Infiltration auch die längerfristige Überwachung und Nutzung des Systems ermöglicht.

BVerfGE 120, 274 (323-324).

Diese erhöhte Eingriffsintensität muss auch bei den Katalogstraftaten berücksichtigt werden. Dem kommt der Gesetzgeber nicht nach. Deshalb wird dringend empfohlen, den Straftatenkatalog jedenfalls für die der um eine Online-Durchsuchung erweiterte Quellen-TKÜ enger zu fassen und auf schwerwiegende Straftaten zu beschränken.

Ohnehin wäre es regelungstechnisch sinnvoller, nicht auf einen Straftatenkatalog zurückzugreifen, sondern die konkreten Rechtsgüter zu benennen, die geschützt werden sollen.

BVerfGE 125, 260 (329).

Dies gilt umso mehr, weil das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf den Eingriff in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG herausgestellt hat, dass tatsächliche



Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut vorliegen müssen.

BVerfGE 120, 274 (328-329)

### 3. Eingrenzung des Betroffenenkreises

Aufgrund der Eingriffsintensität und Heimlichkeit der Maßnahme hat das Bundesverfassungsgericht gefordert: „Der Zugriff auf informationstechnische Systeme und die Wohnraumüberwachung dürfen sich unmittelbar nur gegen diejenigen als Zielperson richten, die für die drohende oder dringende Gefahr verantwortlich sind.“

BVerfGE 141, 220 (273).

§ 3 Abs. 2 S. 2 G 10 erlaubt hingegen Abhörmaßnahmen auch gegen weitere Personen. Auch hier zeigt sich wieder, dass die um eine Online-Durchsuchung erweiterte Quellen-TKÜ in § 11 als bloße Verfahrensregelung falsch rubriziert. Sie bedarf jedenfalls einer eigenständigen und neuen materiellen Regelung, die den besonderen Anforderungen und der gesteigerten Intensität des Eingriffs entspricht.

### 4. Ausschluss des Rechtsschutzes

Nach § 13 G 10 ist der Rechtsschutz für Maßnahmen nach § 3 G 10 pauschal ausgeschlossen. Für Eingriffe in Art. 10 GG hat dies seine verfassungsrechtliche Basis in Art. 10 Abs. 2 GG. Die mit der nun Quellen-TKÜ des Entwurfs eingeführte beschränkte Online-Durchsuchung verbindet sich aber auch mit einem Eingriff in Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG. Für Eingriffe in dieses Grundrecht fehlt es an einer verfassungsrechtlichen Grundlage für eine Ausnahme von der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG.

### E. Transparenz und parlamentarische Kontrollmechanismen

Nachrichtendienste zeichnen sich vor allem dadurch aus, dass ihnen nachrichtendienstliche Mittel und die Befugnis zur heimlichen Überwachung des Telekommunikationsverkehrs zur Verfügung stehen. Diese Heimlichkeit führt zum einen dazu, dass die Eingriffsintensität steigt, zum anderen aber auch dazu, dass die Rechtsschutzmöglichkeiten zum einen rechtlich und zum anderen aber auch faktisch eingeschränkt sind.

Vgl. nur C. Gusy/VerwArch 106 (2015), 437 ff.

Diesen Schwierigkeiten wird mit Kontrollmechanismen entgegengewirkt. Dazu gehört auch die parlamentarische Kontrolle. Die Kontrolle ist aber nur effektiv, wenn die Kontrollinstanz auch Zugang zu den notwendigen Informationen hat. Dies ist beispielsweise dann nicht mehr der Fall, wenn die technische Umsetzung der einfach- und verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht mehr nachvollzogen werden kann.

Wie andere gesetzliche Grundlagen der um eine Onlinedurchsuchung erweiterte Quellen-TKÜ macht auch der Entwurf bislang nicht hinreichend deutlich, wie die Abgrenzung zwischen den Inhalten der Kommunikation und anderen Inhalten technisch und organisatorisch gewährleistet werden soll.

Dabei kann nicht unbedingt erwartet werden, dass das Gesetz bereits selbst entsprechende technische Spezifikationen enthält. Doch sollte das Gesetz Regelungen enthalten, die sicherstellen, dass gerade auch die parlamentarische Kontrolle möglich bleibt. So könnte etwa eine Regelung aufgenommen werden, die sicherstellt, dass von Dritten erworbene Hard- oder Software daraufhin überprüft werden kann, ob sie die einfach- und verfassungsrechtlichen Vorgaben gewährleistet.

#### F. Spannungsfeld von IT-Sicherheit und Verfassungsschutz

Quellen-TKÜ und der Online-Durchsuchung liegen im Spannungsfeld von IT-Sicherheit und Verfassungsschutz. Relevant ist hier vor allem, dass neben die klassische abwehrrechtliche Dimension des IT-Grundrechts auch eine Schutzpflichtdimension hinzutritt. Diese verpflichtet den Staat grundsätzlich dazu zur Sicherheit der IT-Infrastruktur beizutragen und sie vor Zugriffen und Manipulationen Dritter zu schützen. Auch wenn der Gestaltungsspielraum des Staates ist hier groß ist,

R.Poscher/P.Lassahn, in: G. Hornung/M. Schallbruch (Hrsg.), Handbuch IT-Sicherheitsrecht, 2021, § 7 Rn. 41-42.

ist es dennoch bedenklich, wenn er Anreize setzt, Sicherheitslücken aufrechtzuerhalten.

Ob der Nutzen der um eine Online-Durchsuchung erweiterten Quellen-TKÜ die mit ihr verbundenen Risiken überwiegt, ist zweifelhaft. Aktuelle Zahlen zeigen,

dass die Ermächtigungsgrundlagen für die Quellen-TKÜ und die Online-Durchsuchung nur selten genutzt werden. So hat etwa das BKA im Zeitraum vom 25. Mai 2018 bis 30. April 2019 keine Online-Durchsuchung durchgeführt.

BT-Drs. 19/15570, S. 4. Siehe z.B. auch Übersicht Telekommunikationsüberwachung für 2019 (Maßnahmen nach § 100a StPO) vom 12.02.2021.

Der Gesetzgeber sollte sich jedenfalls sehr gut überlegen, ob er Instrumente, die ganz wesentlich auch auf dem Verheimlichungen von Sicherheitslücken beruhen, Millionen von Informationssystemen aller Lebensbereiche gefährden und ein immenses Schadenpotential haben, weiter auszudehnt, ohne zuvor eine belastbare Kosten-Nutzen-Analyse vorgenommen zu haben, die nicht nur die tatsächliche Nutzung des Instruments, sondern auch seine Bedeutung für die Aufgabenerfüllung kritisch überprüft. Für Vorrats- oder gar symbolische Gesetzgebung eignen sich weder Quellen-TKÜ noch Onlinedurchsuchung.

## G. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Der Gesetzgeber muss eine klarere Regelung der neuartigen Quellen-TKÜ vornehmen, aus der hervorgeht, welche Informationen überhaupt erhoben werden dürfen, um eine genaue Abgrenzung zur Online-Durchsuchung zu ermöglichen.
2. Die um eine Online-Durchsuchung erweiterte Quellen-TKÜ sollte nicht als Verfahrensregelung in das G 10 eingeführt werden. Sie bedarf einer eigenständigen materiellen Regelung, die den besonderen verfassungsrechtlichen Anforderungen, die an sie gestellt sind, ausreichend Rechnung trägt.
3. Der Gesetzgeber sollte dafür Sorge tragen, dass jedenfalls eine effektive parlamentarische Kontrolle auch der technischen Umsetzung der einfach- und verfassungsrechtlichen Anforderungen ermöglicht wird.
4. Angesichts des Spannungsverhältnisses von Verfassungsschutz auf der einen und der verfassungsrechtlichen Pflicht zum Schutz der Integrität der Informationssysteme auf der anderen Seite sollten Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung nur auf der Grundlage einer empirisch belastbaren Kosten-Nutzen-Analyse weiter ausgebaut werden.