



Wortprotokoll der 109. Sitzung

Ausschuss für Inneres und Heimat

Berlin, den 2. November 2020, 15:00 Uhr
Konrad-Adenauer-Str. 1
10557 Berlin
Paul-Löbe-Haus, Raum E 600

Vorsitz: Andrea Lindholz, MdB

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Tagesordnungspunkt

Seite 6

- a) Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Entfristung von Vorschriften zur Terrorismusbekämpfung

BT-Drucksache 19/23706

Federführend:

Ausschuss für Inneres und Heimat

Mitberatend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Berichterstatter/in:

Abg. Michael Brand (Fulda) [CDU/CSU]

Abg. Uli Grötsch [SPD]

Abg. Dr. Christian Wirth [AfD]

Abg. Benjamin Strasser [FDP]

Abg. Ulla Jelpke [DIE LINKE.]

Abg. Dr. Konstantin von Notz [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



b) Unterrichtung durch die Bundesregierung

**Evaluationsbericht nach Artikel 5 des Gesetzes zur
Verlängerung der Befristung von Vorschriften nach
den Terrorismusbekämpfungsgesetzen**

BT-Drucksache 19/23350

Federführend:

Ausschuss für Inneres und Heimat

Mitberatend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Verteidigungsausschuss

Berichterstatter/in:

Abg. Michael Brand (Fulda) [CDU/CSU]
Abg. Uli Grötsch [SPD]
Abg. Dr. Christian Wirth [AfD]
Abg. Benjamin Strasser [FDP]
Abg. Ulla Jelpke [DIE LINKE.]
Abg. Dr. Konstantin von Notz [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



Inhaltsverzeichnis

	<u>Seite</u>
I. Teilnehmerliste	4
II. Sachverständigenliste	5
III. Wortprotokoll der Öffentlichen Anhörung	6
IV. Anlagen	
Anlage A	
<u>Stellungnahmen der Sachverständigen</u>	
Jürgen Peter, Vizepräsident beim Bundeskriminalamt, Wiesbaden	19(4)627 A 30
Prof. Dr. Matthias Bäcker, Johannes Gutenberg-Universität Mainz	19(4)627 B 34
Prof. Dr. Jan Ziekow, Direktor des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung, Speyer	19(4)627 C 51
Dr. Elke Steven, Geschäftsführerin Digitale Gesellschaft e.V., Berlin	19(4)627 D 59
Prof. Ulrich Kelber, Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Bonn	19(4)627 E 68
Dr. Nikolaos Gazeas, LL.M., GAZEAS NEPOMUCK Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB, Köln	19(4)627 F 79



Mitglieder des Ausschusses

	Ordentliche Mitglieder	Stellvertretende Mitglieder
CDU/CSU	Amthor, Philipp Lindholz, Andrea Throm, Alexander	
SPD	Grötsch, Uli	
AfD	Wirth, Dr. Christian	
FDP	Kuhle, Konstantin Strasser, Benjamin	
DIE LINKE.	Jelpke, Ulla	
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	Notz, Dr. Konstantin von	
fraktionslos		



Liste der Sachverständigen

Öffentliche Anhörung am Montag, 2. November 2020, 15.00 Uhr
„Entfristung Antiterrorgesetzes“

Prof. Dr. Matthias Bäcker

Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz

Universität Bonn

Dr. Nikolaos Gazeas, LL.M.

GAZEAS NEPOMUCK Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft mbB, Köln

Prof. Ulrich Kelber

Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Bonn

Jürgen Peter

Vizepräsident beim Bundeskriminalamt, Wiesbaden

Dr. Elke Steven

Geschäftsführerin Digitale Gesellschaft e.V., Berlin

Prof. Dr. Jan Ziekow

Direktor des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung, Speyer



Tagesordnungspunkt

a) Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Entfristung von Vorschriften zur Terrorismusbekämpfung

BT-Drucksache 19/23706

b) Unterrichtung durch die Bundesregierung

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

BT-Drucksache 19/23350

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Dann darf ich heute zur nächsten Anhörung des Tages, das ist unsere 109. Sitzung, ganz herzlich zum einen die Kolleginnen und Kollegen begrüßen. Zum anderen darf ich auch noch ganz herzlich die Damen und Herren Sachverständigen begrüßen. Herr Professor Bäcker, Herr Professor Gärditz, Herr Dr. Gazeas, Herr Professor Kelber und Herr Professor Ziekow müssten uns alle zugeschaltet sein. Und im Saal anwesend sind Herr Peter und Frau Dr. Steven. Wir haben heute wieder eine zweistündige Anhörung im Zeitfenster von 15:00 bis 17:00 Uhr. Es sind uns auch von fast allen Sachverständigen vorab Stellungnahmen zugeleitet worden. Dafür darf ich mich ausdrücklich bedanken. Wir werden die Anhörung wie üblich über die Seite des Bundestages übertragen. Von der Anhörung wird ein Protokoll angefertigt, das auch zum Schluss zusammen mit den Stellungnahmen der Gesamt-drucksache angehört. Der ein oder andere war schon mal als Sachverständiger im Ausschuss. Zum Verfahren darf ich Folgendes erläutern. Wir werden zunächst die Anhörung der Sachverständigen in der Weise durchführen, dass jeder Sachverständige ungefähr fünf Minuten ein Eingangsstatement abgibt. Danach kommt die Fragerunde der Kolleginnen und Kollegen, die wir dann erst sammeln und dann beantworten. Wie viele Frage-runden wir schaffen hängt davon ab, wie kurz oder lang die einzelnen Wortmeldungen dauern. Ich darf noch ganz herzlich die Bundesregierung mit Herrn Marschollek begrüßen. Schön, dass die Bundes-regierung auch vertreten ist. Wenn es jetzt keine Fragen mehr zum Prozedere gibt, dann würde ich in der alphabetischen Reihenfolge beginnen mit dem Eingangsstatement durch Herrn Professor

Bäcker, bitte.

SV **Prof. Dr. Matthias Bäcker** (Johannes Gutenberg-Universität Mainz): Herzlichen Dank. Ich hoffe, ich werde verstanden. Das ist eine ganz interessante Anhörung, weil sie einen Gesetzentwurf zum Gegenstand hat, der eigentlich nichts Neues bringt. Es geht nur darum, Ermächtigungen zu verlängern, die es schon seit geraumer Zeit gibt. Dementsprechend könnte man auf den ersten Blick sagen, naja, dann gibt es eben auch keine neuen Probleme. Mit Blick auf das Gesetz stimmt das, aber die Regelungen, die jetzt entfristet werden sollen, sind ja älteren Ursprungs und in der Zwischenzeit ist doch eine Menge passiert, wenn man sich insbesondere die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung anschaut, die gerade auch in jüngster Zeit zum Nachrichtendienstrecht eine Reihe von wichtigen Klärungen erbracht hat. Und deswegen meine ich, dass diese Anhörung eine Gelegenheit bietet, noch einmal eine verfassungsrechtliche Neuwürdigung erst einmal der Regelungen durchzuführen, die entfristet werden sollen, in einem zweiten Schritt aber auch darüber hinaus des Nachrichtendienst-rechts in seinem gegenwärtigen Zustand.

Wenn wir uns erstmal nur beschränken auf die Regelungen, die entfristet werden sollen, dann zeigen sich auf der Grundlage der jüngsten Rechtsprechung eine Reihe von deutlichen Mängeln. Ich will das nur beispielhaft veranschaulichen: Es gibt eine Vorschrift, die durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz geschaffen worden ist, § 19 Absatz 4 Bundesverfassungsschutzgesetz, die sich mit Datenübermittlungen durch die Nachrichtendienste an Privatpersonen befasst. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Vorschrift in seiner Entscheidung zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung bereits als unzureichend gekennzeichnet für den besonderen Fall der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung, aber verallgemeinerbar auch für andere ein-griffsintensive nachrichtendienstliche Mittel. Das ist also eine Vorschrift, die gewissermaßen schon für verfassungswidrig erkannt worden ist und deswegen einer dringenden Veränderung bedarf.

Es gibt eine Reihe von weiteren Vorschriften, über die das Bundesverfassungsgericht bisher zwar noch nicht ausdrücklich zu entscheiden hatte, bei denen aber aufgrund der Rechtsprechung klar ist, dass sie verfassungsrechtlich ziemlich sicher nicht zu halten sind. Ein Beispiel dafür bildet die weitere Regelung zu Datenübermittlungen in § 4 Absatz 4



des G 10-Gesetzes. Die ist für unser Gesetz hier wichtig, weil hinsichtlich der Übermittlung von Daten teilweise darauf verwiesen wird. Sie ermöglicht Datenübermittlungen zur Gefahrenabwehr und zur Strafverfolgung, aber unter viel zu niedrigen Voraussetzungen sowohl hinsichtlich des intendierten Rechtsgüterschutzes als auch hinsichtlich der tatsächlichen Eingriffsschwelle – sie wurde praktisch vom Bundesverfassungsgericht schon sturmreif geschossen. Dasselbe gilt für Regelungen im MAD-Gesetz und im BND-Gesetz, die jeweils den Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel durch Verweis auf das Bundesverfassungsschutzgesetz regeln, dabei aber noch Modifikationen vornehmen, die die Eingriffsschwelle noch erheblich ausweiten. Weitere Regelungen sind für unser Gesetz hier relevant, weil sie auch den Einsatz des sogenannten IMSI-Catchers mitbetreffen, der aber entweder ziemlich unverständlich oder jedenfalls vollkommen unzureichend reguliert wird. Man würde noch weitere Mängel finden. Ich habe auch in meiner Stellungnahme versucht, noch welche aufzuzeigen. Ich will es aber an der Stelle damit bewenden lassen, weil ich glaube, es hat ohnehin keinen Sinn, punktuell an den Mängeln gerade der Regelungen rumzuschustern, die durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz geschaffen worden sind, denn die bilden gewissermaßen nur die Spitze des Eisberges. Es ist ein Leichtes, gleichartige oder noch schwerwiegendere Mängel für zahlreiche andere Vorschriften des Nachrichtendienstrechts zu eruieren. Und ich habe versucht, in der Stellungnahme das mit Blick auf die beiden Themenkomplexe „Eingriffsvoraussetzungen“ und „Datenübermittlungen“ zu tun. Ich denke, das ganze Nachrichtendienstrecht bedarf dringend einer verfassungsrechtlich angeleiteten Reform, und ich finde es bedauerlich, dass das offensichtlich nie in Angriff genommen wird. Auch die weiteren Regelungsentwürfe, die im Moment in der Pipeline hängen zum Nachrichtendienstrecht, tun das nicht.

Ich sehe ein, dass das eine sehr große Aufgabe wäre, weil man im Wesentlichen das geltende Recht wegwerfen und neu machen müsste.

Deswegen würde ich als Letztes nur sagen: Der Punkt, der am extremsten und offensichtlichsten reformbedürftig ist und der auch vom Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zum BND-Gesetz

schon ganz klar als völlig unzulänglich gekennzeichnet wurde, das sind die Regelungen über Datenübermittlungen. Von denen ist praktisch keine verfassungskonform. Wenn Sie noch etwas Gutes tun wollen in der laufenden Legislaturperiode im bürgerrechtlichen Sinne, dann könnten Sie da vielleicht noch herangehen. Das wäre vielleicht gar nicht so viel Arbeit und würde die Welt ein Stück weit besser machen. Herzlichen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Professor Bäcker, vielen Dank erst einmal. Dann kommt als Nächstes Herr Professor Gärditz.

SV **Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz** (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Über was haben wir zu entscheiden? Es ist eigentlich ein ganz übersichtlicher, kleiner Gegenstand, nämlich ein Regelungskomplex, der erstmals im Jahr 2001 geschaffen worden ist, soll zum vierten Mal verlängert werden, und zwar in diesem Fall endgültig entfristet. Ich werde insgesamt dafür plädieren, dass der Gesetzentwurf so, wie er jetzt vorgelegt worden ist, auch verabschiedet wird. Es bestehen weder verfassungsrechtliche Bedenken noch inhaltliche Gründe, das nicht zu tun, ungeachtet eines allgemeinen Reformbedarfs im Nachrichtendienstrecht.

Das Terrorismusbekämpfungsgesetz ist im Jahr 2001 als damaliger § 8a in das Bundesverfassungsschutzgesetz hineingekommen als Maßnahme im Nachzug der Anschläge von 9/11. Die Regelung wurde 2007 ergänzt und hat ihre heutige Gestalt 2011 bekommen. Da wurde die Regelung entzerrt und auf die jetzigen §§ 8a bis 8c verteilt. Die letzte Evaluierung hat 2016 stattgefunden. Daraufhin wurde die Regelung nochmals verlängert und wir sitzen jetzt über der fünften Evaluierung. Es wird Zeit, dass man sich nach vier Evaluierungsvorgängen und auch einer hinreichenden Anwendungspraxis jetzt einmal entschließt, diese Regelung zu verstetigen. Der Bericht, den Herr Ziekow vorgelegt hat, spricht erneut dafür, auch die Regelungsstruktur und der Bedarf.

Was nicht Gegenstand dieser Regelung ist, ich sage es nur klarstellend, das ist der im Anschluss stehende § 8d Bundesverfassungsschutzgesetz, der betrifft die Bestandsdatenauskunft. Der muss natürlich nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom Mai entsprechend angepasst werden. Der wird aber nicht von diesem Gesetz erfasst, weil



der ist durch ein anderes TKG-Änderungsgesetz 2013 hineingekommen und ist nicht Gegenstand der Regelung, über die wir heute sprechen.

Der Regelungskomplex ist insgesamt sinnvoll angelegt. Er entspricht einem nachrichtendienstspezifischen Bedarf zur Aufgabenerfüllung, weil er es ermöglicht, wichtige, ich sage mal, vor allem für die Strukturaufklärung oder die Nachverfolgung der Terrorismusfinanzierung wichtiger Interaktionen aufzuklären, die in dem Aufgabenspektrum der Nachrichtendienste liegen. Die zurückhaltende Anwendung, es betraf ungefähr 70 Fälle pro Jahr, in denen auf § 8a zurückgegriffen worden ist, spricht dafür, dass die Tatbestände insgesamt offenbar jetzt jedenfalls nicht extensiv gefasst sind. Wenn man das vergleicht mit der Anwendung anderer heimlicher Ermittlungsmaßnahmen, etwa die über 10.000 Telefonüberwachungen im Jahr, ist das also eine sehr spezifische, offenbar sehr selektive Praxis – das kann man für diese Regelung anführen. Die Eingriffe, die damit verbunden sind, bewegen sich im unterschweligen Bereich, teilweise vielleicht im mittleren Bereich. Es handelt sich durchwegs nicht um schwerwiegende Grundrechtseingriffe. Gemessen an den Schutzgütern, die damit verteidigt werden sollen, lassen sich das diese im Rahmen der Verhältnismäßigkeit rechtfertigen. Die Bestimmtheit der Norm, die immer wieder kritisiert wurde, auch Matthias Bäcker hat das in seiner Stellungnahme kritisch aufgegriffen, meine ich, kann man durch eine sachgerechte Interpretation in den Griff bekommen.

Was man an dem Gesetz kritisieren könnte, ist kein Argument gegen die Verlängerung. Es spräche vielleicht eher für eine gesamte Neutarierung, nämlich teilweise sind die Eingriffsschwellen und die daran anknüpfenden Sicherungen, die in der Verfahrensregelung des § 8b geregelt worden sind, völlig übertrieben angesichts der vergleichsweise geringen Eingriffsschwelle. Es wird hier nicht auf Inhaltsdaten oder so etwas zurückgegriffen. Es sind im Wesentlichen, wenn man von den Kontoständen einmal absieht, Metadaten – eine relativ geringe Eingriffsintensität. Das also dann über Ministervorbehalt und ein gestuftes Genehmigungsverfahren abzusichern, steht im grellen Kontrast zu den Anforderungen von teilweise deutlich intensiveren Eingriffen im Sicherheitsrecht.

Wenn man sich jetzt hier das Gesamtregime anguckt, gibt es natürlich gute Gründe dafür, den

Komplex der drei Nachrichtendienste insgesamt einmal zu reformieren, auszutarieren, Maßnahmen in ein Gesamtgefüge einzufügen. Matthias Bäcker hat Unstimmigkeiten in seiner ausführlichen Stellungnahme aufgezeigt. Nur, ich glaube, dafür ist jetzt nicht die Zeit und das ist nicht der geeignete Ort in einer solchen Entfristungsregelung. Wir haben, Matthias Bäcker hat auch das gesagt, momentan noch weitere Nachrichtendienstreformen anhängig, eine Bundesverfassungsschutzgesetz-Reform, die riesige BND-Reform aufgrund des Bundesverfassungsgerichtsurteils, die erhebliche Kapazitäten bindet. Ich halte es schlicht für nicht praktikabel, in diesem Rahmen mit ruhiger Hand eine Gesamtreform des Nachrichtendienstrechts in Angriff zu nehmen. Vor dem Hintergrund plädiere ich also dafür, erstmal diese Regelung zu entfristen, das Projekt Nachrichtendienstrecht und insbesondere Übermittlungsregelung Eingriffsrecht anzugleichen, sachgerecht auszutarieren, aber nicht aufzugeben, sondern vielleicht realistischerweise für die nächste Legislaturperiode aufzubewahren. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Professor Gärditz, vielen herzlichen Dank. Dann Herr Dr. Gazeas.

SV Dr. Nikolaos Gazeas, LL.M. (GAZEAS NEPOMUCK Rechtsanwälte, Köln): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Das Gesetz ist, wie meine beiden Vorredner schon gesagt haben, ein etwas Ungeöhnliches für eine Anhörung, weil jetzt nichts Neues geschaffen werden soll, sondern „nur“ bestehende Regelungen verstetigt werden sollen. Bei der Entfristung als solche gibt es daher, so meine ich, keine verfassungsrechtlichen Probleme, auf die man stößt. Man muss allerdings gleich an dieser Stelle schon an eines erinnern, nämlich auf die Vorschriften schauen, die entfristet werden sollen. Dort, ich ziehe jetzt nur beispielhaft etwas heraus, gibt es durchaus Probleme, nämlich insbesondere beim § 19 Absatz 4 Bundesverfassungsschutzgesetz, Herr Professor Bäcker hat das eben schon erwähnt, und bei § 24 Absatz 2 BND-Gesetz, das ist die entsprechende Pendantvorschrift dazu. Diese Normen, die nun entfristet werden sollen, sind in ihrer gegenwärtigen Fassung verfassungswidrig. Das ist so nicht diskutabel oder umstritten, sondern ganz klar so ausgesprochen von dem Bundesverfassungsgericht in seinem BND-Urteil vom Mai dieses Jahres. Eine gesetzgeberische



Entscheidung also dahingehend, diese Vorschriften auch zu entfristen, würde letztlich zeitlich bedeuten, dass man das Verdikt aus Karlsruhe ignoriert. Das, meine Damen und Herren, sollten Sie nicht tun, sondern dort, wo essentieller Nachjustierungsbedarf besteht, meine ich, ist man gezwungen, dies jetzt schon zu tun. Die anderen Punkte, darauf komme ich gleich noch zu sprechen.

Da gibt es das Thema Evaluierung, was hier auch schon zur Sprache gekommen ist. Die Art und Weise der Evaluierung der Vorschriften erscheint in meinen Augen suboptimal. Suboptimal deshalb, weil es formal keine Evaluierung von Herrn Professor Ziekow und seinem Institut war, sondern eine solche der Bundesregierung, hier namentlich eine solche des BMI. Das kann man sehr klar auch aus dem Gutachtenauftrag ersehen. Ich habe es in meiner schriftlichen Stellungnahme auch nochmal kurz aufgeführt. Diese Art der Evaluierung durch die Exekutive selbst, nur mit beratender und unterstützender Hinzuziehung der Wissenschaft halte ich für suboptimal. Ich empfehle daher für künftige Evaluierungen eher das Modell einer Evaluierungskommission nach dem Vorbild der Regierungskommission, die wir 2013 einmal hatten – Professor Bäcker ist eines der Mitglieder dort gewesen – und eine paritätische Besetzung vor allem mit einem überwiegenden Anteil externer Sachverständiger, die vor allem unabhängig eine Evaluierung durchführen. Eine solche ist nämlich jenseits der hier zur Frage stehenden Vorschriften vor allem über das gesamte Nachrichtendienstrecht zwingend erforderlich.

Die beabsichtigte Entfristung, über die Sie heute sprechen, über die wir hier beraten, gibt Anlass für eine Bestandsaufnahme zum Stand des Nachrichtendienstrechts des Bundes insgesamt und seiner Reformbedürftigkeit. Hier ist festzustellen, dass wir eine ganz grundlegende und auch eine dringende Reformbedürftigkeit haben. Es ist, da pflichte ich Herrn Professor Gärditz bei, alles andere als ein leichtes Unterfangen. Und ob man das in dieser Legislaturperiode noch schaffen würde, würde ich auch mit einem Fragezeichen versetzen, aber ebenso wie mein Vorredner meine ich, dass Kapazitätsgründe innerhalb der Ministerien kein Grund dafür sein dürfen, verfassungswidrige Zustände weiter aufrechtzuerhalten. Auch hierzu habe ich in meiner schriftlichen Stellungnahme einige Überlegungen angestellt, etwa eine Reformkommission

unter weitaus intensiverer Beteiligung der Wissenschaft als das bisher der Fall ist. Sie haben, mich nehme ich ausdrücklich raus, hier einige Experten heute ja schon eingeladen, die in meinen Augen ideale Teilnehmer einer solchen Kommission sein dürften, um eben diesen in Teilen wirklich vorhandenen Trümmerhaufen im Nachrichtendienstrecht zu begradigen. Trümmerhaufen deshalb, weil das Nachrichtendienstgesetz des Bundes in vielen Stellen erhebliche, teils auch verfassungsrechtlich relevante Mängel aufweist. Es fehlt letztlich an einem roten Faden und einer sinnvollen Ordnungs-idee. Die Rechtsmaterie ist unübersichtlich, sie ist zersplittert, vor allem die Technik der Verweis-ketten, die verwendet wird, mit dem Bundesverfas-sungsschutzgesetz als Muttergesetz, als Stamm-gesetz, und dann die Verweisung aus dem BND-Gesetz und dem MAD-Gesetz führen normsystematisch in vielerlei Hinsicht zu kaum haltbaren Ergebnissen. Ich habe auch dazu einige Beispiele aufgeführt. All dies führt nicht nur zu Rechtsun-sicherheit und letztlich auch vor allem für den Anwender, die Angehörigen der Nachrichten-dienste, die mit diesen Vorschriften umgehen müssen jeden Tag, führt das zu einer Situation, die in meinen Augen unglücklich ist.

Darüber hinaus kommen aber vor allem eben die verfassungsrechtlichen Bedenken, hier insbeson-dere im Hinblick auf die Normenklarheit und das Übermaßverbot hinzu. Hierzu nur noch zwei Punkte. Vor allem die Übermittlungsvorschriften, die eben auch Herr Professor Bäcker angesprochen hat, halte ich für ganz, ganz problematisch und vor allem auch für dringend reformbedürftig. Sie sind nach der Entscheidung des Bundesverfassungs-gerichts vom Mai 2020 ganz klar verfassungswidrig und müssen reformiert werden, und zwar grund-legend reformiert werden. Da, meine Damen und Herren, müssen Sie ran und da meine ich, können Sie auch in dieser Legislaturperiode noch ran. Dasselbe sollte dann auch gelten für den § 23 Bundesverfassungsschutzgesetz, die Übermittlungs-verbote. Diese Vorschrift krankt von Beginn an. Und all dies in einer geordneten Arbeitsgruppe anzugehen, halte ich für absolut sinnvoll.

Ein letztes Wort, noch zehn Sekunden. Das alles wirft in meinen Augen auch die Frage der Notwen-digkeit einer Überwachungsgesamtrechnung auf, derer man sich als Gesetzgeber, so meine ich, auch



annehmen sollte. Auch da hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Vorratsdatenbeschluss schon 2010 angemahnt, dass eine solche erforderlich ist. Ich sehe nicht, dass in der gesetzgeberischen Praxis dieses Modell angewandt wird und diese Prüfungen stattfinden. Diese möchte ich an dieser Stelle auch noch einmal anmahnen. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank. Der Nächste ist dann Herr Professor Kelber.

SV **Prof. Ulrich Kelber** (BfDI, Bonn): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Meine Damen und Herren Abgeordneten, herzlichen Dank für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Vorab möchte ich betonen, dass ich Befristungen und damit einhergehende Evaluationspflichten befürworte und begrüße. Die Vorgehensweise zeigt da nämlich, dass sich der Gesetzgeber darüber im Klaren ist, dass er weitreichende Grundrechtseingriffe erlaubt, deren Geeignetheit und Erforderlichkeit er prognostisch nicht sicher bejahen konnte. Aus verschiedenen Gründen meine ich jedoch, dass dies nicht der richtige Zeitpunkt ist, um die in Rede stehenden Vorschriften zu entfristen. Außerdem glaube ich, dass die Faktenlage jedenfalls nicht in allen Punkten die Entfristung rechtfertigt. Wie komme ich zu der Auffassung? Es ist gerade bereits erwähnt worden: Das Bundesverfassungsgericht hat mehrere Entscheidungen zu dem Themenbereich in letzter Zeit getroffen, darunter in diesem Jahr zweimal mit entsprechenden Urteilen, die zeigen, dass das Nachrichtendienstrecht dringend reformbedürftig ist. Im Urteil zur Auslands-Auslands-Fernmeldeaufklärung hat er diverse Vorschriften des BND-Gesetzes für verfassungswidrig erklärt, aber auch Normen des Bundesverfassungsschutzgesetzes. Im Beschluss zur Bestandsdatenauskunft II ist ja nicht nur zu diesem spezifischen Punkt geurteilt worden, sondern die bisherige Rechtsprechung ist noch einmal verdeutlicht worden, dass Eingriffsbefugnisse differenzierte Eingriffsschwellen voraussetzen. Anstatt jetzt also über die Entfristung einzelner Normen zu diskutieren, sollte der Gesetzgeber zunächst diese gerichtlich vorgegebenen Aufgaben erledigen. Damit einhergehend ist eine grundlegende Novellierung erforderlich und diese Aufgaben betreffen an einigen Stellen nämlich auch korrekte Normen, die hier entfristet werden sollen, so zum Beispiel § 19 Absatz 4 Bundesverfassungsschutzgesetz sowie die komplementären

Normen im MAD-Gesetz und BND-Gesetz. Dazu auch gleich noch einmal mehr. Der Evaluationsbericht ist vom Juli 2018 mit einer Datenerhebung aus den Jahren 2016 und 2017 – die aktuelle Rechtsprechung ist darin natürlich nicht berücksichtigt. Sie wäre aber vermutlich auch nicht berücksichtigt worden, wenn die Urteile schon 2017 ergangen wären. Ich möchte damit in keiner Weise die Leistung des Instituts für Gesetzesfolgenabschätzung schmälern, aber es hatte einen anderen Auftragsgegenstand und der ist gerade angesprochen worden, ich darf ihn nochmal zitieren: „Ausweislich des erteilten Auftrags wird die Evaluation nicht durch den beauftragten wissenschaftlichen Sachverständigen, sondern durch die Bundesregierung durchgeführt. Ebenso wenig ist der Gutachter beauftragt worden, eine allgemeine verfassungsrechtliche Bewertung der zu evaluierenden Normen vorzunehmen oder zur Sicherheitsarchitektur im Übrigen oder eventuellen weiteren technischen Möglichkeiten Stellung zu nehmen.“ Mit der verfassungsrechtlichen Bewertung fehlt aus meiner Sicht aber ein ganz wesentlicher Aspekt einer unabhängigen Evaluierung. Unabhängig von den Fragen dieser Methodik habe ich konkret Zweifel, dass jetzt der richtige Zeitpunkt ist, um Normen wie den § 19 Bundesverfassungsschutzgesetz, § 11 MAD-Gesetz, § 9 BND-Gesetz, aber auch § 17 Absatz 3 oder § 18 Absatz 1a Bundesverfassungsschutzgesetz zu entfristen. Bei den Übermittlungsvorschriften halte ich eine Entfristung sogar für verfassungswidrig, weil diese seitens des Bundesverfassungsgerichtes für verfassungswidrig erklärt wurden. Bei den anderen Normen spricht meines Erachtens die Faktenlage gegen eine jetzige Entfristung. Außerdem nehme ich die Frage der Entfristung des § 12 Absatz 3 Bundesverfassungsschutzgesetz zum Anlass, Ihnen einen konkreten Verbesserungsvorschlag für die Rechtmäßigkeit des Vorhaltens großer Datenbestände, die eigentlich gelöscht gehören, zum Beispiel für Untersuchungsausschüsse zu machen, Einzelheiten dazu können Sie aus meiner schriftlichen Stellungnahme entnehmen. Herzlichen Dank soweit.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Kelber, vielen Dank. Jetzt kommt Herr Peter.



SV Jürgen Peter (Bundeskriminalamt, Wiesbaden): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Sehr geehrte Frau Vorsitzende, meine sehr verehrten Damen und Herren Abgeordnete, lassen Sie mich das Thema aus der praktischen Sicht beleuchten: Wir haben es gesehen in Dresden, in Nizza und Paris – die Bedrohung durch den Terrorismus ist aktueller denn je! Die terroristische Bedrohung von heute ist vielschichtiger und komplexer, in den Formen der Tatbegehung und der Wahl der Tatmittel oft genug viel einfacher und im Vorfeld schwieriger zu detektieren. Das Internet und die Sozialen Medien sind Resonanzraum, Raum der Ideologisierung, Radikalisierung, Anleitung, Anstiftung und Mobilisierung. Der Anspruch an die Sicherheitsbehörden in Bund und Ländern, an Polizei und Nachrichtendienste gleichermaßen, ist es, diese Gefahren und die relevanten Akteure zu analysieren, aufzuklären und im komplementären Zusammenwirken terroristische Anschläge zu verhindern. Dazu hat der Gesetzgeber die Befugnisse der Behörden immer wieder angepasst, um diese für ihre Aufgaben ausreichend zu befähigen.

Es geht nicht nur um den Kampf gegen den internationalen, religiös motivierten Terrorismus. Besorgniserregend sind auch die Erscheinungsformen nationaler Extremismen mit den sich daraus entwickelnden terroristischen Strukturen. Auf die Bedrohung durch den Rechtsterrorismus möchte ich ausdrücklich hinweisen.

Das BKA ist vom Ablauf der Frist des Terrorismusbekämpfungsgesetzes nicht unmittelbar betroffen. Wir (als BKA) haben nur eine Befugnisnorm, die in dem BKA-Gesetz von 2018 aufgegangen ist und somit unbefristet übernommen wurde. Ein Wegfall der befristeten Befugnisse für die Nachrichtendienste hätte allerdings mittelbar Auswirkungen auf die Aufgabenerledigung des Bundeskriminalamtes und der Polizeien der Länder – sowohl bei der Strafverfolgung als auch bei der Gefahrenabwehr. Die dauerhafte Zusammenarbeit mit den Nachrichtendiensten ist für die Aufgabenerledigung des BKA und der Polizeien wesentlich und erfolgskritisch bei der Bekämpfung der politisch motivierter Kriminalität einschließlich des Terrorismus. Sinnbildlich dafür steht das seit seiner Einrichtung im Jahr 2004 das Gemeinsame Terrorismusabwehrzentrum. Das GTAZ bietet unter Beachtung des Trennungsgebotes den Sicherheitsbehörden Raum zum Austausch von Informationen

sowie zur Koordination von Maßnahmen und weiterem Vorgehen. Beispielhaft nennen möchte ich die Arbeitsgruppe „Operativer Informationsaustausch“. Ziel ist es dort, frühzeitig Informationen nachrichtendienstlicher Erkenntnisse, Ermittlungsansätze zu identifizieren, die Information übereinander zu legen und gefahrenabwehrrechtliche oder strafprozessuale Maßnahmen zu ermöglichen. Die Übermittlung nachrichtendienstlich gewonnener Informationen macht in vielen Fällen polizeiliches Handeln überhaupt erst möglich. Neben den Informationen, die zur Einleitung von strafprozessualen Ermittlungsverfahren oder Gefahrenabwehrvorgängen führen, sind nachrichtendienstlich gewonnene Informationen für Personen- und Sachverhaltsabklärungen und -aufklärungen zum Zwecke der Erkenntnisgewinnung und -verdichtung unverzichtbar. Mit Hilfe der durch die Nachrichtendienste an das Bundeskriminalamt übermittelten Erkenntnisse konnten in der Vergangenheit nicht nur Ermittlungsverfahren und Gefahrenabwehrvorgängen eingeleitet werden, vielmehr fließen Erkenntnisse der Dienste auf Grund von Erkenntnisanfragen und/oder -mitteilungen regelmäßig in solche Verfahren ein. Gleiches gilt im Übrigen auch für das seit 2012 etablierte Gemeinsame Extremismus- und Terrorismusabwehrzentrum in Köln für die anderen Phänomenbereiche der politisch motivierten Kriminalität.

Ich kann Ihnen nicht genau spezifizieren, in wie vielen Fällen die mit den Befugnisnormen für die Dienste dann tatsächlich Erkenntnisgewinn für die Polizei beigetragen hat, denn die im Rahmen von Erkenntnismitteilungen und Behördenerklärungen der Dienste sachaktenfähig übermittelten Informationen weisen die zu Grunde liegenden Befugnisnormen nicht aus. Die mir zugänglichen Zahlen belegen allerdings, dass die Dienste von diesen Befugnissen maß- und verantwortungsvoll Gebrauch machen. Ich möchte Ihnen abschließend zwei Beispielfälle benennen, die aus meiner Sicht eindrucksvoll belegen, dass insbesondere Erkenntnisse, die durch Auskünfte von Telekommunikations- und Telemediendienstanbietern im Rahmen der Netzwerkaufklärung sowie durch Ausschreibung im Schengener Informationssystem zur Mitteilung eines Antreffens gewonnen wurden, von besonderer Bedeutung sind:

Erstens. Mitte Oktober dieses Jahres hat eine nachrichtendienstliche Ausschreibung im SIS II zur



Kontrolle eines deutschen Staatsangehörigen an einem Flughafen in Großbritannien geführt. Aufgrund der bestehenden Ausschreibung wurde die Person bei der Ausreise einer Durchsuchung unterzogen, die zum Auffinden von strafrechtlich relevanten Materialien geführt hat. Daraufhin erfolgte seine Festnahme. Die durch die britischen Behörden gewonnenen Erkenntnisse sowie Bezüge nach Nordrhein-Westfalen haben sowohl in Großbritannien als auch in Nordrhein-Westfalen unter Einbeziehung der AG Operativer Informationsaustausch im GTAZ zu Maßnahmen und zur Einleitung von Ermittlungsverfahren gegen den deutschen Staatsangehörigen geführt. Die Erkenntnisse, die zu dieser Person im Vorfeld vorgelegen haben, hätten allein nicht für eine polizeiliche Ausschreibung im SIS ausgereicht.

Zweites Beispiel, über eine Mitteilung des BfV, die Informationen zu Telekommunikations- sowie Telemediendaten eines tunesischen Staatsangehörigen beinhaltete, konnte durch ergänzende Auswertungen im BKA festgestellt werden, dass dieser spätestens seit Mitte Mai 2018 Gegenstände und Stoffe teilweise im Internet erworben hatte, die für die Herstellung eines Sprengsatzes mit Freisetzung des Toxins Rizin benötigt werden. Im Rahmen von Durchsuchungsmaßnahmen an seiner Wohnanschrift in Köln konnte eine große Menge an Rizinbohnen sowie bereits hergestelltes Rizin aufgefunden werden. Der tunesische Staatsangehörige beabsichtigte, in zeitlicher Nähe an einem unbekanntem Ort eine unter Verwendung der vorbezeichneten Gegenstände herzustellende USBV zu zünden, um eine große Anzahl von Menschen zu töten oder zu verletzen. Der Mann wurde zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Jahren, seine Ehefrau zu acht Jahren, verurteilt. Durch das Zusammenwirken von Nachrichtendiensten und Polizei konnte in diesem Fall erstmals biowaffenfähiges Material sichergestellt und ein Anschlag mittels Biowaffen in Deutschland verhindert werden.

Ich könnte Ihnen weitere Beispiele nennen, möchte aber hier enden und darf abschließend an dieser Stelle ausdrücklich darum werben, der Entfristung der im Raum stehenden Befugnisnormen zuzustimmen. Herzlichen Dank für die Aufmerksamkeit.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank. Dann Frau Dr. Steven, bitte.

SV Dr. Elke Steven (Digitale Gesellschaft, Berlin): Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete, vielen Dank für die Einladung, vielen Dank für die Möglichkeit, hier Stellung zu nehmen. Vieles ist von dem, was ich sage, in irgendeiner Form auch schon von meinen Vorrednern gesagt worden. Trotzdem werde ich hier nochmal kurz zusammenfassen einige Punkte, warum vor jeder weiteren Verabschiedung von Gesetzen im Sicherheitsrecht eine Überwachungsgesamtrechnung oder auch eine Freiheitsbestandsanalyse erfolgen muss und endlich die vorhandenen Gesetze und die beabsichtigten Gesetze in ihrer gesamten Wirkung auch analysiert werden müssen.

Es geht gerade in der Sicherheitspolitik immer mehr darum, große Datensammlungen anzulegen, Daten zu kombinieren und Daten, Datensammlungen und die Auswertung von Daten können in erheblichem Maße in Grundrechte eingreifen. Auch die Metadaten sind natürlich Daten, die eine Menge über eine Person aussagen können und letztlich werden mit diesen Datensammlungen Vorhersagen möglich, wird Generierung von Verdacht möglich. Die Grundlage dieser Auswertung großer Datensammlungen sind aber Algorithmen, die meistens gar nicht so offenliegen und durchaus eher auch zur Generierung von Vorbehalten gegen bestimmte Gruppen in der Gesellschaft führen können. Mit diesen Datensammlungen verbunden ist auch die Aushöhlung des Trennungsgebotes von Geheimdiensten und Polizei, weil immer mehr beide Seiten auf dieselben Daten zugreifen können und damit dieses Trennungsgebot, was vom Bundesverfassungsgericht immer wieder betont worden ist, dass es aufrechterhalten werden muss, letztlich eher in Gefahr ist.

Der Zeitdruck, unter dem die Entfristung der Gesetze heute steht, hat letztlich System, weil immer wieder großer Zeitdruck erzeugt worden ist und es ist immer wieder in den vorhergehenden Verlängerungen gewünscht worden, dass endlich einmal systematisch ausgewertet wird und die Ergebnisse eben auch politisch bewertet werden. Diese Zeit muss man sich jetzt endlich nehmen, weil jetzt auch wieder neue Gesetze anstehen, darauf werde ich gleich nochmal zurückkommen.

Es braucht eine unabhängige Evaluation und die vorliegende Evaluation ist eben keine unabhängige Evaluation, sondern sie nimmt die Perspektive der



Geheimdienste zur Perspektive des Gesamten. Es ist eine, die vom Bundesministerium des Innern und Heimat in Auftrag gegeben und geführt worden ist und die damit eigentlich auch nur, also das ist keine Kritik an der Evaluation, sondern es eine Kritik daran, wie sie eben erstellt werden musste, nämlich in dem man letztlich nur zählt und erhebt, wie oft auf welche Daten zugegriffen worden ist, was generiert worden ist, aber keine Gesamtwürdigung erstellen sollte und damit auch nicht konnte. Aber genau das müsste dringend gemacht werden.

Und so liegt es quasi in der Logik dieser Evaluation, dass sie eher dazu kommt, dass noch mehr Eingriffsbefugnisse möglich sein müssen, dass eine Absenkung von Voraussetzungen für die Grundrechtseingriffe möglich sein müsste, dass der Abbau der Kontrolle durch die G 10-Kommission gewünscht wäre, und dass Einschränkungen der Mitteilungspflicht gegenüber Betroffenen dann die Perspektiven werden.

Die Entfristung jetzt muss auch im Kontext all der Gesetze beurteilt werden, die aktuell wieder anstehen und die zu einer weiteren Verschiebung des Rechts führen. Freiheitsrechte werden immer weiter eingeschränkt, die Bürgerinnen und Bürger können Grundrechte kaum noch wahrnehmen, ohne damit rechnen zu müssen, darin überwacht zu werden und eben auch zentral vom Staat überwacht werden zu können. Aktuell stehen an: der Gesetzentwurf Verfassungsschutzrecht mit den Staatstrojanern für alle Geheimdienste, die Rasterfahndung bei der Kfz-Kennzeichenfahndung, die EU-Terrorverordnung mit Löschanordnungen eventuell ohne gerichtliche Überprüfung und mit Uploadfiltern. Und bis Ende 2021 sollen neue Verordnungen im SIS II-Verfahren eingefügt werden, die neue Möglichkeiten für eine erhebliche Zahl von Organisationen bieten werden, da Fahndungen einzustellen. Das alles steht auch gerade an, darüber wird berichtet und in diesem Kontext müssen dann eben auch solche Entfristungen berücksichtigt und gewertet werden.

Dann sei noch einmal hier daran erinnert, dass auch die Terrorismusbekämpfungsgesetzgebung insgesamt von einer Reihe von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts begleitet war, und dass dieses Gericht immer wieder festgestellt hat, dass Gesetze beziehungsweise Teile von Gesetzen nicht mit der Verfassung übereinstimmen. Daraufhin

sind zwar immer wieder Veränderungen vorgenommen worden, aber letztlich sind auch immer weiter ausgedehnt worden die Befugnisse und die Möglichkeiten, diese Daten auszuwerten. Dazu kommt, dass Terrorismus kein klar umrissener Begriff ist. Terrorismus ist ein vielschichtiges Phänomen, zu dem auch herrschende Staatspolitik beiträgt. Terrorismusbekämpfung verlagert die Mittel immer weiter ins Vorfeld. Dabei geht sie vom Verdacht aus, der die bestehenden Vorurteile und Zuschreibungen fortführt. Diese Art von Politik, die letztlich Vorurteile schürt und die Spaltung der Gesellschaft befördert, erreicht keine Sicherheit, sondern schürt eben die Vorbehalte gegen Religionen des Islam und alle Gläubigen, sie schürt eher das Misstrauen gegen Migranten und Migrantinnen und führt dazu, dass ausländisch aussehende Menschen unter Generalverdacht stehen. Eine solche Art von Politik führt letztlich zum Gegenteil von dem, was sie eigentlich will, nämlich eben sie schafft keine Sicherheit, sondern sie schafft neue Gräben und neue Spaltungen. Soweit lasse ich das. Danke schön.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank. Dann ist der Letzte in der Runde Herr Professor Ziekow.

SV **Prof. Dr. Jan Ziekow** (Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, Speyer): Frau Vorsitzende, meine sehr geehrten Damen und Herren Abgeordneten, ich bedanke mich für die Einladung und die Möglichkeit zur Stellungnahme. Für Einzelheiten verweise ich auf den ja jetzt als Drucksache vorliegenden Evaluationsbericht sowie auf die knappe Zusammenfassung in meiner schriftlichen Stellungnahme.

Das Deutsche Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung hat nun in zwei aufeinanderfolgenden Evaluationen die Gesetze zur Terrorismusbekämpfung über insgesamt fünf Jahre evaluiert und dafür eine große Menge Daten ausgewertet, und zwar auf der Grundlage einer hochstufigen Sicherheitsüberprüfung des gesamten Evaluationsteams. Das Institut führt laufend Evaluationen von Gesetzen durch, auch sehr viel von Informationsfreiheitsgesetz und Transparenzgesetzen, um zuvor einigen Einordnungen des Instituts entgegenzuwirken. Und so lange lief wirklich noch keine Evaluation – ich würde wirklich sagen, die Vorschriften der Terrorismusbekämpfungsgesetze sind jetzt wirklich ausevaluiert!



Zum Evaluationsrahmen kann ich keine Stellung nehmen. Das ist ja jetzt hier mehrfach behandelt worden, und zwar meiner Erinnerung nach mit dem ausdrücklichen Einvernehmen des Innenausschusses zu diesem Evaluationsauftrag. Es mag andere, insbesondere rechtliche oder politische Gründe geben, die sind ja hier auch vorgetragen worden, den Gegenstand der Evaluationsvorhaben zu ändern. Jedenfalls die Ergebnisse der Evaluation geben dazu keinen Anlass. Wir haben ja die Durchführungspraxis betrachtet und bewertet. Dabei war über die Jahre sicherlich eine Implementationskurve feststellbar. Das sehen wir bei vielen Regelungen, dass die Behörden sich erst einmal daran gewöhnen müssen. Nach unserem Eindruck haben sich aber handhabbare Routinen zur Anwendung entwickelt, und zwar auch im Zusammenspiel verschiedener Behörden, was im Sicherheitsbereich nach unseren Erfahrungen durchaus immer eine gewisse „Einrüttelungszeit“ braucht. Die Zahl der Einsatzfälle der von uns zu untersuchenden Instrumente der Nachrichtendienste ist insgesamt recht gering und ich halte das sehr wohl für aussagekräftig – jedenfalls über einen Evaluationszeitraum von fünf Jahren. Das liegt sicherlich nicht zum Wenigsten an den sehr hohen tatbestandlichen Hürden, die für den Rückgriff auf diese Instrumente errichtet worden sind. Wir vermuten, dass bei manchen Instrumenten diese Hürden auch dazu geführt haben, dass diese Instrumente, die das Gesetz zur Verfügung stellt, dann überhaupt nicht zum Einsatz kamen. Wir konnten aber auch nicht feststellen, dass die Nachrichtendienste versucht hätten, die tatbestandlichen Voraussetzungen extensiv erweitert auszulegen. Nach unserer Bewertung sind die Instrumente jeweils aufgrund der im Einzelfall gebotenen Prüfung und eben nicht als flächendeckende Überwachung eingesetzt worden. Dazu haben sicherlich auch die vorhandenen verfahrensrechtlichen Sicherungen beigetragen. Vielleicht noch als Anmerkung zu meiner Vorrednerin, dass die Evaluation die Absenkung von rechtlichen Hürden zur Folge haben soll: Daran kann ich mich nicht erinnern, das war nun gerade nicht Gegenstand des Evaluationsauftrags. Ich denke, man muss bei dem Evaluationsbericht schon zwischen den erhobenen Daten und der Bewertung durch den eigentlichen Evaluationsbericht trennen.

Zusammengefasst: Aus der von uns über einen sehr langen Zeitraum durchgeführten Evaluation der

nachrichtendienstlichen Anwendungspraxis lassen sich keine Gesichtspunkte ableiten, die gegen eine Entfristung der Vorschriften sprechen würden. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Dann kommen wir jetzt zur Frageunde und beginnen mit der Union, Herr Throm, bitte.

Abg. **Alexander Throm** (CDU/CSU): Frau Vorsitzende, meine sehr geehrten Damen und Herren, guten Tag. Zunächst einmal meinerseits herzlichen Dank für die Stellungnahmen. Ich bedanke mich zunächst einmal bei Herrn Peter für das BKA, dass er so in nachdrücklicher Art und Weise dargestellt hat, wie essentiell wichtig auch für unsere Sicherheitslage die Anwendbarkeit der hier nun in Rede stehenden Vorschriften ist. Ich will das ausdrücklich so vorausschicken und im Hinblick auf diese Aussage dann auch Fragen an Herrn Professor Ziekow und Herrn Professor Gärditz stellen, jeweils eine Frage, eine gleichlautenden Frage an beide Sachverständigen.

Uns liegt eine Stellungnahme, wir haben es ja heute gehört, des BfDI vor, die dann im Ergebnis festhält, dass mehrere Vorschriften, die jetzt zur Entfristung anstehen, etwa § 19 Absatz 4 Bundesverfassungsschutzgesetz oder aber insbesondere § 24 des BND-Gesetzes, jetzt vom Bundesverfassungsgericht als verfassungswidrig eingestuft wurden. Gleichzeitig aber das Bedürfnis auch vom Verfassungsgericht festgestellt wurde, dass die Anwendbarkeit dieser Normen aus Sicherheitsgründen weiterhin gewährleistet sein müssen, deswegen die Anwendbarkeit bis Ende 2021 auch konstatiert wurde. Jetzt gipfelt die Stellungnahme des BfDI darin, dass eine Entfristung dieser verfassungswidrigen Regelung des § 24 BND-Gesetz, was jetzt Inhalt dieses Gesetzesvorhabens ist, ein Verfassungsverstoß wäre. Und deswegen meine Frage, wie gesagt, an die Professoren Ziekow und Gärditz, ob Sie diese verfassungsrechtlichen Bedenken rein begrenzt auf das Entfristungsgesetz ebenso teilen oder ob nicht gerade die Aussage des Bundesverfassungsgerichtes, dass sie bis Ende 2021 anwendbar bleiben sollen, für eine solche gesetzliche Regelung spricht? Herzlichen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Throm, vielen Dank. Dabei ist mir aufgefallen, dass ich vorhin nichts zur Fragestellung gesagt habe. Da



bleiben wir beim üblichen Modus, den jetzt jeder kennt und den ich jetzt nicht wiederhole. Herr Dr. Wirth.

BE Abg. **Dr. Christian Wirth** (AfD): Vielen Dank, Frau Vorsitzende, vielen Dank an die Sachverständigen. Meine beiden Fragen richte ich an Professor Bäcker. Und zwar schließe ich mich an, die Frage, Sie sprachen davon, dass das Bundesverfassungsgericht die Normen „sturmreif geschossen“ hat, also auch die Frage, inwieweit die weitere Anwendung dieser Normen verfassungsgemäß ist.

Die zweite Frage hat sich aufgedrängt aus der Praxis. Herr Schindler, der ehemalige Präsident des Bundesnachrichtendienstes, hat gesagt, mit dieser Entscheidung aus Mai 2020 wäre das Grundgesetz zu einem Weltgrundgesetz ausgeweitet worden über jeden Bedarf hinaus, sodass sich jeder Taliban, jeder IS- oder Al-Qaida-Kämpfer darauf berufen kann, wenn er telekommunikationstechnisch oder ähnlich unterwegs ist. Teilen Sie diese Auffassung? Wo kann man hier eingreifen? Wobei wir uns wahrscheinlich alle einig sind, dass diese nachrichtendienstliche Gesetzgebung dringend reformiert sein muss. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Dann Herr Grötsch, bitte.

BE Abg. **Uli Grötsch** (SPD): Vielen Dank, Frau Vorsitzende und herzlichen Dank an die Dame und die Herren Sachverständigen für ihre Ausführungen. Ich glaube, dass in diesem Gesetzgebungsverfahren einige Dinge ganz wichtig sind, die man auch hier im Zuge der Anhörung mitbedenken muss. Ich möchte zum einen sagen, dass ich glaube, dass es wichtig ist, dass man nicht vergessen darf, was dieses Gesetz jetzt leisten soll. Es geht nicht drum, die Frage zu diskutieren und zu beantworten, ob die deutsche Antiterrorgesetzgebung, so wie sie jetzt aufgestellt ist, in die Zukunft gehen soll oder was auch immer, es geht nicht um grundlegende Fragen, sondern es geht um die Frage, ob Regelungen, die wir in Deutschland teilweise seit 20 Jahren eingeführt haben und immer wieder verlängert haben, ob die sich bewährt haben, ob die auch in Zukunft fortdauernd gelten sollen oder ob das wohlmöglich nicht der Fall sein soll. Ich verwehre mich dem nicht, dass man diese Frage aber einmal stellt, dass man grundsätzlich die Debatte führt über das, was wir im Bereich Antiterrorgesetzgebung in den letzten

Jahren und wohlmöglich Jahrzehnten gemacht haben. Ich glaube aber nicht, dass dieses Gesetzgebungsverfahren jetzt der richtige Zeitpunkt dafür ist, sondern so etwas müsste eine Koalition ganz am Anfang ihrer Zeit vereinbaren, dass man all das, was man gemacht hat, auf den Prüfstand stellt und wohlmöglich auch verfassungsrechtlich bewertet.

Ich möchte auch noch sagen, dass es nicht heißt, wenn man diese Regelungen jetzt entfristet, dass man sie nicht mehr verändern kann, sondern auch ein Gesetz, das entfristet ist, kann man ja noch immer dann, wenn man es für notwendig hält und es im Bundestag eine Mehrheit dafür gibt, wieder verändern. Und es war mit Sicherheit richtig, dass man die Regularien, die in diesem Gesetzgebungsverfahren in Rede stehen, damals befristet hat. Aber ich halte es nicht für erforderlich, die Regeln weiterhin zu befristen, Herr Peter, und ich würde Sie als jemanden, der aus der Praxis kommt und seit vielen Jahren mit diesen Regeln, mit den Regularien umgehen muss, gerne fragen: Was würden Sie denn sagen, wo würden wir denn stehen in der deutschen Antiterrorbekämpfung, wenn wir diese Regelungen nicht mehr hätten? Das ist meine erste Frage.

Meine zweite Frage ist: Aus Sicht des Bundeskriminalamtes halten Sie es für denkbar, dass wir in Deutschland einen Zustand erreichen im Umgang mit Terrorismus, egal in welcher Ausprägungsform, in dem man sagen könnte, nun aber ist ein Punkt erreicht, an dem man all das, was hier in Rede steht, nicht mehr braucht?

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Grötsch, vielen Dank. Dann kommen wir zu Herrn Strasser.

BE Abg. **Benjamin Strasser** (FDP): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Meine erste Frage geht an Herrn Professor Dr. Bäcker. Das Thema Evaluation ist ja schon aufgekommen. Wir haben auch in unserer Plenardebatte das Argument zur Kenntnis genommen, man hätte ja schon dreimal evaluiert und jetzt wird es dann auch einmal reichen mit Evaluieren. Ihr Sachverständigenkollege, Herr Gazeas, kommt zur Einschätzung, dass die letzte Evaluation recht stark auf Effizienzkriterien und Belange der Sicherheitsbehörden zugeschnitten sei. Ich hatte den Eindruck beim Lesen, es ist eher ein Wunschzettel für die Nachrichtendienste, denn einer wirklich kritischen Evaluation mit den zur Verfügung stehenden Normen und auch was Kontrolle angeht,



sehr unter Bürokratieabbaugesichtspunkten, denn unter Effizienz einer Kontrolle gesehen wird. Deswegen würde mich interessieren, ob aus Ihrer fachlichen Sicht diese Evaluationen dem Ziel genügen oder was stattdessen getan werden müsste, um eine entsprechende Evaluation zu bekommen, die den Namen verdient?

Und die zweite Frage geht an Herrn Dr. Gazeas. Sie hatten auch jetzt in Ihrer Stellungnahme ange-mahnt, dass man zu einer grundsätzlichen auch Neuordnung der Regularien der Nachrichtendienst-gesetze kommen muss. Mich würde interessieren: Der Auftrag einer sogenannten „Überwachungs-gesamtrechnung“, den das Verfassungsgericht uns gegeben hat – also nicht nur zu schauen, wie ist die Intensität des jeweiligen Angriffs, sondern wie sind die Masse auch an Überwachungsbefugnissen – inwiefern ordnet sich der in Ihren Vorschlag ein, die Nachrichtendienstgesetzgebung komplett neu zu justieren? Also brauchen wir erst die Über-wachungsgesamtrechnung, bevor wir gesetzgebe-risch hier tätig werden oder läuft das parallel? Vielleicht können Sie dazu noch ein bisschen was ausführen. Danke schön.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Frau Jelpke, bitte.

BE Abg. **Ulla Jelpke** (DIE LINKE.): Meine erste Frage geht an Frau Steven. Sie haben ja den Vorschlag gemacht, eine Überwachungsgesamt-rechnung einzuführen. Und zwar sollen die Befugnisse für Polizei und Nachrichtendienste nicht isoliert betrachtet werden, sondern eben im Kontext aller Befugnisse, zum Beispiel anlasslose Massendatenspeicherung und Ähnlichem. Nun kann man ja Grundrechte nicht in Punkte aufrechen und deswegen habe ich die Frage an Sie: Wie könnte Ihrer Ansicht nach eine Überwachungs-gesamtrechnung aussehen? Welche Faktoren müssten da einfließen?

Und meine zweite Frage geht an Herrn Kelber. Sie haben ja schon in Ihrem Eingangsstatement auch nochmal über die Evaluierung gesprochen. Ich bin ja wohl eines der ältesten Mitglieder im Innenausschuss. Ich kann mich nicht an ein Einvernehmen erinnern, was wir jemals hatten, was die Evaluierung der Antiterrorgesetze oder der sogenannten Otto-Gesetze angeht, weil wir immer kritisiert haben, dass eine Evaluierung wirklich unabhängig stattfinden muss und nicht von der Behörde, wie

Sie das ja kritisieren, de facto selbst gemacht wird. Deswegen meine Frage an Sie: Wie soll diese unab-hängige Evaluierung, für die Sie ja auch eintreten, aussehen? Wie sollte eine Kommission oder wie auch immer zusammengesetzt sein, die zum Beispiel auch die verfassungswidrigen Regelungen eruiert, die Sie ja auch angesprochen haben. Das kann oder muss dann auch der Inhalt einer Evaluierung sein. Danke.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr von Notz, bitte.

BE Abg. **Dr. Konstantin von Notz** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Frau Vorsitzende, vielen Dank. Erst einmal vielen Dank für die interessanten Stellungnahmen der Sachverständigen. Es sei anekdotisch angemerkt, dass es sich hier ja um ein rot-grünes Gesetz handelt, was hier in höchsten Tönen von der Union gelobt wird. Das ist schon bemerkenswert an sich. Und zur historischen Wahrheit gehört auch dazu, dass die Grünen sowohl die Evaluierung als auch die Befristung dieser Gesetze mit reinverhandelt haben. Diese nonchalante Aufhebung dieser Befristung in einer 30-minütigen Debatte, das war Ihnen das wert letzte Sitzungs-woche, kann einen auch nur für die Zukunft lernen – es sollen ja zukünftig auch noch Koalitionsver-handlungen geführt werden. Und man kann viel lernen, was das wert ist, wenn keine Evaluierung stattfindet und man das dann so entfristet. Aber ich habe tatsächlich auch zwei Fragen an Herrn Gazeas. Die erste Frage ist tatsächlich, wie denn eine unabhängige Evaluierung aussehen müsste, also wie holt man da ausreichend Sachverstand ein? Es wird jetzt immer von vier Evaluierungen geredet, aber vielleicht können Sie dazu nochmal konkret etwas sagen.

Und das Zweite ist: Was halten Sie von meiner folgenden These? Aufgrund der Überwachungsgesamtrechnung des Bundesverfassungsgerichts stellt sich hier die Große Koalition aufs Härteste selbst ein Bein, weil man eben ungeprüft diese offenkundig teilweise verfassungswidrigen Rege-lungen entfristet und damit für solch sowieso schon hochproblematische Projekte, wie den Bundestrojaner, einfach die Tür sehr eng macht. Und was ein Bundesverfassungsgericht, was sich den Trojaner auf jeden Fall angucken wird, auch vor dem Hintergrund dieser Entfristung, die hier stattfinden soll, eigentlich im Sinne der Über-wachungsgesamtrechnung nur zu dem Schluss



kommen kann, dass hier immer nur draufgesattelt und nie irgendwie angepasst, ausgelevelt, überprüft wird – das, was man macht, wenn man verhältnismäßig mit seinem Grundgesetz umgeht.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Ich würde selbst gern auch noch zwei Fragen anschließen. Eine Frage an Herrn Professor Ziekow. Die Befristung würde ja eigentlich am 9. Januar nächsten Jahres auslaufen. Ich glaube, klar ist auch, dass insgesamt Änderungsbedarf für die Zukunft in größerem Umfang besteht. Wenn man jetzt einmal ganz plakativ fragt, wenn wir das jetzt hier entfristen, weil das einfach am einfachsten und am schnellsten geht und wir keine Befugnisse wegnehmen wollen, bevor eine große Neuordnung erfolgen kann, ist jetzt irgendwas aus Ihrer Sicht aus dem Ruder gelaufen, dass es nicht zu verantworten wäre, das Ganze zu entfristen?

Und die zweite Frage geht an Herrn Professor Gärditz: Angenommen, wir würden hier die Entfristung nicht vornehmen und die Befristung lassen und mit der großen Überarbeitung unserer Antiterrorgesetze sozusagen abwarten, welche Risiken würden denn dann gerade auch für die Praxis aus Ihrer Sicht bestehen?

Dann kommen wir zur Antwortrunde und beginnen hier mit Herrn Professor Bäcker.

SV **Prof. Dr. Matthias Bäcker** (Johannes Gutenberg-Universität Mainz): Herzlichen Dank. Mir sind drei Fragen gestellt worden, zwei von Herrn Wirth, eine von Herrn Strasser. Herr Wirth hat nachgefragt, weil ich gesagt habe, die Regelungen gerade über die Übermittlungen seien eigentlich alle verfassungswidrig. Sei es denn jetzt vertretbar, die weiter anzuwenden? Das ist letztlich eine Frage nach Normverwerfungskompetenzen: Wer hat darüber zu befinden, dass eine Vorschrift verfassungswidrig ist und was für Verfahren existieren, um die Verfassungswidrigkeit einer Vorschrift feststellen zu lassen? Da muss ganz klar sagen: Exekutivbehörden, wie die Nachrichtendienste, haben gar keine andere Wahl, als die Vorschriften weiter anzuwenden, weil sie weder die Vorschriften einfach außer Acht lassen können – es gibt ein Normverwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts – noch können sie die Vorschriften selber vor das Bundesverfassungsgericht bringen im Wege eines Normenkontrollverfahrens. Gerichte könnten das, wenn also jemand gegen eine Überwachungsmaßnahme

oder eine Datenübermittlung klagen würde, was nicht so furchtbar häufig vorkommt, dann könnte ein Gericht nach Art. 100 Grundgesetz dem Bundesverfassungsgericht die dem zugrundeliegenden Vorschriften vorlegen, wenn es darauf ankommt und dann deren Verfassungsmäßigkeit kontrollieren lassen. Im Sonderfall der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung hat das Bundesverfassungsgericht ja selber schon eine Weitergeltung der Vorschriften angeordnet.

Zweite Frage war die nach dem „Weltgrundgesetz“, ob sich jetzt jeder Taliban auf das Grundgesetz berufen kann. Ich will nur kurz sagen, das hat jetzt mit diesem Gesetz nicht so viel zu tun, denn hier geht es um Aufklärungsmaßnahmen, die das Inland betreffen. Also es geht hier nicht um die reine Auslandsaufklärung, wie sie Gegenstand des BND-Gesetzes war. Trotzdem, ja, im Prinzip ja, also Grundrechte, das hat das Bundesverfassungsgericht im BNDG-Urteil festgestellt, gelten auch für Ausländer im Ausland. Das heißt nun auch noch nicht so furchtbar viel. Das heißt erstmal nur, dass, wenn eine deutsche staatliche Stelle die Telekommunikation eines Ausländers im Ausland abhört, dass das ein Grundrechtseingriff ist. Grundrechtseingriffe können aber in weitem Umfang gerechtfertigt werden. Dafür gibt es bestimmte Anforderungen, die wir gegenüber Talibankämpfern im Ausland im Zweifelsfall relativ gut bewältigt bekommen. Ich sehe da auch nicht so den riesigen Unterschied offen gestanden, wenn ich mir diese Anmerkung noch erlauben darf zu dem Einwand von Herrn Schindler, den ich auch gelesen habe, ich sehe nicht den riesigen Unterschied dazu, wie wir mit Grundrechtseingriffen im Inland ausgehen. Der Taschendiebstahl oder der Mord fallen auch erstmal unter die allgemeine Handlungsfreiheit und können gesetzlich beschränkt werden, was ja auch geschieht.

Herr Strasser hat mich gefragt nach der Evaluation. Das ist eine Frage, die ja verschiedenen Sachverständigen von verschiedenen Personen gestellt wurde und die ist natürlich sehr böse, weil ich keine gute Antwort darauf habe. Wie sollte man ein solches Gesetz evaluieren? Was ist da zielführend? Wie kann man das auch gesetzlich anleiten? Wenn ich das richtig im Kopf habe, dann war das erste Terrorismusbekämpfungsgesetz von 2001/2002 das erste Gesetz überhaupt, das eine solche Evaluationsregelung enthalten hat und insofern Neuland



betreten hat in sehr begrüßenswerter Weise. Und dass dann weitere Evaluationen durchgeführt worden sind, finde ich auch begrüßenswert. Ich habe auch überhaupt nicht die geringsten Einwendungen gegen das methodische und sonstige Vorgehen der Evaluationen, die gemacht worden sind, die letzten beiden vom Forschungsinstitut von Herrn Ziekow. Also von daher finde ich erst einmal, sowohl was im Gesetz steht als auch das, was dann auf dieser Grundlage gemacht worden ist, durchaus eine Erfolgsstory und etwas, woran man anknüpfen kann. Das heißt jetzt nicht zwangsläufig, dass jedes Mal, wenn wieder evaluiert wird, dass das genau so geschehen muss. Man kann sich fragen, ob nicht die normativen Grundlagen der Evaluation nachverdichtet werden sollen, ob es nicht sinnvoll wäre, hier klarere Maßgaben für Ziele, Methoden, Träger, Gegenstände, Kriterien und Verfahren der Evaluation festzulegen. Das kann man sicherlich nicht alles ins Gesetz schreiben, aber man könnte sich vorstellen, dass gesetzeskonkretisierendes Recht das weiter ausbreitet und dass man auf diese Weise zu einem Evaluationsrahmen kommt, der sehr stabil ist und auf dessen Grundlage man vielleicht auch größere Evaluationen anstellen könnte. Da würde ich dann Herrn Grötsch völlig zustimmen im Rahmen dieser Anhörung. Natürlich geht es hier nur um dieses Gesetz. Wenn ich mir die Freiheit genommen habe, noch über anderes zu reden, dann deswegen, weil ich persönlich gegen dieses Gesetz für sich genommen keine großartigen Bedenken habe. Mein Problem ist eines mit dem Nachrichtendienstrecht generell. Wenn ich schon einmal die freundliche Einladung bekomme, hier Stellung zu nehmen, und wenn die Stellungnahme nicht vollgepackt ist mit dem, was an neuen Regelungen geschaffen wird, dann nehme ich diese Einladung gerne an und ich freue mich herzlich darauf, sollten Sie in der nächsten Legislaturperiode wieder die Bundesregierung mittragen, vielleicht kommen Sie ja darauf zurück, da wäre ich außerordentlich glücklich. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Professor Bäcker. Dann Herr Professor Gärditz, bitte.

SV **Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz** (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn): Vielen Dank. Die Frage war, ob Bedenken bestehen, wenn jetzt hier Vorschriften entfristet werden, die nach

der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für verfassungswidrig gehalten werden. Ich denke, nein, das ist möglich. Das Bundesverfassungsgericht, Sie haben es ja gesagt, hat eine Übergangsregelung bis Ende 2021 gelassen, gerade auch um eine, ich sage mal, sachgerecht austarierte Gesamtreform zu ermöglichen. Diese Übergangsfristen, die das Gericht lässt, sind ein technisches Problem des Verfassungsprozessrechts mit dem Rechtsfolgenausspruch, um eben die Konsequenzen einer sofortigen verfassungswidrigen Erklärung mit Nichtigkeit zu vermeiden. Diese Übergangsregelung bezieht natürlich auch den normativen Kontext mit ein, sprich in diesem Zusammenhang den Umstand, dass es sich teilweise um befristet geltende Regelungen handelt, die unter einem Entfristungs- oder Verlängerungsvorbehalt stehen. Das heißt, mit dieser Entfristung jetzt kann man auch verfassungskonform diese Übergangsregelung des Bundesverfassungsgerichts bis Ende 2021 nutzen. Man darf natürlich den Regelungskomplex nicht aus dem Blick verlieren. Nur manches von dem, was vor allem etwa die Datenübermittlungsfragen angeht, wird ohnehin in absehbarer Zeit Gegenstand der parlamentarischen Aussprache hier sein, wenn des BND-Gesetz als Reaktion auf das Urteil vom 20. Mai wieder im Deutschen Bundestag, und wenn ich richtig informiert bin, wohl auch wieder im Innenausschuss landet. In diesem Rahmen könnte man möglicherweise dann schon einige Probleme, die Herr Kelber angesprochen hat, mitbeseitigen. Ein Verfassungsverstoß liegt aber nicht darin, dass man diese Übergangsordnung jetzt in Anspruch nimmt. Das ist eine technische Frage des Verfassungsprozessrechts. Wir sind nicht bei der erstmöglichen Gelegenheit zu einer Änderung verpflichtet, einen Verstoß zu beseitigen, wenn das Gericht, mal vorausgesetzt das geht so, das Gericht macht das aber seit vielen Jahrzehnten, so eine Übergangsfrist einräumt. Vielen Dank.

Entschuldigung, ich habe noch eine Frage bekommen: Welche Konsequenzen das für die Praxis bedeutet, wie es sich auswirkt, man das jetzt auslaufen lässt? Das würde ich für eigentlich die schlechteste Lösung halten, die Regelung tatsächlich jetzt auslaufen zu lassen, nicht einmal noch vorübergehend zu befristen. Das würde natürlich bedeuten, dass unabsehbare Zeit im Jahr der Bundestagswahl dann alle drei Nachrichtendienste hinsichtlich genau dieser Zugriffe in ein Kogni-



tionsloch hineinfallen und keine Aufklärungsmöglichkeiten mehr haben. Das kann nicht ernsthaft gemeint sein, wenn man grundsätzlich an diesen Instrumenten festhält, die für die Praxis eine nicht geringe Bedeutung haben. Bitte bedenken Sie auch, dass diese Regelungen zugeschnitten sind auf die Aufklärung von Vernetzungen von Strukturen, von Finanzierungspfaden, Reisewegen, also typischerweise das, was im Zusammenhang mit Terroranschlägen und -planungen auftritt, dass dann für unabsehbare Zeit möglicherweise auch, wenn vor der Bundestagswahl nichts mehr passiert, dann bis in das Jahr 2021 den Nachrichtendiensten zu nehmen, würde ich für unverantwortlich halten. Danke schön, das war es.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank auch nochmal. Dann kommen wir als Nächstes zu Herrn Dr. Gazeas.

SV Dr. Nikolaos Gazeas, LL.M. (GAZEAS NEPOMUCK Rechtsanwälte, Köln): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Ich hatte drei Fragen. Einmal Herr Strasser, der die Frage an mich adressiert hat nach der Überwachungsgesamtrechnung und Reform der Nachrichtendienstgesetze. Dazu vielleicht zunächst erst einmal einige Überlegungen: Es ist mit der Überwachungsgesamtrechnung ja so, das ist an sich ein Auftrag an den Gesetzgeber, wenn Sie so wollen, diesen gedanklichen Prüfungsschritt bei der Schaffung neuer Eingriffsbefugnisse, neuer Sicherheitsgesetze vorzunehmen und die Abwägung und Überlegung, ob ein Gesetz geeignet, erforderlich und angemessen ist, eben nicht isoliert hinsichtlich der konkret beabsichtigten neuen Maßnahme vorzunehmen, sondern eben die existenten, die bereits bestehenden Überwachungsbefugnisse insgesamt, zu berücksichtigen. Ein wesentlicher Mangel ist es in meinen Augen, dass das nicht passiert. Ich möchte aber gleich hinzugeben, ich hatte die Gerichtsentscheidungen, die in meinen Augen ganz klar eine solche Überwachungsgesamtrechnung verlangen, schon erwähnt, ich hatte sie auch in meiner schriftlichen Stellungnahme kurz erwähnt: Das ist einmal der Vorratsdatenbeschluss aus dem Jahr 2010 und auch das Urteil zum BKA-Gesetz aus dem Jahr 2016 – führt unter dem Schlagwort „Man muss zusehen, dass es nicht zu einer Totalüberwachung kommt“ entsprechende Passagen dort auf.

Man muss bei alledem aber auch sagen, eine solche Überwachungsgesamtrechnung ist, wenn Sie so

wollen, nichts, was man einmal ebenso bei einem Espresso vornimmt während der Arbeit an einem Gesetzgebungsverfahren. Es ist schon eine Herkulesaufgabe, diese Arbeit zu verrichten. Ich sage das auch deshalb, weil ich mich in unserem Ausschuss für Gefahrenabwehrrecht des Deutschen Anwaltvereins, dem ich angehöre, mit dieser Thematik auch einmal auseinandergesetzt habe. Dort sitze ich nicht allein, sondern mit einigen sehr, sehr versierten Kolleginnen und Kollegen. Und diese Aufgabe, auch bei uns mit sechs oder acht Personen, wenn Sie wollen, die das Projekt durchführen, haben wir festgestellt, dass wir die Kapazitäten dafür nicht haben. Daher begrüße ich es sehr, dass Herr Professor Mark Alexander Zöllner von der LMU München ein solches Projekt jetzt angestoßen hat – für den Zeitraum 2021 bis 2024 möchte er eine solche zunächst Bestandsanalyse und dann eine entsprechenden Bewertung vornehmen. Das verdient in meinen Augen ganz großen Zuspruch und sollte auch Unterstützung durch das Parlament erfahren, denn, meinen Damen und Herren, das, was die Wissenschaft dort für Sie machen möchte, ist letztlich eine Arbeitshilfe für Sie, also eine Arbeitshilfe für den Gesetzgeber, für denjenigen, der natürlich auch in Zukunft neue Sicherheitsgesetze schaffen wird und schaffen muss, wenn die entsprechende Notwendigkeit besteht, aber der eben diese Abwägung dann entsprechend vornehmen soll.

Herr Strasser, Sie fragten dann dazu, in welcher Reihenfolge das erfolgen soll. Allein schon der Zeitraum, den ich eben anvisiert habe, 2021 bis 2024 jetzt für ein Forschungsprojekt, führt mich dazu, dass man da nicht konsekutiv herangehen sollte. Man kann, meine ich, an beiden Projekten gleichzeitig arbeiten. Das Projekt „Reform des Nachrichtendienstrechts“ als solches sollte keines sein, was ausschließlich in den Händen von Wissenschaftlern liegt. Das nicht heißt, dass die das nicht brillant machen würden, sondern da stelle ich mir eher eine Art Kommission vor, die eben mit Wissenschaftlern und Praktikern besetzt ist und die eben auch die Arbeitskraft aufwenden kann. Professor Gärditz hatte das eben erwähnt, wie sehr die Kapazitäten schon in Anspruch genommen werden in den zuständigen Fachministerien. Das soll ja eine Unterstützung sein dafür, um eben dieses Mammutprojekt auch entsprechend anzugehen. Mein Eindruck ist, man greift in den letzten Jahren immer mehr auf wissenschaftliche Expertise zu,



das begrüße ich, aber das ist in vielen Stellen noch steigerbar. Eine Institutionalisierung, etwa eine Arbeitsgruppe zur Reform des Nachrichtendienstwesens wäre, meine ich, ein solcher Schritt. Beides kann man parallel angehen. Das Projekt als solches wäre, glaube ich, zu groß, um noch in dieser Legislaturperiode angegangen zu werden. Es wäre möglicherweise etwas für Ihre Koalitionsverhandlungen irgendwann nach der Bundestagswahl. Ausnahmen möchte ich allerdings den Bereich der Übermittlungsvorschriften, der eine ganz, ganz, ganz essenzielle Rolle spielt und eben jeden Tag zur Anwendung kommt. Diesen verfassungswidrigen Zustand beizubehalten bis zur Bundestagswahl und auch darüber hinaus hielte ich für unglücklich.

Die zweite Frage hatte Herr Dr. von Notz an mich gestellt zu dem Thema, wie müsste eine unabhängige Evaluierung aussehen. Allein, um nicht den Vorwurf ausgesetzt zu sein, nicht unabhängig zu sein, sollte sie nicht durch die Bundesregierung selbst und ein entsprechendes Fachministerium durchgeführt werden, sondern durch eine unabhängige Einrichtung. Herr Professor Ziekow hatte den Auftrag aber eben als, wenn Sie so wollen, Gehilfe der Bundesregierung dort zu agieren und hat eine sehr ordentliche Fleißarbeit dort geleistet. In meinen Augen sollte der Auftrag einer Evaluierung allerdings anders ausgestaltet sein, so ein bisschen nach dem Modell der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetze, die 2012/2013/2014 in dem Zeitraum eingesetzt war und die vor allem durch Wissenschaftler besetzt war. Hier hielt ich es für hilfreich und sinnvoll, bei den Praktikern eben auch durchaus auf externe Expertise einen paritätisch größeren Wert zu legen als etwa Ministerialangehörige aus den dann einschlägigen Ressorts BMJV und BMI und vielleicht auch Kanzleramt mit in so eine Kommission aufzunehmen, die sollen natürlich vertreten sein. Aber wenn man sich den Bericht der Evaluierungskommission anschaut, der sieht so ein bisschen aus wie viele Berichte aus Untersuchungsausschüssen bei Ihnen, nämlich es gibt im Kern zwei Berichte. Es gibt einmal den der Mehrheit und es gibt dann einmal den der Minderheit. Ich will das jetzt nicht so sehr bei der Kommission ausmachen, aber man sieht, dass über die Themen sehr, sehr unterschiedlich diskutiert wurde. Und das hat in meinen Augen einen sehr großen Erkenntnisgewinn gebracht. Was sehr, sehr bedauerlich ist, ist, dass

dieser Bericht, soweit ich das ersehen kann, schlicht in irgendwelchen Schubladen verschwunden ist. Und die ganzen Aufträge, die unter anderem Herr Professor Bäcker in mühevollen Sitzungen, an einigen habe auch ich damals teilnehmen dürfen, zusammengeschrieben und diskutiert haben, davon ist nichts in der Praxis umgesetzt worden.

Ich meine, dass die jetzige Lage der Sicherheitsgesetze – es sind einige ganz wesentliche hinzugekommen, eben sind ein paar Schlagworte gefallen, Online-Durchsuchungen und anderes – durchaus auch noch den Ansatz bietet, hier anzusetzen und eine Gesamtevaluierung durchzuführen, um auf Grundlage derer Ergebnisse dann vielleicht auch eine Reform des Nachrichtendienstrechts anzugehen.

Herr Dr. von Notz hatte mir dann noch eine weitere Frage gestellt. Ihre These, Herr Dr. von Notz, ob sich dort die Regierungskoalition nicht möglicherweise selbst ein Bein stellt, in dem sie die Tür sehr eng macht, dazu kann ich vielleicht jedenfalls festhalten: Der Sack, den man in der Hinsicht zu tragen hat und der auf die Waage kommt, wird natürlich schwerer, wenn ich eine Vorschrift entfriste. Hier muss man aber gleichzeitig auch berücksichtigen: Die Vorschriften, über die wir sprechen, sind solche von eher niedrigschwelliger Eingriffsintensität. Und daher führt allein der Umstand, dass man diese Vorschriften entfristet, nicht dazu, dass man sich ein Beinchen stellt. Was allerdings Fakt ist, ist, es wird in diesen Sack, wenn Sie so wollen, nur immer wieder etwas reingepackt und nie wieder etwas rausgenommen. Und dadurch wird dieser Sack im Lichte der Überwachungsgesamtrechnung halt immer schwerer und irgendwann kommt möglicherweise der Zeitpunkt, wo das Pendel umschlägt. Damit das nicht passiert, ist eben eine regelmäßige Evaluation sinnvoll und hilfreich, um eben die Vorschriften, die nicht benötigt werden, auch wieder herauszunehmen. So viel dazu. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Kelber, bitte.

SV **Prof. Ulrich Kelber** (BfDI, Bonn): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Eine kurze Vorbemerkung: Es ist aus meiner Sicht so ein bisschen der Eindruck entstanden, der Deutsche Bundestag hätte jetzt nur die



Wahl zwischen einer Entfristung oder einem Auslaufenlassen der Regelung. Das ist natürlich keineswegs der Fall. Sie haben als Gesetzgeberin und Gesetzgeber natürlich auch die Möglichkeit der Anpassung insbesondere einer klaren Definition der Eingriffsschwellen und dann einer Entfristung oder Verlängerung dieser Möglichkeiten.

Ich bin von der Frau Abgeordneten Jelpke gefragt worden, wie muss eine solche unabhängige Bewertung aussehen? Dazu haben wir uns 2011 schon einmal, mein Vorgänger und dann meine Vorgängerin, geäußert. Ich glaube, insbesondere muss es die Möglichkeit geben, dass durch die unabhängige Seite nicht nur eine Methodenberatung stattfindet, nicht nur eine empirische Betrachtung, sondern dass die externen Sachverständigen verantwortlich für den Inhalt des Evaluationsberichts sind oder zumindest eigene Stellungnahmen dazu abgeben können. Und in das Zentrum muss natürlich die Frage der verfassungsrechtlichen und grundrechtlichen Funktionen der Evaluierung, die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Befugnisse stehen, ebenso die Frage, ob die Normen der umfangreichen verfassungsrechtlichen Rechtsprechung standhalten. Das würde auch den einen oder anderen Gang vors Gericht in Zukunft ersparen. Und was auch nicht ausreichend ist, ist eine quantitative Betrachtung der Nutzung dieser Befugnisse – es müssen auch, wenn vielleicht auch abstrahiert, aber anhand von konkreten Fällen die Folgen für die Betroffenen mituntersucht werden. Durch die mit dem Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz eingeführten Befugnisse werden ja Erkenntnisse ermittelt, die selber wiederum Anknüpfungstatsachen für potenziell wesentlich eingriffintensivere Folgeermittlungen dienen können. Und deswegen muss es eine Gesamtbetrachtung geben, die die Wechselwirkung mit anderen insbesondere schon vor der Einführung des TBEG oder danach dazugekommenen Befugnissen berücksichtigt. Das geht ja ein Stückchen auch in Richtung der Überwachungsgesamtrechnung, weil sowohl die Menge der Befugnisse als auch die Nutzung in der Praxis – da haben wir Befugnisse, die so gut wie nicht genutzt werden, wir haben aber auch andere, die mit zweistelligen Prozentzahlen pro Jahr in der Nutzung zuwachsen – als auch die technische Weiterentwicklung eine Rolle spielen. Also dieselbe Befugnis kann mit anderen Daten, die auf Datenträgern/auf Systemen zur Verfügung stehen, in der Praxis eine andere

Bedeutung bekommen, einfach durch technologische Weiterentwicklung. Nehmen Sie, um jetzt ein Beispiel von heute zu nehmen, die Beschlagnahmung eines Anrufbeantworters, die hat eine andere Eingriffstiefe als die Beschlagnahmung eines Smart Speakers aus dem gleichen Haushalt, sie fallen aber nach Meinung des Innenministeriums unter die gleichen Eingriffsbefugnisse. Das müssen Sie übertragen auch auf die Dinge, die wir heute haben. Deswegen Unabhängigkeit, Gesamtbetrachtung und insbesondere die Wechselwirkung mit anderen Befugnissen gehören in das Zentrum einer solchen Evaluierung.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Professor Kelber, vielen Dank. Dann Herr Peter.

SV **Jürgen Peter** (Bundeskriminalamt, Wiesbaden): Ganz herzlichen Dank. Ich blicke einmal zurück zu 9/11. Ich war in der Ermittlungsarbeit selbst dabei. Man kann schon sagen, dass das, über was wir heute reden, die Konsequenz dessen ist, was an blinden Flecken der Sicherheitsbehörden damals im Zuge der Ermittlungen festgestellt wurde. Vor den Augen der Sicherheitsbehörden in Hamburg und Greifswald war ein Teil einer Terrorzelle in Vorbereitungshandlungen des wohl größten und massivsten Terroranschlags beteiligt. Insofern waren für mich diese Befugnisnormen damals folgerichtig. Wenn man zu den Diensten schaut, gibt ein Auftragsprofil des BND und wir haben eine Erwartungshaltung an Verfassungsschutz und MAD, das Extremismuspotenzial und insbesondere das gewalttätige Personenpotenzial im Vorfeld, bevor Polizei mit Gefahrenabwehrrecht oder Justiz mit Ermittlungen einsteigen, zu erkennen und zu analysieren. Das ist der Anspruch, den das Parlament an die Dienste hat, den die Gesellschaft hat und das ist der Teil, den die Dienste zu leisten haben für die Sicherheit. Ich glaube, dass, wenn wir die Befugnisse, die damals eingeführt wurden, nicht hätten, wären wir zwischendurch mehrfach im Laufe der letzten Jahre in Ausschussbefassungen nach Ereignissen oder in Untersuchungsausschüssen nach Ereignissen bei der Frage gewesen: „Warum habt Ihr das alles nicht gesehen, was da stattgefunden hat?“ Und ich möchte prognostizieren, dass, wenn wir diese Befugnisse nicht gehabt hätten, wir hätten sie alle, so wie sie hier auf Papier stehen, in der Zwischenzeit nach einem schädigendem Ereignis längst eingeführt, weil sie selbstverständlich für die Sicherheit sind. Und ich möchte



ein Beispiel nennen: Immer dann, wenn in Frankreich Anschläge passiert sind, haben viele hier in dieser Republik uns gefragt: „Hatten die Franzosen diese Personen im SIS? Gab es ein FISH-S, um Reisebewegungen zu kontrollieren?“ Und es war eine der Schlüsselfragen, die unsere Ansprüche an die Sicherheitsarchitektur der anderen determiniert und auch beweist und ich glaube, diesen Anspruch müssen wir an uns selbst haben und ich rede mitnichten über das Thema „islamistisches Personenpotenzial“. Die Bedrohung Rechtsterrorismus kommt aus der Mitte der Gesellschaft, ist aber kein Phänomen, was nicht reist, nicht unterwegs ist, grenzüberschreitend, zu Mobilisierungsveranstaltungen, die per se nicht mit Strafe bedroht sind, wo Treffen stattfinden, wo wir sicherlich alle einen Anspruch haben, dass unsere Dienste das detektieren und bei Vorliegen der zureichenden, tatsächlichen Anhaltspunkte der Strafverfolgung zur Verfügung stehen. Und insofern, Herr Abgeordneter Grötsch, ich glaube, wir würden ohne diese Befugnisse sie längst eingeführt haben und wir sind *nicht* an einem Punkt, an dem wir diese Normen nicht brauchen.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Frau Dr. Steven.

SV **Dr. Elke Steven** (Digitale Gesellschaft, Berlin): Vielen Dank. Auch bei mir geht es ja noch einmal um die Frage der Überwachungsgesamtrechnung oder eben der Freiheitbestandsanalyse. Zu dem Unterschied werde ich auch noch einmal etwas sagen. Im Grunde hat ja das Bundesverfassungsgericht schon 2005 davon gesprochen, dass es additive und kumulative Grundrechtseingriffe gibt und diese analysiert werden müssten, also eigentlich damals schon eine Überwachungsgesamtrechnung eingefordert, weil es damals schon gesagt hat, dass, solange man nur die einzelnen Maßnahmen betrachtet, es eben doch zu einer Rundumüberwachung kommen könnte, die dann eben die Freiheitsrechte in einer Gesellschaft zutiefst angreifen würde.

Zur Demokratie, zum demokratischen Rechtsstaat gehört eben zunächst mal auch, also natürlich gehört Sicherheit dazu, aber natürlich gehören auf der anderen Seite auch die Freiheitsrechte dazu und die Möglichkeit der Bürger und Bürgerinnen, sich zu äußern, sich zu organisieren und das zunächst einmal tun zu können, ohne ständig befürchten zu müssen, und aus guten Gründen

befürchten zu müssen, dass sie dabei überwacht werden. Insofern kann ich auch nicht ganz einfach die Frage beantworten, welche Faktoren denn dann berücksichtigt werden müssten. Es gibt nämlich eine Menge Versuche, zu beschreiben und eher auch durchaus Beschreibungen auch aus der Wissenschaft, dass das kaum zu schaffen ist. Aber das *kaum* zu schaffen heißt ja nicht, dass das *nicht* zu schaffen ist, aber dass man es zumindest angehen muss. Und dass man vor allem einmal berücksichtigen muss, dass all die Datensammlungen, die bestehen, das sind nicht nur die Datensammlungen, die bei Polizei und Geheimdiensten bestehen! Sondern das sind ja auch die vielen weiteren Datensammlungen, die zum Alltag gehören, und auf die aber zum Teil auch Polizei und Geheimdienste dann Zugriff haben. Also private Videoüberwachung kann ja durchaus etwas sein, was ebenfalls miteinfließen muss. Und die ganzen Sozialdaten, Gesundheitsdaten, Bildungsdaten – überall werden Datensammlungen angelegt. Und das kann dazu führen, dass Bürger eigentlich nicht mehr den Eindruck haben, dass sie sich frei bewegen können, dass sie frei ihre Meinung äußern können, weil sie befürchten müssen, dass das immer auch direkt gegen sie verwandt wird, dass es staatlich überwacht wird und dass es Nachteile für sie haben kann.

Deshalb ist die andere Frage dessen auch immer: Wo soll das denn eigentlich angesiedelt werden? Die eine Idee ist es, dass es beim Gesetzgeber angesiedelt wird mit der Analyse – das hat immer die Nachteile, dass es dann möglicherweise sehr einseitig ausgewertet wird, eine Analyse eben nicht umfassend ist, nicht die vielen Perspektiven, also auch die Perspektiven derer, die von der Überwachung betroffen sind, einbezogen werden, sondern eben nur die Frage, ob es effektiv für das staatliche Handeln, für Überwachungshandeln ist. Von daher gibt es die andere Idee, dass es beim Parlament direkt angesiedelt sein könnte. Gibt auch einige Gründe, weshalb das fragwürdig ist. Frank Hermanns schlägt zum Beispiel ein Grundrechteausschuss bei Landtagen und Bundestag vor, der dann das in größerem Kontext mit Wissenschaftlern, mit Betroffenen und Behörden auswerten könnte.

Jörg Pohle schlägt diese Freiheitsbestandsanalyse vor, weil er sagt: Wenn man versucht, das nur bei jedem Gesetz zu überlegen oder auszuwerten in



welchem Kontext steht es zu welcher Überwachung und wie wirkt das – additiv oder kumulativ mit den anderen bestehenden Gesetzen zusammen – dann kommt man nicht weiter. Von daher wäre es vielleicht besser, wenn der Gesetzgeber in die Pflicht genommen würde, darzulegen, welche Grundrechte frei von tatsächlicher oder auch von zu erwartender Überwachung wahrgenommen werden können, um einfach einmal deutlich zu machen, wo ist der Raum, in dem tatsächlich Grundrechte, Freiheitsrechte wahrgenommen werden können. Dabei muss dann vor allem berücksichtigt werden, dass Grundrechte/Freiheitsrechte ja auch gerade für Minderheiten gelten, dass die in besonderer Weise geschützt werden müssen, dass es auch diejenigen sein müssen, die tatsächlich dann diesen Raum noch haben. Und der Gesetzgeber müsste natürlich dann jeweils nochmals sehr klar nachweisen, dass Eingriffs- und Überwachungsbefugnisse geeignet und erforderlich sind und natürlich verhältnismäßig.

Und auf der anderen Seite würde eine solche Diskussion vielleicht den Raum schaffen, in den tatsächlich auch die Bürgerinnen und Bürger selbst nachweisen können, dass es diesen Freiraum nicht gibt oder dass der nicht groß genug ist, um tatsächlich demokratische Prozesse in dieser Gesellschaft anzustoßen. Und wichtig ist eben auch, dass man in diesem Kontext diejenigen mit aufnimmt, die direkt davon betroffen sind, weil deren Erfahrungen mit diesen Überwachungsgesetzen sind andere als die von denen, die kaum von diesen Überwachungsmaßnahmen betroffen sind, weil, das hatte ich ja eben schon mal gesagt, es sind eben immer wieder auch Vorbehalte, Verdachtsmomente, die sich weiter generieren und die bestimmte Gruppen deshalb in besonderer Weise davon betroffen sein lassen. Danke.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank. Und dann kommen wir noch zum Schluss für diese Runde zu Herrn Professor Ziekow.

SV **Prof. Dr. Jan Ziekow** (Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, Speyer): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. An mich sind zwei Fragen gerichtet worden. Zunächst vom Abgeordneten Throm, das ist die gleiche Frage, die auch an Herrn Kollegen Gärditz adressiert wurde: Was aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum BND-Gesetz für die Zulässigkeit der Entfristung zu folgeren wäre?

Wäre es eine neue Regelung, die das erste Mal eingeführt wurde und die die Regelung des BND-Gesetzes, die vom Bundesverfassungsgericht inkriminiert wurde, eins zu eins abbildet, dann würde ich auch Zweifel haben, ob das nicht gegen das Normwiederholungsverbot verstößt. Die habe ich hier nicht. Herr Abgeordneter Grötsch hat vollkommen zu Recht darauf hingewiesen, dass es diese Norm seit 20 Jahren gibt. Dementsprechend liegt kein Handeln des Gesetzgebers eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vor.

Zur Ratio der Übergangsregelung des Bundesverfassungsgerichts hat Kollege Gärditz ja schon zutreffend Stellung genommen. Es ist erkennbar gerade *nicht* der Sinn der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung, die Nachrichtendienste sofort handlungsunfähig zu machen, sondern es soll ja gerade darüber nachgedacht werden können – auch im Kontext der mehrfach diskutierten eventuellen großen Reform des Nachrichtendienstrechts –, wie es insgesamt stimmig geregelt werden kann. Man kann die Stellschrauben nicht isoliert voneinander betrachten, sondern sie stehen immer in einem Systemzusammenhang. Deshalb habe ich wenig Bedenken, dass die Entfristung nunmehr zulässig ist, allerdings in der Tat innerhalb des vom Bundesverfassungsgericht zeitlich gesetzten Rahmens.

Die zweite Frage, sehr geehrte Frau Vorsitzende, war Ihre: Ob etwas aus dem Ruder gelaufen ist, ob wir bei unserer Evaluation etwas feststellen konnten, was sich in der Nutzung der Befugnisse, die von uns evaluiert wurden, nicht mehr in dem Rahmen hält, den man noch als maßvoll betrachten kann? Es ist immer eine Frage des Maßstabs, was man für maßvoll hält und wann man davon spricht, dass etwas aus dem Ruder läuft. Wir haben festgestellt, dass einzelne Instrumente, wie zum Beispiel die Bestandsdatenabfrage, in der Zeitreihe immer stärker genutzt wurden, und wo das der Fall war, sind wir auch den Gründen dafür nachgegangen. Wie sich herausstellte, gab es für diesen Anstieg der Fallzahlen sehr nachvollziehbare Gründe – ganz einfach aus den tatsächlichen Entwicklungen. Insgesamt, und das kann ich nur wiederholen, bewegt sich nach unserer Bewertung die Fallzahl – und zwar über die gesamten Jahre hinweg – auf einem wirklich maßvollen Niveau. Sofern sich dies im Rahmen einer solchen Studie feststellen ließ, und es ließ sich eben an vielen



Stellen feststellen, wurden zunächst einmal eingriffsschwächere Maßnahmen geprüft und auch ergriffen, wenn sie als tauglich zur Erreichung des eigentlichen Aufklärungsziels angesehen worden sind. Das heißt, wir gehen davon aus, dass der Einsatz der geprüften Instrumente im Einzelfall verantwortungsvoll in der Anwendung gehandhabt worden ist und ein flächendeckend ungezielter Einsatz eines Überwachungsinstrumentariums nicht erfolgt ist.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen herzlichen Dank. Dann können wir aufgrund der noch vorhandenen Zeit in eine zweite Fragerunde einsteigen. Ich beginne mit der Unionsfraktion. Herr Amthor, bitte.

Abg. **Philipp Amthor** (CDU/CSU): Frau Vorsitzende, meine Damen und Herren Sachverständige, vielen Dank auch für die Ausführungen, was das vorliegende Gesetz angeht. Es ist insbesondere gut, dass die Zweifel zur Verfassungswidrigkeit, die im Raum standen, aus meiner Sicht mit guten Argumenten ausgeräumt sind. Deshalb möchte ich in der Runde noch einmal die Gelegenheit nutzen, den Blick vorauszuwerfen. Ich glaube, es ist jedenfalls zuzugestehen, dass mit etwas mehr Zeit in der nächsten Wahlperiode es wirklich vielleicht anzugehen ist, nochmal in einem größeren Schritt das Nachrichtendienstrecht zu systematisieren. Dafür würde ich Ihnen, lieber Herr Professor Gärditz und Ihnen, Herrn Professor Ziekow, gerne noch einmal die Gelegenheit geben, zu der hier jetzt schon eingeführten Rechtsfigur der Überwachungsgesamtrechnung noch einmal Stellung zu nehmen. Das wird ja immer wieder als beliebtes Argument ins Feld geführt und es ist ja eine eingängige Metapher zu sagen: „Ja, es werden immer nur neue Eingriffsbefugnisse in den Sack hinzugelegt, aber keine herausgenommen.“ Da stellt sich mir aber die Frage, welche man praktisch herausnehmen sollte. Das ist in der Regel auch nicht dargetan. Und deswegen wäre ich durchaus interessiert, dass Sie das vielleicht noch einmal mit kritischem Blick zu dieser Frage Überwachungsgesamtrechnung mit ausführen, weil ich glaube, es kann am Ende ja nicht um einen sozusagen quantifizierbaren Faktor gehen. Das ist, glaube ich, etwas, was uns bei weiteren Reformbemühungen hier beschäftigen wird. Und deswegen würde ich gern Ihre Eindrücke zu dieser Rechtsfigur heute noch einmal mitnehmen.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Amthor, vielen Dank. Herr Dr. Wirth? Keine Fragen? Herr Grötsch, bitte.

BE Abg. **Uli Grötsch** (SPD): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Herr Peter, ich habe mir eben gedacht, das, was Herr Dr. Ziekow am Ende seiner Ausführungen gesagt hat, was den Umgang der Sicherheitsbehörden mit den Befugnissen angeht, dem verantwortungsvollen Umgang damit, das könnten Sie schon fast als Kompliment an Ihre Behörde mitnehmen, habe ich mir vorhin gedacht. Es ist auch gut zu hören, Herr Professor Dr. Ziekow, dass Sie das so bewerten, dass es von den Sicherheitsbehörden eben auf diese Art und Weise angewandt wird. Ich habe jetzt vorhin auch gedacht, meinem Eindruck nach ist das heute besprochene Gesetz weitestgehend unstrittig. Ich höre hier kaum etwas, was das Gesetzesvorhaben als solches in Frage stellt und deshalb möchte ich noch einmal an Sie, Herr Professor Dr. Bäcker, als Vertreter der Rechtswissenschaften und an Sie, Herr Peter, als Vertreter der Praxis die ganz allgemeine Frage stellen: Wie sehen Sie uns denn aufgestellt in Deutschland hinsichtlich der Abwehr von internationalem Terrorismus, was unsere Gesetze angeht? Und ich meine da nicht, ausdrücklich nicht die Frage: „Ginge denn nicht vielleicht noch mehr?“ Das wissen wir alle, dass immer mehr ginge. Das ist nicht der Grund meiner Frage, ganz und gar nicht. Sondern wie Sie uns jetzt, wie wir im Moment aufgestellt sind, sehen aus Sicht der Praxis, Herr Peter, und aus Sicht der Rechtswissenschaften, Herr Professor Dr. Bäcker, bitte.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Herr Grötsch, vielen Dank. Herr Strasser.

BE Abg. **Benjamin Strasser** (FDP): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Ich hätte eine gemeinsame Frage nochmals an Herrn Professor Dr. Bäcker und Herrn Gazeas. Nachdem wir jetzt die Diskussion bisher ja relativ plus/minus geführt haben, also entweder wir entfristen oder es soll alles abgeschafft werden, es gibt ja auch immer einen Mittelweg, nämlich, das solange erneut zu befristen, bis wirklich eine konsistente Gesamtlösung da ist, auch im Lichte dieser Überwachungsgesamtschau. Und deswegen würde ich Sie gern noch einmal fragen: Herr Professor Bäcker hat vorhin den Begriff „verfassungsrechtliche Neuwürdigung der Befugnisse“ ganz am Anfang in den Raum gestellt. Angesichts der terroristischen Bedrohungen – was ist aus Ihrer



Sicht das dringendste Anliegen, das der Gesetzgeber jetzt umsetzen müsste? Angesichts der bestehenden Otto-Kataloge und all dem, was danach kam, im Hinblick auf eine rechtliche Klarstellung oder wo Sie Punkte sehen, die verfassungsrechtlich höchst problematisch sind in den Befugnissen von Sicherheitsbehörden, insbesondere von Nachrichtendiensten? Also wenn Sie uns da noch einmal einen Hinweis geben könnten, wenn der große Wurf jetzt nicht so schnell erreichbar ist, was wären die wichtigsten dringendsten Schritte aus Ihrer Sicht, wo der Gesetzgeber handeln sollte, um da entsprechend aufgestellt zu sein?

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Frau Jelpke, bitte.

BE Abg. **Ulla Jelpke** (DIE LINKE.): Danke. Ich habe zwei kurze Fragen an Frau Steven. Die erste Frage bezieht sich auch noch einmal auf die Evaluation. Sie haben in Ihrer Stellungnahme vor allem den Aspekt mitaufgegriffen, dass die Perspektive der Betroffenen von Grundrechtseingriffen, mitberücksichtigt werden muss. Und dazu würde ich ganz gern noch einmal Ihre Vorstellung hören, wie das aussehen könnte, wenn die Betroffenen miteinbezogen werden.

Und ganz ähnlich: Am Ende Ihrer Stellungnahme sprechen Sie grundsätzlich die Kontrolle der Geheimdienste an. Also unabhängig davon, ob man nun die tiefgreifenden Eingriffe, was verdeckte Ermittlungsmaßnahmen und Daten sammeln und so weiter angeht – auch hier fordern Sie im Grunde genommen, dass die Betroffenen berücksichtigt werden müssen. Insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass beispielsweise in der G 10-Kommission, wo Überwachungsmaßnahmen ja kontrolliert werden sollen, Betroffene so gut wie keine Rolle spielen. Vielleicht können Sie uns dazu noch einmal ein paar Anregungen geben?

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Frau Jelpke, vielen Dank. Und Herr Dr. von Notz noch.

BE Abg. **Dr. Konstantin von Notz** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Frau Vorsitzende, ich wollte noch einmal einen Satz sagen. Ich habe jetzt niemanden hier im Raum erlebt, der gesagt hat, dass diese Gesetze komplett vom Tisch sollen. Das ist, glaube ich, nicht die Diskussion, die wir führen. Sondern nachdem der „Sachverständige“

Amthor eben so nonchalant die Verfassungskonformität hier festgestellt hat, und dann die interessante Frage aufgeworfen hat: Was kann man rausnehmen? – Herr Gazeas, die Frage: Ist das nicht genau Sinn einer unabhängigen Evaluierung, zu gucken, was man rausnehmen kann? Und haben Sie da vielleicht den einen oder anderen Vorschlag?

Und, Herr Professor Gärditz, wenn ich Sie richtig verstanden habe, dann sagen Sie: „Da gibt es so ein paar nicht so schöne Sachen drin, da müsste man sich drum kümmern, aber es gibt ja eine Frist, die wir haben, bis Ende 2021.“ Jetzt wissen wir alle, die Bundestagswahl ist im September, wann genau wissen wir noch nicht, wohl 26. September 2021. Jetzt sagen wir mal, auch ohne die Kapriolen, die das diesmal geschlagen hat, aber so im Oktober/November hat man dann eine Regierung. Und wie schnell muss das Gesetz dann zur Korrektur durch den Deutschen Bundestag gehen, um die Dinge zu tun, die die Große Koalition jetzt machen müsste und für die die Union geschlagene 15 Jahre Zeit hatte zu tun?

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank. Ich habe jetzt eine Bitte an die Sachverständigen. Es sind nochmal an sechs Sachverständige Fragen gestellt worden. Wir haben noch 18 Minuten, also ich sage mal gute 20, wenn sich bitte jeder im 3-Minuten-Fenster bewegt und so präzise wie möglich antwortet, damit wir zeitgerecht fertig sind. Wir beginnen dieses Mal im Alphabet von hinten mit Herrn Professor Ziekow.

SV **Prof. Dr. Jan Ziekow** (Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, Speyer): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Die Frage, die der Abgeordnete Amthor an mich gestellt hat, ist eine methodisch besonders spannende, nämlich die nach der Überwachungsgesamtrechnung. Wir erstellen Gesetzesfolgenabschätzungen für nahezu jedes Bundesministerium, so dass eine solche Rechnung methodisch nichts wirklich Neues ist, sondern es auf die Frage ankommt, auf welcher Ebene man die Rechnung anlegt. Solange Sie sie zunächst nur auf einer normativen Ebene anlegen – das heißt also, welche Regelungen erzeugen neue Belastungen und welche werden herausgenommen, wenn sie dadurch eine Entlastung erzeugen –, solange sind sie in dem Bereich, der auch durch die durch den Staatssekretärs-Beschluss eingeführten One-in-one-out-Regel bekannt ist. Das ist eine



rein quantitative Betrachtung, die aus meiner Sicht, da stimme ich Ihnen völlig zu, Herr Abgeordneter Amthor, nicht viel bringt, weil sie nicht die qualitative Bewertung: „Brauche ich diese Norm?“ ersetzt. Und es ist immer eine qualitative Frage: Denn wenn ich eine neue Belastungsregelung aufgrund einer neuen Bedrohungssituation einführe, dann verschwinden ja nicht automatisch die Bedrohungssituationen, aufgrund derer ich frühere Belastungsregelungen eingeführt habe. Deshalb würde ich zustimmen, es muss in jedem Falle eine qualitative Bewertung stattfinden.

Will man eine Überwachungsgesamtrechnung vernünftig machen, so ist die normative Ebene allein aber zu wenig. Man muss sich die Anwendungspraxis ansehen. Man muss sehen, welche Belastungswirkungen folgen denn tatsächlich aus der Anwendung der Regelungen – insbesondere, das ist der bekannte problematische Punkt, den zu erfassen empirisch nicht so einfach ist, im Zusammenspiel zwischen den Nachrichtendiensten und dann den eigentlichen Vollzugsbehörden. Das halte ich dann für so herausfordernd wie erforderlich, wenn man denn wirklich eine richtige qualitative Bewertung machen will. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Wunderbar, vielen Dank, auch zeitlich. Frau Dr. Steven, bitte.

SV **Dr. Elke Steven** (Digitale Gesellschaft, Berlin): Vielen Dank. Ich versuche es auch, sehr kurz zu machen. Es geht natürlich darum, auch deutlicher zu erkennen und auch den gesellschaftlichen Diskurs über diese Fragen zu stärken, dass es einerseits diejenigen gibt, die von Geheimdienstmaßnahmen unmittelbar betroffen sind, die aber eben auch oft nicht benachrichtigt werden und erst, wenn sie benachrichtigt würden, könnten sie ja überhaupt irgendwie überprüfen lassen. Insofern aber muss es die Frage sein: Was heißt das eigentlich für die? Wer ist, wer fällt alles in diesen Rahmen? Und wer fällt auf der anderen Seite in die große Gruppe derer, die befürchten muss, dass sie, wenn sie Meinungsäußerungen tätigen, wenn sie sich betätigen in dieser Gesellschaft, befürchten müssen, dass sie dann unter Verdacht geraten und von Überwachungsmaßnahmen betroffen sind. Diese Gruppen muss man einfach einbeziehen und muss man auch in den Diskurs einbeziehen, um zu fragen, wie man damit umgehen kann, wie es anders geregelt werden kann, sodass diese Freiheitsrechte tatsächlich abgesichert werden können.

Und die Kontrolle der Geheimdienste war die andere Frage. Das ist relativ schwierig, weil ich glaube, es heißt ja auch „Geheimdienste“, die agieren eben geheim und sind kaum zu überwachen. Von daher muss man eher die Berechtigungen einschränken, um das wenigstens so gut es geht überwachbar zu machen. Im Bereich der Polizei haben wir viel stärker solche Diskussionen, wie es tatsächlich überwacht werden kann, was unabhängige Beschwerdestellen auch sein könnten, wie damit umgegangen werden kann. Und eigentlich müssten die Fragen oder die Überlegungen auch in dem Bereich in eine ähnliche Richtung gehen. Danke schön.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Auch an Sie ein herzliches Dankeschön. Das war auch prima innerhalb des Zeitfensters. Dann kommen wir jetzt zu Herrn Peter, bitte.

SV **Jürgen Peter** (Bundeskriminalamt, Wiesbaden): Die Frage an mich war: „Wie sehen wir uns aufgestellt?“ Ich formuliere die Frage einmal anders: „Wie sehen uns andere aufgestellt?“ Und die Antwort ist *gut*, weil viele im europäischen und internationalen Kontext oft von uns Konzepte übernehmen. Die Frage geht immer wieder in Richtung zentralistischer Lösungen oder föderalistischer Lösungen. Ich kenne alle Polizei- und ND-Modelle in Europa, von Mischbehörden mit polizeilichen und ND-Zuständigkeiten. Ich glaube, wir haben Stärken in unserem Föderalismus, die wir herausgearbeitet haben, indem wir konzeptionell stark sind und bundesweit die gleichen Standards gelten. Wir haben das, was man G-TAZ oder G-TZ nennt, finden wir überall in der Welt als „Fusion Center“. Die Deutschen mit ihren konzeptionellen Überlegungen – und ich nenne nur als ein Beispiel die Bewertung von Gefährdern wie RADAR – ist ein Absatzmodell, wenn man im europäischen Kontext darüber redet, weil viele davon profitieren möchten. Wir waren gefragter Partner im ECTC European Counter Terrorism Centre bei Europol und unsere Expertise ist gefragt. Und ich glaube, wir haben eine Stärke: Wenn wir es schaffen, aus den Fehlern der Vergangenheit, die uns in den Ausschüssen auch schonungslos dargelegt werden, für die wir selber die ersten sind, die sagen, warum musste das passieren, wenn wir daraus lernen und besser werden, dann sind wir gut aufgestellt. Wir können aber insgesamt noch viel besser werden.



Und ein Hinweis noch: Erfüllungsaufwand und Erwartungshaltung an Sicherheitsbehörden heißt auch, und das ist eine Diskussion, die richtet sich an die Parlamente in Bund und Ländern, das müssen Menschen machen – und das kostet Ressourcen. Da bin ich hier aber im falschen Ausschuss. Danke.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): An dem Ausschuss hat es in der Vergangenheit nicht gelegen. Vielen herzlichen Dank auch an Sie. Jetzt kommt Herr Dr. Gazeas.

SV Dr. Nikolaos Gazeas, LL.M. (GAZEAS NEPOMUCK Rechtsanwälte, Köln): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Ich versuche es in aller Kürze. Herr Strasser hatte die Frage an mich gestellt, ob es nicht irgendwas wie eine Mittellösung geben kann, eine erneute Befristung. Ja, Herr Strasser, es ist nicht so, dass es nur schwarz oder weiß ist, was man machen kann. Eine erneute Befristung dieser Vorschriften, über die wir jetzt hier sprechen, halte ich für durchaus eine Überlegung. Und zwar dahingehend, dass man dies mit der Notwendigkeit einer grundlegenden Reform der Nachrichtendienstgesetze verbinden könnte. Und damit würde man sicherstellen, dass die Vorschriften für Herrn Peters, für alle Sicherheitsbehörden weiter zur Verfügung stünden, aber gleichzeitig auch an den neuen Gesetzgeber in der neuen Legislaturperiode schon jetzt den Auftrag in die Bücher schreiben, dass man diese grundlegende Reform der Nachrichtendienstgesetze in Angriff nehmen würde. Eine nochmalige Befristung über fünf Jahre wäre in meinen Augen eine sehr, sehr überlegenswerte Variante in der Hinsicht.

Dann hatten Sie noch die Frage gestellt, Herr Strasser, welchen Punkt ich für höchstproblematisch erachte. In der gebotenen, kurzen Zeit, die mir zur Verfügung steht, die würde gewiss nicht reichen, um alle aufzuführen. Ich möchte aber mein Augenmerk auf einen, und ich meine, das ist der wichtigste Punkt, lenken. Das sind tatsächlich die Übermittlungsvorschriften. Die Übermittlungsvorschriften, die jeden Tag zur Anwendung kommen, von allen Sicherheitsbehörden angewandt werden, und die, das wissen wir jetzt seit dem 19. Mai 2020, flächendeckend nahezu vollständig verfassungswidrig sind. Das ist etwas, ich meine, das muss man noch in dieser Legislaturperiode angehen. Und Sie werden im Zusammenhang mit der Reform des BND-Gesetzes, an dem

man ja jetzt sitzt und wo der Kabinettsbeschluss bevorsteht, auch die Gelegenheit dazu haben, diese, so meine ich, sollte und muss man nutzen, weil die Übermittlung von Erkenntnissen der Sicherheitsbehörden, der Nachrichtendienste an Stellen mit Exekutivbefugnissen, Staatsanwaltschaft und Polizei, weil so etwas mit Grundrechtseingriffen einhergeht. Oft sind diese Grundrechtseingriffe weitaus intensiver als die ursprüngliche Erhebung dieser Information. Auf diesen Übermittlungen fußen dann Zwangsmaßnahmen, Durchsuchungen, Verhaftungen, und ich meine, da kann man nicht den verfassungswidrigen Zustand, den wir jetzt haben, aufrechterhalten.

Herr Dr. von Notz, Sie hatten noch die Frage an mich adressiert, was man da dann rausnehmen kann und wer dort Adressat wäre, sich diese Sachen anzuschauen. Ja, eine Evaluierung und die entsprechende Kommission oder Gruppierung, die das macht, kann auch sich dieser Frage annehmen in unabhängiger Form, wenn man eben empirische Daten zu den Dingen erhebt. Ich würde eine solche Betrachtung durchaus auch für sinnvoll halten. Wichtig wäre es in dem Kontext, dass man solche Berichte eben nicht und der Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetze, den ich eben schon erwähnt habe, ist ein gutes Beispiel dafür, solche Berichte, meine Damen und Herren, dürfen und sollten nicht in den Schubladen verschwinden, sondern sollten im Anschluss beraten werden! Man muss sich nicht allen Vorschlägen anschließen und die umsetzen, aber man sollte sich damit tatsächlich auseinandersetzen. Das habe ich in der Vergangenheit bedauerlicherweise an vielen Stellen vermisst. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank auch an Sie. Jetzt kommt Herr Professor Gärditz.

SV Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn): Vielen Dank. Was die Überwachungsgesamtrechnung angeht, würde ich diesem Instrument insgesamt eher skeptisch gegenüberstehen, weil es kein arithmetisierbarer Vorgang ist. Letzten Endes geht es darum, ob jede Einzelbefugnis für sich betrachtet verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann. So prüft auch das Bundesverfassungsgericht. Das Gericht hat nie eine Gesamtsumme derjenigen Maßnahmen gebildet, die in der Überwachung kumuliert werden, zumal Überwachung ohnehin kein präziser Ansatzpunkt ist und die Streubreite



der verschiedenen nachrichtendienstlichen Maßnahmen ja auch sehr weit ist, ganz unterschiedliche Adressaten betrifft. Vor dem Hintergrund würde ich eine solche Überprüfung für wenig zielführend halten. Natürlich kann man sich die einzelnen Instrumente in ihrer sachlichen Rechtfertigung ansehen, die werden auch immer wieder neu austariert.

Dass weniger gestrichen wird als neu dazukommt, das mag auf den ersten Blick so sein. Eine ehrliche Gesamtbetrachtung müsste dann aber auch einbeziehen, wie sich die Anwendungshäufigkeit verschiebt. Und heute haben wir halt vielleicht andere Probleme als in den Achtzigerjahren und Normen, die auf dem Papier stehen, werden heute nicht mehr angewendet, dafür andere. Dass wir insgesamt mit unseren Freiheitsrechten, leichtfertiger umgehen, würde ich nicht erkennen. Und vor dem Hintergrund, denke ich, kann man damit auch einen sachlichen Umgang finden, ohne den Eindruck zu erwecken, wir könnten hier eine holistische Gesamtbetrachtung aufmachen, die realitätsfremd ist.

Herr Dr. von Notz, natürlich haben Sie völlig Recht, wir laufen in ein Wahljahr hinein. Und dieses Wahljahr birgt die Probleme, dass wir am Ende mit dieser Frist, die das Bundesverfassungsgericht gesetzt hat, Probleme bekämen, wenn noch keine Vorarbeiten da sind. Warum ich das Ganze aber optimistisch sehe: Das Bundesverfassungsgericht hat diesen § 19 für verfassungswidrig erklärt, Bundesverfassungsschutzgesetz, auf den auch der 24 BND-Gesetz verweist. Diese Norm ist reparaturbedürftig und das können wir natürlich nicht bis zum Ende der Frist 2021 aufschieben, wo kurz vorher eine Bundestagswahl ist. Nur, Herr von Notz, das BND-Gesetz ist bereits in Arbeit. Da muss man eine Lösung finden in dem Parallelvorgang. Wenn man dann eine Lösung findet, wie man diese Übermittlungsvorschrift reparieren kann, dann hat man auch bereits etwas im Schlepptau, wie man die Basisnormen 19 Bundesverfassungsschutzgesetz auf verfassungskonforme Gleise setzt. Also vor dem Hintergrund, natürlich haben Sie Recht, kann man das nicht rausschieben, das ist aber auch gar nicht das Problem. Und das ist kein Hinderungsgrund jetzt, hier eine Entfristung zu beschließen, sondern man sollte ein Augenmerk auf die Übermittlungsregelungen legen, wenn man jetzt das BND-Gesetz reformiert, was ja unter ähnlichem

Zeitdruck steht, aber wohl am 18. November ins Kabinett soll. Und da wird es irgendein Lösungsangebot für dieses Problem geben. Die anderen Vorschriften im Rahmen dieses Terrorismusbekämpfungsgesetzes würde jedenfalls ich für verfassungsrechtlich unproblematisch halten. Vielen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank. Dann kommt zum Schluss in der Antwortrunde noch Herr Professor Bäcker.

SV **Prof. Dr. Matthias Bäcker** (Johannes Gutenberg-Universität Mainz): Herzlichen Dank. Herr Grötsch, Sie haben sich an mir gerächt und jetzt eine sehr breite Frage gestellt, das ist nur gerecht so. Ich würde gerne die beiden Fragen, die an mich gestellt worden sind, zusammen beantworten. Herr Grötsch hat gefragt: „Wie sind wir aufgestellt in der Terrorismusabwehr?“ Herr Strasser hat gefragt: „Was ist denn das dringendste Anliegen?“ Ich glaube, man kann die ein Stück weit miteinander verknüpfen. Wenn ich gefragt werde, was ist der heutige Stand, wie ist der zu bewerten, würde ich sagen, wir sind an unterschiedlichen Stellen der Sicherheitsarchitektur mit einer verfassungsrechtlichen Überarbeitung unterschiedlich weit. Das liegt im Wesentlichen daran, dass zu unterschiedlichen Themenkomplexen unterschiedlich viele und unterschiedlich dichte Gerichtsentscheidungen, vor allem des Bundesverfassungsgerichts, vorliegen und dass der Gesetzgeber eine Regelungstechnik wählt, die im Wesentlichen darauf ausgerichtet ist, immer, wenn etwas beanstandet wird, ziemlich punktgenau das zu korrigieren, was jeweils beanstandet worden ist. Das führt dann zu einem iterativen Vorgehen. Inzwischen sind wir teilweise schon in der zweiten oder dritten oder vierten Runde. Das Bundesverfassungsgericht sagt: So geht es nicht. Der Gesetzgeber bessert nach, tut das aber so, dass vom bisherigen Zustand so viel wie möglich erhalten bleibt. Dann geht das manchmal schief. Das Bundesverfassungsgericht beanstandet das wieder und dann geht es wieder los. Das haben wir zum Beispiel bei den Bestandsdatenabrufen erlebt, wo das Bundesverfassungsgericht die erste Fassung verworfen hat, der Gesetzgeber 2013 nachgebessert hat, die zweite Fassung ist jetzt auch verworfen worden. Mal gucken, was mit der nächsten passiert. Diese eher minimalistische Vorgehensweise, dass man erkannte Defizite punktuell behebt, hat den Nachteil, dass ein Gesamtbild so



nicht entsteht, was eben dazu führt, dass erstens nicht unerhebliche Teilbereiche des Sicherheitsrechts, gerade auch des Sicherheitsrechts des Bundes, immer noch weitgehend unerschlossen sind und so ein bisschen einen Dornröschenschlaf auf dem Stand des Volkszählungsurteils führen. Das ist zum Beispiel so bei den Regelungen über Datenbevorratungen in den Polizeigesetzen einschließlich des Bundeskriminalamtgesetzes, die sich noch auf einem recht rückständigen und meiner Ansicht nach verfassungsrechtlich nicht tragfähigem Niveau bewegen.

Das Zweite ist, dass diese iterative und punktuelle Vorgehensweise auch zur Folge hat, dass neue Inkonsistenzen entstehen können, wie das auch sonst bei der Neuregelung von Eingriffsermächtigungen gelegentlich passiert ist. Ich finde, gerade die Regelungen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes sind dafür ein sehr gutes Beispiel, die, wenn man sie ernst nimmt, so wie es Herr Gärditz tut, ungeheuer streng sind, was in überhaupt keinem Verhältnis dazu steht, dass es in denselben Gesetzen Regelungen gibt, die viel erheblichere Grundrechtseingriffe unter viel niedrigeren Voraussetzungen ermöglichen, das passt einfach nicht zusammen. Was ich mir deswegen wünschen würde aus einer verfassungsrechtlichen oder einer regelungstechnischen Sicht, wäre tatsächlich, sich zu überlegen, ob es nicht doch sinnvoll ist, einmal etwas größer dimensioniert vorzugehen und tatsächlich einmal einen Gesamtentwurf zu wagen, der das gesamte Rechtsgebiet oder zumindest beträchtliche Teile davon auf einen besseren Stand bringen könnte.

Da geht es übrigens, das vielleicht zur Klarstellung und zur Beruhigung, überhaupt nicht darum, notwendigerweise die Praxis wahnsinnig stark zurückzufahren oder so. Natürlich kann man im Rahmen einer solchen Gesamtüberlegung, wenn die entsprechenden Akteure mit an Bord sind, sicherlich auch ganz grundlegende Fragen nach der Sicherheitsarchitektur stellen, nach den Aufgaben der verschiedenen Sicherheitsbehörden, nach der Zuordnung der Sicherheitsbehörden und so weiter. Man kann aber dann ja auch zu dem Ergebnis kommen, wie Herr Peter uns gesagt hat, dass wir eigentlich sehr gut aufgestellt sind und der Status quo, was die Praxis angeht, eigentlich in Ordnung ist, und dass es letztlich darum geht, den Status quo gesetzestechnisch in eine vernünftige Form zu

bringen. Ist das Ganze dann ein Glasperlenspiel? Ich glaube nicht, denn ich habe großes Vertrauen in die Sicherheitsbehörden, so wie heute aufgestellt sind. Ich bin ganz überzeugt davon, dass da ausschließlich rechtsstaatlich denkende Menschen oder jedenfalls ganz, ganz überwiegend rechtsstaatlich denkende Menschen an Bord sind vor allem in den Führungspositionen, die mit der großen Macht, die ihnen gegeben wird vom Gesetzgeber, sehr verantwortungsvoll umgehen. Aber das kann sich ändern. Und dann können plötzlich aufgrund derselben gesetzlichen Regelungen, weil sie weit und misslungen und unsystematisch gefasst sind, ganz andere Dinge gemacht werden. Und diesem Risiko sollte meiner Ansicht nach vorgebeugt werden. Das ist, meine ich, gerade heute in einer Situation, die politisch nicht mehr so stabil ist, wie wir es früher einmal hatten, ein wichtiges Anliegen.

Und das Dringendste, was Sie meiner Ansicht nach tun sollten, da stimme ich Herrn Gazeas vollumfänglich zu, sind die Datenübermittlungsregelungen im Nachrichtendienstrecht, weil die einfach flächendeckend nicht mehr hinhalten. Wenn das wirklich im Rahmen der BND-Reform geschehen würde, dass da eine vernünftige Neuregulierung stattfindet, das fände ich sehr erfreulich. Bisher bei kursorischer Lektüre hatte ich nicht den Eindruck, dass das beabsichtigt ist, aber vielleicht habe ich mich da ja verlesen oder vielleicht kommt da noch etwas. Und ich würde mich sehr, sehr freuen, wenn das vielleicht hängen bleiben könnte vom heutigen Tag. Herzlichen Dank.

Vors. **Andrea Lindholz** (CDU/CSU): Vielen Dank. Dann darf ich mich bei allen für die Teilnahme an dieser Anhörung bedanken und darf die Anhörung zum Gesetz zur Entfristung von Vorschriften zur Terrorismusbekämpfung hiermit schließen. Vielen Dank und eine gute Woche noch.

Schluss der Sitzung: 17:02 Uhr

Andrea Lindholz, MdB
Vorsitzende

Entwurf eines Gesetzes zur Entfristung von Vorschriften zur Terrorismusbekämpfung

Hier: Sachverständigenanhörung des Ausschusses für Inneres und Heimat

am Montag, 02. November 2020, 15:00 Uhr

- Eingangsstatement Jürgen Peter, Vizepräsident beim Bundeskriminalamt -

Die Bedrohung durch den Terrorismus ist aktueller denn je! Es geht heute nicht mehr nur um die Verhinderung der komplexen, organisationsgesteuerten Anschläge, wie wir sie seit 2001 gesehen haben. Die terroristische Bedrohung von heute ist vielschichtiger und komplexer, in den Formen der Tatbegehung und der Wahl der Tatmittel oft genug viel einfacher und im Vorfeld schwieriger zu detektieren. Das Internet und die Sozialen Medien sind Resonanzraum, Raum der Ideologisierung, Radikalisierung, Anleitung, Anstiftung und Mobilisierung.

Der Anspruch an die Sicherheitsbehörden in Bund und Ländern, an Polizei und Nachrichtendienste gleichermaßen ist es, diese Gefahren und die relevanten Akteure zu analysieren, aufzuklären und im komplementären Zusammenwirken terroristische Anschläge zu verhindern. Dazu hat der Gesetzgeber die Befugnisse der Behörden immer wieder angepasst, um diese für ihre Aufgaben ausreichend zu befähigen.

Es geht nicht nur um den Kampf gegen den internationalen, religiös motivierten Terrorismus, Besorgnis erregend sind auch die Erscheinungsformen nationaler Extremismen mit den sich daraus entwickelnden terroristischen Strukturen. Auf die Bedrohung durch den Rechtsterrorismus möchte ich ausdrücklich hinweisen.

Das Bundeskriminalamt ist vom Ablauf der Frist des Terrorismusbekämpfungsgesetzes (TerrorBekämpfG) nicht unmittelbar betroffen. Mit dem Gesetz zur Neustrukturierung des BKAG, das seit dem 25.05.2018 in Kraft ist, wurde die einzige Norm, die seinerzeit im Zuge des TerrorBekämpfG im BKAG befristet eingeführt wurde, bereits unbefristet übernommen.

Hierbei handelte es sich um § 7 Abs. 2 BKAG-alt. Diese Norm sollte zu einer Beschleunigung der Informationsbeschaffung und zu einer Verwaltungsentlastung führen – und zwar in den Fällen, in denen das BKA als Zentralstelle zur Ergänzung vorhandener Sachverhalte Auskünfte von anderen, auch nicht-polizeilichen Stellen benötigt. Dazu wurde die Möglichkeit zur unmittelbaren Einholung von Auskünften geschaffen, ohne dass andere Polizeibehörden eingeschaltet werden müssen (sog. „Büroabklärung“). Bis dahin war dies nur subsidiär möglich, soweit das BKA die Daten nicht von anderen Polizeibehörden erhalten konnte. Durch Inkrafttreten des neuen BKAG wurde

§ 7 Abs. 2 BKAG-alt durch § 9 Abs. 1 Satz 1 BKAG ersetzt. Diese Norm ist nicht zu evaluieren und daher unbefristet.

Ein Wegfall der befristeten Befugnisse des TerrorBekämpfG für die Nachrichtendienste hätte allerdings mittelbar Auswirkungen auf die Aufgabenerledigung des Bundeskriminalamtes und der Polizeien der Länder – sowohl bei der Strafverfolgung als auch bei der Gefahrenabwehr.

Die dauerhafte Zusammenarbeit mit den Nachrichtendiensten ist für die Aufgabenerfüllung des BKA und der Polizeien der Länder wesentlich und erfolgskritisch bei der Bekämpfung der Politisch motivierten Kriminalität (PMK) einschließlich des Terrorismus.

Sinnbildlich für diese Zusammenarbeitsnotwendigkeit steht seit seiner Einrichtung im Jahr 2004 das Gemeinsame Terrorismusabwehrzentrum (GTAZ) zur Bekämpfung des islamistischen Terrorismus.

Das GTAZ bietet – unter Beachtung des Trennungsgebotes – den polizeilichen und nachrichtendienstlichen Sicherheitsbehörden des Bundes und der Länder (sowie weiteren Behörden) eine wichtige Kommunikationsplattform zum Austausch von Informationen sowie zur Koordinierung von Maßnahmen und weiterem Vorgehen. Wesentliches Ziel des GTAZ ist die Früherkennung möglicher Gefährdungen im Phänomenbereich des islamistischen Terrorismus durch Einbeziehung aller verfügbaren Erkenntnisquellen. Beispielhaft genannt werden kann die Arbeitsgruppe „Operativer Informationsaustausch“. Ziel dieser AG ist es, u.a. durch frühzeitiges Einbringen von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen, Ermittlungsansätze zu identifizieren und geeignete strafprozessuale oder gefahrenabwehrrechtliche Maßnahmen durch die Polizeien des Bundes und der Länder zu ermöglichen oder fachlich zu ergänzen.

Die Übermittlung nachrichtendienstlich gewonnener Informationen macht in vielen Fällen polizeiliches Handeln überhaupt erst möglich.

Neben den Informationen, die zur Einleitung von strafprozessualen Ermittlungsverfahren oder Gefahrenabwehrvorgängen führen, sind nachrichtendienstlich gewonnene Informationen für Personen- und Sachverhaltsaufklärungen zum Zwecke der Erkenntnisgewinnung und -verdichtung unverzichtbar.

Mit Hilfe der durch die Nachrichtendienste an das BKA übermittelten Erkenntnisse konnten in der Vergangenheit nicht nur Ermittlungsverfahren und Gefahrenabwehrvorgängen eingeleitet werden; vielmehr fließen Erkenntnisse der Dienste auf Grunde von Erkenntnisanfragen und/oder -mitteilungen regelmäßig in solche Verfahren ein.

Gleiches gilt auch für die Zusammenarbeit in dem seit 2012 etablierten Gemeinsamen Extremismus- und Terrorismusabwehrzentrum (GETZ) für die anderen Phänomenbereiche der Politisch motivierten Kriminalität.

Ich kann Ihnen nicht genau spezifizieren, in wie vielen Fällen die mit dem TerrorBekämpfungG eingeführten Befugnisnormen für die Dienste zum Erkenntnisgewinn der Polizei beigetragen haben. Denn die im Rahmen von Erkenntnismitteilungen und Behördenerklärungen der Dienste sachaktenfähig übermittelten Informationen weisen die zu Grunde liegenden Befugnisnormen nicht aus.

Die mir zugänglichen Zahlen belegen allerdings, dass die Dienste von diesen Befugnissen maß- und verantwortungsvoll Gebrauch machen.

Die nachfolgenden zwei Beispielfälle belegen jedoch eindrucksvoll, dass insbesondere Erkenntnisse, die

- durch Auskünfte von Telekommunikations- und Telemedienanbietern zur Netzwerkaufklärung (vgl. §§ 8a, 8b BVerfSchG) sowie
- durch Ausschreibung im Schengener Informationssystem zur Mitteilung eines Antreffens (vgl. § 17 Absatz 3 BVerfSchG)

gewonnen wurden, von besonderer Bedeutung sind:

1. Mitte Oktober dieses Jahres hat eine nachrichtendienstliche Ausschreibung im SIS II zur Kontrolle eines deutschen Staatsangehörigen an einem Flughafen in Großbritannien geführt. Aufgrund der bestehenden Ausschreibung wurde die Person bei der Ausreise einer Durchsuchung unterzogen, die zum Auffinden von strafrechtlich relevanten Materialien (zwei Flaggen des IS, Videos von Enthauptungen und Nasheeds) und daraufhin zu seiner Festnahme führte. Die durch die britischen Behörden gewonnenen Erkenntnisse sowie Bezüge nach Nordrhein-Westfalen haben sowohl in Großbritannien als auch in NRW - unter Einbeziehung der AG Operativer Informationsaustausch - zu Maßnahmen und zur Einleitung von Ermittlungsverfahren gegen den deutschen Staatsangehörigen geführt. Die Erkenntnisse, die zu dieser Person im Vorfeld vorgelegen haben, hätten allein nicht für eine polizeiliche Ausschreibung im SIS II ausgereicht.
2. Über eine Mitteilung des BfV, die Informationen zu Telekommunikations- sowie Telemediendaten eines tunesischen Staatsangehörigen beinhaltete, konnte durch ergänzende Auswertungen im BKA festgestellt werden, dass dieser spätestens seit Mitte Mai 2018 Gegenstände und Stoffe, teilweise im Internet, erworben hatte, die für die Herstellung eines Sprengsatzes mit Freisetzung des Toxins Rizin benötigt werden. Im Rahmen von Durchsuchungsmaßnahmen an seiner Wohnanschrift in Köln konnte eine große Menge an Rizin-Bohnen sowie bereits hergestelltes

Rizin aufgefunden werden. Der tunesische Staatsangehörige beabsichtigte, in zeitlicher Nähe an einem unbekanntem Ort eine unter Verwendung der vorbezeichneten Gegenstände herzustellende USBV zu zünden, um eine große Anzahl von Menschen zu töten oder zu verletzen. Der Mann wurde zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Jahren, seine Ehefrau von acht Jahren, verurteilt. Durch die Zusammenarbeit von Nachrichtendiensten und Polizei konnte in diesem Fall erstmalig biowaffenfähiges Material sichergestellt und ein Anschlag mittels Biowaffen in Deutschland verhindert werden.

Deshalb darf ich abschließend an dieser Stelle ausdrücklich darum werben, der Entfristung der im Raum stehenden Befugnisnormen zuzustimmen.

Deutscher Bundestag

Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache

19(4)627 B

JOHANNES GUTENBERG
UNIVERSITÄT MAINZ



JOHANNES GUTENBERG-UNIVERSITÄT MAINZ - 55099 Mainz

FACHBEREICH 03

JURA

Lehrstuhl für Öffentliches Recht
und Informationsrecht, insbe-
sondere Datenschutzrecht

Universitätsprofessor
Dr. Matthias Bäcker

Johannes Gutenberg-
Universität Mainz
Jakob-Welder-Weg 9
55128 Mainz

Tel. +49 6131 39 28173

Fax +49 6131 39 28172

matthias.baecker@uni-mainz.de
www.baecker.jura.uni-mainz.de/

Stellungnahme

zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Entfristung von Vorschriften zur Terrorismusbekämpfung
(BT-Drs. 19/23706)

Gliederung

Ergebnisse	3
I. Gegenstand der Stellungnahme	4
II. Voraussetzungen von Überwachungsmaßnahmen der Nachrichtendienste des Bundes	5
1. Verfassungsrechtliche Maßstäbe	5
2. Verfassungsrechtliche Defizite der Überwachungsermächtigungen des BVerfSchG	8
3. (Zusätzliche) verfassungsrechtliche Defizite der Überwachungsermächtigungen des MADG und des BNDG	10
4. Normsystematische Defizite der Überwachungsermächtigungen im Nachrichtendienstrecht	11
5. Fazit	12
III. Datenübermittlungen durch die Nachrichtendienste des Bundes	13
1. Verfassungsrechtliche Defizite der Übermittlungsermächtigungen im geltenden Nachrichtendienstrecht	14
2. Bedeutung und Grenzen des Quellenschutzes	16

Ergebnisse

1. Die anstehende Entfristung der durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz und das Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz geschaffenen Regelungen gibt Anlass zu einer Reevaluation dieser Vorschriften und der damit im Zusammenhang stehenden Normen der Nachrichtendienstgesetze. Insbesondere sind sämtliche Eingriffsermächtigungen im Nachrichtendienstrecht an der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu messen, die wesentliche Klärungen für die verfassungsrechtliche Beurteilung solcher Regelungen erbracht hat. Daneben erscheint auch eine Gesamtschau des Nachrichtendienstrechts unter gesetzgebungstechnischen Gesichtspunkten angezeigt.
2. Bereits eine summarische und auf wenige Themenkomplexe beschränkte Prüfung zeigt erhebliche Defizite auf, die einen grundlegenden Reformbedarf im Nachrichtendienstrecht begründen:
 - a) Die Überwachungsermächtigungen der Nachrichtendienstgesetze stehen in keinem nachvollziehbaren systematischen Verhältnis zueinander. Teils sind sie überzogen restriktiv, überwiegend aber viel zu weit gefasst, so dass sie in erheblichem Ausmaß die verfassungsrechtlichen Anforderungen verfehlen. Geboten ist daher eine Reform der Eingriffstatbestände des Nachrichtendienstrechts, die nachrichtendienstliche Überwachungsmaßnahmen anhand ihrer Eingriffsintensität und ihres Erkenntnisziels ordnet und für sie aufgabenadäquate und verfassungsrechtlich tragfähige Voraussetzungen erarbeitet. In Zuge dieser Reform erscheint es auch angezeigt, die Ermächtigungen zu Telekommunikationsüberwachungen aus dem G 10 in die Fachgesetze der Nachrichtendienste zu überführen und den gegenwärtigen Regelungsansatz aufzugeben, nach dem die Befugnisse des Militärischen Abschirmdienstes und (vor allem) des Bundesnachrichtendienstes durch Verweise auf das BVerfSchG geregelt werden. Da die Eingriffstatbestände auf die Aufgaben der Nachrichtendienste zuzuschneiden sind, sollte zudem untersucht werden, ob die gegenwärtige Aufgabenordnung der Nachrichtendienste noch in jeder Hinsicht tragfähig ist.
 - b) Die Ermächtigungen zu Datenübermittlungen durch die Nachrichtendienste sind nahezu flächendeckend verfassungswidrig und bedürfen einer grundlegenden Überarbeitung. Diese sollte angesichts der großen praktischen Bedeutung und hohen grundrechtlichen Sensibilität solcher Datenübermittlungen zeitnah erfolgen.
 - c) Andererseits begünstigt das geltende Recht einen überzogenen Quellenschutz bei den Nachrichtendiensten, der schlimmstenfalls die operative Strafverfolgung und Gefahrenabwehr erheblich beeinträchtigen könnte. Der Schutz von Quellen und Arbeitsweise der Nachrichtendienste bei Datenübermittlungen bedarf darum dichter materieller Maßstäbe und flankierender prozeduraler Vorgaben.

4 I. Gegenstand der Stellungnahme

Der Gesetzentwurf sieht lediglich die Entfristung der durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz geschaffenen und durch das Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz aufrechterhaltenen, dabei teils modifizierten und ausgebauten Regelungen vor. Er bringt keine neuen Eingriffsermächtigungen und darauf bezogenen verfassungsrechtlichen Probleme mit sich.

Die Beratung des Entwurfs bietet jedoch die Gelegenheit, die zu entfristenden Regelungen im Lichte der Rechtsprechungsentwicklung seit ihrem erstmaligen Inkrafttreten im Jahr 2002 (nochmals) verfassungsrechtlich und legistisch (also unter gesetzgebungstechnischen Gesichtspunkten) zu würdigen und ggfs. Vorschläge zu ihrer Weiterentwicklung zu unterbreiten. Diese Würdigung sollte nicht punktuell bei den zur Entfristung anstehenden Regelungen verharren. Denn es wäre nur ein begrenzter Gewinn, wenn Mängel dieser Regelungen erkannt und abgestellt würden, gleichartige Mängel in eng verwandten Regelungen hingegen bestehen blieben. Schlimmstenfalls könnte ein solches punktuelles Vorgehen sogar neue Inkonsistenzen im Verhältnis zu anderen Regelungen und damit auch neue Interpretationsprobleme schaffen. Eine Reevaluation sollte darum die Nachrichtendienstgesetze des Bundes insgesamt als normativen Kontext der Regelungen einbeziehen, die unmittelbarer Gegenstand des Gesetzentwurfs sind.

Meine Stellungnahme soll einen Beitrag zur Reevaluation des Nachrichtendienstrechts leisten. Sie ist als erster Aufschlag zur Diskussion zu verstehen, nicht als umfassende Würdigung – dafür wäre eine längere Bearbeitungszeit erforderlich als die wenigen Tage, die mir zwischen meiner Benennung als Sachverständiger und der öffentlichen Anhörung zur Verfügung standen.

Ausgangspunkt der Stellungnahme ist die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Sicherheitsverfassungsrecht, die sich naturgemäß noch nicht im Detail absehen ließ, als die zur Entfristung anstehenden Regelungen geschaffen wurden. Insbesondere die in diesem Jahr ergangenen Entscheidungen zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung (im Folgenden: BNDG-Urteil)¹ und zur Bestandsdatenauskunft (im Folgenden: Bestandsdatenbeschluss)² haben für das Nachrichtendienstrecht verfassungsrechtliche Klärungen erbracht, die gerade auch für diese Regelungen bedeutsam sind. Zwei Themenkomplexe stechen dabei hervor: zum einen die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen für Überwachungsmaßnahmen der Nachrichtendienste (unten II), zum anderen die Ermächtigungen zu Datenübermittlungen durch die Nachrichtendienste (unten III). Auf sie beschränken sich die folgenden Ausführungen.

¹ BVerfG, Urteil vom 19. Mai 2020 – 1 BvR 2835/17.

² BVerfG, Beschluss vom 27. Mai 2020 – 1 BvR 1873/13.

5 II. Voraussetzungen von Überwachungsmaßnahmen der Nachrichtendienste des Bundes

Die Ermächtigungen zu verdeckten Überwachungsmaßnahmen in den Nachrichtendienstgesetzen des Bundes weisen zahlreiche verfassungsrechtliche und legistische Defizite auf. Es fehlt an einem nachvollziehbaren systematischen Regelungsansatz, der Überwachungsmaßnahmen nach ihren Erkenntniszielen und ihrer Eingriffsintensität ordnet und differenziert reguliert. Stattdessen findet sich ein undurchsichtiges Geflecht von Ermächtigungen, die nachrichtendienstliche Überwachungsmaßnahmen teils nur unter überzogen strengen, überwiegend allerdings unter viel zu weit gefassten Voraussetzungen zulassen. Zusätzliche Interpretationsprobleme und verfassungsrechtliche Defizite schafft die vom Gesetzgeber gewählte Regelungstechnik, das BVerfSchG als Leitordnung des Nachrichtendienstrechts auszugestalten und die Befugnisse des Militärischen Abschirmdienstes und des Bundesnachrichtendienstes im Wesentlichen durch Verweise auf dieses Gesetz zu regulieren.

1. Verfassungsrechtliche Maßstäbe

Bis vor kurzem waren die verfassungsrechtlichen Maßstäbe für Überwachungsermächtigungen im Nachrichtendienstrecht wenig geklärt. Das Bundesverfassungsgericht hatte sich zwar immer wieder mit solchen Regelungen zu befassen, beschränkte sich aber auf jeweils maßnahmespezifische Ausführungen, denen sich allgemeine Kriterien allenfalls im Wege einer Extrapolation entnehmen ließen.³

Im Bestandsdatenbeschluss hat das Bundesverfassungsgericht nunmehr Maßstäbe herausgearbeitet, denen alle Ermächtigungen zu auf Einzelpersonen bezogenen Überwachungsmaßnahmen genügen müssen. Insbesondere sind sie auch für Ermächtigungen zu Überwachungsmaßnahmen zu beachten, die eine lediglich geringe bis mittlere Eingriffsintensität aufweisen. Das Gericht knüpft hierzu an die Kriterien für präventivpolizeiliche Überwachungsmaßnahmen an, die es in seinem Urteil zum BKA-Gesetz⁴ zusammengeführt und konsolidiert hat.⁵

Auf den ersten Blick überrascht diese Maßstabsbildung, da der Aufklärungsauftrag der Nachrichtendienste gemeinhin weiter im Vorfeld von Rechtsgutsbeeinträchtigungen verortet wird als die polizeiliche Aufgabe der Gefahrenabwehr. Zudem verfügen die Nachrichtendienste anders als Polizeibehörden nicht über Befugnisse zur Gefahrenabwehr mit Befehl und Zwang. Dem wurde bislang vielfach entnommen, dass Überwachungsmaßnahmen der Nachrichtendienste unter niedrigeren Voraussetzungen gerechtfertigt werden können als entsprechende polizeiliche Maßnahmen.⁶ Die gleichläufige Maßstabsbildung für Überwachungsmaßnahmen von Polizeibehörden und von Nachrichtendiensten erhellt sich jedoch, wenn der Hintergrund des Urteils zum

³ Vgl. zu der früheren Rechtsprechung und einem Systematisierungsversuch beispielsweise Bäcker, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. 2018, Rn. B 247 ff.; ders., in: Dietrich/Gärditz/Graulich/Gusy/Warg, Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat, 2018, S. 137 (144 ff.), m.w.N.

⁴ BVerfGE 141, 220.

⁵ Bestandsdatenbeschluss, Rn. 151; vgl. auch BNDG-Urteil, Rn. 141.

⁶ Vgl. statt vieler Unterreitmeier, GSZ 2018, S. 1 ff. mit Erwiderung Masing, ebd. S. 6 f.

⁶ BKA-Gesetz in den Blick genommen wird. Die in diesem Urteil überprüften Überwachungs-ermächtigungen bildeten den – vorläufigen – Höhepunkt einer sicherheitspolitischen und legislativen Entwicklung, in deren Verlauf der Polizei immer weitergehend die Aufgabe zugemessen wurde, komplexe kriminelle Strukturen auch unabhängig von sozialen Krisenlagen im Einzelfall aufzuklären, um sie schließlich zu zerschlagen oder zumindest möglichst wirkungsvoll zu stören. Diese Entwicklung war politisch wie verfassungsrechtlich höchst umstritten. Für die verfassungsrechtliche Praxis hat das Urteil zum BKA-Gesetz diesen Streit beendet. Das Bundesverfassungsgericht akzeptiert darin die Vorverlagerung des präventivpolizeilichen Rechtsgüterschutzes prinzipiell, setzt ihr jedoch zugleich Grenzen. Da die Entwicklung des Polizeirechts präventivpolizeiliche und nachrichtendienstliche Aufklärungsaufträge einander angenähert hat – durchaus treffend wurde von einer „Vernachrichtendienstlichung“ der Polizei gesprochen⁷ –, liegt es nahe, diese Grenzen auf Überwachungsermächtigungen des Nachrichtendienstrechts zu übertragen.

Auf der Grundlage des Bestandsdatenbeschlusses und des Urteils zum BKA-Gesetz sind primär zwei Parameter maßgeblich, um eine Überwachungsermächtigung im Nachrichtendienstrecht verfassungsrechtlich zu beurteilen. Zum einen muss die Ermächtigung die geregelte Überwachungsmaßnahme an eine hinreichend aussagekräftige tatsächliche Eingriffsschwelle binden. Zum anderen muss sie einem hinreichend gewichtigen Rechtsgüterschutz dienen. Beide Parameter stehen in einem partiellen wechselseitigen Kompensationsverhältnis. Je weiter also die tatsächliche Eingriffsschwelle ins Vorfeld von Rechtsgutsverletzungen verlagert wird, desto höher fallen die Anforderungen an den Rechtsgüterschutz aus und umgekehrt.⁸

Zur Konturierung der Anforderungen an die tatsächliche Eingriffsschwelle greift das Bundesverfassungsgericht auf ein dreistufiges Modell zurück. Die erste Stufe bildet die hergebrachte präventivpolizeiliche Eingriffsschwelle der konkreten Gefahr, also die Prognose eines konkreten Schadensereignisses, das sich nach Art, Ort, Zeit und Beteiligten konturiert abzeichnet.⁹ Auf der zweiten Stufe steht eine „konkretisierte Gefahr“,¹⁰ die vorliegt, „wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt, sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen. Die Tatsachen müssen dafür zum einen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann“. ¹¹ Die dritte Stufe bildet die – zumindest tendenziell noch weiter

⁷ Baldus, Die Verwaltung 47 (2014), S. 1 (4); Löffelmann, GSZ 2018, S. 85 (86).

⁸ Bestandsdatenbeschluss, Rn. 147.

⁹ BVerfGE 141, 220 (271 f.); Bestandsdatenbeschluss, Rn. 146.

¹⁰ So die Terminologie im Bestandsdatenbeschluss, Rn. 152. Der Beschluss ist allerdings begrifflich nicht konsistent. Teilweise werden auch beide Formen der Vorverlagerung als „konkretisierte Gefahr“ bezeichnet, vgl. etwa ebd., Rn. 180.

¹¹ BVerfGE 141, 220 (272); Bestandsdatenbeschluss, Rn. 148.

7 ins Gefahrvorfeld verlegte – Eingriffsschwelle der „drohenden Gefahr“.¹² Diese besteht, „wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird.“¹³

Diese Formulierungen, die zwischenzeitlich Eingang in viele Polizeigesetze gefunden haben, sind schwierig zu interpretieren, da sie sich weder an hergebrachten polizeirechtlichen Tatbestandsmustern orientieren noch an vorausgehende rechtsdogmatische Systematisierungen anknüpfen. Was genau unter einer „konkretisierten Gefahr“ und unter einer „drohenden Gefahr“ zu verstehen ist, ist darum höchst umstritten.¹⁴ Für die Nachrichtendienste hat das Bundesverfassungsgericht im Bestandsdatenbeschluss immerhin klargestellt, dass es ausreicht, wenn eine Überwachungsmaßnahme „zur Aufklärung einer bestimmten, nachrichtendienstlich beobachtungsbedürftigen Aktion oder Gruppierung im Einzelfall geboten ist“.¹⁵

Hinsichtlich des Rechtsgüterschutzes ergibt sich für die Nachrichtendienste die Besonderheit, dass ihr Aufgabenbereich von vornherein nur den Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter umfasst. Ermächtigungen zu Überwachungsmaßnahmen geringer oder mittlerer Eingriffsintensität bedürfen daher auch dann keiner qualifizierenden Anforderungen an den Rechtsgüterschutz, wenn die tatsächliche Eingriffsschwelle ins Vorfeld konkreter Gefahren vorverlagert wird.¹⁶ Für Überwachungsmaßnahmen hoher und höchster Eingriffsintensität, wie sie Gegenstand des Urteils zum BKA-Gesetz waren, bedarf es hingegen auch im Nachrichtendienstrecht einer tatbestandlichen Beschränkung auf den Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter,¹⁷ zu denen insbesondere Leib, Leben und Freiheit der Person sowie der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes zählen.¹⁸

Schließlich müssen Ermächtigungen zu eingriffsintensiven¹⁹ individualbezogenen Überwachungsmaßnahmen regeln, gegen wen sich die Überwachung richten darf. Insbesondere eine gezielte Überwachung von Personen, gegen die selbst keine nachrichtendienstlichen Verdachtsmomente bestehen, ist nur zulässig, wenn diese Personen eine besondere individuelle Nähe zum Aufklärungsanlass aufweisen. Dies ist spezifisch und normenklar für die in Betracht kommenden Personenkategorien (etwa Nachrichtenmittler oder Kontaktpersonen) gesetzlich zu regeln.²⁰

¹² Vgl. Bestandsdatenbeschluss, Rn. 152.

¹³ BVerfGE 141, 220 (272 f.); Bestandsdatenbeschluss, Rn. 149.

¹⁴ Vgl. beispielhaft die divergierenden Interpretationen und Bewertungen bei Möstl, in: Kulick/Goldhammer, Der Terrorist als Feind?, 2020, S. 67 (71 ff.); Bäcker, ebd., S. 147 (155 ff.); beide m.w.N. zum Schrifttum.

¹⁵ Bestandsdatenbeschluss, Rn. 151.

¹⁶ Vgl. allgemein zum Bestandsdatenabruf Bestandsdatenbeschluss, Rn. 151; zum Sonderfall der Auflösung einer dynamischen IP-Adresse ebd., Rn. 182.

¹⁷ Vgl. zu Ansätzen einer Kategorienbildung Bestandsdatenbeschluss, Rn. 150.

¹⁸ BVerfGE 120, 274 (328); 125, 260 (330); 141, 220 (270 f.).

¹⁹ Bei weniger eingriffsintensiven Überwachungsmaßnahmen bedarf es keiner flankierenden Betroffenenregelungen, vgl. Bestandsdatenbeschluss, Rn. 146.

²⁰ BVerfGE 141, 220 (274 f.).

8 2. Verfassungsrechtliche Defizite der Überwachungsermächtigungen des BVerfSchG

Nach diesen Maßstäben begegnen die Überwachungsermächtigungen im BVerfSchG in weitem Umfang erheblichen verfassungsrechtlichen Zweifeln. Zumindest beträchtliche Interpretationsprobleme bergen auch die durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz und das Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz geschaffenen Ermächtigungen.

Bereits beanstandet hat das Bundesverfassungsgericht die Ermächtigungen zum Abruf von Telekommunikations-Bestandsdaten in § 8d Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG, da sie trotz der vergleichsweise geringen Eingriffsintensität der geregelten Maßnahme den Anforderungen an die tatsächliche Eingriffsschwelle nicht genügen.²¹ Diese Regelungen erlauben Bestandsdatenabrufe, soweit sie zur Erfüllung der Aufgaben des Bundesamts für Verfassungsschutz erforderlich sind. Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dieser Eingriffstatbestand umfasse auch rein strategische Auskunftsinteressen oder die Abrundung eigener Informationsbestände. Angesichts des breit gefassten Aufklärungsauftrags des Bundesamts für Verfassungsschutz gewährleiste er nicht, dass die Auskunft im Einzelfall zumindest zur Aufklärung einer bestimmten beobachtungsbedürftigen Aktion oder Gruppierung erforderlich sein müsse.²²

Verfassungsrechtlich kaum haltbar erscheint daneben der in § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BVerfSchG enthaltene allgemeine Eingriffstatbestand für den Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel. Diese Regelung erlaubt Eingriffsmaßnahmen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass damit Erkenntnisse über Bestrebungen oder Tätigkeiten nach § 3 Abs. 1 BVerfSchG oder über die zur Erforschung solcher Erkenntnisse erforderlichen Quellen gewonnen werden können. Sie setzt damit nicht normenklar voraus, dass bereits eine bestimmte, nachrichtendienstlich beobachtungsbedürftige Aktion oder Gruppierung angegeben werden kann, die beobachtet werden soll. Der gesetzliche Eingriffstatbestand lässt sich vielmehr so interpretieren, dass er auch weitgehend ungerichtete, an strategischen Aufklärungskonzepten orientierte Maßnahmen der Verdachtsgewinnung oder Milieuaufklärung ermöglicht, die eine einzelfallbasierte Überwachung erst vorbereiten. Das Erfordernis vorangehender Tatsachen ändert hieran nichts. Auch derartige strategische Maßnahmen erfolgen nicht auf der Grundlage reiner Spekulation, sondern knüpfen an Tatsachen an, die allerdings noch deutlich weniger verdichtet sein können, als es das Bundesverfassungsgericht fordert.

Zudem genügt § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BVerfSchG nicht durchweg den verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Gewicht des Rechtsgüterschutzes. Diese Regelung ermöglicht – teils durch Verweise aus anderen Vorschriften wie insbesondere § 9a Abs. 1 Satz 1 und § 9b Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG – auch Überwachungsmaßnahmen hoher Eingriffsintensität wie Video- und Audioaufnahmen außerhalb von Wohnungen, langfristige Observationen oder den gezielt gegen bestimmte Personen gerichteten Einsatz von Vertrauensleuten und Verdeckten Mitarbeitern.²³

²¹ Bestandsdatenbeschluss, Rn. 218, 239.

²² Bestandsdatenbeschluss, Rn. 218.

²³ Vgl. zur Eingriffsintensität dieser Maßnahmen BVerfGE 141, 220 (287, 289 f.).

⁹ Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung solcher Maßnahmen bedarf es auch im Nachrichtendienstrecht qualifizierender Anforderungen an den Rechtsgüterschutz, die § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BVerfSchG jedoch nicht enthält. Unzureichend ist auch die für den dauerhaften Einsatz von Vertrauensleuten und Verdeckten Mitarbeitern in § 9a Abs. 1 Satz 2 BVerfSchG geregelte Anforderung, dass die Aufklärung auf Bestrebungen von erheblicher Bedeutung gehen abzielen muss, da dieser Begriff die gebotene Qualifikation bei weitem nicht präzise genug formuliert.

Schließlich enthält § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BVerfSchG keine Vorgaben zu den Zielpersonen nachrichtendienstlicher Mittel. Neben den Angehörigen verfassungsfeindlicher Strukturen oder sonstigen Akteuren verfassungsfeindlicher Bestrebungen könnten demnach im Rahmen einer „Umfeldüberwachung“²⁴ gezielt Unverdächtige überwacht werden, bei denen aufgrund ihrer – möglicherweise nur vagen – Verbindungen zu solchen Personen verfassungsschutzrelevante Erkenntnisse oder Ermittlungsansätze erwartet werden. Angesichts der Eingriffsintensität, die der Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel aufweisen kann, bedarf es jedoch flankierender Betroffenenregelungen, welche die zulässigen Zielpersonen der Überwachung normenklar abgrenzen.

Die durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz und das Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz geschaffenen Ermächtigungen in § 8a und § 9 Abs. 4 BVerfSchG errichten hingegen zwar zumindest auf den ersten Blick weitaus strengere Voraussetzungen. Bei näherer Betrachtung ergeben sich allerdings erhebliche Ungereimtheiten und Unklarheiten. Die verschiedenen Ermächtigungen setzen weitgehend übereinstimmend voraus, dass tatsächliche Anhaltspunkte oder Tatsachen²⁵ schwerwiegende Gefahren für die in § 3 Abs. 1 BVerfSchG genannten Schutzgüter nahelegen. § 8a Abs. 3 BVerfSchG fordert zudem für die meisten Maßnahmen ein spezifisches Näheverhältnis der betroffenen Person zu der Gefahr.

Schwierigkeiten bereitet in diesen Regelungen der Begriff der schwerwiegenden Gefahr. Wird er im Sinne der hergebrachten polizeirechtlichen konkreten Gefahr verstanden, so genügen die gesetzlichen Eingriffstatbestände ohne weiteres den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Ein solches Verständnis liegt jedoch fern und wird, soweit ersichtlich, auch nicht vertreten. Bei dieser Interpretation liefen nämlich die Überwachungsermächtigungen in § 8a und § 9 Abs. 4 BVerfSchG zumindest hinsichtlich besonders bedeutsamer Schutzgüter wie der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und dem Bestand von Bund und Ländern weitgehend leer. Denn selbst hochgradig gefährliche Bestrebungen können diese Hauptschutzgüter des Verfassungsschutzes kaum ernsthaft schädigen. Sollte eine Krisenlage, in der diese Güter akut bedroht sind,

²⁴ BVerfGE 141, 220 (273).

²⁵ Die Differenzierung zwischen tatsächlichen Anhaltspunkten und Tatsachen soll ersichtlich unterschiedliche strenge tatsächliche Eingriffsschwellen markieren. Es steht jedoch zu bezweifeln, dass sie sich auch nur halbwegs trennscharf operationalisieren lässt, da tatsächliche Anhaltspunkte letztlich gleichfalls Tatsachen sind, vgl. zu unterschiedlichen ansetzenden Abgrenzungsvorschlägen etwa Gnüchtel, NVwZ 2016, S. 13 (16); Mallmann, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, § 8a BVerfSchG Rn. 16; wie hier kritisch etwa Gärditz, in: Dietrich/Eiffler, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, VI § 1 Rn. 31; Dietrich, ebd. VI § 2 Rn. 130 f.

¹⁰ hingegen einmal eintreten, so erschiene fragwürdig, welchen Beitrag nachrichtendienstliche Aufklärungsmaßnahmen noch zu ihrer Bewältigung erbringen können. Um den Eingriffstatbestand praktikabel zu handhaben, bedarf es daher eines spezifisch nachrichtendienstlichen Gefahrbegriffs, dessen Konturen jedoch weitgehend unscharf sind. Die Interpretationsansätze im Schrifttum illustrieren diesen Befund. So wird der Eingriffsanlass als abstrakte Gefahr verstanden,²⁶ ohne allerdings näher zu erörtern, inwieweit dieser auf die abstrakt-generelle Regulierung von typischerweise gefährlichen Handlungen durch Rechtsverordnung zugeschnittene Begriff geeignet sein soll, konkrete nachrichtendienstliche Überwachungsmaßnahmen anzuleiten. Teilweise wird das Erfordernis einer Gefahr nicht eigenständig erörtert, sondern maßgeblich auf die gesetzlich geforderte Tatsachenbasis abgehoben.²⁷ Die in § 8a und § 9 Abs. 4 BVerfSchG enthaltenen Überwachungsvoraussetzungen sind damit insgesamt entweder angesichts der überwiegend begrenzten Eingriffsintensität der geregelten Maßnahmen überzogen streng²⁸ oder weitgehend konturenlos formuliert. Hieraus ergeben sich unter dem Gesichtspunkt der Normenklarheit auch verfassungsrechtliche Bedenken.

3. (Zusätzliche) verfassungsrechtliche Defizite der Überwachungsermächtigungen des MADG und des BNDG

Die Überwachungsermächtigungen im MADG und im BNDG verweisen in weitem Umfang auf das BVerfSchG, um die zulässigen Eingriffsmaßnahmen zu beschreiben. Hinsichtlich der Eingriffsvoraussetzungen finden sich allerdings Sonderregelungen, die den abweichenden Aufgaben dieser Dienste Rechnung tragen sollen. Diese Regelungen weisen teils zusätzliche verfassungsrechtliche Defizite auf.

So setzen die allgemeinen Ermächtigungen zum Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel in § 5 Satz 1 Hs. 1 Nr. 1 MADG und § 5 Satz 1 BNDG abweichend von § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BVerfSchG voraus, dass die Datenerhebung zur Aufgabenerfüllung erforderlich ist. Sie stimmen damit tatbestandlich mit dem vom Bundesverfassungsgericht bereits verworfenen § 8d Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG überein und sind als offensichtlich verfassungswidrig anzusehen, zumal die geregelten Eingriffsmaßnahmen teils weitaus schwerer wiegen als ein Bestandsdatenabruf und die gesetzliche Aufgabe des Bundesnachrichtendienstes noch weitaus offener formuliert ist als die Aufgabe des Bundesamts für Verfassungsschutz. Gleiches gilt für den durch das Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz geschaffenen § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNDG, der hinsichtlich des in § 8a Abs. 1 BVerfSchG geregelten Abrufs von Post- und Telemedienbestandsdaten²⁹ das Erfordernis einer schwerwiegenden Gefahr durch die bloße Erforderlichkeit zur Aufgabenerfüllung ersetzt.

²⁶ Gärditz, in: Dietrich/Eiffler, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, VI § 1 Rn. 26.

²⁷ Vgl. Mallmann, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, § 8a BVerfSchG Rn. 7 und 16.

²⁸ So die Kritik von Gnüchtel, NVwZ 2016, S. 13 (15 f.) und Gärditz, in: Dietrich/Eiffler, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, VI § 1 Rn. 28.

²⁹ Der im Gesetz verwendete Begriff der Teledienste ist obsolet.

¹¹ Darüber hinaus ergeben sich aus der gesetzlichen Verweistechnik teilweise erhebliche Interpretationsprobleme, die verfassungsrechtliche Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Normenklarheit begründen. Dies lässt sich beispielhaft an § 5 BNDG aufzeigen. Diese Vorschrift regelt in Satz 1, dass der Bundesnachrichtendienst nachrichtendienstliche Mittel einsetzen darf, wenn dies zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist. Sodann ordnet § 5 Satz 2 BNDG die entsprechende Anwendung von § 9, § 9a und § 9b BVerfSchG an. Worauf genau sich diese Verweisung bezieht und was in diesem Kontext unter einer entsprechenden Anwendung zu verstehen ist, ist in hohem Maße unklar. So erstreckt sich die Verweisung dem Wortlaut nach auf die von § 5 Satz 1 BNDG gerade abweichenden und auf den Bundesnachrichtendienst angesichts seiner abweichenden Aufgabenstellung auch nicht passenden Eingriffsvoraussetzungen in § 9 Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG. Die Verweisung erzeugt so einen Normwiderspruch innerhalb von § 5 BNDG, der in einer Ermächtigung zu verdeckten Überwachungsmaßnahmen nicht hinzunehmen ist. Darüber hinaus verweist § 5 Satz 2 BNDG auch auf die Ermächtigungen zum Einsatz von IMSI-Catchern in § 9 Abs. 4 BVerfSchG sowie zum Einsatz von Vertrauensleuten und Verdeckten Mitarbeitern in § 9a Abs. 1 und § 9b Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG, ohne die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Ermächtigungen zu modifizieren. Die im BVerfSchG geregelten Voraussetzungen passen jedoch offenkundig nicht auf den Bundesnachrichtendienst, ohne dass klar würde, welche interpretatorischen Anpassungen im Rahmen ihrer entsprechenden Anwendung angezeigt sind.

4. Normsystematische Defizite der Überwachungsermächtigungen im Nachrichtendienstrecht

Bereits die verfassungsrechtlichen Ausführungen erhellen, dass die Eingriffstatbestände der Überwachungsermächtigungen im geltenden Nachrichtendienstrecht neben teils zu weit gefassten Eingriffsvoraussetzungen erhebliche Unklarheiten aufweisen. Sehr unklar ist auch ihr Verhältnis zueinander.

Schon innerhalb des BVerfSchG finden sich ganz unterschiedliche Tatbestandsfassungen für verschiedene individualgerichtete Überwachungsmaßnahmen, die sich nicht auf Sachgründe zurückführen lassen, soweit diese Maßnahmen eine vergleichbare Eingriffsintensität aufweisen. So leuchtet es nicht ein, warum die Erhebung einzelner Kontobewegungen einer Person nur unter den – bei einer am Normwortlaut orientierten Interpretation – sehr strengen Voraussetzungen des § 8a Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BVerfSchG zulässig ist, während eine längerfristige Observation dieser Person unter Einsatz technischer Mittel zur Bild- und Tonaufzeichnung durch § 9 Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG annähernd voraussetzungslos zugelassen wird.

Auch aus systematischer Sicht kritikwürdig ist zudem die Regelungstechnik des BNDG, das zur Beschreibung der nachrichtendienstlichen Mittel und ihrer Voraussetzungen in weitem Umfang auf das BVerfSchG verweist. Angesichts der erheblich divergierenden Aufgaben beider Dienste drängt sich auf, dass auch die zugehörigen Befugnistatbestände unterschiedlich gestaltet werden. Die Verweistechnik des BNDG schafft darum nahezu zwangsläufig Unklarheiten und führt dazu, dass das Gesetz sehr schlecht lesbar ist.

¹² Die Verwirrung nimmt schließlich noch zu, wenn das – in dieser Stellungnahme bislang ausgeblendete – G 10 mit einbezogen wird. Die Ermächtigungen zu individualgerichteten Telekommunikationsüberwachungen in § 3 Abs. 1 G 10 beruhen auf einem vollkommen anderen Regelungsansatz als die Eingriffstatbestände der Nachrichtendienstgesetze, indem sie statt auf Aufgaben oder Schutzgüter auf drohende oder begangene Straftaten abstellen. Dieser Ansatz lässt sich – ebenso wie die Auslagerung der Telekommunikationsüberwachung in ein eigenes Gesetz – rechtshistorisch erklären, erscheint aber sachlich sehr fragwürdig, da die Nachrichtendienste weder zur Verfolgung noch unmittelbar zur Verhinderung von Straftaten berufen sind.³⁰ Darüber hinaus reguliert auch § 3 Abs. 1 G 10 alle Nachrichtendienste einheitlich, was angesichts ihrer unterschiedlichen Aufgaben wiederum befremdet.

5. Fazit

Die verfassungsrechtlichen und normsystematischen Defizite der Überwachungsermächtigungen im geltenden Nachrichtendienstrecht lassen sich durch punktuelle Reparaturen einzelner Normen nicht beheben. Solche Reparaturen würden vielmehr – wie das Beispiel der gerade im Vergleich eher überzogen strengen Überwachungsermächtigungen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes zeigt – mit hoher Wahrscheinlichkeit zu Folgeproblemen führen.

Erforderlich ist daher eine grundlegende Reform der Eingriffstatbestände des Nachrichtendienstrechts. Hierfür seien einige Eckpunkte zur Diskussion gestellt:³¹

- Die Nachrichtendienstgesetze des Bundes sollten entflochten und die bisherige Verweisteknik im MADG und im BNDG aufgegeben werden. Insbesondere für den Bundesnachrichtendienst werden Überwachungsermächtigungen benötigt, deren Tatbestände sich an der spezifischen Aufgabe dieses Dienstes ausrichten.
- Die regelungstechnische Sonderstellung der Telekommunikationsüberwachung ist obsolet. Das G 10 sollte aufgelöst und die Ermächtigung zu Telekommunikationsüberwachungen – mit jeweils aufgabenspezifischen Anpassungen – in die Nachrichtendienstgesetze überführt werden. Aus den weiteren Regelungsgehalten des G 10 ergibt sich kein Gegenargument. Die besonderen institutionellen Arrangements des G 10 (insbesondere die Kontrolle durch die G 10-Kommission) könnten auch in diesen Gesetzen implementiert werden, die ohnehin schon heute in institutioneller Hinsicht teils auf das G 10 verweisen. Die Mitregelung der Telekommunikationsüberwachung durch Landesbehörden im G 10 ist kompetenzrechtlich sehr zweifelhaft³² und sachlich nicht gerechtfertigt, da die Regulierung anderer, vergleichbar

³⁰ Vgl. daneben zu den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 3 Abs. 1 G 10 Bäcker, Erhebung, Bevorratung und Übermittlung von Telekommunikationsdaten durch die Nachrichtendienste des Bundes, Stellungnahme zur Anhörung des NSA-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestags am 22. Mai 2014, S. 3 ff.

³¹ Vgl. auch den ausführlicheren, aufgrund der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts teils revisionsbedürftigen Arbeitsplan bei Bäcker, in: Dietrich/Gärditz/Graulich/Gusy/Warg, Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat, 2018, S. 137 (149 ff.).

³² Vgl. einerseits Bäcker, DÖV 2011, S. 840 (844); ders., GSZ 2018, 213 (215 f.); Bergemann, NVwZ 2015, S. 1705 (1706); Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 87 Rn. 5; andererseits Risse/Kathmann DÖV 2012, 555

- 13 eingriffsintensiver Überwachungsmaßnahmen bereits jetzt vollständig in der Hand der Landesgesetzgeber liegt.
- Die Eingriffstatbestände der Überwachungsermächtigungen in den Nachrichtendienstgesetzen müssen jeweils an die spezifischen Aufgaben der Dienste und an die Eingriffsintensität der jeweiligen Überwachungsmaßnahme angepasst werden. Hierfür muss die Eingriffsintensität der unterschiedlichen nachrichtendienstlichen Mittel evaluiert werden. Sodann sind anhand der Regelungsparameter tatsächliche Eingriffsschwelle, Rechtsgüterschutz und Betroffene aufgabenbezogene Regelungsmuster für Überwachungsmaßnahmen unterschiedlicher Eingriffsintensität zu entwickeln. Für Maßnahmen, die vergleichbare Erkenntnisziele verfolgen (etwa der gezielt personengerichteten Aufklärung dienen) und eine vergleichbare Eingriffsintensität aufweisen, sollten im Sinne systematischer Klarheit möglichst dieselben Eingriffstatbestände verwendet werden, was Detailanpassungen nicht ausschließt (etwa die Regelung gezielter Telekommunikationsüberwachungen gegen Kommunikationsmittler, während diese Kategorie von Zielpersonen auf andere Überwachungsmaßnahmen nicht passt). Eine gemeinsame Regulierung unterschiedlich eingriffsintensiver Überwachungsmaßnahmen, wie sie gegenwärtig etwa die allgemeine Regelung zum Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel kennzeichnet, führt hingegen zwangsläufig entweder zu einer Überregulierung oder zu einem Verfassungsverstoß und muss darum vermieden werden.
 - Da sich die Überwachungsermächtigungen nur spezifisch für die unterschiedlichen Aufgaben der Nachrichtendienste konturieren lassen, sollte im Rahmen der angezeigten Reform des Nachrichtendienstrechts auch die Aufgabenordnung überprüft werden. So lässt sich fragen, wie tragfähig die Unterscheidung von Inlands- und Auslandsaufklärung angesichts zunehmender Verflechtungen von Krisenlagen und Akteuren im In- und Ausland sowie vor dem Hintergrund der Bedeutung des Internet als bei weitem nicht nur kommunikationsbezogene Basisinfrastruktur heute noch ist. Je nachdem, welche Schlüsse aus einer solchen Überprüfung gezogen würden, könnten auch auf der Befugnisebene noch weitergehende Neukonzeptionen erforderlich werden. Im Übrigen ergäben sich potenziell weitreichende Auswirkungen auch für Themenkreise, die in dieser Stellungnahme nicht behandelt werden können, wie etwa die Kontrolle der Dienste.

III. Datenübermittlungen durch die Nachrichtendienste des Bundes

Die Ermächtigungen zu Datenübermittlungen durch die Nachrichtendienste beruhen auf veralteten Regelungsansätzen³³ und stehen ganz überwiegend mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht in Einklang. Darüber hinaus begünstigt das geltende Recht einen überzogenen Quellenschutz, der die operative Gefahrenabwehr und Strafverfolgung auch in gravierenden Fällen erheblich behindern kann.

ff.; Gärditz AöR 144 (2019), 81 (91 ff.); Huber, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. 2019, Rn. 20 vor § 1 G 10.

³³ So ausdrücklich bereits BNDG-Urteil, Rn. 319.

14 1. Verfassungsrechtliche Defizite der Übermittlungsermächtigungen im geltenden Nachrichtendienstrecht

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Übermittlungsermächtigungen im Nachrichtendienstrecht sind geklärt. Datenübermittlungen bedürfen einer normenklaren gesetzlichen Ermächtigung, welche die Übermittlung nach dem Kriterium einer hypothetischen Datenneuerhebung an ein hinreichend gewichtiges Ziel des Rechtsgüterschutzes oder der Strafverfolgung und an einen tatsächlichen Ermittlungsansatz bindet.³⁴ Insbesondere wenn personenbezogene Daten durch eine eingriffsintensive Überwachungsmaßnahme erlangt wurden, die verfassungsrechtlich nur zum Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter gerechtfertigt werden kann, darf auch die Übermittlung nur zum Schutz solcher Rechtsgüter oder zur Verfolgung schwerer Straftaten zugelassen werden. Bei Übermittlungen zur Strafverfolgung sind die anlassgebenden Straftaten grundsätzlich in einem abschließenden Katalog zu benennen. Übermittlungen mit präventiver Ausrichtung dürfen gleichfalls an einen Straftatbestand gebunden werden, der aber nach spezifisch präventiven Kriterien zusammenzustellen ist. Insbesondere darf er nicht auf Straftatbestände verweisen, die durch eine Pönalisierung von Vorbereitungshandlungen oder bloßen Rechtsgutsgefährdungen die Strafbarkeit ins Vorfeld von Schädigungen verlagern, da ansonsten der Übermittlungsanlass in tatsächlicher Hinsicht zu entgrenzen droht.³⁵

Diese Anforderungen verfehlen die Übermittlungsermächtigungen im geltenden Nachrichtendienstrecht nahezu flächendeckend.

Zu den meisten von ihnen hat das Bundesverfassungsgericht dies bereits in seinem BNDG-Urteil festgestellt.³⁶ Die Ausführungen darin beziehen sich zwar ausdrücklich – entsprechend dem Verfahrensgegenstand – lediglich auf personenbezogene Daten, die der Bundesnachrichtendienst im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung erlangt hat. Sie lassen sich jedoch, zumindest soweit es um den verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsgüterschutz geht,³⁷ ohne weiteres auf sämtliche nachrichtendienstlichen Mittel übertragen, die intensiv in Grundrechte eingreifen.

Daneben weisen auch die Übermittlungsermächtigungen des Nachrichtendienstrechts, die nicht Gegenstand des BNDG-Urteils waren, erhebliche verfassungsrechtliche Defizite auf.

Dies gilt zum einen für die Ermächtigung zur Übermittlung personenbezogener Daten, die durch nachrichtendienstliche Mittel gewonnen wurden, an bestimmte operativ tätige Behörden in § 19 Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG (auch i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 1 MADG oder § 24 Abs. 1 Satz 3 BNDG). Zunächst ist der Anwendungsbereich dieser Regelung zu eng zugeschnitten, da auch die Übermittlung solcher Daten an andere Behörden (beispielsweise an die Gewerbeaufsicht oder die Migrationsverwaltung) dem Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung genügen muss.

³⁴ BVerfGE 141, 220 (326 ff.); BNDG-Urteil, Rn. 216 ff.

³⁵ BNDG-Urteil, Rn. 221.

³⁶ BNDG-Urteil, Rn. 310 ff.

³⁷ Hinsichtlich des tatsächlichen Übermittlungsanlasses orientiert sich das Bundesverfassungsgericht an den besonders strengen Anforderungen, die es für Daten aus Wohnraumüberwachungen und Online-Durchsuchungen entwickelt hat, BNDG-Urteil, Rn. 219 und 222.

¹⁵ Darüber hinaus stehen die Übermittlungsvoraussetzungen mit diesem Kriterium nicht durchweg in Einklang. Zu unbestimmt und zu weit gefasst sind insbesondere § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und 4 BVerfSchG, die eine Datenübermittlung zur Verfolgung, Verhinderung oder sonstigen Verhütung von Straftaten von erheblicher Bedeutung erlaubt. Der im Gesetz nicht definierte Begriff der Straftat von erheblicher Bedeutung beschränkt die Übermittlung nicht konsequent auf den Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter oder die Verfolgung schwerer Straftaten. Nach dem im Strafprozessrecht gängigen Sprachgebrauch erstreckt er sich unter bestimmten Umständen auf Delikte der mittleren Kriminalität.³⁸ Das Anliegen, Straftaten von erheblicher Bedeutung zu verfolgen, kann daher die Übermittlung von Daten, die mit Maßnahmen von hoher oder höchster Eingriffsintensität erlangt wurden, nicht rechtfertigen. Insoweit bedarf es eines abschließenden Straftatkatalogs, der sich auf schwere Straftaten beschränkt.³⁹ Soweit zudem § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BVerfSchG eine Datenübermittlung auch zur Verhütung von Straftaten erlaubt, gewährleistet die Norm nicht, dass die Übermittlung auf dem verfassungsrechtlich erforderlichen konkreten Ermittlungsansatz beruht.⁴⁰

Verfassungswidrig sind zum anderen die Übermittlungsermächtigungen in § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 und 2 G 10, die neben Daten aus Telekommunikationsüberwachungen aufgrund von Verweisen auch für andere Datenkategorien gelten.⁴¹ Nach § 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 G 10 dürfen Daten zu Strafverfolgungszwecken übermittelt werden, wenn der Verdacht einer der in § 3 Abs. 1 oder Abs. 1a oder § 7 Abs. 4 G 10 aufgeführten Straftaten besteht. Die Straftatkataloge in diesen Vorschriften führen jedoch unter anderem eine Reihe von minderschweren Straftaten auf, zu deren Verfolgung eine Übermittlung von Daten aus Maßnahmen hoher Eingriffsintensität nach dem Kriterium einer hypothetischen Datenneuerhebung nicht angemessen ist. Beispiele bilden die Staatsschutzdelikte nach § 86 StGB und § 20 Abs. 1 VereinsG. In noch größerem Ausmaß defizitär ist die Übermittlungsermächtigung in § 4 Abs. 4 Nr. 1 G 10. Diese Vorschrift erlaubt eine Übermittlung zur Verhinderung von Straftaten, wenn Anhaltspunkte auf die Planung oder Begehung einer Straftat aus den Katalogen in § 3 Abs. 1 und Abs. 1a sowie § 7 Abs. 4 S. 1 G 10 hindeuten. Diese Kataloge beschränken sich, wie soeben ausgeführt, nicht durchweg auf hinreichend gewichtige Straftaten. Darüber hinaus gewährleistet das Tatbestandsmerkmal der Planung nicht, dass der Übermittlung durchweg ein konkreter Ermittlungsansatz zugrunde liegt, zumal diese Straftatkataloge auch strafrechtliche Vorfeldtatbestände enthalten.

Die zu weit geratenen Übermittlungsermächtigungen lassen sich schließlich nicht dadurch rechtfertigen, dass gemäß § 23 Nr. 1 BVerfSchG (ggfs. i.V.m. § 12 MADG oder § 31 BNDG) Datenübermittlungen unzulässig sind, wenn die schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person

³⁸ Vgl. BVerfGE 103, 21 (34); 109, 279 (344); BGH NJW 1996, 2940 (2944); NSTZ 2014, 281.

³⁹ Vgl. zu Telekommunikationsüberwachungen BVerfGE 129, 208 (242 ff.); zu Wohnraumüberwachungen BVerfGE 109, 279 (343 ff.).

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 141, 220 (336).

⁴¹ Vgl. für Wohnraumüberwachungen § 9 Abs. 2 S. 7 BVerfSchG; § 5 Hs. 2 MADG; § 8 BNDG; für den Einsatz von IMSI-Catchern § 9 Abs. 4 S. 4 BVerfSchG; § 5 Hs. 2 MADG; § 8 BNDG; für den Abruf bestimmter Kommunikations- und Transaktionsdaten § 8b Abs. 2 Satz 7 BVerfSchG; § 4a MADG; § 3 Abs. 1 S. 3 BNDG

¹⁶ das Allgemeininteresse an der Übermittlung überwiegen. Diese unspezifische Abwägungsklausel kann eine normenklare Regulierung auf der Grundlage des Kriteriums einer hypothetischen Datenneuerhebung nicht ersetzen.⁴² Gleichfalls für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Übermittlungsermächtigungen ohne Belang sind die Regelungen im Strafprozess- und im Polizeirecht, welche die Weiterverarbeitung der übermittelten Daten beschränken. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss die Übermittlungsermächtigung einen verfassungsrechtlich hinreichenden Übermittlungstatbestand enthalten. Defizite dieser Ermächtigung können nicht durch die korrespondierende Weiterverarbeitungsermächtigung ausgeglichen werden.⁴³

Die Übermittlungsermächtigungen des Nachrichtendienstrechts bedürfen daher insgesamt einer grundlegenden Revision, die den Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung konsequent umsetzt. Dies ist angesichts der großen praktischen Relevanz und hohen grundrechtlichen Sensibilität von Datenübermittlungen durch Nachrichtendienste ein besonders dringliches Anliegen.

2. Bedeutung und Grenzen des Quellenschutzes

Nicht verfassungsrechtlich, aber rechtspolitisch kritikwürdig ist schließlich § 23 Nr. 2 BVerfSchG (ggfs. i.V.m. § 12 MADG oder § 31 BNDG). Diese Vorschrift untersagt eine Datenübermittlung, wenn ihr überwiegende Sicherheitsinteressen entgegenstehen. Sie dient insbesondere dazu, Arbeitsweise und Quellen der Nachrichtendienste zu schützen. Dieses Ziel ist zwar grundsätzlich anzuerkennen und auch verfassungsrechtlich fundiert.⁴⁴ Der sehr unspezifische und wertungsabhängige Begriff der überwiegenden Sicherheitsinteressen begünstigt jedoch eine überzogene Handhabung, die gegenläufigen Belangen der operativen Sicherheitsgewähr zu wenig Raum gewährt. Dies ist keine theoretische Besorgnis, sondern in der Vergangenheit immer wieder vorgekommen.⁴⁵

Um der Gefahr eines überzogenen Quellenschutzes entgegenzuwirken, sollte der Ausschlussgrund restriktiver formuliert und prozedural flankiert werden. Als Vorbild kann das Landesrecht dienen.⁴⁶ Mehrere Landesverfassungsschutzgesetze sehen vor, dass überwiegende Sicherheitsbelange unter anderem dann grundsätzlich nicht bestehen, wenn die Datenübermittlung erforderlich ist, um eine besonders schwere Straftat zu verfolgen. Eine Ausnahme hiervon besteht nur, wenn die Übermittlung eine unmittelbare, nicht anders abwendbare Gefährdung von

⁴² Vgl. BNDG-Urteil, Rn. 318.

⁴³ So besonders klar jüngst Bestandsdatenbeschluss, Rn. 130.

⁴⁴ Vgl. zum Quellenschutz als Schranke parlamentarischer Informationsbegehren BVerfGE 146, 1 (49 ff.).

⁴⁵ Das drastischste Beispiel bildet die Mordserie des sogenannten Nationalsozialistischen Untergrunds, deren Aufklärung nach weitgehend anerkannter Auffassung durch einen überzogenen Quellenschutz bei einigen Verfassungsschutzbehörden über lange Zeit erheblich behindert wurde, vgl. die – insoweit von allen Fraktionen getragenen – Ausführungen des ersten NSU-Untersuchungsausschusses des Bundestags, BT-Drs. 17/14600, S. 856 ff.

⁴⁶ Vgl. eingehend zu weiteren Regelungsmöglichkeiten den Abschlussbericht der Bund-Länder-Kommission Rechtsterrorismus vom 30. April 2013, S. 302 ff., sowie Gazeas, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 594 ff.

¹⁷ Leib oder Leben einer Person verursachen würde. In solchen Fällen wird zudem die Entscheidung über die Übermittlung politisch hochgezont, indem sie der Behördenleitung anvertraut wird. Darüber hinaus sind teilweise das zuständige Ministerium und das Parlamentarische Kontrollgremium zu unterrichten.⁴⁷ Diese Kombination materieller und prozeduraler Vorgaben macht den Quellenschutz rechtssicher handhabbar, schafft klare Verantwortlichkeiten und unterstreicht den Rang der operativen Belange, die dem Quellenschutz gegenüberstehen können.

⁴⁷ Vgl. – mit Unterschieden insbesondere in den prozeduralen Vorgaben – Art. 27 Abs. 2 BayVSG; § 19 Abs. 2 BbgVerfSchG; § 23 Abs. 2 HVSG; eine noch deutlich weitergehende Vorrangbestimmung zugunsten der Strafverfolgung findet sich in § 22 Abs. 2 ThürVerfSchG; eine weniger präzise Abwägungsklausel ohne prozedurale Absicherung enthält § 31 Abs. 1 S. 6 NVerfSchG.



Prof. Dr. Dr. h.c.* Jan Ziekow
Direktor
Telefon +49 6232 654 - 360
Telefax +49 6232 654 - 290
ziekow@foev-speyer.de
* (NUM)

29. Oktober 2020

Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages am 2. 11. 2020 zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD eines Entwurfs eines Gesetzes zur Entfristung von Vorschriften nach den Terrorismusbekämpfungsgesetzen und zur Unterrichtung durch die Bundesregierung zum Evaluationsbericht nach Artikel 5 des Gesetzes zur Verlängerung der Befristung von Vorschriften nach den Terrorismusbekämpfungsgesetzen

1. Das Deutsche Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung (FÖV), Arbeitseinheit Institut für Gesetzesfolgenabschätzung und Evaluation, hat im – im Einvernehmen mit dem Deutschen Bundestag erteilten – Auftrag des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat die Evaluation nach Artikel 5 des Gesetzes zur Verlängerung der Befristung von Vorschriften nach den Terrorismusbekämpfungsgesetzen vom 3. Dezember 2015 (veröffentlicht als BT-Drucks. 19/23350) durchgeführt. Teil B der Begründung des Gesetzentwurfs der Fraktionen der CDU/CSU und SPD eines Entwurfs eines Gesetzes zur Entfristung von Vorschriften nach den Terrorismusbekämpfungsgesetzen nimmt diese Evaluation ausdrücklich in Bezug.



Der Gesetzentwurf sieht in seinem Art. 1 die Aufhebung der Art. 10 und 13 Abs. 2 des Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetzes vom 5. 1. 2007 (TBEG) vor, um Regelungen des BVerfSchG, auf die auch das MADG und das BNDG Bezug nimmt, zu entfristen. Dies betrifft in erster Linie die Regelungen über die Auskunftspflichten von Unternehmen der Branchen Luftverkehr, Finanzdienstleistungen, Telekommunikation und Telemedien zur Netzwerkaufklärung sowie Bestimmungen zum IMSI-Catcher-Einsatz zur Feststellung genutzter Mobiltelefonnummern und zur Ausschreibung im Schengener Informationssystem zur Nachverfolgung internationaler Bezüge. Darüber hinaus sollen die Regelungen über die Feststellung der lebens- und verteidigungswichtigen Einrichtungen in §§ 2 bis 12 der Verordnung zur Feststellung der Behörden des Bundes mit Aufgaben von vergleichbarer Sicherheitsempfindlichkeit wie die der Nachrichtendienste des Bundes und zur Feststellung der öffentlichen Stellen des Bundes und der nichtöffentlichen Stellen mit lebens- oder verteidigungswichtigen Einrichtungen (SÜFV) durch Aufhebung des § 13 SÜFV in Zukunft ohne Befristung gelten.

Die vorliegende Stellungnahme beschränkt sich auf eine Zusammenfassung der Ergebnisse der durchgeführten Evaluation, soweit sie für den Gesetzentwurf von Bedeutung sind.

2. Besondere Auskunftsverlangen (§§ 8a-c BVerfSchG, § 3 BNDG, § 4a MADG)

Hauptnutzer der besonderen Auskunftsverlangen war das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV - 313 von 321 Anordnungen). Der weitaus größte Teil der Anordnungen entfiel auf die Einholung von Auskünften zu Bestandsdaten bei Anbietern von Telediensten. Die übrigen Auskunftsverlangen wurden deutlich seltener genutzt.

Das Instrument der Bestandsdatenabfrage bei Telediensteanbietern wurde allein vom BfV genutzt, während es bei BND und BAMAD im Erhebungszeitraum nicht zur Anwendung kam. Die Bestandsdatenabfrage wurde von den



Nachrichtendiensten als wichtige Maßnahme angesehen, etwa um Facebook-Konten, auf denen IS-Flaggen zu sehen waren, zu überprüfen. Die Fallzahlen der Bestandsdatenabfrage sind gegenüber dem letzten Berichtszeitraum (siehe BT-Druck. 18/5935) erheblich gestiegen. Dies lässt noch keinen Hinweis auf eine fehlende Angemessenheit des Einsatzes dieses Instruments zu, da sich das Nutzungsverhalten potenziell Betroffener in den letzten Jahren hin zu sog. sozialen Netzwerken (hier namentlich Facebook) entwickelt und sich die Sicherheitslage verschärft hat. Zudem hätten sich laut BfV die internen Abläufe zunächst etablieren müssen, um das Instrument zielgerichtet einsetzen zu können. Auch indiziert Das Gesamtniveau mit rund 20 Auskunftersuchen pro Monat indiziert keine flächendeckende Nutzung ohne angemessene Einzelfallprüfung.

Die weiteren besonderen Auskunftsverlangen bezogen sich überwiegend auf die Abfrage von Verkehrsdaten bei Telekommunikationsdiensteanbietern (§ 8a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 BVerfSchG) sowie um Abfragen bei Kreditinstituten, Finanzunternehmen, Finanzdienstleistungsunternehmen und beim BZSt – sog. Kombi-Anträge (§ 8a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und Abs. 2a BVerfSchG). Nicht in Anspruch genommen wurde hingegen die Möglichkeit, Verkehrsdaten bei Telediensteanbietern abzufragen (§ 8a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 BVerfSchG). Lediglich einmal erfolgte eine Flugdatenabfrage (durch das BAMAD). Die Maßnahmen wurden hauptsächlich auf § 3 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 und Nr. 4 BVerfSchG gestützt, wobei in der Mehrzahl der Fälle mehrere Gründe angegeben wurden.

Hinsichtlich der im Rahmen der besonderen Auskunftsverlangen gewonnenen Daten wurde deutlich, dass mit Blick auf den Datenumfang vor allem TK-Verkehrsdaten und Finanzausmittlungsmassnahmen im Erhebungszeitraum eine große Rolle spielten, da hierbei insgesamt die meisten Informationen erhoben wurden (z. B. Anschlussnummern, Standortdaten, Verbindungsdaten, Kontonummern, Inhaber, Konto-



stände. etc.). Festzuhalten ist darüber hinaus, dass es im Erhebungszeitraum kaum zu Problemen bei der Erteilung der Auskünfte gekommen ist. Sowohl die Maßnahmen gemäß § 8a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 8a Abs. 2a BVerfSchG als auch die Maßnahme nach § 8a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 BVerfSchG werden häufig dazu genutzt, um G 10-Maßnahmen einzuleiten bzw. besser und gezielter vorzubereiten. Maßnahmen nach § 8a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 8a Abs. 2a BVerfSchG dienen hingegen dazu, die Ermittlungen zielgerichtet auf das Finanzverhalten der Betroffenen abzustellen.

Die relativ geringe Zahl der besonderen Auskunftsverlangen nach § 8a Abs. 2 und Abs. 2a BVerfSchG weist auf eine zurückhaltende und das Gebot der Verhältnismäßigkeit beachtende Anwendungspraxis hin. Anhaltspunkte, die die Geeignetheit oder Erforderlichkeit der von den Nachrichtendiensten auf der Grundlage dieser Vorschriften ergriffenen Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren für die in § 3 Abs. 1 BVerfSchG genannten Schutzgüter in Frage stellen, ergeben sich aus der empirischen Erhebung nicht. Die Zahl der Nebenbetroffenen nach § 8a Abs. 3 Nr. 2 BVerfSchG liegt mit 29 deutlich unter der der Hauptbetroffenen (81) im Sinne von § 8a Abs. 3 Nr. 1 BVerfSchG. Dies deutet ebenfalls darauf hin, dass die Nachrichtendienste besondere Auskunftsverlangen zurückhaltend handhaben und im Verhältnis zum Ziel der Maßnahme unverhältnismäßige, gleichsam flächenhafte Auskunftsverlangen nicht erfolgen.

Die Mitteilung an Betroffene nach § 8b Abs. 7 BVerfSchG ist seitens der Nachrichtendienste in beträchtlichem Umfang erfolgt. Das Unterbleiben einer Mitteilung bedarf in jedem Einzelfall einer besonderen Begründung des Bestehens einer Gefährdung des Zwecks der Maßnahme oder des Eintritts übergreifender Nachteile für das Wohl des Bundes oder eines Landes. Verfassungswidrige Verkürzungen der Rechte der Betroffenen konnten nicht festgestellt werden.



Entsprechendes gilt für die Beurteilung der an die G 10-Kommission gerichteten Anträge auf Zurückstellung der Mitteilung. Dass die Kommission derartige Anträge in der Vergangenheit auch abgelehnt hat, belegt das Funktionieren dieser Sicherung durch Verfahren.

3. Maßnahmen nach § 9 Abs. 4 BVerfSchG, § 5 BNDG, § 5 MADG mittels sog. International Mobile Subscriber Identity (IMSI)-Catcher

Im Erhebungszeitraum wurde der IMSI-Catcher 18mal vom BfV angeordnet und dabei hauptsächlich im Bereich des Islamismus, gefolgt von Proliferation und Spionage und Rechts-/Linksextremismus eingesetzt. Die Anordnung der Maßnahme richtete sich im Erhebungszeitraum gegen 23 Hauptbetroffene und einen Nebenbetroffenen. Der IMSI-Catcher wurde dabei hauptsächlich zur Erfassung der Geräte- und Kartennummern genutzt. Darüber hinaus wurden in zwei Fällen zusätzlich die Standortdaten erfasst. In 17 Fällen des BfV betrug der in der Anordnung festgelegte Zeitraum für die Nutzung des IMSI-Catchers drei Monate, wobei er in der Regel nur einmal eingesetzt wurde und die Dauer des Einsatzes zwischen einem und sieben Tagen variierte. Das BAMAD machte im Erhebungszeitraum einmal von der Möglichkeit Gebrauch, Daten mittels IMSI-Catcher zu erheben. Hingegen kam das Instrument beim BND im Erhebungszeitraum nicht zum Einsatz.

Hinweise darauf, dass die sich aus der gebotenen Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen durch Maßnahmen nach § 9 Abs. 4 BVerfSchG verfehlt worden sind, sind nicht erkennbar. Die Erforderlichkeit der Maßnahmen ergibt sich im Regelfall bereits aus dem Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 9 Abs. 4 S. 2 BVerfSchG, wonach ohne den Einsatz des IMSI-Catchers die Ermittlung des Standortes oder die Ermittlung der Geräte- oder Kartenummer aussichtslos oder wesentlich erschwert sein muss. Im Einzelfall gleichwohl zu Gebote stehende mildere Mittel, wie die



Einholung von Auskünften bei Telekommunikationsdienstleistern nach §§ 112, 113 TKG, sind genutzt worden und haben im Erfolgsfalle dazu geführt, dass der Einsatz des IMSI-Catchers unterblieben ist. Die Anordnungen sind offenbar auf das zur Zweckerreichung unabdingbare Maß beschränkt worden, sowohl hinsichtlich der regelmäßigen Erstreckung auf nur eine Person sowie hinsichtlich der typischen Beschränkung der Erfassung auf die Geräte- und Kartennummern unter Nichterfassung von Standortdaten als auch mit Blick auf die zeitliche Beschränkung des IMSI-Catcher-Einsatzes innerhalb der Befristung der Anordnung.

Dass die bei Maßnahmen nach § 9 Abs. 4 BVerfSchG zwangsläufig erfassten Nummern Unbeteiligter im Gerät verbleiben und nach Ausfilterung der Nummer der Zielperson gelöscht werden, entspricht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Eine rechtliche Bewertung des Umgangs mit der Pflicht zur Benachrichtigung Betroffener nach § 9 Abs. 4 S. 6, § 8b Abs. 7 S. 1 BVerfSchG, § 12 Abs. 1 G 10 lässt keine Verfassungsrecht verletzende Handhabung erkennen. Die Mitteilung wird für jeden Einzelfall geprüft, wobei eine eher recht häufige Zurückstellung dem Wesen des IMSI-Catchers als Vorfeldmaßnahme geschuldet ist, wodurch der Ermittlungserfolg – gerade auch der Anschlussmaßnahmen – typischerweise länger gefährdet werden kann.

4. § 17 Abs. 3 BVerfSchG (Schengener Informationssystem - SIS)

Bei der empirisch erhobenen Praxis der Ausschreibung nach § 17 Abs. 3 BVerfSchG, Art. 36, 37 des Beschlusses 2007/533/JI des Rates vom 12. 6. 2007 wurde festgestellt, dass Ausschreibungen des BfV/BAMAD zu etwa 50 Prozent und Ausschreibungen des BND zu etwa 26 Prozent zu Treffern führten. Ausschreibungen sind in etwa 80 Prozent der Fälle wiederholt beantragt worden. Dies hat dazu geführt, dass Ausschreibungen teilweise über mehrere Jahre liefen. Diese Tatsache indiziert für sich noch keine unangemessene,



flächenhafte Anwendung, da die Verlängerung immer eine Einzelfallentscheidung ist und die veränderten Sicherheitslagen und Reisebewegungen gerade im Bereich des islamistischen Terrorismus durchaus längerfristige Ausschreibungen nahelegen.

5. § 1 Abs. 4 und 5 SÜG (vorbeugender personeller Sabotageschutz)

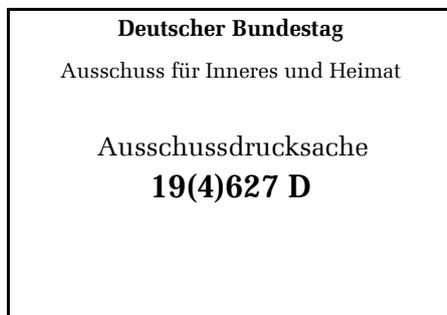
Durch die Einführung des vorbeugenden personellen Sabotageschutzes (vpS) in das Sicherheitsüberprüfungsgesetz soll verhindert werden, dass potenzielle Innentäter an sicherheitsempfindlichen Stellen in lebens- und verteidigungswichtige Einrichtungen oder einen militärischen Sicherheitsbereich gelangen und dort Sabotageakte begehen können. In der SÜFV ist sowohl für den öffentlichen Bereich (§§ 2 bis 9 SÜFV) als auch für den nichtöffentlichen Bereich (§§ 9a bis 11 SÜFV) festgelegt, welche lebens- und verteidigungswichtigen Einrichtungen über sicherheitsempfindliche Stellen verfügen.

Mit der gesetzlichen Fixierung der Zielsetzung im Änderungsgesetz 2011, die mit dem vorbeugenden personellen Sabotageschutz verfolgt wird, kam es auch zur Einführung einer erweiterten Sicherheitsüberprüfung (SÜ). Zwischen 2015 und 2017 wurden im nichtöffentlichen Bereich 14.736 SÜ vpS eingeleitet und 14.272 abgeschlossen (festgestellt: 1 Fall mit Sicherheitsrisiko), im öffentlichen Bereich 10.317 eingeleitet und 10.768 abgeschlossen (festgestellt: 7 Fälle mit Sicherheitsrisiko) und im militärischen Sicherheitsbereich 45.673 eingeleitet und 50.505 abgeschlossen (festgestellt: 402 Fälle mit Sicherheitsrisiko).

Aufgrund der hohen Schutzgüter des vpS stellen sich im Ergebnis zwar keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Angesichts des erheblichen Umfangs an Überprüfungen im nicht-öffentlichen Bereich und den damit einhergehenden Belastungen für Unternehmen, Überprüfte, zuständige Stelle und mitwirkende Behörde kann jedoch die extrem geringe Zahl an



Fällen mit festgestelltem Sicherheitsrisiko (ein Fall) durchaus die Frage nach dem angemessenen Nutzen aufwerfen. Dieser sollte ebenso im Auge behalten werden wie die Einstufung als lebens- und verteidigungswichtige Einrichtung angesichts der damit einhergehenden Folgen für Unternehmen sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, aber auch wegen des behördlichen Aufwandes, einer fortwährenden Überprüfung.



An den
Ausschuss für Inneres und Heimat
des Deutschen Bundestags

Digitale Gesellschaft e. V.
Groninger Str. 7
D - 13347 Berlin

(030) 450 840 18

info@digitalegesellschaft.de
www.digitalegesellschaft.de

Dr. Elke Steven

Berlin, 1. November 2020

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Entfristung von Vorschriften zur Terrorismusbekämpfung vom 27.10.2020 (Drucksache 19/ 23706)

Zusammenfassung

Im vorliegenden Gesetzentwurf geht es „nur“ um die Entfristung all der Gesetze, die in der Folge der Anschläge vom 11. September 2001 als Terrorismusbekämpfungsmaßnahmen verabschiedet und immer wieder verlängert wurden. Eine ernstzunehmende Evaluation dieser Gesetze, die die ganze Komplexität der Überwachungsbefugnisse einbezieht, hat nie stattgefunden. Die Wirkungen wären im Kontext all der anderen Sicherheitsmaßnahmen zu bewerten und ihre additive oder kumulative Wirkung zu beschreiben. Erst recht fehlt jede Bewertung in Hinblick auf die gegenwärtig neu diskutierten Gesetze, die in nächster Zeit beschlossen werden sollen. Die bisherigen Evaluationen, auch die Evaluation aus 2018, verdienen diesen Namen nicht. Bevor es überhaupt zu Verlängerungen oder Entfristungen und zur Erweiterung von Befugnissen bei Polizei und Geheimdiensten kommen darf, muss eine Überwachungsgesamtrechnung oder auch eine Freiheitsbestandsanalyse¹ erstellt werden. Hierfür müssen die politischen Entwicklungen insgesamt in den Blick genommen werden. Über die Zählung der Anwendungen hinaus muss versucht werden, die Wirkung der Maßnahmen zu messen. Das Zusammenwirken von Eingriffsmaßnahmen und die bewirkten Einschränkung von Grundrechten müssen sichtbar gemacht werden. Es muss die Frage beantwortet werden, ob es Lebensbereiche gibt, die frei sind von tatsächlicher oder zu befürchtender Überwachung. Es ist der Frage auf den Grund zu gehen, ob und in welchem Maße das Vorgehen zur Problemlösung und zur Stärkung demokratischer Prozesse beiträgt. Auch der gegenteilige Effekt ist zu prüfen. Werden Konflikte geschürt und führt das Ausmaß an Freiheitsbeschränkungen zum Verlust der Rechtsstaatlichkeit? Zu bedenken ist, dass Einschränkungen von Grundrechten einer genauen Rechtfertigung bedürfen. Eingriffe müssen geeignet und erforderlich sein. Zudem gelten Grundrechte insbesondere für Minderheiten, die dieses Schutzes in besonderer Weise bedürfen. Sie dürfen nicht in unverhältnismäßiger Weise belastet werden. Immer ist mit zu bedenken, dass eine Aushöhlung von Freiheitsrechten nicht

¹ vgl. FIfF-Kommunikation 4/2019 mit dem Schwerpunkt „Überwachungs-Gesamtrechnung“, <https://www.fiff.de/publikationen/fiff-kommunikation/fk-jhrg-2019/fk-2019-4>

unbedingt zu mehr Sicherheit führt, sondern auch den Feinden der demokratischer Rechtsstaatlichkeit in die Hände spielt. So hat auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) bereits 2005 von additiven und kumulativen Grundrechtseingriffe gesprochen, die analysiert werden müssten. Würden nur die einzelnen Maßnahmen beurteilt, so könne eine „Rundumüberwachung“ entstehen.²

1. Einführung

Terrorismusbekämpfung hat nicht erst mit dem Terrorismusbekämpfungsgesetz von 2002 begonnen. Die Ausdehnung von Überwachungsbefugnissen, von Datensammlungen und neuen Straftatbeständen hat lange vorher begonnen. Die Einschränkungen von Freiheitsrechten und Kontrollbefugnisse werden meist nicht zurückgenommen, sondern beibehalten. Damit verbunden ist auch eine lange Geschichte der Dramatisierung von Gefahrenlagen, die zum immer weiteren Ausbau staatlicher Überwachung führen. Insbesondere werden die Fragen nach den Ursachen von Konflikten und nach den Möglichkeiten der gesellschaftlichen Befriedung aus dem Blick verloren. Die technologische Entwicklung lässt eine Konzentration auf Datensammlungen und -auswertungen entstehen. Solche Datensammlungen sind jedoch alles andere als harmlose Sammlungen, weil der rechtschaffene Bürger nichts zu verbergen hat. Es handelt sich um tiefgreifende Einschnitte in das Selbstbestimmungsrecht des Bürgers und der Bürgerin, ja weit darüber hinaus in Meinungsfreiheit und die demokratische Organisation des Rechtsstaats.

Fragen zu einer nüchternen Analyse der gegenwärtigen Befugnisse und ihrer Anwendungen müssten dagegen lauten: Was ist notwendig zum Schutz der Grund- und Menschenrechte? Welche Maßnahmen sind verhältnismäßig, geeignet und erforderlich? Braucht es tatsächlich geheimdienstlicher Befugnisse in einer Demokratie? Da geheimdienstliche Arbeit aufgrund der notwendigen Geheimhaltung prinzipiell fast unkontrollierbar ist, muss zumindest die Frage gestellt werden, wie die Eingriffe so begrenzt werden können, dass sie dennoch in Grenzen demokratisch kontrollierbar bleiben. Was ist in einem demokratischen Rechtsstaat vertretbar, dessen Grundlage die Grund- und Menschenrechte sind, an dem sich jeder Eingriff messen lassen muss? Wie ist der Schutz der Grundrechte zu gewährleisten?

Dagegen sind die Charakteristika der Entwicklungen seit 2002 so zu beschreiben:

- Immer wieder ist diese Gesetzgebung von massivem Zeitdruck begleitet gewesen. Damit wird letztlich eine öffentliche Debatte umgangen und den Abgeordneten die Möglichkeit genommen, sich angemessen mit Gesetzentwürfen zu befassen. Auch diesmal führt die „drohende“ Außerkraftsetzung der Gesetze, die alles andere als plötzlich ansteht, zu einem immensen Zeitdruck. Schon bei der letzten Verlängerung bestand das Bedürfnis, beim nächsten Mal mehr Zeit für eine genaue Auswertung und Diskussion zu haben.

- Die Antiterrorgesetze stehen für die Aufweichung des Trennungsgebots von Geheimdiensten und Polizei. Dieses Trennungsgebot hat aber in der deutschen Geschichte eine besondere Tradition. Eine Geheime Staatspolizei sollte nie wieder sowohl im Vorfeld als auch in der Strafverfolgung tätig sein und die Informationen vermischen können. Geheimdienste wenden im Vorfeld heimliche Mittel an, die strikt zu trennen sind von den der Polizei zur Verfügung stehenden Zwangsmaßnahmen.

2 Vgl.: BVerfG, 2 BvR 581/01 https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2005/04/rs20050412_2bvr058101.html

- Grundlage der Terrorismusbekämpfung ist der Versuch so zu tun, als sei Terrorismus ein klar zu definierender Begriff, der diese Gesellschaft gefährdet. Tatsächlich aber definieren Staaten, was sie als Terrorismus verstehen, und versuchen ihr jeweiliges Verständnis allen anderen plausibel zu machen. Terrorismus ist dagegen ein vielschichtiges Phänomen, zu dem auch die herrschende Staatspolitik beiträgt. Befreiungsbewegungen, aber auch Protestbewegungen, die herrschende Politik infrage stellen, können als terroristische Vereinigungen diffamiert werden. Die Entwicklungen auch in Europa machen überdeutlich, wie schnell Gruppen und Personen als terroristisch definiert werden können, die für eine andere Politik, für radikal andere Herangehensweisen an Politik eintreten. Demokratie aber lebt von solchen an die Wurzeln gehenden Auseinandersetzungen.

2. Aktuelle Planungen der Ausweitung von Befugnissen

Die jetzige Entfristung der Gesetze muss im Kontext all der weiteren geplanten Ausweitungen von Überwachungsbefugnissen beurteilt werden. Diese aktuellen Planungen machen erst recht deutlich, dass vor jeder Ausweitung von Befugnissen eine Überwachungsgesamtrechnung / Freiheitsbestandsanalyse notwendig ist. Es bedarf einer umfassenden Analyse der Gesamtbelastung bürgerlicher Freiheiten. Bürger und Bürgerinnen sind sowohl von einer zunehmenden staatlichen Überwachung als auch von vielen weiteren Datensammlung im privaten und privatwirtschaftlichen Bereich (z.B. Sozial- und Gesundheitsbereich, Arbeits- und Bildungsbereich, aber auch Werbung) betroffen. Wenn Bürger und Bürgerinnen den Eindruck haben auf Schritt und Tritt überwacht zu werden, werden sie sich in ihrem Verhalten anpassen. Das ist jedoch kontraproduktiv für eine Demokratie. Eine freiheitliche Gesellschaft ist auf unkontrollierbare Ausdrucksmöglichkeiten und Freiheitsräume angewiesen.

Einige der aktuell geplanten Gesetzesänderungen, die in eine Gesamtanalyse einbezogen werden müssten, seien hier genannt:

- **Staatstrojaner für alle Geheimdienste - Gesetz zur Anpassung des Verfassungsschutzrechts**³

Schon die Quellen-TKÜ ist ein schwerer Eingriff: Sie ermöglicht das Abhören jeglicher verschlüsselter und vertraulicher Kommunikation, etwa bei Messenger-Diensten auf Smartphones. Die Online-Durchsuchung geht noch darüber hinaus: Sie stellt einen Vollzugriff auf die digitale Intimsphäre dar. Für die Quellen-TKÜ und die Online-Durchsuchung von Computern und Smartphones wird staatliche Spionage-Software vorgehalten, sogenannte Staatstrojaner, die eine verdeckte Überwachung möglich machen. Dafür ist es notwendig, Sicherheitslücken in der Software, die ein solches verdecktes Eindringen ermöglichen, offen zu lassen. Statt die Bürgerinnen und Bürger vor Gefahren durch Sicherheitslücken zu warnen, diese zu schließen und die Gefahren abzuwenden, will der Staat in persönliche Computersysteme und Smartphones eindringen, Daten sammeln oder auch manipulieren. Die für den Staatstrojaner bewusst offengehaltenen Einbruchmöglichkeiten stehen natürlich auch für kriminelle Aktivitäten offen und gefährden die gesamte Bevölkerung in einem völlig überbordenden Maße.

So soll der BND künftig in Smartphones oder Computern hacken dürfen und auch Journalisten oder Nichtregierungsorganisationen ins Visier nehmen können, die in ihren Ländern von Staats wegen

³ vgl. https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/2020/10/2020-10-20_Bundesregierung_Gesetzentwurf_Verfassungsschutzrecht.pdf

gefährdet sind oder verfolgt werden.⁴ Das Gesetz richtet sich auch explizit gegen „illegale Migration“, ein schon an sich in die Irre führender Begriff, der hier aber zugleich all die Organisationen meint, die Flüchtenden das Leben retten.

Im Gesetzentwurf zur **Anpassung des Verfassungsschutzrechts** ist vorgesehen, dass alle Verfassungsschutzbehörden zukünftig Staatstrojaner einsetzen dürfen.

In den Händen von prinzipiell unkontrollierbaren und im Geheimen agierenden Geheimdiensten führt solch staatliches Hacking zur Überschreitung der Grenzen der Rechtsstaatlichkeit.

- **Rasterfahndung bei Kfz-Kennzeichen:** Gemäß eines Gesetzentwurfs des Bundesjustizministeriums sollen Fahndungslisten nach Kfz-Kennzeichen durch Polizei und Ermittlungsbehörden automatisiert abgeglichen werden. Dafür sollen existierende Anlagen, die explizit für andere Aufgaben vorgesehen waren, genutzt werden dürfen. (Die Regelung befindet sich versteckt im Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften.)⁵

- Bis Ende 2021 sollen neue Verordnungen zum SIS II Verfahren umgesetzt werden. In diesem Zuge sollen „ca. 2.000 weitere Bundes-, Landes- und Kommunalbehörden an das SIS angeschlossen“ werden.⁶ So sollen auch deutsche Botschaften aufgenommen werden. Diese dürfen dann Rückkehrentscheidungen und Einreisesperren für abgelehnte Asylsuchende eigenständig in das SIS II eintragen.⁷

- **EU-Terror-Verordnung mit Uploadfiltern**

Über die EU Verordnung zur Verhinderung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte wird noch im Trilog verhandelt. Alle Dienste, die Inhalte von Personen hochladen lassen und sie speichern, um sie Dritten zur Verfügung zu stellen, sollen demnächst auf behördliche Anordnung Inhalte binnen einer Stunde löschen. Die Breite der vorgesehenen Terrorismusdefinition gibt genauso zu denken, wie drohende Lösungs-Anordnungen ohne gerichtliche Überprüfung. Zudem droht in diesem Zusammenhang ein staatliches Gebot zur Einführung von Uploadfiltern.

3. Fehlende Evaluation

„Im Allgemeinen lässt sich als Evaluation auch die grundsätzliche Untersuchung begreifen, ob und inwieweit etwas geeignet erscheint, einen angestrebten Zweck zu erfüllen.“⁸ Zwingend zu einer solchen Prüfung gehört im öffentlichen Recht die Frage, ob die Mittel verhältnismäßig sind, ob der Eingriff in Grund- und Menschenrechte, ob die damit verbundene Begrenzung demokratischer Prozesse den Eingriff rechtfertigen. Die erste Evaluation der Terrorismusbekämpfungsgesetze nahm das Innenministerium selbst vor. Über die Ungeeignetheit einer Untersuchung in eigener Angelegenheit muss nicht geredet werden.

4 s. Monitor: <https://www1.wdr.de/daserste/monitor/sendungen/bnd-gesetz-100.html>

5 s. https://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_StPO_Fortentwicklung.pdf?__blob=publicationFile

6 <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/219/1921939.pdf>

7 vgl. auch: <https://netzpolitik.org/2020/sis-3-0-tausende-neue-behoerden-nutzen-europas-groesstes-fahndungssystem/>

8 s. <https://de.wikipedia.org/wiki/Evaluation>

Aber auch das Institut für Gesetzesfolgenabschätzung und Evaluation des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung hat keine Evaluation vorgenommen. Ausdrücklich weist es in der Beschreibung des Evaluationsauftrags und des -umfangs darauf hin, dass auch diese Analyse durch die Bundesregierung durchgeführt wird. „Der Sachverständige unterstützt die Bundesregierung durch Sicherstellung der Einhaltung wissenschaftlich-methodischer Standards.“ Weder sei die politische noch die allgemeine verfassungsrechtliche Bewertung der Ergebnisse Bestandteil des Auftrags gewesen. So verwundert es nicht, dass eine „Untersuchung“, die darauf beruht, dass man die die Normen anwendenden Behörden befragt, zu dem Ergebnis kommt, dass diese die Normen verhältnismäßig und zurückhaltend angewandt haben. Eine Evaluation müsste auch „die andere Seite“, die Betroffenen in den Blick nehmen und dürfte nicht einfach den anwendenden Behörden die Perspektive überlassen: „Vorrangig vermag daher eine Operationalisierung des Wirksamkeitskriteriums über eine Bewertung durch die Nachrichtendienste wertvolle Hinweise für die Bewertung einer Norm zu liefern.“

So führt das Institut diese „Evaluation“ auch unter dem Begriff der Beratung und sieht den Interessen des Auftraggebers entsprechend, den Nutzen vor allem im Abbau von Überregulierung. Diese Überregulierung ergibt sich dem Untersuchungskonzept gemäß daraus, dass die anwendenden Behörden meinen, sie könnten die Anwendungen besser unkontrolliert und nach eigenem Gutdünken einsetzen. So kommt es zu den Forderungen nach Absenkung der Voraussetzungen für die Grundrechtseingriffe, Abbau der Kontrolle durch die G 10-Kommission und Einschränkung der Mitteilungspflichten gegenüber Betroffenen.

Die erhobenen Zahlen selbst sagen nichts darüber aus, ob die vorgenommenen Eingriffe notwendig und verhältnismäßig waren. Und die Steigerungen der Eingriffe in bestimmten Bereichen (Bestandsdatenabfragen bei Telediensteanbietern, SIS II-Ausschreibungen (Personen und Sachausschreibungen im Schengener Informationssystem II) und Übermittlungen der Ausländerbehörde und des BAMF an das BfV) müssten ebenfalls selbstständig evaluiert und bewertet werden. Dass die Behörden auch jede Steigerung von Eingriffen als notwendig darstellen kann nicht verwundern. Noch weniger verwundert es, dass eine Evaluation, die die anwendenden Behörden befragt, zu dem Ergebnis kommt, dass noch mehr Eingriffen möglich sein sollten und dass diese vor allem weniger restriktiv angewandt werden können sollten. Tatsächlich ist aber jeder einzelne ungerechtfertigte Eingriff in die Grundrechte eine Verletzung von Grundrechten.

So verwundert es auch nicht, dass eine so geartete Evaluation zu dem Ergebnis kommt, dass es Erleichterungen in den Anwendungen der Überwachungsmöglichkeiten geben sollte. Die Dienste meinen selbstverständlich, dass die Grundrechte der Bürger und Bürgerinnen im Verhältnis zu den Erleichterungen, die dadurch für ihre Arbeit entstünden, nur unwesentlich berührt seien. So gehen ihre Überlegungen folgerichtig auch dahin, die Rechte der Bürger und Bürgerinnen, etwa auf Auskunft über Maßnahmen, von denen sie betroffen waren, eher einzuschränken. Für die Dienste ist das eine zeitaufwändige und lästige Pflicht. Für die Bürger und Bürgerinnen besteht aber erst nach einer Information überhaupt die Möglichkeit, diesen Eingriff überprüfen zu lassen.

Insgesamt dominiert die Logik der Dienste die Perspektive der Untersuchung und lässt jeden Eingriff in Grundrechte unbedeutend erscheinen. Bei den Diensten aber entsteht mit jedem Eingriff eine Datensammlung und jede Überwachung stellt per se einen Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung dar.

Es wird der Eindruck erweckt, die Dienste begrenzten sich selbst verantwortungsvoll, so dass Prüfungen von außen und Kontrolle überflüssig sind – und das bei den Diensten, die vor allem im Geheimen agieren und sowieso fast unkontrollierbar sind.

Soweit die relativ seltene Nutzung von Befugnissen aufgrund der Terrorismusbekämpfungsgesetze konstatiert wird, könnte man dies auch als Hinweis darauf verstehen, dass diese überflüssig sind.

4. Prävention ist die zentrale Orientierung der Terrorismusbekämpfung (statt Strafverfolgung und Gefahrenabwehr)

Terrorismus ist kein eindeutiges Phänomen, sondern ein staatlich definiertes mit einem weiten Graubereich. Selbstverständlich muss der Staat darauf bedacht sein, Angriffe auf Menschen zu verhindern. Er darf jedoch auch hierfür nicht alle Mittel einsetzen. Insbesondere ist zu fragen, welche Kollateralschäden die gewählten Mittel bewirken. Prävention führt in der Terrorismusabwehr zu dem Versuch, die Gefahren zu erkennen bevor sie real werden. Diese Art von Prävention, die immer weiter ins Vorfeld verlagert wurde, geht vom Verdacht aus. Sie setzt alle Verdächtigen einer Überwachung aus, die letztlich auf Vorurteilen und Zuschreibungen (racial profiling) beruht. Der Einsatz verdeckter Methoden, die Überwachung suspekter Personen, die Infiltration verdächtiger sozialer Milieus gehören zum selbstverständlichen Eingriffsrepertoire. Die Frage, ob und in welchem Maße damit die Vorurteile nur weiter geschürt werden und eine Spaltung der Gesellschaft betrieben wird, bleibt unberücksichtigt. Diese Orientierung führt zwangsläufig zu Datensammlungen aus unterschiedlichen Quellen als zentralem Ansatz der strategischen Terrorismusbekämpfung. Und betroffen sind von solchen Ermittlungen auch Menschen, die nichts mit Gewalttaten zu tun haben.

All die Vorverlagerung ändert aber nichts daran, dass die Dienste auch versagen. Auch dieses Versagen einschließlich der Fragen nach deren Gründen müsste Bestandteil einer Evaluation sein. Im Kontext von NSU und Anschlag auf dem Breitscheid Platz sind diese Fragen immer wieder thematisiert worden. Ein aktuelles Beispiel sei hier noch angefügt.

Obwohl der BND vor einem Islamist gewarnt worden war, gab er die Warnung nicht an die Behörden in Sachsen weiter. In Dresden hatte ein Mann mit einem Messer ein schwules Pärchen angegriffen und einen der beiden getötet hat. Der BND sieht selbst darin einen Fehler, auch wenn man nicht wissen kann, ob die Tat durch eine Warnung hätte verhindert werden können. Aber das weiß man im Nachhinein nicht.⁹

5. Aufheben der Trennung von Geheimdiensten und Polizei

Immer mehr Daten werden immer leichter allen Behörden zugänglich – das ist die Folge der Digitalisierung, die Arbeit erleichtert, aber auch Überwachung in bisher unbekanntem Maße ermöglicht. Charakteristisch für die Terrorismusbekämpfungsgesetze ist die Schaffung von immer mehr Datenabfragen, Datenspeicherungen und Datenauswertungen. Hinzu kommt, dass auf diese Daten immer häufiger Polizei und Geheimdienste gemeinsam zugreifen können. Diese Aufweichung des Trennungsgebots widerspricht grundlegenden Prinzipien unserer Verfassung.

Im „Gemeinsamen Terrorismusabwehrzentrum (GTAZ)“ ist diese Zusammenarbeit von Polizei und Geheimdiensten institutionalisiert. Das Gemeinsame-Dateien-Gesetz (BGBl. I 2007, Nr. 66, S.

⁹ vgl. <https://www.sueddeutsche.de/politik/anschlag-in-dresden-islamist-bnd-1.5097798>

3409) schaffte 2007 die rechtlichen Grundlagen für die Errichtung der gemeinsamen Antiterrordatei (ATD) sowie anlassbezogener gemeinsamer Projektdateien von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten. 2014 musste das Antiterrordateigesetz (ATDG) novelliert werden, da das BVerfG in 2013 wesentliche Regelungen als verfassungswidrig erkannt hatte.¹⁰ Der BfDI begrüßt zwar die Nachbesserungen des Gesetzgebers kritisiert jedoch die mit dieser Novellierung erfolgte Einfügung neuer Befugnisse (vgl. § 6 a ATDG – vergleichbare Regelung wie § 7 REDG). Danach besteht nunmehr die Möglichkeit, die in der ATD gespeicherten Daten zu analysieren, um hieraus neue Erkenntnisse zu gewinnen. Hierdurch wird der Zweck der Datei erheblich erweitert.¹¹

Seit den Terrorismusbekämpfungsgesetzen dürfen die Geheimdienste Auskünfte von Anbietern anfordern: Telemediendienste, Telekommunikation, Banken, Finanzdienstleister, Luftfahrtunternehmen ... sie dürfen IMSI-Catcher zur Feststellung genutzter Mobilfunknummern einsetzen. Sie erhalten Informationen über Asylsuchende vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge. Das sind ein Menge Daten, die verknüpft und ausgewertet werden können.

Das Bundesverfassungsgericht spricht davon, dass der „Kernbereich privater Lebensführung“ unangetastet bleiben muss. Dieser Kernbereich ist jedoch angesichts der Fülle der gesammelten Daten bedroht. Scheinbar harmlose Daten ermöglichen in der Fülle der Sammlung und Auswertung auch (Big Data), dass Programme mehr über den Menschen wissen können als er selbst über sich weiß. Auswertungen und Vorhersagen von Verhalten werden möglich. Statt immer mehr Daten zugänglich zu machen, müsste im Gegenteil zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensführung genau überprüft werden, wie ein Datenschutz durchgesetzt werden kann, der die Bürger und Bürgerinnen und ihre Freiheit an erster Stelle schützt.

6. Rechtswidrige Gesetzgebung

Aus dem Terrorismusbekämpfungsgesetz (2001) wurde das Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz (2007), es folgte das Gesetz zur Änderung des Bundesverfassungsschutzgesetzes (2011), schließlich das Gesetz zur Verlängerung der Befristung von Vorschriften aus den Terrorismusbekämpfungsgesetzen (2015).

Immer wieder musste das BVerfG im Kontext dieser Gesetzgebungen entscheiden und kam mehrmals zu dem Ergebnis, dass Regelungen in diesen Gesetzen der Verfassung widersprechen. Allerdings verschoben sich in diesen Jahrzehnten sowohl Gesetzgebung als auch Rechtsprechung immer weiter zugunsten der Überwachung und zu Ungunsten der Verfassung.

3. März 2004: Entscheidung des BVerfG zum großen Lauschangriff – Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung muss gewährleistet werden.¹²

15. Februar 2006: Luftsicherheitsgesetz (2005) : Die Regelung zum Abschuss entführter Passagierflugzeuge ist verfassungswidrig.¹³

10 BVerfG zum Antiterrordateigesetz: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/04/rs20130424_1bvr121507.html

11 s. https://www.bfdi.bund.de/DE/Datenschutz/Themen/Sicherheit_Polizei_Nachrichtendienste/RegisterDatenbankenArtikel/Anti-Terror-Datei.html

12 BVerfG, 1 BvR 2378/98 - 1 BvR 1084/99, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2004/03/rs20040303_1bvr237898.html

13 BVerfG, 1 BvR 357/05, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/02/rs20060215_1bvr035705.html

24. April 2013: Die Antiterrordatei wird bestätigt, aber die Notwendigkeit des informationellen Trennungsgebots zwischen Geheimdiensten und Polizeibehörden wird vom BVerfG betont. Der Bundestag erweiterte aber stattdessen die Informationsmöglichkeiten und machte aus der Indexdatei eine erweiterte Datennutzung möglich.¹⁴

20. April 2016: Zur Ermächtigung des Bundeskriminalamts zum Einsatz von heimlichen Überwachungsmaßnahmen zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus.

Die Ausgestaltung von Befugnissen genügt in verschiedener Hinsicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht. Dies betrifft „sowohl die Voraussetzungen für die Durchführung solcher Maßnahmen als auch die Frage der Übermittlung der Daten zu anderen Zwecken an dritte Behörden sowie schließlich erstmals auch die Anforderungen an eine Weiterleitung von Daten an ausländische Behörden.“¹⁵

7. Folgen des Kampfs gegen den Terror

Die tatsächlichen Folgen des Kampfs gegen den Terror werden immer wieder aus dem Blick verloren.

- Vorbehalte gegen die Religion des Islam und aller Gläubigen werden geschürt.
- Vorbehalte und Misstrauen gegen Migranten und Migrantinnen generell werden gefördert. Ausländer stehen unter Generalverdacht und werden einer informationellen Sonderbehandlung unterzogen. Damit wird die Ausgrenzung von Geflüchteten und einer Spaltung der Gesellschaft Vorschub geleistet.
- Der Krieg gegen den Terror hat zu Verwüstungen im Nahen und Mittleren Osten geführt. Menschenrechte sind dort durch das westliche Militär massiv verletzt worden. (Drohnen, Folter ...)

8. Die Dienste müssen unter vermehrte demokratische Überwachung gestellt werden (soweit sie nicht abgeschafft werden)

Hinzu kommt, dass wir in den letzten Jahrzehnten gelernt haben, in welchem Maße Geheimdienste selbst in Terrornetzwerke (NSU) und die Gewalt der extremen Rechten verstrickt sind. In der Hand dieser Geheimdienste sind unkontrollierbaren Befugnisse eine Gefahr für alle demokratisch gesinnten Bürger und Bürgerinnen.

Entgegen der aktuellen Tendenz, den Geheimdiensten immer mehr Befugnisse zu übertragen, müssten die Erkenntnisse der letzten Jahrzehnte dazu führen, diese abzuschaffen, oder zumindest deutlich näher und konkreter zu überwachen. Seit der Aufdeckung der NSU-Morde können wir ahnen, in welchem Maße der Verfassungsschutz in diese tödlichen Machenschaften involviert war. Schon vorher konnten wir wissen, dass der Verfassungsschutz in erheblichem Maße in die Entwicklung der extrem rechten Szene – NPD, Kameradschaften etc. - involviert war. Gerade

14 BVerfG, 1 BvR 1215/07, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/04/rs20130424_1bvr121507.html

15 s. Pressemitteilung des BVerfG <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/bvg16-019.html>; Urteil des BVerfG, 1 BvR 966/09 - 1 BvR 1140/09, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/04/rs20160420_1bvr096609.html

werden immer neue rassistische und extrem-rechte und nationalistische Netzwerke in allen Bereichen von Polizei, Geheimdiensten und Bundeswehr aufgedeckt.

Datensammlungen und Überwachungsbefugnisse schaden der Demokratie vielfältig. Die Entscheidung des BVerfG zur Volkszählung bleibt in dieser Hinsicht visionär und aktuell:

„Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß. Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. Wer damit rechnet, daß etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative behördlich registriert wird und daß ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art. 8, 9 GG) verzichten. Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist.“¹⁶

Die **Digitale Gesellschaft e.V.** ist ein gemeinnütziger Verein, der sich seit seiner Gründung im Jahr 2010 für Grundrechte und Verbraucherschutz im digitalen Raum einsetzt. Zum Erhalt und zur Fortentwicklung einer offenen digitalen Gesellschaft engagiert sich der Verein gegen den Rückbau von Freiheitsrechten im Netz, gegen alle Formen von Überwachung und für die Realisierung digitaler Potentiale bei Wissenszugang, Transparenz, Partizipation und kreativer Entfaltung.

16 BVerfG am 15. Dezember 1983; https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1983/12/rs19831215_1bvr020983.html

Bonn, den 30.10.2020

Stellungnahme

des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit

zur öffentlichen Anhörung des Innenausschuss des Deutschen Bundestages,

am 2. November 2020

zum

Entwurf eines Gesetzes zur Entfristung von Vorschriften nach den Terrorismusbekämpfungsgesetzen

sowie zum

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

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

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

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

I. Evaluierungspflichten und Befristungen

1. Verfassungsrechtliche Bindungen bei der Evaluierung von Gesetzen

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

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

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

¹ Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17.

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

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

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

⁵ Urt. v. 19.05.2020, Rdnr. 310ff..

⁶ Beschl. v. 27.05.2020, Rdnr. 151.

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

2. Evaluierung und Sicherheitsgesetz-Moratorium

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

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

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

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

⁸ Urt. v. 23.05.2020, Rdnr. 242, 312.

⁹ BVerfG NJW 2016, 1781.

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

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

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

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

II. Fehlende Aspekte der Evaluierung zu TBG und TBEG

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

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

¹¹ NJW 2010, 1238.

¹² Kurzfassung im Tagesspiegel vom 15.01.2020.

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

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

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

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

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

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

¹⁴ S. 2f. des Gutachtens.

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

III. Zu den einzelnen Vorschriften

1. Zweifel an der Normenklarheit des Gesetzentwurfs

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. § 17 Abs. 3 BVerfSchG

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

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

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

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

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

4. § 18 Abs. 1a BVerfSchG

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

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

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

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

¹⁸ Zur Genese vgl. Evaluierungsbericht S. 68.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²¹ Rn. 310 bis 318.



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 bewerkstellenden 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 Problemkreis 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 *Rofsnagel*, 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)