



Sachstand

Überwachungsgesamtrechnung

Abgrenzung zum additiven Grundrechtseingriff

Überwachungsgesamtrechnung

Abgrenzung zum additiven Grundrechtseingriff

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 017/22
Abschluss der Arbeit: 21. Februar 2022
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einführung	4
2.	Additiver Grundrechtseingriff	4
3.	Überwachungsgesamtrechnung	5
3.1.	Urteil des BVerfG	6
3.2.	Entwicklung der Rechtsfigur in der Rechtswissenschaft	6
3.3.	Kritik	7
3.4.	Studie des Max Planck Instituts (MPI) („Überwachungsbarometer“)	8
3.5.	Ansätze zur ganzheitlichen Gesamtbetrachtung staatlicher Überwachungsaktivitäten	9

1. Einführung

Im Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP) wurde Folgendes vereinbart:

„Die Eingriffe des Staates in die bürgerlichen Freiheitsrechte müssen stets gut begründet und in ihrer Gesamtwirkung betrachtet werden. Die Sicherheitsgesetze wollen wir auf ihre tatsächlichen und rechtlichen Auswirkungen sowie auf ihre Effektivität hin evaluieren. Deshalb erstellen wir eine **Überwachungsgesamtrechnung** und bis spätestens Ende 2023 eine unabhängige wissenschaftliche Evaluation der Sicherheitsgesetze und ihrer Auswirkungen auf Freiheit und Demokratie im Lichte technischer Entwicklungen. Jede zukünftige Gesetzgebung muss diesen Grundsätzen genügen. Dafür schaffen wir ein unabhängiges Expertengremium (Freiheitskommission), das bei zukünftigen Sicherheitsgesetzgebungsvorhaben berät und Freiheitseinschränkungen evaluiert.“¹

Die in der Rechtswissenschaft entwickelte Rechtsfigur der Überwachungsgesamtrechnung ist von dem vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) ausdrücklich erwähnten „additiven Grundrechtseingriff“² zu unterscheiden. Zwar haben beide Rechtsfiguren Auswirkungen auf die Verhältnismäßigkeit, jedoch unterschiedliche Betroffene und Voraussetzungen.

2. Additiver Grundrechtseingriff

Der additive Grundrechtseingriff wurde vom BVerfG erstmalig in seiner Entscheidung zur GPS-Ortung erwähnt.³ Ausgangspunkt war dort, ob eine Überwachung mittels GPS-Ortung neben mehreren anderen kumulativ angeordneten Überwachungsmaßnahmen sich zu einer von Verfassung wegen stets unzulässigen „Rundumüberwachung“⁴, mit der ein umfassendes Persönlichkeitsprofil einer Person erstellt werden könnte, addieren könnte. Die Prüfung bezieht sich daher auf mehrere kumulativ angeordnete Maßnahmen zur selben Zeit gegen **ein und denselben Grundrechtsträger**.

In einer weiteren Entscheidung führt das BVerfG zum additiven Grundrechtseingriff aus:

Mehrere für sich betrachtet möglicherweise angemessene oder zumutbare Eingriffe in grundrechtlich geschützte Bereiche können in ihrer Gesamtwirkung zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung führen, die das Maß der rechtsstaatlich hinnehmbaren Eingriffsintensität überschreitet. Kumulativen oder „additiven“ Grundrechtseingriffen [...] wohnt ein spezifisches Gefährdungspotential für grundrechtlich geschützte Freiheiten inne [...]. Ob eine Kumulation von Grundrechtseingriffen das Maß der rechtsstaatlich hinnehmbaren Eingriffsintensität noch wahrt, hängt von einer Abwägung aller Umstände ab, in die auch gegenläufige Verfassungsbelege einzubeziehen sind.“⁵

1 Mehr Fortschritt wagen - Im Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP), S. 108 f.

2 BVerfGE 112, 304 - GPS.

3 BVerfGE 112, 304 ff. – GPS.

4 Vgl. BVerfGE 65, 1 (43) – Volkszählung.

5 BVerfGE 130, 372 (392) – Maßregelvollzug.

Die Rechtsfigur des „additiven Grundrechtseingriffs“ entwickelte sich also ursprünglich aus der Gefahr, die beim Einsatz moderner, insbesondere dem Betroffenen verborgener Ermittlungsmethoden für die Grundrechte des Betroffenen entstehen können. Daher gab das BVerfG den jeweils „primär verantwortliche[n] Entscheidungsträgern“ (vor allem den Staatsanwaltschaften) auf, „besondere Anordnungen an das Verfahren“ zu beachten. Konkret war damit gemeint, dass sich die „eine Ermittlungsmaßnahme beantragende oder anordnende Staatsanwaltschaft als primär verantwortlicher Entscheidungsträger über alle Ermittlungseingriffe“ informieren muss, „die den Grundrechtsträger [...] jeweils treffen“. Hierfür bedürfe es „besondere[r] Anforderungen an das Verfahren“. Das BVerfG hatte dabei vor allem einen Austausch zwischen verschiedenen Staatsanwaltschaften, aber auch zwischen Strafverfolgungsbehörden und Nachrichtendiensten im Blick. Aber auch dem Gesetzgeber wurde aufgegeben, „zu beobachten [...], ob die bestehenden verfahrensrechtlichen Vorkehrungen [also der Austausch zwischen den Eingriffsbehörden, d. Verf.] auch angesichts zukünftiger Entwicklungen geeignet sind, den Grundrechtsschutz effektiv zu sichern.“. Gegebenenfalls habe er Regeln zu erlassen, die „unkoordinierte Ermittlungsmaßnahmen verschiedener Behörden“ verhindern sollen.⁶

In der weiteren Entwicklung hat das BVerfG auch die Möglichkeit gesehen, dass auch gesetzliche Maßnahmen verschiedene einzelne, für sich betrachtet geringfügige Eingriffe in grundrechtlich geschützte Bereiche eines Grundrechtsträgers in ihrer Gesamtwirkung zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung, die das Maß der rechtsstaatlich hinnehmbaren Eingriffsintensität überschreitet, führen können.⁷ Auch hier – konkret ging es um versicherungsrechtliche Regelungen – wurde dem Gesetzgeber eine „Beobachtungspflicht“ dahin gehend aufgegeben, ob die Regelungen bei weiterer Entwicklung nicht doch einer Korrektur bedürfen.⁸ Bezugspunkt war hier ebenfalls der einzelne Grundrechtsträger, der von mehreren, jeweils für sich betrachtet noch nicht übermäßigen Eingriffen in eines oder mehrere seiner Grundrechte betroffen ist, in der Summe („addiert“) dadurch aber einer übermäßigen Belastung ausgesetzt ist.

In der juristischen Literatur wird der additive Grundrechtseingriff bisher überwiegend im Zusammenhang mit staatlichen Überwachungsmaßnahmen diskutiert.⁹

3. Überwachungsgesamtrechnung

Im Gegensatz zu dem vom Verfassungsgericht explizit entwickelten Institut des „additiven Grundrechtseingriffs“ stammt der Begriff der „Überwachungsgesamtrechnung“ nicht vom BVerfG, sondern ist – basierend auf Hinweisen in einem Urteil des BVerfG – von der Rechtswissenschaft entwickelt worden. Während sich der additive Grundrechtseingriff auf den einzelnen Grundrechtsträger bezieht, hat die Überwachungsgesamtrechnung das Maß der Überwachung aller Bürger, also gewissermaßen die Gesellschaft, im Fokus.

6 BVerfGE 112, 304 ff., Rn. 61-64 – GPS.

7 BVerfGE 123, 186 (265)- PKV, BVerfGE 114, 196 (247) – Beitragssicherungsgesetz.

8 BVerfGE 123, 186 (265)- PKV

9 Vgl. Braun/Albrecht, Der Freiheit eine Gasse? Anmerkungen zur „Überwachungsgesamtrechnung“ des Bundesverfassungsgerichts, VR 2017, 151 (152); Schwabenbauer in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Auflage 2021, Teil G, Rn. 342 ff.

Überwachungsgesamtrechnung in diesem Sinne bedeutet, dass bei der Implementierung neuer Überwachungsmaßnahmen nicht unbeachtet bleiben darf, welchem Maß an Überwachung die Bürger insgesamt schon ausgesetzt sind.¹⁰

3.1. Urteil des BVerfG

Ausgangspunkt für das im wissenschaftlichen Schrifttum entwickelte Konzept der Überwachungsgesamtrechnung ist eine Passage in dem Urteil des BVerfG vom 2. März 2010, durch welches die Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung für verfassungswidrig erklärt wurden.¹¹ Das BVerfG führte dort über den konkret entschiedenen Einzelfall hinaus aus, dass der Gesetzgeber bei der Erwägung neuer Speicherungspflichten und -berechtigungen im Hinblick auf die Gesamtheit der verschiedenen bereits existierenden Datensammlungen zukünftig zu größerer Zurückhaltung gezwungen sei.¹² Wörtlich heißt es:

„[Eine Gesetzgebung], die auf eine möglichst flächendeckende vorsorgliche Speicherung aller für die Strafverfolgung oder Gefahrenprävention nützlichen Daten zielte [...] wäre, unabhängig von der Gestaltung der Verwendungsregelungen, von vornherein mit der Verfassung unvereinbar. Die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit einer vorsorglich anlasslosen Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten setzt vielmehr voraus, dass diese eine Ausnahme bleibt. Sie darf auch nicht im Zusammenspiel mit anderen vorhandenen Dateien zur Rekonstruierbarkeit praktisch aller Aktivitäten der Bürger führen. [...] Die Einführung der Telekommunikationsverkehrsdatenspeicherung [...] zwingt den Gesetzgeber bei der Erwägung neuer Speicherungspflichten oder -berechtigungen **in Blick auf die Gesamtheit der verschiedenen schon vorhandenen Datensammlungen zu größerer Zurückhaltung**. Dass die Freiheitswahrnehmung der Bürger nicht total erfasst und registriert werden darf, gehört zur **verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland** [...].“¹³

3.2. Entwicklung der Rechtsfigur in der Rechtswissenschaft

In der Rechtswissenschaft wurde daraufhin die Rechtsfigur der „Überwachungsgesamtrechnung“¹⁴ entwickelt. Der Terminus, der sich ursprünglich auf „vorsorglich, anlasslose Datensammlungen“¹⁵

10 Braun/Albrecht, Der Freiheit eine Gasse? Anmerkungen zur „Überwachungsgesamtrechnung“ des Bundesverfassungsgerichts, VR 2017, 151.

11 BVerfGE 125, 260 ff. – Vorratsdatenspeicherung.

12 BVerfGE 125, 260 (324) – Vorratsdatenspeicherung.

13 BVerfGE 125, 260 (324) - Vorratsdatenspeicherung; Hervorhebung durch Verf.

14 So erstmalig Roßnagel, Die „Überwachungs-Gesamtrechnung“ – Das BVerfG und die Vorratsdatenspeicherung, NJW 2010, 1238 ff.

15 Braun/Albrecht, Der Freiheit eine Gasse? Anmerkungen zur „Überwachungsgesamtrechnung“ des Bundesverfassungsgerichts, VR 2017, 151 (152).

bezog, wurde ausgeweitet hin zu einer generellen Überprüfung neuer Sicherheitsgesetze. Der Gesetzgeber habe zukünftig vor Erlass eines neuen Sicherheitsgesetzes eine „doppelte Verhältnismäßigkeitsprüfung“ durchzuführen, um die Verfassungsmäßigkeit neuer Gesetze sicherzustellen.¹⁶

Zur doppelten Verhältnismäßigkeitsprüfung führt *Roßnagel* aus:

„Entscheidend ist die Gesamtbetrachtung des Stands möglicher staatlicher Überwachung. Die moderne Informationstechnik gäbe es her, alle Aktivitäten aller Bürger umfassend und vollständig zu überwachen. Die verfassungsrechtlich geforderte zivilisatorische Leistung ist es, im Interesse der Freiheit darauf zu verzichten. Daher ist **künftig eine doppelte Verhältnismäßigkeitsprüfung notwendig**: Zum einen ist auf der Grundlage der Wirkungen eines neuen Überwachungsinstrumentes dessen verhältnismäßiger Einsatz zu bewerten. Zum anderen ist aber zusätzlich auf der **Basis einer Gesamtbetrachtung** („Überwachungs-Gesamtrechnung“) aller verfügbaren staatlichen Überwachungsmaßnahmen die **Verhältnismäßigkeit der Gesambelastungen bürgerlicher Freiheiten** zu prüfen. Danach kann der Gesetzgeber Überwachungsmaßnahmen eventuell nur austauschen, aber nicht kombinieren. Wenn er etwa auf die Vorratsdatenspeicherung des Telekommunikationsverkehrs setzt, darf er nicht zugleich auf Vorrat Daten über den Straßen- und Luftverkehr und den Energieverbrauch speichern lassen. Er muss das für seinen Zweck effektivste Mittel auswählen und in anderen Gesellschaftsbereichen auf Überwachung verzichten.“¹⁷

Bezugspunkt ist daher nicht der einzelne Grundrechtsträger, sondern die gesamte Bevölkerung.

Für den Gesetzgeber beinhalte die Durchführung einer Überwachungsgesamtrechnung – ähnlich dem Zitiergebot – eine „Warn- und Besinnungsfunktion“, da ihm vor Schaffung neuer Eingriffsbefugnisse bereits bestehende Belastungen der Bürger vor Augen geführt werden, die er im Gesetzgebungsprozess zu berücksichtigen habe.¹⁸

Voraussetzung für eine Überwachungs-Gesamtrechnung ist jedoch die „Evaluierung sämtlicher größerer staatlichen Datensammlungen in den jeweiligen Sicherheitsbereichen“.¹⁹

3.3. Kritik

Das Konzept der Überwachungsgesamtrechnung ist auch auf Kritik gestoßen. So sprengt die Idee einer Überwachungsgesamtrechnung „das, was einer rationalen juristischen Prüfung zugänglich ist.“²⁰ Es sei unklar, was bei einer Überwachungsgesamtrechnung „sinnvollerweise abgewogen“

16 Braun/Albrecht, Der Freiheit eine Gasse? Anmerkungen zur „Überwachungsgesamtrechnung“ des Bundesverfassungsgerichts, VR 2017, 151 (154).

17 Roßnagel in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, Rn. 56, Hervorhebung durch Verf.; erstmalig: Roßnagel, Die „Überwachungs-Gesamtrechnung“ – Das BVerfG und die Vorratsdatenspeicherung, NJW 2010, 1238 ff.

18 Braun/Albrecht, Der Freiheit eine Gasse? Anmerkungen zur „Überwachungsgesamtrechnung“ des Bundesverfassungsgerichts, VR 2017, 151 (154).

19 Braun/Albrecht, Der Freiheit eine Gasse? Anmerkungen zur „Überwachungsgesamtrechnung“ des Bundesverfassungsgerichts, VR 2017, 151 (154).

20 Möstl, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung am 22. Februar 2021 zum Antrag BT-Drs. 19/23695 (Überwachungsgesamtrechnung), A-Drs. 19(4)732 B, S. 2.

werden solle, auf welches verfassungsmäßige Recht sich die Prüfung beziehen solle und mit welchen Zwecken die grundrechtlichen Belastungen ins Verhältnis gesetzt werden sollten.²¹ „Der Ansatz harrt noch immer einer präzisen dogmatischen Aufarbeitung.“²²

3.4. Studie des Max Planck Instituts (MPI) („Überwachungsbarometer“)

Das Freiburger Max-Planck-Institut (MPI) zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht entwickelte im Auftrag der Friedrich-Naumann-Stiftung ein Konzept, mit dem sich eine Überwachungsgesamtrechnung operationalisieren, also messbar machen lassen soll.²³ In einem ersten Schritt wurden „potentiell relevante Überwachungsszenarien“ identifiziert, also staatliche Maßnahmen mit sicherheitsrechtlicher Relevanz, bei denen es zu der Erhebung von bzw. Zugriff auf staatliche oder private Datensammlungen kommt.²⁴ Für die vorliegende Pilotstudie wurde der Schwerpunkt auf „anlasslos erhobene und gespeicherte Massendaten sowie sicherheitsbehördliche Datenerhebungen“ gelegt. Als Datenbasis wurden bestehende statistisch zugängliche Daten in aggregierter Form, also ohne persönlichen Merkmale zu den jeweils betroffenen Personen und Umständen der Überwachung, für die Berechnung der Überwachungslast verwendet. Für diese Daten wurde ein „Überwachungsindex“ entwickelt. Der Index – der methodische Verwandtschaft mit dem sogenannten „Index der Pressefreiheit“, der von der Organisation Reporter ohne Grenzen herausgegeben wird,²⁵ – basiert auf einem 16 Merkmale umfassenden System zur Messung der Eingriffsintensität von Maßnahmen.²⁶

Als vorläufiges Ergebnis stellen die Verfasser der Studie fest, dass sich in „nahezu allen Bereichen“ eine „deutliche Zunahme“ von Abfragen bzw. sonstigen Zugriffen auf Daten zeige. Besonders ausgeprägt sei der Anstieg bei den verschiedenen Formen der Kontoabfrage und der strafprozessualen Verkehrsdatenabfrage. Außerdem falle die Überwachungsdichte im Zusammenhang mit der anlasslosen Datenspeicherung von Kontoführungs- und sonstigen Finanztransaktionen deutlich höher aus als im Bereich Telekommunikation. Beides betreffe den Alltag aller Bürgerinnen und Bürger.²⁷

21 Möstl, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung am 22. Februar 2021 zum Antrag BT-Drs. 19/23695 (Überwachungsgesamtrechnung), A-Drs. 19(4)732 B, S. 2.

22 Schwabenbauer in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Auflage 2021, Teil G, Rn. 349.

23 Poscher/Kilchling/Landerer, Überwachungsbarometer für Deutschland. Ein Modellkonzept, Januar 2022, <https://shop.freiheit.org/#!/Publikation/1168> (letzter Abruf 17. Februar 2022).

24 Poscher/Kilchling/Landerer, Überwachungsbarometer für Deutschland. Ein Modellkonzept, Januar 2022, S. 9, 49 ff., z. B. Erhebung von Telekommunikationsbestandsdaten, -verkehrsdaten oder -inhaltsdaten, aber auch Kontoabfragen oder intern/extern gespeicherte Computerdaten (Online-Durchsuchung).

25 Poscher/Kilchling/Landerer, Überwachungsbarometer für Deutschland. Ein Modellkonzept, Januar 2022, S. 13.

26 Poscher/Kilchling/Landerer, Überwachungsbarometer für Deutschland. Ein Modellkonzept, Januar 2022, S. 21 f.; die Merkmale umfassen beispielweise die Dauer der Maßnahme, ihre „Streuwirkung“ oder „Heimlichkeit“, die Anzahl der potentiell betroffenen Grundrechte oder auch, ob ein Richtervorbehalt implementiert wurde.

27 Poscher/Kilchling/Landerer, Überwachungsbarometer für Deutschland. Ein Modellkonzept, Januar 2022, S. 28.

3.5. Ansätze zur ganzheitlichen Gesamtbetrachtung staatlicher Überwachungsaktivitäten

Hinzuweisen ist darauf, dass die „ganzheitliche“ Beobachtung staatlicher Überwachungsaktivitäten in Teilbereichen bereits praktiziert wird.

So verpflichtet § 101b Strafprozessordnung (StPO) die Bundesländer und die Generalbundesanwaltschaft dazu, dem Bundesamt für Justiz jährlich über die in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich auf Grundlage der StPO angeordneten Telekommunikationsüberwachungen, Online-Durchsuchungen, akustische Wohnraumüberwachungen und Verkehrsdatenerhebungen zu berichten. Das Bundesamt für Justiz erstellt daraus eine Übersicht zu den bundesweit angeordneten Maßnahmen zu erstellen, die im Internet zu veröffentlichen ist.²⁸ Vor der Veröffentlichung berichtet die Bundesregierung gemäß Art. 13 Abs. 6 GG, § 101b Abs. 1 Satz 3 StPO dem Bundestag über die Gesamtheit der akustischen Wohnraumüberwachungen.

Ähnliche bereichsspezifische Berichts- und Veröffentlichungspflichten gibt es in Bezug auf viele nachrichtendienstliche Überwachungsmaßnahmen, insbesondere Telekommunikationsüberwachungen; die Bundesregierung hat insoweit dem Parlamentarischen Kontrollgremium des Bundestages halbjährlich zu berichten, welches wiederum jährlich dem Bundestag öffentlich hierüber berichtet.²⁹

* * *

28 § 101b Abs. 1 Satz 2 StPO.

29 Vgl. § 14 Abs. 1 G10, § 8b Abs. 3 BVerfSchG, § 3 Abs. 1 Satz 3 BNDG, § 4a MADG; vgl. beispielhaft BT-Drs. 19/32398.