



Ausarbeitung

**Auswirkungen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom
26. April 2022 zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz**

Auswirkungen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 26. April 2022 zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 072/22
Abschluss der Arbeit: 31.05.2022
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.	Einleitung	4
2.	Art. 9 Abs. 1 Satz 1 BayVSG – Wohnraumüberwachung	5
3.	Art. 10 Abs.1 BayVSG – Online-Durchsuchung	7
4.	Art. 12 Abs.1 BayVSG – Ortung von Mobilfunkendgeräten	7
5.	Art. 15 Abs. 3 BayVSG – Auskunft über Verkehrsdaten	8
6.	Art. 18 Abs. 1 BayVSG – Verdeckte Mitarbeiter	9
7.	Art. 19 Abs. 1 BayVSG – Vertrauensleute	10
8.	Art. 19a Abs. 1 BayVSG – Observationen außerhalb der Wohnung	11
9.	Art. 25 BayVSG – Informationsübermittlung durch das Landesamt	12
9.1.	Verfassungsrechtliche Anforderungen an Übermittlungsvorschriften	12
9.2.	Übermittlung an Gefahrenabwehrbehörden	12
9.3.	Übermittlung an sonstige Stellen	13
9.4.	Übermittlung ins Ausland	13
9.5.	Vorschriften des BVerfSchG	14
10.	Art. 8b BayVSG – Zweckbindung	15
10.1.	Art. 8b Abs. 3 BayVSG – Daten aus Auskunftersuchen	15
10.2.	Art. 8b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BayVSG – Daten aus Wohnraumüberwachung und Online-Durchsuchung	15
11.	Bindungswirkung des Urteils	16

1. Einleitung

Mit seinem Urteil vom 26. April 2022¹ hat das Bundesverfassungsgericht mehrere Regelungen des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes (BayVSG)² wegen Verstößen gegen Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 10 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 Grundgesetz (GG)³ für verfassungswidrig erklärt. Im Einzelnen handelt es sich um die Regelungen zur Wohnraumüberwachung, Online-Durchsuchung, Ortung von Mobilfunkendgeräten, Auskunft über Verkehrsdaten aus Vorratsdatenspeicherung, zu verdeckten Mitarbeitern, Vertrauensleuten, Observationen außerhalb der Wohnung, Informationsübermittlungen durch das Landesamt sowie zur Weiterverarbeitung von Daten aus Wohnraumüberwachungen und Online-Durchsuchungen sowie aus Auskunftersuchen. Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit Eingriffsvoraussetzungen, die das Gesetz für die Maßnahmen vorsieht, hinsichtlich des zu schützenden Rechtsguts, der Eingriffsschwelle und des Eingriffszwecks für ungenügend erachtet und die entsprechenden verfassungsrechtlichen Anforderungen konkretisiert. Wegen der Intensität, die den Grundrechtseingriffen durch die Maßnahmen unter Umständen zukommen kann, fordert es vielfach eine unabhängige Vorabkontrolle. Bezüglich der Übermittlung personenbezogener Daten durch Nachrichtendienste bestätigt es das Kriterium des hypothetischen Neueingriffs und erläutert, welche Auswirkungen die dem Empfänger zustehenden Befugnisse darauf haben können.

Diese Ausarbeitung fasst die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts zusammen, die auf einzelne Vorschriften in anderen Gesetzen, namentlich dem Bundesverfassungsschutzgesetz (BVerfSchG)⁴, dem Bundesnachrichtendienstgesetz (BNDG)⁵ und dem Militärischen Abschirmdienst-Gesetz (MADG)⁶, übertragbar sein könnte. Folgende Regelungen des BVerfSchG (auf die BNDG und MADG vielfach verweisen) sind hiernach (vor dem Hintergrund der jeweils in Klammern aufgeführten verfassungsrechtlichen Vorgaben) besonders in den Blick zu nehmen:

- § 9 Abs. 2, 3 BVerfSchG – Wohnraumüberwachung (Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung; unten 2.)

1 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022 – 1 BvR 1619/17 –, Tenor zu 1. und 2.

2 Bayerisches Verfassungsschutzgesetz (BayVSG) vom 12. Juli 2016 (GVBl. S. 145, BayRS 12-1-I), das zuletzt durch § 3 des Gesetzes vom 23. Juli 2021 (GVBl. S. 418) geändert worden ist.

3 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Art. 1 und 2 ÄndG (Art. 104a, 143h) vom 29. September 2020 (BGBl. I S. 2048).

4 Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz (Bundesverfassungsschutzgesetz – BVerfSchG) vom 20. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2954), zuletzt geändert durch Art. 1 Gesetz zur Anpassung des Verfassungsschutzrechts vom 5. Juli 2021 (BGBl. I S. 2274).

5 Gesetz über den Bundesnachrichtendienst (BND-Gesetz – BNDG) vom 20. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2954), zuletzt geändert durch Art. 3 Gesetz zur Anpassung des Verfassungsschutzrechts vom 5. Juli 2021 (BGBl. I S. 2274).

6 Gesetz über den Militärischen Abschirmdienst (MAD-Gesetz – MADG) vom 20. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2954), zuletzt geändert durch Art. 2 Gesetz zur Anpassung des Verfassungsschutzrechts vom 5. Juli 2021 (BGBl. I S. 2274).

-
- § 9 Abs. 4 BVerfSchG – Mobilfunkendgeräteortung (Regelung der Eingriffsschwelle, unabhängige Vorabkontrolle; unten 4.)
 - § 9a BVerfSchG – Verdeckte Mitarbeiter (Regelung des Adressatenkreises; unabhängige Vorabkontrolle; unten 6.)
 - § 9b BVerfSchG – Vertrauensleute (unabhängige Vorabkontrolle; unten 7.)
 - § 9 Abs. 1, § 8 Abs. 2 BVerfSchG – eingriffsintensive, insbesondere längerfristige Observationen (erhöhte Eingriffsschwelle, unabhängige Vorabkontrolle; unten 8.)
 - einzelne Übermittlungstatbestände der §§ 19, 20 BVerfSchG (Übermittlungsschwellen; unten 9.5.)
 - § 8b Abs. 2 Satz 7 BVerfSchG – Verarbeitung von Daten aus Auskunftersuchen (normenklare Verweisungen, unten 10.1.)
 - § 9 Abs. 2 Satz 7 und 8 BVerfSchG – Verarbeitung von Daten aus Wohnraumüberwachung (normenklare Verweisungen, unten 10.2.).

Zur Veranschaulichung findet sich als **Anlage** eine Tabelle, in der die relevanten Normen des BayVSG einerseits und des BVerfSchG, BNDG und MADG andererseits gegenübergestellt werden.

2. Art. 9 Abs. 1 Satz 1 BayVSG – Wohnraumüberwachung

Das Bundesverfassungsgericht erachtete zwar das in **Art. 9 Abs. 1 Satz 1 BayVSG** als Voraussetzung für eine Wohnraumüberwachung statuierte Erfordernis der „**dringenden Gefahr**“ als hinreichenden Eingriffsanlass. Die Maßnahme müsse jedoch ausdrücklich auf das „**Ziel der Abwehr einer dringenden Gefahr**“ begrenzt sein, wie es Art. 13 Abs. 4 GG („zur Abwehr“) fordere. Es fehle auch an einer **Subsidiaritätsregelung** gegenüber Gefahrenabwehrmaßnahmen der Gefahrenabwehrbehörden.⁷

Zudem erfülle **Art. 8a Abs. 1 BayVSG**, der für alle nachrichtendienstlichen Mittel und somit auch für die Wohnraumüberwachung nach Art. 9 Abs. 1 BayVSG den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung regelt, nicht die spezifischen verfassungsrechtlichen Anforderungen an den „**Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung**“⁸ bei Wohnraumüberwachungen. Es müsse sich aus der gesetzlichen Regelung ausdrücklich ergeben, dass Gespräche in Wohnräumen nur überwacht werden dürften, wenn zuvor die verfassungsrechtliche **Vermutung** positiv entkräftet sei, dass Privaträume, in denen Gespräche mit Personen des besonderen persönlichen Vertrauens zu erwarten seien, dem Kernbereichsschutz unterfielen.⁹

7 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 292.

8 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 275.

9 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 305.

Alle aus der Überwachung stammenden Informationen müssten ferner vollständig und vor einer Kenntnisnahme durch die Behörde zunächst durch eine unabhängige Stelle auf ihre Kernbereichsrelevanz hin gesichtet werden. Der Verweis durch Art. 8a Abs. 1 Satz 5 BayVSG auf § 3a Abs. 1 Satz 4 des Gesetzes zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz – G 10)¹⁰ sei wegen dessen Beschränkung auf automatische Aufzeichnungen nicht ausreichend. Um den Anforderungen des Art. 13 GG an den Kernbereichsschutz bei einer akustischen oder optischen Wohnraumüberwachung zu genügen, müssten sämtliche Daten, die aus der Überwachung erlangt wurden, zunächst zur **unabhängigen Sichtung** vorgelegt werden. Dies gelte auch für Daten, die die Behörde in der Annahme erhoben hatte, dass diese nicht kernbereichsrelevant seien, bei denen sie also davon ausging, nicht durch den Kernbereichsschutz an der Erhebung gehindert zu sein. Sofern die externe Sichtung an technische und fachliche Grenzen stoße, sei eine – durch gesonderte Verschwiegenheitspflichten abgesicherte – Hinzuziehung auch von Bediensteten des Verfassungsschutzes zur Gewährleistung von ermittlungsspezifischem Fachverstand nicht ausgeschlossen. Darüber hinaus könne für die Sichtung auf technische Unterstützung durch die Verfassungsschutzbehörde zurückgegriffen werden. Die tatsächliche Durchführung und Entscheidungsverantwortung müsse jedoch maßgeblich bei einer von der Verfassungsschutzbehörde unabhängigen Stelle liegen.¹¹

Nach **§ 9 Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG** muss die Wohnraumüberwachung durch das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) **zur Abwehr einer gegenwärtigen gemeinen Gefahr** oder einer **gegenwärtigen Lebensgefahr** erfolgen. Diese Eingriffsschwelle erfüllt die verfassungsrechtlichen Anforderungen. Eine „**dringende Gefahr**“, wie sie das Bundesverfassungsgericht fordert, verlangt eine erhöhte Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, wohingegen eine „**gegenwärtige**“ Gefahr die besondere Zeitnähe und einen besonders hohen Grad an Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts erfordert. Das heißt, der Schaden muss „sofort und fast mit Gewissheit (mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit)“ eintreten.¹² Damit liegt der **Eingriffsanlass** des § 9 Abs. 2 BVerfSchG sogar über der vom Bundesverfassungsgericht verlangten Schwelle. Durch die Formulierung „zur Abwehr“ begrenzt § 9 Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG die Überwachungsmaßnahme auch ausdrücklich auf das Ziel der Abwehr solch einer Gefahr. Indem die Norm die Wohnraumüberwachung durch das BfV ferner nur zulässt, wenn „geeignete Hilfe für das bedrohte Rechtsgut nicht rechtzeitig erlangt werden kann“, enthält sie auch die vom Bundesverfassungsgericht im BayLfV vermisste **Subsidiaritätsklausel** zugunsten der Gefahrenabwehrbehörden.¹³

Es wurde auch das Fehlen einer **Vermutungsregel in Bezug auf den Kernbereichsschutz** im Bayerischen Verfassungsschutzgesetz beanstandet. Es müsse sich aus der gesetzlichen Regelung ausdrücklich ergeben, dass Gespräche in Wohnräumen nur überwacht werden dürften, wenn zuvor

10 Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz – G 10) vom 26. Juni 2001 (BGBl. I S. 1254, ber. S. 2298, 2017 S. 154), zuletzt geändert durch Art. 5, Art. 6 Abs. 4 Verfassungsschutzrechts-AnpassungsG vom 5. Juli 2021 (BGBl. I S. 2274).

11 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 315.

12 Graulich, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Auflage 2021, E. Das Handeln von Polizei- und Ordnungsbehörden zur Gefahrenabwehr, Rn. 148, 153.

13 Vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022 – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 178, 303.

die verfassungsrechtliche Vermutung positiv entkräftet sei, dass Privaträume, in denen Gespräche mit Personen des besonderen persönlichen Vertrauens zu erwarten sind, dem Kernbereichsschutz unterfielen.¹⁴ Eine ausdrückliche Regelung des Kernbereichsschutzes enthält das BVerfSchG nicht.

Eine Regelung über die **Kontrolle aller aus der Überwachung stammenden Informationen** durch eine unabhängige Stelle auf ihre Kernbereichsrelevanz, wie sie das Bundesverfassungsgericht im BayVSG in Bezug auf die Wohnraumüberwachung vermisst hat, findet sich auch im BVerfSchG nicht. Nach § 9 Abs. 3 BVerfSchG hat lediglich eine Unterrichtung des Parlamentarischen Kontrollgremiums des Deutschen Bundestags über Wohnraumüberwachungsmaßnahmen zu erfolgen. Diesem wird aber durch das Gesetz nicht die Aufgabe zugewiesen, die erhobenen Daten auf ihre Kernbereichsrelevanz hin zu untersuchen.

Das zur Wohnraumüberwachung nach § 9 BVerfSchG Gesagte gilt ebenso für § 5 BNDG und § 5 MADG, die auf § 9 Abs. 2 bis 4 BVerfSchG verweisen.

3. Art. 10 Abs.1 BayVSG – Online-Durchsuchung

Das Bundesverfassungsschutzgesetz, das Bundesnachrichtendienstgesetz und das MAD-Gesetz enthalten keine vergleichbare Vorschrift.

4. Art. 12 Abs.1 BayVSG – Ortung von Mobilfunkendgeräten

Die in Art. 12 Abs. 1 BayVSG geregelten **Eingriffsvoraussetzungen**, wonach das Landesamt tätig werden darf, „soweit **tatsächliche Anhaltspunkte für eine schwerwiegende Gefahr für die von Art. 3 umfassten Schutzgüter** vorliegen“, wurden vom Bundesverfassungsgericht als **zu unbestimmt** kritisiert. Die Schwelle der schwerwiegenden Gefahr werde in der Praxis der Verfassungsschutzbehörden bei Zugrundelegung des polizeirechtlichen Gefahrenbegriffs regelmäßig nicht erreicht. Es fehle an einer „**verfassungsschutzspezifischen Beschreibung des Eingriffsanlasses**“, die sich an den Aufgaben des Landesamts orientiere. Die verfassungsschutzspezifische Eingriffsschwelle setzt nach dem Bundesverfassungsgericht hinreichende Anhaltspunkte einerseits dafür voraus, dass eine **beobachtungsbedürftige Bestrebung** besteht, und andererseits dafür, dass die ergriffene **Maßnahme im Einzelfall zur Aufklärung geboten** ist.¹⁵ Dies müsse der Gesetzgeber selbst regeln. Zudem sei eine gesteigerte Beobachtungsbedürftigkeit vorauszusetzen und der Behörde müssten Anhaltspunkte dafür gegeben werden, wann von einer solchen auszugehen sei. Daran fehle es.¹⁶

Zudem schließe der Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 BayVSG eine **länger andauernde Überwachung**, die zur Erstellung eines Bewegungsprofils führen könne, nicht aus. Diese stelle einen besonders intensiven Eingriff dar und erfordere daher eine im Gesetz geregelte „**unabhängige Vorabkontrolle**“, etwa in Form einer richterlichen Anordnung. Diese sei nicht vorgesehen.¹⁷

14 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 305.

15 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 182.

16 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 329 – 331.

17 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 332, 214.

Die Ortung von Mobilfunkendgeräten durch das BfV ist in **§ 9 Abs. 4 BVerfSchG** geregelt. Dabei wird auf die Voraussetzungen des § 8a Abs. 1 BVerfSchG verwiesen. Dieser gestattet eine Datenabfrage **im Einzelfall**, „soweit dies **zur Sammlung und Auswertung von Informationen erforderlich** ist und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass **schwerwiegende Gefahren** für die in § 3 Absatz 1 genannten Schutzgüter vorliegen.“ Die **Eingriffsschwelle** ist hier also im Ergebnis **ähnlich wie in** dem vom Bundesverfassungsgericht beanstandeten **Art. 12 BayVSG** geregelt.

Ob der Gesetzgeber durch das (in Art. 12 BayVSG nicht enthaltene) Merkmal „im Einzelfall“ in § 8a Abs. 1 BVerfSchG den längerfristigen und damit zur Erstellung von Bewegungsprofilen nutzbaren Einsatz des nachrichtendienstlichen Mittels aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts hinreichend bestimmt ausgeschlossen hat, lässt sich nicht mit Sicherheit sagen. Allerdings ist gemäß § 9 Abs. 4 Satz 7 i.V.m. § 8b Abs. 2 BVerfSchG eine Kontrolle der „Zulässigkeit und Notwendigkeit“ der Maßnahme durch die G 10-Kommission des Bundestages vorgesehen, welche (außer bei Gefahr im Verzug) vor deren Vollzug über diese zu unterrichten ist. Da die Mitglieder gemäß § 15 Abs. 1 Satz 3 G 10 in ihrer Amtsführung unabhängig und Weisungen nicht unterworfen sind, dürfte die Kontrolle durch die G 10-Kommission den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an die von Verfassung wegen gebotene **unabhängige Vorabkontrolle** länger andauernder Überwachungsmaßnahmen genügen.¹⁸

Wegen der Verweisung von § 5 BNDG und § 5 MADG auf § 9 Abs. 4 BVerfSchG gilt das Gesagte auch für die Mobilfunkgeräte-Ortung durch BND und MAD.

5. Art. 15 Abs. 3 BayVSG – Auskunft über Verkehrsdaten

Art. 15 Abs. 3 BayVSG ermächtigt das Landesamt, unter den Voraussetzungen des § 113c Abs. 1 Nr. 2 TKG a. F. (§ 177 Abs. 1 Nr. 2 TKG n. F.) Auskünfte zu **Verkehrsdaten aus Vorratsdatenspeicherung** einzuholen. Das Bundesverfassungsgericht hat an anderer Stelle bereits Ausführungen zu den Voraussetzungen an ein Auskunftsverfahren gemacht und dabei das sog. **Doppeltür-Modell** entwickelt: Es sei bei Vorschriften über den Datenaustausch zu differenzieren zwischen der Datenübermittlung seitens der auskunftserteilenden Stelle und dem Datenabruf seitens der auskunftersuchenden Stelle. Darin lägen eigenständige, aber miteinander korrespondierende Eingriffe, die jeweils eine eigene Rechtsgrundlage erforderten:

„Der Gesetzgeber muss, bildlich gesprochen, nicht nur die Tür zur Übermittlung von Daten öffnen, sondern auch die Tür zu deren Abfrage. Erst beide Rechtsgrundlagen gemeinsam, die wie eine Doppeltür zusammenwirken müssen, berechtigen zu einem Austausch personenbezogener Daten.“¹⁹

§ 177 Abs. 1 Nr. 2 TKG erlaubt jedoch die **Datenübermittlung nur an Gefahrabwehrbehörden**, zu denen Verfassungsschutzbehörden laut Bundesverfassungsgericht nicht zählen, weil diesen keine

18 Das BVerfG erwähnt die G 10-Kommission im Kontext seiner allgemeinen Ausführungen zur unabhängigen Vorabkontrolle, vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 224. Vgl. auch BVerfGE 143, 1 (19 Rn. 57), wo das Gericht davon spricht, dass die Kontrolltätigkeit der G 10-Kommission, die Rechtmäßigkeit heimlicher staatlicher Überwachungsmaßnahmen „prozedural absichert.“

19 BVerfGE 130, 151 (184).

Befugnisse zur Abwehr konkreter Gefahren zur Verfügung stehen. Daher hat das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf Art. 15 Abs. 3 BayVSG einen Verstoß gegen das Gebot der Normenklarheit und damit die Verfassungswidrigkeit festgestellt.²⁰

Das **BVerfSchG** enthält **keine Regelung zur Übermittlung von Verkehrsdaten aus Vorratsdatenspeicherung**. Die Befugnis in **§ 8a Abs. 2 Nr. 4 BVerfSchG**, Auskunft über Verkehrsdaten einzuholen, bezieht sich lediglich auf **Verkehrsdaten nach § 9 Abs. 1 Satz 1 TTDS und sonstige zum Aufbau und zur Aufrechterhaltung der Telekommunikation notwendigen Verkehrsdaten**. Eine zu dieser Abrufbefugnis des BfV passende Datenübermittlungspflicht des Telekommunikationsdienstleisters findet sich in § 8b Abs. 6 BVerfSchG, sodass den **Erfordernissen des Doppeltürprinzips** entsprochen wird.²¹

Dies gilt auch für das BNDG und MADG, die in § 3 Abs. 1 BNDG und § 4a MADG auf §§ 8a und 8b BVerfSchG verweisen.

6. Art. 18 Abs. 1 BayVSG – Verdeckte Mitarbeiter

Diese Vorschrift wurde vom Bundesverfassungsgericht bemängelt, weil sie keine hinreichenden Eingriffsschwellen und keine Regelung zum zulässigen Adressatenkreis enthalte und weil es an einer Vorabkontrolle durch eine unabhängige Stelle fehle, die unter Umständen wiederholt durchzuführen sei.

Wegen der mit zunehmender Dauer der Maßnahme steigenden Schwere des Eingriffs müsse der Gesetzgeber zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit die **maßgeblichen Eingriffsvoraussetzungen** selbst regeln und dürfe dies nicht der Behörde überlassen.²² Die Vorschrift enthalte jedoch keine Anforderungen bezüglich der zulässigen Dauer des Einsatzes oder einer im Verhältnis zur Dauer steigenden Gefährlichkeit der zu beobachtenden Bestrebung. Auch werde der zulässige **Adressatenkreis nicht begrenzt**, insbesondere bezüglich der gezielten Einbeziehung Unbeteiligter. Eine **unabhängige Vorabkontrolle** sei zudem wegen des Eingriffsgewichts unverzichtbar. Bei länger andauernden Einsätzen müsse diese außerdem wiederholt werden, um das Vorliegen der verfassungsrechtlichen Bedingungen für eine Fortsetzung zu überprüfen. Diese wiederholte Prüfung könne bei gesetzlich „kurz genug befristeten Einsätzen“ entfallen, was vorliegend jedoch nicht in Betracht komme, da der Gesetzgeber keine Regelung zur zulässigen Dauer des Einsatzes getroffen habe.²³

§ 9a Abs. 1 Satz 2 BVerfSchG adressiert, anders als das BayVSG, das Problem des dauerhaften Einsatzes von verdeckten Mitarbeitern ausdrücklich, indem es zwischen der Aufklärung von Bestrebungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 4 einerseits und solchen nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BVerfSchG andererseits differenziert. Zur Aufklärung von Bestrebungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BVerfSchG ist der dauerhafte Einsatz von verdeckten Mitarbeitern nur gestattet, wenn die in Frage stehenden Bestrebungen „von erheblicher Bedeutung“ sind, insbesondere wenn sie „darauf gerichtet sind,

20 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 335.

21 Vgl. Mallmann, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Auflage 2019, § 8b BVerfSchG, Rn. 7.

22 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 343 f.

23 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 348.

Gewalt anzuwenden oder Gewaltanwendung vorzubereiten.“ Diese Einschränkung für den dauerhaften Einsatz gilt bei Bestrebungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BVerfSchG zwar nicht. Allerdings sind Bestrebungen nach Nr. 3 bereits begrifflich „durch Anwendung von Gewalt oder darauf gerichtete Vorbereitungshandlungen“ gekennzeichnet, und Nr. 2 betrifft „sicherheitsgefährdende oder geheimdienstliche Tätigkeiten [...] für eine fremde Macht“, die per se als „von besonderer Bedeutung“ betrachtet werden können. Insoweit könnte vertreten werden, dass die Norm, wie vom Bundesverfassungsgericht gefordert,²⁴ „**differenzierte Eingriffsschwellen** in Abhängigkeit vom Eingriffsgewicht“ vorsieht.²⁵ Das Gericht verweist jedenfalls im Kontext dieses Erfordernisses beispielhaft auf § 9a Abs. 1 Satz 2 BVerfSchG.²⁶

Allerdings enthält die Norm **keine Beschränkung bezüglich zulässiger Adressaten** der Maßnahme und schreibt auch **keine unabhängige Vorabkontrolle** vor.

Das Gesagte ist übertragbar auf § 5 BNDG, der uneingeschränkt auf § 9a BVerfSchG verweist.

Die Verweisung in § 5 Halbsatz 2 MADG umfasst § 9a Abs. 1 BVerfSchG zwar nicht, sondern lediglich § 9a Abs. 2 und 3 BVerfSchG. § 5 Halbsatz 2 MADG verweist jedoch auf § 9 Abs. 1 BVerfSchG, welcher – ebenso wie § 4 Abs. 1 Satz 1 MADG – wiederum auf § 8 Abs. 2 BVerfSchG verweist, der verdeckte Mitarbeiter implizit umfasst²⁷. Ob § 5 Halbsatz 2 MADG damit die Befugnis zum Einsatz verdeckter Mitarbeiter durch den MAD in hinreichend bestimmter und normenklarer Weise geregelt hat, kann dahinstehen. Jedenfalls **fehlt** durch die unterlassene Verweisung auf § 9a Abs. 1 BVerfSchG für den MAD **eine nach der Dauer des Einsatzes differenzierende Eingriffsregelung**. Unabhängig davon gibt es (wie bei BfV und BND) **keine gesetzliche Regelung zur Beschränkung des Adressatenkreises der Maßnahme und zum Erfordernis einer unabhängigen Vorabkontrolle**.

7. Art. 19 Abs. 1 BayVSG – Vertrauensleute

Diese Regelung verweist auf Art. 18 Abs. 1 bis 3 BayVSG, der den Einsatz verdeckter Mitarbeiter regelt. Die Kritik bezüglich der **unzureichenden Eingriffsschwelle** und der **fehlenden Begrenzung des Adressatenkreises** gilt nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts auch hier. Es müsse von Anfang an ein **verfassungsschutzspezifischer Aufklärungsbedarf** bestehen.²⁸ Eine **unabhängige Vorabkontrolle** fordert das Bundesverfassungsgericht ebenfalls, die zudem so ausgestaltet sein

24 Vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 343.

25 Nach der Begründung des Gesetzentwurfs soll diese allerdings in erster Linie einer effizienten Ressourcensteuerung dienen, vgl. BT-Drucksache 18/4654, S. 26, zu § 9a Absatz 1.

26 Vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 344 a.E.

27 Vgl. Roth, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Auflage 2019, BVerfSchG, § 8 Rn. 32. Durch das Unterlassen eines Verweises auf § 9a Abs. 1 BVerfSchG sollte der MAD von den Anforderungen des zivilen Verfassungsschutzes einen teilweisen Dispens erhalten, weil die Einschränkung auf Bestrebungen von erheblicher Bedeutung bei dem einzelfallbezogenen Aufgabenansatz des MAD verfehlt sei (vgl. BT-Drs. 18/4654 S. 36; ferner Siems, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Auflage 2019, MADG § 5 Rn. 7).

28 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 353.

müsse, dass die Grundrechte der Vertrauensleute geschützt würden.²⁹ Es gesteht aber eine praktisch erforderliche Anwerbungs- und Erprobungsphase zu, die der Gesetzgeber zeitlich angemessen begrenzen müsse. Die Vorabkontrolle sei auch zu wiederholen, wenn die Verpflichtung nicht von Beginn an ausreichend befristet sei. Die Befristung des Art. 19 Abs. 2 Satz 4 BayVSG sei nicht ausreichend, weil sie auf den Sonderfall der Verpflichtung von Personen beschränkt sei, die als Täter eines Totschlags oder einer allein mit lebenslanger Haft bedrohten Straftat verurteilt wurden.³⁰

§ 9b Abs. 1 Satz 2 BVerfSchG verpflichtet die Bundesregierung lediglich dazu, mindestens einmal im Jahr dem Parlamentarischen Kontrollgremium einen Lagebericht zum Einsatz von Vertrauensleuten vorzulegen. Die Befugnis zu einer **Vorabkontrolle** wird damit **nicht verbunden**.

§ 5 BNDG und § 5 Hs. 2 MADG verweisen uneingeschränkt auf § 9b BVerfSchG, sodass das Gesagte auf den Einsatz von Vertrauensleuten durch BND und MAD übertragbar ist.

8. Art. 19a Abs. 1 BayVSG – Observationen außerhalb der Wohnung

Observationen können nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ein sehr unterschiedliches Eingriffsgewicht haben, weshalb eine hierzu ermächtigende Regelung, wenn sie insoweit keine Differenzierung vornehme, den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtfertigung des schwerstmöglichen Eingriffs genügen müsse. Sie sei nur zulässig, wenn sie „**zur Aufklärung einer bestimmten, nachrichtendienstlich beobachtungsbedürftigen Aktion oder Gruppierung im Einzelfall geboten**“ sei. Auch müsse die Überwachung **gerade dieser** Person zur Aufklärung beitragen. Die Eingriffsermächtigung müsse auch jedenfalls bei besonders schweren Eingriffen einen besonders gesteigerten Beobachtungsbedarf fordern.³¹ An dieser **Eingriffsschwelle** fehle es bei Art. 19a BayVSG. Außerdem müsse eine **unabhängige Vorabkontrolle** erfolgen, die jedenfalls **bei längerfristigen Observationen** wegen der hohen Grundrechtsrelevanz erforderlich sei. Die Maßnahme sei bei längerer Dauer auch zu befristen oder eine erneute Kontrolle durchzuführen, was die vorliegende Regelung nicht vorsehe.³²

Auch **§ 8 Abs. 2 und § 9 Abs. 1 BVerfSchG** sehen **weder eine erhöhte Eingriffsschwelle** für besonders intensive Eingriffe vor **noch eine unabhängige Vorabkontrolle**. Zwar wird nach § 9 Abs. 3 Nr. 2 BVerfSchG in bestimmten Fällen das Parlamentarische Kontrollgremium unterrichtet. Diese Unterrichtung muss jedoch nicht ausdrücklich im Vorfeld einer Maßnahme erfolgen und es ist auch keine Kontrollbefugnis des Parlamentarischen Kontrollgremiums vorgesehen.

Das zu § 9 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 2 BVerfSchG Gesagte gilt aufgrund der Verweisungen in § 5 BNDG und § 5 Abs. 1 MADG für diese Normen entsprechend.

29 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 355.

30 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 354.

31 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 359.

32 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 361.

9. Art. 25 BayVSG – Informationsübermittlung durch das Landesamt

Das Bundesverfassungsgericht hat mehrere Vorschriften des BayVSG zur Übermittlung nachrichtendienstlich erhobener Daten für verfassungsrechtlich ungenügend erachtet und die Anforderungen an nachrichtendienstliche Übermittlungsvorschriften konkretisiert.

9.1. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Übermittlungsvorschriften

Die **Übermittlung personenbezogener Daten**, mit der eine Behörde die von ihr erhobenen Daten einer anderen Stelle zugänglich macht, begründet nach dem Bundesverfassungsgericht einen **eigenen Grundrechtseingriff**. Dieser sei an dem Grundrecht zu messen, in das bei der ursprünglichen Datenerhebung eingegriffen wurde.³³

Maßgeblich für dessen Rechtmäßigkeit sei das **Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung**. Danach komme es darauf an, ob die entsprechenden Daten nach verfassungsrechtlichen Maßstäben auch für den geänderten Zweck mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln neu erhoben werden dürften. Das bestimme sich danach, ob der empfangenden Stelle unter den gegebenen Bedingungen eine eigene Befugnis eingeräumt werden dürfte, die Daten mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln wie dem ersten Eingriff erneut zu erheben. Die neue Nutzung der Daten müsse zum einen dem Schutz von Rechtsgütern oder der Aufdeckung von Straftaten solchen Gewichts dienen, dass dies eine Neuerhebung durch die empfangende Stelle mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln wie die vorangegangene nachrichtendienstliche Überwachung rechtfertigen könnte. Zum anderen setze die Übermittlung grundsätzlich einen Anlass voraus, der eine ebenso eingriffsintensive Ersterhebung durch die empfangende Stelle verfassungsrechtlich rechtfertigen würde. Dabei gelte der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung nicht schematisch abschließend und schließe die Berücksichtigung weiterer Gesichtspunkte nicht aus.³⁴

9.2. Übermittlung an Gefahrenabwehrbehörden

Nach dem Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung könnten die Übermittlungsanforderungen sich unterscheiden, je nachdem, an welche Behörde übermittelt werde. Verfüge die empfangende Behörde über operative Anschlussbefugnisse, seien an eine Datenneuerhebung und damit auch an eine Übermittlung wegen der unmittelbar möglichen Folgemaßnahmen grundsätzlich strengere Anforderungen zu stellen, als wenn die empfangende Behörde keine weiteren operativen Befugnisse habe.³⁵

Eine Übermittlung von Informationen durch den Verfassungsschutz an eine Gefahrenabwehrbehörde sei daher nur zum Zweck des Schutzes eines „**Rechtsguts von herausragendem öffentlichem**

33 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 230.

34 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 231.

35 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 234.

Interesse“ vor einer **konkretisierten Gefahr**³⁶ möglich.³⁷ Zu diesen Rechtsgütern zählten Leib, Leben und Freiheit der Person sowie der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes.³⁸ Darüber hinaus könnten auch Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten sei, dazu gehören, etwa wesentliche Infrastruktureinrichtungen oder sonstige Anlagen mit unmittelbarer Bedeutung für das Gemeinwesen.³⁹ Die Übermittlungsregelung müsse dabei das erforderliche Rechtsgut nicht zwingend unmittelbar benennen, sondern könne auch an die Verhinderung entsprechender Straftaten anknüpfen.⁴⁰ Dem Schutz derartiger Rechtsgüter entspreche die **Verhinderung von „besonders schweren Straftaten“**.⁴¹ Die Verhinderung von nur erheblichen oder schweren Straftaten genüge nicht.⁴²

9.3. Übermittlung an sonstige Stellen

Bei der Übermittlung der von Nachrichtendiensten erhobenen Daten an sonstige Stellen sei das Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung ebenfalls anzuwenden. Im Ergebnis müsse die Übermittlung zwar auch hier stets einem Rechtsgut von besonderem Gewicht dienen, die Übermittlungsschwelle könne jedoch im Vergleich zur Übermittlung zwecks Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung niedriger sein, wenn auch die empfangende Behörde nicht über eigene operative Anschlussbefugnisse verfüge.⁴³

9.4. Übermittlung ins Ausland

Für die Übermittlung nachrichtendienstlicher Daten ins Ausland gälten die gleichen Anforderungen wie für die Übermittlung nachrichtendienstlich ersterhobener Daten im Inland: Diese müsse zum **„Schutz eines Rechtsguts von herausragendem öffentlichem Interesse“** erfolgen und die Übermittlungsschwelle müsse in einem **„hinreichend konkreten Übermittlungsanlass“** bestehen.⁴⁴

36 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 245.

37 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 236 ff., insbesondere 242, 245 f.

38 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 243.

39 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 243.

40 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 244.

41 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 244.

42 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 244.

43 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 254.

44 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 380.

9.5. Vorschriften des BVerfSchG

Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts und dessen Kritik an den einzelnen Vorschriften des BayVSG kommen auch bezüglich der §§ 19, 20 BVerfSchG, die die Übermittlung von Daten durch das Bundesamt für Verfassungsschutz regeln, zum Tragen.

So genügt für eine Übermittlung nach § 19 Abs. 1 Nr. 3 und 4 BVerfSchG die Verhinderung, Verhütung oder Verfolgung von Straftaten von erheblicher Bedeutung. Diese bleiben hinter dem verfassungsrechtlich erforderlichen **Übermittlungszweck** zurück, dem der **Schutz vor besonders schweren Straftaten** entspricht (vgl. oben 9.2.).

Der Begriff des „Benötigens“, den sowohl Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 Alternative 2 BayVSG als auch § 19 Abs. 1 Satz 2 BVerfSchG verwenden, stellt nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zudem keine ausreichende **Übermittlungsschwelle** dar. Es sei nicht ausreichend, dass der Empfänger die Informationen benötige, da der Begriff des „Benötigens“ zu weit sei.⁴⁵ Erforderlich sei vielmehr **wenigstens eine konkretisierte Gefahr**.

Die Anforderungen, die § 19 Abs. 3 BVerfSchG an die Übermittlung von Daten an ausländische Stellen erhebt, dürften ebenfalls nicht ausreichen. Danach genügt es, dass die Übermittlung zur **Wahrung erheblicher Sicherheitsinteressen des Informationsempfängers** erforderlich ist. Das Bundesverfassungsgericht hat zu Art. 25 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BayVSG, der die gleiche Anforderung stellt, ausgeführt, für die Übermittlung nachrichtendienstlicher Daten ins Ausland gälten die gleichen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen wie für die Übermittlung nachrichtendienstlich ersterhobener Daten im Inland: Diese müsse zum **„Schutz eines Rechtsguts von herausragendem öffentlichem Interesse“** erfolgen und die Übermittlungsschwelle müsse in einem **„hinreichend konkreten Übermittlungsanlass“** bestehen.⁴⁶ Tatsächliche Anhaltspunkte für die Erforderlichkeit der Datenübermittlung zur Wahrung erheblicher Sicherheitsinteressen des Empfängers genügten dem nicht. Darin liege kein konkreter Ermittlungsanlass, die Bindung an die Erforderlichkeit reiche nicht aus.⁴⁷

§ 20 BVerfSchG gestattet eine **Übermittlung von Daten an Staatsanwaltschaft und Polizei**, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Übermittlung zur Verhinderung oder Verfolgung von Staatsschutzdelikten erforderlich ist. Auch hier ist davon auszugehen, dass die Bindung an die Erforderlichkeit keinen konkreten Ermittlungsanlass darstellt und es an einer ausreichenden Übermittlungsschwelle fehlt. § 20 BVerfSchG müsste zudem den Schutz eines „Rechtsguts von herausragendem öffentlichem Interesse“ bezwecken. Der Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, die als Schutzgut des Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b GG von § 20 Abs. 1 Satz 2 Alternative 2 BVerfSchG erfasst wird, stelle zwar ein hinreichend gewichtiges Rechtsgut dar.⁴⁸ Ob die Delikte nach §§ 74a Abs. 1, 120 GVG im Einzelnen als besonders schwere Straftaten gelten

45 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 368.

46 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 379.

47 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 380.

48 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 370.

würden und der Schutz vor ihnen als Gesamtheit ein Rechtsgut von herausragendem öffentlichem Interesse darstellen würde, könnte jedoch fraglich sein.⁴⁹

Wegen der Verweise bzw. des entsprechenden Wortlauts gilt das Gesagte auch für § 11 MADG und §11 BNDG.

10. Art. 8b BayVSG – Zweckbindung

10.1. Art. 8b Abs. 3 BayVSG – Daten aus Auskunftersuchen

Eine zweckverändernde Verarbeitung oder Übermittlung bereits erhobener Daten stellt nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nach dem „**Kriterium der hypothetischen Neuerhebung**“ einen erneuten Grundrechtseingriff dar, der den gleichen verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht werden müsse wie die ursprüngliche Datenerhebung.⁵⁰ Dies sei bei der Verweisung auf § 4 Abs. 4 Satz Nr. 1 und 2 G 10 in Art. 8b Abs. 3 BayVSG nicht der Fall. Dabei handele es sich um eine sog. **dynamische Verweisung**, also eine Verweisung auf die jeweils aktuelle Fassung. Art. 8b Abs. 3 BayVSG enthalte keine eigene Regelung dazu, unter welchen Voraussetzungen eine Weiterverarbeitung und Übermittlung der durch eine Auskunft nach Art. 15 Abs. 2 und Abs. 3 sowie Art. 16 Abs. 1 BayVSG bereits erlangten Daten erfolgen könne, sondern verweise vollständig auf die entsprechende Anwendung des § 4 G 10. Dieser werde der Anforderung an dynamische Verweisungen, die in Bezug genommene Regelung müsse ein **eng umrissenes Feld betreffen** und deren **Inhalt bereits feststehen**, nicht gerecht.⁵¹ Die Übermittlungsbefugnisse des § 4 G 10 und die dort in Bezug verwiesenen Straftatbestände seien gerade kein eng umrissenes Feld, weshalb die Übermittlungsbefugnis verfassungswidrig sei. Auch hier dürfe bei einer Neuregelung der Weiterverarbeitungs- und Übermittlungsanlass nicht zu weit ins Vorfeld einer noch unkonkreten Gefahr verlegt werden. Zudem verstoße der Verweis auf § 4 G 10 auf das Gebot der Normenklarheit, weil dieser vielgliedrige Verweisungsketten verwende, deren Unübersichtlichkeit das verfassungsrechtliche Maß überschreite.⁵²

§ 3 Abs. 1 BNDG und § 4a MADG verweisen auf **§ 8b Abs. 2 Satz 7 BVerfSchG**, der wiederum ebenfalls eine entsprechende Anwendung des § 4 G 10 anordnet.

10.2. Art. 8b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BayVSG – Daten aus Wohnraumüberwachung und Online-Durchsuchung

Die Verweisung durch Art. 8b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BayVSG auf § 100b Abs. 2 StPO wird nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine **dynamische Verweisung** nicht gerecht. Diese unterliege strengerem Anforderungen, insbesondere wenn sie sich auf Regelungen eines anderen Normgebers bezieht. Denn dabei bestehe die Gefahr, dass

49 Vgl. BVerfGE 154, 152 (304 Rn. 312).

50 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 170.

51 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 390.

52 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 391.

die grundlegende Abwägung, die bei Grundrechtseingriffen vom dazu ermächtigenden Gesetzgeber getroffen werde, entfalle, weil die Anforderungen an diese bei Bundes- und Landesgesetzgeber divergierten. Daher könnten dynamische Verweisungen von einem Landesgesetz auf ein Bundesgesetz zwar noch zulässig sein, wenn die in Bezug genommenen Regelungen ein eng umrissenes Feld betreffen und deren Inhalt im Wesentlichen bereits feststehe.⁵³ Dies sei bei der Verweisung auf § 100b StPO aber nicht der Fall. Bei der Weiterverarbeitung von derart sensiblen Daten handele es sich um eigenständige, besonders intensive Grundrechtseingriffe, deren gesetzliche Grundlage die Voraussetzungen dafür selbst regeln müsse. Mit der dynamischen Verweisung auf § 100b StPO übernehme der Landesgesetzgeber jedoch die Wertungen des Bundesgesetzgebers bezüglich der Eingriffsschwelle, ohne diese zu kennen und dementsprechend nicht in seine eigene Abwägung aufnehmen zu können. Zudem sei § 100b StPO von erheblichen Veränderungen geprägt, künftige Änderungen der Norm seien schwer abzuschätzen.⁵⁴ Bei der Neuregelung müsse der Gesetzgeber darauf achten, den Weiterverarbeitungs- und Übermittlungsanlass nicht zu weit ins Vorfeld einer konkret noch nicht absehbaren Gefahr zu verlegen und dass diese nur zur **Abwehr einer dringenden Gefahr** erfolgen dürfe. Bestimmte Tatsachen müssten außerdem den Verdacht einer **besonders schweren Straftat** begründen.⁵⁵

Nach **§ 9 Abs. 2 Satz 7 und 8 BVerfSchG** dürfen Daten, die bei einer Wohnraumüberwachung gewonnen wurden, nur nach Maßgabe des § 4 Abs. 4 G 10 verwendet werden, § 4 Abs. 6 gilt entsprechend. Dies gilt wegen der Verweisungen in § 5 MADG und § 5 BNDG für diese Normen ebenfalls. Die Verweisung auf § 4 Abs. 4 G10 hat das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit Art. 8b Abs. 3 BayVSG als nicht dem Gebot der Normenklarheit und Bestimmtheit entsprechend bezeichnet (siehe oben 10.1).

11. Bindungswirkung des Urteils

Das Bundesverfassungsgericht hat mit seinem Urteil vom 26. April 2022 Teile des BayVSG für verfassungswidrig erklärt und gleichzeitig angeordnet, dass diese Maßnahmen (mit Ausnahme der Auskunft über Verkehrsdaten aus Vorratsdatenspeicherung gemäß Art. 15 Abs. 3 BayVSG) unter bestimmten Maßgaben bis 31. Juli 2023 anwendbar bleiben.⁵⁶ Das zugrundeliegende Verfahren war eine Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1, § 13 Nr. 8a BVerfGG. Das Urteil hat gemäß § 31 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BVerfGG Gesetzeskraft. Die Bindungswirkung erstreckt sich allein auf den Entscheidungstenor.⁵⁷ Parallelnormen, also inhaltlich identische Vorschriften eines anderen Normgebers, werden davon nicht erfasst; die Befugnis des Bundesverfas-

53 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 385.

54 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 386.

55 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 388.

56 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, – 1 BvR 1619/17 –, Tenor zu 3.

57 BVerfGE 33, 199 (203 f.); von Ungern-Sternberg, in: BeckOK BVerfGG, 12. Ed. 1.12.2021, BVerfGG § 31 Rn. 47.

sungsgerichts zur Nichtigkeitklärung bezieht sich allein auf die streitgegenständliche Norm, die Anlass zum Verfahren gegeben hatte.⁵⁸ Das Urteil hat demnach keine unmittelbare Bindungswirkung für nicht streitgegenständliche Normen, etwa solche des BVerfSchG.

Das schließt allerdings nicht aus, dass Normen, die nicht Gegenstand der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung sind, an ähnlichen verfassungsrechtlichen Mängeln leiden wie die vom Gericht für verfassungswidrig erklärten. Insoweit ist jedoch zu beachten, dass die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes grundsätzlich bereits ex-tunc, also ab Erlass, besteht und ein späteres Urteil des Bundesverfassungsgerichts, das die Verfassungswidrigkeit feststellt, nur deklaratorische Wirkung hat.⁵⁹ Maßnahmen, die aufgrund eines verfassungswidrigen Gesetzes ergehen, sind mangels tauglicher Rechtsgrundlage regelmäßig ebenfalls rechtswidrig. Wird eine solche Maßnahme gerichtlich angegriffen, hat das Gericht die Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage zu prüfen und diese, sofern es sich um ein Parlamentsgesetz handelt, dem Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG zur Entscheidung vorzulegen.

Ob die Verwaltung und damit ein Verwaltungsbeamter eine Vorschrift, die er für rechtswidrig hält, trotzdem anwenden muss oder diese missachten darf, ist umstritten. In der Literatur wird teilweise eine Prüfungs- und damit eine Verwerfungskompetenz angenommen.⁶⁰ Nur die Nichtanwendung des fraglichen Gesetzes werde dem Vorrang der Verfassung gerecht.⁶¹ Dem wird entgegengesetzt, die Verwaltung als gesetzesvollziehende Gewalt sei vielmehr an förmliche Gesetze gebunden, eine Verwerfungskompetenz komme nicht in Betracht, sie könne lediglich nur darauf hinwirken, dass die Regierung als befugtes Organ ein Normenkontrollverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG einleitet.⁶² Unabhängig davon, wie man sich grundsätzlich in diesem Streit positioniert, wäre vorliegend jedoch zu berücksichtigen, dass das Bundesverfassungsgericht die für unvereinbar mit dem GG erklärten Normen des BayVSG für eine gewisse Übergangszeit mit bestimmten Maßgaben weiter für anwendbar erklärt hat. Das spräche dagegen, entsprechende Normen des BVerfSchG einfach außer Anwendung zu lassen.

* * *

58 Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, 61. EL Juli 2021, BVerfGG § 31 Rn. 165.

59 von Ungern-Sternberg, in: BeckOK BVerfGG, 12. Ed. 1.12.2021, BVerfGG § 31 Rn. 49.

60 Arndt, Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, DÖV 1959, 81.

61 Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 20 Rn. 97.

62 Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Rn. 98.