

EBS Universität, Gustav-Stresemann-Ring 3, 65189 Wiesbaden

An den Innenausschuss
des Deutschen Bundestages

Prof. Dr. Matthias Friehe
Qualifikationsprofessur für
Staats- und Verwaltungsrecht

EBS Law School
T +49 611 7102 2207
matthias.friehe@ebs.edu

2. November 2023

Stellungnahme zu den Gesetzentwürfen der Bundesregierung

Gesetz zum ersten Teil der Reform des Nachrichtendienstrechts (BT-Drs. 20/8626)
Gesetz zur Änderung des BND-Gesetzes (BT-Drs. 20/8627)

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

vielen Dank für die Gelegenheit, zu den vorgenannten Gesetzentwürfen Stellung zu nehmen.

I. Vorbemerkung zur aktuellen nachrichtendienstlichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Regelungsanlass der vorliegenden Gesetzentwürfe

Die jüngsten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Nachrichtendienstrecht (BVerfG, Urt. v. 26.04.2022, 1 BvR 1619/17, BVerfGE 162, 1 – Bayerisches Verfassungsschutzgesetz; Beschl. v. 28.09.2022, 1 BvR 2354/13 – Übermittlungsbefugnisse Bundesverfassungsschutz) bringen den Gesetzgeber in eine schwierige Lage. Während es vordergründig „nur“ um die Schwellen für die Übermittlung von personenbezogenen Daten von den Nachrichtendiensten an die Gefahrenabwehrbehörden geht, verbergen sich dahinter Grundsatzentscheidungen auch zum Aufgabenprofil der Nachrichtendienste.



Die klassische Aufgabe der Nachrichtendienste besteht darin, „fundamentale Gefährdungen, die das Gemeinwesen als Ganzes destabilisieren können, zu beobachten und hierüber zu berichten, um eine politische Einschätzung der Sicherheitslage zu ermöglichen“ (BVerfGE 133, 277 [Rn. 118]). Hier geht es also insbesondere um allgemeine Lageberichte als Grundlage weiterer politischer Entscheidungen der Bundesregierung und ggf. der Landesregierungen.

Seit den islamistischen Terroranschlägen vom 11. September 2001 und einer Welle von weiteren Terroranschlägen in Europa besteht darüber hinaus aber eine breite öffentliche Erwartungshaltung, dass die Nachrichtendienste nicht nur allgemeine Lagebilder abgeben, sondern auch entscheidende Hinweise liefern sollen, um konkrete Anschläge zu verhindern. Die Nachrichtendienste selbst haben immer wieder für sich in Anspruch genommen, islamistische sowie links- und rechtsextremistische Anschläge in Deutschland verhindert zu haben (vgl. zuletzt BMI, Verfassungsschutzbericht 2022, S. 64, 140 f., 205 f.). Zugleich geraten Nachrichtendienste in den Fokus öffentlicher Kritik, wenn ein Anschlag nicht verhindert werden konnte. Das gilt für die amerikanischen Geheimdienste im Hinblick auf die erwähnten Anschläge vom 11. September, für die deutschen Nachrichtendienste aber ebenfalls, beispielsweise im Hinblick auf den Terroranschlag auf den Berliner Weihnachtsmarkt am Breitscheidplatz (vgl. zu Mängeln im Informationsaustausch zwischen den zuständigen Behörden den Bericht des zum Anschlag eingesetzten Untersuchungsausschusses auf BT-Drs. 19/30800, S. 750 f.).

Für eine effektive Abwehr gegen terroristische Attentate wurde die Zusammenarbeit zwischen Nachrichtendiensten und Gefahrenabwehrbehörden gestärkt. Der Gesetzgeber hat beispielsweise eine gemeinsame Antiterrordatei von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten eingeführt, in der Terrorverdächtige geführt werden (vgl. § 2 ATDG). Ohne eigene gesetzliche Grundlage wurde das Gemeinsame Terrorismusabwehrzentrum (GTAZ) eingerichtet, in dem Vertreter von Gefahrenabwehrbehörden sowie der Nachrichtendienste von Bund und Ländern zusammenkommen, um „einen schnellen und unmittelbaren Informationsaustausch zwischen allen relevanten Akteuren zu gewährleisten“. Für die Verhinderung terroristischer Anschläge sei – so die öffentliche Selbstbeschreibung dieser Stelle – „die frühzeitige Zusammenführung, Analyse und Bewertung relevanter Informationen aller Sicherheitsbehörden auf Ebene des Bundes und der Länder“ der entscheidende Faktor (https://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Kooperationen/GTAZ/gtaz_node.html <30.10.2023>).

In der juristischen Fachliteratur werden diese Entwicklungen als „Vernachrichtendienstlichung“ der Polizei bzw. als „Verpolizeilichung“ der Nachrichtendienste diskutiert (Bäcker, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, B Rn. 250 f.).

Das Bundesverfassungsgericht hat mit seinen Entscheidungen aus 2022 das „Trennungsgebot“ (näher zu Begriff und Entwicklung Bäcker, a. a. O., Rn. 244 ff.) weiter konkretisiert. Die



Argumentation verläuft grob wie folgt: Anders als die Polizeibehörden verfügen die Nachrichtendienste über keine eigenen operativen Anschlussbefugnisse. Nur dieser Umstand rechtfertigt es, ihre Befugnis zur Datenerhebung an geringere Anforderungen zu knüpfen als die Erhebungsbefugnisse der Polizeibehörden (BVerfGE 162, 1 [Rn. 156]). Die nachrichtendienstliche Datenerhebung durch den Verfassungsschutz ist grundsätzlich schon bei einem schlichten verfassungsschutzspezifischen Beobachtungsbedarf zulässig, ohne dass sich eine polizeiliche Gefahr abzeichnen muss (BVerfG, Beschl. v. 28.09.2022, 1 BvR 2354/13 [Rn. 119]). Hingegen setzen Datenerhebungsbefugnisse der Polizei zumindest eine hinreichend konkretisierte Gefahr voraus. Darunter versteht das Gericht eine Situation, in der Tatsachen bereits den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen. Zudem müsse über die Identität der beteiligten Personen so viel bekannt sein, dass die Überwachungsmaßnahmen gezielt gegen sie eingesetzt werden könnten (BVerfGE 162, 1 [Rn. 158]; 141, 220 [Rn. 112]).

Damit diese strengeren Voraussetzungen für die Datenerhebung der mit operativen Anschlussbefugnissen ausgestatteten Polizeibehörden nicht durch den Einsatz der an weniger strenge Voraussetzungen gebundenen Nachrichtendienste ohne operative Anschlussbefugnisse umgangen werden könnten, gelte ein informationelles Trennungsprinzip zwischen Polizeibehörden und Nachrichtendiensten (BVerfGE 162, 1 [Rn. 171]; BVerfG, Beschl. v. 28.09.2022, 1 BvR 2354/13 [Rn. 120]). Die Datenerhebung habe sich am Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung zu messen. Danach sei eine Übermittlung von Daten von einem Nachrichtendienst an eine Polizeibehörde nur zulässig, wenn die Polizeibehörde ihrerseits die Daten unter den für sie geltenden strengeren Bedingungen erheben dürfte (BVerfGE 162, 1 [Rn. 170, 231]; BVerfG Beschl. v. 28.09.2022, 1 BvR 2354/13 [Rn. 122]). Deswegen müsse für die Übermittlung an eine Polizeibehörde ebenfalls stets eine wenigstens konkretisierte Gefahr bestehen (BVerfGE 162, 1 [Rn. 235, 245 f.]; BVerfG Beschl. v. 28.09.2022, 1 BvR 2354/13 [Rn. 132 f.]), im Falle von durch Wohnraumüberwachung erlangten Daten eine dringende Gefahr (BVerfGE 162, 1 [Rn. 248]).

Mit diesen Vorgaben lässt sich die Aufgabenverschiebung der Nachrichtendienste hin zu einer Verhinderung konkreter terroristischer Anschläge nur noch eingeschränkt verwirklichen. Terroristische Netzwerke wie Al-Quaida sind allgemein bekannt für hohe „Professionalität“, insbesondere im Hinblick auf Logistik und Organisation. Eine konkretisierte Gefahr wird sich deshalb häufig erst als Mosaikbild verschiedener vager oder diffuser Informationen ergeben. Anlass für solche vagen bzw. diffusen Informationen werden vielfach Zufallsbefunde sein, die nicht unbedingt immer bei der gleichen oder gar bei der jeweils „zuständigen“ Behörde bekannt werden. Hieraus erklären sich die zahlreichen Bemühungen der letzten Jahre, den Informationsaustausch zwischen den verschiedenen Behörden zu vereinfachen. Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts bringen die Gefahr mit sich, dass zwar auf beiden Seiten der Trennlinie insgesamt genug Informationssteine vorhanden sind, die sich zusammen zum Mosaik einer konkretisierten Gefahr



zusammensetzen ließen, dass aber wegen des informationellen Trennungsprinzips die Steine nicht abgeglichen werden können, sodass die Gefahr nicht erkannt und schlimmstenfalls ein Anschlag nicht verhindert werden kann. Mit anderen Worten: Der Staat hat zwar insgesamt alle benötigten Informationen, um einen Anschlag zu verhindern, darf sie aber aus rechtlichen Gründen nicht zusammensetzen und kann deswegen die Gefahr nicht erkennen und bekämpfen.

Das Bundesverfassungsgericht schränkt hier die Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers zu sehr ein. Konkret führt die Rechtsprechung beispielsweise dazu, dass die Nachrichtendienste den Strafverfolgungsbehörden keine nachrichtendienstlich bekannt gewordenen Erkenntnisse zu Sachbeschädigungen gegen Asylbewerberunterkünfte (§ 303 StGB) oder zur Verbreitung von Anleitungen zum Bau von Bomben (§ 91 Abs. 1 Nr. 1 StGB) mehr übermitteln dürfen (Beispiele von Aicher/Unterreitmeier, BayVBL. 2023, 617 [626]). Die strengen Vorgaben dürften auch im internationalen Vergleich zu anderen rechtsstaatlichen Demokratien beispiellos sein. Deutschland wird damit vom Bundesverfassungsgericht in eine Sonderrolle gedrängt. Dies wiederum schwächt die deutschen Nachrichtendienste bei der Zusammenarbeit mit ausländischen Nachrichtendiensten und gefährdet so auch eine ihrer wichtigsten Hinweisquellen.

Die Entscheidungen vermögen aber nicht nur vom Ergebnis, sondern auch dogmatisch nicht zu überzeugen. Ungeachtet ihrer beeindruckenden Länge enthalten die Urteilsbegründungen erhebliche Lücken. Die Bedeutung der nachrichtendienstlichen Arbeit wird nur sehr oberflächlich abgehandelt, was zu einer argumentativen Schlagseite führt. Im Urteil zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz setzt sich das Gericht nur in einer einzigen von über vierhundert Randziffern mit dem legitimen Zweck nachrichtendienstlicher Arbeit auseinander. Die Ausführungen dazu bleiben notwendig vage und abstrakt (vgl. BVerfGE 162, 1 [Rn. 150]). Der Begriff „Anschlag“ kommt im gesamten Urteilstext nicht ein einziges Mal vor; der Begriff „Terrorismus“ findet sich nur ganz zu Beginn des Sachberichts einmal erwähnt (vgl. BVerfGE 162, 1 [Rn. 3]). Die Urteilsbegründung schwebt im Wesentlichen in einem fein verästelten selbstreferentiellen Begründungsraum, der auffällig wenig Bezüge zum Verfassungstext aufweist. Symptomatisch sind immer wieder längere Blöcke von Randnummern, in denen keine Normen des Grundgesetzes zitiert werden. Vor allem aber hat das Gericht einen 150 Randnummern umfassenden abstrakten Teil zur Angemessenheit vor die Klammer gezogen und entzieht sich mit dieser Vorgehensweise den Differenzierungsleistungen, die sich aus der Verfassung selbst ergeben, beispielsweise in Art. 13 GG (treffend Gärditz, GSZ 2022, 161 [169]).

Hingegen halte ich die verschärften Vorgaben des Gerichts im Hinblick auf die Normenklarheit für nachvollziehbar. Das Gericht hatte präzisiert, dass es bei der Normenklarheit vor allem um die inhaltliche Verständlichkeit für die – regelmäßig fachkundigen – Bürger geht. (BVerfG, Beschl. v. 28.09.2022, 1 BvR 2354/13, Rn. 110). Dies setzt insbesondere der Verwendung gesetzlicher Verweisungsketten Grenzen (BVerfG, Beschl. v. 28.09.2022, 1 BvR 2354/13, Rn. 112 ff.).



Zwar lässt sich dem entgegenhalten, dass sich Gesetze tatsächlich vor allem an (fachkundige) Juristen richten (so allgemein zum Grundsatz der Normklarheit Towfigh, *Der Staat* 48 [2009], S. 29 [46 ff.]). Andererseits wird durch die geschärften Vorgaben des Gerichts der sachliche Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers nicht eingeschränkt. Denn die Vorgabe betrifft nur die gesetzestechnische Umsetzung. Der Gesetzgeber ist gehalten, unübersichtliche Verweisungsketten „aufzulösen“, d. h. die in Bezug genommenen Normen im Zweifel im verweisenden Gesetz zu wiederholen.

II. Beurteilung der Umsetzung der Vorgaben in den vorliegenden Gesetzentwürfen

Die vorliegenden Gesetzentwürfe enthalten eine notwendige und notdürftige „Reparatur“ der vom Bundesverfassungsgericht für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärten Übermittlungsvorschriften des Bundesverfassungsschutzgesetzes. Die Vorgaben des Gerichts dürfen dabei allerdings nicht durchgehend beachtet worden sein. Überdies sind die Entwürfe in verschiedener Hinsicht dringend redaktionell überarbeitungsbedürftig.

1. Fehlende Umsetzung weiterer Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts

Die Gesetzentwürfe beschränken sich im Wesentlichen darauf, Ersatz für die konkret beanstandeten Normen zu schaffen. Für diese ist der Anpassungsbedarf besonders dringlich, weil das Bundesverfassungsgericht eine Weitergeltungsanordnung nur bis Jahresende erlassen hatte.

Aus dem Urteil zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz vom April letzten Jahres ergibt sich allerdings weiterer Anpassungsbedarf, weil weitere Normen des Bundesverfassungsschutzgesetzes nicht mit den verschärften Karlsruher Anforderungen im Einklang stehen. Hierzu liegt ein umfassendes Gutachten von WD 3 vor, auf das ich insoweit Bezug nehme (<https://www.bundestag.de/resource/blob/899616/302b90340887b66709b6c94929397796/WD-3-068-22-pdf-data.pdf>). Danach fehlt in § 9 Abs. Abs. 2 BVerfSchG (Wohnraumüberwachung) die vom Bundesverfassungsgericht verlangte ausdrückliche Regelung des Kernbereichsschutzes (BVerfGE 162, 1 [Rn. 279 ff.; bezogen auf die bayerische Regelung Rn. 304 ff.]). Eine solche Regelung ist insbesondere so auszustalten, dass sie für Gespräche in Privaträumen mit Personen des besonderen persönlichen Vertrauens einen Kernbereichsschutz vermutet und daher eine automatische Dauerüberwachung ausschließt (BVerfGE 162, 1 [Rn. 280]). In einer Reihe von Befugnisnormen fehlt die vom Bundesverfassungsgericht jeweils eingeforderte unabhängige Vorabkontrolle durch eine externe Stelle, nämlich in §§ 8 Abs. 2, 9 Abs. 1 BVerfSchG für längerfristige Observationen (vgl. zur bayerischen Regelung BVerfGE 162, 1 [Rn. 361]), in § 9a BVerfSchG für den Einsatz verdeckter Mitarbeiter (vgl. zur beanstandeten bayerischen Regelung BVerfGE 162, 1 [Rn. 348]) sowie in § 9b BVerfSchG für den Einsatz von Vertrauensleuten (vgl. zur beanstandeten bayerischen Regelung BVerfGE 162, 1 [Rn. 354]). Diese Befugnisnormen sind zwar nicht



Gegenstand der beiden bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen gewesen und damit derzeit nicht für verfassungswidrig erklärt. Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts sind auf sie aber übertragbar. Sobald sie in einem konkreten gerichtlichen Verfahren entscheidungs-erheblich werden, ist mit einer entsprechenden Richtervorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG zu rechnen und das Gericht wird dann diese Befugnisnormen voraussichtlich ebenfalls für verfassungswidrig erklären.

2. Nicht ausgeschöpfte Spielräume zur nachrichtendienstlichen Aufklärung

Umgekehrt schöpft das Bundesverfassungsschutzgesetz nicht alle Spielräume aus, die das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber noch gelassen hat. Hier wäre eine Evaluation angezeigt, ob der Gesetzgeber diese Spielräume künftig nutzen will, oder aus politischen Erwägungen weiter darauf verzichtet. Beispielsweise sieht § 9 Abs. 2 BVerfSchG als Erhebungsschwelle für die Wohnraumüberwachung vor, dass diese unerlässlich sein muss zur Abwehr einer im Einzelfall „gegenwärtigen gemeinen Gefahr oder einer gegenwärtigen Lebensgefahr für einzelne Personen“. Eine „gegenwärtige“ Gefahr zeichnet sich als polizeirechtlicher Begriff durch eine besondere Zeitnähe und einen besonders hohen Grad an Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts aus; die Situation ist vergleichbar mit der Notwehrsituation nach § 32 Abs. 2 StGB, die ebenfalls eine gegenwärtige Gefahr voraussetzt (Graulich, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, E Rn. 148). Demgegenüber verlangt das Bundesverfassungsgericht aus Art. 13 Abs. 4 GG für die Zulässigkeit der Wohnraumüberwachung lediglich eine dringende Gefahr, also „eine konkrete Sachlage oder ein Verhalten(, das) bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in allernächster Zukunft einen größeren Schaden verursachen wird“ (BVerfGE 162, 1 [Rn. 296 f.]). Nach § 9 Abs. 2 BVerfSchG darf die Wohnraumüberwachung damit erst im allerletzten Moment vor dem Schadenseintritt eingesetzt werden, während die Karlsruher Rechtsprechung auch Raum für eine gesetzliche Regelung lässt, wonach bei erhöhter hinreichender Wahrscheinlichkeit eine Wohnraumüberwachung zulässig ist, wenn „der Countdown läuft“.

Auf weitere grundsätzlich auch nach der Karlsruher Rechtsprechung zulässige Elemente verzichtet der Bundesgesetzgeber im Bundesverfassungsschutzgesetz bisher ganz. Insbesondere fehlt eine Ermächtigung zur Online-Durchsuchung, wie sie sich beispielsweise angepasst an die Karlsruher Vorgaben in Art. 10 BayVSG findet.



3. Umsetzung der Vorgaben zur Datenübermittlung

Im Folgenden werde ich kurz zu ausgewählten Neuregelungen einzeln Stellung nehmen.

Zu § 19 E-BVerfSchG:

Die Vorschrift soll künftig die Übermittlung an inländische öffentliche Stellen zur Gefahrenabwehr regeln. Hier gilt also das vorerwähnte vom Bundesverfassungsgericht aufgestellte Kriterium des hypothetischen Neueingriffs, sodass im Ergebnis eine konkretisierte Gefahr als Übermittlungsschwelle vorliegen muss. Während der bayerische Gesetzgeber in Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 BayVSG den vom Bundesverfassungsgericht verwendeten Begriff der „konkretisierten Gefahr“ übernommen hat, löst der Entwurf diese Schwelle wie folgt auf: „Gefahr (...), die bereits im Einzelfall besteht oder in absehbarer Zeit in bestimmter Art zu entstehen droht“. Das Bundesverfassungsgericht hatte die konkretisierte Gefahr so definiert, dass „zumindest bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr (...) hinweisen“ (BVerfG, Beschl. v. 28.09.2022, 1 BvR 2354/13 [Rn. 134]). Die bayerische Regelungstechnik halte ich für vorzugswürdig. Zum einen ist sie risikoärmer, weil sie den Begriff des Bundesverfassungsgerichts unmittelbar übernimmt und sich damit die Vorgaben unmissverständlich zu eigen macht. Zum anderen ist der Begriff „konkretisierte Gefahr“ kurz und kann ähnlich wie andere Begriffe wie „unmittelbare“ oder „dringende“ Gefahr künftig als präziser Fachterminus verwendet werden. Eine einheitliche Verwendung in den einschlägigen Gesetzen würde damit die Rechtsanwendung erheblich erleichtern.

Da die Schwelle für eine konkretisierte Gefahr in § 19 Abs. 1 Nr. 1 E-BVerfSchG geregelt ist, stellt die Regelung auch nicht hinreichend klar, dass die gleiche Schwelle für § 19 Abs. 1 Nr. 2 E-BVerfSchG gilt. Vielmehr legt die Systematik sogar das Gegenteil nahe. Damit wird § 19 Abs. 1 Nr. 2 E-BVerfSchG den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts nicht gerecht. Denn das Gericht fordert ausdrücklich und unmissverständlich ein, dass der Gesetzgeber auch bei Anknüpfung an die Begehung von Straftaten eine zumindest konkretisierte Gefahr für das von der Straftat geschützte Rechtsgut als Schwelle festlegt (BVerfG, Beschl. v. 28.09.2022, 1 BvR 2354/13 [Rn. 134]).

Zu § 20 E-BVerfSchG:

Diese Vorschrift ist nicht unmittelbar von der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung veranlasst, sondern enthält zumindest teilweise neue Befugnisse. In § 20 Abs. 1 E-BVerfSchG fehlt im Unterschied zu § 19 E-BVerfSchG das Adjektiv „öffentliche“ vor „Stelle“. Ich verstehe die jetzige Entwurfssatzung daher so, dass § 20 Abs. 1 E-BVerfSchG auch die Übermittlung an private Stellen erlauben soll. Dafür spricht auch die weitere Struktur der Vorschrift. Einzelne Befugnisnormen – z. B. die Datenübermittlung im Zusammenhang mit Aufenthaltsbewilligung oder Staatsangehörigkeitserwerb (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 lit. e und f E-BVerfSchG) – zielen zwar



offenkundig auf die Datenübermittlung nur an andere Behörden ab. Andere spezifisch geregelte Sachverhalte bestätigen aber die Vermutung, dass es auch um die Übermittlung an Private gehen soll, beispielsweise die Datenübermittlung im Zusammenhang mit dem Betrieb von Bildungseinrichten (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 lit. b E-BVerfSchG), die privat oder öffentlich betrieben werden können. Leider enthält die Gesetzesbegründung hierzu keine Aussage. Sollte eine Übermittlungsbefugnis an Private nicht beabsichtigt sein, sollte der Gesetzgeber § 20 Abs. 1 E-BVerfSchG um das klarstellende Adjektiv „öffentliche“ ergänzen.

Sollte hingegen eine Datenübermittlung auch an private Stellen beabsichtigt sein, so ist offen, ob diese den Karlsruher Vorgaben genügen würden. Denn bezogen auf die Übermittlungsbefugnis an nicht-öffentliche Stellen hat das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde gegen das Bayerische Verfassungsschutzgesetz mangels hinreichender Substantierung für unzulässig erklärt (BVerfGE 162, 1 [Rn. 130]). Unklar bleibt, ob das Gericht die bayerische Regelung (inzwischen: Art. 25 Abs. 4 BayVSG) damit für verfassungskonform hält, oder ob die Beschwerdeführer seinerzeit nur ungeschickt vorgetragen haben. Soweit das Bundesverfassungsgericht die Übermittlung an „sonstige Stellen“ unter erleichterten Bedingungen für zulässig hält (BVerfGE 162, 1 [Rn. 254 ff.]) verstehe ich diese Ausführungen so, dass sie sich auf die Übermittlung an sonstige inländische Behörden beziehen. Hierfür spricht die Verwendung des Begriffs „empfangende Behörde“ in Rn. 257 dieses Abschnitts.

Soweit § 20 Abs. 1 E-BVerfSchG die Übermittlung an nicht-öffentliche Stellen ermöglicht, geht sie noch über die bayerische Regelung hinaus. Sie ermöglicht die Datenübermittlung nicht nur wie Art. 25 Abs. 4 BayVSG, um erhebliche Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten, sondern auch, um Personen „zu deradikalisieren“. Dies ist eine ausgesprochen vage Formulierung. Vor allem deutet der erweiterte Infinitiv mit zu darauf hin, dass das Bundesamt künftig aktiv nicht nur Informationen ermitteln und weitergeben, sondern wenigstens quasi-operativ tätig werden soll. Offenbar soll durch eine gezielte Information des Umfelds zur Deradikalisierung einzelner Personen beigetragen werden. Dies ist nach den Karlsruher Vorgaben ein gefährlicher Pfad, weil die Zuerkennung operativer bzw. quasi-operativer Befugnisse ihr Privileg bei der Datenerhebung infrage stellen würden. Denn wie dargestellt lassen sich die niedrigeren Erhebungsschwellen nach der Karlsruher Rechtsprechung nur deswegen rechtfertigen, weil das Bundesamt gerade keine operativen Anschlussbefugnisse hat.

Im Übrigen bin ich der Auffassung, dass die Übermittlung an eine nicht-öffentliche Stelle einen völlig anderen Sachverhalt darstellt als eine Übermittlung an eine öffentliche Stelle. Deswegen halte ich insofern schon aus Gründen der Bestimmtheit und Normklarheit eine eigenständige Regelung für erforderlich.



Schließlich fällt zu der Vorschrift ein wichtiger Unterschied zwischen der Gesetzestterminologie in § 20 Abs. 1 oben im Vergleich zu den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts auf. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinen Entscheidungen betont, dass die entscheidende Trennlinie zwischen Nachrichtendiensten und Polizeibehörden entlang der operativen Anschlussbefugnisse verläuft. Demgegenüber verwendet der Gesetzentwurf hier den Begriff des unmittelbaren Zwangs. Dies ist nach meinem Dafürhalten keine zutreffende Interpretation der Vorgaben des Gerichts. Kritikwürdig ist allerdings, dass der Begriff der operativen Anschlussbefugnisse vom Bundesverfassungsgericht nicht näher definiert wurde und damit nicht hinreichend klar ist, was das Gericht damit meint (Aicher/Unterreitmeier, BayVBL. 2023, 617 [623 f.]). Das Gericht erwähnt zwar im genannten Zusammenhang vereinzelt, dass die Gefahrenabwehrbehörden ihre Maßnahmen mit Zwang durchsetzen können (vgl. BVerfGE 162, 1 [Rn. 154, Rn. 158, Rn. 235]; BVerfG, Beschl. v. 28.09.2022, 1 BvR 2354/13 [Rn. 124]). Ich verstehe das aber nicht so, als würde das Gericht hier ausschließlich auf den Begriff des unmittelbaren Zwangs abstellen. Unmittelbarer Zwang ist ein feststehender Begriff aus dem Vollstreckungsrecht, der die Durchsetzung polizeilicher Maßnahmen unter Einsatz von körperlicher Gewalt meint (Graulich, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, E Rn. 955). Demgegenüber können noch viele andere Maßnahmen allgemein als Zwangsmaßnahmen charakterisiert werden. Im weiteren Sinne sind nicht nur weitere Vollstreckungsmaßnahmen wie das Zwangsgeld schon begrifflich Zwangsmaßnahmen, sondern auch Anordnungen aufgrund der polizeilichen Generalklausel lassen sich als Zwangsmaßnahmen beschreiben. Hätte das Gericht die Befugnis zur Ausübung von unmittelbarem Zwang zur entscheidenden Trennlinie zwischen Gefahrenabwehrbehörden und Nachrichtendiensten machen wollen, so hätte es nahegelegen, diesen Fachterminus zu benutzen. Deswegen dürfte sich die Übermittlungsbefugnis aus § 20 E-BVerfSchG nicht auf das Übermittlungsprivileg für Behörden ohne operative Zwangsbefugnisse stützen können. Da die Vorschrift insofern keine konkretisierte Gefahr als Übermittlungsschwelle vorsieht, entspricht sie damit nicht den Karlsruher Vorgaben.

Zur Inanspruchnahme einer privilegierten Übermittlung an Behörden ohne operative Anschlussbefugnisse empfiehlt sich die Übernahme der Regelungstechnik von Art. 25 Abs. 2 BayVSG. Dort sind bestimmte Fallkonstellationen definiert, in denen eine „privilegierte Übermittlung“ ohne konkretisierte Gefahr erfolgen darf; etwa bei der Eignungs- und Zuverlässigkeitssprüfung zur Erlangung einer Waffenerlaubnis (vgl. hierzu näher Aicher/Unterreitmeier, BayVBL. 2023, 617 [624 f.]).

Zu § 21 Abs. 1 BVerfSchG:

Die Vorschrift regelt die Übermittlung zum Zwecke der Strafverfolgung. Leider ist die Formulierung missverständlich. Sie entspricht in der Struktur den gefahrenabwehrrechtlichen Befugnisnormen („auf Grund bestimmter Tatsachen erforderlich“), während es aber bei der Übermittlung zu repressiven Zwecken auf einen entsprechenden Verdachtsgrad ankommt. Ich empfehle



daher die Übernahme der bayerischen Formulierung „zur (...) Verfolgung einer besonders schweren Straftat, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht einer solchen Tat begründen“ (Art. 25 Abs. 1 Nr. 2 BayVSG). Das Bundesverfassungsgericht hatte formuliert, dass „konkrete und in gewissem Umfang verdichtete Umstände als Tatsachenbasis für den Verdacht vorhanden sein müssen“ (BVerfGE 162, 1 [Rn. 252]). Dem wird die bayerische Regelung gerecht, da sie eine klare Tatsachenbasis für einen entsprechenden Verdacht verlangt.

Zu § 22 BVerfSchG:

Wiederum wird nicht hinreichend deutlich, ob mit „inländische Stellen“ auch nicht-öffentliche Stellen gemeint sind. Hier sollten die Übermittlungsbefugnisse für öffentliche bzw. nicht-öffentliche Stellen jedenfalls klar unterschieden werden (s. o.).

Zu § 25d BVerfSchG:

Die Vorschrift sieht eine erleichterte Schwelle zur Datenübermittlung vor, wenn die Daten nicht mit nachrichtendienstlichen Mitteln i. S. v. § 8 Abs. 2 BVerfSchG erhoben wurden. Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich offengelassen, ob das Kriterium der hypothetischen Neuerhebung auch auf solche Daten anwendbar sind („jedenfalls wenn“ – BVerfG 162, 1, [Ls. 3]; BVerfG Beschl. v. 28.09.2022, 1 BvR 2354/13 [Rn. 121]). Daher ist es legitim, wenn der Gesetzgeber sich auf den Standpunkt stellt, dass bei anderweitig erhobenen Daten die Vorgaben nicht gelten.

Zu § 11a BNDG:

Die Bundesregierung präsentierte in § 11a Abs. 1 oben E-BNDG eine weitere Formulierungsvariante zum erforderlichen Verdacht bei der Übermittlung an inländische Strafverfolgungsbehörden. Der Schachtelsatz ist unnötig kompliziert. Zu empfehlen ist die Übernahme der bayerischen Regelung (s. o.). Überdies wäre es für die Rechtsanwendung hilfreich, wenn bei Parallelvorschriften auch im Wesentlichen parallel strukturiert und formuliert würden. Dies vermeidet Unklarheiten, ob die Vorschriften unterschiedlich verstanden werden sollen.

Zu § 11c BNDG:

Im Unterschied zu § 20 E-BVerfSchG wird hier jedenfalls klar benannt, dass die Übermittlungsbefugnis für die Übermittlung an nicht öffentliche Stellen gilt. Für die Zulässigkeit einer solchen Übermittlung gilt grundsätzlich das zuvor gesagte, wobei die Norm erheblich klarere und schärfere Voraussetzungen hat als § 20 E-BVerschG.



III. Zusammenfassung und Ausblick

Von den Nachrichtendiensten wird heute nicht nur erwartet, der Politik ein allgemeines Lagebild zu vermitteln. Vielmehr sollen die Nachrichtendienste auch zur Abwehr terroristischer Gefahren im Einzelfall beitragen und den Gefahrenabwehrbehörden entsprechende Hinweise geben. Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts erschweren diese Aufgabenwahrnehmung erheblich. Die erhöhten Übermittlungsschwellen für eine Datenübermittlung von den Nachrichtendiensten zu den Gefahrenabwehrbehörden können dazu führen, dass zwar insgesamt in den verschiedenen staatlichen Stellen alle Informationen verfügbar sind, auf deren Grundlage rechtmäßig gefahrenabwehrrechtlich gehandelt und ein Anschlag vereitelt werden könnte, dass diese Informationen aber nicht zusammengeführt werden dürfen und deswegen ein Anschlag nicht verhindert werden kann. Das Bundesverfassungsgericht sollte seine Rechtsprechung überdenken. Die Herleitung des Gerichts beruht nicht auf konkreten Vorgaben aus dem Grundgesetz, sondern auf weitreichenden eigenständigen, selbstreferentiellen Überlegungen zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Damit drohen politische Handlungsspielräume, die zuvörderst dem demokratisch unmittelbar legitimierten Parlament zustehen, an die rechtspolitischen Vorstellungen der Verfassungsrichter verloren zu gehen.

Ungeachtet dieser Kritik ist der Bundestag an die grundgesetzlichen Vorgaben in der Auslegung gebunden, die das Bundesverfassungsgericht vorgibt. Insoweit ist die Umsetzung der Vorgaben aus den Entscheidungen von April und September vergangenen Jahres alternativlos. Der Gesetzentwurf zum Bundesverfassungsschutzgesetz beschränkt sich dabei auf eine notdürftige Korrektur derjenigen Übermittlungsvorschriften, die konkret vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt wurden. Dabei ergibt sich aus dem Urteil vom April zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz, das noch eine Reihe weiterer Vorschriften des Bundesverfassungsschutzgesetzes anpassungsbedürftig sind, weil sie den Karlsruher Vorgaben nicht genügen. Dies ist im Einzelnen, insbesondere auf Grund eines Gutachtens von WD 3, schon länger bekannt. Insofern ist nicht nachvollziehbar, warum die Bundesregierung keinen umfassenden Reformvorschlag unterbreitet hat. Ziel einer solchen nach wie vor ausstehenden Evaluation sollte auch eine Klärung sein, welche Spielräume bisher ungenutzt bleiben und ob der Gesetzgeber diese Spielräume künftig nutzen will. Beispielsweise sieht § 9 Abs. 2 BVerfSchG strengere Anforderungen an eine Wohnraumüberwachung vor, als es nach den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts nötig wäre, sodass das Instrument bei strenger Anwendung des Wortlauts kaum praktikabel einsetzbar ist.

Die Entwürfe bedürften einer eingehenden redaktionellen Überarbeitung. Angesichts der knapp bemessenen Frist für meine schriftliche Stellungnahme konnte ich diesbezüglich nur exemplarische Probleme aufgreifen. Insoweit unterstreiche ich noch einmal, dass in § 19 Abs. 1 Nr. 1 E-BVerfSchG statt der unklaren Schwellenformulierung besser der vom



Bundesverfassungsgericht verwendete Begriff der konkretisieren Gefahr verwendet werden sollte. Gleiches gilt für § 11b Abs. 1 E-BNDG. Die Gefahrenschwelle der konkretisierten Gefahr muss auch auf § 19 Abs. 1 Nr. 2 E-BVerfSchG bezogen werden, um den Karlsruher Vorgaben gerecht zu werden. Die missverständlichen Formulierungen zur Übermittlung an Strafverfolgungsbehörden in § 21 Abs. 1 E-BVerfSchG und § 11a Abs. 1 E-BNDG sollte angepasst werden. Als Vorbild für die Anpassungen empfiehlt sich Art. 25 Abs. 1 BayVSG. Dort ist die Materie in Reaktion auf das Karlsruher Urteil vom April präzise und leicht nachvollziehbar geregelt worden.

Gründlicher Überarbeitung bedarf § 20 E-BVerfSchG. Soweit offenbar auch eine Datenübermittlung an private Stellen angedacht ist, kann dies grundsätzlich sinnvoll sein (vgl. Art. 25 Abs. 4 BayVSG). Die Vorschrift ist aber in ihrer jetzigen Fassung völlig intransparent und lässt nicht einmal eindeutig erkennen, ob nur öffentliche oder auch private Stellen gemeint sind. Dies muss auf jeden Fall durch eine ausdrückliche Formulierung klargestellt werden. Dabei sollten die Übermittlung an private Stellen einerseits und an öffentliche Behörden ohne operative Anschlussbefugnisse andererseits separat geregelt werden, weil es sich um völlig unterschiedliche Sachverhalte mit gravierenden Unterschieden in der Eingriffsintensität handelt. Der Gesetzgeber sollte dabei im Blick behalten, dass quasi-operative Befugnisse für Nachrichtendienste deren Datenerhebungsprivileg gefährden können. Dies gilt beispielsweise, wenn die Nachrichtendienste mit einer gezielten Information des Umfelds (Arbeitsstelle, Vereine, Bekanntenkreis) aktiv zur Deradikalisierung einzelner Gefährder beitragen sollen. Sehr zweifelhaft ist schließlich, ob § 20 Abs. 1 E-BVerfSchG den Vorgaben des Karlsruher Gericht insoweit gerecht wird, als es operative Anschlussbefugnisse mit der Anwendung unmittelbaren Zwangs gleichsetzt. Richtig erweise dürften die strengere Übermittlungsschwelle nicht bereits deswegen ausgeschlossen sein, weil die empfangende Behörde keinen unmittelbaren Zwang ausübt.

Mit freundlichen Grüßen



Professor Dr. Matthias Friehe