

## **Dr. Hanno Frielinghaus**

Leiter Referat Versammlungsrecht, Vereinsrecht, Verfassungsschutz  
Rechtsabteilung  
Hessisches Ministerium des Innern und für Sport  
Friedrich-Ebert-Allee 12  
65185 Wiesbaden

**Deutscher Bundestag**  
Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache  
**20(4)324 C**

Wiesbaden, 3. November 2023

# Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zum ersten Teil der Reform des Nachrichtendienstrechts, BT-Drs. 20/8626

## 1. Einleitung

Fast scheint es, als stünden die Gesetzgebungsvorhaben zur Reform des Nachrichtendienstrechts in Deutschland auf Bundesebene unter keinem guten Stern. Die Entwicklung des aktuellen Gesetzentwurfs zur Anpassung des Gesetzes über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz (BVerfSchG) erinnert jedenfalls in gewisser Weise an die Geschichte des „Gesetzes zur Anpassung des Verfassungsschutzrechts“. Dieses ging zurück auf einen Beschluss der Innenministerkonferenz aus dem Dezember 2017 zur „Harmonisierung wirksamer Verfassungsschutzbefugnisse in Bund und Ländern“. Der Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD „Ein neuer Aufbruch für Europa - Eine neue Dynamik für Deutschland - Ein neuer Zusammenhalt für unser Land“ vom 7. Februar 2018 enthielt dazu die folgenden Zeilen 5988 ff.: „Zudem wollen wir die Befugnisse des Verfassungsschutzes des Bundes und der Länder vereinheitlichen, insbesondere bei der Datenerhebung und Datenspeicherung. Zu diesem Zwecke werden wir das Bundesverfassungsschutzgesetz auf Grundlage eines einheitlichen Rechtsrahmens der Innenministerkonferenz novellieren. Wir sind uns bewusst, dass auch maßvolle und sachgerechte Kompetenzerweiterungen des BfV eine gleichzeitige und entsprechende Ausweitung der parlamentarischen Kontrolle erfordern.“ Der in Umsetzung dessen gefertigte Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat eines „Gesetzes zur Harmonisierung des Verfas-

sungsschutzrechts“ lag am 7. März 2019 vor. In der Folge wurde das Gesetzgebungsvorhaben nicht weitergeführt – der Presse konnte man damals entnehmen, das Justizministerium hätte sich geweigert, den Entwurf des Innenministeriums auch nur zu prüfen. Kurz vor Ende der Legislaturperiode kam es zu einem Minimalkompromiss in Gestalt des „Gesetzes zur Anpassung des Verfassungsschutzrechts (BT-Drs. 19/24785), das im Juli 2021 in Kraft trat (BGBl. I S. 2274).

Wer sich mit dem aktuellen Gesetzentwurf im Lichte der zugrundeliegenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) und der zu deren Umsetzung bereits geleisteten Arbeit innerhalb des Verfassungsschutzverbands beschäftigt, muss unweigerlich den Eindruck gewinnen, dass sich die Geschichte unter anderen Vorzeichen wiederholt.

## 2. „Historischer“ Abriss

Eine Stellungnahme zu dem seitens der Bundesregierung vorgelegten Gesetzentwurf „zum ersten Teil der Reform des Nachrichtendienstrechts“ erfordert nicht nur die Betrachtung dessen, was infolge der intendierten Gesetzesänderung im BVerfSchG geregelt werden soll. Ebenso wichtig ist mit Blick auf Anlass und Kontext des aktuellen Gesetzgebungsvorhabens die Auseinandersetzung damit, was (noch) nicht geregelt werden soll. Auf die nur partielle Umsetzung der aktuellen verfassungsgerichtlichen Vorgaben weisen bereits die einleitenden Bemerkungen in der Drucksache 20/8626 selbst hin. Unter „B. Lösung“ heißt es *„In einem ersten Teil der Reform des Nachrichtendienstrechts werden die Übermittlungsregelungen an die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts angepasst. Da diese Regelungen nur noch bis Ende 2023 anwendbar sind, ist diese Anpassung besonders dringlich.“* Richtig wird unter „C. Alternativen“ aufgezeigt: *„In Betracht kommt die Umsetzung zusammengefasst in einem Gesamtreformgesetz.“* – worauf aber unmittelbar die Feststellung folgt: *„Da die überarbeiteten Übermittlungsregelungen jedoch noch im Jahr 2023 in Kraft treten müssen, sind Abstimmung und Beratung der breiten Änderungsmaterie in solch engem Zeitrahmen kaum in angemessener Weise möglich.“* Es lohnt ein kurzer Blick zurück, um den relevanten Gesamtzusammenhang verfassungsrechtlicher Vorgaben auszuleuchten.

#### a) Urteil vom 26. April 2022 – 1 BvR 1619/17

Der in den Eingangsbemerkungen der Drucksache 20/8626 bedauerte Zeitdruck resultiert zwar unmittelbar aus dem Beschluss des BVerfG vom 28. September 2022 (1 BvR 2354/13), in welchem das BVerfG die für verfassungswidrig erklärten Vorschriften der § 20 Abs. 1 Satz 1 und 2 BVerfSchG und § 21 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 Satz 1 und 2 BVerfSchG mit einer bis zum 31. Dezember 2023 befristeten Fortdaueranordnung versehen hat. Jedoch gehen die inhaltlichen Vorgaben und der entsprechende Legislativauftrag bereits zurück auf das Grundsatzurteil des BVerfG vom 26. April 2022 (1 BvR 1619/17) zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz (BayVSG), von dessen umfassenden Weichenstellungen die spätere Entscheidung zum BVerfSchG lediglich einen kleinen Ausschnitt wiederholt.

In diesem Urteil hat das BVerfG entschieden, dass mehrere Vorschriften des BayVSG gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) als Schutz der informationellen Selbstbestimmung bzw. der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, gegen das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG) und gegen die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) verstoßen. Die Verfassungswidrigkeit der betreffenden Vorschriften folge dabei den Ausführungen des BVerfG zufolge aber nicht aus einer generellen Unzulässigkeit der fraglichen Eingriffsmaßnahmen, sondern daraus, dass die im Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen für die Durchführung der Maßnahmen oder die Übermittlung der so erhobenen Informationen teilweise nicht die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die damit verbundenen Grundrechtseingriffe erfüllten.

Das BVerfG hatte in den vorangegangenen Jahren bereits in zahlreichen Einzelentscheidungen seine Rechtsprechung zu bestimmten Aspekten der Arbeit der Sicherheitsbehörden fortgeschrieben, woraus sich jeweils auch Anforderungen für die Verfassungsschutzgesetze ergaben. Die Entscheidung vom 26. April 2022 befasste sich dagegen umfassend und explizit mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung der Verfassungsschutzgesetze. Etliche Einzelstränge der vorangegangenen Rechtsprechung des BVerfG, etwa zum informationellen Trennungsprinzip und zum Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung, wurden weiterentwickelt und in ein System von aufeinander abgestimmten Eingriffs- und (Daten-)Übermittlungsschwellen formuliert. Dieses ergänzte das BVerfG noch um zahlreiche konkrete Ein-

zelerfordernisse an die Ausgestaltung bestimmter Befugnisse. Mit Blick auf den Umstand, dass der vorliegende Gesetzentwurf nur einen kleinen Ausschnitt der Entscheidung abdeckt, soll hier auf eine detaillierte Darstellung verzichtet werden. Gleichwohl ist es wichtig zu verdeutlichen, dass dieses Urteil die bislang umfangreichsten zusammenhängenden Vorgaben für die Ausgestaltung der Verfassungsschutzgesetze zum Gegenstand hat.

Hinsichtlich des Feldes der Informationserhebung enthält das Urteil teils konkrete Vorgaben hinsichtlich der Ausgestaltung bestimmter Eingriffsbefugnisse, zu tatbestandlichen Voraussetzungen sowie Fragen des Dritt- und Kernbereichsschutzes im Zusammenhang mit den betreffenden Maßnahmen. Von besonderer Relevanz ist jedoch die grundsätzliche Erkenntnis, dass an den verfassungsschutzspezifischen Aufklärungsbedarf, welcher die Überwachungsbefugnis der Verfassungsschutzbehörde legitimiert, im Hinblick auf das potentielle Eingriffsgewicht der Maßnahme u.U. gesteigerte Anforderungen zu stellen sind. Konkret heißt das, dass eine Reihe von Maßnahmen zukünftig nur noch durchgeführt werden dürfen, wenn es sich bei der durch sie aufzuklärenden verfassungsfeindlichen Bestrebung um eine besonders beobachtungsbedürftige handelt. Potentiell besonders eingriffsintensive Maßnahmen, wie die langfristige Observation, die langfristige Standortbestimmung von Mobilfunkgeräten zur Erstellung von Bewegungsprofilen, der Einsatz Verdeckter Mitarbeiter und der Einsatz von Vertrauensleuten setzen demnach ein Beobachtungsobjekt voraus, das für die freiheitliche demokratische Grundordnung oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes besonders gefährlich ist. Letztlich handelt es sich dabei um einen Legislativauftrag zur Konkretisierung von Verhältnismäßigkeitserwägungen, die auch bisher stattfanden, nun aber konkret im Gesetz definiert werden müssen. Darüber hinaus sind diese potentiell besonders eingriffsintensiven Maßnahmen zukünftig auch einer unabhängigen Vorabkontrolle zu unterstellen.

Im zweiten Teil der Entscheidung wendet sich das BVerfG der Informationsübermittlung zu. Das Gericht entwickelt darin in Fortschreibung früherer Ansätze eine abgestufte Systematik empfängerbezogener Übermittlungsschwellen, welche für die (zweckändernde) Weitergabe mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhobener personenbezogener Daten an andere Stellen das informationelle Trennungsprinzip zwischen Nachrichtendiensten ohne Operativbefugnisse und Behörden mit solchen Befugnissen gewährleisten und eine Umgehung der für Behörden mit Operativbefugnissen konzeptionell höheren Eingriffsschwellen auf der Übermittlungsebene verhindern

sollen. Einen Ausschnitt dieser Systematik stellen die Vorgaben zur Übermittlung an Strafverfolgungsbehörden und Gefahrenabwehrbehörden dar, in Bezug auf welche Art. 25 Abs. 2 Satz 2 BayVSG a.F. eine Übermittlungspflicht unter Verweisung auf § 20 BVerfSchG vorsah. (Nur) dieser Teil des Urteils findet sich wieder in der Entscheidung des BVerfG vom 28. September 2022 zur inhaltlich von vorneherein stärker beschränkten und zum Teil unzulässigen Verfassungsbeschwerde gegen Vorschriften des BVerfSchG.

b) [Beschluss vom 28. September 2022 – 1 BvR 2354/13, veröffentlicht 3. November 2022](#)

Der Beschluss des BVerfG vom 28. September 2022 hat die Übermittlungsvorschriften der § 20 Abs. 1 Satz 1 und 2 BVerfSchG und § 21 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 Satz 1 und 2 BVerfSchG für verfassungswidrig erklärt, soweit sie zur Übermittlung personenbezogener Daten verpflichten, die mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhoben wurden. Das BVerfG wiederholt in dem Beschluss im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung der Übermittlungsschwellen in weiten Teilen seine Ausführungen aus dem Urteil zum BayVSG (BVerfG, Beschluss v. 28.09.2022 – 1 BvR 2354/13, Rn. 116 ff., insb. 121 ff.). Wenngleich die Entscheidung materiell nur einen teilweisen Ausschnitt aus der umfassenderen Grundsatzentscheidung zum BayVSG darstellt, sollen die wesentlichen darin getroffenen Feststellungen zur späteren Würdigung einiger Punkte des vorliegenden Gesetzentwurfs kurz näher beleuchtet werden, da dieser sich lediglich auf den betreffenden Ausschnitt bezieht.

§ 20 Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG regelt die Übermittlung von Informationen einschließlich personenbezogener Daten durch das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) an die Staatsanwaltschaften und Polizeien in Angelegenheiten des Staats- und Verfassungsschutzes. § 20 Abs. 1 Satz 2 BVerfSchG definiert die Staatsschutzdelikte unter Bezugnahme auf die Kataloge der §§ 74a und 120 des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) und enthält eine Generalklausel für sonstige Straftaten, die gegen die in Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe b oder c GG genannten Schutzgüter gerichtet sind. § 21 Abs. 1

Satz 1 BVerfSchG erstreckt die Übermittlungspflichten des § 20 Abs. 1 Satz 1 und 2 BVerfSchG entsprechend auf die Verfassungsschutzbehörden der Länder.

Das BVerfG hat in dem Beschluss vom 28. September 2022 festgestellt, dass die durch die vorgenannten Vorschriften ermöglichte Übermittlung personenbezogener Daten in das Grundrecht des Beschwerdeführers auf informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG eingreifen. Die Verfassungswidrigkeit der Übermittlungsvorschriften ergibt sich im Einzelnen unter nachstehenden Gesichtspunkten:

### Normenklarheit

Zwar sei, so das BVerfG, gerade im Bereich der Datenverarbeitung die Verwendung gesetzlicher Verweisungsketten nicht von vorneherein unzulässig, sondern könne sogar ein probates Mittel der Regelungstechnik darstellen (BVerfG, a.a.O., Leitsatz Nr. 2; Rn. 113 ff., 141 ff.). Im Hinblick auf das Gebot der Normenklarheit genüge die in § 20 Abs. 1 Satz 2 BVerfSchG enthaltene bloße Verweisung auf die in § 120 GVG genannten Straftaten aber nicht, da diese offenlasse, inwieweit das für bestimmte Straftaten in § 120 Abs. 2 Satz 1 GVG vorgesehene Erfordernis der Übernahme durch den Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof wegen besonderer Bedeutung des Falles auch im Übermittlungskontext Relevanz gewinne (BVerfG, a.a.O., Rn. 144 ff., 160).

### Übermittlungsschwelle Gefahrenabwehrbehörden

Die Vorschriften betreffend die Übermittlung an Gefahrenabwehrbehörden mit operativen Zwangsbefugnissen genügen nach den Feststellungen des BVerfG nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne:

Das bloße Erfordernis „zur Verhinderung von Staatsschutzdelikten“ (insb. Straftaten der §§ 74a, 120 GVG) bezeichne nicht hinreichend, wo die verfassungsrechtliche vorausgesetzte spezifische Übermittlungsschwelle beginne. Für Übermittlungen durch den Verfassungsschutz an Gefahrenabwehrbehörden müsse wenigstens eine konkretisierte Gefahr für ein besonders gewichtiges Schutzgut bestehen (BVerfG, a.a.O., Rn. 132). Dabei könne für die gesetzlichen Vorgaben grundsätzlich auch an die Gefahr der Begehung solcher Straftaten angeknüpft werden, bei denen die Strafbarkeits-

schwelle durch die Pönalisierung von Vorbereitungshandlungen oder bloßen Rechtsgutgefährdungen in das Vorfeld von Gefahren verlagert wird (BVerfG, a.a.O., Leitsatz Nr. 3; Rn. 134, 153 f.). Der Gesetzgeber müsse dann aber sicherstellen, dass in jedem Einzelfall eine konkretisierte Gefahr für das durch den Straftatbestand geschützte Rechtsgut vorliege (BVerfG, a.a.O., Rn. 158 f.). Diese ergebe sich nicht notwendiger Weise bereits aus der Gefahr der Tatbestandsverwirklichung selbst.

Datenübermittlungen an Gefahrenabwehrbehörden mit operativen Zwangsbefugnissen seien nur zum Schutze eines Rechtsguts von herausragendem öffentlichem Interesse zulässig (BVerfG, a.a.O., Rn. 129). Bei der Regelung der Übermittlung nachrichtendienstlich erhobener Daten zur Gefahrenabwehr müsse der Gesetzgeber das erforderliche Rechtsgut nicht zwingend unmittelbar benennen, sondern könne an entsprechende Straftaten anknüpfen. Dem Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter entspreche dann eine Begrenzung auf besonders schwere Straftaten (BVerfG, a.a.O., Rn. 131). Zwischen der präventiven und der repressiven Anknüpfung von Übermittlungsvoraussetzungen an Straftaten bestehe bei einer derartigen Regelung ein Gleichlauf (BVerfG, a.a.O., Rn. 154). Es seien aber nicht alle der in §§ 74a, 120 GVG genannten Straftaten, welche durch § 20 Abs. 1 Satz 2 BVerfSchG in Bezug genommen werden, besonders schwere Straftaten in diesem Sinne (BVerfG, a.a.O., Rn. 155; näher dazu sogleich).

### Übermittlungsschwelle Strafverfolgungsbehörden

Auch die Vorschriften betreffend die Übermittlung an Strafverfolgungsbehörden genügen nach den Ausführungen des BVerfG nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne:

Es fehle an einer hinreichenden Übermittlungsschwelle hinsichtlich des erforderlichen Verdachtsgrad. Nach § 20 Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG genügen „*tatsächliche Anhaltspunkte dafür [...], daß die Übermittlung zur [...] Verfolgung von Staatsschutzdelikten erforderlich ist*“. Als Schwelle für die Übermittlung mit nachrichtendienstlichen Mitteln ersterhobener Daten zur Strafverfolgung müsse der Gesetzgeber aber verlangen, dass bestimmte, den Verdacht begründende Tatsachen vorliegen, was bedeute, dass insoweit konkrete und in gewissem Umfang verdichtete Umstände als Tatsachenbasis für den Verdacht vorhanden sein müssen (BVerfG, a.a.O., Rn. 137, 157). Eine derartige Voraussetzung sähen die angegriffenen Vorschriften nicht vor.

Des Weiteren seien nicht alle der in §§ 74a, 120 GVG genannten und über § 20 Abs. 1 Satz 2 BVerfSchG in Bezug genommenen Straftaten „besonders schwere Straftaten“. Eine Übermittlung von Daten, die eine Verfassungsschutzbehörde mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhoben hat, komme nur zum Schutz eines herausragenden öffentlichen Interesses und daher nur zur Verfolgung besonders schwerer Straftaten in Betracht (BVerfG, a.a.O., Rn. 136, 155). Diese Voraussetzung sei jedoch nicht erfüllt bei Delikten, die lediglich einen Strafraum von bis zu einem oder bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe vorsähen. Da in den §§ 74a, 120 GVG auch derartige Straftatbestände genannt würden (als Beispiele nennt das BVerfG § 20 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 VereinsG, §§ 89b, 97 Abs. 2 StGB), sei die unterschiedslose Inbezugnahme durch die Übermittlungsvorschriften des BVerfSchG verfassungswidrig.

c) [Beschluss vom 9. Dezember 2022 – 1 BvR 1345/21, veröffentlicht am 1. Februar 2023](#)

Neben den beiden vorgenannten Entscheidungen des BVerfG, die sich direkt auf Verfassungsschutzgesetze beziehen, ist noch eine dritte zu erwähnen, die ebenfalls aktuell bestehenden verfassungsrechtlichen Anpassungsbedarf bedingt. Mit Beschluss vom 9. Dezember 2022 (1 BvR 1345/21), veröffentlicht am 1. Februar 2023, hat der Erste Senat des BVerfG über die Verfassungsbeschwerde gegen das Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern (SOG-MV) entschieden. Wenngleich es sich bei dem verfahrensgegenständlichen Gesetz um ein Polizeigesetz handelt, trifft das BVerfG in seiner Entscheidung Feststellungen, die auch auf die Verfassungsschutzgesetze des Bundes und der Länder zu übertragen sind. Im Hinblick auf den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung erweitert das BVerfG seine bisherige Rechtsprechung und ergänzt sie um konkrete Regelungserfordernisse. Insbesondere hält das Gericht erstmalig spezifische Vorgaben für den Kernbereichsschutz beim Einsatz verdeckt ermittelnder Personen für erforderlich, die es etwa bei der Überprüfung der betreffenden Normen des BayVSG im April 2022 noch nicht herausgearbeitet hatte. Darüber hinaus fordert das BVerfG spezielle Prüfungs- und Dokumentationspflichten ein, die unabhängig von der konkreten Ermittlungsbefugnis gelten und daher bei den kernbereichsschützenden Regelungen der übrigen Maßnahmen zu ergänzen sind.



Während viele dieser Vorgaben ihrem konkreten Inhalt nach eher in einer Dienstvorschrift zu erwarten wären, stellt das BVerfG gleichwohl an zahlreichen Stellen explizit einen entsprechenden gesetzlichen Regelungsbedarf fest. Das BVerfG anerkennt beispielsweise in seiner Entscheidung zum SOG-MV, dass der langfristige Einsatz verdeckt Ermittlender (Mitarbeiter oder Vertrauensleute) es nahezu verunmöglicht, eine potentielle Erfassung kernbereichsrelevanter Erkenntnisse gänzlich auszuschließen. Dieser spezifischen Konstellation ist dafür auf der Ebene der konkreten Einsatzplanung zu begegnen. Das Gericht stellt die absolute Unzulässigkeit fest, den Kernbereich privater Lebensgestaltung bewusst zum Ziel staatlicher Ermittlungen zu machen. Darüber hinaus soll bei der Einsatzplanung ein Eindringen in den Kernbereich vermieden werden, soweit dies mit praktisch zu bewältigendem Aufwand möglich ist. Unzulässig sei es schließlich auch, eine engste persönliche Beziehung zu der Zielperson aufzubauen, die ansonsten nur Familienangehörige, Partner oder allerengste Freunde haben, weil diese bereits als solche für die Zielperson kernbereichsrelevant sei.

Das BVerfG fordert des Weiteren die gesetzliche Regelung, dass vor einer Weitergabe zur Auswertung bereits Verdeckter Mitarbeiter bzw. Vertrauensperson und VP-Führung selbst die erlangten Informationen auf ihre Kernbereichsrelevanz zu prüfen haben. Dafür genüge es, wenn in Zweifelsfällen der behördliche Datenschutzbeauftragte über die Kernbereichsrelevanz und damit die Frage der Löschung oder Verwertung entscheide.

Das BVerfG trifft in dem Beschluss schließlich Feststellungen, welche neben dem Einsatz von Verdeckten Mitarbeitern und Vertrauenspersonen auch für die kernbereichsrelevanten Regelungen aller Eingriffsbefugnisse Geltung beanspruchen. Dies betrifft beispielsweise die Frage, zum Schutz welcher Rechtsgüter vom Abbruch einer kernbereichserfassenden Maßnahme (zunächst) abgesehen werden darf, sowie bestimmte erweiterte Dokumentationspflichten.

#### d) Rechtliche Bedeutung der BVerfG-Entscheidungen für Bund und Länder

An dieser Stelle – nachdem die aktuell vorliegenden verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung von Verfassungsschutzgesetzen kurz skizziert worden sind – ist es nun wichtig, zu verdeutlichen, dass allein der die Übermittlungsvorschrift-

ten betreffende Teil der dargestellten verfassungsgerichtlichen Vorgaben zum Gegenstand des vorliegenden Gesetzentwurfs der Bundesregierung gemacht wurde. Da durch die Befristung der Fortdaueranordnung betreffend § 20 Abs. 1 Satz 1 und 2 und § 21 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 Satz 1 und 2 BVerfSchG in dem Beschluss vom 28. September 2022 mit dem Ablauf des 31. Dezember 2023 die fraglichen Vorschriften außer Kraft treten werden, ist hier der Handlungsdruck auf die Bundesregierung am größten. Jedoch ist die Nichtumsetzung der Vielzahl weiterer konkreter Vorgaben des BVerfG mit Blick auf die Rechtsgrundlagen des Handelns der Verfassungsschutzbehörden mitnichten irrelevant und führt sowohl zur Perpetuierung eines verfassungswidrigen Zustandes wie u.U. zu einer – der Eindämmung desselben geschuldeten – unnötigen Handlungsbeschränkung des BfV. Es lohnt sich in diesem Zusammenhang eine kurze Betrachtung der Rechtswirkungen der oben dargestellten Entscheidungen des BVerfG für Bund und Länder:

Der normverwerfende Inhalt der Entscheidung (Unvereinbarerklärung) hat über die Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG hinaus gemäß § 31 Abs. 2 BVerfGG Gesetzeskraft (vgl. Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 31 BVerfGG, Rn. 40 ff.; Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 35 BVerfGG, Rn. 247). Die mit der Unvereinbarerklärung grundsätzlich einhergehende Anwendungssperre wird durch die (befristete) Fortdaueranordnung überwunden (Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 31 BVerfGG, Rn. 221, 227), welche als auf § 35 BVerfGG gestützte Vollstreckungsanordnung Bindungswirkung gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG erfährt (Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 35 BVerfGG, Rn. 248). Beides gilt nur für das von der Entscheidung unmittelbar betroffene Gesetz (vgl. Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 35 BVerfGG, Rn. 162 ff.; Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Art. 31 BVerfGG, Rn. 26). Die Geltung anderer Verfassungsschutzgesetze ist weder jetzt noch nach Ablauf der Frist betroffen (vgl. Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 35 BVerfGG, Rn. 165). Aus der Entscheidung des BVerfG erwächst unmittelbar auch keine Pflicht zur Normbeseitigung entsprechender Parallelvorschriften in den übrigen Verfassungsschutzgesetzen für deren Gesetzgeber (vgl. Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Art. 31 BVerfGG, Rn. 36 f.; Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 35 BVerfGG, Rn. 166). Gleichwohl ergeben sich

die durch das BVerfG aufgestellten Anforderungen aus dem Grundgesetz selbst, welches für alle Gesetzgeber verbindlicher Maßstab ist (Art. 20 Abs. 3, Art. 31, Art. 142 GG). Faktisch bedeuten die durch das BVerfG klargestellten verfassungsrechtlichen Anforderungen damit einen Legislativauftrag für alle Gesetzgeber, deren Gesetze materiell ebenso betroffen sind, wie das entscheidungsgegenständliche, die einfachgesetzlichen Normen den Vorgaben der Verfassung anzupassen.

Bis zu einer Anpassung der betreffenden Parallelnormen anderer Verfassungsschutzgesetze sind diese in ihrer geltenden Form durch die betreffenden Behörden anzuwenden. Diese haben grundsätzlich nicht das Recht, einer vom normverwerfenden Urteil nicht erfassten Parallelnorm die Gefolgschaft zu versagen. Es besteht kein Nichtanwendungsrecht der Verwaltung – die Norm ist zu vollziehen (Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 35 BVerfGG, Rn. 167).

Zusammen mit der befristeten Fortdaueranordnung hat das BVerfG teilweise weitere Vollstreckungsanordnungen gemäß § 35 BVerfGG hinsichtlich der einschränkenden Anwendung bestimmter für mit der Verfassung unvereinbar erklärter Normen getroffen. Diese haben wie die Fortdaueranordnung Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG lediglich im Hinblick auf den Beschwerdegegenstand. Für Parallelnormen eines anderen Normgebers entfalten die Vollstreckungsanordnungen keine Bindungswirkung (Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 35 BVerfGG, Rn. 49 f.). Dass die Verwaltung des nicht betroffenen Bundes oder Landes nicht in Übertragung der Vollstreckungsanordnungen des BVerfG (als konkretisierte verfassungsrechtliche Anforderungen) auf die eigene Verwaltungspraxis von den in ihrer Geltung nicht betroffenen eigenen Gesetzen abweichen darf, ergibt sich auch aus Art. 20 Abs. 3 GG. Aus der dort normierten Bindung der Exekutive an das Parlamentsgesetz ergibt sich der Vorrang des Gesetzes. Davon umfasst ist zwar auch die Bindung an die Verfassung, jedoch lässt deren Geltungsvorrang den Anwendungsvorrang des (einfachen) Gesetzes unberührt (BeckOK GG/Huster/Rux GG Art. 20 Rn. 169).

Wo allerdings bei Anwendung der unverändert geltenden Normen des nicht unmittelbar betroffenen Verfassungsschutzgesetzes ein „Befolgen“ der Vorgaben des BVerfG im Hinblick auf betreffende Parallelnormen möglich ist, ohne dass damit die Exekutive des betreffenden Landes (oder des Bundes) einem für sie geltenden Gesetz die Gefolgschaft verweigerte, wäre sie rechtlich nicht an einem entsprechend eingeschränk-

ten Gebrauchmachen von ihren Befugnissen gehindert. Da die Vollstreckungsanordnungen verfassungsrechtliche Anforderungen an Grundrechtseingriffe der fraglichen Art lediglich konkretisieren, sich die entsprechenden Schwellen aber unmittelbar aus der Verfassung herleiten, wird man auch von einer entsprechenden Verpflichtung bei der Gesetzesanwendung auszugehen haben. Wo das Verhalten der Verwaltung durch das Gesetz nicht determiniert wird, sondern ein Spielraum besteht (insbesondere im Bereich der Ermessensausübung), sind die sich aus der Verfassung ergebenden Vorgaben daher zu beachten (vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick GG Art. 20 Rn. 21).

Zusammenfassend ist daher zu konstatieren, dass zwar der Bundesgesetzgeber unmittelbar lediglich von der normverwerfenden Entscheidung zu den Übermittlungsvorschriften des BVerfSchG in dem Beschluss vom 28. September 2022 betroffen ist. Gleichwohl besteht der sich unmittelbar aus der Verfassung herleitende Legislativauftrag zur verfassungskonformen Ausgestaltung des BVerfSchG seit dem 26. April 2022 auch hinsichtlich sämtlicher übrigen relevanten Teile des Urteils des BVerfG zum BayVSG sowie seit dem 1. Februar 2023 für die kernbereichsspezifischen Vorgaben zum Einsatz von Verdeckten Mitarbeitern und Vertrauensleuten aus dem Beschluss zum SOG-MV. Insoweit die danach mit dem Grundgesetz unvereinbaren Normen *Eingriffsbefugnisse* enthalten, mag man die Frage stellen, inwieweit das Ermessen vom Gebrauchmachen der verfassungswidrigen Normen sich reduziert, je nach Bedeutung der aufzuklärenden Bestrebung und (Fort-)Dauer der Nichtumsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben. In einigen Fällen wird man dem (bis zu einem gewissen Grad unvermeidbaren) Schwebezustand durch verwaltungsinterne Anwendungsmaßnahmen (Dienstvorschrift) begegnen können, etwa hinsichtlich einiger sehr spezifischer Kernbereichsvorgaben zum Einsatz von Verdeckten Mitarbeitern (Verbot von Intimbeziehungen etc.). Gleichwohl sind die fraglichen Entscheidungen nach dem BVerfG durch den dazu berufenen Gesetzgeber zu treffen, nicht durch die Exekutive. Noch deutlicher wird dies etwa bei der durch das BVerfG nur anhand bestimmter Kriterien umrissenen und im Übrigen der legislativen Ausgestaltung überlassenen Abstufung von Beobachtungsbedürftigkeitsstufen oder Potentialitäten von Beobachtungsobjekten, welche zu tatbestandlichen Voraussetzungen eingriffsintensiver Überwachungsbefugnisse werden sollen. In anderen Fällen wird eine übergangsweise verfassungskonforme Anwendung bestimmter Befugnisse noch schwerer, insbesondere wenn die Verfassungswidrigkeit sich auf formelle Gesichtspunkte wie die Anordnungskompe-

tenz bezieht. Die seitens des BVerfG für potentiell besonders eingriffsintensive Maßnahmen geforderte *unabhängige* Vorabkontrolle impliziert bereits ein Verlassen des Exekutivbereichs, das seitens der Verwaltung nicht geleistet werden kann.

Inbesondere in der aktuellen sicherheitspolitischen Lage ist weder die Perpetuierung eines unklaren Rechtsrahmens für die Eingriffsbefugnisse des Verfassungsschutzes noch eine restriktive Anwendung eigentlich verfassungskonform ausgestaltbarer und grundsätzlich zur Verfügung stehender Überwachungsmaßnahmen eine sinnvolle Option. Darüber hinaus sorgt die weiterhin offene Umsetzung der Vielzahl verfassungsgerichtlicher Vorgaben außerhalb des vorliegenden Gesetzesgegenstandes auch für eine perspektivische Verunsicherung innerhalb des Verfassungsschutzverbundes, damit Blick auf eine möglichst homogene Ausgestaltung der verfassungsschutzbezogenen Regelwerke die Bundesnorm natürlich immer eine gewisse gesteigerte Relevanz besitzt. Dieser Zustand ist umso bedauerlicher, als er aus fachlicher Sicht nicht notwendig wäre. Aktuell haben sowohl der Gesetzgeber des Landes Hessen wie auch der des Freistaats Bayern eine vollumfängliche Novelle der jeweiligen Landesverfassungsschutzgesetze abgeschlossen (durch das Gesetz zur Änderung sicherheitsrechtlicher Vorschriften und zur Umorganisation der hessischen Bereitschaftspolizei, in Kraft getreten am 12. Juli 2023, bzw. durch das Gesetz zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes und des Bayerischen Datenschutzgesetzes, in Kraft getreten am 1. August 2023).

Dabei konnten sich die Gesetzgeber in beiden Fällen eng an den fachlichen Vorarbeiten einer Bund-Länder-Arbeitsgruppe (BLAG) orientieren, die bereits unmittelbar nach dem Grundsatzurteil vom 26. April 2022 einberufen worden war.

#### e) [Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Auswertung des Urteils des BVerfG vom 26. April 2022](#)

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung des Urteils des BVerfG vom 26. April 2022 für die rechtliche Fassung der Arbeit des Verfassungsschutzes wurden zu dessen Auswertung grundlegende Aspekte im Rahmen einer BLAG untersucht. In einer initialen Sitzung am 9. Mai 2022 tauschten sich die Innenministerien von Bund und Ländern unter Einbeziehung des Bundesministeriums der Verteidigung (BMVg) auf Einladung

des Bundesministeriums des Innern und für Heimat (BMI) darüber aus, welche Fragestellungen sich an das Urteil knüpfen und wie gemeinsame Lösungen erarbeitet werden könnten. Sodann wurde in dieser Sitzung eine Arbeitsgruppe eingesetzt, der Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen, das BMVg/Bundesamt für den Militärischen Abschirmdienst sowie das BMI/BfV angehörten. Des Weiteren wurden die von der eingesetzten Arbeitsgruppe zu untersuchenden Fragestellungen beschlossen, welche in der Arbeitsgruppe als Teilprojekte ausgearbeitet wurden, nämlich

1. Gewichtung der Überwachungsbedürftigkeit
2. Schutz Dritter (Maßnahmerichtung)
3. Institutionelle Anforderungen an unabhängige Kontrolle
4. Intensiveingriffe (Wohnraumüberwachung und sog. Online-Durchsuchung)
5. Kernbereichsschutz
6. Übermittlung an Strafverfolgungsbehörden
7. Übermittlung an Behörden mit/ohne operative(n) Befugnisse(n)
8. Übermittlung für dienstrechtliche Zwecke
9. Auslandsübermittlungen
10. Zusammenarbeit im Verfassungsschutzverbund

Die Arbeitspapiere zu zentralen Teilprojekten wurden dabei unmittelbar durch das BMI (mit-)erarbeitet, insbesondere zur Gewichtung der Überwachungsbedürftigkeit, welches aufgrund seiner zentralen Bedeutung für die Voraussetzungen bestimmter Überwachungsbefugnisse als für den Verbund besonders relevant eingeordnet wurde. Die Ergebnisse der entsprechenden Ausarbeitungen und der diesbezüglichen Diskussionen in der Arbeitsgruppe wurden in einem über 130 Seiten umfassenden Abschlussbericht (Datum: 21. Juni 2022) zusammengefasst, der in einer Gesamtsitzung der Innenministerien von Bund und Ländern und des BMVg am 28. Juni 2022 vorgestellt wurde. Die darin enthaltenen Sachpositionen sollten unter Berücksichtigung teils unterschiedlicher Bewertungen im Einzelnen eine fachliche Grundlage und praxisbezogene Lösungsvorschläge zur Umsetzung der sich aus dem Urteil ergebenden Anforderungen an die Ausgestaltung der jeweiligen Verfassungsschutzgesetze bieten.

Mit Beschluss der Innenministerkonferenz vom 19. September 2022 wurde dieser Abschlussbericht zur Veröffentlichung freigegeben und einstimmig festgestellt, dass er angemessene Lösungen für die Umsetzung des Urteils in vom 26. April 2022 in den Verfassungsschutzgesetzen von Bund und Ländern aufzeige.

Die BLAG kam auch nach der Veröffentlichung des Abschlussberichts zur Auswertung des Urteils vom 26. April 2022 in regelmäßigen Abständen zusammen, um etwa rechtliche Auswirkungen der weiteren oben dargestellten Entscheidungen zu erörtern. So fand bereits am 8. November 2022 eine Sitzung der BLAG statt, in welcher der fünf Tage zuvor veröffentlichte Beschluss des BVerfG betreffend die Übermittlungsvorschriften des BVerfSchG besprochen und untersucht wurde, inwieweit über die Feststellungen des Urteils zum BayVSG hinaus (minimale) Weiterungen der verfassungsgerichtlichen Vorgaben für die Umsetzung in den Verfassungsschutzgesetzen von Bund und Ländern enthalten seien.

Während sich die (vollständigen) Umsetzungen der aktuellen Gerichtsentscheidungen in Hessen und Bayern eng an den Ausarbeitungen der BLAG orientieren, ist im Hinblick auf die mit dem vorliegenden Gesetzentwurf der Bundesregierung intendierte Neufassung der Übermittlungsvorschriften des BVerfSchG festzustellen, dass man sich von den konzeptionellen Vorarbeiten im Rahmen des Verfassungsschutzverbundes zwischenzeitlich weitgehend gelöst hat.

### 3. Aktuell intendierte Teilumsetzung der Vorgaben des BVerfG

#### a) Allgemeines

Der vorliegende Gesetzentwurf „ereilte“ den Verfassungsschutzverbund dergestalt, dass am 21. August 2023 das BMI einen in der Koalition noch nicht endabgestimmten „Entwurf eines Gesetzes zum ersten Teil der Reform des Nachrichtendienst-Rechts“ übersandte und zugleich die Länder zum Austausch im Rahmen einer Videoschaltkonferenz für den 24. August 2023 lud (immerhin unter dem Eingeständnis, „dass die Abläufe eine geordnete Länderbeteiligung nur sehr eingeschränkt gewährleisten“). Der Entwurf hatte sich von den gemeinsam erarbeiteten Ergebnissen der BLAG zur Aus-

wertung der verfassungsschutzspezifischen BVerfG-Entscheidungen in entscheidenden Punkten entfernt, wies zudem eine teils unglückliche und praxisferne Regelungssystematik auf und blieb an wesentlichen Stellen hinter den im Abschlussbericht der BLAG aufgezeigten Umsetzungsmöglichkeiten zurück. Insgesamt war das in dem Entwurf gewählte Regelungskonzept erstaunlich weit entfernt von dem auf den Tag ein Jahr und zwei Monate zuvor fertiggestellten Abschlussberichts der BLAG. In diesem waren bereits im Juni 2022 auf einer tiefgehenden Auswertung der einschlägigen Rechtsprechung fußende konsistente Normierungsvorschläge niedergelegt worden, welche mit einstimmigem IMK-Beschluss als „angemessene Lösungen“ bezeichnet worden waren.

Aus dem Kreis der Länder wurden im Bundesrat seitdem bereits eine Reihe wichtiger Änderungsanträge gestellt, die offenbar zumindest teilweise noch einmal zu Prüfungen der Bundesregierung führen werden. Aus einer Vielzahl von Einzelkritikpunkten sollen im Folgenden einige besonders bedeutsame herausgestellt werden, da sie strukturelle Unzulänglichkeiten zum Gegenstand haben.

#### b) Schwelle für personenbezogene Daten, die nicht mit nachrichtendienstlichen Mitteln gewonnen wurden

Nach dem aktuellen Entwurf der Bundesregierung sollen die spezifischen Übermittlungsschwellen der §§ 19-21 BVerfSchG-E unabhängig von der Erhebungsart für alle personenbezogenen Daten gelten, das heißt auch für solche, die nicht mit nachrichtendienstlichen Mitteln gewonnenen wurden, wie etwa offen im Internet verfügbare Informationen (OSINT). Dies ist mit Blick auf die abgestufte Systematik von Übermittlungsschwellen, die das BVerfG in seinen Entscheidungen zum BayVSG und zum BVerfSchG entwickelt hat verfehlt.

Die Pressemitteilung Nr. 85/2022 des BVerfG vom 3. November 2022 (zur Veröffentlichung des Beschlusses vom 28. September 2022) beginnt mit den Sätzen:

„Mit heute veröffentlichtem Beschluss hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts entschieden, dass die Übermittlungsbefugnisse der Verfassungsschutzbehörden in Angelegenheiten des Staats- und Verfassungsschutzes nach dem Bundesverfassungsschutzgesetz (BVerfSchG) mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG)



nicht vereinbar sind. Dies gilt, soweit sie zur Übermittlung personenbezogener Daten verpflichtet, die mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhoben wurden.“ (Hervorhebungen nur hier)

Bereits in der Entscheidung zum BayVSG, in welcher die spezifischen Übermittlungsschwellen durch das BVerfG herausgearbeitet wurden, werden diese an die Herkunft der betreffenden personenbezogenen Daten aus verdeckten Überwachungsmaßnahmen, also nachrichtendienstlichen Mitteln geknüpft. Grundsätzlich bedingt jede Übermittlung personenbezogener Daten an eine andere Stelle eine Zweckänderung und stellt damit potentiell einen eigenen Eingriff in das personelle Selbstbestimmungsrecht dar (BVerfG, Urteil v. 26.04.2022 – 1 BvR 1619/17, Leitsatz Nr. 3). Die allgemeine Übermittlungsschwelle, die das BVerfG insoweit als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für Übermittlungen an andere Stellen unabhängig von der Art der Datenerhebung vorsieht, lautet: Die Übermittlung muss zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein (vgl. BVerfG, a.a.O., Rn. 230). Die Übermittlung ist dabei an dem Grundrecht zu messen, in das bei der ursprünglichen Datenerhebung eingegriffen wurde (BVerfG, a.a.O., Rn. 230; BVerfGE 154, 152, 266, Rn. 212, m.w.N.). Bei einer Erhebung von Daten mit offenen Mitteln ist aber gerade kein Grundrechtseingriff auf der Erhebungsseite verbunden. Eine Übermittlung personenbezogener Daten durch eine Verfassungsschutzbehörde an eine andere Stelle ist daher zulässig, soweit die Übermittlung der betreffenden Daten zur Erfüllung der Aufgaben der betreffenden Stelle im Einzelfall geboten ist. Nur sofern bereits die Erhebung der betreffenden Daten mit einem spezifischen Grundrechtseingriff verbunden war, werden die spezifischen Übermittlungsschwellen ausgelöst, die der Verwirklichung des informationellen Trennungsprinzips dienen. Das maßgebliche Kriterium für die Rechtfertigung ist insoweit das der hypothetischen Datenerhebung (vgl. BVerfG, Urteil v. 26.04.2022 – 1 BvR 1619/17, Rn. 234). Letztlich geht es darum zu verhindern, dass durch die potentiell niedrigeren Eingriffsvoraussetzungen des Verfassungsschutzes, die dem Fehlen operativer Zwangsbefugnisse geschuldet sind, höhere Erhebungsschwellen bei der empfangenden Behörde umgangen werden. Das BVerfG bringt das in dem Beschluss zum BVerfSchG vom 28. September 2022 mit folgender Formulierung zum Ausdruck: *„Da Verfassungsschutzbehörden im Vergleich zu Behörden mit operativen Anschlussbefugnissen bei der Datenerhebung modifizierten Eingriffsschwellen unterworfen sind (aa), unterliegt die Übermittlung der mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhobenen personenbezogenen Daten*

*und Informationen gesteigerten Voraussetzungen (bb).*“ (BVerfG, Beschluss v. 28.09.2022 – 1 BvR 2354/13, Rn. 116)

Der Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel bei der Datenerhebung ist daher nicht nur verfassungsrechtlicher Anlass, sondern zugleich auch Rechtfertigungsmaßstab, an dem sich, bezogen auf die konkrete Art der empfangenden Stelle, die Übermittlung der mit den nachrichtendienstlichen Mitteln erhobenen personenbezogenen Daten messen lassen muss. Auf für jedermann offen zugängliche Informationen lässt sich das Kriterium der hypothetischen Datenenerhebung gar nicht zur Anwendung bringen. Es wäre auch nicht zu vermitteln, dass eine Verfassungsschutzbehörde etwa durch sie im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung im Internet festgestellte extremistische Äußerungen auf frei zugänglichen offenen Seiten nur bei Vorliegen einer konkretisierten Gefahr für ein besonders gewichtiges Rechtsgut bzw. tatsächliche Anhaltspunkte für eine besonders schwere Straftat an Polizei und Justiz kommunizieren dürfte, welche die gleiche Information ohne weitere Eingriffsschwelle selbst im Internet erheben könnten.

Explizit knüpft das BVerfG folgerichtig in der Entscheidung zum BayVSG, auf die die insoweit inhaltsgleiche Entscheidung zum BVerfSchG verweist, die spezifischen Übermittlungsschwellen, welche in den §§ 19 - 21 BVerfSchG umgesetzt werden sollen, an deren Erhebung mit nachrichtendienstlichen Mitteln (Übermittlung an Polizeibehörden und andere Gefahrenabwehrbehörden, wenn diese aufgrund der Übermittlung operative Zwangsbefugnisse zum Einsatz bringen können: BVerfG, Urteil v. 26.04.2022 – 1 BvR 1619/17, Rn. 235 ff., 238, 244, 250; Übermittlung an Strafverfolgungsbehörden: BVerfG, a.a.O., Rn. 249 ff., 250, 252; Übermittlung an sonstige öffentliche Stellen: BVerfG, a.a.O., Rn. 254, 259).

Aus der Gesetzesbegründung zu § 25d BVerfSchG-E geht hervor, dass die speziellen Übermittlungsregelungen des Entwurfs berücksichtigten, dass Informationen mit nachrichtendienstlichen Mitteln gewonnen wurden und daher für anderweitig gesammelte Informationen nicht sachlich einschlägig seien. Eine Übermittlung von sonstigen Informationen sei daher unter den Voraussetzungen des § 25d des Entwurfs möglich. Dieser regelt für nicht nachrichtendienstlich erhobene personenbezogene Daten, dass diese „abweichend von den §§ 19 bis 22 und 25a auch für sonstige erhebliche Zwecke der öffentlichen Sicherheit oder sonstige erhebliche Interessen des Empfängers“ übermittelt werden dürfen. Die in der Begründung angesprochene Regelungssystematik

ergibt sich weder aus dem Wortlaut des § 25d oder den vorangehenden Übermittlungsvorschriften, noch aus der Systematik des Gesetzes. Der Wortlaut „abweichend von“ unter Hinzunahme des Wortes „auch“ lässt dabei nicht erkennen, dass die vorangegangenen Übermittlungsvorschriften ausschließlich für mit nachrichtendienstlich Mitteln gewonnen Daten anzuwenden sind. Aus Gründen der Bestimmtheit kann dieses Versäumnis im Rahmen der jeweiligen Übermittlungsvorschriften auch nicht durch die Klarstellung im Rahmen der Begründung zu § 25d behoben werden.

Darüber hinaus fügen sich die hohen Schwellen des § 25d auch nicht in das abgestufte Übermittlungssystem der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ein, da diese zu hoch und unbestimmt gewählt sind. Sie bilden auch nicht den über § 19 Abs. 1 Satz 2 BVerfSchG geltenden rechtlichen Rahmen ab, da dort in erster Linie an das Erfordernis der Aufgabenerfüllung des BfV angeknüpft wird – was sich mit der oben dargestellten allgemeinen Übermittlungsschwelle (die auch für personenbezogene Daten aus offenen Maßnahmen gilt) deckt. Dies genügt jedoch nach der systemischen Rückausnahme des § 25d BVerfSchG-E nicht.

Die vom BVerfG entwickelte Systematik soll den „Besonderheiten“ der nachrichtendienstlichen Tätigkeit verdeckt tätig zu werden Rechnung tragen – die Konstruktion einer davon unabhängigen Übermittlungsschwelle, auch für offen gewonnene Informationen, ist nicht erforderlich und schränkt die Arbeit der Verfassungsschutzbehörden unangemessen ein. Vielmehr entspricht es seit vielen Jahren der Dogmatik der Verfassungsschutzgesetze des Bundes und der Länder, dass nicht nachrichtendienstlich erhobene personenbezogene Daten übermittelt werden können, sofern tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Informationen für die Erfüllung der Aufgaben des Empfängers erforderlich sein können.

#### c) § 19 BVerfSchG-E: Übermittlung an inländische öffentliche Stellen zur Gefahrenabwehr

Das BVerfG lässt die Übermittlung mit nachrichtendienstlichen Mitteln ersterhobener personenbezogene Daten an Polizeibehörden und andere Gefahrenabwehrbehörden mit operativen Zwangsbefugnissen vor dem Hintergrund des Kriteriums der hypothetischen Datenneuerhebung zu, soweit dies erforderlich ist zur Abwehr einer wenigstens

konkretisierten Gefahr (BVerfG, Urteil v. 26.04.2022 – 1 BvR 1619/17, 1 BvR 1619/17, Rn. 245 ff.) für ein besonders gewichtiges Rechtsgut (BVerfG, a.a.O., Rn. 236 ff.). Im Gesetzentwurf werden zur Umsetzung der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei der Übermittlung zur Gefahrenabwehr Zweckbegrenzungen und besondere Übermittlungsschwellen beschrieben. Aus der Gesetzesbegründung geht hervor, dass in § 19 Abs. 1 Nr. 1 die Übermittlungsschwelle der wenigstens konkretisierten Gefahr zugrunde gelegt und gesetzlich durch den Passus „wenn diese bereits im Einzelfall besteht oder in absehbarer Zeit in bestimmter Art zu entstehen droht“ tatbestandlich verankert werden sollte. Den einschlägigen Übermittlungsrahmen zur Gefahrenabwehr der konkretisierten Gefahr definiert die gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung wie folgt: Eine konkretisierte Gefahr setzt bestimmte Tatsachen voraus, die bereits den Schluss zum einen auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann (BVerfG, Urteil v. 26.04.2022 – 1 BvR 1619/17, Rn. 158, 176; m.w.N.; siehe ferner BGH, Beschluss v. 10.06.2020 – 3 ZB 1/20, Rn. 27 ff.). Eine an den Grundsätzen der Normenklarheit und Bestimmtheit zu messende Zugrundelegung dieser höchstrichterlichen Maßstäbe gelingt indes durch die tatbestandliche Ausgestaltung des Gesetzentwurfs nur bedingt. Angesichts der höchstrichterlichen Definition geht zumindest die Gefahrenschwelle des Entwurfs, dass eine Gefahr „bereits im Einzelfall besteht“, über die Anforderungen des BVerfG hinaus. Auch das Erfordernis einer Gefahr „[...] in bestimmter Art“ führt als unbestimmter Rechtsbegriff, welcher sich so nicht in der gefestigten Rechtsprechung wiederfindet, zu Unklarheiten, welche die Gesetzesbegründung nicht zu beseitigen vermag. Der Versuch der tatbestandlichen Definition der konkretisierten Gefahr bleibt rudimentär und lässt bloß einen groben Bezug zu der höchstrichterlichen Begriffsausgestaltung erkennen. Wenn die Gesetzesbegründung (S. 19) ausführt, man wolle mit dem gewählten Tatbestandsmerkmal gerade Unsicherheiten, die sich aus dem durch das BVerfG definierten Schwellenwert der konkretisierten Gefahr ergäben, vermeiden, überzeugt dies nicht.

Darüber hinaus steht auch § 19 Abs. 1 Nr. 2 BVerfSchG-E, der eine Übermittlung „zur Verhinderung einer Straftat, die im Höchstmaß mit einer Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren bedroht ist“ zulässt, nicht im Einklang mit den Vorgaben des BVerfG

zur verfassungskonformen Gestaltung von Übermittlungsregelungen. Die Anforderungen an den Gefahrengrad einer Straftatbegehung „zur Verhinderung“ ergibt sich weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus der Begründung des Entwurfs. Damit bleibt das Tatbestandsmerkmal der „Verhinderung“ unbestimmt und hinter der Übermittlungsschwelle einer wenigstens konkretisierten Gefahr zurück. Zwar wird die Absicht des Gesetzgebers Schutzlücken zu schließen begrüßt, dabei ist indes zu berücksichtigen, dass das BVerfG darüber hinaus eine Übermittlung nur zum Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter zulässt (BVerfG, Urteil v. 26.04.2022 – 1 BvR 1619/17, Rn. 236, 255). Es stellt sich damit die Frage, ob im Rahmen der Gefahrenabwehr für eine Übermittlung Raum bleibt, welche über die Abwehr einer konkretisierten Gefahr für die Schutzgüter des § 19 Abs. 2 BVerfSchG-E hinaus geht. Der 3. Leitsatz des Beschlusses des BVerfG vom 28. September 2022, welcher Anlass des vorliegenden Gesetzesentwurfs ist, lautet:

*„Die Übermittlung mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhobener personenbezogener Daten und Informationen durch den Verfassungsschutz zur Gefahrenabwehr kann als Übermittlungsschwelle grundsätzlich auch an die Gefahr der Begehung solcher Straftaten anknüpfen, bei denen die Strafbarkeitsschwelle durch die Pönalisierung von Vorbereitungshandlungen oder bloßen Rechtsgutgefährdungen in das Vorfeld von Gefahren verlagert wird. Der Gesetzgeber muss dann aber sicherstellen, dass in jedem Einzelfall eine konkrete oder konkretisierte Gefahr für das durch den Straftatbestand geschützte Rechtsgut vorliegt. Diese ergibt sich nicht notwendiger Weise bereits aus der Gefahr der Tatbestandsverwirklichung selbst.“*

Die Auswahl der Übermittlungsschwellen des § 19 Abs. 1 BVerfSchG-E, welche sowohl über die Anforderungen des BVerfG hinausgehen (Nr. 1) als auch dahinter zurückbleiben (Nr. 2), bildet die der Gesetzesreform zugrundeliegende Rechtsprechung des BVerfG nicht bestimmt genug ab.

#### d) § 21 BVerfSchG-E: Übermittlung an Strafverfolgungsbehörden,

Die Ausgestaltung der Norm zur Übermittlung an Strafverfolgungsbehörden, § 21 BVerfSchG-E, ist zunächst im Hinblick auf ihre Regelungssystematik grundsätzlich in Frage zu stellen. Eine Befugnisnorm muss anwendbar sein – und das nicht nur von Juristen, sondern von entsprechenden Mitarbeitern der Fachabteilungen, die sich mit

der Frage beschäftigen müssen, ob eine Ausleitung einer bestimmten Erkenntnis an eine Strafverfolgungsbehörde in Betracht kommt und ob sie ihrer Behördenleitung eine solche vorschlagen sollen. Im Rahmen der BLAG wurde ausführlich darüber diskutiert, ob insoweit vorzugswürdig ein Katalog mit explizit benannten Straftatbeständen oder eine Bezugnahme auf die Höhe der Strafandrohung, ggf. kombiniert mit bestimmten Motivlagen, sei. § 21 Abs. 2 BVerfSchG-E, der die nach der Rechtsprechung des BVerfG erforderliche Definition der besonders schweren Straftat leisten soll, wirkt demgegenüber wie das Ergebnis des Versuchs, alle denkbaren Verweisungsformen in einer Vorschrift zu vereinen. Nr. 1 knüpft an eine maximale Strafandrohung von 10 Jahren Freiheitsstrafe oder mehr an. Nr. 2 verlangt eine Strafandrohung im Höchstmaß von mindestens fünf Jahren und zusätzlich „besonderen Staatsschutzbezug“, zählt dann aber die konkreten Straftatbestände aus StGB und verschiedenen Nebengesetzen trotzdem noch im Einzelnen auf. Nr. 3 lässt für die Übermittlung genügen, dass die Bezugsstraftat eine maximale Strafandrohung von fünf Jahren oder mehr aufweist, wenn sie zu sicherheitsgefährdenden oder geheimdienstlichen Tätigkeiten im Geltungsbereich dieses Gesetzes für eine fremde Macht begangen worden ist. Nr. 4 knüpft an eine Höchststrafe von mindestens fünf Jahren Freiheitsstrafe an, wenn die Tat „zu Bestrebungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1, 3 und 4 begangen worden ist“ und verweist sodann zusätzlich wechselnd auf konkrete Einzelstraftatbestände und ganze Abschnitte des StGB. Nr. 5 lautet „fünf Jahren aus dem Waffengesetz § 51 Absatz 1 und § 52 Absatz 1, wenn die verdächtige Person eine Person nach § 5 Absatz 2 Nummer 2 oder Nummer 3 des Waffengesetzes ist“. Diese Systematik führt dazu, dass z.B. relevante Erkenntnisse zu einer Strafbarkeit nach den §§ 129, 129a, 129b StGB je nach konkreter Art der Tatbestandsverwirklichung nach mindestens drei unterschiedlichen Übermittlungstatbeständen an Strafverfolgungsbehörden auszuleiten wären.

Von den praktischen Anwendungsfragen abgesehen ist die unklare Ausgestaltung des § 21 Abs. 2 BVerfSchG-E aber auch ein Rechtsthema. Das BVerfG betont an etlichen Stellen der maßlichen Entscheidungen die Bedeutung der Normenklarheit für eine verfassungskonforme Ausgestaltung von Befugnisnormen der Verfassungsschutzgesetze. Mit Blick auf Verweisungsketten wird dies sogar in zwei Leitsätzen der beiden Entscheidungen ausgedrückt.

Leitsatz Nr. 4 des Urteils vom 26. April 2022 lautet:

*„Das Gebot der Normenklarheit setzt der Verwendung gesetzlicher Verweisungsketten Grenzen. Unübersichtliche Verweisungskaskaden sind mit den grundrechtlichen Anforderungen nicht vereinbar.“*

Leitsatz Nr. 2 des Beschlusses vom 28. September 2022 lautet:

*„Die Normenklarheit setzt der Verwendung gesetzlicher Verweisungsketten Grenzen, steht dieser aber nicht grundsätzlich entgegen. Bei der Normierung sicherheitsrechtlicher Datenverarbeitungen kann es zweckdienlich sein, auf Fachgesetze zu verweisen, in deren Kontext Auslegungsfragen – anders als bei heimlichen Maßnahmen – im Wechselspiel von Anwendungspraxis und gerichtlicher Kontrolle verbindlich geklärt werden können. Ob eine Verweisung mit dem Gebot der Normenklarheit vereinbar ist, hängt von einer wertenden Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung möglicher Regelungsalternativen ab. Das Erfassen des Normgehaltes wird insbesondere durch Verweisungsketten erleichtert, die die in Bezug genommenen Vorschriften vollständig auf-führen.“*

Aber auch darüber hinaus zieht sich das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit und Klarheit von Befugnisnormen der Verfassungsschutzbehörden durch beide Entscheidungen (Vgl. nur BVerfG, Urteil v. 26.04.2022 – 1 BvR 1619/17, Rn. 199 ff., 272 ff., 367, 389 ff. sowie Beschluss v. 28.09.2022 – 1 BvR 2354/13, Rn. 108 ff., 139 ff.). Der zum BVerfSchG ergangene Beschluss vom 28. September 2022 macht unmissverständlich deutlich:

*„Als neuerliche Grundrechtseingriffe bedürfen Übermittlungen personenbezogener Daten einer eigenen hinreichend bestimmten und normenklaren Rechtsgrundlage (vgl. BVerfGE 113, 348 <375 ff.>; 154, 152 <237 f. Rn. 137, 266 Rn. 213>; 156, 11 <44 ff. Rn. 85 ff.>; BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022 - 1 BvR 1619/17 -, Rn. 199, 272; stRspr). Der Grundsatz der Bestimmtheit und Normenklarheit dient dabei der Vorhersehbarkeit von Eingriffen für die Bürgerinnen und Bürger, einer wirksamen Begrenzung der Befugnisse gegenüber der Verwaltung sowie der Ermöglichung einer effektiven Kontrolle durch die Gerichte.“ (Rn. 108).*

Die Systematik des § 21 BVerfSchG-E setzt diese Forderung nur unzureichend um.

Neben diesen systematischen Unzulänglichkeiten stellt sich aber auch mit Blick auf die konkret zur Übermittlung berechtigenden Straftatbestände die Frage, ob die Übermittlungsvorschrift des § 21 BVerfSchG-E eine angemessene Aufgabenerfüllung der Verfassungsschutzbehörde des Bundes gewährleisten könnte.

Dabei soll an dieser Stelle dahinstehen, ob die Ausgestaltung der Übermittlungsschwelle mit Blick auf den Verdachtsgrad (BfV darf „übermitteln, wenn dies im Einzelfall aufgrund bestimmter Tatsachen erforderlich ist, um eine besonders schwere Straftat zu verfolgen“) den Vorgaben des BVerfG genügt. Das BVerfG verlangt unter Verweisung auf seine eigene frühere Rechtsprechung als Schwelle für die Übermittlung mit nachrichtendienstlichen Mitteln ersterhobener Daten zur Strafverfolgung, dass bestimmte, den Verdacht begründende Tatsachen vorliegen, was bedeutet, dass insoweit konkrete und in gewissem Umfang verdichtete Umstände als Tatsachenbasis für den Verdacht vorhanden sein müssen (BVerfG, Urteil v. 26.04.2022 – 1 BvR 1619/17, Rn. 252; Beschluss v. 28.09.2022 – 1 BvR 2354/13, Rn. 137). Dies bezieht sich freilich auf den Verdacht, dass jemand eine besonders schwere Straftat begangen, an der Begehung teilgenommen oder die Beteiligung versucht hat. § 21 Abs. 1 BVerfSchG-E bezieht die bestimmten Tatsachen jedoch auf die Prognose der Erforderlichkeit für die Verfolgung der betreffenden Straftat.

Jedoch weist der gewählte Regelungskatalog einer „besonders schweren Straftat“ nach § 21 Abs. 2 BVerfSchG-E auch eine verfehlte Zielrichtung auf. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fordert wie oben dargestellt für die Übermittlung von nachrichtendienstlich ersterhobenen personenbezogenen Daten für Strafverfolgungszwecke eine „besonders schwere Straftat“ (BVerfG, Urteil v. 26.04.2022 – 1 BvR 1619/17, Rn. 251, Beschluss v. 28.09.2022 – 1 BvR 2354/13, Rn. 136). Da die Übermittlung dem BVerfG zufolge einen eigenständigen Grundrechtseingriff darstellt (BVerfG, Urteil v. 26.04.2022, 1 BvR 1619/17 – Rn. 230, Beschluss v. 28.09.2022 – 1 BvR 2354/13, Rn. 138), ist es Sache des Gesetzgebers, einen Straftatenkatalog, der eine entsprechende Übermittlung rechtfertigt, normenklar zu bestimmen, zumal auch bereits existierende gesetzliche Definitionen „besonders schwerer Straftaten“ voneinander abweichen. Dabei sind die betroffenen Grundrechte sowie Schutzgüter des Verfassungsschutzes miteinander in Abwägung zu bringen. Der Entscheidung des BVerfG zum großen Lauschangriff (BVerfG, Urteil vom 2. März 2010 – 1 BvR 256/08, Rn. 329) ist zu entnehmen, dass eine solche Vorschrift nicht notwendig nur in einer Aufzählung von Straftatbeständen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs



zu bestehen habe. Vielmehr kann sich der Gesetzgeber auch an Begehungsmerkmalen und Tatfolgen orientieren (vgl. BVerfG, Urteil vom 3. März 2004 – 1 BvR 2378/98, Rn. 344). Auch eine Beschränkung auf Verbrechen ist von Verfassungs wegen nicht geboten (BVerfGE, a.a.O.). Umgekehrt hat das BVerfG seine Skepsis zum Ausdruck gebracht, Straftaten aufzunehmen, die nur im Einzelfall besonders schwer wiegen, da „letztlich nahezu jedes Delikt des Strafgesetzbuchs im Einzelfall besonders schwer sein“ könne (BVerfGE, a.a.O., Rn. 346). Die letztgenannte Gefahr ist gerade für politisch motivierte Straftaten ernst zu nehmen, da es durch den öffentlichen Widerhall gleichsam zu einer Vervielfachung der schädlichen Wirkung der Tat kommt, so dass Straftaten, die bei einer rein tatbestandsbezogenen Betrachtung als eher geringfügig zu bewerten wären, eine besondere Schwere erkennen lassen (so ausdrücklich Jentsch/Däubler-Gmelin/Kriszeleit/Wieland, Expertenkomm. d. Hess. Landesreg. – Bewertungen und Handlungsempfehlungen, Rn. 45, am Beispiel der systematischen Beschädigung von zur Erinnerung an NS-Opfer in den Bürgersteig eingelassener „Stolpersteine“). Generell setzt jegliche Übermittlung durch eine Verfassungsschutzbehörde voraus, dass dies dem Schutz eines besonders gewichtigen Rechtsguts dient. Die gesetzliche Bestimmung des Begriffs der „besonders schweren Straftat“ muss daher einerseits so weit gefasst sein, dass sie nicht Straftaten ausschließt, durch welche Schutzgüter des Verfassungsschutzes verletzt werden. Andererseits muss sie so eng sein, dass sie eine tatsächlich eingriffsbegrenzende Wirkung entfaltet.

Vor diesem Hintergrund müssen Straftaten, die sich direkt gegen vom BVerfG als besonders hochrangig eingestuft (BVerfG, a.a.O., Rn. 174) Schutzgüter richten, auch mit Hilfe von Erkenntnissen der zu ihrem Schutz besonders beauftragten Verfassungsschutzbehörden verfolgbar sein. Eine starre Orientierung allein am Merkmal der Strafdrohung wäre hierzu nicht geeignet, da auch Vergehen wie beispielsweise die Geheimdienstliche Agententätigkeit nach § 99 Absatz 1 StGB ein hohes Gefährdungspotential haben. Zudem handelt es sich hierbei um Delikte, von denen typischerweise (nur) der Verfassungsschutz Kenntnis erhält. In diesem Bereich eine Datenübermittlung auszuschließen, käme einem faktischen Verzicht auf jegliche Strafverfolgung solcher Delikte gleich. Im Hinblick auf die herausragende Bedeutung der Sicherheit und des Bestands der Bundesrepublik Deutschland und ihrer Länder erschiene es nicht sachgerecht, wenn derartige Erkenntnisse nie an Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden könnten.

Gemessen daran weist der Straftatenkatalog des Gesetzesentwurfs gravierende und im Einzelfall noch nicht absehbare Übermittlungslücken auf.

Straftaten mit unmittelbarem Bezug zum Auftrag des Verfassungsschutzes (z.B. aus dem Titel der „Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats“, §§ 84 ff. StGB) werden nur lückenhaft aufgezählt. Dabei hat das BVerfG in seiner Entscheidung zum BVerfSchG sehr deutlich gemacht, dass das besondere Gewicht der betreffenden Straftaten sich gerade auch aus dem schutzzweckspezifischen Kontext ergibt, und insbesondere Staatsschutzdelikte dem Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter im verfassungsrechtlichen Sinne dienen: *„Staatsschutzdelikte richten sich gegen die in Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe b oder c GG genannten Rechtsgüter von hohem verfassungsrechtlichem Gewicht [...]. Sie wenden sich gegen die Grundpfeiler der verfassungsrechtlichen Ordnung und das Gemeinwesen als Ganzes. Die Bereitstellung wirksamer Aufklärungsmittel – auch in Form eines effektiven Informationsaustausches – zu ihrer Abwehr und Verfolgung ist ein legitimes Ziel und für die demokratische und freiheitliche Ordnung von großem Gewicht.“* (BVerfG, Beschluss v. 28.09.2022 – 1 BvR 2354/13, Rn. 150). Dennoch würden z.B. Erkenntnisse zu folgenden Delikten nach dem vorliegenden Gesetzentwurf nicht an Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden – d.h. das BfV müsste sehenden Auges den Fortgang der betreffenden Straftaten tolerieren: § 82 Abs. 2 StGB (Hochverrat gegen ein Land in minder schweren Fällen), § 84 StGB (Fortführung einer für verfassungswidrig erklärten Partei), § 87 StGB (Agententätigkeit zu Sabotagezwecken), § 90b StGB (Verfassungsfeindliche Verunglimpfung von Verfassungsorganen), § 100 Abs. 1, 3 StGB (Friedensgefährdende Beziehungen in minderschweren Fällen) und § 111 StGB (Öffentliche Aufforderung zur Straftat). Exemplarisch sei dabei auch auf einen der verschachtelten Systematik der Norm geschuldeten Wertungswiderspruch hingewiesen: Eine Übermittlung zur Verfolgung von § 87 StGB (Agententätigkeit zu Sabotagezwecken) wäre aufgrund § 21 Abs. 2 Nr. 3 BVerfSchG-E möglich, wenn die Begehung im Auftrag einer fremden Macht erfolgt, nicht jedoch, wenn eine Vereinigung oder Einrichtung außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs des Strafgesetzbuches Auftraggeber wäre – obwohl das Schädigungspotenzial für den Bestand und die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder für Verfassungsgrundsätze unabhängig vom Veranlasser der Sabotagehandlung ist. Auch die mangelnde Befugnis zur Informationsübermittlung im Rahmen der Fortführung einer für verfassungswidrig erklärten Partei (§ 84 StGB) ist angesichts des offensichtli-

chen Bezugs zum Verfassungsschutz sicherheitsrechtlich untragbar, zumal gleichzeitig fachlich ferner liegende Abschnitte des StGB (z.B. Straftaten gegen die Umwelt) vollumfänglich in Bezug genommen werden. Auch mit Blick auf das Nebenstrafrecht sind Inkonsistenzen erkennbar; so finden beispielsweise Straftaten aus dem Betäubungsmittelgesetz keine Erwähnung – etwa Drogenhandel zur Finanzierung verfassungsfeindlicher Betätigung (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG). Dasselbe gilt für Straftaten aus dem Aufenthaltsgesetz – etwa das Einschleusen von Gesinnungsgenossen (§ 96 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b AufenthG).

Vor diesem Hintergrund, und um einen reibungslosen Informationsaustausch zwischen dem Verfassungsschutz und den Strafverfolgungsbehörden zu gewährleisten, böte sich stattdessen die Aufnahme eines auf die nachrichtendienstlichen Eingriffstatbestände zugeschnittenen Katalogs von Straftaten an, wobei die bekannten Größen der Aufgabenerfüllung des Verfassungsschutzes maßgeblich sein sollten. Diese Parameter bilden neben dem Strafrahmen insbesondere die Inbezugnahme eines besonders gewichtigen Rechtsgutes sowie eine Tatbegehung im Zusammenhang mit einer beobachtungsbedürftigen Bestrebung oder in Ausübung einer beobachtungsbedürftigen Tätigkeit. Eine entsprechende gesetzliche Ausgestaltung, für welche sich die Gesetzgeber Hessens und Bayerns entschieden haben, gewährleistet eine enge Orientierung an den Vorgaben des BVerfG zur verfassungskonformen Gestaltung von Übermittlungsregelungen und stellt gleichzeitig die Aufgabenerfüllung der Verfassungsschutzbehörden sicher. Es empfiehlt sich, auch auf Bundesebene einen entsprechenden Regelungsansatz umzusetzen. Aus dem Kreis der Länder wurde ein entsprechender Änderungsantrag im Bundesrat eingebracht, der umfangreiche Unterstützung fand. Der Gegenentwurf sieht von einem Straftatenkatalog bewusst ab. Er normiert den Kreis der übermittlungsfähigen Delikte in einfacher und übersichtlicher Form. In der Sache orientiert er sich eng an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

e) Schwelle der konkretisierten Gefahr im Verhältnis § 19 und § 20 des Entwurfs;  
bestimmte Übermittlungsvorgänge

Ein weiterer neuralgischer Punkt der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen ist die Schnittstelle zwischen der Übermittlung an Gefahrenabwehrbehörden mit operativen Anschlussbefugnissen und der Übermittlung an andere öffentliche Stellen.

Eine Übermittlung mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhobener personenbezogener Daten an eine Gefahrenabwehrbehörde mit operativen Anschlussbefugnissen ist nach der Rechtsprechung des BVerfG nur zulässig, wenn sie erforderlich ist zur Abwehr einer wenigstens konkretisierten Gefahr für ein besonders gewichtiges Rechtsgut (Urteil v. 26.04.2022 – 1 BvR 1619/17 – Rn. 235 ff., 245 ff.).

Die Übermittlung mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhobener personenbezogener Daten an sonstige Stellen ist – wenn diese keine operativen Anschlussbefugnisse besitzen – bereits möglich, wenn dies zum Schutz eines besonders wichtigen Rechtsguts erforderlich ist (Urteil v. 26.04.2022 – 1 BvR 1619/17 – Rn. 258 f.).

Die Schwierigkeiten, die sich mit der gesetzgeberischen Abgrenzung der beiden Bereiche verbinden, können am anschaulichsten am Beispiel der Datenübermittlung an Waffenbehörden veranschaulicht werden. Auch im Bereich der Verwaltungsbehörden als allgemeine Gefahrenabwehrbehörden, die typischerweise die Eingriffsverwaltung im Rahmen förmlicher Verwaltungsverfahren (§ 9 VwVfG) durch Verwaltungsakt (§ 35 VwVfG) nach Anhörung des Betroffenen (§ 28 VwVfG) mit der Möglichkeit vorbeugenden (Eil-)Rechtsschutzes (§ 80 Abs. 5 VwGO) betreiben, können punktuelle operative Zwangsbefugnisse bestehen, die die betreffende Stelle zu „polizeigleichen“ operativen Maßnahmen berechtigen. Ein solches Beispiel ist § 46 Abs. 4 WaffG, der unter bestimmten Voraussetzungen die Beauftragten der zuständigen Behörde berechtigt, die Wohnung der betroffenen Person zu betreten und diese Wohnung nach Urkunden, Waffen oder Munition zu durchsuchen. Wollte man aufgrund dieser punktuellen operativen Zwangsbefugnis nun sämtliche Übermittlungen von mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhobenen personenbezogenen Daten an die Waffenbehörden vom Vorliegen einer konkretisierten Gefahr abhängig machen, würde in einer Vielzahl von Fällen die Übermittlung gesicherter Erkenntnisse zu extremistischen Bestrebungen des Betroffenen im Rahmen der waffenrechtlichen Zuverlässigkeitsprüfung verunmöglicht, da sich aus dem bloßen Waffenbesitz etwa eines nicht gewaltbereiten legalistischen

Extremisten nicht zwingend eine konkretisierte Gefahr für ein besonders gewichtiges Rechtsgut ableitet. Andererseits ist jedoch in den Fällen, in denen die Übermittlung gerade den Einsatz der betreffenden operativen Zwangsbefugnis ermöglichen soll, im Rahmen der Übermittlungsschwelle das gleiche Schutzniveau erforderlich, wie bei einer Übermittlung an Behörden der Vollzugspolizei, da hier an die Übermittlung gerade die operative Anschlussbefugnis anknüpft, über die die Verfassungsschutzbehörde als Behörde der Vorfeldaufklärung nicht verfügte.

Die für die betreffenden Fallgruppen maßgeblichen Vorschriften im vorliegenden Entwurf sind § 19 BVerfSchG-E („Übermittlung an inländische öffentliche Stellen zur Gefahrenabwehr“) und § 20 BVerfSchG-E („Übermittlung an inländische Stellen zum administrativen Rechtsgüterschutz“). Inwieweit sämtliche sicherheitsrelevanten Übermittlungsvorgänge zwischen Verfassungsschutzbehörde und allgemeiner Verwaltung im Kontext der recht eng gefassten Normen auch zukünftig möglich sein werden, kann nicht ohne Weiteres mit Sicherheit beurteilt werden. Zwei relevante Fallkonstellationen sollen jedoch hier Erwähnung finden, da diesbezüglich jedenfalls Anpassungsbedarf besteht, weshalb im Bundesrat auch bereits entsprechende Anträge eingebracht worden sind:

#### Bewerber für den öffentlichen Dienst

§ 19 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. a BVerfSchG-E sieht lediglich eine Pflicht zur Datenübermittlung des BfV für Verfahren und Maßnahmen wegen einer Verletzung der Verfassungstreuepflicht im öffentlichen Dienst vor. Die Regelung greift jedoch zu kurz, da sie nur an eine bereits eingetretene Verfassungstreuepflichtverletzung anknüpft und für den relevanten Anlass der Verhinderung des Zugangs von Extremisten zum öffentlichen Dienst keine Übermittlungsmöglichkeit vorsieht. Das Hessische Verfassungsschutzgesetz beispielsweise sieht dagegen in § 20c („Informationsübermittlung durch das Landesamt an öffentliche Stellen zu arbeits- und dienstrechtlichen Zwecken“) Abs. 2 eine Befugnis des Landesamts vor, relevante Daten an personalführende öffentliche Stellen übermitteln zum Zwecke der Überprüfung der Verfassungstreue von Personen, die sich um Einstellung in den öffentlichen Dienst bewerben, sofern diese eine Tätigkeit als Bedienstete anstreben in einer Behörde mit Vollzugsaufgaben, in einer anderen

öffentlichen Stelle, bei der sie regelmäßig Zugriff auf Personalaktendaten von Bediensteten haben, die bei einer Behörde mit Vollzugsaufgaben verwendet werden, oder in besonders gefährdeten Liegenschaften öffentlicher Stellen.

#### Vereinsverbots-, Parteiverbots- und Grundrechteverwirkungsverfahren

Eine Datenübermittlung in Vereinsverbots-, Parteiverbots- und Grundrechteverwirkungsverfahren ermöglicht § 19 Abs. 1 Nr. 1 (in Verbindung mit Abs. 3 Nr. 2) BVerfSchG-E nur, wenn eine mindestens konkretisierte Gefahr für ein Schutzgut im Sinne des § 19 Abs. 2 BVerfSchG-E besteht. Dies lässt nicht unerhebliche Schutzlücken, da im Stadium eines Ermittlungsverfahrens, in dem die Partei- und Vereinsverbotsbehörden auf Zulieferungen des Verfassungsschutzes besonders angewiesen sind, vielfach eine konkretisierte Gefahr im Sinne der Übermittlungsschwelle nicht oder noch nicht vorliegen wird. Das Verbot von Vereinen, die verfassungswidrige Ziele verfolgen, ist jedoch unmittelbar im Grundgesetz angelegt; Vereinsverbotsbehörden stellen nur fest, was kraft ausdrücklicher verfassungsrechtlicher Anordnung ohnehin schon gilt (Art. 9 Abs. 2 GG: „Vereinigungen, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, sind verboten“). Auch die Verfahren zur Grundrechtsverwirkung, Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei und den Ausschluss von der Parteienfinanzierung sind Ausdruck der wehrhaften Demokratie und im Grundgesetz gesondert geregelt. Die Arbeit des Verfassungsschutzes ist für die Einleitung solcher Verfahren essentiell. Dies rechtfertigt eine ausnahmsweise Absenkung der Übermittlungsschwelle ins Gefahrenvorfeld. Im Interesse der Rechtssicherheit und Normenklarheit sollte daher eine ausdrückliche Übermittlungsbefugnis in den genannten Verfahrenskonstellationen ergänzt werden.

#### 4. Fazit

Die aktuelle sicherheitspolitische Situation erfordert es mehr denn je, die Verfassungsschutzbehörden von Bund- und Ländern mit verfassungskonformen aber gleichzeitig effektiven Rechtsgrundlagen zur Erfüllung ihrer überaus wichtigen Aufgaben auszu-

statten. Bei unvermindert hohem Bedrohungspotential der übrigen Phänomenbereiche, insbesondere des Rechtsextremismus, hat seit dem russischen Überfall auf die Ukraine im Februar des vergangenen Jahres der Bereich der nachrichtendienstlichen Spionageabwehr einen enormen Zuwachs an Relevanz für die tägliche Arbeit der Verfassungsschützer gewonnen, und der terroristische Überfall der HAMAS auf Israel am 7. Oktober hat bereits jetzt sicherheitsrelevante Auswirkungen auf die Bundesrepublik Deutschland, deren volles Potential zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht absehbar ist.

Vor diesem Hintergrund ist die auf Bundesebene bis jetzt größtenteils noch gar nicht vorgenommene Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Ausgestaltung der Verfassungsschutzgesetze enttäuschend. Sie perpetuiert mit Blick auf wichtige Überwachungsbefugnisse des BfV einen nicht den Vorgaben aus Karlsruhe entsprechenden und ungewissen Zustand, wo sichere, eindeutige und schlagkräftige Rechtsnormen möglich und dringend erforderlich wären.

Zu dem Ausschnitt der mit dem vorliegenden Gesetzentwurf intendierten Anpassungen sind zusammenfassend in Kürze folgende Anmerkungen besonders wichtig:

1. Die Übertragung der nach der Verfassung nur für die Übermittlung mit nachrichtendienstlichen Mitteln gewonnener Erkenntnisse einschlägigen Übermittlungsschwellen auf sämtliche personenbezogenen Daten ist verfehlt und zu korrigieren.
2. Die Ausgestaltung der Übermittlungsschwelle an Gefahrenabwehrbehörden mit operativen Anschlussbefugnissen entspricht auch in der neuen Gestalt nicht den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts.
3. Die Norm zur Übermittlung von Erkenntnissen an Strafverfolgungsbehörden ist systematisch unglücklich und lässt zudem sicherheitsrelevante Schutzlücken, insbesondere im Bereich der Staatsschutzdelikte.
4. Es sollten ausdrückliche Befugnisnormen vorgesehen werden für die Übermittlung von Erkenntnissen zum Zwecke der Überprüfung der Verfassungstreue von Personen, die sich um Einstellung in den öffentlichen Dienst bewerben, sowie für die Zwecke der Vorbereitung und Durchführung von Vereinsverbots-, Parteiverbots- und Grundrechteverwirkungsverfahren.

gez. Dr. Frielinghaus