



Hochschule des Bundes
für öffentliche Verwaltung

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache
20(4)324 D

POSTANSCHRIFT HS BUND, POSTFACH 40527, 10063 BERLIN

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Inneres und Heimat
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Prof. Dr. Markus Löffelmann

HAUSANSCHRIFT Habersaathstr. 51, 10115 Berlin

POSTANSCHRIFT Postfach 40527, 10063 Berlin

TEL 030 – 22 00 89 – 85513

E-MAIL markus.loeffelmann@hsbund-nd.de

DATUM Berlin, 03.11.2023

BETREFF **Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Sachverständigenanhörung am 6. November 2023
zu BT-Drs. 20/8626 und 20/8627**

Stellungnahme

zum Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zum ersten Teil der
Reform des Nachrichtendienstrechts, BT-Drs. 20/8626 und
zum Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Änderung des
BND-Gesetzes, BT-Drs. 20/8627



A. Vorbemerkung

Beide Gesetzentwürfe dienen der Umsetzung von Vorgaben des BVerfG zur Übermittlung von personenbezogenen Daten durch Nachrichtendienste. Im Mittelpunkt der verfassungsgerichtlichen Dogmatik steht dabei der vom BVerfG aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgeleitete Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung (vgl. BVerfG, 1 BvR 1619/17 v. 26.4.2022, Rn. 229 ff.; BVerfG, 1 BvR 2354/13 v. 28.9.2022, Rn. 122; jew. m.w.N.). Dieser wirft bei der Transformation in einfaches Recht und insbesondere bei der Rechtsanwendung zahlreiche schwierige Probleme auf (vgl. zur Kritik *Unterreitmeier*, GSZ 2022, 251 ff.; *ders.* GSZ 2023, 34 ff.; *ders.* GSZ 2023, 81 ff.; *Schneider* GSZ 2022, 1 ff.; *Löffelmann* GSZ 2019, 16 ff.; *ders.* JR 2022, 433, 437 ff.; *ders.* JR 2023, 201 ff.; zur fachgerichtlichen Rspr. *ders.* JR 2022, 454 ff.). Der Grundsatz verlangt vom Gesetzgeber bzw. dem Rechtsanwender eine Beurteilung, ob die empfangende Stelle *nach verfassungsrechtlichen Maßstäben* selbst zur Datenerhebung ermächtigt werden dürfte (BVerfGE 141, 220, 327 f.). Weil es dabei um eine Abwägung nach Verhältnismäßigkeitskriterien geht, in die insbesondere Umfang und Reichweite der Aufgaben und Befugnisse der übermittelnden und empfangenden Stelle einfließen, eröffnet der Grundsatz einen gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum zur Berücksichtigung behördenspezifischer Anforderungen.

Diesen Spielraum füllen beide Gesetzentwürfe aus. Erstmals im Bereich der Sicherheitsgesetzgebung auf Bundesebene wird der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung in beiden Entwürfen substantiell in konkrete Übermittlungsschwellen und Schutzgüter „übersetzt“. Beide Entwürfe sind dabei von dem Bemühen getragen, der Spezifität der jeweiligen nachrichtendienstlichen Tätigkeit und den jeweiligen praktischen Bedarfen von BND und BfV differenziert Rechnung zu tragen. Das bedingt zugleich den Ansatz zweier getrennter Regelungssysteme, die in ihren wesentlichen Strukturen dennoch vergleichbar sind. Für das BNDG wird dadurch die wenig anwendungsfreundliche bisherige Verweisungsgesetzgebung aufgelöst und durch eine deutlich transparentere integrierte Regelung ersetzt. Um trotz der strengen verfassungsrechtlichen Vorgaben künftig die Wahrnehmung sicherheitsbehördlicher Aufgaben zu gewährleisten, gehen beide Entwürfe verfassungsrechtliche Risiken ein, die aber überwiegend vertretbar erscheinen.

Darüber hinaus führen beide Gesetzentwürfe Regelungen zur besseren Eigensicherung der Nachrichtendienste ein. Aktueller Anlass hierfür ist ein aus einem der Dienste heraus in jüngerer Vergangenheit verübter Spionagefall; ein Bedarf für derartige Regelungen wird jedoch schon seit längerem erkannt.



B. Übermittlungsregelungen

Die verfassungsgerichtlichen Vorgaben zu den Anforderungen an nachrichtendienstliche Datenübermittlungen lassen Raum für eine Vielzahl denkbarer Regelungsansätze, was durch die Heterogenität der bislang diskutierten Modelle illustriert wird, die alle für sich in Anspruch nehmen, verfassungskonform ausgestaltet zu sein (vgl. zu Bayern Bayerischer Landtag Drs. 18/21537 und 18/29057 sowie den Gegenentwurf unter Drs. 18/25825; zu Hessen Hessischer Landtag Drs. 20/10821; zur Bundesebene BR-Drs. 436/1/23 und 439/1/23; vgl. ferner den Abschlussbericht der Bund-Länder-AG zur Auswertung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts v. 26.4.2022 - 1 BvR 1619/17 – (BayVSG) vom 21.6.2022, abrufbar unter https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2022/abschlussbericht-bund-laender-ag.pdf?__blob=publicationFile&v=2). Vor diesem Hintergrund werden im Folgenden (überwiegend) keine regelungstechnischen, sondern verfassungsrechtliche Kritikpunkte aufgezeigt.

I. Konkretisierte Gefahr

Die in beiden Gesetzentwürfen verwendete Umschreibung der Eingriffsschwelle der konkretisierten Gefahr (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG-E, § 11b Abs. 1 S. 1 BNDG-E) erfasst nur einen Teilaspekt dieses unbestimmten Rechtsbegriffs. Dieser beschreibt reduzierte Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs bei einer Gefahrenprognose und unterscheidet sich damit von dem verfassungsrechtlich hoch umstrittenen, das Gefahrenvorfeld kennzeichnenden Begriff der „drohenden Gefahr“ (vgl. Art. 11a BayPAG). Für eine Gefahrenprognose nach dem Maßstab der konkretisierten Gefahr kann auch auf nachrichtendienstliches oder kriminalistisches Erfahrungswissen zurückgegriffen werden, nicht aber auf lediglich allgemeine Erfahrungssätze (vgl. BVerfGE 141, 220, 272). Denkbar ist etwa das Anknüpfen an typisierte Geschehensabläufe („seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen“), die auf bestimmte Personen bezogen sind. Grundlage der Prognose können aber auch individualisierbare Verhaltensweisen sein (etwa einschlägige bereits begangene Straftaten, Vorbereitungen für solche Straftaten, bestimmte Verhaltensweisen, die auf einer psychischen Erkrankung beruhen), die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit den Schluss auf eine künftige schwere Rechtsgutsverletzung zulassen. Wann eine Erkenntnislage gegeben ist, bei der eine Gefahr nach solchen im Hinblick auf die Kausalität reduzierten Anforderungen prognostiziert werden kann, muss stets im Einzelfall beantwortet werden.



Diese Vielschichtigkeit des Begriffs lässt sich am besten im Wege der Rechtsanwendung ausloten. Da der Begriff der konkretisierten Gefahr mittlerweile in der verfassungsgerichtlichen (grundlegend BVerfGE 141, 220, 272 f.; aus jüngster Zeit etwa BVerfG, 1 BvR 2354/13 v. 28.9.2022, Rn. 134; BVerfG, 1 BvR 1345/21 v. 9.12.2022, Rn. 91) und fachgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 10.6.2020 – 3 ZB 1/20, Rn. 27; BVerwG, Vorlagebeschluss vom 31.5.2022 – 6 C 2/20, Rn. 37 m.w.N.; VG Ansbach, Urteil vom 19.1.2022 – AN 1 K 21.30046, Rn. 81; Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht, Urteil vom 31.1.2022 – 4 Bf 10/21, Rn. 40 m.w.N.) etabliert ist, sollte im Gesetztext auf ihn Bezug genommen werden, um divergierende Begrifflichkeiten zu vermeiden.

II. Straftatverhinderung als gefahrenrechtlicher Übermittlungszweck

Nach § 19 Abs. 1 S. 2 BVerfSchG-E darf das BfV zum Zweck der Gefahrenabwehr Daten „zur Verhinderung einer Straftat“ übermitteln. Für diese Regelung spricht zwar ein beabsichtigter „Gleichlauf“ (vgl. BVerfG, 1 BvR 2354/13 v. 28.9.2022, Rn. 131) mit den Regelungen zur Strafverfolgung. Die Vorschrift berücksichtigt aber nicht, dass auch bei einem straftatenbezogenen Übermittlungskonzept nicht auf die Schwelle der konkretisierten Gefahr verzichtet werden darf, welche nicht stets bei Vorliegen eines strafprozessualen Anfangsverdachts überschritten ist (vgl. BVerfG, 1 BvR 2354/13 v. 28.9.2022, Rn. 134, 157 f., 159). Hinzu kommt, dass die Übermittlungsschwelle stets auf den Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter bezogen sein muss (BVerfG, 1 BvR 1619/17 v. 26.4.2022, Rn. 236; BVerfG, 1 BvR 2354/13 v. 28.9.2022, Rn. 125, 127). Auch dies ist, wie etwa die Aufnahme von (bloßen) Vermögensdelikten in den Katalog des § 100b StPO zeigt, bei besonders schweren Straftaten nicht automatisch der Fall. Im Ergebnis wird durch diese Erweiterung der Übermittlungsmöglichkeiten der Handlungsrahmen der Gefahrenabwehrbehörden weit über den Bereich der Verfassungsschutzgüter hinaus in das Gefahrenvorfeld verlagert, was damit kollidiert, dass den Gefahrenabwehrbehörden solche weitreichenden Befugnisse, wie sie den Nachrichtendiensten zur Verfügung stehen, „in keiner Konstellation eingeräumt werden dürften“ (BVerfG, 1 BvR 1619/17 v. 26.4.2022, Rn. 246; BVerfG, 1 BvR 2354/13 v. 28.9.2022, Rn. 128). Auf diese Übermittlungsvariante sollte daher verzichtet werden, da sie hohe verfassungsrechtliche Risiken birgt.



III. Vergleichbar besonders gewichtige Rechtsgüter

§ 19 Abs. 2 Nr. 3 BVerfSchG-E bezieht in den Katalog der besonders gewichtigen Rechtsgüter mit Leib, Leben und Freiheit der Person „vergleichbar besonders gewichtige Rechtsgüter einer Person“ mit ein. Da es sich bei der Bestimmung der besonders gewichtigen Rechtsgüter in jeder Übermittlungskonstellation um das zentrale limitierende Element handelt, müssen diese Rechtsgüter gesetzlich hinreichend bestimmt werden. Das ist hier nicht der Fall und begründet regelungstechnisch auch eine deutliche Schieflage zur detaillierten Ausgestaltung an anderer Stelle (vgl. insbes. § 21 BVerfSchG-E). Das BVerfG zählt zu den besonders gewichtigen Rechtsgütern solche, die für die Gemeinschaft oder das Individuum existenzielle Bedeutung haben (vgl., auch mit z.T. unterschiedlichen Begrifflichkeiten, die Nachw. zur Rspr. bei *Löffelmann*, GSZ 2023, 92, 95). Der Gesetzgeber besitzt dabei einen Spielraum, zu bestimmen, welche Rechtsgüter einen derart hohen Rang besitzen. Er darf diese Definitionsmacht aber andererseits nicht an die Verwaltung delegieren.

IV. Übermittlung an inländische öffentliche Stellen außerhalb der Gefahrenabwehr

§ 20 Abs. 1 BVerfSchG-E erlaubt die Datenübermittlung an inländische öffentliche Stellen zum administrativen Rechtsgüterschutz. Damit knüpft die Regelung an die Differenzierung des BVerfG zwischen Folgeverwendungen durch Behörden mit bzw. ohne „operative Anschlussbefugnisse“ an (BVerfG, 1 BvR 1619/17 v. 26.4.2022, Rn. 234 f.; BVerfG, 1 BvR 2354/13 v. 28.9.2022, Rn. 123). Dieser Begriff wirft sowohl hinsichtlich dessen, was als „operativ“ zu verstehen ist als auch insoweit, ob es auf ein abstraktes oder konkretes „Verfügen“ über solche Befugnisse ankommt, erhebliche Auslegungsschwierigkeiten auf. Der Entwurf interpretiert ihn im Sinne der Anwendung unmittelbaren Zwangs, was vertretbar erscheint.

Leitbild des BVerfG für die Entwicklung der strengen Erfordernisse für die Datenübermittlung an Behörden mit operativen Anschlussbefugnissen ist die Abgrenzung von Nachrichtendiensten und Polizeibehörden (vgl. grundlegend BVerfGE 133, 277, 326 ff.; darauf Bezug nehmend mit dem Begriff der „Gefahrenabwehrbehörden“ BVerfG, 1 BvR 1619/17 v. 26.4.2022, Rn. 234 ff.; BVerfG, 1 BvR 2354/13 v. 28.9.2022, Rn. 124 ff.). Letzteren ist in einem umfassenden Sinne der Rechtsgüterschutz überantwortet und sie verfügen über ein breites Arsenal aktioneller und informationeller Befugnisse einschließlich diverser Möglichkeiten der Anwendung unmittelbaren Zwangs. Das macht unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten eine besondere Zurückhaltung bei der Datenübermittlung an solche Behörden erforderlich. Hiervon unterscheiden sich der Handlungsrahmen und die Befugnisse anderer



Sicherheitsbehörden mit präventiver Zielsetzung deutlich. Diese können zwar auch im Einzelfall für betroffene Personen Rechtsfolgen herbeiführen, die diese schwer belasten. Ihr Handlungsrahmen und damit das Risiko der Inanspruchnahme belastender Anschlussbefugnisse ist aber insgesamt viel enger. In aller Regel handeln diese Stellen auch nicht durch Ausübung unmittelbaren Zwangs und unmittelbares Unterbrechen eines zu einer Rechts-gutsverletzung führenden Kausalverlaufs, sondern in einem einer Rechts-gutsverletzung weiter vorgelagerten Stadium, so dass betroffene Personen die Gelegenheit haben, sich auf das behördliche Handeln und seine Konsequenzen einzustellen, was – etwa durch die Möglichkeit des Erwirkens von Rechtsschutz – eine grundrechtsschonende Wirkung hat. Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten eröffnet dies Spielraum für die Ausgestaltung der Übermittlung an andere Stellen als Polizeibehörden, entbindet aber andererseits nicht davon, für jede Konstellation eine solche Abwägung anzustellen.

Dem wird § 20 Abs. 1 BVerfSchG nur teilweise gerecht. Die Norm beschreibt zahlreiche heterogene Szenarien des administrativen Rechtsgüterschützes und enthält unter Ziff. 5 eine Öffnungsklausel. Dabei ist unverkennbar, dass die Norm Konstellationen aufgreift und versucht abstrakt zu umschreiben, die für die nachrichtendienstliche Praxis von besonderer Relevanz sind. Aufgrund der Vielfältigkeit der unter Ziff. 1 bis 4 beschriebenen Konstellationen und der Vielzahl der dort verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe (vgl. insbes. Nr. 3) läuft das Kriterium der Vergleichbarkeit unter 5. allerdings leer. Insofern unterscheidet sich die Norm von dem systematisch ähnlich angelegten § 11b Abs. 2 BNDG-E. Zugleich ist zu erwarten, dass in der praktischen Anwendung häufig auf die Auffangregelung der Ziff. 5 zurückgegriffen wird, womit die Umgrenzungsfunktion der anderen Ziffern nur geringe Bedeutung hat. Für Außenstehende Normadressaten ist der Regelungsgehalt der Norm auch anhand der Gesetzgebung kaum zu erschließen. Vor diesem Hintergrund begegnet die Öffnungsklausel in Ziff. 5 erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf die Grundsätze der Normenklarheit, Normenbestimmtheit und Verhältnismäßigkeit.

Um die Vielfalt der Übermittlungskonstellationen gesetzgebungstechnisch zu verarbeiten, wäre es denkbar, die Übermittlungsschwellen allgemein gesetzlich zu definieren und (nach dem Vorbild von § 8 Abs. 2 S. 4 und 5 BVerfSchG), das Nähere in einer Dienstvorschrift zu regeln, welche u.U. der Zustimmung einer unabhängigen Stelle bedarf. Alternativ könnte anstelle einer Öffnungsklausel auch eine Möglichkeit zur Übermittlung in einem vergleichbaren Einzelfall unter besonderen prozeduralen Sicherungen (z.B. Zustimmung eines Gerichts oder einer anderen unabhängigen Stelle) geschaffen werden. Anstelle eines Katalogs von Übermittlungsszenarien könnte ferner an bestimmte Regelungsbereiche (vgl. etwa die Lö-



sung in Art. 25 Abs. 2 BayVSG v. 24.7.2023, der allerdings an mehreren Stellen ebenfalls offen formuliert ist) angeknüpft werden, was ebenfalls eine präzisere Einhegung ermöglichen würde.

V. Übermittlung zur Strafverfolgung

Für Zwecke der Übermittlung zur Strafverfolgung sehen § 21 Abs. 1 BVerfSchG-E und § 11a Abs. 1 S. 1 BNDG-E jeweils ausführliche Straftatenkataloge vor. Die Übermittlung ist nach beiden Entwürfen nicht zur Verfolgung jedweder Straftaten zulässig, sondern nur zur Verfolgung von besonders schweren Straftaten im strafprozessualen Sinn (vgl. § 100b Abs. 2 StPO) sowie von schweren Straftaten, die mit einer Mindesthöchststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe sanktioniert sind und zusätzlich einen Staatsschutzbezug (BVerfSchG-E) bzw. außen- und sicherheitspolitischen Bezug (BNDG-E) aufweisen und deshalb als „besonders schwer“ eingestuft werden. Beide Regelungen berücksichtigen damit die Maßgabe des BVerfG, die vom Verfassungsschutz erhobenen Daten dürften an Strafverfolgungsbehörden nur zur Verfolgung „besonders schwerer“ Straftaten weitergegeben werden (BVerfG, 1 BvR 1619/17, v. 26.4.2022, Rn. 251). Für das hybride nachrichtendienstspezifische Regelungsmodell streitet dabei, dass es sich durch den besonderen nachrichtendienstlichen Bezug um Verletzungen von besonders gewichtigen Rechtsgütern handelt, die auch die Übermittlung zu präventiven Zwecken zu legitimieren vermögen. Die erforderliche Mindesthöchststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe sichert zugleich, dass keine Übermittlung zur Verfolgung minder schwerer Straftaten gegen diese Rechtsgüter erfolgt. Der abstrakte Strafrahmen alleine wäre demgegenüber außerhalb eines materiell strafrechtlichen und strafprozessualen Kontextes nur bedingt aussagekräftig, da für die Wahl des Strafrahmens auch andere, spezifisch strafrechtliche Gesichtspunkte maßgeblich sind. So muss sich der Strafrahmen einer Norm systematisch in den Regelungskontext anderer Strafnormen einfügen. Auch Gesichtspunkte der Deliktshäufigkeit, des Individualrechtsgüterschutzes und der Spezial- und Generalprävention determinieren die Wahl des Strafrahmens. Der abstrakte Strafrahmen ist daher kein alleiniger Anhaltspunkt für das Gewicht des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes im Bereich höchstrangiger Rechtsgüter. Weil diese Rechtsgüter zum Teil unscharf umrissen sind und zugleich Strafnormen besonders hohen Bestimmtheitsanforderungen unterliegen (Art. 103 Abs. 2 GG), kann der strafrechtliche Schutz dieser Rechtsgüter nicht durch wenige einfache Strafnormen verwirklicht werden, sondern nur durch das Zusammenspiel zahlreicher Einzelnormen. Durch ihren Bezug auf den Schutz höchstrangiger Rechtsgüter handelt es sich bei diesen Normen gewissermaßen in ihrem Geflecht um besonders schwere Straftaten. Nach



diesem Verständnis ist die gebotene Zusammenarbeit von Verfassungsschutz und Strafverfolgungsbehörden im Bereich der Staatsschutzdelikte damit im Ergebnis weitgehend zulässig. Auf diese Weise kann der vom BVerfG geforderte „Gleichlauf“ der Datenübermittlungsregelungen zur Gefahrenabwehr und Strafverfolgung hergestellt werden (vgl. BVerfG, 1 BvR 1619/17 v. 26.4.2022, Rn. 244). Ein derartiges bereichsspezifisch differenziertes Verständnis der besonders schweren Straftaten trägt insgesamt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung und ist auch im Übrigen verfassungsrechtlich unbedenklich, weil der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung nach Maßgabe des BVerfG nicht „schematisch abschließend“ gilt und die Berücksichtigung weiterer Gesichtspunkte erlaubt (BVerfG, 1 BvR 1619/17 v. 26.4.2022, Rn. 231 m.w.N.). Ob der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung systematisch mittels eines rechtsgutsbezogenen oder straftatbezogenen (vgl. hierzu für den Bereich der Gefahrenabwehr BVerfGE 122, 120, 142; 125, 260, 329; 141, 220, 270) oder mittels eines gemischten Schutzkonzepts einfachrechtlich umgesetzt wird, stellt außerhalb rein materiell strafrechtlich gebotener Bestimmtheitsanforderungen keine zwingende verfassungsrechtliche Vorgabe dar.

Die Lösung mittels eines Straftatenkatalogs erscheint, obwohl sie nur ein verfassungsrechtlich vertretbares Risiko beinhaltet, sowohl aus einer Rechtsanwendungs- als auch Rechtssetzungsperspektive dennoch unglücklich. Beide Kataloge sind einerseits sehr umfangreich (insbes. § 21 Abs. 2 Nr. 4. BVerfSchG-E), andererseits aber auch mit Blick auf Staatsschutzbedürfnisse unvollständig. Besondere Bedeutung kommt in der Praxis des Verfassungsschutzes etwa der Übermittlung bei Straftaten nach § 89c Abs. 5 (z.B. Szenefinanzierung), § 111 (z.B. Aufrufe in öffentlichen Chatgruppen zur Begehung von Straftaten bei Demonstrationen), §§ 113, 114, 115 (z.B. Übergriffe gegen Polizeibeamte bei Auflösung rechtsextremer Kampfsportveranstaltungen), § 261 StGB (Geldwäsche durch verbotene Vereinigungen), §§ 267 bis 275 (z.B. Ausweiskfälschungen im Reichsbürgermilieu) und § 305 (z.B. Angriffe auf eine Parteizentrale) StGB zu, die nicht oder nicht vollständig im Katalog des § 21 Abs. 2 BVerfSchG-E bzw. § 11a Abs. 1 BNDG-E hinterlegt sind. Sowohl Umfang als auch Lückenhaftigkeit der Kataloge machen die gesetzgeberische Entscheidung politisch angreifbar und werden Diskussionen um eine Ausweitung bzw. Einschränkung der Kataloge hervorrufen. Die Kataloge sind außerdem unübersichtlich, was die Rechtsanwendung beeinträchtigt. Eine auf nachrichtendienstliche Erfahrung gestützte intuitive Herangehensweise bei der Bewertung der Staatsschutzrelevanz einer Straftat wird dadurch erschwert. Einen zwingenden verfassungsrechtlichen Grund für einen Straftatenkatalog gibt es dabei – anders als bei den besonders schweren Straftaten i.S.d. Art. 13 Abs. 3 GG („durch Gesetz einzeln bestimmte besonders schwere Straftat“) nicht. Das mit einem staatsschutzspezifischen Begriff der be-



sonders schweren Straftat in beiden Entwürfen einhergehende verfassungsrechtliche Risiko verlagert sich bei einer Kataloglösung auf die einzelnen Straftatbestände. Um den „Gleichlauf“ (BVerfG, 1 BvR 2354/13 v. 28.9.2022, Rn. 131) zwischen Prävention und Repression zu gewährleisten, könnte an Stelle eines Delikt-katalogs auch darauf abgestellt werden, ob die Straftaten sich gegen die Verfassungsschutzgüter des § 19 Abs. 2 BVerfSchG-E bzw. die Rechtsgüter nach § 11b Abs. 1 S. 2 BNDG-E richten. Damit würden die Übermittlungen zur Gefahrenabwehr und Strafverfolgung regelungstechnisch harmonisiert. In diese Richtung geht auch der Vorschlag des Bundesrats (vgl. BR-Drs. 436/1/23 und 439/1/23, S. 5 ff.). Eine Orientierung an diesem Vorschlag würde zudem perspektivisch eine Harmonisierung mit den (überwiegend noch zu reformierenden) Übermittlungsregelungen in den LVerfSchG begünstigen. Es wäre unverständlich, wenn Erkenntnisse eines LfV ein Strafverfahren herbeiführen könnten, nicht aber solche des BfV.

Beide Kataloge sind, den Vorgaben des BVerfG entsprechend (BVerfG, 1 BvR 1619/17 v. 26.4.2022, Rn. 252; BVerfG, 1 BvR 2354/13 v. 28.9.2022, Rn. 137) zudem an die Schwelle eines qualifizierten Anfangsverdachts geknüpft („bestimmte Tatsachen“). Diese Voraussetzung ist für Mitarbeitende der Nachrichtendienste ausgesprochen schwer zu prüfen; selbst für Strafprozesspraktiker ist eine Unterscheidung zwischen einfachem und qualifiziertem Anfangsverdacht eher theoretischer Natur denn operables Abgrenzungskriterium. Um eine substantielle Prüfung, ob ein qualifizierter Anfangsverdacht vorliegt, besser zu ermöglichen, wäre es denkbar, eine Regelung einzuführen, wonach sich die übermittelnde und die empfangende Stelle zum Zweck der Prüfung, ob die Voraussetzungen für eine Übermittlung vorliegen, im Vorfeld einer förmlichen Übermittlung ins Benehmen setzen dürfen („Benehmensregelung“). Dem liegt der Gedanke eines „geschützten Raums“ zugrunde, in dem Informationen streng zweckgebunden (Verbot anderweitiger Verwendung, weitere prozedurale Sicherungen) ausgetauscht werden können, um eine Übermittlung vorzubereiten. Alle Informationen, die in diesen Raum hinein- oder herausgehen, müssen hingegen die strengen Hürden der Übermittlungsnormen passieren. Da auf diese Weise eine Einhaltung der strengen Übermittlungsregelungen bestmöglich gewährleistet wird, entfaltet ein derartiges Verfahren auch grundrechtsschonende Wirkung und verhindert das Entstehen von parallelen Rechtsanwendungskulturen. Der Sache nach wird diese Art von Informationsaustausch derzeit bereits in den Gemeinsamen Zentren praktiziert, ohne dass dies aber auf einer befriedigenden rechtlichen Grundlage geschieht. Ein solcher „geschützter Raum“ sollte jedenfalls perspektivisch im Zusammenhang mit der im Koalitionsvertrag avisierten Schaffung einer solchen Grundlage auch für den Informationsaustausch außerhalb der Zentren erwogen werden.



VI. Übermittlung an inländische Stellen ohne belastende Wirkung

Die Norm des § 22 BVerfSchG-E erfasst unterschiedslos Übermittlungen an öffentliche und nicht-öffentliche Stellen. Für letztere sollten aus Verhältnismäßigkeitsgründen und zur Verhinderung von Missbrauch besondere Sicherungen vorgesehen werden. Denkbar wäre etwa eine regelungstechnische Anlehnung an Mitwirkungspflichten Privater bei der Vornahme hoheitlicher Überwachungsmaßnahmen. So treffen zur Mitwirkung an einer Maßnahme der Fernmeldeaufklärung verpflichtete Unternehmen bestimmte Vorkehrungspflichten hinsichtlich der Personalauswahl und des Datenschutzes (vgl. näher *Löffelmann*, in: Dietrich/Eiffler [Hrsg.], Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, VI § 4 Rn. 27 ff.) sowie Mitteilungsverbote, die strafrechtlich sanktioniert sind (§§ 17, 18 G 10). Verpflichteten von Auskunftsverlangen nach § 8a Abs. 1 und 2 BVerfSchG ist es untersagt, einseitig nachteilige Folgen für die betroffene Person an ein Auskunftsverlangen zu knüpfen (§ 8b Abs. 5 BVerfSchG). Solche Normen könnten die Richtung angeben, in die über Sonderregelungen für die – notwendige – Datenübermittlung an private Stellen nachgedacht werden kann.

VII. Übermittlung ins Ausland zur Aufklärung von Straftaten

Nach § 25a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BVerfSchG-E dürfen personenbezogene Daten an ausländische öffentliche Stellen u.a. „zur Aufklärung“ von § 21 BVerfSchG-E entsprechenden Straftaten übermittelt werden. Damit gemeint ist jedoch, wie § 25a Abs. 1 S. 2 BVerfSchG-E klarstellt, nicht die Aufklärung im Rahmen eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens. Der Schutz von (deutschen) Verfassungsschutzgütern sowie der Sicherheit des anderen Staats richtet sich andererseits bereits nach § 25a I 1 Nr. 1 BVerfSchG-E und sieht sachgerecht ein rechtsgutsbezogenes Regelungsmodell vor. § 25a I 1 Nr. 2 BVerfSchG-E erscheint vor diesem Hintergrund in seinem Anwendungsbereich viel zu unscharf und sollte daher gestrichen werden.

VIII. Minderjährigenschutz

Die Regelung zum Minderjährigenschutz gem. § 25a Abs. 4 S. 2 BVerfSchG-E bezieht sich nur auf das EU- und NATO-Ausland. Eine Schutznorm für die Übermittlung in angrenzende Staaten sowie EU- und NATO-Staaten ist hingegen nicht vorgesehen, womit das Schutzniveau insoweit niedriger ist als bei einer rein inländischen Übermittlung (vgl. § 24 BVerfSchG-



E). Ein Wertungswiderspruch kann außerdem darin gesehen werden, dass die Regelungen zum Minderjährigenschutz im BNDG-E strenger ausfallen als im BVerfSchG-E, obwohl der Bezug auf Auslandssachverhalte insoweit mehr Spielraum eröffnen würde.

IX. Nicht mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhobene Daten

Nach § 25d BVerfSchG-E unterfallen nicht mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhobene Daten nicht dem strengen Übermittlungsregime der §§ 19 bis 22 und 25a BVerfSchG. § 10a BNDG-E sieht eine entsprechende Ausnahme hingegen für Daten vor, die aus öffentlich zugänglichen Quellen gewonnen wurden, sofern dies nicht systematisch erfolgte. Beide Gesetzentwürfe verfolgen insoweit einen unterschiedlichen systematischen Ansatz. § 10a BNDG-E liegt zugrunde, dass nach gefestigter verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung der Erkenntnisgewinnung aus öffentlich zugänglichen Quellen, wie sie jedem Dritten verfügbar ist, schon die Eingriffsqualität fehlt (vgl. BVerfGE 120, 274, 344 f.; 120, 351, 361; ähnlich BVerwG NVwZ 2011, 161, 163). Für systematische Datenerhebungen aus solchen Quellen gilt das nach Absatz 2 nicht (vgl. zum Hintergrund hierfür BVerfG, 1 BvR 1547/19 u.a. v. 16.2.2023). § 25d BVerfSchG-E schließt hingegen daran an, dass das BVerfG sich in den Urteilen zum BayVSG und BVerfSchG nur zur Übermittlung von durch den Einsatz von nachrichtendienstlichen Mitteln gewonnenen Erkenntnissen geäußert hat (vgl. BVerfG, 1 BvR 1619/17 v. 26.4.2022, Rn. 234 a.E.; BVerfG, 1 BvR 2354/13 v. 28.9.2022, Rn. 123 a.E.). Ob daraus abgeleitet werden kann, dass nicht mit nachrichtendienstlichen Mitteln erlangte Erkenntnisse stets ohne jede Schwelle übermittelt werden dürfen, ist jedoch fraglich, da durch die Nachrichtendienste erhobene Daten durch deren Aggregation aus zahlreichen Quellen (Schaffung eines „nachrichtendienstlichen Mehrwerts“) generell besonders schutzwürdig sind (vgl. BVerfG, 1 BvR 1619/17 v. 26.4.2022, Rn. 236-242; BVerfG, 1 BvR 2354/13 v. 28.9.2022, Rn. 117, 127 f.). Unklar ist außerdem, welche Erkenntnismethoden überhaupt zu den nachrichtendienstlichen Mitteln zählen. § 8 Abs. 2 S. 1 BVerfSchG benennt nur exemplarische Mittel. Die auf § 8 Abs. 2 S. 4 BVerfSchG beruhenden Dienstvorschriften klären diese Frage nicht in befriedigender Weise; generell ist die Regelungstechnik der Verlagerung in untergesetzliche Normen unter den Gesichtspunkten der Wesentlichkeit, Bestimmtheit und Normenklarheit der Kritik ausgesetzt (vgl. *Löffelmann/Zöller*, Nachrichtendienstrecht, 2022, S. 99 f. m.w.N.). Der Regelungsgehalt des § 25d BVerfSchG-E hängt also davon ab, dass der Kreis der nachrichtendienstlichen Mittel (wie in einigen LVerfSchG, z.B. NW und NI) gesetzlich näher konturiert ist. Das sollte mit dem zweiten Teil der Reform erfolgen und bis dahin die Formulierung in § 10a BNDG-E übernommen werden.



C. Eigensicherung

Beide Gesetzentwürfe enthalten neue Normen zur Eigensicherung der betreffenden Behörden (§§ 26b, 26c BVerfSchG-E, §§ 65a bis 65l BNDG-E). Verfassungsrechtliche Fragen wirft insoweit lediglich die in § 26b Abs. 5 BVerfSchG-E und § 65a Abs. 2 S. 2 BNDG-E vorgesehene Pflicht zur Mitwirkung auf. Soweit hierdurch strafrechtliche relevante Sachverhalte aufgedeckt werden können, ist fraglich, ob diese Mitwirkungspflicht eine Verletzung des Grundsatzes der Selbstbelastungsfreiheit darstellen kann. Hiergegen spricht, dass auch der Beschuldigte in einem Strafverfahren in einem gewissen Rahmen zur Mitwirkung verpflichtet ist. Er muss z.B. vor Gericht oder der Staatsanwaltschaft erscheinen, sich anderen Personen gegenüberstellen, sich körperlich untersuchen oder in Augenschein nehmen lassen (vgl. Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 64. Aufl. 2021, Einl. Rn. 80 m.w.N.). Eine Verletzung der Freiheit zur Selbstbelastung geht mit Mitwirkungspflichten nur einher, wenn der betroffenen Person keine Möglichkeit verbleibt, sich durch Schweigen oder Passivität der Pflicht zu entziehen. Die in beiden Gesetzentwürfen geregelten „Mitwirkungspflichten“ lassen sich zwanglos in diesem Sinne auslegen. Im Übrigen lassen sich entsprechende Pflichten auch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten gut mit dem besonderen Statusverhältnis von Mitarbeitenden der Behörden und bei Besuchern mit deren Zustimmung begründen.



(Prof. Dr. Markus Löffelmann)