



Der Bundesbeauftragte
für den Datenschutz und
die Informationsfreiheit

Deutscher Bundestag

Innenausschuss

Ausschussdrucksache

17(4)359 C

Peter Schaar

Bundesbeauftragter für den Datenschutz
und die Informationsfreiheit

**Stellungnahme
des
Bundesbeauftragten für den Datenschutz
und
die Informationsfreiheit**

**„Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsschutz-
gesetzes“
BT-Drucksache 17/6925**

**im Zusammenhang mit der öffentlichen Anhörung des Deutschen
Bundestages
- Innenausschuss -**

am 17. Oktober 2011

Zusammenfassende Feststellungen:

1. Vor der Entscheidung über eine Fortführung und Ausweitung der Befugnisse der Sicherheitsbehörden halte ich eine **aussagekräftige Evaluierung** der mit dem TBEG befristet eingeführten Regelungen für erforderlich.

Das Bundesverfassungsgericht betont in ständiger Rechtsprechung, dem Gesetzgeber obliege gerade im grundrechtsrelevanten Bereich die Pflicht, seine Gesetze fortlaufend in ihrer Anwendungspraxis zu beobachten und gegebenenfalls nachzubessern (BVerfG NJW 2004, 999, 1009 m.w.N.). Dies gilt insbesondere dann, wenn neue Befugnisse eingeführt werden, deren Auswirkungen zum Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens noch nicht vollständig absehbar sind. **Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers korrespondiert deshalb mit den nachträglichen Kontrollpflichten.** Dieser verfassungsrechtlichen Ausgangslage muss die Evaluierung Rechnung tragen.

Die Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder hat die bei der Evaluierung zu beachtenden Anforderungen in einer Entschließung vom 17./18. März 2010 konkretisiert (Anlage).

2. Eine Evaluierung ist erst dann aussagekräftig, wenn diese durch eine **unabhängige Stelle nach wissenschaftlichen Methoden** durchgeführt wird. Hier hat eine externe Stelle lediglich eine „Methodenberatung“ abgegeben. Dies genügt nicht dem Erfordernis der „Einbeziehung“ nach Art. 11 TBEG. Der externe Sachverständige muss (zumindest mit) verantwortlich für den Inhalt des Evaluationsberichts sein oder – zumindest – eine eigene Stellungnahme zu diesen inhaltlichen Fragen abgeben.

Aufgrund der verfassungsrechtlichen bzw. grundrechtlichen Funktion der Evaluierung sollte die **nachträgliche Prüfung der Verhältnismäßigkeit** der Befugnisse im Zentrum stehen. Diese Prüfung darf sich nicht auf eine Prüfung des Übermaßverbots („Angemessenheit der Belastung Betroffener“) beschränken, sondern auch die Geeignetheit und Erforderlichkeit der zu evaluierenden Regelungen einbeziehen. Einen reinen „Soll-Ist-Vergleich“ der angestrebten Ziele und der tatsächlich erreichten Auswirkungen halte ich ebenfalls für unzureichend. Vielmehr muss sie die vom Gesetzgeber gewählten legislativen Mittel insgesamt in ihren Wechselwirkungen berücksichtigen und anhand einer umfassenden Sachverhaltsauswertung die tatsächlichen – auch mittelbaren – Auswirkungen auf die Betroffenen analysieren.

3. Die hier durchgeführte Evaluierung ist nach diesen Maßstäben **methodisch und inhaltlich keine tragfähige Grundlage**, um die Vorschriften des Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetzes zu verlängern oder neue Befugnisse einzuführen.

Aus dem vorliegenden Entwurf eines Evaluierungsberichts wird zudem nicht hinreichend deutlich, auf welcher **tatsächlichen Grundlage** er beruht. Zu der Frage, ob und in welchen Fällen sich die Regelungen des TBEG als geeignet und erforderlich, d.h. als das relativ mildeste Mittel, erwiesen haben, finden sich zumeist nur **allgemein gehaltene Ausführungen**. Eine – auch abstrahierte – Darstellung der konkreten Fälle und der Folgen für die Betroffenen fehlt weitgehend. Dies gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass mit Hilfe der durch das

TBEG eingeführten Befugnisse möglicherweise Erkenntnisse ermittelt wurden, die als Anknüpfungstatsachen für – potentiell eingriffsintensive – Folgeermittlungen gedient haben könnten. Insgesamt lässt der Bericht eine Gesamtbetrachtung vermissen, die die **Wechselwirkungen** mit anderen – insbesondere vor Einführung des TBEG bestehenden Befugnissen – berücksichtigt.

4. Nachträglich hat die Bundesregierung in höchster Eile ein **Rechtsgutachten** zur Evaluierung des TBEG anfertigen lassen. Das Rechtsgutachten ist nicht geeignet, die bisherigen Mängel der Evaluierung maßgeblich zu beseitigen. Vielmehr stellt selbst der Gutachter zutreffend fest (Gutachten Prof. Wolff, S. 23):

„Geht man davon aus, dass der Evaluierungsauftrag des TBEG auch den Sinn hat, nach der Evaluierung eventuell eine Veränderung zu Gunsten des Grundrechtsschutzes zu bewirken, wäre für ein solches Ziel der Entwurf des Evaluierungsberichts vom 24.06.2010 nur beschränkt geeignet.

Der Gutachtenauftrag kann diese Einseitigkeit des Berichts der Bundesregierung nicht verändern und der Gutachtenauftrag erstreckt sich auch nicht auf die Bewertung dieser Schwächen.“

5. Die Bundesregierung bezeichnet den **Evaluierungsbericht**, den sie an den Innenausschuss des Deutschen Bundestages übermittelt hat, ausdrücklich als **Entwurf**. Es erscheint daher befremdlich, wenn die Bundesregierung als tragende Begründung ihres Gesetzentwurfs festlegt: „Das Gesetz dient der Umsetzung der Ergebnisse der Evaluierung.“ Denn eine abgeschlossene Evaluierung der Vorschriften des Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetzes (TBEG) liegt nicht vor.

Der Deutsche Bundestag soll also nach Auffassung der Bundesregierung ein Gesetz ausschließlich auf einen Berichtsentwurf stützen, der nicht einmal innerhalb der Bundesregierung abgestimmt ist. Eine solche Vorgehensweise sehe ich sehr kritisch.

6. Der Gesetzentwurf spricht zwar davon, dass er die rechtsstaatliche Kontrolle und den Grundrechtsschutz verbessern will. Tatsächlich aber sollen die **Befugnisse der Nachrichtendienste in der Sache erweitert** werden. Die Nachrichtendienste sollen in Zukunft nicht nur an die Fluggesellschaften selbst herantreten dürfen, sondern die Daten bei den Buchungssystemen (etwa bei Amadeus) abfragen dürfen. Zusätzlich sollen diese Behörden die Befugnis erhalten, Kontostammdaten aus einem zentralen System abzufragen. Nach den Erfahrungen mit ähnlichen Befugnissen anderer Behörden ist damit zu rechnen, dass nun auch die Nachrichtendienste diese Befugnisse rege nutzen werden. Durch die Einführung einer **Auskunftspflicht** für sämtliche Auskunftsverlangen nach § 8a BVerfSchG wird zudem das **Trennungsgebot** weiter eingeschränkt. Denn die Nachrichtendienste erhalten damit einen direkten Zugriff auf personenbezogene Daten ohne Mitwirkung der verantwortlichen Stellen, der sogar über die Herausgabepflicht bei der strafprozessualen Beschlagnahme hinausgeht und entsprechenden Zwangsbefugnissen in nichts nachsteht.

Die wenigen Befugnisse, die nicht verlängert werden sollen, nämlich die „Einholung von Auskünften zu Umständen des Postverkehrs“, der „Einsatz technischer Mittel in Wohnungen zur Eigensicherung“ und die „Einholung von Bestandsdaten zu Postdienstleistungen (Postfä-

cher)“ sind in der Vergangenheit kaum oder gar nicht genutzt worden. Bei bestimmten Befugnissen soll die Eingriffsschwelle von "tatsächlichen Anhaltspunkten" auf "Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen" erhöht werden. Dies ist zwar zu begrüßen, ändert aber nichts an den Zweifeln daran, ob die materielle Eingriffsschwelle dadurch in der Praxis nennenswert erhöht wird.

7. Der Gesetzentwurf will die **Kontrollbefugnisse der G10-Kommission** auf alle Maßnahmen nach § 8a BVerfSchG ausweiten. Diese Regelung nähert sich der ursprünglichen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes an. Sie stärkt die parlamentarische Kontrolle und damit die rechtsstaatliche Absicherung. Das ist insoweit zu begrüßen. Gleichwohl stößt die gesetzliche Systematik auf erhebliche Bedenken. Sie führt bereits in der gegenwärtigen Praxis zu **erheblichen kontrollfreien Räumen**. Diese Bedenken werden durch die Neuregelung weiter verschärft.

Problematisch ist, dass sich die Kontrollbefugnisse der G10-Kommission (§ 15 G10) und meine Kontrollbefugnisse (§ 24 BDSG) nach einer uns vorgehaltenen Gesetzesauslegung **nicht gegenseitig ergänzen, sondern sich gegenseitig ausschließen**. Dadurch können beide nur die sie betreffenden Teile kontrollieren. Stehen diese Teile in untrennbarem Zusammenhang (z.B. weil die von der G10-Kommission zu kontrollierende Maßnahme Anknüpfungspunkt einer Speicherung in einer vom BfDI zu kontrollierenden Datei ist, in der weitere Erkenntnisse gespeichert werden sollen), hat keine der beiden Stellen einen Gesamteinblick. Sie kontrollieren dann beide quasi in einem „**partiellen Blindflug**“. Damit dient die Erweiterung gerade nicht der Verbesserung des verfahrensrechtlichen Grundrechtsschutzes der Betroffenen. Zur Vermeidung kontrollfreier Räume sollte im Gesetz klargestellt werden, dass die datenschutzrechtliche Prüfkompetenz des BfDI hinsichtlich der Befugnisse gem. § 8a BVerfSchG unberührt bleibt.

8. Statt dem Gesetzentwurf zuzustimmen, könnte sich der Deutsche Bundestag für folgende **Alternative** entscheiden: Die mit dem Terrorismusbekämpfungsgesetz und dem Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz eingefügten Vorschriften werden bis zum Ende der bestehenden Legislaturperiode befristet („verlängert“) und bis dahin nach den oben dargelegten Maßstäben evaluiert. Sodann könnte auf einer zumindest tragfähigeren Grundlage über das Fortbestehen dieser Regelungen entschieden werden.

Im Einzelnen bewerte ich den Gesetzentwurf wie folgt:

I. Evaluierung

1. Methodische Mängel des Evaluierungsberichts

Die Regelungen des Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetzes (TBEG) greifen intensiv in das Recht der Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung ein. Aus diesem Grund hatte der Deutsche Bundestag beschlossen, die mit diesem Gesetz eingeführten Befugnisse zu befristen und rechtzeitig vor Ablauf dieser Frist einer Evaluierung zu unterziehen (Art. 11 TBEG). Der dem Innenausschuss des Deutschen Bundestages vom Bundesministerium des Innern übermittelte Entwurf eines Berichts zum Ergebnis der Evaluierung trägt den Erwartungen, die auch der Gesetzgeber daran geknüpft hat, in vielerlei Hinsicht nicht Rechnung.

Zu kritisieren ist, dass die Evaluierung nicht durch eine unabhängige Stelle durchgeführt worden ist, sich der Evaluierungsmaßstab nicht hinreichend an den verfassungsrechtlichen Vorgaben orientiert und nicht hinreichend deutlich wird, auf welchen tatsächlichen Erkenntnisgrundlagen die Evaluierung beruht.

Eine Evaluierung ist erst dann aussagekräftig, wenn diese durch eine **unabhängige Stelle nach wissenschaftlichen Methoden** durchgeführt wird. Die Evaluation muss in jeder Hinsicht sach- und beurteilungskompetent und im Gesamtergebnis nicht interessengeleitet erfolgen, weshalb eine rein interne Evaluation ausscheidet (Albers, VerwArch2008, 481, 492). Dementsprechend enthält Art. 11 TBEG die Vorgabe, einen wissenschaftlichen Sachverständigen einzubeziehen. Wenn – wie im Zusammenhang mit dem vorliegenden Evaluierungsbericht – durch eine externe Stelle lediglich eine „Methodenberatung“ erfolgt ist, genügt dies nicht dem Erfordernis der „Einbeziehung“. Eine Einbeziehung setzt voraus, dass der externe Sachverständige (zumindest als Mitautor) verantwortlich für den Inhalt des Evaluationsberichts ist oder – zumindest – eine eigene Stellungnahme zu dessen inhaltlichen Fragen abgibt.

Auch in der parlamentarischen Beratung wurde davon ausgegangen, dass die Evaluierung von einem unabhängigen Wissenschaftler durchgeführt werden sollte (vgl. etwa Plenarprotokoll 16/186. S. 19845, D, sowie S. 19930 zur insoweit gleichlautenden Regelung in Artikel 6 BKATerrAbwG. Zitat Herr MdB Hofmann: „Zusätzlich wird ausschließlich nur im Rahmen dieses BKA-Gesetzes die Rasterfahndung nach fünf Jahren durch einen unabhängigen Wissenschaftler evaluiert. Von daher lag auch Frau Jelpke falsch, die gesagt hat, das werde von der Bundesregierung gemacht. Nein, es wird von einem unabhängigen Wissenschaftler evaluiert“, S. 19845 D). Die unabhängige Evaluierung ist vorliegend gerade nicht erfolgt. Es ist nicht einmal erkennbar, welcher externe wissenschaftliche Beitrag im Rahmen der „Methodenberatung“ geleistet wurde und ob die externen Berater zum Beispiel selbst bestimmen konnten, zu welchen Rohdaten sie Zugang hatten und welche Rohdaten in die Evaluierung einzubeziehen waren. Führt die Bundesregierung die Evaluierung selbst durch, ist ein unbefangener Blick von außen nicht gewährleistet.

Nicht zufriedenstellend ist auch der **Evaluierungsmaßstab**. Ausgangspunkt des Evaluierungsberichts ist eine „retrospektive Gesetzesfolgenabschätzung“, die „anhand passender Maßstäbe durchzuführen“ gewesen sei. Gleichzeitig weist der Evaluierungsbericht – ausdrücklich – darauf hin, dass eine verfassungsrechtliche Bewertung der als Ergebnis vorgeschlagenen Modifizierungen der gesetzlichen Regelungen nicht vorgenommen worden ist (S. 4). Betont wird zudem: „Der Schwerpunkt der Darstellung liegt dabei im Bereich der Zweckerreichung im praktischen Vollzug, ohne dass rechtliche Wertungen getroffen wurden“ (S. 14). Die auf S. 13f. des Berichts dargestellte Tabelle nennt als Prüfungskriterien „Erheblichkeit“, „Zweckerreichung“, „Aufwand/Nutzen“, „Angemessenheit der Belastung Betroffener“, „Zusammenhang“ und „Begleiteffekte“. Sie lässt jedoch offen, ob damit die Zweck-Mittel-Relation im Sinne einer nachträglich – auf der Grundlage einer umfassenden Auswertung der Einzelfälle durchgeführten – Grundrechts- und Verhältnismäßigkeitsprüfung gemeint ist. Eine solche umfassende rechtliche und verfassungsrechtliche Überprüfung auf Basis einer umfassenden rechtstatsächlichen Analyse ist aber erforderlich.

Das Bundesverfassungsgericht betont in ständiger Rechtsprechung, dass dem Gesetzgeber gerade im grundrechtsrelevanten Bereich die Pflicht obliegt, seine Gesetze fortlaufend in ihrer Anwendungspraxis zu beobachten und gegebenenfalls nachzubessern (BVerfG NJW 2004, 999, 1009 m.w.N., siehe oben). Dies gilt insbesondere dann, wenn neue Befugnisse eingeführt werden, deren Auswirkungen zum Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens noch nicht vollständig absehbar sind. Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers korrespondiert insofern mit den nachträglichen Kontrollpflichten. Der Gesetzgeber ist vorliegend davon ausgegangen, dass ihn derartige Evaluationspflichten treffen und hat diesbezüglich durch Art. 11 TBEG Vorsorge getroffen. Dieser verfassungsrechtlichen bzw. grundrechtlichen Ausgangslage muss die Evaluierung des TBEG Rechnung tragen.

Aufgrund der verfassungsrechtlichen bzw. grundrechtlichen Funktion der Evaluierung steht die nachträgliche Prüfung der Verhältnismäßigkeit der evaluierten Befugnisse im Zentrum. Diese Prüfung der Verhältnismäßigkeit darf sich nicht auf eine Prüfung des Übermaßverbots beschränken („Angemessenheit der Belastung Betroffener“), sondern muss zuvor die Geeignetheit und Erforderlichkeit der zu evaluierenden Regelungen erneut auf den Prüfstand stellen (vgl. Albers, VerwArch 2008, 481, 488 m.w.N.). Dabei darf die Prüfung sich nicht auf einen „Soll-Ist-Vergleich“ der angestrebten Ziele und der tatsächlich erreichten Auswirkungen beschränken, sondern muss die vom Gesetzgeber gewählten legislativen Mittel insgesamt in ihren Wechselwirkungen berücksichtigen (Bizer in: Innovativer Datenschutz, Für Helmut Bäumler 2004, S. 188). Im Hinblick auf die Betroffenen ist von besonderer Bedeutung, welche Auswirkungen die konkret durchgeführten Maßnahmen im Einzelfall haben, ggf. auch in einer veränderten Rolle des Betroffenen im behördlichen Verfahren (vgl. Albers a.a.O.). Bei der Untersuchung der Folgen ist zum einen darauf abzustellen, wie tief die konkreten Maßnahmen in die Privatsphäre eingreifen (Albers VerwArch 2008, 481, 489) und zum anderen zu untersuchen, welche Folgewirkungen die Maßnahmen – gerade im Zusammenwirken mit anderen Befugnissen – auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung haben. Darüber hinaus ist die Streubreite der Maßnahmen von besonderer Relevanz. Ferner hat die in der Praxis im konkreten Einzelfall vollzogene Anwendung und Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen einer Eingriffsnorm wesentlichen Einfluss auf die insoweit durchzuführenden Untersuchungen.

Ausgehend von diesem Prüfungsmaßstab ist eine umfassende Auswertung von (zumindest repräsentativ erfassten) Einzelfällen unerlässlich. Aus dem vorliegenden Evaluierungsberichtsentswurf wird nicht hinreichend deutlich, auf welcher **tatsächlichen Grundlage** er beruht. Zu der Frage, ob und in welchen Fällen sich die Regelungen des TBEG als geeignet und erforderlich, d.h. als das relativ mildeste Mittel, erwiesen haben, finden sich zumeist nur allgemein gehaltene Ausführungen. Eine – auch abstrahierte – Darstellung der konkreten Fälle und der Folgen für die Betroffenen fehlt weitgehend. Dies gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass mit Hilfe der durch das TBEG eingeführten Befugnisse möglicherweise Erkenntnisse ermittelt wurden, die als Anknüpfungstatsachen für – potentiell eingriffsintensive – Folgeermittlungen gedient haben könnten. Insgesamt lässt der Bericht methodisch eine Gesamtbetrachtung vermissen, die die Wechselwirkungen mit anderen – insbesondere vor Einführung des TBEG bestehenden Befugnissen – berücksichtigt.

Als nicht nachvollziehbar zu kritisieren ist auch die Wahl des Bezugszeitraums. Das Kalenderjahr 2009 wird einerseits als „gleichsam typisches Jahr“ bezeichnet, andererseits wird auf die besondere Sicherheitslage im Umfeld der Wahl zum Deutschen Bundestag am 27.09.2010 hingewiesen.

2. Ergänzendes Gutachten

Ende 2010 hat die Bundesregierung ein nachträgliches Rechtsgutachten von Prof. Wolff in Auftrag gegeben, das dieser offenbar in höchster Eile erstellen musste. Dieses ist nicht geeignet, die bisherigen Mängel der Evaluierung maßgeblich zu beseitigen. Dies stellt der Gutachter zutreffend fest (S. 23). Die rechtlichen und verfassungsrechtlichen Überlegungen stellen nur dann eine Evaluierung dar, wenn diesen eine umfassende Sachverhaltsaufbereitung vorangestellt ist und sie diese rechtlich im Einzelnen durchdringen und bewerten. Werden bei einer Evaluierung lediglich die Vorschriften als solche einer abstrakten Rechtsprüfung unterzogen, leistet die Evaluierung nicht mehr, als es der Gesetzgeber schon im Gesetzgebungsverfahren konnte. Die Evaluierung soll – wie oben dargelegt – aber gerade die Anwendungspraxis ausleuchten, die sich aufgrund des zu bewertenden Gesetzes entwickelt hat. Eine umfassende tatsächliche Auswertung der Anwendungspraxis ist also *conditio sine qua non*, um die vom Bundesverfassungsgericht geforderte Nachbeobachtungspflicht erfüllen zu können. Eine eigene Sichtung der Akten bzw. Dateien durch den Gutachter fand nicht statt, es wurden offenbar nur die Ergebnisse der internen Abfrage des BMI bei den Sicherheitsbehörden ausgewertet (Gutachten Professor Wolff, S. 24). Nach Angaben des Gutachters wurde ohnehin lediglich Zugang zu Unterlagen bis zum Verschlussachengrad „VS – Nur für den Dienstgebrauch“ ermöglicht. Damit hatte der Gutachter keine Zugangsmöglichkeiten zu höher eingestuften Unterlagen, die im vorliegenden Zusammenhang beträchtlich sein dürften. Er bestätigt auch, dass bei der Evaluierung die Vollzugsinteressen der Sicherheitsbehörden im Vordergrund standen (Gutachten, S. 23). Damit war die Orientierung an den Grundrechten der Betroffenen nicht hinreichend. Auch die neue Fassung des Evaluierungsberichts hat daran nichts geändert. Wie der bisherige Bericht enthält er lediglich in abstrakter und genereller Form Überlegungen zur Belastung der jeweiligen Betroffenen, woran auch die Hinzufügung einiger Empfehlungen des Gutachters nichts ändern kann.

3. Keine rechtzeitige Fertigstellung der Evaluierung

Die Bundesregierung bezeichnet den **Evaluierungsbericht**, den sie an den Innenausschuss des Deutschen Bundestages überreicht hat, ausdrücklich als **Entwurf**, den sie im Übrigen nur aus diesem Grunde als „VS – Nur für den Dienstgebrauch“ eingestuft. Damit ist die Evaluierung nicht abgeschlossen, wie es Artikel 10 TBEG verlangt. Daher erscheint es nicht nachvollziehbar, wenn die Bundesregierung als tragende Begründung ihres Gesetzentwurfs festlegt: „Das Gesetz dient der Umsetzung der Ergebnisse der Evaluierung.“

Der Deutsche Bundestag soll also nach Auffassung der Bundesregierung ein Gesetz ausschließlich auf einen Berichtsentwurf stützen, der innerhalb der Bundesregierung noch nicht abgeschlossen bzw. abgestimmt ist. Eine solche Vorgehensweise sehe ich sehr kritisch.

II. Zu den Vorschriften, die aufgrund des Entwurfs unverändert fortbestehen

Inhaltlich gelangt der Evaluierungsbericht zu dem Ergebnis, dass die durch das TBEG eingeführten Maßnahmen – abgesehen von der Auskunftserteilung über Umstände des Postverkehrs – durchweg beibehalten oder sogar erweitert werden sollen. Hiergegen bestehen erhebliche datenschutzrechtliche Bedenken. Insofern begrüße ich, dass der Gesetzentwurf zumindest weitere Befristungen und eine Evaluierung vorsieht.

Die Befugnis, Daten über die Nutzung von Postdienstleistungen zu erheben, will der Entwurf aufgrund der Ergebnisse des Entwurfs für einen Evaluierungsbericht streichen (Artikel 1 Nr. 1 Buchst. a) Doppelbuchst. aa)). Dies ist eine Konsequenz daraus, dass sie nicht genutzt wurde. Gleiches sieht der Gesetzentwurf über den Vorschlag des Evaluierungsberichts hinaus für den Einsatz technischer Mittel in Wohnungen zur Eigensicherung vor. Diese Konsequenz müsste auch in Bezug auf andere Befugnisse gezogen werden, die – zumindest von einzelnen Diensten – nicht oder nur extrem selten angewandt worden sind, z.B. die Nutzung des IMSI-Catchers durch den MAD und BND, die insofern ebenso entfallen müssten.

Grundsätzlich ist daher zu sagen:

Die Aussage im Evaluierungsbericht, dass aus quantitativen Ergebnissen allein keine Rückschlüsse gezogen werden können, mag zwar im Einzelfall richtig sein und ist verbunden mit dem Feuerwehr-Beispiel (S. 15 des Evaluierungsberichts) auch vordergründig plastisch dargestellt. Dort wird ausgeführt, dass man auf eine Feuerwehr in einem Ort nicht schon deshalb verzichte, weil es dort einige Jahre nicht gebrannt habe. Die Aussage darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass trotzdem durch die Evaluierung festgestellt werden muss, ob die jeweilige Maßnahme sich als geeignet und erforderlich erwiesen hat. Es kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass niedrige Fallzahlen zumindest ein Indiz dafür sein können, dass eine Maßnahme nicht erforderlich ist. So kann es sich – um ebenfalls ein Feuerwehr-Beispiel zu bilden – durchaus als übertrieben darstellen, für eine Innenstadt-Feuerwache ein Flughafenlöschfahrzeug anzuschaffen, bloß weil die theoretische Möglichkeit eines Flugzeugabsturzes im innerstädtischen Bereich besteht. Wenn dieses nie eingesetzt wird, kann daraus geschlossen werden, dass es an dieser Stelle nicht gebraucht wird. Entsprechende Rückschlüsse dürfen auch für einzelne mit dem TBEG eingeführte Vorschriften nicht von vornherein – pauschal – ausgeschlossen werden.

Vor allem können aufgrund der unterschiedlichen Aufgaben und Zielrichtungen nicht dieselben Schlussfolgerungen pauschalierend für alle Dienste gleichermaßen gezogen werden. Die Bundesregierung geht gleichwohl

„(...) von der Kontinuität der bisherigen gesetzgeberischen Grundentscheidung aus, wonach die Dienste die gleiche Befugnisse haben sollen (...), und dies (...) auch weiterhin für die in § 8a BVerfSchG geregelten Befugnisse gelten“ soll (GE-Begründung, Besonderer Teil, S. 13).

Dies sehe ich kritisch. Bei der Evaluierung hätte, insbesondere im Verhältnis des Bundesamtes für Verfassungsschutz zum Militärischen Abschirmdienst, überprüft werden müssen, ob diese Prämisse Bestand haben kann. Dies gilt schon deshalb, weil die Dienste die Befugnisse sehr unterschiedlich nutzen. Damit fehlt die Erkenntnisgrundlage dafür, diese gesetzgeberische Grundsatzentscheidung fortzuführen.

III. Zu den Vorschriften, die durch den Entwurf geändert werden

Die Bundesregierung setzt sich nach der Entwurfsbegründung zwar das Ziel, die rechtsstaatliche Kontrolle und der Grundrechtsschutz zu verbessern. Tatsächlich aber sollen die **Befugnisse der Nachrichtendienste in der Sache erweitert** werden. Dies betrifft die Befugnis, Passagierdaten bei den Betreibern von Computerreservierungssystemen abzufragen und beim Bundeszentralamt für Steuern die Kontostammdaten abzufragen.

1. Zu den materiellen Eingriffsbefugnissen

a) Eingriffsschwellen I (§ 8a Abs. 1 BVerfSchG-E)

Die Begründung führt aus, dass mit der beabsichtigten Änderung Buchstabe a) Doppelbuchstabe bb) die Eingriffsschwelle erhöht werde. Dies ist nicht nachvollziehbar. Nach § 4 Abs. 1 Satz 3 BVerfSchG ist bereits bislang Voraussetzung für die Sammlung und Auswertung von Informationen, dass tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.

Angesichts der Entwurfsbegründung hätte im Evaluierungsbericht geprüft werden müssen, ob diese Eingriffsschwelle bislang in der Verwaltungspraxis durchgängig gewahrt worden ist. Die Ausführungen im Entwurf des Evaluierungsberichts zu § 8a Abs. 1 BVerfSchG sind insoweit inhaltslos.

Wird in § 8a Abs. 1 BVerfSchG-E die materielle Eingriffsschwelle auf das Vorliegen „tatsächlicher Anhaltspunkte“ festgelegt, handelt es sich insoweit nur um eine deklaratorische Einfügung.

b) Eingriffsschwellen II (§ 8a Abs. 2 BVerfSchG)

In § 8a BVerfSchG-E Abs. 2 Satz 1 sollen die Wörter „tatsächliche Anhaltspunkte“ durch „Tatsachen die Annahme rechtfertigen“ ersetzt werden. Dies ist zwar zu begrüßen, ändert aber nichts an den Zweifeln daran, ob die materielle Eingriffsschwelle dadurch in der Praxis nennenswert erhöht wird.

c) Auskunft über Flugpassagiere aus Reservierungssystemen (§ 8a Abs. 2 BVerfSchG-E)

Die Regelung will die Auskunftsbefugnis auf die „Betreiber von Computerreservierungssystemen und Globalen Distributionssystemen für Flüge“ ausweiten. Nach der Entwurfsbegründung (vgl. S.

15) soll damit nicht nur die Arbeit der Nachrichtendienste „effektiviert“ (a.a.O.), sondern auch die Tiefe der Eingriffe in die Rechte Betroffener „beträchtlich verringert“ (a.a.O.) werden.

Die Einschätzung des Entwurfs, die eine Verbesserung für die Betroffenen sieht, halte ich für falsch. Es handelt sich vielmehr um eine reine Erweiterung der Auskunftsbefugnisse. Die Dienste dürfen danach nicht mehr nur Auskünfte bei Luftfahrtunternehmen einholen, sondern zusätzlich bei den Betreibern der Reservierungs- bzw. Distributionssysteme (z.B. Amadeus). Dabei handelt es sich um globale Systeme, die Buchungen einer Vielzahl von Airlines abdecken. Die Eingriffsintensität nimmt also zu, insbesondere wenn die Nachrichtendienste auf diese Systeme autonom, d.h. ohne Mitwirkung der betroffenen Luftverkehrsgesellschaft, zugreifen dürfen. Auf diese Weise könnten Auskunftsverweigerungen von Unternehmen umgangen bzw. unterlaufen werden – obgleich keine Auskunftspflicht der Unternehmen besteht.

d) Kontostammdatenabfrage (§ 8 a Abs. 2a BVerfSchG-E)

Gegen die Möglichkeit des Kontostammdatenabrufs bestehen bereits in grundsätzlicher Hinsicht Bedenken. Die Möglichkeiten zum Abruf von Kontostammdaten wurden in den letzten Jahren kontinuierlich ausgebaut. Mittlerweile können sich Finanz-, Strafverfolgungs- und Sozialbehörden Kenntnis über Konten und Depots verschaffen. Nun sollen diese Möglichkeiten auch die Verfassungsschutzbehörden erhalten. Dies stellt eine weitere Ausweitung des Zwecks dar, zu dem die Kontostammdaten ursprünglich vorrätig zu halten waren. Damit bestätigen sich die ursprünglichen Befürchtungen, nach denen die Einführung neuer Dateien Begehrlichkeiten weckt und der Kreis der Zugriffsberechtigten im Lauf der Zeit regelmäßig zunimmt. Die Ermittlungen über Kontostammdaten können Maßnahmen vorbereiten, die ohne die erlangten Kenntnisse nicht ohne weiteres möglich sind. Sie können damit Grundrechtseingriffe von erheblichem Gewicht nach sich ziehen. Dies gilt in besonderem Maße für Ermittlungen durch Nachrichtendienste. Das Argument, ein Abruf der Kontostammdaten wäre der mildere Eingriff, verfängt in diesem Zusammenhang nicht. Erleichtert der Gesetzgeber die Möglichkeit zum Zugang zu Kontostammdaten, kann das dazu führen, dass von diesen Möglichkeiten zunehmend Gebrauch gemacht wird. In der Folge kann sich der Kreis der Betroffenen erhöhen. Es sind auch keine hinreichenden gesetzlichen Sicherheitsvorkehrungen getroffen, die verhindern, dass es zu einem routinemäßigen anlasslosen Einsatz von Kontostammdaten kommt.

e) Auskunftspflicht (§ 8b Abs. 6 BVerfSchG-E)

§ 8b Abs. 6 BVerfSchG-E führt für alle besonderen Auskunftsverlangen nach § 8a BVerfSchG eine Auskunftspflicht für die betroffenen Unternehmen ein. Bislang regelte diese Vorschrift lediglich, dass die Nachrichtendienste ein solches Ersuchen stellen dürfen; eine Pflicht der betroffenen Unternehmen besteht jedoch nach geltendem Recht nicht. Denn die Annahme einer solchen Pflicht würde in Widerspruch zur Regelung des § 8 Abs. 3 BVerfSchG stehen. Danach stehen dem Bundesamt für Verfassungsschutz polizeiliche Befugnisse oder Weisungsbefugnisse nicht zu.

Die geplante Regelung stößt auf erhebliche Bedenken. Eine Weisungsbefugnis der Nachrichtendienste gegenüber einer privaten Stelle – hier in Form einer Auskunftspflicht – wäre mit dem Trennungsgebot zwischen Nachrichtendiensten und Polizeibehörden nicht vereinbar. *„Dieses Gebot besagt, dass Geheimdienste keine polizeilichen Zwangsbefugnisse besitzen dürfen, also etwa keine*

Vernehmungen, Durchsuchungen, Beschlagnahmen durchführen oder anderen Zwang ausüben dürfen.“ (BVerfG NJW 2011, 2417, 2420 m.w.N.). Die geplante Auskunftspflicht wäre damit ein weiterer erheblicher Eingriff in die bisherige Struktur des Nachrichtendienstrechts. Selbst im Strafprozessrecht besteht bei bloßen Auskunftersuchen, die die Staatsanwaltschaft an private Stellen richtet, keine Auskunftspflicht (Erb in: Löwe-Rosenberg, 26. Aufl. 2007, § 161 Rn. 13). Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus § 161 Abs. 1 Satz 1 StPO, der (nur) Behörden zur Auskunft verpflichtet. Im Strafprozessrecht wäre die unfreiwillige Herausgabe personenbezogener Daten daher nur über die Vorschriften der Beschlagnahme möglich, die in § 95 StPO eine Herausgabepflicht vorsehen (vgl. Erb a.a.O.). Daher würde eine Auskunftspflicht gegenüber Nachrichtendiensten rechtlich einer Beschlagnahme im Strafprozessrecht nahekommen. Dies halte ich nicht für verhältnismäßig.

Soweit die Entwurfsbegründung ausführt, diese Norm diene lediglich der Klarstellung, ist dies aus den dargelegten Gründen unrichtig. Nach bestehender Rechtslage gibt es keine Auskunftspflicht.

f) Dauerhafter Ausschluss der Benachrichtigung Betroffener (§ 8b Abs. 7 BVerfSchG-E)

Das Grundgesetz enthält in Art. 19 Abs. 4 die Garantie effektiven Rechtsschutzes. Der einzelne, der durch Nachrichtendienste überwacht worden ist, kann gegen diese Maßnahmen jedoch nur dann gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen, wenn er davon weiß. Deshalb hat der Staat grundsätzlich die Pflicht, dem Betroffenen zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes die Möglichkeit einzuräumen, von der Erhebung und Verwendung der ihn betreffenden Daten Kenntnis zu erlangen (vgl. BVerfGE 65, 1, 70; BVerfGE 100, 313, 364; dazu Durner in: Mauz/Dürig, Grundgesetz, 60. Ergänzungslieferung 2010, Art. 10 Rn. 166 m.w.N.). Benachrichtigungspflichten über heimlich durchgeführte Datenerhebungen sind also essenzielle Bestandteile der Rechtsschutzgarantie und zugleich ein zentrales Datenschutzrecht der Betroffenen (vgl. BVerfGE 100, 313, 361). Dies hat zur Folge, dass lediglich eine Zurückstellung der Benachrichtigung verfassungskonform sein kann, nicht jedoch ein (faktischer) Ausschluss.

Die im Gesetzentwurf vorgesehene Regelung ist damit nicht vereinbar. Ausweislich der Begründung (vgl. S. 14) soll in Bezug auf die Regelungen des § 8a Abs. 2 Nr. 4 und 5 BVerfSchG-E durch die Verweisung auf § 12 Abs. 2 und 3 des Artikel 10-Gesetzes förmlich ein dauerhafter Benachrichtigungsausschluss nach Ablauf von fünf Jahren erfolgen können.

In Bezug auf die Regelungen des § 8a Abs. 2 Nr. 1, 2 und 2a BVerfSchG-E resultiert aus den die Benachrichtigung ausschließenden Tatbestandsvoraussetzungen „solange eine Gefährdung des Zwecks des Eingriffs nicht ausgeschlossen werden kann oder solange der Eintritt übergreifender Nachteile für das Wohl des Bundes oder eines Landes absehbar ist“ potentiell ein faktischer, dauerhafter Benachrichtigungsausschluss – zumal diese Ausschlussvoraussetzungen nicht dem verfassungsrechtlichen Gebot der hinreichenden Normenbestimmtheit entsprechen.

g) Verordnungsermächtigung (§ 8 b Abs. 8 BVerfSchG-E)

Die geplante Verordnungsermächtigung verstehe ich in dem Sinne, dass damit nicht weitere Auskunftersuchen, weitere Empfänger oder dergleichen geregelt werden dürfen. Vielmehr darf der Ordnungsgeber lediglich das Verfahren der Übermittlung der Daten regeln, die aufgrund eines Auskunftersuchens des BfV, des BND oder des MAD bereitzustellen sind. Insofern ist der Rege-

lungsgehalt der Verordnungsermächtigung eingeschränkt. Die Gesetzesbegründung verweist insoweit zutreffend auf das eigentliche Ziel, ein praktikables Datenformat vorzugeben. Eine weitergehende Regelung wäre verfassungsrechtlich problematisch, da der Gesetzgeber die wesentlichen Vorgaben, wie weitreichend die Nachrichtendienste in Grundrechte eingreifen dürfen, selbst treffen muss und nicht der Exekutive überlassen darf.

Auf Bedenken stößt daher die einleitende Formulierung des § 8a Abs. 11 Satz 2 BVerfSchG-E, nach der „insbesondere“ die aufgezählten Regelungsbereiche geregelt werden können. Dadurch ist die Verordnungsermächtigung nicht hinreichend normenklar und bestimmt formuliert. Durch die Öffnung wird dem Ordnungsgeber eine nicht überschaubare Regelungsweite zur Verfügung gestellt. Das Wort „insbesondere“ sollte daher gestrichen werden.

In Nummer 5 stößt auf erhebliche Bedenken, dass dort von „Erklärungspflichten des Auskunftspflichtigen“ die Rede ist, da die Dienstleistungsunternehmen, bei denen die Nachrichtendienste um Auskunft ersuchen, nicht zur Auskunft verpflichtet sind (siehe oben).

h) Aussonderungsprüffristen (§ 12 Absatz 3 Satz 2 BVerfSchG-E)

Die einheitliche Festsetzung der maximalen Wiedervorlageprüffrist auf zehn Jahre ist datenschutzrechtlich zu begrüßen.

2. Kontrollbefugnisse der G10-Kommission (§ 8b BVerfSchG)

Der Gesetzentwurf will die Kontrollbefugnisse der G10-Kommission auf alle Maßnahmen nach § 8a BVerfSchG ausweiten. Diese Regelung nähert sich der ursprünglichen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes an. Sie stärkt die parlamentarische Kontrolle und damit die rechtsstaatliche Absicherung. Das ist insoweit zu begrüßen. Gleichwohl stößt die gesetzliche Systematik auf erhebliche Bedenken, weil sie zu **erheblichen Kontrolllücken** bei der Aufsicht über die Tätigkeit der Nachrichtendienste führt, wie sich bereits in der Praxis Die G10-Kommission und der BfDI müssen ihre Kontrollbefugnisse jeweils aufgabenkonform und effizient erfüllen können. Eine gesetzliche Regelung, die dies nicht ermöglicht, wäre nicht verfassungsfest.

Dies steht bereits jetzt teilweise in Frage. Teilweise wurden meinen Mitarbeitern im Rahmen von datenschutzrechtlichen Kontrollen (§ 24 Bundesdatenschutzgesetz - BDSG) **geschwärzte Unterlagen** vorgelegt mit dem Hinweis, es handle sich um Daten, die der Kontrollbefugnis der G10-Kommission unterfielen. Aus § 24 Abs. 2 Satz 3 BDSG wurde gefolgert, dass der BfDI keinerlei Kontrollbefugnis mehr besitze, wenn es um Daten gehe, die mit G10-Maßnahmen bzw. Maßnahmen nach § 8a Abs. 2 Nr. 3 – 5 BVerfSchG erhoben worden seien. Aus solchen Daten kann sich aber ergeben, dass weitere Maßnahmen gegen den Betroffenen eingeleitet werden können. Unterfallen diese weiteren Maßnahmen aber meiner Kontrollbefugnis, so kann ich die Anknüpfungstatsachen nicht bewerten (weil sie geschwärzt sind). Dieses Problem betrifft prinzipiell alle Fälle, in denen G10-Daten und nach § 8a Abs. 2, 2a BVerfSchG-E erhobene Daten, in völlig andere Zusammenhänge einfließen, sie also als Anknüpfungstatsachen für weitere Maßnahmen dienen, für die nur der BfDI und nicht die G10-Kommission kontrollbefugt ist. Daher ist es mir auch nicht möglich, in einem solchen Fall die datenschutzrechtlichen Voraussetzungen der Speicherung zu prüfen. Auch die G10-Kommission kann in einem solchen Fall nicht vollständig prüfen, da ihre Kontrollbefugnis

sich nicht auf die Maßnahmen erstreckt, die meiner Kontrollbefugnis unterfallen. Damit hat keine Stelle den Blick auf das Ganze, die Kontrollintensität wird dadurch insgesamt eingeschränkt. Hieraus resultieren bereits jetzt kontrollfreie Räume.

Diese Rahmenbedingungen gewährleisten keine effektive Datenschutzkontrolle und führen zu einer verfassungswidrigen Aushöhlung grundlegender Schutzstandards. Die Anforderungen an solche Schutzstandards hat das Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil festgelegt: "Zugleich ist eine effektive Kontrolle durch die Datenschutzbeauftragten notwendig" (BVerfGE 65, 1, 60).

Diese Problematik könnte sich noch verschärfen, wenn die Zuständigkeit der G10-Kommission – wie vorgesehen – auf weitere Befugnisse zur verdeckten Datenerhebung ausgeweitet würden, ohne klarzustellen, dass der BfDI auch die weitere Verwendung und Nutzung von Daten kontrollieren kann, die nach den Vorschriften des G 10-Gesetzes oder nach § 8a Abs. 2 und Abs. 2a BVerfSchGE erhoben worden sind. Lediglich eine solche gesetzliche Klarstellung würde eine vollständige Kontrolle von Dateien und anderen Datensammlungen ermöglichen, ohne in die Anordnungs- bzw. Kontrollkompetenz der G10-Kommission einzugreifen. Dies würde auch der Rechtsituation im Strafprozess- und Polizeirecht entsprechen, bei der unter Richtervorbehalt stehende Maßnahmen als solche – mit Rücksicht auf die richterliche Unabhängigkeit – nicht der datenschutzrechtlichen Kontrolle unterliegen, die Kontrolle der davon unabhängigen Verwendung der erhobenen Daten hingegen schon. In beiden Fällen wäre dann eine klare Abgrenzung der Zuständigkeiten gegeben. Eine umfassende Kontrollmöglichkeit durch unabhängige Datenschutzbeauftragte ist gerade in Fällen heimlicher Datenverarbeitung wichtig, weil die Betroffenen mangels Kenntnis oftmals Rechtsschutz nicht in Anspruch nehmen können.

2. Änderung des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes

Nach der Begründung zu Art. 5 – **Änderung des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes (SÜG)** – beabsichtigt die Bundesregierung, die Sicherheitsüberprüfungen „transparenter, effizienter und weniger belastend“ zu gestalten (S. 35). Art. 5 sieht jedoch auch Änderungen vor, die zu zusätzlichen Belastungen der Betroffenen führen. Dies betrifft die Sicherheitsüberprüfungen im vorbeugenden personellen Sabotageschutz.

Durch den neu eingefügten § 9 Abs. 1 Nr. 3 SÜG (Artikel 5 Nr. 6 Buchst. a des Entwurfs) soll in Zukunft eine einfache Sicherheitsüberprüfung nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 SÜG nicht mehr ausreichen. Vielmehr müssen sich die Betroffenen einer erweiterten Sicherheitsüberprüfung unterziehen. Dies bedeutet unter anderem, dass die in § 12 Abs. 2 SÜG genannten Regelungen erstmals Anwendung finden. Über den Betroffenen werden damit erheblich mehr Daten erhoben und verwendet.

Nach der Gesetzesbegründung ist das Ziel der Regelung, dass Niveau an andere Zuverlässigkeitsüberprüfungen, etwa wie sie im Atomrecht üblich sind, anzugleichen. Dadurch sollen mehrfache Überprüfungen vermieden werden. Dies betrifft aber nur Fälle, in denen der Betroffene in einer Branche eingesetzt ist, für die spezialgesetzlich ebenfalls Zuverlässigkeitsprüfungen vorgesehen sind. Zu der Frage, wie hoch der Anteil der überprüften Personen ist, die gegebenenfalls in einer solchen Branche eingesetzt sind, liegen mir keine Zahlen vor. Fest steht jedoch, dass nur diese Personen durch die vorgesehene Regelung entlastet werden. Für alle anderen überprüften Personen bedeutet die Regelung eine zusätzliche Belastung.

IV. Künftige Evaluierung

Aufgrund der dargelegten Bedeutung der Evaluierung begrüße ich, dass die eingeführten Vorschriften weiter befristet werden und dass eine erneute Evaluierung vorgesehen ist.

Positiv sehe ich es zudem, dass die in Art. 9 des Gesetzentwurfs vorgesehene Evaluierungsklausel es erlaubt, mehrere wissenschaftliche Sachverständige einzubeziehen. Ebenso ist zu begrüßen, dass künftig ausdrücklich zu evaluieren ist, wie häufig und mit welchen Auswirkungen die Nachrichtendienste aufgrund der geschaffenen Befugnisse in die Grundrechte der Betroffenen eingegriffen haben. Dies ist ab zu gleichen mit der Frage, wie wirksam und effektiv mithilfe dieser Befugnisse terroristische Aktivitäten aufgespürt oder bekämpft werden konnten.

Mit einer solchen gesetzlichen Regelung wird jedenfalls festgelegt, dass die bislang durchgeführte – und nur als Entwurf vorliegende – Evaluierung in dieser Weise zukünftig nicht mehr stattfinden könnte. Vielmehr muss die nächste Evaluierung die oben dargelegten Anforderungen (II.) erfüllen. Insbesondere ist bei der nächsten Evaluierung eine ausführliche nachgelagerte Prüfung der Verhältnismäßigkeit notwendig.

Ich rege an, zusätzlich festzulegen, dass die nächste Evaluierung auch die **Wechselwirkungen** zu anderen Vorschriften berücksichtigen muss. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 2. März 2010 zur Vorratsdatenspeicherung den Blick nicht nur auf die isolierte Maßnahme gerichtet. Vielmehr hat es diesen auf eine Zusammenschau aller Überwachungseingriffe erweitert (1 BvR 256/08, <http://www.bverfg.de>, Absatz-Nr. 218). In der Literatur wurde dies mit dem treffenden Begriff der „Überwachungs-Gesamtrechnung“ aufgenommen (Roßnagel NJW 2010, 1238). Aus dieser Rechtsprechung ist zu folgern, dass nicht nur danach zu fragen ist, ob der Einsatz einer Maßnahme als solcher verhältnismäßig ist. Vielmehr ist „auf der Basis einer Gesamtbetrachtung aller verfügbaren staatlichen Überwachungsmaßnahmen die Verhältnismäßigkeit der Gesamtbelastungen bürgerlicher Freiheiten“ auf den Prüfstand zu stellen (Roßnagel NJW 2010, 1238, 1240). Dies sollte jede Evaluierung berücksichtigen.



**Entschließung
der 79. Konferenz der
Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder
vom 17./18. März 2010**

Für eine umfassende wissenschaftliche Evaluierung im Sicherheitsbereich

Die Bundesregierung beabsichtigt, nicht nur die in den vergangenen Jahren durch zahlreiche Gesetze neu geschaffenen Befugnisse und die bestehenden Sicherheitsdateien, sondern auch die Kooperationszentren, in denen Polizei und Nachrichtendienste zusammenarbeiten, zu evaluieren.

Die Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder treten dafür ein, die Evaluierung zeitnah und vorbehaltlos nach wissenschaftlichen Kriterien durchzuführen. Kein Vorbild darf die im Mai 2005 vorgenommene „Evaluierung“ des Terrorismusbekämpfungsgesetzes 2002 sein. Diese war eine inhaltlich und methodisch defizitäre Selbsteinschätzung. Dagegen enthalten die in verschiedenen Gesetzen aufgenommenen Evaluationsklauseln sinnvolle Ansätze, die es weiter zu entwickeln gilt. Dies betrifft etwa die Einbeziehung eines wissenschaftlichen Sachverständigen, der im Einvernehmen mit dem Deutschen Bundestag zu bestellen ist.

Die Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder hat wiederholt darauf hingewiesen, dass die Ausweitung der Befugnisse von Polizei und Verfassungsschutz, auch in das Vorfeld der Gefahrenabwehr, zur anlasslosen, oftmals massenhaften Erhebung personenbezogener Daten unbescholtener Bürgerinnen und Bürger führen kann.

Aufgrund der Eingriffsintensität der Regelungen ist eine systematische, ergebnisoffene und wissenschaftlich fundierte Überprüfung auf der Grundlage eines umfassenden Bewertungsansatzes erforderlich. Jede Evaluation, auch die landesrechtlicher Vorschriften, muss auf der Grundlage valider, strukturierter Daten unter Mitwirkung aller relevanten Stellen in einem transparenten Verfahren durch ein unabhängiges Expertengremium erfolgen. Die Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit der Evaluierung ist zu gewährleisten. Der Evaluationsbericht muss dem Gesetzgeber eine umfassende Bewertungsgrundlage zur Optimierung bestehender Regelungen zur Verfügung stellen.

Dazu muss insbesondere Folgendes dargelegt und bewertet werden

- die mit der zu evaluierenden Norm intendierten Ziele,
- die tatsächlich erzielten Wirkungen (beabsichtigte und unbeabsichtigte) sowie die Wirkungszusammenhänge,
- die Auswirkungen auf die Grundrechte von Betroffenen und unbeteiligten Dritten (Eingriffsbreite und -tiefe),
- die Gewährleistung eines effektiven Grundrechtsschutzes, insbesondere im Hinblick auf den absolut geschützten Kernbereich der privaten Lebensgestaltung, sowie die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots,
- die Umsetzung von organisations-, verfahrens- und technikorientierten Schutzvorkehrungen (z.B. von Kennzeichnungspflichten, differenzierten Zugriffsberechtigungen, Verwertungsverböten, Prüf- und Löschungspflichten, Richtervorbehalten, Benachrichtigungspflichten),
- die Leistung, Wirkung sowie der Erfolg und die Effizienz,
- die Stellung der zu evaluierenden Norm im Gesamtrechtsgefüge sowie ihre Wechselwirkung mit anderen Normen.

Die Evaluierung ist kein statischer, sondern ein dynamischer, entwicklungsöffener Prozess, der einer ständigen Optimierung bedarf.

**EntschlieÙung der 82. Konferenz
der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder
am 28./29. September 2011 in München**

Antiterrorgesetze zehn Jahre nach 9/11 – Überwachung ohne Überblick

In der Folge der Anschläge vom 11. September 2001 wurden der Polizei, den Strafverfolgungsbehörden und den Nachrichtendiensten zahlreiche neue Befugnisse eingeräumt, die sich durch eine groÙe Streubreite auszeichnen und in die Grundrechte zahlreicher Bürgerinnen und Bürger eingreifen. Zunehmend werden Menschen erfasst, die nicht im Verdacht stehen, eine Straftat begangen zu haben oder von denen keine konkrete Gefahr ausgeht. Unbescholtene geraten so verstärkt in das Visier der Behörden und müssen zum Teil weitergehende MaÙnahmen erdulden. Wer sich im Umfeld von Verdächtigen bewegt, kann bereits erfasst sein, ohne von einem Terrorhintergrund oder Verdacht zu wissen oder in entsprechende Aktivitäten einbezogen zu sein.

Zunehmend werden Daten, z.B. über Flugpassagiere und Finanztransaktionen, in das Ausland übermittelt, ohne dass hinreichend geklärt ist, was mit diesen Daten anschlieÙend geschieht (vgl. dazu EntschlieÙung der 67. Konferenz vom 25./26. März 2004 „Übermittlung von Flugpassagierdaten an die US-Behörden“; EntschlieÙung der 78. Konferenz vom 8./9. Oktober 2009 „Kein Ausverkauf von europäischen Finanzdaten an die USA!“).

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil zur Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikationsdaten vom 2. März 2010 (1 BvR 256/08) klargestellt: Es gehört zur verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland, dass die Freiheitswahrnehmung der Bürgerinnen und Bürger nicht total erfasst und registriert werden darf. Die Verfassung fordert vielmehr ein austariertes System, bei dem jeder Eingriff in die Freiheitsrechte einer strikten Prüfung seiner VerhaltnismaÙigkeit standhält.

Von einem austarierten System der Eingriffsbefugnisse kann schon deshalb keine Rede sein, weil die Wechselwirkungen zwischen den verschiedenen Eingriffsinstrumentarien nie systematisch untersucht worden sind. Bundesregierung und Gesetzgeber haben bislang keine empirisch fundierten Aussagen vorgelegt, zu welchem Überwachungs-Gesamtergebnis die verschiedenen Befugnisse in ihrem Zusammenwirken führen. Die bislang nur in einem Eckpunktepapier angekündigte Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetze ersetzt die erforderliche unabhängige wissenschaftliche Evaluation nicht.

Viele zunächst unter Zeitdruck erlassene Antiterrorgesetze waren befristet worden, um sie durch eine unabhängige Evaluation auf den Prüfstand stellen zu können. Eine derartige umfassende, unabhängige Evaluation hat jedoch nicht stattgefunden. Dies hat die Bundesregierung nicht davon abgehalten, gleichwohl einen Entwurf für die Verlängerung und Erweiterung eines der Antiterrorpakete in den Gesetzgebungsprozess einzubringen (BT-Drs. 17/6925).

Die Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder fordert daher erneut, die Auswirkungen der bestehenden Sicherheitsgesetze – gerade in ihrem Zusammenwirken – durch eine unabhängige wissenschaftliche Evaluierung (so bereits die Entschließung der 79. Konferenz vom 17./18. März 2010 „Für eine umfassende wissenschaftliche Evaluierung im Sicherheitsbereich“) zu untersuchen. Die Wirksamkeit der Regelungen, ihre Erforderlichkeit für den gesetzgeberischen Zweck und ihre Angemessenheit, insbesondere im Hinblick auf die Bedrohungslage sowie die Auswirkungen für die Betroffenen müssen vor einer weiteren Befristung endlich kritisch überprüft werden.