

**Deutscher Bundestag**

Innenausschuss

Ausschussdrucksache

17(4)359 G

Stellungnahme

zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des  
Bundesverfassungsschutzgesetzes, BT-Drs. 17/6925

zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung des  
Innenausschusses des Deutschen Bundestages  
am 17. Oktober 2011

vorgelegt von

Dr. Ralf Poscher

Professor für Öffentliches Recht

Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie  
an der Albert-Ludwigs Universität Freiburg

unter vorbereitender Mitarbeit von

Wiss. Mitarbeiter Dr. Benjamin Rusteberg

im Oktober 2011

## Übersicht

<b>I. Gefahrenvorsorge als verfassungsrechtliche Herausforderung</b>	<b>2</b>
<b>II. Anordnungsbefugnisse der Geheimdienste</b>	<b>4</b>
1. Anordnungsbefugnis gem. § 8a Abs. 1 BVerfSchG-E	6
a) Heimlichkeit des Eingriffs	7
b) Allgemeine Verfahrensanforderungen	9
2. Anordnungsbefugnis gem. § 8a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 BVerfSchG-E	10
3. Voraussetzungen des § 8a Abs. 2 S. 2 BVerfSchG-E	12
<b>III. Kernbereichsschutz für den § 9 Abs. 2 BVerfSchG-E</b>	<b>15</b>
<b>IV. Evaluation gem. Art. 9 des Entwurfs</b>	<b>15</b>
<b>V. Zusammenfassung</b>	<b>18</b>

### **I. Gefahrenvorsorge als verfassungsrechtliche Herausforderung**

Der Informationsbedarf der Sicherheitsbehörden ist seit den Anschlägen des 11. September 2001 parallel zu den Bedrohungsszenarien gestiegen. In dem Bemühen, durch eine Gefahrvorsorge bereits das Entstehen von Gefahren zu verhindern, haben sich die Eingriffsbefugnisse immer weiter in das Vorfeld konkreter Gefahren verschoben. Für das Verfassungsrecht wirft dies die komplizierte Frage nach den grundrechtlichen Grenzen dieser Entwicklung auf. Anders als bei der Abwehr bereits konkreter Gefahren oder der Verfolgung bereits begangener Straftaten entfaltet die Gefahrenvorsorge eine Dynamik, der die klassischen rechtsstaatlichen Begrenzungsansätze kaum etwas entgegenzusetzen haben.

Vgl. Enders, VVDStRL 65, 2005, S. 7/46 ff.

Deshalb bedarf es in diesem Bereich einer ebenso dynamischen Entwicklung eines rechtsstaatlichen Instrumentariums, mit dessen Hilfe sich das Bedürfnis nach einer notwendigen Informationsvorsorge und der verfassungsmäßig garantierte Schutz grundrechtlicher Freiheiten und demokratischer Kontrolle der Sicherheitsbehörden in einen angemessenen Ausgleich bringen lassen.

In den letzten Jahren hat vor allem das Bundesverfassungsgericht traditionelle rechtsstaatliche Standards neu zu akzentuiert und andererseits aber auch neue Wegmarken gesetzt, um die herum sich der Prozess der Anpassung des Rechts der inneren Sicherheit an die neuen Gefährdungslagen strukturieren kann. Allerdings agiert das Bundesverfassungsgericht in diesem Reformprozess nicht alleine, vielmehr hat auch der Gesetzgeber seinen zum Teil ganz eigenständigen Beitrag geleistet, das rechtsstaatliche Niveau im Recht der inneren Sicherheit zu wahren. Besonderer Ausdruck dieses Bemühens war gerade die Evaluationspflicht des Terrorismusbekämpfungsgesetzes (TBG), die zu einer ersten öffentlich zugänglichen Evaluation geheimdienstlicher Arbeit geführt hat. So wurde ein Stück Transparenz geschaffen, das gleichzeitig auch übertriebenen Spekulationen über den Einsatz der neuartigen Befugnisse entgegen gewirkt hat. Im TBEG hat der Gesetzgeber diese Evaluationspflicht noch einmal weiterentwickelt und durch das Erfordernis der Mitarbeit eines wissenschaftlichen Sachverständigen gestärkt.

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf, der der Umsetzung dieses Evaluationsberichtes dient, beteiligt sich der Gesetzgeber erneut an dem verfassungsrechtlichen Ringen um rechtsstaatliche Standards angesichts der Bedrohungslagen durch einen international operierenden Terrorismus. Der vorliegende Entwurf zeigt dabei, dass der Gesetzgeber die Ergebnisse des Evaluationsberichtes ernst nimmt und bereit ist, eine Stärkung rechtsstaatlicher Standards aus eigener Initiative und nicht lediglich in Reaktion auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorzunehmen.

Einen Beitrag zur Rechtssicherheit leistet der Entwurf nicht zuletzt durch eine weitgehende Vereinheitlichung der verfahrensrechtlichen Anforderungen bei der Durchführung der verschiedenen Maßnahmen. Hierin ist ein auch erster Beitrag zur Verbesserung der Transparenz und Handhabbarkeit des Bundesverfassungsschutzgesetzes zu sehen.

Wenn die nachfolgenden Anmerkungen sich in erster Linie auf Stellen und Elemente des Entwurfs konzentrieren, in denen der Gesetzgeber in einzelnen Punkten hinter den – zum Teil mit dem Entwurf selbst gesteckten – verfassungsrechtlichen Zielen und Möglichkeiten zurückbleibt, liegt dies in der Natur der Sache. Dies soll aber nicht den Blick dafür verstellen, dass der Entwurf insgesamt bereits viele der in den letzten Jahren im Dialog zwischen dem Gesetzgeber und dem Bundesverfassungsgericht entwickelten rechtstaatlichen Strukturen aufgenommen hat und somit aus verfassungsrechtlicher Sicht in Vielem zu begrüßen ist.

## II. Anordnungsbefugnisse der Geheimdienste

Ein Schwerpunkt der Evaluation und damit auch der des vorliegenden Gesetzesentwurfs liegt auf den im Rahmen des TBG und TBEG neu eingeführten Regelungen zur Erteilung von Auskünften gegenüber dem Bundesamt für Verfassungsschutz und dem dazu zugehörigen Verfahrensrecht.

Diese gegen Dritte gerichteten Anordnungsbefugnisse stellen für das BVerfSchG eine Besonderheit dar. Denn die in § 8a Abs. 1 u. 2 BVerfSchG-E geregelten Befugnissen verleihen dem Bundesamt für Verfassungsschutz nicht nur die Befugnis zur Erhebung und Speicherung bestimmter Daten, sondern ermöglichen es ihm zugleich, die in der Vorschrift genannten Stellen zur Herausgabe dieser Daten zu verpflichten. War die Existenz einer derartigen Pflicht bislang jedenfalls nicht unumstritten,

Dazu *König*, Trennung und Zusammenarbeit von Polizei und Nachrichtendiensten, 2005, S. 247 m.w.N.

ist ihr Bestehen durch § 8b Abs. 6 BVerfSchG-E nunmehr ausdrücklich klargestellt.

Gleich, ob man die Trennung zwischen Polizei und den Geheimdiensten als Ausdruck eines verfassungsrechtlich verankerten formalen Gebots ansieht oder nicht,

Übersicht über den Meinungsstand bei *Gusy*, Jb. öff. Sicherheit, 2008/2009, 177 ff.

kommt ihm jedenfalls dadurch Bedeutung zu, dass es eine formelle Sicherung gegen einige der grundrechtlich, rechtsstaatlich und demokratisch bedenklichen nicht intendierten Nebeneffekte bietet, die von der Vorsorgedynamik ausgehen können.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Existenz derartiger Anordnungsbefugnisse zumindest begründungsbedürftig. Bisher sah man eine Ausformung der Trennung zwischen Polizei und Geheimdiensten jedenfalls darin, dass es dem Bundesamt für Verfassungsschutz untersagt war, gegenüber dem Bürger Gebots-, Verbots- oder Duldungsverfügungen zu erlassen.

Zur Unterscheidung zwischen polizeilichen und geheimdienstlichen Befugnissen BVerfG, NJW 2011, 2417, 2420; SächsVerfGH NVwZ 2005, 1310/1312; *Gusy*, ZRP, 1987 45/49; *ders.*, Jb. öff. Sicherheit, 2008/2009, 177/183; *Baumann*, DVBl

2005, 798/805; *Droste*, Handbuch des Verfassungsschutzrechtes, 2007, S. 294.

Die Geheimdienste sollten nicht über polizeiliche Befugnisse verfügen; sie sollten nicht mit Befehl und Zwang gegen den Bürger vorgehen können. Diesem bislang der Polizei vorbehaltenen Bereich nähern sich die in § 8a BVerfSchG-E vorgesehenen Anordnungsbefugnisse nun aber an.

Der darin liegende Bruch mit traditionellen rechtsstaatlichen Sicherungselementen soll allerdings dadurch abgemildert werden, dass die durch sie begründeten Pflichten nicht im Wege des Verwaltungszwangs durchgesetzt werden können.

So bereits die Entwurfsbegründung zum TBG, BT-Drs. 14/7386; vgl. auch *König*, Trennung und Zusammenarbeit von Polizei und Nachrichtendiensten, 2005, S. 247 m.w.N.

Aus dem Wortlaut des BVerfSchG geht ein derart umfassender Ausschluss von Zwangsmitteln allerdings nicht hervor. Die Entwurfsbegründung zum TBG verweist diesbezüglich auf § 8 Abs. 3 BVerfSchG. In diesem wird jedoch in erster Linie ein einfachgesetzlicher Ausdruck des Trennungsprinzips gesehen.

*Droste*, Handbuch des Verfassungsschutzrechtes, 2007, S. 290 ff.

Dieses wird durch die normierten Anordnungsbefugnisse aber gerade durchbrochen. So lässt sich aus dem in § 8 Abs. 3 BVerfSchG normierten Weisungsverbot und dem Verbot der Amtshilfe möglicherweise noch ein Verbot zur Anordnung unmittelbaren Zwangs ableiten, da dessen Ausübung gem. § 1 Abs. 1 UZWG auf die Heranziehung von Vollzugsbeamten angewiesen ist. Ein genereller Ausschluss des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes und mithin der übrigen in § 9 VwVG normierten Zwangsmittel geht aus dem Wortlaut hingegen nicht hervor. Der Wortlaut des Gesetzes sollte dementsprechend angepasst werden.

Vor diesem Hintergrund erscheint es als gleichzeitig konsequent und zu begrüßen, dass der Entwurf darauf verzichtet hat, die Nichtbefolgung dieser Pflichten mit einer Bußgeldbewährung auszugestalten.

Für die Angemessenheit jedenfalls der § 8a Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 4, 5 BVerfSchG-E spricht ferner der Umstand, dass sie lediglich Befugnisse nachbilden, die früher gegenüber öffentlichen Stellen bestanden.

Vgl. etwa Art. 1 § 1 G 10 des Gesetzes zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Gesetz zu Artikel 10

Grundgesetz) (G 10) vom 13. August 1968 (BGBl. I S. 949), s. BVerfGE 30, 1/5.

Gerade im Bereich der Telekommunikation werden entsprechende Dienstleistungen, bei denen die benötigten Daten anfallen, aufgrund der Privatisierung nicht mehr durch öffentliche Stellen erbracht, so dass die Befugnisse nun entsprechend gegen Private gerichtet werden müssen.

Dieses Argument gilt freilich nicht für Daten des Flug- oder Bankverkehrs sowie der Teledienste, sind entsprechende Dienstleistungen doch auch traditionell nicht ausschließlich von öffentlichen Stellen erbracht worden.

Auch wenn das Trennungsprinzip nicht als formales Verbot verstanden wird, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht daran zu erinnern, dass der fortschreitende Abbau der Trennung von Geheimdiensten und Polizei – neben der neuen Befehlsgewalt der Geheimdienste sei insoweit nur auf die gemeinsam geführte Antiterrordatei, das Gemeinsame Terror-Abwehrzentrum in Treptow und die Ausweitung geheimer Befugnisse der Polizei hingewiesen – rechtsstaatliche Kompensationen erforderlich macht, die die demokratische und rechtsstaatliche Kontrolle der Dienste sicherstellen.

Auch vor diesem Hintergrund sind die Regelungen der §§ 8a; 8b BVerfSchG-E im Folgenden zu bewerten. Dabei ist festzustellen, dass sie diesen Anforderungen im Wesentlichen gerecht werden. Gleichwohl besteht in einigen Punkten Nachbesserungsbedarf.

### **1. Anordnungsbefugnis gem. § 8a Abs. 1 BVerfSchG-E**

§ 8a Abs. 1 BVerfSchG-E enthält in der Form des Entwurfs nur noch eine Befugnis für das Einholen von Bestandsdaten der Telediensten; die parallele Befugnis bezüglich Postdienstleistern wurde hingegen gestrichen. Aus § 8b Abs. 6 BVerfSchG-E ergibt sich dabei, dass der in § 8a Abs. 1 BVerfSchG-E normierten Befugnis auch eine entsprechende Pflicht des Dienstleisters korrespondiert. Auch bei § 8a Abs. 1 BVerfSchG-E handelt es sich somit um eine Anordnungsbefugnis.

Gegenüber der Regelung des TBEG sieht § 8a Abs. 1 BVerfSchG-E erhöhte Eingriffsvoraussetzungen vor. Eine Anforderung der Bestandsdaten bei Telediensten soll künftig nur noch möglich sein, soweit dies zur Sammlung und Auswertung von Informationen erforderlich ist und tatsächliche Anhaltspunkte für schwerwiegende Gefahren für die in § 3 Absatz 1 BVerfSchG genannten

Schutzgüter vorliegen. Diese Regelung dient dem Schutz der durch die Datenerhebung betroffenen Grundrechtsträger und trägt damit den erhöhten Anforderungen an derartige Anordnungsbefugnisse Rechnung.

#### **a) Heimlichkeit des Eingriffs**

Hinsichtlich der Verfahrensanforderungen an Maßnahmen gem. § 8a Abs. 1 BVerfSchG-E findet der Umstand, dass derartige Maßnahmen heimlich und ohne Wissen des Betroffenen ausgeführt werden, bislang keine Berücksichtigung. Insbesondere existieren weder nach der aktuellen Gesetzeslage noch nach der Entwurfsfassung Benachrichtigungspflichten gegenüber den Betroffenen. Die Regelung des § 8b Abs. 7 BVerfSchG-E findet auf § 8a Abs. 1 BVerfSchG-E keine Anwendung.

Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung schützt auch das Interesse des Einzelnen, von staatlichen Maßnahmen zu erfahren, die ihn in seinen Grundrechten betreffen. Dieser Anspruch auf Kenntniserlangung ist zugleich ein Erfordernis effektiven Grundrechtsschutzes im Bereich sowohl des behördlichen als auch des gerichtlichen Verfahrens. Entsprechend kann auch Art. 19 Abs. 4 GG einen Informationsanspruch begründen.

BVerfGE 120, 351/360 ff.

Daraus folgt zwar kein Anspruch auf eine bestimmte Art der Informationserlangung. Der Gesetzgeber hat aber „unter Beachtung der Grundrechte der Betroffenen eine hinreichende Kenntnischance zu gewährleisten.“ Bei heimlichen Datenerhebungen ist eine aktive Benachrichtigung des Betroffenen deshalb grundrechtlich geboten sein, „wenn es sich um einen Grundrechtseingriff von erheblichem Gewicht handelt und andere Kenntnismöglichkeiten den Interessen des Betroffenen nicht hinreichend Rechnung tragen.“

BVerfGE 120, 351/363; dazu *Wolff*, Gutachten zum TBEG, S. 40.

Maßnahmen nach § 8a Abs. 1 BVerfSchG-E mit denen Geheimdiensten die Möglichkeit der verdeckten Erfassung der Bestandsdaten von Telediensten eingeräumt wird, stellen jedenfalls einen nicht unerheblichen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, ggf. auch in Art. 10 GG, dar.

Zu dieser Frage Gusy, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 10 Rn. 45.

Dies folgt nicht in erster Linie aus den erhobenen Daten, sondern aus dem Erhebungskontext, der die Betroffenen in Verbindung mit terroristischen Aktivitäten bringt. Besonders die Erfahrungen, die zur Einführung des Benachteiligungsverbots geführt haben, unterstreichen die soziale Erheblichkeit des Informationskontextes, in den Bestandsdaten gestellt werden.

Zur Maßgeblichkeit des Informationskontextes s. nur *Britz*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen rechtswissenschaftlicher Grundsatzkritik und Beharren des Bundesverfassungsgerichts, in: W. Hoffmann-Riem (Hg.), Offene Rechtswissenschaft, Tübingen 2010, S. 561/566 ff.

Die Erheblichkeit des Eingriffs entspricht auch der Wertung des Gesetzesentwurfs, der die materielle Eingriffsschwelle gegenüber den früheren Fassungen angehoben hat.

BT-Drs. 17/6925, S. 6.

Für die Frage, ob den Interessen des Betroffenen durch andere Kenntnismöglichkeiten hinreichend Rechnung getragen wird, kommt einem etwaigen Informationsrecht des Betroffenen auf eigene Initiative eine zentrale Stellung zu. Dabei erscheint fraglich, ob § 15 BVerfSchG dem Betroffenen eine ausreichende Chance zur Kenntniserlangung von dem heimlich erfolgten Eingriff verschafft. § 15 Abs. 1 BVerfSchG setzt sowohl einen Hinweis auf einen konkreten Sachverhalt voraus, als auch ein besonderes Interesse an einer Auskunft. Auch soll die Tatsache des erfolgten Grundrechtseingriffs als solcher gerade nicht für die Geltendmachung eines Auskunftsanspruchs ausreichen.

*Wolff/Scheffczyk*, NVwZ 2008, 1316/1317.

Insoweit erscheint es zweifelhaft, dass es dem Betroffenen möglich sein wird, hinsichtlich des verdeckt erfolgenden Eingriffs einen konkreten Eingriffssachverhalt zu benennen. Auch kann ihm nicht zugemutet werden, für eine Auskunft über seine Daten Gründe anzugeben, aus denen etwa eine Wiederholungsgefahr weiterer Datenerhebungen abgeleitet werden könnte.

Insgesamt ist deshalb aus verfassungsrechtlicher Sicht zu empfehlen, die Anwendbarkeit der § 8b Abs. 7 BVerfSchG-E auf die in § 8a Abs. 1 BVerfSchG-E geregelte Maßnahme zu erweitern.

Vgl. *Wolff*, Gutachten zum TBEG, S. 40, 84.

## b) Allgemeine Verfahrensanforderungen

Nicht nur bzgl. der Mitteilungspflichten, sondern auch bzgl. der übrigen Verfahrensanforderungen der Absätze 1 bis 3 u. 10 ist § 8a Abs. 1 BVerfSchG-E aus dem Anwendungsbereich des § 8b BVerfSchG-E ausgenommen. Ebenso wenig Anwendung findet die Regelung des § 8a Abs. 3 BVerfSchG-E bzgl. zulässiger Adressaten von Datenerhebungen. Für Maßnahmen nach § 8a Abs. 1 BVerfSchG-E gelten demnach lediglich die allgemeinen Regelungen des Bundesverfassungsschutzgesetzes.

Eine gegenüber den übrigen Anordnungsbefugnissen erfolgende Absenkung der Verfahrensanforderungen könnte allerdings dann gerechtfertigt sein, wenn sich zwischen der Erhebung der Bestandsdaten nach Absatz 1 einerseits und der Daten nach Absatz 2 andererseits ein erheblicher Unterschied in der Eingriffsintensität feststellen ließe.

Vgl. *Poscher*, Schriftliche Stellungnahme vom November 2006 zur Anhörung zum Entwurf des TBEG (BT-Drs. 16/2921) vor dem Innenausschuss des Bundestags am 6.11.2006, S. 9.

Dagegen spricht bereits, dass der vorliegende Entwurf nunmehr die Maßnahmen des Absatz 1 und der Absätze 2 u. 2a hinsichtlich der erforderlichen materiellen Eingriffsschwellen einander angenähert hat. Für Maßnahmen nach Absatz 1 bedarf es nun ebenso schwerwiegender Gefahren für die in § 3 Absatz 1 genannten Schutzgüter wie bei den Absätzen 2 u. 2a. Unterschiede bestehen damit nur noch hinsichtlich der notwendigen Gefahrenschwelle sowie hinsichtlich der Reichweite des Schutzguts des § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG.

BT-Drs. 17/6925, S. 8.

Auch das Benachteiligungsverbot wird auf Absatz 1 erstreckt, weil der Gesetzgeber davon ausgeht, dass auch Maßnahmen nach Absatz 1 zu erheblichen sozialen Benachteiligungen führen können. Der Entwurf selbst die Maßnahmen des Absatzes 1 und der Absätze 2 und 2a nicht länger mit einer derart unterschiedlichen Eingriffsintensität ausgestattet, dass eine gänzlich unterschiedliche Behandlung auf der Verfahrensebene angebracht wäre.

Dieser Bewertung ist auch zuzustimmen, ist doch jedenfalls nicht ohne Weiteres ersichtlich, warum etwa der Zugriff auf die Kontostammdaten nach § 8a Abs. 2a BVerfSchG-E eine gegenüber Absatz 1 merklich erhöhte Intensität aufweisen sollte. Ferner sind auch die von § 8a Abs. 2a Nr. 5 lit. a) BVerfSchG-E erfassten Nutzungsdaten zu den von § 8a Abs. 1 BVerfSchG-E erfassten Bestandsdaten nicht stets eindeutig abgrenzbar. So sind z. B. statische IP-

Adressen, Nutzernamen und Passwörter als Merkmale zur Identifikation des Nutzers, gleichzeitig stellen sie aber auch Bestandsdaten dar, die für die Begründung und inhaltliche Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses erforderlich sind.

*Spindler/Nink*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 15 TMG Rn. 2.

Schließlich kommt auch für § 8a Abs. 1 BVerfSchG-E der Gedanke zu tragen, dass eine Erweiterung geheimdienstlicher Kompetenzen, die jenseits des Trennungsgebots Anordnungsbefugnisse gegenüber Dritten begründet, jedenfalls der Kompensation auf dem Wege des Verfahrensrechts bedarf. Den Geheimdiensten können nicht unter Überschreitung des Trennungsgebots polizeiliche Befugnisse verliehen werden, um deren Ausübung dann mit dem Argument von den G10-Kontrollmechanismen auszunehmen, dass es sich ja nicht um traditionelle Geheimdienstinstrumente handele. Bei allen Instrumenten der Geheimdienste ist eine rechtsstaatliche Kontrolle durch den Rechtsschutz der Betroffenen wegen ihrer Heimlichkeit und den spezifischen Geheimhaltungsbedürfnissen der Dienste regelmäßig faktisch ausgeschlossen. Durch die unter Bestimmtheitsaspekten bedenkliche Ausweitung der Ausnahme von den Mitteilungspflichten wegen „übergreifender Nachteile für das Wohl des Bundes oder eines Landes“ in § 8b Abs. 7 BVerfSchG-E wird diese Situation sogar noch einmal verschärft, selbst wenn die Mitteilungspflicht – wie verfassungsrechtlich gefordert – auf § 8a Abs. 1 BVerfSchG-E erstreckt wird. An die Stelle der Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle muss daher die parlamentarische treten, die zurzeit durch die G10-Mechanismen gewährleistet werden kann.

Insgesamt erscheint damit die gegenüber den Maßnahmen der Absätze 2 und 2a vorgenommene erhebliche Absenkung der Verfahrensanforderungen für Absatz 1 nur schwer nachvollziehbar. Es wird deshalb angeregt, die Anwendbarkeit der Verfahrensregelungen des § 8b BVerfSchG-E insgesamt auf § 8a Abs. 1 BVerfSchG-E zu erstrecken. Nicht zuletzt würde die Regelung dadurch auch noch einmal vereinfacht, weil nicht mehr vollständig unterschiedliche Verfahrensregime für gleichartige Maßnahmen angeordnet würden.

## **2. Anordnungsbefugnis gem. § 8a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 BVerfSchG-E**

§ 8a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 BVerfSchG-E ermöglicht es dem Bundesverfassungsschutz, Auskunft zu a) Merkmalen zur Identifikation des

Nutzers eines Teledienstes, b) Angaben über Beginn und Ende sowie über den Umfang der jeweiligen Nutzung und c) Angaben über die vom Nutzer in Anspruch genommenen Teledienste einzuholen.

Mit dieser Formulierung knüpft § 8a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 BVerfSchG-E an die Regelungen des § 15 TMG bzw. des § 6 Teledienstschutzgesetzes (TDDSG) a.F. an, in denen die aufgezählten Varianten näher bestimmte Unterfälle so genannter Nutzungsdaten beschreiben.

Der Empfehlung des Evaluierungsberichts, eine Erweiterung der Befugnis auf Informationen über Nutzungsumstände vorzunehmen, die keine Individualkommunikation eines Betroffenen mit Dritten zum Gegenstand haben, insbesondere die öffentliche Anbahnung von Rechtsgeschäften, ist der Gesetzesentwurf nicht gefolgt.

Drs. des Innenausschuss 17(4)271, S. 61 ff.; vgl. *Wolff*, Stellungnahme zum TBEG, S. 77 f.

Dies ist aus verfassungsrechtlicher Sicht zu begrüßen, handelt es sich bei dem Bereich der Teledienste – gerade in Hinblick auf neuere Nutzungsformen des Internets, wie etwa soziale Netzwerke oder Datenverarbeitung im so genannten Cloud-Computing – doch um einen äußerst grundrechtssensiblen Bereich. Eine derartige Regelung würde entsprechend auch nicht mehr an die übrigen Varianten des § 8a Abs. 2 BVerfSchG-E anknüpfen, sondern im Ergebnis eher einer inhaltlichen Überwachung der Telekommunikation nach § 3 G10 gleichkommen, worauf auch der Evaluationsbericht hinweist.

Drs. des Innenausschuss 17(4)271, S. 64.

Der Anwendungsbereich des § 8a Abs. 2 S. 1 Satz 1 Nr. 5 BVerfSchG-E bleibt somit auch nach der Fassung des Entwurfs strikt auf die in lit. a) bis c) genannten Varianten begrenzt. So kann etwa die Variante lit. c) lediglich Auskünfte darüber erfassen, welche von verschiedenen bei einem Anbieter zur Auswahl stehenden Teledienste benutzt wurden (etwa Google Books, Google Maps etc.), nicht aber mit welchem Inhalt einzelne Teledienste konkret genutzt wurden.

Demgegenüber verwundert es allerdings, dass nach Ansicht des Evaluationsberichts die gegenwärtige Regelung die Frage der Zulässigkeit der Einholung von Auskünften über den Inhalt von Rechtsgeschäften auf Handelsplattformen nicht eindeutig beantwortet.

Drs. des Innenausschuss 17(4)271, S. 61.

Um zukünftigen Missverständnissen über die Reichweite der Vorschrift vorzubeugen, wird eine Klarstellung im Wortlaut der Vorschrift angeregt, wonach Auskünfte über Inhalte der Nutzung von Telediensten ausdrücklich nicht von dem Auskunftsanspruch umfasst sind. § 8a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 BVerfSchG-E könnte demnach wie folgt lauten:

„(2) Das Bundesamt für Verfassungsschutz darf im Einzelfall Auskunft einholen bei [...]

5. denjenigen, die geschäftsmäßig Teledienste erbringen oder daran mitwirken, *unter Ausschluss von Angaben über Nutzungsinhalte*, zu

- a) Merkmalen zur Identifikation des Nutzers eines Teledienstes,
- b) Angaben über Beginn und Ende sowie über den Umfang der jeweiligen Nutzung und
- c) Angaben über die vom Nutzer in Anspruch genommenen Teledienste, [...]"

### **3. Voraussetzungen des § 8a Abs. 2 S. 2 BVerfSchG-E**

§ 8a Abs. 2 S. 1 BVerfSchG-E verlangt für die Anwendbarkeit der Auskunftsregelungen tatsächliche Anhaltspunkte für Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen, dass schwerwiegende Gefahren für die in § 3 Abs. 1 BVerfSchG genannten Schutzgüter vorliegen. Bezüglich des gefährdeten Schutzguts des § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG normiert § 8a Abs. 2 S. 2 BVerfSchG-E zudem weitere Voraussetzungen. Ausreichend sein sollen dabei bereits Bestrebungen, die bezwecken oder auf Grund ihrer Wirkungsweise geeignet sind „2. Gewalt anzuwenden oder vorzubereiten, *einschließlich dem Befürworten*, Hervorrufen oder Unterstützen von Gewaltanwendung, auch durch Unterstützen von Vereinigungen, die Anschläge gegen Personen oder Sachen veranlassen, befürworten oder androhen.“

§ 8a Abs. 2 S. 1 BVerfSchG-E behält damit hinsichtlich der Bestimmung des gefährdeten Rechtsguts die geltende Rechtslage unverändert bei. Bedenken bestehen dabei insofern, als die Regelung nicht auf Handlungen oder zumindest eine Handlungsbereitschaft oder die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens abstellt, sondern auch das bloße Befürworten von Gewalt gegen Personen oder gegen Sachen erfasst.

Vgl. *Poscher*, Schriftliche Stellungnahme vom November 2006 zur Anhörung zum Entwurf des TBEG (BT-Drs. 16/2921) vor dem Innenausschuss des Bundestags am 6.11.2006, S. 9 f.; s. auch *Wolff*, Gutachten zum TBEG, S. 51 f.

Abgemildert wird dieses Bedenken zwar durch die sich aus § 8a Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 Nr. 1 BVerfSchG-E ergebenden Einschränkungen, nach denen die genannten Schutzgüter schwerwiegend gefährdet und die Gefahren gefördert werden müssen. Werden diese Anforderungen jedoch ernst genommen, sind indes kaum Fälle denkbar, in denen das bloße Befürworten einer Gewaltanwendung eine schwerwiegende Gefahr für die Schutzgüter in § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG darstellt, ohne zugleich dabei Gewalt hervorzurufen (§ 8a Abs. 2 S. 2 Nr. 2 Alt. 2 BVerfSchG-E) oder den Tatbestand der Volksverhetzung zu erfüllen (§ 8a Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BVerfSchG-E). Auch die Evaluation der Regelung gibt keine Auskunft darüber, welche Fälle damit gemeint sein könnten. Damit besteht aber die Gefahr, dass die Anwendungspraxis durch das Bemühen, der Tatbestandsvariante überhaupt einen Anwendungsbereich zu geben, zu einer unzulässigen Absenkung der Einschränkungen führt.

Diese Bedenken werden durch die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verbot rechtsextremistischer Versammlungen untermauert. Danach sind Eingriffe in die Meinungsfreiheit unzulässig, soweit sie darauf gerichtet sind, Schutzmaßnahmen gegenüber rein geistig bleibenden Wirkungen von bestimmten Meinungsäußerungen zu treffen. Dies hebe das Prinzip der Meinungsfreiheit auf und sei illegitim. Vielmehr könne der Gesetzgeber nur insoweit Meinungsäußerungen einschränken, als mit ihnen die Schwelle zu einer individualisierbaren, konkret fassbaren Gefahr einer Rechtsgutsverletzung überschritten werde. Der Gesetzgeber könne insoweit insbesondere an Meinungsäußerungen anknüpfen, die über die Überzeugungsbildung hinaus mittelbar auf Realwirkungen angelegt sind und etwa in Form von Appellen zum Rechtsbruch, aggressiven Emotionalisierungen oder der Herabsetzung von Hemmschwellen rechtsgutsgefährdende Folgen unmittelbar auslösen können.

BVerfGE 124, 300/332; dazu *Rusteberg*, StudZR 2010, 159/164.

Für den Schutz von materiellen Rechtsgütern ergibt sich hieraus eine Art Eingriffsschwelle für die Gefahrenabwehr: Gefahren, die lediglich von Meinungen als solchen und ihren geistigen Wirkungen ausgehen, berechtigen nicht dazu, sie zum Anknüpfungspunkt von staatlichen Eingriffen zu machen. Maßnahmen in Bezug auf den Inhalt von Äußerungen sind erst dann zulässig, wenn die Meinungen Rechtsgüter Einzelner oder Schutzgüter der Allgemeinheit erkennbar

gefährden. Die Abwehr von Gefahren für Rechtsgüter ist dann ein legitimes Ziel des Gesetzgebers. Der Staat ist damit rechtsstaatlich begrenzt auf Eingriffe zum Schutz von Rechtsgütern in der Sphäre der Äußerlichkeit.

BVerfGE 124, 300/333.

An dieser Gefahrenschwelle haben sich auch die mit erheblichen Grundrechtsbeeinträchtigungen verbundenen Maßnahmen der Gefahrenvorsorge des § 8a Abs. 2 BVerfSchG-E zu orientieren, sofern sie an den Inhalt von Äußerungen anknüpfen. Derartige Maßnahmen sind danach erst zulässig, soweit die getätigten Äußerungen Rechtsgüter in der Sphäre der Äußerlichkeit bedrohen. Anknüpfungspunkt von Maßnahmen müssen insoweit Äußerungen sein, die ihrem Inhalt nach erkennbar auf rechtsgutgefährdende Handlungen hin angelegt sind, das heißt den Übergang zu Aggression oder Rechtsbruch markieren.

Problematisch erscheint in dieser Hinsicht auch der Begriff der Gewalt. Nachdem die Rechtsprechung den Gewaltbegriff so ausladend interpretiert hat, dass bereits bestimmte Formen der Sitzblockade Gewalt beinhalten, können nach der Regelung des § 8a Abs. 2 S. 2 BVerfSchG-E die bloße die Befürworter von Sitzblockaden als Mittel des zivilen Ungehorsams zum Gegenstand von geheimdienstlichen Instrumenten gemacht werden, die ursprünglich zur Terrorbekämpfung gedacht waren. Nach dem Wortlaut, der ein bloßes Befürworten ohne appellativen Charakter erfasst, gilt dies gerade auch für journalistische Kommentare, Analysen und etwa politikwissenschaftliche Stellungnahmen.

Im Ergebnis ähnlich *Wolff*, Gutachten zum TBEG, S. 51 f. Zum Schutz von Sitzblocken durch Art. 8 I GG, *Rusteberg*, NJW 2011, S. 2999.

Es wird daher angeregt, auf die Tatbestandsvariante des bloßen „Befürwortens“ zu verzichten. Alternativ wäre die Variante „Befürworten“ durch „Aufrufen zu“ zu ersetzen. Hinsichtlich des zu Grunde gelegten Gewaltbegriffs könnte eine Klarstellung dadurch erfolgen, dass der fast uferlose Begriff der Gewalt durch „Gewalttätigkeit“ ersetzt wird.

### III. Kernbereichsschutz für den § 9 Abs. 2 BVerfSchG-E

Der Entwurf sieht die Streichung der Sätze 8-11 des § 9 Abs. 2 BVerfSchG vor, womit die Möglichkeit der Wohnraumüberwachung zur Eigensicherung zukünftig aufgehoben wäre.

Erhalten bleibt im Entwurf allerdings die weitergehende Möglichkeit der Wohnraumüberwachung mit technischen Mitteln, der so genannte „große Lauschangriff“. Anders als die Wohnraumüberwachung zur Eigensicherung war dieser nicht Bestandteil des TBKG oder des TBEG und unterlag somit auch weder der für die in diesem Rahmen erfolgten Änderungen geltenden Befristungen oder Evaluierungspflichten. Dementsprechend finden sich zu einer möglichen Änderung der Regelung auch keine Ausführungen in der Entwurfsbegründung.

Eine derartige Änderung ist hingegen dringend notwendig, da die Regelung des § 9 Abs. 2 BVerfSchG-E – anders als das G10 mit der Einfügung des § 3a – nach wie vor nicht an die durch das Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze zur technischen Wohnraumüberwachung angepasst worden ist.

BVerfGE 109, 279.

Diese sind aber grundsätzlich auch auf den Bereich der Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge anwendbar,

Vgl. BVerfGE 110, 33 (LS 2) zu Art. 10 GG.

auch wenn sie dort u.U. andere Regelungen im Einzelnen erlauben.

I.E. zu den Anforderungen *Poscher*, JZ 2009, S. 269 ff.

Entsprechend wird die Einführung einer dem § 3a G10 vergleichbare Regelung für § 9 Abs. 2 BVerfSchG-E nachdrücklich empfohlen, um insoweit auch für das Bundesverfassungsschutzgesetz einen verfassungskonformen Zustand herzustellen.

### IV. Evaluation gem. Art. 9 des Entwurfs

Art. 9 des Entwurfs sieht eine erneute Evaluierung der durch das TBG, TBEG und den jetzigen Entwurf geschaffenen Vorschriften vor. Da bei der vorangehenden Evaluation des TBG zwar der Gewinn an Transparenz gelobt, zugleich aber die mangelnde wissenschaftliche Begleitung kritisiert wurde,

Dazu *Wolff*, Gutachten zum TBEG, S. 22 f.; *Albers*, in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Menschenrechte – Innere Sicherheit – Rechtsstaat, 2005, S. 21 ff.; *Gusy*, in: Roggan (Hrsg.), FS Hirsch, 2006, S. 139 ff.

sah das TBEG in Art. 11 die Pflicht zur Einbeziehung eines wissenschaftlichen Sachverständigen vor.

Diese Vorgaben haben für das TBEG in der Umsetzung zu einem zweigestuften Verfahren geführt. Der eigentliche Evaluationsbericht wurde unter einer wissenschaftlichen Methodenberatung durch die Rambøll Management GmbH, die dazu vom Bundestag i.S.d. Art. 11 TBEG bestellt wurde, verfasst. Zusätzlich wurde mit Herrn Professor Dr. Heinrich Amadeus Wolff ein Rechtswissenschaftler mit der Evaluierung einiger zentraler Normen beauftragt. Gegenstand seines Gutachtens ist die Anwendungspraxis aus staatsrechtswissenschaftlicher Sicht.

Drs. des Innenausschuss 17(4)271, S. 5.

Dabei sind hinsichtlich des eigentlichen Evaluationsberichts gegenüber der Evaluierung des TBG keine wesentlichen Veränderungen festzustellen. Nach wie vor liegt der Schwerpunkt der Darstellung auf den praktischen Bedürfnissen der Sicherheitsbehörden. Hinsichtlich der Belastungen der Maßnahmeadressaten enthält der Bericht nur sehr allgemein gehaltene Angaben. Angaben über mögliche Drittbetroffene sind nahezu nicht vorhanden. Im Ergebnis handelt es sich damit immer noch eher um einen behördlichen Erfahrungsbericht als um eine – notwendig durch eine dritte Instanz vorzunehmende – Evaluation.

Vgl. die Kriterien an eine Evaluation bei *Gusy*, in: Roggan (Hrsg.), FS Hirsch, 2006, S. 139/149; *Albers*, in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Menschenrechte – Innere Sicherheit – Rechtsstaat, 2005, S. 21/34; *dies.*, VerwArch 99 (2008), S. 481/492 f.; im Ergebnis ähnlich wie hier *Wolff*, Gutachten zum TBEG, S. 23.

Der vorliegende Entwurf hat darauf reagiert, indem er in Art. 9 die Anforderungen an die Evaluation gegenüber der Regelung des Art. 11 TBEG noch einmal präzisiert. Zum einen ist nun explizit die Möglichkeit genannt, mehrere Sachverständige für die Evaluation heranzuziehen. Zum anderen ist in Satz 2 nun ausdrücklich festgelegt, dass „bei der Untersuchung auch die Häufigkeit und Auswirkungen der mit den Eingriffsbefugnissen verbundenen Grundrechtseingriffen einzubeziehen und in Beziehung zu setzen [sind] zu der anhand von Tatsachen darzustellenden Wirksamkeit zum Zweck der

Terrorismusbekämpfung“. Gem. Satz 3 ist dieser Maßstab auch bei der Auswahl der Sachverständigen zu berücksichtigen.

Es wird angeregt, diese Vorgaben noch einmal dahingehend zu präzisieren, dass die Perspektive der Grundrechtsbetroffenheit bereits bei der Erstellung der Faktenbasis des Evaluationsberichts ausreichende Berücksichtigung findet. Auch diese sollte Gegenstand einer Tatsachenerhebung sein.

Im Ergebnis ebenso *Wolff*, Gutachten zum TBEG, S. 23.

Dabei wird nicht verkannt, dass die Erstellung des Evaluationsberichts in einem erheblichen Spannungsfeld zwischen der Einhaltung notwendiger Geheimhaltungsinteressen und der Gewinnung einer möglichst umfassenden Faktenbasis steht. Allerdings ist nicht von vorneherein ersichtlich, warum Geheimhaltungsinteressen bei der Darstellung der Grundrechtsbetroffenheit schwieriger zu wahren sein sollten als bei der Darstellung sonstiger praktischer Erfahrungen.

Für Art 9 des Entwurfs wird deshalb folgende Formulierung vorgeschlagen, die besser als die vorliegende zum Ausdruck bringt, dass auch hinsichtlich der grundrechtlichen Betroffenheit, die der Entwurf zu Recht als Evaluationsgegenstand hervorhebt, eine Beurteilung auf der Grundlage zuvor erhobener Fakten erfolgt:

„Bei der Untersuchung sind *anhand von Tatsachen* auch die Häufigkeit und die Auswirkungen der mit den Eingriffsbefugnissen verbundenen Grundrechtseingriffe einzubeziehen und in Beziehung zu setzen zu der Wirksamkeit zum Zweck der Terrorismusbekämpfung.“

Ferner sollte geprüft werden, eine Pflicht zur Veröffentlichung einer unter Geheimhaltungsaspekten unbedenkliche Version des Evaluationsberichts vorzusehen. Nur durch die öffentliche Zugänglichkeit des Berichts werden die vertrauensbildenden Potentiale der Evaluation ausgeschöpft. Nicht zuletzt die operative Arbeit der Sicherheitsbehörden könnte davon profitieren, ist sie doch in erheblichem Umfang auch auf das Vertrauen der Bürger angewiesen.

## V. Zusammenfassung

1. Der Entwurf ist grundsätzlich zu begrüßen. Er stärkt die rechtsstaatliche Absicherung der Maßnahmen zur Terrorismusbekämpfung gegenüber der bisherigen Rechtslage und entwickelt die Evaluationspflicht fort.
2. Die Anordnungsbefugnisse des § 8a BVerfSchG-E bleiben begründungsbedürftig, da sie den Geheimdiensten operative Befehlsbefugnisse verleihen, die bislang grundsätzlich der Polizei vorbehalten waren. Insoweit sollte eine Klarstellung im Wortlaut erfolgen, dass derartige Anordnungen grundsätzlich nicht vollstreckungsfähig sind.
3. Die Verfahrensanforderungen des § 8b BVerfSchG-E sind auch auf Maßnahmen nach § 8a Abs. 1 BVerfSchG-E zu erstrecken. Jedenfalls bedarf es aber eines Ausgleichs für die Heimlichkeit der Maßnahmen.
4. Maßnahmen nach § 8a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 BVerfSchG-E dürfen nicht dazu benutzt werden, die Inhalte der Nutzung von Telediensten zu erfassen. Hier sollte eine entsprechende Klarstellung im Wortlaut erfolgen.
5. In § 8a Abs. 2 S. 2 BVerfSchG-E sollte zwischen dem bloßen Innehaben einer Meinung und ihrer von der Meinungsfreiheit gedeckten Äußerung auf der einen und gefährlichen Handlungen und Rechtsverstößen auf der anderen Seite differenziert werden. Entsprechend sollte die Alternative des bloßen Befürwortens in § 8a Abs. 2 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 BVerfSchG-E gestrichen werden. Ferner sollte der Begriff der Gewalt durch den enger gefassten Begriff der Gewalttätigkeiten ersetzt werden.
6. Für § 9 Abs. 2 BVerfSchG-E bedarf es einer Regelung zum eines Schutz des unantastbaren Kernbereichs privater Lebensgestaltung. Dieser kann an § 3a G10 angelehnt werden.
7. Bei einer zukünftigen Evaluation sollte bereits auf der Ebene der Erhebung der Fakten die Grundrechtsbetroffenheit stärkere Berücksichtigung erfahren. Ferner sollte eine Pflicht zur Veröffentlichung jedenfalls einer unter Geheimschutzaspekten unbedenklichen Version des Evaluationsberichts aufgenommen werden.