

Eurona-Universität Viadrina, PF 1786, 15207 Frankfurt

**Prof. Dr. Heinrich Amadeus
Wolff**

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb.
Staatsrecht und
Verfassungsgeschichte

Tel. +49 (0) 335 55 34-22 95/-22
Frankfurt (Oder), 12. Oktober 2011

Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung vor dem Innenausschuss des Deutschen Bundestages am 17. Oktober 2011 von 17:00 bis 19:00 Uhr

- 1. zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsschutzgesetzes, BT-Drs 17/6925, und**
- 2. Antrag der Abgeordneten Wolfgang Wieland u.a., BT-Drs 17/3687**

I. Allgemein

Der Gesetzentwurf (BT-Drs 17/6925) zur Änderung des Bundesverfassungsschutzgesetzes (BVerfSchG) ist das Ergebnis der Evaluierung gemäß Art. 11 des Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetzes (TBEG) vom 05.01.2007. Es bildet den dritten legislativen Akt bezüglich der Auskunftsansprüche der Nachrichtendienste seit dem Jahr 2001.

Die Ergebnisse liegen der Sache nach zwischen den strengen verfahrensrechtlichen Ausgestaltungen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes (TBG) von 2002 und der großzügigeren Fassung des TBEG.

Die Frage, ob die Verlängerung und Veränderung der Informationsbefugnisse der Nachrichtendienste notwendig bzw. sinnvoll sind oder nicht, ist Aufgabe der demokratisch gewählten Volksvertreter und nicht einer gutachterlichen Stellungnahme eines Rechtswissenschaftlers. Bei einer rein verfassungsrechtlichen Bewertung gilt Folgendes:

Der Entwurf ist durch folgende neun Grundsätze geprägt:

(1) Die materielle Eingriffsschwere ist gegenüber dem G-10-Gesetz, d.h. gegenüber der inhaltlichen Telefonüberwachung, weiterhin abgesenkt, es wird nicht, wie beim TBG, an die Schwelle des § 3 G 10 angeknüpft,

sondern wie beim TBEG an eine abgesenkte Schwelle.

Dies ist sachlich gut vertretbar, da es bei § 8a BVerfSchG nicht um den Inhalt von Telekommunikationsbeziehungen geht. Es macht grundrechtlich aber einen Unterschied, ob die Informationseingriffe wie bei G 10 den Inhalt einer Kommunikationsbeziehung erfassen oder nur deren äußere Daten.

(2) Die Frage der Einschaltung der G-10-Kommission für die Anordnung des Informationseingriffes wird nicht mehr, wie beim TBEG, daran angeknüpft, ob formal ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG vorliegt. Vielmehr wird die G-10-Kommission darüber hinaus auch beteiligt, wenn die Akte materiell schwer wiegen, wie insbesondere bei der Kreditauskunft und (außerhalb des Gesetzentwurfs) beim IMSI-Catcher. Damit übernimmt das Änderungsgesetz eine Konstruktion, die viele Landesverfassungsschutzgesetze kennen und behält eine Parallelität von Einschaltung der G-10-Kommission zum Richtervorbehalt bei repressiven Informationseingriffen bei. Diese Veränderungen beruhen unter anderem auf einem Vorschlag, den der Unterzeichner in einem auf Bitten des BMI und BMJ erstellten verfassungsrechtlichen Gutachtens formulierte und werden daher sehr begrüßt.

Die Einschaltung der G-10-Kommission einheitlich für alle Informationsbefugnisse beschränkt sich aber auf die Anordnung der Informationsbefugnisse und wird nicht erstreckt auf die Frage der Mitteilung des Betroffenen. Für die Frage der geheimen Informationseingriffe besitzt die Mitteilung eine essenzielle Bedeutung. Der Gesetzentwurf differenziert bei der Mitteilung danach, ob der Informationseingriff formal in Art. 10 Abs. 1 GG eingreift oder nicht. Für die Informationseingriffe unterhalb des Art. 10 GG, d.h. § 8a Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2, Abs. 2a wird für die Frage der Zurückstellung der Mitteilung nicht die G-10-Kommission eingeschaltet. Darüber hinaus werden die Gründe, aus denen eine Mitteilung unterbleiben kann, erweitert. Die Reichweite dieser Erweiterung ist schwer zu überblicken. Formal gesehen soll die Mitteilung in diesen Fällen niemals vollständig unterbleiben. Rein praktisch gesehen wird die Mitteilung aber vielfach endgültig unterbleiben. Dies beruht darauf, dass der Betroffene in den Fällen, in denen die Gründe für die Zurückstellung nicht mehr vorliegen, oftmals nicht mehr erreichbar sein wird, insbesondere weil er nicht mehr in Deutschland aufhält. Rein praktisch wird es daher dazu kommen, dass bei über der Hälfte aller Betroffenen der Informationseingriff vollständig geheim bleiben wird und der Sache nach nur dem Berechtigten bekannt sein wird und den Kreditinstituten, die aber wiederum strenge Vertraulichkeitsauflagen haben. Die Regelung ist unglücklich. Sie ist zu ändern. Will man eine Parallelität zu den stärkeren Informationseingriffen nicht in vollständiger Form erreichen, läge es nahe, nach einem gewissen Zeitablauf all die Fälle, in denen bisher noch nichts mitgeteilt wurde, der G-10-Kommission oder einer anderen Kontrollinstanz vorzulegen.

(3) Der Gesetzentwurf entschließt sich (Art. 9), die Anordnungsbefugnis erneut zu befristen (bis 10. Januar 2016). Dies nimmt die Besonderheiten des geheimen Informationseingriffes auf. Bekanntermaßen legt das Bundesverfassungsgericht kategorial andere Maßstäbe für staatliche Informationseingriffe an, je nachdem, ob diese geheim sind oder nicht. Die Befristung mit anschließender Evaluation ist ein geeignetes Instrument,

damit der Bundestag seiner Verantwortung für die Freiheitsgrundrechte der Betroffenen gerecht werden kann. Die Beachtung der Bedeutung und der Anforderungen einer Gesetzesevaluation, gerade auch unter Beteiligung unabhängiger Dritter, wird von dem Beschließungsantrag der Fraktion von Bündnis90/Die Grünen vom 10. November 2010 (BT-Drs 17/3687) in zutreffender Weise in Erinnerung gebracht..

(4) Das Gesetz ist dadurch gekennzeichnet, dass es nicht alle Regelungen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes wieder aufnimmt. So entfällt die Befugnis gemäß § 8a Abs. 2 Nr. 3 (Postdienstleister), was zu begrüßen ist. Weiter entfällt die Privilegierung für die Wohnraumüberwachung gemäß § 9 Abs. 2 BVerfSchG, was zu bedauern ist.

(5) Die Parallelität aller drei Nachrichtendienste wird aufrechterhalten, auch wenn die Relevanz der hier betroffenen Informationsbefugnisse für die Dienste unterschiedlich ist. Dies scheint grundsätzlich ein sinnvolles Vorgehen für eine Sicherheitsarchitektur Deutschlands, wenn auch nicht notwendig.

(6) Die Eingriffsbefugnisse der Nachrichtendienste werden in zwei Bereichen deutlich erweitert. So werden die Befugnisse bei den Luftfahrtunternehmen durch eine Befugnis gegenüber der zentralen Buchungsstelle erweitert und es wird die Befugnis bei der Kreditauskunft um eine Befugnis zur Abfrage der Kontostammdaten erweitert. Beide Informationseingriffe bedeuten relevante Verbesserungen für die Nachrichtendienste und somit relevante Verschärfungen des Grundrechtseingriffes. Beide Befugnisse sind der Sache nach aber auf die Effektivierung schon bestehender Informationseingriffe bezogen. Es leuchtet nur halb ein, einem Nachrichtendienst grundsätzlich eine Befugnis zu geben, die Ausgestaltung dieser Befugnisse aber so vorzunehmen, dass die Berechtigten Mühe haben, den mit der Befugnis beabsichtigten Zweck zu erreichen. Dies ist nach Einschätzung der zuständigen Behörde in diesen Konstellationen der Fall. Legt man diese Einschätzung zu Grunde, erscheint es grundsätzlich nachvollziehbar, die bestehenden Befugnisse so verfahrensrechtlich zu umhegen, dass die Berechtigten mit den Befugnissen auch den Zweck erreichen, der ihnen zugedacht ist. Daher erscheinen die Erweiterungen zumindest gut nachvollziehbar.

(7) Neu ist weiter die Einführung eines Nachteilsverbotes an die Kreditunternehmen. Diese Regelung ist vom Bestreben getragen, die Nachteile für die Betroffenen einzugrenzen. Ob die Regelung Wirkung entfalten wird oder nicht, ist umstritten. Dieser Streit alleine lässt aber nicht den Sinn, der mit einer solchen Regelung verbunden ist, von selbst entfallen.

(8) Erhebliche Sorgfalt entfaltet der Gesetzentwurf auf die Festlegung bestimmter Formate für die Datenübermittlung. Auf diese Weise wird die Arbeit der Nachrichtendienste wesentlich erweitert. Sofern diese Erweiterung nicht mit einer faktischen Verschärfung des Grundrechtseingriffes verbunden ist, ist dagegen nichts einzuwenden. Die Erleichterung der automatischen Datenübermittlung und die Festlegung des

einheitlichen Formates sollten allerdings einer strengen Beobachtung und einer strengen Beachtung bei der nächsten Evaluierung unterworfen werden.

(9) Nicht Gegenstand des Gesetzentwurfes sind die Arbeitsweise und die Ausgestaltung der G-10-Kommission. Der Gesetzentwurf erweitert das Aufgabenfeld der G-10-Kommission. Nach Vorschlag dieser Stellungnahme sollte sie im Bereich der Mitteilungspflichten noch stärker beteiligt werden. Dabei darf nicht vergessen werden, dass der Gesetzgeber auch die Pflicht hat, die Effektivität und Arbeitsfähigkeit der G-10-Kommission im Blick zu haben. Die Mitglieder der G-10-Kommission nehmen gemäß § 15 G 10 ein öffentliches Ehrenamt wahr. Ob die Ausgestaltung des Ehrenamtes noch zeitgemäß für den Umfang und die Verantwortung dieses Gremiums ist, erscheint fraglich. Zumindest für den Vorsitz erscheint die Einrichtung eines Hauptamtes, das in ähnlicher Weise legitimiert ist wie die Richter des Bundesverfassungsgerichts, für durchaus angemessen.

II. Die Änderungen im Einzelnen

1. Änderung von § 8a Abs. 1:

Inhalt: Postdienstleistungen werden gestrichen und die Eingriffsschwelle wird materiell erhöht.

Bewertung: Dies bedeutet eine Erhöhung des Grundrechtsschutzes und ist zu begrüßen.

2. § 8a Abs. 2 Nr. 1:

Inhalt: Einbezug der zentralen Buchungsstellen von Flugreisen

Folge: Erweiterung der Befugnisse der Nachrichtendienste; Erweiterung des Grundrechtseingriffes;

Bewertung: Zur Abrundung bestehender Befugnisse und zur Effektivierung eines als grundsätzlich zulässig und notwendig erachteten Grundrechtseingriffes ist diese „Abrundungsbefugnis“ gut vertretbar.

3. Streichung von § 8a Abs. 2 Nr. 3

Bewertung: Verringerung der Eingriffsbefugnisse und somit Verbesserung des Grundrechtsschutzes. Sofern davon auszugehen ist, dass die Eingriffsbefugnis nicht benötigt wird, ist die Streichung zu begrüßen.

4. Änderung von § 8a Abs. 2 S. 1 Hs. 2:

a) Ersetzung von „Aufklärung von Bestrebungen oder Tätigkeiten“ durch „Sammlung und Auswertung von Informationen“

Bewertung:

- die Reichweite der Änderung ist schwer einzuschätzen;
- die Zielvorgabe „Sammlung und Auswertung von Informationen“ ist deutlich offener und weiter als die alte

Formulierung; es ist damit eine erhebliche Befugnisausweitung der Berechtigten für alle in Abs. 2 genannten Auskunftsrechte vorgesehen; angesichts des geheimen Erhebungscharakters sind Ausweitungen skeptisch zu betrachten;

- Durch die Umstellung von Aufklärung zu Sammlung werden aber die eigentlichen Aufgaben der Nachrichtendienste, die in der Informationsbeschaffung liegen, wieder stärker in den Vordergrund gestellt. Angesichts der enormen Befugnisdichte des BKA im Bereich des internationalen Terrorismus erscheint es sinnvoll, die Nachrichtendienste wieder auf ihre eigentliche Aufgabe der Vorfeld-Informationsbeschaffung festzulegen.
- Die Formulierung lehnt sich zudem an § 3 G 10 an und ist daher zu begrüßen.

b) Ersetzung von „tatsächliche Anhaltspunkte für“ durch „Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen, dass“

Bewertung:

- auch hier ist unklar, ob die Änderung klar bewertet werden kann;
- die Formulierung „tatsächliche Anhaltspunkte für“ erscheint weiter als die Formulierung „Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen“. Bei der neuen Formulierung muss auch die Schlussfolgerung nachvollziehbar sein. Daher schränkt diese Änderung die Befugnisse der Nachrichtendienste stärker ein.

Insgesamt erscheint diese Umstellung sachlich angemessen.

5. Einfügung von § 8a Abs. 2a:

Inhalt: Zugriff auf Kontostammdaten - Erhebliche Befugnisweiterung

Bewertung: Die Befugnis erweitert die Informationsrechte der Nachrichtendienste um die Möglichkeit des Kontostammdatenabrufs. Auf diese Weise wird die Befugnis aus § 8a Abs. 2 Nr. 2 bzw. deren Wahrnehmung deutlich erleichtert. Es handelt sich wiederum um eine Abrundungsbefugnis zur Effektivierung eines Informationseingriffes, der für sich genommen für notwendig und rechtmäßig gehalten wird. Da er auch mit einer gewissen Entlastung durch Wegfall unnötiger Anfragen an nichtrelevante Kreditinstitute verbunden ist, ist er zumindest gut vertretbar.

6. Neufassung des Antragsrecht - § 8b Abs. 1:

Inhalt: Die Neuregelung vereinheitlicht die Anordnungsbefugnis für alle Informationsrechte. Sie wird auf den Behördenleiter oder Vertreter konzentriert.

Bewertung: Dies bedeutet für die Informationseingriffe nach § 8a Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 eine verfahrensrechtliche Verbesserung und ist zu begrüßen. Weiter ist sie aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung zu begrüßen.

7. § 8a Abs. 3 Zuständigkeit der G-10-Kommission:

Inhalt: Für die Anordnung wird die G-10-Kommission für alle Informationseingriffe gemäß § 8a Abs. 2 für zuständig erklärt. Dies bedeutet hinsichtlich der Befugnisse für § 8a Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 eine verfahrensrechtliche Verbesserung für den Betroffenen.

Bewertung: Die höhere verfahrensrechtliche Absicherung ist gerade für die Kontoabfragen zentral und eine deutliche Verbesserung. Hier liegt eine zentrale grundrechtliche Verbesserung im Vergleich zum TBEG vor. Der Sache nach werden die Befugnisse verfahrensrechtlich insoweit wieder auf den Stand des TBG zurückgesetzt.

8. § 8a Abs. 5 Nachteilsverbot

Die Regelung ist neu. Sie versucht, von den Betroffenen Nachteile seitens der Kreditinstitute abzuwenden. Über den praktischen Sinn kann man streiten. Die Vorschrift ist gut gemeint. Bewertung: Die Vorschrift ist gut vertretbar.

9. § 8b Abs. 6 Begründung der Verpflichtung:

Die Vorschrift stellt klar, dass die Auskunftsadressaten zur Auskunft verpflichtet sind. In der Anhörung zum TBEG war dies noch ein Gesichtspunkt, über den sich die Sachverständigen uneinig waren. Nun wird diese Frage gesetzlich geklärt. Dies bedeutet eine Verschärfung des Grundrechtseingriffs.

10. § 8a Abs. 6 Festlegung des Formates:

Inhalt: Es wird eine Rechtsverordnungsermächtigung für die Festlegung der Art und Weise der Datenübermittlung erlassen. Hier stehen ausdrücklich Effektivitätsgesichtspunkte für die Nachrichtendienste im Vordergrund. Inwiefern eine solche Regelung erforderlich ist, entzieht sich der Beurteilung des Unterzeichners.

11. § 8b Abs. 7 Mitteilungspflicht:

Inhalt: Die Mitteilungspflicht bleibt zweigeteilt. Es gibt Mitteilungsregelungen, die parallel zum G 10 verlaufen und sich auf die Eingriffe beziehen, die formal einen Eingriff in Art. 10 bedeuten. Für die anderen Informationseingriffe verbleibt es bei einem Mitteilungsverfahren, ohne Beteiligung der G-10-Kommission. Insofern wird die Parallelisierung den Eingriff nach dem G 10 nur auf den Informationseingriff und nicht auf die Mitteilung bezogen.

Bewertung: Diese Zweiteilung leuchtet nicht ein. Problematisch ist die Regelung der Mitteilung für die Fälle des § 8a Abs. 2 Nr. 2. Es handelt sich bei diesen Eingriffen um erhebliche Grundrechtseingriffe. Bei der gegenwärtigen Regelung kann es rein faktisch dazu kommen, dass der Betroffene die Mitteilung nicht erhält, ohne dass irgendeine nichtbeteiligte Stelle außerhalb der Berechtigten darüber entscheidet.

Weiter werden die Gründe für die Nichtmitteilung erweitert. Früher

bestanden diese nur darin, dass die Gefährdung des Zwecks des Eingriffes nicht ausgeschlossen werden konnte (§ 8a Abs. 6 a.F.). Nun wird zusätzlich der Gesichtspunkt „Eintritt übergreifender Nachteile für das Wohl des Bundes oder eines Landes“ eingefügt. Diese Verschlechterung der Mitteilungssituation für den Betroffenen ist abzulehnen.

Es sind zusätzliche Sicherungen einzubauen. Es bestehen dafür verschiedene Möglichkeiten.

12. § 8b Abs. 9

Inhalt: Erneute Rechtsverordnungsermächtigung zur Art und Weise der Datenübermittlung: § 8b Abs. 8 schafft die Rechtsgrundlage für eine maschinell verwertbare Datenfernübertragung. Die Norm bemüht sich um eine relativ konkrete Begrenzung der Rechtsverordnungsermächtigung.

Bewertung: Die Norm ist von einer auffallenden Regelungsdichte. Es ist erstaunlich, dass das Gesetz sich der Erleichterung der Datenübertragung zu Gunsten der Nachrichtendienste hingebungsvoller widmet als der Frage der Mitteilung an den Betroffenen unterhalb der Eingriffsschwelle von Art. 10 GG. Der Unterzeichner ist nicht in der Lage, die Reichweite der Rechtsverordnungsermächtigung technisch vollständig zu erfassen. Nach seinem Verständnis bedeutet die Rechtsverordnungsermächtigung eine Erleichterung für eine automatische Datenübertragung. Demnach wird der Anteil der menschlichen Kontrolle an der Datenübertragung reduziert. Bei so sensiblen Eingriffen wie bei § 8a ist dies nicht besonders glücklich, auch wenn der Vorhof des Einstiegs in die automatische Permanentüberwachung wohl etwas weit greifen würde. Empfehlung: Es sollte die Notwendigkeit dieser Verordnungsermächtigung noch einmal überprüft werden.

13. Änderung von § 9

Inhalt: Die erleichterte Möglichkeit der Wohnraumüberwachung zum Schutze der Beschäftigten wird einfachrechtlich aufgehoben. Dies beruht auf dem Grundsatz, dass sie bisher nicht benötigt wurde.

Bewertung: Diese Aufhebung ist abzulehnen. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat diesen Fall ausdrücklich für sinnvoll erachtet. Allein aus dem Umstand, dass die Eingriffsermächtigung noch nicht benötigt wurde, kann man nicht folgen, dass sie unnötig ist. Der Staat reduziert hier ohne Not seine Schutzpflicht gegenüber den Personen, die für ihn tätig werden.

14. § 8b Abs. 9:

Die Einführung der Entschädigungspflicht ist zu begrüßen.

11. Oktober 2011

Heinrich Amadeus Wolff

(Diese Datei wurde elektronisch versendet und ist nicht unterschrieben)