

Julius-Maximilians-

**UNIVERSITÄT
WÜRZBURG**



**Prof. Dr. Kyrill-Alexander
Schwarz**
Institut für Staats- und Verwaltungs-
recht Rechtsphilosophie



Prof. Dr. Kyrill-A. Schwarz, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg

An den Vorsitzenden des Ausschusses
für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und
Sport

MdL Dr. Florian Herrmann

Maximilianeum
81627 München

per Mail

97070 Würzburg
Domerschulstraße 16
Telefon: (0931) 31-8 82335
E-Mail: Kyrill-alexander.schwarz@uni-
wuerzburg.de

Würzburg, den 20.3.2018

Sachverständige Stellungnahme zu den Gesetzentwürfen der Bayerischen Staatsregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts (Drs. 17/20425) und zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes (Dr. 17/20763)

I. Ausgangssituation

Nachdem das Bundesverfassungsgericht mit seiner Entscheidung vom 16. April 2016 – unter grundsätzlicher Bestätigung der legitimen Aufgabe der Bekämpfung des internationalen Terrorismus – das BKA-Gesetz gleichwohl in Teilen für verfassungswidrig erklärt hatte und dem Gesetzgeber zahlreiche – nach Ansicht der abweichenden Meinung der Richter Eichberger und Schluckebier zu weitgehende –

- vgl. ferner zur Kritik im Schrifttum nur: *Gärditz*, in: Menzel/Müller-Terpitz (Hrsg.), *Verfassungsrechtsprechung*, 3. Aufl., 2017, S. 988 ff.; *Lindner/Unterreitmeier*, *DÖV* 2017, 90 (92) -

Vorgaben für die Neukonzeption des BKA-Gesetzes gemacht hat, nimmt der jetzt vorliegende Gesetzentwurf der Bayerischen Staatsregierung die Vorgaben des Gerichts auf und setzt diese in verfassungskonformer Weise um.

In Ansehung der Tatsache, dass der Gesetzentwurf sich nicht nur mit der Aufgabe konfrontiert sah, eine Vielzahl von kleinteiligen verfassungsgerichtlichen Vorgaben umzusetzen, sondern zudem auch – das konzeptionell völlig andere europäische Datenschutzrecht implementieren muss, und der Entwurf dies zum Anlass nimmt, das Polizeirecht insgesamt zu novellieren, will sich die nachfolgende Stellungnahme auf einige wenige Bereiche beschränken. Dies gilt zum einen für die Kategorie der „drohenden Gefahr“, betrifft zum anderen die Novellierung des Verfassungsschutzgesetzes.

II. Die Staatsaufgabe Sicherheit

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Wie spätestens – allerdings sind auch zuvor eine Vielzahl von beabsichtigten Terroranschlägen entweder aufgrund der Aufmerksamkeit der Sicherheitsbehörden oder des Dilletantismus der Täter verhindert worden – der Terroranschlag in Berlin im Dezember 2016 gezeigt hat, dürfte es kaum mehr nur um gefühlte Bedrohungslagen gehen; es existiert vielmehr eine nicht mehr nur theoretische Bedrohung bisher ungeahnten Ausmaßes, die den Staat in der Wahrnehmung seiner Schutzpflichten zwingt, im Interesse einer effektiven Terrorabwehr Grundrechte zu beschränken, um so die ihm anvertrauten Bürger zu schützen.

Zwar erkennt die durch das Grundgesetz konstituierte wertgebundene Ordnung den Schutz von Freiheit und Menschenwürde als obersten Zweck allen Rechts an

- vgl. dazu nur aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts *BVerfGE* 12, 45 (51); 28, 175 (189); 33, 1 (10 f.); 37, 57 (65) -

und beschränkt daher den Zweck des Staates auf die Wahrung des Gemeinwohls;

- *BVerfGE* 42, 312 (332) -

gleichwohl setzt die Verfassung die Existenz des Staates und seiner Handlungsfähigkeit voraus. Dies bedeutet, dass der Staat auch und gerade unter den Vorzeichen terroristischer Bedrohungen eine Balance von Freiheit und Sicherheit herstellen muss,

- Zum prekären Verhältnis von Freiheit und Sicherheit siehe ausführlich *Schwarz*, Die Dogmatik der Grundrechte – Schutz und Abwehr im freiheitssichernden Staat, in: *Blaschke/Förster/Lumpp/Schmidt* (Hrsg.), *Sicherheit statt Freiheit?*, Berlin 2005, S. 29 ff. -

die maßgeblich auch durch die Aussage geprägt wird, dass das in den Grenzen der Rechtsordnung verbleibende Opfer den vorrangigen Schutz des Staates verdient.

- Ausführlich und m.w.N. *Hillgruber*, in: *JZ* 2007, 209 (211 ff.) -

In der Sache geht es darum, dass das Grundrecht auf Freiheit die Gewährleistung von Sicherheit durch den Staat bedingt. Das damit umschriebene Problem lässt sich auch mit dem plakativen Stichwort der Freiheitsgewährleistung durch Freiheitsbeschränkung benennen.

- *BVerfGE* 49, 23 (56 f.): „Es wäre eine Sinnverkehrung des Grundgesetzes, wollte man dem Staat verbieten, terroristischen Bestrebungen, die erklärtermaßen die Zerstörung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zum Ziel haben und die planmäßige Vernichtung von Menschenleben als Mittel zur Verwirklichung dieses Vorhabens einsetzen, mit den erforderlichen rechtsstaatlichen Mitteln wirksam entgegenzutreten. Die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung sind Verfassungswerte, die mit anderen im gleichen Rang stehen und unverzichtbar sind, weil die Institution Staat von ihnen die eigentliche und letzte Rechtfertigung herleitet.“ -

Dabei darf nicht geleugnet werden, dass der mit der tatsächlichen Eskalation der Bedrohungslage

- insoweit ist es auch verfehlt, die Veränderung der Realität auszublenden, wie dies beispielsweise im Schrifttum geschieht, wenn von partiell „eingebildeten Bedrohungen“ ausgegangen wird, so beispielsweise früher *Waechter*, *DVBl.* 1999, S. 809 ff. -

gestiegene Informationsbedarf der Sicherheitsbehörden dazu führt, dass sich Eingriffsbefugnisse immer weiter in das Vorfeld von Gefahren ausdehnen, dass also der herkömmliche Gefahrenbegriff nur bedingt tauglich ist, den Herausforderungen des 21. Jahrhunderts gerecht zu werden. Gefahrenabwehr wird vor diesem Hintergrund zur Gefahrenvorsorge, wobei zu konstatieren ist, dass sich die Befugnisse zur Gefahrenvorsorge überaus dynamisch entwickeln. Dies bringt für das Verfas-

sungsrecht die Frage mit sich, wie diese Dynamik sich in das System des Schutzes grundrechtlicher Freiheit einfügen lässt, da jedenfalls nach allgemeiner Ansicht gerade in diesem Bereich – anders als bei der klassischen Gefahrenabwehr oder bei der Verfolgung bereits begangener Straftaten – klassische rechtsstaatliche Begrenzungsansätze nur bedingt zur Zielverwirklichung tauglich erscheinen.

- ausführlich zu entsprechenden Veränderungen im Schrifttum: *Schoch*, *Der Staat* 43 (2004), S. 347 (362 f.) -

Es sei in Erinnerung gerufen: Die Erweiterung strafprozessualer oder gefahrenabwehrrechtlicher – Befugnisse ist kein Selbstzweck im Sinne von bloßem Aktionismus, sondern Reaktion (in den 70er Jahren auf die Terrorismusgefahr seitens der RAF, später auf das Phänomen der Organisierten Kriminalität und seit dem 11. September 2001 auf einen global agierenden, aber lokal organisierten Terrorismus). Dabei ist der Rechtsstaat gefordert, wenn er, um neuen Herausforderungen gerecht zu werden, das überkommene rechtliche Instrumentarium behutsam fortentwickelt.

Dementsprechend sei auch vor Diffamierungstendenzen gewarnt, die staatliche Institutionen wider besseres Wissen bezichtigen, Bürgerrechte ohne Not auf dem Altar der Sicherheit opfern zu wollen. Das Grundgesetz misst auch und gerade dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung eine zentrale Bedeutung zu. Dies belegt auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wenn es der zu gewährleistenden Sicherheit der Bevölkerung den gleichen Rang zubilligt wie anderen hochwertigen Verfassungsgütern.

- *BVerfGE* 49, 24 (46 f.); 115, 320 (346, 357); 120, 274 (319); 133, 277 (333); zuletzt auch *BVerfG*, *Urt. v. 16.4.2016 – 1 BvR 966/09 u.a.*, Rn. 96 -

Dies gilt umso mehr angesichts einer veränderten Bedrohungslage und einer veränderten Bedrohungsqualität; der Staat ist zur Risikovorsorge und Risikominimierung verpflichtet.

- zum verfassungsrechtlichen „...*Grundsatz der bestmöglichen Gefahrenabwehr und Risikovorsorge...*“ vgl. nur *BVerfGE* 49, 89 (139) -

Insoweit ist der Schutz der Bevölkerung im Vorfeld vor der Begehung schwerster Straftaten ein wesentlicher Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens. Wer dem Staat präventive Mittel – und dies erfasst auch Vorfeldmaßnahmen – aus der „*grundrechtsgebundenen*“ Hand nehmen will, läuft Gefahr, den Staat und die Gemeinschaft der rechtstreuen Bürger wehrlos gegenüber Bedrohungen zu machen, die die Werte einer freiheitlich verfassten Gemeinschaft negieren.

Gerade wegen der zunehmenden Nutzung elektronischer und digitaler Informationsmittel in nahezu allen Lebensbereichen wäre der Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung sowie des Bestandes und der Sicherheit des Bundes und der Länder erheblichen Gefährdungen ausgesetzt, wenn nicht auch den Sicherheitsbehörden die Möglichkeit eingeräumt wird, ihre informationstechnische Handlungsfähigkeit den aktuellen Rahmenbedingungen anzupassen.

- BVerfGE 115, 320 (360): „Die Verfassung hindert den Gesetzgeber nicht grundsätzlich daran, die traditionellen rechtsstaatlichen Bindungen (...) auf der Grundlage einer seiner Prärogative unterliegenden Feststellung neuartiger oder veränderter Gefährdungs- und Bedrohungssituationen fortzuentwickeln. Die Balance zwischen Freiheit und Sicherheit darf vom Gesetzgeber neu justiert, die Gewichte dürfen jedoch von ihm nicht grundlegend verschoben werden.“ -

Von einer solchen grundlegenden Verschiebung kann jedoch mit Blick auf die neu eingeführten Befugnisse im Polizeirecht keine Rede sein. Moderne Kommunikationstechniken werden bei der Begehung und Vorbereitung unterschiedlichster Straftaten zunehmend eingesetzt und tragen so zur Effektivierung krimineller Handlungen bei. Das Schritthalten der Strafverfolgungsbehörden kann daher nicht lediglich als sinnvolle Abrundung des Arsenal kriminalistischer Ermittlungsmethoden bzw. Aufklärungsmittel im Vorfeld konkreter Straftaten begriffen werden, welche die weiterhin wirkungsvollen herkömmlichen Ermittlungsmaßnahmen ergänzt. Es ist vielmehr vor dem Hintergrund der Verlagerung herkömmlicher Kommunikationsformen hin zum elektronischen Nachrichtenverkehr einschließlich der anschließenden digitalen Verarbeitung und Speicherung als notwendiges Instrument zur Herstellung einer gewissen „technischen Parität“ zu sehen.

- zum vorstehenden siehe nur BVerfGE 115, 166 (193); siehe zuletzt auch BVerfG, Urt. v. 16.4.2016 – 1 BvR 966/09 u.a., Rn. 96 -

Es wäre in der Tat eine bemerkenswerte Verdrehung eines grundgesetzlichen Freiheitsverständnisses, „...wollte man dem Staat verbieten, terroristische(n) Bestrebungen (...) mit den erforderlichen rechtsstaatlichen Mitteln wirksam entgegenzutreten.“

- BVerfGE 49, 24 (56) -

Mit Blick auf die zentralen Aufgaben der Polizei und die ihr zur Verfügung stehenden Eingriffsbefugnisse bedeutet dies auch, dass die grundrechtlichen Kautelen jedenfalls auch im Lichte der Bedeutung der Polizei für den Bestand der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ausgelegt werden müssen. Es dürfte nämlich kaum „...der Sinn der Verfassung sein, zwar den verfassungsmäßigen obersten Organen im Staat eine Aufgabe zu stellen und für diesen Zweck ein besonderes Amt vorzusehen, aber den verfassungsmäßigen Organen und dem Amt die Mittel vorzuhalten, die zur Erfüllung ihres Verfassungsauftrages nötig sind.“

- BVerfGE 30, 1 (19 f.) -

Insoweit kommt insgesamt der Gewährleistung von Sicherheit eine verfassungsrechtliche Wertigkeit zu, die sich auch und gerade bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der hier in Rede stehenden Grundrechtseingriffe entfalten muss.

- BVerfGE 115, 320 (357); 120, 274 (319); 133, 277 (333), BVerfG, Urt. v. 16.4.2016 – 1 BvR 966/09 u.a., Rn. 96 -

2. Rechtsstaatliche Kautelen

Datenschutzrelevante Grundrechtsgarantien bedürfen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts organisations- und verfahrensrechtlicher Sicherungen; dies verwirklichen zum einen Auskunftsansprüche.

- *BVerfGE* 120, 351 (359 ff.); in Sonderheit zu behördlichen Benachrichtigungspflichten bei heimlichen Datenerhebungen vgl. nur *BVerfGE* 100, 313 (361, 364); 109, 279 (363 f.); 118, 168 (208 ff.) -

Der Gesetzentwurf sieht ein abgestuftes System von Benachrichtigungen der Betroffenen bei Zugriffen auf ihre Daten vor und genügt damit den verfassungsgerichtlichen Vorgaben in vollem Umfang.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann sich im Einzelfall aus der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ein Anspruch auf Benachrichtigung über die Erhebung personenbezogener Daten ergeben, wenn diese Form der Kenntnisgewähr Voraussetzung für die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes ist,

- *BVerfGE* 100, 313 (364); 109, 279 (364); 120, 351 (362); 125, 260 (335) -

da ohne nachträgliche Kenntnis die Betroffenen weder die Unrechtmäßigkeit der Datenverwendung noch etwaige Rechte auf Löschung, Berichtigung oder ähnliches geltend machen könnten.

Der Gesetzgeber hat sich – frei von verfassungsrechtlichen Bedenken – für ein Konzept entschieden, wonach Daten jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen auch „ohne Wissen des Betroffenen“ erhoben werden dürfen. Dies hat auch seinen guten Grund. Denn Ermittlungen sind regelmäßig von einer beachtlichen Dynamik gekennzeichnet und beschleunigt zu führen. Aufwände, die verfahrenssichernden und rechtsschützenden Zwecken nicht zwingend *zeitnah* geschuldet sind, sollen *zunächst* in Grenzen gehalten werden. Der Gesetzgeber hat dementsprechend eine differenzierte Regelung über die Benachrichtigung getroffen, die eine vorherige Benachrichtigung nicht vorschreibt. Zudem hat er mit der Gestattung, zunächst auch ohne Wissen des Betroffenen Verkehrsdaten zu erheben, erkennbar eine Typisierung vorgenommen, die darauf zurückgeht, dass zumeist der Untersuchungszweck, das Nichtbekanntsein des Aufenthaltsortes des Betroffenen oder die notwendige Beschleunigung der Sachaufklärung einer Vorab-Benachrichtigung entgegenstehen. Das ist ersichtlich nicht unangemessen, dem Betroffenen zumutbar und infolgedessen dem Gesetzgeber von Verfassungs wegen unbenommen.

Es sei im Übrigen der Hinweis gestattet, dass sogar eine fehlende Benachrichtigungspflicht in Ansehung der geringen Eingriffsintensität von Verfassungs wegen unproblematisch sein dürfte, weil jedenfalls eine Rechtsschutzmöglichkeit gegenüber den abschließenden behördlichen Entscheidungen besteht.

- *BVerfG*, NJW 2012, 1419 (1430, Rdnr. 186) -

Im Übrigen ist der Rechtsordnung auch keine generelle Informationsverpflichtung durch Benachrichtigungen zu entnehmen, wie sich in Sonderheit den Bestimmungen der Strafprozessordnung entnehmen lässt. So ist im Fall der Verfahrenseinstellung nach § 170 Abs. 2 StPO eine Benachrichtigung

tigung des Beschuldigten nicht in jedem Fall der Einstellung, sondern nur unter den dort genannten Voraussetzungen vorgesehen. Auch die Benachrichtigungspflichten in § 100 StPO gehen von einem abgestuften System der Benachrichtigungspflichten aus, für die insbesondere die Eingriffintensität der Maßnahme (Verpflichtung zur Benachrichtigung „erheblich mitbetroffener Personen“) entscheidend sind.

- *BVerfG*, NJW 2012, 833 (838, Rdnr. 227 f.) -

Insgesamt ist daher der Gesetzgeber nicht in jedem Fall verpflichtet, Regelungen über eine Benachrichtigungspflicht zu treffen. Dass er sie getroffen hat, ist schon verfassungsrechtlich nicht erforderlich, mag rechtspolitisch aber eine gewisse Befriedungsfunktion zu entfalten. Im Übrigen sei aber auch der Hinweis gestattet, dass Benachrichtigungspflichten zur Kompensation der Heimlichkeit oder Nichterkennbarkeit eines informatorischen Eingriffs nur sehr bedingt tauglich sind, etwaige Defizite zu kompensieren, da die ex-post-Information nicht die Möglichkeit zur effektiven Abwendung der Grundrechtsgefährdung bzw. des Grundrechtseingriffs eröffnet.

Eine weitere Möglichkeit zur Kompensation – hier unterstellter – bestehender Rechtsschutzdefizite stellt der Richtervorbehalt dar. Dabei handelt es sich um eine traditionelle prozedurale Vorkehrung gegenüber Datenerhebungen, die kompensieren soll, dass die überwachte Person – mangels Kenntnis des Grundrechtseingriffs – selbst über keinen primären, präventiven Abwehrrechtsschutz verfügt.

- *BVerfGE* 103, 142 (152); 107, 299 (325); 109, 279 (359); 120, 274 (322) -

Wenngleich ein Richtervorbehalt ausdrücklich nur für Maßnahmen bei Art. 13 GG vorgesehen ist, so geht das Bundesverfassungsgericht gleichwohl in ständiger Rechtsprechung von einem abgestuften Konzept grundrechtsübergreifend wirkender Richtervorbehalte aus. So hatte das Gericht beispielsweise in der GPS-Entscheidung

- *BVerfGE* 112, 304 (318) -

einen Richtervorbehalt eingefordert, obwohl die betroffenen Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG einen solchen Vorbehalt nicht vorsehen. Dieser Ansatz wurde bei Eingriffen in das Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ausgebaut und ein grundsätzlicher Vorbehalt einer richterlichen Entscheidung postuliert.

- *BVerfGE* 120, 274 (331) -

Auch in dieser Hinsicht begegnet der Gesetzentwurf keinen durchgreifenden Bedenken, verwirklicht er vielmehr die vom Bundesverfassungsgericht geforderten Grundrechtssicherungen.

III. Die Eingriffsschwelle der „drohenden Gefahr“

Soweit der Gesetzentwurf für eine Vielzahl polizeilicher Maßnahmen auf die Eingriffsschwelle der „drohenden Gefahr“ abstellt, greift er damit eine in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsge-

rechts geradezu vorgezeichnete Linie auf. Im Übrigen dürfte von zentraler Bedeutung sein, dass die drohende Gefahr bei Lichte besehen auch als eine der „konkreten“ Gefahr anverwandte Kategorie begriffen werden kann.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass das Bundesverfassungsgericht die Kategorie der drohenden Gefahr auch nicht auf bestimmte, nur geringfügige Eingriffsbefugnisse beschränkt hat; vielmehr verlangt das Gericht nur eine an der Gewichtigkeit des zu schützenden Rechtsgutes orientierte Eingriffsschwelle. Ob dieser vom Bundesverfassungsgericht geforderte und mit dem Gesetzentwurf weitgehend realisierte Wechsel hin zu einer rechtsgüterschutzorientierten Ausgestaltung bei gleichzeitiger Abschaffung der bisherigen Straftatkataloge überzeugend ist, mag man mit guten Gründen bezweifeln, war doch das Bayerische Polizeirecht traditionell durch den Ansatz geprägt, die Unversehrtheit der Rechtsordnung zu gewährleisten.

Mit der Schaffung der Kategorie der „drohenden Gefahr“ versucht der Gesetzgeber dem Gedanken Rechnung zu tragen, dass letzten Endes auch das Recht ein Seismograph für Veränderungen der politischen Wirklichkeit ist. So ist das Strafrecht regelmäßig – wie die Entwicklung seit den 70er Jahren zeigt – der jeweiligen terroristischen Bedrohungslage angepasst worden und hat sich damit zu einem Sicherheitsrecht entwickelt. Vergleichbares gilt auf Bundesebene für die Strafprozessordnung und auf Landesebene für die Polizeigesetze der Länder.

Dieser Ansatz entspricht auch der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum BKAG, wenn es dort betont, dass der Gesetzgeber nicht von vornherein für jede Art der Aufgabenwahrnehmung auf die Schaffung von Eingriffstatbeständen beschränkt sei, die dem „tradierten sicherheitsrechtlichen Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren“ entsprechen. Vielmehr könne er die Grenzen auch weiter ziehen, indem er die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs reduziere. So könne eine hinreichend konkrete Gefahr auch dann bestehen, wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lasse, gleichwohl aber bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinwiesen. So könne der Gesetzgeber beispielsweise in Bezug auf terroristische Straftaten auch darauf abstellen, ob das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie „in überschaubarer Zeit“ Straftaten begehen wird. Letzten Endes geht es darum, eine sachgerechte Abwägung zwischen der notwendigen Eintrittswahrscheinlichkeit in Abhängigkeit von der Schwere des drohenden Schadens vorzunehmen.

- dazu *Kubicjel*, ZRP 2017, 57 (59)-

IV. Die Novellierung des Verfassungsschutzgesetzes

1. Allgemeine Aussagen

Die Auswirkungen der BKAG-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf die in Aussicht genommene Gesetzgebung zum Recht der Nachrichtendienste setzt zunächst voraus, die strukturellen Unterschiede zwischen dem Polizeirecht i.w.S. (Gefahrenverhütung, Gefahrenabwehr, Strafverfolgung) einerseits und dem Recht der Nachrichtendienste andererseits zu identifizieren.

Mit Blick auf die zentrale Aufgabe des Verfassungsschutzes und die ihm zur Verfügung stehenden Eingriffsbefugnisse bedeutet dies auch, dass die grundrechtlichen Kautelen jedenfalls auch im Lichte der Bedeutung des Verfassungsschutzes für den Bestand der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ausgelegt werden müssen. Es dürfte nämlich kaum *„...der Sinn der Verfassung sein, zwar den verfassungsmäßigen obersten Organen im Staat eine Aufgabe zu stellen und für diesen Zweck ein besonderes Amt vorzusehen, aber den verfassungsmäßigen Organen und dem Amt die Mittel vorzuhalten, die zur Erfüllung ihres Verfassungsauftrages nötig sind.“*

Insoweit kommt insgesamt der Gewährleistung von Sicherheit eine verfassungsrechtliche Wertigkeit zu, die sich auch und gerade bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der hier in Rede stehenden Grundrechtseingriffe entfalten muss. Die Aufgabenstellung des Verfassungsschutzes hat also Frühwarnfunktion. Daher erfolgt die Beobachtung extremistischer Bestrebungen zumeist schon im Vorfeld einer konkreten Gefahr. Die Maßnahmen werden deshalb schon zum Zeitpunkt des Planens von Straftaten eingesetzt. Wegen der noch fehlenden Verwirklichung einzelner Tatbestandselemente wird die Tatsachenlage häufig durch hohe Ambivalenz der Bedeutung einzelner Verhaltensumstände geprägt. Die beobachteten Tätigkeiten können in harmlosen Zusammenhängen verbleiben; sie können aber auch der Beginn eines Vorgangs sein, der zur Straftat werden soll. Die Verfassungsschutzbehörde muss deshalb unter erheblicher Unsicherheit arbeiten, die größer ist als üblicherweise bei der Tätigkeit von Polizei- oder Strafverfolgungsbehörden und die trotz der Sachkunde und beruflichen Erfahrung ihres Personals nicht ausgeräumt werden kann. Der Verfassungsschutz befindet sich damit vor der Schwierigkeit, entweder Wichtiges zu übersehen und damit seine Aufgabe zu verfehlen oder Maßnahmen auf Indizien zu stützen, die eventuell zu schwach sind, um einen schweren Grundrechtseingriff zu rechtfertigen. Insoweit wird im Schrifttum zunächst zwar zutreffend erkannt, dass die von den Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder zu beobachtenden Bestrebungen nicht zwingend mit einer dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit gleichgesetzt werden können, da sie auch solche Sachlagen erfassen, in denen noch nicht angenommen werden kann, dass sie mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu irgendeiner Rechtsgutsverletzung führen werden. Aber gerade auch in diesen Situationen darf der Staat nicht darauf verzichten, den ihm obliegenden Schutzauftrag zu erfüllen.

Eine zutreffende Würdigung der möglichen Eingriffsbefugnisse des Verfassungsschutzes setzt zunächst voraus, dass man sich der Besonderheiten der von ihm wahrzunehmenden Aufgaben vergewissert. Soweit nämlich als zentrale Argumente gegenüber (in Sonderheit heimlichen) Eingriffsbefugnissen vorgebracht wird, diese führten zu unkontrollierbaren, kumulativen Grundrechtseingriffen von erheblicher Intensität mit einer gleichermaßen erheblichen Streubreite, da eine Vielzahl potentiell Betroffener erfasst werden könne, greift dieser Befund schlichtweg zu kurz und übersieht zudem,

dass die Rechtslage nicht nur dadurch zu charakterisieren ist, dass Grundrechtseingriffe im Gefahrenvorfeld an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts anknüpfen und zudem eine Nähebeziehung des Betroffenen zur abzuwehrenden Gefahr voraussetzen.

Zwar mag es zutreffend sein, dass im „klassischen“ Polizeirecht intensive Grundrechtseingriffe erst ab einer bestimmten Verdachts- bzw. Gefahrenstufe zulässig sind; dies setzt aber auch eine Funktionsbestimmung voraus, die sich grundlegend von der Tätigkeit der Verfassungsschutzbehörden unterscheidet. Danach sind die Ämter für Verfassungsschutz im Wesentlichen auf die Sammlung und Auswertung von Informationen über verfassungsfeindliche Bestrebungen und geheimdienstliche oder sicherheitsgefährdende Aktivitäten beschränkt; „polizeiliche Befugnisse“ – also Eingriffsbefugnisse über den Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel hinaus, stehen ihnen ausdrücklich nicht zu. Daraus folgt auch, dass zwischen Polizei und Verfassungsschutz weder ein Konkurrenz- noch ein Ergänzungsverhältnis besteht; die Polizei ist vielmehr auf die Abwehr bestimmter, im Einzelnen durch den Gesetzgeber näher zu definierenden Gefahren und die Aufklärung strafbarer Handlungen bei tatsächlichen Anhaltspunkten beschränkt, während dem Verfassungsschutz die Beobachtung bzw. das Ausspähen von abstrakt staatsgefährdenden „Bestrebungen“ zukommt. Dies mag bei Lichte besehen zu dem – allerdings zu kurz greifenden – Befund führen, sowohl die Polizei als auch der Verfassungsschutz seien beispielweise für die Terrorismusbekämpfung zuständig. Entscheidend ist aber, dass der Verfassungsschutz langfristig die strukturelle Entwicklung des Terrorismus beobachtet, während der Polizei die Abwehr konkreter Gefahren und die Strafverfolgung obliegen. Dementsprechend ist die polizeiliche Tätigkeit auch nicht – primär – auf Vorfelduntersuchungen und die Analyse von terroristischen Phänomenen beschränkt; die der Polizei eingeräumten Befugnisse zielen vielmehr auf die Verhinderung der unmittelbaren Tatausführung und die Beweissicherung ab. Dies bedeutet aber auch, dass – anders als beim Verfassungsschutz – nicht die Langzeitbeobachtung terroristischer Bestrebungen im Vordergrund steht, sondern vielmehr die Verhinderung konkret bevorstehender terroristischer Aktivitäten.

Vor diesem Hintergrund wird auch deutlich, dass mit der Gewinnung struktureller Vorfelderkenntnisse zur Aufklärung von Bestrebungen in aller Regel gerade keine unmittelbaren Sanktionen und Konsequenzen für die Betroffenen verbunden sind, diese sogar kraft Gesetzes grundsätzlich ausgeschlossen sind. Demgegenüber ist die Polizei im Bereich der Repression nach Maßgabe des Legalitätsprinzips verpflichtet, im Bereich der Prävention nach Maßgabe des Opportunitätsprinzips berechtigt, gegen verdächtige Personen vorzugehen. Diese nachteiligen Folgen sind aber deutlich eingriffsintensiver als bloße Vorfelduntersuchungen.

Die Unterschiede zwischen dem herkömmlichen Polizeirecht und den Befugnissen des Verfassungsschutzes lassen sich aber auch anhand eines anderen Kriteriums verdeutlichen. Wenn auf die Parameter der „Verdachtslosigkeit“ einerseits und der „Streubreite“ des Eingriffs andererseits als Argument für die Verfassungswidrigkeit einer möglichen Befugnisserweiterung des Verfassungsschutzes abgestellt wird, so vermag dies nicht zu überzeugen.

So setzen heimliche Maßnahme des Verfassungsschutzes – und dies gilt auch für den Einsatz technischer Überwachungsmittel – selbst erhebliche Vorfeldaktivitäten voraus, die mit dem herkömmlichen Instrumentarium des Verfassungsschutzes darauf abzielen, den Kreis derer maßgeblich zu begrenzen, die überhaupt für eine entsprechende Maßnahme in Betracht kommen. Insoweit muss der Verfassungsschutz schon auf einer vorgelagerten Ebene Erkenntnisse sammeln, die den späteren Grundrechtseingriff rechtfertigen können. Das aber bedeutet, dass derjenige, der von entsprechenden Überwachungsmaßnahmen erfasst wird, in der Regel, nachdem durch entsprechende Vorfeldmaßnahmen der Kreis der potentiellen Gefährder eingegrenzt wurde, auch einen entsprechenden Anlass dazu gegeben hat. Insoweit ist auch die sog. „Online-Durchsuchung“ gerade kein „Verdachts-“ oder „Verdächtigengewinnungseingriff“, da vor ihrem Einsatz bereits konkrete Anhaltspunkte eruiert wurden, die auf potentielle Gefahren hindeuten können. Damit kann aber auch dem Gedanken Rechnung getragen werden, dass bei dieser Maßnahme jedenfalls von Anfang an keine sehr große Ausgangsmenge von Personen betroffen sein wird. Die „Online-Durchsuchung“ ist kein verdachtsloser Grundrechtseingriff.

Im Ergebnis handelt es sich daher bei entsprechenden Regelungen, die zu heimlichen Überwachungsmaßnahmen ermächtigen, auch nicht um Bestimmungen, die zu grundrechtseingreifenden Ermittlungen „ins Blaue hinein“ ermächtigen.

Etwas weiteres gilt es zu berücksichtigen: Wenn nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen der Verhältnismäßigkeit eines Grundrechtseingriffs entscheidend auf die Art und Schwere der Grundrechtsbeeinträchtigung einerseits und den intendierten Rechtsgüterschutz andererseits abzustellen ist, dann zeigt sich auch bei diesem Bewertungsmaßstab der entscheidende Unterschied zwischen polizeirechtlichen Befugnisnormen und den Eingriffsbefugnissen des Verfassungsschutzes. Letztere dienen unstreitig dem Schutz von Rechtsgütern höchsten Ranges; sie verzichten aber auch nicht a priori auf das erforderliche Kriterium der Erfolgseignung, sondern schränken durch entsprechende Vorfeldermittlungen den Anwendungsbereich der Vorschrift auf Fälle ein, in denen eine gewisse Nähe der zu überwachenden Personen zur fraglichen Rechtsgutbedrohung gegeben ist. Dieses Procedere entspricht im Übrigen auch der ständigen Rechtsprechung, wonach mit zunehmendem Gewicht der bedrohten Rechtsgüter geringere Anforderungen an die Schadensnähe und damit insgesamt an die maßgebliche Gefahrenschwelle als Eingriffskriterium gestellt werden dürfen.

Insgesamt zeichnen sich daher die dem Verfassungsschutz eingeräumten Eingriffsbefugnisse durch eine geringere Eingriffsintensität aus als sie beispielsweise Maßnahmen auf präventiv-polizeilicher Grundlage oder sogar repressiven Eingriffen zu Eigen sind. Der Verfassungsschutz betreibt Risikoversorge und nimmt daher eine genuine Staatsaufgabe in verhältnismäßiger Weise wahr.

2. Konkrete Folgerungen

a. Allgemeine Aussagen

Zunächst ist zu betonen, dass in Ansehung des Streitgegenstandes das BKAG-Urteil keinerlei Bindungswirkung für den Gesetzgeber im Bereich der Nachrichtendienste entfaltet. Zwar lässt die Entscheidung, die zusammenfassend – wenngleich auch nicht immer konsistent – die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Sicherheitsrecht in den letzten 15 Jahren enthält, in Ansätzen erkennen, welche Maßstäbe für das Gericht von besonderer Bedeutung sind; indes sollte der Gesetzgeber – anders als bei der Novellierung des Polizeirechts – sich seiner Gestaltungsspielräume durchaus bewusst sein und diese auch „offensiv“ nutzen. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts im BKAG-Verfahren beschränkt – wie die Sondervoten *Eichberger* und *Schluckebier* eindrücklich belegen – unter Rückgriff auf Verhältnismäßigkeitserwägungen in kaum mehr zu billigender Weise die Prerogative des Gesetzgebers. Zu Recht ist in diesem Zusammenhang von einem „rechtsstaatlichen Overkill“ (*Gärditz*) gesprochen worden, der den Gedanken plausibel erscheinen lässt, dass das Bundesverfassungsgericht die Schranken der Gewaltenteilung nicht nur berührt, sondern substantiell überschritten hat.

Immerhin scheint – wenn auch nicht immer konsequent durchgehalten – das Bundesverfassungsgericht die – oben skizzierten – Unterschiede zwischen nachrichtendienstlicher und polizeilicher Aufgabe selbst anzuerkennen und geht daher auch von niedrigeren Eingriffsschwellen für nachrichtendienstliche Aufklärungsmaßnahmen aus. Vor diesem Hintergrund dürften nachrichtendienstliche Erforschungseingriffe auch grundsätzlich einem legitimen Ziel dienen und sich insgesamt auch als verhältnismäßig erweisen.

Kritik verdient die Entscheidung zum BKAG – wie generell die Rechtsprechung des Ersten Senats – auch unter dem Aspekt der fehlerhaften Annahme, dass die grundrechtliche Handlungsfreiheit schon dann eingeschränkt werde, wenn der Betroffene nicht abschätzen könne, welche Folgen sein Verhalten für ihn haben werde. Dies ist eine oft wiederholte Behauptung, die mangels empirischer Belegbarkeit nicht durch die Häufigkeit der Wiederholung besser wird.

Das Gericht hat zudem – wenngleich auch dies nicht unumstritten – als Ausdruck prozeduralen Grundrechtsschutzes eine Vielzahl von Verfahrensanforderungen aufgestellt, die dem – fehlerhaften – Gedanken einer eingriffsintensiven Überwachungsmaßnahme geschuldet sind. Dies gilt in Sonderheit für Richtervorbehalte, die als präventive Kontrolle zur Kompensation des Grundrechtseingriffs beitragen sollen. Ob dies bei Vorfeldmaßnahmen, die ohnehin nur das Ergebnis weiterer vorgelagerter Informationsgewinnungen sind, auch geboten ist, dürfte höchst zweifelhaft sein.

Auch mit Blick auf den Kernbereich privater Lebensgestaltung geht das Gericht in der Zwischenzeit – was ein bemerkenswerter **Erkenntniszugewinn** ist – davon aus, dass ein unbeabsichtigtes Eindringen in diesen Kernbereich nicht a priori ausgeschlossen werden kann; unbeschadet der Tatsache, dass der gezielte Eingriff unzulässig ist, bedarf es im Übrigen auch entsprechender verfahrensrechtlicher Kautelen.

Auch die Ausführungen im BKAG-Urteil zum Gedanken der Transparenz sind nicht frei von Bedenken, besteht hier doch die Gefahr, dass die Aufgabenwahrnehmung durch entsprechende Berichts-

pflichten eingeschränkt werden kann. Gleichwohl dürften nachträgliche, die Informationsverarbeitung nicht gefährdende Informationen über Observationsmaßnahmen von Verfassungen wegen unbedenklich sein. Ob demgegenüber auch eine allgemeine Unterrichtung in Form regelmäßiger Berichte – jenseits der ohnehin erfolgenden Berichte gegenüber dem Bundestag und damit gegenüber der Öffentlichkeit – von Verfassungen wegen geboten ist, erscheint zweifelhaft, da sie geeignet wäre, die Aufgabenwahrnehmung durch einen partiell interessengesteuerten Diskurs zu delimitieren.

b. Konkrete Folgerungen

Der Gesetzentwurf ist sich bei der Neuregelung der Befugnisse des Verfassungsschutzes in verfassungskonformer Weise der Unterschiede zwischen polizeilichen Befugnissen einerseits und nachrichtendienstlichen Befugnissen andererseits bewusst macht dies auch deutlich.

Dessen ungeachtet wird man dem Bundesverfassungsgericht folgen (müssen), wenn es auch im Bereich des vorgelagerten Rechtsgüterschutzes bei Observationsmaßnahmen von relevanten Grundrechtseingriffen ausgeht, da die so gewonnenen Erkenntnisse später Grundlage aktioneller Maßnahmen sein können. Allerdings ist nochmals darauf hinzuweisen, dass den Verfassungsschutzbehörden ausschließlich informationelle Befugnisse zustehen, während aktionelle Maßnahmen gerade nicht zum Aufgabenwahrnehmungsspektrum gehören. Vor diesem Hintergrund erweist sich jede nachrichtendienstliche Tätigkeit im Ergebnis als Vorsorgemaßnahme, die gerade darauf abzielt, drohenden Gefahren für herausragende Schutzgüter wirksam zu begegnen. Dies trägt auch dem Gedanken eines – verfassungsrechtlich ohnehin umstrittenen – Trennungsprinzips Rechnung, wonach die Nachrichtendienste auf die Aufgabe der verdachtsgewinnenden Lageaufklärung und die Polizei auf die Verdachtsverdichtung und die ggf. erforderliche Konzentration beschränkt sind. Dies ist vor allem unproblematisch, weil der Verfassungsschutz gerade nicht jede Information weiterleitet, sondern eben nur die relevanten Informationen seiner Aufklärungsarbeit.

Vor diesem Hintergrund erscheinen auch Anforderungen an eine umfassende Kontrolle im Vorfeld als überzogen; soweit kernbereichsrelevante Informationen in Rede stehen, dürfte auch eine Nachkontrolle ausreichend sein. Dies gilt auch für Benachrichtigungspflichten, die soweit nicht die Art. 10 und 13 GG berührt sind, durchaus restriktiv gehandhabt werden dürfen. Soweit aus den Erhebungen der Daten keine weiteren Maßnahmen folgen, scheint eine Mitteilungspflicht von Verfassungen wegen überzogen.

gez. Kyrill-A. Schwarz