

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Bundeskriminalamtsgesetz – Eine Zwischenbilanz des allgemeinen Sicherheitsrechts*

Zusammenfassung

Die BKA-Entscheidung gab dem Ersten Senat Gelegenheit, seine bisherige Rechtsprechung im Sicherheitsrecht zusammenzufassen, zu konsolidieren und weiterzuentwickeln. Hierin kann auch die eigentliche Bedeutung der Entscheidung gesehen werden. Sie zeichnet den Weg zu einer allgemeinen Dogmatik des Sicherheitsrechts. Die Entscheidung bietet zugleich Anlass, sich noch einmal mit einigen methodischen Fragen zu beschäftigen, welche die Rechtsprechung zum Sicherheitsrecht über die Jahre hinweg aufgeworfen hat. Im Ergebnis gilt es das bisher Erreichte kritisch zu würdigen, aber zugleich zu konstatieren, dass die Debatte noch keineswegs an ihr Ende gelangt ist. Sie sollte sich in Zukunft verstärkt auf die Frage konzentrieren, wie eine effektive Kontrolle der Sicherheitsbehörden ermöglicht werden kann.

Summary

The decision concerning the Federal Criminal Police Office Act gave the First Senate of the German Federal Constitutional Court the opportunity to summarise, consolidate and develop further the previous case law on security law. One might consider this aspect to be the decision's actual significance paving the way to a general security law doctrine. The decision also gives reason to address some of the methodological questions risen by the jurisprudence over the course of the years. Eventually, it is necessary to examine the previous accomplishments in a critical manner yet at the same time to notice that the debate is far from being closed. In the future, the debate should concentrate on the question of how an effective control of the security agencies can be reached.

Résumé

La décision sur l'Office fédéral de la police criminelle a fourni au premier sénat de la Cour constitutionnelle fédérale l'opportunité de résumer, consolider et développer sa jurisprudence précédente dans le domaine du droit de la sécurité. Ce processus permet de reconnaître la véritable signification de l'arrêt. Il montre la voie vers une doctrine

* Der Verfasser ist zurzeit als Akademischer Mitarbeiter im DFG-geförderten Projekt „Personale Risikovorsorge im Polizei- und Ordnungsrecht“ an der Abteilung 2 des Instituts für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg beschäftigt.

générale du droit de la sécurité. Parallèlement l'arrêt donne l'occasion de traiter de nouveau certaines questions méthodiques posées par la jurisprudence au fil des années. En résumé il s'agit de louer les acquis tout en conservant un regard critique et considérer que le débat n'a pas encore pris fin. Dorénavant ce débat devrait se concentrer plus expressément sur la question de savoir comment établir un contrôle effectif des autorités de sécurité.

A. Übersicht

Der Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts* vom 20. April 2016¹ lagen mehrere Verfassungsbeschwerden zu Grunde, die sich unmittelbar gegen diejenigen Regelungen des Bundeskriminalamtsgesetzes (BKAG) richteten, welche durch Gesetz vom 25. Dezember 2008 als Unterabschnitt 3 a in das BKAG eingefügt worden waren.² Auf der Grundlage des hierfür im Jahre 2006 neu geschaffenen Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 a GG³ hatte der Bundesgesetzgeber dem *Bundeskriminalamt (BKA)* über seine bisherigen Aufgaben in der Strafverfolgung hinaus die bis dahin den Ländern vorbehaltene Aufgabe der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus übertragen.⁴

Die dem *BKA* übertragenen und mit den Verfassungsbeschwerden angegriffenen Befugnisse umfassen nahezu das gesamte Arsenal der modernen sicherheitsbehördlichen Datenerhebung, von der Wohnraum- und Telekommunikationsüberwachung bis zur Online-Durchsuchung und Rasterfahndung. Zu fast allen diesen Maßnahmen hatte sich das *BVerfG* in den letzten Jahren geäußert, allerdings jeweils in gesonderten Entscheidungen.⁵ Die vorliegende prozessuale Konstellation gab dem Ersten Senat somit Gelegenheit, die bisherige Rechtsprechung im Rahmen einer Gesamtschau zusammenzufassen, zu konsolidieren und weiterzuentwickeln.⁶ Hierin kann auch die eigentliche Bedeutung des Urteils gesehen werden. Die Entscheidung bietet damit zugleich Anlass, sich noch einmal mit einigen grundsätzlichen Fragen zu beschäftigen, die diese Rechtsprechung über die Jahre hinweg aufgeworfen hat.

Demgegenüber fallen die unmittelbaren Rechtsfolgen der fast achtzig Seiten starken Entscheidung vergleichsweise überschaubar aus: Von den angegriffenen Regelungen erklärt das Gericht lediglich § 20 h Abs. 1 Nr. 1 c BKAG (Einsatz technischer Mittel in oder aus Wohnungen gegen Kontakt- und Begleitpersonen) und § 20 v Abs. 6 Satz 5 BKAG (Verzicht auf Löschung bei Erforderlichkeit von Daten zur Verfolgung oder

1 *BVerfG*, Urteil vom 20. April 2016, – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 – Rn. 1 f.

2 Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt vom 25. Dezember 2008, BGBl I, 3083. Vgl. *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 1.

3 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006, BGBl I, 2034. Bei der Frage, inwieweit die angegriffenen Regelungen kompetenzrechtlich durch Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 a GG gedeckt sind, zeigt das Gericht keinerlei Willen, sich mit dem komplizierten Verhältnis von Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 a und Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG auseinanderzusetzen und verweist stattdessen auf den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers, derartige Befugnisse des *BKA* zu ermöglichen, *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 88 f.

4 Aufz. zu der Neuregelung *Bäcker*, Terrorismusabwehr durch das Bundeskriminalamt, 2009.

5 Aufz. Übersicht über diese Rechtsprechung bei *Tanneberger*, Die Sicherheitsverfassung, 2014.

6 Vgl. die diesbezügliche Einschätzung im Sondervotum von *Eichberger*, *BVerfG* (Fn. 1), SV *Eichberger*, Rn. 2.

Verhütung von Straftaten mit erheblicher Bedeutung) für verfassungswidrig und nichtig. Daneben hält das Gericht zwar zahlreiche weitere Einzelvorschriften für mit der Verfassung unvereinbar. Die Gründe für die Verfassungswidrigkeit dieser Vorschriften bestrafen aber allesamt „nicht den Kern der mit ihnen eingeräumten Befugnisse, sondern nur einzelne Aspekte ihrer rechtsstaatlichen Ausgestaltung.“ Ihre Beurteilung als insgesamt verfassungswidrig ergebe sich maßgeblich daraus, „dass es an einzelnen übergreifend die Verhältnismäßigkeit sichernden Regelungen [...] fehlt.“ Der Gesetzgeber könne in diesen Fällen „die verfassungsrechtlichen Beanstandungen nachbessern und damit den Kern der mit den Vorschriften verfolgten Ziele auf verfassungsmäßige Weise verwirklichen“.⁷

B. Grundrechtstheorie und methodisches Vorgehen

I. Selbstreferentialität in der Abwägung

Der Umstand, dass die Entscheidung in weiten Teilen eine Konsolidierung und Fortentwicklung der bisherigen Rechtsprechung darstellt, hat auch Auswirkungen auf das methodische und argumentative Vorgehen des Gerichts. In noch stärkerem Umfang, als dies sonst bereits der Fall ist, verzichtet das Gericht auf eine eigenständige argumentative Begründung und Herleitung des von ihm zur Prüfung herangezogenen Maßstabs und verweist stattdessen auf seine vorangegangene Judikatur.⁸ Begründet wird die Entscheidung somit fast ausschließlich selbstreferentiell: Das Gericht entscheidet, weil es zuvor schon entschieden hat.⁹

Dem entspricht, dass das Gericht seine Prüfung fast ausschließlich auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne vornimmt.¹⁰ In der dort angenommenen Kollisionslage kommt den Grundrechten gerade kein abstrakter Festsetzungsgehalt mehr zu. Zur Auflösung der Kollisionslage bedarf es deshalb des Rückgriffs auf sogenannte Vorrangbedingungen, die aus einer Verallgemeinerung der von der Rechtsprechung im Einzelfall getroffenen Abwägungsentscheidungen hervorgehen.¹¹ Der Bezug auf den Verfassungstext wird so weitestgehend durch den Bezug auf das Präjudiz ersetzt. Statt Argumentation steht die Dezision im Vordergrund.¹²

7 *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 356 ff.

8 Allgemein zum argumentativen Vorgehen des Gerichts *Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger* [Hrsg.], Das entgrenzte Gericht, 2011, 161 ff.

9 Hinzu treten vor allem Verweise auf europäische und internationale Regelungen und Urteile, die zwar helfen einen gemeinsamen Standard zu etablieren, aber ebenfalls ohne weitere Argumentation auskommen, vgl. etwa *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 135, 335, 339 (Verweis auf EuGH NJW 2014, 2169); Rn. 107, 117, 174, 285, 305, 335 (Verweis auf den EGMR). Dazu *Specker genannt Döhmann*, VerfBlog, 2016/4/21, <http://verfassungsblog.de/bundesverfassungsgericht-kipptbka-gesetz-ein-pyrrhus-sieg-der-freiheitsrechte/> (alle Links zuletzt abgerufen am 15.11.2016).

10 Vgl. den Befund bei *Eichberger*, *BVerfG* (Fn. 1), SV *Eichberger*, Rn. 3; krit. *Durner*, DVBl 2016, 780 (782).

11 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, 152; *ders.*, Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, 224.

12 Zum Zusammenhang von Dezision, Präjudiz und Abwägung *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, 2009, 59 ff.

In der Sache sieht sich das Gericht auf der Suche nach einem angemessenen Ausgleich zwischen Freiheit und Sicherheit. Es transportiert so eine – in politiktheoretischer Hinsicht sicherlich nicht falsche Fragestellung¹³ – nahezu ungefiltert auf die Ebene des Verfassungsrechts. Zugleich legt es damit das Leitmotiv der gesamten Prüfung fest: Den betroffenen Freiheitsrechten steht die verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers gegenüber, „einen wirksamen Schutz der Grundrechte und Rechtsgüter der Bürgerinnen und Bürger zu sichern.“¹⁴ Die verfassungsmäßige Ordnung, der Bestand und die Sicherheit des Bundes und der Länder sowie Leib, Leben und Freiheit der Person seien Schutzgüter von hohem verfassungsrechtlichem Gewicht. Die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit der Bevölkerung seien Verfassungswerte, „die mit anderen hochwertigen Verfassungsgütern im gleichen Rang stehen.“¹⁵

Daraus folgt aber: Gleich, ob der Staat Eingriffe in die Grundrechte zum Zwecke der Gewährleistung von Sicherheit vornimmt oder dies zugunsten des betroffenen Grundrechts unterlässt, stets dient sein Handeln der Verwirklichung der in der Verfassung angelegten Ordnung. Da aber die miteinander konfligierenden Verfassungsgüter nicht jeweils zugleich in gleichem Maße verwirklicht werden können, geht die Förderung des einen Verfassungsguts notwendig zugunsten des anderen. In der Konsequenz ist nicht mehr nur der Eingriff in die Grundrechte, sondern ebenso die definitive Gewährleistung des Grundrechtsschutzes rechtfertigungsbedürftig, da sie zu Lasten der Förderung der Sicherheit geht.¹⁶ Für jede Entscheidungssituation geraten die individuellen Rechte somit in eine situative Abhängigkeit gegenüber den Kollektivinteressen. Auch dies ist freilich keine neue Entwicklung, kommt in der vorliegenden Entscheidung aber noch einmal deutlich zum Ausdruck.¹⁷

II. Einebnung der Unterschiede zwischen den einzelnen Freiheitsrechten

Eine weitere Konsequenz der Fokussierung des Gerichts auf die Angemessenheitsprüfung liegt in der weitgehenden Einebnung der Unterschiede zwischen den einzelnen

13 Vgl. dazu etwa *Riescher* [Hrsg.], Sicherheit und Freiheit statt Terror und Angst. Perspektiven einer demokratischen Sicherheit, 2010.

14 *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 100.

15 *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 100. Noch einmal bekräftigend *BVerfG* Beschluss vom 13. Oktober 2016, – 2 BvE 2/15 – Rn. 123 ff.: „fundamentale Staatszwecke der Sicherheit und des Schutzes der Bevölkerung“. Krit. *Specker* genannt *Döhmann* (Fn. 9); Buchholtz, NVwZ 2016, 906 (908).

16 Vgl. *Schluckebier*, *BVerfG* (Fn. 1), SV *Schluckebier*, Rn. 7, der die aus seiner Sicht überzogenen Anforderungen, die die Senatsmehrheit aus den Grundrechten für den Gesetzgeber ableitet, als „unangemessen“ kritisiert. Zu einer solchen Sichtweise auf *Rusteberg*, Subjektives Abwehrrecht und objektive Ordnung, in: *Vesting/Korioth/Augsberg*, Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung, 2014, 94 ff.

17 Ausf. *Rusteberg*, Grundrechtsdogmatik als Schlüssel zum Verhältnis von Gemeinschaft und Individuum, in: *Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht e.V.* (Hrsg.), 2012, 15 ff. Insofern verwundert es, dass der Schritt zu einem Grundrecht auf Sicherheit (grundlegend dazu *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983) von der herrschenden Meinung immer noch so vehement abgelehnt wird, liegt er doch letztlich ganz auf der Linie des beschriebenen Denkens, dazu *Rusteberg*, Grundrechte als Supergrundrechte, <https://www.juwiss.de/2013-79>. Zu einem möglichen Alternativansatz *Rusteberg* (Fn. 12), 169 ff.

Freiheitsrechten. Dies kommt bereits in der Strukturierung der Entscheidung zum Ausdruck: Die Prüfung von Schutzbereich und Eingriff sowie Zweck, Geeignetheit und Erforderlichkeit wird der Angemessenheitsprüfung für alle Maßnahmen und Grundrechte vorangestellt und in nur wenigen Absätzen behandelt.¹⁸ Inhaltlich macht sich diese nivellierende Tendenz vor allem bei der Prüfung des Kernbereichsschutzes bemerkbar.

Schon in der Entscheidung zum Großen Lauschangriff¹⁹ wurden die diesbezüglichen Vorgaben nicht in erster Linie als spezifischer Ausdruck der Gewährleistung des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 GG verstanden, sondern als Ausdruck von dessen Menschenwürdegehalt.²⁰ Damit lag es von Anfang an in der Logik dieses Ansatzes, den Kernbereichsschutz auch auf Sachbereiche auszuweiten, die von anderen Freiheitsrechten erfasst werden.²¹ Deshalb kann es kaum überraschen, dass das Gericht die Anforderungen des Kernbereichsschutzes nunmehr auf eine weitere Maßnahme übertragen hat, namentlich auf das auf lange Zeit angelegten Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes außerhalb von Wohnungen, § 20 g Abs. 2 Nr. 2 BKAG.²²

Aus der Sicht eines effektiven Grundrechtsschutzes ist diese Entwicklung durchaus nicht nur von Vorteil: Zwar wird der Kernbereichsschutz auf weitere Sachbereiche ausgeweitet. Damit bleibt der Gedanke eines besonders geschützten Bereichs des Wohnraums jedoch nur noch in Ansätzen erhalten – Wohnraum ist nunmehr genau so stark, aber eben auch genau so schwach geschützt wie andere Lebensbereiche.²³

Das so erreichte Schutzniveau ist dabei im Ergebnis nicht so hoch, wie es auf den ersten Blick den Anschein haben mag. Es ist vielmehr durchaus fraglich, inwieweit es für viele der so gemachten Vorgaben überhaupt des Rückgriffs auf das Konzept eines abwägungsfreien Kernbereichs bedurfte hätte. Denn das dadurch erreichte Schutzniveau bewegt sich vielfach lediglich auf der Ebene, die schon durch eine konsequente Anwendung des Kriteriums der Erforderlichkeit zu erreichen gewesen wäre:²⁴ Verboten ist im Wesentlichen nur das, was ohnehin nicht dem durch die Maßnahmen verfolgten Zweck der Sachaufklärung nützt. So wird „die Kommunikation unmittelbar über Straftaten [...], selbst wenn sie auch Höchstpersönliches zum Gegenstand hat“ von vorneherein vom Schutz des Kernbereichs ausgenommen.²⁵ Dies setzt sich fort bei der flexiblen Anpassung, die das Gericht für die verschiedenen Maßnahmen vornimmt: So sieht es die Online-Durchsuchung als zulässig an, obwohl bei dieser auf der Erhebungs-

18 *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 90-97. Im Ergebnis ähnlich *Durner*, DVBl 2016, 780 (781).

19 *BVerfGE* 109, 279.

20 *BVerfGE* 109, 279, LS 2 und 3. Entstehungsgeschichtlich griff das *BVerfG* in der Entscheidung wohl vor allem deshalb auf die Menschenwürde zurück, weil anhand des neugefassten Art. 13 GG die Frage nach verfassungswidrigen Verfassungsrechts aufgeworfen war und somit allein Art. 79 Abs. 3 GG als Prüfungsmaßstab verblieb. An der weiteren dogmatischen Handhabung änderte dies freilich nichts.

21 *BVerfGE* 113, 348, 390; 120, 274 (335 ff.); *BGH* NJW 2012, 945. Vgl. *Rusteberg* (Fn. 17), 23 ff.

22 *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 175 ff.

23 Vgl. *Rusteberg* (Fn. 17), 25 f. Im Ergebnis ähnlich *Buermeyer*, K&R 401 (402 f.).

24 Zum Verhältnis von Erforderlichkeits- und Angemessenheitsprüfung bereits *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976.

25 *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 122.

ebene grundsätzlich keine Beschränkung hinsichtlich der erhobenen Informationen möglich ist.²⁶ Letztlich passt das Gericht hier eher die Anforderungen des Kernbereichsschutzes an die Maßnahmen an als die Maßnahmen an den Kernbereichsschutz. Von einem unbedingten Überwiegen der Intimsphäre kann insofern nicht die Rede sein. Es werden lediglich die Eingriffe auf das als unbedingt notwendig erachtete Maß zurückgestutzt.

Um vom spezifischen Grundrechtsgehalt unabhängige Aspekte der Erforderlichkeitsprüfung handelt es sich letztlich auch bei den vom Gericht aufgestellten Anforderungen an die Ausgestaltung des Verfahrens bei der Überwachung und der Verwendung der Daten.²⁷ Die Durchführbarkeit der Maßnahmen mag durch diese Anforderungen zwar praktisch erschwert werden, steht rechtlich insoweit aber gar nicht in Frage. In Frage steht vielmehr, wie die durch die Maßnahmen hervorgerufenen Grundrechtsbeeinträchtigungen *abgemildert* werden können, ohne auf die durch sie gewonnenen Informationen verzichten zu müssen.

C. Auf dem Weg zu einer allgemeinen Dogmatik des Sicherheitsrechts?

I. Systematisierung der Maßnahmen anhand ihrer Eingriffstiefe

Ist die Rechtsprechung in theoretischer und methodischer Hinsicht durchaus zu kritisieren, ist in praktischer Hinsicht die erhebliche Innovationsleistung des Gerichts zu würdigen. Aus den Entscheidungen des Gerichts zu den verschiedenen Einzelmaßnahmen sind im Laufe der Zeit zahlreiche Ansätze für eine Dogmatik des „allgemeinen Sicherheitsrechts“²⁸ entstanden. Die aktuelle Entscheidung legt hiervon nochmals ein beredtes Zeugnis ab.

Das Gericht verzichtet auch weiterhin darauf, einzelne Maßnahmen vollständig zu untersagen. Entsprechend dem von ihm verwendeten Abwägungsansatz macht es hingegen die Vornahme und Durchführung der Maßnahmen, je nach der mit ihnen verbundenen Eingriffsintensität, von mehr oder minder strengen Voraussetzungen abhängig. Ohne dass eine solche Einteilung vom Gericht selbst explizit gemacht würde, lassen sich die einzelnen Maßnahmen der Datenerhebung anhand der vorliegenden Entscheidung nach Maßgabe ihrer Eingriffstiefe in drei Gruppen einteilen:

Auf einer ersten, niederschwülligen Eingriffsstufe befinden sich in erster Linie die bekannten polizeilichen Standardmaßnahmen; das Gericht nennt hier ausdrücklich die §§ 20 b ff., §§ 20 q ff. BKAG.²⁹ Den Maßnahmen ist gemeinsam, dass sie offen ausgeführt werden. Dies begründet zum einen ihre vergleichsweise geringe Eingriffstiefe. Zum anderen hatte dies zur Folge, dass sie im Rahmen der vorliegenden Entscheidung

26 BVerfG (Fn. 1), Rn. 218 ff.

27 BVerfG (Fn. 1), Rn. 117.

28 Diese Bezeichnung verwendet das Gericht selbst an verschiedenen Stellen, vgl. BVerfG (Fn. 1), Rn. 111, 153, 158 f, 312, 345.

29 BVerfG (Fn. 1), Rn. 318.

keine weitergehende Rolle spielten: Es fehlte bereits an der für die Beschwerdebefugnis notwendigen Unmittelbarkeit.³⁰

Als grundsätzlich mit schwerwiegenden Eingriffen verbunden sieht das Gericht hingegen heimlich ausgeführte Maßnahmen an.³¹ Entsprechend verlangt das Gericht zunächst hinreichend gewichtige Schutzgüter sowie ausreichend konkretisierte Eingriffsschwellen. Dass dadurch einige dieser Maßnahmen etwa für den nachrichtendienstlichen Bereich nur noch sehr eingeschränkt tauglich sind, hat das Gericht wohl bewusst in Kauf genommen.³² Hingegen werden die Befugnisse des *BKA* diesen Anforderungen – auch durch die zusätzliche Begrenzungswirkung der Aufgabennorm des § 4 a BKAG – grundsätzlich gerecht.³³ In Bezug auf die notwendige Eingriffsschwelle hat das Gericht zudem noch einmal klargestellt, dass der Gesetzgeber mit dem Ziel der Straftatenverhütung die Grenzen gegenüber dem klassischen Gefahrbegriff weiter ziehen kann. Entscheidend ist für das Gericht, „dass insoweit ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar“ ist.³⁴ In Bezug auf terroristische Straftaten können Überwachungsmaßnahmen auch dann erlaubt werden, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird.³⁵ Als Adressaten kommen neben den klassischen Störern auch Dritte in Betracht, soweit sie unvermeidbar mitbetroffen sind³⁶ oder eine spezifische individuelle Nähe zu der aufzuklärenden Gefahr oder Straftat aufweisen, wofür nicht bereits ausreicht, dass sie mit einer Zielperson überhaupt in irgendeinem Austausch stehen.³⁷

Als eine dritte Kategorie lassen sich schließlich die vom Gericht so bezeichneten „besonders intensiven“ Überwachungsmaßnahmen begreifen. Dies sind namentlich die Wohnraumüberwachung gem. § 20 h BKAG und die sogenannte Online-Durchsuchung gem. § 20 k BKAG.³⁸ Hier sind die Vorgaben in vielfacher Hinsicht noch einmal verschärft. Insbesondere sieht das Gericht die gezielte Anwendung dieser Maßnahmen auf Dritte als unverhältnismäßig an.³⁹

30 So für § 20 c BKAG (Befragungen mit Auskunftspflicht), den die Beschwerdeführer ebenfalls angegriffen hatten, *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 78.

31 *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 92.

32 Vgl. etwa den Gesetzesentwurf in Niedersachsen http://www.niedersachsen.de/download/91027/Gesetzentwurf_zur_Neuausrichtung_des_Verfassungsschutzes_im_Land_Niedersachsen.pdf, S. 31.

33 *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 156 ff.

34 *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 164.

35 *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 112: „etwa, wenn eine Person aus einem Ausbildungslager für Terroristen im Ausland in die Bundesrepublik Deutschland einreist.“ Für eine entsprechende Konkretisierung des zu prognostizierenden Ereignisses auch *Poscher*, Eingriffsschwellen im Recht der inneren Sicherheit, Die Verwaltung 41 (2008), 345 (363 f.); *Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 79 f. und passim.

36 § 20 g I 2; § 20 h II 3; § 20 k IV 2; § 2011 2 BKAG.

37 *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 116; eine verfassungskonforme Ausformung dieser Grundsätze sieht das Gericht in § 20 b II Nr. 2 BKAG, den es zugleich in systematischer Auslegung für die Prüfung der übrigen Normen heranzieht; *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 166 ff, 233, 251.

38 *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 302.

39 *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 115; 191 f.

Diese Dreiteilung bietet zahlreiche Möglichkeiten für weitergehende Systematisierungen. Bis eine solche vollständig erreicht ist, ist es aber zugleich noch ein weiter Weg. Denn sie wird auch innerhalb der Entscheidung keineswegs vollständig beibehalten und wirft zudem einige Fragen auf:

So fällt auf, dass das Gericht keineswegs sämtliche der Maßnahmen, denen es eine besondere Nähe zum Kernbereich zuspricht, auch als besonders eingriffsintensiv betrachtet. Wenn aber sowohl Wohnraumüberwachung und Online-Durchsuchung einerseits als auch Telekommunikationsüberwachung und das auf lange Zeit angelegten Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes außerhalb von Wohnungen andererseits typischerweise mit Eingriffen in den Kernbereich verbunden sind und damit eine besondere Nähe zur Menschenwürde aufweisen, stellt sich die Frage, warum in den beiden erstgenannten Fällen besonders strenge Eingriffsvoraussetzungen gelten sollen, in den beiden letztgenannten hingegen nicht.

Des Weiteren finden sich auch innerhalb der einzelnen Gruppen – ob bewusst oder unbewusst – begriffliche Differenzierungen, deren Notwendigkeit sich nicht unbedingt aufdrängt. So lässt das Gericht für die Wohnraumüberwachung den Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter ausreichen,⁴⁰ fordert für die Online-Durchsuchung aber eine Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut.⁴¹ In der Konsequenz wird sich der Anwender des BKAG auch weiterhin mit der Frage auseinander setzen müssen, worin sich die „dringende Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Staates oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist“ (§ 20 h Abs. 1 BKAG) von den „Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen, dass eine Gefahr vorliegt für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berühren“ (20 k Abs. 1 S. 1 BKAG) unterscheidet.⁴²

Diese Differenzierungen lassen sich wohl am besten mit Blick auf die vorangegangenen Entscheidungen zu den jeweiligen Einzelmaßnahmen erklären. Materiell zwingende Gründe für eine solche Unterscheidung sind hingegen nur schwer ersichtlich.

II. Datenerhebung als Maßstab für die Datenverwendung

Das *Bundesverfassungsgericht* hat sich in der vorliegenden Entscheidung erneut nicht nur mit Regelungen der Datenerhebung, sondern auch mit den Übermittlungsvorschriften auseinandergesetzt.⁴³ Wie zuvor bei der Datenerhebung erhöht das Gericht auch für die Übermittlung die Anforderungen an die „besonders intensiven“ Überwachungsmaßnahmen. Anders als bei den übrigen Eingriffsmaßnahmen – für die das *BVerfG* im

40 *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 182.

41 *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 212.

42 Zur Begriffsverwendung im Sicherheitsrecht krit. *Waechter*, JZ 2015, 8 (14); sowie jetzt umfassend *Bäcker* (Fn. 35).

43 Vgl. zuletzt insbesondere *BVerfGE* 133, 277. In Bezug auf § 14 BKAG war das *BVerfG* der Ansicht, die Vorschrift habe durch die Änderungen des BKAG einen neuen Gehalt bekommen, weshalb die Beschwerdefrist gegen die Vorschrift erneut in Gang gesetzt worden sei, *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 85.

Rahmen einer hypothetischen Datenneuerhebung vor allem ein dem ursprünglichen Eingriff vergleichbares Schutzgut fordert⁴⁴ – verlangt das Gericht in diesen Fällen, dass bei der Übermittlung die ursprüngliche, für die erstmalige Erhebung der Informationen geltende Eingriffsschwelle, d.h. in der Regel eine dringende oder im Einzelfall hinreichend konkretisierte Gefahr, erneut zu beachten ist.⁴⁵

Es erscheint allerdings fraglich, inwieweit es tatsächlich sinnvoll ist, die Voraussetzungen des weiteren Umgang mit bereits vorhandenen Daten von den Umständen ihrer Erhebung abhängig zu machen.⁴⁶ Denn der Einbruch in einen besonders geschützten Lebensbereich, der die besondere Eingriffsintensität begründet, hat zu diesem Zeitpunkt bereits notwendig stattgefunden. Die damit verbundene Beeinträchtigung der Privatsphäre kann nicht mehr rückgängig gemacht werden. Zugleich sollen die den Kernbereich betreffenden Informationen zum Zeitpunkt der Datenweitergabe ohnehin bereits aussortiert sein. Damit ist eine Proliferation von aufgrund des Eingriffs möglicherweise erhobenen, besonders schützenswerten Informationen – jedenfalls rechtlich – ausgeschlossen. Geschützt wird der Maßnahmehost dann letztlich nur noch davor, bestimmte Nachteile zu erleiden, die auf der Erhebung der Informationen beruhen. Es ist aber fraglich, welches schützenswerte Interesse der Grundrechtsträger hieran hat, wenn sich dieses nicht aus dem Inhalt der erhobenen Informationen, sondern nur aus der Erhebungssituation ableitet. Bezogen auf den Gehalt, der ihr nach Anwendung der für den Kernbereich geltenden Schutzvorschriften verbleibt, ist die Information über eine geplante Straftat nicht schutzwürdiger, nur weil sie einem belauschten Gespräch aus der heimischen Küche statt einem Gespräch auf der Parkbank entstammt.

Tatsächlich lässt sich die Schutzbedürftigkeit des Maßnahmehosts dann besser als Vor-Vorverlagerung des Grundrechtsschutzes erklären. Die Beschränkung des Verwendungszwecks hat dann nur noch das Ziel, der Behörde auch den letzten Anreiz zu nehmen, bei der Annahme der ursprünglichen Eingriffsvoraussetzungen etwas zu großzügig zu sein. Denn da sie die erhobenen Informationen nicht als Grundlage für weitere Maßnahmen heranziehen kann, bringt ihr deren Erhebung im Endeffekt keinen Vorteil. In diesem Sinne ließen sich die erhöhten Anforderungen als Ausdruck eines dem Sicherheitsrecht eigenen Vorsorgeprinzips verstehen.⁴⁷

44 *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 286 ff.

45 *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 283, 291.

46 Kritisch zum Kriterium des hypothetischen Ersatzeingriffs auch *Bäcker*, (Fn. 35), 486 ff. mit differenzierendem eigenen Ansatz.

47 Für eine Sichtweise des Datenschutzes als vorgelagertem Grundrechtsschutz vgl. *Britz*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen rechtswissenschaftlicher Grundsatzkritik und Beharren des *Bundesverfassungsgerichts*, in: *Hoffmann-Riem* [Hrsg.], Offene Rechtswissenschaft, 2010, 561; *Poscher*, Die Zukunft der informationellen Selbstbestimmung als Recht auf Abwehr von Grundrechtsgefährdungen, in: *Gander/Perron/Poscher/Riescher/Würtenberger* [Hrsg.], Resilienz in der offenen Gesellschaft, Baden-Baden 2012, 167 ff.

D. Auf dem Weg zu einer effektiven Kontrolle der Sicherheitsbehörden trotz des Fehlens einer fachgerichtlichen Kontrolle?

I. Kontrolle durch Bestimmtheit der gesetzlichen Regelungen

Dient die vorliegende Entscheidung vor allem dazu, die bisherige Rechtsprechung zusammenzufassen, zu konsolidieren und weiterzuentwickeln, verdeutlicht sie zugleich, wie sehr sich die sicherheitsrechtliche Debatte seit den Anfängen dieser Rechtsprechungslinie weiterentwickelt hat. Die Regelung der Erhebung von Daten macht lediglich einen Teil der im Sicherheitsbereich bestehenden Probleme aus. Die übergreifende Problematik besteht vielmehr in der allgemeinen Schwierigkeit, im Sicherheitsbereich eine effektive Rechts- und Zweckmäßigkeitsskontrolle der handelnden Akteure zu etablieren.

Diese tiefergehende Problematik wird auch in der vorliegenden Entscheidung an verschiedenen Stellen deutlich: Jenseits der Vorsorge im Bereich der Datenübermittlung wird dies vor allem zu Beginn der Prüfung deutlich, wenn das Gericht die – trotz aller Versuche, sie mittels Benachrichtigungspflichten und Auskunftsrechten zu stärken – nur eingeschränkt vorhandene fachgerichtliche Kontrolle der Überwachungsmaßnahmen bemängelt.⁴⁸ Das Gericht weist nämlich auf eine wichtige Konsequenz dieses Umstands hin: Anders als im übrigen Verwaltungsrecht können im Sicherheitsrechts unbestimmte Rechtsbegriffe „nur sehr eingeschränkt im Wechselspiel von Anwendungspraxis und gerichtlicher Kontrolle konkretisiert werden.“⁴⁹ Deshalb fordert das Gericht, dass die gesetzlichen Regelungen des Sicherheitsrechts einen besonders hohen Grad an Bestimmtheit aufweisen.

Dieser Gedanke ist deshalb so bemerkenswert, weil eine effektive Begrenzung der sicherheitsbehördlichen Tätigkeit durch Gesetz nur dort möglich scheint, wo den Behörden etwaige Exkulpationsmöglichkeiten bei der Anwendung ihrer Befugnisse von vorneherein abgeschnitten werden. Denn es dürfte im institutionellen Selbstverständnis der Sicherheitsbehörden begründet liegen, bei Maßnahmen, die sie als sachlich notwendig erachten, die bestehenden rechtlichen Spielräume soweit wie möglich auszunutzen. Auf eine Anwendung verzichten werden sie nur dort, wo eine entsprechende Rechtfertigungsmöglichkeit von vorneherein offensichtlich ausscheidet.

Es lässt sich freilich hinterfragen, inwieweit das Gericht dieser Überlegung in der Entscheidung tatsächlich zur Durchsetzung verholfen hat. Dort finden sich etliche Stellen, in denen das Gericht die Verfassungskonformität der gesetzlichen Regelungen unter Hinweis auf die jeweils sachgerechte Auslegung bzw. die Möglichkeit einer verhältnismäßigen Konkretisierung im Einzelfall bejaht oder mittels verfassungskonformer Auslegung herstellt.⁵⁰ Dies deutet bereits darauf hin, dass die überwiegende Zahl der Regelungen immer noch einen erheblichen Auslegungsspielraum besitzt. Der erforderliche Grad an Normenklarheit wird sich durch die Rechtsprechung des Verfassungsge-

48 *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 134 ff.

49 *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 94.

50 Angabe der jeweils sachgerechten Auslegung: *BVerfG* (Fn. 1), Rn 167, 203, 260, 296, 300, 345, 352; Möglichkeit einer verhältnismäßigen Abwägung im Einzelfall: *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 160, 171, 195, 216, 239, 244, 256, 258, 338, 350, 353; Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung: *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 166, 211, 222, 233, 251, 262, 270, 353.

richts allein allerdings ohnehin nicht erreichen lassen. Notwendig ist vielmehr zunächst ein entsprechender politischer Wille, der vom Wunsch einer effektiven Begrenzung exekutiver Machtentfaltung getragen ist, statt die verfassungsrechtlichen Grenzen ein jedes Mal aufs Neue auszutesten.⁵¹ Erst wenn dieser Wille vorhanden ist, kann die fortschreitende Systematisierung des Sicherheitsrechts durch Verfassungsgericht und Rechtswissenschaft eine Hilfe bei der Umsetzung sein.

II. Alternative Kontrollinstanzen

Als Alternative zum fachgerichtlichen Rechtsschutz versucht das Gericht, die übrigen Kontrollinstanzen zu stärken. Dies betrifft zum einen die aufsichtliche Kontrolle, insbesondere durch Datenschutzbeauftragte, zum anderen die parlamentarische Kontrolle, die das Gericht hier nun ausdrücklich nicht nur für den nachrichtendienstlichen, sondern auch für den polizeilichen Bereich fordert. Dabei weist das Gericht darauf hin, dass es insoweit auch einer tatsächlichen Ermöglichung der Kontrollaufgabe bedarf. Eine weitere Alternative lässt das Gericht freilich außen vor: Eine strafrechtliche Flankierung der Regelungen fordert es nicht. Insoweit der Senat wirksame Sanktionen für den Fall einer Rechtsverletzung einfordert, hält er diese durch die Fortsetzungsfeststellungsklage sowie zivilrechtlich durchsetzbare Schadensersatzpflichten für bereits gegeben.⁵²

Um die Frage zu beantworten, wie eine effektive aufsichtliche Kontrolle erreicht werden kann, bedarf es freilich nicht nur gerichtlicher Entscheidungen, sondern auch Anstrengungen der Rechtswissenschaft. Dazu gehört insbesondere die Beschäftigung mit der Frage nach Zweck und Grenzen des Geheimschutzes. Denn solange es Beamten nachgeordneter Behörden möglich ist, sich selbst gegenüber der gewählten Volksvertretung auf das Staatswohl zu berufen, wird eine effektive aufsichtliche Kontrolle nur schwer zu erreichen sein. Misslich ist in diesem Zusammenhang, dass der Zweite Senat gerade im Bereich des Sicherheitsrechts zuletzt wiederholt die Kontrollrechte des Parlaments gegenüber der Bundesregierung stark eingeschränkt hat.⁵³

E. Fazit und Ausblick

Insgesamt ist die BKA-Entscheidung ein Anlass, das im Sicherheitsrecht Erreichte kritisch zu würdigen, aber zugleich zu konstatieren, dass die Debatte noch keineswegs an

51 Sowohl für die Nachrichtendienste als auch für die Polizeien stammen die Grundgerüste der jeweiligen Regelungen über die Datenverarbeitung immer noch aus einer Zeit, in der es im Nachgang der „Entdeckung“ des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in erster Linie darum ging, eine bislang bestehende behördliche Praxis nunmehr auf die notwendig gewordene Grundlage zu stellen; zur Entwicklung *Aulehner*, Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge, 1998, 98 ff. Ein solches Vorgehen ist freilich im Zusammenhang mit der Neuregelung des BND-Gesetzes erneut zu beobachten, vgl. BGBl. I, S. 1818 ff.

52 *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 139, 265.

53 *BVerfGE* 137, 185. Dazu kritisch *Stemmler*, DÖV 2015, 139; *von Achenbach* JZ 2015, 96; sowie zuletzt *BVerfG*, Beschluss des Zweiten Senats vom 20. September 2016 – 2 BvE 5/15 –, vgl. insbesondere Rn. 59; *BVerfG*, Beschluss des Zweiten Senats vom 13. Oktober 2016 – 2 BvE 2/15 –.

ihr Ende gelangt ist. Spätestens im Zusammenhang mit den NSU⁵⁴- und NSA⁵⁵-Affären hat sich gezeigt, welche Defizite hinsichtlich der Einhaltung der sicherheitsrechtlichen Vorgaben bestehen. Im Umweltrecht waren die bestehenden Vollzugsdefizite einst mitursächlich für die Entwicklung einer neuen Verwaltungsrechtswissenschaft.⁵⁶ Es ist zu hoffen, dass sich die Rechtswissenschaft der Durchsetzungsprobleme im Sicherheitsrecht in ähnlich erfolgreicher Weise annehmen wird.

⁵⁴ Dazu *Aust/Laabs*, Heimatschutz, 2014.

⁵⁵ Dazu *Gärditz/Stückenberg*, JZ 2014, 409 ff.

⁵⁶ *Voßkuhle*, § 1 Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Äßmann/Voßkuhle* [Hrsg.], Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, Rn. 10; differenzierend *Wahl*, Herausforderungen und Antworten, 2006, 60 f. Fn. 161.