

Universität Kassel  
Nora-Platzi-Str. 5 • D – 34109 Kassel  
An den Vorsitzenden  
des Innenausschusses  
des Landtags Nordrhein–Westfalen  
Herrn Daniel Sieveke

LANDTAG  
NORDRHEIN–WESTFALEN  
16. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME  
**16/4232**

A09

Universität Kassel  
Fachgebiet Öffentliches Recht,  
insb. Umwelt– und Technikrecht  
Nora–Platzi–Straße 5  
34109 Kassel

a.rossnagel@uni-kassel.de  
fon +49–561 804 3130  
fax +49–561 804 3737

Sekretariat: Edith Weise  
fon +49–561 804 2874

26. September 2016

**Schriftliche Stellungnahme zur schriftlichen Anhörung von Sachverständigen durch den Innenausschuss des Landtags Nordrhein–Westfalen „Überwachungsgesamtrechnung vorlegen: Transparenz über Situation der Freiheiten in unserer Gesellschaft schaffen!“ (Drs. 16/8976)**

#### **A. Vorbemerkung zum Urteil des BVerfG vom 2. März 2010**

Die Fragen lassen sich leichter beantworten, wenn zuvor das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Vorratsdatenspeicherung vorgestellt und interpretiert worden ist. Daher ist vor der eigentlichen Beantwortung der Fragen (B.) eine kurze Vorbemerkung zu diesem Urteil erforderlich.

Die entscheidende Passage im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Vorratsdatenspeicherung vom 2. März 2010 steht in Rn. 218 auf S. 323f. des Bands 125 der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Sie lautet:

*„Umgekehrt darf die Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten nicht als Schritt hin zu einer Gesetzgebung verstanden werden, die auf eine möglichst flächendeckende vorsorgliche Speicherung aller für die Strafverfolgung oder Gefahrenprävention nützlichen Daten zielt. Eine solche Gesetzgebung wäre, unabhängig von der Gestaltung der Verwendungsregelungen, von vornherein mit der Verfassung unvereinbar. Die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit einer vorsorglich anlasslosen Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten setzt vielmehr voraus, dass diese eine Ausnahme bleibt. Sie darf auch nicht im Zusammenspiel mit anderen vorhandenen Dateien zur Rekonstruierbarkeit praktisch aller Aktivitäten der Bürger führen. Maßgeblich für die Rechtfertigungsfähigkeit einer solchen Speicherung ist deshalb insbesondere, dass sie nicht direkt durch staatliche Stellen erfolgt, dass sie nicht auch die Kommunikationsinhalte erfasst und dass auch die Speicherung der von ihren Kunden aufgerufenen Internetseiten durch kommerzielle Diensteanbieter grundsätzlich untersagt ist. Die Einführung der Telekommunikationsverkehrsdatenspeiche-*

*„...rung kann damit nicht als Vorbild für die Schaffung weiterer vorsorglich anlassloser Datensammlungen dienen, sondern zwingt den Gesetzgeber bei der Erwägung neuer Speicherungspflichten oder -berechtigungen in Blick auf die Gesamtheit der verschiedenen schon vorhandenen Datensammlungen zu größerer Zurückhaltung. Dass die Freiheitswahrnehmung der Bürger nicht total erfasst und registriert werden darf, gehört zur verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland (vgl. zum grundgesetzlichen Identitätsvorbehalt BVerfGE 123, 267 [353 f.]), für deren Wahrung sich die Bundesrepublik in europäischen und internationalen Zusammenhängen einsetzen muss. Durch eine vorsorgliche Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten wird der Spielraum für weitere anlasslose Datensammlungen auch über den Weg der Europäischen Union erheblich geringer.“*

Das Bundesverfassungsgericht untersucht in dieser Passage des Urteils die Anforderungen an eine verfassungsgemäße Erfassung und Verarbeitung von Telekommunikationsverkehrsdaten. Es macht die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit einer vorsorglich anlasslosen Datenspeicherung davon abhängig, dass sie eine Ausnahme bleibt (S. 317 des Urteilsabdrucks). Die Freiheit, in seiner Freiheitswahrnehmung nicht total erfasst und registriert zu werden, zählt das Bundesverfassungsgericht „zur verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland“ (S. 323 des Urteilsabdrucks). Eine Gesetzgebung, „die auf eine möglichst flächendeckende vorsorgliche Speicherung aller für die Strafverfolgung oder Gefahrenprävention nützlichen Daten zielte, wäre von vornherein mit der Verfassung unvereinbar“. „Sie darf auch nicht im Zusammenspiel mit anderen vorhandenen Dateien zur Rekonstruierbarkeit praktisch aller Aktivitäten der Bürger führen.“ (s. Zitat oben) Nur wenn sichergestellt ist, dass auch durch alle Überwachungsmaßnahmen zusammen nicht praktisch alle Aktivitäten der Bürger erfasst und rekonstruiert werden können, ist eine Vorratsdatenspeicherung überhaupt rechtfertigungsfähig.

Diese Feststellung des Bundesverfassungsgerichts hat für die Politik der inneren Sicherheit gravierende Auswirkungen. Zum einen kann die Vorratsdatenspeicherung nicht als Vorbild für weitere anlasslose Datensammlungen dienen, sondern „zwingt den Gesetzgeber bei der Erwägung neuer Speicherungspflichten oder -berechtigungen in Blick auf die Gesamtheit der verschiedenen schon vorhandenen Datensammlungen zu größerer Zurückhaltung“ (s. Zitat oben). Entscheidend ist die Gesamtbetrachtung des Stands möglicher staatlicher Überwachung. Die moderne Informationstechnik gäbe es her, alle Aktivitäten aller Bürger umfassend und vollständig zu überwachen. Die verfassungsrechtlich geforderte zivilisatorische Leistung ist es, im Interesse der Freiheit darauf zu verzichten. Daher ist seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts eine doppelte Verhältnismäßigkeitsprüfung notwendig: Zum einen ist auf der Grundlage der Wirkungen eines neuen Überwachungsinstruments dessen verhältnismäßiger Einsatz zu bewerten. Zum anderen ist aber zusätzlich auf der Basis einer Gesamtbetrachtung („Überwachungs-Gesamtrechnung“) aller verfügbaren staatlichen Überwachungsinstrumente die Verhältnismäßigkeit der Gesamtbelastungen bürgerlicher Freiheiten zu prüfen. Danach kann der Gesetzgeber Überwachungsmaßnahmen eventuell nur austauschen, aber nicht kombinieren. Wenn er etwa auf die Vorratsdatenspeicherung des Telekommunikationsverkehrs setzt, darf er nicht zugleich auf Vorrat Daten über den Straßen- und Luftverkehr und den Energieverbrauch speichern lassen. Er muss das für seinen Zweck effektivste Mittel auswählen und in anderen Gesellschaftsbereichen auf Überwachung verzichten.

Wenn der so beschriebene Freiheitsschutz zur verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland gehört, „für deren Wahrung sich die Bundesrepublik in europäischen und internationalen Zusammenhängen einsetzen muss“ (s. Zitat oben), ist sie auch verpflichtet, in europäischen Abstimmungen gegen weitergehende Überwachungsmaßnahmen zu stimmen. „Durch eine vorsorgliche Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten wird der Spielraum für weitere anlasslose Datensammlungen auch über

den Weg der Europäischen Union erheblich geringer“ (s. Zitat oben). Damit wird auch für die europäische Politik deutlich, dass die Grenze zur Verletzung der deutschen Verfassungsidentität nicht mehr weit ist. Insofern nimmt das Bundesverfassungsgericht mit seinem Urteil auch auf die europäische Diskussion Einfluss.

Das Bundesverfassungsgericht zieht damit der prinzipiellen Grenzenlosigkeit der Vorsorge für die innere Sicherheit Grenzen. Sie darf nicht die Freiheit, die sie schützen soll, selbst gefährden. Dass diese Grenze nicht präzise bestimmt wird, liegt zum einen in der Sache und zum anderen in der Prozesssituation begründet. Die Vorratsdatenspeicherung reicht jedenfalls nahe an diese Grenze heran, der verbleibende Spielraum für weitere Überwachungsmaßnahmen ist eng. Bei der Entscheidung über weitere Überwachungsinstrumente muss der Gesetzgeber diese Grenze konkretisieren.

Aus der Schutzpflicht für die Freiheit der Bürger vor einem nicht mehr vertretbaren Grad an Überwachung ergibt sich für den Gesetzgeber eine Pflicht zur kontinuierlichen Beobachtung<sup>1</sup> des Grads gesamtgesellschaftlicher Überwachung.<sup>2</sup> Auch die Bundesregierung trifft eine solche Prüfungspflicht, soweit sie in europäischen und internationalen Zusammenhängen neue Abkommen über Datenerhebungen und -speicherungen abschließt, da auch über den Umweg über die Europäische Union keine „Totalüberwachung“ eingeführt werden darf. Die Grenze umfassender gesamtgesellschaftlicher Überwachung ist jedenfalls mit der Verpflichtung zur Vorratsspeicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten schon nahezu erreicht.

Damit die Gesetzgeber und die Regierungen ihre Beobachtungs- und Abwägungspflicht erfüllen können, benötigen sie ausreichendes Wissen über den jeweils erreichten Stand staatlicher Überwachungsmöglichkeiten. Daher ist es notwendig, Regelungen für das Gewinnen und Aufbereiten des notwendigen Wissens zu treffen.

Zur Durchführung einer Überwachungs-Gesamtrechnung ist es erforderlich, das dafür benötigte Datenmaterial verfügbar zu halten. Insofern bestehen zum einen Beobachtungspflichten zur Praxis der staatlichen Überwachung. Hier ist ein erster Schritt, eine zentrale Statistik über alle Einsätze der Überwachungsinstrumente aufzubauen. Um eine qualitative Bewertung zu ermöglichen, ist es auch erforderlich, eine Erfolgskontrolle über die Verwendung der erhobenen Daten und den Ausgang der jeweiligen Verfahren und Maßnahmen zu haben.<sup>3</sup> Da immer mehr Lebensbereiche in den Anwendungsbereich der Vorratsdatenspeicherung hineinwachsen – etwa wenn im Rahmen von Ubiquitous Computing auch die jeden umgebenden Alltagsgegenstände zunehmend mit Informations- und Kommunikationstechnik ausgestattet sein werden – ist auch die wachsende gesellschaftliche Bedeutung der Vorratsdatenspeicherung zu beobachten. Würden dadurch potenziell alle Lebensvollzüge aus der Vorratsdatenspeicherung rekonstruierbar, müsste nicht nur auf weitere Überwachungsinstrumente verzichtet, sondern auch die Vorratsdatenspeicherung aufgehoben oder eingeschränkt werden.

Hinsichtlich der Pflicht, alle staatlichen Überwachungsmöglichkeiten auf ein Maß zu beschränken, bei dem die Freiheitswahrnehmung der Bürger nicht total erfasst und registriert wird, muss auch berücksichtigt

---

<sup>1</sup> Zur Beobachtungspflicht s. z.B. *BVerfGE* 112, 304 (316f.) unter Hinweis auf 90, 145 (191).

<sup>2</sup> *Roßnagel*, NJW 2010, 1240; *Knierim*, ZD 2011, 21.

<sup>3</sup> S. hierzu *Roßnagel/Knierim/Schweda*, Interessenausgleich im Rahmen der Vorratsdatenspeicherung, Baden-Baden 2013, 159f.

werden, welche Informationen durch private Unternehmen gespeichert werden, etwa wie umfangreich die Erstellung von Personenprofilen oder wie hoch die Dichte privater Video-Überwachung ist. Denn diese Informationen stehen, soweit die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen, staatlichen Stellen ebenfalls zur Verfügung.

## **B. Beantwortung der Fragen**

1. Inwieweit ist auch der Landtag in Nordrhein-Westfalen verpflichtet, die kumulative Wirkung von Grundrechtseinschränkungen in den Gesetzgebungsprozessen zu berücksichtigen?

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts betraf ein Bundesgesetz und richtete sich in seinen Aussagen unmittelbar nur an Organe der Bundesrepublik Deutschland. Aus der Begründung ist aber zu entnehmen, dass es auch die Gesetzgebungsorgane der Bundesländer betrifft. Die Anforderungen an die Verarbeitung personenbezogener Daten zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit und Strafverfolgung sollen die Grundrechte auf Telekommunikationsgeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 GG und auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 GG schützen. Da auch Bestimmungen zur Überwachung durch Behörden des Landes Nordrhein-Westfalen zu den genannten Zwecken diese Grundrechte berühren, ist auch der Landtag von Nordrhein-Westfalen für diese von ihm verabschiedete Regelungen an die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz dieser Grundrechte gebunden.

2. Welche Stellen sollten bei einer solchen Betrachtung und Analyse der Gesamtsituation eingebunden oder federführend sein?

Verpflichtet ist der Gesetzgeber. Damit dieser die doppelte Verhältnismäßigkeitsprüfung durchführen kann, sollte die Stelle, die einen Gesetzentwurf in das Gesetzgebungsverfahren einbringt, der die „Gesamtüberwachungsrechnung“ verändern könnte, dem Landtag die hierfür erforderlichen Informationen vorlegen und bewerten. Beispielsweise zu den Kosten eines Gesetzes oder zur Bürokratisierung des Lebens durch dieses Gesetz werden solche Informationen bereits jedem Gesetzentwurf beigelegt.

Die Informationen zur Veränderung der „Gesamtüberwachungsrechnung“ setzen eine permanente Beobachtung der Freiheitseinschränkungen durch Überwachungsinstrumente voraus. Eine solche Beobachtung und Bewertung der Entwicklung möglicher gesellschaftlicher Überwachung durch staatliche Stelle könnten für den Bund der Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit des Bundes und für die Länder dem jeweiligen Landesdatenschutzbeauftragten übertragen werden. Sie könnten beauftragt werden, in ihren Tätigkeitsberichten die Gesamtüberwachungssituation zu analysieren und zu bewerten. Hierfür sollten sie Zugriff auf alle laufenden Statistiken haben. Diese benötigen sie auch, wenn sie neben dieser periodischen Kontrolle eine qualifizierte Bewertung in jedem Gesetzgebungsverfahren zur Einführung neuer Überwachungsinstrumente abgeben sollen.

Um die notwendigen Statistiken zum Umfang und zur Qualität bestimmter Überwachungsinstrumente erstellen zu können, sind entsprechend Regelungen vorzusehen, die der jeweilige Gesetzgeber treffen müsste, um seiner Aufgabe nachkommen zu können.

3. Können sogenannte „Privacy Impact Assessments“ innerhalb eines Gesetzgebungsverfahrens ein geeignetes Mittel zur Betrachtung der Verhältnismäßigkeit von Kontroll- und Überwachungsnormen sein?

Für „Privacy Impact Assessments“ durch den Gesetzgeber zur Bewertung von Kontroll- und Überwachungsnormen gibt es weder normative Standards noch geübte Praxis. Auch die Datenschutz-Grundverordnung hat diese nur angesprochen, nicht aber geregelt. Daher kann über deren Leistungsfähigkeit nichts gesagt werden. Notwendig wäre, dass sie die bereits dargestellten Überprüfungen durchführen und auf die dafür notwendigen Informationen zu den Auswirkungen der bereits praktizierten Kontroll- und Überwachungsnormen zurückgreifen können.

4. Wie ist angesichts der seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts verabschiedeten oder in den Gesetzgebungsprozess eingebrachten Kontroll- und Überwachungsnormen das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung zu bewerten?

Nach dem oben zitierten Urteil des Bundesverfassungsgerichts ist zum Schutz der Grundrechte die Situation der Überwachung der Bürger bei jedem zusätzlichen Überwachungsinstrument zu bewerten. Zu den bereits bestehenden Überwachungsinstrumenten können nicht beliebig viele und beliebig intensive hinzugenommen werden. Vielmehr kann unter Umständen ein neues Instrument nur im Austausch gegen ein weniger effektives bestehendes Instrument ausgetauscht werden. Wenn seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 2. März 2010 weitere Kontroll- und Überwachungsnormen eingeführt wurden, ohne eine „Gesamtüberwachungsrechnung“ durchzuführen, so verstößt dies gegen die verfassungsrechtlichen Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht in der oben zitierten Passage festgestellt hat.

5. Viele der gesetzlichen Grundlagen für die Erfassung und Sammlung von personenbezogenen und personenbeziehenden Daten werden auf Bundesebene verhandelt und beschlossen. Sollte sich der Landtag in Nordrhein-Westfalen daher eher keine Gedanken um die mögliche Betroffenheit der Menschen im Land machen?

Für die Grundrechte auf Telekommunikationsgeheimnis und auf informationelle Selbstbestimmung macht es keinen Unterschied, ob die Kontroll- und Überwachungsnormen von der Bundesrepublik Deutschland oder vom Land Nordrhein-Westfalen in Kraft gesetzt werden. Die Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz dieser Grundrechte richten sich an beide. Zwar ist jede Körperschaft nur für die Gesetze verantwortlich, die sie jeweils selbst erlässt. Da aber die Kontroll- und Überwachungsnormen der Bundesrepublik Deutschland und des Landes Nordrhein-Westfalen gemeinsam auf die Grundrechte der Bürger einwirken, sind bei der jeweils durchzuführenden „Gesamtüberwachungsrechnung“ die Kontroll- und Überwachungsnormen des Bundes und der Länder zusammen zu sehen und zusammen in ihrer freiheitsbeschränkenden Wirkung zu bewerten. Siehe auch die Antwort auf Frage 1.



(Prof. Dr. Alexander Roßnagel)