LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
16. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
16/683

Alle Abg

HEINRICH HEINE
UNIVERSITÄT
DÜSSELDORF

Juristische Fakultät
Professur für Öffentliches Recht
Prof. Dr. Lothar Michael

An den
Präsidenten des Landtags Nordrhein-Westfalen
Postfach 101143

40002 Düsseldorf

Prof. Dr. Lothar Michael
Professur für öffentliches Recht
Universitätsstraße 1
Geb. 24.91.
40225 Düsseldorf
E-Mail: Lothar.Michael@uni-duesseldorf.de
Telefon: (02 11) 81-114 12
www.jura.uni-duesseldorf.de

Öffentliche Anhörung des Haupt- und Innenausschusses des Landtags NRW am 2.05.2013
Neuausrichtung des Verfassungsschutzes in Nordrhein-Westfalen

I. Zum Einsatz von Vertrauenspersonen

1. Verhältnis zwischen gesetzlicher Regelung und Dienstanweisung

Die in § 7 Abs. 2 VSG-RegE vorgesehene Konkretisierung der gesetzlichen Regelung durch Dienstanweisungen ist ein adäquates rechtsstaatliches Instrument (**zu Frage 65 des Fragenkatalogs**). Auch die – auf eine bloße Anhörung beschränkte – Mitwirkung des Parlamentarischen Kontrollgremiums sprengt nicht den Rahmen der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Gewaltenteilung, sondern fügt sich als Baustein neben exekutiven Rechtsetzungsverfahren unter Parlamentsbeteiligung (dazu Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht, 2012, Rn. 613 f.) in das differenzierte Tableau des Handlungsinstrumentariums im modernen Rechtsstaat.

2. Verhältnis zwischen der gesetzlichen Regelung und Anforderungen des Verpflichtungsgesetzes

Zu § 7 VSG-RegE: Der Entwurf spricht in § 7 Abs. 1 und Abs. 2 VSG-RegE von einer „**Verpflichtung**“. Der Wortlaut lässt offen, ob damit eine **privatrechtliche** Verpflichtung i. S. d. Abschlusses eines Dienstvertrages gemeint ist oder aber die **förmliche, dienstrechtliche** Verpflichtung der für den Verfassungsschutz tätigen Person auf die gewissenhafte Erfüllung ihrer Obliegenheiten i. S. d. Gesetzes über die förmliche Verpflichtung nichtbeamteter Personen (Verpflichtungsgesetz). Vorzugswürdig erscheint, dass letzteres gemeint ist. Die förmliche Verpflichtung wirkt nach § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB strafbegründend für eine Strafbarkeit nach § 353b StGB und kann deshalb von der Verletzung von Ge-

heimhaltungspflichten abschrecken. Eine solche Abschreckung kann den Zwecken des Verfassungsschutzes dienen, ist ohnehin üblich und die gesetzliche Regelung wäre sinnvoll. Im Gesetz sollte klargestellt werden, dass „Verpflichtung im Sinne des Verpflichtungsgesetzes“ gemeint ist. Diese und Anforderungen an einen Dienstvertrag schließen sich freilich nicht aus, sodass auch in Betracht kommt beides zu regeln.

Ein dritter Aspekt kommt in § 7 Abs. 2 und Abs. 3 VSG-RegE zur Sprache und ist nach der Gesetzesbegründung das Regelungsziel des § 7 VSG-RegE insgesamt: nämlich die gesetzlichen „Voraussetzungen für den Einsatz“ (Drucks. 16/2148, S. 60) zu regeln.

Offen bleibt allerdings, ob § 7 Abs. 1 VSG-RegE – das legt der bisherige Wortlaut nahe – nur die Grenzen einer Verpflichtung („ist nur zulässig, wenn...“) regelt oder ob eine Verpflichtung (nach dem Verpflichtungsgesetz, s.o.) zwingende Voraussetzung jeglichen Einsatzes sein soll. Dafür spricht die Gesetzesbegründung („Voraussetzungen für den Einsatz“) und der Gesetzeszweck, das Vertrauen der Gesellschaft in den Verfassungsschutz und dessen Akzeptanz zu stärken (Drucks. 16/2148, S. 1 f.). Eine förmliche Verpflichtung als Einsatzvoraussetzung würde dem dienen und kommt bislang nicht eindeutig zum Ausdruck. § 7 Abs. 2 VSG-RegE regelt zwar sowohl Verpflichtung als auch Einsatzbereichsbestimmung, könnte aber als bloße Zuständigkeits- und Verfahrensbestimmung gedeutet werden, ohne zwingende materielle Voraussetzungen zu regeln. Eine Klarstellung am Anfang des § 7 wäre sinnvoll, z. B.: „Voraussetzung des Einsatzes einer Person nach § 5 Absatz 2 Nummer 1 ist deren förmliche Verpflichtung im Sinne des Verpflichtungsgesetzes. Diese ist nur zulässig, wenn...“

Zu § 7 Abs. 1 Nr. 4 VSG-RegE: Da die Verpflichtung der Tätigkeit vorangeht, kann die Nichtbegehung von Straftaten „während des Zeitraums ihrer Verpflichtung“ keine Voraussetzung sein. Vermutlich ist eine Prognose gemeint (Formulierungsalternative: „wenn zu erwarten ist, dass sie während des Zeitraums ihrer Verpflichtung solche Straftaten begeht“). Freilich stellen sich – insbesondere wenn mit Verpflichtung (auch) die privatrechtliche gemeint ist – im Falle einer Begehung von Straftaten zahlreiche Anschlussfragen. Die wichtigsten Aspekte sind in § 7 Abs. 4 VSG-RegE geregelt.

II. Zur Neufassung der Befugnisse nach § 5 VSG-RegE

1. Allgemeines

Die Neufassung der Befugnisse nach § 5 VSG-RegE folgt dem Gedanken, gesetzliche Befugnisse zu streichen, die zuletzt ungenutzt blieben und solche anzupassen und zu ergänzen, die für die aktuelle Arbeit des Verfassungsschutzes tragend sind. Diese Intention

dient der Transparenz. Soweit ersichtlich sind die Befugnisse derzeit ausreichend und angemessen (**Frage 36 des Fragenkatalogs**), wenn die verbleibenden verfassungsrechtlichen Zweifel ausgeräumt werden können. Dies zu tun dient – da anderenfalls die Nichtigkeit einzelner Vorschriften droht – also auch dem Sicherheitsbedürfnis. **Grundrechtsschutz ist** in doppelter Weise zugleich **Verfassungsschutz** und umgekehrt. Erstens dient der Verfassungsschutz letztlich der Bewahrung der Verfassungsordnung und damit wesentlich der Erhaltung der Grundrechte und zweitens ist die angemessene Berücksichtigung der Grundrechte in den Befugnissen des Verfassungsschutzes Voraussetzung für dessen verfassungsmäßige Tätigkeit.

2. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen Lauschangriffe nach § 5 Abs. 2 Nr. 6 VSG-RegE (**zu Frage 47 des Fragenkatalogs**)

Besondere Probleme wirft allerdings die Streichung der Befugnis zur Wohnraumüberwachung auf: Gegen § 5 Abs. 2 Nr. 6 VSG-RegE bestehen allerdings **verfassungsrechtliche Bedenken** und Zweifel der Auslegung, die im Gesetzgebungsverfahren leicht behoben werden könnten.

Nach § 5 Abs. 2 Nr. 6 VSG-RegE soll der Verfassungsschutz zum „Abhören und Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes außerhalb von Wohnräumen unter Einsatz technischer Mittel unter den Voraussetzungen des § 7a“ ermächtigt werden. Dass das Gesetz damit explizit die akustische Überwachung von „Wohnräumen“ ausschließt, soll die Befugnisse in grundrechtsschonender Weise beschränken. Diese Intention bestätigt auch die Gesetzesbegründung (Drucks. 16/2148, S. 55). In der Gesetzesbegründung (ebenda) heißt es dann explizit weiter, dass die Ermächtigung sich auf Geschäftsräume erstrecken soll („Gegenstand einer Maßnahme nach Nummer 6 können jedoch beispielsweise Gespräche in geschlossenen Räumen außerhalb des Schutzbereichs des Artikels 13 GG sein, z. B. in Geschäftsräumen.“). Die Gesetzesbegründung berücksichtigt allerdings nicht die Rechtsprechung des BVerfG zum Schutzbereich des Art. 13 GG. Nach der Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 76, 83, 88) erstreckt sich nämlich der Schutzbereich des Art. 13 GG auf Wohn- und Geschäftsräume. Selbst öffentlich zugängliche Geschäftsräume sollen darunter fallen (BVerfGE 97, 228, 265 f.). In der Literatur (z. B. Michael/Morlok, Grundrechte, 3. Aufl., 2012, Rz. 369 f.) wird dies zwar kritisch diskutiert und auch gibt es Kammer-Rechtsprechung des BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 28. April 2003 - 2 BvR 358/03 -, NJW 2003, S. 2669) in Richtung einer Differenzierung. Dass allerdings Geschäftsräume gegenüber akustischer Überwachung – anders als bei der umstrittenen, bloßen gewerberechtlichen

Nachschau – grundsätzlich den besonderen Schutz des Art. 13 GG genießen, daran kann kein Zweifel bestehen.

Würde das Gesetz in der Fassung des Regierungsentwurfs in Kraft treten, droht deshalb die Nichtigkeit des § 5 Abs. 2 Nr. 6 VSG. Denn wenn man die Entwurfsbegründung zur Auslegung heranziehen und Wohnräume eng auslegen würde, also die akustische Überwachung von Geschäftsräumen zulassen würde, dann müsste Art. 13 GG als eingeschränktes Grundrecht zitiert werden. Das Zitiergebot nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG hat den Sinn, dass sich der Gesetzgeber der grundrechtsbeschränkenden Wirkungen bewusst wird. Genau dies wäre aber – weil der Regierungsentwurf (Drucks. 16/2148, S. 55) sogar explizit einen Eingriff in Art. 13 GG verneint – nicht der Fall: Das Gesetz würde zur Überwachung von Geschäftsräumen ohne das spezielle Grundrechtseingriffsbewusstsein ermächtigen.

Das Gesetz in der Fassung des Regierungsentwurfs ließe sich allenfalls durch eine verfassungskonforme Auslegung retten. Vertretbar wäre es, unter Wohnräumen i. S. d. § 5 Abs. 2 Nr. 6 VSG-RegE alle Räume zu verstehen, die Wohnungen i. S. d. Art. 13 GG sind. Für eine solche verfassungskonforme Auslegung von „Wohnräumen“ als „Wohn- und Geschäftsräumen“ spräche die Vorschrift des § 32 VSG-RegE und die Intention der Gesetzesbegründung, nicht in Art. 13 GG eingreifen zu wollen.

Gegen diese Möglichkeit, die Vorschrift durch Auslegung vor ihrer Nichtigkeit zu bewahren, spricht allerdings die nicht weniger eindeutige Intention der Gesetzesbegründung, dass die Befugnis sich auf Geschäftsräume erstrecken und diese anders als Wohnräume nicht ausnehmen soll. Außerdem sprechen verfassungsrechtliche Erfordernisse der Bestimmtheit und Normenklarheit gegen eine solche Auslegung. Das Gesetz in der vorliegenden Fassung erreicht nicht das Ziel des Regierungsentwurfs, dass „klargestellt (wird), dass durch die Befugnis der Nummer 6 kein Eingriff in den Schutzbereich des Artikels 13 GG erfolgen kann“ (Drucks. 16/2148, S. 55). Denn die gebräuchliche, vom Grundgesetz ausgehende Terminologie des BVerfG benutzt „Wohnung“ (i. S. d. Art. 13 GG) als Oberbegriff und „Wohn- und Geschäftsräume“ als die beiden hiervon umfassten Ausprägungen (vgl. z. B. BVerfG, 2 BvR 1108/03 vom 9.2.2005, Absatz-Nr. 11 und 12).

Lösungsmöglichkeiten: Das Risiko, dass § 5 Abs. 2 Nr. 6 VSG-RegE nichtig wäre, ist groß und die Folge wäre, dass ein für den Verfassungsschutz wichtiges Instrument keine gesetzliche Grundlage hätte. Deshalb seien hier kurz zwei Lösungsmöglichkeiten des Problems zumindest angedeutet: Wenn der Gesetzgeber Eingriffe in Geschäftsräume

ermöglichen wollte, müsste er Art. 13 GG als eingeschränktes Grundrecht zitieren und zudem die Schranken des Art. 13 Abs. 4 GG beachten (Ausführungen hierzu würden den Rahmen hier sprengen). Andernfalls sollte der Gesetzgeber klarstellen, dass § 5 Abs. 2 Nr. 6 VSG-RegE nicht überall „außerhalb von Wohnräumen", sondern nur „außerhalb von Wohnungen" bzw. „außerhalb von Wohn- und Geschäftsräumen" zu akustischer Überwachung ermächtigt. Naheliegend wäre auch eine Formulierung in Anlehnung des alten § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG (übertragen auf die hiesige Systematik: „soweit solche Maßnahmen keinen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 13 GG darstellen"). Allerdings sei nicht verschwiegen, dass das BVerfG (BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008 Absatz-Nr. 213) eine solche „salvatorische" Klausel aus hier gegebenenfalls nicht einschlägigen Gründen als zu unbestimmt verworfen hat. Solche salvatorische Regelungstechnik ist dann problematisch, wenn es um neuartige Ermittlungsmaßnahmen geht, deren grundrechtliche Beurteilung noch nicht an eine gefestigte Rechtsprechung des BVerfG anknüpfen kann. Davon kann hier aber nicht die Rede sein. Anders als bei der Online-Durchsuchung und bei dem vom BVerfG erst 2008 geschaffenen Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme geht es hier um eine vergleichsweise überkommene Technik des Lauschangriffs und einen Eingriff in das „klassische" Grundrecht des Art. 13 GG.

Der Gesetzgeber wird also zu entscheiden haben, welche der im Regierungsentwurf angesprochenen Intentionen ihm wichtiger ist: Ein grundrechtsschonendes Gesetz, das auf Eingriffe in Art. 13 GG umfassend verzichtet oder ein Gesetz, das die akustische Überwachung jedenfalls von Geschäftsräumen ermöglichen soll.

3. Verbleibende verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Internetkontrolle nach § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG-RegE – zu den Konsequenzen des Urteils des BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008

Der Gesetzentwurf zieht Konsequenzen aus dem Urteil des BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008 zur Verfassungswidrigkeit beider Alternativen des alten § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG. Allerdings werden verfassungsrechtliche Bedenken auch gegen die Neuregelung einer Internetüberwachung nicht gänzlich ausgeräumt.

Dabei ist zwischen zwei Problemen zu unterscheiden: Die alte Fassung unterschied zwei Alternativen: Die Internetüberwachung (1. Alternative, dazu a) und die Onlineüberwachung informationstechnische Systeme (2. Alternative; dazu b). Die 2. Alternative war die problematischere. Für sie hat das BVerfG ein neues Grundrecht entwickelt (Vertrau-

lichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme). Der jetzt vorliegende Entwurf verzichtet – zumindest auf den ersten Blick – auf die problematische zweite Alternative. Die geplante Neuregelung soll hier zunächst an den unmittelbar einschlägigen Ausführungen des BVerfG gemessen werden (dazu a). Sodann ist allerdings zu fragen, ob die Ausführungen des BVerfG zur Online-Durchsuchung nicht doch auf die Neuregelung ausstrahlen (dazu b).

a) Relevant und unmittelbar einschlägig für die Neufassung des **§ 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG-RegE** sind die Ausführungen des BVerfG zur 1. Alternative des alten § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG, d. h. in dem Urteil BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008 die Passagen unter C. II. Rn. 288 ff. Diese Passagen beziehen sich auf die Internetkontrolle nicht offener, sondern zugangsgesicherter Kommunikation, wie sie sowohl in der alten, vom BVerfG für verfassungswidrig und nichtig erklärten Gesetzesfassung als auch in § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG-RegE geregelt ist.

Hier handelt es sich um Eingriffe in Art. 10 GG. Das Grundrecht schützt die Vertraulichkeit der Kommunikation unter Abwesenden. Das Grundrecht umfasst alle Medien (neben dem Telefon auch das Internet und den Mail-Verkehr), die Inhalte und Umstände der Kommunikation. Vorliegend ermächtigt § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG-RegE zum Eingriff in die laufende Kommunikation (NB: Nach Abschluss des Kommunikationsvorgangs ist der nachträglich Zugriff auf gegebenenfalls gespeicherte Inhalte aber nicht von Art. 10 GG geschützt. Gespeicherte Daten sind vielmehr einem eigenen Grundrechtsschutz unterstellt – unabhängig davon, ob sie zuvor auf einem durch Art. 10 GG geschützten Weg kommuniziert wurden. Anders gewendet: Daten werden nicht dadurch zusätzlich nach Art. 10 GG geschützt, weil sie irgendwann einmal unter dem Schutz des Art. 10 GG kommuniziert wurden.).

Die Probleme der Unbestimmtheit des alten § 5 Abs. 2 Nr. 11 S. 2 VSG (dazu BVerfG aaO Rn. 295) wurden durch Streichung der Vorschrift gelöst (**zu Frage 10 des Fragenkatalogs** auch unter b).

Das BVerfG (aaO Rn. 297 f.) hat klargestellt, dass es sich um einen schwer wiegenden Eingriff in Art. 10 GG handelt. Die Schwere des Eingriffs liegt in der Heimlichkeit einerseits und in der potentiellen Streubreite, d. h. die Erstreckung auf Kommunikationspartner und damit auf Dritte, die ihrerseits (noch bzw. überhaupt) nicht im Fokus des Verfassungsschutzes stehen.

Das BVerfG hat angesichts der Schwere des Eingriffs eingefordert, eine qualifizierte Eingriffsschwelle zu regeln, die die für den Verfassungsschutz sonst grundsätzlich zulässige Breitband- und Vorfelderstreckung einschränkt. Das BVerfG hat dabei aber nicht näher ausgeführt, wie eine solche qualifizierte Eingriffsschwelle aussehen könnte, die das Gesetz verhältnismäßig machen könnte, wohl auf die einschlägige Rechtsprechung zu den Verbindungsdaten (BVerfGE 107, 299, 321 = BVerfG, 1 BvR 330/96 vom 12.3.2003) verwiesen (aaO Rn. 298). Die einschlägige Passage lautet: „Vorausgesetzt sind vielmehr eine Straftat von erheblicher Bedeutung, ein konkreter Tatverdacht und eine hinreichend sichere Tatsachenbasis für die Annahme, dass der durch die Anordnung Betroffene als Nachrichtenmittler tätig wird“ (BVerfG, 1 BvR 330/96 vom 12.3.2003, Absatz-Nr. 75). Diese Anforderungen beziehen sich im Kontext der damaligen Entscheidung auf repressive Maßnahmen bei der Strafverfolgung und sind nicht ohne weiteres auf Maßnahmen des präventiven Verfassungsschutzes übertragbar. Die Übertragbarkeit ist umso schwieriger, als der Verfassungsschutz auch und gerade im Vorfeld konkreter Gefahren i. S. d. Polizeirechts tätig wird.

Daraus sind folgende Konsequenzen zu ziehen:

- Es kommt zwar nicht auf einen hinreichenden Tatverdacht an und auch sind für Maßnahmen des Verfassungsschutzes „nicht generell... konkrete Verdachtsmomente“ zu fordern (BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008, Abs.-Nr. 255).
- Aber das BVerfG hat den vom BVerfG im Zusammenhang der Onlien-Durchsuchung als zu heterogen (ebd. Abs.-Nr. 266: „Der Straftatenkatalog lässt... kein Konzept erkennen“) kritisierten Straftatenkatalog auch in der Neuregelung in der Sache wieder übernommen. Insofern ist die **Frage 46 des Fragenkatalogs** berechtigt, ob dies auch im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung ist. Es ist schwer abzuschätzen, ob diese Kritik des BVerfG nur in Bezug auf den noch schwereren Eingriff der Online-Durchsuchung durchschlägt.
- Der Gesetzgeber entgeht einem erheblichen Risiko, dass hier wiederum die Grenze zur Verfassungswidrigkeit überschritten wird, nur dadurch, dass er sich an den verschärften Vorgaben des BVerfG zur Online-Durchsuchung jedenfalls in dieser Hinsicht orientiert. Danach kommt es darauf an, dass „ein überragend wichtiges Rechtsgut“ betroffen ist und „im Einzelfall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in näherer Zukunft gefährdet ist“ (BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008, Abs.-Nr. 266 mit Verweis auf Abs.-Nr. 247).

- Überragend wichtige Rechtsgüter wären danach „Leib, Leben und Freiheit der Person“ sowie „Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt“. Als Beispiel hierfür nennt das BVerfG die „Funktionsfähigkeit wesentlicher Teile existenzsichernder Versorgungseinrichtungen“ (BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008, Abs.-Nr. 247).

Zur **Lösung** des nicht von der Hand zu weisenden Problems bietet sich an, § 7a VSG-RegE durch eine zusätzliche Voraussetzung zu präzisieren, die sich an der Rechtsprechung des BVerfG orientiert oder aber den Straftatenkatalog zu modifizieren und weniger schwer wiegende Tatbestände als Anknüpfungspunkte zu streichen.

Weiter hat das BVerfG (aaO Rn. 299) das Fehlen von Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung als Nichtigkeitsgrund gerügt und dabei auf BVerfGE 113, 348, 390 ff. verwiesen. Diesen Erfordernissen einschließlich des Berufsgeheimnisträgerschutzes kommt nunmehr § 5a VSG-RegE nach (**zu Frage 64 des Fragenkatalogs**).

Schließlich hat das BVerfG (aaO Rn. 300 ff.) die Verletzung des Zitiergebots nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG als zusätzlichen Nichtigkeitsgrund angeführt. Dem genügt nunmehr § 32 VSG-RegE (zu der Verletzung des Zitiergebotes mit Blick auf § 5 Abs. 2 Nr. 6 VSG-RegE s.o.).

b) Die Befugnis zu dem besonders problematischen Eingriff in die Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (2. Alternative der verworfenen Vorschrift) wurde in der neuen Fassung gestrichen. Die besonders hohen Anforderungen, die das BVerfG für dieses spezielle Grundrecht aufgestellt hat, und auf die sich ein Teil der Fragen bezieht, sind nicht ohne weiteres auf Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung oder in Art. 10 GG zu übertragen. **Fragen 10, 46, 58 und 59 des Fragenkatalogs** beziehen nach Anforderungen der Rechtsprechung, die an das neue Gesetz nicht zu stellen sind, denen es also – jedenfalls prima facie – gar nicht gerecht werden muss.

Freilich kann man sich fragen, ob die Entwicklung in den fünf Jahren seit der Entscheidung des BVerfG so weit fortgeschritten ist, dass der für informationstechnische Systeme entwickelte Schutz inzwischen auch auf im Internet verfügbare Datenspeicher zu erstrecken ist. War es vor fünf Jahren noch so, dass größere Datenmengen auf Festplatten gespeichert – und jene für die Behörden allenfalls durch Beschlagnahme oder über die Online-Durchsuchung erreichbar waren, wird es heute zunehmend üblich, das Inter-

net nicht nur als Kommunikationsmittel, sondern auch als Speichermedium zu nutzen. So ist es nur eine Frage der technischen Ausgestaltung, ob man E-Mail-Postfächer auf dem Computer oder im Netz unterhält. Wenn das BVerfG E-Mail-Postfächer dem Schutzbereich des Art. 10 GG zuordnet (ebenda Abs.-Nr. 292), dann liegt der Unterschied zum informationstechnischen System darin, dass das Postfach lediglich die laufende Kommunikation abbildet. Wird aber anstelle der eigenen Festplatte über das Internet durch so genanntes Cloud-Computing externe Datenträger zum Speichermedium, dann wäre ein heimlicher Zugriff auf diese jenem auf ein eigenes informationstechnisches System durchaus vergleichbar. Begrifflich setzt das Grundrecht auf „Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ nicht voraus, dass es sich um Geräte handeln muss, die im Besitz des Grundrechtsträgers selbst sind. Allerdings implizieren die vom BVerfG gebrachten Beispiele alle, dass es sich um eigene Datenträger handelt. Die bisherige Grenze zwischen dem neuen Grundrecht und Art. 10 GG verläuft genau zwischen dem informationstechnischen System einerseits und der Datenübertragung im Internet andererseits. Dafür, dies auch auf Cloud-Computing zu übertragen spricht, dass der heutige Nutzer regelmäßig die Wahl hat, ob er externe Clouds oder die eigenen, traditionellen informationstechnische Systeme hierfür als Speichermedium nutzen mag.

Wollte der Gesetzgeber auch einer in solcher Weise fortentwickelten Rechtsprechung des BVerfG zu den informationstechnischen Systemen vorbeugend genügen, böten sich folgende **Lösungsmöglichkeiten** an:

Erstens kann der Gesetzgeber die vom BVerfG hierfür geforderten **speziellen Schranken** im Gesetz implementieren. Das würde bedeuten, die materiellen Voraussetzungen wesentlich restriktiver zu regeln und als Verfahrenssicherung einen Richtervorbehalt zu regeln. Schließlich wäre auch insofern das Zitiergebot zu beachten.

Zweitens könnte der Gesetzgeber klarstellen, dass sich Maßnahmen nach § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG-RegE **nicht auf Speichermedien erstrecken**, die dem Zugriff eines einzelnen Nutzers vorbehalten sind.

Im Ergebnis sprechen die überwiegenden Argumente allerdings dafür, dass § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG-RegE auch ohne derartige Modifizierungen verfassungsgemäß wäre bzw. verfassungskonform ausgelegt werden könnte. Die Vorschrift sollte allerdings fortlaufender Beobachtung – auch in Bezug auf neuere Rechtsprechungsentwicklungen des BVerfG im Rahmen des Grundrechts auf Schutz und Integrität informationstechnischer Systeme – unterliegen und bei maßgeblichen Änderungen im Benutzerverhalten auf

Grund der funktionellen Vergleichbarkeit dem tatsächlichen Stand der Technik angepasst werden.

III. Zur Möglichkeit öffentlicher Sitzungen des Parlamentarischen Kontrollgremiums (zu Fragen 15 und 78 des Fragenkatalogs)

Diese Möglichkeit kann der Transparenz dienen und Vertrauen der Gesellschaft in den Verfassungsschutz stärken. Allerdings steht die Möglichkeit in einem gewissen Spannungsverhältnis zu einer effektiven Kontrolle. Denn die Nichtöffentlichkeit kann auch zu einer intensivierten Kontrolle beitragen. Wären alle Sitzungen öffentlich, könnte das nicht nur Geheimhaltungsinteressen verletzen, sondern auch dazu führen, dass über geheimhaltungsbedürftige Fragen gar keine effektive Kontrolle stattfindet. Da das Kriterium der Geheimhaltungsbedürftigkeit im Gesetz vorgegeben ist (§ 26 Abs. 2 S. 1 VWG-RegE), wird sich die Geschäftsordnung des Gremiums und dessen Praxis daran zu orientieren haben. Öffentlichkeit darf die Kontrolle nicht schwächen, sondern soll sie stärken.

Prof. Dr. Lothar Michael

Düsseldorf, Freitag, 26. April 2013