

Universität Kassel – FB 07 – FG Öffentliches Recht, IT-Recht und Umweltrecht
Henschelstr. 4, D-34127 Kassel

Universität Kassel
Fachgebiet Öffentliches Recht,
IT-Recht und Umweltrecht
Henschelstr. 4
34127 Kassel

gerrit.hornung@uni-kassel.de
fon +49-561 804-7923
fax +49-561 804-3621

Sekretariat: Lena Butterweck
fon +49-561 804-7924
lena.butterweck@uni-kassel.de

05.02.2018

Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Gesetz zur Neuausrichtung des Verfassungsschutzes in Hessen – Drucks. 19/5412 – sowie dem Änderungsantrag der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucks. 19/5782 –

Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Das Ziel des Gesetzentwurfs ist sehr begrüßenswert, weil die bisherigen Regelungen sowohl in der Struktur als auch in vielen Inhalten nicht mehr den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen und den Erkenntnissen aus Wissenschaft und Praxis, aber auch den jüngeren politischen Bewertungen der Materie entsprechen.
2. Die Grundausrichtung der gesetzlichen Regelung (v.a. die viel präziseren Regelungen und die vielfach erreichte Harmonisierung mit dem Bundesrecht) ist nachvollziehbar und überzeugend.
3. Es sollte erwogen werden, die Aufgaben im Bereich der Organisierten Kriminalität (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 HVSG-E) zu streichen. Sie gehören zu den klassischen Aufgaben der Polizei- und Strafverfolgungsbehörden; teilweise wird eine entsprechende Aufgabe für die Verfassungsschutzbehörden sogar für verfassungswidrig gehalten. Es handelt sich außerdem um eine Anomalie im deutschen Verfassungsschutzrecht, die es ansonsten nur in Bayern und im Saarland gibt.
4. Die Regelungen zur Quellen-Telekommunikationsüberwachung (§ 6 Abs. 2-4 HVSG-E) halten die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts ein. Es wird allerdings in der Praxis sehr schwer werden, die Vorgaben aus § 6 Abs. 2 Nr. 1 HVSG-E einzuhalten. Das Bundesverfassungsgericht hat explizit betont, dass dies strikt umzusetzen ist und entsprechende Ermächtigungsgrundlagen ansonsten bis auf weiteres leer laufen.

5. Angesichts der grundrechtlichen Probleme der Online-Durchsuchung, der Schwierigkeiten, ihre technischen und rechtlichen Wirkungen zu begrenzen sowie der grundsätzlichen Zuständigkeit der Polizeibehörden für die genannten Aufgaben, denen die Maßnahme dienen soll, sollte § 8 HVSG-E gestrichen werden.
6. Wenn die Bestimmungen zur Online-Durchsuchung nicht gestrichen werden, sind sie zu überarbeiten, weil sie in der vorliegenden Fassung des Gesetzentwurfs verfassungswidrig sind. Die Eingriffsschwelle ist zwar hinreichend, die zu schützenden Rechtsgüter sind jedoch durch den Verweis auf § 7 Satz 1 Nr. 3 HVSG-E zu weit gefasst. Die Weiterverweisungen auf § 3 Abs. 2 (Adressaten), § 3a (Kernbereichsschutz) und § 3b (Berufsgeheimnisträger) des Artikel 10-Gesetzes erfüllen in allen drei Fällen nicht die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts. Überdies sind die Regelungen in § 9 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 HVSG-E für die Online-Durchsuchung unverhältnismäßig.
7. Die Bestimmungen zum verdeckten Einsatz technischer Mittel zur Wohnraumüberwachung (§ 7 HVSG-E) sind ganz überwiegend verfassungskonform. Auch hier entsprechen die drei Verweise auf § 3 Abs. 2, § 3a und § 3b Artikel 10-Gesetz jedoch nicht den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts. Die Regelung ist insoweit verfassungswidrig.
8. Die Regelung zur automatisierten Datenanalyse (§ 25a HSOG-E in der Fassung des Änderungsantrags) ist ein begrüßenswerter Schritt hin zu einer Verrechtlichung der internen automatisierten Analysefähigkeiten der Sicherheitsbehörden in Zeiten von Big Data. Die Norm sollte aber durch verfahrensrechtliche Sicherungen ergänzt werden.
9. Die neuen Bestimmungen zum Einsatz von Vertrauensleuten (§ 14 HVSG-E) übernehmen weitgehend § 9b BVerfSchG und sind verfassungsrechtlich zulässig. Sie könnten dennoch an mehreren Punkten verbessert werden. Dies gilt insbesondere für § 14 Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 HVSG-E, weil der Ausschlussgrund in der Praxis so gut wie immer leerlaufen wird.
10. Der Verweis auf das Hessische Datenschutzgesetz in § 16 HVSG-E muss in Abhängigkeit von dem Inhalt des aktuellen Reformprozesses (Anpassung an die Datenschutz-Grundverordnung und die JI-Richtlinie für den Datenschutz) in der Zukunft überprüft werden.
11. Die Bestimmungen zum Auskunftsanspruch in § 27 HVSG-E sind unangemessen eng. Der Auskunftsanspruch sollte – wie sonst auch – ohne besondere Begründung bestehen. Überdies sollte er zumindest in manchen Fällen auch die Herkunft über die Datenübermittlung umfassen sowie nicht auf Daten begrenzt werden, die strukturiert in automatisierten Dateien gespeichert sind. Ein Verzicht auf eine Begründung der Ablehnung des Antrags sollte nur in begründeten Einzelfällen erfolgen, nicht stets.
12. Die Neustrukturierung der parlamentarischen Kontrolle durch den Entwurf eines Verfassungsschutzkontrollgesetzes ist überaus begrüßenswert. Jedoch sollten in mehreren Punkten die Rechte der Opposition gestärkt werden (Pflicht zur angemessenen Beteiligung in der Kommission, Absenkung des Mehrheitserfordernisses für die Beauftragung einer Sachverständigenperson, Möglichkeit von Sondervoten). Auch bei der personellen Ausstattung der Kontrollkommission, den Unterrichtungspflichten der Landesregierung, den Befugnissen der Kommissionsmitglieder (Herausgabe von Akten, Befragung von Mitarbeitern, Betreten der Diensträume) besteht Verbesserungsbedarf.

1. Reformbedarf und Grundausrichtung des Gesetzes

Das **Ziel des Gesetzentwurfs ist sehr begrüßenswert**. Die Grundstruktur des bisherigen Gesetzes über das Landesamt für Verfassungsschutz stammt aus dem Jahre 1990, und damit aus einer Zeit, in der noch völlig andere Vorstellungen über die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Arbeit der Verfassungsschutzbehörden und die grundrechtlichen Rahmenbedingungen ihrer Tätigkeit bestanden. In der Folgezeit wurde das Gesetz (wie viele andere Verfassungsschutzgesetze in Deutschland) in einer ganzen Reihe von Punkten ergänzt und erweitert, jedoch nicht systematisch überarbeitet. Dies führt zu komplexen und im Detail mit dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot schwer zu vereinbarenden Regelungen (insbesondere Verweisungen).¹ Hinzu kommt, dass die politische Aufarbeitung, die auf verschiedenen staatlichen Ebenen zu den Taten des sogenannten „Nationalsozialistischen Untergrunds“ (NSU) stattgefunden hat, einen erheblichen Reformbedarf zutage gefördert hat.² Dieser sollte im Rahmen des vorliegenden Gesetzgebungsverfahrens angegangen werden.

In einer **ganzen Reihe von Punkten erfüllt das Gesetz Anforderungen an ein modernes Recht der Verfassungsschutzbehörden**. Insbesondere erfolgt eine weitgehende – wenn auch nicht vollständige – Anpassung an die in der Zwischenzeit ergangene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Die Präzisierungen etwa bei der Aufgabenbeschreibung in § 2 HVSG–E sowie bei den nunmehr auf mehrere getrennte Normen verteilten Befugnissen sind zu begrüßen. Dies gilt beispielsweise für die Regelung der eingriffsintensiven Maßnahmen zur Informationserhebung mit nachrichtendienstlichen Mitteln in § 5 HVSG–E sowie für die nunmehr viel detaillierteren Bestimmungen zu den Informationsübermittlungen in den §§ 16 ff. HVSG–E

Auch die an vielen Punkten angestrebte **Vereinheitlichung mit dem Bundesverfassungsschutzgesetz** (etwa bei den Begriffsbestimmungen, den materiellrechtlichen Regelungen zur Informationserhebung sowie den Datenübermittlungsvorschriften) ist ein **Fortschritt**, weil die wissenschaftliche und politische Analyse der Arbeit der Sicherheitsbehörden in den letzten Jahren hier problematische Unterschiede identifiziert hatte. Freilich wird die Harmonisierung teilweise mit wiederum komplizierten Verweisungen in das Bundesrecht erkaufte.

Zu begrüßen ist schließlich die Grundrichtung, das Landesamt zum einen explizit mit einer – nicht als polizeilich misszuverstehenden – Präventionsaufgabe auszustatten (§ 2 Abs. 1 Satz 2 HVSG–E) sowie es stärker an den öffentlichen Diskurs anzubinden und so auch der Kontrolle durch die demokratische Öffentlichkeit zu unterstellen. Diese Aufgabenzuweisung wird durch die Präambel freilich wieder verunklart, wenn diese sich gegen Gefahren durch „extremistisches Gedankengut“ wendet. Weder Extremismus noch Gedankengut werden als Begriffe im Gesetz verwendet.³ Wenn Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gemeint sind, sollte dies so formuliert werden. **Allgemein erscheint die Präambel verzichtbar und in ihrer jetzigen Fassung missverständlich.**

¹ S. zu den verfassungsrechtlichen Grenzen von Gesetzesverweisen BVerfGE 110, 33 (61 f.).

² S. BT–Drs. 17/14600, insbesondere S. 861 ff.

³ Der Begriff des Extremismus ist ohnehin unbestimmt und nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts von angrenzenden Bereichen wie (recht–)„radikal“ oder (rechts–)„reaktionär“ nur auf der Ebene des politischen Meinungskampfes und der gesellschaftswissenschaftlichen Auseinandersetzung abzugrenzen, s. BVerfG, ZUM–RD 2011, 205, 207.

An **anderen Stellen ist der Gesetzentwurf demgegenüber problematisch** – vor allem weil er die Befugnisse des Landesamts zur verdeckten und eingriffsintensiven Erhebung sensibler personenbezogener Daten ganz erheblich ausdehnt, auf hinreichende Sicherungsmaßnahmen v.a. bei der Online-Durchsuchung verzichtet und das Auskunftsrecht betroffener Personen über die Gebühr einschränkt. Auch an anderen Stellen des Gesetzesentwurfs gibt es Möglichkeiten, Regelungen präziser zu fassen und zusätzliche verfahrensrechtliche Sicherungen vorzusehen. Die Regelungen zur parlamentarischen Kontrolle sind demgegenüber eine ganz erhebliche Verbesserung gegenüber dem Status quo, können aber dennoch an wesentlichen Punkten weiter verbessert werden.

Die folgende Stellungnahme konzentriert sich auf diese problematischen und verbesserungsfähigen Punkte.

2. Aufgaben im Bereich der Organisierten Kriminalität (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 HVSG-E)

Die Aufgabe der Sammlung und Auswertung von Informationen über Bestrebungen und Tätigkeiten der Organisierten Kriminalität im Geltungsbereich des Grundgesetzes in § 2 Abs. 2 Nr. 5 HVSG-E entspricht zwar dem bisherigen § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5, ist aber dennoch problematisch. Jenseits der räumlichen Erstreckung auf das gesamte Bundesgebiet, die bei wörtlicher Auslegung eine eindeutige Kompetenzüberschreitung wäre, handelt es sich um einen Bereich schwerwiegender Kriminalität, deren (präventive und repressive) Bekämpfung zu den **klassischen Aufgaben der Polizei- und Strafverfolgungsbehörden** gehört.

Im Sonderfall des Freistaates Sachsen – nach Art. 83 Abs. 3 Satz 1 der Sächsischen Verfassung unterhält der Freistaat explizit „keinen Geheimdienst mit polizeilichen Befugnissen“ – hat der Sächsische Verfassungsgerichtshof eine Zuständigkeit der Verfassungsschutzbehörden in diesem Bereich sogar für verfassungswidrig erklärt.⁴ Das Urteil ist mangels vergleichbarer Regelung in der Hessischen Verfassung nicht direkt übertragbar. Die durch das Gericht geäußerten Bedenken zu einem Verschwimmen zwischen Verfassungsschutz- und Polizeibehörden sind allerdings auch für das Grundgesetz und die Hessische Verfassung valide. In der grundlegenden **Aufgabenbeschreibung des Bundesverfassungsgerichts für die Nachrichtendienste** im ATDG-Urteil von 2013 hat das Gericht betont, diesen komme „die Aufgabe zu, Aufklärung bereits im Vorfeld von Gefährdungslagen zu betreiben“.⁵ Unbeschadet näherer Differenzierungen zwischen den verschiedenen Diensten beschränke sich deren Aufgabe im Wesentlichen darauf, fundamentale Gefährdungen, die das Gemeinwesen als Ganzes destabilisieren können, zu beobachten und hierüber zu berichten, um eine politische Einschätzung der Sicherheitslage zu ermöglichen. Ziel sei „**nicht die operative Gefahrenabwehr, sondern die politische Information**“.⁶

⁴ SächsVerfGH, NVwZ 2005, 1310, 1311 f.; dies gilt, solange der Verfassungsschutz „nicht gleichzeitig dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des Bestands oder der Sicherheit des Bundes oder der Länder oder vor Bestrebungen im Geltungsbereich des Grundgesetzes, die durch Anwendung von Gewalt oder darauf gerichtete Vorbereitungshandlungen auswärtige Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährden, dienen soll“.

⁵ BVerfGE 133, 277 (325).

⁶ BVerfGE 133, 277 (326).

Die Aufgabenzuweisung in § 2 Abs. 2 Nr. 5 HVSG-E ist dementsprechend systemfremd. Hinzu kommen praktische Probleme der Parallelzuständigkeit mit den Polizei- und Strafverfolgungsbehörden. Schließlich **widerspricht die Zuständigkeit dem selbstgesetzten Ziel der Novelle, „ein größtmögliches Maß an Harmonisierung“ auf dem Gebiet des Verfassungsschutzes zu erreichen.**⁷ Weder im Bund noch in fast allen anderen Bundesländern besteht nämlich eine Zuständigkeit der Verfassungsschutzbehörden für den Bereich der Organisierten Kriminalität.⁸

In der Folge kann das Landesamt in dieser Sache de facto nur mit den Strafverfolgungsbehörden zusammenarbeiten, was aber rechtlich nur sehr eingeschränkt möglich ist. Im Ergebnis sollte deshalb **erwogen werden, § 2 Abs. 2 Nr. 5 HVSG-E zu streichen.** Als Minimum wäre zu evaluieren, ob die hessische Regelung bei der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität dem Land Hessen einen Vorteil gegenüber den Strategien anderer Bundesländer verschafft hat.

3. Technische Erhebungs- und Auswertungsbefugnisse

3.1 Verfassungsrechtliche Problematik

§ 7 HVS-E normiert Regelungen zum **verdeckten Einsatz technischer Mittel zur Wohnraumüberwachung.** Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben, dass Eingriffe in diesen Bereich von ganz erheblicher Grundrechtsrelevanz sind. Die Wohnraumüberwachung erlaubt dem Staat auch in Räume einzudringen, die privater Rückzugsort des Einzelnen sind und einen engen Bezug zur Menschenwürde haben.⁹

Der Entwurf enthält mit der Befugnis zur sogenannten Quellen-Telekommunikationsüberwachung (§ 6 Abs. 2-4 HVSG-E) sowie zur sogenannten Online-Durchsuchung (§ 8 HVSG-E) darüber hinaus zwei neue Maßnahmen, die das Bundesverfassungsgericht zwar im Grundsatz gebilligt hat, die **ihre verfassungsrechtliche und politische Problematik** deshalb aber keineswegs eingebüßt haben. **Der Inhalt informationstechnischer Systeme ist in der heutigen Zeit die sensibelste Datensammlung vieler Menschen.** Auch aus anderen Gründen sind Bürgerinnen und Bürger darauf angewiesen, sich auf die Vertraulichkeit und Funktionsfähigkeit ihrer IT-Systeme verlassen zu können. Quellen-Telekommunikationsüberwachung und Online-Durchsuchung müssen Lücken in der IT-Sicherheit der Systeme ausnutzen oder sogar erst schaffen. Dies ist nicht nur ein strukturelles Problem staatlichen Handelns (da der Staat in der heutigen Zeit eine Infrastrukturverantwortung für die IT-Sicherheit innehat und diese schützen muss), sondern auch ein grundrechtliches Problem. Letzteres hat das Bundesverfassungsgericht im Jahre 2008 dazu bewogen, das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme aus dem Grundgesetz abzuleiten.¹⁰ Es hat zugleich sehr hohe verfassungsrechtliche Anforderungen an Eingriffe in dieses Grundrecht aufgestellt und diese in der Folge mehrfach bekräftigt.¹¹

⁷ S. Drucks. 19/5412, S. 29.

⁸ Die einzigen Ausnahmen bilden Bayern (Art. 3 Satz 2 BayVSG) und das Saarland (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SaarIVSG).

⁹ BVerfGE 109, 279 (313 f.).

¹⁰ BVerfGE 120, 274.

¹¹ Zuerst in BVerfGE 120, 274 (315 ff.); später z.B. im Urteil zum ATD-Gesetz, BVerfGE 133, 277 (373 f.) sowie zum BKA-Gesetz, BVerfGE 141, 220 (Rn. 208 ff.).

3.2 Quellen-Telekommunikationsüberwachung (§ 6 Abs. 2-4 HVSG-E)

Die Quellen-Telekommunikationsüberwachung greift demgegenüber in ihrer „reinen“ Form (die in § 6 Abs. 2 HVSG-E ganz offenbar bezweckt wird) nicht in dieses Grundrecht, sondern „nur“ in das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG und Art. 12 HV ein. Der Entwurf **hält insoweit die Anforderungen ein, die das Bundesverfassungsgericht** an eine Quellen-Telekommunikationsüberwachung anlegt.¹²

Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass gerade wegen dieser in § 6 Abs. 2 HVSG-E aufgestellten Anforderungen der **Einsatz in der Praxis vor große und ggf. sogar nicht lösbare Aufgaben** gestellt werden wird. Der Ausschluss des Anwendungsbereichs des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme gilt nämlich nur unter der Maßgabe, dass tatsächlich die in § 6 Abs. 2 Nr. 1 HVSG-E aufgestellte Anforderung eingehalten wird, dass ausschließlich laufende Telekommunikation überwacht und aufgezeichnet wird.¹³ Dies ist in der Praxis offenbar ein ganz erhebliches Problem und wurde in der Vergangenheit mehrfach nicht eingehalten.¹⁴

Eine allgemeinverständliche Herausforderung ist, dass die Quellen-Telekommunikationsüberwachung gerade darauf abzielt, vor einer etwaigen Verschlüsselung der Kommunikationsinhalte zuzugreifen (da dies im Anschluss nicht oder nur noch sehr schwer möglich ist). Aus technischer Sicht wird also – notwendigerweise – gerade nicht die „laufende Telekommunikation“ überwacht, wie es § 6 Abs. 2 Nr. 1 HVSG-E vorschreibt, sondern Entwürfe für diese, die mehr oder weniger kurz vor dem Absenden erstellt wurden (oder ggf. dann sogar nicht mehr abgesendet wurden). Man kann also **mit guten Gründen davon ausgehen, dass § 6 Abs. 2 Nr. 1 HVSG-E de facto unerfüllbare Anforderungen enthält**, die der Gesetzgeber dennoch gewählt hat, um „nur“ den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 10 GG (bzw. Art. 12 HV), nicht aber den höheren Anforderungen des Eingriffs in das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme genügen zu müssen.

Das Bundesverfassungsgericht hat derartige praktische Probleme der Einhaltung der Begrenzung auf laufende Telekommunikation für § 20I Abs. 2 BKAG explizit für nicht entscheidungserheblich erklärt und gefolgert, wenn die technischen Vorgaben zur Überwachung nicht einhaltbar seien, dürfe die Vorschrift nicht vollzogen werden und **laufe „folglich bis auf weiteres leer“**.¹⁵ Es handelt

¹² BVerfGE 141, 220 (Rn. 228 ff.); die für die weitgehend parallele Regelung in § 20I BKA-Gesetz dort beanstandete zu knappe Aufbewahrungsfrist der Lösungsprotokolle gemäß § 20I Abs. 6 Satz 10 BKAG wird durch § 6 Abs. 3 Satz 2 HVSG-E behoben.

¹³ S. die Formulierung in BVerfGE 120, 274 (309): „Art. 10 Abs. 1 GG ist hingegen der alleinige grundrechtliche Maßstab für die Beurteilung einer Ermächtigung zu einer „Quellen-Telekommunikationsüberwachung“, wenn sich die Überwachung ausschließlich auf Daten aus einem laufenden Telekommunikationsvorgang beschränkt. Dies muss durch technische Vorkehrungen und rechtliche Vorgaben sichergestellt sein“. S.a. BVerfGE 141, 220 (Rn. 228 ff.).

¹⁴ S. z.B. *Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz*, Prüfbericht Quellen-TKÜ, 2012, <https://www.datenschutz-bayern.de/0/bericht-qt kue.pdf>.

¹⁵ BVerfGE 141, 220 (Rn. 234).

sich also um eine verbindliche und anspruchsvolle Aufgabe für die Vollzugspraxis des vorgeschlagenen Gesetzes.

3.3 Online-Durchsuchung (§ 8 HVSG-E)

Lässt sich die Quellen-Telekommunikationsüberwachung noch als Reaktion auf die zunehmende Ende-zu-Ende Verschlüsselung der Telekommunikation verstehen (inzwischen teilweise auch flächendeckend, beispielsweise bei der Messenger-Anwendung WhatsApp), so handelt es sich bei der in § 8 HVSG-E vorgesehenen Online-Durchsuchung um eine **sehr eingriffsintensive zusätzliche Maßnahme**. Sie darf nach § 8 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. HVSG-E das Ziel verfolgen, auf diesem System „verarbeitete Daten zu erheben“ – im Grundsatz also sämtliche Daten auch intimster Art (elektronisch gespeicherte Korrespondenz, Tagebücher, höchstpersönliche Fotos und Videos, lange zurückliegende Kommunikation mit früheren Sexualpartnern, umfassende Backupdateien aktueller und früherer E-Mail-Accounts, Browser-Verläufe über besuchte Webseiten, Gesundheitsinformationen etc.).

Diese Eingriffsintensität versucht der Gesetzentwurf – in Übernahme des weitgehend wortgleichen Art. 9 BayVSG – durch eine Rückbindung an die Regeln zum verdeckten Einsatz technischer Mittel zur Wohnraumüberwachung in § 7 HVSG-E rechtsstaatlich einzuhegen. Dies ist im Grundsatz ein nachvollziehbarer Ansatz, da das Bundesverfassungsgericht selbst betont, die Eingriffsintensität der Online-Durchsuchung sei mit der akustischen Wohnraumüberwachung vergleichbar.¹⁶ Dies bedeutet aber nicht, dass man unbesehen dieselben Maßnahmen zur Sicherung der Verhältnismäßigkeit anwenden kann. Die vorgeschlagene Regelung hält deshalb an **mehreren Stellen die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts nicht ein**.

Hinreichend ist die durch den Verweis auf § 7 Satz 1 HVSG-E geltende **Eingriffsschwelle** der tatsächlichen Anhaltspunkte für eine dringende Gefahr. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung zur Online-Durchsuchung sogar eine etwas weniger qualifizierte Schwelle, nämlich „tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr“ gebilligt.¹⁷ Das Gericht hat explizit betont, dass dies auch für die Verfassungsschutzbehörden gilt.¹⁸ Begrüßenswert sind daneben die **Regelungen in § 8 Abs. 2 und Abs. 3 HVSG-E**, die direkt bzw. über § 6 Abs. 4 HVSG-E einen Gleichlauf mit § 20k Abs. 2 und Abs. 3 BKAG herstellen.¹⁹

Die Rechtsgüter in § 7 Satz 1 HVSG-E entsprechen demgegenüber nicht den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts. Dieses hatte neben „Leib, Leben und Freiheit der Person“ (§ 7 Satz 1 Nr. 2 HVSG-E) nur „solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt“ als hinreichende Legitimation angesehen.²⁰ Darunter lässt sich § 7 Satz 1 Nr. 3 HVSG-E (Sachen von bedeutendem Wert) nicht subsumieren, selbst wenn die Erhaltung dieser Sachen, wie es die Norm verlangt, im öffentlichen Interesse geboten ist. Der Gesetzentwurf weicht in Nr. 3 auch ohne Not von der bundesgesetzlichen Regelung in § 20k Abs. 1 BKAG ab. **Der Verweis in § 8 HVSG-E auf § 7 Satz 1 Nr. 3 HVSG-E**

¹⁶ BVerfGE 141, 220 (Rn. 210).

¹⁷ BVerfGE 120, 274 (328 f.).

¹⁸ BVerfGE 120, 274 (329 f.).

¹⁹ Diese hat das Bundesverfassungsgericht für erforderlich gehalten, s. BVerfGE 141, 220 (Rn. 215).

²⁰ BVerfGE 120, 274 (328).

ist deshalb verfassungswidrig. Nr. 3 ist jedenfalls für die Online-Durchsuchung, unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten aber auch für die Wohnraumüberwachung zu streichen.

Der Gleichlauf mit § 7 HVSG-E ist auch im Übrigen zwar eine nachvollziehbare Regelungsstrategie des Gesetzgebers, führt aber dennoch zu problematischen Ergebnissen. Wenn **tatsächlich eine dringende Gefahr** für die in § 7 Nr. 1–3 HVSG-E genannten Rechtsgüter vorliegt, so ist es im Grundsatz **Aufgabe der Polizeibehörden** des Bundes und der Länder, diese abzuwehren. Wieso (alternativ oder zusätzlich) das Landesamt für Verfassungsschutz zu diesem Zweck eine Online-Durchsuchung durchführen dürfen soll, ist nicht ersichtlich. Die Begründung des Gesetzentwurfs betont selbst, dass die Nachrichtendienste im Gefahrenvorfeld tätig sein sollen, während die Polizeibehörden konkrete Gefahren abwehren.²¹

Über die **Verweisung auf § 7 HVSG-E** finden über dessen Satz 2 die Regelungen des Artikel 10-Gesetzes zu den Adressaten (§ 3 Abs. 2 Artikel 10-Gesetz), zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung (§ 3a Artikel 10-Gesetz) und zeugnisverweigerungsberechtigter Personen (§ 3b Artikel 10-Gesetz) Anwendung. **Alle drei Verweise sind verfassungsrechtlich unzulässig.**

§ 3 Abs. 2 Artikel 10-Gesetz gestattet Maßnahmen nicht nur gegen Verdächtige, sondern auch gegen sog. Nachrichtenmittler. Diese Erstreckung hat das Bundesverfassungsgericht für die Telekommunikationsüberwachung als noch verhältnismäßig bewertet.²² Für die Online-Durchsuchung musste das Gericht die Frage nicht beantworten, weil § 20k Abs. 4 BKA-Gesetz Nachrichtenmittler gerade nicht erfasst. Für die Wohnraumüberwachung bestehen jedoch gesteigerte Anforderungen. Eine Überwachung Dritter ist verfassungsrechtlich nur insoweit zulässig, als diese durch eine Überwachung unvermeidbar mitbetroffen werden.²³ Bei Wohnraumüberwachungen kann die Überwachung der Wohnung eines Dritten nur erlaubt werden, wenn anzunehmen ist, dass die Zielperson sich dort zur Zeit der Maßnahme aufhält, sie dort für die Ermittlungen relevante Gespräche führen wird und eine Überwachung ihrer Wohnung allein zur Erforschung des Sachverhalts nicht ausreicht. Vergleichbare Anforderungen sind auch für die Online-Durchsuchung zu stellen. **Der Verweis auf § 3 Abs. 2 Artikel 10-Gesetz ist insoweit verfassungswidrig.**

Der Verweis auf § 3a Artikel 10-Gesetz ist überdies problematisch, weil dieser auf die Überwachung der Telekommunikation gerichtet ist. Durch die Verweisteknik werden die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts für die Online-Durchsuchung in wichtigen Punkten nicht eingehalten. § 8 HVSG-E ist in der vorliegenden Form auch **aufgrund fehlender hinreichender Regelungen zum Kernbereichsschutz verfassungswidrig:**

- Eine Überwachung der Telekommunikation kann unmittelbar (Mithören) oder automatisiert (Aufzeichnen) erfolgen, weshalb § 3a Artikel 10-Gesetz für diese Varianten unterschiedliche Regelungen enthält. Diese Differenzierung ist bei der Online-Durchsuchung nicht möglich, weil hier eine unmittelbare Wahrnehmung der aus dem System ausgeleiteten Daten nicht möglich ist und dementsprechend stets automatisiert vorgegangen wird. Dementsprechend ist unklar, unter welchen Voraussetzungen die in § 7 Satz 2 HVSG-E geregelte richterliche Entscheidung über die Verwertbarkeit erforderlich ist. Die entsprechende

²¹ Drucks. 19/5412, S. 31.

²² BVerfGE 141, 220 (Rn. 233).

²³ BVerfGE 141, 220 (115, 191 ff.).

Regelung in **§ 3a Satz 4 Artikel 10-Gesetz hat Tatbestandsvoraussetzungen, die bei der Online-Durchsuchung schlicht keinen Sinn ergeben.**

- Im Übrigen hat das Bundesverfassungsgericht für die Online-Durchsuchung die besondere Relevanz der Aus- und Verwertungsebene hervorgehoben: „Entscheidende Bedeutung hierfür kommt dabei einer Sichtung durch eine unabhängige Stelle zu, die kernbereichsrelevante Informationen vor ihrer Kenntnisnahme und Nutzung [...] herausfiltert“.²⁴ Dies erfordert – wie es sogar derzeit der durch das Bundesverfassungsgericht für nicht hinreichend bewertete § 20k Abs. 7 BKAG regelt – eine **Durchsicht aller erhobenen Informationen, nicht nur eine solche „bei Zweifeln über die Verwertbarkeit“**, wie es § 7 Satz 2 HVSG-E formuliert.²⁵
- Außerdem **fehlt es** an der durch das Bundesverfassungsgericht für die Online-Durchsuchung explizit geforderten **Regelung, dass verfügbare informationstechnische Sicherungen einzusetzen sind**. Die Ermächtigungsgrundlage muss vorsehen, dass die Erhebung von Informationen, die dem Kernbereich zuzuordnen sind, soweit wie informationstechnisch und ermittlungstechnisch möglich unterbleibt.²⁶ Da § 3a Artikel 10-Gesetz, auf den § 8 HVSG-E über § 7 Satz 2 HVSG-E verweist, eine solche Regelung nicht enthält, sind die verfahrensrechtlichen Sicherungen insoweit unzureichend.

Der Verweis auf § 3b BVerfSchG berücksichtigt grundsätzlich in zulässiger Weise den Schutz von Berufsgeheimnisträgern. Die Norm differenziert jedoch zwischen Strafverteidigern und sonstigen Rechtsanwälten. Dies ist nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zu dem parallel formulierten § 20u BKA-Gesetz aus Gleichbehandlungsgründen unzulässig und im – hier vorliegenden – präventiven Bereich auch deshalb zweckwidrig, weil die in Frage stehenden Überwachungsmaßnahmen nicht der Strafverfolgung, sondern der Gefahrenabwehr dienen, die Strafverteidigung also hier gerade nicht entscheidend ist.²⁷ Auch der **Verweis auf § 3b BVerfSchG ist damit (teilweise) verfassungswidrig**.

Neben den genannten Verweisungen auf § 7 HVSG-E sind zwei verfahrensrechtliche Regelungen aus verfassungsrechtlicher Sicht problematisch.

- § 9 Abs. 1 Satz 2 HVSG-E enthält eine **Ausnahme vom Richtervorbehalt** für Eilfälle. Auf diese sollte **für die Online-Durchsuchung verzichtet werden**. Diese wird typischerweise ohnehin einen relativ langen technischen Vorbereitungsaufwand erfordern, sodass es kaum jemals dazu kommen wird, dass eine richterliche Anordnung nicht rechtzeitig zu erlangen

²⁴ BVerfGE 120, 274 (338 f.); BVerfGE 141, 220 (Rn. 220).

²⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat den Unterschied sogar explizit hervorgehoben und formuliert, anders als bei der Online-Durchsuchung sei es bei der Telekommunikationsüberwachung nicht erforderlich, in jedem Fall auch die Sichtung durch eine unabhängige Stelle vorzugeben, s. BVerfGE 129, 208 (249); BVerfGE 141, 220 (Rn. 240).

²⁶ BVerfGE 120, 274 (338); BVerfGE 141, 220 (Rn. 219); demgegenüber hält der insoweit modifizierte Verweis in § 7 Satz 2 HVSG-E auf § 3a Artikel 10 Gesetz die durch das Bundesverfassungsgericht zu § 20k Abs. 7 BKAG formulierte Vorgabe ein, dass eine solche Entscheidung „maßgeblich in den Händen von dem Bundeskriminalamt gegenüber unabhängigen Personen liegen“ muss. Über den Verweis greift insoweit § 3a Satz 4 Artikel 10 Gesetz mit der Maßgabe des § 7 Satz 2 HVSG-E, dass an die Stelle der Entscheidung durch ein Mitglied der G10-Kommission die Anordnung des zuständigen Gerichts tritt.

²⁷ BVerfGE 141, 220 (Rn. 257).

ist. Dementsprechend enthält die Parallelregelung in § 20k Abs. 6 BKAG keine derartige Ausnahme.²⁸

- § 9 Abs. 4 HVSG-E stellt geringere verfahrensrechtliche Anforderungen an den Einsatz technischer Mittel, wenn diese ausschließlich dem Schutz der für den Verfassungsschutz tätigen Personen bei einem Einsatz in Wohnungen dienen. Dieser Fall passt nicht auf den Fall von § 8 HVSG-E, weil **nicht erkennbar ist, in welcher Weise eine Online-Durchsuchung ausschließlich dem Schutz eines Einsatzes von für den Verfassungsschutz tätigen Personen in einer Wohnung** dienen sollte.

Angesichts der grundlegenden Probleme der Maßnahme, der Schwierigkeiten, ihre technischen und rechtlichen Wirkungen zu begrenzen sowie der grundsätzlichen Zuständigkeit der Polizeibehörden für die genannten Aufgaben, denen die Maßnahme dienen soll, **sollte § 8 HVSG-E gestrichen werden**. Hierfür spricht auch, dass es eine Befugnis zur Online-Durchsuchung im Verfassungsschutzbereich bisher weder auf Bundesebene noch in praktisch allen Bundesländern gibt.²⁹ Es ist nicht erkennbar, dass das Fehlen dieses Instruments die Arbeit der Verfassungsschutzbehörden bisher merkbar behindert hätte.

3.4 Verdeckter Einsatz technischer Mittel zur Wohnraumüberwachung (§ 7 HVSG-E)

Die Neuregelung in § 7 HVSG-E entspricht im Grundsatz den Vorgaben, die das Bundesverfassungsgericht zuletzt in der Entscheidung zum BKA-Gesetz an derartige Maßnahmen aufgestellt hat.³⁰ Insbesondere hat das Gericht die Schutzgüter und die Schwelle der dringenden Gefahr³¹ aus § 7 Satz 1 HVSG-E für den im Wesentlichen gleichlautenden § 20h Abs. 1 BKA-Gesetz gebilligt. Dasselbe gilt für die Formulierung „verdeckter Einsatz technischer Mittel“ als Oberbegriff für die sowohl akustische als auch optische Wohnraumüberwachung. Insoweit muss allerdings bei der Gesetzesanwendung beachtet werden, dass die Verbindung von akustischer und optischer Überwachung ein wesentlich größeres Eingriffsgewicht als etwa nur eine akustische Überwachung hat und deshalb besonderer Rechtfertigung bedarf. Es reicht für die zusätzliche Anordnung einer optischen Überwachung folglich regelmäßig nicht, auf bloße Erleichterungen für die Zuordnung von Stimmen zu verweisen, sondern es bedarf gewichtiger, für den Erfolg der Überwachung maßgeblicher eigener Gründe.³² Schließlich hat der Entwurf beachtet, dass das Bundesverfassungsgericht in derselben Entscheidung die zu kurze Aufbewahrung von Protokollierungsdaten für verfassungswidrig erklärt hat. Statt insoweit vollständig auf die §§ 3a, 3b § 3a Artikel 10-Gesetz zu verweisen, löst der Entwurf dies in verfassungskonformer Weise, indem er die Bestimmung in § 7 Satz 3 i.V.m. § 6 Abs. 3 Satz 2 HVSG-E an ihre Stelle setzt.

Demgegenüber sind die **Regelungen zu den Adressaten, zum Kernbereichsschutz und zum Schutz von Berufsgeheimnisträgern** auch für die technische Wohnraumüberwachung **nicht im Einklang mit den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts**.

²⁸ S. BVerfGE 141, 220 (Rn. 216).

²⁹ Die einzige Ausnahme ist Bayern (Art. 10 BayVSG).

³⁰ BVerfGE 141, 220 (Rn. 179 ff.).

³¹ Die oben für die Online-Durchsuchung angeführte Problematik dieser Gefahrenschwelle und der daraus folgenden Parallelzuständigkeit mit den Polizeibehörden besteht freilich auch hier.

³² BVerfGE 141, 220 (Rn. 185).

- Die Adressatenregelung in § 7 Satz 2 HVSG-E verweist auf § 3 Abs. 2 Artikel 10-Gesetz. Es wurde bereits ausgeführt, dass die **Erstreckung der Wohnraumüberwachung auf Nachrichtenmittler verfassungsrechtlich unzulässig** ist.³³
- Für den **Kernbereichsschutz** verweist der Entwurf in § 7 Satz 2 HVSG-E auf § 3a Artikel 10-Gesetz. Dieser entspricht der Sache nach im Wesentlichen § 20h Abs. 5 BKA-Gesetz. Diese Regelung ist hingegen durch das Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt worden. Das Gericht hat den Schutz auf Erhebungsebene für hinreichend bewertet, jedoch nicht den auf der Durchsichtsebene. **Die unabhängige Kontrolle lediglich in Zweifelsfällen ist danach nicht ausreichend.** Vielmehr bedarf es – ebenso wie bei der Online-Durchsuchung (s.o.) – einer umfassenden Sichtung, deren Ziel nicht allein in dem Herausfiltern von Zweifelsfällen liegen darf, „sondern auch in der Gewährleistung einer unabhängigen Kontrolle der dem Kernbereichsschutz dienenden Anforderungen insgesamt“.³⁴
- Der Verweis auf § 3b BVerfSchG ist grundsätzlich angemessen, bezieht jedoch dessen – jedenfalls im präventiven Bereich – **verfassungswidrige Ungleichbehandlung zwischen Strafverteidigern und sonstigen Rechtsanwälten** ein (s.o.).³⁵

Dementsprechend ist der Verweis aus § 7 Satz 2 HVSG-E auf § 3 Abs. 2, § 3a und § 3b Artikel 10-Gesetz nicht hinreichend; die Regelung ist insoweit verfassungswidrig.

4. Automatisierte Datenanalyse (§ 25a HSOG-E in der Fassung des Änderungsantrags)

Der vorgeschlagene § 25a HVSG-E regelt einen Bereich der Informationsverarbeitung der Sicherheitsbehörden, der bisher in rechtsstaatlich problematischer Weise unterreguliert ist. Während die Gesetzgeber des Bundes und der Länder – nicht zuletzt aufgrund entsprechender Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts – seit vielen Jahren detaillierte gesetzliche Vorgaben für die Datenerhebung sowie die Übermittlung an andere Stellen schaffen, ist der nachfolgende Bereich der internen Datenanalyse weitgehend unreguliert. Da die Zusammenführung und Auswertung großer Mengen personenbezogener Daten in Zeiten elaborierter Big Data-Algorithmien selbstständige und erhebliche zusätzliche Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung mit sich bringen kann, ist dies rechtsstaatlich problematisch und wird auf Dauer kaum zu halten sein. **Der Regelungszweck der Norm verdient deshalb große Unterstützung.**

Die vorgeschlagene Regelung enthält durch die Anbindung an § 100a Abs. 2 StPO bzw. Gefahren für die in § 25a Abs. 1 HSOG-E genannten Rechtsgüter relativ hohe materiellrechtliche Anforderungen. Demgegenüber **fehlt es außer der Anordnungsbefugnis in Abs. 3 an allen verfahrensrechtlichen Sicherungen.** Es wird weder geregelt, wie mit den gewonnenen Erkenntnissen umgegangen wird, noch wie lange diese aufbewahrt und wann sie gelöscht werden müssen. Vorgaben zu Erkenntnissen über Unbeteiligte oder sensible Informationen (Bewegungs- oder sogar umfassende Verhaltensprofile) fehlen. Überdies bedürfte es gerade dann, wenn die Maßnahme – wie

³³ BVerfGE 141, 220 (115, 191 ff.).

³⁴ BVerfGE 141, 220 (Rn. 204).

³⁵ BVerfGE 141, 220 (Rn. 257).

erhofft – zu wichtigen neuen Erkenntnissen über konkrete Personen führt, die in den bisher verstreut gespeicherten Daten nicht erkennbar waren, einer Benachrichtigung der betroffenen Personen.

5. Einsatz von Vertrauensleuten (§ 14 HVSG–E)

Die grundsätzliche Sinnhaftigkeit und Problematik des Einsatzes von Vertrauensleuten soll an dieser Stelle nicht thematisiert werden. Das Bundesverfassungsgericht hat den Einsatz von Vertrauensleuten durch Verfassungsschutz- und Polizeibehörden im Grundsatz gebilligt.³⁶

§ 14 HVSG–E lehnt sich **eng an die im Jahre 2015 verabschiedete Neuregelung auf Bundesebene** (§ 9b BVerfSchG an). Abweichend ist zum einen die Bestimmung in § 14 Abs. 2 S. 2 HVSG–E zur persönlichen und charakterlichen Eignung, die es auf Bundesebene nicht gibt. Zum anderen erweitert § 14 Abs. 2 Satz 5 HVSG–E die Ausnahmen von der Einschränkung in Satz 4 Nr. 5 über das Ziel einer Aufklärung von Bestrebungen zur Begehung von Straftaten nach § 3 Abs. 1 Artikel 10–Gesetz hinaus auch auf solche Straftaten nach § 100b Abs. 2 StPO. Diese Ausweitung ist angesichts der hohen Hürden von § 100b Abs. 2 StPO (der die Katalogstraftaten für eine Online–Durchsuchung nach der StPO regelt) vertretbar.

Die Übernahme **wesentlicher Sicherungen aus den §§ 9a, 9b BVerfSchG ist zu begrüßen**. Insbesondere dürfen weder verdeckte Mitarbeiter noch Vertrauensleute an Bestrebungen teilnehmen, die in Individualrechte eingreifen (§ 13 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 HVSG–E; hier i.V.m. § 14 Abs. 1 HVSG–E).

Dennoch sollte erwogen werden, die Regelung **in mehreren Punkten weiter zu verbessern**:

- Der Ausschlussgrund in **§ 14 Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 HVSG–E** entspricht zwar § 9b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BVerfSchG, ist jedoch ebenso wie letzterer **zu eng gefasst**. Es ist faktisch ausgeschlossen, dass Geld– oder Sachzuwendungen die „alleinige“ Lebensgrundlage einer Vertrauensperson darstellen, weil praktisch immer weitere Finanzierungsquellen vorhanden sind – und seien es nur staatliche Sozialleistungen. Stattdessen sollte die Zusammenarbeit ausgeschlossen werden, wenn die Zuwendungen auf Dauer als „wesentliche“ Lebensgrundlage dienen.
- Es sollte erwogen werden, verfahrensrechtliche Vorgaben für die Anwerbung sowie insbesondere für die **begrenzte Dauer des „Führens“ durch denselben Mitarbeiter** innerhalb der Verfassungsschutzbehörde vorzusehen.
- Rechtsstaatlich vorzugswürdig wäre es, anstelle der globalen Regelung zur Begehung von Straftaten in § 13 Abs. 2 (hier i.V.m. § 14 Abs. 1) HVSG–E einen **konkreten Katalog mit Straftaten** vorzusehen, den verdeckte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sowie Vertrauensleute begehen dürfen. Dies wäre auch in deren Interesse, weil sie so eine erheblich präzisere Vorstellung darüber vermittelt bekämen, welche Handlungen zulässig sind.

³⁶ BVerfGE 57, 250 (284); 109, 13 (Rn. 71 f.); s.a. BVerfG, NVwZ 2017, 1364 (Rn. 109 ff.).

6. Datenschutzrechtliche Fragen

Auf eine detaillierte Analyse der Informationsübermittlungsmaßnahmen in den §§ 19 ff. HVSG-E wird an dieser Stelle verzichtet. Die grundsätzliche Zielrichtung, entsprechend den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts sowohl die Befugnisse der datenübermittelnden als auch die der datenempfangenden Stelle spezifisch zu regulieren („Doppeltür-Modell“),³⁷ ist begrüßenswert. Dasselbe gilt für das Bemühen um eine einheitliche Regelung mit den Übermittlungsvorschriften auf Bundesebene.

Handlungsbedarf besteht hinsichtlich der Geltung des allgemeinen Datenschutzrechts (§ 16 HVSG-E) sowie der Betroffenenrechte (§ 27 HVSG-E).

6.1. Geltung des allgemeinen Datenschutzrechts (§ 16 HVSG-E)

§ 16 Satz 1 HVSG-E enthält im Grundsatz **nur die Klarstellung**, dass das hessische Datenschutzgesetz subsidiär Anwendung findet, soweit das HVSG-E keine spezielle Regelung enthält. Dieselbe Rechtsfolge ordnet bereits § 3 HessDSG an. Nach dessen Abs. 1 gilt das Gesetz für Behörden des Landes (also auch für das Landesamt für Verfassungsschutz). Abs. 3 bestimmt die vorrangige Geltung spezieller Regelungen wie die des vorliegenden Gesetzentwurfs.

Dennoch führt die Verweisung in § 16 HVSG-E zu einem gesetzgeberischen Handlungsbedarf, nämlich der **Abstimmung hinsichtlich der Anpassung des Hessischen Datenschutzgesetzes an die Datenschutz-Grundverordnung³⁸ und die JI-Richtlinie für den Datenschutz.**³⁹ Da die Reform auch für den Bereich der staatlichen Verwaltung gilt, wird das hessische Datenschutzgesetz aufgrund des Vorrangs des Europarechts in weiten Teilen ab dem 25. Mai 2018 nicht mehr anwendbar sein. Sollte der hessische Gesetzgeber – was naheliegend ist – eine Anpassung des hessischen Datenschutzgesetzes an die Datenschutz-Grundverordnung und die JI-Richtlinie vornehmen und dabei größere Teile des Gesetzes aufheben, so ist zu beachten, dass die datenschutzrechtliche „Grundregulierung“ der europäischen Verordnung gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. a, d DSGVO den Bereich des Verfassungsschutzes nicht umfasst. Dementsprechend ist entweder eine selbstständige Regelung im Verfassungsschutzgesetz erforderlich oder eine Regelung wie in § 1 Abs. 8 HDSIG-E.⁴⁰

6.2 Auskunftsanspruch (§ 27 HVSG-E)

Die Neuregelung zum Auskunftsanspruch der betroffenen Person in § 27 HVSG-E orientiert sich zwar in weiten Teilen an Art. 23 BayVSG bzw. der Parallelvorschrift in § 15 BVerfSchG. Sie ist jedoch

³⁷ S. BVerfGE 130, 151 (184); 141, 220 (Rn. 305).

³⁸ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 119, 1.

³⁹ Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, ABl. 2016 L 119, 89.

⁴⁰ Drucks. 19/5728.

zugleich in Teilen eine erhebliche **Einengung gegenüber der Vorläufervorschrift in § 18**, die nicht in das Gesetz übernommen werden sollte.

Bisher war der Auskunftsanspruch nicht mit einer besonderen Darlegungslast verbunden. Die neue Regelung klingt dies gleich zweifach ein. Die betroffene Person muss „auf einen konkreten Sachverhalt“ hinweisen sowie zusätzlich ein „besonderes Interesse an einer Auskunft“ darlegen. **Beide Anforderungen sollten gestrichen werden.** Die Arbeit des Landesamts für Verfassungsschutz bringt es gerade mit sich, dass eine betroffene Person Adressat von Informationserhebungsmaßnahmen wird, ohne dies anhand eines konkreten Sachverhalts feststellen zu können. Das Erfordernis eines besonderen Interesses ist überdies eine unzulässige Einengung der verfassungsrechtlichen Vorgaben. Bürgerinnen und Bürger haben als Träger des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ein prinzipielles Recht zu wissen, „wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß“.⁴¹ Dieses Recht kann im Einzelfall beschränkt werden, es ist aber nicht begründungspflichtig.⁴² Die Regelung ist auch deshalb problematisch, weil die Anforderungen des besonderen Interesses und des konkreten Sachverhalts **im Extremfall dazu führen können, dass Antragsteller sich selbst belasten, indem sie auf Gesichtspunkte hinweisen (müssen), die dem Landesamt noch gar nicht bekannt sind.**

Die Auskunft soll sich nach § 27 Abs. 1 Satz 3 HSVG-E **nicht auf die Herkunft der Daten und die Empfänger von Übermittlungen erstrecken** (Nr. 1, s. bisher § 18 Abs. 3 sowie § 15 Abs. 3 BVerfSchG), sowie – von Ausnahmefällen abgesehen – nicht auf Daten, die „nicht strukturiert in automatisierten Dateien gespeichert sind“ (Nr. 2, keine Entsprechung im BVerfSchG). Beide Ausnahmen sind abzulehnen und sollten gestrichen werden:

- Zwar können bestimmte Gründe, die in der Herkunft der Daten und den Empfängern liegen, eine Beschränkung des Auskunftsrechts rechtfertigen. Genauso sind jedoch Fälle denkbar, in denen beides rechtlich unproblematisch ist. So mögen die Daten aus einer öffentlich zugänglichen Quelle stammen (§ 4 Abs. 2 HSVG-E) oder im Rahmen von Sicherheitsüberprüfungsverfahren an öffentliche Stellen übermittelt werden (§ 21 Abs. 1 Nr. 2 HSVG-E). Es ist **nicht erkennbar, wieso in diesen Fällen die Auskunft kategorisch unterbleiben sollte.** Ein entsprechender Ausnahmetatbestand ist hinreichend. Diese ergibt sich freilich für die relevanten Fälle bereits aus § 27 Abs. 2 HSVG-E.
- Der Ausschluss von Daten, die nicht strukturiert in automatisierten Dateien gespeichert sind, ist zum einen sprachlich missverständlich, zum anderen inhaltlich nicht erforderlich. Prima facie schließt die Regelung alle Daten aus, die nicht (kumulativ) zum einen strukturiert, zum anderen in automatisierten Dateien gespeichert sind. Damit **wären alle nicht automatisierte Dateien (§ 2 Abs. 8 Nr. 2 HessDSG) und aktenmäßig verwahrte Informationen (§ 2 Abs. 7 HessDSG) ausgeschlossen.** Dies ließe sich in keiner Weise rechtfertigen, zumal derartige Speicherungsformen schon aus Eigeninteresse des Landesamts in einer Art

⁴¹ BVerfGE 65, 1 (43); zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben für Auskunftsansprüche s. BVerfGE 120, 351; 133, 277 (367 ff.).

⁴² Die Regelung in § 27 Abs. 1 Satz 2 HSVG-E, wonach bei Fehlen einer entsprechenden Darlegung eines besonderen Interesses eine Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen erfolgen soll und dieses Ermessen maßgeblich darin besteht, einen unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand und Ausforschungen zu verhindern (Drucks. 19/5412, S. 61) kann dieses Problem nur abmildern, nicht aber beseitigen.

und Weise aufbewahrt werden dürften, die ein Auffinden der relevanten Informationen ermöglicht. **Auch mit Blick auf das gesetzgeberische Ziel ist die Formulierung zu weit geraten.** Ausweislich der Begründung ist gerade nicht beabsichtigt, (alle) Daten von der Auskunft auszunehmen, die nicht in automatisierten Dateien gespeichert sind. Vielmehr sollen Fälle ausgeschlossen werden in denen die betroffene Person nicht das Strukturmerkmal der jeweiligen Datei ist. Es geht mit anderen Worten nicht darum, in welcher Weise die Daten gespeichert sind, sondern, ob sie durch eine Abfrage zu der antragstellenden Personen auffindbar sind, ohne den gesamten Datenbestand des Landesamts zu rastern. Dies kommt in der Formulierung nicht zum Ausdruck.

§ 27 Abs. 1 Satz 4 HSVG-E überlässt das Verfahren dem pflichtgemäßen Ermessen des Landesamts. Der Verzicht auf jede gesetzliche Vorgabe ist schwer verständlich. Zumindest sollten eine im Grundsatz **schriftliche Auskunft sowie eine regelmäßige Frist** für die Beantwortung des Antrags vorgegeben werden.

Gemäß § 27 Abs. 3 Satz 1 HSVG-E bedarf die **Ablehnung der Auskunftserteilung keiner Begründung.** Dies ist eine Einschränkung sowohl gegenüber dem bisherigen § 18 Abs. 4 Satz 1 als auch gegenüber § 15 Abs. 4 Satz 1 BVerfSchG und ist in der Sache **nicht zu rechtfertigen.** Beide Normen binden das Entfallen der Begründungspflicht daran, dass durch eine Begründung der Zweck der Auskunftsverweigerung gefährdet würde. Diese Ausnahme lässt sich aufgrund einer Einzelfallprüfung rechtfertigen, weil beispielsweise eine Begründung durch die Gefährdung des Nachrichtenzugangs (§ 27 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 HSVG-E) die betroffene Person darauf aufmerksam machen könnte, dass in ihrem persönlichen Umfeld Informationen erhoben wurden. Es ist jedoch nicht ersichtlich, wieso die Ablehnung der Auskunftserteilung niemals begründungspflichtig sein sollte.

7. Parlamentarische Kontrolle (Verfassungsschutzkontrollgesetz)

Die Neustrukturierung der parlamentarischen Kontrolle durch den Entwurf eines Verfassungsschutzkontrollgesetzes ist **überaus begrüßenswert.** Die bisherigen Normen (§§ 20–22) entsprechen weder den jüngeren Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zur parlamentarischen Kontrolle der Exekutive⁴³ noch den Fortentwicklungen der Rechtsgrundlagen und der parlamentarischen Kontrollpraxis auf Bundesebene.⁴⁴

Im Grundsatz sind sowohl die Struktur des Gesetzes als auch die wesentlichen Inhalte der Neuregelung **sinnvoll und werden die parlamentarische Kontrolle** des Landesamts für Verfassungsschutz **wesentlich stärken.** Dies gilt sowohl für die Wahl der Mitglieder (§ 1 Verfassungsschutzkontrollgesetz-E), als auch für die detaillierteren Unterrichtungspflichten der Landesregierung (§ 3 Verfassungsschutzkontrollgesetz-E), die erweiterten Einsichts- und Kontrollbefugnisse (§ 4 Verfassungsschutzkontrollgesetz-E, vor allem das selbstständige Akteneinsichtsrecht jedes Mitglieds,

⁴³ S. z.B. BVerfGE 124, 161 (187 ff.) 137, 185 (230 f.), 139, 194 (223); BVerfG, NVwZ 2018, 51.

⁴⁴ Das Kontrollgremiumgesetz des Bundes ist im Jahre 2009 zusammen mit der Einführung von Art. 45d GG grundsätzlich umgestaltet worden (Gesetz zur Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes v. 29.7.2009, BGBl. I S. 2346); im Jahre 2016 wurden die Regelungen zum Ständigen Bevollmächtigten in §§ 5a, 5b PKGrG ergänzt und die Rechte des Gremiums weiter ausgebaut (Gesetz zur weiteren Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes, BGBl. I S. 2746).

das es bisher nicht gab) und die Pflicht zur Berichterstattung (§ 6 Verfassungsschutzkontrollgesetz–E). Angesichts der erweiterten Aufgaben des Landesamts sowie seiner erheblichen personellen Aufstockung ist es daneben von besonderer Bedeutung, dass die Mitglieder der parlamentarischen Kontrollkommission gemäß § 5 Verfassungsschutzkontrollgesetz–E die Befugnis erhalten, je eine Mitarbeiterin oder einen Mitarbeiter in die Arbeit einzubeziehen.

Trotz dieser grundsätzlich positiven Bewertung gibt es an einigen Stellen der Regelung **Verbesserungsbedarf**.

Dies betrifft an mehreren Stellen die **Stellung der Opposition** im Hessischen Landtag sowie die Verfahrensrechte der ihr angehörenden Mitglieder der Kontrollkommission. Die parlamentarische Kontrolle leidet im modernen parlamentarischen System ohnehin daran, dass die Regierung von einem Parlament kontrolliert wird, dessen Mehrheit sie ins Amt gewählt hat und deshalb typischerweise politisch unterstützt. Eine effektive Kontrolle der Exekutive muss deshalb zwingend bestimmte Rechte der Opposition vorsehen. Hier bestehen mehrere offene Fragen des Entwurfs:

- Bei der Regelung zur Wahl der Mitglieder (§ 1 Abs. 3 und Abs. 4 Verfassungsschutzkontrollgesetz–E) sollte eine Ergänzung vorgenommen werden, dass **die Oppositionsfraktionen angemessen zu beteiligen sind**. Dies könnte unter Verwendung des Grundsatzes der Spiegelbildlichkeit erfolgen, der in der Ausschuss- und Gremienarbeit der parlamentarischen Demokratie anerkannt ist.⁴⁵
- Positiv ist, dass jedes Mitglied nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Verfassungsschutzkontrollgesetz–E nicht nur die Einberufung einer Sitzung, sondern auch die Unterrichtung der Kontrollkommission verlangen kann. Das **Mehrheitserfordernis von zwei Dritteln für die Beauftragung einer Sachverständigenperson** mit der Durchführung von Untersuchungen in § 4 Abs. 3 Satz 1 Verfassungsschutzkontrollgesetz–E entspricht demgegenüber zwar dem Quorum in § 7 Abs. 1 PKGrG, ist aber dennoch **unangemessen hoch**.⁴⁶ Statt über eine Mitglieder Mehrheit in derartigen Fragen noch hinauszugehen und die Rechte der Opposition so zusätzlich zu beschränken, wäre umgekehrt zu erwägen, einer qualifizierten Oppositionsminderheit derartige verfahrensrechtliche Positionen zuzuerkennen.
- Aus demselben Grund sollte § 6 Verfassungsschutzkontrollgesetz–E um die Möglichkeit ergänzt werden, dass einzelne Mitglieder der Kontrollkommission dem Bericht an den Landtag ein **Sondervotum** beifügen.⁴⁷

Daneben bestehen mehrere Fragen, in denen eine Änderung des Entwurfs zu einer Verbesserung der Arbeitsfähigkeit der Kontrollkommission und der parlamentarischen Kontrolle insgesamt führen würde:

- Es fehlt an einer Regelung für die Zeit zwischen dem Ende einer Wahlperiode und der Wahl eines Kontrollgremiums zu Beginn der nächsten Wahlperiode. § 3 Abs. 4 PKGrG bestimmt für diesen Fall, dass die bereits gewählten Mitglieder ihre **Tätigkeit auch über das Ende der**

⁴⁵ S. BVerfGE 80, 188 (222); 84, 304 (323); 112, 118 (133); 130, 318 (353 f.); 135, 317 (396).

⁴⁶ S. Nomos–BR/*Hornung*, § 7 PKGrG Rn. 4 m.w.N.

⁴⁷ Mit der entsprechenden Regelung in § 10 Abs. 2 Satz 2 PKGrG wollte der Gesetzgeber im Jahre 2009 die Transparenz erhöhen, weil dadurch mögliche Bewertungsdifferenzen innerhalb des PKGr erkennbar werden, s. die Begründung, BT–Drucks. 16/12411, 7.

Wahlperiode hinaus ausüben. Diese Regelung ist als begrenzte gesetzliche Legitimation eine zulässige Ausnahme vom Prinzip der Diskontinuität,⁴⁸ die für eine effektive Tätigkeit der parlamentarischen Kontrolle geboten ist.

- Es ist zu begrüßen, dass der oder die Vorsitzende der Kontrollkommission eine **Geschäftsstelle** zur Unterstützung erhalten wird (§ 1 Abs. 6 Verfassungsschutzkontrollgesetz-E). Es fehlt aber – auch in der Begründung – an jedem Hinweis, **welche Aufgaben** diese erfüllen und wie sie zusammengesetzt sein soll. Da es insbesondere an einer Regelung zum Umgang mit Verschlussachen fehlt (s. für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fraktionen § 5 Abs. 1 S. 2 Verfassungsschutzkontrollgesetz-E), dürfte die Regelung so gemeint sein, dass es sich um eine rein administrative, d.h. in keiner Weise inhaltliche Unterstützung handelt. Die effektive Arbeit der Kontrollkommission würde dagegen durch „echte“ **Beschäftigte analog § 12 PKGrG** erheblich verbessert werden.⁴⁹
- § 3 Verfassungsschutzkontrollgesetz-E regelt detailliert die regelmäßigen proaktiven Unterrichtungspflichten der Landesregierung. Demgegenüber ist die Regelung zu **Zeit, Art und Umfang der Unterrichtung** in § 3 Abs. 2 Verfassungsschutzkontrollgesetz-E **sehr vage**. Weder kommt hier eine grundsätzliche Pflicht zur Unterrichtung zum Ausdruck, noch etwaige Verweigerungsrechte der Landesregierung. Dass diese beispielsweise nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁵⁰ befugt ist, im Kernbereich exekutiven Eigenverantwortung Informationen zu verweigern (s. § 6 Abs. 2 PKGrG), kommt in der Regelung in keiner Weise zum Ausdruck. Dies sollte explizit geregelt werden.
- Die Befugnis in § 4 Abs. 2 Satz 1 Verfassungsschutzkontrollgesetz-E beschränkt sich auf die Akteneinsicht. Demgegenüber sieht § 5 Abs. 1 Satz 1 PKGrG auch eine Befugnis vor, sich **Akten und Schriftstücke**, gegebenenfalls auch im Original, **herausgeben** und in Dateien gespeicherte Daten übermitteln zu lassen. Dies wäre eine erhebliche Arbeitserleichterung auch für das Hessische Kontrollgremium.
- Die Befugnis zum Betreten der Dienststellen des Landesamts in § 4 Abs. 2 Satz 3 Verfassungsschutzkontrollgesetz-E ist explizit darauf beschränkt, dort Akten einzusehen. Es ist **weder vorgesehen, die Dienststellen zu allgemeinen Kontrollzwecken zu besichtigen, noch sind die Mitglieder der Kontrollkommission befugt, mit den Beschäftigten zu sprechen**. Beides sind jedoch essenzielle Elemente einer wirksamen Kontrolle, die auch in § 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 PKGrG enthalten sind.
- Aus demselben Grund sollte in das Gesetz eine explizite Regelung zum **Umgang mit Eingaben** durch Beschäftigte des Landesamts analog § 8 PKGrG aufgenommen werden.

⁴⁸ S. Nomos-BR/*Hornung*, § 3 PKGrG Rn. 4 m.w.N.

⁴⁹ Dass in dem Gesetzentwurf eine Regelung für einen ständigen Bevollmächtigten der parlamentarischen Kontrollkommission fehlt (s. auf Bundesebene §§ 5a, 5b PKGrG), ist demgegenüber sachgerecht, weil die Aufgaben des parlamentarischen Kontrollgremiums auf Bundesebene erheblich umfangreicher und komplexer sind.

⁵⁰ S. BVerfGE 67, 100 (139); 110, 199 (214 ff.); 124, 78 (120 ff.); 131, 152 (210) 137, 185 (233 ff.).