

RegDir a. D. Josef Schüßlburner Bajuwarenstraße 4 D-84323 Massing	
	Massing, 13. April 2023

Per E-Mail: buero-innenausschuss@bayern.landtag.de

Bayerischer Landtag
Büro Innenausschuss
Maximilianeum
81627 München

Anhörung des Ausschusses für Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Sport zum Gesetzentwurf der Staatsregierung zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes und des Bayerischen Datenschutzgesetzes (Drs. 18/21537) unter Einbeziehung des Gesetzentwurfs der SPD-Fraktion (18/25825)

Hier: Beantwortung der den benannten Experten mit Schreiben vom 07. März 2023 - PII-G3201-1425 - gestellten Fragen

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Dr. Runge,
sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit darf ich meine Antworten auf die im vorgenannten Schreiben gestellten Fragen übermitteln. Die Fragen sind jeweils im Fettdruck und kursiv wiedergegeben. Die jeweils nachfolgenden Antworten in normaler Schriftform.

1. *Tragen die in Drucksache 18/26159 beantragten Änderungen des BayVSG den Vorgaben des BVerfG im Urteil vom 26. April 2022 (Az. 1 BvR 1619/17) vollständig und angemessen Rechnung?*

Zusammenfassend kann die Frage im konzeptionellen Ansatz bejaht werden. Es finden sich allerdings bei der Festlegung der Beobachtungsbedürftigkeit Wertungswidersprüche, die dabei auch die Grundproblematik des bundesdeutschen Verfassungsschutzes (VS) als solche aufwerfen, nämlich die Einstufung rechtmäßiger Handlungen oppositioneller Bestrebungen als gefährlich und damit im Sinne des VS als beobachtungsbedürftig. Der alternative Gesetzesentwurf (BayModVSG) vermeidet einige der Wertungswidersprüche. Die Umsetzung der Gefahreinschätzung zur Bestimmung der Beobachtungsbedürftigkeit ist rechtstechnisch nicht optimal geregelt. Die Bestimmungen zu den Datenübermittlungen erscheinen vertretbar, sollten jedoch im Einzelfall genauer spezifiziert werden, um eine größere Sicherheit vor einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung zu gewährleisten. Der Gesetzesantrag trägt der verfassungsgerichtlichen Rüge hinsichtlich des Einsatzes sog. verdeckter Ermittler und von Vertrauenspersonen grundsätzlich Rechnung. Dies wird ergänzt durch eine plausible Definition einer „besonders schweren Straftat“, wobei sich allerdings aufgrund der verfassungsgerichtlichen Anforderungen bei der Datenübermittlung

einige Zweifel ergeben, die wohl nicht völlig zufriedenstellend gelöst werden können (s. dazu II. 5).

Im Einzelnen:

Das Bundesverfassungsgericht hat mit der in der Fragestellung genannten Entscheidung (Bezugsurteil) Regelungen des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes (BayVSG) wegen Verstoßes gegen die Artikel 2 in Verbindung mit Artikel 1, Artikel 10 und 13 des Grundgesetzes für verfassungswidrig erklärt. Der maßgebliche Gesichtspunkt der verfassungsgerichtlichen Erkenntnis ist dabei die unzureichende Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der vom Verfassungsgericht als zentraler Prüfungsmaßstab hervorgehoben ist (s. ab Rn. 149 des Bezugsurteils). Hinsichtlich des Ausmaßes der Wahrnehmung von Eingriffsbefugnissen in verfassungsrechtlich geschützte Grundrechte ist bei den gesetzlich zur regelnden Beobachtungsmaßnahmen insbesondere mit nachrichtendienstlichen Mitteln wesentlich auf den Gefährdungsgrad der zu schützenden Rechtsgüter abzustellen; es ist also eine Beziehung zwischen Beobachtungsbedürftigkeit und dem Grundrechtseingriff herzustellen (s. Rn. 186 und 190 des Bezugsurteils). Dies hat dann Auswirkungen bei der Festlegung der Übermittlung nachrichtendienstlich ermittelter Erkenntnisse an andere Sicherheitsbehörden und die Behörden der Strafverfolgung sowie an sonstige Stellen.

Der zentrale Ansatz des Gesetzesantrags stellt zur Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit die Unterscheidung nach den Kategorien

1. beobachtungsbedürftig
2. erheblich beobachtungsbedürftig
und
3. gesteigert beobachtungsbedürftig

dar.

Die vorgenannte Kategorisierung ist als solche geeignet, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Ansatz Rechnung zu tragen, indem bei Vorliegen der entsprechenden unterschiedlichen Kategorien der Gefährdung von Verfassungsschutzgütern und damit korrespondierend der Beobachtungsbedürftigkeit von Bestrebungen jeweils unterschiedlich weitreichende Eingriffsbefugnisse in die nach dem Verfassungsgerichtsurteil besser zu schützenden Grundrechte Persönlichkeitsrecht, Fernmeldegeheimnis und Unverletzlichkeit der Wohnung statuiert werden.

2. Wenn nein,

- a) **welche Regelungen bleiben hinter den Vorgaben des Gerichts zurück und wie müssten diese geändert werden, um der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu genügen?**
- b) **müssten weitere Regelungen zusätzlich geändert werden, um die Vorgaben des Urteils umzusetzen?**
- c) **enthält der Gesetzentwurf mit der Drucksache 18/25825 hierfür geeignete Regelungen?**

Antwort zu a) und b):

Bei der Abstufung der Gefährlichkeit und damit Beobachtungsbedürftigkeit einer verfassungsfeindlichen Bestrebung erscheint es geboten, hinsichtlich der hierzu herangezogenen Aufgabenbeschreibung nach § 3 Abs. 1 BVerfSchG verstärkt zu differenzieren, wenn nicht gar wie im alternativen Gesetzesentwurf davon zu abstrahieren, da diese Aufgabenbestimmung nicht nach der Gefährlichkeit der zu beobachtenden Bestrebungen aufgelistet ist. Insbesondere die Nummer 1 dieser bundesgesetzlichen Bestimmung macht deutlich, dass hierbei eine synkretistische Staatsschutzkonzeption vorliegt, die schützenswerte Rechtsgüter im Sinne des Polizeirechts mit rechtmäßigen, aber als für Verfassungswerte gefährlich angesehenen Verhaltensweisen vermengt. Eine ungesetzliche Beeinträchtigung der Amtsführung von Verfassungsorganen, was in der Regel ein strafwürdiges Verhalten bei einem erhöhten Strafraum beinhaltet wie Nötigung von Verfassungsorganen gemäß § 105 StGB, ist sicherlich als gefährlicher einzustufen als eine Bestrebung gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, die im Umkehrschluss zum zweiten Satzteil (nach „oder“) danach auch bei rechtmäßigem Handeln wie Ausübung der Meinungsfreiheit oder der Vereinigungsfreiheit angenommen werden muss.

Die Kategorien, die danach eine abgestufte staatliche Eingriffsmöglichkeit in die angesprochenen Grundrechte ermöglichen sollen, werden nach der Schwere der zu beobachtenden Gefahr und dementsprechend der damit verbundenen Eingriffsbefugnis dahingehend eingeordnet, dass Nr. 1 an sich rechtmäßiges Verhalten erfasst, teilweise vermengt mit Elementen (gar nicht so) „leichter“ Rechtswidrigkeit („ungesetzlich“), die allerdings – wie dargelegt – auch schon sehr strafrechtsrelevant ist und daher der Nr. 2 zugeordnet werden müsste. Diese Nr. 2 ist grundsätzlich auf die Strafrechtsrelevanz und das Gewaltkriterium ausgerichtet und Nr. 3 wiederum knüpft grundsätzlich an die Strafrechtsrelevanz und das Gewaltkriterium an, jedoch wird die Bestrebung wegen der strafrechtlich geschützten besonderen Rechtsgüter und damit des bedeutsameren Verletzungsobjekts als gefährlicher und damit beobachtungsbedürftiger als Nr. 2 eingestuft.

Bei dieser als solcher nachvollziehbaren Gewichtung, stellt es neben der Notwendigkeit, zumindest Bestrebungen nach dem 2. Satzteil von § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG von der Gefährlichkeit der 2. Kategorie zuzuordnen, vor allem einen Widerspruch dar, die Bestrebung nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BVerfSchG, nämlich „Bestrebungen im Geltungsbereich dieses Gesetzes, die durch Anwendung von Gewalt oder darauf gerichtete Vorbereitungshandlungen auswärtige Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährden“, der Nr. 1 zuzuordnen. Diese Bestrebungen erfüllen schon definitionsgemäß eindeutig das Gewaltkriterium und sind damit mindestens der Nr. 2 zuzuordnen, wenn nicht gar aufgrund der involvierten Rechtsgüter der Nr. 3, weil es sich hierbei um Rechtsgüter handelt, die dem politischen Strafrecht im Sinne von § 3 des Artikel 10-Gesetzes zuzuordnen sind, worauf in der Kategorie nach Nummer 3 Bezug genommen wird.

Verfehlt erscheinen die Einordnungen im Bereich der Beobachtung politisch oppositioneller Bestrebungen - im Verfassungsschutzrecht sind etablierte politische Bestrebungen zumindest jenseits der Strafrechtsrelevanz von vornherein zumindest faktisch vom Anwendungsbereich ausgenommen -

dafür sorgt die Weisungsabhängigkeit der VS-Behörde vom jeweiligen Innenministerium, was gewährleistet, dass Verfassungsgefährdungen durch etablierte politische Kräfte in keinem VS-Bericht aufgeführt werden und sich deshalb auch der Begriff „Verfassungsschutz“ als etwas irreführend darstellt,

weil er die Verfassung nur unzureichend schützen kann; s. dazu: Martin Kutscha, Die Antinomie des Verfassungsschutzes, in: NVwZ 2013, S. 324 ff.

weil die Unterscheidung zwischen „erheblich beobachtungsbedürftig“ nach Nr. 2 und „gesteigert beobachtungsbedürftig“ nach Nr. 3 diesbezüglich nicht möglich ist. Diese kaum operable Abgrenzung impliziert dann nach der Gesetzeskonzeption, dass die unterschiedlichen Voraussetzungen für unterschiedlich gewichtige Grundrechtseingriffe nicht operabel dargestellt werden können. Es geht dabei einerseits um die unter Nummer 2 c) aufgeführten,

sonstige(n) Bestrebungen nach § 3 Abs. 1 BVerfSchG, die

cc) in erheblichem Maße gesellschaftliche Einflussnahme betreiben, insbesondere über

aaa) erlangte öffentliche Ämter und Mandate,

bbb) wirkungsbreite Publikationen, Bündnisse oder Unterstützerstrukturen,

die als „erheblich beobachtungsbedürftig“ definiert werden und um die Kategorie im Sinne von Nummer 3, welche

b) erhebliche gesellschaftliche Bedeutung haben, insbesondere aufgrund von Mitglieder- und Unterstützerzahl, Organisationsstruktur, Mobilisierungsgrad, Aktionsfähigkeit, Finanzkraft sowie gesellschaftlicher Einflussnahme

und dabei als „gesteigert beobachtungsbedürftig“ definiert werden.

Die Unterscheidung scheint wohl entscheidend darin zu bestehen, dass die einen „in erheblichem Maße gesellschaftliche Einflussnahme betreiben“, während die anderen „erhebliche gesellschaftliche Bedeutung haben“. Es erschließt sich nicht, wie dieser Unterschied zwischen „betreiben“ und „haben“ operabel bestimmt werden kann. Damit wird eine zentrale Anforderung der Normenklarheit bei der Abgrenzung unterschiedlicher Eingriffsbefugnisse nicht erfüllt, die verfassungsrechtlich zur Wahrung des zentralen Prinzips der Verhältnismäßigkeit unbedingt geboten ist.

Wenn man insoweit die Unterpunkte der „erheblich beobachtungsbedürftig“ eingestuftten Bestrebungen analysiert und sich vorstellt, wie eine Steigerung bestimmt werden könnte, die dann das Merkmal „gesteigert beobachtungsbedürftig“ ausfüllen könnte, dann wird sich ergeben, dass zumindest die Kategorie nach Nr. 2, nämlich

ddd) das Herbeiführen einer Atmosphäre der Angst oder Bedrohung, die geeignet ist, die öffentliche politische Willensbildung zu beeinträchtigen;

von der Nummer 2 in die Nummer 3 etwa als Buchstabe b) überführt werden müsste, zumal hier häufig, wenn nicht meistens auch eine u. U. sogar erhebliche Strafrechtsrelevanz zumindest im Sinne einer Vorbereitungsphase impliziert sein dürfte.

Umgekehrt spricht dies dafür, die im vorliegenden Gesetzgebungsvorschlag enthaltene Kategorie 3 b) zu streichen, da diese bereits durch Nummer 2 c) cc) angemessen erfasst ist. Man muss dabei auch berücksichtigen, dass mit der Kategorie 3 b), wie allerdings auch in der Kategorie 2 c) cc) aaa) bis ccc), zumindest

bis bbb), rechtmäßig handelnde Personengemeinschaften angesprochen sind, die dann im Gesetzesentwurf hinsichtlich der abzuwehrenden Gefährdung den in Nummer 3 a) aufgeführten Bestrebungen gleichgestellt werden, denen die Bereitschaft zu politisch motivierter erheblicher Kriminalität zugerechnet wird.

Rechtmäßig handelnde Personengemeinschaften gesetzlich in der Gefährdungslage Personengruppen gleichzustellen, die zu erheblicher politisch motivierter Kriminalität entschlossen erscheinen, wie dies mit Nummer 3 des Gesetzesantrags erfolgt, könnte vielleicht einmal als ein Problem der Menschenwürdegarantie erkannt werden, wenn hierbei zum Ausdruck gebracht wird: „Sie sind zwar kein mutmaßlicher Verbrecher, aber Ihr revisionistisches Weltbild und kollektivistisches Menschenbild, das Sie da mit Ihren weitverbreiteten Schriften und Internetkanälen verbreiten, macht Sie so gefährlich wie dies ein politisch motivierter potentieller Verbrecher ist, so dass Sie der Staat als Feindobjekt behandeln muss und in Ihre Wohnungen eindringen darf, um Ihr Gedankengut besser beobachten zu können, obwohl eigentlich kein weiterer Beobachtungsbedarf besteht, weil Sie doch alles selbst offenbaren.“

Aus hier vertretener Sicht würde ein mit dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip entsprechend der normalen Praxis von „liberalen Demokratien des Westens“ vereinbare Verfassungsschutzkonzeption ohnehin auch die Streichung von Nr. 2 c) cc) erforderlich machen, was allerdings schon eine Modifikation von Nr. 1 voraussetzt (s. dazu nachfolgend bei der Antwort zur Frage Nr. I. 5). Sollte man diesen Schritt in Richtung Normalisierung von Demokratieverhältnissen entsprechend den Standards einer liberalen Demokratie des Westens nicht gehen wollen, dann können Nr. 2 c) bb) und cc), aaa) bis ccc), zumindest bis bbb), aber auch Nr. 3 b) aufgrund der vorausgesetzten an sich rechtmäßigen Gefährdungsmodalität oder allenfalls nur einer „leichten“ Rechtswidrigkeit (was allerdings konkret Verschiebung von § 3 Abs. 1 Nr. 1 2. Satzteil BVerfSchG nach Nr. 2 erfordert) der Bestrebung nur der Nr. 1 zugerechnet werden. Dem entspricht wohl der Ansatz bei Art. 5 gemäß LT-Drs. 18/25825.

Für diese Einordnung spricht auch die Begründung im Bezugsurteil (s. Rn. 197), wonach gegen eine gesteigerte Beobachtungsbedürftigkeit, die den Einsatz eingriffsintensiver Mittel rechtfertige, zumindest tendenziell spricht, dass die Bestrebung nur mit legalen Mittel arbeitet. Dies gilt selbstverständlich auch dann, wenn diese Bestrebung im Sinne der geplanten Regelung eine „erhebliche gesellschaftliche Bedeutung“ haben sollte. Denn was soll denn dann noch mit nachrichtendienstlichen Mitteln ermittelt werden, wenn alles offensichtlich ist? Außerdem kann dann eine besondere Gefahr, die den Einsatz etwa der online-Durchsuchung rechtfertigen würde, schon von vornherein ausgeschlossen werden (s. dazu nachfolgend die Antwort zu I. 3), d.h. der Zweck der Einstufung, einen erhöhten Grundrechtseingriff zu begründen, geht schon von vornherein fehl.

Antwort zu c):

Vorbehaltlich der noch weitergehenden Änderungsbedürftigkeit des deutschen Verfassungsschutzrechts, die auf das Schlagwort: Anpassung des deutschen Staatsschutzrechts beginnend mit der Parteiverbotskonzeption an die Normalstandards einer liberalen Demokratie des Westens,

s. BVerfGE 5, 85, 135: „Es ist also kein Zufall, daß die liberalen Demokratien des Westens ein Parteiverbot entsprechend Art. 21 Abs. 2 GG nicht kennen, wie es auch der deutschen Reichsverfassung von ... 1919 fremd war“

gebracht werden kann und etwa in der Empfehlung der sog. Venedig-Kommission des Europarates zu Parteiverboten und entsprechenden Maßnahmen (GUIDELINES ON PROHIBITION AND DISSOLUTION OF POLITICAL PARTIES AND ANALOGOUS MEASURES) vom 10./11.12.1999 - CDL-INF (2000) 1 –

[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF\(2000\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF(2000)001-e)

zum Ausdruck kommt (dazu nachfolgend zur Frage Nr. I. 4), ist der Gesetzentwurf gemäß Drucksache 18/25825 an sich zu begrüßen, sieht man von den vorliegend wohl nicht interessierenden Regelungen ab, mit denen die „Zivilgesellschaft“ zum Hilfsorgan des Verfassungsschutzes gemacht werden soll (Teil 5 des Gesetzesentwurfs). Der Gesetzentwurf entwirft ein Verfassungsschutzrecht aus einem Guss und gestaltet die Rechtsmaterie in einer überschaubaren, in sich konsistenten und auch operablen Weise.

Dies trifft grundsätzlich vor allem auf den hinsichtlich der Fragestellung relevanten Artikel 5 zu, welcher in Absatz 1 wohl vollständig die einzelnen rechtmäßig denkbaren Befugnisse einer nachrichtendienstlichen Behörde aufzählt und danach in den weiteren Absätzen die Differenzierung dahingehend vornimmt, bei welcher Gefährdung in einer abgestuften Weise welche der in Absatz 1 aufgezählten Mittel jeweils zusätzlich zum Einsatz kommen können. In diesem Absatz 2 wird eine Kategorie vorausgesetzt, die als „beobachtungsbedürftig“ im Sinne des Gesetzesvorschlags gemäß Drucksache 18/26159 gekennzeichnet werden könnte, nämlich bei der nur die Befugnisse gemäß Absatz 1 Nr. 1 bis 6 zum Einsatz gebracht werden dürfen, während die in Absatz 2 genannten Bestrebungen als „erheblich beobachtungsbedürftig“ angesehen werden können. Absatz 3 würde dann die Kategorie „gesteigert beobachtungsbedürftig“ darstellen. Die im Gesetzentwurf gemäß Drucksache 18/25825 vorgenommene Kategorisierung würde das Problem der Abgrenzung der Kategorie 2 c) von 3 b) nach dem Gesetzesantrag gemäß Drucksache 18/26159 zumindest formal lösen und ist daher nicht nur operabler, sondern auch angemessener.

Die als überwachungsbedürftig angesehenen oppositionellen Bestrebungen, die nach der ausdrücklichen Regelung von Artikel 2 Abs. 3 des Gesetzesentwurfs trotz rechtmäßigen Verhaltens verfassungsfeindlich sein können, wären dann der in Artikel 5 Abs. 2 vorausgesetzten Kategorie „beobachtungsbedürftig“ zuzuordnen, es sei denn es läge ein Gewaltbezug im Sinne von Absatz 2 vor, der sie dann „erheblich beobachtungsbedürftig“ machen würde.

Bei Absatz 2 begegnet lediglich die Nr. 2 Bedenken, soweit dabei der ausdrückliche Gewaltbezug als gesteigerte Eingriffsvoraussetzung nach Absatz 1 implizit zurückgenommen erscheint und stattdessen eine ideologisierbare Begrifflichkeit verwendet wird. So wäre hinsichtlich des Vorliegens „menschenfeindliche oder bestimmte Bevölkerungsgruppen diskriminierende Ziele“ die Testfrage, ob die Parole „Nazis raus!“, die auch großzügig gegen Personen und Organisationen vorgebracht wird, die man nicht im Entferntesten entsprechend einordnen kann, als „menschenfeindlich“ im Sinne des Gesetzesentwurfs eingeordnet werden müsste, weil man sich bei dieser Parole die Frage stellen muss, wo diese „Nazis“ dann hinsollen, wenn sie überall „raus“ müssen.

Die aufgeführten Handlungen nach Nr. 2 dürften weitgehend dem Straftatbestand gemäß § 130 StGB zuzuordnen sein, so dass es geboten wäre, anstelle leicht ideologisierbarer Begrifflichkeit eine Strafrechtsrelevanz im Sinne der

Vereinsverbotsvorschrift von Artikel 9 Abs. 2 GG vorzusehen, etwa: „deren Handeln den Strafgesetzen zuwiderlaufen“, wobei man dies vom Zweck des Verfassungsschutzes auf politische Motivation, die als „verfassungsfeindlich“ definiert ist, beschränken sollte, so dass die Nummer 2 dann wie folgt lauten könnte:

2. deren Handeln aufgrund verfassungsfeindlicher Motivation den Strafgesetzen zuwiderlaufen

Falls diese Änderung akzeptiert würde, sollte diese Nr. 2 rechtssetzungstechnisch zu Nr. 1 werden und die vorgesehene Nr. 1 zur Nr. 2, weil dann die Anordnung vom Allgemeineren zum Spezifischeren vorgenommen würde.

3. *Ergibt sich aus der Entscheidung des BVerfG zum Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern (Beschl. v. 9. Dezember 2022 – Az. 1 BvR 1345/21) weiterer Änderungsbedarf im BayVSG?*

Diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist bei Eingriffen in das Grundrecht nach Artikel 13 GG auch für das Verfassungsschutzrecht von Bedeutung, weil dieser Grundgesetzartikel bei entsprechenden staatlichen Eingriffen keinen Unterschied macht, ob der Eingriff strafverfolgungsrechtlich, polizeirechtlich oder verfassungsschutzrechtlich motiviert ist. Das Urteil fordert für das heimliche Betreten einer Wohnung zur Vorbereitung einer gefahrenabwehrrechtlichen Online-Durchsuchung oder Quellen-Telekommunikationsüberwachung neben der richterlichen Anordnung vor allem das Vorliegen „wenigstens eine(r) konkretisierten Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit der Person, für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist.“

Diese Voraussetzung stellt ein zentrales Argument dafür dar, bei dem Tatbestandsmerkmal „gesteigert beobachtungsbedürftig“ nach dem Gesetzesentwurf zu BayVSG den Buchstaben b) zu streichen, weil bei diesen rechtmäßig handelnden oppositionellen Bestrebungen von vornherein keine entsprechende Gefahr zu erwarten ist, die eine längerfristige Observation im Sinne von Artikel 19a von BayVSG erlaubt (s. dazu auch die Antwort bei Frage I. 5). Damit wäre von vornherein klargestellt, dass gegen rechtmäßig handelnde Personengruppierungen, die gefährlich erscheinen, weil sie bei freien Wahlen etwa angesichts revisionistischer Geschichtsauffassungen erfolgreich waren, von vornherein keinen derartig weitgehenden Grundrechtseingriffen ausgesetzt werden können.

4. *Welche praktischen Folgewirkungen sind bei einer Änderung gemäß der Drucksache 18/26159 für die Zusammenarbeit der Sicherheitsbehörden durch die Neuregelungen zu erwarten? Wie verhält es sich bei den Änderungen gemäß der Drucksache 18/25825? Welche Auswirkung haben diese für die Sicherheit in der Bundesrepublik Deutschland? Welche Auswirkungen sind mit Blick auf eine ausgewogene rechtsstaatliche Balance von Gewährleistung von Sicherheit und Schutz der Freiheitsrechte der Bürgerinnen und Bürger zu erwarten bzw. wie ist dieses Verhältnis mit Blick auf die Änderungen zu bewerten?*

Die vorgesehenen Regelungen sind bei Berücksichtigung der vorgenannten Kritik grundsätzlich geeignet, den Grundrechten Persönlichkeitsrecht, Fernmeldegeheimnis und Unverletzlichkeit der Wohnung im Verfassungsschutzrecht angemessen Rechnung zu tragen und insoweit dem einschlägigen Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BayVSG auch hinsichtlich Datenerfassung und -übermittlung zu genügen.

Dass der Gesetzgeber und damit auch die auf der unzureichenden Gesetzesgrundlage ausgeübte Verwaltungstätigkeit diesen Grundrechten nicht hinreichend Rechnung getragen hatte (was in VS-Berichten nicht zum Vorwurf gemacht werden wird), hat das Bundesverfassungsgericht in mehreren Entscheidungen der jüngsten Zeit erkannt und führt deshalb zu den vorliegend interessierenden Gesetzgebungsinitiativen. Stellt man sich die Frage, warum diese Gerichtsentscheidungen erst kürzlich ergangen sind und nicht schon vor vielleicht zwanzig Jahren, also nach Änderung von Art. 13 GG, bei seinerzeit schon gleichem verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab, dann wird damit deutlich, dass sich die Verfassungsrechtsprechung fortentwickelt und diese Erkenntnis rechtfertigt es, Überlegungen anzustellen, was in Zukunft als verfassungsrechtlich problematisch mit entsprechenden verfassungsgerichtlichen Erkenntnissen angesehen werden könnte, auch wenn dies derzeit, wie die anschließend aufgeführten Formulierungen der Gesetzesentwürfe vom Verfassungsgericht noch gebilligt werden dürften wie dies insbesondere mit Artikel 2 Abs. 3 des Gesetzesentwurfs gemäß LT-Drs. 18/25825 zum Ausdruck kommt, welcher lautet:

Verfassungsfeindliche Bestrebungen können auch Handlungen sein, die nicht gegen die Rechtsordnung verstoßen.

Eine derartige Regelung ist auch mit Artikel 3 des bestehenden Landesgesetzes in Verbindung mit § 3 des Bundesgesetzes zum Ausdruck gebracht. § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG definiert „verfassungsfeindlichen Bestrebungen“ bekanntlich wie folgt:

Bestrebungen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes gerichtet sind oder eine ungesetzliche Beeinträchtigung der Amtsführung der Verfassungsorgane des Bundes oder eines Landes oder ihrer Mitglieder zum Ziele haben,

Während der zweite Halbsatz nach „oder“ wegen der Qualifikation „ungesetzlich“ für einen VS-motivierten Grundrechtseingriff völlig unproblematisch ist, begegnet der 1. Halbsatz deshalb Bedenken, weil er auf dieses entscheidende Qualifikationsmerkmal verzichtet, so dass auch rechtmäßiges Verhalten als „verfassungsfeindlich“ definiert wird. Diese Problematik stellt sich auch bei der in § 3 Abs. 1 Nr. 4 BVerfSchG definierten Bestrebungen gegen den „Gedanken der Völkerverständigung“. Das Absehen von einer (möglichen) Rechtsverletzung als Voraussetzung eines VS-Eingriffs führt wohl fast notwendigerweise zu einer Art „Gedankenpolizei“ wie dies in Japan aufgrund des einschlägigen Gesetzes von 1925 so explizit formuliert worden war (Tokubetsu Kōtō Keisatsu, abgekürzt: Tokkō)

s. Richard H. Mitchell: Thought Control in Prewar Japan, 1976
zum vorbildlichen Sicherheitsrechts Japans von 1952: Cecil H. Uyehara, The Subversive Activities Prevention Law of Japan. It's Creation, 1951-52; dieses Gesetz hat anders als in der BRD Parteiverbote und die Überwachung nicht strafrechtlich in Erscheinung getretener Vereinigungen von vornherein

verhindert und hat sich bei der Abwehr wirklicher Gefahren gut bewährt; es wird daher nachvollziehbar, weshalb sich ein maßgeblicher Vertreter der japanischen Staatsrechtslehre von der bundesdeutschen wegen des ideologisch ausgerichteten Parteiverbots distanziert hat: s. Hisao Kuriki, Über die Tätigkeit der Japanischen Forschungsgesellschaft für das deutsche Verfassungsrecht, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, n. F., 2002, S. 599 ff.; bestätigt durch Lawrence W. Beer, Freedom of Expression in Japan. A study in Comparative Law, Politics, and Society, 1984, S. 189: „Parties against the democratic constitutional order are not, as in West Germany, restricted.“

Abgesehen von der Problematik, dass ein Ausspielen von Legalität und Legitimität, in dem Sinne, dass legales Verhalten verfassungsrechtlich illegitim sein soll, von vornherein gefährlich ist, insbesondere weil dies auch die Umkehr erlaubt, dass nämlich illegales Verhalten verfassungsrechtlich besonders legitim ist,

die Nichteinordnung der sog. „Letzten Generation“ als verfassungsschutzrechtlich relevant durch das Bundesamt für Verfassungsschutz, obwohl diese Bestrebung durch Bereitschaft zu politisch motivierte Kriminalität aufgefallen ist (s. dazu den Leserbrief von Prof. Hans-Jürgen Hellwig, in: FAZ vom 23.03.23), während eine sich völlig rechtstreu verhaltende Oppositionspartei als „Verdachtsfall“ eingestuft ist, sollte deutlich machen, dass da im Sinne von Shakespeare etwas „faul ist“, allerdings nicht „im Staate Dänemark“, sondern in der südlich davon gelegenen Bundesrepublik

so ist insoweit hervorzuheben, dass hier ein bundesdeutscher Demokratie-Sonderweg etabliert ist: „In Demokratien ist es nicht üblich, Bürgerinnen und Bürger auf eine gesinnungsbezogene Verfassungstreue zu verpflichten und Parteien - obgleich diese sich an die Spielregeln des friedlichen Meinungskampfes halten - als „extremistisch“ abzustempeln und von einem Geheimdienst kontrollieren zu lassen“ (so Leggewie / Meier, Nach dem Verfassungsschutz, 2012, S. 10 f.).

Man kann derzeit selbst Ungarn unter dem als Demokratiegefährder massiv kritisierten Ministerpräsident Orbán nicht vorwerfen, eine Oppositionspartei vom Inlandsgeheimdienst überwachen zu lassen, der Bundesrepublik Deutschland bedauerlicherweise sehr wohl. Diese unschöne Situation, um es zurückhaltend auszudrücken, dürfte sich langfristig nicht halten lassen, auch wenn das Bundesverfassungsgericht im 2. NPD-Verbotsverfahren die schon angeführten Empfehlungen der Venedig-Kommission noch als nicht maßgebend zurückgewiesen hat. Das Gericht musste jedoch der Gefahr, dass ein NPD-Verbot unter den gegebenen Bedingungen vom Europäischen Menschenegerichtshof doch als menschenrechtswidrig erkannt werden könnte, zum Zwecke der weitgehenden Aufrechterhaltung seiner von vornherein, d.h. zurückgehend auf die SRP-Verbotsentscheidung (BVerfGE 2,1 ff.) problematischen Parteiverbotskonzeption,

s. dazu im Einzelnen: Horst Meier, Parteiverbote und demokratische Republik. Zur Interpretation und Kritik von Art. 21 Abs. 2 des Grundgesetzes, Baden-Baden 1994 und Josef Schußlburner, Demokratie-Sonderweg Bundesrepublik. Analyse der Herrschaftsordnung in Deutschland, Künzler 2004

die den Freiheitsgrad der Bundesrepublik insoweit hinter dem des Kaiserreichs zurücktreten lässt,

„Z.B ist das Parteienrecht des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates unter dem Gesichtspunkt der rechtlichen Freiheit betrachtet, schlechter als dasjenige der Sozialistengesetze im Bismarckreich ...

Dem monarchisch-autoritär verfassten Bismarckreich ist es demgegenüber nicht in dem Sinn gekommen, wegen der Unvereinbarkeit politischer Zielsetzungen der Sozialdemokratischen Partei mit seiner eigenen Wertgrundlage über das Verbot der Parteivereine, ihrer Versammlungen und Druckerzeugnisse hinaus auch die Freiheit der Stimmabgabe für sozialdemokratische Kandidaten, ihre Teilnahme an den politischen Wahlen aufzuheben oder gar errungene Reichstagsmandate zu kassieren“ (so E.-W. Böckenförde Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, 1976, S. 91, Fn. 77)

den fragwürdigen Weg der besonderen Auslegung der speziellen Verbotsvoraussetzung des „darauf ausgehen“ finden, um dabei allerdings doch eine Aussage im KPD-Verbotsurteil (BVerfGE 5, 87 ff.) modifizieren zu müssen, wonach die Erfolgsaussichten einer verfassungswidrigen Agenda für die Frage des Parteiverbots unbeachtlich wäre.

Man sollte daher davon ausgehen, dass sich die Bundesrepublik Deutschland doch noch gezwungen sehen könnte, sich an die Staatsschutzkonzeption von liberalen Demokratien anzupassen, was sich dann etwa in Form einer weiter geänderten verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Ausdruck bringen könnte. Dies würde auf eine Annäherung an die Staatsschutzkonzeption führen (müssen), die in einer expliziten Weise in der Verbotskonzeption der Verfassung des Königreichs Dänemark zum Ausdruck kommt, deren § 78 Abs. 2 wie folgt lautet:

„Vereine (unter Einschluß von politischen Parteien, Anm.), die sich unter Anwendung von Gewalt betätigen oder ihre Ziele durch Gewaltanwendung, Anstiftung zu Gewaltanwendung oder ähnliche strafbare Beeinflussung Andersdenkender zu erreichen suchen, werden durch Gerichtsurteil aufgelöst.“

Diese verfassungsrechtliche Bestimmung entspricht der Empfehlung der Venedig-Kommission des Europarates, die bezüglich Parteiverboten und entsprechender Maßnahmen, wozu sicherlich die geheimdienstliche Beobachtung in Verbindung mit Verfassungsschutzberichten und darauf gestützten Diskriminierungsmaßnahmen im öffentlichen Dienst, nebst immer zahlreicher damit verbundenen administrativen Diskriminierungen (Aberkennung der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit, Entzug der Waffenbesitzkarte) als Bestandteil eines faktischen / verdeckten Parteiverbots zu zählen ist, wie folgt lautet:

Verbote oder Zwangsaufösungen politischer Parteien können nur gerechtfertigt sein bei Parteien, die die Anwendung von Gewalt befürworten oder Gewalt als politisches Mittel zum Sturz der demokratischen Grundordnung einsetzen und damit die durch die Verfassung garantierten Rechte und Freiheiten untergraben. Allein die Tatsache, dass sich eine Partei für eine friedliche Verfassungsänderung einsetzen sollte, reicht nicht für ein Verbot oder eine Auflösung aus. Die Tatsache allein, dass eine Partei eine Änderung der Verfassung mit friedlichen Mitteln befürwortet, sollte nicht ausreichend für ein Verbot oder die Auflösung der Partei sein. Eine Partei die eine friedliche

Änderung der verfassungsmäßigen Ordnung durch rechtmäßige Mittel anstrebt kann auf der Grundlage der Meinungsfreiheit nicht verboten oder aufgelöst werden. Das bloße Anfechten der etablierten Ordnung an sich kann in einem freien und demokratischen Staat nicht als strafbare Handlung angesehen werden. Jede demokratische Gesellschaft hat andere Mechanismen zum Schutz der Demokratie und der Grundfreiheiten durch solche Instrumente wie freie Wahlen und in einigen Ländern durch Volksabstimmungen, wodurch die Einstellung zu einem Vorschlag, die verfassungsmäßige Ordnung im Land zu ändern, ausgedrückt werden kann (Eigenübersetzung aus dem Englischen, Anm.).

Entsprechend der immer noch instruktiven Untersuchung von Gregor Paul Boventer, Grenzen der politischen Freiheit im demokratischen Verfassungsstaat - Das Konzept der streitbaren Demokratie in einem internationalen Vergleich, 1984, ziehen liberale Demokratien beim Staatsschutz eine Gewaltgrenze, während weniger liberale Demokratien eine sog. Wertgrenze ziehen. Welche Staaten zur letztgenannten Kategorie zählen, ergibt sich aus einer Bewertung eines mit der bundesdeutschen Staatsschutzkonzeption kongenialen Parteiverbots in der Republik Korea (Süd-Korea), wo noch die japanische Staatsschutzkonzeption von 1925 nachwirkt: „Im internationalen Vergleich steht Korea mit seinem historischen Parteiverbot in der Reihe nur weniger anderer Staaten wie Ägypten, Deutschland, Spanien, Thailand und der Türkei“ (s. Hannes B. Mosler, Das Verbot der Vereinten Progressiven Partei der Republik Korea, in: Zeitschrift für Parlamentsfragen, 2016, S. 176 ff.).

Der Übergang von einer sog. Wertgrenze zur Gewaltgrenze ist zum Schutze von Meinungsfreiheit und des Verfassungsprinzips „das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition“ (BVerfGE 2, 1), ein vom Verfassungsgericht erkanntes Verfassungsschutzgut, das in den Verfassungsschutzgesetzen noch immer nicht vollständig rezipiert ist,

im Katalog von § 4 Abs. 2 BVerfSchG ist dieses Prinzip unter Buchstabe c) auf „Recht auf Bildung und Ausübung einer parlamentarischen Opposition“ vermindert, es gilt demnach immer noch der Prinzipienkatalog des politischen Strafrechts gemäß § 88 Abs. 2 StGB a.F., § 92 Abs. 2 Nr. 3 StGB n.F. und nicht die erweiternde Modifizierung durch das Bundesverfassungsgericht! Auch im Gesetzentwurf gemäß LT-Drs. 18/25825 ist dem verfassungsgerichtlichen Erkenntnis nicht Rechnung getragen

unbedingt erforderlich. Diese Überlegung gebietet es, in der für „erheblich beobachtungsbedürftig“ definierten Kategorie unter 2. c) den Doppelbuchstaben cc) mit den Untergruppen aaa) bis ddd), zumindest bis bbb) zu streichen.

Damit der dieser vorgeschlagenen Streichung zugrundeliegende Gedanke des Schutzes von Meinungsfreiheit und des Verfassungsprinzips des – vereinfacht ausgedrückt – Mehrparteienprinzips im Verfassungsschutzrecht stimmig zum Ausdruck kommt, ist es dabei geboten, bei der Kategorie Nr. 1 „beobachtungsbedürftig“, die Bezugnahme auf § 3 Abs. 1 Nr. 1 1. Halbsatz und Nr. 4 BVerfSchG zu qualifizieren, etwa indem diese dahingehend eingeschränkt wird, dass zumindest eine „unrechtmäßige Beeinträchtigung“ der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und des Gedankens der Völkerverständigung durch eine derartige Bestrebung zu befürchten ist.

Nur bei dieser Einschränkung ist eine Beeinträchtigung des für eine freie Demokratie grundlegenden Rechts der Meinungsfreiheit von vornherein zumindest weitgehend ausgeschlossen. Abgrenzungsprobleme wird es immer geben, jedoch sind die üblichen Abgrenzungen, die aufgrund der derzeitigen Rechtslage gemacht werden, um die Meinungsfreiheit doch noch zu gewährleisten, ziemlich unklar und führen zu zahlreichen gerichtlichen Auseinandersetzungen mit unklarem Ausgang, eine Situation, die sich mit einer freien Demokratie nicht verträgt. Dies macht nämlich die Ausübung der Meinungsfreiheit, gewissermaßen die Grundlage der Freiheit als solcher, zu einem Risiko, das einer freien Demokratie nicht zuträglich ist: „Wo die Legalität politischer Opposition nicht nach rechtsstaatlich bestimmten eindeutigen Kriterien garantiert ist, sondern unter Berufung auf die Legitimität einer Grundordnung jederzeit widerrufen werden kann, steht die Freiheit aller zur Disposition“ (so völlig berechtigt Leggewie / Meier, a.a.O., S. 71).

Dem Grundrecht der Meinungsfreiheit will das Bundesverfassungsgericht im Bereich des Verfassungsschutzrechts insoweit Rechnung tragen, indem in der Begründung des Bezugsurteils (s. Rn. 185) hervorgehoben wird, dass eine verfassungsschutzrelevante Bestrebung, die damit nach dem Gesetzesentwurf als „beobachtungsbedürftig“ zu kennzeichnen ist, noch nicht vorliegt bei bloßem Vorhandensein einer politischen Meinung. Auch reicht danach die bloße Kritik an Verfassungsgrundsätzen nicht aus, sondern es muss ein Aktivitätsmerkmal vorliegen, das allerdings nicht als „ungesetzlich“ angesehen, also nicht rechtswidrig sein muss (s. ebenda). Diese Abgrenzung kann nicht operabel vorgenommen werden, weil dann im Zweifel nur das bloße Denken unproblematisch ist („die Gedanken sind frei“), während schon ein Vortrag das geforderte Aktivitätsmerkmal erfüllen könnte, insbesondere wenn ein kollektiver Bezug vorliegt oder konstruiert werden kann.

Der Blick auf Verfassungsschutzberichte demonstriert, dass in der Praxis des Verfassungsschutzes diese Abgrenzung von bloßer Meinung, die noch keine Verfassungsgefährdung darstellt und einem nicht unrechtmäßigen, also legalen Aktivitätsmerkmal, das jedoch verfassungsgefährdend sein soll, nicht in einer einigermaßen berechenbaren Weise gelingt. Deshalb muss immer wieder damit gerechnet werden, dass sich Gerichte gezwungen sehen müssen, in VS-Berichten aufgeführte Erkenntnisse des Verfassungsschutzes, die auch etwas über die Ausübung seiner Eingriffsermächtigungen besagen, für rechtswidrig erklären zu müssen. In Bayern ist dies zuletzt im Rechtsstreit der Zeitgeschichtlichen Forschungsstelle Ingolstadt e.V. erfolgt,

s. dazu das Urteil des VG München vom 17. Juli 2020 - M 30 K 19/5902 -

welcher der Verfassungsschutz des Freistaates im VS-Bericht 2019, unter „sonstige rechtsextremistische Organisationen“ auf S. 180 ff. sog. „Geschichtsrevisionismus“ als verfassungsfeindlich zum Vorwurf gemacht hatte. Das Gericht musste zutreffender Weise einen Verstoß gegen Meinungsfreiheit, Wissenschaftsfreiheit und Vereinigungsfreiheit durch den Freistaat Bayern wegen seines Verfassungsschutzes erkennen. Eine derartige Situation sollte von vornherein ausgeschlossen werden.

Bei derartigen Vorwürfen wie „Revisionismus“, „kollektivistisches Menschenbild“ oder „ethnisches Staatskonzept“, die man zumindest in eine bestimmte oppositionelle Richtung gehend schon als charakteristisch für mangelhafte bundesdeutsche Freiheitsverhältnisse ansehen muss, wird fast nie ein Verfassungsschutzgut genannt, das da gefährdet sein soll, wie etwa die Unabhängigkeit der Gerichte. Auch in der

Darstellungsweise der VS-Berichte, die einen Rückschluss auf die Beobachtungspraxis zulassen, spielen diese Verfassungsgrundsätze, die zwar in den Berichten in der Formulierung des politischen Strafrechts ordnungsgemäß zitiert werden, so gut wie keine Rolle, sondern es wird mit der Begrifflichkeit des „Extremismus“ operiert, der in dem Bereich verfehlt ist, wo es um rechtmäßige Aktivitäten geht, die aber trotzdem verfassungsfördernd sein sollen.

Der Extremismus-Begriff ist in den Rechtsgrundlagen des VS-Rechts nicht enthalten (wenngleich nachträglich in § 6 Satz 8 BVerfSchG ohne irgendeinen Definitionsversuch bei der gegenseitigen Unterrichtung der Verfassungsschutzbehörden eingefügt) und insbesondere wurde der Begriff des „Rechtsextremismus“, um den es politisch seit einiger Zeit fast ausschließlich geht, um damit oppositionelle politische und weltanschauliche Bestrebungen staatsbeobachtend zu erfassen, vom Bundesverfassungsgericht in einer allerdings nicht direkt VS-bezogenen Angelegenheit als rechtlich unbrauchbar erkannt:

„Erst Recht fehlt es dem Verbot der Verbreitung rechtsextremistischen Gedankenguts an bestimmbar Konturen. Ob eine Position als rechtsextremistisch möglicherweise in Abgrenzung zu „rechtsradikal“ oder „rechtsreaktionär“ einzustufen ist, ist eine Frage des politischen Meinungskampfes und der gesellschaftswissenschaftlichen Auseinandersetzung“ (Rn. 20 des Beschlusses vom 08.12.2010 - 1 BvR 1106/08 -).

Direkt mit Bezug zum Verfassungsschutzrecht hat das Verwaltungsgericht Berlin betont, dass sich die Prüfung möglicher „tatsächlicher Anhaltspunkte“ für den Verdacht verfassungsfeindlicher Bestrebungen einer nicht verbotenen politischen Partei sich an den im einschlägigen Berliner Gesetz „aufgezählten wesentlichen Verfassungsgrundsätzen und nicht an einem Begriff wie „Rechtsextremismus“ zu orientieren habe (s. NJW 1999, S. 806). Diesem Gebot wird jedoch bei der Tätigkeit von Verfassungsschutz nur selten entsprochen!

Die Lektüre der VS-Berichte, insbesondere unter dem Kapitel „Rechtsextremismus“ zeigt dagegen auf, dass hier die vorgenannten verfassungsgerichtlich im Interesse der Normentransparenz bzw. der Normenbestimmtheit gezogenen Grenzen mitunter aufgebrochen werden. Insbesondere wird deutlich, dass der politische Meinungskampf und die gesellschaftswissenschaftliche Auseinandersetzung, welche die Sicherheitsbehörden in einer Demokratie nichts angehen sollten, selbst ein Motiv der VS-Berichterstattung ist, wobei versucht wird, einen Bezug zum gesetzlichen Auftrag herzustellen, indem bisweilen problematische Unterstellungen und Vermutungen vorgenommen werden, die der VS selbst als „Verschwörungstheorie“ einstuft, sobald oppositionelle Richtungen ähnlich argumentieren.

So wurden etwa im VS-Bericht von NRW von 1998 über das Jahr 1997, S. 55 den „Republikanern“ vorgehalten, dass sie ausschließlich von „Asylanten und Gastarbeitern“ sprechen würden, „um die Vorläufigkeit des jeweiligen Aufenthalts zu unterstreichen“. Dies wurde dann offensichtlich als „Ausländerfeindlichkeit“, die man danach nicht haben darf, angesehen, obwohl mit „Vorläufigkeit des Aufenthalts“ eine juristisch völlig korrekte Einstufung vorliegt, mag die - nicht mehr kritisierbare? - Rechtsrealität auch anders aussehen. Nach dem VS-Bericht NRW 1996 über das Jahr 1995, S. 140 scheint es sogar „verfassungsfeindlich“ zu sein, Thailänderinnen sexuell unattraktiv zu finden, was wohl gegen die Menschenwürde, zumindest gegen das

„Menschenbild des Grundgesetzes“, gerichtet sein soll, was aber wohl kein Gebot enthält, dass jemand Personen einer bestimmten Menschengruppe sexuell attraktiv finden müsse.

Das mögen vielleicht kuriose Beispiele sein; es gibt auch ernsthaftere, die aber nicht weniger problematisch sind wie etwa der Vorwurf im VS- Bericht des Bundes 1998, S. 70, gegen „rechts“, die Nation zum obersten Prinzip zu erheben: Wenn dies ein ernstgemeinter Vorwurf sein soll, muss man sich die Frage stellen, ob dann etwa der für Mitglieder der Bundesregierung vorgeschriebene Diensteid nach dem Grundgesetz, der bekanntlich in erster Linie dem deutschen Volk geschuldet ist, vielleicht eine Verfassungsgefährdung darstellt. Es soll auch eine Verfassungsgefährdung sein, etwa die „deutsche Kriegsschuld“ zu leugnen (s. NRW VS-Bericht 1996 über das Jahr 1995, S. 73). Man muss da schon über viele Ecken denken, um da den Verfassungsgrundsatz zu finden, der gefährdet sein soll. Selbst wenn diesbezügliche Aussagen aus mehreren Gründen häufig problematisch sein dürften: Der Automatismus, eine Verfassungsgefährdung anzunehmen, ist vielleicht nicht immer, aber häufig, wenn nicht gar in der Regel äußerst konstruiert. Es stellen sich dabei selbst hinsichtlich sog. NS-Verharmlosern die Fragen, die von einem österreichischen Magazin wie folgt aufgeworfen und beantwortet sind:

„Ist jeder NS-Verharmloser zwangsläufig ein „Freiheitsfeind“? Nein. Arbeitet jeder NS-Verharmloser darauf hin, ein faschistisches Regime zu installieren? Nochmals nein. Ruft jeder NS-Verharmloser zur Gewalt als Mittel der politischen Auseinandersetzung auf? Abermals nein. Der Konnex zwischen historischem Revisionismus, auch wenn er sich in noch so empörender Form äußert, und Rechtsstaats- und Demokratiefindlichkeit ist bei weitem nicht so eng, wie manche Kommentatoren Glauben machen wollen“ (so die Zeitschrift Der Standard vom 4.3.2006; hier zitiert bei: Andreas Thierry, Politische Verfolgung in Österreich, 2010, S. 162)

Dies gilt erst recht bei entsprechenden Aussagen von Leuten, denen man keine derartige „Verharmlosung“ vorwerfen kann, die aber trotzdem als „rechtsextrem“ erfasst werden, mit dem Ziel, sie von Staatswegen als irgendwie NS-affin einzustufen. Auch diesbezüglich könnte sich einmal die Frage der Menschenwürdegarantie ergeben.

Die Gewährleistung der sog. Kommunikationsgrundrechte und des Mehrparteienprinzips im Bereich des Verfassungsschutzrechts ist nur dann gewährleistet, wenn rechtmäßige Handlungen von vornherein nicht Gegenstand von VS-Beobachtungen gemacht werden. Selbst wenn das Verfassungsgericht derzeit die hier kritisierten Regelungen wohl noch im Ansatz als unbedenklich einstufen dürfte, so könnte der Gesetzgeber trotzdem der hier vorgeschlagenen liberalen Konzeption Rechnung tragen. Die Bezugsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist nämlich nicht in der Weise zu verstehen ist, dass damit ein Gebot für den Gesetzgeber begründet würde, seine verfassungsrechtlichen Kompetenzen im zu unterstellenden derzeitigen Verständnis des Verfassungsgerichts, die eine weniger liberale Gestaltung des Staatsschutzrechts ermöglichen, voll auszuschöpfen. Auch wenn es nach dem Verfassungsgericht nicht zu beanstanden wäre, dass VS-Behörden Befugnisse eingeräumt würden, „um Erkenntnisse über Gruppierungen zu erlangen, die die Schutzgüter des Verfassungsschutzgesetzes auf dem Boden der Legalität bekämpfen“

(s. Rn. 186), so ist damit lediglich eine Ermächtigung ausgesprochen, aber keine verfassungsrechtliche Verpflichtung.

Vielmehr wird den VS-Behörden durchaus ein Auswahlermessen zugestanden wie sie eine Gefahr einstufen. Dieses anerkannte Ermessen muss dann erst recht für den Gesetzgeber gelten, ja es ist nach der Bezugsentscheidung sogar geboten, dass der Gesetzgeber selbst die Einstufung der Gefährlichkeit vorgibt (s. Rn. 200 der Bezugsentscheidung). Der Gesetzgeber könnte sich dabei auch von der Erwägung bestimmen lassen, einen Konflikt mit den Kommunikationsgrundrechten, insbesondere dem zentralen Grundrecht der Meinungsfreiheit von vornherein auszuschließen, um etwa auch unnötige Gerichtsverfahren zu vermeiden, bei denen z. B. der Vorwurf eines „revisionistischen Geschichtsbildes“ als Begründung für die Auflistung in einem VS-Bericht gerichtlich als Verstoß gegen Meinungsfreiheit, Wissenschaftsfreiheit und Vereinigungsfreiheit erkannt werden muss. Die Ausübung der Meinungsfreiheit, auch wenn sie in Form von Personenzusammenschlüssen zum Ausdruck gebracht wird, sollte grundsätzlich nicht als verfassungsgefährdend angesehen werden.

Die Zurückweisung möglicher Verfassungsgefährdungen durch die Ausübung von Meinungsfreiheit stellt dann eine Frage der offenen Meinungsbildung des Volkes als Voraussetzung freier Parlamentswahlen dar, ein System, das auch als „Demokratie“ bezeichnet wird.

Das verbleibende Problem eines derartigen Ansatzes könnte in bundesrechtlichen Verpflichtungen der Landesbehörde bestehen. Dem könnte Rechnung getragen werden durch eine Formulierung wie „soweit sich aufgrund bundesrechtlicher Verpflichtung nichts anderes ergibt“ oder indem etwas weitergehender das Merkmal „grundsätzlich“ eingefügt wird, das dann begründete Ausnahmen zulässt, wozu dann auch eine bundesrechtlich begründete Verpflichtung zählen würde.

5. Wie können mögliche nachteilige rechtliche und tatsächliche Folgewirkungen unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher und -gerichtlicher Vorgaben vermieden werden?

Den vorgenannten Erwägungen könnte im Interesse der Vermeidung künftiger negativer verfassungsgerichtlicher Erkenntnisse Rechnung getragen werden, indem - bei weitgehender Aufrechterhaltung der bestehenden Rechtslage - die geplanten Begriffsbestimmungen bei Artikel 4 Abs. 2 BayVSG insgesamt wie folgt gefasst werden:

(2) Im Sinne dieses Gesetzes sind

1. beobachtungsbedürftig Bestrebungen
Tätigkeiten nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 1. Halbsatz und Nr. 4 BVerfSchG, soweit dadurch grundsätzlich eine ungesetzliche Beeinträchtigung der Verfassungsschutzgüter zu befürchten ist;
2. erheblich beobachtungsbedürftig
 - a) Tätigkeiten nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 2. Halbsatz BVerfSchG,
 - b) Tätigkeiten nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BVerfSchG,
 - c) Tätigkeiten nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BVerfSchG,
 - d) Bestrebungen und Tätigkeiten der Organisierten Kriminalität im Sinne des Abs. 4 oder

- e) Tätigkeiten nach Nr. 1, wenn diese zur Erreichung ihrer Ziele bereit sind, Gewalt anzuwenden, anzudrohen oder dies fördern oder billigen;
- 3. gesteigert beobachtungsbedürftig
 - Bestrebungen und Tätigkeiten nach Nr. 2, die mit der Bereitschaft einhergehen
 - a. Leib, Leben oder Freiheit von Personen zu verletzen,
 - b. Sachen, deren Erhaltung im besonderen öffentlichen Interesse liegt, zu beschädigen oder in ihrer Funktion zu stören oder
 - c. sonstige Straftaten im Sinne des § 3 des Art. 10-Gesetzes (G 10) in der am 1. Januar 2022 geltenden Fassung zu begehen.

Die Einschränkung bei Nr. 1, nämlich „eine ungesetzliche Beeinträchtigung“ wäre dann keine Gefährdung der Verfassungsschutzgüter durch strafrechtlich relevante Handlungsweisen, sondern aufgrund anderweitiger Normen; so wird etwa eine Verletzung der Vorschriften zur Parteienfinanzierung, was eine Beeinträchtigung des fairen Parteienwettbewerbs und damit eine Gefährdung des Mehrparteienprinzips mit Auswirkung auf die Freiheit der Parlamentswahl darstellt, nicht unbedingt strafrechtlich sanktioniert, sondern durch einen erhöhten Rückforderungsbetrag (vgl. §§ 31a, 31b und 31 c PartG), wobei eine strafrechtliche Sanktionierung nach § 31 d PartG unter bestimmten Umständen ausscheidet. Auch zivilrechtlich problematische Maßnahmen mit Auswirkungen auf Verfassungsschutzgüter wie etwa ideologisch begründete Kontenkündigungen wegen politischer Positionen des Vertragspartners könnten bei Vorliegen der Beschränkung der Vertragsfreiheit dann dieser „Ungesetzlichkeit“ zugerechnet werden.

II. *Im Einzelnen insbesondere:*

1. *Beobachtungsbedürftigkeit (Art. 4 Abs. 2 BayVSG-E; Art. 5 BayModVSG-E)*

a) *Inwieweit sind bei der Anwendung der Differenzierungskriterien des Art. 4 Abs. 2 BayVSG-E rechtliche oder praktische Schwierigkeiten zu erwarten?*

Die Abgrenzungsschwierigkeiten sind im Einzelnen bereits dargelegt und sollten durch eine geänderte Fassung (s. vorstehend) weitgehend vermieden werden.

Der Gesetzentwurf BayModVSG-E vermeidet mit seinem Artikel 5 zahlreiche zusätzliche zu den schon ausgeführten Problemen, die sich beim Gesetzesantrag mit Art. 4 Abs. 2 BayVSG-E hinsichtlich der Kategorie 2 c) unter „erheblich beobachtungsbedürftig“ ergeben und zwar die Modalitäten ccc) und ddd) betreffend.

Zwar ist berechtigter Weise den in ccc) und ddd) beschriebenen Verhaltensweisen durchaus verfassungsschutzrelevante Bedeutung einer erhöhten Gefährdung beizumessen, jedoch ist deren legitimer Kern bereits durch c) Untergruppen aaa) und bbb) derselben Nummer 2 abgedeckt. Soweit dies nicht der Fall ist, also noch ein über die Nr. 2 hinausgehendes Regelungselement gegeben ist, stellt sich die Definition in mehrfacher Hinsicht als problematisch dar:

Das Merkmal „systematische Desinformation“ lädt erkennbar zum Missbrauch ein, soweit diese „Information“ aufgrund von Wertungen (und nicht von beweisbaren Tatsachen) als Desinformation eingeordnet wird. Die Bewertung einer Meinung als „Desinformation“ setzt notwendigerweise einen staatlichen Bewertungsmaßstab

voraus, der außerhalb rechtlicher Kriterien und beweisbaren Tatsachenfeststellungen notwendigerweise ein ideologischer Maßstab sein wird. Die Bekundung „falscher“ Auffassungen, was ebenfalls von der Meinungsfreiheit erfasst ist, schließt die „Meinungsbildung des Volkes“ im Sinne von Artikel 21 Abs. 1 GG, an der Parteien mitwirken, nicht aus, weil es gerade Aufgabe der individualrechtlich die Meinungsfreiheit voraussetzenden Meinungsbildung des Volkes darstellt, im Streit der Meinungen problematische Auffassungen zu widerlegen, zurückzuweisen und zu bekämpfen. Dies sollte am besten möglich sein, wenn diese zu widerlegenden Meinungen ungeschminkt zum Ausdruck gebracht werden dürfen, weil ansonsten mit problematischen Unterstellungen operiert werden muss. Die vorgesehene Regelung impliziert eine Fassung von Artikel 21 Abs. 1 GG dahingehend, dass eine „wahrheitsgemäße Meinungsbildung des Volkes“ gewährleistet sein müsse. So etwas kann aufgrund der Unzulänglichkeit von Menschen, die Wahrheit wirklich zu erkennen, verfassungsrechtlich nicht garantiert werden: Weshalb in der Politik alles nur einen vorläufigen und revisionsbedürftigen Charakter haben wird, das VS-Recht natürlich eingeschlossen.

In dem vorgesehenen Tatbestand der Verunglimpfung staatlicher Institutionen und Repräsentanten fehlte außerdem auch das Merkmal der Verunglimpfung der Vertreter politischer Opposition, was eingefügt werden müsste, um dem Verfassungsprinzip Mehrparteienprinzip und Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition angemessen Rechnung zu tragen. Eine massive Verunglimpfung von Vertretern politischer Opposition richtet sich dann gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, zumal die historische Besonderheit der Demokratie gegenüber anderen politischen Systemen der Menschheitsgeschichte gerade in der verfassungsrechtlich verbürgten Akzeptanz der politischen Opposition besteht. Vertreter des Staates, was in der Regel Regierungsvertreter meint, werden auch in einer Diktatur rechtlich geschützt, nicht aber Vertreter der Opposition!

Das unter ddd) eher beschriebene als definierte Geschehen dürfte Straftatbestände erfüllen und wäre damit ohne Weiteres den unter 2. c) aa) aufgeführten Fällen zuzurechnen. Sollte insoweit eine Strafbarkeitslücke bestehen, wäre der Gesetzgeber, allerdings in erster Linie der Bundesgesetzgeber nicht gehindert, noch zusätzliche Straftatbestände zu schaffen, um die beschriebene Vorgehensweise der Bestimmung unter der vorausgehenden Nummer zuzuordnen. Derartige Straftatbestände, sollten sie insoweit noch fehlen, könnten dann legitimer Weise geschaffen werden.

Straftatbestände stellen aufgrund spezieller verfassungsrechtlicher Garantien wie Bestimmtheitsgrundsatz mit Analogieverbot und das verfahrensmäßig zur Anwendung gebrachten Legalitätsprinzips in der Regel die präzisesten Rechtsnormen dar, so dass auch eine Gefahrenbeschreibung nach Verfassungsschutzrecht mit weitreichenden Eingriffsbefugnissen auf Strafnormen ausgerichtet sein sollte,

die Letztbegründung für den Zusammenhang von Strafrecht und Staatsschutz liegt darin, dass das Strafrecht als solches den Schutz der politischen Ordnung bezweckt (die Staatsschutzdelikte nehmen daher im Besonderen Teil des Strafrechts den ersten Rang ein), weshalb die individuellen Rechtsgüter nicht als Individualrechte, sondern als objektive Rechtsreflexe garantiert werden (was sich in verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten von Klageerzwingungsverfahren

spiegelt), weil diese Garantie das Selbsthilferecht der individuellen Rechtsträger im Interesse des Gewaltmonopol des Staates ausschließen soll

auch wenn dabei insbesondere bei der entsprechenden Beobachtungsbedürftigkeit ein Bereich erfasst wird, der sich weitgehend im Vorfeld möglicher politisch motivierter Straftaten abspielt, auch wenn die entsprechenden Handlungen selbst noch nicht als Strafnormen definiert sind und wohl auch nicht definiert werden sollten. Aber es sollte zumindest eine Gefährdung entsprechender strafrechtlich geschützter Rechtsgüter zu befürchten sein. Bei einer erheblichen Beobachtungsbedürftigkeit mit weitreichenden Eingriffsbefugnissen sollte die Strafrechtsakzessorietät von Aufgaben und Befugnissen des Verfassungsschutzes unbedingt vorliegen.

Ein derartiger Regelungsansatz würde auch das Problem der Datenübermittlung an polizeiliche Sicherheitsbehörden und Staatsanwaltschaft erheblich entspannen, weil die Aufgabenbereiche verstärkt angenähert wären (s. dazu auch die Antworten zum Fragenkomplex II. 5).

Beim Merkmal gemäß Nr. 2 c) bb), also von erheblich beobachtungsbedürftigen mit Auswirkungen auf gesteigert beobachtungsbedürftigen Bestrebungen, die „ihre Ziele in erheblichem Maße verdeckt verfolgen oder zu verschleiern suchen“, stellt sich die Frage, wieso man seine Ziele nicht auch verdeckt verfolgen darf, sofern man dies rechtmäßig macht. Dass etwa ein illegaler Staatsumsturz, strafrechtlich als Hochverrat definiert, notwendigerweise geheim vorbereitet wird und deshalb legitimer Weise zur Abwehr ein Geheimdienst eingesetzt wird, macht ein verdecktes Vorgehen als solches noch nicht verdächtig.

Im Prinzip handelt jeder Mensch bis zu einem gewissen Grad „verdeckt“, was rechtlich durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht, also auch durch die Menschenwürdegarantie abgedeckt ist. Im geschäftlichen Bereich ist dies etwa durch das Geschäftsgeheimnis abgesichert und behördlich als Dienstgeheimnis. Eine (partei-)politische Karriere beruht zum großen Teil - und zwar bei allen Parteien - ebenfalls darauf, dass man seine Ziele und Absichten nicht allen und zu frühzeitig offenbart. Damit könnten und müssten doch gegen alle Parteien und Personen Verdachtsgründe geltend gemacht werden, zumal „gesellschaftliche Einflussnahme“ alle Parteien betreiben, so dass eigentlich alle Parteien als „erheblich beobachtungsbedürftig“ angesehen werden müssten,

s. etwa zum Beziehungsgeflecht von Alt-Kanzler Schröder, das von der Sonntagsausgabe der FAZ vom 19.03.2023, S. 37 aufgezeigt ist: Welche Macht hat die Moskau-Connection?

weil man ja nicht ausschließen kann, dass auch etablierte Parteien geheim doch verfassungsfeindliche Ziele vereinbaren könnten, etwa wie man mit Hilfe des VS sich politischer Opposition entledigt. Falls staatlicherseits Vermutungen bei einigen Parteien angestellt werden dürften, bei anderen aber nicht, kann das Unterscheidungskriterium bei unterstelltem rechtmäßigem Verhalten im Zweifel nur ideologischer Art sein: Da wohl keine Partei offen die Abschaffung etwa der Unabhängigkeit der Gerichte befürworten wird, wird dies dann vor allem bestimmten Theorien, etwa einem „kollektivistischen Menschenbild“, das im Zweifel dann vorliegen kann, wenn jemand für die Aufrechterhaltung des demokratischen Nationalstaates eintritt, unterstellt, deren Bewertung dann jedoch eine offizielle Staatstheorie, im Zweifel Staatsideologie zur Voraussetzung haben: Die Alternative zum Recht ist

notwendigerweise (weil politische Herrschaft in der Menschheitsgeschichte immer religiös bzw. ideologisch begründet wurde) bis zur Religion (Zivilreligion) gehende Ideologie, wogegen allerdings die weltanschauliche Neutralität des Rechtsstaates steht.

Bedenklich ist bei der Kategorie Nr. 2 c) cc) vor allem die als Untergruppe aaa) aufgeführte Kategorie von Bestrebungen nach § 3 Abs. 1 BVerfSchG, die danach rechtmäßig in erheblichem Maße gesellschaftliche Einflussnahme betreiben über erlangte öffentliche Ämter und Mandate. Mit „Mandaten“ sind dabei unvermeidbar die Wahlämter gemeint, womit die freie Wahlausübung des Volks zugunsten einer derartigen Partei, bei der vielleicht „geschichtsrevisionistische“ Aussagen führender Parteimitglieder festzustellen sind, durch Verfassungsschutzmaßnahmen erheblich delegitimiert wird. Damit wird letztlich auch die Freiheit der Wahlausübung, die den Kern der Demokratie ausmacht, erheblich durch das VS-Recht delegitimiert.

Konkret erscheint es bei legalem Verhalten, das dabei wohl gesetzlich unterstellt wird, ausgeschlossen, dass eine konkrete Gefährdung der Rechtsgüter in der Weise zu erwarten ist, dass dann die für eine erheblich oder gar gesteigert beobachtungsbedürftig Bestrebung vorgesehenen Eingriffe sich als rechtmäßig darstellen können. Wenn sich eine „gesteigerte Beobachtungsbedürftigkeit“ sich etwa daraus ergeben kann, dass die Bestrebung darauf gerichtet ist, Gewalt anzuwenden oder Gewaltanwendung vorzubereiten (s. Rn. 194 des Bezugsurteils), dann trifft dies bei der Kategorie nach Nr. 3 b) von vornherein nicht zu, mag auch die verfassungsgerichtliche Formulierung („etwa“) noch von der Gewaltproblematik abstrahierte Gefährdungsbestimmungen zulassen. Diese müssen jedoch der Gewaltproblematik adäquat sein, weil ansonsten auch nach Auffassung des Verfassungsgerichts (s. Rn. 196 der Bezugsentscheidung) für einen besonders eingriffsintensive Beobachtung kein Anlass besteht, wenn Ansichten offen vertreten werden. Handeln mit legalen Mitteln spricht gegen eine gesteigerte Beobachtungsbedürftigkeit (Rn. 197 ebenda). Vor allem sollte man Ergebnisse der Ausübung des freien Wahlrechts nicht als so gefährlich einstufen wie gefährliche Gewaltanwendung!

b) Lassen die höchstrichterlichen Vorgaben auch eine weniger komplexe Differenzierung zu? Wenn ja, wie könnte diese Differenzierung praxisgerecht ausgestaltet werden? Insbesondere: Würde die Differenzierung nach Art. 5 Abs. 2 und 3 BayModVSG-E den Anforderungen des BVerfG und zugleich den bundesrechtlichen Vorgaben zur Aufgabe der Verfassungsschutzbehörden (§ 3 Abs. 1 BVerfSchG) genügen?

Hierzu wird auf die Antwort zu Frage 2 c) verwiesen.

Alternativ wäre auch denkbar, auf eine Definition der (einfachen) beobachtungsbedürftigen Bestrebung zu verzichten wie dies methodisch dem Vorschlag BayModVSG-E zugrunde liegt, weil alle Bestrebungen im Sinne von § 3 BVerfSchG beobachtungsbedürftig sind. Eine Qualifizierung der „normalen“ Beobachtungsbedürftigkeit ist allenfalls dann notwendig, wenn man - wie im Interesse von Meinungspluralismus und Mehrparteienprinzip, also zur Gewährleistung einer normalen Demokratie vorliegend vorgeschlagen - durch das gesetzliche Auswahlermessen bei der Gefährdungseinstufung die bloße Ausübung von Grundrechten nicht als verfassungsgefährdend ansehen will, sondern die Wahrscheinlichkeit einer rechtswidrigen Beeinträchtigung als Mindestanforderung für

staatliche Beobachtungsmaßnahmen statuiert. Eine derartige Rechtswidrigkeit wäre dann noch nicht auf einen Straftatbestand gerichtet oder allenfalls auf einen nicht gewaltspezifischen (wie schon am Beispiel des Parteiengesetzes spezifiziert).

Davon abgesehen, sind dann lediglich die Voraussetzungen eines erhöhten Grundrechtseingriffs zu bestimmen, also das, was im Gesetzesentwurf zum BayVSG als „erheblich“ und „gesteigert“ beobachtungsbedürftig definiert ist. Diese Voraussetzungen müssten dann allerdings auch nicht vorweg definiert werden, sondern könnten bei den operativen Artikeln als Tatbestandsmerkmal aufgeführt werden. Diese Vorgehensweise würde besser der deutschen Rechtsetzungstechnik entsprechen (s. dazu nachfolgend unter I. 3 und 4). Dafür spricht vor allem, dass die gesteigerte Beobachtungsbedürftigkeit nur bei Artikel 19a genannt ist und die erhebliche Beobachtungsbedürftigkeit bei den Artikeln 15 bis 19, wobei sich allerdings die Frage stellt, ob nicht auch die Befugnisse nach den Artikeln 9 und 10 zumindest die erhebliche Beobachtungsbedürftigkeit zur Voraussetzung haben müssten (s. dazu nachfolgend unter I. 3). Die Begründung des Gesetzesentwurfs scheint wohl davon auszugehen, was dann aber im Gesetz selbst nicht zum Ausdruck gebracht würde.

Der Gesetzesentwurf BayModVSG-E würde mit seinem Artikel 5 den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts genügen.

Das Problem der vollen Vereinbarkeit mit dem Bundesrecht, d.h. vor allem mit dem Bundesverfassungsschutzgesetz, das ja nicht zufällig ausführlich lautet: Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz, erscheint nicht ganz absehbar. Um einen Konflikt mit dem Verfassungsprinzip der Bundestreue von vornherein auszuschließen, bietet sich an, die Regelungen des Landesrechts unter den Vorbehalt bundesrechtlicher Verpflichtungen zu stellen.

2. Kennzeichnung der Daten betreffend Minderjährige (Art. 5 Abs. 1 Satz 3 BayVSG-E; Art. 20 Abs. 2 und 6 BayModVSG-E)

Halten Sie die beabsichtigten Änderungen der Regelungen im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben für angemessen, insbesondere mit Blick auf den Verzicht einer frühzeitigen Löschung und im Hinblick auf die Kennzeichnung von Daten?

Die Frage kann bejaht werden.

3. Regelungen zu den nachrichtendienstlichen Mitteln (Art. 8 bis 17 BayVSG-E; Art. 4 bis 15 BayModVSG-E)

a) Halten Sie die beabsichtigten Änderungen der Regelungen im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen und die verfassungsgerichtlichen Vorgaben für angemessen?

Abgesehen von der grundsätzlichen Problematik der Beobachtung von sich rechtmäßig verhaltenden oppositionellen Bestrebungen, ist der Ansatz der Gesetzesvorschläge durchaus zu begrüßen und sollten den verfassungsgerichtlichen Vorgaben an sich Genüge tun. Formulierungsmäßig sollten allerdings Optimierungen vorgenommen werden.

So lässt rechtstechnisch der Zusammenhang zwischen den vorgeschalteten Definitionen der unterschiedlichen Beobachtungsbedürftigkeit und den operativen Bestimmungen zu wünschen übrig. Schon bei Art. 5a Abs. 1 spielt die Definition keine Rolle, sondern es wird die Beobachtungsbefugnis abstrahiert oder gar quer zu den Definitionen geregelt. Teilweise scheint es sich um eine der Beobachtungsbedürftigkeit vorgelagerte Bestimmung zu handeln.

Um der Bedeutung der vorgeschalteten Definitionen Rechnung zu tragen, sollte etwa bei Artikel 8 mit der Beobachtungsbedürftigkeit begonnen werden:

(1) Soweit dies zur Aufklärung einer beobachtungsbedürftigen Bestrebung oder Tätigkeit erforderlich ist und nicht die Art. 9 bis 19a die Anwendung [bei erheblich und gesteigert beobachtungsbedürftigen Bestrebungen] besonders regeln, kann das Landesamt bei der Erhebung von Informationen nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Methoden, Gegenstände und Instrumente zur verdeckten Informationsbeschaffung (nachrichtendienstliche Mittel), insbesondere Observationen, Bild- und Tonaufzeichnungen, Tarnpapiere und -kennzeichen, anwenden. ...

Bei den Artikeln 9 und 10 stellt sich die Frage, ob hier nicht eine erheblich, wenn nicht gar gesteigert beobachtungsbedürftige Bestrebung als Voraussetzung gegeben sein müsste, also eine Bestrebung, deren Handeln aufgrund politischer Motivation zumindest Strafgesetzen zuwiderzulaufen droht. Die Begründung des Gesetzesentwurfs scheint dafür zu sprechen. Eine derartige Bestimmung, die in der Definition der erheblich Beobachtungsbedürftigkeit enthalten ist, lässt dann auch das Vorliegen einer - wie vom Verfassungsgericht gefordert - dringenden Gefahr nachvollziehbar darstellen, während dies bei der Bedrohung eines Verfassungsschutzgutes jenseits einer Strafrechtsrelevanz kaum darstellbar ist. Dies spricht umgekehrt dafür, bei der Definition nach Artikel 4 Abs. 2 Nr. 2 und 3 die rechtmäßigen Gefährdungsmodalitäten zu streichen, weil von diesen keine „dringende Gefahr“ oder „konkretisierte Gefahr“ ausgehen kann, die den verdeckten Einsatz technischer Mittel zur Wohnraumüberwachung (Art. 9) und den Verdeckten Zugriff auf informationstechnische Systeme (Art. 10) begründen könnte.

Zweifelhaft erscheint, ob die Ersetzung der geltenden Tatbestandsvoraussetzung „Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder Landes“ durch „ein Verfassungsschutzgut“ eine wirkliche Verbesserung darstellt. Diese Problematik kann wohl durch die tatbestandsmäßige Voraussetzung „zur Abwehr einer dringenden Gefahr“ bzw. „zur Abwehr einer konkretisierten Gefahr“ aufgelöst werden, weil diese ohne Strafrechtsrelevanz kaum darstellbar ist. Und dass eine VS-Behörde zum Schutz eines Verfassungsschutzgutes tätig werden soll, ist gesetzlich generell vorausgesetzt.

Bei Artikel 15 Abs. 2 und Artikel 16 Abs. 1 sollte ebenfalls - falls dies so aufrechterhalten wird - der Vorabdefinition Rechnung getragen werden, indem mit dem Merkmal der erheblichen Beobachtungsbedürftigkeit begonnen wird:

Soweit dies zur Aufklärung einer [zumindest] erheblich beobachtungsbedürftigen Bestrebung oder Tätigkeit erforderlich ist, kann das Landesamt Auskunft einholen bei...

Da diese Befugnis sicherlich „erst recht“ auch für gesteigert beobachtungsbedürftige Bestrebungen gelten soll, wäre zu überlegen nach „Aufklärung einer“ das Wort „zumindest“ einzufügen (vorstehend in Klammern [...] gesetzt). Ansonsten wäre eine weitergehende Umstellung erforderlich, wo dann bei der erstmaligen oder einzigen Regelung der gesteigerten Beobachtungsbedürftigkeit eingeleitet werden könnte: „Bei Vorliegen von ... kann außerdem...“.

Bei Artikel 16 Abs. 2 ist unklar, ob hierbei ebenfalls das Vorliegen einer erheblich beobachtungsbedürftigen Bestrebung Voraussetzung der Abrufberechtigung darstellt. Verzichtet man auf eine Vorabdefinition wie sie im Gesetzesantrag mit Artikel 4 Abs. 2 vorgenommen werden soll, wäre an dieser Stelle in einem gesonderten Absatz entweder der Begriff einer erheblich beobachtungsbedürftigen Bestrebung oder Tätigkeit zu definieren oder es wären ohne Begriffsdefinition die Eingriffsvoraussetzungen aufzuführen, etwa:

Zur Aufklärung einer verfassungsfeindlichen Bestrebung, die den Strafgesetzen zuwiderläuft, insbesondere gewaltbereit ist, kann das Landesamt...

Rechtsetzungstechnisch erscheint es geboten, weitgehend das Wort „dürfen“ durch das Wort „können“ zu ersetzen. Dann ist eindeutig klargestellt, dass jeweils ein pflichtgemäßes Ermessen durch die ermächtigte Behörde auszuüben ist, was dann zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nötigt. Das Wort „dürfen“ könnte dazu verleiten, die Ermächtigung ohne weitere Prüfung einfach wahrzunehmen. Sollte eine Verpflichtung der Behörde gewollt sein, wäre dies im sog. imperativen Präsens der Gesetzessprache zu formulieren. „Dürfen“ sollte daher grundsätzlich nur im negativen Fall, d.h. „darf nicht“ verwendet werden mit der Bedeutung, dass etwas einer Behörde verboten ist.

Außerdem erscheint es angezeigt, mehr Absätze zu machen. So sollte etwa bei Art. 8b Absatz 3 Satz 2 und 3 als Absatz 4 (in Korrespondenz zu Abs. 2) formuliert werden. Bei Art. 9 sollten Abs. 1 Satz 3 und Satz 4 (mit Satz 5) jeweils als Absatz formuliert sein.

Die Konzeption gemäß Art. 4 bis 15 BayModVSG-E ist als solche zu begrüßen.

b) Gelten die seitens des Bundesverfassungsgerichts herausgearbeiteten Vorgaben auch für den Bereich der Spionageabwehr? Gibt es verfassungsrechtlich erhebliche Gründe, die für den Bereich der Spionageabwehr – etwa im Hinblick auf die grundsätzliche Subsidiarität der Online-Datenerhebung – eine abweichende Regelung rechtfertigen und erforderlich machen?

Eine abweichende Regelung erscheint entsprechend der Begründung des Bezugsurteils (s. Rn. 161) denkbar, wenn sich die Spionageabwehr auf Vorgänge im Ausland bezieht. „Für sonstige Überwachungsmaßnahmen sind dagegen entsprechend allgemeinen Anforderungen belastbare Eingriffsschwellen unerlässlich“ (ebenda unter Hinweis auf BVerfGE 154, 152 ff.). Das Absehen von der richterlichen Vorabprüfung gemäß Art. 11 Abs. 4 BayVSG ist zumindest zu rechtfertigen, etwa neben einer besonderen Geheimhaltungsbedürftigkeit mit der Begründung, dass ein Spion Organ eines anderen Staates ist und als solcher kein Grundrechtsberechtigter.

Ansonsten wäre hinsichtlich Art. 5 BayModVSG-E zu überlegen, Abs. 2 Nr. 3 zumindest teilweise in den Absatz 3 zu überführen, zumindest wenn die geheimdienstliche Tätigkeit mit einer terroristischen Bedrohung verbunden ist oder sich eine Verbindung zu einer hochverräterischen Bestrebung aufdrängt.

4. Einsatz von Verdeckten Mitarbeitern und Vertrauensleuten sowie zur Observation (Art. 18 bis 20 BayVSG-E; Art. 10 BayModVSG-E)

a) Inwieweit sind bei der Anwendung der neuen Einschränkungen rechtliche oder praktische Schwierigkeiten zu erwarten?

Mögliche Schwierigkeiten könnten, wie schon in der Antwort zur Frage 3 a) ausgeführt, durch eine präzisere Fassung der operativen Bestimmungen weitgehend vermieden, zumindest minimalisiert werden.

Dementsprechend ist auch bei Artikel 18 die Umformulierung angezeigt:

- (1) Das Landesamt kann eigene Mitarbeiter unter einer ihnen verliehenen und auf Dauer angelegten Legende (Verdeckte Mitarbeiter) einsetzen. Zur Aufklärung einer zumindest erheblich beobachtungsbedürftigen Bestrebung oder Tätigkeit kann die Durchführung der Maßnahme
1. über sechs Monate hinaus,
 2. gezielt gegen eine bestimmte Person oder
 3. gezielt in zu privaten Wohnzwecken genutzten Räumlichkeiten erfolgen.

Dementsprechend sollte auch Artikel 19a Abs. 2 umformuliert werden:

- (1) Das Landesamt kann außerhalb des Schutzbereichs von Art. 13 GG und Art. 106 Abs. 3 der Verfassung eine Person durchgehend länger als 48 Stunden oder an mehr als drei Tagen innerhalb einer Woche verdeckt auch mit technischen Mitteln planmäßig beobachten.
- (2) Zur Aufklärung einer zumindest erheblich beobachtungsbedürftigen Bestrebung oder Tätigkeit kann die Durchführung der Maßnahme
1. an nicht öffentlich zugänglichen Orten oder
 2. unter verdecktem Einsatz technischer Mittel, um
 - a) Lichtbilderfolgen, Ton- oder Bildaufzeichnungen in der Öffentlichkeit herzustellen oder
 - b) die Bewegung im Raum nachzuverfolgen,erfolgen.
- (3) Zur Aufklärung einer gesteigert beobachtungsbedürftigen Bestrebung oder Tätigkeit kann die Maßnahme
1. durchgehend länger als eine Woche oder an mehr als 14 Tagen innerhalb eines Monats oder
 2. unter Einsatz technischer Mittel außerhalb der Öffentlichkeit erfolgen. ...

Bei Absehen von einer Vorabdefinition wie sie im Gesetzesantrag mit Artikel 4 Abs. 2 vorgenommen werden soll, wäre an dieser Stelle in einem gesonderten Absatz entweder der Begriff der gesteigerten beobachtungsbedürftigen Bestrebung oder Tätigkeit zu definieren oder es wären ohne Begriffsdefinition die Eingriffsvoraussetzungen aufzuführen.

Bei Artikel 8 BayModVSG-E könnte sich das Problem der eindeutigen Abgrenzung zum Fall nach Art. 5 Abs. 1 Nr. 5 stellen mit möglichen Konsequenzen hinsichtlich der richterlichen Vorabkontrolle (s. dazu nachfolgend).

b) Halten Sie die beabsichtigten Änderungen der Regelungen im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen und die verfassungsgerichtlichen Vorgaben für angemessen?

Ja, mit den genannten Einschränkungen, wozu auf die Antwort zu Frage 3 a) verwiesen wird.

c) Lassen sich im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Vorgaben Fallkonstellationen formulieren, die den Einsatz von Vertrauensleuten unter weniger strengen Anforderungen zulassen als sie in Art. 18 BayVSG-E oder Art. 10 BayModVSG-E vorgesehen sind?

Der Einsatz von Vertrauensleuten ist explizit nicht in Artikel 18, sondern in Artikel 19 BayVSG geregelt, wenngleich jene Bestimmung mitzulesen ist, um die Problematik zu erfassen. Der Einsatz von Vertrauensleuten, die vom Beobachtungsobjekt berechtigter Weise als Vertrauensbruchspersonen eingestuft werden dürfen, stellt sicherlich den problematischsten Bereich des Staatsschutzes dar, gerade auch soweit dieser als „Verfassungsschutz“ firmiert. Insbesondere die Befugnis, im staatlichen Interesse durch ehemals kriminell in Erscheinung getretene freie Mitarbeiter (s. Art. 19 Abs. 2 Nr. 5 mit Freistellung nach Satz 2 mit der Ausnahme von Totschlägern) kriminelle Handlungen begehen zu dürfen (Art. 19 Abs. 1 i. V. m. Art. 18 Abs. 2 S. 2), stellt den potentiellen Einstieg in eine Staatskriminalität dar. Vor allem deshalb ist der Einsatz von V-Leuten, insbesondere von solchen, die schon strafrechtlich in Erscheinung getreten waren, strikt auf den Bereich zu beschränken, wo dies als notwendiges Übel gerechtfertigt werden kann, also auf den Bereich, bei dem es um die Überwachung einer Personengruppierung geht, die bereits strafrechtsbezogen im Sinne von Art. 9 GG in Erscheinung getreten war, wobei der Strafrechtsbezug der Konzeption des VS entsprechend politisch motiviert gewesen sein muss, es sei denn, es liegt der Tatbestand der organisierten Kriminalität vor, die unabhängig von einer politischen Motivation dem Verfassungsschutzrecht unterstellt ist.

An weniger strikte Anforderungen sollte beim Einsatz von V-Leuten und auch von Verdeckten Mitarbeitern von vornherein nicht gedacht werden. Vielmehr erscheint es geboten, zusätzliche Vorkehrungen zu treffen, das Begehen von strafbaren Handlungen zu beschränken. Die Tatbestandsvoraussetzung nach Art. 10 Abs. 3 BayModVSG-E, nämlich, dass die Strafhandlung unerlässlich sein muss, um eine Enttarnung zu verhindern, definiert sicherlich eine wesentliche Schranke, weil dann davon auszugehen ist, dass bei überwachter politischer Opposition, die rechtmäßig handelt, eine derartige Notwendigkeit zur Begehung einer Straftat von vornherein nicht besteht. Deshalb sollten bei derartigen Gruppierungen, sollten sie doch als beobachtungsbedürftig definiert werden, keine V-Leute mit krimineller Vergangenheit eingesetzt werden.

Befürchtungen eines Missbrauchs ergeben sich deshalb, soweit mit Artikel 4 Abs. 2

Nr. 3 b) BayVSG nach dem Gesetzentwurfs BayVSG-E rechtmäßig handelnde oppositionelle Personengruppen, nur weil ihnen etwa als Folge des Ergebnisses freier Parlamentswahlen erhebliche gesellschaftliche Bedeutung zugeschrieben wird, in der Gefährlichkeit Gruppierungen gleichgestellt werden, die zu erheblicher politisch motivierter Kriminalität entschlossen erscheinen. Ähnliches ist schon zur geplanten Fassung von Nr. 2 c) zu bemerken, mit dem in freien Wahlen erfolgreiche Parteien, die sich rechtmäßig verhalten als so gefährlich eingestuft werden wie gewaltbereite Bestrebungen, die aus politischer Motivation den Strafgesetzen zuwiderlaufen, nur weil die oppositionellen Gruppierungen Auffassungen vertreten, die etwa gegen das „Menschenbild des Grundgesetzes“ gerichtet erscheinen. Bei dieser Art von Wertung erscheint die Versuchung von V-Leuten doch groß, den erkennbar gegebenen Wertungswiderspruch dadurch aufzulösen, dass man im Rahmen der Beobachtung bestimmte Straftaten begeht, um eine rechtmäßig handelnde Gruppierung zu kriminalisieren oder zumindest einem entsprechenden Verdacht auszusetzen. Dazu genügte ja schon aufgrund des teilweise doch ziemlich illiberal ausgerichteten deutschen Strafrechts das Anbringen eines strafrechtlich verbotenen indischen Zeichens oder eine strafrechtlich verbotene Handstreckung mit dem rechten Arm. Die Behauptung eines V-Mannes, dass er dies hätte tun müssen, um nicht enttarnt zu werden, kann da schnell nachgeschoben werden. Der Schaden für den Meinungspluralismus und das Mehrparteienprinzip wäre dann bereits eingetreten, auch wenn dann später erkannt würde, dass hierbei ein V-Mann eigenmächtig gehandelt haben sollte.

Diese Problematik kann sicherlich entschärft werden, wenn dem vorliegend gemachten Vorschlag gefolgt wird, die bei Artikel 4 durch Gesetzentwurf geplanten Regelungen hinsichtlich rechtmäßig sich verhaltende Personengruppen zu streichen, so dass zumindest eine längere Infiltration einer sich rechtmäßig verhaltenden oppositionellen Gruppierung durch V-Leute und auch durch Verdeckte Ermittler von vornherein ausscheidet. Zumal es bei rechtmäßig handelnden Gruppierungen, selbst wenn sie sich als einflussreich darstellen sollten, ein Aufklärungsbedarf, der nur durch V-Leute befriedigt werden könnte, von vornherein ausscheiden sollte.

Außerdem scheint es geboten, für den Einsatz von V-Leuten verstärkt eine richterliche Vorabkontrolle zu statuieren. Es darf nicht sein, dass etwa das Eindringen des Staates über einen V-Mann in die Wohnung des Beobachtungsobjekts mit der durch staatliche Täuschung herbeigeführten Einwilligung der zu beobachtenden Person, dessen Menschenwürde es zu beachten gilt, gerechtfertigt werden kann. Da ein derartiges Eindringen in die Wohnung bei einem V-Mann-Einsatz von vornherein gegeben ist, sollte ein Umgehen der Voraussetzungen nach Art. 13 GG a priori und nicht nur bei einem qualifizierten Eingriff verhindert werden.

Die Regelung für das Betreten der Wohnung durch Verdeckte Ermittler und V-Leute in Art. 10 Abs. 4 BayModVSG sieht über Art. 33 Abs. 1 dieses Gesetzesentwurfs die gerichtliche Kontrolle im Fall von Art. 7 Abs. 2, d.h. beim Einsatz nach Art. 5 Abs. 2 vor, der in Nr. 8 auf Art. 10 verweist, wenn also eine Bestrebung vorliegt, die man im Sinne des BayVSG-E als erheblich beobachtungsbedürftig einstufen könnte. Allerdings ist dann unklar, ob die gerichtliche Kontrolle auch gilt, wenn nur ein Fall von Art. 5 Abs. 1 Nr. 5 gegeben ist, also eine schlicht beobachtungsbedürftige Bestrebung vorliegt. Auch in diesem Fall kann sich die Konstellation ergeben, dass die unter einer Legende handelnde Person in die Wohnung einer beobachteten Person mit deren scheinbaren Zustimmung eindringt. Die in der Begründung zu Art. 10 Abs. 4

BayModVSG genannte Bezugsvorschrift, nämlich § 110c StPO, ist durch den allgemeinen Verweis auf die Befugnisse des Verdeckten Ermittlers nach der StPO wohl im Zusammenhang mit dem vorausgehenden § 110b StPO zu verstehen, bei dem in Absatz 2 eine gerichtliche Zustimmung bei einem Einsatz eines Verdeckten Ermittlers positiviert ist, der zum Betreten einer Wohnung führt, die nicht allgemein zugänglich ist.

Darüberhinausgehend sollte jeglicher Einsatz von Verdeckten Ermittlern und erst recht von Vertrauen(bru)chs)personen bei rechtmäßig handelnden Oppositionsparteien, sofern ein derartiger Eingriff überhaupt zulässig sein soll, generell von einer richterlichen Vorabkontrolle abhängig gemacht werden. Auch wenn es schwierig und teilweise problematisch ist, eine Hierarchie der Grundrechte zu bestimmen, so könnte man doch argumentieren, dass für die Verwirklichung und Gewährleistung von Demokratie das Mehrparteienprinzip und damit verbunden die Chancengleichheit für alle politischen Parteien sich als zentraler darstellt als das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung. Insofern müsste bei einem Eingriff in die Parteienfreiheit durch V-Leute erst recht eine Vorabkontrolle erfolgen wie dies für Art. 13 GG statuiert ist. Die generelle richterliche Vorabkontrolle bei der staatlichen Überwachung von Oppositionsparteien würde auch die zu regelnde Verpflichtung, keine ehemals kriminell in Erscheinung getretene V-Leute einzusetzen, sicherstellen. Auch Erscheinungen, die zur Einstellung des 1. NPD-Verbotsverfahrens geführt hatten, könnten dann von vornherein vermieden werden und die amtliche Behauptung im 2. NPD-Verbotsverfahren, die eingeschleusten V-Leute wären abgezogen, könnte dann verfassungsgerichtlich verifiziert werden.

5. Übermittlungsbefugnisse (Art. 25, 26 BayVSG-E; Art. 17, 18 BayModVSG-E)

a) Allgemein

aa) Halten Sie die beabsichtigten Änderungen der Regelungen im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen und die verfassungsgerichtlichen Vorgaben für angemessen?

Es darf davon ausgegangen werden, dass die beabsichtigten Regelungen zumindest vertretbar sind, was bekanntlich bedeutet, dass eine vollständige Sicherheit hinsichtlich der Verfassungskonformität nicht ausgesprochen werden kann. Wie in der Begründung zu Artikel 17 (Datenübermittlung an inländische öffentliche Stellen) des Gesetzentwurfs BayModVSG überzeugend ausgeführt, stellt der nach der verfassungsgerichtlichen Bezugsentscheidung für die Datenübermittlung zentrale Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung (s. Rn. 173 und 235 ff. der Bezugsentscheidung) die Rechtsanwendung vor erhebliche Schwierigkeiten. Ob das für die Praxis deshalb unvermeidbare Ausweichen auf die gerichtliche Erkenntnis, wonach das formale Kriterium der Datenneuerhebung nicht schematisch abschließend gelte (s. Nr. 242 des Bezugsurteils) und damit im Rahmen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums den verfassungsgerichtlichen Vorgaben durch materiellrechtliche Übermittlungsschranken Rechnung getragen könne und müsse, in jeder Hinsicht durchgreift, erscheint etwas zweifelhaft.

Dies sei am Beispiel von Artikel 17 Abs. 1 Nr. 7 BayModVSG-E erläutert, wonach an öffentliche Stellen zur Überprüfung der Verfassungstreue von Personen, die sich für eine Einstellung in den öffentlichen Dienst bewerben oder gegen die ein Verfahren zur

Entfernung daraus betrieben wird, wenn auf bestimmte Tatsachen gegründete Zweifel an deren Verfassungstreue bestehen.

Nach der Begründung soll mit letzterem Merkmal der Rüge des Verfassungsgerichts Rechnung getragen werden, wonach der Übermittlungszweck Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zwar ein gewichtiges Rechtsgut beschreibe, aber doch nicht spezifisch genug wäre, weil dieses Rechtsgut von allen Behörden beachtet werden müsste und damit die Ermächtigung zur Datenübermittlung kaum begrenzt würde (s. Rn. 370 der Bezugsentscheidung). Die im Gesetzentwurf BayModVSG vorgesehene Einschränkung mag zwar die automatische Regelabfrage ausschließen, zumindest soweit Erkenntnisse durch nachrichtendienstliche Mittel gewonnen worden sein könnten, weil eine Einstellungs- und Disziplinarbehörde selbst zunächst mit ihren Mitteln und Befugnissen einen Verdacht schöpfen muss, aber ein derartiger Verdacht ist gerade in diesem Kontext leicht zu begründen, so dass das einschränkende Merkmal des Gesetzentwurfs weitgehend ein Selbstläufer ist. Für einen derartigen Verdacht genügt nämlich schon etwa die Mitgliedschaft in einer in einem VS-Bericht gelisteten Partei, die ein Betroffener in der Annahme, in der Bundesrepublik bestünde als freiesten Staat der deutschen Geschichte das Grundrecht, sich einer legal verhaltenden Partei anschließen zu dürfen, mitgeteilt oder nicht verschwiegen hat (mag dies für eine Disziplinarmaßnahme selbst noch nicht ausreichen, aber für eine Ablehnung einer Bewerbung wohl eher schon).

Hier konkretisiert sich das schon zum Komplex I. 5 ausgeführte grundlegende Problem des deutschen VS-Rechts, wonach nicht ausschließlich das Legalitätsprinzip maßgebend ist, sondern im Zweifel eine (zivilreligiöse) Werteebene, die legales Verhalten als verfassungsbedrohend definiert. Die Verfassungstreue, die von einem öffentlich Bediensteten völlig zu Recht erwartet werden darf, wird dabei nicht in der Weise verstanden, wie dies beim Begriff „Gesetzestreue“ der Fall ist, wo unstreitig anerkannt ist, dass man das Gesetz nicht mögen muss, an das man sich jedoch hält, weil es eben Gesetz ist, sondern es wird in einem fast kirchenrechtlichen Sinne so etwas wie ein Verfassungsglaube verlangt, der dann etwa ein mit dem Grundgesetz angeblich nicht vereinbares Menschenbild, eine entsprechende Staatsauffassung oder Geschichtsrevisionismus, der irgendetwas „relativieren“ könnte, bei Ausübung des Grundrechts der Meinungsfreiheit als „verfassungsfeindlich“ ansieht. Dass hier ein bundesdeutscher Sonderweg vorliegt, wurde seinerzeit, als es im Zusammenhang mit dem sog. „Radikalenerlass“ vor allem „gegen links“ ging, hinreichend im internationalen Verfassungsvergleich untersucht.

Doehring / Bleckmann / Schiedermaier (Hgg.): Verfassungstreue im öffentlichen Dienst europäischer Staaten, 1980

und

Böckenförde / Tomuschat / Umbach (Hgg.): Extremisten und öffentlicher Dienst, Rechtslage und Praxis des Zugangs zum und der Entlassung aus dem öffentlichen Dienst in Westeuropa, USA, Jugoslawien und EG, 1981

Während das Werk von Doehring et al. in der Tendenz zugunsten der bundesdeutschen Rechtslage als (eher) apologetisch gekennzeichnet werden kann, stellt sich das Werk von Böckenförde et al. als sehr kritisch dar, wobei letztlich beide Werke im Ergebnis die bundesdeutsche Rechtslage des

„Radikalenerlasses“ als negativ erscheinen lassen; auch Doehring kommt trotz seiner Rechtfertigungsversuche dann nicht umhin, zusammenfassend doch feststellen zu müssen, dass „es wohl im Wesentlichen das Verbot der Gewaltanwendung (ist), das die Grenze der Toleranz gegenüber dem Extremismus bildet“ (s. S. 26); der ehemalige Richter des Bundesverfassungsgerichts Böckenförde hat versteckt in Fußnote 30, S. 28 seiner einleitend zusammenfassenden Würdigung im genannten Sammelband den Freiheitsgrad für betroffene „radikale“ Beamte, denen das Verfassungsgericht zugestanden hat, eine Meinung haben, aber daraus keine rechtmäßige Konsequenzen ziehen zu dürfen (was einst für Angehörige nicht anerkannter protestantischer Sekten zutraf), dahingehend bestimmt: „Stellt man diese Position (des Bunde verfassungsgerichts in der sog. Radikalen-Entscheidung, Anm.) in den Zusammenhang der deutschen und europäischen Verfassungsentwicklung, so ist das BVerfG auf eine Position zurückgekommen oder zurückgefallen, die - bezogen auf staatliche Toleranz gegenüber religiösen Überzeugungen - die erste (minimale) Anfangsposition der Glaubens- und Gewissensfreiheit des Jahres 1555 war (Augsburger Religionsfrieden).“

und hatte auch zur für die Bundesrepublik Deutschland negativen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte mit der sog. Vogt-Entscheidung (s. Entscheidung des EGMR vom 26. 9. 1995 in: NJW 1996, S. 375) geführt.

Es wird vorliegend nur sehr indirekt möglich sein (etwa im Wege einer angemessenen Definition bei Artikel 4 BayVSG) im Interesse von Meinungsfreiheit, Mehrparteiensystem mit dem Recht auf Ausübung politischer Opposition eine wesentliche Korrektur vorzunehmen, jedoch ist der Hinweis geboten, dass ein Betroffener nachvollziehbarer Weise eine gesetzlich möglicherweise unzureichende Datenübermittlung zu seiner Verteidigung einwenden wird, so dass hieraus ein (verfassungs-)gerichtliches Problem entstehen könnte. Für die Gesetzgebung dürfte insoweit die Formulierung in Art. 17 BayModVSG-E sicherer sein als die für Artikel 25 BayVSG vorgesehene, die sich mit dem Hinweis auf ein „Verfassungsschutzgut“ beschränkt, dem jedoch mit dem Verfassungsgericht entgegengehalten werden könnte, dass damit auch eine unbegrenzte Übermittlung erlaubt würde, weil Verfassungsschutzgüter, vor allem das Verfassungsschutzgut freiheitliche demokratische Grundordnung von allen Behörden zu beachten sind.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob das bei Art. 25 BayVSG spezifisch neu genannte Schutzgut „Menschenwürde“ als solches konkret genug ist, um der Datenübermittlung zuverlässige Konturen zu geben. Dieses Schutzgut ist zumindest nicht so konkret, sondern jeweils sehr konkretisierungsbedürftig, wie die anderen genannten Schutzgüter Leib und Leben, bei denen gemeinhin nachvollziehbar ist, dass ein Schutzbedarf konkret anzunehmen ist, während gegen das Schutzgut „Menschenwürde“ dasselbe vorgebracht werden könnte wie zum Schutzgut „Verfassungsschutzgüter“, nämlich, dass dadurch eine unbegrenzte Datenübermittlung ermöglicht wird, weil jede Behörde die Menschenwürde zu achten hat. Testfall wäre insoweit die Frage, ob etwa Erkenntnisse hinsichtlich von Abtreibungspraxen oder von Gruppierungen, die das Recht der unbegrenzten Abtreibung propagieren, übermittelt werden dürften. Die Abtreibung und deren Propagierung ist normativ gegen die Menschenwürde im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts gerichtet, ist doch gegen die diesbezüglich zweimal geplante Liberalisierung des Strafrechts verfassungsgerichtlich der Gesichtspunkt der

Menschenwürde eingewandt worden (BVerfGE 39, 1 und 88, 203). Im Falle der Abtreibung und deren Propagierung wäre zumindest die Gefährdung der Menschenwürde in einer Weise darstellbar wie dies beim Schutzgut Leben in der Regel nachvollziehbar dargestellt werden kann.

In rechtsförmlicher Hinsicht ist zu empfehlen, bei Art. 25 den Satz 2 als Absatz 2 auszugestalten (mit damit verbundene formalen Folgeänderungen).

bb) Welche Differenzierungskriterien sind nach der Rechtsprechung des BVerfG der gesetzlichen Ausgestaltung der Übermittlungsbefugnisse zugrunde zu legen?

cc) Wie verhält sich die im BayVSG-Urteil geforderte Unterscheidung nach der Art der Empfängerbehörde zum jeweiligen Übermittlungszweck?

dd) Wäre statt der in Art. 25 BayVSG-E und Art. 17 BayModVSG-E zugrunde gelegten Differenzierung nach Empfängerbehörden auch eine Unterscheidung allein nach Übermittlungszwecken zulässig und wenn ja, welche Vor- und Nachteile hätte eine solche gegenüber der Regelungstechnik des Entwurfs?

Die grundlegende Überlegung ist sicherlich, dass die strengeren Voraussetzungen einer Datenerhebung für Sicherheitsbehörden mit operativen Befugnissen und für die Strafverfolgungsbehörden nicht dadurch umgangen werden dürfen, dass uneingeschränkt auf die Datenermittlung von VS-Behörden zurückgegriffen wird (Rn. 171 der Bezugsentscheidung), bei denen die Anforderungen von Erhebungen aufgrund der Aufgabe der bloßen Vorfeldbeobachtung geringer sind als bei den Empfängerbehörden. Um dies zu auszuschließen wird bei der Datenübermittlung, die sich als erneuter Grundrechtseingriff darstellt, als Voraussetzung statuiert, dass die Behörde, an die übermittelt werden soll, die Daten selbst mit einer ähnlichen Befugnis erheben dürfte, wofür als Kriterium die hypothetische Datenneuerhebung eingeführt wird. Dieser Test kann bei einer Gefahrenabwehrbehörde mit operativen Befugnissen und einer Strafverfolgungsbehörde in einer weniger problembehafteten Weise durchgeführt werden, bei sonstigen Stellen dürfte dies mit praktischen Schwierigkeiten verbunden sein. Eine Schulbehörde, die die Verfassungstreue eines Bewerbers einschätzen soll, hat eben nicht die Befugnis, hierzu V-Leute einzusetzen. Das Erfordernis der hypothetischen Neuerhebung, die dann etwa einer Schulbehörde zumindest vergleichbar mit den Befugnissen nach VS-Recht nicht möglich wäre, sofern etwa die Daten aufgrund des Einsatzes eines V-Manns erhoben wurden, soll dann durch das Kriterium des zu schützenden Rechtsgutes ausgeglichen werden. Da jedoch, abgesehen von strafrechtlich geschützten Rechtsgütern wie Leib und Leben, die zu schützenden Rechtsgüter, insbesondere die Verfassungsschutzgüter sehr allgemein und umfassend sind und somit die Schranke für die Übermittlung leicht überwunden werden könnte, wird die konkrete Gefährdung eines Rechtsguts als Voraussetzung für die Datenübermittlung statuiert. Die Problematik ist bereits am Beispiel von Artikel 17 Abs. 1 Nr. 7 BayModVSG-E dargelegt.

Letztlich kommt es für die Bewertung der Zulässigkeit einer Übermittlung auf den Übermittlungszweck an. Dieser Zweck kann durch die Zuständigkeit einer Behörde, an die übermittelt werden soll, spezifiziert werden, so dass mit einer abstrakten Bestimmung des Übermittlungszweckes kein Vorteil zu gewinnen wäre.

b) Übermittlung an Behörden mit „operativen Befugnissen“

aa) Welche verfassungsrechtlichen Anforderungen sind an den Begriff der „operativen Befugnis“ zu stellen?

bb) Erscheint die in Art. 25 Abs. 2 BayVSG-E enthaltene Legaldefinition des Begriffs der „operativen Befugnis“ rechtlich und tatsächlich praktikabel? Wenn nein, wie könnte der Begriff alternativ definiert werden?

„Operative Befugnisse“ (s. Rn. 158 der Bezugsentscheidung) stellen die zwangsweise durchsetzbaren Befugnisse dar, die aus der Gewinnung von Erkenntnissen folgen wie etwa die Festnahme einer Person wegen des aufgrund der ermittelten Daten gewonnenen Erkenntnisse, die etwa den hinreichenden Verdacht erhärten, dass die Person, gegen die ermittelt wird, eine entsprechende Straftat begangen hat oder begehen will. Eine derartige „operative Anschlussbefugnis“ ist den VS-Ämtern nicht gegeben. Die Eingriffsbefugnisse von VS-Ämtern wie die Möglichkeit der Wohnungsüberwachung durch nachrichtendienstliche Mittel stellen in diesem Sinne keine „Anschlussbefugnis“ dar, weil sich die Tätigkeit auf den Erkenntnisgewinn beschränkt.

Als operative Anschlussbefugnis könnte vielleicht die behördliche Öffentlichkeitstätigkeit angesehen werden (s. Art. 27 BayVSGE), die in der Praxis aufgrund der Abweichung von einer Gewaltgrenze bei der Bestimmung der Verfassungsfeindlichkeit erheblich in die Verfassungsprinzipien Chancengleichheit für politische Parteien und damit in das Mehrparteienprinzip eingreift und dabei ohne vorherigen Rechtsschutz, insbesondere ohne Durchführung einer Anhörung nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz erfolgt – eine Situation, die auch bei einem erfolgreichen Rechtsstreit eines von der operativen Folgemaßnahme VS-Bericht Betroffenen das Verfassungsprinzip der Chancengleichheit aller politischen Parteien nicht hinreichend sichert. Sieht man von dieser Problematik ab, dann ist der Begriff „operative Befugnis“ im vorgesehenen Artikel 25 Abs. 2 BayVSG operabel definiert, wenngleich damit die Folgemaßnahmen anderer Behörden wie etwa einer als Beispiel angeführten Schulbehörde, die dann aufgrund übermittelter Daten die Einstellung eines Bewerbers ablehnt, nicht wirklich erfasst ist. Jedoch ist zumindest für die Bestimmung einer Datenübermittlung an eine Gefahrenabwehrbehörde damit nachvollziehbar geregelt.

cc) Drohen durch die Schwelle der „konkretisierten“ Gefahr systembedingte Informationsdefizite zwischen den Sicherheitsbehörden, wie sie etwa im Zusammenhang mit der Aufklärung der NSU-Morde oder dem Anschlag auf dem Breitscheidplatz in Berlin festgestellt wurden? Wenn ja, wie könnten diese verhindert werden?

Eine verantwortungsvolle Beantwortung setzt praktische Erfahrungen und Kenntnisse im konkreten Bereich voraus.

Theoretisch betrachtet können diese Informationsdefizite nicht ausgeschlossen werden, weil diese Defizite sich als Folge der Trennung von VS-Behörden und polizeiliche Sicherheitsbehörden ergeben. Ganz ausgeschlossen würden derartige Defizite derzeit wohl selbst bei einer Eingliederung der VS-Behörde in den polizeilichen Staatsschutz nicht, weil schon zum Zwecke der besonderen Zusammenarbeit der Landesbehörde mit der Bundesbehörde - zumindest solange nicht auch das Bundesamt in das Bundeskriminalamt integriert ist -

eine Überlegung, die seinerzeit Bundesinnenminister Gerhard Schröder (CDU) zur Bewältigung der John-Affäre angestellt hatte; s. bei Constantin Goschler / Michael Wala, „Keine neue GESTAPO“. Das Bundesamt für Verfassungsschutz und die NS-Vergangenheit, 2015, S. 165

eine gewisse innerbehördliche Trennung vorbehalten werden müsste.

Langfristig wäre jedoch die Auflösung der VS-Behörden und deren Eingliederung in den polizeilichen Staatsschutz geboten. Dies würde jedoch, angefangen von der Vereins- und Parteiverbotskonzeption (s. nachfolgend), den Übergang zu einer Gewaltgrenze bei dem als „Verfassungsschutz“ firmierenden Staatsschutz erfordern, d.h. letztlich wäre der Übergang zu einer strafrechtsorientierten Gefahrendefinition, also die Ausrichtung des Verfassungsschutzes auf das politische Strafrecht und sonstige politisch motivierte Strafhandlungen geboten. Erst bei einer derartigen Verfassungsschutzkonzeption wäre auch dem zentralen Verfassungsprinzip der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, nämlich Mehrparteienprinzip mit Chancengleichheit für alle sich rechtmäßig verhaltenen politischen Parteien mit dem Recht auf Ausübung politischer Opposition durch Ausübung von Meinungs- und Vereinigungsfreiheit unverbrüchlich Rechnung getragen.

c) *Ausnahmen vom Erfordernis einer „konkretisierten Gefahr“ (Art. 25 Abs. 3 BayVSG-E; Art. 17 Abs. 1 Nr. 6 BayModVSG-E)*

Welche verfassungsrechtlichen Anforderungen gelten für die Übermittlung zur Einleitung eines Vereins- oder Parteiverbotsverfahrens?

Diese Regelung sollte unproblematisch sein, zumal gelegentlich die Existenz von VS-Behörden damit begründet wurde, dass damit Parteiverbotsverfahren und Verfahren von Verboten politischer Vereine vorbereitet werden sollen, d.h. die Beobachtungstätigkeit von VS-Behörden dient danach von vornherein derartigen Verbotsverfahren. Es erschien bei konzeptioneller Anlehnung an das genannte japanische Gesetz von 1952 sogar sinnvoll im Bundesgesetz die Regelungen des Vereinsgesetzes und die einschlägigen Bestimmungen zum Parteiverbot im Bundesverfassungsgerichtsgesetz in das VS-Gesetz einzuarbeiten. Deshalb können bei der Datenübermittlung insoweit keine zusätzlichen Anforderungen gestellt werden. Ein allerdings überwindbares Problem könnte sich insoweit vielleicht ergeben, wenn es um das Verbot nicht-politischer Vereine geht, weil etwa deren Strafrechtsgerichtetheit als Verbotsvoraussetzung nicht politisch motiviert ist.

Die vorliegende Einschätzung ist vorgenommen trotz der Annahme einer grundlegenden Änderungsbedürftigkeit der Parteiverbotskonzeption in Anlehnung an die bereits zitierte dänische Verfassungsvorschrift. Ob dies im Wege einer anderweitigen Grundgesetzinterpretation erreicht werden könnte, was letztlich eine Änderung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Voraussetzung hätte, die letztlich sogar von den Antragstellern des 2. NPD-Verbotsverfahrens erwartet worden war, oder eine dahingehende Gesetzesänderung, wenn nicht gar im Interesse der Verwirklichung einer normalen Demokratie in der BRD eine Grundgesetzänderung angestrebt werden müsste, sei vorliegend dahingestellt.

d) *Übermittlung an Strafverfolgungsbehörden (Art. 25 Abs. 4 BayVSG-E; Art. 17*

Abs. 1 Nr. 3 BayModVSG-E)

aa) Welche verfassungsrechtlichen Anforderungen sind an den Begriff der „besonders schweren Straftat“ zu stellen?

Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung vom 3.3.2004 - BVerG 109, 279 ff. - strafprozessual den Begriff der „besonders schweren Straftat“, der in Artikel 13 Abs. 3 GG als verfassungsrechtlicher Begriff vorgegeben ist, bei den Voraussetzungen einer für das Grundrecht nach Art. 13 GG relevanten Online-Durchsuchung auf Strafdelikte ausgerichtet, die eine Höchststrafe von über fünf Jahren aufweisen (Rn. 238) und dementsprechend die damalige Fassung von § 100b StPO (Online-Durchsuchung) insoweit für verfassungswidrig erklärt, soweit dabei Straftatbestände aufgeführt waren, die im Strafmaß unter der Höchststrafe von fünf Jahren geblieben sind. Diese Definition einer „besonders schweren Straftat“ ist nach den Kriterien der hypothetischen Neuerhebung auch für die Regelung der Datenübermittlung von Verfassungsschutzbehörden an Strafverfolgungsbehörden maßgebend, weil es dabei nicht auf eine verfassungsschutzrechtlich möglicherweise von der strafprozessualen Regelung zulässiger Weise abweichende Einordnung ankommt, sondern auf die strafprozessualen Befugnisse abzustellen ist. Die in § 100b StPO geregelte Online-Durchsuchung ist eben nur im Falle des Verdachts von Straftatbeständen zulässig, die in Absatz 2 dieser Bestimmung abschließend aufgeführt sind und dabei als Höchststrafe eine über fünf Jahre gehende Sanktion aufweisen müssen. Dies kann nach Sinn und Zweck der verfassungsgerichtlichen Entscheidung zu den Voraussetzungen einer Datenübermittlung nicht dadurch umgangen werden, dass eine VS-Behörde bei geringeren Eingriffserfordernissen Erkenntnisse gewonnen hat, die eine Strafverfolgungsbehörde aufgrund einer online-Durchsuchung nicht ermitteln dürfte.

Das gesetzgeberische Ermessen bei der Einstufung einer besonders schweren Straftat, von dem das Verfassungsgericht dabei spricht, stellt hinsichtlich der Voraussetzungen für einen Eingriff in das Grundrecht nach Art. 13 GG ein Ermessen des Strafgesetzgebers auf Bundesebene dar. Es spricht sicherlich nichts dagegen durch Erhöhung des Strafmaßes den Katalog der entsprechenden Straftaten gemäß § 100b StPO zu erweitern. Dies könnte jedoch nicht in einem VS-Gesetz auf Landesebene geregelt werden.

Geringere Anforderungen sind bei Eingriffen außerhalb des Bereichs von Artikel 13 GG gegeben wie etwa bei der Erhebung von Verkehrsdaten, bei denen in § 100g StPO der Begriff „Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung“ verwandt ist, der neben den „schweren Straftaten“ im Sinne von § 100a Abs. 2 StPO (Telekommunikationsüberwachung) weitere gewichtige Straftaten aufzählt. Die „schweren Straftaten“ im Sinne von § 100a Abs. 2 StPO weisen teilweise ein geringeres Strafmaß als das für § 100b StPO geforderte Strafmaß von über fünf Jahren Höchststrafe auf.

Es spricht normativ nichts dagegen, diese unterschiedlichen Kategorien der (besonders) schweren Straftaten im VS-Gesetz zusammenzufassen. Nur stellt sich dann die Frage, ob dann in der Praxis den unterschiedlichen Anforderungen gemäß der Prüfung nach der hypothetischen Datenneuerhebung wirklich Rechnung getragen wird, weil dann der Begriff der „besonders schweren Straftat“, der entsprechend dem Prinzip der Relativität der Rechtsverhältnisse je nach dem Kontext eine etwas unterschiedliche Bedeutung hat, in dieser Unterschiedlichkeit gehandhabt werden

müsste.

bb) Inwieweit würde durch die Regelung des Art. 25 Abs. 4 BayVSG-E die Zusammenarbeit des Landesamts für Verfassungsschutz mit den Strafverfolgungsbehörden beschränkt? Drohen aus diesen Beschränkungen Gefahren für die innere Sicherheit und/oder die effektive Strafverfolgung?

Die Definition der „besonders schweren Straftat“ gemäß Art. 4 Abs. 3, die bei Art. 25 Abs. 4 von Relevanz ist – und vielleicht rechtssetzungstechnisch deshalb besser dort geregelt werden sollte als in einer Vorabdefinition – geht über den entsprechenden strafprozessualen Begriff hinaus, so dass insofern eher die Befürchtung geäußert werden könnte, dass dadurch im Einzelfall mehr übermittelt wird als nach den Kriterien der Datenübermittlung nach der verfassungsgerichtlichen Bezugsentscheidung übermittelt werden dürfte.

Es ist anzunehmen, dass sich die verfassungsgerichtlichen und infolge dessen die gesetzlichen Anforderungen an die Datenübermittlung als Beschränkung der Zusammenarbeit der VS-Behörde mit den Strafverfolgungsbehörden darstellen (können), was sich auch negativ auf die innere Sicherheit und die Strafverfolgung auswirken könnte. Sollte sich dies den Umständen entsprechend als für die Staatsordnung und damit vor allem für die Verfassungsordnung als gefährlich darstellen, müsste der Gesetzgeber, ausgehend von der Bundesgesetzgebung, eine verstärkte mehr oder weniger ausschließlich strafrechtsbezogene Verfassungsschutzkonzeption entwickeln bis zur Aufhebung des positivgesetzlich geregelten Trennungsgebots von VS-Behörde und Polizei. Dies würde dann auch Datenübermittlungen an Strafverfolgungsbehörden weitgehend unproblematisch machen.

cc) Schließt die Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 109, 279, 344; BVerfG BeckRS 2022, 29785, Rn. 155) eine Übermittlung von nachrichtendienstlich erhobenen personenbezogenen Daten an Strafverfolgungsbehörden zum Zweck der Verfolgung von Straftaten, die mit einer Höchststrafe von maximal fünf Jahren Freiheitsstrafe bewehrt sind (z.B. § 99 Abs. 1 StGB, § 130 StGB) generell aus?

Wenn nein, welche Straftatbestände könnten und welche sollten in den Katalog des Art. 4 Abs. 3 BayVSG-E bzw. in Art. 17 Abs. 1 BayModVSG-E ergänzend aufgenommen werden?

Diese Rechtsprechung zur Bestimmung dessen, was in Art. 13 Abs. 3 GG mit „besonders schwere Straftat“ als Voraussetzung einer Online-Durchsuchung verfassungsrechtlich gefordert wird, bezieht sich nur auf den Bereich von Art. 13 GG. Insofern ergeben sich bei der Datenübermittlung Schranken, um zu verhindern, dass die Voraussetzung für den strafprozessualen Eingriff nach Art. 13 GG durch anderweitig gewonnene Erkenntnisse einer VS-Behörde umgangen wird.

Außerhalb des Bereichs von Artikel 13 (3) GG können bei Beachtung der jeweiligen Übermittlungsvoraussetzungen und -schränken auch Daten zu Straftatbeständen übermittelt werden, die ein geringeres Höchststrafmaß als über fünf Jahre gehend aufweisen, unabhängig davon wie diese Straftaten in einem VS-Gesetz

zusammenfassend definiert werden. Zur Vermeidung von Verständnisschwierigkeiten in der Praxis sollte man vielleicht bei der Definition gemäß Art. 4 Abs. 3 BayVSG-E einen anderen Begriff als „besonders schwere Straftat“ verwenden, etwa „verfassungsschutzrechtlich besonders gewichtige Straftaten“, eine Formulierung, die auch bei Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 BayModVSG-E passen würde. Letztlich geht es verfassungsschutzgesetzlich lediglich um die Abgrenzung zur „normalen“ Strafrechtsbezogenheit, die allerdings - abgesehen von der Organisierten Kriminalität - politisch motiviert zu sein hat, um verfassungsschutzrechtlich überhaupt relevant zu sein.

Es fehlt die Bezugnahme auf Strafnormen, die faktisch vor allem oppositionellen Bestrebungen zugutekommen, weil rechtswidrig gegen diese vorgegangen wird. Hervorzuheben ist etwa § 21 des Versammlungsgesetzes,

Wer in der Absicht, nicht verbotene Versammlungen oder Aufzüge zu verhindern oder zu sprengen oder sonst ihre Durchführung zu vereiteln, Gewalttätigkeiten vornimmt oder androht oder grobe Störungen verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

womit in der Tat politisch motivierter Kriminalität gegen die Ausübung der Versammlungsfreiheit, gewissermaßen als Konkretisierung der Meinungsfreiheit, der Grundlage politischer Freiheit als solcher, entgegengetreten werden soll. Mag insoweit der Strafrahmen nicht ausreichend sein, so wäre jedoch an die Aufnahme von Amtsdelikten zu denken, sofern diese politisch motiviert sind. Dazu gehört etwa das Amtsdelikt der Rechtsbeugung gemäß § 339 StGB und der Verfolgung Unschuldiger gemäß § 344 StGB etwa durch Einleitung von Strafverfahren oder von Disziplinarverfahren, letzteres etwa, weil ein betroffener Beamter eine mit dem Grundgesetz angeblich nicht konforme Staatsauffassung oder ein entsprechendes Menschenbild vertreten haben soll. Derartige illegale Maßnahmen, deren strafrechtliche Sanktionierung einen erhöhten Strafrahmen aufweist und als Verbrechen im Sinne von § 12 Abs. 1 StGB definiert sind, erscheinen als verfassungsschutzrechtlich zum Schutz des Parteien- und Meinungspluralismus besonders bedeutsam.

Die Aufnahme derartiger Amtsdelikte könnte dem Verdacht entgegenwirken, dass Verfassungsschutz nur gegen oppositionelle Bestrebungen gerichtet ist, jedoch Vertreter etablierter Richtungen selbst bei extrem rechtswidrigem Verhalten davon von vornherein ausgenommen sind: Dabei kann – abgesehen von rechtswidrigen Handlungen von Bürgern – die Verfassung als im Kern Staatsorganisationsstatut nur von Staatsorganen verletzt werden. Von rechtmäßig handelnden Bürgern als Gedankentätern nur, wenn man Verfassung ideologisch, wenn nicht gar religiös in einem kirchenrechtlichen Sinne versteht.

s. zur Verfassungsideologie den Beitrag von Ralf Dreier, Verfassung und Ideologie. Bemerkungen zum Radikalenproblem, in: Gedächtnisschrift für Friedrich Klein, 1977, hgg. von Dieter Wilke / Harald Weber, S. 86 ff.

Eine Umwertung, die der weltanschaulichen Neutralität des Rechtsstaats diametral widerspricht! Es sollte auch klar sein, dass Bürger selbst bei strafrechtsrelevantem Handeln Grundrechte und damit auch die Menschenwürde gar nicht verletzen können, weil Grundrechte gegen den Staat schützen, so dass auch nur Staatsorgane wie auch

der Verfassungsschutz die Grundrechte verletzen können. Bürger verletzen dagegen Strafgesetze, deren Zweck sicherlich auch darin besteht, dass der Staat über die Strafgesetzgebung dem Schutzgedanken der Grundrechtsgewährleistungen nachkommt, aber es geht trotzdem um die Verletzung von Strafnormen und nicht von Verfassungsrecht durch Bürger.

Nach dem Grundgesetz gibt es nur zwei Regelungen, die den Bürger direkt verpflichten: Art. 9 Abs. 3 S. 2 (Abrede, die dieses Recht – der Bildung von Gewerkschaften, Anm. – einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig) und Art. 48 Abs. 1 und 2 (Urlaubsanspruch für Parlamentsbewerber und Kündigungsverbot wegen Abgeordnetentätigkeit)

dd) Welche Alternativen gibt es zur Regelungstechnik einer enumerativen Aufzählung von Katalogstraftaten? Insbesondere:

aaa. Wäre die Regelung des Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 BayModVSG mit der Rechtsprechung des BVerfG vereinbar?

bbb. Könnte eine Begriffsdefinition der „besonders schweren Straftaten“ anhand von abstrakten Kriterien im Einklang mit dem Gebot der Normenklarheit vorgenommen werden?

Als Alternative wäre theoretisch denkbar, die VS-Relevanz von strafrechtlichen Delikten auf den Bereich zu beschränken, der dem Staatsschutz zugerechnet wird, ergänzt durch politisch motivierte normale Kriminalität. Will man aus diesem Bereich der Strafrechtsgerichtetheit jedoch Delikte als „besonders schwere Straftaten“ oder zur besseren Abgrenzung als „verfassungsschutzrechtlich besonders gewichtige Straftaten“ zum Zwecke der Datenübermittlung besonders hervorheben, wird sich kaum eine allgemeine Abgrenzung finden lassen. Auch eine mehr beispielhafte Aufzählung, die mit Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 BayModVSG vorgenommen wird, erlaubt keine wirkliche Abgrenzung, weil die Bezugnahme auf die Verfassungsrechtsgüter so allgemein ist, dass letztlich allen Straftaten, die politisch motiviert sind, berechtigter Weise eine Staatsschutzrelevanz zugeschrieben werden kann.

Eher ist es dann umgekehrt geboten, die relevante Gefährdung der Verfassungsschutzgüter durch „Bestrebungen“ auf die Strafrechtsrelevanz zu beschränken, um so wegen der größeren Klarheit des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes und aus den dargestellten Gründen des rechtsstaatlichen Verteilungsmechanismus (Bürger verletzen nicht die Verfassung, sondern Strafnormen) eine unbegrenzte Datenübermittlung auszuschließen, welche durch ausschließliche Bezugnahme auf Verfassungsschutzgüter ohne weitere Hürden möglich erscheint.

e) Übermittlung an sonstige Behörden (Art. 25 Abs. 5 BayVSG-E; Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 bis 7 BayModVSG-E)

aa) Welche verfassungsrechtlichen Vorgaben gelten für eine Übermittlung an andere Behörden im Rahmen von gesetzlich geregelten Beteiligungsaufgaben i.S.v. § 3 Abs. 2 Nr. 4 BVerfSchG, z.B. nach § 5 WaffG oder § 7 LuftSiG?

bb) Welche verfassungsrechtlichen Vorgaben gelten für das Einbringen von

Erkenntnissen der Verfassungsschutzbehörden in gemeinsame Zentren (GTAZ, GETZ etc.)?

cc) Wäre durch die in Art. 25 Abs. 5 BayVSG-E vorgesehene Regelung eine effektive Mitwirkung des Landesamts für Verfassungsschutz in den gemeinsamen Zentren weiterhin gewährleistet?

dd) Wie ist die Regelung in Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 bis 7 BayModVSG-E zu bewerten?

Da bei Übermittlung an sonstige Behörden der Gesichtspunkt der hypothetischen Neuerhebung, welcher bei der Übermittlung an Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden von zentraler Bedeutung ist, zurücktreten muss, weil dieser Grundsatz nicht wirklich praktiziert werden kann, ist bei den Übermittlungen vor allem zu bewerten, welche Rechtsfolgen sich durch die Behörden ergeben könnten, an die übermittelt wird und welche Gefahr dabei von einem zu schützenden Rechtsgut abgewendet werden soll.

Da etwa die Zuverlässigkeitsprüfung nach § 5 WaffG mit dem Schutz der Rechtsgüter Leib und Leben begründet wird, die abstrakt gefährdet sein könnten, wenn einer unzuverlässigen Person eine entsprechende Erlaubnis ausgestellt oder diese aufrechterhalten wird, verbietet sich eine Datenübermittlung, wenn der Verdacht einer „verfassungsfeindlichen Bestrebung“ nur darauf gestützt ist, dass jemand ein mit dem Grundgesetz (angeblich) inkonformes Menschenbild vertreten hat. Auch die Äußerung einer „revisionistischen“ Geschichtsauffassung, die in der VS-Praxis als verfassungsgefährdend und beobachtungsbedürftig angesehen wird, gefährdet kein Menschenleben. Diese Beschränkung der Datenübermittlung findet eine Abstützung darin, dass § 5 Abs. 2 WaffG lediglich eine Vermutungsregel aufstellt, die von vornherein als widerlegt gelten sollte, wenn der Verdacht der Verfassungsfeindlichkeit keinen Gewaltbezug aufweist und damit das Schutzgut von § 5 WaffG, nämlich die sicherlich auch bei einer abstrakten Bewertung als hoch einzustufenden Rechtsgüter Leib und Leben von vornherein nicht gefährdet sein können. Deshalb wäre bei Art. 25 die Übermittlung auf Daten zur Abwehr von Gefährdungen des Schutzgutes Leib und Leben zu beschränken, zumindest, was den Bereich Zuverlässigkeit im sicherheitsrelevanten Bereich anbelangt. Nur dann kann der unzulässige Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen von vornherein vermieden werden.

Weniger beschränkend stellt sich die Übermittlung im Bereich des Ausländerrechts bis zum Stadium vor Einbürgerung dar, weil insoweit der Eingriffsbereich in verfassungsrechtliche Rechte geringer ist, da es verfassungsrechtlich etwa kein generelles Einreiserecht für Nichtstaatsangehörige gibt, so dass eine Einreiseberechtigung von vornherein von Bedingungen abhängig gemacht werden kann, die bei Staatsbürgern besonders rechtfertigungsbedürftig oder gar generell unzulässig sind.

Da es bei der Mitwirkung bei GTAZ und GETZ um die Abwehr von Terrorismus und hier als Gewalthandlung definierten „Extremismus“ und damit um die Abwehr einer schwerwiegenden Gefahr für strafrechtlich geschützte Rechtsgüter von höchster Bedeutung geht, wird ein entsprechender Datenabgleich der Sicherheitsbehörden unter Einschluss von VS-Behörden keinen Benken begegnen, weil Terrorismusabwehr anderweitig effektiv kaum möglich erscheint. Sollte sich das sog. Trennungsgebot, das positiv-rechtlich vorgeschrieben ist, aber nach einhelliger Kommentarmeinung keine verfassungsrechtliche Verpflichtung darstellt, als nachteilig darstellen, wäre bei entsprechender Terrorismusgefahr doch zu überlegen, durch Gesetzesänderung das

Trennungsgebot punktuell oder auch gänzlich aufzuheben. Allerdings müsste (auch) diesbezüglich zunächst der Bundesgesetzgeber tätig werden.

Rechtstechnisch wäre Artikel 25 verstärkt in Absätze zu untergliedern, weil die Voraussetzungen der Datenübermittlung vielleicht doch etwas differenzierter ausgestaltet werden müssten und daher etwas unterschiedliche Regelungskomplexe vorliegen. Besser stellt sich insofern Art. 17 Abs. 1 BayModVSG dar, wobei allerdings die Einzelpunkte teilweise restriktiver zu fassen wären. So wäre bei Nr. 5 (Übermittlung an Waffenbehörden) die Einschränkung eines Gewalt- oder Strafrechtsbezugs zu machen. Bei Nr. 2 (Übermittlung an Polizeibehörden) wäre nach dem Wort „Rechtsgüter“ hinzuzufügen, „soweit diese strafrechtlich geschützt sind“.

Auf Nr. 7 (Überprüfung von Verfassungstreue) ist bereits auf die Problematik hingewiesen, dass die Einschränkung im letzten Halbsatz in der Regel keine wirkliche Schranke der Datenübermittlung darstellt. Aber letztlich muss die Lösung des grundlegenden Problems in einem sachgerechten Verständnis des Beamtenrechts gefunden werden (Legalitätsverpflichtung statt ideologischer Vereinnahmung behördlicher Mitarbeiter)

etwa durch Rückkehr zum Rechtsverständnis nach der Weimarer Reichsverfassung, bei der die Rechtsprechung davon ausgegangen ist, dass der Beamte mit dem Treueid auf die Verfassung nur schwöre, den Inhalt der Verfassung gewissenhaft zu beobachten und zu erfüllen und sich unbeschadet seiner inneren Überzeugung aller Handlungen zu enthalten, die geeignet sind, den durch die Verfassung von 1919 (nunmehr: 1949, Anm.) geschaffenen Zustand zu beeinträchtigen. Eine andere Auffassung wäre mit den Artikeln 118 Abs. 1 und 130 Abs. 2 WRV (nunmehr: Artikel 5 und 33 GG, Anm.) nicht zu vereinbaren, welche dem Beamten das Recht freier politischer Gesinnung und Betätigung garantiert; diese Rechtsprechung wurde so verstanden und in der Praxis umgesetzt, dass ein Beamter bei loyaler Pflichterfüllung und gewissenhafter „Beobachtung“ (Einhaltung) der Verfassung in seinem amtlichen Wirken, ihr privat gleichgültig oder sogar ablehnend gegenüberstehen kann und dies auch außerhalb des Dienstes durch sein Verhalten, also durch legale Parteiaktivitäten und Meinungsäußerungen kundgeben darf; die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach „Ideen, Ideologien, Weltanschauungen, Überzeugungen und politische Denkweisen“ disziplinarrechtlich von Staats wegen nicht auf Vereinbarkeit mit der Verfassung überprüft werden dürfen (NJW 2002, 980) geht dabei schon in die entsprechende Richtung, auch wenn dabei der Legalitätsstatus einer nicht verbotenen Partei, bei der ein Beamter aktiv ist, immer noch nicht gesichert erscheint

und dies kann eine Regelung zur Datenübermittlung durch eine VS-Behörde nur sehr bedingt leisten.

f) Zweckbindung (Art. 25 Abs. 7 BayVSG-E)

aa) Wie verhält sich die in Art. 25 Abs. 7 Satz 2 und 3 BayVSG-E vorgesehene Möglichkeit, die Verwendung der übermittelten personenbezogenen Daten für operative Befugnisse auszuschließen, zu den Vorgaben des BVerfG?

Hier könnte sich mehr ein Problem in praktischer Hinsicht ergeben. Die Übermittlung von Daten unter einem Vorbehalt schließt nicht aus, dass die Empfangsbehörde eigene Ermittlungen anstellt, die sie ohne Datenübermittlung nicht angestellt hätte. Ob dann die operative Verwendung auf die Datenübermittlung zurückzuführen wäre, also eigentlich untersagt wäre oder aufgrund eigener Erkenntnisse der Empfangsbehörde dürfte von einem Betroffenen schwer nachkontrollierbar sein. Testfrage ist, welche Rechtsfolgen sich ergeben, wenn die Daten trotz des Vorbehalts entsprechend verwendet werden. Die Antwort erscheint unklar.

bb) Wie verhält sich eine solche landesgesetzliche Datenverarbeitungsbeschränkung zum bundesgesetzlich geregelten Legalitätsprinzip?

cc) Halten Sie die in Art. 25 Abs. 7 Satz 2 und 3 BayVSG-E vorgesehene Verfahrensweise – insbesondere unter Berücksichtigung des Verfahrensmehraufwands – für praktikabel? Gibt es praktikablere Alternativen?

Das mit der Frage wohl gemeinte strafrechtliche Legalitätsprinzip ist im Kontext maßgeblicher beschränkender Prinzipien anzuwenden, die etwa mit dem Zeugnisverweigerungsrecht, einzelnen Beweisverwertungsverböten, vor allem mit abgestuften Voraussetzungen von Grundrechtseingriffen bei Maßnahmen der Strafermittlung zum Ausdruck kommen. Diese beschränkenden Grundsätze tragen schützenswerten Grundrechten und Rechtsprinzipien Rechnung und setzen dabei dem durch das Legalitätsprinzip zum Ausdruck gebrachten Strafanspruch des Staates formale Grenzen. Diese Grenzziehung darf natürlich nicht dahingehen, den staatlichen Strafanspruch zu vereiteln. Da datenschutzrechtliche Regelungen insbesondere dem Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) dienen, können sie in erforderlichen Fällen bei Art und Weise der Anwendung des Legalitätsprinzips formale Grenzen vorgeben.

Bei der Bewertung der Praktikabilität stellt sich vor allem die Frage der Rechtsfolgen, wenn den vorgegebenen Beschränkungen der übermittelten Daten zuwidergehandelt würde.

dd) Wie sind die Regelungen zur Zweckbindung in dem BayModVSG-E zu bewerten?

Die vorgeschlagenen Regelungen stehen in Übereinstimmung mit üblichen datenschutzrechtlichen Vorschriften.

Mit Dank für die Möglichkeit der Stellungnahme, die sich hoffentlich zur Erkenntnisfindung bei der Gesetzgebung als hilfreich darstellt.

Gez. Schußlburner