

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschussdrucksache
19(4)732 F

Stellungnahme

im Rahmen der öffentlichen Anhörung
des Ausschusses für Inneres und Heimat
des Deutschen Bundestages
am 22. Februar 2021

zum

**Antrag der Fraktion der FDP zur Überwachungsgesamtrechnung
(BT-Drs. 19/23695)**

vorgelegt von

Benjamin Bremert

Juristischer Mitarbeiter im Forum Privatheit,
Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein

1. Überwachungsgesamtrechnung

In seinem Urteil zur Vereinbarkeit mitgliedstaatlicher Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG¹ befasste sich das BVerfG u. a. mit den Auswirkungen immer neuer Eingriffs- und Datenverarbeitungsbefugnisse. Dazu stellte es fast, dass der Gesetzgeber vor dem Hintergrund einer Vielzahl verschiedener Datensammlungen bei der Erwägung neuer Speicherungsverpflichtungen oder -berechtigungen zu größerer Zurückhaltung gezwungen sei. **Es gehöre zur verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik, dass die Freiheitswahrnehmung der Bürgerinnen und Bürger nicht total erfasst und registriert werden dürfe.**² In der Konsequenz bedeute es für den Gesetzgeber nicht nur, dass er bei der Schaffung neuer Sicherheits- und Überwachungsgesetze den Status quo besonders zu berücksichtigen habe, sondern sich in „europäischen und internationalen Zusammenhängen“ für die Wahrung der verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland einzusetzen habe. Damit machte das BVerfG unabhängig von den Voraussetzungen einer mit dem Grundgesetz vereinbaren Umsetzung der Vorratsdatenspeicherung deutlich, dass der Gesetzgeber nicht zuletzt aufgrund der technologischen Möglichkeiten bei der Einführung neuer gesetzlicher Grundlagen, die das Potenzial haben, die Freiheitswahrnehmung der Bürgerinnen und Bürger zu beeinträchtigen, die bereits bestehenden Überwachungsmaßnahmen zu beachten habe. Insoweit gebe es eine rote Linie hinsichtlich des zulässigen Maßes der Gesamtüberwachung.

Aufbauend auf diesen Feststellungen hat sich der Begriff der „Überwachungsgesamtrechnung“ etabliert.³ Als eine mögliche Form der Umsetzung wird vorgeschlagen, eine doppelte Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen: Dabei solle einerseits die Verhältnismäßigkeit der konkreten Maßnahme und andererseits die Verhältnismäßigkeit der Gesamtbelastung aller verfügbaren staatlichen Überwachungsmaßnahmen auf die Freiheitswahrnehmung berücksichtigt werden. In Hinblick auf diesen Operationalisierungsansatz wurden Bedenken geäußert, weil nicht klar sei, was aus der Feststellung der Unverhältnismäßigkeit im Hinblick auf den Bestand der übrigen gesetzlichen Grundlagen folge und mit welcher Priorität Regelungen dann noch anwendbar wären.⁴

2. Anforderungen an eine Überwachungsgesamtrechnung

Für eine umfassende Bewertung der Beeinträchtigung der Freiheitsausübung durch staatliche Maßnahmen, wie sich aus den Anforderungen des BVerfG ergibt, hilft eine isolierte Sicht auf einzelne Maßnahmen und Rechtsgrundlagen nicht weiter. Gerade deshalb ist eine umfassende Berücksichtigung unterschiedlicher und dennoch wesensgleicher Eingriffe auch für die Umsetzung einer etwaigen „Überwachungsgesamtrechnung“ erforderlich. Erste Ansätze, die das Verständnis staatlicher Grundrechtseingriffe erweitern, finden sich in der

¹ BVerfG, Urteil vom 02.03.2010 – 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08 und 1 BvR 586/08.

² BVerfG, a.a.O., Rz. 218.

³ S. maßgeblich *Roßnagel*, Die „Überwachungs-Gesamtrechnung“ – Das BVerfG und die Vorratsdatenspeicherung, NJW 2010, 1238.

⁴ *Hornung/Schnabel*, Verfassungsrechtlich nicht schlechthin verboten – das Urteil des Bundesverfassungsgerichts in Sachen Vorratsdatenspeicherung, DVBl. 2010, 824 (827).

jüngeren Rechtsprechung des BVerfG⁵ als auch in den wissenschaftlichen Veröffentlichungen⁶, dort als „additive“ oder „kumulative Grundrechtseingriffe“. **Die Bewertung der Rechtmäßigkeit staatlicher Überwachungstätigkeit wird danach um eine „gesellschaftliche Dimension“ erweitert.**⁷ Dabei stellen sich allerdings in praktischer Hinsicht eine Vielzahl von Problemen, die bei der Entwicklung eines solchen Modelles berücksichtigt werden müssten. Diese beziehen sich sowohl auf die **Qualifikation der maßgeblich zu berücksichtigenden Rechtsgrundlagen und Maßnahmen** (a) als auch auf die **Quantifizierung ihrer Auswirkungen** (b).

(a)

Soll das Gesamtmaß der Überwachung durch staatliche Maßnahmen ermittelt werden, muss zunächst klar sein, welche Einzelaspekte in eine solche Betrachtung einfließen müssen. Hier ist zu beachten, dass gesetzliche Grundlagen, auf denen Überwachungsmaßnahmen im Einzelfall beruhen können, schon per Definition abstrakte Regelungen sind. Daher lassen sich die konkreten oder tatsächlichen **Auswirkungen in der Regel nicht ohne eine Berücksichtigung der Anwendungspraxis im konkreten Einzelfall sinnvoll beurteilen**, und diese Beurteilung ex post kann sich zudem von einer Ex-ante-Betrachtung unterscheiden. Dadurch, dass Einzelmaßnahmen und nicht nur gesetzliche Grundlagen in die Betrachtung einfließen, steigt die Komplexität alleine der Informationsbeschaffung bereits beträchtlich und ist von der Zuarbeit einer großen Anzahl von Stellen abhängig. Dieser Aspekt wäge noch schwerer, wenn nicht nur gesetzliche Grundlagen oder individuelle Maßnahmen in die Berücksichtigung einfließen, mit denen der Staat eine unmittelbare Überwachungsmaßnahme schafft, sondern solche Fälle hinzugenommen würden, in denen sich der Staat an Informationen bedienen kann, die bei privaten Dritten gespeichert sind. Ähnliches gilt für Zugriffsmöglichkeiten fremder Staaten, etwa wenn der deutsche Staat Informationen mit Geheimdiensten ausländischer Staaten austauscht und ihm eigentlich (jedenfalls abstrakte) Schutzpflichten obliegen⁸. Das spricht dafür, dass die komplette Durchführung – d. h. eine vollständige Erfassung und Bewertung – für jeden Einzelfall kaum möglich sein wird und es insoweit gewissermaßen einer „Überwachungs-Gesamtrechnung by (Gesetzes-)Design“ bedarf, bei der es gegebenenfalls auch gesetzlich festgeschriebene Meldepflichten für den Fall der Umsetzung individueller Maßnahmen durch die entsprechenden zuständigen Stellen geben muss.

(b)

Ein weiterer Aspekt betrifft die Bewertung der Auswirkungen bzw. des Gesamtüberwachungsdrucks. **Grundrechtseingriffe lassen sich nur schwer quantifizieren; dies gilt insbesondere dann, wenn die Auswirkungen in starker Abhängigkeit vom konkreten Einzelfall und der bzw. den im Einzelfall betroffenen Personen stehen.** Die reine Erfassung der Gesamtzahl möglicher gesetzlicher Grundlagen (und Einzelmaßnahmen) hilft für die Gesamtbewertung ebenfalls nicht weiter. In der verfassungsrechtlichen Theorie wurden für einzelne Eingriffe zwar Abstufungen entwickelt⁹. Diese müssten in der Gesamtschau allerdings

⁵ BVerfG, Urteil vom 12.04.2005 – 2 BvR 581/01.

⁶ Hornung, Die kumulative Wirkung von Überwachungsmaßnahmen: Eine Herausforderung an die Evaluierung von Sicherheitsgesetzen, in: Albers/Weinzierl (Hrsg.), Menschenrechtliche Standards in der Sicherheitspolitik, 1. Auflage 2010, S. 65 (69) mwN.

⁷ Hornung/Schnabel, a.a.O., 827.

⁸ Papier, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft, NJW 2017, 3025 (3029).

⁹ Alexy, Die Gewichtsformel, in: Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, 2003, S. 771, 777.

derart zusammengefasst werden, dass im Ergebnis eine klare Grenze zwischen dem zulässigen Maß an Gesamtüberwachung und der Überschreitung dieses Maßes möglich wäre. Außerdem besteht die Gefahr, dass eine untaugliche Betrachtung dafür herangezogen würde, um das zulässige Maß der Gesamtüberwachung immer weiter auszudehnen oder mit einem „Überwachungs-Gesamtrechnungs“-Mechanismus Whitewashing zu betreiben, also unter Verwendung untauglicher Mittel einer Maßnahme oder einem Maßnahmenbündel (gerade) noch die Verfassungsmäßigkeit zu attestieren.¹⁰

Ein tauglicher Mechanismus müsste dabei regionale Unterschiede in Auswirkungen und Anwendung genauso wie von Maßnahme zu Maßnahme unterschiedliche Parameter (Umfang der Sammlung und Überwachung, etwaige Schutzmaßnahmen etc.) mit Auswirkung auf die jeweilige Eingriffstiefe berücksichtigen. Dafür eignet sich ein komplexes mathematisches Modell genauso wenig wie eine abstrakte Abwägung: Die Verwendung eines mathematischen Modells erweckt den Anschein einer Vergleichbarkeit und Objektivität von Bewertungen, die praktisch allerdings kaum vorstellbar ist. Bei einer abstrakten Abwägung blieben möglicherweise Aspekte unberücksichtigt, die individuellen Umständen wären ein Stück weit einer freien Interpretation zugänglich, und es könnte auch keine feingranulare Grenzziehung durchgeführt werden. Je nachdem, wie die Entscheidung für ein konkretes Bewertungsmodell ausfällt, muss sichergestellt werden, dass es nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen bei gleicher Entscheidungsgrundlage kommt.

3. Mögliche Lösungswege

Den Lösungsweg, den wir im Rahmen einer Veröffentlichung des *Forum Privatheit* vorgeschlagen haben¹¹, setzt an der aus dem Datenschutzrecht bekannten **Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) an. Nach Art. 35 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)¹² führen Verantwortliche, sofern Datenverarbeitungen voraussichtlich ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen zur Folge haben, eine Abschätzung der Folgen der vorhergesehenen Verarbeitungsvorgänge durch. Die DSFA enthält nach Art. 35 Abs. 7 DSGVO eine systematische Beschreibung der geplanten Verarbeitungsvorgänge, die Bewertungen ihrer Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit, die Bewertung der daraus resultierenden Risiken für die Rechte und Freiheit betroffener Personen sowie die zur Bewältigung der Risiken geplanten Abhilfemaßnahmen. Dabei wird eine DSFA gewissermaßen als Monitoringprozess in das Datenschutzmanagement der Verantwortlichen integriert und iterativ durchgeführt bzw. aktualisiert, sobald sich wesentliche Umstände der Datenverarbeitung verändern (vgl. Art. 35 Abs. 11 DSGVO).**

Der Ordnungsgeber hat in Art. 35 Abs. 10 DSGVO für Fälle der Datenverarbeitung auf Grundlage einer rechtlichen Verpflichtung (Art. 6 Abs. 1 lit. c DSGVO) bzw. der Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt (Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO), die Möglichkeit vorgesehen, dass der **Gesetzgeber im**

¹⁰ In die Richtung auch: *Pohle*, Freiheitsbestandsanalyse statt Überwachungs-Gesamtrechnung, FIF-Kommunikation 4/19, 37 (38).

¹¹ *Bieker/Bremert/Hagendorff*, Die Überwachungs-Gesamtrechnung, oder: Es kann nicht sein, was nicht sein darf, in: Roßnagel/Friedewald/Hansen (Hrsg.), Die Fortentwicklung des Datenschutzes, Wiesbaden 2018, S. 139 (148); *Bieker/Bremert*, Rote Linien im Sand, bei Sturm: Die Überwachungs-Gesamtrechnung, FIF-Kommunikation 4/19, 34 (35).

¹² Verordnung (EU) 2016/679.

Gesetzgebungsverfahren bereits eine abstrakte DSFA durchführt und insoweit dem jeweiligen Anwender der Rechtsgrundlage einen gewissen Teil der Risikoabwägung abnimmt. Dabei könnte die Gesetzes-DSFA in Anlehnung an die reguläre DSFA auch als iterativer Prozess konzipiert werden, sodass die entsprechenden Gesetze in regelmäßigen Abständen einer Evaluation zugeführt würden. Auf diese Feststellungen könnte dann, würde eine konkrete Maßnahme auf die gesetzliche Grundlage gestützt, Bezug genommen werden und für die Besonderheiten des Einzelfalls das von *Roßnagel* vorgeschlagene Modell der doppelten Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgen.

4. Ergebnis

Die dargestellte Operationalisierung für eine Überwachungsgesamtrechnung kann Probleme bei den Folgen der Bewertungsentscheidung lösen. Allerdings werden damit grundsätzliche Probleme der Qualifikation der zu berücksichtigenden Maßnahmen und gesetzlichen Grundlagen als auch die zahlreichen Bewertungsprobleme werden nicht unmittelbar behoben. Für diese Aspekte bietet sich die vorgeschlagene Erarbeitung und Evaluation möglicher Bewertungsmodelle an.

Im Urteil des BVerfG sehe ich einen Arbeitsauftrag an den Gesetzgeber zur umfassenden Prüfung der Überwachungsgesamtsituation und zur Berücksichtigung etwaiger Auswirkungen auf die Freiheitsausübung der Bürger:innen, wenn neue gesetzliche Grundlagen beschlossen werden oder auf Grundlage bestehender gesetzlicher Grundlagen konkrete Maßnahmen ergriffen werden sollen. Wie man diesen Arbeitsauftrag konkret umsetzt, muss anhand der oben aufgezeigten Punkte ausgearbeitet werden. Klar ist jedoch, dass der Gesetzgeber zum Handeln aufgefordert ist, um zu verhindern, dass die vom BVerfG aufgezeigte rote Linie überschritten wird. Davon abgesehen sollte es dem Selbstverständnis eines rechtsstaatlichen Gesetzgebers entsprechen, sich proaktiv für den Schutz von Grundrechten einzusetzen, statt erst nach (verfassungs-)gerichtlichen Entscheidungen im Einzelfall zu reagieren. Zurzeit hängt die Durchführung solcher Gerichtsverfahren maßgeblich von der Initiative einzelner Privatpersonen oder NGOs ab, um Jahre nach Inkrafttreten verfassungswidriger Regelungen ein Korrektiv zu erreichen. In dieser Situation ist es dringend anzuraten, sich lieber früher als später mit möglichen Lösungswegen zu beschäftigen.