



15. August 2025

Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Landesregierung für ein Gesetz zur Änderung verfassungsschutzrechtlicher Vorschriften (LT-Drs. 21/2376)

David Werdermann
Rechtsanwalt und Verfahrenskoordinator
bei der Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V.

A. Zusammenfassung

Die vorgeschlagenen Änderungen werden in weiten Teilen den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Hessischen Verfassungsschutzgesetz, die den Anlass für die Reform darstellt, wurde offenbar nicht sorgfältig gelesen.

Die neue Befugnis zur Online-Durchsuchung begegnet ebenfalls verfassungsrechtlichen Zweifeln, ist aber vor allem überflüssig, da sie – wie die Befugnis zur Wohnraumüberwachung – wegen der hohen rechtlichen Hürden praktisch nicht zur Anwendung kommen kann.

B. Rechtliche Bewertung der Regelungen im Einzelnen

I. Erhebliche Beobachtungsbedürftigkeit (§ 3 Abs. 2 HVSG-E)

Die erhebliche Beobachtungsbedürftigkeit ist die maßgebliche Schwelle für Überwachungsmaßnahmen, die intensiv in Grundrechte eingreifen.¹ Sie entspricht der „gesteigerten Beobachtungsbedürftigkeit“ in der Terminologie des Bundesverfassungsgerichts.²

¹ Vgl. § 9 Abs. 2 Satz 1, § 11 Abs. 2, § 12 Abs. 1, § 13 Abs. 1 Satz 1 HVSG.

² Zum Erfordernis einer weiteren Eingriffsschwelle der „besonders gesteigerten Beobachtungsbedürftigkeit“ siehe unten unter III., V. und VI.

Das Bundesverfassungsgericht hat die bisherige Regelung des § 3 Abs. 2 HVSG unter zwei Gesichtspunkten beanstandet:

Erstens stelle § 3 Abs. 2 Satz 2 HVSG nicht sicher, dass entsprechend den verfassungsrechtlichen Anforderungen die Dringlichkeit der erforderlichen Beobachtungsbedürftigkeit auch tatsächlich von der Intensität der Bedrohung der Schutzgüter des Verfassungsschutzes abhängt. So habe der Gesetzgeber in § 3 Abs. 2 Satz 2 HVSG nicht lediglich Regelbeispiele für erheblich beobachtungsbedürftige Bestrebungen genannt, sondern unwiderlegbare Vermutungen dafür. Damit sei nicht sichergestellt, dass auch tatsächlich hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, die es möglich erscheinen lassen, dass Verfassungsschutzgüter auch konkret bedroht sind und dass das gegen sie gerichtete Handeln erfolgreich sein kann.³

Zweitens sei § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 HVSG, der lediglich voraussetzt, dass eine Bestrebung in erheblichem Umfang gesellschaftlichen Einfluss auszuüben sucht, nicht geeignet, eine gewisse Potentialität zu indizieren.⁴

Dagegen genüge die in § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Buchstabe c HVSG beschriebene Bestrebung (die „zur Zielverfolgung andere Straftaten begehen oder darauf gerichtet sind“) für sich genommen den verfassungsrechtlichen Anforderungen.⁵

Der vorliegende Entwurf reagiert auf diese Entscheidung in zweierlei Hinsicht.

Zum einen wird die in § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Buchstabe c HVSG genannte Bestrebung aus Satz 2 herausgenommen und in Satz 1 hochgezogen. Zum anderen werden in Satz 2 nach Nummer 4 die Wörter „und hinreichend konkrete und gewichtige Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das entsprechende Agieren der Bestrebung erfolgreich sein kann“ aufgenommen.

Mit diesen Änderungen wird die Regelung weiterhin nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht.

1. § 3 Abs. 2 Satz 1 HVSG-E

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz Kriterien für das Maß der Beobachtungsbedürftigkeit entwickelt.⁶ In der Entscheidung zum Hessischen Verfassungsschutzgesetz hat es klargestellt: „Bei diesen Kriterien handelt es sich gleichwohl nur um Anhaltspunkte und Indizien, unter deren Berücksichtigung das Landesamt eine Gesamtbetrachtung der Potentialität einer Bestrebung vorzunehmen hat.“⁷

3 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17. Juli 2024 - 1 BvR 2133/22 -, Rn. 151 f.

4 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17. Juli 2024 - 1 BvR 2133/22 -, Rn. 155 f.

5 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17. Juli 2024 - 1 BvR 2133/22 -, Rn. 153 f.

6 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022 - 1 BvR 1619/17 -, Rn. 192 ff.

7 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17. Juli 2024 - 1 BvR 2133/22 -, Rn. 149.

Entsprechend hat das Bundesverfassungsgericht für sämtliche in § 3 Abs. 2 Satz 2 HVSG genannten Bestrebungen beanstandet, dass der Gesetzgeber „nicht lediglich Regelbeispiele für erheblich beobachtungsbedürftige Bestrebungen genannt [hat], sondern unwiderlegbare Vermutungen dafür“.⁸ Erst anschließend hat sich das Bundesverfassungsgericht den Bestrebungen nach § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Buchstabe c HVSG zugewandt und dazu ausgeführt, dass das Begehen von Straftaten „jedenfalls als Anhaltspunkt oder Indiz für die gewisse Potentialität einer Bestrebung den verfassungsrechtlichen Anforderungen“ genügt.⁹

Die beiden Prüfungspunkte sind im Zusammenhang zu sehen. Nur wenn dem ersten Defizit abgeholfen wird (Anhaltspunkte oder Indizien statt unwiderlegbare Vermutungen), kann weiterhin (als Anhaltspunkt oder Indiz) an jegliche Straftaten angeknüpft werden. Hintergrund war, dass die Beschwerdeführenden in dem damaligen Verfahren nicht nur die Regelungstechnik der unwiderlegbaren Vermutungen gerügt hatten, sondern darüber hinaus der Auffassung waren, dass die Begehung von (geringfügigen) Straftaten *noch nicht einmal als Indiz* herangezogen werden kann.¹⁰ Nur mit dieser letzten Auffassung konnten sie sich vor dem Bundesverfassungsgericht nicht durchsetzen. Dies erklärt die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in Rn. 153 f. Bei der Begehung von Straftaten handelt es sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts also lediglich um einen legitimen Anhaltspunkt oder ein Indiz für die gesteigerte Beobachtungsbedürftigkeit. Daher hat das Bundesverfassungsgericht in der Übergangsregelung angeordnet, dass sämtliche Nummern des § 3 Abs. 2 Satz 2 HVSG – also auch die Begehung von Straftaten – als Regelbeispiele des § 3 Abs. 2 Satz 1 HVSG verstanden werden müssen.¹¹

Der Gesetzentwurf widerspricht den verfassungsgerichtlichen Anforderungen, weil danach Bestrebungen immer dann als erheblich beobachtungsbedürftig gelten, wenn sie zur Zielverfolgung Straftaten begehen oder darauf gerichtet sind. Die ebenfalls in § 3 Abs. 2 Satz 1 HVSG-E enthaltene Potentialität („Bestrebungen, die allgemein, insbesondere nach Verhaltens- oder Wirkungsweise, geeignet sind, die freiheitliche demokratische Grundordnung, den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes erheblich zu beeinträchtigen“) steht dazu in einem Alternativverhältnis. Eine Bestrebung ist danach auch dann erheblich beobachtungsbedürftig, wenn von ihr geringfügige Straftaten ausgehen (etwa das Anbringen von Stickern, § 303 StGB), ohne dass sie geeignet sein muss, Verfassungsschutzgüter erheblich zu beeinträchtigen. Es ist – anders als bei Gewalttaten (§ 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Buchstabe a HVSG) –

8 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17. Juli 2024 - 1 BvR 2133/22 -, Rn. 151.

9 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17. Juli 2024 - 1 BvR 2133/22 -, Rn. 154.

10 Schriftsatz vom 25. September 2023, S. 7, abrufbar unter https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/Freiheit-im-digitalen-Zeitalter/Hessisches-Verfassungsschutzgesetz/2023-09-25_Stellungnahme-zur-Verfassungsbeschwerde-Hessisches-Verfassungsschutzgesetz.pdf.

11 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17. Juli 2024 - 1 BvR 2133/22 -, Tenor Nr. 3 b) sowie Rn. 244.

noch nicht einmal erforderlich, dass „hinreichend konkrete und gewichtige Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das entsprechende Agieren der Bestrebung erfolgreich sein kann“. Denn diese Voraussetzung, die mit dem vorliegenden Entwurf neu eingefügt werden soll, bezieht sich nur auf die in Satz 2 aufgelisteten Bestrebungen, nicht auf Satz 1.

2. § 3 Abs. 2 Satz 2 HVSG-E

Auch § 3 Abs. 2 Satz 2 HVSG-E genügt weiterhin nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Die Einschränkung, dass „hinreichend konkrete und gewichtige Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das entsprechende Agieren der Bestrebung erfolgreich sein kann“, schließt zwar vollkommen dilettantische Bestrebungen aus. Das ist richtig und notwendig. Aber es ist nach dem Entwurf weiterhin nicht erforderlich, dass die Bestrebungen geeignet sein müssen, Verfassungsschutzgüter erheblich zu beeinträchtigen, weil § 3 Abs. 2 Satz 2 HVSG-E weiterhin unwiderlegbare Vermutungen enthält.

Dies sei anhand eines Beispiels verdeutlicht. Das konspirative Vorgehen einer Gruppe mag zwar in der Regel eine gesteigerte Beobachtungsbedürftigkeit begründen.¹² Es gibt jedoch Ausnahmen. Wenn etwa die Mitglieder verschleiert werden, um sich vor Angriffen des politischen Gegners oder vor ausländischen Geheimdiensten zu schützen, kann es an einer gesteigerten Beobachtungsbedürftigkeit fehlen. Nach § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 HVSG wäre die Bestrebung jedoch (wenn sie nicht vollkommen dilettantisch ist) erheblich beobachtungsbedürftig.

Eine verfassungskonforme Regelung ist einfach:

Die Begehung von Straftaten ist wieder in § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Buchstabe c HVSG aufzunehmen und der gesamte Satz 2 ist als Regelbeispiel- oder Kriterienkatalog auszugestalten. Als Vorbild kann Hamburg dienen. Dort hat man auf Anraten des Sachverständigen Marscholleck aus dem Bundesministerium des Innern¹³ folgende Formulierung in § 5 Abs. 3 Satz 2 HmbVerfSchG gewählt:

„Das *kann* insbesondere der Fall sein, wenn die Bestrebungen...“ (Hervorhebung nur hier).

Bei dieser Formulierung ist sichergestellt, dass in jedem Fall nach § 5 Abs. 3 Satz 1 HmbVerfSchG gesondert geprüft wird, ob die Bestrebung geeignet ist, ein Verfassungsschutzgut erheblich zu beeinträchtigen.

¹² BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022 - 1 BvR 1619/17 -, Rn. 196.

¹³ Anlage 1 zum Protokoll des Innenausschusses Nr. 22/38 vom 10. Oktober 2024, S. 3.

II. Wohnraumüberwachung und Online-Durchsuchung (§ 7 HVSG und § 7a HVSG-E)

1. Ermächtigungen ohne praktischen Anwendungsbereich

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz entschieden, dass die Verfassungsschutzbehörden nur zur Abwehr einer mindestens konkretisierten Gefahr beziehungsweise einer dringenden Gefahr zur Wohnraumüberwachung und Online-Durchsuchung ermächtigt werden dürfen.¹⁴ Der Verfassungsschutz darf zudem nur subsidiär tätig werden, wenn die Durchführung der Überwachungsmaßnahme durch die Gefahrenabwehrbehörde selbst nicht geeignet ist oder nicht rechtzeitig käme.¹⁵

Konstellationen, in denen das der Fall ist, sind nur schwer vorstellbar.¹⁶ Die hessische Polizei hat nach § 15 Abs. 4 und § 15c HSOG Befugnisse zur Wohnraumüberwachung und Online-Durchsuchung. Dass sie technisch nicht im Stande ist, diese Maßnahmen durchzuführen, mag vorkommen, rechtfertigt jedoch kein Tätigwerden des Verfassungsschutzes. Denn erstens kann sich der Staat nicht auf technische Unfähigkeit der einen Behörde berufen, um ein Abweichen von der Subsidiarität einer anderen Behörde zu rechtfertigen. Und zweitens besteht in diesen Fällen die Möglichkeit, dass das Landesamt für Verfassungsschutz Amtshilfe leistet.

Zur Begründung der Änderung führt der Entwurf die „vielfach kryptierte Kommunikation von Verfassungsfeinden“ an.¹⁷ Hierzu sei angemerkt, dass das richtige Instrument zur Überwachung verschlüsselter Kommunikation die Quellen-Telekommunikationsüberwachung ist. Diese steht den Landesverfassungsschutzämtern bereits nach § 11 Abs. 1a G 10 zur Verfügung, wenngleich die Vorschrift insoweit sowohl der Kompetenzordnung des Grundgesetzes widerspricht als auch materiell verfassungswidrig ist.¹⁸ Die Online-Durchsuchung ist wesentlich eingriffsintensiver und schießt über das gesetzgeberische Ziel hinaus.

Besonders irritierend ist, dass im Gesetzentwurf von einmaligen Investitionskosten in Höhe eines einstelligen Millionen-Betrags für die Beschaffung eines geeigneten Produkts für die Online-

14 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022 - 1 BvR 1619/17 -, Rn. 175 ff.

15 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022 - 1 BvR 1619/17 -, Rn. 178 ff.

16 Ebenso: Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, Drucksache 22/16037 S. 26: „Die gemäß Artikel 13 Absatz 4 des Grundgesetzes besonders hohen Anforderungen an die Wohnraumüberwachung durch den Verfassungsschutz in der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts – nur zur Gefahrenabwehr, dringende Gefahr und Subsidiarität gegenüber der polizeilichen Gefahrenabwehr – führen de facto, trotz Anerkennung der Befugnis der Verfassungsschutzbehörden zu solchen Eingriffen durch das Bundesverfassungsgericht, zur nahezu ausnahmslosen Unmöglichkeit des Einsatzes dieser Maßnahme durch den Verfassungsschutz.“. Siehe auch schon zur Rechtslage in Hessen der Sachverständige Dietrich, Stellungnahme zu LT-Drs. 20/8129, Ausschussvorlage INA 20/73, S. 6.

17 Gesetzentwurf, S. 11.

18 Siehe die anhängige Verfassungsbeschwerde unter https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/G10_Verfassungsbeschwerde.pdf.

Durchsuchung ausgegangen wird.¹⁹ Ein einstelliger Millionenbetrag soll für ein Instrument eingesetzt werden, das vom Verfassungsschutz allenfalls in absoluten Ausnahmefällen eingesetzt werden kann. Es handelt sich entweder um sehr teure Symbolpolitik oder um die krampfhaftige Umsetzung eines wenig durchdachten Koalitionsvertrags oder beides.

Statt eine Befugnis zur Online-Durchsuchung zu schaffen, ist die Wohnraumüberwachung aus dem Gesetz zu streichen, wie in Hamburg geschehen.²⁰ Die Regelungen sind überflüssig. Für die Abwehr konkretisierter oder dringender Gefahren ist die Polizei zuständig.

2. Eingriffsschwelle der Online-Durchsuchung

§ 7a Abs. 1 Satz 1 HVSG-E verweist auf die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 HVSG mit der Maßgabe, dass „tatsächliche Anhaltspunkte einer konkretisierten Gefahr für ein dort genanntes Rechtsgut vorliegen“. Die konkretisierte Gefahr wird im Verfassungsschutzgesetz nicht definiert.²¹ In der Gesetzesbegründung wird auf die Definition des Bundesverfassungsgerichts verwiesen.²² Danach liegt eine mindestens konkretisierte Gefahr vor, wenn „bestimmte Tatsachen bereits den Schluss zum einen auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann“.²³ Diese Definition löst sich bereits vom tradierten Begriff der konkreten Gefahr und verlagert die Eingriffsschwelle ins Gefahrenvorfeld. Eine weitergehende Relativierung ist unzulässig. Eine solche Relativierung nimmt der Gesetzentwurf jedoch vor, wenn er „tatsächliche Anhaltspunkte einer konkretisierten Gefahr“ ausreichen lässt. In Kombination mit der Definition des Bundesverfassungsgerichts wird also verlangt, dass tatsächliche Anhaltspunkte für bestimmte Tatsachen bestehen, die den Schluss auf ein Geschehen etc. zulassen. Eine solche doppelte Verunklarung ist verfassungswidrig und wahrscheinlich auch nicht gewollt.

Die Wörter „tatsächliche Anhaltspunkte einer konkretisierten Gefahr“ sind daher durch die Wörter „eine konkretisierte Gefahr“ zu ersetzen.²⁴ Zudem sollte die Aufnahme einer Legaldefinition erwogen werden. Das gilt mit Blick auf § 20 HVSG auch, wenn die Befugnis zur Online-Durchsuchung nicht aufgenommen wird.

¹⁹ Gesetzentwurf, S. 5.

²⁰ Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, Drucksache 22/16037 S. 26.

²¹ In § 25a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 HSOg findet sich zwar eine Legaldefinition für die „Abwehr konkretisierter Gefahren“, die aber – nicht passend – an Straftaten von erheblicher Bedeutung anknüpft.

²² Gesetzentwurf S. 12 f.

²³ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022 - 1 BvR 1619/17 -, Rn. 176 unter Verweis auf BVerfGE 141, 220 <272 f. Rn. 112>.

²⁴ Siehe § 20 HVSG.

3. Überprüfung der rechtlichen Anforderungen an die genutzte Software

Die Online-Durchsuchung erfolgt durch den Einsatz von Spähsoftware (sogenannte Trojaner), die das informationstechnische System infiltrieren und Daten ausleiten. § 7a Abs. 2 HVSG-E sieht verschiedene technische Anforderungen an die genutzte Software vor. Zudem hat die Erhebung von kernbereichsrelevanten Erkenntnissen nach § 7a Abs. 3 Satz 2 HVSG-E, soweit wie informationstechnisch und ermittlungstechnisch möglich, zu unterbleiben. Dies verlangt den Einsatz von verfügbaren informationstechnischen Sicherungen.²⁵

Diese technischen Anforderungen entsprechen der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts. Sie werden jedoch nicht verfahrensrechtlich abgesichert.

Das anordnende Gericht nach § 8 Abs. 1 Satz 1 HVSG hat zwar die Rechtmäßigkeit der Maßnahme zu überprüfen. Es spricht einiges dafür, dass hierzu auch die Überprüfung der oben genannten technischen Anforderungen gehört. Für eine solche Überprüfung ist das Gericht aber nicht ausgestattet, sodass es sich bestenfalls auf die Angaben des Landesamtes verlässt. Dies führt im Ergebnis dazu, dass das Landesamt beliebige Staatstrojaner nach Gutdünken einsetzen kann, sofern ein Beschluss über eine Maßnahme einmal erlangt werden kann.

Aus der Perspektive des Schutzes der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) ist ein derart blindes Vertrauen in die von den Ermittlungsbehörden einzusetzenden Staatstrojaner ohne einen rechtsstaatlich ausreichenden Überprüfungsmechanismus nicht hinnehmbar. Es kommt erschwerend hinzu, dass die einzusetzende Software auch von einem externen Anbieter stammen kann, sodass das Landesamt mitunter selbst nicht mit Sicherheit einschätzen vermag, welche Funktionen die einzusetzende Software ausführt. Diese enthalten oftmals zusätzliche, in Deutschland verfassungsrechtlich schlechthin nicht zugelassene Funktionen, etwa zur bewussten Manipulation des Zielsystems durch Unterschieben von Beweismitteln, die dann bei einer offenen Durchsuchung aufgefunden werden können. Entsprechend hat das Bundesverfassungsgericht jüngst hervorgehoben, dass das Gefährdungspotential von Staatstrojanern besonders ausgeprägt ist, wenn sich Behörden privater Dritter bedienen, um die Infiltration zu vollziehen.²⁶ Der Entwurf nimmt billigend in Kauf, dass auch in Hessen Staatstrojaner zum Einsatz kommen, die gerade nicht den (ohnehin nur fragmentarischen) gesetzlichen Anforderungen an deren technische Gestaltung genügen.

²⁵ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24. Juni 2025 - 1 BvR 180/23 -, Rn. 262.

²⁶ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24. Juni 2025 - 1 BvR 2466/19 -, Rn. 114.

4. Adressat*innen

§ 7a Abs. 1 HVSG-E verweist auf die Adressat*innenregelungen in § 7 Abs. 2 Satz 2 HVSG. Diese sind jedoch nicht ohne weiteres auf die Online-Durchsuchung übertragbar. Es ist eine eigenständige Regelung zu empfehlen.

§ 7a Abs. 1 HVSG-E verweist auch auf § 7 Abs. 2 Satz 3 HVSG, obwohl für die Inanspruchnahme von Dritten in § 7a Abs. 3 Satz 3 HVSG-E eine eigenständige Regelung vorgesehen ist. Diese Unklarheit sollte beseitigt werden.

5. Fehlendes Schwachstellenmanagement

Darüber hinaus fehlt es nach wie vor an einem Schwachstellenmanagement hinsichtlich des Einsatzes von Staatstrojanern. Um Staatstrojaner in die jeweiligen Systeme einzuschleusen, werden unter anderem IT-Sicherheitslücken ausgenutzt. Deshalb haben Behörden ein Interesse daran, die Sicherheitslücken nicht bei den Hersteller*innen zu melden, sondern sie offen zu halten. Dem steht entgegen, dass das Computergrundrecht den Staat dazu verpflichtet, zum Schutz der Systeme vor Angriffen durch Dritte beizutragen.²⁷ Diese Schutzpflicht verpflichtet den Gesetzgeber, den Umgang der Behörden mit Sicherheitslücken, die den Herstellern nicht bekannt sind, zu regeln.²⁸

Der Entwurf weitet den Einsatz von Staatstrojanern unter Ausnutzung von Sicherheitslücken aus, ohne dass bisher ein Schwachstellenmanagement vom Gesetzgeber etabliert wurde. Dass ein solches Schwachstellenmanagement unbedingt erforderlich ist, hat das Bundesverfassungsgericht bereits deutlich gemacht:

„Die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates verlangt auch eine Regelung zur grundrechtskonformen Auflösung des Zielkonflikts zwischen dem Schutz informationstechnischer Systeme vor Angriffen Dritter mittels unbekannter Sicherheitslücken einerseits und der Offenhaltung solcher Lücken zur Ermöglichung einer der Gefahrenabwehr dienenden Quellen-Telekommunikationsüberwachung andererseits.“²⁹

III. Ortung von Mobilfunkgeräten (§ 9 HVSG-E)

§ 9 Abs. 1 HVSG-E erfüllt weiterhin nicht die verfassungsrechtlichen Anforderungen. Eingefügt wurde zwar das Erfordernis tatsächlicher Anhaltspunkte. Diese beziehen sich aber allein auf die Aufgabenerfüllung. Es fehlt weiterhin eine verfassungsschutzspezifische Beschreibung des Eingriffsanlasses. Beides ist jedoch als allgemeine verfassungsschutzspezifische Eingriffsschwelle

²⁷ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 08. Juni 2021, 1 BvR 2771/18, Ls. 2 lit. b.

²⁸ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 08. Juni 2021, 1 BvR 2771/18, Rn. 41.

²⁹ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 08. Juni 2021, 1 BvR 2771/18, Ls. 2 lit. b.

bei allen nachrichtendienstlichen Mitteln erforderlich.³⁰ Wie es richtig geht, zeigt § 10 Abs. 2 Satz 1 HVSG-E: „sofern tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass dies im Einzelfall zur Aufklärung von Bestrebungen oder Tätigkeiten nach § 2 Abs. 2 geboten ist“.

§ 9 Abs. 2 HVSG-E verweist für bestimmte eingriffsintensive Maßnahmen auf die erhebliche Beobachtungsbedürftigkeit nach § 3 Abs. 2 HVSG-E. Abgesehen von Mängeln der Definition in § 3 Abs. 2 HVSG-E³¹, ist dies in zweierlei Hinsicht unzureichend.

Erstens ist die Vorschrift zu unbestimmt. Sie erfasst nicht zuverlässig alle eingriffsintensiven Ortungen von Mobilfunkgeräten. Das hat zur Folge, dass auch intensive Grundrechtseingriffe auf Abs. 1 gestützt werden können, der keine hierfür hinreichende Eingriffsschwelle enthält. Auch die richterliche Vorabkontrolle nach § 9 Abs. 3 Satz 2 HVSG ist entsprechend ebenfalls nicht hinreichend zuverlässig für alle eingriffsintensiven Maßnahmen gewährleistet.

Der Mangel ergibt sich daraus, dass der Entwurf die Maßstäbe aus der Verfassungsgerichtsentscheidung abschreibt, statt ein eigenes Regelungskonzept zu entwickeln, das die Eingriffsvoraussetzungen hinreichend bestimmt und normenklar festlegt. Insbesondere ist unklar, was mit einem „längeren Zeitraum“ gemeint ist. Auch ist nicht hinreichend bestimmt geregelt, wann eine Taktung so eng ist, „dass die dadurch ermöglichte Nachverfolgung der Bewegung des Mobilfunkendgeräts im Raum potentiell Rückschlüsse auf Verhaltensweisen, Routinen, persönliche Neigungen oder Vorlieben der betroffenen Person zulässt“. Um alle eingriffsintensiven Maßnahmen zuverlässig zu erfassen, ist die Vorschrift in Anlehnung an die § 11 Abs. 2 HVSG, §§ 12, 19a BayVSG oder § 45 Abs. 2 Nr. 1 BKAG wie folgt zu fassen:

Werden technische Mittel nach Abs. 1 Nr. 2

1. durchgehend länger als 24 Stunden,
2. an mehr als zwei Tagen innerhalb einer Woche
3. oder auf eine andere Weise, die die Erstellung von Bewegungsprofilen ermöglicht,

eingesetzt so ist dies nur zulässig, soweit es zur Aufklärung einer erheblich beobachtungsbedürftigen Bestrebung oder Tätigkeit nach § 3 Abs. 2 im Einzelfall geboten ist.

³⁰ Vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022 - 1 BvR 1619/17 -, Rn. 187; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17. Juli 2024 - 1 BvR 2133/22 -, Rn. 138, 171, 189; Anlage 1 zum Abschlussbericht der Bund-Länder-AG zur Auswertung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts v. 26.4.2022 - 1 BvR 1619/17, S. 7 f, abrufbar unter https://www.imk2022.bayern.de/wp-content/uploads/2022/09/Abschlussbericht_Anlage-1-Gewichtung-der-U%CC%88berwachungsbedu%CC%88ftigkeit.pdf.

³¹ Sie oben I.

Zweitens greift die Maßnahme in bestimmten Fällen, etwa wenn sie durchgehend länger als eine Woche oder an mehr als 14 Tagen innerhalb eines Monats eingesetzt wird, besonders schwer in Grundrechte ein. In diesem Fall ist sie nur zur Aufklärung einer besonders gesteigerten Beobachtungsbedürftigkeit gerechtfertigt.³² Der Hessische Gesetzgeber sollte insofern dem Bayerischen Gesetzgeber folgen.³³ Die Einführung dieser weiteren Eingriffsschwelle ist auch mit Blick auf Observationen und den gezielten Einsatz von verdeckten Mitarbeitenden und V-Leuten geboten.³⁴

IV. Besondere Auskunftersuchen (§ 10 HVSG-E)

§ 10 Abs. 1 HVSG-E enthält wie § 9 Abs. 1 HVSG weiterhin keine verfassungsschutzspezifische Beschreibung des Eingriffsanlasses.³⁵ Dies ist jedoch erforderlich, auch um Friktionen mit § 22 Abs. 3 Nr. 6, Abs. 4 Nr. 6 TDDDG zu vermeiden. Diese Vorschrift fungiert nach dem Doppeltürmodell als „erste Tür“. § 10 Abs. 1 HVSG darf als „zweite Tür“ nicht weiter sein.³⁶ Auch die Terminologie von § 10 Abs. 1 HVSG sollte an § 22 TDDDG angepasst werden („digitale Dienste“ statt „Telemedien“).

Darüber hinaus ist die Maßnahme auf erheblich beobachtungsbedürftige Bestrebungen nach § 3 Abs. 2 HVSG zu begrenzen. Bestandsdaten von Telemedien können sehr sensibel sein.³⁷ Beispielhaft sei die Nutzung von Dating-Apps genannt, die Rückschlüsse auf sexuelle Vorlieben zulässt, oder die Verwendung von speziellen Gesundheits-Diensten, die als solche bereits Rückschlüsse auf Krankheiten zulässt.

§ 10 Abs. 2 HVSG-E ist insgesamt missglückt und im Ergebnis auch verfassungswidrig. Satz 1 erfasst nach dem Entwurf nur noch Bestrebungen nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 HVSG, weil Satz 2 eine Spezialregelung für die anderen Bestrebungen enthält. Satz 2 ist identisch mit der bisherigen Definition einer erheblichen Beobachtungsbedürftigkeit nach § 3 Abs. 2 Satz 1 HVSG (abgesehen von dem rein sprachlichen Unterschied zwischen „nicht nur unerheblich“ und „erheblich“). Die Regelung ist verfassungswidrig, weil keine Kriterien für die Potentialität festgelegt werden.

Beide Regelungen (Satz 1 und Satz 2) können ohne eine wesentliche Änderung des Regelungsgehalts durch einen schlichten Verweis auf § 3 Abs. 2 HVSG ersetzt werden. Denn auch die Bestrebungen nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 HVSG sind nach § 3 Abs. 2 HVSG per se erheblich

32 Vgl. zur Unterscheidung zwischen gesteigerter und besonders gesteigerter Beobachtungsbedürftigkeit BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022 - 1 BvR 1619/17 -, Rn. 359 f. sowie (mit anderer Terminologie) Bayerischer Landtag, Drucksache 18/26159, S. 16.

33 §§ 12, 19a Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 BayVSG.

34 Siehe unten V. und VI.

35 Siehe oben III.

36 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Mai 2020 - 1 BvR 1873/13 -, Rn. 198 f.

37 Bäcker, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/25294, Ausschuss-Drs. 19(4)696 A, S. 7.

beobachtungsbedürftig. Wenn § 3 Abs. 2 Satz 2 HVSG verfassungskonform angepasst wird³⁸, bedarf es auch keiner zusätzlichen Regelung, um dilettantisch agierende Bestrebungen auszuschließen. § 10 Abs. 2 Satz 3 HVSG-E kann dann entfallen.

V. Observation (§ 11 HVSG)

Das Erfordernis tatsächlicher Anhaltspunkte ist auch in § 11 Abs. 2 HVSG aufzunehmen.

§ 11 Abs. 2 HVSG ist aber auch deshalb verfassungswidrig, weil die Eingriffsschwelle der erheblichen Beobachtungsbedürftigkeit nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz entschieden, dass die Befugnis jedenfalls für besonders schwere Eingriffe an einen „besonders gesteigerten Beobachtungsbedarf“ knüpfen muss. Das gelte jedenfalls für den verdeckten Einsatz technischer Mittel zur Anfertigung von Bildaufnahmen und Bildaufzeichnungen.³⁹ Die besonders gesteigerte Beobachtungsbedürftigkeit unterscheidet sich von der gesteigerten Beobachtungsbedürftigkeit, die der hessische Gesetzgeber in § 3 Abs. 2 HVSG umzusetzen versucht hat.⁴⁰ Wie in Bayern, sollte daher für besonders eingriffsintensive Observationen eine weitere Eingriffsschwelle geschaffen werden.⁴¹

VI. Verdeckte Mitarbeiter*innen und Vertrauensleute (§§ 12 und 13 HVSG-E)

Es ist zu begrüßen, dass nach dem Entwurf für alle Einsätze von verdeckten Mitarbeiter*innen und Vertrauensleuten jedenfalls eine erhebliche Beobachtungsbedürftigkeit vorausgesetzt wird. Das reicht jedoch nicht aus. Besonders schwer in Grundrechte eingreifende Einsätze dürfen nur bei einer besonders gesteigerten Beobachtungsbedürftigkeit zulässig sein.

Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass der Gesetzgeber differenzierte Eingriffsschwellen vorsehen kann.⁴² Dass das Gericht insofern von einer Möglichkeit spricht („kann“), erklärt sich damit, dass es dem Gesetzgeber selbstredend freisteht, eine einzige Eingriffsschwelle vorzusehen. Diese muss dann jedoch dem denkbar schwersten Eingriffsgewicht entsprechen. Das wäre vorliegend die besonders gesteigerte Beobachtungsbedürftigkeit.

³⁸ Siehe oben I.

³⁹ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17. Juli 2024 - 1 BvR 2133/22 -, Rn. 359; vgl. auch BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 9. Dezember 2022 - 1 BvR 1345/21 -, Rn. 88.

⁴⁰ Vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17. Juli 2024 - 1 BvR 2133/22 -, Rn. 360.

⁴¹ Siehe § 19a Abs. 1 Satz 3 BayVSG.

⁴² BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022 - 1 BvR 1619/17 -, Rn. 343; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17. Juli 2024 - 1 BvR 2133/22 -, Rn. 187.

Jedenfalls die Begründung einer tieferen vermeintlichen Vertrauensbeziehung und der gezielte Einsatz gegen eine Person wiegt besonders schwer.⁴³ Auch die Dauer kann dazu führen, dass der Eingriff besonders schwer wiegt.⁴⁴

Dem besonders schweren Eingriffsgewicht entspricht die Eingriffsschwelle der besonders gesteigerten Beobachtungsbedürftigkeit.⁴⁵ Diese ist daher auch für besonders eingriffsintensive Einsätze von verdeckten Mitarbeiter*innen und Vertrauensleuten einzuführen.

VII. Datenspeicherung Minderjähriger (§ 16 Abs. 4 HVSG-E)

§ 16 Abs. 4 Satz 1 HVSG-E ermöglicht die potenziell unbefristete Speicherung von Daten Minderjähriger, auch wenn nach Eintritt der Volljährigkeit keine weiteren Erkenntnisse angefallen sind, die die Speicherung rechtfertigen. Das ist unverhältnismäßig.

Minderjährige sind besonders schutzbedürftig. Überwachung und staatliche Datenspeicherungen können sich empfindlich auf die Entwicklung von Kindern, Jugendlichen und Heranwachsenden auswirken, was gesetzliche Schutzvorkehrungen erforderlich macht.⁴⁶

§ 16 Abs. 4 Satz 1 HVSG-E wird dem nicht gerecht. Nach der Vorschrift genügt es, dass die Behördenleitung im Einzelfall ausnahmsweise eine andere Entscheidung trifft. Die Entscheidungsbefugnis wird inhaltlich nicht weiter angeleitet oder eingeschränkt. Es muss sich nur um eine Ausnahme handeln, also nicht die Regel. Womit die Ausnahme begründet werden kann, wird nicht festgelegt. Neue, nach der Volljährigkeit erlangte Erkenntnisse können es nicht sein, denn diese ermächtigen bereits jetzt zur längeren Speicherung.

Die Änderung wird mit der Zunahme minderjähriger Gewalttäter begründet. Das rechtfertigt nicht die vorgesehene Regelung. Ein Bedarf für eine längerfristige oder unbefristete Speicherung würde nur dann bestehen, wenn eine Zunahme von Personen zu verzeichnen wäre, die später Gewalttaten begehen, die man hätte verhindern können, wenn die Daten von Minderjährigen länger gespeichert worden wären. Abgesehen davon ist die Vorschrift nicht auf Gewalttäter*innen beschränkt, sondern erfasst alle Minderjährigen, deren Daten gespeichert sind. Es ist

43 Vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022 - 1 BvR 1619/17 -, Rn. 341; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17. Juli 2024 - 1 BvR 2133/22 -, Rn. 185; ebenso Bäcker, Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bayerischen Staatsregierung zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes und des Bayerischen Datenschutzgesetzes (Drs. 18/21537), S. 8 f.

44 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022 - 1 BvR 1619/17 -, Rn. 343, 344. Siehe auch Art. 18 Abs. 1 Satz 3 BayVSG.

45 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022 - 1 BvR 1619/17 -, Rn. 359 f.

46 Bäcker, Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bayerischen Staatsregierung zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes und des Bayerischen Datenschutzgesetzes (Drs. 18/21537), S. 6 f.

hervorzuheben, dass die Speicherung von Daten Jugendlicher keinerlei Einschränkungen unterliegt. Ausreichend ist der Verdacht einer beobachtungsbedürftigen Bestrebung.

VIII. Übermittlung an Strafverfolgungsbehörden (§ 20a HVSG-E)

§ 20a HVSG-E begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken.

§ 20a Abs. 1 HVSG-E begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken, soweit die Vorschrift neben der täterschaftlichen Begehung, der Teilnahme und der versuchten Beteiligung auch die öffentliche Aufforderung nach § 111 StGB als Anknüpfungspunkt wählt. § 111 StGB ist keine weitere Beteiligungsform, sondern ein eigenständiges Delikt. Das Strafmaß wird in den Fällen des Absatzes 2 (Aufforderung bleibt ohne Erfolg) zudem auf fünf Jahre beschränkt. Das spricht gegen die besondere Schwere.

Aus der Entwurfsbegründung wird nicht ersichtlich, mit welcher Begründung und nach welcher Systematik die in § 20a Abs. 2 HVSG-E aufgezählten Straftaten als besonders schwer klassifiziert wurden. Es entsteht der Eindruck, als wollte der Entwurf bestimmte Deliktsfelder möglichst umfassend in den Katalog einbeziehen. Das gilt insbesondere für Staatsschutzdelikte, die sehr weitgehend als besonders schwere Straftaten klassifiziert werden. Die Bezugnahme auf Verfassungsschutzgüter genügt dafür nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aber gerade nicht.⁴⁷

Es ist zweifelhaft, ob die in der Entwurfsbegründung angeführte Orientierung an Deliktstypen (Grundtatbestand, Qualifikation, besonders schwerer Fall, minder schwerer Fall) tragfähig ist. Denn diese Deliktstypen beschreiben nur das Verhältnis der Tatbestände zueinander. Das muss nicht mit der absoluten Schwere korrelieren. Der Entwurf weicht zudem ohne nachvollziehbare Begründung von der Systematik ab. So handelt es sich etwa bei § 89c Abs. 5 StGB und § 129a Abs. 3 StGB um Privilegierungen. Trotzdem gelten sie nach dem Entwurf als besonders schwer.

Besonders bedenklich ist die Aufnahme der §§ 90 bis 90b StGB, die den Staat und seine Symbole und Organe vor Verunglimpfungen schützen sollen. Die Legitimität eines solchen strafrechtlichen Schutzes staatlichen Ansehens ist zweifelhaft. Jedenfalls handelt es sich auch bei den jeweils einschlägigen Qualifikationstatbeständen nicht um besonders schwer Straftaten.

Zweifelhaft ist auch die Aufnahme von Delikten, die Verhalten weit im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung kriminalisieren. Das ist etwa bei § 83 und den §§ 129 bis 129b StGB der Fall. Besonders problematisch ist die Aufnahme des § 129 Abs. 5 Satz 1 und Satz 2 StGB. Der Verdacht der Bildung einer kriminellen Vereinigung wird schon bei Gruppierungen bejaht, von denen geringfügige Straftaten ausgehen, wie die Ermittlungen gegen Aktivist*innen der Gruppe „Letzte

⁴⁷ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17. Juli 2024 - 1 BvR 2133/22 -, Rn. 208.

Generation“ zeigen. Hier kann selbst bei einer Betätigung als „Rädelsführer“ und „Hintermann“ (§ 129 Abs. 5 Satz 2 StGB) nicht von einer besonders schweren Straftat gesprochen werden.

IX. Übermittlung an sonstige öffentliche Stellen (§ 20b HVSG-E)

Die Übermittlung nachrichtendienstlich erhobener personenbezogener Daten an Behörden mit operativen Zwangsbefugnissen ist grundsätzlich nur bei Vorliegen einer mindestens konkretisierten Gefahr für besonders gewichtige Rechtsgüter zulässig.

Laut Bundesverfassungsgericht kommt es dabei allein darauf an, dass die empfangenden öffentlichen Stellen über operative Anschlussbefugnisse verfügen, und nicht darauf, ob und inwieweit die Datenübermittlung im Einzelfall deren Einsatz nach sich ziehen soll.⁴⁸ Grundsätzlich kann lediglich dann, wenn operative Folgemaßnahmen von vornherein nicht zu besorgen sind, wie etwa bei einer Übermittlung an Verfassungsschutzbehörden des Bundes oder anderer Länder, die Übermittlungsschwelle niedriger sein.⁴⁹

§ 20b Abs. 2 Satz 2 HVSG-E genügt nicht diesen Anforderungen, denn die Formulierung „bei der Verwendung der Daten“ lässt sich dahingehend auslegen, dass es auf die konkrete Verwendung der Daten und nicht auf die abstrakte Möglichkeit von Zwangsmaßnahmen ankommt.

Der unveränderte § 20b Abs. 1 HVSG genügt ebenfalls nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Die Behauptung in der Entwurfsbegründung, das Bundesverfassungsgericht habe diese Regelung in einem obiter dictum legitimiert, ist unzutreffend. Die Passage aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts lautet wie folgt:

„Eine Aussage ist damit aber auch nicht getroffen über die Übermittlung mit nachrichtendienstlichen Mitteln ersterhobener personenbezogener Daten und Informationen an eine inländische öffentliche Stelle, soweit die Übermittlung auf deren Ersuchen oder zur Erfüllung einer dieser gegenüber bestehenden Nachberichts- oder Unterrichtungspflicht im Rahmen personen- oder gruppenbezogener Risikoprävention (vgl. dazu Gärditz, GSZ 2022, 161 <165>) erfolgt. Jedenfalls in gesetzlich geregelten, herausgehobenen Zusammenhängen mit besonders hohem Gefahrenpotential für hochrangige Rechtsgüter und einer engen Verbindung zu den Schutzgütern des Verfassungsschutzes ist hier auf Grundlage entsprechender tatsächlicher Anhaltspunkte im Einzelfall eine Übermittlung grundsätzlich möglich (vgl. zu diesen Fragen Gärditz, GSZ 2022, 161 <165 ff.>; Unterreitmeier, GSZ 2023, 34 <36 ff.>; Roggan, NVwZ 2024, 193 <195 f.>). In Betracht kommen solche Übermittlungen etwa zu Prüfzwecken im Waffen- oder

⁴⁸ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17. Juli 2024 - 1 BvR 2133/22 -, Rn. 227.

⁴⁹ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17. Juli 2024 - 1 BvR 2133/22 -, Rn. 222.

Luftsicherheitsrecht sowie bei personenbezogenen Eignungs- oder Sicherheitsüberprüfungen im öffentlichen Dienst oder in den Fällen, in denen – basierend auf der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für eine wehrhafte Demokratie (vgl. Art. 9 Abs. 2, Art. 18, Art. 21 GG) – schon einer nur potentiellen Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung begegnet werden soll, wie etwa der Vorbereitung von Vereinsverboten (vgl. zur Vorverlagerung des Rechtsgüterschutzes BVerfGE 149, 160 <196 Rn. 104>).“⁵⁰

Die in § 20b Abs. 1 Nr. 1 HVSG genannten Zuverlässigkeitsüberprüfungen erfassen auch Bereiche, in denen kein besonders hohes Gefahrenpotential für hochrangige Rechtsgüter und keine enge Verbindung zu den Schutzgütern des Verfassungsschutzes besteht. Genannt seien beispielsweise gaststättenrechtliche oder berufsrechtliche Zuverlässigkeitsüberprüfungen. Eine vergleichbare Regelung im Bundesverfassungsschutzgesetz ist daher bereits Gegenstand einer neuen Verfassungsbeschwerde.⁵¹

⁵⁰ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17. Juli 2024 - 1 BvR 2133/22 -, Rn. 113.

⁵¹ Siehe <https://freiheitsrechte.org/themen/freiheit-im-digitalen/bverfshg>.