

# Wunsch und Wirklichkeit einer sog. „Überwachungsgesamtrechnung“ – Rechtstheoretische Grundlagen eines innovativen Evaluationsinstruments in der Sicherheitsgesetzgebung

von Dr. Oliver Harry Gerson\*

## Abstract

Im aktuellen Koalitionsvertrag (2021-2025) der Regierungsparteien der „Ampelkoalition“ ist im Zusammenhang mit dem Themenbereich „Sicherheit und Freiheit“ neben der Einrichtung einer sog. Freiheitskommission als unabhängiges Expertengremium auch die Erstellung einer sog. „Überwachungsgesamtrechnung“ vorgesehen. Bislang ist noch nicht abschließend geklärt, in welcher Form und in welchem Umfang eine solche Gesamtschau der Sicherheitsgesetze erfolgen soll und ob es dabei wirklich darum gehen kann, Freiheitseinschränkungen des Bürgers durch Überwachungsbefugnisnormen zu „berechnen“. Insofern stellen sich intrikate Fragen nach den rechtstheoretischen Grundlagen, dem tatsächlichen Nutzen und den Risiken eines solchen Vorhabens. Der nachfolgende Beitrag unternimmt die dogmatisch und methodisch unabdingbare Nabelschau des Konzepts einer Überwachungsgesamtrechnung unter Diskussion bereits publizierter Umsetzungsvorschläge und präsentiert im Anschluss ein eigenes, in Grundierung und Wirkmechanismus singuläres Modell für eine praxistaugliche Ausgestaltung.

In the current coalition agreement (2021-2025) the governing parties have planned to establish a so-called freedom commission as an independent expert body and also have obliged themselves to prepare a so-called „Überwachungsgesamtrechnung“. It has not yet been conclusively clarified in which form and to what extent such an overall view of the security laws should take place and whether it can really be a question of "calculating"

restrictions on the freedom of the citizen through norms of surveillance powers. In this respect, intricate questions arise about the legal theoretical foundations, the actual benefits and the risks of such a project. The following article undertakes the dogmatically and methodologically indispensable navel-gazing of the concept of a „Überwachungsgesamtrechnung“, discussing already published implementation proposals and then presents its own model for a practical design, which is unique in terms of its foundation and mechanism of action.

## I. Einleitung: Neue Agenda der Sicherheitsgesetzgebung

In den Sicherheitsgesetzen von Bund und Ländern finden sich zunehmend neue, bereichsspezifische Ermächtigungsgrundlagen zur Ermöglichung von Grundrechtseingriffen durch Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendienste.<sup>1</sup> Diese zielen in den letzten Jahren vermehrt auf die „Überwachung“ des Bürgers ab,<sup>2</sup> vor allem durch massenhafte, zum Teil anlasslose Datenerhebungen und deren Weiterverarbeitung.<sup>3</sup> Eine dezidierte Prüfung der Verhältnismäßigkeit dieser Eingriffsbefugnisse noch vor ihrem Erlass erfolgt oftmals lediglich isoliert in Bezug auf die Eingriffskompetenz, nicht aber in Form einer Gesamtschau der Wechselwirkungen mit dem bereits bestehenden Überwachungscluster.<sup>4</sup>

Nach dem ausdrücklichen Willen der Politik soll sich das nunmehr grundlegend ändern: Gemäß den Ausführungen des Koalitionsvertrags<sup>5</sup> von SPD, Bündnis90/Die Grünen<sup>6</sup>

\* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht von Prof. Dr. Robert Esser (Universität Passau). Er ist zugleich Mitglied des Arbeitskreises ASP und des Forschungsprojekts „Sicherheitsgesetzgebung und Überwachungsgesamtrechnung“ der Forschungsstelle IDRIS (Prof. Dr. Mark A. Zöller, LMU München), des DAV und der Forschungsstelle HRCP (Prof. Dr. Robert Esser, Universität Passau). Der Beitrag stellt eine Fortführung der Überlegungen des Forschungsprojekts zur Einführung der „Freiheitskommission“ dar (Esser/Zöller u.a., KriPoZ 2022, 326 ff.). Aufgrund ihres eigenständigen Charakters bedarf das Konzept einer Überwachungsgesamtrechnung einer gesonderten Behandlung. Die Ausführungen gehen auf einen Vortrag des Verfassers im Rahmen einer Sitzung des Arbeitskreises am 20.5.2022 in München zurück.

<sup>1</sup> Roßnagel/Bile/Geminn/Hansen/Bieker/Karaboga/Friedewald, Policy Paper zur Einführung einer Überwachungsgesamtrechnung, 2022, S. 5; Löffelmann, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung am 22.2.2021 zum Antrag BT-Drs. 19/23695 (ÜGR), S. 3.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu auch den umfassenden Expertenbericht des „Büros für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag (TAB)“ in BT-Drs. 20/4200 v. 27.10.2022 (Technikfolgenabschätzung [TA]: Beobachtungstechnologien im Bereich der zivilen Sicherheit – Möglichkeiten und Herausforderungen), die neben „Überwachung“ zudem den Terminus „Beobachtung“ verwenden.

<sup>3</sup> Vgl. auch BT-Drs. 19/23695 v. 27.10.2020 (Antrag u.a. der FDP-Fraktion). Zum umfassenden Registerwesen und dessen fortschreitender Modernisierung Bull, DÖV 2022, 261 ff.

<sup>4</sup> So auch TAB-Bericht (Fn. 2), S. 32, 229. Viele dadurch provozierte Verfassungsbeschwerden hätten einen „Kreislauf aus bemängelten Regelungen und entsprechenden Anpassungen“ bewirkt, der die Gesamtlage „komplex und unsicher“ gestalte, so Heckmann/Paschke, in: Stern/Sodann/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, 2. Aufl. (2022), § 121, Rn. 106.

<sup>5</sup> Koalitionsvertrag „Mehr Fortschritt wagen“ von SPD/Bündnis 90 – Die Grünen/FDP (Oktober 2021), S. 86.

<sup>6</sup> Vgl. u.a. BT-Drs. 19/26221 v. 27.1.2021 (Antrag u.a. der Fraktion Bündnis90/Die Grünen), S. 2 ff., 9 (in Bezug auf die Geheimdienste).

und FDP<sup>7</sup> für die laufende Legislaturperiode des Deutschen Bundestages soll die Legislative in Zukunft einen stärkeren Fokus auf die Betrachtung der Gesamtwirkungen und Folgeeffekte von Sicherheitsgesetzen legen.<sup>8</sup> Die Bundesregierung hat hierfür eine auf drei Säulen basierende Strategie vorgelegt: Zum einen soll eine unabhängige wissenschaftliche Evaluation der Sicherheitsgesetze und ihrer Auswirkungen auf Freiheit und Demokratie im Lichte technischer Entwicklung geleistet werden. Eine sogenannte „Freiheitskommission“ soll zukünftige Gesetzgebungsvorhaben in der Sicherheitsgesetzgebung beratend überwachen und evaluieren. Daneben ist eine „Überwachungsgesamtrechnung“ zu erstellen.

Die verkündete Strategie wirft zahlreiche Fragen auf: Weder wird in den Ausführungen des Koalitionsvertrags geklärt, welchen Umfang die Evaluation der „Sicherheitsgesetze“ innehaben,<sup>9</sup> wo die Freiheitskommission institutionell verortet und was ihr Aufgabenbereich sein soll, noch wird deutlich, was genau unter einer „Überwachungsgesamtrechnung“ (im Folgenden: ÜGR) zu verstehen ist.<sup>10</sup> Im Anschluss an die Ausführungen des ASP-/DAV-Forschungsprojektes zur Ausgestaltung der Freiheitskommission<sup>11</sup> sollen im Folgenden die Grundlagen und mögliche Realisierbarkeit einer ÜGR beleuchtet werden (dazu II.1.-3.). Der Beitrag untersucht dabei im Hinblick auf die rechtstheoretische Grundierung, ob und in welcher Form Eingriffsintensitäten von Beschränkungen der Freiheitsrechte des Bürgers mithilfe juristischer Methoden „gemessen“ werden können. Es wird sich dabei – auch unter Berücksichtigung weiterer Konzepte (dazu III.) – zeigen, dass der hehre Wunsch nach einer holistischen ÜGR nicht zu erfüllen ist, denn weder lässt sich „die Überwachung“ fehlerfrei abbilden, diese auch nicht „gesamt“ erfassen und erst recht nicht in einem engeren Sinne „berechnen“ (dazu IV.)<sup>12</sup> Alternativ soll ein anschauliches Konzept einer *pragmatischen* ÜGR entwickelt werden, das eine anschlussfähige Diskussionsbasis für die praxistaugliche Umsetzung der Vorhaben aus dem Koalitionsvertrag bieten könnte (dazu V.).

## II. Das Konzept einer Überwachungsgesamtrechnung

### 1. Grundlagen

Die Genese der ÜGR gleicht zunächst einer Wundertüte. Sie tauchte als Begrifflichkeit über lange Zeit lediglich in wissenschaftlichen Beiträgen auf und verblieb daher ein eher gedankliches Konstrukt.<sup>13</sup> Ihren Ursprung findet sie in einer einzigen Randnummer (!)<sup>14</sup> eines Judikats des *BVerfG*, in dem es um die Zulässigkeit der anlasslosen massenhaften Speicherung von personenbezogenen Daten ging.<sup>15</sup> Ohne dass das *BVerfG* den Terminus selbst verwendet oder auch nur angedeutet hätte, wurde aus einer im Urteil nebenbei erhobenen Mahnung, gerichtet an den Gesetzgeber, sich bei Massendatenspeicherungen in Zukunft etwas „zurück zu halten“,<sup>16</sup> ein Postulat gestrickt: eine ÜGR meine eine Art „verfassungsrechtliche Vorabprüfung“, die vom Gesetzgeber im Rahmen des (Neu-)Erlasses von Sicherheitsgesetzen beachtet werden müsse. Auf Grundlage der Wirkungen eines Überwachungsinstrumentes müsse zunächst dessen verhältnismäßiger Einsatz beurteilt werden (1. Stufe). Zusätzlich müsse auf der Basis einer Gesamtbetrachtung aller bis dato verfügbaren staatlichen Überwachungsmaßnahmen die Verhältnismäßigkeit der Gesamtbelastungen der Freiheit(en) des Bürgers unter Einschluss des konkreten neuen Überwachungsinstrumentes geprüft werden (2. Stufe).<sup>17</sup> Mithin seien die Kumulation und Wechselwirkungen der bestehenden und künftigen Ermittlungsbefugnisse innerhalb der Überwachungslandschaft in den Blick zu nehmen. Der Gesetzgeber solle bei Erreichen der „Obergrenze“, die sich in Gewand der „Totalausforschung“<sup>18</sup> realisiere, nur noch dazu befugt sein, Überwachungsmaßnahmen austauschen, aber nicht mehr, sie zu kombinieren.<sup>19</sup> Dieses inzwischen überwiegende Verständnis der Prämissen einer ÜGR sei dabei nicht ausschließlich auf die vom *BVerfG*

<sup>7</sup> Bereits zuvor in „Das Programm der Freien Demokraten zur Bundestagswahl 2021“, beschlossen auf dem 72. Ordentlichen Bundestagparteitag 14.-16.5.2021, S. 36 sowie in mehreren Anträgen und Kleinen Anfragen, vgl. nur BT-Drs. 19/23695 v. 27.10.2020 (Antrag) S. 5; BT-Drs. 19/32124 v. 27.8.2021 (Kleine Anfrage), S. 2 ff. (Antwort in BT-Drs. 19/32456 v. 13.9.2021, S. 3 ff.).

<sup>8</sup> So nunmehr auch der TAB-Bericht (Fn. 2), S. 228.

<sup>9</sup> Eine Umsetzung einer konkreten Evaluation zeigt *Siems*, GSZ 2021, 12 ff. auf (am Beispiel der Soldateneinstellungsüberprüfung); eine Pflicht zur Evaluation mahnt auch TAB-Bericht (Fn. 2), S. 229 ff. an.

<sup>10</sup> So auch *Geminn*, DÖV 2022, 789 (790).

<sup>11</sup> *Esser/Zöller* u.a., KriPoZ 2022, 326 ff.

<sup>12</sup> So auch *Pohle*, FfF-Kommunikation 2019, 37.

<sup>13</sup> *Schwabennauer*, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 7. Auflage (2021), Rn. 349; *Poscher/Kilchling/Landerer*, „Periodischen Überwachungsbarometers“ – Konzeptstudie, 2022, S. 4; *Poscher/Kilchling/Landerer*, GSZ 2022, 225 (226): „Gedankenmodell“.

<sup>14</sup> Nach *Lindner/Unterreitmeier*, JZ 2022, 915: „eher beiläufig und ohne Entscheidungserheblichkeit“; in diese Richtung auch *Braun/Albrecht*, VR 2017, 151 (154).

<sup>15</sup> *BVerfG*, NJW 2010, 833 (Vorratsdatenspeicherung). Daher sei der Gesetzgeber auch nicht gebunden, vgl. *Braun/Albrecht*, VR 2017, 151 (154). Der *EuGH* hat die anlasslose Vorratsdatenspeicherung nunmehr für unionsrechtswidrig erklärt, vgl. *EuGH*, NJW 2022, 3135 ff. m. Anm. *Roßnagel*; zur Vorgeschichte *Petri* ZD 2021, 493 ff. An die Stelle der anlasslosen Vorratsdatenspeicherung soll – sofern mehrheitsfähig – das sog. „Quick-Freeze-Verfahren“ treten; vgl. hierzu auch den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Sicherungsanordnung für Verkehrsdaten in der Strafprozessordnung v. 25.10.2022.

<sup>16</sup> *BVerfG*, NJW 2010, 833 (839).

<sup>17</sup> *Roßnagel*, NJW 2010, 1238 (1240); deduziert aus *BVerfG*, NJW 2010, 833 (Vorratsdatenspeicherung); vgl. auch *Braun/Albrecht*, VR 2017, 151 (152); *Friedewald/Roßnagel/Bile/Geminn/Hansen/Bieker/Karaboga*, DuD 2022, 572; a.A. *Löffelmann*, Überwachungsgesamtrechnung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, 2022, S. 80: Beschränkung auf die „Kosten“ von Überwachung, d.h. auf die Überwachungsgesamtbelastung.

<sup>18</sup> *BVerfG*, NJW 2010, 833 (839); dazu bereits NJW 1984, 419 ff. (Volkszählung); NJW 2004, 999 (Großer Lauschangriff); zu diesem Aspekt auch *Bieker/Bremert/Hagendorff*, in: *Roßnagel/Friedewald/Hansen* (Hrsg.), *Die Fortentwicklung des Datenschutzes*, 2018, S. 139 (141); instruktiv zum dahinterstehenden Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung *Heckmann/Paschke* (Fn. 4), § 103, Rn. 9 ff. m.w.N.

<sup>19</sup> *Roßnagel*, NJW 2010, 1238 (1240).

in der Vorratsdatenspeicherung betrachteten Massendatensammlungen begrenzt.<sup>20</sup> Vielmehr werde hierdurch ein den Gesetzgeber adressierendes, allgemeines Postulat zur generellen Prüfung der „doppelten Verhältnismäßigkeit“ jeglicher neuen Überwachungsmaßnahme normiert.<sup>21</sup> Aus der auf diesem Wege deduzierten Schutzpflicht für die Freiheit der Bürger vor einem nicht mehr hinnehmbaren Maß an Überwachung soll für den Gesetzgeber sogar eine weiterführende Pflicht zur kontinuierlichen Beobachtung des Grades gesamtgesellschaftlicher Überwachung ableitbar sein.<sup>22</sup>

## 2. Terminologische Klärung

### a) Rechtspolitische und rechtsdogmatische Dimension einer ÜGR

Nicht unterschlagen werden soll an dieser Stelle, dass aus den angeführten Gründen erhebliche Kritik an Genese, Existenz und Umfang der ÜGR geübt wird.<sup>23</sup> Die Deduktion einer umfassenden sicherheitspolitischen „Segelanweisung“ für alle zukünftigen Ermittlungsbefugnisse, die Überwachung ermöglichen, aus einer nicht entscheidungserheblichen Randziffer eines Urteils, in dem es ausschließlich um anlasslose Massendatenerhebung ging, sei der Paradefall eines „rechtspolitischen Framings“.<sup>24</sup> Spätestens durch den aktuellen Koalitionsvertrag ist „die“ ÜGR allerdings in der Welt und harrt der Umsetzung.

Gerade aufgrund ihrer wechselvollen Entwicklung ist die ÜGR vorrangig als ein rechtspolitischer Topos zu verstehen: der Gesetzgeber soll – quasi als Selbstverpflichtung – zu einem sensibilisierten Umgang mit Überwachungsgesetzgebung ermahnt werden; er müsse sich fortan Kenntnis des jeweils bestehenden Niveaus an staatlicher Überwachung verschaffen. Eine ÜGR soll zuvörderst

diese Qualität von *Transparenz* verwirklichen.<sup>25</sup> Der Begriff trägt allerdings das Potenzial in sich, zu einem rechtsdogmatischen *terminus technicus* und womöglich sogar zu einem verfassungsrechtlichen „Anspruch“ zu werden,<sup>26</sup> allerdings nur sofern Grund und Grenzen seiner Ausgestaltung ausreichend ausdifferenziert worden sind.<sup>27</sup> Er könnte sodann als ein verfassungsrechtliches und damit justiziables *Mäßigungsgebot* beim Erlass neuer Ermittlungsbefugnisse im Sicherheitsrecht verstanden werden, das im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung Bedeutung erlangt.<sup>28</sup>

### b) Umfang und Reichweite der „Sicherheitsgesetze“

Ein weiter neuralgischer (Streit-)Punkt einer ÜGR ankernt in der zugrunde gelegten Reichweite des Verständnisses des Begriffs der „Sicherheitsgesetzgebung“, auf die sich eine ÜGR beziehen soll. Ein einheitlicher Sicherheitsbegriff ist bis heute nicht gefunden,<sup>29</sup> was u.a. an dessen genuiner Kontextbezogenheit liegt.<sup>30</sup> Das sog. Sicherheitsrecht ist dadurch „zerfasert, unübersichtlich, unsystematisch und allgemein wenig anwendungsfreundlich“.<sup>31</sup> Funktional wirkt die Materie in der Art einer „Freiheitssicherungsressource“. Weder besteht jedoch eine eindimensionale Wechselbeziehung dergestalt, dass nur Sicherheit oder Freiheit gleichzeitig bestehen können, noch sind Zugewinne an Sicherheit zwangsläufig mit Gewinnen an Freiheit verbunden; indes kann – i.S.e. Sicherheitsparadoxons – das Schließen von (vermeintlichen) Sicherheitslücken zu Verlagerungstendenzen führen.<sup>32</sup> Andererseits kann die Erhöhung der „Sicherheit“ für den einen Teil der Bevölkerung diesem die Nutzung von Freiheit(en) erst ermöglichen,<sup>33</sup> wohingegen andere Bürger gerade durch die Erhöhung der Sicherheit Einbußen in ihrer Freiheit erleiden.<sup>34</sup>

<sup>20</sup> A.A. Lindner/Unterreitmeier, JZ 2022, 915; Braun/Albrecht, VR 2017, 151 (154).

<sup>21</sup> Roßnagel, NJW 2010, 1238 (1242); Esser/Zöller u.a., KriPoZ 2022, 326 (328); Poscher/Kilchling/Landerer, GSZ 2021, 225 (226 f.); Knierim, ZD 2011, 17 (21); Moser-Knierim, Vorratsdatenspeicherung – Zwischen Überwachungsstaat und Terrorabwehr, 2014, S. 248; Schwabennauer (Fn. 13), Rn. 349; a.A. Braun/Albrecht, VR 2017, 151 (152 ff.).

<sup>22</sup> Geppert/Schütz/Roßnagel, 4. Aufl. (2013), TKG § 113a Rn. 59; ebenso Knierim, ZD 2011, 17 (22); Moser-Knierim (Fn. 21), S. 243 f.; Heckmann/Paschke (Fn. 4), § 103, Rn. 44; vgl. ferner aber BVerfG, NJW 2021, 3033 – TKÜ „Schwachstellenmanagement“: Art. 10 Abs. 1 GG begründe einen Auftrag an den Staat, vor dem Zugriff privater Dritter auf die dem Fernmeldegeheimnis unterfallende Kommunikation zu schützen. Die grundrechtliche Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme verpflichte den Staat, einen Beitrag zum Schutz der Systeme vor Angriffen durch Dritte zu leisten.

<sup>23</sup> Vgl. nur Hornung/Schnabel, DVBl. 2010, 824 (827 f.); Pohle, Fif-Kommunikation 2019, 37 ff.; Bieker/Bremert/Hagendorff (Fn. 18), S. 139 (144 ff.) sowie aus neuester Zeit Lindner/Unterreitmeier, JZ 2022, 915 f.

<sup>24</sup> So mit guten Argumenten Lindner/Unterreitmeier, JZ 2022, 915 f.; ablehnend auch Möstl, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung am 22. Februar 2021 zum Antrag BT-Drs. 19/23695 (ÜGR), S. 2 ff.; kritisch auch Hornung/Schnabel, DVBl. 2010, 824 (827 f.): „bislang ohne Beispiel.“ Zu anderen Fällen, in denen das BVerfG tatsächlich „entgrenzt“ die Aufgaben einer Ersatz-Gesetzgebers übernommen habe Hefendehl, in: FS Wolter, 2013, S. 729 (734 ff.).

<sup>25</sup> Roßnagel/Bile/Geminn/Hansen/Bieker/Karabogal/Friedewald (Fn. 1), S. 5; Braun/Albrecht, VR 2017, 151 (155).

<sup>26</sup> Immerhin lasse er sich aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG herleiten, vgl. Moser-Knierim (Fn. 21), S. 228 f.; Knierim, ZD 2011, 17 (20); ebenso Starnecker, Videoüberwachung zur Risikovorsorge, 2017, S. 367.

<sup>27</sup> Hornung/Schnabel, DVBl. 2010, 824 (827 f.); Löffelmann (Fn. 17), S. 18.

<sup>28</sup> Ähnlich auch Braun/Albrecht, VR 2017, 151 (154): „Warn- und Besinnungsfunktion“. Für eine eventuelle Einbeziehung in die Verhältnismäßigkeitsprüfung auch Bieker/Bremert/Hagendorff (Fn. 18), S. 139 (146); vgl. auch BVerfG, NJW 2010, 833 (839): „größere Zurückhaltung [...] bei der Erwägung neuer Speicherungspflichten oder -berechtigungen in Blick auf die Gesamtheit der verschiedenen schon vorhandenen Datensammlungen [...]“.

<sup>29</sup> Instrukтив Dietrich, in: Dietrich/Fahmer/Gazeas/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), HB Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, § 6.

<sup>30</sup> Dietrich (Fn. 29), § 6 Rn. 5. Er findet sich u.a. im GG, im BKAG, in den Verfassungsschutzgesetzen, dem Gefahrenabwehrrecht der Länder, dem StGB etc.

<sup>31</sup> Löffelmann (Fn. 17), S. 16.

<sup>32</sup> Bieker/Bremert/Hagendorff (Fn. 18), S. 139 (143). Beispiel: Werden zur Verhinderung terroristischer Taten vermehrt Kontrollen an Flughafen durchgeführt, werden sich Täter auf lange Sicht andere Tatmittel (z.B. private KFZ) suchen.

<sup>33</sup> Vgl. auch TAB-Bericht (Fn. 2), S. 13: „Ein gewisses Maß an sozialer Kontrolle und damit an Beobachtung ist für das stabile Funktionieren von Gesellschaften daher unerlässlich.“

<sup>34</sup> So kann die Überwachung von öffentlichen Plätzen die objektive und subjektive Sicherheit vulnerabler Personengruppen erhöhen, geht aber zugleich mit einer Beschränkung von Freiheitsrechten aller einher.

Die Formulierungen des Koalitionsvertrages sind insoweit zu sortieren: Zwar sollen „die Sicherheitsgesetze“ auf ihre tatsächlichen und rechtlichen Auswirkungen sowie auf ihre Effektivität hin evaluiert und die Freiheitskommission soll bei der „Sicherheitsgesetzgebung“ beratend tätig werden. In eine ÜGR sollen und können aber – schon dem Ursprung nach – primär nur solche Vorschriften eingestellt werden, die die Erhebung, Speicherung und Verarbeitung von Daten bzw. Datenmengen gestatten, denn nur solche Vorschriften begründen das Risiko der „Totalausforschung“. Von einigen Stimmen wird noch restriktiver gefordert, (nur) anlasslose Massendatensammlungen zu berücksichtigen.<sup>35</sup> Andere präferieren eine vollumfängliche Einbeziehung aller Rechtsgrundlagen, die staatliche Behörden zur Überwachung ermächtigen.<sup>36</sup> Unter Zugrundelegung eines denkbar weiten Verständnisses würden unter dem „Sicherheitsrecht“, das in einer ÜGR Beachtung finden muss, damit alle Gesetze und darin enthaltenen Ermächtigungsgrundlagen einbezogen, die die Verwendung von personenbezogenen Daten ermöglichen, sowohl in Bezug auf anlassbezogen als auch auf anlassunabhängige Maßnahmen,<sup>37</sup> quasi alle „Überwachungsbefugnisnormen“.<sup>38</sup> Damit wären sodann nicht nur das „klassische“ Gefahrenabwehrrecht und Teile des Strafprozessrechts erfasst, sondern eine stetig wachsende Zahl von Gesetzen auf Bundes- und Landesebene<sup>39</sup> in die Betrachtung einzubeziehen.<sup>40</sup>

Mit Blick auf die Umsetzbarkeit des Vorhabens einer ÜGR erscheint eine Beschränkung auf „typische“ (d.h. tatsächlich häufig und/oder kumuliert genutzte) Überwachungsbefugnisnormen auf Bundesebene ohne Einbeziehung privater Datensammlungen ratsam.<sup>41</sup> Typische Anwendungsfälle – nicht bloßer Massendatensammlung – sind u.a.<sup>42</sup> alle Formen der (auch strafprozessualen) Telekommunikationsüberwachung, der Online-Durchsuchung, die Abfrage von Account-Daten bei Telemediendiensten sowie anlasslose Vorratsdatenspeicherung von Kundendaten bei Banken zur Geldwäschekontrolle oder von Fluggastdaten zur Terrorismusbekämpfung,<sup>43</sup> die KFZ-Kennzeichen-Kontrolle<sup>44</sup> auf Autobahnen, Standortbestimmungen,<sup>45</sup> Videoüberwachung, aber auch der Einsatz verdeckter Ermittler.<sup>46</sup>

### 3. Methodische Vorfragen

#### a) Gebot zur Graduierung, Gewichtung, Faktorisierung und Relationierung

Die Zielrichtung einer ÜGR ist – sofern man sie als Faktum anerkennt – weitgehend klar. Kopfzerbrechen bereitet die Umsetzung. Moniert wird vor allem, dass bis heute eine „theoretisch und empirisch fundierte Operationalisierung“<sup>47</sup> der ÜGR, die die tatsächliche Überwachungslast veranschaulicht, fehle. Noch ungeachtet der Frage, wie das Konstrukt einer ÜGR als „doppelte Verhältnismäßigkeitsprüfung“ vorstellbar wäre (dazu IV. und V.), lassen sich – sofern man den Begriff „ÜGR“ ernst nimmt – bereits anhand der den Gesetzgeber adressierenden Aufgabenstellung zwei Qualitäten des Konzepts deduzieren: Es muss sich in Bezug auf die anzuwendende Methode bei einer ÜGR um eine *qualitative Gewichtung* (Bewertung der Intensität der Einzelmaßnahme) und um einen *qualitativ-quantitativen Abgleich* (Gesamtschau der Überwachungsbelastung für den Bürger) handeln. Was eine ÜGR damit nicht liefern kann, ist ein definitorisch festes Konditionalprogramm. Sie stellt keinen Tatbestand in Form einer einzelnen Norm oder eines Normengeflechts dar, sondern beschreibt eine besondere Form der Überprüfung der *kollektiven* Verhältnismäßigkeit von Überwachungsmaßnahmen. Aufgrund des nicht mehr wegreduzierbaren Terminus konturiert sie zudem das Erfordernis einer „Rechnung“ im technischen Sinne,<sup>48</sup> d.h. sie muss (auch) Elemente der *Summierung*, *Faktorisierung* und *Relationierung* enthalten. Nicht zwingend ist hingegen, dass es sich um ein vollständig „durchmathematisiertes“ Theorem handelt, das nur noch mithilfe von KI beherrscht und durchdrungen werden kann. Indes erscheinen gerade vereinfachte Darstellungsinstrumente besser geeignet, die angestrebte *Transparenz* in der zukünftigen Sicherheitsgesetzgebung zu verwirklichen.

#### b) Hindernisse bei der Berechnung von Eingriffsintensitäten

Das Erstellen einer Überwachungsgesamt-„Rechnung“ gestaltet sich in jeder Hinsicht außerordentlich komplex.<sup>49</sup> Das Hauptproblem stellt dabei die (Un-)Möglichkeit der „Berechnung“ der Intensität von Grundrechtseingriffen dar. Diese „Berechnung“ soll nicht so zu verstehen sein, als dass eine simple Addition oder Subtraktion von Wirkungen durchgeführt werden soll.<sup>50</sup> Vielmehr ist in der Art einer *vergleichenden Matrix* aufzuzeigen, welche partikularen Intensitäten von und durch Sicherheitsgesetzgebung und mittels der Verschränkung ihrer Rechtsfolgen auf den Bürger einwirken. Schon ganz grundsätzlich kann konstatiert werden, dass ein starrer Schematismus hierfür nicht

<sup>35</sup> Braun/Albrecht, VR 2017, 151 (152 ff.), wobei nach ihrer Definition die meisten „vorsorglichen“ Datenerhebungen im Sicherheitsrecht auch „anlasslos“ seien.

<sup>36</sup> Knierim, ZD 2011, 17 (19).

<sup>37</sup> So z.B. Knierim, ZD 2011, 17 (21); in diese Richtung auch Bieker/Bremert/Hagendorff (Fn. 18), S. 139 (144).

<sup>38</sup> Häufiger liest man hierfür auch den Begriff „Überwachungsgesetze“, vgl. Roßnagel/Bile/Geminn/Hansen/Bieker/Karaboga/Friedewald (Fn. 1), S. 6.

<sup>39</sup> A.A. Roßnagel/Bile/Geminn/Hansen/Bieker/Karaboga/Friedewald (Fn. 1), S. 12: nur Bundesgesetze.

<sup>40</sup> Vorerst gegen eine Einbeziehung Roßnagel/Bile/Geminn/Hansen/Bieker/Karaboga/Friedewald (Fn. 1), S. 12.

<sup>41</sup> So auch Löffelmann (Fn. 17), S. 86; a.A. Braun/Albrecht, VR 2017, 151 (153): auch private Datensammlungen (bzw. die Einbeziehung privater Akteure) erfolgten zumeist „anlasslos“.

<sup>42</sup> Beispiele nach Poscher/Kilchling/Landerer (Fn. 4), S. 5.

<sup>43</sup> Dazu Knierim, ZD 2011, 17 (18).

<sup>44</sup> Dazu auch Roggan, NVwZ 2019, 344 ff. sowie BVerfG, NVwZ 2019, 381 ff.; NVwZ 2019, 398 ff.

<sup>45</sup> Zur technischen Auffindung von Flüchtlingen in Fahrzeugen vgl. Arzt/Vaudlet/Hofrichter, DÖV 2022, 701 (711 f.).

<sup>46</sup> Löffelmann (Fn. 17), S. 87.

<sup>47</sup> Poscher/Kilchling/Landerer, GSZ 2022, 225 (226).

<sup>48</sup> Ebenso Poscher/Kilchling/Landerer, GSZ 2022, 225 (226).

<sup>49</sup> Pessimistisch Möstl (Fn. 24), S. 2: „Was hier verlangt wird, übersteigt die Leistungsgrenzen der Juristerei.“

<sup>50</sup> So auch Bremert, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung am 22.2.2021 zum Antrag BT-Drs. 19/23695 (Überwachungsgesamtrechnung), S. 3.

dienlich sein kann.<sup>51</sup> Demnach muss ein Mechanismus gefunden werden, der sowohl *gewichtende* als auch *graduierende* Wertungen und *interdependente* Abgleiche zulässt. Dazu können vermehrt empirische Methoden nutzbar gemacht, oder aber ein Methodenmix aus hermeneutischen Ansätzen gewählt werden. Es wäre daher auch unzutreffend, von *der* ÜGR zu sprechen. Indes sind unterschiedliche Methoden denkbar, mit deren Hilfe die „doppelte Verhältnismäßigkeitsprüfung“ durchgeführt werden kann.<sup>52</sup> Gleichwohl sollte man bei aller Faszination für Mathematisierungen nicht der Illusion erliegen, dass eine „Berechnung“ gänzlich objektive Ergebnisse generieren kann. Gerade um juristisch handhabbar zu bleiben, müssen in einer ÜGR stets auch Elemente der Bewertung und Abwägung enthalten sein.

### c) Weiterentwicklung des „additiven Grundrechtseingriffs“

Das Konzept einer ÜGR weist über das Konzept des „additiven Grundrechtseingriffs“<sup>53</sup> hinaus,<sup>54</sup> wenngleich beide dogmatische Parallelen aufweisen.<sup>55</sup> Im Rahmen des „additiven Grundrechtseingriffs“ werden mehrere Einzelmaßnahmen gegenüber *demselben* Grundrechtsträger kollusiv betrachtet, um deren Verfassungsmäßigkeit als Ganzes zu beurteilen.<sup>56</sup> Methodisch wird u.a. vorgeschlagen, die Gesamtbelastung der zu summierenden Eingriffe in diesen Fällen innerhalb der Verhältnismäßigkeit i.e.S. zu berücksichtigen.<sup>57</sup> Dem Gesetzgeber wiederum obliege die Aufgabe der Beobachtung des Auftretens von Kumulationen grundrechtserheblicher Maßnahmen.<sup>58</sup> Der Grad gesamtgesellschaftlicher Überwachung im Rahmen einer ÜGR ist allerdings typisierend anhand der Betrachtung diverser Lebensbedingungen *aller* Grundrechtsträger zu bestimmen, nicht allein bezogen auf das Individuum.<sup>59</sup>

### III. Das „Überwachungsbarometer“ und andere Konzepte als Anschauungsbeispiele einer ÜGR

Ein – gestraffter – Blick auf bereits ausgearbeitete Konzepte einer ÜGR ermöglicht die anschließende rechtstheoretische Diskussion sowie die Darlegung eines alternativen Ansatzes.

### 1. Das „Periodische Überwachungsbarometer“

#### a) Skizze des Projekts

Das sog. „Periodische Überwachungsbarometer“, das am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht (Freiburg) konzipiert wurde,<sup>60</sup> setzt auf einen verfassungsrechtlich-empirischen Ansatz zur Umsetzung der ÜGR.

Die beteiligten Wissenschaftler des „Überwachungsbarometers“ gehen davon aus, dass es für die Berechnung der Überwachungslast eines Landes weder hinreichen kann, ausschließlich auf die Quantität der durchgeführten Maßnahmen abzustellen, noch eine isolierte Betrachtung der abstrakten Gesetzeslage genüge. Gegenstand des „Überwachungsbarometers“ sei daher die „reale Überwachungslast, der die Bürgerinnen und Bürger aufgrund der tatsächlichen Nutzung der verschiedenen rechtlichen Befugnisse [...] in der täglichen behördlichen Routine ausgesetzt sind.“ Das „Überwachungsbarometer“ basiert dabei auf einem sechsstufigen Konzept:<sup>61</sup> (1) Identifikation der zu berücksichtigenden Datensammlungen, (2) Analyse der Zugriffsrechte und der berechtigten Behörden, (3) Ermittlung der tatsächlichen Zugriffszahlen, (4) Gewichtung der Zugriffe nach verfassungsrechtlichen Kriterien, (5) Ermittlung eines Überwachungsindexwertes der einzelnen Zugriffspfade aus den quantitativen Zugriffszahlen und dem qualitativen Intensitätswert, (6) Aggregation des Barometers. Einer vertieften Betrachtung bedürfen für die hiesigen Zwecke die Punkte (4) und (5):

In diesen soll eine „typisierte Gewichtung der verschiedenen Überwachungsmaßnahmen und ihrer jeweiligen rechtlichen Grundlagen nach einheitlichen verfassungsrechtlichen Kriterien“ erfolgen.<sup>62</sup> Zu diesem Zweck soll eine Basis belastbarer Informationen zur Häufigkeit einschlägiger Maßnahmen generiert werden, um die „reale Überwachungslast“ – im Sinne eines „potenziellen Risikos individueller Betroffenheit“ – zu beurteilen.<sup>63</sup> Der zu ermittelnden Intensität der Maßnahme werden deren Anforderungen nicht gegenübergestellt, sondern zu einem umfassenden Kriterienkomplex zusammengefasst, der die gesamtgesellschaftliche Eingriffslast aufzeigen soll.<sup>64</sup>

<sup>51</sup> Poscher/Kilchling/Landerer (Fn. 4), S. 6.

<sup>52</sup> Roßnagel/Bile/Geminn/Hansen/Bieker/Karaboga/Friedewald (Fn. 1), S. 12.

<sup>53</sup> Statt vieler BVerfG, NJW 2005, 1338 (1341); MMR 2005, 371 (372); NVwZ 2006, 191 (198 f.); Heckmann/Paschke (Fn. 4), § 103, Rn. 42 ff.

<sup>54</sup> Treffend Starnecker (Fn. 26), S. 366.

<sup>55</sup> So auch Möstl (Fn. 24), S. 1.

<sup>56</sup> Das BVerfG geht davon aus, „dass verschiedene einzelne, für sich betrachtet geringfügige Eingriffe in grundrechtlich geschützte Bereiche in ihrer Gesamtwirkung zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung führen [können], die das Maß der rechtsstaatlich hinnehmbaren Eingriffsintensität überschreitet“, vgl. BVerfG, NJW 2009, 2033 (2045). In Grundsätzen findet sich dieser Ansatz auch in der Rechtsprechung des EGMR in Bezug auf Art. 8 EMRK, vgl. EGMR (GK), Big Brother Watch u.a./Vereinigtes Königreich, Urt. v. 25.5.2021, Nr. 58170713, 62322/14, 24960/15; (GK), Centrum för rättsvisa/Schweden, Urt. v. 25.5.2021, Nr. 35252/08.

<sup>57</sup> Voßkuhle/Kaiser, JuS 2009, 313 (314); auch hier für eine „doppelte Verhältnismäßigkeitsprüfung“ Klar, MMR 2012, 788 (790).

<sup>58</sup> Kirchhof, NJW 2006, 732 (735); Starnecker (Fn. 26), S. 365.

<sup>59</sup> Moser-Knierim (Fn. 21), S. 236 f.; Starnecker (Fn. 26), S. 369.

<sup>60</sup> Vorschlag eines „Periodischen Überwachungsbarometers“; vgl. hierzu die Konzeptstudie von Poscher/Kilchling/Landerer (2022) sowie die Beiträge von Poscher/Kilchling/Landerer, GSZ 2022, 225 ff. und Poscher/Kilchling, DriZ 2022, 110 ff.; vgl. auch Poscher, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung am 22.2.2021 zum Antrag BT-Drs. 19/23695 (ÜGR).

<sup>61</sup> Vgl. dazu Poscher/Kilchling/Landerer, GSZ 2022, 225 (228).

<sup>62</sup> Poscher/Kilchling/Landerer, GSZ 2022, 225 (228).

<sup>63</sup> Poscher/Kilchling/Landerer, GSZ 2021, 225 (229).

<sup>64</sup> Poscher/Kilchling/Landerer, GSZ 2021, 225 (229).

Zum Katalog der Kriterien zur Bestimmung der Eingriffsintensität gehören u.a. die Anzahl der betroffenen Grundrechte, der Zweck der Maßnahme, deren materielle Anforderungen, die Einbeziehung Privater bei der Datenverarbeitung, die etwaige Heimlichkeit der Maßnahme, deren Streubreite, sowie etwaig schützende Verfahrensvorschriften. Die Gewichtung erfolgt sodann unter Nutzung komplexer Rechenschritte.<sup>65</sup> Die einzelnen Kategorien des Bewertungsmodells sollen zudem mit einer unterschiedlichen Eingriffsschwere im Hinblick auf ihre Belastung für die betroffenen Grundrechtsträger nominiert werden. Dies finde Berücksichtigung, indem in der Modellrechnung des „Überwachungsbarometers“ der Wert jeder einzelnen Kategorie („Basiswert“) mit dem bis zu 10-fachen „Gewicht“ in die Rechnung eingestellt (d.h. multipliziert) werden soll („Gewichtungsfaktor“). Das Endergebnis für eine Maßnahme (der „Intensitätsfaktor“), errechne sich als Summe der Basiswerte, geteilt durch die Anzahl der Kategorien, jeweils multipliziert mit deren Gewichtungsfaktor.<sup>66</sup> Für die Berechnung des „Überwachungsindex“ (d.h. der effektiven Überwachungslast) sind weitere Rechenschritte erforderlich.<sup>67</sup>

#### b) Stellungnahme zum „Überwachungsbarometer“

Da es nicht die *eine* ÜGR, sondern unterschiedliche Methoden zur Ermittlung geben kann, ist an den sozialwissenschaftlichen Details des Konzepts des „Überwachungsbarometers“ grundsätzlich nichts zu erinnern.<sup>68</sup> Insbesondere kann nicht in Abrede gestellt werden, dass die empirische Untersuchung der tatsächlichen – d.h. *realen* – Überwachungslast, einen wichtigen Baustein für die Erstellung einer ÜGR konturiert.<sup>69</sup>

Herauszugreifen sind vielmehr zwei Problemfelder, die die juristische Methode betreffen.<sup>70</sup> Da Sicherheitszugewinne nicht ausschließlich zu Freiheitsverlusten, sondern gerade auch zu Freiheitszugewinnen führen können (dazu bereits II.2.b.), kann es nicht genügen, allein die durch Überwachung erzeugte Last einzupreisen. Indes ist ein maßgeblicher Parameter im Rahmen einer ÜGR die Untersuchung, ob und inwieweit staatliche Überwachung die Freiheitswahrnehmung überhaupt beeinträchtigen kann,<sup>71</sup> und welchen „Nutzen“ die eingesetzte Überwachung auf die Ausübung von Freiheitsrechten entfaltet.

Besonders problematisch ist zudem eine methodische Vor-Frage: Als unstrittig wird vorausgesetzt, dass eine „Rechnung“ im technischen Sinne in Form einer Faktorisierung und Multiplikation zu sachdienlichen Ergebnissen führen kann. Wenngleich die Methode des „Überwachungsbarometers“ mithin *irgendwelche* Resultate produziert, bleibt dennoch unklar, *ob* überhaupt in dieser Form „mit Normen gerechnet“ werden kann.<sup>72</sup> Im Grunde wird nämlich auch in diesem Modellkonzept schlicht subsumiert, lediglich mit dem Unterschied, dass die Ergebnisse der Subsumtion mithilfe empirischer Methoden „geranked“ werden. Die komplexe Mathematisierung überdeckt dabei, dass die vorgenommenen Gewichtungen und Faktorisierungen subjektiven Ursprungs sind und daher das erhebliche Risiko besteht, dass sie sich in interdependenten Verstärkungsspiralen verlieren.<sup>73</sup> Die deutlich spürbaren „Grenzen der Hermeneutik“ (dazu IV.) lassen sich jedenfalls nicht rechtskonform überwinden, indem man sie schlicht ignoriert.<sup>74</sup>

#### 2. Weitere Ansätze: „Freiheitsbestandsanalyse“, „HEAT“, „modifizierte ÜGR“, „Repräsentatives Belastungsmodell“

##### a) HEAT

Im österreichischen Projekt HEAT („Handbuch zur Evaluation der Anti-Terror-Gesetze“) soll ein Überblick über alle österreichischen Gesetze, die Überwachungsbefugnisse ermöglichen, erarbeitet sowie die einschlägige Rechtsprechung aufbereitet werden.<sup>75</sup> Zudem werden die rechtlichen und gesellschaftlichen Bedingungen polizeilicher Überwachung im Bereich der Gefahrenabwehr, Strafverfolgung und im Aufgabenbereich des Verfassungsschutzes beleuchtet.

Ähnlich einer ÜGR werden im HEAT zwar vereinzelte Interdependenzen bestimmter Überwachungsmaßnahmen aufgezeigt; Adressaten der Erkenntnisse sollen aber primär die Bürger sein, die durch das Handbuch über die Überwachungslandschaft informiert werden. Dadurch fehlt dem Modell die Darstellung einer konkreten Handhabung zur Operationalisierung der Umsetzung einer ÜGR für den Gesetzgeber.

<sup>65</sup> Eingesetzt werden sollen Basisvariablen und besondere Verfahrensvariablen. Zu den Basisvariablen würden diejenigen Faktoren zählen, welche die Intensität im engeren Sinne bestimmen, etwa die Art der betroffenen Daten, die Heimlichkeit des Zugriffs oder die Streubreite. In der zweiten Gruppe würden z.B. die materiellen und verfahrensrechtlichen Anforderungen an eine Maßnahme miteinbezogen. Nach diesem Schema könnte für beide Seiten ein faktorisierte Wert berechnet und ins Verhältnis gesetzt werden.

<sup>66</sup> Der Endwert („Intensitätswert“) sei dann stets eine (reelle) Zahl zwischen 1,0 und 10,0; ausführlich *Poscher/Kilchling/Landerer* (Fn. 4), S. 18.

<sup>67</sup> Aus Platzgründen sei hier auf *Poscher/Kilchling/Landerer* (Fn. 4), S. 23 ff. verwiesen, die zwei unterschiedliche Rechenmodelle vorstellen.

<sup>68</sup> Vgl. hierfür die ausführliche Kritik von *Lindner/Unterreitmeier*, JZ 2022, 915 (917 ff.).

<sup>69</sup> In diese Richtung auch *Bieker/Bremert/Hagendorff* (Fn. 18), S. 139 (142); kritisch *Lindner/Unterreitmeier*, JZ 2022, 915 (917 ff.): zu Grunde liege ein defizitäres Verständnis des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit.

<sup>70</sup> Kritisch auch BT-Drs. 19/32456 v. 13.9.2021, S. 3 ff. (Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage u.a. der FDP-Fraktion).

<sup>71</sup> Überzeugend *Lindner/Unterreitmeier*, JZ 2022, 915 (918).

<sup>72</sup> Bzw., ob Grundrechtseingriffe einfach „addiert“ werden können, vgl. *Lindner/Unterreitmeier*, JZ 2022, 915 (922).

<sup>73</sup> Treffend herausgearbeitet von *Lindner/Unterreitmeier*, JZ 2022, 915 (921).

<sup>74</sup> Kritisch auch *Rofnagel/Bile/Geminn/Hansen/Bieker/Karaboga/Friedewald*, (Fn. 1), S. 8: „[...] pseudo-mathematische [...] Berechnungen [...]“; vernichtend *Lindner/Unterreitmeier*, JZ 2022, 915 (923): „In einem methodischen Zirkel bahnt sich hier – münchhausengleich – eine sich selbst ermächtigende Rechtswissenschaft den Weg an die Spitze der Sicherheitspolitik [...]“.

<sup>75</sup> *Tschohl/Scheucher/Kargl/Luksan/Czadilek/Waloschek/Kreisll/Klinger/Hötzendorfer/Möchel*, HEAT – Handbuch zur Evaluation der Anti-Terror-Gesetze in Österreich, 2019.

### b) Freiheitsbestandsanalyse

Unter dem Topos „Freiheitsbestandsanalyse“ plädiert *Pohle* dafür, dass fortan der Staat aktiv gefordert sei, noch von Überwachung unberührte Freiheitsräume offenzulegen.<sup>76</sup> Auch erwirkte „Abschreckungseffekte“ sollen Eingang in die Betrachtung finden.<sup>77</sup>

Die intendierte „Beweislastumkehr“<sup>78</sup> des Konzepts der Freiheitsbestandsanalyse ist zumindest rhetorisch dienlich, da sie das Narrativ von Überwachung neu sortiert: nicht mehr der „Überwachte“ müsse an seine Freiheitssphären erinnern, sondern der „Überwacher“ sei dazu verpflichtet, Rechenschaft über die von ihm selbst verantwortete Überwachungslandschaft abzulegen.<sup>79</sup> Inwieweit sich hieraus operationalisierbare Mechanismen für eine ÜGR ergeben sollen, wird nicht deutlich.<sup>80</sup>

### c) „Modifizierte“ ÜGR

Im Rahmen einer „modifizierten und konkretisierten“ ÜGR<sup>81</sup> möchte *Starnecker* die ÜGR in drei Kategorien fassen:<sup>82</sup> Belastung, Maßnahme und Zustand. „Belastung“ soll die Beschreibung der Überwachungsmaßnahmen, systematisiert anhand der Kompetenzträger, Adressaten der Regelung sowie Anlasslosigkeit bzw. Anlassbezogenheit, mit Angaben zur Verwendungshäufigkeit umfassen. Unter „Maßnahme“ werden grundrechtsschützende Instrumente verstanden, insbesondere prozedurale und technische Schutzmaßnahmen nach dem (ersten oder primären) Grundrechtseingriff. Mit „Zustand“ wird die Untersuchung des „für den Bürger und die Gesellschaft verbleibende[n] Freiraum[s]“<sup>83</sup> in Form einer „Bewertung und Abwägung aus den vorstehenden Kategorien“ beschrieben. Einbezogen werden soll in die Analyse des Zustands auch eine Technikfolgenabwägung.<sup>84</sup>

Gegen die aufgezeigte Kategorienbildung gibt es in der Sache wenig zu erinnern. Was nicht geleistet wird, ist eine Anleitung, wie die aufgereihten Prämissen operationalisiert werden sollen.

### d) Repräsentatives Belastungsmodell nach „Kosten-Nutzen“-Analyse

*Löffelmann* unternimmt eine Eingrenzung und Konturierung dessen, was als „doppelte Verhältnismäßigkeitsprüfung“ verstanden werden kann.<sup>85</sup> Er hinterfragt dabei dezidiert, ob und inwieweit der verfassungsrechtliche

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sich als Fundament einer ÜGR eignet und spricht sich für eine Nutzbarmachung einer ökonomischen Betrachtungsweise aus, die Überwachung aus dem Blickwinkel einer Kosten-Nutzen-Rechnung<sup>86</sup> dekliniert.<sup>87</sup> Er konkludiert, dass eine ÜGR – zumindest bis auf Weiteres – keine Saldierung der Kosten und des Nutzens von Überwachung und auch keine Bestimmung von deren zulässiger Höchstgrenze erbringen könne. Das gründe in dem Umstand, dass kein gemeinsamer Maßstab zur „Verrechnung“ bestehe, da die zu berücksichtigenden Faktoren – einerseits Eingriffskosten in Gestalt der Verletzung von Grundrechtssubstanz und andererseits der durch Überwachung – sich verfassungsrechtlich asymmetrisch zueinander verhielten.<sup>88</sup> Die Nutzenparameter seien nicht verfassungsrechtlich determiniert, die Kosten hingegen schon. Die Bestimmung des „Nutzens“ sei mithin keine Frage von Verfassungsrang, sondern stelle eine Zuschreibung durch den Gesetzgeber dar.<sup>89</sup> Eine ÜGR könne aber dazu genutzt werden, die Eingriffskosten von Überwachung systematisch und fortschreibungsfähig offen zu legen. Voraussetzung hierfür sei die Definition für eine konkrete Betrachtung verfassungsrechtlich verankerter Parameter zur Bestimmung der Eingriffsintensität für ausgewählte Überwachungsmaßnahmen, welche mit statistischen Daten (etwa zur Häufigkeit der Maßnahmen und zur Anzahl der betroffenen Personen) gestützt werden könne.<sup>90</sup> Die Überwachungsbelastung könne auf diese Weise zumindest repräsentativ ermittelt werden. Bei der Bestimmung der Parameter und auch bei der Auswahl der näher zu analysierenden Maßnahmen soll auf rechtstatsächliche Erkenntnisse in Form von Expertenwissen Rückgriff genommen werden.

Die äußerst differenzierten Überlegungen *Löffelmanns* zeigen auf, dass eine holistische ÜGR auf unüberwindbare methodische Probleme stoßen kann, wenn Wertungskriterien ohne Offenlegung ihrer Bedeutung und Folgeeffekte gegeneinander „verrechnet“ werden. Zudem wird das diagnostische Potenzial des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für skalierbare Gewichtungen aufbereitet. Ob die „Kosten-Nutzen-Abwägung“ – trotz aller Unschärfen im Detail – jedoch nicht wenigstens als gedankliches Hilfsmittel für die Strukturierung der einschlägigen Gewichtungsfaktoren zur Bestimmung der Eingriffsintensität hinreichen kann, bleibt offen. Uneingeschränkt zuzustimmen ist ihm im Hinblick auf die Erforderlichkeit der Kumulation von Expertenwissen zur Bestimmung der Wertungsparameter und in Bezug auf die Erforderlichkeit der empirischen Grundierung des Instruments.

<sup>76</sup> *Pohle*, FlIF-Kommunikation 2019, 37, 40 f.

<sup>77</sup> Zu den psychologischen Hintergründen ausführlich TAB-Bericht (Fn. 2), S. 27 ff., 199 ff.; mit guten Argumenten gegen eine Berücksichtigung *Löffelmann* (Fn. 17), S. 93 ff.; *Löffelmann* (Fn. 1), S. 6 f.: nicht skalierbar.

<sup>78</sup> So die Einordnung von *Roßnagel/Bile/Geminn/Hansen/Bieker/Karabogal/Friedewald* (Fn. 1), S. 9.

<sup>79</sup> *Pohle*, FlIF-Kommunikation 2019, 37, 41: Rechtfertigungsordnung im Überwachungsbereich werde „vom Kopf auf die Füße“ gestellt; in diese Richtung geht auch der Einwand von *Braun/Albrecht*, VR 2017, 151 (154), die an das Primat der Störerhaftung erinnern. Eine Überlastung von „Nichtstörern“ durch anlasslose Datensammlungen müsse daher weitgehend vermieden werden.

<sup>80</sup> Kritisch daher auch *Roßnagel/Bile/Geminn/Hansen/Bieker/Karabogal/Friedewald* (Fn. 1), S. 9 f.

<sup>81</sup> Er lehnt sich an die jährliche „Umweltökonomische Gesamtrechnung“ (UGR) und die „Volkswirtschaftliche Gesamtrechnung“ (VGR) an.

<sup>82</sup> *Starnecker* (Fn. 26), S. 373 ff.

<sup>83</sup> *Starnecker* (Fn. 26) S. 374.

<sup>84</sup> Dies wird insbesondere auch vom TAB-Bericht (Fn. 2), S. 227 ff. betont; zur Idee einer Folgenabschätzung auch *Bieker/Bremert/Hagendorff* (Fn. 18), S. 139 (148 f.); *Bremert* (Fn. 50), S. 4 ff.

<sup>85</sup> Umfassend *Löffelmann* (Fn. 17).

<sup>86</sup> Zu den methodischen Grundlagen dieser „ökonomischen Analyse“ *Löffelmann* (Fn. 17), S. 31 ff.

<sup>87</sup> *Löffelmann* (Fn. 17), S. 20 ff.

<sup>88</sup> Genauer zu den differenzierten Überlegungen *Löffelmann* (Fn. 17), S. 78 ff.

<sup>89</sup> *Löffelmann* (Fn. 17), S. 78.

<sup>90</sup> *Löffelmann* (Fn. 17), S. 95 ff.

#### IV. Dogmatische Probleme der Handhabarmachung der ÜGR

Die Frage, wie eine „juristische Rechnung“ aussehen kann, ist über den Weg der Methodenkritik zu beantworten. Ein Blick auf den Zusammenhang von Subsumtion und Rechtsanwendung kann aufzeigen, wo die Grenzen der herkömmlichen juristischen Methode in der Nutzarmachung für eine ÜGR liegen. An deren Stelle könnte sodann ein anders gelagertes Instrument treten, das mehr Flexibilität bietet (dazu V.).

##### 1. Rechtsanwendung im hermeneutischen Zirkel

Das Recht in Form der geschriebenen und tradierten Normen wirkt nicht deskriptiv, sondern präskriptiv:<sup>91</sup> es beschreibt demnach nicht, was Menschen oder Institutionen tatsächlich tun, sondern lediglich das, was Menschen oder Institutionen tun *sollen*.<sup>92</sup> Das wirkt sich auf die Methode aus. Rechtsanwendung als Methode<sup>93</sup> meint eine spezifische Form des semantischen Abgleichens: Durch „sprachlogische“ Schlüsse werden konkrete Lebenssachverhalte unter abstrakte Tatbestände gezogen („Subsumtion“).<sup>94</sup> Das funktioniert, weil die dafür herangezogenen Tatbestände i.d.R. als Konditionalprogramme („wenn-dann“-Schema) ausgestaltet sind. Nur wenn alle Tatbestandsmerkmale des erforderlichen Merkmalbündels vorliegen, wird die Rechtsfolge indiziert. Fehlt ein Merkmal, tritt die Rechtsfolge nicht ein. Tatbestände sind dabei keine analytischen Gebilde, die aus formal-abstrakten Begriffen zusammengesetzt wurden.<sup>95</sup> Indes muss man sich jeden Tatbestand als *interpretativ offen* vorstellen, soll heißen: die Tatbestandsmerkmale lassen sich nicht ausschließlich binnensystematisch verstehen; es bedarf hierfür eines externen Abgleichs. Erst durch diesen externen und zugleich *wertenden* Abgleich mit der Lebenswelt können die Tatbestandsmerkmale sowie der Tatbestand als Ganzes begrifflich ergänzt und ausgefüllt werden.<sup>96</sup> Der Jurist nutzt dabei die (natürliche) Sprache, um Worte (des Lebenssachverhalts) mit Worten (des Normtextes) in Relation zu

setzen („semantisch vermittelte Identität“<sup>97</sup>).<sup>98</sup> Der diesem Ergänzungs- und Deutungsakt zugrundeliegende Vorgang hat einen semantischen Kern („hermeneutischer Zirkel“<sup>99</sup>).<sup>100</sup> Der „Sinn der Norm“<sup>101</sup> ist dabei nicht bereits umfänglich in ihr selbst enthalten, sondern wird unter Einhaltung bestimmter Regeln („Auslegung“)<sup>102</sup> *erschaffen*. Schon „bevor“ der Rechtsanwender mit der Rechtsauslegung beginnt, bildet er Vorahnungen über die zu erkennende Sache („Vorverständnis“<sup>103</sup>).<sup>104</sup> Durch ein „Abschreiten des sprachlichen Feldes“<sup>105</sup> begreift er sodann den Sachverhalt sukzessive durch tieferes Verstehen des Normtextes und die Bedeutung des Normtextes nach und nach durch tieferes Verstehen des Sachverhalts auf einer jeweils anderen, höheren gedanklichen Stufe. Die angestrebte Erkenntnis schraubt sich auf diese Weise „wie eine Spirale“ in die Höhe.<sup>106</sup> Rechtsanwendung gleicht dadurch (auch) einem schöpferischen Akt.<sup>107</sup>

So nebulös – und bis heute nicht umfassend ergründet – der Rechtserkenntnisprozess abläuft, zeigt er einen Umstand deutlich auf: Subsumtion stellt keine naturwissenschaftliche Deduktion dar, die „richtige“ und im empirischen Sinne falsifizierbare Ergebnisse erzeugen kann. Es handelt sich vielmehr um eine regeltreue (Be-)Wertung des Zusammenpassens (oder eben: Nicht-Zusammenpassens) von abstraktem Normsatz und konkretem Lebenssachverhalt.<sup>108</sup> Rechtsanwendung kann folglich keine empirischen Aussagen über die Wirklichkeit treffen; sie erliegt methodisch einem „*reality fail*“. Die Methodenlehre des Rechts zeigt zwar Wege „vom“ und „zum“ Recht,<sup>109</sup> und damit auch, wie das „Leben“ ins Recht „hineinpasst“ – sie bleibt letzten Endes aber zirkulär.

##### 2. Grenzen der Hermeneutik

Erhebliche Hindernisse gründen nicht nur darin, dass Subsumtion ausschließlich (auch-subjektive) Bewertungen generiert. Die Ergebnisse eines Subsumtionsprozesses sind zudem stets *binär*: „Tatbestandsmerkmal liegt vor / liegt nicht vor“, „Vertrag ist wirksam / ist nicht wirksam“;

<sup>91</sup> Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 11. Aufl. (2012), S. 2.

<sup>92</sup> Zippelius (Fn. 91) S. 5; Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 2. Aufl. (1972), S. 36 f.; Rütters/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, 12. Aufl. (2022), Rn. 95.

<sup>93</sup> Umfassend zur nachfolgenden Methodendiskussion Gerson, in: Hirsch/Klinge (Hrsg.), *Zur Wertfreiheit verpflichtet? Gegenwärtige Bedeutung und Berechtigung des Postulats einer wertfreien Wissenschaft (im Erscheinen)*.

<sup>94</sup> Statt vieler Esser (Fn. 92), S. 48 ff.

<sup>95</sup> Hassemer, *Tatbestand und Typus: Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, 1968, S. 44.

<sup>96</sup> Hassemer (Fn. 95), S. 109.

<sup>97</sup> Zippelius (Fn. 91), S. 79.

<sup>98</sup> Gröschner, *JZ* 1982, 622 (623).

<sup>99</sup> Instruktiv Hassemer (Fn. 95); Arth. Kaufmann, in: GdS Armin Kaufmann, 1989, S. 1 (4); gegen das Bild des Zirkels Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. (1995), S. 28.

<sup>100</sup> Dreier, in: Dreier (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018, S. 1 (14 ff.). Grundlegend zur Hermeneutik Gadamer, *Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 4. Aufl. (1975); Esser (Fn. 92); vgl. auch Gröschner, *JZ* 1982, 622 ff.; instruktiv Neumann, in: Hassemer (Hrsg.), *Dimensionen der Hermeneutik*. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag (1984), S. 49 ff.; Gizbert-Studnicki, *Rechtstheorie* 18 (1987) 344.

<sup>101</sup> Gemeint ist nicht allein das Telos, sondern – quasi vorgelagert – der semantische Sinn des Tatbestands.

<sup>102</sup> Die „klassischen“ Methoden hierfür sind die Betrachtung des Wortlauts, der Systematik, der Gesetzesgeschichte sowie von Sinn und Zweck der Vorschrift; ausführlich Zippelius (Fn. 91), S. 35 ff. m.w.N.

<sup>103</sup> Gizbert-Studnicki, *ARSP* 73 (1987), 476.

<sup>104</sup> Das Vorverständnis ist das „Lebensverhältnis des Verstehenden zu der zu verstehenden Sache“, unter der Prämisse, dass der Verstehensprozess zeitlich verzögert bzw. wechselbezüglich verläuft und es zu einem Abgleich zwischen dem Grad des bereits Verstandenen und dem Grad des noch zu Verstehenden kommen muss, vgl. Gizbert-Studnicki, *ARSP* 73 (1987), 476, 477 m.w.N.; Larenz/Canaris (Fn. 99), S. 29; s.a. Esser (Fn. 92), S. 110: Sammlung aller Erfahrungen des Rechtsanwenders.

<sup>105</sup> Hassemer (Fn. 95), S. 72.

<sup>106</sup> Hassemer (Fn. 95), S. 106.

<sup>107</sup> Dreier (Fn. 100), S. 1, 50; Haft, in: Hassemer (Hrsg.), *Dimensionen der Hermeneutik*. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag (1984), S. 91 (94); Rütters/Fischer/Birk (Fn. 92), Rn. 159; Reimer, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl. (2020), Rn. 237; Esser (Fn. 92), S. 18; zur Rechtsanwendung als „Rechtserkenntnis“ Braun, *RphZ* 2020, 40 (50 ff.).

<sup>108</sup> Um „das Leben“, das es für die Subsumtion bedarf, zu erhalten, braucht es des juristischen Verfahrens (d.h. des Prozesses). Das materielle Recht allein bietet keine Hilfestellung für die Ermittlung der Lebensstatsachen, sondern lediglich für deren Bewertung.

<sup>109</sup> Michael, *Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme*, 1997, S. 21.

„Maßnahme ist rechtmäßig / ist rechtswidrig“. Dieser binäre Charakter der Subsumtionsresultate lässt keine graduelle Einordnung der Ergebnisse („liegt eher vor / liegt weniger vor“) zu. Das ist der Methode immanent, denn entweder lässt sich ein Lebensumstand subsumieren, oder eben nicht.<sup>110</sup> Die Konsequenz daraus ist, dass eine qualitative Abstufung *mithilfe des Syllogismus* weder erzeugbar, noch darstellbar ist.<sup>111</sup> Der „hermeneutische Zirkel“ hinter der Subsumtion gerät daher an absolute methodische Grenzen, wenn es um die Ausfüllung von Generalklauseln oder um den Vergleich der Wirkungen von Rechtsnormen untereinander geht.

Generalklauseln (u.a. „Sittenwidrigkeit“, „Treu und Glauben“, „Gebotenheit“, aber auch: „Verhältnismäßigkeit“) stellen keine typischerweise in Form eines Konditionalprogramms darstellbaren Schemata dar.<sup>112</sup> Vielmehr handelt es sich um Tatbestände mit mindestens einem „offenen Wertungsbegriff“. <sup>113</sup> Dieser bedarf der *Konkretisierung*.<sup>114</sup> Sodann müssen zur Handhabarmachung der Generalklausel *bereits erfolgte* Subsumtionen – in Form einer quasi-kasuistischen Näherung – miteinander in Beziehung gesetzt werden („Abwägung“).<sup>115</sup> Dieser Abwägungsvorgang kann nicht erneut mithilfe von Subsumtion erfolgen, da dieser Methode der *gewichtende* Charakter fehlt. Subsumtion versagt demnach als Methode, wenn es darum geht, eine Aussage über die *Qualität* einer Maßnahme zu treffen (Intensität, Folgenschwere, Verhältnismäßigkeit), da die Feststellung des Vorliegens der Einzelmerkmale nur den Rechtsfolgenbefehl auslöst, nicht aber dessen Wirkung klassifiziert. Da Subsumtion zudem nicht geeignet ist, empirische Aussagen über die Lebenswelt zu deduzieren oder zueinander in Beziehung zu setzen, kann auch kein Vergleich etwaiger interdependenter Rechtswirkungen *verschiedener Tatbestände untereinander* erfolgen. Hierfür fehlt es der Subsumtionsmethode an der Befähigung zur Erfassung von *Quantität*.

### 3. Ergo: Subsumtion ist nicht die richtige Methode für eine ÜGR

Das typische Konditionalprogramm eines Tatbestands setzt das Vorliegen aller Tatbestandsmerkmale voraus, um die Rechtsfolge zu induzieren. Fehlt ein Merkmal, tritt die Rechtsfolge nicht ein. Diese Vorgehensweise versagt, wenn es darum geht, eine Aussage über die *graduelle*

*Qualität* einer Maßnahme zu treffen (Intensität, Folgenschwere, Verhältnismäßigkeit), da die Feststellung des Vorliegens der Einzelmerkmale nur den Rechtsfolgenbefehl auslöst, nicht aber dessen Wirkung klassifiziert. Für die Durchführung *quantitativer Vergleiche* fehlt es der Subsumtionstechnik zudem an empirischer Grundierung.

Was demnach nicht Ergebnis einer Subsumtion sein kann, sind Bewertungen in der Art der Beurteilung eines „eher leichten“ oder „eher schweren“ sowie eines „geringfügigen“ oder „intensiven“ bzw. „tiefgreifenden“ behördlichen Eingriffs. Diese Bewertungen sind gerade nicht mithilfe der Subsumtionstechnik generiert worden, denn diese kann allenfalls feststellen, *ob* ein Eingriff vorliegt und *ob* dieser Recht(e) verletzt. Wie „intensiv“ die Verletzung ist, stellt hingegen eine nachgelagerte und erneut vergleichende Bewertung dar. Diese erfolgt entweder unsystematisch-intuitiv, oder aber mittels empirischer Unterfütterung. Insofern das *BVerfG* daher in seiner Rechtsprechung regelmäßig auf klassifikatorische Maßstäbe wie „geringe“ oder „geringfügige“,<sup>116</sup> „erhebliche“<sup>117</sup> oder „besonders intensive“<sup>118</sup> Grundrechtseingriffe abstellt,<sup>119</sup> darf diese Kasuistik trotz aller Griffigkeit nicht darüber hinwegtäuschen, dass sie auf einer Bewertungsebene „über“ bzw. „nach“ der Subsumtion angelegt ist.<sup>120</sup> Insofern diese Klassifikation als „zweite Verhältnismäßigkeitsprüfung“ fungieren soll, fehlt es ihr (noch) an einer nachvollziehbaren Systematik.<sup>121</sup> Es stellt insofern zwar keine Besonderheit dar, dass in einem Rechtssystem nicht alle Entscheidungen aus einem geschlossenen System von Normen durch Subsumtionsschlüsse abgeleitet werden können.<sup>122</sup> Dann aber muss die alternativ angewendete Methode transparent gemacht und systematisch angewendet werden.

### V. Heranziehung eines „beweglichen Systems“ zur Erstellung einer Vergleichsmatrix

Die Hindernisse, die eine „Berechnung“ im Rahmen einer ÜGR, bereitet, sind herausgeschält worden. Anstelle der „gewöhnlichen“ Subsumtion müssen für die Anwendung der ÜGR solche Methoden genutzt werden, die sowohl *qualitative Gewichtungen* als auch *qualitativ-quantitative Vergleiche* ermöglichen. Gleichwohl muss die Gesamtmethode eine juristische bleiben – und nicht etwa eine rein

<sup>110</sup> So deutlich auch *Westerhoff*, Die Elemente des Beweglichen Systems, 1991, S. 17.

<sup>111</sup> Zu unterscheiden ist hiervon die Möglichkeit, Sachverhalte als „mehr“ oder „weniger“ angemessen, verhältnismäßig, geboten etc. zu bezeichnen.

<sup>112</sup> Vgl. nur *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. (1991), S. 583; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 26.

<sup>113</sup> Zum Teil auch „unbestimmter Wertbegriff“ oder „offen normativer Begriff“, vgl. *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 92), Rn. 183; *Kamanabrou*, AcP 2002, 662 (664).

<sup>114</sup> *Kamanabrou* AcP, 2002, 662, (670) m.w.N.

<sup>115</sup> Instrukтив *Kamanabrou*, AcP 2002, 662 (672 ff.).

<sup>116</sup> U.a. *BVerfG*, NJW 2008, 1505 (1508) – (beschränkte) KFZ-Kennzeichenkontrolle; NJW 1985, 121 (123) – Briefkontrolle.

<sup>117</sup> *BVerfG*, NJW 2008, 39 (40 f.) – Verbot eines Romans; NJW 2019, 827 (834) – KFZ-Kennzeichenkontrolle zur Fahndung.

<sup>118</sup> *BVerfG*, NSTZ 2021, 348 (351) – „elektronischen Fußfessel“.

<sup>119</sup> Umfassender Überblick zu allen Termini bei *Löffelmann* (Fn. 17), S. 21 ff. m.w.N.

<sup>120</sup> Treffend *Westerhoff* (Fn. 110), S. 64: „[...] Abwägen [ist] etwas ganz anderes [...] als Ableiten oder Deduzieren.“

<sup>121</sup> Am ehesten handelt es sich hierbei um ein sog. „komparatives System“. Komparative Systeme bestehen aus Elementen, deren rechtliche Gewichtung nicht starr feststeht, sondern mit Hilfe von Steigerungsformen („je mehr ..., desto ...“) ermittelt wird; dazu instruktiv *Michael* (Fn. 109), S. 262 ff. Ein spezifischer Unterfall dieser „komparativen Systeme“ ist das sog. „bewegliche System“ (dazu V.).

<sup>122</sup> An diesem Umstand knüpfen unter anderem der Typusbegriff (vgl. *Hempel/Oppenheim*, Der Typusbegriff im Lichte der neueren Logik, 1936; *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, 1971, S. 34; *Larenz*, in: FS Wilburg, 1975, S. 217 ff.), die Topik-Lehre (vgl. *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. [1974]) sowie die Lehre von den Rechtsprinzipien an (vgl. *Esser*, Grundsatz und Norm, 4. Aufl. [1990], S. 87 ff. sowie *Alexy*, Rechtstheorie 1979, 59 ff.); vgl. auch *von Hippel*, Richtlinie und Kasuistik im Aufbau von Rechtsordnungen, 1942, S. 30 ff.

sozialwissenschaftliche oder statistische, da die ÜGR ansonsten von den (auch) zur Überprüfung berufenen Juristen nicht mehr nachvollzogen werden könnte.

Eine denkbare Lösung wäre die Nutzbarmachung einer der Subsumtion zumindest artverwandten, rechtstheoretisch allerdings leicht differenzierten Methode, die es zulässt, neben der starren Abarbeitung eines (Konditional-)Schemas eine – „über“ dem Tatbestand angesiedelte – fluide Bewertung von Umständen zu vollziehen (sog. „bewegliches System“). Zusätzlich bedarf es einer – zumindest „mathematisiert“ grundierten – Visualisierungsform, um die vorgenommenen Gewichtungen darstellen zu können (sog. „Vergleichsmatrix“).

### 1. Grundlagen des „beweglichen Systems“

#### a) Methode und Anwendungsbereich

Für die Bewältigung qualitativ-quantitativer Abwägungsvorgänge zeigt sich die methodische Denkfigur des sog. „beweglichen Systems“ als besonders geeignet.<sup>123</sup> Entscheidendes Charakteristikum eines „beweglichen Systems“ ist, dass auf die Bildung fester Tatbestände verzichtet wird. Um die Bewertung eines (Rechts-)Umstands zu ermöglichen, wird stattdessen zunächst eine Ansammlung von „Elementen“<sup>124</sup> gebildet, bei deren vollständigem Vorliegen zwar auf jeden Fall eine Bejahung des zu gewichtenden Umstands anzunehmen ist. Die einzelnen Elemente sind jedoch – anders als in festen Tatbeständen – wechselseitig austauschbar und ergänzen sich gegenseitig.<sup>125</sup> Sie können zudem mithilfe von Gewichtungen oder Schweregraden indiziert werden. Ein einzelnes Element der Ansammlung kann dabei so ausgeprägt vorliegen, dass sich schon hieraus die Rechtsfolge bzw. das Ergebnis einer Bewertung ergibt („kompensatorisches Zusammenspiel der Elemente“).<sup>126</sup> Bei der Bestimmung dieses Wechselspiels aus Flexibilität und Fungibilität kann weitgehend offen („freie Abwägung“<sup>127</sup>) berücksichtigt werden, in welcher Gewichtung und in welchem Schweregrad ein Merkmal auftritt. Die „Beweglichkeit“ der Elemente ist damit eine dreifache: Zunächst muss es sich um graduell erfüllbare Merkmale handeln (oder aber mindestens ein graduell erfüllbares Merkmal vorliegen). Zudem muss

auch die Verknüpfung von Voraussetzung und Rechtsfolge bei den „beweglichen Systemen“ gradueller Natur sein,<sup>128</sup> d.h. auch die Rechtsfolge / der Rechtszustand muss sich im Schweregrad abstufen lassen. Zuletzt wird der Grad der Erfüllung der Merkmale nicht an einem starren Grenzwert zwischen rechtlicher Relevanz bzw. Irrelevanz bestimmt, sondern zeigt sich erst aus dem Zusammentreffen mit dem jeweiligen Stärkegrad der Erfüllung anderer Merkmale. Ein bereits bestehender und auch in der Rechtsprechung etablierter Anwendungsfall für ein „bewegliches System“ ist die Prüfung der „Sittenwidrigkeit“ i.S.d. § 138 Abs. 1 BGB.<sup>129</sup> Die Annahme der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts ergibt sich regelmäßig erst aus der Bewertung des Zusammenwirkens mehrerer Faktoren (sog. „Summenwirkung“).<sup>130</sup>

Das „bewegliche System“ wirkt somit nicht auf das Konditionalschema der Tatbestandsebene ein, sondern bietet eine argumentative Hilfestellung für die Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe oder Generalklauseln in Tatbeständen oder für die graduelle Bewertung von (Rechts-)Umständen „über“ Tatbeständen.<sup>131</sup> Wichtig ist daher – schon aus Gründen der rechtssicheren Anwendung –, dass bei der Etablierung eines „beweglichen Systems“ nicht die bestehenden Tatbestandsmerkmale einer Vorschrift flexibilisiert werden.<sup>132</sup> Diese sind weiterhin *lege artis* zu subsumieren, müssen also weiterhin vollständig als gegeben feststehen – ansonsten befände man sich im methodisch „freien Fall“ völliger Willkür- und Beliebigkeit. Stattdessen wird, sofern tatbestandlich oder quasi-tatbestandlich eine zusätzliche generalklauselartige Gesamtbetrachtung erforderlich ist, eine weitere Ebene, nämlich die der Systemelemente, „über die Norm“ gelegt. Diese Systemelemente werden nach der Subsumtion gegeneinander „verrechnet“. Die Innovation des „beweglichen Systems“ im Vergleich zum althergebrachten Konditionalprogramm liegt damit in der Modifikation der Verknüpfung von (quasi-)tatbestandlichen Voraussetzungen, die es gesondert zu bestimmen gilt, und Rechtsfolge, die dadurch nicht mehr ausschließlich binär produziert (wird), sondern graduelle Stufungen zulässt. Die kategoriale Folge: An die Stelle der „Wenn-dann-Beziehung“ zwischen Tatbestand und Rechtsfolge des Konditional-

<sup>123</sup> Hierzu erstmals ausführlich *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, 1951; *Wilburg*, AcP 1964, 346 ff.; darauf aufbauend und zum Teil fortbildend *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969, 74 ff.; *Mayer-Maly*, in: Bydliński u.a. (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986, S. 117 ff.; *Westerhoff*, Die Elemente des Beweglichen Systems, 1991; *Schmoeckel*, AcP 1997, 1 (28); *Michael*, Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme, 1997; *Petersen*, Unternehmenssteuerrecht und bewegliches System, 1999; aus neuerer Zeit *Maurer*, Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei § 826 BGB, 2017; *Sack/Fischinger*, in: Staudinger, BGB, 16. Aufl. (2017), § 138 Rn. 120; *Paas*, Das bewegliche System. Zur Karriere einer juristischen Denkfigur, 2021; *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2021), § 138 Rn. 44 ff.; *Jakl*, in: BeckOGK, (Stand: 1.4.2022), § 138 Rn. 98 ff. Kritische Stimmen u.a. bei *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 2. Aufl. (1991), Rn. 230 ff.; *Reinhardt*, AcP 1943, 147, 167 ff.; *Esser*, RabelsZ 18 (1953), 165, 166 f.; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 228 Rn. 12. Der Gedanke der „übergeordneten Prinzipien“ wurde zeitlich vor *Wilburg* bereits durch *von Hippel* (Fn. 122), S. 30 ff. thematisiert.

<sup>124</sup> Zum Teil auch als „Faktoren“, „Wertungskriterien“, „Prinzipien“, „Merkmale“ oder „Kategorien“ bezeichnet.

<sup>125</sup> *Westerhoff* (Fn. 110), S. 18; *Petersen* (Fn. 123), S. 27: „Ranglosigkeit und Fungibilität“ der Elemente.

<sup>126</sup> *Petersen* (Fn. 123), S. 28.

<sup>127</sup> *Wilburg*, Die Elemente des Schadensrechts, 1941, S. 64; zur sog. „Basiswertung“ *Schilcher*, Theorie der sozialen Schadensverteilung, 1977, S. 204 ff.

<sup>128</sup> Der Unterschied zu gewöhnlichen Tatbeständen liegt also nicht im Wesen der Voraussetzungen, sondern in der Art der Verknüpfung mit der Rechtsfolge; so auch *Michael* (Fn. 109), S. 52.

<sup>129</sup> *BGH*, NJW 1956, 337; *NJW* 1957, 1274; *NJW* 1986, 2564; *NJW* 1995, 2635, 2636; *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, § 138 Rn. 45; *Sack/Fischinger*, in: Staudinger, BGB, § 138 Rn. 120. Einzelne Elemente bei § 138 BGB sind u.a. (1) ein auffälliges Leistungsverhältnis, (2) die verwerfliche Gesinnung (3), die objektive Ausnutzung einer Machtposition sowie (4) die Freiheitsbeschränkung und/oder Gefährdung Dritter; zum Beispiel des § 254 BGB vgl. *Michael* (Fn. 109), S. 71 ff.; zu § 826 BGB *Maurer* (Fn. 123), S. 123 ff. *Sack/Fischinger*, in: Staudinger, BGB, § 138 Rn. 120.

<sup>130</sup> *Westerhoff* (Fn. 110), S. 64.

<sup>132</sup> So auch besonders betont von *Michael* (Fn. 109), S. 74 f.

programms tritt eine „Je-desto-Verknüpfung“ der Elemente mit der Rechtsfolge.<sup>133</sup> Mithilfe der Denkfigur des beweglichen Systems lassen sich daher einzelne Parameter einer *übergeordneten* Wertung von Einzelumständen gewichten und miteinander in Beziehung setzen. Es dient damit als methodisches Hilfsmittel für die systematisch nachvollziehbare<sup>134</sup> *graduelle* Gewichtung des Vorliegens eines zu beurteilenden Umstands „über“ der Norm.

#### b) Anwendung des „Beweglichen Systems“ auf eine ÜGR

Die Denkfigur des „beweglichen Systems“ ist nicht deckungsgleich auf Überwachungsbefugnisnormen übertragbar, da diese nicht (stets) als Generalklauseln ausgestaltet sind und auch keine Vergleichsprozesse vorbereiten sollen.<sup>135</sup> Zudem liegt das Ziel einer ÜGR nicht darin, eine „neue“ Auslegungsmethode für die Subsumtion von Ermächtigungsgrundlagen bereitzustellen. Geht es allerdings darum, die *Eingriffsintensität* einer Maßnahme (sprich: deren auch folgenorientierte Verhältnismäßigkeit) bzw. die des Zusammenspiels eines ganzen Maßnahmenflechts („doppelte Verhältnismäßigkeit“) zu bewerten, handelt es sich um einen *qualitativ* und *quantitativ gewichtenden Abwägungsvorgang*. Hierfür kann das methodische Handwerkszeug des „beweglichen System“ nutzbar gemacht werden.

Hierfür sind zunächst *Wertungskriterien* (bzw. Faktoren, Elemente) „über“ den entsprechenden sicherheitsrechtlichen Überwachungsbefugnisnormen zu bestimmen. Nach der Sammlung der Wertungskriterien kann – als zweiter Schritt – eine Gewichtung der Faktoren untereinander erfolgen, anhand derer abstrakt die Eingriffsintensität für jede Überwachungsmaßnahme „berechnet“ werden kann.<sup>136</sup> Es ist demnach festzulegen, welches dieser Wertungskriterien in der Gesamtschau schwerer wiegt im Hinblick auf die (Gesamt-)Eingriffsintensität der Überwachung und welches weniger schwer wiegt.

Zur Veranschaulichung folgt ein konkretes Umsetzungsbeispiel mit selbstgewählten und beliebig erweiterbaren Faktoren. Der Vorschlag möchte die Gewichtung möglichst simpel ausgestalten und die bereits durch die Rechtsprechung verfestigte Dreistufigkeit der Bewertung der In-

tensität von Grundrechtseingriffen („geringfügig – von einigem Gewicht – tiefgreifend“) beibehalten. Die Umsetzung erfolgt anhand eines Vervielfältigungsfaktors (einfache, doppelte oder dreifache Gewichtung). Wertungskriterien mit höherem Faktor sind sowohl aus rechtsdogmatischer Sicht als auch in der Wahrnehmung des Bürgers bereits in abstrakter Betrachtung als „bedeutsamer“ einzu-stufen.<sup>137</sup>

Unter anderem sind die nachfolgenden Wertungskriterien mit Gewichtung denkbar, wobei eine Kategorisierung in „Kosten der Überwachung“ und „Nutzen der Überwachung“ erfolgt.<sup>138</sup> Hierdurch wird dem Spannungszustand aus „Sicherheit und Freiheit“ Rechnung getragen, indem sowohl Nachteile als auch erwünschte Effekte der Überwachung in die Bewertung der Belastung eingepreist werden.

#### „Kosten“ der Überwachung:

- Grundrechtssensibilität<sup>139</sup> der Maßnahme (Faktor 3)
- Dauer der Maßnahme (Faktor 2)
- Häufigkeit der Maßnahme (Faktor 3)
- Streubreite der Maßnahme<sup>140</sup> (Faktor 2)
- erfasstes und generiertes Datenvolumen (Faktor 1)
- (Un-)Vorhersehbarkeit des Betroffenseins / Heimlichkeit der Maßnahme<sup>141</sup> (Faktor 3)
- Anschlussverwendung der generierten Daten<sup>142</sup> (Faktor 2)
- [...]

#### „Nutzen“ der Überwachung

- Effektivierung der Kriminalitätsbekämpfung<sup>143</sup> (Faktor 3)
- Erhöhung der gesellschaftlichen Freiheit(en) durch (Ab-)Sicherung<sup>144</sup> (Faktor 2)

Kein „Nutzen“, aber ein die Belastung mindernder Faktor sind

- grundrechtsschützende Verfahrensregelungen und ein effektiver Rechtsschutz gegen die Maßnahme (Faktor 3)

<sup>133</sup> Michael (Fn. 109), S. 51; Petersen (Fn. 123), S. 28; Maurer (Fn. 123), S. 77.

<sup>134</sup> Vgl. Westerhoff (Fn. 109), S. 93: Die Anwendung dieser Denkfigur ermögliche es, „Wertungen methodisch bewußt zu vollziehen, wo wir bisher rein gefühlsmäßig arbeiten mußten.“

<sup>135</sup> Zudem geht es nicht um die methodische Auslegung der Ermächtigungsgrundlage, sondern um die Erstellung einer ÜGR, d.h. die Bewertung der *Folgen* der Überwachungsmaßnahme.

<sup>136</sup> Zur Bestimmung des abstrakten Gewichts der durch eine Norm geschützten Belange Reimer (Fn. 107), Rn. 542.

<sup>137</sup> A.A. natürlich vertretbar; es handelt sich lediglich um eine beispielhafte Gewichtung zur Illustration.

<sup>138</sup> Angelehnt an Löffelmann (Fn. 17), S. 45 ff. m.w.N. zur Rechtsprechung; vgl. aber auch den Katalog in EGMR (GK), Big Brother Watch u.a./Vereinigtes Königreich, Urt. v. 25.5.2021, Nr. 58170713, 62322/14, 24960/15, § 361; s.a. Hornung, in: Albers/Weinzierl (Hrsg.), Menschenrechtliche Standards in der Sicherheitspolitik, 2010, S. 65 (74), der zudem u.a. die „Dauer der zeitlichen Überschneidung der Anwendung“, die „Betroffenheit höchstpersönlicher Kommunikation“, das „Bestehen persönlicher Vertrauensverhältnisse“, die Erfassung von Ton und- / oder Bild sowie die von „Rückzugsräumen“ i.S.v. Art. 13 GG einbezieht.

<sup>139</sup> Gemeint ist: wie viele und welche Grundrechte sind betroffen, Eingriff in welche „Sphäre“ etc.

<sup>140</sup> Dazu Braun/Albrecht, VR 2017, 151 (153) m.w.N.: eine hohe Streubreite bewirke auch einen erheblichen Einschüchterungseffekt.

<sup>141</sup> Zu deren Bedeutung auch Hefendehl, in: FS Wolter, 2013, S. 729 (741); Braun/Albrecht, VR 2017, 151; Heckmann/Paschke (Fn. 4), § 103, Rn. 45.

<sup>142</sup> Instruktiv hierzu Löffelmann, GSZ 2019, 16 ff. m.w.N.: zweckändernde Datenverwendung als „neuer Eingriff“.

<sup>143</sup> Hierzu TAB-Bericht (Fn. 2), S. 17.

<sup>144</sup> Zu diesem – umstrittenen – Effekt auch TAB-Bericht (Fn. 2), S. 14.

An dieser Stelle ist besonders deutlich zu machen, dass sowohl die Wertungskriterien als auch deren mögliche Gewichtung und deren jeweiliger Erfüllungsgrad lediglich *exemplarisch* zu verstehen sind, um den Mechanismus des beweglichen Systems in einer ÜGR verdeutlichen zu können. Die hiesige Auswahl und Gewichtung ist daher – bewusst – *subjektiv* und *in keiner Weise verbindlich*.

c) „Berechnung“ und Visualisierung: „Vergleichsmatrix“

Nach der Gewichtung der Einzelfaktoren für jede Einzelmaßnahme (*qualitative Gewichtung*) lässt sich auch der Vergleich der Gewichtungen untereinander und als Gesamtheit bewerkstelligen (*qualitativ-quantitativer Vergleich*). Da ein Vergleich von qualitativen und quantitativen Kriterien nicht direkt möglich ist, muss ein weiteres Instrument zwischengeschaltet werden.

Nutzbar gemacht werden kann hierfür ein Vergleichstool aus der Betriebswirtschaftslehre (genauer: der Materialbeschaffung). Etabliert hat sich für vergleichbare Abwägungs-/Vergleichsprozesse in diesem Bereich eine sog. Beschaffungsmatrix.<sup>145</sup> Bei „der“<sup>146</sup> Beschaffungsmatrix

werden qualitative und quantitative Kriterien in einer Tabelle gegenübergestellt. Die verschiedenen Kriterien unterliegen dabei einer übergeordneten Gewichtung. Maßstab für die Gewichtung ist auch hier die Bedeutung, die dem einzelnen Entscheidungsgesichtspunkt bei der Verwirklichung der Beschaffungsziele vorab zuerkannt wird.<sup>147</sup> Zusätzlich wird die Bewertung ausdifferenziert, indem der „Erfüllungsgrad“ des jeweiligen Merkmals angegeben wird, d.h. „wie sehr verwirklicht das Prüfobjekt das angelegte Kriterium“?

Für die „Kostenseite“ wird eine positive Skala von „0“ (überhaupt keine Erfüllung) bis „5“ (vollkommenen Erfüllung) gewählt.<sup>148</sup> Die negative Skalierung („-5“ bis „0“) dient dazu, erwünschte Wirkungen der Überwachung (d.h. den „Nutzen“), abzubilden, u.a. Effektivierung der Kriminalitätsbekämpfung, Erhöhung der gesellschaftlichen Freiheit durch (Ab-)Sicherheit etc., die den „Score“ wieder verringern. Unter „Sonstiges“ können weitere, die Belastung erhöhende oder mindernde Faktoren eingestellt werden („-5“ bis „+5“). Im Zusammenspiel mit den gefundenen Wertungskriterien sowie den indizierten Gewichtungen entsteht folgende – weiterhin beispielhafte – Schablone:

		Maßnahme 1	Maßnahme 2	Maßnahme 3	[...]
<b>Wertungskriterium</b>	<b>Gewichtungsfaktor (1 bis max. 3)</b>	<b>Erfüllungsgrad (-5 – +5)</b>	<b>Erfüllungsgrad (-5 – +5)</b>	<b>Erfüllungsgrad (-5 – +5)</b>	
		Summe	Summe	Summe	
<b>„Kosten“ der Maßnahme</b>		<b>(0 bis 5)</b>	<b>(0 bis 5)</b>	<b>(0 bis 5)</b>	
• Grundrechtsintensität	3				
• Dauer d. Maßnahme	2				
• Häufigkeit d. Maßnahme	3				
• Streubreite	2				
• Datenvolumen	1				
• (Un-)Vorhersehbarkeit	3				
• Anschlussverwendung	2				
• [...]					
<b>„Nutzen“ der Maßnahme</b>		<b>(-5 bis 0)</b>	<b>(-5 bis 0)</b>	<b>(-5 bis 0)</b>	
• Kriminalitätsbekämpfung	3				
• „Sicherheitsgefühl“	2				
• [...]					
<b>Sonstiges</b>		<b>(-5 bis 5)</b>	<b>(-5 bis 5)</b>	<b>(-5 bis 5)</b>	
• Verfahrensegelungen und Rechtsschutz	3				
• [...]					

<sup>145</sup> Vgl. ferner die ebenfalls visualisierende, aber auf einem kartesischen Koordinatensystem aufbauende „Abwägungsmatrix“ bei Löffelmann (Fn. 17), S. 70 ff.

<sup>146</sup> Es existieren zahlreiche, je nach Ausrichtung leicht veränderte Methoden. Instruktiv zu unterschiedlichen Beschaffungs-Portfolios und anderen Management-Techniken Arnolds/Heegel/Röh/Tussing, Materialwirtschaft und Einkauf, 13. Aufl. (2016), S. 21 ff.

<sup>147</sup> Damit „denkt“ die Beschaffungsmatrix ähnlich wie das „Bewegliche System“ und ergänzt dessen Konstruktion.

<sup>148</sup> Selbstverständlich wäre auch jede andere Skalierung (z.B. 0 bis 10) denkbar. Ebenfalls für eine fünfstufige Skalierung spricht sich Löffelmann, GSZ 2019, 16 (21) aus (hier in Bezug auf die Schutzwürdigkeit von Daten).

## d) Erstellung einer ÜGR

In Kombination aus dem juristischen Gewichtungsprozess des beweglichen Systems und dem visualisierenden Vergleichsprozess der Beschaffungs-Matrix lässt sich für die Bewertung der Eingriffsintensität von Sicherheitsgesetzen bzw. Überwachungsmaßnahmen sodann exemplarisch eine ÜGR erstellen. Hierfür werden die zu untersuchenden Vorschriften mithilfe der erstellten Schablone dekliniert. Dabei ist das Erreichen einer *niedrigen Punktzahl* ein Indikator für eine geringe Eingriffsintensität, eine hohe Punktzahl indiziert eine hohe Eingriffsintensität. Dazu folgendes Beispiel:<sup>149</sup>

risch eine ÜGR erstellen. Hierfür werden die zu untersuchenden Vorschriften mithilfe der erstellten Schablone dekliniert. Dabei ist das Erreichen einer *niedrigen Punktzahl* ein Indikator für eine geringe Eingriffsintensität, eine hohe Punktzahl indiziert eine hohe Eingriffsintensität. Dazu folgendes Beispiel:<sup>149</sup>

Wertungskriterium	Gewichtungsfaktor (1 bis max. 3)	TKÜ (§ 100a StPO)		Online-Durchs. (§ 100b StPO)		VE § 110a StPO		[...]
		Erfüllungsgrad (-5 – +5)	Summe	Erfüllungsgrad (-5 – +5)	Summe	Erfüllungsgrad (-5 – +5)	Summe	
<b>„Kosten“ der Maßnahme</b>		<b>(0 bis 5)</b>		<b>(0 bis 5)</b>		<b>(0 bis 5)</b>		
• Grundrechtsintensität	3	4	12	4	12	5	15	
• Dauer d. Maßnahme	2	3 <sup>150</sup>	6	3 <sup>151</sup>	6	5 <sup>152</sup>	10	
• Häufigkeit d. Maßnahme	3	1	3	3	9	4	12	
• Streubreite	2	3	6	3	6	5	10	
• Datenvolumen	1	5	5	5	5	1	1	
• (Un-)Vorhersehbarkeit	3	1	3	3	9	2	6	
• Anschlussverwendung	2	2	4	2	4	2	4	
• [...]								
<b>Ergebnis „Kosten“ (max. 80)</b>			<b>39</b>		<b>51</b>		<b>58</b>	
<b>„Nutzen“ der Maßnahme</b>		<b>(-5 bis 0)</b>		<b>(-5 bis 0)</b>		<b>(-5 bis 0)</b>		
• Kriminalitätsbekämpfung	3	- 3 <sup>153</sup>	- 9	- 5 <sup>154</sup>	- 15	- 4	- 12	
• „Sicherheitsgefühl“	2	0 <sup>155</sup>	0	0	0	0	0	
• [...]								
<b>Sonstiges</b>		<b>(-5 bis 5)</b>		<b>(-5 bis 5)</b>		<b>(-5 bis 5)</b>		
• Verfahrensregelungen und Rechtsschutz	3	- 2 <sup>156</sup>	- 6	- 2 <sup>157</sup>	- 6	0 <sup>158</sup>	0	
• [...]								
<b>Abzug (max. - 40)</b>			<b>- 15</b>		<b>- 21</b>		<b>- 12</b>	
<b>Ergebnis</b>			<b>24</b>		<b>30</b>		<b>46</b>	

<sup>149</sup> Erneut ist darauf hinzuweisen, dass sich um eine gewillkürte Darstellung handelt, um die Methode zu illustrieren. Weder die gewählten Wertungskriterien noch deren Gewichtung oder Erfüllungsgrad sind empirisch belegt oder verbindlich.

<sup>150</sup> Vgl. § 100e Abs. 1 S. 4 u. 5 StPO.

<sup>151</sup> Vgl. § 100e Abs. 1 S. 4 u. 5 StPO.

<sup>152</sup> Vgl. § 110b Abs. 1 S. 3 StPO: zwar „zu befristen“, aber dennoch unbegrenzt möglich.

<sup>153</sup> Eine – inzwischen veraltete – Studie zum tatsächlichen Ermittlungserfolg bieten *Albrecht/Dorsch/Krüpe*, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen. Abschlussbericht, 2003: „In knapp 62 Prozent aller TKÜ-Verfahren lag mindestens ein Erfolg aus der TKÜ vor. Dies bedeutet jedoch auch, dass in etwa 38 Prozent der Fälle kein einziger Erfolg aus der TKÜ im Ermittlungsverfahren resultierte. Die TKÜ ist in Verfahren gegen

bekannt Personen erfolgreicher als in Verfahren gegen Unbekannt und in Verfahren mit mehr als einem Beteiligten erfolgreicher als bei Einzeltätern. [...] Die Überprüfung der TKÜ durch den Ermittlungsrichter ist mit Blick auf die Begründungsinhalte und die Schnelle der Entscheidungen zumindest anzuzweifeln.“

<sup>154</sup> Vgl. (Fn. 153).

<sup>155</sup> Hier sind schon aufgrund der mangelnden Information der Bevölkerung über diese Maßnahme keine Angaben möglich.

<sup>156</sup> *Albrecht/Dorsch/Krüpe* (Fn. 153): „Die Überprüfung der TKÜ durch den Ermittlungsrichter ist mit Blick auf die Begründungsinhalte und die Schnelle der Entscheidungen zumindest anzuzweifeln.“

<sup>157</sup> Vgl. (Fn. 156).

<sup>158</sup> Der Rechtsschutz gegen den VE ist in diesem Beispiel als so mangelhaft bewertet, dass er gerade nicht belastungsverringend, sondern allenfalls neutral zum Tragen kommt.

### e) Erläuterung der Darstellung

In der ersten Spalte finden sich die vorab festgelegten Wertungskriterien zur Bestimmung der Eingriffsintensität einer Überwachungsmaßnahme. In der zweiten Spalte sind die Gewichtungsfaktoren i.S.d. „beweglichen Systems“ gelistet, die ebenfalls zuvor festgelegt wurden. Die Gewichtung erfolgt von einfacher bis max. dreifacher Multiplikation, je nach der eingeordneten Bedeutung des Wertungskriteriums. In den Spalten drei, vier und fünf sind exemplarisch drei Überwachungsmaßnahmen aufgeschlüsselt (TKÜ nach § 100a StPO,<sup>159</sup> Online Durchsuchung nach § 100b StPO,<sup>160</sup> Einsatz eines VE nach § 110a StPO). „Erfüllungsgrad“ meint, wie intensiv die Maßnahme die in der ersten Spalte aufgelisteten Wertungskriterien erfüllt (Vergabe von -5 – +5 Punkten; bei den „Kosten“ nur positive Werte oder Null, bei den „Nutzen“ nur negative oder Null). Daneben ist der um die Gewichtung multiplizierte Wert vermerkt. Pro Überwachungsmaßnahme können sich – in dieser konkreten Tabelle – als Ergebnis der „Kosten“ max. 80 Punkte ergeben (höchstmögliche Eingriffsintensität bei allen Wertungskriterien inklusive Gewichtung). Als „Nutzen“ abgezogen werden können max. 40 Punkte.

Abgelesen werden kann aus der Tabelle, wie intensiv eine Maßnahme im Vergleich zur „Vollbelastung“ einzustufen ist (z.B. bei der TKÜ bei  $24/80 = 30\%$ ) und wie die unterschiedlichen Maßnahmen untereinander „gewichtet“ werden können (Einsatz des VE ist „eingriffsintensiver“ als TKÜ nach § 100a StPO). Zudem wird erkennbar, wie viel „Nutzen“ die einzelnen Maßnahmen generieren. Damit soll nicht ausgedrückt werden, dass der eventuell gesamtgesellschaftlich erwünschte Effekt einer Maßnahme die Überwachungslast „legitimiert“. Diese ÜGR kann dadurch jedoch abbilden, wie viel „Mehrwert“ eine Maßnahme erbringen kann und dadurch vor Augen führen, ob der kollektive Freiheitsverlust überhaupt positive Effekte für die Gesellschaft aufweist.

Was hingegen nicht sinnvoll abgelesen werden kann, ist eine Addition der Gesamtwerte. Diese Operation würde gerade keine „Gesamtbelastung“ ergeben, da eine simple Addition von Einzelmaßnahmen gegenüber einer Anzahl von Bürgern keine Aussage darüber treffen kann, wie intensiv die Gesamtbelastung für alle Bürger ausgestaltet ist.

### 2. Weiterhin offene Problemkreise

#### a) Kategorisierung der Daten und „Auftrennung“ der Arbeiten zur ÜGR

Um die Vergleichsmatrix effektiv auffüllen zu können, müssen zahlreiche Vorfragen zu den einzuspeisenden Daten geklärt werden. So ist es erforderlich, die unterschiedlichen Datenarten, die von unterschiedlichen Sicherheitsbehörden erhoben und verarbeitet werden, zu kategorisieren und empirisch zu klären, in welchem Umfang die Daten genutzt werden.<sup>161</sup> Jedenfalls bedarf es einer Übersicht bzw. eines „Atlas“ der einschlägigen Vorschriften.<sup>162</sup> Vollständigkeit erreichen zu wollen erscheint jedoch nahezu unmöglich.<sup>163</sup>

Als Konsequenz sollte – sowohl gedanklich als auch operational – zwischen der Kategorisierung der Überwachungsbefugnisnormen einschließlich ihrer tatsächlichen Nutzung (empirische Ebene) und der Umsetzung dieser Daten in Form der Übersetzung als Gewichtungs- und Erfüllungsfaktoren im Rahmen einer ÜGR (methodische Ebene) unterschieden werden. In anderen Worten: Das „Material“ einer ÜGR sind empirische Erkenntnisse zur Sicherheitsarchitektur, das „Tool“ einer ÜGR ist die „Berechnung“ bzw. Darstellungsmethode – hier konkret die Nutzbarmachung von beweglichem System und Vergleichsmatrix zur Gewichtung der Wertungskriterien. Beides spielt zusammen, muss aber weder zeitgleich vorliegen, noch aus derselben „Quelle“ stammen.

#### b) Bestimmung der Gewichtungsfaktoren und des Erfüllungsgrades

Die größte Herausforderung ist in der Bestimmung der Wertungskriterien und deren Gewichtungs- und Erfüllungsfaktoren zu sehen.<sup>164</sup> Diskutabel ist vor allem, inwieweit der Erfüllungsgrad (d.h. die jeweilige Intensität in Bezug auf die einzelnen Wertungskriterien) dogmatisch begründet oder nicht vielmehr empirisch unterlegt werden muss.<sup>165</sup> Das größte Risiko besteht an dieser Stelle darin, subjektive Wertungsfaktoren mithilfe mathematisiert anmutender „Berechnungen“ als objektive Umstände zu adeln.<sup>166</sup> Hierbei sind zahlreiche dogmatische Fallstricke zu beachten: die Kriterienkataloge, die sich aus der Rechtsprechung des *BVerfG* deduzieren lassen, bedingen sich teilweise, stehen nicht zwingend auf einer Ebene, sind teilweise gegenläufig oder zueinander kompensatorisch. Insofern dies sogar von Einzelfall zu Einzelfall variieren

<sup>159</sup> Zur Auswertung der Datenlage vgl. TAB-Bericht (Fn. 2), S. 171 ff.

<sup>160</sup> Zur – spärlichen – Datenlage TAB-Bericht (Fn. 2), S. 179 ff.

<sup>161</sup> Hierzu auch Poscher/Kilchling/Landerer (Fn. 4), S. 5.

<sup>162</sup> So auch Roßnagel/Bile/Geminn/Hansen/Bieker/Karaboga/Friedewald (Fn. 1), S. 13; zur Idee eines „Sicherheits-Moratoriums“ Keller, Stellungnahme des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Inneres und Heimat am 22.2.2021. An der Forschungsstelle IDRIS (Prof. Dr. Mark A. Zöller, LMU) soll ein „Überwachungsatlas“ erstellt werden, der die einschlägigen Sicherheitsgesetze auf Bundes- und Landesebene einer detaillierten Bestandsaufnahme unterzieht. Die Datensammlung bzw. Datenbank der Überwachungsbefugnisnormen soll auch der interessierten (Fach-)Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.

<sup>163</sup> Pohle, FIF-Kommunikation 2019, 38; ebenso Löffelmann (Fn. 17), S. 84.

<sup>164</sup> So auch Lindner/Unterreitmeier, JZ 2022, 915 (921 f.).

<sup>165</sup> Überlegungen hierzu bei Löffelmann (Fn. 1), S. 6 f.

<sup>166</sup> So vor allem die berechtigte Kritik von Lindner/Unterreitmeier, JZ 2022, 915 (921 ff.).

kann, wird deutlich, dass ein starres Raster für eine Vielzahl von Fällen kaum sinnvoll entworfen werden kann. Überdies: Jedes Schema vereinfacht auch die Komplexität der Lebenswelt. Mithin besteht das Risiko, dass die Matrix die tatsächliche Eingriffsintensität konsequent als zu niedrig einstuft. Ein weiterer Nachteil ist darin zu sehen, dass „Zahlenspiele“ den Gesetzgeber dazu verleiten könnten, Freiheitsphären als „Verrechnungsposten“ zu verstehen, die durch Veränderung einzelner Belastungsparameter nach Belieben verschoben werden können („strukturell dysfunktionale Anreizstruktur“).<sup>167</sup>

Es ist leicht zu erkennen, dass sich mithilfe „geschickt“ gewählter Parameter und Gewichtungskriterien „erwünschte“ Ergebnisse programmieren lassen. Nichts wäre der Idee einer ÜGR jedoch abtrünniger als der Vorwurf der Undurchsichtigkeit und Willkürlichkeit ihrer Funktionsweise. Sowohl die Faktorenauswahl als auch die Gewichtungen müssen daher in einem offenen Prozess, der auch die Dauer der Festlegung (die „Halbwertszeit“ der Bestimmung) und die Möglichkeit zur Korrektur der Schablone ausdrücklich festlegt, ermittelt werden. Die Lösung für dieses Kompetenzproblem ist auf Ebene der Gewaltenteilung zu suchen: die letztgültige Bestimmung der Parameter, d.h. sowohl der endgültigen Wertungskriterien und ihrer Gewichtung, ist dem Gesetzgeber überantwortet. Die Festlegung muss transparent und – im Idealfall – empirisch unterlegt erfolgen.<sup>168</sup> Der Gesetzgeber muss dies nicht „in Person“ erfüllen, aber es sollte sich um eine direkt demokratisch legitimierte Institution handeln, die entweder demokratischer Kontrolle unterliegt bzw. den Gesetzgeber nicht einseitig binden kann.<sup>169</sup>

Hier schließt sich der Kreis zu einem anderen großen Vorhaben aus dem Koalitionsvertrag: der Freiheitskommission. Diese scheint das prädestinierte Gremium zu sein, um mithilfe von Expertenwissen die erforderlichen Wertungskriterien für eine ÜGR zu definieren, Gewichtungen festzulegen und zudem den Erfüllungsgrad zu bestimmen. Die ÜGR kann hierbei als doppelt-strukturierender Bestandteil der Arbeiten der Freiheitskommission verstanden werden. Sie soll von der Freiheitskommission im Rahmen ihres – zukünftigen – materiellen Prüfprogramms einerseits erstellt, andererseits auch genutzt werden („Überwachungsgesamtrechnung als Produkt“).<sup>170</sup>

### c) Sinnhaftigkeit einer „Obergrenze“

Schier unlösbare Verwerfungen wirft die Feststellung einer etwaigen „Obergrenze“ auf, d.h. einer festgestellten „Qualität“, bei der die *kollektive* Überwachungsbelastung

verfassungsrechtlich besehen nicht mehr hingenommen werden kann. Wären dann alle, die Überschreitung der Übergrenzen bedingenden Überwachungsbefugnisnormen „rückwirkend unwirksam“?<sup>171</sup> Würde dies nur in Bezug auf ihre konkrete Durchführung gelten oder wirkte es sich sogar auf die Verfassungsmäßigkeit der betroffenen Gesetze als Ganzes aus?

Der hiesige Vorschlag verzichtet auf die Addition der Einzelmaßnahmen und lehnt die Möglichkeit der Bestimmung einer „Obergrenze“ sowohl methodisch als auch dogmatisch ab. Auch „unterhalb“ einer potentiellen Höchstgrenze liegende Überwachungsmaßnahmen können sich nachteilig auf die freiheitliche und friedliche Verfassung von Gesellschaften auswirken.<sup>172</sup> Andererseits könnte die Feststellung, dass die „rote Linie“ noch nicht überschritten ist, wie ein „Freifahrtschein“ wirken, der die gesamte Überwachungslandschaft rückwirkend legitimiert.<sup>173</sup> Die Folge der Verknüpfung der Verfassungswidrigkeit einzelner Sicherheitsgesetze mit dem Eintreten des Zustands der „Totalausforschung“ erscheint zudem wenig sinnvoll. Eine entsprechende Wirkung gliche einem Automatismus, der der deutschen Vorstellung der Letztentscheidungskompetenz des *BVerfG* in Fragen der Verfassungsmäßigkeit von Legislativakten entgegenstünde.<sup>174</sup> Problematisch ist zugleich auch die Abgrenzung zur Dogmatik des Kernbereichsschutzes (u.a. i.S.d. § 100d StPO<sup>175</sup>).<sup>176</sup> Läge ein schwerwiegender Eingriff in diesen Kernbereich vor, könnte für diese Fälle die kategoriale Hürde zur „Totalausforschung“ überschritten sein. Dann aber wäre jedes weitere „Rechnen“ und/oder Vergleichen überflüssig, da der Totalverstoß weder vertieft noch geheilt werden könnte.<sup>177</sup>

Nähme man – hypothetisch – die Existenz und Berechenbarkeit einer „Obergrenze“ für gesamtgesellschaftliche Überwachung an, wäre als einzig denkbare Folge konstruierbar, dass der Gesetzgeber ab diesem Zeitpunkt bei beabsichtigtem Erlass weiterer Überwachungsbefugnisse angehalten wäre, einen Ausgleich zwischen den schon vorhandenen Instrumenten und den neu einzuführenden zu mitteln. Das neue Vorhaben könnte sodann nur dann realisiert werden, wenn zugleich in anderen Bereichen ein Zurückdämmen von Überwachungsbefugnissen erfolgte.<sup>178</sup>

## VI. Zusammenfassung in Thesen

- 1) Die ÜGR ist primär ein rechtspolitischer Begriff, der weder verfassungsrechtlich zwingend ist, noch klare Konturen aufweist. Wird er methodisch handhabbar

<sup>167</sup> So auch *Pohle*, FIF-Kommunikation 2019, 39, der deshalb findet, dass die ÜGR nicht dem Gesetzgeber überantwortet werden sollte; vgl. auch *Bieker/Bremert/Hagendorff* (Fn. 18), S. 139 (147): Feststellung durch das *BVerfG* könnte Überwachungslandschaft als Ganze legitimieren.

<sup>168</sup> So auch *Starnecker* (Fn. 26), S. 375.

<sup>169</sup> Ebenfalls für eine Überantwortung an eine unabhängige Stelle plädieren *Roßnagel/Biele/Geminn/Hansen/Bieker/Karaboga/Friedewald* (Fn. 1), S. 16.

<sup>170</sup> *Esser/Zöller* u.a., KriPoZ 2022, 326 (328).

<sup>171</sup> Auch von *Poscher/Kilchling/Landerer*, GSZ 2022, 225 (226 f.) aufgeworfen, die den Versuch der Bestimmung einer „Irrweg“ bezeichnen.

<sup>172</sup> *Bieker/Bremert/Hagendorff* (Fn. 18), S. 139 (142).

<sup>173</sup> *Bieker/Bremert/Hagendorff*, (Fn. 18), S. 139 (147).

<sup>174</sup> *Bieker/Bremert/Hagendorff*, (Fn. 18), S. 139 (145).

<sup>175</sup> Sowie u.a. § 46 Abs. 6, § 49 Abs. 7 und § 51 Abs. 7 BKAG.

<sup>176</sup> Instrukтив *Löffelmann*, GSZ 2019, 190 ff.

<sup>177</sup> In diese Richtung bereits *Knierim*, ZD 2011, 17 (18).

<sup>178</sup> *Knierim*, ZD 2011, 17 (21). *Bieker/Bremert/Hagendorff*, (Fn. 18), S. 139 (142); *Starnecker* (Fn. 26), S. 378; *Arzt/Vaudlet/Hofrichter*, DÖV 2022, 701 (711 f.). Inwieweit eine solche Mäßigungspflicht (dazu bereits II.1.a.) tatsächlich justiziabel wäre, bedarf vertiefter Analyse, die an dieser Stelle nicht mehr geleistet werden kann.

konturiert, kann er (bzw. das daraus abgeleitete Instrument) als ein justiziables Mäßigungsgebot verstanden werden, das der Gesetzgeber beim Erlass neuer Überwachungsbefugnisse berücksichtigen muss, um Belastungsspitzen des Bürgers durch (potentielle) „neue“ Überwachung zu vermeiden.

- 2) Auch wenn der Begriff der ÜGR es suggeriert, ist weder eine umfassende noch eine technische „Berechnung“ der tatsächlichen Überwachungsbelastung aller Bürger umsetzbar. Das Vorhaben scheitert zum einen faktisch an der schier unüberblickbaren Zahl an einschlägigen Vorschriften, methodisch an der Unmöglichkeit der reibungsfreien Relationierung aller Parameter des dynamischen Spannungsfeldes aus „Sicherheit“ und „Freiheit“ und dogmatisch an der nicht hinreichenden systematischen Schärfe einer „Rechnung mit Normen“. Bisherige Modelle verfallen entweder in Über-Abstraktion oder Über-Mathematisierung. Eine Kombination bereits bestehender Ansätze („Überwachungsbarometer“, „Kosten-Nutzen-Analyse“ etc.) kann allerdings Mehrwerte liefern.
- 3) Die althergebrachte Methode der Subsumtion ist für die Erstellung einer ÜGR nur bedingt geeignet. Das typische, für die Subsumtion unabdingbare Konditionalprogramm eines Tatbestands setzt das Vorliegen aller enumerierten Tatbestandsmerkmale voraus, um die Rechtsfolge zu induzieren. Fehlt ein Merkmal, tritt die Rechtsfolge nicht ein. Diese Vorgehensweise versagt, wenn es darum geht, eine Aussage über die *graduelle* Qualität einer Maßnahme zu treffen (z.B. Intensität, Folgeschwere, Verhältnismäßigkeit), da die Feststellung des Vorliegens der Einzelmerkmale nach dem „wenn-dann“-Schema nur den Rechtsfolgenbefehl auslöst, nicht aber dessen Wirkungen und Folgen klassifiziert. Bewertungen und Klassifikationen der Ergebnisse von Subsumtionen erfolgen zu meist kasuistisch-intuitiv, bedürfen aber entweder einer komparativen Methode oder einer empirischen Grundierung.
- 4) Dogmatische Grundlage einer „Berechnung“ von Eingriffsintensitäten kann die Methode des „beweglichen Systems“ sein. Dieses wirkt nicht auf das Konditionalschema der Tatbestandsebene ein, sondern bietet eine argumentative Hilfestellung für die Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe oder Generalklauseln in Tatbeständen oder für die graduelle Bewertung von (Rechts-)Umständen „über“ Tatbeständen. So können Rechtsbegriffe mit qualitativ-quantitativen Inhalten (wie z.B. „Intensität“) skaliert und gewichtet werden. Eine „Vergleichsmatrix“ lässt zudem eine anschauliche Visualisierung und Relationierung von Maßnahmen zu.
- 5) Mithilfe der Skalierung des „beweglichen Systems“ und durch die Veranschaulichung einer Vergleichsmatrix lässt sich eine einfache und wenig mathematisierte „Berechnung“ sowie eine schnelle Übersicht über alle zu prüfenden Überwachungsbefugnisnormen einschließlich ihrer relativen Eingriffsintensität durchführen. Sowohl die individuelle Gewichtung der Eingriffsschwere als auch die Vergleichbarkeit der Ergebnisse sind „auf einen Blick“ mithilfe desselben Instruments umsetzbar. Die erzeugte Schablone ist beliebig um Maßnahmen, aber auch um additive Wertungsfaktoren und Gewichtungen erweiterbar. Da auch „negative“ Erfüllungsgrade eingesetzt werden können, ist eine Berücksichtigung sowohl der „Kosten“ als auch der „Nutzen“ sowie sonstiger Kompensationen von Überwachung relational zu anderen Maßnahmen darstellbar.
- 6) Es sollte zwischen der Kategorisierung der Überwachungsbefugnisnormen einschließlich ihrer tatsächlichen Nutzung (empirische Ebene) und der Umsetzung dieser Erkenntnisse in Form der Übersetzung als Gewichtungs- und Erfüllungsfaktoren im Rahmen einer ÜGR (methodische Ebene) unterschieden werden. Das „Material“ einer ÜGR sind empirische Erkenntnisse zur Sicherheitsarchitektur, das „Tool“ einer ÜGR ist die „Berechnungs“- bzw. Darstellungsmethode – hier z.B. die Nutzbarmachung von „beweglichem System“ und „Vergleichsmatrix“ zur Gewichtung der Wertungskriterien. Beides spielt zwar zusammen, muss aber weder zeitgleich vorliegen, noch aus derselben „Quelle“ stammen.
- 7) Da auch in der aufgezeigten Variation einer ÜGR das Risiko bestehen kann, dass durch „geschickt“ gewählte Parameter und Gewichtungsindikatoren „erwünschte“ Ergebnisse programmiert werden, müssen sowohl die Faktorenauswahl als auch die Gewichtungen in einem transparenten Prozess, der auch die Dauer der Festlegung (die „Halbwertszeit“ der Bestimmung) und die Möglichkeit zur Korrektur ausdrücklich festlegt, ermittelt werden. Eine taugliche und demokratisch legitimierte Institution zur Durchführung dieser Arbeiten stellt die ebenfalls zu errichtende „Freiheitskommission“ dar.