

**Das Recht der inneren und äußeren Sicherheit**

---

**Band 15**

# **Überwachungsgesamtrechnung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**

**Von**

**Markus Löffelmann**



**Duncker & Humblot · Berlin**

MARKUS LÖFFELMANN

Überwachungsgesamtrechnung  
und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

# **Das Recht der inneren und äußeren Sicherheit**

Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. Markus Thiel, Münster

**Band 15**

# Überwachungsgesamtrechnung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Von

Markus Löffelmann



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit finanzieller Unterstützung  
des Bundesministeriums des Innern.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpau  
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 2199-3475  
ISBN 978-3-428-18620-4 (Print)  
ISBN 978-3-428-58620-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Für meinen Bruder,  
der mich gelehrt hat,  
Wichtiges von Unwichtigem zu unterscheiden  
und den Dingen, die mir etwas bedeuten,  
Gewicht zu verleihen.*



## Vorwort

Nachdem die Rede von der Notwendigkeit einer „Überwachungsgesamtrechnung“ lange Zeit nicht mehr als ein rechtpolitisches Schlagwort war, hat die Thematik jüngst eine neue Aktualität und Dynamik erfahren. In ihrem Koalitionsvertrag von November 2021 bekennen sich die Regierungsparteien zu einer „vorausschauenden, evidenzbasierten und grundrechtsorientierten Sicherheits- und Kriminalpolitik“, zu deren Umsetzung sie eine „Überwachungsgesamtrechnung und bis spätestens Ende 2023 eine unabhängige wissenschaftliche Evaluation der Sicherheitsgesetze und ihrer Auswirkungen auf Freiheit und Demokratie“ erstellen wollen.

Die Erwartungen, die mit diesem Vorhaben einhergehen, könnten größer nicht sein. Eine Überwachungsgesamtrechnung könnte angesichts der zerfaserten, in ihren Verästelungen kaum mehr zu überblickenden Sicherheitsgesetzgebung ein entscheidendes Instrument sein, um Übersicht, Umsicht und Vorsicht beim Umgang mit Überwachungsbefugnissen wiederherzustellen. Die Sachorientiertheit des Sicherheitsdiskurses könnte mit diesem Mittel erhöht, der Automatismus der anlassabhängigen Schaffung immer neuer Überwachungsbefugnisse durchbrochen und der Boden für eine bessere Systematisierung des Sicherheitsrechts bereitet werden.

Eine funktionierende Überwachungsgesamtrechnung könnte den Gesetzgeber in die Lage versetzen, wieder mehr über Kosten und Nutzen von Überwachung nachzudenken, statt vermeintlichen Zwängen in Gestalt von Bedrohungsszenarien und verfassungsgerichtlichen Vorgaben folgen zu müssen. Die Legitimationswirkung gesetzgeberischer Entscheidungen und ihre Akzeptanz in der Öffentlichkeit würden dadurch gestärkt. Und obwohl es sich bei dem Projekt einer „Überwachungsgesamtrechnung“ auch um ein Gewicht im politischen Meinungskampf handelt, ist dieser Nutzen doch zweifellos von überparteilicher Natur und im Interesse einer rationalen, transparenten, sachlichen und wissenschaftlichen Auseinandersetzung.

Diesen hohen Erwartungen stehen nicht minder anspruchsvolle Herausforderungen gegenüber. Es dürfte nicht übertrieben sein, die Erstellung einer Überwachungsgesamtrechnung als das ambitionierteste Projekt des modernen Sicherheitsrechts zu charakterisieren. Die Forschungen hierzu stehen derzeit noch ganz am Anfang. Die Bewältigung dieser Herausforderung kann nicht Aufgabe Einzelner sein, sondern baut auf den Arbeiten Vieler auf. Das gilt auch für die vorliegende Arbeit, die kein fertiges Konzept für eine Überwachungsgesamtrechnung darstellt, sondern damit einhergehende Problemfelder und mögliche Lösungsansätze aufzeigen und allgemein Inspiration und Anregung sein möchte.

Mein besonderer Dank gilt an dieser Stelle meinen Freunden und Mitstreitern *Mark Alexander Zöller* und *Jan-Hendrik Dietrich*. Dem Erstgenannten, weil er mit dem von ihm initiierten Forschungsprojekt zur Überwachungsgesamtrechnung, in dessen Rahmen ich die hier entwickelten Überlegungen im Oktober 2021 erstmals vorstellen durfte, den Anstoß zu dieser Arbeit gegeben hat; dem Zweitgenannten, weil sie ohne ihn nicht in dieser Form erschienen wäre.

Dem geschätzten Kollegen *Markus Thiel* danke ich herzlich für die Aufnahme der Arbeit in die von ihm herausgegebene Schriftenreihe.

Berlin, im Februar 2022

*Markus Löffelmann*

# **Inhaltsverzeichnis**

<b>Einleitung</b> .....	13
-------------------------	----

## *1. Teil*

<b>Methodik der Verhältnismäßigkeitssprüfung</b>	20
A. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz .....	20
I. Universalität .....	20
II. Segmentierung .....	21
III. Unschärfen .....	23
IV. Rechtspraxis .....	24
B. Methodische Probleme der Güterabwägung .....	25
I. Gegenstand der Abwägung .....	26
1. Individual- und Kollektivinteressen .....	26
2. Rechte und Rechtsgüter .....	27
3. Mittel und Zweck .....	29
4. Prinzipien .....	30
5. Kosten und Nutzen .....	31
II. Verfahren der Abwägung .....	32
1. Festlegung des Abwägungsrahmens .....	33
2. Festlegung der Abwägungsparameter .....	34
3. Präferenzordnungen ersten Grades .....	35
4. Horizontale und vertikale Abwägung .....	38
5. Präferenzordnung zweiten Grades .....	40
6. Bedeutung verfahrensrechtlicher Sicherungen .....	43
III. Gewichtung der Kosten .....	44
1. Datenerhebung .....	44
2. Informationelle Folgeeingriffe .....	47
3. Datenerhebung aus offenen Quellen .....	51
4. Automatisierte Datenverarbeitung .....	54
IV. Gewichtung des Nutzens .....	57
1. Funktionale Kriterien .....	57
2. Rechtsgüter .....	60
3. Rechtsgutkategorien .....	63

4. Eingriffsschwellen .....	64
V. Mathematische Rationalisierungstechniken .....	68
1. Gewichtsformeln .....	68
2. Abwägungsmatrix .....	70
3. Ordinales Ordnungsschema .....	76
VI. Zwischenergebnis .....	78

## 2. Teil

### **Operationalisierbarkeit einer Überwachungsgesamtrechnung**

A. Methodische Grundannahmen .....	81
I. Bestimmung des Berechnungsgegenstands .....	81
1. Lückenlose Erfassung sämtlicher Überwachungsmaßnahmen .....	81
2. Auswertung von Massendatenbeständen .....	84
3. Auswahl repräsentativer Maßnahmen .....	86
4. Ausschluss von Überwachungsmaßnahmen mit Auslandsbezug .....	87
II. Behandlung besonderer Kostenkategorien .....	90
1. Datengewinnung aus offenen Quellen .....	90
2. Sonstige eingeschlossene Überwachungsmaßnahmen .....	91
3. Einschüchterungseffekte .....	93
4. Informationelle Folgeeingriffe .....	94
B. Gewichtung von Kosten und Nutzen .....	95
I. Multifaktorielle abstrakte Kostengewichtung .....	95
1. Streubreite .....	96
2. Schutzwürdigkeit der erlangten Daten .....	97
3. Datenvolumen .....	98
4. Heimlichkeit .....	99
5. Anwendungsbeispiel .....	100
II. Selbständige Kostenfaktoren .....	101
1. Metrische Faktoren .....	101
2. Betroffenheit des Kernbereichs privater Lebensgestaltung .....	102
3. Betroffenheit von Berufsgeheimnisträgern .....	103
4. Fehlen einer gerichtlichen Anordnung .....	104
III. Gewichtung des Nutzens .....	106
C. Implementierungsmaßnahmen .....	108
I. Statistische Datenerfassung .....	108
1. Bisherige Evaluierungsregelungen .....	108
2. Statistik für Bundeszwecke .....	112

Inhaltsverzeichnis	11
II. Experteninterviews .....	113
1. Fragestellungen .....	113
2. Auswahl von Expertenpersonen .....	115
III. Individuelle Überwachungsgesamtbelastung .....	115
1. Individuelle Belastung durch mehrere Maßnahmen .....	116
2. Individuelles Überwachungsrisiko .....	117
<b>Untersuchungsergebnisse .....</b>	<b>120</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>123</b>
<b>Sachwortverzeichnis .....</b>	<b>135</b>



## **Einleitung**

In seiner Entscheidung zur „Vorratsdatenspeicherung“ von Telekommunikationsverkehrsdaten aus dem Jahr 2008 ordnete das BVerfG im Rahmen seiner Verhältnismäßigkeitswägungen diese Maßnahme in den Kontext anderer Überwachungsbefugnisse ein. Es wies darauf hin, die Speicherung solcher Daten dürfe

„nicht als Schritt hin zu einer Gesetzgebung verstanden werden, die auf eine möglichst flächendeckende vorsorgliche Speicherung aller für die Strafverfolgung oder Gefahrenprävention nützlichen Daten zielte. Eine solche Gesetzgebung wäre, unabhängig von der Gestaltung der Verwendungsregelungen, von vornherein mit der Verfassung unvereinbar. Die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit einer vorsorglich anlasslosen Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten setzt vielmehr voraus, dass diese eine Ausnahme bleibt. Sie darf auch nicht im Zusammenspiel mit anderen vorhandenen Dateien zur Rekonstruierbarkeit praktisch aller Aktivitäten der Bürger führen. (...) Die Einführung der Telekommunikationsverkehrsdatenspeicherung kann damit nicht als Vorbild für die Schaffung weiterer vorsorglich anlassloser Datensammlungen dienen, sondern zwingt den Gesetzgeber bei der Erwägung neuer Speicherungspflichten oder -berechtigungen in Blick auf die Gesamtheit der verschiedenen schon vorhandenen Datensammlungen zu größerer Zurückhaltung. Dass die Freiheitswahrnehmung der Bürger nicht total erfasst und registriert werden darf, gehört zur verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland (...).“<sup>1</sup>

Im Schrifttum wurde diese Aussage als Gebot einer „doppelten Verhältnismäßigkeitsprüfung“ und Auftrag zur Aufstellung einer „Überwachungsgesamtrechnung“ gedeutet.<sup>2</sup> Danach soll neben die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Einzelmaßnahme im herkömmlichen Sinne eine weitere Verhältnismäßigkeitsprüfung im Hinblick auf die Gesamtbelastung aller Grundrechtsträger durch Überwachungsmaßnahmen treten. Auch in der Forschung zur Evaluation von Gesetzen wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als zentraler Maßstab der Prüfung angesehen.<sup>3</sup>

Die zitierten Ausführungen des BVerfG stehen in einer Linie mit der ständigen Rechtsprechung des Gerichts, wonach eine „Total- oder Rundumüberwachung“ betroffener Personen mit der Verfassung nicht vereinbar ist.<sup>4</sup> Über diesen verfassungsrechtlichen Maßstab hinausgehend hatte das Gericht bislang allerdings keinen Anlass, Überwachungsmaßnahmen als unzulässige „Rundumüberwachung“ zu qualifizieren, so dass unklar ist, ab wann Überwachung ein solches Ausmaß erreicht,

---

<sup>1</sup> BVerfGE 125, 260, 323 f.

<sup>2</sup> Roßnagel, NJW 2010, 1238, 1240; Roßnagel, NJW 2016, 533, 534.

<sup>3</sup> Etwa Kugelmann, in: Gusy (Hrsg.) (2015), S. 154, 157, 167; Weingärtner, S. 14.

<sup>4</sup> BVerfGE 65, 1, 43; 112, 304, 319; 109, 279, 323; 112, 304, 319; 130, 1, 24; 141, 220, 280.

dass diese Schwelle überschritten ist. Außerdem stellt das Gericht in gefestigter Rechtsprechung auf „Einschüchterungseffekte“ oder ein „Gefühl des Überwachtwerdens“ ab, die durch Überwachungsmaßnahmen vermittelt würden und bei der Gewichtung von deren Eingriffsintensität Berücksichtigung finden.<sup>5</sup> Bereits in einer Entscheidung zum strafprozessualen Einsatz observationsunterstützender technischer Mittel aus dem Jahr 2005 hatte das BVerfG die Problematik sog. „additiver“ oder „kumulativer“ Grundrechtseingriffe thematisiert. Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Ansicht<sup>6</sup> hatte es zwar keine Notwendigkeit der Schaffung selbständiger Befugnisse für solche Eingriffe gesehen<sup>7</sup>, aber für diese Konstellationen besondere verfahrensrechtliche Anforderungen zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit zusammenwirkender Maßnahmen formuliert. Es sei

„sicherzustellen, dass die eine Ermittlungmaßnahme beantragende oder anordnende Staatsanwaltschaft als primär verantwortlicher Entscheidungsträger über alle Ermittlungseingriffe informiert ist, die den Grundrechtsträger im Zeitpunkt der Antragstellung und im Zeitpunkt einer zeitlich versetzten Ausführung der Maßnahme jeweils treffen; sonst wäre eine verantwortliche Prüfung und Feststellung übermäßiger Belastung nicht möglich. Dazu bedarf es nicht nur – was selbstverständlich ist (...) – einer vollständigen Dokumentation aller ausgeführten oder ausführbaren Ermittlungseingriffe in den Akten (...). Darüber hinaus ist – insbesondere durch die Nutzung des länderübergreifenden staatsanwaltschaftlichen Verfahrensregisters (...) – sicherzustellen, dass nicht verschiedene Staatsanwaltschaften ohne Wissen voneinander im Rahmen von Doppelverfahren in Grundrechte eingreifen.“<sup>8</sup>

Aus diesen verfassungsgerichtlichen Vorgaben lassen sich zwei Problemkreise ableiten, die in der Diskussion um eine Überwachungsgesamtrechnung oft miteinander vermengt werden, jedoch eines unterschiedlichen methodischen Zugangs bedürfen: Erstens die Kumulierung von Überwachungsmaßnahmen betreffend eine bestimmte Person, also eine personenspezifische (individuelle) Dimension der Überwachungsbelastung. Und zweitens deren gesamtgesellschaftliche (soziologische) Dimension, die von einer stetigen Zunahme von Überwachungsbefugnissen herrührt. Nur Letztere kann Gegenstand einer „Überwachungsgesamtrechnung“ im hier verstandenen Sinne sein.

Die Idee einer Überwachungsgesamtrechnung steht im Kontext einer in jüngerer Vergangenheit starken Zunahme an Überwachungsbefugnissen in einer durch hohe institutionelle Komplexität gekennzeichneten deutschen Sicherheitslandschaft. Seit den 1990er Jahren und nochmals zunehmend seit dem Terroranschlag von 2001<sup>9</sup> kann in Deutschland ein starker Ausbau sicherheitsbehördlicher Befugnisse fest-

---

<sup>5</sup> BVerfGE 65, 1, 42; 107, 299, 328; 113, 29, 46; 115, 320, 354 f.; 120, 378, 402; 125, 260, 319, 332.

<sup>6</sup> Comes, StV 1998, 569; Kühne, JZ 2001, 1148; Kirchhof, NJW 2006, 732.

<sup>7</sup> BVerfGE 112, 304, 319.

<sup>8</sup> BVerfGE 112, 304, 320.

<sup>9</sup> Näher Petril/Kremer, in: Lisken/Denninger, Teil A Rn. 129 ff. („grundlegende Zäsur“, „Umbau der Sicherheitsarchitektur“).

gestellt werden. In jüngster Zeit sind hier etwa zu nennen die Schaffung von Befugnissen in zahlreichen Polizeigesetzen zum Einsatz von Bodycams, Mitteln der elektronischen Aufenthaltsüberwachung, Verwendung von Drohnen oder zum Eingriff in informationstechnische Systeme.<sup>10</sup> Mit diesen Änderungen hat auch die Regelungsdichte in der Sicherheitsgesetzgebung zugenommen.<sup>11</sup> Aus diesem normativen Befund kann jedoch nicht ohne weiteres eine Zunahme der Überwachungsbelastung gefolgt werden, da Maßnahmen durch die Sicherheitsbehörden auch auf der Grundlage von Generalklauseln durchgeführt wurden und werden. Generell ist eine wachsende Spezifizierung von Überwachungsbefugnissen in sog. Standardbefugnissen festzustellen. Prominente Beispiele hierfür sind die mittlerweile in zahlreichen Sicherheitsgesetzen verankerten Normen für den Einsatz bestimmter verdeckt operierender Mitarbeiter (vgl. etwa §§ 9a, 9b BVerfSchG, Art. 37, 38 BayPAG, Art. 18, 19 BayVSG).

Andererseits ist die gesetzliche Verankerung von Überwachungsbefugnissen nicht gleichbedeutend mit deren Ausübung. So wurde zum Beispiel von der in den meisten deutschen Verfassungsschutzgesetzen vorgesehenen Befugnis zur Wohnraumüberwachung bislang praktisch kein Gebrauch gemacht.<sup>12</sup> Umgekehrt erfolgt immer noch ein Großteil der informationstechnischen Maßnahmen der Sicherheitsbehörden aufgrund unspezifischer, in einem vordigitalen Anwendungskontext geschaffener Befugnisse weitgehend unterhalb der Wahrnehmung von Gesetzgebung, rechtswissenschaftlicher Auseinandersetzung und Öffentlichkeit. Ein wichtiges Beispiel hierfür ist der informationstechnische Zugriff auf beschlagnahmte oder sonst in den Besitz der Sicherheitsbehörden gelangte Datenträger im Wege der Auswertung.<sup>13</sup> Hinzu kommen zwischen den verschiedenen Bereichen des Sicherheitsrechts tektonische Verschiebungen, die seit längerem als „Vernachrichtendienstlichung des Polizeirechts“ und „Verpolizeilichung des Nachrichtendienstrechts“<sup>14</sup> sowie Schaffung eines „Kriminalpräventionsrechts“<sup>15</sup> umschrieben werden. Dabei werden unter anderem polizeiliche Befugnisse auf das sogenannte Gefahrenvorfeld erstreckt<sup>16</sup>, was ein „Paradox der Prävention“<sup>17</sup> hervorruft, die Frage

---

<sup>10</sup> Vgl. nur die beiden Gesetze zur Änderung des BayPAG, das in den bundesweiten Diskussionen um eine Vorverlagerung und Ausweitung der polizeilichen Befugnisse eine Vorreiterrolle eingenommen hat, aus den Jahren 2017 und 2018; dazu aufs. Löffelmann, BayVBl. 2018, 145 ff. und BayVBl. 2019, 121 ff., dort auch bereits zur „Überwachungsgesamtbilanz“.

<sup>11</sup> Vgl. die Auswertung bei Löffelmann/Zöller, A. Rn. 82 zum Recht der Nachrichtendienste.

<sup>12</sup> Näher Löffelmann, in: Dietrich/Eiffler, VI § 3 Rn. 34 m. w. N.

<sup>13</sup> Vgl. näher Löffelmann, in: Dietrich/Eiffler, VI § 5 Rn. 20 ff.; Löffelmann, GSZ 2019, 190, 193.

<sup>14</sup> Paeffgen, StV 2002, 336; Paeffgen, GA 2003, 647; Söllner, S. 62 ff.; Dietrich, in: Dietrich/Eiffler, III § 3 Rn. 8; Augsberg, JBÖS 2018/2019, S. 115 ff.

<sup>15</sup> Bäcker (2015).

<sup>16</sup> Vgl. näher zur sog. „drohenden Gefahr“ Löffelmann, BayVBl. 2018, 145, 148; Löffelmann, GSZ 2021, 164, 165 f. m. w. N.