

Gunter Warg

Recht der Nachrichtendienste

Kohlhammer
DEUTSCHER
GEMEINDEVERLAG

Schriftenreihe
Verwaltung in Praxis und Wissenschaft (vpw)

Recht der Nachrichtendienste

von

Prof. Dr. Gunter Warg, Mag. rer. publ.
Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung

Deutscher Gemeindeverlag

1. Auflage 2023

Alle Rechte vorbehalten

© Deutscher Gemeindeverlag GmbH, Stuttgart
Gesamtherstellung: W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart

Print:

ISBN 978-3-555-02156-0

E-Book-Formate:

pdf: ISBN 978-3-555-02157-7

epub: ISBN 978-3-555-02158-4

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwendung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und für die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Für den Inhalt abgedruckter oder verlinkter Websites ist ausschließlich der jeweilige Betreiber verantwortlich. Die W. Kohlhammer GmbH hat keinen Einfluss auf die verknüpften Seiten und übernimmt hierfür keinerlei Haftung.

Vorwort

Dieses Lehrbuch möchte eine praxisorientierte Darstellung der rechtlichen Grundlagen des Verfassungsschutzes und Bundesnachrichtendienstes liefern. Es richtet sich daher an Studierende der Fachhochschulen und Universitäten, an denen das Recht der Nachrichtendienste als „grundständiges“ Fach gelehrt wird. Für dogmatische Feinheiten und Details gibt es ausführliche Handbücher und Kommentare, auf die ich zur Vertiefung gerne verweise.

Der Schwerpunkt in dieser Darstellung liegt – wegen der großen Bedeutung in der Verwaltungspraxis – auf den Aufgaben und wichtigsten Befugnissen der Nachrichtendienste zur Datenerhebung, sowie auf den Vorschriften zur Übermittlung personenbezogener Daten durch und an die Nachrichtendienste.

Für hilfreiches Korrekturlesen danke ich Herrn Dipl.-Krim. Martin Weinrich, M.A.

Ich habe versucht, die Entwicklung in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur bis Mai 2023 zu berücksichtigen. Die grundlegenden Entscheidungen des BVerfG zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz vom 26.4.2022 und zur Zusammenarbeit des Verfassungsschutzes mit Strafverfolgungsbehörden von 28.9.2022 sind daher eingearbeitet. Wenn man ein Lehrbuch für eine ziemlich exotische Rechtsmaterie neu herausbringt, zu der es vergleichsweise wenig (Ausbildungs-)Literatur gibt, bestehen mindestens drei Risiken: man schreibt zu manchen Themen zu wenig (oder gar nichts), zu anderen zu viel oder zu manchen etwas schief. Für alle drei Unwägbarkeiten bitte ich die Leser um Nachsicht und um Verbesserungsvorschläge an: gunter.warg@hsbund.de.

Brühl, im Mai 2023

Gunter Warg

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XII
Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur	XIV
Recht der Nachrichtendienste	1
I. Merkmale der Nachrichtendienste in Deutschland	1
1. Gemeinsamer Auftrag und Abgrenzung zum Geheimdienst	1
2. Trennungsgebot	2
3. Funktion der Nachrichtendienste in der Sicherheitsarchitektur und Abgrenzung zur Tätigkeit der Polizei	5
4. Die Rechtsgrundlagen für die Nachrichtendienste	8
5. Verfassungsschutz als Ausfluss und Verkörperung der „wehrhaften Demokratie“	9
6. Begriff des „Verfassungsschutzes“ und Institutionen, die Verfassungsschutzaufgaben wahrnehmen	11
7. Verfassungsschutz durch Aufklärung	12
8. Der Verfassungsschutzbericht	13
9. Verfassungsrechtliches Gebot eines nachrichtendienstlichen Verfassungsschutzes?	15
10. Existenzrecht oder -pflicht der LfV?	16
II. Wesentliche Entwicklungslinien des BVerfSchG seit 1950	17
1. Ursprungsfassung des BVerfSchG	17
2. Aufnahme des Ausländerextremismus und der Spionageabwehr in den Aufgabenkatalog (1972)	18
3. Umsetzung des Volkszählungsurteils (1990)	19
4. Änderungen durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz (2002)	19
5. Fortschreibung der „neuen“ Befugnisse durch das Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz (2007)	20
6. Weitere Änderungen in 2011 und 2013	22
7. Regelungen zu V-Leuten und verdeckten Mitarbeitern und zur Stärkung der Zentralstellenfunktion des BfV (2015)	22
III. Überblick über die Geschichte von MAD und BND	23
IV. Überblick über die Struktur des BVerfSchG	23
V. Die Aufgaben des Verfassungsschutzes	24
1. Verfassungsrechtliche Verankerung in Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG	24
2. Beobachtung der Organisierten Kriminalität?	25
3. Sammeln und Auswerten von Informationen	26
4. Tatsächliche Anhaltspunkte (§ 4 Abs. 1 Satz 5 BVerfSchG)	29
a) Begriffsdefinition	29
b) Abgrenzung zu anderen Verdachtsstufen und zur „erwiesen extremistischen Bestrebung“	30

Inhaltsverzeichnis

c)	Beispiele für tatsächliche Anhaltspunkte, die Notwendigkeit repräsentativen Verhaltens und die Relevanz von Ausreißermeinungen	31
d)	„Tatsächliche Anhaltspunkte“ als Umschreibung für Verdachtsbeobachtung.	33
e)	Kriterien für die Bewertung als „extremistisch“	34
f)	Justitiabilität	35
5.	Verdachtsfälle und Prüffälle im Vorfeld von Bestrebungen nach § 3 Abs. 1 BVerfSchG	36
6.	Begriff der Bestrebung (§ 4 Abs. 1 BVerfSchG)	40
a)	In oder für einen Personenzusammenschluss.	40
b)	Politisch motiviert	43
c)	Ziel- und zweckgerichtetes Vorgehen	43
d)	Abgrenzung zur bloßen Kritik an Regierung und staatlichen Repräsentanten	44
e)	Potentialität der Bestrebung erforderlich?	45
f)	Keine Notwendigkeit von Straftaten oder konkreten Gefahren ..	46
g)	Ist Vorsatz erforderlich?	47
7.	Entschließungsermessens und/oder Auswahlermessen?	48
8.	Verfassungsschutzrelevante Bestrebungen bzw. Aktivitäten	49
a)	Bestrebungen gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG)	49
b)	Bestrebungen gegen den Bestand des Bundes oder eines Landes (§ 3 Abs. 1 Nr. 1, Var. 2 BVerfSchG)	53
c)	Bestrebungen gegen die Sicherheit des Bundes oder eines Landes (§ 3 Abs. 1 Nr. 1, Var. 3 BVerfSchG)	55
d)	Bestrebungen gegen die Amtsführung der Verfassungsorgane (§ 3 Abs. 1 Nr. 1, Var. 4 BVerfSchG)	57
e)	Geheimdienstliche Tätigkeiten (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 BVerfSchG)	57
f)	Bestrebungen, die durch Anwendung oder Vorbereitung von Gewalt auswärtige Belange gefährden (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 BVerfSchG) ..	68
g)	Bestrebungen gegen den Gedanken der Völkerverständigung (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 BVerfSchG)	70
h)	Zusammenfassende Übersicht zu extremistischen Bestrebungen..	73
i)	Übungsfall zu §§ 3, 4 BVerfSchG	74
9.	Sonstige Aufgaben des BfV: personeller und materieller Geheim- bzw. Sabotageschutz	76
10.	Die Festlegung von Beobachtungsobjekten	77
11.	Die Problematik der Beobachtung von Parlamentariern	78
VI.	Die Aufgaben des MAD.	80
1.	Aufgaben des MAD und Abgrenzung zu den zivilen Verfassungsschutzbehörden	80
a)	Weitgehend gleiche Aufgaben wie zivile Verfassungsschutzbehörden	80
b)	Die Verfassungsrechtliche Grundlage des MAD	82
2.	Zum eingeschränkten Tätigkeitsradius des MAD.	82
3.	Zusätzlicher Auftrag: Beurteilung der Sicherheitslage und Schutz der Bundeswehr bei besonderen Auslandsverwendungen	83

VII. Die Aufgaben des BND	84
1. Unterschiede und Gemeinsamkeiten in Bezug auf die Aufgaben des Verfassungsschutzes	85
2. Außen- und sicherheitspolitische Bedeutung der Informationsgewinnung	86
3. Aufklärungsauftrag „über das Ausland“, nicht notwendig im Ausland .	88
4. Aufklärungsfelder des BND, insbesondere das Auftragsprofil der Bundesregierung	89
VIII. Die Befugnisse der Nachrichtendienste	91
1. Befugnisse auch für das BfV als Zentralstelle?	91
2. Befugnisregeln auch für den BND bei Datenerhebungen im Ausland? .	92
3. Allgemeines zur Bedeutung der Datenumgangsregeln	93
4. Grundlagen des Datenschutzrechts	93
a) Das Volkszählungsurteil	93
b) Die Relevanz des BDSG für die Arbeit der Nachrichtendienste .	96
c) Die Kontrolle der Nachrichtendienste durch den BfDI	97
d) Aufgaben und Stellung des behördlichen Datenschutzbeauftragten	99
5. Die Regelungen zu Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten im Einzelnen (ohne Übermittlung)	99
a) Übersichten zur Datenerhebung und weiteren Verarbeitung nach §§ 8 ff. BVerfSchG	99
b) Generalklausel für offene Informationsbeschaffung	100
c) Die sog. nachrichtendienstliche Generalklausel	103
d) Optische und akustische Wohnraumüberwachung	111
e) Benachrichtigungspflichten bei besonders eingriffsintensiven ND-Mitteln	115
f) Auskunftsverlangen bei privaten Dienstleistern und IMSI-Catcher	116
g) Speicherung in Dateien (insbesondere NADIS WN)	117
h) Minderjährigenschutz	120
i) Berichtigen, Löschen und die Einschränkung der Verarbeitung (Sperren) von Daten	121
6. Frage der Strafbarkeit bei Anwendung nachrichtendienstlicher Mittel .	125
a) Rechtfertigung nur von Straftaten gegen Kollektivrechtsgüter .	126
b) Spezielle Vorgaben für V-Personen und Verdeckte Mitarbeiter .	128
c) Anwendung des rechtfertigenden Notstands	129
d) Strafprozessuale Möglichkeiten	129
7. Auslandstätigkeit von Nachrichtendiensten und das Völkerrecht .	130
8. Grundrechte und Verhältnismäßigkeit (ohne Art. 10 GG)	132
a) Allgemeines Persönlichkeitsrecht	132
b) Meinungs- und Pressefreiheit	140
c) Versammlungsfreiheit	143
d) Wohnungsgrundrecht	144
e) Parteiengrundrecht (Art. 21 GG)	145
f) Kernbereich privater Lebensgestaltung	148
g) Benachrichtigung der Betroffenen nach Beendigung der heimlichen Überwachungsmaßnahme	151

Inhaltsverzeichnis

9. Eingriff in das Post-, Brief- und Telekommunikationsgeheimnis nach dem G10	151
a) Allgemeines zur Anordnung von Beschränkungsmaßnahmen	151
b) Grundlagen des Schutzbereichs nach Art. 10 GG	153
c) Schutz nur für die Phase des Informationsaustauschs	154
d) Reichweite der TKÜ	156
e) Kommunikation im Internet und Zugriffe auf Online-Speicher ..	156
f) Kein Vertrauensschutz bzgl. der Integrität der Kommunikationspartner	158
g) Übersicht zu den relevanten Datenkategorien	159
h) Die Voraussetzungen für Überwachungsmaßnahmen nach dem G10	159
i) Anordnung durch das BMI und Zustimmung durch die G10-Kommission	161
IX. Die Übermittlung von Informationen durch und an die Nachrichtendienste	162
1. Einleitung	162
2. Anwendungsbereich der §§ 17 ff. BVerfSchG	162
3. Speziell: Informationsaustausch und Zusammenarbeit im Verfassungsschutzverbund	163
a) Zusammenarbeitsverpflichtung	163
b) Insbesondere: Zusammenarbeit durch Führen gemeinsamer Dateien	165
c) Exkurs: Benehmensherstellung bzw. Herstellung des Einvernehmens im Verfassungsschutzverbund	166
4. Begriffsklärung: was bedeutet „Übermittlung“?	167
5. Allgemeine Grundsätze für Datenübermittlungen	168
6. Verhältnis der Übermittlungsvorschriften des BVerfSchG zu anderen Übermittlungsregeln	170
7. Einzelne Übermittlungsregeln des BVerfSchG	172
a) Ersuchen an die Bundespolizei bzw. die Polizeibehörden der Schengen-Staaten (§ 17 Abs. 2 und § 17 Abs. 3 BVerfSchG)	172
b) Übermittlung von Informationen durch andere Behörden <i>an</i> die Nachrichtendienste	175
c) Übermittlungen durch die Nachrichtendienste an andere Stellen	183
d) Übermittlungsverbote, § 23 BVerfSchG	199
e) Übersicht zu den wichtigsten Übermittlungsvorschriften	201
X. Übersicht zu den Befugnissen nach §§ 8 ff. BVerfSchG	202
XI. Amtshilfe durch und für die Nachrichtendienste	203
1. Charakter der Amtshilfe	203
2. Voraussetzungen der Amtshilfe	204
3. Verantwortung für die Zulässigkeit der Gesamtmaßnahme	206
4. Amtshilfe und Zusammenarbeitsverpflichtung nach dem BVerfSchG ..	207
XII. Die Kontrolle über die Nachrichtendienste	208
1. Eigenaufsicht	209
2. Öffentliche Kontrolle durch Medien	209
3. Exekutive Kontrolle	209

Inhaltsverzeichnis

4.	Parlamentarische Kontrolle.	209
a)	Die Kontrollorgane und der Umfang ihrer Kontrollrechte.	209
b)	Grenzen parlamentarischer Kontrolle	211
5.	Kontrolle durch unabhängige öffentliche Stellen.	216
6.	Gerichtliche Kontrolle	218
a)	Allgemeines	218
b)	Typische Klagekonstellationen gegen nachrichtendienstliche Maßnahmen	218
c)	Pflicht der Nachrichtendienste zur Vorlage von Akten in verwaltungsgerichtlichen Verfahren.	219
	Stichwortverzeichnis.	225

Abkürzungsverzeichnis

A.A. (a. A.)	andere (abweichende) Auffassung
a. F.	alte Fassung eines Gesetzes, die nicht mehr gültig ist
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ATD	Antiterrordatei
AZR	Ausländerzentralregister
BAMF	Bundesamt für Migration und Flüchtlinge
Beck OK	Beckscher Online-Kommentar (und jeweiliges Fachgesetz)
Beschl. v.	Beschluss vom (Datum)
BfV	Bundesamt für Verfassungsschutz
BGH	Bundesgerichtshof
BKAmt	Bundeskanzleramt
BMI	Bundesministerium des Innern und für Heimat
BMVg	Bundesministerium der Verteidigung
BND	Bundesnachrichtendienst
BNDG	Gesetz über den Bundesnachrichtendienst
BPolZV	Verordnung über die Zuständigkeit der Bundespolizeibehörden
BSI	Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerfSchG	Bundesverfassungsschutzgesetz
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVP	Deutsche Verwaltungspraxis (Zeitschrift)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
fdGO	freiheitlich demokratische Grundordnung
GG	Grundgesetz
GSZ	Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht
HdbGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
i. d. R.	in der Regel
i. S. d.	im Sinne des/der
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBÖS	Jahrbuch Öffentliche Sicherheit
Jura	Juristische Ausbildung (Ausbildungszeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Ausbildungszeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz (Zeitschrift)
KriPoZ	Kriminalpolitische Zeitschrift
LfV	Landesbehörde für Verfassungsschutz bzw. Landesamt für Verfassungsschutz (sofern als nachgeordnete Behörde organisiert)
LKRZ	Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht Hessen, Rheinland-Pfalz, Saarland (Ende 2015 eingestellt)
LMI	Landesinnenministerium
LT-Drs.	Landtags-Drucksache (Land)
LVerfSchG	Landesverfassungsschutzgesetz(e)

Abkürzungsverzeichnis

MAD	Militärischer Abschirmdienst (seit 2017 Bundesamt für den Militärischen Abschirmdienst)
MADG	Gesetz über den Militärischen Abschirmdienst
MfS	Ministerium für Staatssicherheit der ehemaligen DDR
MüKo	Münchener Kommentar zum (jeweiliges Fachgesetz)
NADIS WN	Nachrichtendienstliches Informationssystem Wissensnetz (Verbunddatei der Verfassungsschutzbehörden)
ND-Mittel	nachrichtendienstliche(s) Mittel
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht-Rechtsprechungs-Report
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZWehrr	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
OK	Organisierte Kriminalität
OVG	Oberverwaltungsgericht
PolG	Polizeigesetz
R.i. S.	Recht auf informationelle Selbstbestimmung
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
Rn.	Randnummer
RuP	Recht und Politik (Zeitschrift)
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TKÜ	Telekommunikationsüberwachung
TTDSG	Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz
Urt. v.	Urteil vom (Datum)
VGH	Verwaltungsgerichtshof (entspricht dem OVG)
VP	Vertrauensperson („V-Mann“)
VR	Verwaltungsroundschau
VS	Verschlusssache(n)
VSB	Verfassungsschutzbericht
VSG (Land)	Verfassungsschutzgesetz (Land)
VerfG(H)	Verfassungsgericht(shof)
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- Matthias Bäcker/Erhard Denninger/Kurt Graulich (Hrsg.)*, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021 (zitiert: *Bearb.*, in: Bäcker/Denninger/Graulich)
- Maximilian Banzhaf*, Die Ämter für Verfassungsschutz als Präventionsbehörden. Rechtsfragen zur Stellung der Verfassungsschutzmärter in der deutschen Verfassungsschutzarchitektur, 2021 (zitiert: *Banzhaf*)
- Hermann Borgs-Maciejewski/Frank Ebert*, Das Recht der Geheimdienste, 1986 (zitiert: *Borgs/Ebert*)
- Karl Peter Bruch/Bruno Jost/Eckhart Müller/Heino Vahldieck*, Abschlussbericht der Bund-Länder-Kommission Rechtsterrorismus vom 30. April 2013 (zitiert: *BLKR*)
- Jan-Hendrik Dietrich/Sven Eiffler (Hrsg.)*, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017 (zitiert: *Bearb.*, in: Dietrich/Eiffler)
- Jan-Hendrik Dietrich/Matthias Fahrner/Nikolaos Gazeas/Bernd von Heintschel-Heinegg (Hrsg.)*, Handbuch Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022 (zitiert: *Bearb.*, in: Dietrich/Fahrner)
- Bernadette Droste*, Handbuch des Verfassungsschutzrechts, 2007 (zitiert: *Droste*)
- Christian Gröpl*, Die Nachrichtendienste im Regelwerk der deutschen Sicherheitsverwaltung, 1994 (zitiert: *Gröpl*)
- Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.)*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bände I-XIII (zitiert: *Bearb.*, in: Isensee/Kirchhof, HStR)
- Markus Löffelmann/Mark A. Zöller*, Nachrichtendienstrecht, 2022 (zitiert: *Löffelmann/Zöller*)
- Manfred Möller/Gunter Warg*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Auflage 2011 (zitiert: *Möller/Warg*)
- Helmut Roewer*, Nachrichtendienstrecht der BR Deutschland, 1987 (zitiert: *Roewer*)
- Monika Rose-Stahl*, Recht der Nachrichtendienste, 2. Auflage 2006 (zitiert: *Rose-Stahl*)
- Wolf-Rüdiger Schenke/Kurt Graulich/Josef Ruthig (Hrsg.)*, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Auflage 2019 (zitiert: *Bearb.*, in: Schenke/Graulich/Ruthig)
- Wolf-Rüdiger Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018 (zitiert: *Schenke*)
- Patrick Spitzer*, Die Nachrichtendienste Deutschlands und die Geheimdienste Russlands – ein Vergleich, 2011 (zitiert: *Spitzer*)
- Satish Sule*, Spionage: Völkerrechtliche, nationalrechtliche und europarechtliche Bewertung staatlicher Spionagehandlungen unter besonderer Berücksichtigung der Wirtschaftsspionage, 2006 (zitiert: *Sule*)

Recht der Nachrichtendienste

I. Merkmale der Nachrichtendienste in Deutschland¹

1. Gemeinsamer Auftrag und Abgrenzung zum Geheimdienst

Die BR Deutschland kennt auf Bundesebene drei Nachrichtendienste: Das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) und den Militärischen Abschirmdienst (MAD) als Inlandsnachrichtendienste sowie den Bundesnachrichtendienst (BND) als Auslandsnachrichtendienst.² Mit dem BfV zusammen bilden die 16 Verfassungsschutzbehörden der Länder (LfV) einen Verfassungsschutzverbund mit weitgehend identischem Aufgabenkatalog, in dem alle relevanten Informationen wechselseitig ausgetauscht werden (§ 6 Abs. 1 BVerfSchG).

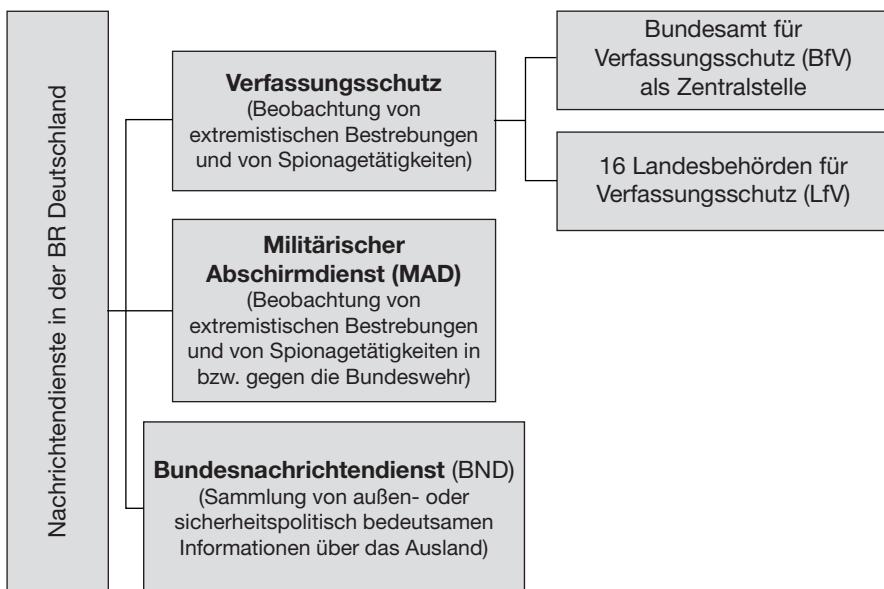


Abb. 1: Nachrichtendienste in der BR Deutschland

Alle genannten Behörden haben als Aufgabe die Beschaffung und Auswertung von Informationen (s. §§ 3 Abs. 1 BVerfSchG, 1 Abs. 2 BNDG, 1 Abs. 1 MADG). Ihr Beitrag zur öffentlichen Sicherheit beschränkt sich also auf das Bereitstellen von Informationen, mit denen andere Behörden (vor allem solche mit weitergehenden polizeilichen Zwangsbefugnissen) Maßnahmen zur konkreten Gefahrenabwehr bzw. zur Verhinderung und Aufklärung von Straftaten betreiben können. Wegen dieser Beschränkung auf Sammeln und Auswerten und angesichts des Trennungsgebots (Rn. 4 ff.) ist ihnen sowohl das Ausüben polizeilicher Zwangsbefugnisse („imperative Befehls- und Zwangsmäßignahmen“, z. B. Hausdurchsuchung, Beschlagnahme, Festnahme) als auch das Betreiben subversiver Aktivitäten (z. B. die heimliche Beeinflussung gesellschaftlicher

1 Die folgenden Ausführungen sind angelehnt an Warg, in: Kipker, Cybersecurity, 2. Aufl. 2023, Kap. 18 Rn. 1 ff.

2 Zur ersten Orientierung Kretschmer, Jura 2006, 336 (339 ff.).

Gruppen als „agent provocateur“, etwa durch Gründung oder gezielte Unterstützung einer extremistischen Partei) verwehrt. So wäre der Einsatz von V-Leuten mit dem Ziel der Steuerung eines extremistischen Personenverbundes unzulässig (§ 9a Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG). Mit dem Rechtsstaatsprinzip wäre es nicht vereinbar, wenn die Nachrichtendienste ihre Beobachtungsobjekte selbst steuern, formen oder gar (z. B. durch Geldzuwendungen) ins Leben rufen könnten.³

- 3** Demgegenüber haben „Geheimdienste“ nicht nur polizeiliche Zwangsbefugnisse, sondern sind oft auch auf die Störung oder Beeinflussung politischer Gegner im In- und Ausland gerichtet. Sie beschränken sich nicht auf das bloße Sammeln und Auswerten von Informationen, sondern versuchen auf gesellschaftliche und politische Abläufe einzuwirken, etwa durch Desinformationskampagnen (dazu Rn. 154 ff.), Sabotage, „Zersetzung“ oder gar durch politischen Mord bzw. das Initiiieren militärischer Auseinandersetzungen (z. B. durch das Finanzieren von Guerilla-Gruppen).⁴ Damit ist auch dem BND im Rahmen der Gegenspionage (Rn. 204) eine manipulative Einflussnahme auf ausländische Akteure untersagt. Die Übermittlung von „Spieldaten“ an ausländische Nachrichtendienste (insbesondere solche, die gegen die Interessen der BR Deutschland arbeiten), um dortige Entscheidungsprozesse im Sinne der außenpolitischen Interessen der BR Deutschland subtil beeinflussen zu können, dürfte aber noch zulässig sein.⁵

2. Trennungsgebot

- 4** Um die unerwünschten Methoden mancher Geheimdienste insbesondere in Unrechtsregimen von vornherein auszuschließen, ist das sog. **Trennungsgebot** ein prägendes Merkmal der Tätigkeit deutscher Nachrichtendienste.⁶ Die deutschen Nachrichtendienste sollen nicht erst auf verdeckte Weise Informationen sammeln und diese Informationen dann auch selbst im Anschluss für polizeiliche Zwangsmassnahmen nutzen dürfen. Diese Machtzusammenballung wollte man in der Bundesrepublik nicht, was mit der Formel „Wer (fast) alles weiß, soll nicht alles dürfen, und wer (fast) alles darf, soll nicht alles wissen“⁷ zusammengefasst ist. Das Trennungsgebot war deshalb auch Inhalt des von den Alliierten am 14.4.1949 an westdeutsche Stellen übergebenen sog. „**Alliierten Polizeibriefs**“, der letztlich als Genehmigung der Alliierten angesehen werden kann, dass die zu gründende Bundesrepublik eine „Staatsschutzbehörde gegen umstürzlerische Bestrebungen“ einrichten konnte. Der Polizeibrief sah in Ziffer 2 folgende Regelung vor:

„The Federal Government will also be permitted to establish an agency to collect and disseminate concerning subversive activities directed against the Federal Government. This agency shall have no police authority.“

- 5** In der Folge wurde das Trennungsgebot zwar nicht im Grundgesetz verankert,⁸ wohl aber in sämtlichen Verfassungsschutzgesetzen, dem BNDG sowie dem MADG und wird als ein organisatorisches, befugnisrechtliches und informationelles Trennungsgebot

3 Ähnlich Droste, S. 270 f.

4 Dietrich, in: ders./Eiffler, III, § 3 Rn. 7. Zur Begrifflichkeit Albert, in: Korte/Zoller, Informationsgewinnung mit nachrichtendienstlichen Mitteln, 2001, S. 101.

5 Ader, in: Dietrich/Fahrner, § 19 Rn. 26.

6 Vgl. Gusy, GSZ 2021, 141 ff. Kritisch Linzbach/Gärditz, ZG 2020, 314 (333): „verfassungsrechtliches Phantom“.

7 Gusy, Grundrechte und Verfassungsschutz, 2011, S. 3.

8 Siehe aber zur Verankerung in Art. 83 Abs. 3 Satz 1 Sächs. Landesverfassung den SächsVerfGH, NVwZ 2005, 1310 (1311 f.). Danach existiert nicht nur das Gebot organisatorischer Trennung. Hinzu kommt, dass auch eine Überlappung zwischen den Aufgaben von Polizei und Verfassungsschutz möglichst vermieden werden soll. Letztgenannte Forderung kann man als „funktionelles Trennungsgebot“ bezeichnen, dessen Geltung aber von einigen Autoren bestritten wird. Fremuth etwa verneint mit guten Gründen ein aus der Verfassung ableitbares funktionelles Trennungsgebot (AöR 139 [2014], 32 [38]), Unterreitmeier bestreitet ein informationelles Trennungsgebot (DÖV 2021, 659).

wahrgenommen. Das BVerfG hat sich zu einem möglichen Verfassungsrang des Trennungsgebots nur indirekt geäußert und angedeutet, dass „das Rechtsstaatsprinzip, das Bundesstaatsprinzip und der Schutz der Grundrechte es verbieten [können], bestimmte Behörden miteinander zu verschmelzen oder sie mit Aufgaben zu befassen, die mit ihrer verfassungsrechtlichen Aufgabenstellung nicht vereinbar sind. So werden die Zentralstellen für Zwecke des Verfassungsschutzes oder des Nachrichtendienstes – angesichts deren andersartiger Aufgaben und Befugnisse – nicht mit einer Vollzugspolizeibehörde zusammengelegt werden dürfen (vgl. schon „Polizeibrief“ der westalliierten Militärgouverneure vom 14. April 1949). Diese Frage bedarf jedoch hier keiner abschließenden Entscheidung.“⁹ Das Trennungsgebot ist damit kein normiertes Verfassungsgebot, doch können die Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 GG, gestützt von der Abwehrfunktion der Grundrechte einer Kumulation von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Eingriffsbefugnissen wegen der damit verbundenen Machtzusammenballung entgegenstehen.¹⁰ Auf dieser Linie liegt auch das ATD-Urteil des BVerfG, das das Prinzip der Trennung zwischen polizeilichen und nachrichtendienstlichen Informationsbeständen aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ableitet.¹¹

Das **befugnisrechtliche Trennungsgebot** als „Herzstück“ des Trennungsgebots besagt, dass Nachrichtendienste keine polizeilichen Zwangsbefugnisse (z. B. Festnahmen, Verkehrskontrollen, Identitätsfeststellungen, Hausdurchsuchungen, Beschlagnahmen) ausüben dürfen (§§ 8 Abs. 3 Satz 1 BVerfSchG, 2 Abs. 3 BNDG, 4 Abs. 2 MADG). Hierdurch soll eine Machtzusammenballung polizeilicher und nachrichtendienstlicher Befugnisse vermieden werden. Informationen dürfen nur auf freiwilliger Basis erhoben werden (siehe § 8 Abs. 4 BVerfSchG).¹² Auch wenn verdeckte (also nachrichtendienstliche) Mittel zur Informationsbeschaffung eingesetzt werden (dazu Rn. 245 ff.) und der Informationsgeber über die Motivation oder die Identität der erhebenden Stelle getäuscht wird, ändert dies nichts daran, dass kein physischer oder psychischer Zwang angewendet werden darf, um an relevante Informationen zu gelangen. Wenn z. B. bei einer Telefonüberwachung festgestellt wird, dass die überwachte Person einen Anschlag plant, muss der Nachrichtendienst diese Information an die Polizei weitergeben, die den Betroffenen dann verhaften kann; der Nachrichtendienst darf diese Zwangsmaßnahme nicht selber vornehmen. Ein weiterer Ausfluss des befugnisrechtlichen Trennungsgebotes ist, dass den deutschen Nachrichtendiensten für eine notfalls erforderliche zwangsweise Durchsetzung von Auskunftsersuchen bei Banken, Telekommunikationsdienstleistern oder Fluggesellschaften nach § 8a BVerfSchG (i. V. m. §§ 2a BNDG, 4a MADG), etwa wenn der Telekommunikationsdienstleister die Verbindungsdaten nicht freiwillig herausgeben möchte, keine Zwangsbefugnisse zur Verfügung stehen.¹³ Obgleich es gesetzlich nicht so klar geregelt ist, gilt das Trennungsgebot auch umgekehrt: so dürfen die speziellen nachrichtendienstlichen Ermittlungsmethoden nicht gezielt für polizeiliche Zwecke eingesetzt werden.¹⁴ Es wäre daher unzulässig, wenn die Polizei den Verfassungsschutz um den Einsatz von V-Leuten in einem Beobachtungsobjekt bitten würde, um so gezielt an Informationen über geplante Straftaten zu gelangen, die die Polizei mit ihren eigenen (grundsätzlich offenen) Datenerhebungsmethoden nicht erlangen könnte (so auch die Aussage in § 17 Abs. 1 BVerfSchG).¹⁵ Teil des befugnis-

9 BVerfG, NVwZ 1998, 495 (497).

10 Roth, in: Schenke/Graulich/Ruthig, § 2 BVerfSchG Rn. 10 m. w. N.

11 BVerfG, NJW 2013, 1499 (1505).

12 Nur §§ 8a, 8d BVerfSchG und § 2 Abs. 1, 1a G10 regeln eine Auskunftsverpflichtung der dort genannten privaten Dienstleister (z. B. Luftfahrtunternehmen, Banken, Telekommunikationsdienstleister).

13 Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/7386, S. 39. Näher Gärditz, in: Dietrich/Eiffler, VI § 1 Rn. 14 ff.

14 BVerfG, NJW 2011, 2417 (2420) – „Liechtenstein-CD“; Zöller, in: Dietrich u. a. (Hrsg.), Nachrichtendienste in vernetzter Sicherheitsarchitektur, 2020, S. 79 (90).

15 Löffelmann/Zöller, A. Rn. 60.

rechtlichen Trennungsgebots ist zudem, dass ein Nachrichtendienst eine Polizeibehörde nicht im Wege der Amtshilfe um die Durchführung von polizeilichen Zwangsmaßnahmen bitten darf (§ 8 Abs. 3 BVerfSchG; zur Amtshilfe s. Rn. 475 ff.). Nachrichtendienste sollen also auch nicht „durch die Hintertür“ polizeiliche Befugnisse erlangen können,¹⁶ was eine Umgehung des Verbots in § 8 Abs. 3 Satz 1 BVerfSchG bedeuten würde.

- 7 Um eine Zusammenlegung polizeilicher und nachrichtendienstlicher Informationen bzw. Ermittlungsmethoden auch nicht „auf dem kleinen Dienstweg“ zu ermöglichen, dürfen Nachrichtendienste auch nicht mit einer Polizeibehörde zusammengelegt werden, die über die Möglichkeit von Zwangsmaßnahmen verfügen (**organisatorisches Trennungsgebot**, siehe § 2 Abs. 1 Satz 3 BVerfSchG). Daraus folgt logisch auch die personelle Komponente, dass Hoheitsträger in einer Person nicht zugleich polizeiliche und nachrichtendienstliche Befugnisse ausüben dürfen.¹⁷
- 8 Schließlich folgt aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nach Ansicht des BVerfG auch ein **informationelles Trennungsprinzip**. Die weitreichenden Überwachungsbefugnisse der Nachrichtendienste im Vorfeld von Straftaten und konkreter Gefahren seien nämlich nur dann gerechtfertigt (so das BVerfG), wenn die gewonnenen Informationen nicht ohne Weiteres an andere Behörden mit operativen Anschlussbefugnissen übermittelt werden.¹⁸ Folglich dürfen Daten zwischen den Nachrichtendiensten und Polizeibehörden nur ausnahmsweise ausgetauscht werden.¹⁹ Als Konkretisierung der Vorgaben einer grundsätzlichen Datentrennung zwischen beiden Behördentypen dienen die engen Vorgaben für eine Übermittlung nachrichtendienstlicher Informationen an die Polizeibehörden gemäß §§ 19 f. BVerfSchG sowie §§ 4 Abs. 4, 7, 7a, 8 Abs. 5–6 G10 (letztere betreffen die Weitergabe von Informationen aus G10-Maßnahmen), wobei jedoch die neuere Rspr. des BVerfG die aktuellen gesetzlichen Hürden nicht für ausreichend ansieht (näher Rn. 451 f., 465).²⁰ Kritisch gesehen wird vor allem die Informationsübermittlung der Nachrichtendienste an die Polizei, da hier die Gefahr besteht, dass letztere mithilfe der übermittelten Informationen, die oft im Vorfeld konkreter Gefahren bzw. Straftaten mit geheimen nachrichtendienstlichen Mitteln erhoben wurden (also zu einem Zeitpunkt, in dem häufig noch kein Handlungsrecht bzw. kein Normverstoß geschehen ist und die Informationen obendrein mit ND-Mitteln gewonnen wurden, die der Polizei i. d. R. nicht zustehen) erheblich belastende Zwangsmaßnahmen (z. B. Hausdurchsuchungen) durchführt. Dies ist deshalb problematisch, weil die eigene polizeiliche Erkenntnislage ohne Informationshilfe des Nachrichtendienstes derartige Maßnahmen zu diesem frühen Zeitpunkt häufig noch gar nicht erlauben würde. Deshalb differenziert § 19 Abs. 1 BVerfSchG zwischen der Übermittlung von mit nachrichtendienstlichen Mitteln gewonnenen Informationen an Polizeien und Staatsanwaltschaften einerseits (hierfür sind höhere Voraussetzungen zu beachten) und sonstigen Übermittlungsfällen an inländische Behörden andererseits. Zulässig ist die Übermittlung von Erkenntnissen, die mit nachrichtendienstlichen Mitteln gewonnen wurden an Polizei und Staatsanwaltschaft grundsätzlich nur, wenn dies zur Verhinderung oder Aufklärung von *Straftaten von erheblicher Bedeutung* erforderlich ist (§ 19 Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG; entsprechend §§ 11 Abs. 1 MADG, 11 Abs. 1 BNDG; näher dazu Rn. 434 ff.).

16 Auch die Regelung in § 17 Abs. 2 BVerfSchG stellt keine Durchbrechung des Trennungsgebotes dar, siehe Rn. 387, 397 ff.

17 Löffelmann/Zöller, A. Rn. 60.

18 Seit dem ATD-Urteil st. Rspr., zuletzt BVerfG, Beschl. v. 28.9.2022 – 1 BvR 2354/13, Rn. 120.

19 BVerfG, NJW 2013, 1499 (1505) – ATD. Grundlegend ablehnend zum informationellen Trennungsgebot Unterreitmeier, DÖV 2021, 659.

20 Näher Kutzschbach, in: Dietrich/Eiffler, VI, § 6 Rn. 103.

Problematisch am Trennungsgebot ist allerdings, dass bei terroristischen und anderen unmittelbaren Gefahrenlagen nachrichtendienstliche Aufklärung und polizeiliches Eingreifen zeitlich Hand in Hand gehen. **Gefahrerforschung und Gefahrintervention** müssen nahtlos ineinander greifen, um Informationsbrüche und zeitliche Verzögerungen in der Bearbeitung zu vermeiden. Ein organisatorisches und befugnisrechtliches Trennungsgebot kann hier hinderlich sein.²¹ Zudem ist das Trennungsgebot international auch in westlichen Demokratien kein Standard. So erfolgt beispielsweise in Schweden (Säkerheitspolisen) oder den USA (FBI) die nachrichtendienstliche Vorfeldaufklärung durch die Kriminalpolizei.

3. Funktion der Nachrichtendienste in der Sicherheitsarchitektur und Abgrenzung zur Tätigkeit der Polizei²²

Trotz Überschneidungen im Aufgabenspektrum haben die Nachrichtendienste andere Aufgaben als die Polizei. Der Verfassungsschutz und erst recht der BND sind bei der Erforschung von Sachverhalten nicht an das Kriterium der „Gefahr“ oder „Straftat“ gebunden, sondern beobachtet gemäß § 3 Abs. 1 BVerfSchG bereits „Bestrebungen“ gegen die verfassungsschutzrelevanten Schutzgüter (beim BND existiert insoweit gar keine Eingriffsschwelle, Rn. 199). „Bestrebungen“ werden sich häufig im Vorfeld einer polizeirechtlich relevanten Gefahr bzw. von Straftaten abspielen. Aus diesem Grund und wegen der fehlenden Zwangsbefugnisse (Rn. 6) gelten die Verfassungsschutzbehörden nicht als Polizeibehörden im institutionellen Sinne.²³ Nachrichtendienste verfolgen bei ihrer Tätigkeit (anders als Polizeibehörden) nicht primär das Ziel, dass das, was sie erheben, in Gefahrenabwehr- oder Strafverfolgungsmaßnahmen umgesetzt wird. Ihnen geht es um strukturorientierte Aufklärung, nicht in erster Linie um die Abwehr einzelner konkreter Gefahren oder konkreter Straftaten.²⁴ Nachrichtendienste haben „mannigfaltige Bestrebungen auf ihr Gefahrenpotenzial hin allgemein zu beobachten“ [Hervorh. durch Verf.] und sie diese gerade auch unabhängig von konkreten Gefahren in den Blick zu nehmen. Demgegenüber sind die Aufgaben der Polizei geprägt von einer operativen Verantwortung und insbesondere der Befugnis, Maßnahmen erforderlichenfalls auch mit Zwang durchzusetzen.²⁵

Jedoch bedeutet der *befugnisrechtliche* Verzicht auf polizeiliche Zwangsbefugnisse (Rn. 6) nicht, dass die Nachrichtendienste auf die Funktion von bloßen (mit nachrichtendienstlichen Mitteln aufgeladenen) politischen Beratungsinstituten verkürzt sind. Vielmehr nehmen sie in Bezug auf elementare Bedrohungen der inneren und äußeren Sicherheit des Staates die Funktion eines „analytischen Informationsdienstleisters“²⁶ für diejenigen Stellen ein, die über entsprechende Befugnisse verfügen, um anschließend gegen die von den Diensten identifizierten Gefahren intervenieren zu können.²⁷ Das BVerfG ist auch in Bezug auf den BND, der von seiner gesetzlichen Aufgabenbeschreibung in § 1 Abs. 2 BNDG (Rn. 196 ff.) von konkreter Sicherheitsgewährleistung „am weitesten entfernt“ ist, der Auffassung, dass es bei der Versorgung der Bundesregierung mit Informationen für ihre außen- und sicherheitspolitische Entscheidungsfindung mittelbar zugleich auch um die Bewahrung demokratischer Selbstbestimmung und den Schutz der verfassungsrechtlichen Ordnung und damit um Verfassungsgüter von hohem Rang

21 Ausführlich *Fremuth*, AöR 139 (2014), 32 (46 ff., 69).

22 Die folgenden Ausführungen sind angelehnt an *Warg*, in: *Dietrich/Eiffler*, V § 1 Rn. 7 ff.

23 *Gusy*, Polizeirecht, 10. Aufl. 2019, Rn. 37; *Thiel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. 2020, § 3 Rn. 7.

24 *Poscher/Rusteberg*, in: *Dietrich* u. a., Reform der Nachrichtendienste zwischen Vergesetzlichung und Internationalisierung, 2019, S. 145 (153).

25 Ausführlich BVerfG, NJW 2013, 1499 (1504, Rn. 115 ff.) – Antiterrordatei.

26 *Cremer*, in: *Isensee/Kirchhoff*, HStR XII, 3. Aufl. 2014, § 278 Rn. 3: „staatliche Dienstleister für Informationen“.

27 *Lindner/Unterreitmeier*, DÖV 2019, 165 (168) m. w. N.

gehe.²⁸ Auch liefern die Nachrichtendienste mit ihren Informationen häufig den entscheidenden Anstoß für mit polizeilichem Zwang verbundenes Gefahrenabwehr- bzw. Strafverfolgungshandeln. Damit sind die Nachrichtendienste *funktional* durchaus an der Abwehr konkreter Gefahren bzw. an der Aufklärung von Straftaten beteiligt. Dass dies von der Verfassung so gewollt ist, wird aus dem Wortlaut des Art. 73 Abs. 1 Nr. 10b, c GG deutlich: hiernach wird der Verfassungsschutz tätig „zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, des Bestandes und der Sicherheit des Bundes oder eines Landes“ sowie „zum Schutze gegen Bestrebungen im Bundesgebiet, die durch Anwendung von Gewalt oder darauf gerichtete Vorbereitungshandlungen auswärtige Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährden“. Ein Schutz lässt sich durch Information der politischen Entscheidungsträger allein nicht verwirklichen.²⁹ Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 G10 darf der Verfassungsschutz „zur Abwehr von drohenden Gefahren für die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes“ Beschränkungsmaßnahmen durchführen, was die funktionale Zuordnung der Nachrichtendienste zur Gefahrenabwehr verdeutlicht³⁰ (s. auch den Katalog der vom BND gezielt beobachteten Straftaten in § 5 G10). Das Grundgesetz selbst gliedert den staatlichen Selbstschutzmechanismus in zwei arbeitsteilig ineinander greifende Funktionselemente: die nachrichtendienstliche Gefahrerforschung und die durch andere Stellen erfolgende Gefahrenintervention.³¹ Es ist daher zu kurz argumentiert, wenn man annimmt, dass Individualrechtsgüter durch die Tätigkeit der Nachrichtendienste nur „als Beiwerk“ mittelbar geschützt werden, etwa wenn im Rahmen der Beobachtung einer verfassungsfeindlichen Gruppierung geplante oder begangene Straftaten bekannt und der Polizei- bzw. Strafverfolgungsbehörde mitgeteilt werden.³²

12 Daher wäre es auch künstlich, die Beobachtung extremistischer Bestrebungen durch den Verfassungsschutz einerseits und die exekutiv intervenierende polizeiliche Gefahrenabwehr andererseits als Gegensätze zu konstruieren; beide Aufgaben ergänzen und überschneiden sich vielmehr, vor allem bei staatsschutzrelevanten Gefahren bzw. bei der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung.³³ Nachrichtendienste und Polizei arbeiten *zielgerichtet in arbeitsteiliger Weise* bei der Abwehr von Gefahren für die Schutzgüter des § 3 Abs. 1 BVerfSchG zusammen.³⁴

13 Die Vergleichbarkeit der Aufgaben kommt indirekt auch in ähnlichen Eingriffsschwellen bei der Informationserhebung zum Ausdruck. Denn eine Reihe – insbesondere eingeschärfte – nachrichtendienstlicher Befugnisse setzen tatsächliche Anhaltspunkte einer bestimmten schweren – polizeirechtlich zu verstehenden – *Gefahr* voraus. § 9 Abs. 2 BVerfSchG etwa verlangt für eine Wohnraumüberwachung eine gegenwärtige Lebensgefahr oder eine gegenwärtige gemeine Gefahr, § 8a Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG für die dort geregelten Auskunftsbefugnisse gegenüber privaten Dienstleistern „schwerwiegende Gefahren“ für die in § 3 Abs. 1 BVerfSchG genannten Schutzgüter. Umgekehrt darf der Verfassungsschutz seine Auswertungstätigkeit auch bei Verdacht einer bevorstehenden oder begangenen Straftat fortsetzen (d. h. er muss bei polizeilichem Tätigwerden nicht das „Feld räumen“),³⁵ da in diesen Fällen die tatsächlichen Anhaltspunkte für extremistische

28 BVerfG, NJW 2020, 2235 (2250, Rn. 162) – Auslandsaufklärung des BND.

29 Unterreitmeier, DÖV 2021, 659 (664).

30 Unterreitmeier, GSZ 2018, 1 (4).

31 Lindner/Unterreitmeier, DÖV 2019, 165 (168).

32 Poscher/Rusteberg, KJ 2014, 57 (62).

33 Poscher/Rusteberg, in: Dietrich u. a., Reform der Nachrichtendienste zwischen Vergesetzlichung und Internationalisierung, 2019, S. 145 (148); Dietrich, in: ders./Eiffler, III § 3 Rn. 8.

34 Unterreitmeier, GSZ 2018, 1 (3 f.): „Nachrichtendienstliche Gefahrerforschung und polizeiliche Intervention sind arbeitsteilig ineinander greifende Funktionselemente innerhalb des einheitlichen Gefahrenabwehrmechanismus gegen Angriffe auf die Grundlagen des freiheitlichen demokratischen Staates“.

35 Nehm, NJW 2004, 3289 (3293) m. w. N.; Roth, in: Schenke/Graulich/Ruthig, §§ 3, 4 BVerfSchG Rn. 105.

Bestrebungen besonders stark sind. Zudem haben verfassungsschutzrelevante Bestrebungen häufig auch unter dem Gesichtspunkt der Aufklärung von potentiellen Gefahren im Vorfeld der konkreten Gefahr (**Gefahrvorlage**)³⁶ polizeirechtliche Relevanz, denn das Polizeirecht löst sich zunehmend von der traditionellen Anknüpfung an die konkrete Gefahr und verlagert seine informationsbezogenen Befugnisse in das Gefahrenvorfeld.³⁷

Durch das vermehrte Zugestehen nachrichtendienstlicher Vorfeldbefugnisse an die Polizei wird auch von einer „**Vernachrichtendienstlichkeit**“³⁸ der Polizei gesprochen. Hierdurch wird in gewisser Weise das befugnisrechtliche Trennungsgebot aufgeweicht, und zwar von Seiten der Polizei.³⁹

Deshalb zeichnet sich ab, dass das „Vorfeldmonopol“ der Nachrichtendienste angesichts der vermehrten wahrgenommenen Informationsvorsorge der Polizei nicht mehr existiert.⁴⁰ In den gewaltorientierten extremistischen Szenen mit ihren häufig sehr schnellen Radikalisierungsverläufen sind die Grenzlinien zwischen Gefahrenverdacht, Gefahrvorlage und konkreter Gefahrenabwehr ohnehin fließend und werden, z. B. bei Planungen für den gewaltamen Jihad in kürzester Zeit durchschriften. Diese Gemengelage wird auch daran deutlich, dass die geschriebene Rechtsordnung und damit auch die fdGO zu den Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit zählt⁴¹ (vgl. explizit §§ 1 Abs. 1 Satz 2 BWPolG, 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SächsPolG, 11 Abs. 2 Nr. 1 BayPAG), weshalb Polizei und Verfassungsschutz zumindest teilidentische Aufgaben haben.⁴² In Bezug auf die Informationserhebung haben sie ohnehin im Wesentlichen die gleichen Befugnisse.⁴³ Daher ist es durchaus konsequent, auch die Nachrichtendienste als Gefahrenabwehrbehörden anzusehen,⁴⁴ auch wenn das BVerfG dies mit Blick auf ihre fehlenden Gefahrenabwehrbefugnisse verneint.⁴⁵

Das Rollenverhältnis von Nachrichtendiensten und Polizei kann synoptisch wie folgt dargestellt werden:

	Verfassungsschutz und BND	Polizei
Aufgaben	<ul style="list-style-type: none"> – Beobachtung von extremistischen „Bestrebungen“ (einschließlich terroristischer Aktivitäten, sofern sie extremistisch motiviert sind und sich ge- 	<ul style="list-style-type: none"> – Abwehr konkreter Gefahren (Verhinderung eines drohenden Schadens für ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit und Ordnung)

36 Hierzu Schenke, Rn. 10, 71 f.; Möller/Warg, Rn. 102a ff.; Gröpl, S. 306 f.

37 Fremuth, AÖR 139 (2014), 32 (38 f.).

38 Löffelmann/Zöller, A. Rn. 67; Fremuth, AÖR 139 (2014), 32 (69).

39 Augsburg sieht mit Blick auf das Übermaßverbot eine kritische Grenze der „Vernachrichtendienstlichkeit“ der Polizei erreicht, wenn die Belastung des Grundrechtsträgers, das Gewicht des zu schützenden Rechtsguts und die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nicht mehr in einem ausgewogenen Verhältnis zueinanderstehen (in: JBÖS 2018/19, 115 [119]). Je weiter polizeiliche Maßnahmen im Vorfeld eines absehbaren Schadensereignisses (konkrete Gefahr) ansetzen sollen, um so gewichtiger müssen die zu schützenden Rechtsgüter und umso enger und normenklarer die Eingriffsvoraussetzungen formuliert werden. Umgekehrt ist den Nachrichtendiensten eine umfassende Vorfeld-Aufklärungsbefugnis ja gerade nur deshalb verliehen, weil ihnen eben gerade keine „imperativen Befehls- und Zwangsmaßnahmen“ zur Verfügung stehen.

40 Banzhaf, S. 190.

41 Möller/Warg, Rn. 78.

42 Nach Poscher/Rusteberg (KJ 2014, 57 [60]) sei eine Unterscheidung von Polizei und Verfassungsschutz zumindest anhand ihrer Vorfeldbefugnisse kaum mehr möglich.

43 Banzhaf, S. 224.

44 So BVerwG, NJW 2002, 980 (983) – REP; OVG Bautzen, Urt. v. 12.11.2015 – 3 C 12/13, Rn. 36: LfV als Polizeibehörde i. S. d. § 481 Abs. 1 Satz 1 StPO; Schenke, Rn. 438, 444, 445d: „Gefahrenabwehr mittels Informationsverarbeitung“. Differenzierend Banzhaf, S. 150: Gefahrenprophylaxe. A.A. Roggan, KriPoZ 2018, 109 (110, 114), der selbst den Charakter einer Sicherheitsbehörde verneint, mit dem Argument fehlender gesetzlicher Aufgabenbeschreibungen bzw. Befugnisregelungen zur Gefahrenabwehr.

45 BVerfG, NJW 2022, 1583 (1609, Rn. 335).

	<p>gen ein Schutzgut des § 3 Abs. 1 BVerfSchG richten); i. d. R. erfolgt Tätigwerden aber im Vorfeld der konkreten Gefahr bzw. Straftat. Bei Bestrebungen gegen die fdGO liegt allenfalls eine „latente Gefahr“⁴⁶ vor, die als eigenständige Kategorie im Polizeirecht nicht anerkannt ist und der Polizei folglich keine Befugnis zum Eingreifen eröffnet</p> <ul style="list-style-type: none"> – Gewinnen von außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnissen 	<ul style="list-style-type: none"> – (<i>in jüngerer Zeit vermehrt:</i>) Gefahrenvorsorge (Prävention) / Gefahrenverhütung / vorbeugende Bekämpfung von Straftätern <p>→ ist typische Vorfeldaufgabe, was zu Überschneidungen mit dem klassischen Tätigkeitsfeld der Nachrichtendienste führt</p>
	<ul style="list-style-type: none"> – Aufklärung von Spionagetätigkeiten, die häufig, aber nicht zwingend den Straftatbestand des § 99 StGB erfüllen (Rn. 157) 	<ul style="list-style-type: none"> – Aufklärung von Straftätern, §§ 161, 163 StPO, 4 BKAG

4. Die Rechtsgrundlagen für die Nachrichtendienste

17 Überblicksmäßig kann man die Rechtsgrundlagen für die deutschen Nachrichtendienste wie folgt zusammenfassen:⁴⁷

Nachrichtendienst	Gesetzliche Grundlage	Verfassungsrechtliche Verankerung
Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) und Landesämter für Verfassungsschutz (LfV) Aufklärung von Bestrebungen gegen die fdGO und andere hochrangige Staatsschutzzüter Spionageabwehr	BVerfSchG (von 1950) und 16 LVerfSchG	<p>a) Gesetzgebungskompetenz des Bundes: Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 b, c GG; für die Länder: Art. 30, 70 Abs. 1 GG;⁴⁸</p> <p>b) Einrichtungskompetenz des Bundes für das BfV: Art. 87 Abs. 1. Satz 2 GG</p>
Bundesamt für den Militärischen Abschirmdienst (MAD) Aufklärung von Bestrebungen gegen die fdGO und andere hochrangige Staatsschutzzüter im Geschäftsbereich des BMVg Abwehr von Spionage gegen die Bundeswehr und andere Dienststellen des Geschäftsbereichs des BMVg	MADG (von 1990)	<p>keine ausdrückliche Erwähnung im GG;</p> <p>a) Gesetzgebungskompetenz des Bundes wird abgeleitet aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG (Verteidigung);</p> <p>b) die Einrichtungskompetenz des Bundes wird abgeleitet aus Art. 65a und 87a Abs. 1 Satz 1 GG</p>
Bundesnachrichtendienst (BND) Auslandsaufklärung	BNDG (von 1990)	<p>keine ausdrückliche Erwähnung im GG;</p> <p>a) Gesetzgebungskompetenz des Bundes wird abgeleitet aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG (auswärtige Angelegenheiten);⁴⁹</p> <p>b) die Einrichtungskompetenz des Bundes wird abgeleitet aus Art. 87 Abs. 3 GG</p>

46 Dazu *Thiel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. 2020, § 8 Rn. 77 f.

47 Übersicht angelehnt an *Rose-Stahl*, S. 19.

48 BVerfG, NJW 2005, 2912 (2914) – Junge Freiheit.

49 BVerfG, NJW 2020, 2235 (2245, Rn. 123 ff.) – Auslandsaufklärung des BND; NJW 2013, 1499 (1502) – ATD.

Speziell für das BfV sind die wichtigsten Rechtsgrundlagen folgende:

18

Überblick zu den Rechtsgrundlagen des BfV

Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 b GG und Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG

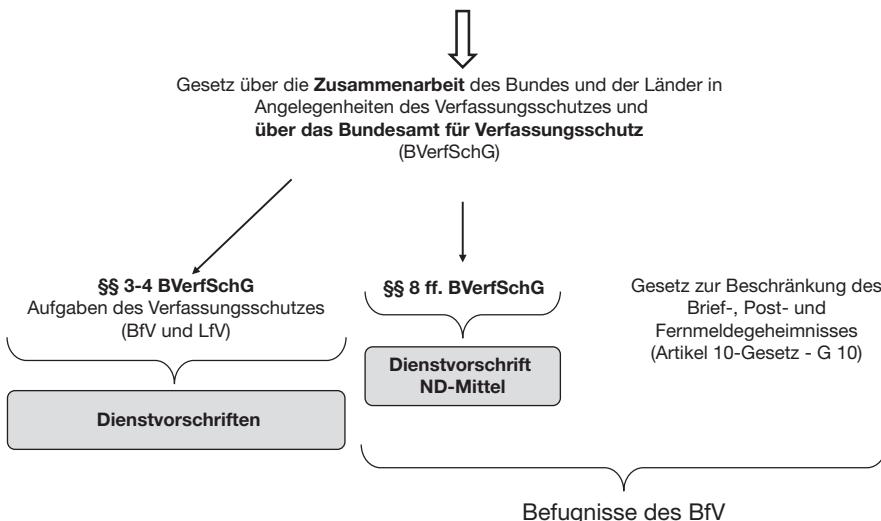


Abb. 2: Überblick zu den Rechtsgrundlagen des BfV

5. Verfassungsschutz als Ausfluss und Verkörperung der „wehrhaften Demokratie“

19

Die Verfassungsschutzbehörden sind – neben weiteren Einrichtungen – Ausdruck der Grundentscheidung der Verfassung für eine **wehrhafte Demokratie** (Synonym: streitbare Demokratie).⁵⁰ Bereits 1937 stellte *Karl Loewenstein* das Konzept der „militant democracy“⁵¹ vor, das später von *Karl Mannheim* (jeweils unter den Erfahrungen der NS-Diktatur) in den begrifflichen Zusammenhang einer „streitbaren“ Demokratie gebracht wurde. Beide traten dafür ein, dass man Gegnern der Demokratie durch Partei- und Organisationsverbote Rechte beschneiden sollte und wandten sich prinzipiell gegen einen Laissez-faire-Liberalismus, der Toleranz mit Neutralität verwechselt.⁵² Die Idee fand später an verschiedenen Stellen Eingang in das Grundgesetz.⁵³ Prägend für das Verständnis der „wehrhaften Demokratie“ war der Beitrag von *Carlo Schmid* in der 2. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 8.9.1948:

50 Zu diesem Strukturprinzip *Schliesky*, in: Isensee/Kirchhof, HStR XII, 3. Aufl. 2014, § 277 Rn. 1 ff.; *Werthebach/Droste*, in: BoK-GG (Stand: Dezember 1998), Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 Rn. 155 ff.; *Thiel*, in: ders., Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, 2003, S. 5 ff. S. auch *Hecker*, in: Dietrich/Eiffler III, § 2 Rn. 5.

51 Siehe dazu auch *Voßkühle/Kaiser*, Jus 2019, 1154 ff.

52 Vgl. *Mannheim*, Diagnosis of Our Time: Wartime Essays of a Sociologist, 1943, S. 7. S. auch *Papier/Durner*, AöR 128 (2003), 340 (345 ff.); *Thiel*, Die „wehrhafte Demokratie“ als verfassungsrechtliche Grundentscheidung, in: ders., Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, 2003, S. 6 ff. Für *Mannheim* war "militant democracy" aber keine Aufgabe des Staates, sondern der Zivilgesellschaft: An ihr sei es, durch politische Bildung und ein soziales Miteinander eine die Demokratie stabilisierende Werteordnung zu schaffen (*Rigoll*, Streit um die streitbare Demokratie. Ein Rückblick auf die Anfangsjahrzehnte der Bundesrepublik, <https://bit.ly/2ZxI0D4>).

53 BVerfGE 39, 334 (349) – Extremistenbeschluss: „Grundentscheidung der Verfassung“