

# Sicherheitsrecht des Bundes – Recht der Nachrichtendienste in Deutschland

von

**Prof. Dr. Kurt Graulich**  
**Richter am Bundesverwaltungsgericht a.D.**

Humboldt-Universität zu Berlin – Sommersemester 2019

Raum UL9 E 25

Donnerstag, d. 18.04.2019 von 12.00 bis 14.00 Uhr

Schwerpunkte 2 und 5

Veranstaltungsnummer 10727

## Skizze und Materialien

### I. Einführung – Institutionen, Geschichte, Tatsachen

#### „Avant la lettre“

#### Was sind Nachrichtendienste?

Der Begriff des „Nachrichtendienstes“ ist in der deutschen Rechtsordnung verbreitet. Er findet sich in bundesrechtlichen Regelungen ebenso wieder wie in landesrechtlichen Vorschriften. Auf ein bestimmtes Rechtsgebiet ist seine Verwendung nicht beschränkt<sup>1</sup>. Es handelt sich um einen Rechtsbegriff, der einer Auslegung zugänglich ist. Eine Legaldefinition existiert nicht<sup>2</sup>. Aus seiner fachgesetzlichen Verwendung lassen sich jedoch drei Funktionen ableiten, nämlich die Informationsgewinnung und -aufbereitung für den politischen Entscheidungsprozess, die Öffentlichkeitsarbeit und die Informationsvorsorge durch Informationsaustausch<sup>3</sup>.

#### Welcher begriffliche Unterschied besteht zwischen Geheimdiensten und Nachrichtendiensten?

In der Rechtsprechung des BVerfG wird in Bezug auf den BND ausschließlich der Begriff des „Nachrichtendienstes“ gebraucht, während bei vergleichbaren ausländischen Einrichtungen der Begriff „Geheimdienst“ verwendet wird. Derartigen begrifflichen Unterscheidungen liegt die Annahme zugrunde, dass Geheimdienste über deutlich weitergehende Befugnisse verfügen als Nachrichtendienste. Als Geheimdienst gilt danach eine staatliche Einrichtung, die nicht nur Informationen beschafft, auswertet und weitergibt, sondern auch verdeckte Handlungen zur Störung oder Beeinflussung politischer Gegner im In- und Ausland unternimmt. Als

---

<sup>1</sup> Dietrich in HdBdNDR III § 3 Rn. 2

<sup>2</sup> Dietrich in HdBdNDR III § 3 Rn. 3

<sup>3</sup> Dietrich in HdBdNDR III § 3 Rn. 5

geheimdienstliche Mittel kommen Agitation, Desinformation, Diversion, Konspiration, Subversion, Unterwanderung, Zersetzung oder sogar politischer Mord in Betracht. Solcherlei *aktive* Maßnahmen sind den deutschen Behörden versagt. Die Beeinflussung oder sogar Ausschaltung politischer Gegner ist gerade nicht von ihrem nachrichtendienstlichen Auftrag erfasst. Eine synonyme Verwendung der Begriffe „Geheimdienst“ und „Nachrichtendienst“ sollte vor diesem Hintergrund vermieden werden<sup>4</sup>.

### **Bedarf es der Einrichtung von Nachrichtendiensten?**

### **Welche Rolle spielen der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sowie der Gesetzesvorbehalt bei der Arbeit deutscher Nachrichtendienste?**

### **Wie wird die Gesetzesbindung von Nachrichtendiensten gewährleistet?**

Bedürfen Nachrichtendienste der Kontrolle?

### **Gibt es bei der nachrichtendienstlichen Arbeit in Deutschland das Problem einer Lücke in der Legalität, Legitimität oder Souveränität?**

#### **1. Grundsätze und Institutionen**

##### **a) Stellung der Nachrichtendienste in der deutschen Sicherheitsarchitektur**

Personalstärke von Sicherheitseinrichtungen des Bundes und der Länder (ohne Ordnungsverwaltung, Feuerwehren und Katastrophenschutz)  
(ständige Mitarbeiter in ca.-Zahlen)

#### **Polizei**

Beamte der Länderpolizeien	230.000
Beamte der Bundespolizei	42.500
Bundeskriminalamt	6.400

#### **Nachrichtendienste (ständige Mitarbeiter in ca.-Zahlen)**

Bundesamt für Verfassungsschutz	3.100
Landesämter für Verfassungsschutz	2.500
Militärischer Abschirmdienst	1.150
Bundesnachrichtendienst	6.500

#### **Aufsichtliche, wirtschaftliche und technisch-fachliche Dienste**

Zollkriminalamt	1.000
Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)	2.700
Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA)	1.000
Bundesnetzagentur	2.700
Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI)	940

<sup>4</sup> Nachw. bei Dietrich in HdBdNDR III § 3 Rn. 7

<b>Bundeswehr</b>	180.000
<b>Justiz (ohne nichtrichterlichen Dienst und JVAen)</b>	
Richterstellen	20.300
Staatsanwaltschaften	5.300

### **b) Nachrichtendienste im parlamentarischen Rechtsstaat**

Die Rechtsprechung des BVerfG hat das Verhältnis von individueller Freiheit und staatlich organisierter Sicherheit deutlich zu Gunsten der Freiheit beschrieben. Die Dinge liegen im zeitgeschichtlichen Wandel nicht ein für allemal fest. Der gegenwärtige Zeitabschnitt, wird aber vom zentralen Begriff der informationellen Selbstbestimmung beherrscht; das „informationelle Selbstbestimmungsrecht“ findet sich nicht im Wortlaut der Verfassung, sondern ist Ergebnis ihrer Auslegung. Ein Eingriff in dieses Recht unterliegt dem Gesetzesvorbehalt. Dies hat zu einer beträchtlichen Ausweitung von Befugnisnormen geführt und darüber hinaus eine fortdauernde Grenzfindung in der Arbeit der Sicherheitsbehörden ausgelöst, deren permanente Prüfung Gegenstand der Rechtsprechung ist.

#### **Freiheit und Sicherheit – Volkszählungsgesetz-Urteil des BVerfG:**

Individuelle Selbstbestimmung setzt aber - auch unter den Bedingungen moderner Informationsverarbeitungstechnologien - voraus, daß dem Einzelnen Entscheidungsfreiheit über vorzunehmende oder zu unterlassende Handlungen einschließlich der Möglichkeit gegeben ist, sich auch entsprechend dieser Entscheidung tatsächlich zu verhalten. Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß. Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. Wer damit rechnet, daß etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative behördlich registriert wird und daß ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art 8, 9 GG) verzichten. Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungsfähigkeit und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist.

(BVerfG, Urteil vom 15. Dezember 1983 – 1 BvR 209/83, 1 BvR 269/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 484/83 –, BVerfGE 65, 1-71, Rn. 148)

Sammlung und Aufbereitung von Informationen durch Presse und Rundfunk  
(CICERO-Entscheidung des BVerfG):

Die **bloße Veröffentlichung eines Dienstgeheimnisses** im Sinne des § 353 b StGB durch einen Journalisten reicht im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht aus, um einen den strafprozessualen Ermächtigungen zur Durchsuchung und Beschlagnahme genügenden Verdacht der Beihilfe des Journalisten zum Geheimnisverrat zu begründen (BVerfGE 117, 244-272).

**c) Grundsatz der streitbaren Demokratie und Verfassungsschutz:**

Gegen die Verfassungsordnung und gegen die Sicherheit und den Bestand des Staates gerichtete Bestrebungen, Pläne und Maßnahmen gehen meist von Gruppen aus, die ihre Arbeit tarnen und im geheimen leisten, die wohlorganisiert sind und in besonderer Weise auf ungestört funktionierende Nachrichtenverbindungen angewiesen sind. Diesem "Apparat" gegenüber kann ein Verfassungsschutz nur wirksam arbeiten, wenn seine **Überwachungsmaßnahmen grundsätzlich geheim** und deshalb auch einer Erörterung innerhalb eines gerichtlichen Verfahrens entzogen bleiben. Selbst die nachträgliche Offenlegung einer Überwachungsmaßnahme und ihre nachträgliche Erörterung in einem gerichtlichen Verfahren kann für die verfassungsfeindlichen Kräfte Anhaltspunkte für die Arbeitsweise und das konkrete Beobachtungsfeld des Verfassungsschutzes und zur Identifizierung bisher unbekannt gewesener Angehöriger des Verfassungsschutzes liefern und dadurch dessen Wirksamkeit in hohem Maße beeinträchtigen. **Die Befugnis, den Betroffenen von einer Abhörmaßnahme nicht in Kenntnis zu setzen und ihre Überprüfung an eine Stelle, die kein Gericht ist, zu verweisen, dient also der Effektivität des Verfassungsschutzes und macht eigentlich das Abhören und Brieföffnen erst sinnvoll** (BVerfG, Entscheidung vom 15. Dezember 1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 2 BvR 308/69 –, BVerfGE 30, 1, Rn. 69).

Im vorliegenden Zusammenhang ist von besonderer Bedeutung, dass **die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland sich für die "streitbare Demokratie" entschieden hat**. Sie nimmt einen Missbrauch der Grundrechte zum Kampf gegen die freiheitliche Ordnung nicht hin (BVerfGE 28, 36 (48)). Verfassungsfeinde sollen nicht unter Berufung auf Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt und unter ihrem Schutz die Verfassungsordnung oder den Bestand des Staates gefährden, beeinträchtigen oder zerstören dürfen (vgl. Art. 9 Abs. 2, Art. 18, Art. 21 GG). **Für die Aufgabe des Verfassungsschutzes sieht das Grundgesetz ausdrücklich eine eigene Institution vor, das Verfassungsschutzamt** (vgl. Art. 73 Ziff. 10, Art. 87 Abs. 1 GG). Es kann nicht der Sinn der Verfassung sein, zwar den verfassungsmäßigen obersten Organen im Staat eine Aufgabe zu stellen und für diesen Zweck ein besonderes Amt vorzusehen, aber den verfassungsmäßigen Organen und dem Amt die Mittel vorzuenthalten, die zur Erfüllung ihres Verfassungsauftrags nötig sind (BVerfG, Entscheidung vom 15. Dezember 1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 2 BvR 308/69 –, BVerfGE 30, 1, Rn. 70).

**d) Institutionen**

### aa) Bundesamt für Verfassungsschutz

„Der Staat hat die Pflicht, die Abwehr von Angriffen, die gegen seine verfassungsmäßige Ordnung gerichtet sind, rechtzeitig und sorgfältig vorzubereiten. Im Bundesstaat umfasst diese Pflicht die Abwehr von Angriffen gegen die verfassungsmäßige Ordnung in Bund und Ländern“ (BT-Drs. 1/924 S. 2).

### bb) Bundesnachrichtendienst

„Der Aufgabenkreis des Bundesnachrichtendienstes ist in den Beschlüssen der Bundesregierung vom 11. Juni 1955 und vom 2. Oktober 1963 niedergelegt. Die im Einklang damit ergangene **Dienstanweisung für den Bundesnachrichtendienst** vom 4. Dezember 1968 bestimmt in § 1:

1. Der Bundesnachrichtendienst hat folgende Aufgaben: **Die nachrichtendienstliche Auslandsaufklärung durch Beschaffung und Auswertung von Informationen auf außenpolitischem, wirtschaftlichem, rüstungstechnischem und militärischem Gebiet;** die Aufklärung der gegnerischen Nachrichtendienste (Gegenspionage) ; die Erledigung sonstiger nachrichtendienstlicher Aufträge des Bundeskanzlers und der Bundesregierung im Ausland; die Spionageabwehr innerhalb des Bundesnachrichtendienstes, sofern der Chef des Bundeskanzleramtes nicht im Einzelfall eine andere Regelung trifft.
2. Auf innenpolitischem Gebiet wird der BND nicht tätig.
3. Exekutivbefugnisse besitzt der BND nur, soweit die ihm für besondere Aufgaben durch Bundesgesetz übertragen werden.

Nach dieser Bestimmung ist der **Bundesnachrichtendienst grundsätzlich von der Inlandsaufklärung ausgeschlossen**. Seine Aufgabe ist nachrichtendienstlicher, nicht polizeilicher Natur. **Er hat aus offenen und geheimen Quellen des Auslandes Nachrichten zu beschaffen, auf die die Bundesregierung bei der Entscheidung außenpolitischer Fragen zurückgreifen kann.**

Lediglich in zwei eng miteinander verknüpften Bereichen sind 'dem Bundesnachrichtendienst Aufgaben übertragen, die ins Inland hineinreichen können:

- im Bereich der Aufklärung der gegnerischen Nachrichtendienste (Gegenspionage),
- im Bereich der Spionageabwehr innerhalb des Bundesnachrichtendienstes“ (BT-Drs. 7/3246 S. 47 ff.).

### cc) Militärischer Abschirmdienst

„Die **Wahrung der Funktionsfähigkeit der Streitkräfte**, der das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung Verfassungsrang zuerkennt, ist für eine wehrhafte Demokratie von entscheidender Bedeutung. Als Beitrag zur Sicherung dieser Einsatzbereitschaft hat daher im Zuge der Aufstellung von Streitkräften der Bundesminister der Verteidigung im Jahre 1956 auf der Grundlage des durch das Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom - 19. März 1956 (BGBl. I S. 111) **in das Grundgesetz (GG) eingefügten Artikel 87 a einen Militärischen Abschirmdienst (MAD) für seinen Geschäftsbereich als Teil der Streitkräfte errichtet** Er gliedert sich in das dem Ministerium unmittelbar unterstellte Amt für den Militärischen Abschirmdienst

(MAD-Amt) sowie die diesem nachgeordneten MAD-Gruppen auf der Ebene der Wehrbereiche und die MAD-Stellen auf der Ebene der Verteidigungsbezirke“ (BT-Drs. 10/4738 S. 4).

#### **dd) Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI)**

Das 1991 gegründete BSI wurde und ging aus der Zentralstelle für Sicherheit in der Informationstechnik (ZSI) hervor, deren Vorgängerbehörde die kryptographische Abteilung des BND war (Zentralstelle für das Chiffrierwesen (ZfCh)). Beim federführenden BSI angesiedelt ist das zum 1. April 2011 gestartete Nationale Cyber-Abwehrzentrum (Cyber-AZ), eine Kooperationseinrichtung der Sicherheitsorgane des Bundes zur Abwehr elektronischer Angriffe auf IT-Infrastrukturen des Bundes und der Wirtschaft.

Nach zwischenzeitlich nur kleineren Änderungen im Gebührenrecht, wurde das BSI-Gesetz mit dem **am 25.07.2015** in Kraft getretenen **Gesetz zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme (IT-Sicherheitsgesetz)** das erste Mal wieder in größerem Umfang ergänzt. Um Defiziten im Bereich der IT-Sicherheit insbesondere auch außerhalb der Bundesverwaltung wirksam zu begegnen, wurde das BSI mit neuen Aufgaben und Befugnissen ausgestattet:

Nach § 8a BSIG, müssen Betreiber Kritischer Infrastrukturen die **Einhaltung von IT-Sicherheit nach dem Stand der Technik** regelmäßig gegenüber dem BSI nachweisen. Sofern Sicherheitsmängel aufgedeckt werden, darf das BSI im Einvernehmen mit den Aufsichtsbehörden deren Beseitigung anordnen.

Das BSI wird nach § 8b BSIG die **zentrale Meldestelle für die IT-Sicherheit Kritischer Infrastrukturen**. Diese müssen dem BSI erhebliche Störungen ihrer IT melden, sofern sie Auswirkungen auf die Verfügbarkeit kritischer Dienstleistungen haben können. Umgekehrt hat das BSI sämtliche für Abwehr von Angriffen auf die IT-Sicherheit Kritischer Infrastrukturen relevanten Informationen zu sammeln, zu bewerten und an die Betreiber sowie die zuständigen (Aufsichts-)Behörden weiterzuleiten. Sofern bei einem Betreiber Kritischer Infrastrukturen meldepflichtige Störungen der IT auftreten, darf das BSI erforderlichenfalls auch die Hersteller der entsprechenden IT-Produkte und -systeme gemäß § 8b BSIG zur Mitwirkung verpflichten.

Dem BSI wird die Befugnis eingeräumt, zur Wahrnehmung seiner Aufgaben nach § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 14 und 17 BSIG, **IT-Produkte auf ihre Sicherheit hin zu untersuchen**.

Die Befugnis des BSI aus § 5 BSIG zur **Analyse von Schnittstellen- und Protokolldaten** in den Netzen der Bundesverwaltung wird dahingehend erweitert, dass die Bundesbehörden das BSI nunmehr bei dieser Tätigkeit unterstützen müssen.

Zur Stärkung der IT-Sicherheit der Bundesverwaltung wird das BSI verpflichtet, **Mindeststandards für die IT der Bundesverwaltung zu erarbeiten**. Die Möglichkeit des BMI, diese Mindeststandards für alle Behörden als verbindlich zu erklären, wird

erleichtert, da nur noch das Benehmen (statt des Einvernehmens) mit dem IT-Rat hergestellt werden muss.

Eine weitere Novellierung wurde durch europäische Richtliniengesetzgebung ausgelöst. Am 8. August 2016 trat die Richtlinie (EU) 2016/1148 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 2016 über **Maßnahmen zur Gewährleistung eines hohen gemeinsamen Sicherheitsniveaus von Netz- und Informationssystemen in der Union** (ABl. L 194 vom 19. Juli 2016, S. 1; im Folgenden: **NIS-Richtlinie**) in Kraft. Mit der Richtlinie wurden ein einheitlicher europäischer Rechtsrahmen für den **EU-weiten Aufbau nationaler Kapazitäten für die Cyber-Sicherheit, eine stärkere Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten der Europäischen Union sowie Mindestsicherheitsanforderungen an und Meldepflichten für bestimmte Dienste** geschaffen. Ziel ist es, einheitliche Maßnahmen festzulegen, mit denen ein hohes Sicherheitsniveau von Netz- und Informationssystemen in der Europäischen Union erreicht werden soll (Artikel 1 Absatz 1 der NIS-Richtlinie). Die NIS-Richtlinie ist gemäß ihrem Artikel 25 Absatz 1 bis zum 9. Mai 2018 in nationales Recht umzusetzen. Gemäß Artikel 5 Absatz 1 der NIS-Richtlinie ermitteln die Mitgliedstaaten bis zum 9. November 2018 für jeden in Anhang II der Richtlinie genannten Sektor und Teilsektor die Betreiber wesentlicher Dienste mit einer Niederlassung in ihrem Hoheitsgebiet<sup>5</sup>. Dadurch ausgelöst wurde das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU)2016/1148 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 2016 über Maßnahmen zur Gewährleistung eines hohen gemeinsamen Sicherheitsniveaus von Netz und Informationssystemen in der Union erlassen.

Diese Richtlinie wurde durch das gleichnamige deutsche Gesetz vom 23. Juni 2017 (BGBl. I 2017, 1885) umgesetzt. Zur **Umsetzung der Vorgaben der NIS-Richtlinie** werden die Befugnisse des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) zur Überprüfung der Einhaltung der technischen und organisatorischen Sicherheitsanforderungen, die **Nachweispflicht der Betreiber nach § 8a BSIG** und die Regelungen in § 8b BSIG um **Vorgaben für das Verfahren bei grenzüberschreitenden Vorfällen** erweitert. Ergänzend werden **Regelungen zu Mobile Incident Response Teams (MIRTs)** aufgenommen, mit denen das BSI andere Stellen bei der Wiederherstellung ihrer IT-Systeme unterstützen wird. Zudem wird das BSIG um eine Definition der digitalen Dienste sowie um spezielle Regelungen zu Sicherheitsanforderungen, zu Meldepflichten und zur Aufsicht im Hinblick auf die Anbieter digitaler Dienste ergänzt; die Bußgeldvorschriften in § 15 werden entsprechend angepasst.

#### **ee) Informations- und Kommunikationstechnikzentrum (IKTZ)**

Das IKTZ ist technischer Dienstleister der BPol und steht nach § 10 BPolG für Verwendungen zur Unterstützung des Bundesamtes für Verfassungsschutz auf dem Gebiet der Funktechnik bereit.

#### **e) Auswirkungen der digitalen Revolution**

---

<sup>5</sup> BT-Drs. 18/11242 S. 1

Die **Digitalisierung** hat in der Informationstechnologie zu einer sehr starken Ausweitung speicherbarer und übermittlungsfähiger Daten geführt. In diesem Zusammenhang hat sich das Kommunikationsverhalten elementar verändert. Sprachtelefonie und elektronische Post haben traditionelle Mündlichkeit und schriftliche Briefverkehre vielfach ersetzt. Die dadurch ermöglichte Kommunikation ist in einem vorher nicht gekannten Maße global geworden; der stärkste Ausdruck dieser Entwicklung ist das world wide web des Internet. Entstanden ist ein Raum von Möglichkeiten und von Gefahren. Eingriffe in diesen Bereich werden von staatlichen Akteuren ebenso unternommen wie von privaten. Eingriffe und Abwehrmaßnahmen sind bisweilen schwer zu unterscheiden, weil sie der Dialektik politischer, ökonomischer und sozialer Absichten unterliegen. **Die Bewertung staatlichen Handelns muss ständig neu gefunden werden. Dabei geht es nicht nur um die Voraussetzungen hoheitlicher Eingriffe, sondern auch um Schutzverpflichtungen des Staates zu Gunsten von Rechtsträgern, die mit Hilfe informationstechnologischer Mittel beschädigt werden.**

#### aa) Technologische Konvergenz und Suche nach neuen rechtlichen Ordnungen

Das technische Prinzip der Digitalität hat zu einer **Verschmelzung vormals getrennter Bereiche** geführt. Der PC als „intelligente Schreibmaschine“, die Übertragung von Radio und Fernsehen, die Sprachtelefonie und elektronische Post, die Fotografie und Steuerung einer Musikanlage usw. bauen auf diesem Prinzip auf. Ihre Speicherung und Übermittlung basieren darauf, und ihre technologische Spur in Gestalt sog. Metadaten ist gleich. **Die Multiplizierbarkeit vormals individueller Nachrichten durch Plattformen wie z.B. soziale Netzwerke verwischt die Grenzen zur Massenkommunikation.** Dies schafft Virulenz, wo zuvor nur begrenzte Einbrüche in geschützte Rechtsgüter zu erwarten waren. In der deutschen Rechtsordnung hat sich zunächst einmal das **Telemedienrecht in dem Raum zwischen Telekommunikations- und Rundfunkrecht entwickelt.** Das Sicherheitsrecht muss sich in diesen Entwicklungen jeweils neu orientieren.

#### bb) Befugnisse zu heimlichen Maßnahmen der Polizei

**Die Verlagerung relevanter Kommunikationsmengen in digitale Systeme hat den Grad an Heimlichkeit erheblich ausgeweitet.** Dementsprechend finden Maßnahmen von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung immer mehr in heimlicher Form statt. Dies betrifft Polizei, Justiz und Nachrichtendienste in gleicher Weise. Die Arbeitsweisen dieser Sicherheitsbereiche haben sich einander angenähert, ungeachtet der definitionsgemäßen Zugehörigkeit einer observierenden Dienststelle zu einem der klassischen Bereiche. Das Verfassungsrecht ist fortlaufend damit beschäftigt, die in dieser Entwicklung liegenden Anforderungen nachzuarbeiten. Als wiederkehrender **Prüfungsmaßstab hat sich im Großen wie im Kleinen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** erwiesen.

In seinem Urteil über die Befugnisse zu heimlichen Maßnahmen des BKA hat das BVerfG die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen festgelegt:

„2. Anforderungen an die Nutzung und Übermittlung staatlich erhobener Daten richten sich nach den **Grundsätzen der Zweckbindung und Zweckänderung.** (Rn.276)



a) Die **Reichweite der Zweckbindung** richtet sich nach der jeweiligen Ermächtigung für die Datenerhebung; die Datenerhebung bezieht ihren Zweck zunächst aus dem jeweiligen Ermittlungsverfahren.

b) Der Gesetzgeber kann eine Datennutzung über das für die Datenerhebung maßgebende Verfahren hinaus im Rahmen der ursprünglichen Zwecke dieser Daten erlauben (**weitere Nutzung**). Dies setzt voraus, dass es sich um eine **Verwendung der Daten durch dieselbe Behörde zur Wahrnehmung derselben Aufgabe und zum Schutz derselben Rechtsgüter** handelt. Für Daten aus Wohnraumüberwachungen oder einem Zugriff auf informationstechnische Systeme müssen zusätzlich für jede weitere Nutzung auch die für die Datenerhebung maßgeblichen Anforderungen an die Gefahrenlage erfüllt sein. (Rn.279)

c) Der Gesetzgeber kann darüber hinaus eine Nutzung der Daten auch zu anderen Zwecken als denen der ursprünglichen Datenerhebung erlauben (**Zweckänderung**). (Rn.284)

Die Verhältnismäßigkeitsanforderungen für eine solche Zweckänderung orientieren sich am **Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung**. Danach muss die neue Nutzung der Daten dem Schutz von Rechtsgütern oder der Aufdeckung von Straftaten eines solchen Gewichts dienen, die verfassungsrechtlich ihre Neuerhebung mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln rechtfertigen könnten. Eine konkretisierte Gefahrenlage wie bei der Datenerhebung ist demgegenüber grundsätzlich nicht erneut zu verlangen; erforderlich aber auch ausreichend ist in der Regel das Vorliegen eines konkreten Ermittlungsansatzes. (Rn.287)

Für **Daten aus Wohnraumüberwachungen und Online-Durchsuchungen** darf die Verwendung zu einem geänderten Zweck allerdings nur erlaubt werden, wenn auch die für die Datenerhebung maßgeblichen Anforderungen an die Gefahrenlage erfüllt sind. (Rn.291)

(BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 –, BVerfGE 141, 220-378)

### cc) Wer ist „Waffenträger“ im Cyberwar?

Für **Angriffe auf informationstechnologische Einrichtungen** hat sich der Begriff **„Cyber-Attacke“** eingebürgert. Insofern es um zwischenstaatliche Attacken geht, ist von **Cyberwar** die Rede. Gegenstand von Angriffen sind digitale Infrastrukturen ebenso wie digitale Einrichtungen von Wert, also Geldinstitute oder Dateien mit personenbezogenen Daten oder technische Anlagen. Mit Hilfe von social bots wird aber auch versucht, die Meinungsbildung in Gesellschaften von außen zu manipulieren. Die Effekte solcher Eingriffe werden nicht mit Hilfe konventioneller Waffen und ihren Trägern erzielt, sondern durch den Einsatz von Malware, Eingriffen in Informationstechnologie oder die effiziente Handhabung von Kommunikationsplattformen. Akteure sind private Spezialisten ebenso wie staatliche Einrichtungen insbesondere aus den Bereichen von Militär und Nachrichtendiensten. Die Identifizierung solcher Angriffe und Eingriffe ist ebenso schwer wie ihre rechtliche Einordnung in das Kriegsvölkerrecht oder internationale Wirtschaftsrecht.

## 2. Geschichte der Nachrichtendienste in Deutschland

### a) Institutionengeschichte

### aa) Reichssicherheitshauptamt, Gestapo, Sicherheitsdienst

Das Reichssicherheitshauptamt (RSHA) wurde am 27. September 1939 zu Beginn des Zweiten Weltkrieges vom Reichsführer-SS Heinrich Himmler durch Zusammenlegung von Sicherheitspolizei (Sipo) und Sicherheitsdienst (SD) gegründet. Das Amt stellte als eines von zwölf Hauptämtern der SS mit ca. 3.000 Mitarbeitern die zentrale Behörde dar, die den größten Teil der deutschen Sicherheitsorgane zur Zeit des Nationalsozialismus leitete. Kennzeichnend für die geheimdienstliche Arbeit im Dritten Reich war die Vermischung staatlichen und parteipolitischen Stellen.

### bb) Ministerium für Staatssicherheit der DDR (Stasi)

Das Ministerium für Staatssicherheit der DDR (kurz MfS oder umgangssprachlich Stasi), auch Staatssicherheitsdienst (SSD), war der Inlands- und Auslandsgeheimdienst der DDR und zugleich Ermittlungsbehörde (Untersuchungsorgan) für „politische Straftaten“ Neben dem MfS gab es auch einen weiteren Geheimdienst in der DDR, die Militärische Aufklärung der Nationalen Volksarmee (militärischer Aufklärungsdienst)

Das MfS wurde am 8. Februar 1950 gegründet. Die Partei stand seit der Bildung des MfS an der Spitze des Kampfes, den die Organe für Staatssicherheit zu führen hatten" – so die offiziöse Selbstdarstellung der Hochschule des Ministeriums für Staatssicherheit (MfS). Tatsächlich war dieses Unterordnungsverhältnis – entgegen nachträglichen Versuchen, das MfS als "Staat im Staate" hinzustellen – eine Konstante in vier Jahrzehnten Geschichte der DDR (zitiert nach BF informiert, 2. Auflage 1998, Berlin, Verlag BStU, ISBN 978-3-942130-59-2).

### cc) Bundesamt für Verfassungsschutz

Der **Polizeibrief der Alliierten vom 14. April 1949** erlaubte die Einrichtung einer „Stelle zur Sammlung und Verbreitung von Auskünften über umstürzlerische, gegen die Bundesregierung gerichtete Tätigkeiten“. Grundlage der Tätigkeit sollte von Anfang an das **Sammeln von Nachrichten ohne polizeiliche Exekutivbefugnisse** sein. Am 7. November 1950 wurde aufgrund des Bundesverfassungsschutzgesetzes vom 27. September 1950 das BfV gegründet.

2009 wurde eine Kommission einberufen, welche die Vergangenheit und weitere Bezüge des Amtes zur NS-Zeit auf Grundlage der Archivdaten detailliert aufklären soll. Die Kommission nahm im November 2011 ihre Arbeit auf. Am 1. Oktober 2013 wurde ein erstes Zwischenergebnis veröffentlicht, bei dem die verantwortlichen Bochumer Historiker Constantin Goschler und Michael Wala einen "durch vielerlei Umstände stark reduzierter Quellenbestand" feststellten. Im Oktober 2015 wurde schließlich die Gesamtuntersuchung **„Keine neue Gestapo. Das Bundesamt für Verfassungsschutz und die NS-Vergangenheit“ von Goschler/Wala** vorgestellt.

### dd) Bundesnachrichtendienst

1945/46 auf amerikanische Veranlassung als Organisation Gehlen gegründet

Seit 01. April 1953 aus Bundesmitteln bezahlt

Seit 01. April 1956 als Bundesnachrichtendienst in den Bundesdienst übernommen

Seit 2010 ist eine Forschungs- und Arbeitsgruppe „Geschichte des BND“ unter der Leitung von Bodo Hechelhammer, Nachrichtendienstler und Historiker, eingerichtet, um das Projekt der Aufarbeitung der Geschichte des BND zu realisieren.

### **ee) Amt für den Militärischen Abschirmdienst (MAD)**

Gegründet nach Aufstellung der Bundeswehr 1956 als Amt für die Sicherheit der Bundeswehr (ASBw); 1984 umbenannt in MAD. Der MAD kann als bereichsspezifisches Amt für Verfassungsschutz charakterisiert werden.

### **b). Exkurs: Eingeschränkte Strafverfolgung der nachrichtendienstlichen Tätigkeit von Staatsbürgern der DDR, die vor Herstellung der deutschen Einheit gegen die BRD spioniert haben (BVerfGE 92, 277-365 ):**

(1) Die materiellen Strafvorschriften über den Landesverrat (StGB § 94) und die geheimdienstliche Agententätigkeit (StGB § 99) sind nach wie vor auch insoweit mit dem GG vereinbar, als sie - gegebenenfalls in Verbindung mit weiteren strafrechtlichen Bestimmungen - die **Mitarbeiter und Agenten der DDR-Geheimdienste wegen ihrer Spionagetätigkeit gegen die Bundesrepublik und deren Verbündete mit Strafe bedrohen**. Vor den verfassungsmäßig verbürgten Grundrechten legitimiert sich die Erstreckung der Strafbarkeit der Spionagetätigkeit von Mitarbeitern der Geheimdienste der DDR auf Auslandstaten insbesondere dadurch, daß die StGB §§ 93ff dem Schutz der freiheitlich verfaßten Bundesrepublik Deutschland nach außen dienen und damit den Freiraum verbürgen sollen, der Grundrechtsgarantien überhaupt erst ermöglicht und sich entfalten läßt (BVerfG, Beschluss vom 15. Mai 1995 – 2 BvL 19/91, 2 BvR 1206/91, 2 BvR 1584/91, 2 BvR 2601/93 –, BVerfGE 92, 277-365).

(2) Da es der **Sachgesetzlichkeit des Staatsschutzrechts entspricht, daß es stets nur den eigenen Staat gegen fremde Spionage schützt** und in diesen Schutz allenfalls noch gewisse Verbündete einbezieht, dagegen die dem Schutz und den Interessen des eigenen Staates dienende Tätigkeit der eigenen Geheimdienste nicht als strafbar ansieht, ist auch nach der deutschen Vereinigung ein hinreichender Differenzierungsgrund i.S.v. GG Art 3 Abs 1 gegeben (vgl BGH Ermittlungsrichter, 1991- 01-30, 2 BGs 38/91, BGHSt 37, 305 <312f>). Demgemäß verstößt es nicht gegen GG Art 3 Abs 1, daß die Spionage im Dienst der ehemaligen DDR weiterhin strafbar ist, während die Strafvorschriften der DDR gegen die Mitarbeiter und Agenten des Nachrichtendienstes der Bundesrepublik durch den Einigungsvertrag aufgehoben wurden (BVerfG, Beschluss vom 15. Mai 1995 – 2 BvL 19/91, 2 BvR 1206/91, 2 BvR 1584/91, 2 BvR 2601/93 –, BVerfGE 92, 277-365).

(3) Eine **allgemeine Regel des Völkerrechts als Bestandteil des Bundesrechts** (Art 25 GG), nach der die strafrechtliche Ahndung nachrichtendienstlicher Tätigkeiten ausgeschlossen ist, die im Auftrag und vom Territorium eines Staates aus begangen wurden, der danach dem ausgespähten Staat friedlich und einvernehmlich beigetreten

ist, kann nicht festgestellt werden (BVerfG, Beschluss vom 15. Mai 1995 – 2 BvL 19/91, 2 BvR 1206/91, 2 BvR 1584/91, 2 BvR 2601/93 –, BVerfGE 92, 277-365).

(4) Das verfassungsmäßig verankerte **Verbot rückwirkender Strafgesetze ist nicht dadurch verletzt**, daß die Strafbarkeit der Spionage im Dienst der ehemaligen DDR durch das zur Tatzeit geltende Recht der Bundesrepublik Deutschland bestimmt wird (BVerfG, Beschluss vom 15. Mai 1995 – 2 BvL 19/91, 2 BvR 1206/91, 2 BvR 1584/91, 2 BvR 2601/93 –, BVerfGE 92, 277-365).

(5) Der im Rechtsstaatsprinzip verankerte **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird verletzt**, wenn in der mit der Überwindung der deutschen Teilung entstandenen einzigartigen Situation der auf die Tatbestände der StGB §§ 94, 99 gegründete Strafanspruch gegenüber **Bürgern der DDR durchgesetzt wird, die im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Einheit Deutschlands vom 1990-10-03 ihren Lebensmittelpunkt in der ehemaligen DDR hatten und allein vom Boden der DDR oder solcher Staaten aus gehandelt haben**, in denen sie wegen dieser Taten sowohl vor Auslieferung als auch vor Bestrafung sicher waren. Für solche Personen besteht deshalb ein - unabhängig von der Möglichkeit einer Amnestierung durch Gesetz als geltendes Recht zu begreifendes - **unmittelbar verfassungsrechtlich begründetes Verfolgungshindernis**, dessen Prüfung und Anwendung auch nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß ein in die gleiche Richtung weisendes Amnestievorhaben des Gesetzgebers nicht verwirklicht wurde (BVerfG, Beschluss vom 15. Mai 1995 – 2 BvL 19/91, 2 BvR 1206/91, 2 BvR 1584/91, 2 BvR 2601/93 –, BVerfGE 92, 277-365).

(6) Da einerseits die auf dem Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland begangenen Taten in einzelnen Fällen dem Interesse des Staates an ihrer Verfolgung ein sehr unterschiedliches Gewicht verleihen können, andererseits die Handlungen der auf dem bundesdeutschen Staatsgebiet agierenden Spione oftmals vom Mißbrauch der staatlichen Ordnung der BRD (Ausreisefreiheit, Freizügigkeit) geprägt waren, gelten die für ein **Verfolgungshindernis sprechenden Gründe nur zum Teil für Bürger der DDR, die im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland Spionagestraftaten gegen diese oder deren Verbündete begangen haben**. Für diesen Personenkreis ist jeweils im Einzelfall abzuwägen, ob und inwieweit die Verfolgung oder Bestrafung ihrer Taten nach der Wiedervereinigung angesichts der damit endgültig bewirkten Beendigung geheimdienstlicher Gegnerschaft mit dem Verbot des Übermaßes staatlicher Eingriffe in Einklang steht. Die für das Verfolgungshindernis angeführten Gründe sind hier bei der Entscheidung über die weitere Strafverfolgung oder die Höhe einer Strafe um so stärker zugunsten des Täters zu berücksichtigen, je mehr sie für seine besondere Lage zutreffen (BVerfG, Beschluss vom 15. Mai 1995 – 2 BvL 19/91, 2 BvR 1206/91, 2 BvR 1584/91, 2 BvR 2601/93 –, BVerfGE 92, 277-365).

### c) Geschichte der Dienstgesetze in Eckpunkten

Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes vom 27.09.1950 (BGBl. I S. 682)

**Formulierung des sog. Sicherheitsvorbehaltes der Drei Mächte** (Vereinigte Staaten von Amerika, Großbritannien und Frankreich) nach Artikel 5 Abs. 2 des Deutschlandvertrages (BGBl. 1955 II S. 308), der folgenden Wortlaut hat:

„Die von den Drei Mächten bisher innegehabten oder ausgeübten Rechte in bezug auf den Schutz der Sicherheit von in der Bundesrepublik stationierten Streitkräften, die zeitweilig von den Drei Mächten beibehalten werden, erlöschen, sobald die zuständigen deutschen Behörden entsprechende Vollmachten durch die deutsche Gesetzgebung, erhalten haben und dadurch in Stand gesetzt sind, wirksame Maßnahmen zum Schutz der Sicherheit dieser Streitkräfte zu treffen, einschließlich der Fähigkeit, einer ernstlichen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu begegnen. Soweit diese Rechte weiterhin ausgeübt werden können, werden sie nur nach Konsultation mit der Bundesregierung ausgeübt werden, soweit die militärische Lage eine solche Konsultation nicht ausschließt, und wenn die Bundesregierung darin übereinstimmt, daß die Umstände die Ausübung derartiger Rechte erfordern. Im Übrigen bestimmt sich der Schutz der Sicherheit dieser Streitkräfte nach den Vorschriften des Truppenvertrages und den Vorschriften des Vertrages, welcher den Truppenvertrag ersetzt, und nach deutschem Recht, soweit nicht in einem anwendbaren Vertrag etwas anderes bestimmt ist.“ (BT-Drs. V/1879 S. 12).

Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (G10) vom 13.08.1968 (BGBl. I S. 949)

Bundesverfassungsschutzgesetz vom 20. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2954, 2970), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 4. November 2016 (BGBl. I S. 2473) geändert worden ist

BND-Gesetz vom 20. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2954, 2979), das durch Artikel 3 des Gesetzes vom 10. März 2017 (BGBl. I S. 410) geändert worden ist

MAD-Gesetz vom 20. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2954, 2977), das durch Artikel 6 des Gesetzes vom 27. März 2017 (BGBl. I S. 562) geändert worden ist

#### **Lit.:**

Bergemann, „Nachrichtendienste und Polizei“ in Handbuch des Polizeirechts von Lisken/Denninger, 5. Auflage, S. 914 – 969

Buchheim/Broszat/Jacobsen/Krausnick, Anatomie des SS-Staates, München, 7. Aufl. Mai 1999

Darnstädt, Der Globale Polizeistaat. Terrorangst, Sicherheitswahn und das Ende unserer Freiheiten, Hamburg 2009

Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, Stuttgart 2017  
Prof. Dr. Kurt Graulich, Sicherheitsrecht des Bundes, Sommersemester 2019  
Humboldt Universität zu Berlin

- Foschepoth, Überwachtes Deutschland, Göttingen, 2012
- Gieseke, Die Stasi 1949-1990, 3. Auflage, München, Mai 2011
- Goschler/Wala, „Keine neue Gestapo. Das Bundesamt für Verfassungsschutz und die NS-Vergangenheit“, 1. Auflage Oktober 2015
- Graulich, Entscheidungsvorbehalte im Sicherheitsrecht als Steuerungselemente von Gewaltenteilung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in Das sinnvoll Denkbare denken, das davon Machbare machen. Gedächtnisschrift für Arndt Schmehl, Hrsg. von Durner/Reimer/Spiecker gen. Döhmann/Wallrabenstein, Berlin 2019, S. 151 – 164
- Hofstetter, Sie wissen alles. Wie intelligente Maschinen in unser Leben eindringen und warum wir für unsere Freiheit kämpfen müssen, München 2014
- Kogon, Der SS-Staat. Das System der deutschen Konzentrationslager, Abschnitt: Ziel und Organisation des SS-Staates
- Tim B. Müller, Krieger und Gelehrte. Herbert Marcuse und die Denksysteme im Kalten Krieg, Hamburg, 2010
- Münkler/Bohlender/Meurer (Hrsg.), Handeln unter Risiko. Gestaltungsansätze zwischen Wagnis und Vorsorge, Bielefeld 2010
- Schaar, Überwachung total. Wie wir in Zukunft unsere Daten schützen, Berlin 2014
- Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, München 2014