

Sicherheitsrecht des Bundes – Recht der Nachrichtendienste in Deutschland

von

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

Humboldt-Universität zu Berlin – Sommersemester 2018

Raum UL9 E 25

Donnerstag, d. 26.04.2018 von 10.00 bis 12.00 Uhr

Schwerpunkt 5

Veranstaltungsnummer 10727

Skizze und Materialien

II. Allgemeine Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Prinzipien

1. Aufgabenzuweisungen

2. Zuständigkeitsregeln

3. Befugnisnormen

a) Generalermächtigung und Standardbefugnisse

b) Erhebung und Verarbeitung von Informationen

c) Standardbefugnisse am Beispiel des BfV

4. Trennungsgebot und Zusammenarbeit

a) Unterschiedliche Aufgabenprofile von Polizei und Nachrichtendiensten

b) Informationelles Trennungsprinzip

II. Allgemeine Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Prinzipien

1. Aufgabenzuweisungen

Die Aufgabenzuweisung ist Ausdruck der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Sie beschreibt deren behördliches Aufgabenfeld und begrenzt es, verleiht aber keine Befugnisse zum Eingriff in Rechte von Einzelpersonen. Die Aufgabenzuweisung eröffnet einerseits den Raum, in dem der jeweilige Nachrichtendienst tätig werden darf, begrenzt ihn aber auch, indem er für Zwecke außerhalb dieser gesetzlichen Definition nicht tätig werden darf. Die Aufgabenbeschreibung ist somit Ausfluss des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ermöglicht nachrichtendienstliches Eigenhandeln mit eigenen Mitteln, ohne dass es sich dabei um Eingriffe handelt. Die Aufgabenbeschreibungen sagen - im Unterschied zu den Befugnisnormen nichts über die - Voraussetzungen des nachrichtendienstlichen Handelns - und den Umfang der Befugnisse aus. Die Geschäftsbereiche der Nachrichtendienste werden durch die Aufgabenzuweisungen in § 3 Abs. 1 BVerfSchG, § 1 Abs. 2 BNDG und § 1 Abs. 1 und 2 MADG sowie die entsprechenden landesrechtlichen Aufgabenzuweisungsnormen für die Verfassungsschutzbehörden der Bundesländer umschrieben (Huber in Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes G 10 § 9 Rn. 3).

§ 3 BVerfSchG

Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden

1) Aufgabe der Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder ist die Sammlung und Auswertung von Informationen, insbesondere von sach- und personenbezogenen Auskünften, Nachrichten und Unterlagen, über

1.

Bestrebungen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes gerichtet sind oder eine ungesetzliche Beeinträchtigung der Amtsführung der Verfassungsorgane des Bundes oder eines Landes oder ihrer Mitglieder zum Ziele haben,

2.

sicherheitsgefährdende oder geheimdienstliche Tätigkeiten im Geltungsbereich dieses Gesetzes für eine fremde Macht,

3.

Bestrebungen im Geltungsbereich dieses Gesetzes, die durch Anwendung von Gewalt oder darauf gerichtete Vorbereitungshandlungen auswärtige Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährden,

4.

Bestrebungen im Geltungsbereich dieses Gesetzes, die gegen den Gedanken der Völkerverständigung (Artikel 9 Abs. 2 des Grundgesetzes), insbesondere gegen das friedliche Zusammenleben der Völker (Artikel 26 Abs. 1 des Grundgesetzes) gerichtet sind.

§ 1 Abs. 2 BNDG

Organisation und Aufgaben

.....

(2) Der Bundesnachrichtendienst sammelt zur Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind, die erforderlichen Informationen und wertet sie aus. Werden dafür im Geltungsbereich dieses Gesetzes Informationen einschließlich personenbezogener Daten erhoben, so richtet sich ihre Erhebung, Verarbeitung und Nutzung nach den §§ 2 bis 15, 19 bis 21 sowie 23 bis 32.

§ 1 MADG

Aufgaben

(1) Aufgabe des Militärischen Abschirmdienstes des Bundesministeriums der Verteidigung ist die Sammlung und Auswertung von Informationen, insbesondere von sach- und personenbezogenen Auskünften, Nachrichten und Unterlagen, über

1.

Bestrebungen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes gerichtet sind,

2.

sicherheitsgefährdende oder geheimdienstliche Tätigkeiten im Geltungsbereich dieses Gesetzes für eine fremde Macht,

wenn sich diese Bestrebungen oder Tätigkeiten gegen Personen, Dienststellen oder Einrichtungen im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Verteidigung richten und von Personen ausgehen oder ausgehen sollen, die diesem Geschäftsbereich angehören oder in ihm tätig sind. Darüber hinaus obliegt dem Militärischen Abschirmdienst die Sammlung und Auswertung von Informationen, insbesondere von sach- und personenbezogenen Auskünften, Nachrichten und Unterlagen, über die Beteiligung von Angehörigen des Geschäftsbereiches des Bundesministeriums der Verteidigung sowie von Personen, die in ihm tätig sind oder in ihm tätig sein sollen, an Bestrebungen, die gegen den Gedanken der Völkerverständigung (Artikel 9 Abs. 2 des Grundgesetzes), insbesondere gegen das friedliche Zusammenleben der Völker (Artikel 26 Abs. 1 des Grundgesetzes) gerichtet sind. § 4 des Bundesverfassungsschutzgesetzes findet Anwendung.

(2) Darüber hinaus obliegt dem Militärischen Abschirmdienst zur Beurteilung der Sicherheitslage

1.

von Dienststellen und Einrichtungen im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Verteidigung und

2.

von Dienststellen und Einrichtungen der verbündeten Streitkräfte und der internationalen militärischen Hauptquartiere, wenn die Bundesrepublik Deutschland in internationalen Vereinbarungen Verpflichtungen zur Sicherheit dieser Dienststellen und Einrichtungen übernommen hat und die Beurteilung der Sicherheitslage im Einvernehmen zwischen dem Bundesministerium der Verteidigung und den zuständigen obersten Landesbehörden dem Militärischen Abschirmdienst übertragen worden ist,

die Auswertung von Informationen über die in Absatz 1 genannten Bestrebungen und Tätigkeiten gegen diese Dienststellen und Einrichtungen, auch soweit sie von Personen ausgehen oder ausgehen sollen, die nicht dem Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Verteidigung angehören oder in ihm tätig sind.

(3) Der Militärische Abschirmdienst wirkt mit

1.

bei der Sicherheitsüberprüfung von Personen, die dem Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Verteidigung angehören, in ihm tätig sind oder werden sollen und

- a)
denen im öffentlichen Interesse geheimhaltungsbedürftige Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse anvertraut werden, die Zugang dazu erhalten sollen oder ihn sich verschaffen können
- a)
die an sicherheitsempfindlichen Stellen des Geschäftsbereichs des Bundesministeriums der Verteidigung eingesetzt sind oder werden sollen oder
- c)
die in sonstigen gesetzlich bestimmten Fällen einer Sicherheitsüberprüfung unterliegen,
2.
bei technischen Sicherheitsmaßnahmen im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Verteidigung zum Schutz von im öffentlichen Interesse geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen, Gegenständen oder Erkenntnissen gegen die Kenntnisnahme durch Unbefugte.
Die Befugnisse des Militärischen Abschirmdienstes bei der Mitwirkung nach Satz 1 Nummer 1 Buchstabe a bis c sind im Sicherheitsüberprüfungsgesetz geregelt.

2. Zuständigkeitsregeln

Soweit eine Aufgabe mehreren Nachrichtendiensten zukommt, bedarf es über die Aufgabenzuweisung hinaus noch einer Zuständigkeitsregelung; diese kann sachliche und örtliche Aussagen enthalten. Anders als im Verhältnis von Polizei- und Ordnungsbehörden stellen sich Fragen nach der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen den Nachrichtendiensten weniger scharf; sie sind weitgehend mit den unterschiedlichen Aufgabenzuweisungen beantwortet. Zuständigkeitsfragen im Verhältnis von Nachrichtendiensten und Polizei betreffen den besonderen Punkt des sog. Trennungsgebots, der auch gesondert behandelt werden soll (vgl. unten 4.). Die Zahl der über die Aufgabenabgrenzungen hinaus verbleibenden Zuständigkeitsfragen ist daher eher überschaubar.

Für die **Zusammenarbeit der Länder mit dem Bund und der Länder untereinander in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes** (§ 1 Abs. 2 BVerfSchG) hat nach § 2 Abs. 2 BVerfSchG jedes Land eine Behörde zur Bearbeitung von Angelegenheiten des Verfassungsschutzes zu unterhalten. § 2 Abs. 2 BVerfSchG gibt den Ländern nicht vor, ob sie selbständige Verfassungsschutzbehörden einrichten oder den Verfassungsschutz als Abteilung des Innenministeriums des Landes führen wollen (Roth in Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes BVerfSchG § 2 Rn. 13 ff.). Mehrere Länder können gem. § 2 Abs. 2 Satz 2 BVerfSchG eine gemeinsame Behörde unterhalten.

Abweichungen von der normalen Zuständigkeit können sich in Fällen der **Eigensicherung** eines Dienstes ergeben. Die Maßnahmen der Eigensicherung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 BNDG dienen dem Schutz des BND selbst. Sie betreffen die Aufklärung möglicher Gegenspionage gegen den Dienst (BR-Drs. 618/88 S. 184), nicht gegen die Bundesrepublik Deutschland insgesamt; hierfür sind jedenfalls im Inland die Verfassungsschutzbehörden zuständig (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 BVerfSchG). Daneben dient die Eigensicherung auch dem Schutz der Mitarbeiter des Dienstes, namentlich gegen Straftaten oder sonstige Übergriffe auf ihre Rechtsgüter sowie Strafverfolgung im Ausland wegen ihrer nachrichtendienstlichen Tätigkeit für den BND (Gusy in Schenke/Graulich/Ruthig, BNDG § 2 Rn. 24).

Entsprechendes gilt für den MAD. Wird es erforderlich, Mitarbeiter, Einrichtungen, Gegenstände oder Quellen des MAD zu schützen, ist eine Befugnisausübung auch gegenüber Personen zulässig, die weder dem Geschäftsbereich angehören oder in ihm tätig sind, nach dem Personenkreis des § 2 Abs. 1 MADG (Ehegatten, gleichgestellte Personen und Komplizen) angehören. Angriffe auf den MAD gehen typischerweise von Ressortfremden aus, so dass auch außerhalb einer geheimdienstlichen Verstrickung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MADG die Notwendigkeit besteht, zum Selbstschutz Befugnisse außerhalb des genuinen Zuständigkeitskreises auszuüben (vgl. § 5 Halbs. 1 Nr. 2 MADG). Grundlage für die Eigensicherung ist § 2 Abs. 2 MADG (Siems in Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, MADG § 2 Rn. 8).

Schwierige Zuständigkeitsabgrenzungen ergeben sich bei grenzüberschreitenden Sachverhalten (Gröpl S. 247) sowie im Fall der Verquickung von Spionageabwehr und Gegenspionage (Gröpl S. 249 ff.); Inkongruenzen ergeben sich bereits positivistisch daraus, dass für die Spionageabwehr gem. § 3 Abs. 1 Nr. 2 BVerfSchG die Verfassungsschutzbehörden zuständig sind, während die Gegenspionage dem BND obliegt, soweit sie für die Auslandsaufklärung von Bedeutung ist, der gegnerische Geheimdienste regelmäßig unterfallen.

3. Befugnisnormen

Das Verhältnis von Aufgabenbeschreibungen und Befugnisnormen lässt sich im Recht der Nachrichtendienste durch einen Vergleich mit den entsprechenden Kategorien im Polizeirecht erklären: Die Einordnung einer polizeilichen Maßnahme als Eingriff macht als Ausfluss des Gesetzesvorbehaltes eine besondere Ermächtigung erforderlich. Die Eingriffsbefugnisse für polizeiliches Handeln ergeben sich aus Ermächtigungsnormen, die auch Befugnisnormen genannt werden. Dazu gehören im Polizeirecht die Generalermächtigung (§ 17 Abs. 1 BerlASOG) und die sog. Standardermächtigungen oder Standardbefugnis (§§ 18 ff. BerlASOG). Sie sind ebenso Ermächtigungen zum Erlass von Verwaltungsakten gegen Personen („Störer“), als auch zum tatsächlichen Handeln mit Eingriffscharakter. Demgegenüber folgt aus der bloßen Aufgabenbeschreibung oder einer Zuständigkeitsregel noch keine Befugnis für eingreifendes Verwaltungshandeln.

a) Generalermächtigung und Standardbefugnisse

In der vorliegenden allgemeinen Übersicht sollen die Charakteristika nachrichtendienstlicher Befugnisnormen am Beispiel des Bundesamts für Verfassungsschutz (BfV) betrachtet werden. Die grundlegende Befugnisnorm für das BfV ist § 8 BVerfSchG.

§ 8 BVerfSchG: Befugnisse des Bundesamtes für Verfassungsschutz

(1) Das Bundesamt für Verfassungsschutz darf die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlichen Informationen einschließlich personenbezogener Daten erheben, verarbeiten und nutzen, soweit nicht die anzuwendenden Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes oder besondere

Regelungen in diesem Gesetz entgegenstehen. Ein Ersuchen des Bundesamtes für Verfassungsschutz um Übermittlung personenbezogener Daten darf nur diejenigen personenbezogenen Daten enthalten, die für die Erteilung der Auskunft unerlässlich sind. Schutzwürdige Interessen des Betroffenen dürfen nur in unvermeidbarem Umfang beeinträchtigt werden.

(2) Das Bundesamt für Verfassungsschutz darf Methoden, Gegenstände und Instrumente zur heimlichen Informationsbeschaffung, wie den Einsatz von Vertrauensleuten und Gewährspersonen, Observationen, Bild- und Tonaufzeichnungen, Tarnpapiere und Tarnkennzeichen anwenden. In Individualrechte darf nur nach Maßgabe besonderer Befugnisse eingegriffen werden. Im Übrigen darf die Anwendung eines Mittels gemäß Satz 1 keinen Nachteil herbeiführen, der erkennbar außer Verhältnis zur Bedeutung des aufzuklärenden Sachverhalts steht. Die Mittel nach Satz 1 sind in einer Dienstvorschrift zu benennen, die auch die Zuständigkeit für die Anordnung solcher Informationsbeschaffungen und das Nähere zu Satz 3 regelt. Die Dienstvorschrift bedarf der Zustimmung des Bundesministeriums des Innern, das das Parlamentarische Kontrollgremium unterrichtet.

(3) Polizeiliche Befugnisse oder Weisungsbefugnisse stehen dem Bundesamt für Verfassungsschutz nicht zu; es darf die Polizei auch nicht im Wege der Amtshilfe um Maßnahmen ersuchen, zu denen es selbst nicht befugt ist.

(4) Werden personenbezogene Daten beim Betroffenen mit seiner Kenntnis erhoben, so ist der Erhebungszweck anzugeben. Der Betroffene ist auf die Freiwilligkeit seiner Angaben hinzuweisen.

(5) Von mehreren geeigneten Maßnahmen hat das Bundesamt für Verfassungsschutz diejenige zu wählen, die den Betroffenen voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt. Eine Maßnahme darf keinen Nachteil herbeiführen, der erkennbar außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg steht.

Die Regelung ermächtigt die Behörde, zur Erfüllung ihrer Aufgaben die erforderlichen Informationen zu beschaffen, weiterzugeben und zu verwenden (BT-Drs. 11/4306 S. 61). § 8 BVerfSchG stellt gegenüber den in §§ 8a ff. und § 1 Abs. 1 Nr. 1 G 10 speziell geregelten Befugnissen des BfV keine Auffangvorschrift dar, sondern eine Generalbefugnis. Wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Informationserhebung, -verarbeitung oder -nutzung nach §§ 8a ff. oder § 1 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG i.V.m. § 3 ff. G 10 nicht vorliegen, kann nicht stattdessen auf § 8 Abs. 1 BVerfSchG zurückgegriffen werden, um die betreffenden Informationen mit nachrichtendienstlichen Mitteln zu erheben, vielmehr bleibt das BfV bei Anwendung des § 8 BVerfSchG auf die mit dieser Vorschrift eröffneten Befugnisse beschränkt (Roth a.a.O § 8 Rn. 1).

b) Erhebung und Verarbeitung von Informationen

Die hauptsächliche nachrichtendienstliche Tätigkeit betrifft die Erhebung und Verarbeitung von Informationen. Sie erfolgt grundsätzlich im Rahmen der Aufgabenbestimmung, ist also durch diese zugelassen und begrenzt (bspw. § 1 BNDG). Jene Bestimmung betrifft den Umgang mit Informationen, unabhängig von der Form ihrer Gewinnung und Verarbeitung, also davon, ob sie elektronisch, schriftlich oder in sonstiger Weise erfolgt. Die Aufgabe determiniert den maximalen Umfang der Datenerhebung und -verarbeitung, als das „Ob“ ihrer Erhebung, Speicherung oder Nutzung. Sie bezieht sich insbesondere auf Lage- oder Sachdaten, Spuren- und Infrastrukturinformationen, welche vom – bspw. Vom BND – über das Ausland erhoben und verarbeitet werden. Nachrichtendienstliche Informationssammlung und –

verarbeitung erfolgt ganz überwiegen durch die Auswertung offener Quellen, also von Informationen, welche der Allgemeinheit oder jedenfalls bestimmten Dritten ohnehin zugänglich sind. Eine solche Informationssammlung erfolgt unabhängig davon, ob sie in Deutschland oder im Ausland stattfindet, im Rahmen der allgemeinen Aufgabenbestimmung und grundrechtsfrei (Gusy in Schenke/Graulich/Ruthig Sicherheitsrecht des Bundes BNDG § 2 Rn. 1).

Davon zu unterscheiden sind solche Informationen, zu deren Erhebung oder Verarbeitung es eines Grundrechtseingriffs bedarf. Dieser kann auf zweifache Weise erfolgen: Entweder durch die Art der Erhebung, wenn diese durch Eingriffe in grundrechtlich besonders geschützte Sphären eingreift oder eingegriffen hat – etwa: Informationen werden aus einer Wohnung gewonnen – oder aber durch den Inhalt der Informationen als personenbezogene Daten. Die so umschriebenen Informationen sind grundrechtsrelevant und unterliegen daher besonderen rechtlichen Regelungen, welche nicht allein auf die Behördenkompetenzen, sondern zudem auf die rechtlich geschützten Positionen Betroffener abzustimmen sind. In solchen Fällen tritt zu der Notwendigkeit von Aufgabenregelungen diejenige von Befugnisnormen hinzu (Gusy a.a.O. Rn. 2).

Die Anforderungen an Befugnisnormen zur Erhebung und Speicherung von Daten für nachrichtendienstliche Zwecke hat das BVerfG u.a. in seinem Urteil zur sog. Vorratsdatenspeicherung formuliert und im Vergleich zu entsprechenden Maßnahmen in der Gefahrenabwehr entwickelt:

Eine Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten, wie in § 113a TKG vorgesehen, setzt weiterhin gesetzliche Regelungen zur Verwendung dieser Daten voraus. Die verhältnismäßige Ausgestaltung dieser Verwendungsregeln entscheidet damit nicht nur über die Verfassungsmäßigkeit dieser einen eigenen Eingriff begründenden Bestimmungen selbst, sondern wirkt auf die Verfassungsmäßigkeit schon der Speicherung als solcher zurück. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts müssen die Voraussetzungen für die Datenverwendung und deren Umfang in den betreffenden Rechtsgrundlagen umso enger begrenzt werden, je schwerer der in der Speicherung liegende Eingriff wiegt. Anlass, Zweck und Umfang des jeweiligen Eingriffs sowie die entsprechenden Eingriffsschwellen sind dabei durch den Gesetzgeber bereichsspezifisch, präzise und normenklar zu regeln (BVerfG, Urteil vom 02. März 2010 – 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08 –, BVerfGE 125, 260-385, Rn. 226).

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen für die Verwendung der Daten zur Gefahrenabwehr gelten für alle Eingriffsermächtigungen mit präventiver Zielsetzung. Sie gelten damit auch für die Verwendung der Daten durch die Nachrichtendienste. Da die Beeinträchtigung durch den Eingriff in allen diesen Fällen für die Betroffenen die gleiche ist, besteht hinsichtlich dieser Anforderungen kein Anlass zu behördenbezogenen Differenzierungen, etwa zwischen Polizeibehörden und anderen mit präventiven Aufgaben betrauten Behörden wie Verfassungsschutzbehörden. Dass Polizei- und Verfassungsschutzbehörden unterschiedliche Aufgaben und Befugnisse haben und in der Folge Maßnahmen mit unterschiedlicher Eingriffstiefe vornehmen können, ist für die Gewichtung einer Verwendung von vorsorglich flächendeckend und langfristig gespeicherten Telekommunikationsverkehrsdaten grundsätzlich ohne Belang (vgl.

BVerfGE 120, 274 <329 f.>). Zwar können Differenzierungen zwischen den Ermächtigungen der verschiedenen Behörden mit präventiven Aufgaben vor der Verfassung Bestand haben (vgl. BVerfGE 100, 313 <383>; 120, 274 <330>). Jedoch ist der Gesetzgeber auch bei der Regelung der einzelnen Befugnisse von Sicherheitsbehörden, deren Aufgabe in der Vorfeldaufklärung besteht, an die verfassungsrechtlichen Vorgaben gebunden, die sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergeben (vgl. BVerfGE 120, 274 <330 f.>). Diese führen vorliegend dazu, dass sowohl hinsichtlich der zu schützenden Rechtsgüter als auch hinsichtlich der hierbei zu beachtenden Eingriffsschwelle besondere Anforderungen an die Datenverwendung zu stellen sind. Es gibt keinen Grund, warum diese Anforderungen für die Aufgabenerfüllung der Nachrichtendienste nicht gelten sollten. Zwar beschränken sich die Aufgaben der Nachrichtendienste grundsätzlich auf die Sammlung von Informationen zur Unterrichtung der Regierung. Das vermindert das Gewicht des Eingriffs insoweit, als sich damit für den einzelnen Bürger über die Gefahr des Beobachtetwerdens hinaus nicht auch die Gefahr von hieran anknüpfenden weiteren Maßnahmen verbindet. Zugleich verringert sich hierdurch aber auch das Gewicht zur Rechtfertigung solcher Eingriffe, denn durch bloße Informationen der Regierung können Rechtsgutverletzungen nicht verhindert werden. Dies ist erst möglich durch Folgemaßnahmen der für die Gefahrenabwehr zuständigen Behörden, deren verfassungsrechtliche Begrenzungen bei der Datenverwendung nicht durch weitergehende Verwendungsbefugnisse im Vorfeld unterlaufen werden dürfen. Eine besondere Belastungswirkung solcher Eingriffe gegenüber den Bürgern liegt im Übrigen darin, dass nicht nur der jeweilige Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis als solcher in der Regel verdeckt geschieht, sondern praktisch die gesamten Aktivitäten der Nachrichtendienste geheim erfolgen. Befugnisse dieser Dienste zur Verwendung der vorsorglich flächendeckend gespeicherten Telekommunikationsverkehrsdaten befördern damit das Gefühl des unkontrollierbaren Beobachtetwerdens in besonderer Weise und entfalten nachhaltige Einschüchterungseffekte auf die Freiheitswahrnehmung. Der Senat verkennt nicht, dass damit eine Verwendung der vorsorglich gespeicherten Telekommunikationsverkehrsdaten von Seiten der Nachrichtendienste in vielen Fällen ausscheiden dürfte. Dies liegt jedoch in der Art ihrer Aufgaben als Vorfeldaufklärung und begründet keinen verfassungsrechtlich hinnehmbaren Anlass, die sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergebenden Voraussetzungen für einen Eingriff der hier vorliegenden Art abzumildern (vgl. BVerfGE 120, 274 <331>).

(BVerfG, Urteil vom 02. März 2010 – 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08 –, BVerfGE 125, 260-385, Rn. 234)

c) Standardbefugnisse am Beispiel des BfV

Eine der Standardbefugnisse betrifft das sog. besondere Auskunftsverlangen in § 8a BVerfSchG, das durch das Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz vom 05.01.2007 eingefügt worden ist. Die Regelungen betreffen die Aufklärung internationaler Finanz- und Kommunikationsstrukturen extremistischer bzw. terroristischer Netzwerke. Die in § 8a BVerfSchG enthaltenen Ermächtigungen waren zunächst in § 8 BVerfSchG geregelt, sind durch das TBEG aber als selbständige Norm ausgegliedert und angereichert worden.

§ 8a Abs. 1 BVerfSchG regelt die Befugnis des BfV zur Einholung von Auskunft über **Bestandsdaten von Telediensten** im Einzelfall und definiert zugleich den Begriff

„Bestandsdaten“. Dazu gehören bspw. Online-Banking, E-Mail, Börsenticker, Wetter- oder Verkehrsdaten, Online-Kataloge.

§ 8a Abs. 2 BVerfSchG betrifft die **Auskunftseinholung bei Luftfahrtunternehmen, Kreditinstituten und Telekommunikationsdiensten.**

§ 8 Abs. 2a BVerfSchG ermächtigt das BfV, über das Bundeszentralamt für Steuern bei den Kreditinstituten eine **Kontostammdatenauskunft** abrufen zu lassen (BT-Drs. 17/6925). Diese enthält im Wesentlichen die Nummer eines Kontos bzw. Depots, den Tag der Errichtung und Auflösung sowie Name, Geburtsdatum und Anschrift des Inhabers bzw. Verfügungsberechtigten (Roth a.a.O. Rn. 20).

Besondere Formen der Datenerhebung nach § 9 BVerfSchG. Die Regelung befugt das BfV zu **besonderen Überwachungsmaßnahmen** in Gestalt der Erhebung von Informationen, insbesondere personenbezogener Daten (vgl. Roth a.a.O. § 9 Rn. 2 ff.).

Weitere Standardbefugnisse befinden sich bspw. im G 10.

4. Trennungsgebot und Zusammenarbeit

In der Tradition des Grundgesetzes hat sich eine Trennung zwischen Polizei und Nachrichtendiensten ausgebildet, von der umstritten ist, inwiefern sie aus der Verfassung folgt. Einfachgesetzlich besteht die Grundnorm des § 8 Abs. 3 BVerfSchG: „Polizeiliche Befugnisse oder Weisungsbefugnisse stehen dem Bundesamt für Verfassungsschutz nicht zu; es darf die Polizei auch nicht im Wege der Amtshilfe um Maßnahmen ersuchen, zu denen es selbst nicht befugt ist.“ Vergleichbare Regelungen finden sich in § 1 Abs. 1 Satz 2 BNDG und § 1 Abs. 4 MADG.

Das BVerfG hat in seiner grundlegenden Entscheidung zur strategischen Fernmeldeüberwachung durch den BND auf der Grundlage des G 10 das sog. Trennungsgebot zwischen Polizei und Nachrichtendiensten gesehen, seine verfassungsrechtliche Einordnung aber nicht für entscheidungserheblich gehalten: „Dem Bund ist es auch nicht etwa verwehrt, aus Erkenntnissen über das Ausland, die er unter Inanspruchnahme seiner Kompetenz aus Art. 73 Nr. 1 GG gewonnen hat, gesetzgeberische Konsequenzen innenpolitischer Art zu ziehen, sofern er dafür eine eigene Zuständigkeit besitzt. Im Grenzbereich zur Verbrechensbekämpfung ist aber von Belang, daß Art. 73 Nr. 10 GG dem Bund bestimmte und zugleich begrenzte Gesetzgebungskompetenzen für die Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern im Bereich der Kriminalpolizei, für die Einrichtung eines Bundeskriminalpolizeiamtes sowie für die internationale Verbrechensbekämpfung zuweist. Darunter ist nicht die Bekämpfung internationaler Verbrechen, sondern die internationale Bekämpfung von Verbrechen, also etwa die Zusammenarbeit deutscher mit ausländischen Stellen in kriminalpolizeilichen Fragen, zu verstehen. Im übrigen fällt das Polizeirecht als Gefahrenabwehrrecht in die Zuständigkeit der Länder. Auf die Frage, ob sich aus den Gesetzgebungskompetenzen ein **Trennungsgebot zwischen Polizei und Nachrichtendiensten entnehmen** läßt, kommt es daher hier nicht an (BVerfG, Urteil

vom 14. Juli 1999 – 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95, 1 BvR 2437/95 –, BVerfGE 100, 313-403, Rn. 201)

Die Ausweitung internationaler Kriminalitätsformen hat dazu geführt, dass der Bundesnachrichtendienst seit mehr als zehn Jahren zunehmend mit der nachrichtendienstlichen Aufklärung von Straftaten beauftragt worden ist (§ 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 G 10). Dies hat wiederum dazu geführt, dass nachrichtendienstliche Erkenntnisse nach § 9 Abs. 1 BNDG an andere inländische Behörden übermittelt werden dürfen, zu denen auch Polizeidienststellen gehören.

Das BVerfG hat die mit dem Trennungsgebot zusammenhängenden Fragen in seinem Urteil über das ATDG nicht institutionell behandelt, sondern als Problem des Datenschutzrechts. Dabei hat es zuerst auf die unterschiedlichen Aufgabenprofile von Polizei und Nachrichtendiensten abgestellt (a)) und daran angelehnt ein informationelles Trennungsprinzip erkannt (b)).

a) Unterschiedliche Aufgabenprofile von Polizei und Nachrichtendiensten

Von diesem Aufgaben- und Befugnisprofil unterscheidet sich das der Polizei- und Sicherheitsbehörden grundlegend. Ihnen obliegt die Verhütung, Verhinderung und Verfolgung von Straftaten sowie die Abwehr von sonstigen Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Ihre Aufgaben sind geprägt von einer operativen Verantwortung und insbesondere der Befugnis, gegenüber Einzelnen Maßnahmen erforderlichenfalls auch mit Zwang durchzusetzen. Dabei sind ihre Aufgaben gesetzlich differenziert umgrenzt und durch ein materiell wie verfahrensrechtlich vielfältig abgestuftes Arsenal von Handlungsbefugnissen unterlegt. Unbeschadet gewisser Aufgaben auch dieser Behörden schon im Vorfeld von Gefahren, sind ihnen Befugnisse gegenüber Einzelnen grundsätzlich nur aus konkretem Anlass verliehen; Voraussetzung ist in der Regel, dass Anhaltspunkte für einen Tatverdacht oder eine Gefahr vorliegen. Diesem Aufgabenprofil entsprechen auch die Datenerhebungs- und -Verarbeitungsbefugnisse dieser Behörden. Sie sind, da sie letztlich Zwangsmaßnahmen bis hin zu Eingriffen in die persönliche Freiheit vorbereiten und begründen können, gesetzlich wesentlich enger und präziser gefasst als diejenigen der Nachrichtendienste sowie vielfältig voneinander abgegrenzt. Entsprechend setzen grundsätzlich auch diese auf den Umgang mit Daten bezogenen Befugnisse - bei vielfältigen Abstufungen im Einzelnen - einen konkreten Anlass, etwa eine Gefahr oder einen Tatverdacht voraus. Soweit der Gesetzgeber die Erhebung personenbezogener Daten ausnahmsweise anlasslos vorsorglich oder zur bloßen Verhütung von Gefahren oder Straftaten erlaubt, ist dies besonders rechtfertigungsbedürftig und unterliegt gesteigerten verfassungsrechtlichen Anforderungen (vgl. BVerfGE 125, 260 <318 ff., 325 ff.>).¹²¹ Entsprechend handelt die Polizei grundsätzlich offen und folgt auch ihr Umgang mit Daten ganz überwiegend dem Grundsatz der Offenheit. Zwar setzt die Aufgabenwahrnehmung der Polizeibehörden in erheblichem Umfang auch Ermittlungen voraus, die gegenüber den Betroffenen zunächst verdeckt erfolgen. Jedoch werden damit nur bestimmte, durch konkrete Verdachtsmomente unterlegte Aufklärungsmaßnahmen oder -phasen abgeschirmt, die die prinzipielle Offenheit der polizeilichen Arbeit unberührt lässt. Vor allem werden insofern die ermittelten Daten

bei sich anschließenden Maßnahmen gegenüber Einzelnen - wie der Erhebung der Anklage oder dem Erlass einer Polizeiverfügung - offengelegt und wird dem Betroffenen Gelegenheit gegeben, sich hierzu zu verhalten. Auch die Ermittlungen selbst werden, soweit möglich, offen geführt. Im Strafverfahren zeigt sich dies beispielhaft an den zahlreichen Anhörungs-, Akteneinsichts- und Verteidigungsrechten des Beschuldigten, an der offenen Durchführung von Wohnungsdurchsuchungen (vgl. § 106 StPO), den Vorgaben für die Nutzung von vorsorglich gespeicherten Daten (vgl. BVerfGE 125, 260 <353>) sowie der grundsätzlich öffentlichen und mündlichen Verhandlung am Ende des Anklagevorwurfs im Strafverfahren. Der Einsatz verdeckter Ermittler (§§ 110a ff. StPO) und heimliche Datenerhebungen mit technischen Mitteln (§§ 100a ff. StPO) sind demgegenüber nur ausnahmsweise und unter bestimmten Bedingungen zulässig. Entsprechend unterliegt die Polizei auch im Bereich der Gefahrenabwehr dem Grundsatz der offenen Datenerhebung (vgl. § 21 Abs. 3 BPolG; § 19 Abs. 1 PolG Baden-Württemberg; Art. 30 Abs. 3 BayPAG).¹²² Die Rechtsordnung unterscheidet damit zwischen einer grundsätzlich offen arbeitenden Polizei, die auf eine operative Aufgabenwahrnehmung hin ausgerichtet und durch detaillierte Rechtsgrundlagen angeleitet ist, und den grundsätzlich verdeckt arbeitenden Nachrichtendiensten, die auf die Beobachtung und Aufklärung im Vorfeld zur politischen Information und Beratung beschränkt sind und sich deswegen auf weniger ausdifferenzierte Rechtsgrundlagen stützen können. Eine Geheimpolizei ist nicht vorgesehen (BVerfG, Urteil vom 24. April 2013 – 1 BvR 1215/07 –, BVerfGE 133, 277-377, Rn. 122)

b) Informationelles Trennungsprinzip

Regelungen, die den Austausch von Daten der Polizeibehörden und Nachrichtendiensten ermöglichen, unterliegen angesichts dieser Unterschiede gesteigerten verfassungsrechtlichen Anforderungen. Aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung folgt insoweit ein informationelles Trennungsprinzip. Danach dürfen Daten zwischen den Nachrichtendiensten und Polizeibehörden grundsätzlich nicht ausgetauscht werden. Einschränkungen der Datentrennung sind nur ausnahmsweise zulässig. Soweit sie zur operativen Aufgabenwahrnehmung erfolgen, begründen sie einen besonders schweren Eingriff. Der Austausch von Daten zwischen den Nachrichtendiensten und Polizeibehörden für ein mögliches operatives Tätigwerden muss deshalb grundsätzlich einem herausragenden öffentlichen Interesse dienen, das den Zugriff auf Informationen unter den erleichterten Bedingungen, wie sie den Nachrichtendiensten zu Gebot stehen, rechtfertigt. Dies muss durch hinreichend konkrete und qualifizierte Eingriffsschwellen auf der Grundlage normenklarer gesetzlicher Regelungen gesichert sein; auch die Eingriffsschwellen für die Erlangung der Daten dürfen hierbei nicht unterlaufen werden (BVerfG, Urteil vom 24. April 2013 – 1 BvR 1215/07 –, BVerfGE 133, 277-377, Rn. 123).

Lit.:

Droste, Handbuch des Verfassungsschutzrechts, Berlin 2006

Gröpl, Die Nachrichtendienste im Regelwerk der deutschen Sicherheitsverwaltung,
Berlin 1993

Gusy in Schenke/Graulich/Ruthig, BNDG

Huber in Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes G 10

Roth in Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes BVerfSchG

Siems in Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, MADG

Gesetzesmaterialien:

Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Fortentwicklung der
Datenverarbeitung und des Datenschutzes (BT-Drs. 11/4306)

Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Änderung des
Bundesverfassungsschutzgesetzes (BT-Drs. 17/6925)