

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).

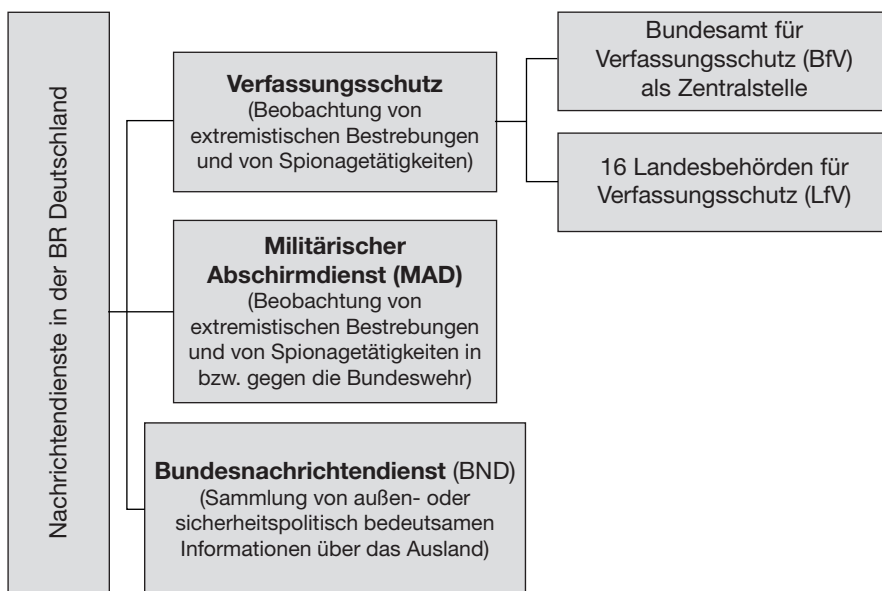


Abb. 1: Nachrichtendienste in der BR Deutschland

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 Zwangsmaßnahmen“, 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 Personenzusammenschlusses 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 Initiieren 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 „Spielmaterial“ 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 Auskunftersuchen 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 Auskunftspflicht 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) – „Lichtenstein-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 GlO (letztere betreffen die Weitergabe von Informationen aus GlO-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 Handlungsunrecht 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 ineinandergreifen, 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 (Säkerhetspolisen) 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/Rustenberg*, 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.) – Antiterrordebatte.

26 *Cremer*, in: Isensee/Kirchhof, 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 ineinandergreifende 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 eingriffsintensiver – 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 Auskunftsbeugnisse 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 ineinandergreifende 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 (**Gefahrvorsorge**)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 „**Vernachrichtendienstlichung**“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 vermehrt wahrgenommenen Informationsvorsorge der Polizei nicht mehr existiert.⁴⁰ In den gewaltorientierten extremistischen Szenen mit ihren häufig sehr schnellen Radikalisierungsverläufen sind die Grenzlinien zwischen Gefahrenverdacht, Gefahrvorsorge und konkreter Gefahrenabwehr ohnehin fließend und werden, z. B. bei Planungen für den gewaltsamen Jihad in kürzester Zeit durchschritten. 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 BVPolG, 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SächsPolG, 11 Abs. 2 Nr. 1 BayPAG), weshalb Polizei und Verfassungsschutz zumindest teildentische 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	– Beobachtung von extremistischen „Bestrebungen“ (einschließlich terroristischer Aktivitäten, sofern sie extremistisch motiviert sind und sich ge-	– 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 Augsberg sieht mit Blick auf das Übermaßverbot eine kritische Grenze der „Vernachrichtendienstlichung“ 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 zueinander stehen (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).

	gen ein Schutzgut des § 3 Abs. 1 BVerfSchG richten); i. d. R. erfolgt Tätigkeit 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 – Gewinnen von außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnissen	– (in jüngerer Zeit vermehrt): Gefahrenvorsorge (Prävention) / Gefahrenverhütung / vorbeugende Bekämpfung von Straftaten → ist typische Vorfeldaufgabe, was zu Überschneidungen mit dem klassischen Tätigkeitsfeld der Nachrichtendienste führt
	– Aufklärung von Spionagetätigkeiten, die häufig, aber nicht zwingend den Straftatbestand des § 99 StGB erfüllen (Rn. 157)	– Aufklärung von Straftaten, §§ 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 Staatsschutzgüter Spionageabwehr	BVerfSchG (von 1950) und 16 LVerfSchG	a) Gesetzgebungskompetenz des Bundes: Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 b, c GG; für die Länder: Art. 30, 70 Abs. 1 GG; ⁴⁸ b) Einrichtungskompetenz des Bundes für das BfV: Art. 87 Abs. 1. Satz 2 GG
Bundesamt für den Militärischen Abschirmdienst (MAD) Aufklärung von Bestrebungen gegen die fdGO und andere hochrangige Staatsschutzgüter im Geschäftsbereich des BMVg Abwehr von Spionage gegen die Bundeswehr und andere Dienststellen des Geschäftsbezirks des BMVg	MADG (von 1990)	keine ausdrückliche Erwähnung im GG; a) Gesetzgebungskompetenz des Bundes wird abgeleitet aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG (Verteidigung); b) die Einrichtungskompetenz des Bundes wird abgeleitet aus Art. 65a und 87a Abs. 1 Satz 1 GG
Bundesnachrichtendienst (BND) Auslandsaufklärung	BNDG (von 1990)	keine ausdrückliche Erwähnung im GG; a) Gesetzgebungskompetenz des Bundes wird abgeleitet aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG (auswärtige Angelegenheiten); ⁴⁹ b) die Einrichtungskompetenz des Bundes wird abgeleitet aus Art. 87 Abs. 3 GG

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

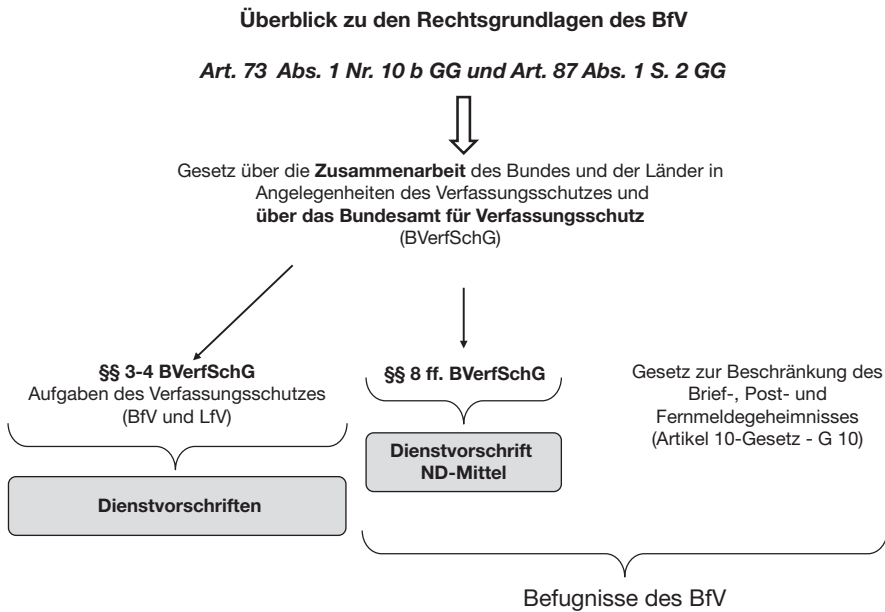


Abb. 2: Überblick zu den Rechtsgrundlagen des BfV

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

Die Verfassungsschutzbehörden sind – neben weiteren Einrichtungen – Ausdruck der Grundsatzentscheidung 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 verwechselte.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:

19

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 *Völskuhle/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/2Zx10D4>).

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

„Soll diese Gleichheit und Freiheit völlig uneingeschränkt und absolut sein, soll sie auch denen eingeräumt werden, deren Streben ausschließlich darauf geht, nach der Ergreifung der Macht die Freiheit selbst auszurotten? Also: Soll man sich auch künftig so verhalten, wie man sich zur Zeit der Weimarer Republik z. B. den Nationalsozialisten gegenüber verhalten hat? Ich für meinen Teil bin der Meinung, dass es nicht zum Begriff der Demokratie gehört, dass sie selber die Voraussetzungen für ihre Beseitigung schafft: Demokratie ist nur dort mehr als ein Produkt einer bloßen Zweckmäßigkeitsentscheidung, wo man den Mut hat, an sie als etwas für die Würde des Menschen Notwendiges zu glauben. Wenn man aber diesen Mut hat, dann muss man auch den Mut zur Intoleranz denen gegenüber aufbringen, die die Demokratie gebrauchen wollen, um sie umzubringen.“⁵⁴

- 20** Verfassungsfeinde sollen also nicht unter Berufung auf Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt, die Verfassungsordnung oder den Bestand des Staates gefährden, beeinträchtigen oder zerstören dürfen.⁵⁵ In einer wehrhaften Demokratie werden sämtliche Freiheiten garantiert bis auf diejenige, die Freiheit abzuschaffen.⁵⁶ Im Grundgesetz hat das Konzept der wehrhaften Demokratie – ohne ausdrücklich als solches erwähnt zu sein – verschiedene Normen geprägt, insbesondere Art. 9 Abs. 2, Art. 18, Art. 20 Abs. 4, Art. 21 Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG.⁵⁷ Das BVerfG hat zudem festgestellt, dass das Grundgesetz an mehreren Stellen (Art. 45d, 73 Abs. 1 Nr. 10b, 87 Abs. 1 Nr. 2 GG) ausdrücklich auch die Errichtung von Nachrichtendiensten als Ausdruck einer verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für eine wehrhafte Demokratie, den Selbstbehauptungswillen des Rechtsstaates und als Bestandteil des Sicherheitssystems der Bundesrepublik Deutschland anerkennt.⁵⁸ Dabei kann offen bleiben, ob neben BfV, LfV und MAD auch der BND als behördlicher Baustein der wehrhaften Demokratie anzusehen ist oder – angesichts seiner auslandsbezogenen Agenda näher liegt – primär als Informationsdienstleister⁵⁹ für die Bundesregierung zur Einschätzung außen- und sicherheitspolitischer Gefahrenpotentiale.⁶⁰ Sachgerecht ist, insoweit zwischen Verfassungsschutz und BND zu unterscheiden,⁶¹ da mit Blick auf ihren gesetzlichen Zuständigkeitskatalog nur die Verfassungsschutzbehörden zur Abwehr von Gefährdungen für die Funktionsbedingungen des demokratischen Rechtsstaats tätig werden.

- 21** Die wehrhafte Demokratie ist durch drei Merkmale gekennzeichnet:⁶²
- **Wertgebundenheit** der Verfassung:
der demokratische Verfassungsstaat baut auf festen Grundüberzeugungen auf, die nicht zur Disposition politischer Mehrheiten stehen (z. B. die Menschenwürde);
 - **Abwehrbereitschaft** des Staates:
der Staat ist willens und in der Lage, sich gegen Angriffe gegen diese grundlegenden Prinzipien seiner Verfassung zu verteidigen, etwa durch Vereinsverbote (Art. 9 Abs. 2 GG), Art. 18 GG (Entscheidung zur Verwirkung von Grundrechten) und Parteiverbote (Art. 21 Abs. 2, 4 GG).
 - **Vorverlagerung** der Beobachtung in das Vorfeld strafbarer Handlungen:
Der Verfassungsschutz als „frühestes staatliches Sanktionensystem“ (Frühwarnsystem)⁶³ wird bereits dann tätig, wenn noch keine konkrete Gefahr bzw. noch keine

⁵⁴ Zitiert bei Lange, in: BfV (Hrsg.), BfV – 50 Jahre im Dienst der inneren Sicherheit, 2000, S. 15 (17).

⁵⁵ BVerfG, NVwZ 2013, 1468 (1472, Rn. 112).

⁵⁶ Morlok/Sokolov, DÖV 2014, 405 (406).

⁵⁷ Sondervotum Simon, in: BVerfG, NJW 1983, 1535 (1541).

⁵⁸ BVerfG, NVwZ 2017, 1364 (1369, Rn. 110).

⁵⁹ Cremer, in: Isensee/Kirchhof, HStR XII, 3. Aufl. 2014, § 278 Rn. 3: „staatliche Dienstleister für Informationen“.

⁶⁰ Das BVerfG sieht jedoch auch den BND als Instrument zum Schutz der verfassungsrechtlichen Ordnung, s. BVerfG, NJW 2020, 2235 (2250, Rn. 162). Siehe dazu auch Warg, in: Dietrich/Eiffler, V, § 1 Rn. 83.

⁶¹ Unterreitmeier, DÖV 2021, 659 (664).

⁶² Droste, S. 5 f.; Rose-Stahl, S. 21 f.

⁶³ Diese Rolle dem Verfassungsschutz zusprechend: BVerwG, NVwZ 2014, 233 (235); Droste, S. 176, 293, 299.