

Reform der Nachrichtendienste zwischen Vergesetzlichung und Internationalisierung

Herausgegeben von
JAN-HENDRIK DIETRICH,
KLAUS FERDINAND GÄRDITZ,
KURT GRAULICH,
CHRISTOPH GUSY
und GUNTER WARG

*Beiträge zum Sicherheitsrecht
und zur Sicherheitspolitik*

Mohr Siebeck

Beiträge zum Sicherheitsrecht und zur Sicherheitspolitik

herausgegeben von

Jan-Hendrik Dietrich, Klaus Ferdinand Gärditz
und Kurt Graulich

4



Reform der Nachrichtendienste zwischen Vergesetzlichung und Internationalisierung

Herausgegeben von

Jan-Hendrik Dietrich, Klaus Ferdinand Gärditz,
Kurt Graulich, Christoph Gusy und Gunter Warg

Mohr Siebeck

Jan-Hendrick Dietrich

ist Professor an der Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung in Berlin und Direktor am Center for Intelligence and Security Studies der Universität der Bundeswehr München.

Klaus Ferdinand Gärditz

ist Professor für Öffentliches Recht an der Universität Bonn, stellvertretender Richter am Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen und Richter im Nebenamt am Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen.

Kurt Graulich

ist Honorarprofessor an der Humboldt-Universität zu Berlin und Richter am Bundesverwaltungsgericht a.D.

Christoph Gusy

ist Professor für Öffentliches Recht, Staatslehre und Verfassungsgeschichte an der Universität Bielefeld.

Gunter Warg

ist hauptamtlich Lehrender am Fachbereich Nachrichtendienste der Hochschule des Bundes in Brühl.

ISBN 978-3-16-158196-0 / eISBN 978-3-16-158197-7

DOI 10.1628/978-3-16-158197-7

ISSN 2568-731X / eISSN 2569-0922 (Beiträge zum Sicherheitsrecht und zur Sicherheitspolitik)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Das Recht der Nachrichtendienste ist eine noch junge Rechtsmaterie. Eine zunehmende Verdichtung erfahren die gesetzlichen Vorschriften des Bundes und der Länder erst im Anschluss an das Volkszählungsurteil des BVerfG. Seither wächst die Aufmerksamkeit der juristischen Fachgemeinschaft. Nahezu zeitgleich mit der zunehmenden Verrechtlichung nachrichtendienstlicher Arbeit verändert sich die Rolle der Nachrichtendienste in der deutschen Sicherheitsarchitektur. Das Ende des Kalten Krieges und die Veränderung der Bedrohungslage durch den aufkommenden internationalen Terrorismus stellen die Behörden vor neue Herausforderungen, denen der Gesetzgeber mit weiteren Rechtsgrundlagen begegnet.

Diese dynamische Rechtsentwicklung hält es heute an. Während beispielsweise das BNDG bei seinem Inkrafttreten im Jahr 1990 lediglich neun Paragraphen aufwies, zählt es gegenwärtig 36 Einzelvorschriften, ergänzt um untergesetzliche Regelwerke. Das Recht der Nachrichtendienste ist insofern einem beständigen Reformprozess unterworfen. Dem Gesetzgeber kommt die schwierige Aufgabe zu, Konfliktschlichtungsformeln zu finden, die einerseits den Behörden eine taugliche Grundlage schaffen, um auf rechtstatsächliche Entwicklungen wie hybride Bedrohungen oder technische Innovationen reagieren zu können, andererseits aber den Schutz der Grundrechte nicht schmälern. Richtungsweisend sind für den Gesetzgeber hierbei insbesondere jüngste Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sowie Ergebnisse verschiedener parlamentarischer Untersuchungsausschüsse gewesen.

Das 2. Symposium zum Recht der Nachrichtendienste, das vom 15. bis zum 16.03.2018 im Rahmen der von Bundeskanzleramt und Bundesministerium des Innern gemeinsam initiierten Veranstaltungsreihe „Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat“ in Berlin stattfand, setzte an dieser Stelle an. Ziel der Veranstaltung war es, eine Zwischenbilanz der jüngsten Reformen des Rechts der Nachrichtendienste zu ziehen. Dabei sollte gleichzeitig ein Blick auf internationale Entwicklungen geworfen werden. Der vorliegende Tagungsband dokumentiert die Ergebnisse der Tagung. Die wissenschaftliche Leitung des Symposiums wurde den Herausgebern dieses Bandes übertragen.

Die Organisation der Veranstaltung hat wertvolle Unterstützung erhalten. Zu danken ist allen voran Herrn Ministerialrat *Dietmar Marscholleck* und Frau Regierungsdirektorin Dr. *Annett Bratouss* (Bundesministerium des Innern, für

Bau und Heimat) sowie Frau Ministerialdirigentin *Corinna Rebohle* (Bundeskanzleramt). Die wesentliche Last der Vorbereitung hat Frau *Laura Becker* (Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat) getragen. Sie hat gemeinsam mit dem Team des Tagungsbüros für einen reibungslosen und angenehmen Tagungsablauf gesorgt und zusammen mit Herrn Wiss. Mit. *Marten Franke* (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn) die Erstellung dieses Bandes umsichtig begleitet. Hierfür sind die Herausgeber den Beteiligten sehr verbunden.

Berlin
Bonn
Berlin
Bielefeld
Brühl, Juni 2019

Jan-Hendrik Dietrich
Klaus Ferdinand Gärditz
Kurt Graulich
Christoph Gusy
Gunter Warg

Inhalt

Vorwort	V
---------------	---

Klaus-Dieter Fritsche

Grußwort anlässlich des zweiten Symposiums zum Recht der Nachrichtendienste: Reform der Nachrichtendienste zwischen Vergesetzlichung und Internationalisierung	XI
--	----

Fachvorträge

Wilhelm Schluckebier

Sicherheitsgewährleistung zwischen politischer Gestaltung und verfassungsrechtlicher Bindung	3
---	---

Christoph Gusy

Reformperspektiven des Rechts der Nachrichtendienste	19
--	----

Nach der Reform ist vor der Reform – eine Zwischenbilanz der Reformen des Nachrichtendienstrechts

Markus Löffelmann

Die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung	33
---	----

Mathias Hong

Der Einsatz von V-Leuten und verdeckten Mitarbeitern zwischen sicherheitspolitischer Notwendigkeit und verfassungsrechtlichen Grenzen	45
---	----

Dinchen Franziska Büddefeld

Einsatz von V-Leuten im Verfassungsschutz	65
---	----

Christian Waldhoff

Die reformierte Kontrolle der Nachrichtendienste durch das
Parlamentarische Kontrollgremium und das Unabhängige Gremium 73

Arne Schlatmann

Praktische Arbeit der parlamentarischen Nachrichtendienstkontrolle . . . 91

David Omand

A practical approach to improving international intelligence
cooperation 99

Panel 1

Nachrichtendienste im Rechtsvergleich –
Grundlinien und jüngere Entwicklungen

Russell Miller

President Trump or: How I Learned to Stop Worrying and Love the FBI 109

Simon McKay/Clive Walker

Intelligence law in the United Kingdom 119

Bertrand Warusfel

The new French intelligence law 129

Karoline Linzbach/Lea Marie Vell

Diskussionsbericht Panel 1:
Nachrichtendienstrecht im Rechtsvergleich –
Grundlinien und jüngere Entwicklungen 137

Panel 2

Nachrichtendienstliche Kooperation
und Europäische Dimension

Ralf Poscher/Benjamin Rusteberg

Ein Kooperationsverwaltungsrecht des Verfassungsschutzes? 145

Gerhard Conrad

Europäische Nachrichtendienstkooperation –
Entwicklungen, Erwartungen und Perspektiven 161

Hans-Georg Maaßen

Perspektiven und Grenzen internationaler Zusammenarbeit
der Nachrichtendienste 179

Alexandra Adenauer/Fabian Gilles

Diskussionsbericht Panel 2:
Nachrichtendienstliche Kooperation und europäische Dimension 189

Podiumsdiskussion

Alexandra Adenauer/Fabian Gilles/Karoline Linzbach/Lea Marie Vell

Nachrichtendienste und Öffentlichkeit in der streitbaren Demokratie ... 193

Autorenverzeichnis 205

Stichwortverzeichnis 209

Grußwort anlässlich des zweiten Symposiums
zum Recht der Nachrichtendienste:
Reform der Nachrichtendienste zwischen
Vergesetzlichung und Internationalisierung

Klaus-Dieter Fritsche

Sehr geehrte Abgeordnete,
sehr geehrte Damen und Herren,

ich freue mich, Sie heute anlässlich des zweiten Symposiums zum Recht der Nachrichtendienste begrüßen zu dürfen.

Das „Recht der Nachrichtendienste“ – es ist nicht lang her, dass das ein Nischen-Thema war. Etwas für juristische Exoten. Diese Zeit ist vorbei. Inzwischen findet das Themenfeld „ND-Recht“ vielfältige – auch mediale – Beachtung. Es ist daher kein Zufall, dass hier nicht nur Rechtswissenschaftler und Praktiker aus den Ministerien und den Diensten anwesend sind, sondern auch Vertreter der Medien.

Die Gründe für diesen Wandel liegen auf der Hand. Parlamentarische Befassungen – Stichwort: NSA-Untersuchungsausschuss –, nationale Reformen – Stichwort: BND-Novelle – und die verschärfte Bedrohungslage – Stichwort: internationaler Terrorismus –, haben das Thema zunehmend in den Fokus gerückt.

Um es deutlich zu sagen: Die Entwicklung hin zu einer verstärkten Befassung mit dem Recht der Nachrichtendienste war überfällig und ist sehr zu begrüßen.

So freue ich mich ganz besonders, dass das vor zwei Jahren angestoßene Format des Symposiums bei Ihnen Anklang gefunden hat und wir hier erneut zu einem Gedankenaustausch zusammenkommen.

Denn die gesetzlichen Grundlagen der Arbeit von Nachrichtendiensten so zu gestalten, dass sie die Nachrichtendienste in die Lage versetzen, ihrer Aufgabenerfüllung rechtssicher nachzukommen und gleichzeitig Parlament und Öffentlichkeit mit der erforderlichen Transparenz zu begegnen, das ist eine fortwährende Aufgabe. Dies gilt für den nationalen Rahmen und die internationale Zusammenarbeit gleichermaßen.

Das diesjährige Symposium nimmt unter anderem die Reform der Nachrichtendienste und insbesondere die Reform ihrer rechtlichen Grundlagen in den Blick. Am Übergang zwischen zwei Legislaturperioden bietet dies zum einen die Gelegenheit, auf die umfangreichen Reformen der letzten Legislaturperiode zurückzuschauen. So sind vor gut einem Jahr sowohl das neue BNDG als auch das neue PKGrG in Kraft getreten. Das Unabhängige Gremium und der Ständige Bevollmächtigte haben zwischenzeitlich ihre Arbeit aufgenommen.

Eine stärkere Kontrolldichte durch diese Reformen war politisch gewollt und wurde durch die Nachrichtendienste offen angenommen. Zudem hat der Bundesnachrichtendienst (BND) in einer Kraftanstrengung die erforderlichen Maßnahmen ergriffen, um die Regelungen zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung innerhalb der einjährigen Übergangsfrist umzusetzen. Der BND profitiert dabei dank eines differenzierten Regelwerkes insbesondere von mehr Rechtssicherheit für seine Mitarbeiter.

Es wird interessant sein zu sehen, wie die erste Zwischenbilanz sowohl aus rechtswissenschaftlicher als auch aus rechtspraktischer Sicht ausfällt.

Der Beginn einer neuen Legislaturperiode ist aber auch ein guter Zeitpunkt, den Blick nach vorne zu richten: Welchen Herausforderungen müssen wir uns in der neuen Legislaturperiode annehmen und welcher gesetzgeberische Handlungsbedarf entsteht hierdurch?

Wesentliche Weichenstellungen enthält bereits der Koalitionsvertrag. Danach soll der föderal organisierte Verfassungsschutz durch einen vereinheitlichten Rechtsrahmen – speziell bei Datenerhebung und Speicherung – gestärkt werden. Für die gemeinsame Aufklärung massiver Bedrohungen braucht der Verfassungsschutzverbund eine harmonisierte Arbeitsgrundlage.

Ein Blick über den Tellerrand ist insoweit immer hilfreich. Ich freue mich daher ganz besonders, dass uns die Professoren Miller, Walker und Warusfel einen Einblick in das Nachrichtendienstrecht ihrer Länder geben werden.

Mit der Internationalisierung der Bedrohungslage ist die Bedeutung der Zusammenarbeit mit ausländischen Nachrichtendiensten gewachsen. Ohne internationale Kooperation könnte der Bundesnachrichtendienst seine Aufgaben nicht mehr wirkungsvoll wahrnehmen. Auch das BfV ist zunehmend auf die Zusammenarbeit mit ausländischen Partnern, insbesondere innerhalb der Europäischen Union angewiesen.

Zusammenarbeit setzt jedoch Vertrauen voraus. Im nachrichtendienstlichen Geschäft spielt insbesondere das Vertrauen darauf, dass geheime Informationen geheim bleiben und nur mit Einverständnis der übermittelnden Stelle an Dritte weitergegeben werden, eine herausgehobene Rolle. Transparenz und Geheimschutz stehen hier daher in einem besonderen Spannungsverhältnis. Ich freue mich, dass dieses für die nachrichtendienstliche Arbeit wichtige Thema auch Gegenstand der Podiumsdiskussion am Freitag ist.

Dieses Symposium ist Ausdruck eines gelungenen Austausches zwischen Wissenschaft und Praxis im Recht der Nachrichtendienste. Es gibt jedoch weitere Beispiele für eine fortschreitende Vernetzung dieser Bereiche. Kurz erwähnen möchte ich zwei Projekte:

Im Februar erschien die erste Ausgabe der „Zeitschrift für das gesamte Sicherheitsrecht“. Ziel dieser Zeitschrift ist es, sich mit allen Aspekten des europäischen und deutschen Sicherheitsrechts zu befassen. Dabei zeigt bereits die Liste der Herausgeber sowie des Herausgeberbeirates den Umfang der Zusammenarbeit zwischen Justiz, Exekutive und Wissenschaft.

Ein weiteres Beispiel ist das zweijährige Masterstudienprogramm «Intelligence and Security Studies», eine Kooperation zwischen der Hochschule des Bundes und der Universität der Bundeswehr München. Mit diesem Studiengang soll auch die nachrichtendienstspezifische Forschung und der gesellschaftliche Diskurs in nachrichtendienstlichen Themenfeldern gefördert werden. Der Studienstart ist für Januar 2019 geplant.

Meine sehr geehrten Damen und Herren,

das Programm der kommenden zwei Tage bietet viel Stoff für interessante Diskussionen. In diesem Sinne wünsche ich Ihnen und uns einen spannenden Austausch und hoffe auf Ihre rege Beteiligung.

Fachvorträge

Sicherheitsgewährleistung zwischen politischer Gestaltung und verfassungsrechtlicher Bindung*

Wilhelm Schluckebier

I. Einleitung	3
II. Sicherheitsgewährleistung	4
III. Politische Gestaltung	5
IV. Verfassungsrechtliche Bindungen	6
1. Kompetenzielle Bestimmungen	6
2. Materielle Grundrechte/Eingriffsdogmatik	8
3. Informationelles Trennungsprinzip (Verbunddateien, Übermittlungsbefugnisse)	11
4. Kritische Stimmen	14
V. Ausblick	15
1. Grundrechtsbindung bei reiner Auslandsaufklärung	15
2. Informationelles Trennungsprinzip: Aufgabenkonvergenz, gemeinsame Zentren, gemeinsame Dateien	16
3. Zwischenfazit	17

I. Einleitung

Sehr geehrte Abgeordnete des Deutschen Bundestages, sehr geehrter Herr Staatssekretär Fritsche, sehr geehrter Herr Präsident Kahl, sehr geehrter Herr Präsident Gramm, meine sehr verehrten Damen und Herren!

„Nachrichtendienste sind Ausdruck der Grundentscheidung des Grundgesetzes für eine wehrhafte Demokratie, des Selbstbehauptungswillens des Rechtsstaats und damit Bestandteil des Sicherheitssystems der Bundesrepublik Deutschland.“¹ Dieses Zitat ist nicht irgendeine programmatische Aussage. Der Satz findet sich in einem Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungs-

* Der Vortrag wurde auf dem 2. Symposium zum Recht der Nachrichtendienste am 15./16.03.2018 gehalten. Die Vortragsversion ist beibehalten und lediglich um einige Fußnoten mit wenigen Fundstellen und Hinweisen ergänzt.

¹ BVerfGE 143, 101, 139 Rn. 126.

gerichts vom Oktober 2016. Er verdeutlicht, dass es gute Gründe gibt, sich dem Thema unserer Tagung intensiv zuzuwenden. Ein Symposium wie dieses hat schon aufgrund des Umstandes, dass es stattfindet, einen bereichernden Effekt: Es kann auf den aktuellen Reformen des Rechts der Nachrichtendienste und Sicherheitsbehörden aufsetzen und sie im Feld fortgeschrittener Vergesetzlichung und der Internationalisierung einordnen und eine Standortbestimmung vornehmen. Und es birgt die Chance, den Nutzen und die Notwendigkeit von Vorfeldaufklärung zum Schutz bedeutsamer Rechtsgüter des Gemeinwesens und der Einzelnen zu verdeutlichen. Und überdies die Verankerung der Dienste in die Strukturen, die unsere Verfassung und die Rechtsordnung vorgeben, transparent und glaubhaft zu machen. Hier das rechte Maß zu finden, ist eine schwierige, immer wieder neu zu diskutierende Aufgabe. Der rechtsstaatliche Anspruch, vor allem was Kontrolle und Rechtsschutz betrifft, steht in einer gewissen Spannung zu den aufgabenbezogenen Diskretionserfordernissen, die wiederum um der Effizienz der Dienste willen Gewicht haben. Anders formuliert: Sicherheitsgewährleistung bewegt sich zwischen der politischen Gestaltung, die tendenziell eher praktischen Bedürfnissen und Effizienzgesichtspunkten folgt, und den verfassungsrechtlichen Bindungen, die wesentlich durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorgegeben sind. Diesem Rahmen wollen wir uns zuwenden.

II. Sicherheitsgewährleistung

Vergewissern wir uns zunächst der Grundlagen: Worum geht es bei dem, was wir unter Sicherheitsgewährleistung verstehen? Das Grundgesetz verpflichtet die Verfassungsorgane im Rahmen ihrer Zuständigkeiten zur Abwehr von Beeinträchtigungen der Grundlagen der freiheitlichen demokratischen Ordnung, freilich unter Einhaltung der Regeln des Rechtsstaats. Das gilt namentlich für die Verfolgung der fundamentalen Staatszwecke der Sicherheit und des Schutzes der Bevölkerung. Als verfasste Friedens- und Ordnungsmacht ist der Staat deshalb von Verfassungs wegen verpflichtet, das Leben, die körperliche Unversehrtheit und die Freiheit des Einzelnen – unter Achtung von Würde und Eigenwert des Einzelnen – zu schützen. Dies sind Verfassungswerte, die mit anderen hochwertigen Verfassungsgütern im gleichen Rang stehen.² So steht es in den Entscheidungen zur Rasterfahndung und zum BKA-Gesetz des Ersten Senats ebenso wie in dem Selektoren-Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts.

Damit ist zugleich klar: Die Gewährleistung der Sicherheit schließt stets und selbstverständlich die Einhaltung rechtsstaatlicher Regeln und die Wah-

² Vgl. BVerfGE 115, 320, 358; 143, 101, 138 f. m.w.Rspr.Nw.

rung der Freiheitsrechte des Einzelnen nicht nur ein. Sondern dies ist gerade eine *der* zentralen Zwecksetzungen von Sicherheitsgewährleistung in unserem grundgesetzlichen Sinne. Nur daraus zieht sie ihre grundrechts-ethische Legitimation. Das schließt es von vornherein aus, dass sie etwa zur Sicherung der Macht einer bestimmten politischen Partei als Vorwand missbraucht wird. Erst recht ist damit ausgeschlossen, dass in ihrem Gewande politische Unterdrückung oder – nach außen hin – die politische Unterwerfung Anderer verstanden werden kann. Diese Selbstverständlichkeit auszusprechen ist deshalb wichtig, weil die deutsche Geschichte mit den schlimmen Erfahrungen geheimdienstlicher Tätigkeit im NS-Staat und später mit dem Ministerium für Staatssicherheit der DDR die Sensibilität dafür in einer wohl unvergleichlichen Weise geschärft hat, was Dienste dürfen, ja ob es sie überhaupt geben muss. Und diese Selbstverständlichkeit macht auch den entscheidenden Unterschied aus. Aus dieser Erkenntnis könnte aber für die öffentliche Debatte auch die Kraft gezogen werden, eine sehr weitgehende Grundrechts-Eingriffsdogmatik zu überdenken; eine Eingriffsdogmatik, die schon das mit bestimmten Befugnissen verbundene „*Gefühl* des ständigen Überwachtwerdens“ als Freiheitseinschränkung begreift, und der mit guten Gründen, die festen rechtsstaatlichen Verhältnissen gerecht werden, begegnet werden kann, wenn die Zwecke, die Bindungen, die jetzt ausgeprägteren Kontrollmechanismen und der Nutzen nachrichtendienstlicher Tätigkeit im Rechtsstaat auch öffentlich stärker veranschaulicht werden.

III. Politische Gestaltung

Der verfassungsverankerte Auftrag der Sicherheitsgewährleistung ist umzusetzen durch *politische Gestaltung*. Welche Faktoren bestimmen diese?

Politische Gestaltung ist zunächst natürlich von *Zweckmäßigkeitserwägungen* getragen und von dem Ziel, eben diejenige Sicherheit im verfassungsrechtlichen Rahmen zu verbürgen, derer es auch deshalb bedarf, um es den Grundrechtsträgern zu ermöglichen, von ihren Freiheitsrechten unbeschwert ohne rational nachvollziehbare Furcht vor Terror und Kriminalität Gebrauch zu machen. Das erfordert zunächst eine Ausstattung der dazu berufenen Organe mit gut ausgebildetem Personal und effektiver Technik. Diese wie auch die rechtlichen Rahmenbedingungen müssen mit der Entwicklung Schritt halten, kurz gesagt: auf der Höhe der Zeit sein. Das Kommunikationsverhalten der Menschen hat in den letzten Jahren eine rasante Entwicklung genommen. Das Leben findet in großen Teilen eben weltumspannend im Netz statt. Und das gilt auch für terroristische Bestrebungen und organisierte Kriminalität. Die Bürgerinnen und Bürger erwarten, dass der Staat sich darauf einstellt. Nur so kann er sich das Vertrauen der Menschen sichern. Es ist das, was der frühere Präsident des

Bundesverfassungsgerichts Ernst Benda im Jahr 1983 bei seiner Verabschiedung als die „Geborgenheit des Rechtsstaats“ bezeichnet hat, die es zu vermitteln gelte.³

Politische Gestaltung wird darüber hinaus von der *Internationalisierung* der Sicherheitsgewähr bestimmt. Heute ist der Informationsaustausch mit ausländischen Behörden essenziell. Die reisenden Gefährder verdeutlichen dies. Doch hier gilt eine Art „Do ut des-Prinzip“. Wer selbst nichts liefert, kann nicht ohne weiteres erwarten, dass ausländische Behörden ihm zur Seite stehen und mit Hinweisen zu seinem Schutz beitragen.

Politische Gestaltung muss zudem *Rücksicht auf Stimmungen* in der Bevölkerung nehmen. Dabei sind wir uns darüber klar, dass Stimmungen auch quer liegen können zu rationalen, nüchternen Erwägungen. Mediale Trends im „Fast-News-Wettbewerb“ haben die Macht, die Aufmerksamkeit der Menschen zu formen und die dadurch ausgelösten Stimmungen zu beeinflussen, ohne dass es auf eine solide unterlegte Erkenntnisgrundlage und Meinungsvielfalt ankäme. Und politische Gestaltung muss die Kraft haben, Missstände und Defizite aufzuarbeiten. Die Folgen von Untersuchungsausschüssen des Bundestages für das Recht der Dienste legen ein eindrucksvolles Zeugnis von der Selbstkorrekturfähigkeit unseres Rechtsstaats ab.

Politische Gestaltung ist in jedem Falle aber an den verfassungsrechtlichen Rahmen gebunden.

IV. Verfassungsrechtliche Bindungen

1. Kompetenzielle Bestimmungen

Diese verfassungsrechtlichen Bindungen der Gesetzgebung für die Nachrichtendienste sind im Text unserer Verfassung nur gering ausgeprägt. Es finden sich lediglich die gesetzgebungskompetenziellen Bestimmungen zum Verfassungsschutz, zur Verteidigung und zu den auswärtigen Angelegenheiten. Darin enthalten sind namentlich für den Verfassungsschutz begrenzende Kriterien (Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 b, Art. 87 Abs. 1 GG). Die Kompetenzgrundlage des Bundes für den Auslandsnachrichtendienst, den Bundesnachrichtendienst, liegt bei den auswärtigen Angelegenheiten in Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG.

Daraus ergibt sich zunächst, dass der Gesetzgeber weithin frei ist, die Aufgaben und Befugnisse der Nachrichtendienste des Bundes näher auszuformen. Nach der Rechtsprechung des Zweiten Senats im Selektoren-Beschluss entspricht es dem Grundsatz einer organadäquaten Funktionszuweisung, die Festlegung der strategischen Gesamtausrichtung nachrichtendienstlicher Tätigkeit

³ Benda, Ansprache im Bundesverfassungsgericht am 20.12.1983 (unveröffentlichtes Redemanuskript, S. 5, Bibliothek des Bundesverfassungsgerichts).

des BND, einschließlich der Entscheidung zur internationalen Kooperation, der Bundesregierung zu überantworten. Deren Aufgabe ist es danach auch, die Funktionsfähigkeit der Nachrichtendienste sicherzustellen und mit dem sog. Auftragsprofil die regionalen und thematischen Arbeitsschwerpunkte des BND zu bestimmen.⁴ Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts knüpft, bezogen auf den Bundesnachrichtendienst, daran an, dass das Grundgesetz der Bundesregierung im Bereich auswärtiger Politik einen weit bemessenen Spielraum eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung überlässt.⁵ Das sind insoweit, so könnte man meinen, klare Ansagen.

Auch die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers scheint bei dieser verfassungsrechtlichen Ausgangslage zunächst sehr weit zu reichen. Demgemäß hat er den Diensten, auch dem Verfassungsschutz, per Gesetz eine Fülle von Aufgaben überantwortet, die von der Terrorismusaufklärung über die Extremismusbeobachtung, die Spionageabwehr, die Bekämpfung der Proliferation und die Unterstützung der Exportkontrolle sowie die Bekämpfung der Strukturen der organisierten Kriminalität, die Cyberabwehr, die Auslandsaufklärung bis hin zur so genannten „Force Protection“ bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr reichen.⁶

Nebenbei bemerkt: Damit stehen die gesetzgeberisch konkretisierten Aufgaben möglicherweise in einem gewissen Spannungsverhältnis zu der Beschreibung der Aufgaben der Nachrichtendienste, die der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil zum Antiterrordateigesetz aufscheinen lässt, wo er die Aufgabenstellung der Dienste als auf die Berichte gegenüber verantwortlichen Staatsorganen und der Öffentlichkeit beschränkt beschreibt, um diesen eine politische Einschätzung der Sicherheitslage zu ermöglichen; Ziel sei die politische Information, nicht die operative Gefahrenabwehr.⁷ Diese einhegung der Aufgabenbeschreibung, die die derzeitige, freilich *einfachgesetzliche* Lage nicht vollständig erfasst, wird deswegen auch in der Fachwelt nachdrücklich kritisiert, weil sie namentlich für den Verfassungsschutz – so wird geltend gemacht – der kompetenziellen Aufgabenbeschreibung in Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 b GG nicht vollends gerecht werde. Deren Merkmal des „Schutzes“ greife wesentlich weiter und umfasse deshalb auch operative Maßnahmen zur Abwehr konkreter Gefahren sowie zur Verhütung und Verhinderung konkreter Straftaten.⁸

Gesetzgebungskompetenziell, so das Gericht für den BND, genüge es für die Zuordnung zu den auswärtigen Belangen, dass die Aufgabenzuweisung *in einen Regelungs- und Verwendungszusammenhang* eingebettet sei, der auf die

⁴ BVerfGE 143, 101, 139 Rn. 127.

⁵ BVerfGE 143, 101, 140 Rn. 130 mit Hinweis auf *BVerfGE* 104, 151, 207; 131, 152, 195.

⁶ Siehe etwa § 5 Abs. 1 Nr. 1–8 Artikel 10-Gesetz; vgl. *Brunst* u.a., in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), *Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste*, 2017, Fünfter Teil, §§ 1–9.

⁷ BVerfGE 133, 277, 326 Rn. 118.

⁸ Vgl. etwa *Unterreitmeier GSZ* 2018, 1, 3.

Auslandsaufklärung bezogen sei.⁹ Es hat bislang stets offen gelassen, ob sich aus den unterschiedlichen Gesetzgebungskompetenzen für Verfassungsschutz und Auslandsnachrichtendienst einerseits sowie für die Polizei andererseits ein *Trennungsgebot* zwischen Polizei und Nachrichtendiensten entnehmen lässt,¹⁰ jedoch betont, dass der Bundesgesetzgeber *nicht* ermächtigt sei, dem Bundesnachrichtendienst Befugnisse einzuräumen, die auf die Verhütung, Verhinderung oder Verfolgung von Straftaten „als solche“ gerichtet sind. Einschränkend hat es indessen hinzugefügt, dass dies *Parallelen* und *Überschneidungen* in den verschiedenen Beobachtungs- und Informationsbereichen nicht ausschließe, solange sich die durch die Kompetenzverteilung abgegrenzten Aufgaben- und Tätigkeitsfelder der verschiedenen Stellen *nicht vermischen*. Deshalb hat es die Telekommunikationsüberwachung nach dem G 10-Gesetz unter anderem auch für die Felder unerlaubten Außenwirtschaftsverkehrs, der Verbreitung von Kriegswaffen, der unerlaubten Verbringung von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge aus dem Ausland in das Inland sowie im Ausland begangener Geldfälschungen der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die auswärtigen Belange zugeschrieben; dies trotz der Möglichkeit der Übermittlung strafrechtlich relevanter Erkenntnisse an die Strafverfolgungsbehörden, die grundsätzlich in der Länderkompetenz angesiedelt sind. Denn Primärzweck sei die Aufklärung auswärtiger Gefahren. Es gehe um die Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik seien.¹¹

2. Materielle Grundrechte/Eingriffsdogmatik

Neben diesen, aus der grundgesetzlichen Kompetenzordnung folgenden Begrenzungen sind die *zentralen verfassungsrechtlichen Bindungen jedoch in den Grundrechten angelegt*, vornehmlich in der Garantie des Fernmeldegeheimnisses des Art. 10 GG, der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG, dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie dem Grundrecht auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme. Diese Bindungen sind in ihrer *Konkretisierung* in besonderer Weise *durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geprägt*. Sie ranken sich um die verfassungsdogmatisch zentralen Fragen, ob und ab wann ein Eingriff in den Schutzbereich dieser Grundrechte vorliegt, welches Gewicht ihm beigemessen wird, ob die Eingriffsnorm hinreichend bestimmt ist, vor allem, ob der vorgesehene Eingriff verhältnismäßig im engeren Sinne ist. Im Mittelpunkt steht dabei immer wieder die Prüfung der Angemessenheit und Zumutbarkeit grundrechtsbeschränkender Maßnahmen. Diese Prüfungsmaßstäbe sind in den letzten Jahren

⁹ BVerfGE 100, 313, 370.

¹⁰ Vgl. u.a. BVerfGE 100, 313, 369 f.

¹¹ BVerfGE 100, 313, 370 f., 372.

zunehmend von der Datenschutzrechtsprechung her entwickelt worden. Mit der rasanten Entwicklung der Informationstechnologie sind in einer Reihe von Entscheidungen die grundrechtlichen Maßstäbe weiter verfeinert und ausdifferenziert worden. Das geht über die G 10-Entscheidung, den Rasterfahndungsbeschluss, die Entscheidungen zur Wohnraumüberwachung und zur Vorratsdatenspeicherung, zur so genannten Online-Durchsuchung, zum automatisierten Kfz-Kennzeichenabgleich hin bis zur Entscheidung über das Antiterrordateigesetz und das Gesetz über das Bundeskriminalamt.¹²

Dabei spielt die Frage nach der *Eingriffswirkung* elektronischer Aufklärungsmaßnahmen im Rahmen der Telekommunikationsüberwachung durch die Nachrichtendienste, namentlich die Erfassung von Auslandsverkehren, eine besondere Rolle. Ist eine allein technisch bedingte Miterfassung von Verkehren, die unmittelbar nach der Signalaufbereitung technisch spurlos wieder ausgesondert werden, schon als Eingriff zu bewerten? In der G 10-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht dies verneint. Einem Abgleich kommt danach hingegen als Akt der Auswahl für die weitere Auswertung sehr wohl Eingriffscharakter zu, und zwar auch dann, wenn er technisch-maschinell erfolgt.¹³

Im Beschluss zur Rasterfahndung hat das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben, dass auch dann, wenn die Erfassung eines größeren Datenbestandes letztlich nur Mittel zum Zweck für eine weitere Verkleinerung der Treffermenge ist, schon in der erstmaligen Datenerhebung ein Eingriff liegen kann, wenn mit ihr die Basis für einen Abgleich mit Suchkriterien geschaffen wird. Maßgeblich soll sein, ob sich bei einer Gesamtbetrachtung das behördliche Interesse an den betroffenen Daten bereits derart verdichtet, dass eine einen Grundrechtseingriff auslösende Qualität zu bejahen ist. Dies sei bei der polizeilichen Rasterfahndung jedenfalls hinsichtlich solcher Personen der Fall, „deren Daten nach einem ersten Datenabgleich noch Gegenstand weiterer, nachfolgender Maßnahmen, insbesondere weitergehender Datenabgleiche werden sollen“.¹⁴

Auch hier wird also letztlich die Möglichkeit offengehalten, einen Eingriff für solche Betroffene zu verneinen, deren Daten im Rahmen einer technischen Rasterung sofort nach dem allerersten Datenabgleich automatisiert wieder gelöscht werden. Das Kriterium, demzufolge es auf den Grad der Verdichtung des behördlichen Interesses an den Daten ankommt, scheint auch im Urteil zum automatisierten Kfz-Kennzeichenabgleich auf, ebenfalls einer polizeirechtlichen Maßnahme. Hier ist im Jahr 2008 die Eingriffswirkung der Erfassung verneint worden, wenn der Abgleich mit dem Fahndungsbestand automatisiert unver-

¹² BVerfGE 67, 157; 100, 313; 115, 320; 120, 274; 125, 260; 130, 151; 133, 277; siehe auch BVerfGE 107, 299; 109, 279; 110, 33; 112, 304; 113, 348; 120, 378; 141, 220.

¹³ BVerfGE 100, 313, 366.

¹⁴ BVerfGE 115, 320, 343.

zöglich vorgenommen wird, kein Trefferfall vorliegt und die Daten sofort technisch spurlos wieder gelöscht werden und folglich anonym bleiben.¹⁵

Jenseits der Eingriffsproblematik hat die Verfassungsrechtsprechung *aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* im engeren Sinne bei Maßnahmen, die für herausragend eingriffsintensiv zu erachten sind, eine Art „No-go-area“ entwickelt, für das eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Maßnahmen von vornherein nicht in Betracht kommt. Das betrifft die Erhebung von Informationen aus dem *Kernbereich privater Lebensgestaltung*,¹⁶ die Sammlung nicht anonymisierter Daten auf Vorrat zu unbestimmten oder noch nicht bestimmbar Zwecken¹⁷ und die sog. Rundumüberwachung, also die Überwachung ohne rechtliche und tatsächliche Begrenzungen.¹⁸

Im Übrigen und diesseits des Kernbereichs findet in all den Entscheidungen eine *Angemessenheitsabwägung* statt. Dabei hebt das Gericht – etwa im Antiterrordatei-Beschluss – auch hervor, dass – im Blick auf den dortigen Gegenstand – terroristische Straftaten auf die Destabilisierung des Gemeinwesens zielen und hierbei in rücksichtsloser Instrumentalisierung anderer Menschen Angriffe auf Leib und Leben beliebiger Dritter umfassen. Sie richteten sich, so die Begründung, gegen die Grundpfeiler der verfassungsrechtlichen Ordnung und das Gemeinwesen als Ganzes. Danach ist es allerdings auch Gebot unserer verfassungsrechtlichen Ordnung, solche Angriffe nicht als „Krieg“ oder Ausnahmezustand aufzufassen, die von der Beachtung rechtsstaatlicher Anforderungen dispensieren, sondern ihnen mit den Mitteln des Rechtsstaats entgegenzutreten.¹⁹

Auf dieser Grundlage sucht das Gericht einen angemessenen Ausgleich zwischen den gesetzgeberischen Zielsetzungen und den betroffenen grundrechtlichen Freiheitspositionen. Dieser Ausgleich hängt entscheidend mit von der *Eingriffsintensität* der jeweiligen Maßnahme ab. Diese beurteilt es je nach Sachzusammenhang etwa nach der Ausgestaltung der Eingriffsschwelle, danach, ob die Informationserhebungen anlasslos sind oder die Betroffenen sie durch ihr Verhalten mitveranlasst haben; eine Rolle spielen weiter die Zahl der betroffenen Personen, die, wie es heißt, „Streubreite“ der Maßnahme, ihre etwaige Heimlichkeit, die Persönlichkeitsrelevanz der erhobenen Informationen, und schließlich die Dauer und die Kumulation etwaiger Überwachungsmaßnahmen auch durch verschiedene Behörden. Das Eingriffsgewicht relativiert sich hingegen durch verfahrensrechtliche Vorkehrungen mit Kontroll- und Transparenz-

¹⁵ BVerfGE 120, 378; vgl. dazu auch die zusammenfassende Darstellung bei Hecker, in: Dietrich/Eiffler (Fn. 6), Dritter Teil, § 2 Rn. 25 ff.

¹⁶ Vgl. z.B. BVerfGE 120, 274, 335.

¹⁷ Vgl. BVerfGE 100, 313, 360; 115, 320, 350; 125, 260, 316 f.

¹⁸ Vgl. BVerfGE 109, 279, 323; 112, 304, 319; 130, 1, 24; 141, 220, 317 f. Rn. 254.

¹⁹ So BVerfGE 133, 277, 333 f.

Stichwortverzeichnis

- Abhörmaßnahmen 139
Akteure 95, 164, 200
Analyse 27, 151, 172, 175, 190
Anfangsverdacht 61
Aufgabenkonvergenz 1, 16
Aufklärung 8, 27, 29, 47, 71, 150
Aufklärungsmaßnahme 9, 42
Aufklärungsziele 187,
Aufsichtsbehörde 171, 176,
Ausland 8, 13, 15, 180, 190
Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung
33, 35–44, 79
Auslandsaufklärung 15, 25
Auslandsbezug 37, 39
Auswertung 27, 42, 169
- BAMAD 193
Behörden 17, 19–28, 10, 82, 146–160
Benachrichtigungspflichten 11
Bestrebungen 47, 56, 62, 65–71, 149–157
BKAG 195–203
BNDG 25, 34, 39–44, 201–202
Bundesamt für Verfassungsschutz 46, 65,
95, 157
Bundeskanzleramt 170
Bundeskriminalamt 9–12, 157, 189
Bundesnachrichtendienst 6–8, 81, 92–95
Bundesrechnungshof 79
Bundesverfassungsgericht 46–64, 74,
83–85, 151–152, 194
Bundesverfassungsschutzgesetz 33, 46
Bundesverwaltungsgericht 39, 50, 53, 87
- Cyberabwehr 186
Cyberangriffe 29
- Datenaustausch 12–13, 17, 153, 190
Datenbank 185, 191
Datenerhebung 9, 11–13, 53, 139
Datenschutz 157, 190, 191
Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)
24–25, 198, 202
Datenübermittlung 154
Datenverarbeitung 25, 39–43, 199
Dienste 3–18, 19–30, 199–203
- EGMR 44, 140–141
Eingriff 48, 66, 152, 202
Eingriffsbefugnis 27, 34, 202
Eingriffsintensität 10, 40 56–57, 62
EMRK 138
Ermächtigungsgrundlage 46, 63
- Fernmeldeaufklärung 34–44, 79, 96
Fernmeldegeheimnis 8, 35–40, 48
Five Eyes 100–104, 120
Freiheitliche demokratische Grund-
ordnung (fdGO) 66
Frühwarnsystem 186
Funktion 74, 93–94, 149–160
- GCHQ 100–105, 119–122
Gefahrenabwehr 7, 11, 23, 44, 151, 152,
172
Gefahrenvorfeld 34, 44, 46, 63, 64
Geheimhaltungsbelange 85
gerichtliche Kontrolle 75, 86
Gesetzmäßigkeit 83
Gestaltung 7, 10, 15, 26
Gewaltenteilungsgrundsatz 74
Grundrechte 34–37, 46–58, 81, 87, 139, 152
Grundrechtsbindung 3, 15, 33–35, 52
Grundrechtseingriff 9, 22, 45, 50–62, 66
- Herausforderungen 19–22, 27–28, 140,
166–173, 188
- Individualrechtsgut 68–70, 155

- Individualrechtsschutz 38
 Informationsbeschaffung 45–48, 66
 Informationen 10–13, 16–18, 24, 27–29, 39, 43, 47, 51–52, 55–56, 66–71, 74, 79–80, 138–140, 146–164, 169, 173, 181–193, 199–202
 Informationsanbahnung 12
 Informationsquellen 43
 Informationsaustausch 6–18, 184–185
 Instrumentalisierung 10
 Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme 8
 intelligence 99–106
 intelligence community 100, 109, 111, 129–132
 intelligence agencies 100–104, 110
 Islamismus 162, 194, 124–126
- Kernbereich privater Lebensgestaltung 10, 42, 45, 60–67, 162
 Koalitionsvertrag 17, 19, 29, 87
 Kommunikation 5–9, 15–17, 34–57, 66, 146–148, 174, 175, 198
 Kompetenzen 8, 24, 83, 148, 152, 162, 175, 176, 184, 198, 202, 203
 Kontrollbefugnis 29
 Kontrolle („oversight“) 4, 7, 11, 14, 18, 20, 21, 25, 29, 38, 39, 74–89, 91–97, 119–129, 138–140, 147, 162, 179, 187, 195, 196, 197–203
 Kooperation („cooperation“) 7, 17, 19–24, 27, 99–106, 145–177, 182–191, 197–202
- Legitimation 5, 22, 25, 63, 82, 89, 200
- MADG 25
 Massenüberwachung 141
 Maßnahme 7–18, 28, 34, 35, 39–49, 56, 59–62, 66, 81, 85, 95, 96, 139, 140, 150–153, 186, 195, 200, 201
 Menschenrechte 36, 37, 140
 Menschenwürde 37, 49, 57
- nachrichtendienstliche Tätigkeit 23
 Nationalsozialistischer Untergrund 20, 34, 46, 66, 154
 Novellierung 33
 NSA 100–105, 109, 202
- NSA-Skandale 20, 109
- Öffentlichkeit 7, 35, 38, 44, 66, 73, 74, 75, 79–82, 85–89, 92, 150–152, 189, 190, 193–203
 Online-Durchsuchung 9, 50, 53, 54, 62
 organisierte Kriminalität 5, 16, 151, 200
- parlamentarische Kontrolle 21, 73–89, 92, 93, 196, 201
 personenbezogene Daten 60, 191
 PKGr 85 ff., 193–203
 Polizei 8–16, 23–27, 34–51, 56–61, 66, 68, 70, 137, 138, 145–160, 163, 164, 175, 189–191, 195, 197, 200
 Privatsphäre 37, 60, 141
- Quellen 38, 43, 66–68, 156, 186, 194
- Recht auf informationelle Selbstbestimmung 8, 12, 39, 41, 48, 49, 53, 57, 152
 Rechtsextremismusdatei 28
 Rechtsstaatlichkeit 34, 36
 religiösen Extremismus 186
- Schutzpflichten 64
 Sicherheitsbehörden 4, 11, 19, 26, 27, 145–152, 158–163, 184
 SIGINT 100–104
 Souveränität 35, 162
 Spionage („espionage“) 94, 120, 127, 131, 138, 163, 180, 187
 Spionageabwehr 7, 162, 181, 184, 185, 187, 188
 Staatsschutzdelikte 154
 Steuerung 20, 26, 67, 84, 92, 172, 186
 Straftaten 7–12, 46, 47, 53, 59–70, 137–139, 148–155
 streitbare (wehrhafte) Demokratie 65, 193
 tatsächliche Anhaltspunkte 154
- Telekommunikation 8, 9, 34, 37–42, 66, 146–148, 198
 Terrorismus („terrorism“) 5–16, 20–28, 59–60, 94–96, 99–105, 120–127, 129–135, 137–139, 146, 161, 164–171, 180–188, 189–192
 Third-Party-Rule 141

- Trennungsgebot 8, 24, 137, 139, 147, 148
Trennungsprinzip 3, 11, 12, 16, 152
- Übermittlungsbefugnisse 3, 11
Übermittlungsvorschriften 13, 17
Übertragungsweg 38, 40
Überwachung 8–10, 15, 20, 38–42, 49,
56–62, 66, 86, 141, 148, 198, 200
Untersuchungsausschuss 6, 20, 25, 34, 74,
75, 78, 80, 85, 92, 154
Unverletzlichkeit der Wohnung 8
- Verbunddateien 3, 11, 12
verfassungsrechtlich 4–15, 17–25, 35–51,
55, 61–63, 76, 138, 150–153, 202
Verfassungsschutz 19–26, 34, 46, 47, 56,
65–81, 87–92, 95, 145–162, 180, 181, 184,
189, 190, 194–196, 200–203
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 10, 45, 58,
200
Versammlungsfreiheit 48, 55
Vertrauensgremium 76, 80, 87, 92–96, 197
Vertrauensleute 46, 47, 57, 60, 63
Vertraulichkeit 8, 38, 48
Verwaltungsvorschriften 28
Verwendung von Daten 203
völkerrechtlich 25, 35, 163
Vorratsdatenspeicherung 9, 40–44, 191
- Wirtschaftsspionage 163
Wohnraumüberwachung 9, 42, 58, 62
- Zusammenarbeit 13, 17, 46, 47, 53, 66, 95,
137, 148–151, 162–168, 170–176, 179–
192, 197–204
Zweckbindung 11