

zuerst erschienen in: *Kritische Justiz (KJ) 2014, S. 57-71*

Die Aufgabe des Verfassungsschutzes

Zur funktionalen Trennung von Polizei und Nachrichtendiensten

von Prof. Dr. Ralf Poscher und Dr. Benjamin Rusteberg

I. Problemaufriss

1. Die Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden

Die Frage, welche Aufgabe dem Verfassungsschutz zukommt, wird nur selten explizit thematisiert. Dies mag daran liegen, dass die Frage durch einen Blick in das „Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz (Bundesverfassungsschutzgesetz – BVerfSchG)“ leicht zu beantworten scheint. Denn das Gesetz ist in seiner Systematik den Polizei- und Ordnungsgesetzen nachgebildet und unterscheidet dementsprechend zwischen den Aufgaben und den Befugnissen, die den Verfassungsschutzbehörden bzw. dem Bundesamt für Verfassungsschutz zukommen.

So enthält § 3 Abs. 1 BVerfSchG ausweislich seines Wortlauts und der amtlichen Überschrift eine explizite Aufgabenbestimmung. Aufgabe der Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder ist hiernach die Sammlung und Auswertung von Informationen, insbesondere von sach- und personenbezogenen Auskünften, Nachrichten und Unterlagen, über die in den nachfolgenden Nummern eins bis vier genannten Bestrebungen. Etwas vereinfacht geht es dabei um die Beobachtung des politischen Extremismus und Terrorismus (Nr. 1), die Spionageabwehr (Nr. 2), die Aufklärung des sogenannten Ausländerextremismus (Nr. 3) sowie die Sicherung des Friedens unter den Völkern und Staaten (Nr. 4), soweit dieser nicht bereits durch die anderen Nummern erfasst ist.¹

Bei diesem Befund kann die Frage nach der Aufgabe des Verfassungsschutzes allerdings nicht stehen bleiben. Denn als Selbstzweck wäre die staatliche Sammlung und Auswertung von Informationen, jedenfalls soweit diese personenbezogen sind, nicht verfassungsgemäß. Die Sammlung von Daten zu nicht bestimmbareren Zwecken ist mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht zu vereinbaren, da erst eine Zweckbestimmung es

¹ Zöller, Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten, 2002, S. 288. Hinzu tritt gem. § 3 Abs. 2 BVerfSchG die Mitwirkung an der Sicherheitsüberprüfung.

ermöglicht zu überprüfen, inwieweit die Erhebung und Speicherung der jeweiligen Daten als geeignet bzw. erforderlich und angemessen bewertet werden kann.²

Aufschluss über einen weiterführenden Zweck der Sammlung und Auswertung der genannten Informationen gibt insoweit § 1 Abs. 1 BVerfSchG, der unter der amtlichen Überschrift „Zusammenarbeitspflicht“ die Aufgabenbestimmung des § 3 BVerfSchG dahingehend ergänzt, dass der Verfassungsschutz „dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, des Bestandes und der Sicherheit des Bundes und der Länder“ dient.³

Noch unbeantwortet bleibt damit allerdings die Frage, inwieweit das Sammeln und das Auswerten von Informationen als solche bereits geeignet sein können, dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, des Bestandes und der Sicherheit des Bundes und der Länder zu dienen. Denn der bloße Umstand, dass eine staatliche Behörde von Bestrebungen im Sinne des § 3 Abs. 1 Nrn. 1 bis 4 BVerfSchG Kenntnis erlangt, führt noch nicht zur Abwehr dieser Bestrebungen. Hierfür bedarf es jedenfalls einer – wie auch immer gearteten – weitergehenden Verwendung der gesammelten Informationen. Wissen allein reicht nicht aus.⁴ Um die Aufgabe des Verfassungsschutzes zu bestimmen, bedarf es also zunächst einer Antwort auf die Frage, welcher Verwendung der Verfassungsschutz die von ihm gesammelten Informationen nach ihrer Auswertung zuzuführen hat.

Diesbezüglich endet die Auskunftsfreudigkeit des Bundesverfassungsschutzgesetzes jedoch zunächst. In seinem ersten Abschnitt, der die Aufgaben des Verfassungsschutzes regelt, enthält es keine explizite Regelungen darüber, wie die gesammelten und erzeugten Daten dazu beitragen sollen, den anvisierten Zweck des Schutzes der freiheitlich demokratischen Grundordnung zu erreichen.

2. Das Trennungsgebot im Bundesverfassungsschutzgesetz

Im zweiten Abschnitt des Bundesverfassungsschutzgesetzes findet sich zunächst immerhin eine Bestimmung, die regelt, wie das Bundesamt die gesammelten Daten jedenfalls nicht zu verwenden hat: Als Ausdruck eines kompetenziellen Trennungsgebots schließt § 8 Abs. 3 BVerfSchG polizeiliche Befugnisse des Bundesamtes für Verfassungsschutz ausdrücklich aus. Auch Weisungsbefugnisse stehen ihm danach nicht zu; das Bundesamt darf die Polizei

² BVerfGE 65, 1 (45 f.).

³ Unklar bleibt, inwieweit die in § 3 Abs. 1 Nrn. 2 bis 4 BVerfSchG genannten Bestrebungen, die in § 1 Abs. 1 BVerfSchG keinen entsprechenden Gegenpart finden, somit als Unterfall der Nummer 1 gelesen werden müssen. Vgl. demgegenüber etwa den expliziten Einbezug des Schutzauftrags in die Aufgabenbestimmung in § 3 Abs. 1 VSG BW sowie die detaillierte Regelung des § 1 VSG NDS.

⁴ Eindrücklich Gärditz, Strafprozeß und Prävention, 2003, S. 417: „[...] Informationen [werden] in der Regel nicht erhoben, um danach vernichtet zu werden.“

auch nicht im Wege der Amtshilfe um Maßnahmen ersuchen, zu denen es selbst nicht befugt ist. Dem Bundesamt für Verfassungsschutz ist damit der Erlass von Gebots-, Verbots- oder Duldungsverfügungen grundsätzlich ebenso untersagt, wie die Anwendung unmittelbaren Zwangs.⁵ Unabhängig davon, was hieraus für die Zulässigkeit einzelner Maßnahmen zur Informationserhebung folgt,⁶ ist somit ausgeschlossen, dass der Verfassungsschutz die von ihm gesammelten Informationen selbstständig für Zwangsmaßnahmen der Gefahrenabwehr einsetzt.

Diese kompetenzielle Trennung zwischen Verfassungsschutz und Polizei wird durch die in § 2 Abs. 1 S. 3 BVerfSchG festgeschriebene organisatorische Trennung ergänzt. Danach darf das Bundesamt für Verfassungsschutz einer polizeilichen Dienststelle nicht angegliedert werden. In der Konsequenz ist das Bundesamt für Verfassungsschutz als eigenständige Bundesoberbehörde ausgestaltet, die dem Bundesministerium des Innern untersteht.⁷

Da das Bundesamt seine Informationen also selbst nicht zu operativen Maßnahmen verwenden darf, ist es, um den in § 1 Abs. 1 BVerfSchG verankerten Zweck zu erreichen, darauf angewiesen, die Informationen dorthin weiterzuleiten, wo sie zum Schutz der Verfassung nicht nur gesammelt, sondern auch eingesetzt werden können.⁸

II. Die Aufgabe des Verfassungsschutzes

1. Verfassungsschutz als Informationsvorsorge zur Gefahrenabwehr und Strafverfolgung

Ein scheinbar naheliegender Schluss aus der kompetenziellen und organisatorischen Trennung zwischen Verfassungsschutz und Polizei ist die Annahme, dass der Verfassungsschutz seine Aufgabe gerade dadurch erfüllt, dass er seine Informationen *an die Polizei* weitergibt, damit diese die Informationen zur Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung verwenden kann: „Gleich einem Frühwarnsystem sammelt [der Verfassungsschutz] gem. § 3 BVerfSchG Informationen über nur potentielle, weniger aber über konkrete Gefahrenlagen; bei hinreichender

⁵ Droste, Handbuch des Verfassungsschutzrechts, 2007, S. 294.

⁶ So sehen §§ 8a, 8b Abs. 6 BVerfSchG nunmehr ausdrücklich die Möglichkeit vor, bestimmte Private zur Erteilung von Auskünften gegenüber dem Bundesamt für Verfassungsschutz zu verpflichten. Überdies sind für verschiedene Überwachungsmaßnahmen, etwa für die akustische Wohnraumüberwachung gem. § 9 Abs. 2 BVerfSchG, Realakte notwendig, z.B. das Anbringen der Abhörvorrichtungen in der Wohnung, die sich durchaus als unmittelbarer Zwang im Sinne einer unmittelbaren körperlichen Einwirkung auf Sachen, vgl. § 2 Abs. 2 UZwG, verstehen lassen.

⁷ Zur Organisation der Verfassungsschutzämter auf der Landesebene, Gusy, Das gesetzliche Trennungsgebot zwischen Polizei und Verfassungsschutz, Die Verwaltung 24 (1991), S. 467 (468); Tetzlaff, Die Geburt des Verfassungsschutzes aus dem Geist der Demokratie?, KritV, S. 145 (171 ff.).

⁸ Gusy, Die Verwendung rechtmäßig erlangter Informationen durch die Nachrichtendienste, NVwZ 1983, S. 322 (325); Graulich, Justizgewährung und Geheimdienste, ders./Simon (Hrsg.), Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit, 2007, S. 143 (153).

Verdichtung meldet er seine Erkenntnisse an die zuständigen Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden, i. d. R. also an die Polizei oder die Staatsanwaltschaft. [...] Vom Zeitablauf her gesehen lassen sich die Aufgabenbereiche daher – jedenfalls in der Theorie – einfach abgrenzen: Der nachrichtendienstliche Verfassungsschutz klärt Gefahrenlagen auf und meldet sie an die Polizei, die sie dann abwehrt bzw. beseitigt, sobald sie ihr konkretes Verdichtungsstadium erreicht haben.“⁹

Eine solche Sichtweise hätte zunächst zur Konsequenz, dass zwischen Polizei und Verfassungsschutz zwar eine kompetenzielle und organisatorische Trennung, nicht aber eine funktionale Trennung, im Sinne unterschiedlicher Aufgabenzuweisungen, bestünde: Sofern der Verfassungsschutz seine nachrichtendienstlichen Befugnisse ausschließlich dafür einsetzt, der Polizei den Einsatz ihrer polizeilichen Befugnisse zu ermöglichen, verfolgen die Befugnisnormen notwendig einen gemeinsamen Zweck in Gestalt der polizeilichen Gefahrenabwehr bzw. Strafverfolgung. Funktional hätten Verfassungsschutz und die Polizei- und Strafverfolgungsbehörden dann identische Aufgaben.

Eine solche bloß organisatorische Trennung verfehlte ihren Zweck gleich aus zwei Gründen. Zum einen verfehlte sie den Schutzzweck der im Bundesverfassungsschutzgesetz vorgesehenen Trennung, zum anderen reicht sie nicht aus, um die Existenz eines eigenständigen Verfassungsschutzes zu rechtfertigen.

In historischer Perspektive soll das organisatorische Trennungsgebots gerade die Entstehung von übermächtigen Sicherheitsbehörden nach Art des Reichssicherheitshauptamtes bzw. der „Gestapo“ verhindern.¹⁰ Soweit dies auch den Schutz der Bürger vor einer Behörde bezweckt, die „alles weiß und alles kann“,¹¹ kann dieser Zweck durch die bloße Trennung in eine Informations- und eine Vollstreckungsbehörde aber nicht erreicht werden. Denn ohne eine funktionale Eigenständigkeit käme dem Verfassungsschutz zwar eine Art Sachwalterschaft über die von ihm gesammelten Informationen zu. Die Polizeibehörden wären nach wie vor auf die Weitergabe von Informationen durch den Verfassungsschutz angewiesen (vgl. §§ 19 ff. BVerfSchG) und könnten ihm auch keine Weisungen erteilen, bestimmte Informationen zu ermitteln (vgl. § 17 Abs. 1 BVerfSchG). Zugleich wäre aber die Sinnhaftigkeit einer derartigen Sachwalterschaft in Frage gestellt: Sammelte der Verfassungsschutz seine Informationen hinsichtlich der in § 3 Abs. 1 BVerfSchG genannten Bestrebungen lediglich zu

⁹ So etwa Gröpl, Die Nachrichtendienste im Regelwerk der deutschen Sicherheitsverwaltung, 1993, S. 306 f.

¹⁰ Gröpl (Fn. 9), S. 302; Zöller (Fn. 1), S. 312; jeweils m.w.N.

¹¹ Damit dient das Trennungsgebots auch einer vertikalen Gewaltengliederung, in diese Richtung Roewer, Trennung von Polizei und Verfassungsschutzbehörden, DVBl. 1986, S. 205 (207), die in der Demokratie aber letztlich auch wieder auf den Schutz des Einzelnen und besonders auch seiner politischen Rechte zielt.

dem Zweck, sie später der Polizei zur Verfügung zu stellen, wäre eine nennenswerte Schutzwirkung zugunsten der Bürger in Bezug auf die spätere Verwendung der Informationen zu eingriffsintensiven Maßnahmen gerade auszuschließen. Eine durch die Trennung bewirkte Schutzwirkung ließe sich allenfalls in Hinblick auf die erheblichen Spielräume konstruieren, die dem Verfassungsschutz gem. § 23 BVerfSchG jedenfalls faktisch hinsichtlich der Entscheidung über eine Übermittlung der Daten an die Polizei zukommen. Dies würde freilich voraussetzen, dass der Verfassungsschutz dabei die Rolle des Sachwalters gerade zugunsten derjenigen Personen einnimmt, über die er zuvor Informationen erhoben hat. Trotz der Regelung des § 23 Nr. 1 BVerfSchG erscheint eine solche Konstruktion – zumal sie letztlich als Begründung dafür dienen würde, dass überhaupt ein Inlandsnachrichtendienst eingerichtet wird – allerdings eher fernliegend.

Darüber hinaus erschiene es auch problematisch, dass Informationen zwar erhoben, aber von einer Verwendung gemäß dem Zweck der Erhebung ausgeschlossen würden. Eine Lockerung der Zweckbindung, bei der die Behörde nach der Erhebung der Informationen noch einmal eigenständig darüber zu entscheiden hat, ob sie die gesammelten Informationen ihrem gesetzlichen Verwendungszweck zuführt, könnte in Bezug auf die Erhebung der Informationen zu einer Ausweitung von Grundrechtseingriffen führen. Sie würde dazu verleiten, zunächst möglichst viele Informationen zu erheben und erst anschließend in Hinblick auf den Verwendungszweck zu selektieren.

Verfehlt die bloß organisatorische Trennung ihren Schutzzweck mit Blick auf den Grundrechtsschutz, so stellt sie mit Blick auf den Verfassungsschutz dessen Existenzberechtigung in Frage. Es würde fraglich werden, warum es neben den Polizei- und Strafverfolgungsbehörden überhaupt eines Verfassungsschutzes bedarf. Angesichts der vielfältigen neuen Vorfeldbefugnisse der Polizei könnte die Notwendigkeit des Verfassungsschutzes – wenn er dieselben Aufgaben wie diese hätte – kaum mit der Informationsvorsorge für die Gefahrenabwehr begründet werden. Ob ein signifikanter Unterschied hinsichtlich der Informationsvorsorge zur Gefahrenabwehr zwischen der Polizei und dem Verfassungsschutz jemals bestanden hat, oder ob die Polizei nicht seit jeher auch Informationsvorsorge zur Gefahrenabwehr betrieben hat, die vor der Entwicklung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung lediglich ohne gesonderte Befugnisnormen auskam, kann dabei dahingestellt bleiben. Aus heutiger Sicht ist eine Unterscheidung von Polizei und Verfassungsschutz anhand ihrer Vorfeldbefugnisse jedenfalls kaum mehr möglich, wenn sie jeweils nur auf die Gefahrenabwehr und vorbeugenden Verbrechensbekämpfung bezogen

wäre. Die Polizei hat erhebliche Erweiterungen ihrer Befugnisse erfahren. Zudem hat sie zusätzlich zu Gefahrenabwehr und Strafverfolgung eigenständige Zuständigkeiten im Bereich der Gefahrenvorsorge¹² sowie der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge¹³ erhalten. Nach und nach wurde der Polizei so der Vorfeldbereich auch durch neue Zuständigkeiten und Befugnisse erschlossen. Bei Aufgabenidentität ließen sich die Unterschiede zwischen Polizei und Verfassungsschutz nun auf die einfache Formel bringen, dass der Verfassungsschutz nicht über andere, sondern über weniger Befugnisse als die Polizei verfügt.¹⁴ Für eine Informationserhebung im Vorfeldbereich der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung ist die Polizei nicht auf die Verfassungsschutzbehörden angewiesen. Warum es mit Polizei und Verfassungsschutz der Einrichtung zweier getrennter Behörden bedarf, lässt sich auf diesem Wege nicht erklären. Die Existenz eines Inlandsnachrichtendienstes, dessen Aufgabe sich in der Informationsbeschaffung für die Polizeibehörden erschöpft, wäre redundant.¹⁵

Die im Bundesverfassungsschutzgesetz vorgesehene Trennung der Geheimdienste von den Polizei- und Strafverfolgungsbehörden ergibt nur einen Sinn, wenn sie auch als funktionale verstanden wird.¹⁶ Nur durch eine funktionale Trennung ergibt sich ein Eigenstand und Profil des Verfassungsschutzes, der seine organisatorische Trennung und damit auch seine Existenz rechtfertigt.

2. Verfassungsschutz als allgemeine Informationsvorsorge

Eine funktionale Eigenständigkeit des Verfassungsschutzes kann nicht darin liegen, dass seine Aufgabe in einer allgemeinen Informationsvorsorge gesehen wird. Im Rahmen einer solchen allgemeinen Informationsvorsorge würde er nicht ausschließlich der Polizei, sondern allen (staatlichen) Stellen, die zum Zeitpunkt der Informationserhebung noch unbenannt sein

¹² Dazu Appel, Polizei- und Umweltrecht als Referenzgebiete staatlichen Aufgabenwandels, Hoffmann-Riem (Hrsg.), Offene Rechtswissenschaft, 2010, S. 1165 (1176 ff.); Schoch, Abschied vom Polizeirecht des liberalen Rechtsstaats?, Der Staat 43 (2004), S. 347 ff.

¹³ Albers, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001; zu den Befugnissen Kral, Die polizeilichen Vorfeldbefugnisse als Herausforderung für Dogmatik und Gesetzgebung des Polizeirechts, 2012.

¹⁴ Sinngemäß Gusy, Das gesetzliche Trennungsgebot zwischen Polizei und Verfassungsschutz, Die Verwaltung 24 (1991), S. 467 (479).

¹⁵ Vgl. Gusy, Das gesetzliche Trennungsgebot zwischen Polizei und Verfassungsschutz, Die Verwaltung 24 (1991), S. 467 (471): „Wenn zwei Behörden dasselbe tun, so ist es nicht sinnvoll, daß sie getrennt sind. ... Ein Trennungsgebot zwischen Polizei und Verfassungsschutz hat lediglich dann einen Sinn, wenn beide Behörden entweder über unterschiedliche Aufgaben oder über unterschiedliche Mittel zu deren Erfüllung verfügen.“; i. E. ähnlich Tetzlaff, Die Geburt des Verfassungsschutzes aus dem Geist der Demokratie?, KritV, S. 145 (179); Lange, Innere Sicherheit im Politischen System der Bundesrepublik Deutschland, 1999, S. 379.

¹⁶ Auf die Notwendigkeit unterschiedlicher Aufgaben stellt auch BVerfGE 97, 198 (217) ab.

können, Informationshilfe leisten, soweit dies dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung dient.¹⁷

Zum einen änderte eine bloße Erweiterung der potentiellen Informationsempfänger nichts daran, dass es für den Bereich des Informationsaustauschs mit der Polizei – der zudem den tatsächlich bedeutendsten darstellen dürfte¹⁸ – an einer funktionalen Trennung zwischen Polizei und Verfassungsschutz mangeln würde. Zum anderen kollidierte ein Aufgabenverständnis, nach dem Aufgabe des Verfassungsschutzes in einer allgemeinen Informationsvorsorge läge, mit dem Verbot einer Sammlung von personenbezogenen Daten auf Vorrat zu unbestimmten oder noch nicht bestimmbareren Zwecken.¹⁹ Das bloße Abstellen auf den Zweck des Schutzes der freiheitlich demokratischen Grundordnung erscheint in dieser Hinsicht nicht als ausreichend. Ansonsten ließe sich das Verbot durch die Angabe möglichst weitgehender Zwecke beliebig umgehen.²⁰ Erforderlich ist vielmehr, dass bei Erhebung und Speicherung der Daten wenigstens abstrakt erkennbar ist, wie diese zur Erreichung des angestrebten Zwecks verwendet werden sollen. Dieser notwendige Zwischenschritt würde bei einer allgemeinen Informationsvorsorge, aber gerade nicht vollzogen, sondern bewusst offen gelassen.

Auch die teilweise Relativierung, die das Verbot einer Sammlung von personenbezogenen Daten auf Vorrat zu unbestimmten oder noch nicht bestimmbareren Zwecken in der Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung erfahren hat,²¹ vermag nichts an diesem Befund zu ändern. So wurden entsprechende Ausnahmen zum einen nur zugelassen, weil die Speicherung der Daten nicht direkt durch den Staat, sondern durch eine Verpflichtung der dezentralen privaten Diensteanbieter verwirklicht wurde.²² Zum anderen wurde die Nutzung der so gespeicherten Daten zu präventiven Zwecken insgesamt nur unter der Bedingung des Vorliegens einer konkreten Gefahr für besonders hochwertige Schutzgüter zugelassen.²³ Eine entsprechende Nutzungseinschränkung würde aber gerade die funktionale Trennung des Verfassungsschutzes von den Gefahrenabwehrbehörden wieder aufheben.

¹⁷ Vgl. demgegenüber die generelle Charakterisierung der Verfassungsschutzbehörden als „Amtshilfebehörde“ bei Roewer, Datenverarbeitung und Informationsübermittlung durch die Verfassungsschutzbehörden, NJW 1985, S. 773 (777): „[Verfassungsschutzbehörden] sind [...] wegen ihres Sammel- und Auswertungsauftrages geradezu klassische Amtshilfebehörden, deren Aufgabe es ist, ihre Erkenntnisse an die jeweils zuständige, mit dem Schutz der Verfassung praktisch befaßte Behörde weiterzugeben.“ Übereinstimmend Droste (Fn. 5), S. 475. So wohl auch das Verständnis hinter § 3 Abs. 2 VSG NDS.

¹⁸ Vgl. Droste (Fn. 5), S. 519.

¹⁹ Vgl. BVerfGE 65, 1 (46 f.).

²⁰ Vgl. Luhmann, Zweckbegriff und Systemrationalität, 1968, S. 124: „‘Gemeinwohl’ ist kein denkbarer Zweck.“

²¹ BVerfGE 125, 260 (320 f.).

²² BVerfGE 125, 260 (321).

²³ BVerfGE 125, 260 (330).

3. Verfassungsschutz als politische Information der Bundesregierung

Im Ergebnis der vorangehenden Abschnitte muss es im Sinne einer funktionalen Trennung von Polizei und Verfassungsschutz darum gehen, dem Verfassungsschutz eine eigenständige Aufgabe zuzuweisen, die ihrem Charakter nach nicht ebenso gut durch die Polizei wahrgenommen werden kann.

Die Zuweisung einer eigenständigen Aufgabe an den Verfassungsschutz, die dieser unabhängig von der Polizei zu erfüllen hat, erscheint auch aus verfassungsrechtlicher Sicht folgerichtig. Es geht um eine gehaltvolle Interpretation des Begriffs der Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 lit. b); Art. 87 Abs. 1 GG, die ihrerseits gerade von einem eigenständigen, von der Aufgabenbeschreibung der Polizei losgelösten Begriff des Verfassungsschutzes ausgehen. Dementsprechend kann sich die Tätigkeit der Verfassungsschutzbehörden nur soweit auf das Grundgesetz stützen, wie sie dem materiellen Verfassungsschutzbegriff entspricht.

Im Sinne einer funktionalen Trennung zur Polizei ist es nicht Aufgabe des Verfassungsschutzes, die von ihm erhobenen Informationen in Gefahrenabwehr- oder gar Strafverfolgungsmaßnahmen umzusetzen. Seine Erhebungen zielen vielmehr auf die Information der politischen Führung anhand von Lagebildern oder -einschätzungen.²⁴ Die Bundesregierung wird so dazu befähigt, rechtliche wie politische Maßnahmen zur Abwehr der beobachteten Bestrebungen zu ergreifen.

Ein wichtiges Instrument ist dabei der gem. § 16 Abs. 2 BVerfSchG mindestens einmal jährlich zu erstattende, sogenannte Verfassungsschutzbericht des Bundesministeriums des Innern, der die Öffentlichkeit über Bestrebungen und Tätigkeiten nach § 3 Abs. 1 BVerfSchG unterrichtet.²⁵

Mögliche Maßnahmen der Bundesregierung beinhalten insbesondere auch die Maßnahmen der wehrhaften Demokratie, wie sie im Grundgesetz explizit Ausdruck gefunden haben: Davon umfasst sind die – in der Praxis freilich niemals relevant gewordene – Grundrechtsverwirkung gem. Art. 18 GG sowie das Parteiverbotsverfahren nach Art. 21 Abs. 2 GG, für die jeweils die Bundesregierung berechnete Antragsstellerin ist (§§ 36, 43 Abs. 1 BVerfGG). In Konkretisierung des Art. 9 Abs. 2 GG hat der Bundesinnenminister

²⁴ Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl. 2012, § 2 Rn. 18. In diese Richtung auch Kornblum, Rechtsschutz gegen geheimdienstliche Aktivitäten, 2011, S. 52; vgl. auch schon Denninger, Verfassungsschutz, Polizei und die Bekämpfung der Organisierten Kriminalität, KritV 1994, S. 232 (236); offenlassend Gärditz (Fn. 4), S. 417.

²⁵ Zu den Maßstäben der Verfassungsschutzberichte vgl. BVerfG NJW 2005, 2912 und Murswiek, Neue Maßstäbe für den Verfassungsschutzbericht, NVwZ 2006, S. 121 ff.

gem. § 3 Abs. 2 Nr. 2 VereinsG ferner die Befugnis, Vereine zu verbieten, die sich u.a. gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richten.²⁶

Über diese rechtlichen Verfahren hinaus ist an die zahlreichen, im eigentlichen Sinne politischen, Optionen zu denken, die dem Bundesinnenminister bzw. der Bundesregierung zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zur Verfügung stehen: Etwa an das Anstoßen von öffentlichen Debatten, an Gesetzesinitiativen, an die Bereitstellung von Geldern, z.B. hinsichtlich einer besseren finanziellen Ausstattung der Sicherheitsbehörden oder für Projekte im Bereich der Prävention und der politischen Bildung, etc. Im Extremfall ließe sich gar an eine Warnung vor einem drohenden Staatsstreich denken, dessen Verwirklichung so weit fortgeschritten ist, dass er eine unmittelbare Reaktion der Bundesregierung erfordert.

Diese Aufgabenbestimmung findet im Bundesverfassungsschutzgesetz deutlichen Niederschlag. So besteht gem. § 16 Abs. 1 BVerfSchG eine ausdrückliche Pflicht des Bundesamts für Verfassungsschutz das Bundesministerium des Innern über seine Tätigkeit zu unterrichten.²⁷ Ausweislich § 16 Abs. 2 BVerfSchG dient diese Unterrichtung zwar auch, aber nicht nur der Erstellung des Verfassungsschutzberichts. § 16 BVerfSchG, der die Informationspflicht normiert, ist dabei systematisch gerade nicht innerhalb des dritten Abschnitts des Bundesverfassungsschutzgesetzes angesiedelt, welcher laut amtlicher Überschrift die Übermittlungsvorschriften regelt, sondern innerhalb des zweiten Abschnitts, der die Überschrift „Bundesamt für Verfassungsschutz“ trägt. Das Bundesverfassungsschutzgesetz geht also davon aus, dass es sich bei der Information der Bundesregierung nicht um eine Datenübermittlung im Sinne des allgemeinen Datenschutzrechts handelt. Somit liegt in der Information der Bundesregierung auch keine Änderung des Verwendungszwecks der gesammelten Daten.²⁸ Die Information der Bundesregierung ist vielmehr die eigentliche Bestimmung des Verfassungsschutzes.

Für ein Verständnis, wonach die Aufgabe des Bundesamts für Verfassungsschutz in der politischen Information der Bundesregierung liegt, spricht auch, dass die Informationen, die der Verfassungsschutz gem. § 1 Abs. 1, § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 BVerfSchG zu sammeln und auszuwerten hat, ihrerseits gerade *politisch bestimmte*, ziel- und zweckgerichtete

²⁶ Kutscha, Die Antinomie des Verfassungsschutzes, NVwZ 2013, S. 324 (325 f.); Droste (Fn. 5), S. 453.

²⁷ Vgl. demgegenüber § 1 S. 3, § 3 Abs. 3, 4 VSG NRW sowie § 1 S. 1 Nr. 2, § 3 Abs. 2 VSG NDS, das allerdings daneben gleichberechtigt den Informationsaustausch mit anderen Stellen als Aufgabe nennt.

²⁸ Vgl. Zöllner, Datenübermittlung zwischen Polizei, Strafverfolgungsbehörden und Nachrichtendiensten, Roggan/Kutscha (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2. Aufl. 2006, S. 447 (449).

Verhaltensweisen betreffen.²⁹ Darin eingeschlossen sind gerade auch solche Verhaltensweisen, die nicht einmal mittelbar auf rechtswidrige Handlungen ausgerichtet sind, sondern die Beseitigung der freiheitlich demokratischen Grundordnung auf legalem Wege bezwecken. Da sie weder Straftaten noch Verstöße gegen die öffentliche Sicherheit darstellen, werden solche Verhaltensweise nicht zum Gegenstand polizeilichen Handelns, sondern sind vielmehr auf politische Bekämpfung angewiesen.

Dementsprechend sieht auch das Bundesverfassungsgericht die Zielrichtung der Aufklärung durch die Nachrichtendienste als begrenzt an: „Unbeschadet näherer Differenzierungen zwischen den verschiedenen Diensten beschränkt sie sich im Wesentlichen darauf, fundamentale Gefährdungen, die das Gemeinwesen als Ganzes destabilisieren können, zu beobachten und hierüber zu berichten, um eine politische Einschätzung der Sicherheitslage zu ermöglichen. Ziel ist nicht die operative Gefahrenabwehr, sondern die politische Information. So ist Aufgabe der Tätigkeit des Bundesnachrichtendienstes nicht die Bekämpfung von Straftaten als solchen, sondern übergreifend die Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind. In Form von Lageberichten, Analysen und Berichten über Einzelerkenntnisse soll die Bundesregierung in den Stand gesetzt werden, Gefahrenlagen rechtzeitig zu erkennen und ihnen – politisch – zu begegnen [...]. Entsprechend zielt auch die Aufklärung der Verfassungsschutzbehörden nicht unmittelbar auf die Verhütung und Verhinderung von konkreten Straftaten oder die Vorbereitung entsprechender operativer Maßnahmen. Auch hier beschränkt sich die Aufgabe der Dienste auf eine Berichtspflicht gegenüber den politisch verantwortlichen Staatsorganen beziehungsweise der Öffentlichkeit.“³⁰

Die Tatsache, dass die Aufgabe des Verfassungsschutzes in der politischen Information der Bundesregierung liegt, war zwar im Grundsatz stets anerkannt. Dennoch wurde und wird vom Verfassungsschutz offenbar zugleich eine Mitwirkung bei der Verhütung und Verfolgung von Straftaten erwartet. Seinen Ausdruck fand dies etwa in der in den 90er Jahren geführten

²⁹ Gleich, ob man die weiteren Tätigkeitsfelder gem. § 3 Abs. 1 Nrn. 2 bis 4 BVerfSchG, welche in § 1 Abs. 1 BVerfSchG keine unmittelbare Erwähnung finden, als Unterfälle des Schutzes der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, des Bestandes und der Sicherheit des Bundes und der Länder liest oder sie als Ergänzungen dieses Zwecks auffasst (siehe Fn. 3), bilden politische Verhaltensweisen damit jedenfalls den Schwerpunkt der Tätigkeit des Verfassungsschutzes.

³⁰ BVerfG NJW 2013, 1499 (1504); vgl. bereits BVerfGE 100, 313 (390).

Debatte um die Erweiterung der Aufgaben des Verfassungsschutzes, die unter dem Stichwort der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität geführt wurde.³¹

Eine solche Aufgabenzuweisung würde eine Erweiterung der Aufgaben des Verfassungsschutzes gegenüber dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und damit gegenüber dem verfassungsrechtlichen Verfassungsschutzbegriff darstellen. Insoweit haben gerade die Versuche, eine Zuständigkeit des Bundesamts bereits de lege lata aus dem Bundesverfassungsschutzgesetz zu begründen, zu einer weiteren Verunklarung der Aufgabenbeschreibung beigetragen.³² Ein Schutz gegenüber der organisierten Kriminalität von Seiten des Verfassungsschutzes könnte zudem allenfalls insoweit gewährleistet werden, als er in der Information der Bundesregierung besteht.

Das Bindeglied zwischen der Informationserhebung und -verarbeitung durch den Verfassungsschutz und dem Ziel des Schutzes der freiheitlichen demokratischen Grundordnung stellt also die politische Information der Bundesregierung dar. Hierin liegt die Aufgabe des Verfassungsschutzes. Sie begründet seinen funktionalen Eigenstand und rechtfertigt seine organisatorische Trennung und damit seine Existenz.

III. Folgen aus der Aufgabenbestimmung für die Befugnisse des Verfassungsschutzes

Die eigenständige Informationsaufgabe des Verfassungsschutzes erhellt nicht nur seine einfachgesetzliche Ausgestaltung und den verfassungsrechtliche Begriff, sondern hat auch konkrete Auswirkungen auf die Befugnisse des Verfassungsschutzes zur Erhebung und Verarbeitung der Informationen.

1. Verfassungsrechtliche Bedeutung der funktionalen Trennung von Verfassungsschutz und Polizei

Der funktionale Eigenstand des Verfassungsschutzes wirkt sich unmittelbar auf die grundrechtliche Beurteilung seiner Befugnisse aus. Denn die nachrichtendienstlichen Befugnisse zur Informationserhebung sind nach der neueren Rechtsprechung gerade deshalb als verfassungsgemäß anzusehen, weil sie lediglich der politischen Vorfeldaufklärung und nicht der Vorbereitung der Abwehr konkreter Gefahren oder der Strafverfolgung dienen: Diesem vorfeldbezogenen Aufgabenspektrum entsprechen gerade jene weitreichenden

³¹ Dazu Denninger, Verfassungsschutz, Polizei und die Bekämpfung der Organisierten Kriminalität, KritV 1994, S. 232 ff.; Gusy, Polizei und Nachrichtendienste im Kampf gegen die Organisierte Kriminalität, KritV 1994, S. 242 ff. Tatsächlich hat dies in einigen Ländern dazu geführt, dass der Schutz vor der sogenannten Organisierten Kriminalität in das Verfassungsschutzgesetz aufgenommen wurde, Art. 1 Abs. 1, 3, Art 3 Abs. 1 Nr. 5 VSG Bay; § 2 Abs. 2 Nr. 5 VSG Hess; § 2 Abs. 1 Nr. 5 VSG Thür; §§ 1, 3 Abs. 1 Nr. 4 VSG Saarl.

³² Denninger, Verfassungsschutz, Polizei und die Bekämpfung der Organisierten Kriminalität, KritV 1994, S. 232 ff.

Befugnisse der Nachrichtendienste zur Datensammlung, „die weder hinsichtlich der konkreten Tätigkeitsfelder spezifisch ausdefiniert noch hinsichtlich der jeweils einzusetzenden Mittel detailscharf ausgestaltet sind“.³³

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht dies in seiner Entscheidung nicht näher darlegt, lässt sich dies als Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes rekonstruieren. Danach geht mit dem Zweck der politischen Vorfeldaufklärung eine gegenüber dem Zweck der polizeilichen Informationsvorsorge verringerte Eingriffstiefe einher. Dies wird verständlich, wenn man berücksichtigt, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gerade auch als Schutz vor Grundrechtsgefährdungen zu verstehen ist, die aus der Verwendung der erhobenen Informationen resultieren.³⁴ Beschränkt sich der zweckgemäße Gebrauch der erhobenen Informationen auf die politische Information der Bundesregierung, sind daraus resultierende weitergehende Gefährdungen von Freiheitsrechten als geringer einzuschätzen als im Bereich der polizeilichen Vorfeldtätigkeit.

Auch im Bereich politischer Information sind zwar weitergehende Grundrechtsbeeinträchtigungen keinesfalls ausgeschlossen. Dies zeigt sich etwa an der anhaltenden Diskussion um die Verfassungsschutzberichte, welche einen der zentralen Anwendungsbereiche der erhobenen Informationen darstellen.³⁵ Dennoch sind diese Gefährdungen im Vergleich zu jenen, die von Informationen ausgehen, welche zur Vorbereitung der Strafverfolgung oder von Maßnahmen der Gefahrenabwehr erhoben werden, als weniger gravierend einzuschätzen.

Erst die funktionale Trennung zur Polizei, die dem Verfassungsschutz als Aufgabe die politische Information der Bundesregierung zuweist, legitimiert die nachrichtendienstlichen Befugnisse im engeren Sinne.

2. Befugnisse zur Erhebung von Informationen

Mit einer entsprechenden Aufgabenbestimmung geht einher, dass das Bundesamt für Verfassungsschutz seine Befugnisse lediglich in deren Rahmen einsetzen darf (vgl. § 8 Abs. 1 BVerfSchG). Der Verfassungsschutz hat sich beim Einsatz der ihm gem. §§ 8 ff. BVerfSchG

³³ BVerfG NJW 2013, 1499 (1504); vgl. aber BVerfGE 125, 260 (331 f.). Ausf. zur nicht immer widerspruchsfreien Rechtsprechungsentwicklung, Tanneberger, Die Sicherheitsverfassung, i.E., S. 363 ff.

³⁴ Zu einem solchen Verständnis Britz, Informationelle Selbstbestimmung zwischen rechtswissenschaftlicher Grundsatzkritik und Beharren des Bundesverfassungsgerichts, Hoffmann-Riem (Hrsg.), Offene Rechtswissenschaft, 2010, S. 561; Poscher, Die Zukunft der informationellen Selbstbestimmung als Recht auf Abwehr von Grundrechtsgefährdungen, Gander/Perron/Poscher/Riescher/Würtenberger (Hrsg.), Resilienz in der offenen Gesellschaft, 2012, S. 167 (178 f.).

³⁵ Vgl. die Nachweise in Fn. 25.

zur Verfügung stehenden Befugnisse zur Datenerhebung von vorneherein auf die Erhebung derjenigen Informationen zu beschränken, die zur Erfüllung der Aufgabe der politischen Information der Bundesregierung geeignet und notwendig sind.

Nicht ohne Weiteres von dieser Aufgabenbestimmung erfasst wäre etwa der Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel zur Aufklärung einzelner Straftaten, da Strafverfolgung als solche nicht ins Aufgabenfeld des Verfassungsschutzes fällt. Zwar sind Fälle denkbar, in denen „normale“ Kriminalität in den Aufgabenbereich des Verfassungsschutzes rückt, etwa in Szenarien, in denen Terrorgruppen ihre Aktivitäten durch Drogenhandel oder Schutzgelderpressung finanzieren. Auch in diesen Fällen sind die kriminellen Handlungen aber nur insoweit von Interesse, als sie in Bezug zu politischen Aktivitäten stehen und ihre Beobachtung zugleich einen Mehrwert für die Information der Bundesregierung mit sich bringt. In Bezug auf das individuell strafbare Verhalten von Einzelpersonen wird in Hinblick auf die Legaldefinition des § 4 Abs. 1 BVerfSchG, wonach „Bestrebungen“ in der Regel Verhaltensweisen betreffen, die in oder für einen Personenzusammenschluss erfolgen, ein solches Informationsinteresse überdies nur ausnahmsweise gegeben sein.³⁶

Darüber hinaus führt die vorgenommene Aufgabenbestimmung keineswegs dazu, dass dem Verfassungsschutz innerhalb seines Aufgabenbereichs ohne weiteres sämtliche denkbare Mittel der Datenerhebung zur Verfügung stünden. Denn der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte aus Art. 10, Art. 13 sowie Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ist nicht auf den Schutz vor aus einem Eingriff resultierenden, weitergehenden Grundrechtsgefährdungen beschränkt. Zu beachten sind vielmehr auch die mit einer Datenerhebung etwaig verbundenen Beeinträchtigungen der Privat- und Intimsphäre. Auch dann, wenn durch den jeweiligen Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel keine weiteren Nachteile drohen, kann bereits der damit verbundene Eingriff in die Privatsphäre eine tiefgreifende Beeinträchtigung darstellen, bis hin zur Verletzung des durch die Menschenwürde geschützten Kernbereichs.³⁷

Für Eingriffe mit einer besonders hohen Eingriffsintensität hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt die Verfolgung besonders gewichtiger Schutzgüter sowie die Überschreitung bestimmter Eingriffsschwellen, insbesondere der der konkreten Gefahr, zur Voraussetzung gemacht.³⁸ Entsprechend ergibt sich für das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung

³⁶ Tatsächlich ist wohl bereits die gegenwärtige Speicherpraxis der einzelnen Verfassungsschutzbehörden in Bezug auf einfache Mitglieder extremistischer Informationen uneinheitlich, Droste (Fn. 5), S. 522.

³⁷ Poscher, Menschenwürde und Kernbereichsschutz, JZ 2009, S. 269 ff.

³⁸ Vgl. BVerfGE 120, 274 (322) – Online-Durchsuchung; BVerfGE 115, 320 (347) – Rasterfahndung, bei denen das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich auch auf die Bedeutung der erhobenen Informationen für die Persönlichkeit abstellt sowie BVerfGE 125, 260 (318) – Vorratsdatenspeicherung, bei dem das Gewicht des

bereits aus Art. 13 Abs. 4 S. 1 GG, dass technische Mittel zur Überwachung von Wohnungen nur zur Abwehr dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit, insbesondere einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr, eingesetzt werden dürfen. Diese Voraussetzungen gelten auch für den Verfassungsschutz. Dem hat der Gesetzgeber versucht, Rechnung zu tragen, allerdings mit unterschiedlichem Erfolg.

Für die präventive Telekommunikationsüberwachung fordert das Bundesverfassungsgericht jedenfalls einen angemessenen Zusammenhang zwischen dem Gewicht der zu schützenden Rechtsgüter und der Wahrscheinlichkeit ihrer Beeinträchtigung.³⁹

§ 1 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 1 GlO ermächtigt u.a. das Bundesamt für Verfassungsschutz zur Abwehr von drohenden Gefahren für die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes zur Individualüberwachung der Telekommunikation und des Briefverkehrs unter der Bedingung, dass tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht bestehen, dass jemand eine der aufgeführten Katalogstraftaten plant, begeht oder begangen hat. Gleiches gilt, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht bestehen, dass jemand Mitglied einer Vereinigung ist, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind, Straftaten zu begehen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes gerichtet sind.

Entsprechend der funktionalen Trennung zur Polizei dürfen diese Bestimmungen aber nicht so verstanden werden, dass die Überwachung der Telekommunikation der Verfolgung der genannten Straftaten dienen würde. Vielmehr deutet die Planung oder Begehung der im Katalog genannten Straftaten auf eine gewisse politische Relevanz der zu beobachtenden Personen hin sowie auf deren Bereitschaft, die verfassungsfeindlichen Ziele auch mit rechtswidrigen Mitteln umzusetzen. Die genannten Straftaten bilden die Schwelle, ab der ein Eingriff in Art. 10 GG gerade zu dem Zweck der politischen Information der Bundesregierung und der damit verbundenen Abwehr von Gefahren für die freiheitliche demokratische Grundordnung über die der Bundesregierung zur Verfügung stehenden Maßnahmen gerechtfertigt werden kann.

Anders als §§ 1, 3 GlO bindet § 9 Abs. 2 BVerfSchG, der das Bundesamt für Verfassungsschutz zur Vornahme des sogenannten großen Lauschangriffs ermächtigt, die Befugnis in Hinblick auf Art. 13 Abs. 4 GG daran, dass die Maßnahme im Einzelfall zur

Eingriffs allerdings vor allem aus der Abweichung vom Grundsatz der anlasslosen Speicherung resultiert. Zur Rechtsprechung ausf. Tanneberger (Fn. 33), S. 365 ff.

³⁹ BVerfGE 113, 348 (382).

Abwehr einer gegenwärtigen gemeinen Gefahr oder einer gegenwärtigen Lebensgefahr für einzelne Personen unerlässlich ist und geeignete polizeiliche Hilfe für das bedrohte Rechtsgut nicht rechtzeitig erlangt werden kann.

Damit sind die Anforderungen in Hinblick auf Schutzgut und Eingriffsschwelle zwar nominell gewahrt. Die Regelung ist aber insofern problematisch, als die geforderte Gefahr keinen ausdrücklichen Zusammenhang zum Schutz der freiheitlich demokratischen Grundordnung gem. § 1 Abs. 1 BVerfSchG aufweisen muss. Vielmehr deutet auch die in § 9 Abs. 2 BVerfSchG enthaltene Subsidiaritätsklausel darauf hin, dass das Bundesamt hier gerade allgemeine Aufgaben der Gefahrenabwehr übernehmen soll.

§ 9 Abs. 2 BVerfSchG ist aber, wie jede Befugnisnorm, in Hinblick auf die Aufgabe des Befugnisinhabers auszulegen. Daraus folgt zum einen, dass die abzuwehrende Gefahr gerade dem Schutz der in § 1 Abs. 1 BVerfSchG genannten Rechtsgüter zu dienen hat. Zum anderen muss der Verfassungsschutz gerade im Rahmen der Erfüllung dieser Aufgabe den von Art. 13 Abs. 4 GG aufgestellten qualifizierten Schrankenforderungen entsprechen können. Diese erfordern, dass die Überwachung der Wohnung gerade *zur Abwehr* einer dringenden Gefahr erfolgt. Demnach ist eine Maßnahme im Sinne des § 9 Abs. 2 BVerfSchG nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich gerade die politische Information der Bundesregierung als integraler Bestandteil der Abwehr einer dringenden Gefahr erweist. Denkbar wären etwa Konstellationen, die mit derjenigen des sogenannten „Deutschen Herbstes“ vergleichbar sind, als die Gefährdung von Leib und Leben der sich in der Gewalt der Terroristen befindenden Geiseln nicht nur polizeiliche Gefahrenabwehr, sondern auch eine entsprechende politische Begleitung durch die Bundesregierung notwendig machten.

§ 9 Abs. 2 BVerfSchG darf trotz seines zu Missverständnissen verleitenden Wortlauts nicht so interpretiert werden, dass es Aufgabe der Nachrichtendienste sei es, allgemeine Aufgaben der Gefahrenabwehr zu übernehmen. Befugnisse hat auch der Verfassungsschutz nur im Rahmen und zur Erfüllung seiner Aufgabe.

3. Befugnisse zur Übermittlung von Informationen an die Polizei

Der Verfassungsschutz erhebt Informationen zum Zweck der politischen Information der Bundesregierung. Dabei ist es keineswegs ausgeschlossen, dass der Verfassungsschutz bei seiner Tätigkeit an Informationen gelangt, die zugleich für die Polizei zu Zwecken der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung relevant sind. Derartige Überschneidungen mögen in manchen Bereichen aus rein tatsächlicher Sicht sogar eher die Regel als die Ausnahme bilden, etwa beim gewaltbereiten Rechtsextremismus. Aus rechtlicher Sicht stellt dies

allerdings eine gleichsam „zufällige“ Überschneidung hinsichtlich der Verwendbarkeit der gesammelten Informationen dar. Gerade weil der ursprüngliche Verwendungszweck von Informationen, die durch die Nachrichtendienste erhoben wurden, in der politischen Information der Bundesregierung liegt, stellt die Verwendung durch die Polizei zu Zwecken der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung eine Änderung des Verwendungszwecks dar. Dies darf auch und gerade in Hinblick auf die zunehmenden Versuche, den Datenaustausch zwischen Polizei und Nachrichtendiensten zu verbessern, etwa im Rahmen gemeinsamer Dateien oder durch organisatorische Maßnahmen wie das Gemeinsame Terrorismusabwehrzentrum, nicht aus den Augen verloren werden.

Folge einer solchen Änderung des Verwendungszwecks ist es aber, dass die Weitergabe der Informationen einen erneuten Eingriff in das bei der Datenerhebung jeweils betroffene Grundrecht nach sich zieht. Bei der Weitergabe handelt sich somit um Datenübermittlungen im Sinne des allgemeinen Datenschutzrechts, die in jedem Einzelfall rechtfertigungsbedürftig sind.⁴⁰ In Hinblick auf die Grundrechte bewirkt die funktionale Trennung von Polizei und Nachrichtendiensten somit zwar einerseits, dass dem Verfassungsschutz erweiterte nachrichtendienstliche Mittel zur Verfügung stehen. Andererseits zieht sie aber ein informationelles Trennungsgebot in dem Sinne nach sich, dass eine Datenübermittlung an die Polizei nur unter Beachtung der spezifischen grundrechtlichen Anforderungen zulässig ist.

Die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die Datenübermittlung hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Antiterrordatei skizziert: „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

⁴⁰ Zöller (Fn. 28), S. 449.

gesetzlicher Regelungen gesichert sein; auch die Eingriffsschwellen für die Erlangung der Daten dürfen hierbei nicht unterlaufen werden.“⁴¹

Problematisch erscheint die Einhaltung dieser Anforderungen in Bezug auf die allgemeinen Übermittlungsregelungen des § 19 BVerfSchG. Gem. § 19 BVerfSchG ist eine Übermittlung u.a. dann zulässig, wenn der Empfänger die Daten für Zwecke der öffentlichen Sicherheit benötigt, womit auch die Strafverfolgung erfasst sein soll.⁴² Beschränkt ist die Übermittlung lediglich durch die Gegenausnahme des § 23 BVerfSchG, der eine Übermittlung u.a. dann ausschließt, wenn schutzwürdige Interessen des Betroffenen das Allgemeininteresse an der Übermittlung überwiegen.

Eine derart pauschale Regelung der Datenübermittlung erscheint in Hinblick auf den vom Bundesverfassungsgericht formulierten Maßstab bedenklich. Denn die Regelung unterscheidet nicht zwischen Informationen, welche aus sogenannten offenen Quellen gem. § 8 Abs. 1 BVerfSchG gewonnen werden, und Informationen, die aus dem Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel gem. § 8 Abs. 2 BVerfSchG stammen. Deren Einsatz kann, auch ohne mit Eingriffen in Art. 10 Abs. 1 oder Art. 13 Abs. 1 GG verbunden zu sein, eine hohe Eingriffsintensität aufweisen. So fallen unter § 8 Abs. 2 BVerfSchG etwa der Einsatz von verdeckten Ermittlern⁴³ oder längerfristige Observationen als Mittel der Datenerhebung. Für vergleichbare Maßnahmen sehen die Polizeigesetze mehrfach qualifizierte Gefahrenschwellen vor.⁴⁴ Dabei kann dahinstehen, inwieweit bei derartigen nachrichtendienstlichen Mitteln unter Berücksichtigung der oben beschriebenen Grundsätze eine entsprechende Anhebung der Eingriffsschwelle bereits bei der Erhebung der Informationen notwendig ist. Denn jedenfalls für die Verwendung der Informationen zu Zwecken, die sich gerade nicht mehr auf die politische Information der Bundesregierung beschränken und damit eine erhöhte Eingriffstiefe in Bezug auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aufweisen, bedarf es ausdifferenzierter Regelungen, die entsprechende Gefahrenschwellen für die Übermittlung vorsehen.

Im Anschluss an seine frühere Rechtsprechung⁴⁵ hat das Bundesverfassungsgericht ferner in Bezug auf Datenerhebungen, die in die Grundrechte der Art. 10 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 GG eingreifen, besondere Anforderungen für die Weitergabe und Zweckänderung der hierdurch gewonnenen Daten aufgestellt. So darf die jeweilige Schwelle für die Übermittlung von Daten

⁴¹ BVerfG NJW 2013, 1499 (1505).

⁴² Droste (Fn. 5), S. 519.

⁴³ Dazu Droste (Fn. 5), S. 277.

⁴⁴ Vgl. etwa § 20 Abs. 3 PolG BW.

⁴⁵ BVerfGE 125, 260 (333); ähnlich bereits BVerfGE 100, 313 (389 f.); 109, 279 (375 f.); 110, 33 (73 f.).

nicht unter diejenige abgesenkt werden, die für entsprechende Eingriffe zur Erhebung gilt, „da durch eine Zweckänderung grundrechtsbezogene Beschränkungen des Einsatzes bestimmter Erhebungsmethoden nicht umgangen werden dürfen“.⁴⁶ Ebenso sei eine Weitergabe von Telekommunikationsdaten, die nur unter besonders strengen Bedingungen abgerufen werden dürfen, nur dann zulässig, wenn sie zur Wahrnehmung von Aufgaben erfolgt, derentwegen ein Zugriff auf diese Daten auch unmittelbar zulässig wäre. Daten, die aus gewichtigen Eingriffen in Art. 10 Abs. 1 oder Art. 13 Abs. 1 GG stammen, seien überdies zu kennzeichnen. Die Erkennbarkeit solcher Daten soll die Beachtung der spezifischen Grenzen für die Datennutzung auch nach einer etwaigen Weiterleitung an andere Stellen sicherstellen.⁴⁷

Für Informationen, die der Verfassungsschutz mittels Eingriffen in Art. 10 Abs. 1 oder Art. 13 Abs. 1 GG gewonnen hat, existieren spezielle Übermittlungsvorschriften. Die zentrale Regelung findet sich in § 4 Abs. 4 G10, der die Übermittlung von Daten regelt, welche durch im Einzelfall vorgenommene Beschränkungen des Brief- und Postgeheimnisses gem. §§ 1, 3 G10 gewonnen werden.⁴⁸ Auf diese Regelung wird für die übrigen Maßnahmen, die in Art. 10 Abs. 1 oder Art. 13 Abs. 1 GG eingreifen, regelmäßig verwiesen.⁴⁹

Allerdings reichen die Regelungen auf Seiten des Verfassungsschutzes grundsätzlich nicht aus, um eine Übermittlung von Informationen zu rechtfertigen. In seiner Entscheidung zu § 113 Telekommunikationsgesetz hat sich das Bundesverfassungsgericht nunmehr ausdrücklich für das sogenannte „Doppeltür-Modell“ ausgesprochen. Danach ist bei der Regelung eines Datenaustauschs zur staatlichen Aufgabenwahrnehmung zwischen der Datenübermittlung seitens der auskunftserteilenden Stelle und dem Datenabruf seitens der auskunftssuchenden Stelle zu unterscheiden: „Ein Datenaustausch vollzieht sich durch die einander korrespondierenden Eingriffe von Abfrage und Übermittlung, die jeweils einer eigenen Rechtsgrundlage bedürfen. Der Gesetzgeber muss, bildlich gesprochen, nicht nur die Tür zur Übermittlung von Daten öffnen, sondern auch die Tür zu deren Abfrage. Erst beide Rechtsgrundlagen gemeinsam, die wie eine Doppeltür zusammenwirken müssen, berechtigen zu einem Austausch personenbezogener Daten.“⁵⁰ Dies soll – nach Maßgabe der Kompetenzordnung und den Anforderungen der Normenklarheit – allerdings nicht

⁴⁶ BVerfG NJW 2013, 1499 (1517).

⁴⁷ BVerfG NJW 2013, 1499 (1517).

⁴⁸ Zur Datenübermittlung im Rahmen des G10 bereits BVerfGE 100, 313 (389 f.).

⁴⁹ § 9 Abs. 2 S. 4 BVerfSchG für Eingriffe in Art. 13 GG; § 8a Abs. 2 i.V. § 8b Abs. 2 S. 7 BVerfSchG für die mit dem Terrorismusbekämpfungsgesetz 2002 eingeführten Auskunftsverlangen, die überwiegend in Art. 10 Abs. 1 GG eingreifen; § 8d Abs. 2 S. 2 BVerfSchG für die weiteren Auskunftsverlangen des § 8d Abs. 1 S. 2 BVerfSchG; § 9 Abs. 4 S. 4 BVerfSchG für den sogenannten IMSI-Catcher.

⁵⁰ BVerfGE 130, 151 (184).

ausschließen, dass beide Rechtsgrundlagen auch in einer Norm zusammengefasst werden können.⁵¹

Hinsichtlich der Abfrage bzw. Verwendung von Daten, die durch die Nachrichtendienste erhoben wurden, bestehen auf Seiten der Polizei regelmäßig keine speziellen Regelungen. Bzgl. der Verwendung der entsprechenden Daten im Strafprozess stellt Ermittlungsgeneralbefugnis des § 161 Abs. 1 StPO die einzig insoweit einschlägige Norm dar. Die Polizeigesetze der Länder enthalten regelmäßig ebenfalls keine gesonderten Regelungen oder verweisen pauschal auf die jeweiligen Landesverfassungsschutzgesetze.⁵²

Problematisch ist dies insbesondere in Hinblick auf eine Verwendung solcher Daten, deren Erhebung für die Polizei im Rahmen eines hypothetischen Ersatzeingriffs von vorneherein ausgeschlossen wäre: Dies betrifft im Rahmen der präventiv-polizeilichen Gefahrenabwehr etwa die Überwachung der Inhalte von Telekommunikation, soweit diese in den jeweiligen Polizeigesetzen nicht vorgesehen ist, sowie im Rahmen der Verfolgung von Straftaten etwa die Bildaufzeichnung in Wohnungen.⁵³ Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung erkennen lassen, dass der Grundsatz des hypothetischen Ersatzeingriffs nicht ausnahmslos anzuwenden ist.⁵⁴ Dennoch bedürfte es im Sinne der Wesentlichkeitstheorie jedenfalls einer eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers, ob und unter welchen Bedingungen er eine Verwendung dieser Daten zulassen will. Auch wenn der Grundsatz des hypothetischen Ersatzeingriffs nicht in dem Sinn verstanden werden muss, dass die Polizei den Eingriff aufgrund einer tatbestands- und rechtsfolgenäquivalenten Befugnis selbst hätte vornehmen können, wird er doch im Sinn eines tatbestandlichen Äquivalenzprinzips verlangen, dass die Übermittlung nur dann erfolgen darf, wenn sie dem Schutz von Rechtspositionen gilt, die denjenigen äquivalent sind, deren Schutz tatbestandlich Bedingung ihrer Erhebung war.

IV. Fazit

Die Aufgabe des Verfassungsschutzes besteht in der Information der Bundesregierung. Durch diese besondere Aufgabe erhält der Verfassungsschutz seinen Eigenstand und unterscheidet ihn im Sinn einer funktionalen Trennung von Polizei- und Strafverfolgungsbehörden. Das

⁵¹ BVerfGE 130, 151 (184).

⁵² Dazu Zöller (Fn. 28), S. 501 ff.

⁵³ Zöller (Fn. 28), S. 503.

⁵⁴ BVerfGE NJW 2013, 1499 (1518): „Auch wenn das Kriterium der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer hypothetischen Neuerhebung der Daten für die Beurteilung einer Weiterleitung bereits erhobener Daten nicht schematisch abschließend ist und die Berücksichtigung weiterer Gesichtspunkte nicht ausschließt, ist vorliegend eine vollständige und unterschiedslose Einbeziehung auch der durch Eingriff in Art. 10 I und Art. 13 I GG erhobenen Daten mit dem Übermaßverbot bei Gesamtabwägung unvereinbar.“

eigenständige Aufgabenprofil des Verfassungsschutzes liegt auch den Regelungen des Bundesverfassungsschutzgesetzes zugrunde, deren Inhalt und Systematik sich über die zentrale Informationsaufgabe des Verfassungsschutzes erschließen. Dies gilt auch für die Ausgestaltung der informationellen Trennung von Verfassungsschutz und Polizei, aber auch anderen Behörden⁵⁵, die keine Abschottung bedeutet, aber den allgemeinen grund- und datenschutzrechtlichen Regelungen für die Übertragung und Zweckänderung von Daten genügen muss.

Das verfassungs- und einfachrechtlich hinterlegte Leitbild des Verfassungsschutzes, das seine funktionale Eigenständigkeit ernst nimmt, kann schließlich auch dazu beitragen, die politische Diskussion um die zukünftige Rolle der Nachrichtendienste zu strukturieren.

⁵⁵ So soll von den allgemeinen Übermittlungsregelungen etwa die Weitergabe von Informationen in Fällen der geplanten Anmietung einer Stadthalle für eine politische Kundgebung oder in Bezug auf Anträge auf staatliche Förderung gedeckt sein, Droste (Fn. 5), S. 519. Auch an die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien soll der Verfassungsschutz Informationen übermitteln dürfen, Droste (Fn. 5), S. 522.