

Handbuch des Polizeirechts

Gefahrenabwehr, Strafverfolgung, Rechtsschutz

Bearbeitet von

Begründet von Prof. Dr. Hans Lisken, Polizeipräsident a.D., Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h.c. Erhard Denninger, Prof. Dr. Matthias Bäcker, LL.M., und Dr. Kurt Graulich, Richter am Bundesverwaltungsgericht a.D., Bearbeitet von Prof. Dr. Hartmut Aden, Nils Bergemann, Regierungsdirektor, Elisabeth Buchberger, Richterin am Bundesverwaltungsgericht a.D., Prof. Dr. Helmut Frister, Dr. Stephanie Gamp, Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgericht, Dr. Rainald Gerster, Dr. Sebastian Golla, Michael Kriesel, Rechtsanwalt, Staatsrat a.D., Dr. Reinhard Marx, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Thomas Petri, Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz, Prof. Dr. Ralf Poscher, Prof. Dr. Fredrik Roggan, Dr. Thomas Schwabenbauer, Regierungsdirektor, Michael Stolleis, und Prof. Dr. Friederike Wapler

6. Auflage 2018. Buch. LXVI, 1758 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 70590 8

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Polizeirecht, Sicherheitsrecht, Waffenrecht > Polizeirecht, Ordnungsrecht, Versammlungsrecht](#)

[Zu Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Aufgabe und Befugnisse des Bundesnachrichtendienstes müssen sich **im Rahmen** 239 **der Bundeskompetenz für die auswärtigen Angelegenheiten** halten. Diese kompetenzrechtliche Grenze ist sowohl bei der gesetzlichen Fassung von Überwachungsermächtigungen des Bundesnachrichtendienstes als auch bei ihrer Anwendung im Einzelfall zu beachten.

Kompetenzrechtlich heikel ist insbesondere die Ermächtigung des Bundesnachrichtendienstes zur **strategischen Aufklärung der internationalen Telekommunikation** in § 5 G 10. Nach dieser Vorschrift darf der Bundesnachrichtendienst strategische Überwachungen auch durchführen, um Erkenntnisse über Gefahren des internationalen Terrorismus sowie bestimmte Erscheinungsformen der grenzüberschreitenden organisierten Kriminalität zu gewinnen.

Dem G 10-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 14.7.1999 lassen sich zwei miteinander zusammenhängende **Anforderungen an kompetenzgemäße Überwachungsermächtigungen** des Bundesnachrichtendienstes entnehmen: Zum einen errichtet ein **Anlasskriterium** Anforderungen an die **Bedrohungslage**, die der Bundesnachrichtendienst aufklären soll. Diese Bedrohungslage muss einen hinreichenden Bezug zu außen- und sicherheitspolitischen Belangen aufweisen. Dafür muss sie zumindest internationale Gegenmaßnahmen oder außenpolitische Reaktionen der Bundesrepublik erfordern. Zum anderen beschränkt ein **Zielkriterium** den **Überwachungszweck** auf die Aufgabe des Bundesnachrichtendienstes, Erkenntnisse über das Ausland zu gewinnen, die für die Bundesrepublik Deutschland außen- und sicherheitspolitisch bedeutsam sind.⁴⁵¹ Der Bundesnachrichtendienst soll damit **politische Entscheidungen vorbereiten**. Hingegen deckt Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG keine Überwachungsmaßnahmen mit dem Ziel, auf eine – sei es auch grenzüberschreitende und internationale bedeutsame – Bedrohungslage innerstaatlich zu reagieren, etwa durch polizeilichen Zwang oder Strafverfolgung.

Werden zu den **auswärtigen Angelegenheiten** auch die **Kriminalitätsfelder** des 242 Terrorismus und der organisierten Kriminalität gezählt, so entsteht das Risiko einer Grenzverwischung. Sachlich entsteht ein **Schnittbereich** zwischen den Tätigkeiten des **Bundesnachrichtendienstes** einerseits und der **Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrbehörden** andererseits. Diese Behörden sind zudem informationell vernetzt, da der Bundesnachrichtendienst die einmal gewonnenen Erkenntnisse in weitem Umfang übermitteln darf, wenn sie zur Strafverfolgung und Gefahrenabwehr benötigt werden. Es ist daher vorstellbar, dass strategische Überwachungen faktisch primär durchgeführt werden, um Straftaten im Einzelfall zu verhindern oder zu verfolgen. Dies wäre aus ermittlungspraktischer Sicht durchaus attraktiv, da der Polizei und der Staatsanwaltschaft strategische Überwachungen verfassungsrechtlich verwehrt sind.⁴⁵² Jedoch erlaubt Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG dem Bund gerade nicht, den Bundesnachrichtendienst mit kriminalbehördlichen Befugnissen auszustatten.

Das Bundesverfassungsgericht begegnet diesem Risiko, indem es den Gesetzgeber verpflichtet, **materiell-rechtlich und prozedural zu gewährleisten**, dass die Überwachung **primär den eigenen Aufgaben des Bundesnachrichtendienstes** dient und andere Verwendungsmöglichkeiten diesen Primärzweck nicht überlagern.⁴⁵³ Mit diesen Maßgaben sind strategische Überwachungen durch den Bundesnachrichtendienst zur Aufklärung außenpolitisch bedeutsamer Bereiche der grenzüberschreitenden Kriminalität hinnehmbar.⁴⁵⁴ Sie bleiben jedoch kompetenzrechtlich eine Gratwanderung. Daher müssen nicht nur die gesetzlichen Befugnisregelungen, sondern auch Überwachungsmaßnahmen im Einzelfall die kompetenzrechtlichen Grenzen von Anlass und Ziel der Überwachung wahren. Überschreitet eine Überwachungsmaßnahme diese Grenzen, ist sie nicht nur

⁴⁵¹ Dazu § 1 Abs. 2 BNDG, auf den § 1 Abs. 1 Nr. 2 G 10 damals wie heute verweist.

⁴⁵² BVerfGE 100, 313 (389 f.); 67, 157 (180 f.).

⁴⁵³ BVerfGE 100, 313 (372).

⁴⁵⁴ Ablehnend zu dem zweiten G 10-Urteil in diesem Punkt hingegen *Staff KJ* 1999, 586 (587 ff.); *Paeffgen StV* 1999, 668 (670); *ders./Gärditz KritV* 2000, 65 (68 ff.).

einfachrechtlich rechtswidrig, sondern verletzt zugleich Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG und Art. 87 Abs. 1 S. 1 GG.⁴⁵⁵

b) Ableitung und Auswirkungen des Trennungsgebots⁴⁵⁶

- 244** Die wohl meistdiskutierte verfassungsrechtliche Frage im Verhältnis von Polizei und Nachrichtendiensten betrifft Existenz und Reichweite eines verfassungsrechtlichen Gebots, diese Behörden oder zumindest bestimmte Teile ihrer Tätigkeit voneinander getrennt zu halten.⁴⁵⁷ Hintergrund der Diskussion ist die historisch fundierte⁴⁵⁸ und prognostisch unstreitige Erkenntnis, dass eine sowohl mit schlagkräftigen imperativen als auch mit weitreichenden informationellen Befugnissen ausgestattete **Geheimpolizei** die Freiheit der Einzelnen empfindlich bedrohen könnte. Weniger klar und teils umstritten ist allerdings, welche Folgerungen genau aus dieser Erkenntnis zu ziehen sind und inwieweit die Verfassung hierzu Vorgaben errichtet.
- 245 aa) Das Trennungsgebot als grundrechtliche Reflexwirkung.** Das Grundgesetz regelt – anders als einige Landesverfassungen⁴⁵⁹ – das Verhältnis von Nachrichtendiensten und Polizei **nicht ausdrücklich**. Der sogenannte **Polizeibrief** der Alliierten Militärgouverneure an den Präsidenten des Parlamentarischen Rates vom 14.4.1949, demzufolge Inlands-nachrichtendienste keine polizeilichen Befugnisse haben dürfen,⁴⁶⁰ ist keine eigenständige Verfassungsrechtsquelle und für die Interpretation des Grundgesetzes unergiebig.⁴⁶¹ Als **objektiv-rechtliches Prinzip der Organisationsverfassung** lässt sich das Trennungsgebot auch ansonsten **kaum begründen**. Den für die Polizeibehörden und Nachrichtendienste des Bundes relevanten Kompetenztiteln⁴⁶² lassen sich seine Konturen ebenso wenig trennscharf entnehmen wie dem Rechtsstaatsprinzip oder dem Bundesstaatsprinzip.⁴⁶³ Aus teleologischer Sicht spricht gegen eine Verortung des Trennungsgebots in der Kompetenzordnung zudem, dass sich so das Trennungsgebot allenfalls für die Polizeibehörden und Nachrichtendienste des Bundes begründen ließe. Jedoch bedrohte eine Geheimpolizei auf Landesebene die Freiheit der Einzelnen ebenso wie auf Bundesebene.
- 246** Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Antiterrordatei⁴⁶⁴ legt hingegen eine **grundrechtliche Rekonstruktion des Trennungsgebots** an. Auf ihrer Grundlage lassen sich die verfassungsrechtlichen Maßstäbe für das Verhältnis von Polizei und Nachrichtendiensten besser begründen und klarer konturieren.⁴⁶⁵

⁴⁵⁵ Vgl. als Beispiel für eine zumindest mit der gegebenen Begründung kompetenzrechtlich nicht mehr tragfähige Entscheidung BVerwGE 130, 180 (strategische Beschränkung nach dem 11.9.2001), und dazu Bäcker DÖV 2011, 840 (846 f.). Das Bundesverfassungsgericht hat allerdings eine Verfassungsbeschwerde gegen dieses Urt. (Az. 1 BvR 1199/08) ohne Begr. nicht zur Entsch. angenommen.

⁴⁵⁶ Siehe auch aus anderer (rechtsstaatlicher) Perspektive und mit teils anderen Schlussfolgerungen als hier → Rn. 43 ff.

⁴⁵⁷ Überblicke zum Diskussionsstand etwa bei Klee, Neue Instrumente der Zusammenarbeit von Polizei und Nachrichtendiensten, 2009, 48 ff.; Gazeas, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 57 ff.

⁴⁵⁸ Eingehend Dorn, Das Trennungsgebot aus verfassungshistorischer Perspektive, 2004.

⁴⁵⁹ Art. 11 Abs. 3 BbgVerf; Art. 83 Abs. 3 SächsVerf; Art. 97 ThürVerf.

⁴⁶⁰ In dt. Übersetzung abgedr. etwa bei Dorn, Das Trennungsgebot aus verfassungshistorischer Perspektive, S. 195 f.; vgl. zum historischen Kontext der Formulierung und Übergabe des Polizeibriefs ebd. 121 ff.

⁴⁶¹ Eingehend zur verfassungshistorischen Bedeutung des Polizeibriefs Dorn, Das Trennungsgebot aus verfassungshistorischer Perspektive, 171 ff.; zu seiner allenfalls begrenzten Bedeutung für die Interpretation des GG Klee, Neue Instrumente der Zusammenarbeit von Polizei und Nachrichtendiensten, 2009, 52 ff.; Baumann DVBl 2005, 798 (801 f.).

⁴⁶² Für eine Ableitung des Trennungsgebots aus Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG etwa Ibler in Maunz/Dürig GG Art. 87 Rn. 143; dagegen etwa Nehm NJW 2004, 3289 (3290 f.); Baumann DVBl 2005, 798 (802 f.).

⁴⁶³ In dieselbe Richtung, letztlich aber offenlassend BVerfGE 97, 198 (217); unentschieden auch BVerfGE 100, 313 (369 f.); BVerfG NJW 2011, 2417 (2420), Rn. 59.

⁴⁶⁴ BVerfGE 133, 277.

⁴⁶⁵ Krit. wegen einer vermeintlichen normativen Schwäche des grundrechtlich abgeleiteten Trennungsgebots („Papiertiger“) Volkmann Jura 2014, 820 (828 f.), der jedoch die organisations- und befugnisrechtlichen Implikationen nicht in den Blick nimmt.

Ausgangspunkt dieser Rekonstruktion ist der **grundrechtliche Informationsschutz**, 247 den das Grundgesetz durch besondere Garantien der Privatheit sowie durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet.⁴⁶⁶ Aus diesen Grundrechten ergeben sich Anforderungen an behördliche Überwachungen und Datenweiterverarbeitungen, die sich mit zunehmender Eingriffsintensität verschärfen. Um die **Eingriffsintensität** einer solchen Maßnahme zu ermitteln, kommt es unter anderem auf ihre absehbaren Folgen an. Denn der grundrechtliche Informationsschutz ist auch ein vorgelagerter **Schutz gegen Grundrechtsgefährdungen**.⁴⁶⁷ Welche nachteiligen Folgen dem Betroffenen aufgrund einer behördlichen Überwachung drohen, hängt von den Aufgaben und Befugnissen der Überwachungsbehörde ab.⁴⁶⁸

Infolge einer **Überwachung durch einen Nachrichtendienst** drohen dem Betroffenen typischerweise **weniger schwerwiegende Folgen** als bei Überwachungsmaßnahmen anderer Behörden. Denn die Aufgabe der Nachrichtendienste beschränkt sich weitgehend darauf, gesellschaftliche Prozesse zu beobachten und hieraus Schlüsse zur politischen Information der Regierung zu ziehen.⁴⁶⁹ Die unmittelbare Steuerung gesellschaftlicher Prozesse – etwa durch die eigenhändige Abwehr konkreter Gefahren oder durch die Verfolgung von Straftaten – ist von dieser Aufgabe grundsätzlich nicht umfasst. Eine Ausnahme bildet die Öffentlichkeitsarbeit der Nachrichtendienste, durch welche die Gesellschaft vor verfassungsfeindlichen Gruppierungen gewarnt werden soll.⁴⁷⁰

Die **Aufgabe der Nachrichtendienste** unterscheidet sich damit fundamental von den 249 Aufgaben der Polizei zur Gefahrenabwehr und Strafverfolgung. Dementsprechend verfügen die Nachrichtendienste **nicht über imperative Befugnisse**. Hierdurch vermindert sich die Eingriffsintensität nachrichtendienstlicher Überwachungen im Vergleich zu Überwachungen anderer Behörden. Der besondere Aufgaben- und Befugniskreis der Nachrichtendienste begründet daher ein **verfassungsrechtliches Privileg**.⁴⁷¹ Der Gesetzgeber darf den Nachrichtendiensten Ermittlungen und Überwachungen teils unter niedrigeren Voraussetzungen erlauben als anderen Behörden. Insbesondere darf er ihnen Datenerhebungsmaßnahmen, die aufgrund der im Übrigen maßgeblichen Kriterien⁴⁷² eine geringe bis mittlere Eingriffsintensität aufweisen, bereits erheblich im Vorfeld konkreter sozialer Konflikte wie einer konkreten Gefahr oder des Anfangsverdachts einer Straftat ermöglichen.⁴⁷³ Hinsichtlich von Überwachungsmaßnahmen hoher Eingriffsintensität konvergieren die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Eingriffsschwelle hingegen.⁴⁷⁴

Das verfassungsrechtliche Privileg für nachrichtendienstliche Überwachungen verlöre 250 seine Berechtigung, wenn die Nachrichtendienste mit der **Aufgabe zur unmittelbaren**

⁴⁶⁶ Bäcker *Der Staat* 51 (2012), 91 (94 f.).

⁴⁶⁷ Bäcker *Der Staat* 51 (2012), 91 (94 ff.); Poscher in Gander ua, *Resilienz in der offenen Gesellschaft*, 2012, 167 (174 ff.).

⁴⁶⁸ Vgl. die Gegenüberstellung der Aufgaben und Befugnisse von Nachrichtendiensten und Polizeibehörden in BVerfGE 133, 277 (324 ff.).

⁴⁶⁹ Näher zu den Verfassungsschutzbehörden Poscher/Rustenberg *KJ* 2014, 57 (59 ff.).

⁴⁷⁰ Vgl. zum Eingriffscharakter einer Erwähnung im Nachrichtendienstbericht BVerfGE 113, 63 (76 ff.).

⁴⁷¹ Ähnlich Mösl, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, 407; mit krit. Stoßrichtung auch Wiegner *VVDStRL* 75 (2016), 293 (312 ff.).

⁴⁷² Vgl. im Überblick zu den weiteren maßgeblichen Intensitätskriterien Bäcker, *Kriminalpräventionsrecht*, 267 ff.

⁴⁷³ Vgl. BVerfGE 133, 277 (325 ff.); 130, 151 (206); 120, 274 (330); 100, 313 (383).

⁴⁷⁴ Vgl. für „Online-Durchsuchungen“ BVerfGE 120, 274 (329 ff.); für den Abruf bevorrateter TK-Verkehrsdaten BVerfGE 125, 260 (331 f.). Für Wohnraumüberwachungen ergibt sich der Gleichlauf der verfassungsrechtlichen Anforderungen unmittelbar aus Art. 13 Abs. 4 GG, der nicht zwischen den verschiedenen präventiv tätigen Behörden differenziert. Sachlich ist diese Konvergenz auch deshalb gerechtfertigt, weil nach dem BKAG-Urt. des BVerfG selbst präventivpolizeiliche Überwachungsermächtigungen hoher Eingriffsintensität insoweit in das Gefahrvorfeld ausgreifen dürfen, als sie statt an eine situationsbezogene Schadensprognose an eine personenbezogene Gefährlichkeitsprognose gebunden werden dürfen, BVerfG NJW 2016, 1781 (1785). Ein derartiger dispostionaler Regelungsansatz ist gerade für das Nachrichtendienstrecht anschlussfähig, eine weitergehende Vorverlagerung der Eingriffsschwelle bei eingeschränkten Maßnahmen nicht angezeigt.

eigenhändigen Sozialgestaltung und mit zugehörigen **imperativen Befugnissen** ausgestattet würden. In diesem Fall gäbe es keinen Grund, Überwachungsermächtigungen der Nachrichtendienste an anderen grundrechtlichen Maßstäben zu messen als Ermächtigungen anderer präventiv tätiger Behörden. Das Trennungsgebot ergibt sich daher aus einer **grundrechtlichen Reflexwirkung**. Der Gesetzgeber dürfte zwar Nachrichtendienste und Polizei zu einheitlichen Sicherheitsbehörden mit imperativen Eingriffsbefugnissen verschmelzen.⁴⁷⁵ Die informationellen Befugnisse solcher Behörden wären jedoch an dem grundrechtlichen Standard zu messen, der für polizeiliche Überwachungen und Datenverarbeitungen maßgeblich ist. Durch die Zusammenlegung entstünde also letztlich nur eine größere Polizei, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die polizeiliche Tätigkeit ohne Abstriche genügen müsste. Anders gewendet ist das Trennungsgebot für den Gesetzgeber ein **hypothetischer Imperativ**. Wenn er eine Behörde zur Vorfeldaufklärung potenzieller Bedrohungen mit weitreichenden Überwachungsbefugnissen ausstatten will, so muss er ihre Aufgabe auf die politische Information beschränken und darf ihr keine imperativen Eingriffsbefugnisse geben.⁴⁷⁶

- 251 Diese grundrechtliche Reflexwirkung besteht nicht nur im Verhältnis der Nachrichtendienste zur Polizei, sondern auch zu allen anderen Behörden, deren Aufgabe in einer unmittelbaren Sozialgestaltung besteht und denen dazu imperativen Befugnisse eingeräumt sind. Dies wird im Folgenden nicht mehr eigens betont. Die hier herausgearbeiteten Grundsätze gelten jedoch insbesondere auch für das **Verhältnis von Nachrichtendiensten und Sonderordnungsbehörden**.
- 252 **bb) Folgerungen für das Verhältnis von Nachrichtendiensten und Polizei.** Um das Trennungsgebot näher zu konturieren, ist vor allem der **Umgehungsgedanke** heranzuziehen, der in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum grundrechtlichen Informationsschutz gegenüber staatlichen Überwachungen allgemein hohe Bedeutung hat.⁴⁷⁷ Das verfassungsrechtliche Privileg für nachrichtendienstliche Überwachungen ist nur dann gerechtfertigt, wenn gewährleistet ist, dass diese **Überwachungen tatsächlich auf das Ziel der politischen Vorfeldaufklärung bezogen** bleiben. Die Nachrichtendienste dürfen einerseits nicht zu ständigen Informationshelfern der Polizei werden. Andererseits dürfen sie sich der Polizei nicht bedienen, um ihren Befugniskreis um imperative Eingriffe zu erweitern. Hierzu bedarf es **organisatorischer und prozeduraler Sicherungen**. Auf dieser Grundlage lassen sich die in der Literatur diskutierten Dimensionen eines kompetenz- oder organisationsrechtlich begründeten Trennungsgebots⁴⁷⁸ grundrechtlich rekonstruieren und inhaltlich schärfen:
- 253 (1) **Organisatorisches Trennungsgebot.** Nachrichtendienste und Polizei sind zunächst **organisatorisch** voneinander zu trennen. Dementsprechend bestimmen die Nachrichtendienstgesetze durchweg, dass die Nachrichtendienste **keiner polizeilichen Dienststelle angegliedert** werden dürfen.⁴⁷⁹ Hiergegen wird eingewandt, eine einheitliche Sicherheitsbehörde könne den Anforderungen des Trennungsgebots genügen, wenn sichergestellt sei, dass der nachrichtendienstliche und der polizeiliche Behördenteil hinreichend voneinander abgeschottet sind.⁴⁸⁰ Dies erscheint jedoch als nur theoretische Möglichkeit. Eine Organisa-

⁴⁷⁵ Eine organisatorische Trennung bei identischen Aufgaben würde hingegen unter dem Gesichtspunkt einer schwidrigen Doppelzuständigkeit organisationsverfassungsrechtliche Bedenken aufwerfen, vgl. *Mehde* JZ 2005, 815 (819).

⁴⁷⁶ Ansatzweise wie hier *Gärditz* JZ 2013, 633 (634); vgl. auch die prägnante Formulierung des Trennungsgebots bei *Gusy* GA 1999, 319 (325): „Wer (fast) alles weiß, soll nicht alles dürfen; wer (fast) alles darf, soll nicht alles wissen.“

⁴⁷⁷ Vgl. zur Konsolidierung und partiellen Neubestimmung des Grundsatzes der hypothetischen Datenneuerhebung BVerfG NJW 2016, 1781 (1801 f.).

⁴⁷⁸ Bündig *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 58 ff., mwN.

⁴⁷⁹ Vgl. etwa § 2 Abs. 1 S. 3 BVerfSchG; § 1 Abs. 1 S. 2 BNDG; § 1 Abs. 4 MADG.

⁴⁸⁰ *Fremuth* AÖR 139 (2014), 32 (51).

tionsstruktur, bei der überhaupt von einer einheitlichen Behörde gesprochen werden könnte, barge praktisch zwangsläufig eine nicht mehr hinnehmbare Gefahr von Umgebungen. Der Vergleich mit den präventivpolizeilichen und strafprozessualen Aufgaben der Polizei⁴⁸¹ trägt nicht, da sich diese Aufgaben weniger fundamental voneinander unterscheiden als die Aufgaben von Nachrichtendiensten und imperativ tätigen Behörden wie der Polizei. Die gebotene organisatorische Trennung setzt im Übrigen auch eine personelle Trennung voraus.⁴⁸²

(2) Befugnisrechtliches Trennungsgebot. Darüber hinaus bedarf es einer **befugnis-rechtlichen** Trennung. Die Nachrichtendienste dürfen selbst nicht mit imperativen Eingriffsbefugnissen ausgestattet werden. Sie dürfen imperativ tätige Behörden, insbesondere die Polizei, auch nicht im Wege der Amtshilfe um imperative Maßnahmen ersuchen, zu denen sie selbst nicht befugt sind. Ebenso dürfen sie gegenüber solchen Behörden nicht mit Weisungsbefugnissen ausgestattet werden. Diese Dimension des Trennungsgebots ist gleichfalls im geltenden Recht ausdrücklich geregelt.⁴⁸³

(3) Kein funktionelles Trennungsgebot. Ein eigenständiges weiteres Gebot einer funktionellen Trennung von Nachrichtendiensten und Polizei lässt sich hingegen **nicht begründen**. Dieses Gebot soll einer Aufgabenverschmelzung entgegenstehen und sich gegen eine teils beklagte „**Verpolizeilichung der Nachrichtendienste**“ bei gleichzeitiger „**Vernachrichtendienstlichung der Polizei**“ richten.⁴⁸⁴ Hieran trifft zu, dass die spezifischen Aufgaben und Befugnisse der Nachrichtendienste die Grundlage für ihre grundrechtliche Privilegierung bilden. Zudem haben sich die Tätigkeitskreise von Nachrichtendiensten und Polizeibehörden einander in den letzten Jahren zunehmend angenähert. Für diese Annäherung bestehen verfassungsrechtliche Grenzen, die sich allerdings nicht aus einem besonderen funktionellen Trennungsgebot ergeben, sondern sich auf andere grundrechtliche Wurzeln zurückführen lassen.

Eine „**Verpolizeilichung der Nachrichtendienste**“ ist jedenfalls auf der Ebene der Rechtsgrundlagen ihrer Tätigkeit **nicht festzustellen**. Die Nachrichtendienste verfügen nach wie vor nicht über imperative Eingriffsbefugnisse, wie sie die Polizei kennzeichnen.

In diesem Zusammenhang werden allerdings mitunter die im Zuge der Terrorismusbekämpfung geschaffenen Ermächtigungen genannt, bei bestimmten Dienstleistern **Auskünfte über Kundendaten** einzuholen.⁴⁸⁵ Hierin wird teils eine Annäherung an die vermeintlich spezifisch polizeiliche Befugnis gesehen, Personen zu befragen.⁴⁸⁶ Jedoch ist die Informationsbeschaffung seit jeher Aufgabe der Nachrichtendienste. Diese Aufgabe kann Mitwirkungspflichten gesellschaftlicher Stellen erforderlich machen. So enthielt das G 10 von vornherein eine Pflicht der damaligen Deutschen Bundespost, den Nachrichtendiensten die Überwachung von Postsendungen und Telekommunikationsverkehren zu ermöglichen.⁴⁸⁷ Hierin liegt **keine spezifisch polizeiliche Befugnis** zu einer imperativen Sozialgestaltung.⁴⁸⁸

Darüber hinaus haben die Länder Bayern und Hessen die Aufgaben ihrer Verfassungsschutzbehörden auf die **Beobachtung von Gruppierungen der organisierten Kriminalität** ausgedehnt.⁴⁸⁹ Auch die Ermächtigung des Bundesnachrichtendienstes zur strategi-

⁴⁸¹ *Fremuth* AÖR 139 (2014), 32 (51).

⁴⁸² *Gusy* Die Verwaltung 24 (1991), 467 (484).

⁴⁸³ Vgl. etwa § 8 Abs. 3 BVerfSchG; § 2 Abs. 3 S. 1 BNDG; § 4 Abs. 2 MADG.

⁴⁸⁴ Etwa *Baumann* DVBl 2005, 798 (800).

⁴⁸⁵ Vgl. etwa § 8a BVerfSchG; § 3 BNDG; § 4a MADG.

⁴⁸⁶ *Mehde* JZ 2005, 815 (817); *Fremuth* AÖR 139 (2014), 53.

⁴⁸⁷ Vgl. § 1 Abs. 2 G 10 in der Fassung des Gesetz v. 13.8.1968, BGBl. I 949.

⁴⁸⁸ *Gusy* Die Verwaltung 24 (1991), 467 (486), hält darüber hinaus für spezifisch polizeilich solche Datenerhebungsbefugnisse, denen Duldungspflichten der Zielperson korrespondieren, wie sie sich etwa in den Regelungen zu Beschlagnahmen oder erkundungsdienstlichen Behandlungen finden. Dies lässt sich jedoch jedenfalls nicht auf Auskunftspflichten Dritter gegenüber den Nachrichtendiensten übertragen.

⁴⁸⁹ Art. 3 S. 2 BayVSG; § 2 Abs. 1 S. 2 HessLVerfSchG.

ischen Überwachung der internationalen Telekommunikation wurde auf bestimmte Deliktsfelder der grenzüberschreitenden organisierten Kriminalität erweitert.⁴⁹⁰ Entgegen einer in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung⁴⁹¹ bestehen hiergegen **keine generellen verfassungsrechtlichen Bedenken** aufgrund eines funktionellen Trennungsgebots.⁴⁹² Die Aufgaben von Nachrichtendiensten und Polizei unterscheiden sich nicht thematisch aufgrund von Eigenschaften der beobachteten Gruppierungen oder Aktivitäten. Insoweit gibt es seit jeher Überschneidungen. Denn einerseits sind verfassungsfeindliche Handlungen und Bedrohungen der Sicherheit der Bundesrepublik in erheblichem Umfang verboten und strafbar. Andererseits endet der Beobachtungsauftrag der Nachrichtendienste nicht automatisch, wenn eine konkrete Gefahr eintritt oder der Anfangsverdacht einer Straftat besteht.⁴⁹³ Maßgeblich für die **Abgrenzung von Nachrichtendiensten und Polizei** sind stattdessen die unterschiedlichen **Ziele der Beobachtung**, nämlich einerseits die politische Information der Regierung, andererseits die eigenhändige unmittelbare Sozialgestaltung, und die zugehörigen Befugnisse.⁴⁹⁴ Je stärker sich die Aufgaben von Nachrichtendiensten und Polizei **thematisch überschneiden**, desto mehr ist allerdings bei der Anwendung des Nachrichtendienstrechts darauf zu achten, dass Überwachungen strikt auf den spezifischen Beobachtungsauftrag der Nachrichtendienste bezogen bleiben.⁴⁹⁵ Soweit der Bund seinen Nachrichtendiensten weitere Beobachtungsaufträge über die hergebrachten Tätigkeitsfelder hinaus zuweisen will, muss er zudem selbstverständlich die Grenzen seiner Regelungs- und Verwaltungskompetenzen beachten.⁴⁹⁶ Schließlich ist es eine rechtspolitisch zu entscheidende Frage, ob und welche politischen Erträge eine Beobachtung von Strukturen der organisierten Kriminalität durch Nachrichtendienste insbesondere im Inland erbringen kann.⁴⁹⁷

258 Eine „**Vernachrichtendienstlichung der Polizei**“ lässt sich insoweit beobachten, als in den letzten Jahrzehnten die **Überwachungsbefugnisse der Polizei** nach dem Strafprozess- und dem Polizeirecht stetig ausgedehnt wurden.⁴⁹⁸ Auch diese Entwicklung ist jedoch **nicht an einem eigenständigen funktionellen Trennungsgebot zu messen**. Vielmehr müssen neue Überwachungsermächtigungen im Strafprozess- und Polizeirecht schlicht den Grundrechten genügen.⁴⁹⁹ Indem die Grundrechte eingriffsintensive Überwachungsmaßnahmen durch Behörden mit imperativen Eingriffsbefugnissen an die Mindestschwellen einer konkreten Gefahr (im verfassungsrechtlichen Sinne) für bedeutsame Rechtsgüter⁵⁰⁰ oder des Anfangsverdachts einer schweren Straftat binden,⁵⁰¹ beschränken sie die Überwachungstätigkeit der Polizei auf konkretisierte soziale Konflikte. Die jüngere Entwicklung des polizeilichen Eingriffsrechts beruht darauf, dass der Gesetzgeber zunehmend bestrebt ist, konsequent bis an die Grenzen des verfassungsrechtlich Erlaubten zu

⁴⁹⁰ § 5 Abs. 1 S. 3 Nr. 3–8 G 10.

⁴⁹¹ Vgl. zur Aufgabe der Verfassungsschutzbehörden etwa SächsVerfGH NVwZ 2005, 1310 (1311 ff.); *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001, S. 227 f.; zur Erweiterung der strategischen TKÜ etwa *Staff KJ* 1999, 586 ff.

⁴⁹² *Mösl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 411 f.; vgl. ferner zu der Regelungskompetenz für die Aufklärung bestimmter Erscheinungsformen der OK durch den BND BVerfGE 100, 313 (368 ff.), wo die Frage nach einem kompetenzrechtlich abgeleiteten Trennungsgebot ausdr. offengelassen wird, *ebd.* S. 369 f.

⁴⁹³ AA anscheinend *Denninger KritV* 1994, 232 (236).

⁴⁹⁴ Vgl. unter kompetenzrechtlichen Vorzeichen BVerfGE 100, 313 (370 ff.).

⁴⁹⁵ Näher *Bäcker DÖV* 2011, 840 (845 f.).

⁴⁹⁶ Zu Recht krit. dazu, bereits aus den hergebrachten Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden einen Auftrag zur Aufklärung von Strukturen der OK abzuleiten, *Denninger KritV* 1994, 232 (233 ff.); *Gusy GA* 1999, 319 (324 ff.).

⁴⁹⁷ Mit guten Gründen skeptisch hierzu *Denninger KritV* 1994, 232 (238 ff.); *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 227 f.

⁴⁹⁸ *Wolff DÖV* 2009, 597 (599).

⁴⁹⁹ Insoweit wie hier *Nehm NJW* 2004, 3289 (3293); tendenziell auch *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 229 f.

⁵⁰⁰ BVerfG NJW 2016, 1781 (1785).

⁵⁰¹ BVerfGE 129, 208 (243 f.).

gehen. Die angezeigte kritische Diskussion dieses Regulierungsansatzes muss, soweit er die grundrechtlichen Grenzen beachtet, sicherheitspolitisch geführt werden.

(4) Informationelles Trennungsprinzip. Schließlich lässt sich aus dem grundrechtlichen 259 Informationsschutz ein **informationelles Trennungsprinzip** ableiten, wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zur Antiterrordatei herausgearbeitet hat.⁵⁰² Grundlage der informationellen Trennung von Nachrichtendiensten und Polizei ist wiederum der **Umgehungsgedanke**.⁵⁰³ Dürften die Nachrichtendienste die von ihnen gesammelten Informationen ohne weiteres an die Polizei weiterleiten, so würden die grundrechtlichen Anforderungen an polizeiliche Überwachungen teilweise unterlaufen. Erst recht dürfen die Nachrichtendienste ihre weitreichenden Überwachungsbefugnisse nicht einsetzen, um gezielt „Zufallsfunde“ für eine Weiterleitung an andere Behörden zu generieren.⁵⁰⁴ Würden die Nachrichtendienste als systematische Informationsbeschaffer für die Polizei konzipiert,⁵⁰⁵ so wären vielmehr ihre Überwachungsbefugnisse unmodifiziert an den Maßstäben zu messen, die für polizeiliche Befugnisse gelten.

Allerdings zielt das informationelle Trennungsprinzip **nicht** auf eine **vollständige informationelle Abschottung** von Nachrichtendiensten und Polizei. Zum einen ist ein Informationsfluss von der Polizei zu den Nachrichtendiensten weit weniger problematisch als eine Übermittlung von den Nachrichtendiensten an die Polizei. Zum anderen wäre es überzogen und auch mit grundrechtlichen Schutzwürten kaum vereinbar, **Datenübermittlungen von den Nachrichtendiensten an die Polizei** auch in akuten Krisenlagen für hochrangige Rechtsgüter vollständig zu unterbinden. Das informationelle Trennungsprinzip darf daher aus hinreichendem Anlass durchbrochen werden.⁵⁰⁶ Im Ergebnis gelten daher für Datenübermittlungen von Nachrichtendiensten an Polizeibehörden keine besonderen verfassungsrechtlichen Anforderungen. Sie sind wie alle zweckändernden Datenübermittlungen an dem **Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung** zu messen, das allgemein Umgehungsgefahren bei dem Informationsaustausch zwischen Behörden abschirmt.⁵⁰⁷

c) Verstetigte informationelle Kooperationen von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten – insbesondere zu den Gemeinsamen Zentren

Während das geltende Fachrecht Polizeibehörden und Nachrichtendienste in organisatorischer und befugnisrechtlicher Hinsicht streng trennt, ermöglicht es einen **weitreichenden Informationsaustausch** zwischen ihnen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist dies grundsätzlich nicht problematisch. Das informationelle Trennungsgebot verbietet Informationsflüsse zwischen Polizei und Nachrichtendiensten nicht generell, sondern beschränkt sie lediglich auf hinreichend gewichtige Fälle. Dies gilt daneben auch für den Informationsaustausch mit weiteren Behörden, die im Rahmen eines „ganzheitlichen Bekämpfungsansatzes“ auf bestimmten Kriminalitätsfeldern – insbesondere gegenüber terroristischer Gewalt – gleichfalls zur Verhütung von Straftaten beitragen sollen.⁵⁰⁸ Voraussetzung des Informationsaustauschs sind **Ermächtigungen zu Datenübermittlungen**, die den Informationsfluss hinreichend bestimmt regulieren und hinreichend eng begrenzen. Die Übermittlungsermächtigungen insbesondere im gegenwärtigen Nachrichtendienstrecht verfehlten diese Anforderungen teils erheblich.⁵⁰⁹

⁵⁰² BVerfGE 133, 277 (329).

⁵⁰³ Gärditz JZ 2013, 633 (634).

⁵⁰⁴ BVerfG NStZ 2011, 103 (106).

⁵⁰⁵ So für die Terrorismusabwehr anscheinend Wolff DVBl 2015, 1076 (1078).

⁵⁰⁶ BVerfGE 133, 277 (329).

⁵⁰⁷ BVerfG Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1140/09, Rn. 286 ff.

⁵⁰⁸ Vgl. die Beiträge in BKA, Neue Allianzen gegen Kriminalität und Gewalt.

⁵⁰⁹ → H Rn. 100 ff.

- 262 Zusätzliche verfassungsrechtliche Fragen werfen **verfestigte und verstetigte informationelle Kooperationen** zwischen unterschiedlichen Sicherheitsbehörden auf, insbesondere wenn sich daran sowohl Polizeibehörden als auch Nachrichtendienste beteiligen. Das geltende Recht enthält spezifische Rechtsgrundlagen für **gemeinsame Dateien** dieser Behörden. Diese werden teils dauerhaft geführt, sind dann aber thematisch eingegrenzt und primär auf eine Indexfunktion beschränkt.⁵¹⁰ Teils werden thematisch und inhaltlich weitreichende Dateien ermöglicht, die aber auf ein konkretes Auswertungsprojekt bezogen bleiben müssen und durch dieses Projekt auch zeitlich begrenzt werden.⁵¹¹
- 263 Daneben arbeiten Polizeibehörden und Nachrichtendienste themenbezogen in den so genannten **Gemeinsamen Zentren** zusammen, an denen jeweils noch weitere Behörden teilnehmen. Dabei handelt es sich um eine verstetigte und – auch räumlich – verfestigte informationelle Kooperation. So finden im Gemeinsamen Terrorismusabwehrzentrum in Berlin, mit dem das Zentrenmodell begann, tägliche Lagebesprechungen statt. Daneben ist die Kooperation in mehrere Arbeitsgruppen gegliedert, die teils regelmäßig, teils bedarfsabhängig zusammentreten.⁵¹²
- 264 Für die Zentren bestehen – anders als für die erheblich enger begrenzten gemeinsamen Dateien – keine besonderen Rechtsgrundlagen. Die Kooperation in den Zentren stützt sich auf die **allgemeinen Ermächtigungen zu Datenübermittlungen** in den Fachgesetzen der beteiligten Behörden. Diese Regelungen reichen jedoch nicht aus, um den Informationsaustausch in den Zentren verfassungsrechtlich zu legitimieren.⁵¹³ Die allgemeinen Übermittlungsermächtigungen sind auf punktuelle informationelle Kontakte und primär auf Übermittlungen zugeschnitten, denen ein Ersuchen der Empfangsbehörde zugrunde liegt. Eine ständige informationelle Kooperation, bei der die beteiligten Behörden einander personenbezogene Informationen überwiegend proaktiv zur Verfügung stellen, hat eine andere Qualität.⁵¹⁴ Zudem übermitteln die teilnehmenden Behörden in den Zentren einander nicht lediglich Informationen, die sie anschließend je für sich weiterverarbeiten. Vielmehr erstellen sie in den Arbeitsgruppen teils personenbezogene Auswertungen (wie Gefährdungs- oder Fallanalysen). Auf diese Weise bündeln die teilnehmenden Behörden ihre analytischen Fähigkeiten und erzeugen aus den bis dahin verstreuten Einzeldaten neue Informationen, über die bislang keine von ihnen verfügt hat und die so auch keine hätte zusammenstellen können. Dieser Vorgang begründet eigenständige grundrechtliche Risiken, die durch **spezifische gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen für die Zentren** abgeschirmt werden müssen.
- 265 Die gebotenen Regelungen müssen die Zentren konstituieren, indem sie ihnen **Themen** (etwa Kriminalitätsfelder oder Gefahrenbereiche) zuweisen und festlegen, **welche Behörden** an ihnen teilnehmen. Darüber hinaus müssen sie die Informationsverarbeitung in den Zentren durch **hinreichende Eingriffsschwellen** anleiten. Schließlich müssen die Rechtsgrundlagen für die Zentren auch **spezifische Kontrollmechanismen** schaf-

⁵¹⁰ Vgl. das ATDG und das RED-G.

⁵¹¹ Vgl. § 17 BKAG; § 22a BVerfSchG; § 25 BNDG.

⁵¹² Vgl. die eingehende Darstellung von Vorgeschichte und Organisation des Gemeinsamen Terrorismusabwehrzentrums bei *Sommerfeld*, Verwaltungsnetzwerke am Beispiel des Gemeinsamen Terrorismusabwehrzentrums des Bundes und der Länder (GTAZ), 154 ff.

⁵¹³ Vgl. zum Folgenden den Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetzgebung in Deutschland v. 28.8.2013, 172 ff.; zur Gegenauuffassung ebd., 180 ff. IErg wie hier aus der juristischen Lit. *Fremuth* AÖR 139 (2014), 32 (67 ff.); *Sommerfeld*, Verwaltungsnetzwerke am Beispiel des Gemeinsamen Terrorismusabwehrzentrums des Bundes und der Länder (GTAZ), 258 ff.; *Berger*, Die Ordnung der Aufgaben im Staat, 2016, 160 f.; aA *Rathgeber* DVBl 2013, 1009 (1012 f.); *Dombert/Räuker* DÖV 2014, 414 (416 f.); *Linke* DÖV 2015, 128 (134 f.); ferner *Weisser* NVwZ 2011, 142 (145 f.), der allerdings eine gesetzliche Grundlage für das GTAZ rechtspolitisch für angezeigt hält.

⁵¹⁴ Vgl. zur Antiterrodatei trotz ihrer (prinzipiellen) Konzeption als bloße Indexdatei BVerfGE 133, 277 (331); ferner zu der problematischen organisationsrechtlichen Einordnung der Zentren *Sommerfeld*, Verwaltungsnetzwerke am Beispiel des Gemeinsamen Terrorismusabwehrzentrums des Bundes und der Länder (GTAZ), 217 ff.