

S. 2 ff GGO II). Keinesfalls darf der materielle Normgehalt angetastet werden¹⁵⁷. Sowohl im Bund (BGBl. III) als auch in den Ländern ist man bemüht, den geltenden Gesetzesbestand nach Sachgebieten geordnet zusammenzu-

fassen. Dies dient vor allem auch der *Rechtsbereinigung*¹⁵⁸.

¹⁵⁷ BVerfGE 48, 1.

¹⁵⁸ Ellwein-Kommission (Fn. 141), S. 35 ff; 212 ff.

Die Rechtsstellung der Nachrichtendienste

Von Privatdozent Dr. Christoph Gusy, Hagen

Die Arbeit der Nachrichtendienste ist unter mehreren Aspekten in jüngerer Zeit Gegenstand politischer wie rechtswissenschaftlicher Diskussion geworden. Die Ausweitung ihrer Tätigkeit im Zuge der Bestrebungen, „Radikale“ vom öffentlichen Dienst fernzuhalten¹, hat die Zahl der überprüften Personen sprunghaft ansteigen lassen. Die Modernisierung ihrer Arbeitsweise durch EDV ließ den Diensten in vielen Erörterungen zum Datenschutz besondere Bedeutung zukommen². Auch einzelne, aber regelmäßige Skandale lenken die öffentliche Aufmerksamkeit auf diesen Themenbereich³. Dabei ist die Materie gerade für die Rechtswissenschaft überaus spröde: Das oft beklagte „Zusammentreffen von unzureichender Gesetzgebung und ineffizienter Kontrolle“⁴ führt dazu, daß es im Einzelfall sowohl an Kenntnissen des Sachverhaltes als auch an ausreichenden Normen zu dessen Beurteilung mangelt⁵. Sachverhaltskenntnis und anwendbares Recht sind allerdings notwendige Voraussetzungen der Arbeit des Juristen. Die genannten Defizite teilt die Bundesrepublik mit nahezu allen Staaten der Welt: Geheimdienste sind eben auch vor dem Gesetz geheim⁶.

Das Grundgesetz selbst enthält nur spärliche Hinweise auf die Materie. Nach Art. 73 Nr. 10b GG hat der Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder zum *Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, des Bestandes und der Sicherheit des Bundes oder eines Landes*. Diese drei Materien werden dort als „Verfassungsschutz“ bezeichnet. Daneben ist der Bund durch Art. 87 I 2 GG ermächtigt, Zentralstellen zur Sammlung von Unterlagen für Zwecke des Verfassungsschutzes durch Gesetz einzurichten⁷. Beide Vorschriften sind ohne Aussprache im Parlamentarischen Rat aufgrund interfraktioneller Vereinbarungen in den Verfassungstext aufgenommen worden. Die Entstehungsgeschichte ist daher überaus unergiebig. Umstritten ist insbesondere, wie weit der Bund aufgrund seiner Kompetenz zu Regelungen der „Zusammenarbeit“ die Angelegenheiten des Verfassungsschutzes in den einzelnen Bundesländern an sich ziehen darf⁸. Wie die Länder die Zusammenarbeit mit dem Bund organisieren, steht grundsätzlich ihrer eigenen Regelung offen. Insbesondere ist Zusammenarbeit nicht identisch mit Uniformität in allen Gebietskörperschaften.

I. Entwicklung und Aufgaben der Nachrichtendienste

Das gegenwärtige Nebeneinander der verschiedenen Nachrichtendienste sowie ihre bisweilen wenig zweckmäßig anmutende Kompetenzabgrenzung ist das Ergebnis der historischen Entwicklung. Gewarnt durch die Hypertrophie der Geheimen Staatspolizei in der NS-Zeit, standen Parlamentarischer Rat und Alliierte gleichermaßen geheimdienstlichen Aktivitäten in der Bundesrepublik überaus reserviert gegenüber⁹. So entstanden die einzelnen Organisationen erst zwischen 1950 und 1960, wobei eher Zufälle als System erkennbar wurden.

1. Ämter für Verfassungsschutz

Das *Bundesamt für Verfassungsschutz* ist die primäre „Zentralstelle“ nach Art. 87 I 2 GG. Seine Rechtsgrundlage ist das Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes (Sartorius 80). Dieses Gesetz aus dem Jahre 1950 ist aufgrund der Bundeskompetenzen sowohl aus Art. 73 Nr. 10b GG als auch aus Art. 87 I 2 GG ergangen. Dementsprechend faßt es überaus heterogene Materien zusammen: Es errichtet das Bundesamt für Verfassungsschutz (§ 2 I) als „Zentralstelle“ des Bundes und weist diesem seine Aufgaben und seine allgemeinen Befugnisse zu (§ 3). Daneben regelt es die Zusammenarbeit von Bund und Ländern im Verfassungsschutz (§ 1). Hierzu verpflichtet es die Länder zur Benennung eigener Behörden für die Zwecke der Zusammenarbeit (§ 2 II). Daraus resultiert ein Nebeneinander von einem Bundesamt und elf *Landesämtern für Verfassungsschutz*.

Die Aufgaben des Bundesamtes finden ihre verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 87 I 2 GG. Hierzu zählen — wie auch für die Landesämter — das *Sammeln und das Auswerten von Informationen* zu Zwecken des Verfassungsschutzes. Welche Zwecke dies konkret sein sollen, ist in § 3 ZusammenarbeitsG eingehend aufgezählt¹⁰. Deutlich wird daraus, daß die Ämter auf Aufklärungsaufgaben durch Informationsverarbeitung beschränkt sind. Die zu verarbeitenden *Informationen* sind allein solche *über Vorgänge im Inland*, nicht hingegen auslandsbezogene Daten. Nicht hierzu zählen insbesondere:

Maßnahmen zur Gefahrenbekämpfung oder -beseitigung, indem die Ämter gegen tatsächliche oder vermeintliche Störer vor-

¹ S. grundlegend BVerfGE 39, 334 ff; 46, 43 ff; BVerfGE 47, 330 ff; näher OVG Berlin, NJW 1978, 1644 ff; BVerwG, NJW 1984, 1636 ff.

² Dazu jüngst *Bäumler*, AöR 1985, 30 ff mit Überblick.

³ Berichte etwa in BT-Drs. 7/3083; 7/3246; 8/3835; 10/1604.

⁴ *Borgs/Maciejewski*, Aus Politik und Zeitgeschichte, 1977, Heft 6, S. 21.

⁵ *Rupp* in: Verfassungsschutz und Rechtsstaat, 1981, S. 157 ff.

⁶ Zu Neuansätzen in Italien aber jüngst *Riegel*, RiA 1984, 49.

⁷ Die eingehendste Kommentierung zu beiden Vorschriften findet sich bei *Evers* in BK, Art. 73 Nr. 10 GG; zu den Bundes- und Landeskompetenzen *Gusy*, BayVBl. 1982, 201 ff.

⁸ Sehr weit BVerwG, JZ 1984, 737 mit ablehnender Anm. *Bull*; zurückhaltend auch *Gusy* aaO (Fn. 7).

⁹ Während der Entstehung des Grundgesetzes sollten zunächst jedenfalls auf Bundesebene derartige Einrichtungen völlig verhindert werden; s. dazu das Memorandum der Alliierten an den Parlamentarischen Rat vom 2. 11. 1948, abgedruckt in BK, Einleitung, S. 98 ff.

¹⁰ Ob hierzu auch die Überprüfung von Personen gehört, die zur Einstellung für den öffentlichen Dienst in Betracht kommen, ist nicht völlig unzweifelhaft, da § 3 II ZusammenarbeitsG sehr zurückhaltend formuliert; s. dagegen die ausdrückliche Zuweisung in Art. 2 II 4 BayVerfSchG, § 3 II 4 BWLVSG, § 3 II NdsVerfSchG; ablehnend für den Bund VG Kassel, NJW 1977, 692, 693 f; *Schneider*, NJW 1978, 1601, 1602 f; *Schatzschneider*, Die Ermittlungstätigkeit der Ämter für Verfassungsschutz und Grundrechte, 1979, S. 195 ff.

gehen. Sie verarbeiten vielmehr die Informationen über Gefährdungen, aufgrund derer andere Behörden den Gefährlagen entgegenwirken. Daraus ergibt sich die aufgabenmäßige und organisatorische Trennung von Gefahrenaufklärung und -bekämpfung im Verfassungsschutzbereich. So unzweckmäßig diese auf den ersten Blick erscheinen mag, so ist sie durch Art. 87 I 2 GG vorgegeben. Danach sind die dort vorgesehenen Aufgaben „Zentralstellen“, also mehreren Stellen, zu übertragen. Damit kommt das Grundgesetz den Forderungen der Alliierten in ihrem „*Polizeibrief*“ vom 8./14. 4. 1949 nach, die einen Ausschluß polizeilicher Befugnisse für die Nachrichtendienste verlangten. Dem trägt das geltende Recht durch die organisatorische Differenzierung zwischen den Behörden Rechnung, die in § 3 III 4 ZusammenarbeitsG ihre Ausprägung, aber nicht ihre Grundlage gefunden hat. Diese ergibt sich vielmehr aus Art. 87 I 2 GG selbst¹¹.

Handlungen, welche die jeweilige Gefährdung erst begründen. Die zu beobachtenden Bestrebungen müssen von der Tätigkeit der Ämter verschieden sein, sie dürfen durch die Ämter nicht erst hervorgebracht werden. So ist es ihnen untersagt, durch ihre Agenten verfassungsfeindliche Gruppen zu gründen, politische Vereinigungen zu verfassungswidrigem Handeln aufzuhetzen, friedliche Versammlungen zu gewalttätigen Aktivitäten anzustiften oder auch nur deren Ziele umzugestalten¹².

Die Anstiftung bislang nicht nachrichtendienstlich in Erscheinung getretener Personen zu Zwecken des „Testens“ ihrer Verfassungstreue: Gehen die Bürger auf solche Anstiftungen ein, so ergeben sich daraus zwar Erkenntnisse über möglicherweise mangelnde Resistenz gegen verfassungsfeindliche Einwirkungen, aber noch keine Erkenntnisse über derartige „Bestrebungen“.

Nachrichtendienstliche Aufklärungsaufgaben sind von polizeilichen Aufklärungsmaßnahmen gegenständlich kaum zu unterscheiden. Die Differenzierung ist vielmehr nach dem Anlaß der Informationssammlung vorzunehmen: Während polizeiliche Nachforschungen Anhaltspunkte für — begangene — Straftaten (§ 163 StPO) oder eine polizeiliche Gefahr nach Polizeirecht voraussetzen, handeln Nachrichtendienste unabhängig von solchen Gefahren im „Vorfeld“¹³. Dementsprechend dürfen nachrichtendienstliche Nachforschungen eher einsetzen als polizeiliche. Sind aber Anhaltspunkte für Straftaten oder polizeiliche Gefahren erkennbar, so kann es durchaus eintreten, daß dieselbe Materie parallel vom Bundesamt für Verfassungsschutz, mindestens einem Landesamt und der Polizei aufgeklärt wird. Im Gefahrenbereich sind Kompetenzüberschneidungen unvermeidbar.

2. Militärischer Abschirmdienst

Der Militärische Abschirmdienst wurde mit der Bundeswehr im Jahre 1956 gegründet. Er ist eine Einrichtung der Bundeswehr nach Art. 87 a I GG und im Rahmen der Organisationsgewalt des Bundesministers der Verteidigung nach Art. 65 a GG gegründet. Eine gesetzliche Grundlage hat er bis in die Gegenwart nicht¹⁴. Seine Aufgaben und seine Organisation als „MAD-Amt“ sind lediglich in unveröffentlichten Erlassen geregelt¹⁵. Danach hat er „im Zuständigkeitsbereich des Bundesministers für Verteidigung die Bundeswehr in ihrem personellen Bestand (militärisches und ziviles Personal) sowie in ihren Anlagen, Einrichtungen und Gegenständen gegen (verfassungsfeindliche) Bestrebungen zu schützen“. Faktisch bedeutet dies eine parallele Aufgabenstellung zu derjenigen des Bundesamtes für Verfassungsschutz für den Zuständigkeitsbereich des Bundesministers der Verteidigung. Dementsprechend kommt es hier auch zu vielfältigen Zuständigkeitsüberschneidungen. Dies gilt um so mehr, als das ZusammenarbeitsG den Verteidigungsbereich aus den Kompetenzen des Verfassungsschutzes nicht ausspart, so daß faktisch eine Doppelzuständigkeit entsteht. Weder macht das ZusammenarbeitsG vor der Bundeswehr halt, noch vermögen

die Richtlinien für den MAD das ZusammenarbeitsG einzuschränken.

Der MAD operiert in enger Anlehnung an die Bundeswehr: Wo die Streitkräfte sind, ist auch der MAD. Dabei hat der Dienst inländische Vorgänge aufzuklären; Auslandsaufklärung ist ihm demgegenüber nicht übertragen. Im Zentrum seiner Arbeit steht deshalb die *Aufklärung im Inland über Vorgänge im Inland*. Dabei begreift er seine Aufgabe nicht eng. Was sicherheitsrelevant ist, ist ihm auch für die Bundeswehr sicherheitsrelevant und daher vom MAD zu erforschen. Diese Praxis ist mit seinen Rechtsgrundlagen nicht in Einklang zu bringen.

Ist er eine Einrichtung der Bundeswehr, so können seine Aufgaben nicht weiter reichen als diejenigen der Bundeswehr nach Art. 87 a GG, 65 a GG. Entgegen ständiger Praxis bezieht sich seine Zuständigkeit nicht auf Kriegsdienstverweigerer, Untaugliche, Reservisten nach Beendigung ihrer Wehrdiensttauglichkeit oder Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens ohne spezifischen Bezug zur Verteidigungspolitik.

3. Bundesnachrichtendienst

Der Bundesnachrichtendienst ist der älteste Nachrichtendienst auf dem Boden der Bundesrepublik. Er steht in Kontinuität zum Geheimdienst der Wehrmacht, dem die Ostaufklärung oblag. Nach dem Zweiten Weltkrieg von den Amerikanern rekonstruiert, wurde er im Jahre 1955 durch die Bundesrepublik übernommen. Über eine gesetzliche Grundlage verfügt er bis heute nicht¹⁶.

Problematisch ist diese gesetzesfreie Bundesverwaltung, weil der Bund *neue Verwaltungsaufgaben nur durch Gesetz* begründen kann. Das gilt unabhängig davon, ob man den BND als „Zentralstelle“ im Sinne des Art. 87 I 2 GG oder als Bundesbehörde im Sinne des Art. 87 III GG qualifiziert. Beide Vorschriften normieren nämlich explizit Gesetzesvorbehalte für die „Einrichtung“ von Bundesbehörden. Für den MAD stellt sich dieses Problem dagegen nicht, da er als Amt der Bundeswehr kraft grundgesetzlicher Ermächtigung besteht (Art. 87 a GG).

Die Aufgaben des Bundesnachrichtendienstes sind in einer „Dienstanweisung“ vom 4. 12. 1968 geregelt. Danach hat er folgende Aufgaben¹⁷:

„Die nachrichtendienstliche Auslandsaufklärung durch Beschaffung und Auswertung von Informationen auf außenpolitischem, wirtschaftlichem, rüstungstechnischem und militärischem Gebiet; die Aufklärung der gegnerischen Nachrichtendienste (Gegenspionage); die Erledigung sonstiger nachrichtendienstlicher Aufträge des Bundeskanzlers und der Bundesregierung im Ausland; die Spionageabwehr innerhalb des Bundesnachrichtendienstes, sofern der Chef des Bundeskanzleramtes nicht im Einzelfall eine andere Regelung trifft.

Auf innenpolitischem Gebiet wird der BND nicht tätig.

Exekutivbefugnisse besitzt der BND nur, soweit sie ihm für besondere Aufgaben durch Bundesgesetz übertragen werden.“

Der BND erforscht demnach das Ausland; ihm obliegt die *Auslandsaufklärung*. Diese Aufgabe nimmt er aber auch im Bundesgebiet wahr. Entgegen verbreiteter Ansicht

¹¹ Kritisch dagegen in jüngerer Zeit *Scholz/Pitschas*, Grundrechtsschutz der informationellen Selbstbestimmung, 1984, S. 187 ff.

¹² Dagegen auch *Schatzschneider* aaO (Fn. 10), S. 281 aus anderen Erwägungen.

¹³ Zu den Unterschieden *Friedrichs*, Der Einsatz von V-Leuten durch die Ämter für Verfassungsschutz, 1981, S. 65 ff; zum „Vorfeld“ *Gusy*, DöV 1983, 62 f.

¹⁴ Kritisch dazu *Klein*, VVDStRL 37, 92; *Riegel*, NJW 1979, 955 f; *Schwan*, NJW 1980, 1997.

¹⁵ Zum MAD eingehend *Gusy*, DöV 1983, 60 ff; DER SPIEGEL 1984, Heft 40, S. 30 ff; BT-Drs. 10/1604.

¹⁶ Zum BND näher *Gusy*, DV 1984, 273 ff; *Rieger*, ZRP 1985, 3 ff.

¹⁷ BT-Drs. 7/3246, S. 47.

ist er also auch im Inland tätig¹⁸. Wegen der fehlenden Rechtsgrundlagen sind Voraussetzung und Grenzen seiner Ermittlungstätigkeit völlig ungeklärt. Deutlich ist lediglich, daß ihm allein Aufklärungsaufgaben zukommen sollen; andere darf er hingegen nicht wahrnehmen. Unzweifelhaft rechtswidrig ist die Inlandsaufklärung, die bei diesem Amt jedenfalls in der Vergangenheit auch anzutreffen war.

II. Die Befugnisse der Nachrichtendienste

Befugnisnormen sind gesetzliche Bestimmungen, welche Staatsorgane zu Eingriffen in Freiheitsrechte der Bürger ermächtigen.

1. Das Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses¹⁹

Das G-10 schränkt das Grundrecht aus Art. 10 I GG ein (§ 10 I). Es weist den Nachrichtendiensten die Aufgabe zu, den Postverkehr zur Abwehr von Gefahren für die nachrichtendienstlichen Schutzgüter zu überwachen (§ 1). Dies geschieht auf zweifache Weise.

§ 2 G-10 ermächtigt zu Anordnungen von *Beschränkungen gegen bestimmte Personen*, die als „Verdächtige“ oder bestimmte Dritte im Kontakt zu Verdächtigen definiert werden. Voraussetzung für diese Einschränkung ist, daß tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht bestehen, daß eine Person näher genannte Straftaten plant, begeht oder begangen hat. Ziel der Maßnahmen darf aber nicht die Ermittlung zum Zwecke der Strafverfolgung sein, sondern nur die Sammlung von Erkenntnissen bezüglich gegenwärtiger oder zukünftiger Gefahren für die nachrichtendienstlichen Schutzgüter. Der „Verdacht“ ist demnach nur Anlaß für präventive Abhörmaßnahmen^{19a}.

Daneben ermächtigt § 3 G-10 zur Überwachung der Post- und Fernmeldebeziehungen *ohne konkreten Verdacht*. Hier geht es allein um Informationsgewinnung ohne Personenbezug; dementsprechend werden die Maßnahmen nicht gegen bestimmte Personen angeordnet. Ergebnisse dürfen nur in eingeschränktem Maße gegen Personen verwendet werden (§ 3 II G-10). Faktisch vollzieht sich die Ausführung in der Weise, daß die Nachrichtendienste etwa 0,6–1 Prozent der Briefsendungen in das — überwiegend osteuropäische — Ausland kontrollieren²⁰.

Die Maßnahmen werden von den zuständigen Bundes- oder Landesämtern auf Antrag der Nachrichtendienste angeordnet (§§ 4, 5 I G-10). Ihre gerichtliche Kontrolle ist grundsätzlich ausgeschlossen (§ 9 VI G-10). Sie ist aber auch faktisch kaum möglich, weil die Beschränkung dem Betroffenen nur höchst ausnahmsweise mitgeteilt wird (§ 5 V G-10). Die Vereinbarkeit dieser Restriktionen, die in Art. 10 II 2, 19 IV 3 GG ihre verfassungsrechtliche Anerkennung finden, mit der Menschenwürde und anderen Verfassungsgrundsätzen ist vom Bundesverfassungsgericht entgegen erheblichen Bedenken bejaht worden²¹. Die Kontrolle über die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen obliegt den Diensten selbst (§ 7 I G-10); die Recht- und Zweckmäßigkeit wird daneben von einem *Abgeordneten-gremium* (§ 9 I G-10) und einer ständigen, unabhängigen *Kommission* (§ 9 IV G-10) überwacht²². Die Problematik solcher Gremien im Bereich der Nachrichtendienste besteht darin, daß

— sie keine eigenständigen Befugnisse zur Sachaufklärung haben; vielmehr sind sie bezüglich der ihnen übermittelten Informationen vollständig auf die Behörden angewiesen, die sie zu kontrollieren haben. Damit bestimmen diese Kontrollgegenstand und -umfang letztlich selbst.

— sie nicht nur die Rechtmäßigkeit, sondern auch die politische Zweckmäßigkeit beurteilen und so von einem unabhängigen Kontrollgremium in die Stellung einer politischen mitverantwortlichen Instanz geraten.

Über den Anwendungsbereich des G-10 hinaus sind den Nachrichtendiensten Eingriffe in das Post- und Fern-

meldegeheimnis untersagt, da dieses insoweit eine abschließende Sonderregelung darstellt.

2. Nachrichtendienstliche Mittel

a) § 3 III 2 ZusammenarbeitsG und die insoweit parallelen Verfassungsschutzgesetze der Länder ermächtigen die Ämter für Verfassungsschutz zur *Anwendung von „nachrichtendienstlichen Mitteln“*. Diese zentrale Befugnisnorm im Recht der Nachrichtendienste gilt nicht für BND und MAD, da auf sie die genannten Gesetze nicht anzuwenden sind. Jene Befugnisse erlangen theoretisch wie praktisch grundlegende Bedeutung, seit das Bundesverfassungsgericht den Grundrechtsschutz der informationellen Selbstbestimmung in weitem Umfang anerkannt hat²³. Jedermann hat grundsätzlich das Recht, selbst zu bestimmen, wem er welche Informationen zu welchem Zweck preisgibt. In dieses — aus einzelnen Spezialfreiheitsrechten und insgesamt aus Art. 2 I GG abgeleitete — Recht darf grundsätzlich weder durch Zwang noch durch andere Maßnahmen eingegriffen werden. Vielmehr bedarf jeder Eingriff einer gesetzlichen Grundlage. Als solche Ermächtigung kommt nur § 3 III 2 ZusammenarbeitsG in Betracht. Die Vorschrift schafft allerdings mehr rechtliche Probleme, als sie löst. Ungeklärt ist,

— *was eigentlich nachrichtendienstliche Mittel sind.*

Der zuständige Bundestags-Ausschuß hielt es in den Beratungen für unzulässig, den Begriff zu definieren²⁴. Dies bedeutet aber keineswegs, daß von dem Inhalt jenes Terminus damals keine Vorstellung bestand. Als typische nachrichtendienstliche Mittel galten und gelten (1) das Beobachten von Personen, (2) das Belauschen durch technische Mittel (Abhörgeräte), (3) das Befragen Dritter als Auskunftspersonen und (4) das Einschleusen von V-Leuten in Vereine, Versammlungen und ihr „Ansetzen“ auf bestimmte Personen²⁵.

— *unter welchen Voraussetzungen der Einsatz zulässig ist.*

Hier enthält § 3 III 2 ZusammenarbeitsG nur den Hinweis, „zur Wahrnehmung seiner Aufgaben“ sei das Bundesamt berechtigt. Aber weder rechtfertigt der Aufgabenbezug die nachrichtlichen Mittel gegenüber jedermann, noch ist eindeutig, welche Voraussetzungen *im Einzelfall* vorliegen müssen. Wenn hier rechtliche Korrekturen nötig sind, so stellt sich um so nachhaltiger die Frage, welche dies sein sollen.

— *welche rechtlichen Grenzen dem Einsatz gezogen sind.*

Hier verweisen einzelne Landesgesetze auf die „Allgemeinen Rechtsvorschriften“. Aber welche Rechtsordnung soll dies sein, wenn doch gerade die Verfassungsschutzgesetze die einschlägige

¹⁸ Eingehend BT-Drs. ebd.; *Stiern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I, 2. A., 1984, S. 221; *Schoreit*, Innere Sicherheit in der Bundesrepublik Deutschland, 1979, S. 65; dafür spricht unzweifelhaft die Regelung der §§ 2, 3 i.V.m. § 4 II 1 d, 2 G-10.

¹⁹ Sog. G-10, Sartorius 7.

^{19a} Dazu näher VG Köln, NJW 1981, 1630; OVG Münster, NJW 1983, 2346.

²⁰ Dazu BVerfG, NJW 1985, 121 ff.

²¹ BVerfGE 30, 1, 33 ff; ebenso EGMR, NJW 1979, 1755 ff; weitergehend BVerfG aaO (Fn. 20); Überblick über die Kritik bei *Schlink*, DSt. 1973, 85 ff; *Schwan*, NJW 1980, 1992 ff.

²² Zu diesen Gremien *Arndt*, DVBl. 1978, 385 ff; *ders.*, NJW 1979, 1760 ff; *ders.*, FS F. Schäfer, 1979, S. 147; *ders.*, RuP 1980, 42 ff; 116 ff; *ders.*, in: Verfassungsschutz und Rechtsstaat, 1981, S. 43 ff; *Gusy*, NJW 1981, 1581 ff; *Riegel*, DöV 1985, 314 ff.

²³ BVerfGE 65, 1, 41 ff; zum Ganzen eingehend *Scholz/Pit-schas*, Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, 1984; *Gusy*, VerwA 1983, 91 ff.

²⁴ BT-Drs. VI/3533, S. 5.

²⁵ Zu diesem Mittel ausführlich *Friedrich* aaO (Fn. 13), pass.; *Gusy*, RIA 1982, S. 101 ff.

lex specialis darstellen? Daher sind diese Schrankenbestimmungen selbst zum Gegenstand kritischer Betrachtungen geworden²⁶.

b) Der Begriff des „nachrichtendienstlichen Mittels“ erschließt sich aus der Systematik des ZusammenarbeitsG²⁷. Aus ihnen lassen sich folgende Aussagen gewinnen:

— Nachrichtendienstliche Mittel sind Mittel der Sammlung und Auswertung von Nachrichten (§ 3 I ZusammenarbeitsG). Ist dies die zentrale Aufgabe der Nachrichtendienste und dient der Einsatz „nachrichtendienstlicher Mittel“ ausdrücklich zur Erfüllung dieser — und keiner sonstigen — Aufgabe, so kommen nur Erkenntnismittel der genannten Art in Betracht. Andere Mittel sind stets ausgeschlossen.

— Nachrichtendienstliche Mittel sind Erkenntnismittel nicht-imperativer Art. Dies ergibt sich aus § 3 III 1 ZusammenarbeitsG: Stehen den Ämtern keine polizeilichen Befugnisse und damit keine imperativen Mittel wie etwa Vorladung, Vernehmung oder Beschlagnahme²⁸ zur Verfügung, so können nur nicht-imperative Erkenntnismittel für die Nachrichtendienste in Betracht kommen. Damit können nur vom Betroffenen freiwillig herausgegebene, also öffentliche, Nachrichten oder sonstige, ohne seinen Willen — von Dritten oder heimlich — oder gegen seinen eigenen Willen — durch Täuschung — erlangte Informationen in Betracht kommen.

— Nachrichtendienstliche Mittel sind für den Betroffenen als solche nicht erkennbar. Der Betroffene weiß nicht, daß überhaupt über ihn Informationen eingeholt werden (etwa beim heimlichen Abhören), oder aber er weiß nicht, daß es gerade ein Nachrichtendienst ist, der Informationen einholt (wenn etwa der angeblich statistische Daten sammelnde Interviewer in Wirklichkeit vom Nachrichtendienst kommt). Nur so lassen sich Erkenntnismittel und nicht-imperative Erkenntnisgewinnung verknüpfen.

Nachrichtendienstliche Mittel sind demnach für die Betroffenen als solche nicht erkennbare Mittel zur Sammlung oder Auswertung von Nachrichten. Etwas ungenau kann man sie auch als heimliche Erkenntnismittel bezeichnen²⁹.

c) Die Voraussetzungen der Anwendbarkeit nachrichtendienstlicher Mittel sind in § 3 III 2 ZusammenarbeitsG nur sehr unvollständig genannt. Konkretisierend wirkt hier lediglich das Erfordernis, daß das Mittel der Wahrnehmung von Aufgaben des Dienstes dienen muß. Dies allein läßt eine nahezu grenzenlose Anwendung zu, die sich potentiell nahe gegen Jedermann richten kann. Da ex ante nahezu stets unbekannt ist, ob eine Person nachrichtendienstlich in Erscheinung treten könnte, würde dies — losgelöst vom Gefahrenkriterium und Anfangsverdacht — durchaus zur exzessiver Ermittlungstätigkeit führen können³⁰.

Ausgangspunkt einer Konkretisierung hat der Anwendungsbereich des § 3 III 2 ZusammenarbeitsG zu sein. Eingriffe in das Post- und Fernmeldegeheimnis rechtfertigt er nicht, da er gegenüber dem G-10 subsidiär ist³¹. Für Auskünfte von anderen Behörden gelten Spezialgesetze über Amtshilfe (s. § 3 IV ZusammenarbeitsG) und Informationshilfe (§§ 9 ff BDSG). Diese sind abschließend und lassen keinen Rückgriff auf die Generalklausel zu.

Rechtsstaatliches Korrektiv für die weiten Tatbestandsvoraussetzungen ist das Übermaßverbot. Demnach hat ein Eingriff zu einem legitimen öffentlichen Zweck geeignet, erforderlich und verhältnismäßig zu sein. Dies begründet für die Nachrichtendienste das Gebot des Vorranges der öffentlichen Quelle vor der Beeinträchtigung der Privatsphäre. Was aus allgemein zugänglichen Quellen ermittelt werden kann, hat ohne Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung zu geschehen. Faktisch resultieren etwa 80 bis 90 % der nachrichtendienstlichen Informationen aus öf-

fentlichen Quellen. Größere Relevanz erlangt das Übermaßverbot bei dem Einsatz einzelner nachrichtendienstlicher Mittel. Dabei ist insbesondere die Geeignetheit zu beachten: Was im konkreten Fall zur Erlangung konkreter Information ungeeignet erscheint, darf nicht angewendet werden. Dies sind nur sehr bescheidene Restriktionen, die den nachrichtendienstlichen Mitteln wenige, äußerste Grenzen ziehen. Weitere Eingrenzungen sind auch kaum möglich. Der Grund hierfür liegt in dem Umstand, daß Nachrichtendienste im „Vorfeld“ konkreter Gefahratbestände arbeiten und daher faktisch in einer Situation umfassender Unkenntnis von den aufzuklärenden Umständen ihrer Arbeit aufnehmen. Sie müssen erst erforschen, worin eine Gefahr liegen könnte, die es dann aufzuklären gelten würde.

Klassisches, wenn auch etwas einseitiges Beispiel ist die Spionageabwehr. Daß es Spione gibt, ist sicher; nur wo sie sein könnten und wer sie sind, ist völlig offen. Lediglich eine umfassende Aufarbeitung der tatsächlichen Umstände kann hier Anlaß zu konkreten Aufklärungsmaßnahmen am konkreten Ort — etwa in der Unterabteilung x des Ministeriums y — oder gar bezüglich einer bestimmten Person sein. Die Ermittlung des Spions S setzt so nachrichtendienstliche Vorarbeiten — und damit häufig auch nachrichtendienstliche Mittel — gegen eine Vielzahl von — völlig unbescholtenen — Personen voraus.

Nachrichtendienstliche Arbeit bedingt so eine erhebliche Breite an Informationserhebung. Grenzen nachrichtendienstlicher Aufklärung ergeben sich zumeist weniger aus dem Beschaffungs- als aus dem Verwendungszusammenhang. Hat ein Dienst Informationen beschafft, so stellt sich die weitere Frage, wozu sie verwendet werden dürfen. Nicht alles, was rechtmäßig beschafft ist, darf auch zu jedem Zweck rechtmäßig verwendet werden³². Eine Information darf nur gespeichert werden, wenn sie zur Erfüllung nachrichtendienstlicher Aufgaben überhaupt geeignet ist. Auch darf sie nur unter diesen Voraussetzungen mit anderen zusammengesetzt oder weitergegeben werden. Die daraus resultierenden Konsequenzen sind noch kaum diskutiert³². Bringt nachrichtendienstliche Vorfeldaufklärung mit sich, daß notwendig viel irrelevantes Material anfällt, so können Restriktionen erst mit der Auswahl des Relevanten einsetzen.

d) Angesichts der notwendigen Weite der Tatbestandsvoraussetzungen des § 3 III 2 ZusammenarbeitsG stellt

²⁶ Evers in: Polizei-Führungsakademie (Hrsg.): Rechtsfragen zur Fahndung und Observation einschließlich Verwendung optischer und akustischer Hilfsmittel, 1977, S. 164 ff.

²⁷ Überblick über die bisherigen Lösungsansätze und Fortentwicklung bei Schlink, NJW 1980, 552 ff; vertiefend ders., NJW 1981, 565 ff; der dort vorgeschlagene Begriff stößt allerdings an seine immanente Grenze, wo der Staat dem Bürger nicht „gegenübertritt“, etwa bei systematischem Ausfragen Dritter über eine Person. Als Prototyp des nachrichtendienstlichen Mittels scheint Schlinks Ansatz den V-Mann zugrunde zu legen. Für andere Mittel harret der — ungewöhnlich durchdachte — Vorschlag noch seiner Erprobung. Als Beispiel methodengerechter Arbeit sind die Ausführungen Schlinks unbedingt lesenswert.

²⁸ Zu weit Liskén, ZRP 1984, 144 f, der den Diensten jede Befugnis zum Grundrechtseingriff und damit auch zum Aufklärungseingriff im Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung abspricht.

²⁹ Etwas ungenau auch NdsLTDrs. 8/929, S. 6: Mittel und Methoden, die der vom Betroffenen nicht wahrnehmbaren Nachrichtenbeschaffung dienen.

³⁰ Verfassungswidrigkeit wegen Unbestimmtheit nehmen etwa an Borgs/Maciejewski aaO (Fn. 4), S. 12 ff; de Lazzar/Rohlf, JZ 1977, 207, 210; Liskén, DRiZ 1977, 139; kritisch auch Denninger, VVStRL 37, 36 f, 39; Schatzschneider aaO (Fn. 10), S. 89 ff.

³¹ S. o. II 1.

³² Eingehend hierzu für rechtmäßig erlangte Daten Gusy, NVwZ 1983, 322 ff; für rechtswidrig erlangte Daten Gusy, DöV 1980, 431 ff.

sich um so mehr die Frage nach den *rechtlichen Grenzen nachrichtendienstlicher Mittel*. Auch hier ist das Gesetz wenig konkret. Wenn dazu einige Landesgesetze auf die „allgemeine Rechtsordnung“ verweisen, so stellt sich die Frage, welche Gesetze dies sein sollen. Grundsätzlich ergeben sich die Grenzen nachrichtendienstlicher Mittel aus dem öffentlichen Recht, nicht aus dem Straf- oder Zivilrecht³³.

Erste Grenzen folgen einmal aus der Anwendbarkeit des ZusammenarbeitsG, das Einschränkungen des Art. 10 GG nicht erlaubt. Auch die Vorschriften über den Datenschutz, die Amts- und Informationshilfe bleiben unberührt.

Grundrechte begrenzen die Tätigkeit der Dienste insoweit, als ihre Einschränkung eines *Zitiervorbehalts nach Art. 19 I 2 GG* bedarf³⁴. Einen solchen enthält das ZusammenarbeitsG nicht, so daß nur verfassungsrechtlich vorgeprägte Einschränkungen in Betracht kommen. Die Dienste dürfen insbesondere nicht in Art. 13³⁵, 8³⁶, 2 II GG eingreifen. Dagegen kommen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insbesondere Maßnahmen im Schutzbereich der Art. 2 I, 5 I 1 GG in Betracht. Hier sind insbesondere die Gebote der Geeignetheit und Erforderlichkeit die rechtlichen Grenzen nachrichtendienstlicher Aktivitäten. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang aber auch § 3 III 1 ZusammenarbeitsG: Stehen dem Verfassungsschutz polizeiliche Kontrollbefugnisse nicht zu, so darf er solche weder beanspruchen noch den Eindruck erwecken, er sei zu derartigen Maßnahmen berechtigt. Der Nachrichtendienst darf also weder als Polizist verkleidet „Zwangsmaßnahmen“ durchführen noch als getarnter Zähler für statistische Zwecke erscheinen und dem Betroffenen eine Auskunftspflicht vorspiegeln³⁷.

Die Eingriffsgrenzen erscheinen hierdurch sehr abstrakt; sie sind für einzelne nachrichtendienstliche Mittel näher zu konkretisieren³⁸. So begrenzt etwa § 12 VersG das Einschleusen von V-Leuten in Versammlungen³⁹, §§ 22 f KUG das Fotografieren von Personen. Solche allgemeinen Bestimmungen sind gemeint, wenn einzelnen Landesverfassungsschutzgesetze nachrichtendienstliche Mittel im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung erlauben.

III. Trennungsgebot und Amtshilfe

Nach § 3 III ZusammenarbeitsG darf das Bundesamt für Verfassungsschutz einer polizeilichen Dienststelle nicht angegliedert werden. Dieses „*Trennungsgebot*“, welches dem Parlamentarischen Rat durch den Alliierten Polizeibrief vorgegeben war⁴⁰, folgt selbst aus der Bestimmung, daß die Dienste keine „polizeiliche Kontrollbefugnisse“ ausüben dürfen. Sollte *damals* das Wiedererstarken einer Machtzusammenballung verhindert werden, welche die Gestapo erst ermöglichte, so ist der Sinn der Vorschrift heute eindeutig:

— Die Ämter für Verfassungsschutz dürfen das „Vorfeld“ von Gefahrlagen erforschen, hier allerdings nicht mit polizeilichen Mitteln tätig werden.

— Die Polizei ist auf das Erforschen von Straftaten ab dem Verdachtszeitpunkt oder die Gefahrenabwehr ab dem Moment des Vorliegens einer „Gefahr“ beschränkt. Nur dann darf sie ihre „polizeilichen“ Mittel einsetzen.

Zentraler Inhalt des Trennungsgebotes ist also das Verbot an die Polizei, im „Vorfeld“ tätig zu werden. Damit zieht das Trennungsgebot die organisatorischen Konsequenzen aus dem Umstand, daß die Aufgaben von Polizei und Nachrichtendiensten verschieden sind. Organisatorische Trennung bedeutet allerdings nicht die wechselseitige Abschottung; vielmehr sieht § 3 IV ZusammenarbeitsG die wechselseitige Amtshilfe nach §§ 4 ff VwVfG vor. Organisatorische Trennung der Behörden und Amtshilfe ergänzen einander: Amtshilfe setzt Trennung voraus, und Trennung ist nur mit wechselseitiger Unterstützung möglich. Von zentraler Bedeutung ist hier die genaue Regelung der Amtshilfe, damit sich die Behörden nicht zu Lasten des Bürgers den für sie günstigsten Weg „aussuchen“ können und so sich auf Umwegen sonst unzulässige Eingriffsbefugnisse beilegen⁴¹. Hier erlangt das Trennungsgebot für die Zusammenarbeit von Ämtern für Verfassungsschutz und Polizei eigenständige Bedeutung. Auf dem Wege intensiver Amtshilfe darf nicht das Trennungsgebot faktisch unterlaufen werden. Die Konsequenzen dieses Befundes bedürfen noch eingehender Diskussion⁴².

Dieser Befund ist in jüngerer Zeit mit dem Argument bestritten, zwischen den Ämtern für Verfassungsschutz und der Polizei bestehe „*Funktionsidentität*“⁴³. Dieser Sprachgebrauch, der ausdrücklich „nicht im rechtstechnischen Sinne“ verstanden werden soll, wird aus dem Begriff der „Zusammenarbeit“ in Art. 73 Nr. 10 GG hergeleitet. Damit wird allerdings ignoriert, daß diese Zusammenarbeit „zwischen Bund und Ländern“ stattfinden soll; über die Zusammenarbeit der einzelnen Behörden nach jener Bestimmung sagt die Vorschrift nichts, und erst recht nichts derart Konkretes, daß es die exakten Aussagen des ZusammenarbeitsG, des VwVfG und der Datenschutzgesetze überspielen könnte. Zudem steht der Sinn wie der Inhalt des Trennungsgebotes der unfundierten „*Funktionsidentität*“ gerade entgegen.

Organisatorische Gewaltentrennung ist eben auch Informationstrennung. Das gilt auch zwischen Polizei und Ämtern für Verfassungsschutz.

³³ Anders wohl *Evers* aaO (Fn. 26) und wegen seines anderen methodischen Ansatzes *Schlink* aaO (Fn. 27).

³⁴ Dazu *Battis/Gusy*, Einführung in das Staatsrecht, 1981, S. 260 f.

³⁵ Dazu *Gusy*, JuS 1980, 718 ff.

³⁶ Zu Nachrichtendiensten und Versammlungsfreiheit von *Münch*, JuS 1965, 404 ff.

³⁷ Dazu schon RG, GA 47, 284; RGSt. 12, 132; BGH bei *Dalinger*, MDR 1968, 551; BayObLG, JR 1969, 466.

³⁸ Ansätze etwa bei *Schlink* aaO (Fn. 27).

³⁹ *Evers*, Privatsphäre und Ämter für Verfassungsschutz, 1960, 175 f.; *Schatzschneider* aaO (Fn. 10), S. 296; dagegen *Friedrichs* aaO (Fn. 13), S. 95 f. m. w. N., der die Vorschrift auf „erkennbare“ Polizeibeamte reduzieren will. Warum diese sich allerdings nach § 12 VerfG noch „zu erkennen geben“ müssen, erscheint bei solcher Auslegung sinnlos.

⁴⁰ S. o. I 1; ihm kommt nach hier vertretener Auffassung sogar auch Verfassungsrang zu; s. ebd.; die folgenden Ausführungen sind aber von der Rangfrage unabhängig.

⁴¹ Dazu grundlegend *Schlink*, Die Amtshilfe, 1982; *Denninger*, JA 1980, 280 ff.; *Meyer-Teschendorf*, JuS 1981, 187 ff.; *Bull*, DöV 1979, 689 ff.

⁴² Dazu *Denninger*, ZRP 1981, 231; *Schlink* ebd., S. 268 ff.; *Schatzschneider* aaO (Fn. 10), S. 180 ff.; *Evers* in: Verfassungsschutz und Rechtsstaat, 1981, S. 65 ff.; *Roll*, JuS 1979, 239 ff.; *Meyer-Teschendorf*, ZRP 1979, 261; *Gusy*, DVR 1982, 251 ff.

⁴³ *Scholz/Pitschas* aaO (Fn. 11), S. 104 ff, 190 f.

Der Refinanzierungswechsel — Das Problem der Erfüllung

Von Dr. Herbert Alisch, Ludwigsburg

1. Der Wechsel spielt auch heute noch im Wirtschaftsleben eine wichtige Rolle, wengleich er mit modernen Finanzierungsmitteln im Wettbewerb steht. Nachdem spek-

kuläre Wechselmanipulationen über einige Jahre hinweg den Wechsel in MiBkredit gebracht hatten, bedienen sich heute auch wieder große und wichtige Unternehmen in al-