

setzt, wenn der Täter sich von seinen Mittätern trennt, dazu beiträgt, äußerste Folgen der Tat zu verhindern und „entscheidende Hinweise auf Identifizierung oder Festnahmemöglichkeit seiner Mittäter gibt“. In Art. 5 wird Straffreiheit dem Versuchstäter zugebilligt, „wenn er freiwillig den Erfolgseintritt verhindert und Beweise für die genaue Rekonstruktion der Tat und die Identifizierung eventueller weiterer Täter liefert“. Dieses Dekret-Gesetz wurde durch das Gesetz Nr. 304 vom 29. 5. 1982 erweitert und ergänzt. Hier wird in Art. 1 für die Bildung einer kriminellen Vereinigung, einer terroristischen Vereinigung, für vereinbarungsmäßig geschaffene politische Konspiration und Bildung einer bewaffneten Einheit und Teilnahme daran Straffreiheit gewährt, wenn sich der Täter davon trennt usw. und jegliche Information über die Organisation usw. gibt. Es werden dann noch gewisse Sprengstoffverbrechen einbezogen. In Art. 2 wird die Strafe um ein Drittel – außer für Geiselnahme – herabgesetzt, wenn der Täter ein volles Geständnis von allen begangenen Taten ablegt, sich um Abwendung der schädlichen und gefährlichen Folgen während des Prozesses oder der Begehung weiterer in Zusammenhang stehender Taten bemüht. Der entscheidende und zum Teil erheblichen Unwillen in der Bevölkerung erregende Artikel ist aber Nr. 3. Dort wird für terroristische umstürzlerische Taten die Strafe auf die Hälfte – nicht über zehn Jahre – gesenkt, wenn der Täter ein volles Geständnis abgibt und „der Polizei oder dem Richter bei der Sammlung der entscheidenden Beweise zur Identifizierung oder Festnahme von einem oder mehreren Tätern solcher Taten hilft oder wesentliche Beweistatsachen liefert für die genaue Konstruktion der Tat und Entdeckung ihrer Urheber“. In Abs. 2 wird bestimmt, daß bei „eccezionale rilevanza“ der Mitarbeit die Strafe auf ein Drittel herabgesetzt werden kann. Und Art. 6 gibt dem Richter sogar die Möglichkeit, einem solchen Verurteilten sofort provisorische Freiheit zu gewähren<sup>12</sup>.

## 2. Faktizität

Aus Zeitungsmeldungen ergibt sich folgendes tatsächliches Bild. In einem berühmten Fall hat das Geständnis eines Terroristen 140 Personen schwer belastet, die zum Teil festgenommen werden konnten. Er setzte sich, wohl mit Unterstützung des Staates, nach Frankreich, ab. Der weiter berühmt gewordene Fall ist der von *Fioroni*, der selbst drei Morde und hundert Straftaten beging, seine Terroristengruppe offenbarte und nach Verbüßung einer kurzen Strafe in Freiheit entlassen wurde. *Barbone*, der mit seiner Gruppe den Journalisten *Tobagi* erschoss, trug zur Aufklärung von Taten von fünfzig Terroristen bei – worunter elf Morde waren –, betreibt nach der Entlassung jetzt ein Kleinunternehmen und heiratete in Italien im Beisein von 150 Gästen, die im wesentlichen einer konservativen katholischen Bewegung angehören. Ob Taten dieser Täter außerhalb des Terrorismus von früher angeklagt werden können, ist noch nicht entschieden. Mögen sich die Zeitungen auch über diese Fälle sehr erregen, die Justiz ist nicht unzufrieden mit den Erfolgen dieser Vorschritten.

## VI. Schluß

Welche Folgerungen aus diesen Vorbildern zu ziehen sind, ist eine politische, nicht so sehr wissenschaftliche Frage. Abgesehen von der deutschen Struktur des Prozesses steht selbstverständlich das Gerechtigkeitsgefühl dagegen. Das betonen aber Engländer, Amerikaner und Italiener auch immer wieder. Die eventuell praktischen Erfolge in der Verbrechensbekämpfung bezüglich bestimmter Gruppen von Tätern sind politisch gegen die Verletzung der Gerechtigkeit abzuwägen.

12) In einer Tagung lehnte der Präpekt *de Francesco* ähnliche Normen für die Mafia-Prozesse ab, *Rev. Ital. di dir. proc. pen.*, 1985, p. 246 *Cordeo*, *Procedura Penale*, 1983, 7. ed., p. 384, 509 ff., spricht ausführlich über *plea bargaining*, zieht aber keine Verbindung zu den beiden Gesetzen.

Privatdozent Dr. Christoph Gusy, Hagen

## Das verfassungsrechtliche Gebot der Trennung von Polizei und Nachrichtendiensten

Der Autor untersucht die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Zusammenarbeitsgesetzes.

### I. Ausgangslage

Die politischen Auseinandersetzungen um die vom Grundgesetz gebotenen gesetzlichen Grundlagen der Tätigkeit der Nachrichtendienste und ihrer Zusammenarbeit untereinander sowie mit der Polizei<sup>1</sup> rücken die verfassungsrechtlichen Vorgaben dieser Gesetze verstärkt in das Zentrum rechtswissenschaftlicher Auseinandersetzungen. Das gilt neben dem „Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung“<sup>2</sup> auch für das sog. „Trennungsgebot“; also das verfassungsrechtliche Gebot der Trennung von Polizei und Nachrichtendiensten<sup>3</sup>. Die Bedeutung dieses letzten Aspekts soll im folgenden aufgezeigt werden.

### II. Rechtsgrundlagen des Trennungsgebotes

Nach § 3 III 3 ZusammenarbeitsG<sup>4</sup> darf das Bundesamt für Verfassungsschutz „einer polizeilichen Dienststelle nicht angegliedert werden“. Diese Bestimmung wird vielfach allerdings nicht als einzige Rechtsgrundlage einer institutionellen Trennung von Verfassungsschutz und Polizei angesehen; vielmehr wird sie als Ausprägung eines verfassungsrechtlich vorgegebenen Grundsatzes qualifiziert. Demnach kommt dem Trennungsgebot Verfassungsrang zu und wird im Zusammenarbeitsgesetz nur wiederholt, nicht aber erst begründet<sup>5</sup>. Da das Grundgesetz das Trennungsgebot nicht ausdrücklich erwähnt, ist zunächst nach seinen verfassungsrechtlichen Grundlagen zu suchen.

#### 1. Der Polizeibrief der Alliierten Militärgouverneure vom 14. 4. 1949.

a) Das Trennungsgebot ist implizit erstmals enthalten im Polizeibrief der Alliierten Militärgouverneure vom 14. 4. 1949<sup>6</sup>. Dieser – erst während der Schlußberatungen des Grundgesetzes beim Parlamentarischen Rat eingegangene – Brief konkretisierte das weitreichende Verbot des *Aide-Mémoire* vom 22. 11. 1948<sup>7</sup>, wonach der

1) E-ZAG, BR-Dr 66/86; dazu *Riegel*, *Computer und Recht* (CuR) 1986, 343; E-BVerfSchG, BT-DR 10/4737; dazu *Bäumler*, *DÖV* 1986, 496; E-MADG, BT-Dr 10/4738; zu diesem *Bäumler*, *DVB1* 1986, 498; zum Ganzen *Riegel*, *RiA* 1986, 193.

2) *BVerfGE* 65, 1 (41 ff.) = *NJW* 1984, 419.

3) Dessen Existenz bestreitet jüngst *Roewer*, *DVB1* 1986, 205; vgl. auch *ders.*, *ZRP* 1987, 5.

4) In der Fassung vom 7. 8. 1972, *BGB1* I, 1382.

5) So etwa *Denninger*, *Verfassungsschutz und Rechtsstaat*, 1981, S. 36 ff.; *Bull.*, ebd., S. 149 f.; *Denninger*, *ZRP* 1981, 231 f.; *Lisken*, *NJW* 1982, 1482; *ders.*, *ZRP* 1984, 147; *Kalkbrenner*, in: *Festschr. f. Samper*, 1984, S. 77 ff.; *Riegel*, *BayVBl* 1983, 717 f.; Zusammenfassung jüngst bei *Kutscha*, *ZRP* 1986, 194; dagegen eingehend *Roewer*, *DVB1* 1986, 205.

6) Der Polizeibrief hat folgenden Wortlaut: „Wie wir Ihnen in unserem ‚Aide Mémoire‘ vom 22. 11. 1948 mitgeteilt haben, sollen die Befugnisse der Bundesregierung auf dem Gebiet der Polizei auf die von den Militärgouverneuren während der Zeit der Besetzung ausdrücklich genehmigten und nach diesem Zeitpunkt auf die durch internationale Vereinbarung bestimmte Befugnisse beschränkt sein.“

Die Militärgouverneure sind nun wie folgt übereingekommen:

1. Der Bundesregierung ist es gestattet, unverzüglich Bundesorgane zur Verfolgung von Gesetzesübertretungen und Bundespolizeibehörden auf folgenden Gebieten zu errichten:

a) Überwachung des Personen- und Güterverkehrs bei der Überschreitung der Bundesgrenzen;

b) Sammlung und Verbreitung von polizeilichen Auskünften und Statistiken;

c) Koordinierung bei der Untersuchung von Verletzungen der Bundesgesetze und die Erfüllung internationaler Verpflichtungen hinsichtlich der Rauschgiftkontrolle, des internationalen Reiseverkehrs und von Staatsverträgen über Verbrechensverfolgung.

Bund keine eigenen Polizeidienststellen ohne Genehmigung der Militärgouverneure erhalten dürfe. Diese Genehmigung erteilte der Polizeibrief in zwei Fällen:

(1) Dem Bund wurde gestattet, „Bundesorgane zur Verfolgung von Gesetzesübertretungen und Bundespolizeibehörden“ für näher bestimmte Materien zu errichten (Nr. 1);

(2) Dem Bund wurde gestattet, „ebenfalls“ „eine Stelle zur Sammlung und Verbreitung von Auskünften über umstürzlerische Tätigkeiten“ einzurichten. „Diese Stelle soll keine Polizeibefugnisse haben.“ (Nr. 2).

Aus diesen beiden Bestimmungen läßt sich herleiten, daß die Alliierten offenbar zu je unterschiedlichen Zwecken je unterschiedliche Stellen gestatten wollten. Während für die polizeilichen Stellen einzelne, besondere Regelungen getroffen werden (Nrn. 3–5), so galt für die Stelle nach Nr. 2 nur eine Sonderregelung: Ihr sollten – offenbar im Gegensatz zu den anderen Stellen – Polizeibefugnisse gerade nicht zukommen. Wenn der einen Stelle bestimmte Befugnisse zukommen können, einer anderen hingegen nicht, so müssen die Stellen notwendig verschieden sein. Diese Verschiedenheit der Stellen bedingt notwendig ihre Trennung voneinander, damit nicht auf dem Umwege über eine organisatorische Vereinigung beider Stellen doch noch eine Vereinigung der Kompetenzen eintreten kann. Das Trennungsgebot ist so im Polizeibrief nicht ausdrücklich enthalten; es wirkt als Umgehungsverbot zur Sicherung des Ausschlusses der Nachrichtendienste nach Nr. 2 des Polizeibriefs von Polizeibefugnissen.

b) Der Polizeibrief erschöpfte sich nicht in seiner Bedeutung als normative Vorgabe für den Parlamentarischen Rat. Vielmehr wirkte er auch nachträglich auf das Verständnis des Grundgesetzes ein. Medium hierzu war Nr. 3 des *Genehmigungsschreibens der Alliierten Militärgouverneure zum Grundgesetz*<sup>8</sup>. Danach sollten die Polizeifunktionen des Bundes nur in Übereinstimmung mit dem Polizeibrief vom 14. 4. 1949 ausgeübt werden. Ist so der Polizeibrief zugleich Inhalt des Genehmigungsschreibens geworden, so gilt dies auch für das Trennungsgebot. Es nahm somit an der Geltung und dem Rang des Genehmigungsschreibens teil und galt so innerstaatlich als oder wie Verfassungsrecht.

c) Diese Vorbehalte erloschen mit Inkrafttreten des Deutschlandvertrages am 5. 5. 1955<sup>9</sup> sowie der Drei-Mächte-Erklärung vom 27. 5. 1968<sup>10</sup>. Damit traten – bis auf nicht näher zu behandelnde Besonderheiten für Berlin – sowohl die Restriktionen des Genehmigungsschreibens als auch diejenigen des Polizeibriefes außer Kraft. Sie begründen somit keine eigenständigen Rechtsfolgen mehr und können daher auch nicht mehr als Rechtsgrundlage eines geltenden Trennungsgebots herangezogen werden.

Unklar und nicht unumstritten bleiben allerdings die Motive, welche die Alliierten zu ihrer zögernden Haltung gegenüber Bundeskompetenzen auf dem Gebiet der Polizei bewegten. Während einerseits ausgeführt wird, dadurch wollten die Alliierten ein Wiederaufleben polizeilicher Kompetenzzusammenballungen verhindern, wie sie Reichssicherheitshauptamt und Gestapo überhaupt erst habe hervorbringen können<sup>11</sup>; so wird andererseits betont, der Grund habe vielmehr in massiven Eigeninteressen der Siegermächte gegenüber jeder zentralen Exekutivtätigkeit in Deutschland bzw. dem Wunsch gerade der britischen Besatzungsmacht nach Ausschluß zonenübergreifender Exekutivbefugnisse gelegen<sup>12</sup>. Dieser Streit ist allerdings für die Auslegung des Polizeibriefs wie des Genehmigungsschreibens unergiebig. Fest steht unabhängig von den maßgeblichen Gründen, daß

- die Alliierten nur eine beschränkte zentrale Polizeigewalt in Deutschland zulassen wollten;
- den Nachrichtendiensten nach Nr. 2 des Polizeibriefs keine solchen Polizeibefugnisse zukommen sollen;

– der Verfassungsschutz danach von den Polizeibehörden organisatorisch getrennt zu sein habe.

## 2. Das Grundgesetz

Als Rechtsgrundlagen des Trennungsgebots im Grundgesetz kommen allein Art. 87 I 2, 73 Nr. 10 GG in Betracht. Da lediglich die erstere Bestimmung Exekutivkompetenzen betrifft, letztere hingegen Gesetzgebungszuständigkeiten regelt<sup>13</sup>, ist jene jedenfalls primär nicht anwendbar.

a) Der Wortlaut des Art. 87 I 2 GG spricht von dem Recht des Bundes, bestimmte „Zentralstellen“ einzurichten. Der Plural der „Zentralstellen“ deutet darauf hin, daß eben nicht das Recht besteht, eine einzige Zentralstelle einzurichten. Konkret bedeutet dies: Für unterschiedliche der in Art. 87 I 2 GG genannten Aufgaben müssen auch unterschiedliche – und daher notwendig getrennte – Zentralstellen eingerichtet werden<sup>14</sup>. Damit wäre Art. 87 I 2 GG verfassungsrechtliche Grundlage des Trennungsgebotes.

Dem wird aber entgegengehalten, daß Art. 87 I 2 GG lediglich das Recht, nicht aber die Pflicht des Bundes begründe, die in diesen Vorschriften genannten Exekutivkompetenzen auch auszuschöpfen. Wenn nun der Bund nur einzelne der dort aufgezählten Verwaltungszuständigkeiten an sich ziehe, so sei es widersinnig, von ihm die Einrichtung mehrerer „Zentralstellen“ zu verlangen<sup>15</sup>. Idealtypisch gesprochen würde sonst der Bund verpflichtet, getrennte Stellen einzurichten, wenn er auch nur eine einzige Aufgabe an sich ziehe. Er könne demnach nur berechtigt, nicht aber vom Grundgesetz verpflichtet sein, mehrere Stellen einzurichten. Wenn er aber auch berechtigt sei, nur eine Stelle einzurichten, so könne es kein verfassungsrechtliches Trennungsgebot geben<sup>16</sup>. Diese Argumentation hat allerdings jedenfalls nicht den Wortlaut des Art. 87 I 2 GG für sich. Die Befugnis, „Zentralstellen“ einzurichten, ist verschieden von derjenigen, eine Zentralstelle einzurichten. Im übrigen ist sie aber auch nicht zwingend. Dem Bund werden in Art. 87 I 2 GG Verwal-

2. Der Bundesregierung wird es ebenfalls gestattet, eine Stelle zur Sammlung und Verbreitung von Auskünften über umstürzlerische, gegen die Bundesregierung gerichtete Tätigkeiten einzurichten. Diese Stelle soll keine Polizeibefugnisse haben.

3. Die Befugnisse, Zuständigkeiten und Aufgaben des Bundesorgans zur Verfolgung von Gesetzesübertretungen oder jeder Bundespolizeibehörde sind durch ein der Ablehnung durch die Militärgouverneure unterliegendes Bundesgesetz zu bestimmen. Keine Bundespolizeibehörde darf Befehlsgewalt über Landes- oder Ortspolizeibehörden besitzen.

4. Jede Bundespolizeibehörde unterliegt, insbesondere hinsichtlich ihrer Kopfstärke, Bestimmungen, soweit sie anwendbar sind, die die Militärregierung aufgrund der den Besatzungsbehörden nach dem Besatzungsstatut vorbehaltenen Befugnissen erlassen.

5. Falls der Parlamentarische Rat oder die Bundesregierung Bundesorgane zur Verfolgung von Gesetzesübertretungen oder Bundespolizeibehörden auf anderen Gebieten in Vorschlag bringen sollte, so sind, vorbehaltlich der Bestimmungen in den Absätzen 3 und 4, Vorschläge dieser Art den Militärgouverneuren zur Genehmigung vorzulegen.“

7) Abgedruckt in BK, Einl. S. 98ff.; dort Nr. c.

8) Nr. 3 des Genehmigungsschreibens lautet:

„Zweitens versteht es sich, daß die Polizeibefugnisse, die in Art. 91 (2) enthalten sind, nicht ausgeübt werden dürfen, bis sie von den Besatzungsbehörden ausdrücklich gebilligt sind. In gleicher Weise sollen die übrigen Polizeifunktionen des Bundes im Einklang mit dem in dieser Frage an Sie gerichteten Schreiben vom 14. 4. 1949 ausgeübt werden.“

9) BGBl II, 305.

10) BGBl II, 57, I, 714.

11) Denninger (o. Fußn. 5); ähnl. Kiesel, Die Polizei 1985, 132.

12) Roewer, DVBl 1986, 207.

13) Zum Verhältnis beider Bestimmungen zueinander näher Gusy, BayVBl 1982, 201f.

14) v. Mangoldt-Klein, Das Bonner GG III, 2. Aufl. (1974), S. 2276; Schmidt, ZRP 1979, 190.

15) Maunz-Dürig, GG, Art. 87 Rdnr. 54b.

16) Dies meint wohl auch Roewer, DVBl 1986, 205, wenn er ausführt, Art. 87 I 2 GG sei „lediglich“ eine „Kompetenznorm des Bundes“ bzw. enthalte lediglich die „Errichtungsbefugnis für Behörden des Bundes“, die im übrigen zu organisatorischen Einzelfragen nichts aussage.“

tungskompetenzen für mehrere Aufgaben zuerkannt. Wenn er diese mehreren Aufgaben wahrnimmt, muß er auch mehrere Zentralstellen einrichten. Nimmt er hingegen nur eine Aufgabe wahr, genügt eine Zentralstelle. Als Mindestanforderung läßt sich daraus herleiten: Jedenfalls dann, wenn der Bund auf allen Gebieten der in Art. 87 I 2 GG genannten Aufgabenbereiche tätig werden will, muß er mehrere Zentralstellen schaffen<sup>17</sup>. Diese müssen dann auch getrennt sein. Mag dies letztere Argument nicht zwingend aus dem Wortlaut folgen, so gilt dies doch in gleicher Weise für das Gegenteil.

Ferner wird gegen ein Trennungsgebot aus Art. 87 I 2 GG das Argument der Widersinnigkeit angeführt. Der heutige Wortlaut ist der nur redaktionell geänderte und für die hier behandelte Fragestellung gleichgebliebene Nachfolger der ursprünglichen Fassung<sup>18</sup>. Ermächtigte der ursprüngliche Wortlaut dazu, „Zentralstellen für das polizeiliche Auskunfts- und Nachrichtenwesen, zur Sammlung von Unterlagen für Zwecke des Verfassungsschutzes und für die Kriminalpolizei“ einzurichten, so sei jedenfalls damals nicht gemeint gewesen, der Bund solle je eine Zentralstelle für das polizeiliche Auskunfts- und Nachrichtenwesen, für das polizeiliche Nachrichtenwesen, eine für die Sammlung von Unterlagen zum Zwecke des Verfassungsschutzes und eine für die Kriminalpolizei einzurichten<sup>19</sup>. Demnach könne selbst aus dem Plural der „Zentralstellen“ nicht gerade auf die Trennung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Stellen geschlossen werden. Wenn schon eine Mehrzahl von Stellen einzurichten sei, so sei verfassungsrechtlich nicht vorgeprägt, welche Stellen denn nun getrennt werden sollten und welche nicht. Insbesondere der Wortlaut lege eine Trennung gerade von Polizei einerseits und Nachrichtendiensten andererseits nicht nahe. So zutreffend dies sein mag, so ist damit aber auch nicht der Nachweis erbracht, der Bund sei berechtigt, gerade eine Zentralstelle für beide Tätigkeiten einzurichten. Der Plural der Zentralstellen bleibt ebenso unberührt wie die dadurch jedenfalls möglicherweise gebotene Trennung der einzelnen Stellen. Der Wortlaut läßt demnach folgende Schlüsse zu:

- Der Plural der „Zentralstellen“ legt nahe, daß jedenfalls bei Ausschöpfung der Bundeskompetenzen nach Art. 87 I 2 GG der Bund mehrere und daher getrennte Zentralstellen einrichten muß; ganz zwingend ist dies aber nicht.
- Der Wortlaut des Art. 87 I 2 GG a. F. legt die Annahme einer Trennung gerade zwischen Verfassungsschutz und Polizei nicht eben nahe, schließt sie aber auch nicht aus.

b) Die *historisch-genetische Auslegung* des Art. 87 I 2 GG ist auf den ersten Blick wenig ergiebig. Der Grund hierfür liegt in den Besonderheiten der Entstehungsgeschichte dieses Artikels. Nachdem sich die Alliierten in ihrem Aide-Mémoire vom 22. 11. 1947<sup>7</sup> zunächst zurückhaltend gegenüber polizeilichen Kompetenzen des Bundes gezeigt hatten, änderte sich diese Haltung mit dem Polizeibrief im letzten Moment während der Beratungen des Grundgesetzentwurfs im Hauptauschuß und Plenum des Parlamentarischen Rates. Daraufhin wurden aufgrund einer interfraktionellen Absprache die späteren Art. 73 Nr. 10, 87 I 2 GG erst unmittelbar vor der Schlußberatung eingebracht und ohne Begründung, Aussprache oder Abänderung verabschiedet<sup>20</sup>. Deutlich wird dadurch der enge zeitliche und kausale Zusammenhang zwischen Polizeibrief einerseits und Art. 87 I 2 GG andererseits. Für das hier zu behandelnde Problem stellt sich demnach folgende Frage: Wollte der Parlamentarische Rat die Anforderungen des Polizeibriefs – einschließlich des Trennungsgebotes – rezipieren oder nicht?

Für die Bejahung dieser Frage spricht eine Vielzahl von Indizien. Bei den Beratungen über die Einführung des Bundesgrenzschutzes wurde Art. 87 I 2 GG stets gerade so inter-

pretiert, wie es der Polizeibrief vorsah<sup>21</sup>. Das galt in gleicher Weise für die Beratungen über das Zusammenarbeitsgesetz. In der amtlichen Begründung wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, daß „aus den oben erwähnten beiden Bestimmungen des Grundgesetzes“ (nämlich Art. 73 Nr. 10, 87 I 2 GG) „folgt, daß das Bundesamt für Verfassungsschutz keine Exekutivbehörde ist. Das Amt soll auch einer polizeilichen Dienststelle nicht angegliedert werden“<sup>22</sup>. Dieser Befund wurde im Bundestag während der Beratungen gleichfalls als auch dem „Wortlaut der Verfassungsbestimmung“ (nämlich des Art. 87 I 2 GG) folgend bezeichnet<sup>23</sup>. Angesichts dieser Äußerungen, die insoweit auch unwidersprochen blieben, kann allgemein angenommen werden, daß die damaligen Staatsorgane von einer verfassungsrechtlichen Lage ausgingen, wonach sie durch das Grundgesetz gehalten wären, von einem Trennungsgebot auszugehen. Diesem Umstand kommt angesichts der Tatsache, daß an den damaligen Beratungen noch eine hohe Zahl von Personen beteiligt war, welche auch an den Arbeiten des Parlamentarischen Rates teilgenommen haben, erhebliche Indizwirkung zu.

Dagegen wird allerdings zur Verneinung jener Frage die Haltung der Alliierten herangezogen<sup>24</sup>. Ihre Vorbehalte unter Nr. 3 des Genehmigungsschreibens zum Grundgesetz<sup>8</sup> wären überflüssig gewesen, wenn sie der Auffassung gewesen wären, der Polizeibrief sei ohnehin Inhalt des Grundgesetzes geworden. Darüber hinaus sei die Aufnahme des Trennungsgebotes in das Zusammenarbeitsgesetz lediglich auf Weisung der Alliierten zustande gekommen<sup>25</sup>. Damit allerdings ist der Wille des Parlamentarischen Rates nicht tangiert. Was dieser wollte, bestimmte nur er selbst und nicht die Alliierten. Daß das – von ihnen gewollte – Trennungsgebot im Grundgesetz nicht in vollem Umfang seinen wörtlichen Ausdruck fand, ist bereits festgestellt<sup>26</sup>. Daß deshalb die Alliierten, wenn ihnen am Trennungsgebot lag, nochmals sichernd eingreifen wollten, ist verständlich; kann allerdings lediglich für die wörtliche Auslegung, nicht für den historischen Willen des Grundgesetzgebers von Belang sein. Das trifft in gleicher Weise auch für mögliche Einflußnahmen der Alliierten auf das Gesetzgebungsverfahren beim Zusammenarbeitsgesetz zu: Bundesregierung und Bundestag fühlten sich nach ihren eigenen Äußerungen<sup>21/23</sup> offenbar durch das Grundgesetz und nicht durch die Alliierten gebunden.

Die Entstehungsgeschichte spricht somit aus den späteren Berichten der Beteiligten mehr für als gegen ein verfassungsrechtliches Trennungsgebot. Die Haltung der Alliierten kann demgegenüber über dem Willen des Parlamentarischen Rates keine Bedeutung erlangen.

c) Für ein Trennungsgebot spricht aber auch die *Systematik* des Art. 87 I 2 GG. Maßgeblich ist hierfür zunächst das innere

17) v. Mangoldt-Klein (o. Fußn. 14).

18) Art. 87 I 2 GG lautete ursprünglich:

„Durch Bundesgesetz können Bundesgrenzschutzbehörden, Zentralstellen für das polizeiliche Auskunfts- und Nachrichtenwesen, zur Sammlung von Unterlagen für Zwecke des Verfassungsschutzes und für die Kriminalpolizei eingerichtet werden.“; geändert durch 31. Änderungsgesetz vom 28. 7. 1972, BGBl I, 1305.

19) Roewer, DVBl 1986, 205.

20) JöR 1, 651 f.

21) Bundesminister Lehr, BT-Stenoprot. 1/4474 D; Abgeordneter v. Merkatz, ebd., 4281 B; zustimmend v. Mangoldt, Das Bonner GG 1953, S. 469 f.

22) BT-Dr 1/924, S. 4.

23) Staatssekretär Ritter von Lex, Stenoprot. 1/2388 B; darauf verweist „im übrigen“ v. Mangoldt (o. Fußn. 21), S. 471.

24) Roewer, DVBl 1986, 206.

25) Roewer, DVBl 1986, 207; der dafür allerdings keinen Beleg nennt, BT-Dr 1/1273, S. 7, spricht von einem „Polizeibrief“ vom 21. 9. 1949; dessen möglicher Inhalt ist dem Verfasser unbekannt. Die genannte BT-Dr betrifft allerdings nicht das Zusammenarbeitsgesetz, sondern das Bundeskriminalamtgesetz.

26) S. o. II 2 a.

System der Norm. Sie verleiht dem Bund das Recht, Zentralstellen für polizeiliche Zwecke und solche für Zwecke des Verfassungsschutzes einzurichten. Diese beiden Zwecke sind gerade nicht identisch, sondern unter sich verschieden. Das gilt zunächst für die Aufgaben der Behörden: Während die polizeilichen Stellen Gefahren abzuwehren und auf Verdacht Straftaten zu erforschen haben, so geht das Aufgabenspektrum des Bundesamts für Verfassungsschutz darüber weiter hinaus. Es klärt bereits im Vorfeld von Gefahr und Verdacht auf, um überhaupt erst an Erkenntnisse zu gelangen, welche – möglicherweise – ein polizeiliches Eingreifen rechtfertigen können<sup>27</sup>. Setzt nachrichtendienstliche Tätigkeit demnach notwendig früher ein, so erstreckt sie sich daneben auch auf Gebiete, die überhaupt keine polizeiliche Relevanz aufweisen. Nicht jede nachrichtendienstliche Maßnahme zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung hat zugleich die Verhinderung oder Aufklärung von Straftaten zum Gegenstand. Deutlich zeigt dies etwa die Aufklärung über politische Parteien: Bis zu ihrer Verfassungswidrigerklärung nach Art. 21 II GG sind sie legal und daher nicht Objekt polizeilicher, wohl aber möglicherweise nachrichtendienstlicher Beobachtung. Aber nicht nur hinsichtlich der Aufgaben, sondern auch hinsichtlich der Befugnisse unterscheiden sich Polizei und Nachrichtendienste. Gerade dies war der Ausgangspunkt des Polizeibriefs vom 14. 4. 1949<sup>28</sup>, der ja die organisatorische Trennung nicht „direkt“, sondern als Konsequenz der fehlenden Polizeibefugnisse des Verfassungsschutzes anordnete. Aus diesem Zusammenhang von Aufgaben- und Befugnisdivergenzen folgt auch der *Sinn des Trennungsgebots*: Polizeiliche Befugnisse sollen durch den Bereich der Gefahrenabwehr und der Aufklärung von Straftaten begrenzt werden; außerhalb dieses Bereichs soll es eben keine polizeilichen, sondern nur nachrichtendienstliche Mittel geben. Eben dies wird durch das Trennungsgebot sichergestellt. Die polizeilichen Mittel werden aus dem „Vorfeld“ herausgehalten; damit wird dieses aber nicht unbeobachtet gelassen, sondern von den Nachrichtendiensten mit begrenzten Mitteln aufgeklärt. Diese Konsequenzen dieser Systematik sind eindeutig: Sollen von „Zentralstellen“ unterschiedliche Aufgaben mit unterschiedlichen Mitteln wahrgenommen werden, so können dies nur unterschiedliche Zentralstellen sein. Dadurch verhindert Art. 87 I 2 GG das Einsickern polizeilicher Befugnisse in das Vorfeld und die schleichende Kompetenzausweitung der Polizei, ohne auf die Vorfeldbeobachtung zu verzichten. Das Trennungsgebot ist somit die notwendige organisatorische Konsequenz der Aufgaben- und Befugnisverteilung des Art. 87 I 2 GG und hat somit Verfassungsrang. Auf diese Weise ergänzen das Streben der Alliierten nach weitgehender Verhinderung einer Bundespolizei, der historische Wille des Parlamentarischen Rates nach Auskunft der damaligen Mitglieder und die Systematik des Art. 87 I 2 GG einander.

Diese systematische Argumentation ist allerdings nur dann aufrechtzuerhalten, wenn ihre Prämisse zutrifft, daß die Aufgaben der Nachrichtendienste und der Polizei tatsächlich verschieden sind. Eben jene Prämisse wird allerdings bestritten, wenn Verfassungsschutz und Polizei als Organe dargestellt werden, die „partiell“ einheitlich oder gemeinsame Aufgabe erfüllen. Das gilt etwa, wenn der Verfassungsschutz als uneigentliche Polizeibehörde, als Polizeibehörde im materiellen Sinne bezeichnet wird oder aber Polizei und Verfassungsschutz etwa die gemeinsame Aufgabe der staatlichen „Informationsvorsorge“ zugesprochen wird<sup>29</sup>. Dann sind ihre Aufgaben nicht mehr getrennt; und erscheint auch ihre organisatorische Trennung möglicherweise als sachwidrig. Dieser Schluß ist jedoch verfassungsrechtlich nicht zulässig. Selbst dann, wenn ein Phänomen eine „genuine Staatsaufgabe“ ist, so ist damit noch keine Aussage darüber getroffen, wie und

von wem organisatorisch diese Staatsaufgabe erfüllt wird. Einheit der Staatsaufgaben impliziert nicht Einheit der Behördenaufgaben; und sie impliziert erst recht nicht Einheit der Behördenorganisation. Anders ist der Grundsatz der Gewaltentrennung, wie er ungeachtet möglicher einheitlicher Staatsaufgaben in Art. 20 II 2 GG in funktioneller, organisatorischer und personeller Hinsicht angeordnet ist, gar nicht zu erklären<sup>30</sup>. Analoges gilt für das Bundesstaatsprinzip und sonstige verfassungsrechtliche Garantien einer dezentralisierten oder dezentrierten staatlichen Aufgabenerfüllung. Nach dem Grundgesetz wie dem Gesetzesrecht bedingt Einheit der Staatsaufgaben gerade nicht Einheit der Behördenaufgaben und damit einheitliche Organisationsformen. Mit dem Umstand, daß Nachrichtendienste und Polizei – auch – gemeinsame Aufgaben erfüllen, läßt sich also ihre Zusammenfassung in einer Behörde nicht begründen<sup>31</sup>. Eben dies ist auch der Grund dafür, warum der aufgabenbezogene „materielle Polizeibegriff“ gegenwärtig keine Leistungen für die Rechtsdogmatik mehr erbringt<sup>32</sup>; und ähnlich ist auch die Bezeichnung des Verfassungsschutzes als „materielle Polizei“ rechtlich weder weiterführend noch zulässig<sup>33</sup>. Ist demnach nicht nach den Staatsaufgaben, sondern nach den konkreten Behördenaufgaben zu fragen, so sind eben diese bei Verfassungsschutz und Polizei verschieden; und dies rechtfertigt verfassungsrechtlich ihre Trennung.

Gegen diesen Schluß wird ferner die systematische Argumentation aus Art. 73 Nr. 10 GG angeführt. Sind demnach Bund und Länder zur Zusammenarbeit verpflichtet, so wird hieraus – und aus der Nennung von polizeilichen und verfassungsschutzbehördlichen Kooperationspflichten – der Schluß gezogen, das Grundgesetz wolle Zusammenarbeit statt Trennung. Dies müsse auch bei der Auslegung des Art. 87 I 2 GG Ausdruck finden, der daher nicht als Trennungsgebot verstanden werden dürfe<sup>34</sup>. Eine solche Interpretation geht allerdings zu weit. Art. 73 Nr. 10 GG schafft die Möglichkeit zur Verpflichtung von Bund und Ländern zur Zusammenarbeit, nicht aber von Polizei und Verfassungsschutz. Daher sind die einzelnen Gebiete der Zusammenarbeit in Art. 73 Nr. 10a, b, c GG deutlich voneinander getrennt. Bund und Länder arbeiten demnach in mehreren, nebeneinander geordneten Sachbereichen zusammen. Daß dadurch eine Vereinheitlichung dieser Sachbereiche auch in institutioneller Sicht stattfinden soll, ist hierdurch nicht im mindesten indiziert. Nicht zufällig sind daher auch die einzelnen Bereiche der Zusammenarbeit einerseits und die Bundesaufgaben nach Art. 87 I 2 GG deutlich aufeinander abgestimmt. Dies wäre nicht erforderlich, wenn Bund und Länder allgemein bei der Wahrnehmung eines einheitlich verstandenen Sicherheitsauftrages zusammenwirken würden und dem Bund die dafür erforderlichen Exekutivkompetenzen übertragen worden wären. Schon daß dies nicht geschehen ist, zeigt zeitlich die differenzierte Sicht des Grundgesetzes, die hier Trennung und nicht Vereinheitlichung wollte.

### 3. Zwischenergebnis

Das grundgesetzliche Trennungsgebot von Polizei und Verfassungsschutz folgt aus Art. 87 I 2 GG. Während der Wortlaut dieses weitgehend offenläßt, ergeben historische und systematische Auslegung deutlich die Absicht des Grundgesetzes, eine Trennung dieser Behörden vorzunehmen. Die Berichte über die Anschauungen im Parlamentarischen Rat sprechen hierfür ebenso wie die Systematik des Art. 87 I 2 GG, der auch den Sinn und Zweck dieser Trennung deutlich hervortreten läßt.

27) Zur Abgrenzung näher Gusy, DÖV 1983, 62f.

28) S. o. II 1.

29) Scholz-Pitschas, Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, 1984, S. 103ff.; kritisch dazu Simitis, NJW 1986, 2796f.

30) Näher hierzu Schlink, Die Amtshilfe, 1982, 11 ff.

31) Dies tun auch Scholz-Pitschas (o. Fußn. 29) nicht, ziehen allerdings in detail weitergehende, noch näher zu untersuchende Konsequenzen.

32) Erichsen, VVDStRL 35, 182ff.

33) Denninger, VVDStRL 37, 37ff.

34) Roewer, DVBl 1986, 205.

### III. Trennungsgebot und Zusammenarbeitspflicht

Daß staatliche Behörden voneinander getrennt sind (und bisweilen getrennt sein müssen), besagt nicht, daß sie nicht zusammenarbeiten dürfen; das Trennungsgebot begründet aber einzelne Konsequenzen dafür, wie sie zusammenarbeiten müssen<sup>35</sup>. Dem kommt für verfassungsrechtliche Trennungsgebote insoweit besondere Bedeutung zu, als sie zugleich Aussagen enthalten können über Zulässigkeit und Grenzen der gesetzlichen Ausgestaltung behördlicher Zusammenarbeit.

#### 1. Organisatorische und informationelle Gewaltenteilung

a) Das Trennungsgebot weist einen primär organisationsbezogenen Inhalt auf. Verfassungsschutz und Polizei haben demnach funktionell, organisatorisch und personell verschieden zu sein, wobei Überschneidungen im Bereich der Aufgaben zwar tatsächlich möglich sind; dies ändert allerdings nichts daran, daß für einzelne, partiell identische Sachbereiche jeweils die einzelnen Behörden ihre je verschiedenen Aufgaben wahrnehmen<sup>36</sup>.

Sinn und Zweck dieses Trennungsgebotes nehmen ihren Ausgangspunkt in dem Ausschluß der Nachrichtendienste von den polizeilichen Befugnissen. Das Wissen des Verfassungsschutzes, das weit über Gefahrbekämpfung und Strafverfolgung hinausreicht, darf nicht zusammengeführt werden mit den Zwangsbefugnissen der Polizei. Daher ist es dem Bundesamt für Verfassungsschutz untersagt, gegenüber dem Bürger Gebots-, Verbots- oder Duldungsverfügungen zu erlassen. Auch die Anwendung unmittelbaren Zwanges ist ihnen nicht gestattet. Das Trennungsgebot ist die organisatorische Absicherung dieses Ausschlusses von den polizeilichen Befugnissen, die umgangen würde, wenn die beiden Ämter einfach zusammengelegt würden. Keine Dienststelle darf zugleich die Polizei als auch dem Verfassungsschutz angegliedert sein; kein Personal darf sowohl bei der einen als auch bei der anderen Behörde beschäftigt werden. Darüber hinaus darf das Bundesamt für Verfassungsschutz seine Befugnisrestriktionen aber auch nicht dadurch umgehen, daß es die Polizei um die Vornahme jener Handlungen ersucht, die ihm gerade untersagt sind. Es darf daher die Polizei nicht zu Zwangsmaßnahmen im Wege der Amtshilfe veranlassen. Dementsprechend schließen einige Verfassungsschutzgesetze der Länder das Recht der Ämter für Verfassungsschutz aus, im Wege der Amtshilfe um die Vornahme polizeilicher Zwangsmaßnahmen zu ersuchen (etwa: § 31V NRW-VerfassungsschutzG)<sup>37</sup>.

b) *Gewaltenteilung ist auch informationelle Gewaltenteilung*<sup>38</sup>. Fordert das Trennungsgebot die organisatorische Ausdifferenzierung der Nachrichtendienste aus den Polizeibehörden, so würde dieses Gebot umgangen, wenn durch eng zwischenbehördliche Verflechtungen im Wege von Informationsaustausch und Kooperation ein Zustand herbeigeführt würde, welcher die Trennung zwar nicht der Form, wohl aber der Sache nach aufhebt. Soll das Trennungsgebot sichern, daß Zwangsbefugnisse nur für polizeiliche Zwecke eingesetzt werden dürfen, umgekehrt das Bundesamt für Verfassungsschutz auf die ihm eigenen Erkenntnisquellen und -mittel beschränkt bleiben soll, so ist es damit nicht zu vereinbaren, wenn Erkenntnisse der Polizeibehörden pauschal dem Verfassungsschutz zugänglich gemacht würden und umgekehrt. Auf diese Weise würde nämlich die Beschränkung der nachrichtendienstlichen Erkenntnismittel wirkungslos. Ein Datenpool von Verfassungsschutz und Polizei würde demnach gegen das Trennungsgebot verstoßen<sup>39</sup>.

Ein derartiger Datenpool wäre jedenfalls verwirklicht, wenn zwischen dem Bundesamt für Verfassungsschutz und polizeilichen Amtsstellen ein *on-line-Verbund* bestehen würde.

Ein solcher Vollverbund besteht nicht und ist auch nicht geplant.

c) Dem Datenpool am nächsten kommt ein Direktabrufsystem, bei welchem eigene Daten ganz oder teilweise einer anderen Stelle zum unmittelbaren Abruf zur Verfügung gestellt werden. Im Gegensatz zum Vollverbund stellt es nur einen Teilverbund dar. Die Einstellung von Daten in den Teilverbund macht sie zugleich für die anderen Verbundteilnehmer abrufbar; der Abrufberechtigte erhält eine unmittelbare Zugriffsmöglichkeit auf – einzelne – Erkenntnisse des anderen. Die informationelle Gewaltentrennung wird hier nicht ganz, sondern nur partiell aufgehoben.

Ein solches Abrufsystem wäre sicherlich in dem Umfang zulässig, in welchem die Nachrichtendienste Informationen auf Antrag an die Polizei abgeben könnten. Sicherlich ist es zulässig, statt der Datenübermittlung an eine andere Stelle diese Daten in einen gemeinsamen Pool einzubringen, der auch der anderen Stelle offensteht. Dies wäre nur eine andere Form der Übermittlung, nicht hingegen eine Ausweitung oder qualitative Änderung der Zusammenarbeit. Für den zulässigen Umfang des Teilverbunds ist somit prinzipiell maßgeblich, inwieweit der Verfassungsschutz der Polizei im Einzelfall Informationen weitergeben muß bzw. darf; bzw. umgekehrt, inwieweit die Polizei dem Bundesamt für Verfassungsschutz solche Daten weitergeben muß oder kann.

Über diesen Umfang hinaus würde allerdings der Teilverbund die informationelle Trennung beider Behörden unterlaufen. Ein weitergehendes Direktabrufrecht hätte zur Folge, daß die wechselseitige Kooperation erweitert würde, wobei sich der Teilverbund mit zunehmendem Umfang dem Vollverbund immer mehr annähern könnte. Ein solcher Vollverbund wäre aber unzulässig. Besteht der Grund dieser Unzulässigkeit gerade in der schleichenden Kompetenzerweiterung beider Behörden über den ihnen jeweils gezogenen Zuständigkeitsbereich hinaus, so gilt dies analog für den Teilverbund: Er ist dort unzulässig, wo er dazu führt, daß die Polizei Verfassungsschutz- oder der Verfassungsschutz polizeiliche Kompetenzen erlangt. Damit ist der zulässige Höchstumfand des Teilverbundes bereits bezeichnet: Er darf in keinem Fall zu einer informationellen Ausweitung der Behördenzuständigkeiten führen. Nur dort, wo er die Aufgaben und Befugnisse beider Stellen nicht gegeneinander erweitert, kann der Teilverbund zulässig sein. Ist somit das Trennungsgebot die organisatorische Absicherung der fehlenden polizeilichen Befugnisse der Nachrichtendienst, so ist die Begrenzung des Teilverbunds die organisatorische Absicherung des – auch informationellen – Trennungsgebots.

#### 2. Trennungsgebot – Amtshilfe – Informationshilfe<sup>40</sup>

Gewaltenteilung und Trennungsgebot schließen so Zusammenarbeit nicht aus, sondern sind deren Bedingung und Grenze. Diese Grenze ist hier abstrakt bereits festgestellt: Sie darf nicht zu einer – durch das Trennungsgebot gerade untersagten – Ausstattung des Bundesamtes für Verfassungsschutz mit polizeilichen Befugnissen und umgekehrt zu einer Ausstattung der Polizei mit – ihr ansonsten verschlossenen – nachrichtendienstlichen Kenntnissen führen. Dieser abstrakte Satz ist im folgenden zu konkretisieren.

a) Der durch das Trennungsgebot organisatorisch gesicherte Ausschluß der Polizei von Erkenntnissen aus dem „Vor-

35) Zurückhaltend Evers, ZRP 1980, 112; zum folgenden Gusy, DVR 1982, 262ff.

36) S. dazu noch näher o. Fußn. 27.

37) Bull, DÖV 1979, 690f.; Denninger, ZRP 1981, 231f.; Lisken, NJW 1982, 1481ff.

38) Bull, DÖV 1979, 689ff. m. w. Nachw.; Denninger, JA 1980, 284.

39) Riegel, RiA 1981, 53; zum folgenden – sehr weit – Denninger, ZRP 1981, 233f.; jüngst Simitis, NJW 1986, 2804f.

40) Zu diesem Begriff Schmidt, ZRP 1979, 185.

feld“ von Gefahr und Strafverfolgung darf auch durch Zusammenarbeit zwischen den getrennten Behörden nicht umgangen werden. „Vorfelderkenntnisse“ sind demnach nur dem Verfassungsschutz, nicht der Polizei zugänglich zu halten. Daraus folgt insoweit ein *Übermittlungsverbot* für das Bundesamt für Verfassungsschutz gegenüber den Polizeibehörden.

Ein solches Übermittlungsverbot setzt zunächst voraus, daß die Vorfelderkenntnisse – nur – bei den Verfassungsschutzbehörden gespeichert werden. Sie dürfen weder von der Polizei noch von gemeinsamen Stellen der Polizei und des Bundesamtes für Verfassungsschutz aufbewahrt werden. Auch dürfen sie nicht auf eine Weise vom Verfassungsschutz verwahrt werden, daß sie dort jederzeit auch der Polizei zugänglich sind. Ein *Direktabruf* oder sonstige Zugriffsmöglichkeiten der Polizei bezüglich Vorfelderkenntnissen ist durch das Trennungsgebot notwendig ausgeschlossen. Daraus folgt weiter: Ist ein Direktabruf der Polizei gegenüber dem Verfassungsschutz nur auf eine Weise einzurichten, die auch die Vorfelderkenntnisse einschließt, so ist ein solcher Direktabruf völlig unzulässig. Bedeutung erlangt dieser letzte Satz dann, wenn – was wegen der Aufgaben des Bundesamtes für Verfassungsschutz die Regel sein wird – Vorfeld- und sonstige Daten beim Verfassungsschutz nicht in generell verschiedenen Dateien aufbewahrt werden, sondern – etwa nach Sachaspekten – gemeinsam gespeichert sind. In einem solchen Fall darf sich das polizeiliche Direktabrufrecht nur auf die gefahr- oder strafverfolungsrelevanten Daten beziehen, nicht hingegen auf die ganzen Dateien. Nur wenn eine solche Trennung der Datenspeicherung beim Bundesamt für Verfassungsschutz durch Codierung oder sonstige elektronische Vorkehrungen sichergestellt werden kann, darf ein – beschränktes – polizeiliches Direktabrufrecht überhaupt begründet werden.

Konkret bedeutet dies: Auch ein polizeiliches Direktabrufrecht gegenüber dem Bundesamt für Verfassungsschutz darf den Vorbehalt des letzteren bezüglich des alleinigen Zugangs zu den Vorfelddaten nicht aufheben. Vielmehr ist jede Abrufmöglichkeit der Polizei gegenüber Vorfelddaten unzulässig. Wenn diese Daten und strafverfolungs- bzw. gefahrrelevante Daten beim Verfassungsschutz ungetrennt aufbewahrt werden, so läßt sich das polizeiliche Direktabrufrecht nicht auf die ihr offenstehenden Daten begrenzen und ist dann generell unzulässig.

b) Die durch das Trennungsgebot gesicherte Alleinverfügungsbefugnis des Verfassungsschutzes über „Vorfelddaten“ darf durch keine polizeiliche Kenntnisnahme unterlaufen werden. Wie für das dargestellte Abrufverbot gilt dies auch für die Weitergabe: Was die Polizei beim Verfassungsschutz nicht selbst abrufen darf, darf ihr das Bundesamt für Verfassungsschutz auch nicht übermitteln. Vorfelddaten sind daher von jeder Übermittlung an die Polizeibehörden ausgeschlossen.

Dies bedeutet insbesondere, daß das Bundesamt für Verfassungsschutz nicht pauschal die von ihm festgestellten Informationen an die Polizei weitergeben darf mit der Maßgabe, daß diese das für sie Relevante herausdestillieren soll. Zwar dürfte die Polizei wegen ihrer eigenen Aufgabenrestriktionen in diesem Fall nur polizeilich relevante Daten aus dem gelieferten Material aussortieren und selbst verwerten. Desungeachtet würde sie auf diese Weise Einblick in die gesamten Vorfelddaten erlangen, wodurch ihr Ausschluß gerade aus diesem Vorfeld unterlaufen würde. Die Übermittlung solcher Daten an die Polizei ist daher auf jede Weise unzulässig; und zwar sowohl im Wege der nachrichtendienstlichen Informationshilfe – ohne vorherige polizeiliche Aufforderung – als auch im Wege der nachrichtendienstlichen Amtshilfe auf polizeiliche Aufforderung. Der Polizei ist es wegen ihrer eigenen Aufgabenrestriktionen verboten, um die Übermittlung von Vorfelddaten nachzusehen. Umgekehrt darf der Verfas-

sungsschutz solche aber auch nicht an die Polizei weitergeben, und zwar weder ohne noch auf vorherige Anforderung.

Eine solche Beschränkung macht die Zusammenarbeit zwischen beiden Behörden keineswegs unmöglich. Vielmehr begrenzt sie die zwischen ihnen gebotene Amts- und Informationshilfe auf ihren zulässigen Kern. Hat eine Verfassungsschutzbehörde Informationen gesammelt, welche den Verdacht einer Straftat begründen, so kann sie diese der Polizei in vollem Umfang weitergeben. Das gilt auch, wenn der Verfassungsschutz die Straftat noch nicht voll bewiesen hat; erforderlich ist lediglich, daß ein ausreichender „Anfangsverdacht“ besteht, damit die Polizei mit ihren eigenen Nachforschungen beginnen kann. Hier darf sie dann auch polizeiliche Befugnisse ausüben. Begründen die nachrichtendienstlichen Feststellungen hingegen keinen Anfangsverdacht, so sind sie eben reine Vorfelddaten und dürfen und brauchen der Polizei nicht zugänglich gemacht zu werden. Damit steht das Bundesamt für Verfassungsschutz bei seinem Übermittlungsverhalten faktisch sonstigen Anzeigerstatern gleich, welche die Polizei von Sachverhalten in Kenntnis setzen, welche Maßnahmen zur Gefahrbekämpfung oder Strafverfolgung auslösen könnten. Konkret erweitert die Pflicht des Verfassungsschutzes zur Zusammenarbeit mit der Polizei faktisch um die Verpflichtung, die ihm gem. § 138 StGB wie jeden Bürger treffen würde, nämlich geplante Verbrechen anzuzeigen. Nur bezieht sich die Zusammenarbeit des Verfassungsschutzes mit der Polizei nicht bloß auf Verbrechen, sondern auf alle Straftaten innerhalb seines Aufgaben- und Wahrnehmungsbereiches.

c) Grenzen der Informationsübermittlung ergeben sich aber auch umgekehrt für die Polizei: Sie ist gleichfalls nicht berechtigt, sämtliche bei ihr vorhandenen Daten dem Verfassungsschutz zum Direktabruf bereitzustellen oder zu übermitteln. Vielmehr gilt auch insoweit die Differenzierung nach den unterschiedlichen Aufgaben: Das Bundesamt für Verfassungsschutz ist keine Strafverfolgungsbehörde, sondern hat allein präventive Aufgaben. Andere Daten als solche, die für präventive Zwecke relevant sind, können auch nicht übermittelt werden.

Aber auch der Präventivbereich ist für Verfassungsschutz und Polizei keineswegs identisch. Während die letztere die Vorbeugung gegen sämtliche Straftaten und Ordnungswidrigkeiten zu leisten hat, ist der Verfassungsschutz zuständig allein für die Feststellung von Bestrebungen gegen die Sicherheit des Bundes oder der Länder sowie von Bestrebungen zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung. Hier kommen faktisch nahezu allein politische Straftaten in Betracht. Konsequent darf die Polizei auch nur solche Informationen übermitteln, welche Hinweise auf derartige Aktivitäten – und damit auch Straftaten – ermöglichen. Damit ist der größtmögliche Umfang polizeilicher Übermittlungstätigkeit abgesteckt.

Andere als strafatbezogene Informationen darf die Polizei nur übermitteln, wenn sie bei ihr selbst im Rahmen rechtmäßiger Aufgabenerfüllung angefallen sind. Dies können – da sich Polizeibehörden auf die Gefahrprävention und die Strafverfolgung zu beschränken haben – lediglich solche Informationen sein, die bei der Gelegenheit der Suche nach Daten im polizeilichen Aufgabenbereich als Zufallsfunde mitangefallen sind und die als solche registriert werden durften. Der Polizei ist es untersagt, allein für Zwecke des Verfassungsschutzes Informationen zu sammeln. Vielmehr ist ihre Tätigkeit durch ihre eigenen Aufgabennormen – und nicht durch § 3 ZusammenarbeitsG – eröffnet und begrenzt. Außerhalb des ihr selbst eröffneten Aufgabenspektrums darf aber keine staatliche Behörde tätig werden.

d) Als weitere Grenze der Zusammenarbeit von Polizei und Nachrichtendiensten wird bisweilen § 3 III 1 ZusammenarbeitsG angesehen. Stehen demnach dem Verfassungsschutz polizeiliche Befugnisse nicht zu, so wird diese Bestimmung dahin ausgelegt, daß er auch von der Polizei keine Informationen übermittelt erhalten dürfte, welche dieser durch den

Einsatz von Zwangsmitteln bekannt geworden sind<sup>41</sup>. Zur Begründung dafür wird ausgeführt, der Ausschluß polizeilicher Befugnisse für den Verfassungsschutz beziehe sich nicht lediglich darauf, daß er diese Zwangsmittel weder selbst noch durch die Polizei ausüben dürfe. Vielmehr bestehe auch ein Verbot, sich die Ergebnisse eines solchen Einsatzes durch andere Behörden – etwa der Polizei – nutzbar zu machen. Das Trennungsgebot erscheint demnach als Verwertungsgebot für Informationen, welche durch polizeiliche Mittel erlangt sind.

Nun wird das Trennungsgebot auf die Informations- und Amtshilfe angewandt, um zu verhindern, daß die organisatorische Trennung von Polizei und Verfassungsschutz durch wechselseitige Unterstützungs- und Hilfsmaßnahmen unterlaufen wird. Unvereinbar damit wäre insbesondere, wenn die Ämter für Verfassungsschutz durch die Amtshilfe faktisch polizeiliche Kontrollrechte erlangen könnten; also ihre Befugnisse gegenüber dem Bürger durch Zusammenarbeit erweitert würden<sup>42</sup>. Eine derartige Erweiterung der Befugnisse des Verfassungsschutzes läßt sich jedoch nicht feststellen, wenn er von der Polizei übermittelte Informationen nutzen darf, welche diese durch rechtmäßigen Einsatz von Zwangsmitteln erlangt hat. Die Zwangsmittel sind im Zeitpunkt des Informationstransfers bereits eingesetzt. Bei jenem Einsatz durfte die Polizei lediglich zu eigenen Zwecken handeln. Insofern das Bundesamt für Verfassungsschutz auf so gewonnene Erkenntnisse zurückgreift, erweitern sich seine eigenen Befugnisse nicht. Insbesondere erlangt er selbst keine polizeilichen Kontrollrechte gegenüber dem Bürger. *Bezieht sich demnach § 3 III 1 ZusammenarbeitsG lediglich auf die Informationsgewinnung durch die Nachrichtendienste*, so sind die Gewinnungsmethoden der Polizei von ihnen nicht tangiert. Untersagt sind demnach nur solche Übermittlungshandlungen der Polizei, durch welche die Restriktionen des § 3 III 1 ZusammenarbeitsG für das Bundesamt für Verfassungsschutz umgangen werden könnten. Übermittelt werden dürfen in jedem Falle polizeiliche Informationen, die rechtmäßig mit Zwangsmitteln gewonnen worden sind. Unzulässig wäre es demgegenüber, wegen der Belange des Bundesamtes für Verfassungsschutz polizeiliche Zwangsmaßnahmen einzuleiten oder fortzusetzen.

### 3. Folgerungen

Die dargestellten Aussagen folgen unmittelbar aus dem verfassungsrechtlichen Trennungsgebot. Sie binden den Gesetzgeber bei der Neuregelung der polizeilichen wie der nachrichtendienstlichen Informationsverarbeitung. Damit soll nicht jeglicher gesetzlicher Handlungs- und Gestaltungsspielraum von vornherein ausgeschlossen werden<sup>43</sup>. Er stößt jedoch an die dargestellten zwingenden Grenzen, welche das Grundgesetz zieht.

a) Nach § 1 II E-ZAG<sup>44</sup> bleiben die Vorschriften über die organisatorische Trennung von Polizei und Nachrichtendiensten sowie über den Ausschluß polizeilicher Befugnisse für die Nachrichtendienste unberührt. Unberührt bleibt damit auch das Trennungsgebot; und zwar sowohl das dargestellte verfassungsrechtliche als auch dasjenige aus dem einfachen Recht<sup>45</sup>. Angesichts der Unsicherheiten bezüglich des Inhaltes und der Reichweite dieser Gebote ist § 1 II E-ZAG überaus unpräzise. Verfassungsmäßig ist er nur in einer bestimmten Auslegung.

Das gilt zunächst für den Umfang der Trennung. Ausdrücklich angesprochen ist nur die „organisatorische Trennung“.

Demgegenüber ist die informationelle Differenzierung außer Betracht gelassen. Die bloße Beschränkung auf die „organisatorische“ Dimension darf allerdings nicht darüber hin-

wegtäuschen, daß gerade das grundgesetzliche Trennungsgebot auch einen informationellen Gehalt aufweist: Art. 87 I 2 GG meint die organisatorische und die informationelle Verschiedenheit beider Behörden. Nur in einem solchen Verständnis wird der genannte Entwurf den Anforderungen des Grundgesetzes gerecht. Angesichts mancher Tendenzen, das Trennungsgebot auf das „bloß organisatorische“ zu beziehen<sup>45</sup>, wäre dem die Verfassungswidrigkeit einer derart reduzierten Funktionsdifferenzierung entgegenzuhalten. „Organisatorisch“ i. S. des § 1 II E-ZAG kann daher verfassungskonform allein als „organisatorisch und informationell“ verstanden werden. Dieser Zusammenhang wird im Entwurf eher verdunkelt als erhellt; die Bestimmung müßte daher erst durch Auslegung verfassungskonform gemacht werden. Das gilt in gleicher Weise für das Verbot an den Verfassungsschutz einerseits und die Polizei andererseits, gemeinsame Einrichtungen oder Unterabteilungen zu errichten. Besondere Bedeutung erlangt dies für das Verbot gemeinsamer Datenverarbeitung. Diese darf keinen Verbund begründen; und zwar weder unter den Ämtern in ihrer Gesamtheit noch in ihren Untergliederungen. Das Trennungsgebot bezieht sich nicht nur auf die Behördenspitzen, sondern auch auf nachgeordnete Stellen. Ein derartiges Trennungsgebot darf auch nicht auf die Weise umgangen werden, daß MAD, Bundesamt für Verfassungsschutz und BND eine ganz oder teilweise gemeinsame Datenverarbeitung erhalten oder errichten. Zwar sind MAD und möglicherweise auch BND nicht als Zentralstellen i. S. des Art. 87 I 2 GG anzusehen, so daß sich ein aus dieser Vorschrift hergeleitetes verfassungsrechtliches Trennungsgebot nicht auf sie beziehen würde. Unterhalten sie jedoch gemeinsame, nachrichtendienstliche Datenverarbeitungseinrichtungen mit dem Bundesamt für Verfassungsschutz, so muß diese wegen der Beteiligung des Bundesamtes für Verfassungsschutz von den polizeilichen Anlagen getrennt sein. Spätestens auf diese Weise würden MAD und BND in das verfassungsrechtliche Trennungsgebot einbezogen werden.

Diese sehr komplexen Zusammenhänge kommen in § 1 II E-ZAG kaum zum Ausdruck. Auch die Begründung geht auf sie nicht ein, so daß die Vorschrift selbst das verfassungsrechtlich Gebotene zwar zuläßt, aber nicht selbst verwirklicht. Dies kann erst im Wege der verfassungskonformen Auslegung in sie „hineingelesen“ werden.

b) Der Entwurf regelt die „Übermittlung“ von Daten (§ 2 E-ZAG). Was genau „Übermittlung“ ist, ist in dem Entwurf nicht angesprochen. Aus dem System der Bestimmungen ergibt sich lediglich, daß „Übermittlung“ ohne oder mit Ersuchen stattfinden kann. Definiert wird dieser Begriff demgegenüber in § 2 II BDSG. Danach umfaßt Übermittlung sowohl die „Weitergabe“ als auch das „Bereithalten zur Einsichtnahme“ bzw. zum „Abruf“. Ein Direktabrufrecht ist allerdings wegen des Trennungsgebots zugunsten der Polizei nur in überaus begrenztem Umfang zulässig; nämlich dann, wenn beim Bundesamt für Verfassungsschutz die zum Abruf bereitstehenden Daten und sonstige Informationen voneinander getrennt werden<sup>46</sup>. Diese Trennung kann auf unterschiedliche Weise – räumlich oder elektronisch – geschehen. Für eine solche Trennung enthalten allerdings die Entwürfe keinerlei Vorkehrungen. Für den Fall eines Direktabrufrechts ist so gesetzlich nicht bestimmt, wie dessen verfassungsrechtliche Grenzen eingehalten werden sollen. Dies ist aber unvereinbar mit den Anforderungen des BVerfG an die Vorhersehbarkeit der

41) Riegel, NJW 1979, 953f.; Bull, DÖV 1979, 695; ders., in: Verfassungsschutz und Rechtsstaat, 1981, S. 149f.; dagegen Martens, JR 1981, 356; Steinhömer, DVBl 1981, 346; Gusy, DVR 1982, 265f.

42) Dazu o. III 1.

43) Auf einen solchen beruft sich insbesondere Roewer, DVBl 1986, 206.

44) BR-Dr 66/86.

45) Dazu Roewer, DVBl 1986, 207f.

46) Dazu o. III 2a.

Datenübermittlung im öffentlichen Bereich<sup>47</sup>. Direktübermittlung durch Abruf darf es ohne vorherige Konkretisierung demnach zwischen Bundesamt für Verfassungsschutz und Polizei nicht geben.

Konsequent kann der Begriff der „Übermittlung“ im Entwurf des Zusammenarbeitsgesetzes nur die „Weitergabe“ der Daten meinen. Eine solche, restriktive Auslegung ist zwar möglich; muß allerdings verfassungskonform erfolgen und nicht systematisch aus dem Bundesdatenschutzgesetz. Auch hier läßt der Entwurf zwar die verfassungskonforme Alternative zu, schreibt sie aber nicht vor.

c) § 11 E-ZAG erweitert die Zuständigkeiten des Bundesgrenzschutzes. Er kann – auch außerhalb seiner eigentlichen Aufgaben – Informationen erheben, um welche ihn die Nachrichtendienste ersucht haben. Dabei handelt es sich gerade nicht um Daten, welche der Bundesgrenzschutz im Rahmen seiner allgemeinen Zuständigkeiten erheben darf. Für deren Erhebung bedürfte er vielmehr gar keiner besonderen Ermächtigungsgrundlage in Entwurf des Zusammenarbeitsgesetzes, da hierfür die allgemeinen Regelungen des Bundesgrenzschutzgesetzes ausreichen. Vielmehr soll § 11 E-ZAG gerade die Rechtsgrundlage erst schaffen, welche ermöglichen, daß der Bundesgrenzschutz seinen Übermittlungsverpflichtungen nachkommen kann. Die Übermittlungspflicht ist so kein Annex zu den allgemeinen Kompetenzen des Bundesgrenzschutzes, sondern eine eigenständige Verpflichtung daneben und darüber hinaus.

Damit erlangt der Grenzschutz Datenerhebungs Kompetenzen auch im „Vorfeld-Bereich“, also jener Zone vor der „Gefahr“ bzw. dem „Anfangsverdacht“, welche durch das Trennungsgebot der Polizei gerade entzogen werden sollte<sup>48</sup>. Dient das Trennungsgebot gerade dazu, die Polizei mit ihren Befugnissen aus dem Vorfeld herauszuhalten, so ist diese Grenze in § 11 E-ZAG ausdrücklich überschritten: Eine Polizeibehörde erhält Vorfeldbefugnisse; und zwar allein zum Zweck der verbesserten Zusammenarbeit mit den Nachrichtendiensten. Damit ist die Aufgabentrennung von Polizei- und Verfassungsschutzbehörden insoweit aufgehoben; der Grenzschutz wird zum nachrichtendienstlichen Hilfsorgan.

Dieser Umstand wird auch nicht dadurch beseitigt, daß der Bundesgrenzschutz zum Zwecke der Vorfeldaufklärung keine Vernehmungen durchführen darf; die Beantwortung diesbezüglicher Fragen ist freiwillig (§ 11 S. 2 E-ZAG). Damit allerdings wird das Trennungsgebot weder formell noch materiell beachtet. Fehlende Zwangsbefugnisse sind keine Restriktionen behördlicher Aufgaben. Darüber hinaus ist aber auch nur die Vernehmung ausgeschlossen; andere Zwangsmittel, welche dem Bundesamt für Verfassungsschutz nicht zur Verfügung ständen – etwa Nachschau oder Ausweiskontrolle – sind dem Bundesgrenzschutz auch zum Zweck des § 11 E-ZAG erlaubt und gerade nicht ausgeschlossen. Bis auf die Vernehmung stehen somit dem Bundesgrenzschutz auch im Vorfeld polizeiliche Zwangsmittel sehr wohl zur Verfügung. Dies ist ein eindeutiger Verstoß gegen Inhalt und Zweck des Trennungsgebots.

### III. Ergebnis

Das grundgesetzliche Trennungsgebot bindet auch den Gesetzgeber. Es ist bei der Regelung der Zusammenarbeit von Polizei und Verfassungsschutz zu beachten. Dem trägt der Entwurf des Zusammenarbeitsgesetzes nur ansatzweise Rechnung. Einzelne Vorschriften lassen zwar eine verfassungskonforme Auslegung zu; sie müssen aber dazu erst restriktiv ausgelegt werden. Verfahrensrechtliche Absicherungen des vom Grundgesetz gebotenen Rechtszustandes fehlen weitgehend. § 11 E-ZAG berücksichtigt die verfassungsrechtlichen Anforderungen überhaupt nicht.

Der Entwurf eines Zusammenarbeitsgesetzes ist so in einzelnen Fragen verfassungswidrig, in anderen Fragen hingegen zumindest nachbesserungsbedürftig. Dazu bedarf er sorgfältiger Beratung im Gesetzgebungsverfahren. Eine derartige, gründliche Diskussion hat bislang nicht stattgefunden. Sie zu ermöglichen, ist Sache der Legislative; sie zu führen Aufgabe der Wissenschaft einschließlich der sachkundigen Praktiker.

47) *BlfGrGE* 65, 1 (46) = *NJW* 1984, 419; dies bedingt verfahrensrechtliche Konkretisierungen, dazu ebd., S. 58 ff.

48) Dazu o. II 2c.

Dr. Winfried Brugger, Tübingen

## Verfassungsgerichtspolitik à la USA\*

*Die Wahl von Ronald Reagan zum Präsidenten der Vereinigten Staaten Ende 1980 brachte eine justizpolitische Wende von weitreichendem Ausmaß mit sich. Seine Regierung arbeitet höchst erfolgreich daran, die bislang eher „liberale“ Bundesgerichtsbarkeit mit „konservativen“ Richtern zu besetzen; dies gilt auch für den Supreme Court. Trotz des erbitterten Widerstandes „liberaler“ Demokraten ist absehbar, daß die Bundesgerichtsbarkeit für lange Zeit zum „konservativen Bollwerk“ werden wird. In dieser anhaltenden rechtspolitischen Auseinandersetzung stellen sich die klassischen Fragen des Verfassungsstaates: Wie ist das Verhältnis von demokratischer Herrschaft und verfassungsgerichtlicher Kontrolle zu bestimmen? Was sind die Kriterien einer legitimen gerichtlichen „Interpretation“ der Verfassung? Der Artikel zeichnet den rechtspolitischen Streit vor dem Hintergrund der modernen Supreme Court-Rechtsprechung nach, illustriert den Stil der Auseinandersetzung, skizziert die Methoden der Verfassungsinterpretation und gibt einen Ausblick auf die künftige Rechtsprechung des Supreme Court.*

### I. Zur Stellung der Bundesgerichtsbarkeit

Nach der amerikanischen Verfassung werden die Richter der Bundesgerichtsbarkeit vom Präsidenten vorgeschlagen und mit Zustimmung des Senats, der „Länderkammer“ des Kongresses, auch von ihm ernannt<sup>1</sup>. Die Bundesgerichtsbarkeit besteht aus dem *Supreme Court of the United States*, dem einzigen von der Verfassung selbst eingerichteten nationalen Gericht<sup>2</sup>, sowie den statutorisch festgelegten erstinstanzlichen *District Courts* und den zweitinstanzlichen *Courts of Appeals*. Daneben gibt es noch Gerichte mit besonderen Aufgabenbereichen. Die beschränkten, aber von der Materie her wichtigen Zuständigkeiten der Bundesgerichte sind in Art. III, Sect. 2 der Verfassung umrissen. Die Bundesrichter werden auf Lebenszeit bestellt<sup>3</sup> und sind nur nach einer Verurteilung wegen schwerwiegender Vergehen und Verbrechen aus ihrem Amt zu entfernen<sup>4</sup>. Es verwundert deshalb nicht, daß die Besetzung offener Richterstellen von jeher eines der vorrangigen politischen Ziele der jeweiligen Präsidenten war. Über die Richterernennungen kann sich ein Präsident, der auf vier, höchstens acht Jahre gewählt wird, einen politischen Einfluß auf die Rechtsprechung des Landes verschaffen, der weit über seine Amtszeit hinausreicht.

Die Regierung von *Ronald Reagan*, der 1980 gewählt und 1984 wiedergewählt wurde, hat von Anfang an der Justizpersonalpolitik höchste Priorität eingeräumt, um ihr konservativ-republikanisches Programm im Bereich der Rechtsauslegung gegen den vorhersehbaren Widerstand der Bundesgerichte durchzusetzen. Die Bundesgerichtsbarkeit gilt seit der *New Deal*-Periode in den 30er Jahren, die in der Folgezeit auch zu einem politischeren Selbstverständnis der Rechtsprechung führte, als liberales, demokratisches Bollwerk „aktivistischer“ Richter. Darunter sind Richter zu verstehen, die zum ersten dazu neigen, *Bundesrecht* eine höhere Priorität ein-

\* *Otto Bachof*, dem langjährigen „Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik“, zum 73. Geburtstag am 6. 3. 1987 gewidmet.

1) Vgl. Art. II, Section (Sect.) 2, Clause (Cl.) 2 US-Verfassung. – Für eine Durchsicht des Manuskripts und wertvolle Hinweise danke ich Professor *Peter E. Quint*, University of Maryland School of Law.

2) Vgl. Art. III, Sect. 1 US-Verfassung.

3) Vgl. Art. III, Sect. 1 US-Verfassung.

4) Vgl. des näheren Art. II, Sect. 4 US-Verfassung.