

Befugnisse des Verfassungsschutzes zur Informationserhebung

Von Professor Dr. Christoph Gusy, Mainz

Das Bundesverfassungsschutzgesetz (BVerfSchG) vom 20. 12. 1990¹ hat die Befugnisse des Bundesamtes für Verfassungsschutz zur Erhebung personenbezogener Informationen neu geregelt. Den neuen Bestimmungen kommt über den Anwendungsbereich des BVerfSchG hinaus rechtliche Bedeutung zu, da §§ 4 ff. MADG² und § 3 BNDG³ partiell auf die Befugnisse des Verfassungsschutzes verweisen. Hier sollen die neuen Regelungen analysiert werden.

I. Abschied vom »nachrichtendienstlichen Mittel«?

Die große Mehrheit der Informationen, welche bei den Nachrichtendiensten anfallen, stammt aus offenen Quellen⁴. Ihre Gewinnung stellt regelmäßig keinen Eingriff in Grundrechte dar. Sie ist daher im Rahmen der Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden als grundrechtsfreie Maßnahme zulässig. Tatsächlich stellt die Informationsgewinnung durch eingreifende Maßnahmen eher einen Sonderfall als den Normalfall dar. Dies ist schon eine Folge des wesentlich höheren personellen und finanziellen Aufwandes, welchen zahlreiche Grundrechtseingriffe verursachen. V-Leute bzw. Observationen sind teuer. Ein Aufwand, der bei unsicheren Erfolgsaussichten stets einer besonderen Rechtfertigung bedarf – und sei es nur gegenüber dem Rechnungshof –, setzt regelmäßig das Überwinden bürokratischer Hemmnisse voraus.

§ 3 Abs. 3 Satz 2 ZusammenarbeitsG i. d. F. vom 7. 8. 1972⁵ verlieh dem Bundesamt für Verfassungsschutz erstmals die Befugnis zum Einsatz »nachrichtendienstlicher Mittel«. Diese Norm stellte ihrerseits die Reaktion auf einen rechtswissenschaftlichen Erkenntnisfortschritt dar. Noch bis in die fünfziger Jahre hatte die Auffassung dominiert, die staatliche Informationserhebung stelle für sich keinen Eingriff dar. Ein solcher liege erst vor, wenn aufgrund der erhobenen Daten Maßnahmen der Exekutive oder Justiz gegen eine Person getroffen würden. Die Informationserhebung zur Ermöglichung späterer Maßnahmen sei insoweit nicht mehr als eine grundrechtsfreie Vorbereitungshandlung. Erst mit der Erkenntnis vom selbständigen, eingreifenden Gehalt der staatlichen Datenerhebung erhob sich die Forderung nach gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen⁶. Mit der Schaffung der Befugnisnorm begann der Streit um ihre Auslegung. In der Folgezeit bildeten sich hauptsächlich drei Gruppen von Definitionen heraus.

(1) Die erste Gruppe sah jene Mittel praktisch als *Jedermann-Befugnisse*⁷. Danach sollte den Verfassungsschutzbehörden aus § 3 Abs. 3 Satz 2 ZusammenarbeitsG nicht mehr an Rechten zustehen, als jedem Bürger gegen Dritte zustünden. Zentrale Schwäche dieses Ansatzes war, daß sie die Definition des nachrichtendienstlichen Mittels mit der Frage nach der Zulässigkeit ihres Einsatzes verquickte. So blieb einerseits offen, welche Rechte Privater zum Vergleichsmaßstab zu nehmen seien; aber auch, welchen spezifischen Restriktionen der Verfassungsschutz beim Einsatz seiner Mittel aus dem Umstand unterlag, daß er eine staatliche Stelle war und deshalb nicht Träger »allgemeiner Handlungsfreiheit«, sondern vielmehr Adressat des Grundgesetzes sowie des öffentlichen Rechts ist.

(2) Die zweite Gruppe beschrieb jene Mittel als »heimliche Erkenntnismittel«; genauer als »für die Betroffenen als solche (scil. als solche des Verfassungsschutzes) nicht erkennbare Mittel zur Sammlung und Auswertung von Nachrichten«⁸. Die Definition enthielt zwei Charakteristika: Die Beschränkung auf Erkenntnismittel – was keinen Beitrag zur Sammlung oder Auswertung von Nachrichten erbringen konnte, sollte kein nachrichtendienstliches Mittel sein – und deren Heimlichkeit. Nicht hierunter fielen insbesondere bloße Vorbereitungshandlungen wie etwa das »Celler Loch«⁹; aber auch die Ausstellung falscher Personalpapiere oder Autokennzeichen durch den Verfassungsschutz.

(3) Eben deshalb formulierte die dritte Gruppe weiter: Danach seien nachrichtendienstliche Mittel alle *Methoden, Gegenstände, Instrumente und Verfahren zur heimlichen Informationsgewinnung*¹⁰. Nach dieser insbesondere in der Exekutive vertretenen Auffassung wurden die Vorbereitungshandlungen einbezogen. Die Informationen müssen nicht durch das Mittel selbst gewonnen werden; vielmehr muß die Informationsgewinnung lediglich das Ziel des Mitteleinsatzes sein. Hierunter würde auch das »Celler Loch« fallen, welches zwar selbst keine Informationen erbringen sollte, aber immerhin dem Fernziel der Informationsgewinnung zu dienen bestimmt war. In dieser Weite lag aber auch die Problematik des Begriffs: Da letztlich alle Tätigkeit des Verfassungsschutzes auf Informationsverarbeitung gerichtet ist und diese regelmäßig vom Betroffenen auch nicht bemerkt werden soll, fiel der Kreis der nachrichtendienstlichen Tätigkeit insgesamt mit demjenigen der »nachrichtendienstlichen Mittel« weitgehend zusammen: Der Ankauf von Richtmikrofonen, das Ankleben eines falschen Bartes oder der Start eines Aufklärungssatelliten erfüllten alle Begriffsmerkmale des Konzepts dieser Gruppe.

Ungeachtet dieser Unterschiede bei der Begriffsbildung bestand im Ergebnis weitgehend Einigkeit. Als »nachrichtendienstliche Mittel« wurden stets insbesondere vier Gruppen von Instrumenten verstanden: (1) Verdeckte Beobachtungen oder Befragungen, ggf. unter einer Legende; (2) heimliche optische Mittel, insbesondere Fotoaufnahmen; (3) heimliche akustische Mittel, insbesondere Abhöranlagen; (4) V-Leute¹¹.

1 BGBl. I S. 2954, 2970.

2 Vom 20. 12. 1990, BGBl. I S. 2954, 2977.

3 Vom 20. 12. 1990, BGBl. I S. 1954, 2979.

4 Nach *Vermander*, in: BMI (Hrsg.), Aufgaben und Kontrolle des Verfassungsschutzes, 1990, S. 66 f., stammen 60 % der Informationen des Verfassungsschutzes aus sog. »offenen Quellen«, 20 % aus Auskünften bzw. Amtshilfeleistungen anderer Behörden und 20 % aus dem Einsatz »nachrichtendienstlicher Mittel«. Die Zahlen werden bezweifelt von *Roewer*, Nachrichtendienstrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1987, § 3 Rdnr. 137 Fußn. 118: »schlichte Erfindung«.

5 BGBl. I S. 1382. Zur Entstehung des Verfassungsschutzrechts in Deutschland vgl. *Imle*, Zwischen Vorbehalt und Erfordernis, 1984.

6 Grundlegend *Evers*, Privatsphäre und Ämter für Verfassungsschutz, 1961, S. 98 ff.; *Salzwedel* GS Peters, 1967 S. 756 ff.

7 *H. Borgs-Maciejewski*, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zu: Das Parlament 6/1977, S. 20; hierzu zählt auch die anspruchsvollste Formulierung dieses Ansatzes bei *Schlink*, NJW 1980, 552; 1981, 565.

8 Nds. LT-Drucks. 8/929, S. 6; *Gusy*, Jura 1986, 299.

9 Zu diesem *Evers*, NJW 1987, 153; *Kühne*, JuS 1987, 188. Zu Verlauf und Ergebnissen der »Aktion Feuerzauber« Nds. LT-Drucks. 11/4380, S. 98 ff. (zum Verlauf), 25–158 (zu Vorbereitung und Folgen).

10 Insbes. BT-Drucks. 11/4306, S. 61; BR-Drucks. 618/88, S. 162; ähnlich *Borgs-Maciejewski/Ebert*, Das Recht der Geheimdienste, 1986, § 3 Rdnr. 145.

11 Dazu *Vermander* (Fußn. 4), S. 69 ff.; *Roewer* (Fußn. 4), § 3 BVerfSchG, Rdnrn. 139 ff.; *Borgs-Maciejewski/Ebert* (Fußn. 10), § 3 Rdnrn. 156 ff.; alle m. w. N.

Die alte Befugnisnorm sah sich nahezu von Anfang an der Kritik ausgesetzt. Sie richtete sich zunächst gegen die Unklarheit der Norm; also die Schwierigkeiten bei der Beantwortung der Frage, was ein derartiges Mittel sei; sodann gegen die Unbestimmtheit der Norm insgesamt¹². Tatsächlich ist das »nachrichtendienstliche Mittel« nie auch nur annähernd einheitlich definiert worden¹³. Die Unsicherheit bei der Handhabung des Begriffs zeigte sich am besten in der Behauptung, rein sprachlich lasse jenes Mittel Eingriffe bis zum politischen Mord zu¹⁴. Solcher Kritik traten Bundesregierung und Verfassungsschutzbehörden entgegen mit dem Argument, daß »eine inhaltliche Präzisierung des Begriffs »nachrichtendienstliches Mittel« untunlich« sei¹⁵. Eine Offenlegung würde die Erledigung der zugewiesenen Aufgaben undurchführbar machen und eine Anpassung jener Mittel an geänderte Methoden des zu beobachtenden Personenkreises unnütz verzögern. Kurz: Klarere gesetzliche Grundlagen würden »Terroristen, Extremisten und Spionen« die Gelegenheit geben, sich auf die jeweils genannten Mittel einzustellen und ihnen durch Verfeinerung ihrer Methoden zu entkommen¹⁶. Dieses Argument verlor jedoch rechtlich an Überzeugungskraft seit der Verfeinerung der datenschutzrechtlichen Erkenntnisse und ihrer Rezeption durch das Bundesverfassungsgericht¹⁷. Faktisch schwand seine Verwendbarkeit infolge der jüngeren Polizeigesetzgebung der Länder. Je neuer die Gesetze, desto detailliertere Regelungen enthielten sie für die Datenverarbeitung allgemein wie für »Besondere Mittel der Datenerhebung« (etwa: §§ 16 ff. NWPoIG). Sie räumen den Polizeibehörden nunmehr auch explizit Befugnisse zur heimlichen Informationserhebung ein. Diese »besonderen Mittel der Datenerhebung« sind aber praktisch keine anderen als die oben aufgezählten »nachrichtendienstlichen Mittel«. Damit nähern sich nicht nur die Aufgaben, sondern auch die Befugnisse der Polizei denjenigen des Verfassungsschutzes an. Die anzuwendenden Mittel sind demnach gerade keine spezifisch »nachrichtendienstlichen« mehr; vielmehr daneben zumindest auch polizeiliche Mittel. Zugleich sind die gesetzlichen Normierungen im Polizeirecht wesentlich klarer als im alten Verfassungsschutzrecht. Hierdurch veränderten sich die rechtlichen Rahmenbedingungen des Verfassungsschutzrechts insoweit, als offenbar das Argument einer möglichen Offenlegung von Informationsmitteln das polizeiliche Handeln nicht über Gebühr beeinträchtigt.

In den Entwürfen zum BVerfSchG hatte die Bundesregierung zunächst eine Formulierung eingebracht, die dem jetzigen § 8 Abs. 2 Satz 1 1. Hs. BVerfSchG und der Umschreibung des Begriffs der »nachrichtendienstlichen Mittel« durch die Exeku-

tive¹⁸ entsprach. Der 2. Halbsatz, also die Aufzählung einzelner Mittel, ist auf Anregung des Bundesrates¹⁹ aufgenommen worden. Die Neufassung wurde als angemessener Kompromiß zwischen dem verfassungsrechtlichen Gebot der Normenklarheit einerseits und den praktischen Anforderungen nach Geheimhaltung der Methoden des Verfassungsschutzes andererseits angesehen. Die Version des Bundesrates sei »wesentlich konkreter als der (Regierungs-)Entwurf, steht aber auch neuen Entwicklungen bei den nachrichtendienstlichen Mitteln nicht im Wege«. Nach dieser Entstehungsgeschichte spricht viel dafür, daß das neue Gesetz weniger eine sachliche Neuorientierung als vielmehr eine Präzisierung und Konkretisierung des alten Rechts begründen soll.

II. Zur Bedeutung des § 8 Abs. 2 BVerfSchG

Die Regelung des § 8 Abs. 2 BVerfSchG wird in der Überschrift zu § 9 BVerfSchG als »besondere Form der Datenerhebung« gekennzeichnet. Sie geht demnach über die allgemeine Form der Datenerhebung in § 8 Abs. 1 BVerfSchG hinaus. Hier soll zunächst die Frage gestellt werden: Wozu ermächtigt § 9 BVerfSchG, wenn er »besondere Formen der Datenerhebung« zuläßt?

1. § 8 Abs. 2 BVerfSchG als besondere Form der Datenerhebung

Die »allgemeinen« und die »besonderen« Formen der Informationserhebung lassen sich zunächst aus § 3 Abs. 3 BVerfSchG bestimmen. Nach dieser Bestimmung sind alle Verfassungsschutzbehörden an die allgemeinen Rechtsvorschriften gebunden. Mit der ausdrücklichen Bezugnahme auf Art. 20 Abs. 3 GG bringt das Gesetz den staatlichen und damit verfassungsgebundenen Charakter der Tätigkeit jener Ämter zum Ausdruck. Darin liegt zugleich eine implizite Absage an die »Jedermann-Befugnisse« des Verfassungsschutzes²⁰. Vielmehr haben der Staat und seine Organe partiell mehr Rechte als »Jedermann« aus öffentlich-rechtlichen Befugnisnormen: Diese Normen ermächtigen nur den Staat und nicht jedermann. Partiiell haben sie aber auch weniger Rechte, wie sich etwa aus ihrer Bindung an das Übermaßverbot ergibt; dieses bindet nur den Staat und seine Organe, regelmäßig nicht hingegen auch Private. Von dieser allgemeinen Rechtsbindung staatlicher Stellen macht § 8 Abs. 1 BVerfSchG eine erste Ausnahme: Er ermächtigt das Bundesamt für Verfassungsschutz zu Maßnahmen der Informationserhebung und -verarbeitung auch über den Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung hinaus, soweit nicht Bestimmungen des BDSG²¹ oder besondere Regelungen des BVerfSchG entgegenstehen. Dies sind insbesondere die §§ 9–26 BVerfSchG. Noch darüber hinaus geht § 8 Abs. 2 BVerfSchG: Danach stehen den Ämtern bestimmte Befugnisse auch über die genannten Grenzen hinaus zu. § 8 Abs. 2 BVerfSchG ermächtigt also den Verfassungsschutz zu rechtlich eigentlich unzulässigen Maßnahmen, d. h. Maßnahmen, die rechtswidrig wären, wenn nicht die rechtlichen Grenzen durch § 8 Abs. 2 BVerfSchG zu seinen Gunsten durchbrochen wären. Damit droht scheinbar das Verhältnis von § 8 Abs. 2 BVerfSchG einerseits und § 3 Abs. 3 BVerfSchG andererseits in einen rechtlichen Zirkel zu geraten: Wie können die Verfassungsschutzbehörden zugleich an die allgemeine Rechtsordnung gebunden sein, wenn dasselbe Gesetz sie von diesen Rechtsbindungen partiell freistellt? Und wie können die Ämter ihre besonderen Befugnisse aus § 8

12 Siehe nur Arndt, NJW 1961, 897, 902; de Lazzari/Rohlf, JZ 1977, 207; Denninger, in: BMI (Hrsg.), Verfassungsschutz und Rechtsstaat, 1981, S. 35; Bull, ebd., S. 146 f.; Schwagerl, Verfassungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland, 1985, S. 207 ff.

13 Überblick zuletzt bei Schimpff, Die rechtliche Stellung der Nachrichtendienstleister, Diss. 1990, S. 63 ff.

14 Borgs-Maciejewski (Fußn. 7).

15 BT-Drucks. VI/3555, S. 3, 5; BR-Drucks. 65/86, S. 52.

16 Roewer (Fußn. 4), § 3 BVerfSchG Rdnr. 184. Dagegen schon Gusy, DSt 1987, 609: Ebenso, wie noch kein Straftäter die polizeiliche Ermittlung durch ein Studium der StPO unterlaufen konnte, können nachrichtendienstliche Mittel durch Gesetzeskenntnis entwertet werden. Im Einzelfall kommt es nicht auf die Kenntnis der möglichen Mittel an, sondern auf die Kenntnis, wann und gegen wen sie eingesetzt werden. Und dies ist kein notwendiger Gegenstand gesetzlicher Regelungen.

17 BVerfGE 65, 1, 41 ff.

18 Siehe oben I (3).

19 BT-Drucks. 11/4306, S. 85.

20 Dazu oben I (1).

21 Zu dessen Anwendbarkeit § 27 BVerfSchG.

Abs. 2 BVerfSchG in rechtlich zulässiger Weise ausüben, wenn sie doch zugleich an die allgemeine Rechtsordnung gebunden sind²²? Der scheinbare Widerspruch löst sich aus der *Spezialität des § 8 BVerfSchG gegenüber dem generellen § 3 Abs. 3 BVerfSchG*: Bei der Wahrnehmung ihrer besonderen Befugnisse sind die Ämter insoweit nicht an die allgemeine Rechtsordnung gebunden, als sie durch die anwendbaren Befugnisnormen ausdrücklich von der allgemeinen Rechtsordnung freigestellt sind.

Damit stellt sich um so nachhaltiger die Frage, von welchen Rechtsbindungen § 8 Abs. 2 BVerfSchG freistellt. Da diese Bindungen nicht explizit genannt sind, lassen sie sich nur aus dem Inhalt der Befugnisnorm ermitteln. Danach sind zwei Arten von Befugnissen zu unterscheiden. Hierzu zählen zunächst *Handlungen, welche in Rechte der Bürger eingreifen können*. Dies sind der Einsatz von V-Leuten, Observationen, Bild- und Tonaufzeichnungen. Diese Mittel sind geeignet, in die grundrechtlich geschützte Privatsphäre einzugreifen. § 8 Abs. 2 BVerfSchG rechtfertigt aber nicht nur Eingriffe in grundrechtlich verbürgte Individualrechte, sondern daneben auch in solche Rechte aus einfachen Gesetzen, etwa des BDSG. Über die Bedeutung als öffentlich-rechtliche Befugnisnorm hinaus kann § 8 Abs. 2 BVerfSchG auch als Rechtfertigungsgrund für Handlungen, welche Straftatbestände zum Schutz der Rechte des einzelnen erfüllen, in Betracht kommen. Das gilt hinsichtlich solcher Handlungen, welche eine Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereiches begründen könnten (§§ 201 ff. StGB), aber auch bei Nötigungshandlungen zum »Umdrehen« enttarnter Agenten.

Die letzten beiden Alternativen des § 8 Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG ermächtigen daneben zu einer anderen Art von Eingriffen: nämlich *Handlungen, welche in Rechte der Bundesländer eingreifen können*. Nach Art. 83 ff. GG steht ihnen das Recht der Vollziehung von Bundesgesetzen zu, soweit das Grundgesetz nichts anderes zuläßt. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürfen regelmäßig der gesetzlichen Grundlage. Mangels solcher gesetzlichen Regelungen steht das Recht zur Ausgabe von Personalausweisen, Pässen oder Kfz-Kennzeichen grundsätzlich allein den Länderbehörden zu. Diese wären damit auch allein dafür zuständig, für eine Person mehrere (Tarn-)Ausweise oder für ein Fahrzeug mehrere (Tarn-)Kennzeichen auszustellen. In der Vergangenheit hatte sich aber eine davon abweichende Praxis herausgebildet: Solche Tarnunterlagen wurden von den Nachrichtendiensten im Einzelfall ohne Wissen und Zustimmung der Länder in eigener Regie beschafft. Geschah dies bislang unter Rückgriff auf § 3 Abs. 3 Satz 2 ZusammenarbeitsG, so enthält nun § 8 Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung²³. Damit wird eine – gegenständlich begrenzte – Vollzugshoheit des Bundes für die Ausgabe derartiger Papiere bzw. Kennzeichen begründet. Die Benutzung solcher Dokumente verstößt demnach auch nicht gegen § 22 StVG oder vergleichbare Vorschriften.

§ 8 Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG rechtfertigt allerdings nicht jeden Eingriff in Rechte der Bürger oder der Länder zu

Zwecken des Verfassungsschutzes. Deutlich wird dies insbesondere aus dem Begriff der »heimlichen Informationsbeschaffung«. Dieser erhält seine Bedeutung insbesondere aus dem systematischen Zusammenhang mit § 8 Abs. 3 BVerfSchG. Danach sind »polizeiliche Befugnisse« jedenfalls keine »heimliche Informationsbeschaffung«. Der Begriff der »polizeilichen Befugnisse« war stets ein Begriff des Verfassungsschutz-, nicht des Polizeirechts. Seit der Neugestaltung der Polizeigesetze der Länder ist diese Eigenart noch offensichtlicher geworden: Darf die Polizei etwa gem. §§ 16 ff. NWPoLG praktisch dieselben Mittel zur Informationsbeschaffung einsetzen wie die Nachrichtendienste, so würde die Subsumtion auch dieser Mittel unter die »polizeilichen Befugnisse« den Verfassungsschutz praktisch von jeder anderen als einer offenen Datenerhebung ausschließen²⁴. § 8 Abs. 3 BVerfSchG kann somit nur aus seiner Eigenart als Norm des Verfassungsschutzrechts gedeutet werden. In diesem Kontext soll der Begriff der »polizeilichen Befugnisse« diejenigen *Eingriffsrechte beschreiben, welche der Polizei zum Zwecke der Informationserhebung zustehen, den Nachrichtendiensten aber gerade nicht zustehen sollen*. Welche dies sind, läßt sich primär historisch aus der Entstehungsgeschichte des Verfassungsschutzes und des Verfassungsschutzrechts herleiten. Einhellig werden hierunter solche Befugnisse der Polizei verstanden, welche unter *Einsatz rechtlicher oder faktischer Zwangsmittel* geschehen²⁵. Dies sind insbesondere die (vorläufige Festnahme), Anhalten, Verhaftung, Durchsuchung, Beschlagnahme, erkennungsdienstliche Maßnahmen, der Erlaß von Ge- oder Verbotsverfügungen und Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung. Sind den Verfassungsschutzbehörden solche Instrumente der Informationserhebung ausdrücklich untersagt, so kommen als »besondere Formen der Datenerhebung« nur Mittel in Betracht, welche ohne rechtliche oder faktische Zwangswirkung eingesetzt werden können. Dies sind:

- (1) Informationen, welche vom Betroffenen freiwillig gegeben worden sind, wobei es auf die Motive dieser Freiwilligkeit nicht ankommt. Insbesondere kann diese Freiwilligkeit auch auf der Täuschung des Betroffenen beruhen. Gerade diese Täuschung soll durch die Tarnpapiere und -kennzeichen sowie die V-Leute erst ermöglicht werden. In diesem Sinne ist es nicht falsch, § 8 Abs. 2 BVerfSchG als Ermächtigung der Nachrichtendienste zur Täuschung des Bürgers zum Zweck der Informationsgewinnung zu begreifen.
- (2) Informationen, welche unbemerkt vom Betroffenen erhoben werden. Dies können insbesondere solche Daten sein, welche durch Observationen, Bild- oder Tonaufzeichnungen gewonnen werden²⁶.

Auch wenn man § 8 Abs. 2 BVerfSchG nicht als »Ermächtigung zur Heimlichkeit« versteht²⁷, ist es doch eine Ermächtigung zum heimlichen Eingriff in die Privatsphäre Dritter.

²⁴ Anders nach altem Recht *Lisken*, ZRP 1984, 144 f.

²⁵ Siehe statt aller *Evers*, in: BMI (Hrsg.) Verfassungsschutz und Rechtsstaat, 1981, S. 69; H. *Roewer* (Fußn. 4), § 3 (BVerfSchG) Rdnr. 200; *Borgs-Maciejewski/Ebert* (Fußn. 10), § 3 Rdnr. 137.

²⁶ Beide Methoden können auch miteinander kombiniert werden, wenn Informationen zugleich vom Betroffenen unbemerkt und mit dem Mittel der Täuschung gewonnen werden. Dies ist etwa bei der Befragung eines Dritten unter einer Legende der Fall.

²⁷ So *Borgs-Maciejewski/Ebert* (Fußn. 10), Rdnr. 145.

²² Diese Frage stellte schon im Jahre 1977 *Evers*, in: Polizei-Führungsakademie (Hrsg.), Rechtsfragen zur Fahndung und Observation einschließlich Verwendung optischer und akustischer Hilfsmittel, 1977, S. 164 ff.

²³ Ob diese Regelung noch durch die Bundeskompetenz aus Art. 87 I 2 GG gerechtfertigt werden kann, ist eine praktisch bedeutungslose Frage. Denn das BVerfSchG ist mit der – andernfalls gem. Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG erforderlichen – Zustimmung des Bundesrates verabschiedet worden.

2. Der Begriff der »besonderen Formen der Datenerhebung«

Die bislang aufgezeigten Auslegungsansätze lassen den Inhalt der Befugnisse des § 8 Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG ansatzweise erkennen. Sie ermächtigen zum Einsatz von *Mitteln zur Informationsbeschaffung*. Andere Mittel der Informationsverarbeitung unterfallen nicht dieser Ermächtigungsgrundlage, sondern sind in §§ 8 Abs. 1, 10 ff. BVerfSchG geregelt. Mittel zur Informationsbeschaffung sind Mittel, durch deren Einsatz die Information selbst gewonnen wird (etwa: Abhörgeräte), oder aber solche, welche den Einsatz zur Informationserhebung vorbereiten. Ihr Einsatz dient der *geheimen* Informationsbeschaffung, also einer solchen, die vom Betroffenen entweder überhaupt nicht oder nicht als solche des Verfassungsschutzes bemerkt wird. Sie sind weiter nicht-polizeilicher, also nicht-imperativer Art²⁸: Ihr Einsatz darf demnach nicht unter Einsatz von Zwangsmitteln vor sich gehen, und zwar weder unter Anwendung oder Androhung von Zwangsmitteln noch durch deren rechtswidrige Anmaßung. Das heißt aber nicht, daß das Mittel selbst geheim sein muß; es genügt, daß es zur Ermöglichung anderer, geheimer Aktionen dienen kann. Schließlich muß das Mittel eingreifender Art sein, also *rechtlich durch Normen zum Schutz des Bürgers oder der Länder untersagt* sein²⁹. Sein Charakteristikum ist nicht seine Heimlichkeit, sondern seine rechtliche Unzulässigkeit.

§ 8 Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG ermächtigt demnach zur *Anwendung rechtlich ansonsten unzulässiger Mittel nicht-imperativer Art, durch deren Einsatz eine Behörde Informationen auf vom Betroffenen als solche nicht erkennbare Weise erhebt oder eine derartige Informationserhebung vorbereitet*. Damit entfällt die rechtliche Relevanz der bisherigen Unterscheidung zwischen nachrichtendienstlichen Mitteln und nachrichtendienstlichen Hilfsmitteln³⁰. Zur Präzisierung dieser Mittel enthält § 8 Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG eine beispielhafte Aufzählung. Diese ist aber nicht abschließend. Andere oder neu zu entwickelnde technische Verfahren können demnach im Rahmen jener Vorschrift eingesetzt werden, wenn sie die genannten Begriffsmerkmale erfüllen. Zu den genannten Mitteln zählen insbesondere die klassischen nachrichtendienstlichen Mittel: V-Leute; Observationen, akustische und optische Aufzeichnungen. Nicht hierzu zählen weiter entfernte Vorbereitungshandlungen wie der Start eines Überwachungssatelliten, das Anheuern eines V-Mannes oder das Ankleben eines falschen Bartes durch einen Mitarbeiter. Sie sind zwar Mittel, durch welche geheime Informationserhebung nicht-imperativer Art vorbereitet wird; sie sind aber als solche nicht rechtlich unzulässig.

Der bekannteste Problemfall ist allerdings das *Celler Loch*. Hier stellte die Sprengung der Gefängnismauer zwar keinen Eingriff in Grundrechte, wohl aber eine Verwirklichung der Tatbestände der §§ 304, 311 StGB dar. Zumindest letztere konnte auch nicht durch Einwilligung des Trägers der Anstalt gerechtfertigt sein. Ihre Rechtfertigung könnte daher gegenwärtig nur durch § 8 Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG erfolgen. Voraussetzung dafür ist, daß sie eine »besondere Form der Datenerhebung« darstellte. Dies ist nach den genannten Begriffsmerkmalen zu bejahen: Sie war als rechtlich ansonsten untersagte Vorbereitungshandlung zum Einschleusen von V-Leuten konzipiert³¹. Damit wäre sie nach neuem Recht ein prinzipiell zulässiges Mittel. Ob sie im konkreten Fall auch

gerechtfertigt war, hängt allerdings nicht allein von den Rechtsfolgen der genannten Bestimmung ab; sondern zudem vom Vorliegen der gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen³².

III. Zulässigkeitsvoraussetzungen des Handelns nach § 8 Abs. 2 BVerfSchG

§ 8 Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG sagt allein etwas über die Mittel der besonderen Formen der Datenerhebung. Nichts sagt er dagegen über die Voraussetzungen der Zulässigkeit ihres Einsatzes. Diese sind nicht in § 8 Abs. 2 BVerfSchG, sondern in §§ 8 Abs. 4, 5; 9 BVerfSchG geregelt. Die Bestimmungen enthalten insbesondere materiellrechtliche Voraussetzungen für den Einsatz besonderer Formen der Datenerhebung (§ 9 Abs. 1, 2 BVerfSchG); ferner das Übermaßverbot (§ 8 Abs. 5 BVerfSchG); dazu zählt auch der Vorrang der offenen vor der verdeckten Informationserhebung (§ 9 Abs. 1 Satz 2 BVerfSchG); schließlich einzelne verfahrensrechtliche Pflichten vor bestimmten Formen der Datenerhebung (§ 8 Abs. 4 BVerfSchG) bzw. nach ihrem Abschluß (§ 9 Abs. 3 BVerfSchG). Erst wenn deren Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen, kann eine Maßnahme zulässig sein. Die hier zu behandelnden Vorschriften stehen also zu § 8 Abs. 2 BVerfSchG im Verhältnis von Tatbestand und Rechtsfolge: *Wenn die Voraussetzungen der folgenden Bestimmungen vorliegen, dann ist der Einsatz der besonderen Mittel des Verfassungsschutzes zulässig*.

1. Grundrechtsfragen

a) Der Einsatz der genannten Mittel ist lediglich insoweit zulässig, als er mit den Grundrechten vereinbar ist. Die Verfassungs- und damit die Grundrechtsbindung der Verfassungsschutzbehörden ist in § 3 Abs. 3 BVerfSchG ausdrücklich betont. Vorab ist hervorzuheben, daß nicht jede Informationserhebung grundrechtseingreifenden Charakter aufweist. Die überwältigende Mehrzahl aller Maßnahmen der Informationsbeschaffung durch die Nachrichtendienste verläuft grundrechtsfrei. Grundrechtseingreifender Charakter kann solchen Maßnahmen aus zwei unterschiedlichen Umständen zukommen:

(1) Aus dem Inhalt der erhobenen Daten: Hier sind *personenbezogene Daten* grundrechtlich geschützt, andere Daten hingegen nicht. »Personenbezogen« sind solche Informationen, welche – unabhängig von der technischen Form ihrer Erhebung oder Verarbeitung – Aussagen über identifizierbare natürliche oder juristische Personen enthalten.

(2) Aus der Art und Weise des Erhebungsvorganges: Hier folgt der Grundrechtseingriff nicht daraus, welche Daten erhoben worden sind, sondern daraus, wie die Daten gesammelt worden sind. Am Beispiel: Das Abhören eines Ferngesprächs greift immer in Art. 10 GG ein, und zwar unabhängig davon, welchen Inhalt das Gespräch hat bzw. welche Daten dabei gesammelt worden sind³³.

Der Einsatz der genannten Befugnisse des Verfassungsschutzes kann theoretisch in nahezu jedes Grundrecht eingreifen, welches die Privatheit oder die Kommunikationsfreiheit der Menschen schützt. Allerdings bringt das BVerfSchG zum Ausdruck, daß keineswegs in jedes Grundrecht eingegriffen werden darf. Dies folgt zwar aus keiner expliziten Bestimmung des Gesetzes, wohl aber aus Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG. Das BVerfSchG enthält nämlich

28 Siehe dazu oben II 1.

29 Siehe oben II 1.

30 Dazu noch *Schimpff* (Fußn. 13), S. 72 ff.

31 So auch *Schimpff* (Fußn. 13), S. 78 f. Ob dies auch für die zahlreichen Aussagedelikte im Umkreis der Aktion galt, soll hier offenbleiben.

32 Dazu näher Nds. LT-Drucks. 11/4380, S. 398 ff. 325 ff., 340 ff. Nach den dort angeführten Zielen und Zwecken der Operation bestehen zumindest erhebliche Zweifel, daß diese im Aufgabenbereich des niedersächsischen Verfassungsschutzes lagen.

33 Näher hierzu *Gusy*, JuS 1986, 89 f.

keine Zitierklausel. Dies bedeutet zwar nicht, daß keinerlei Grundrechtseingriff stattfinden dürfe; wohl aber, daß – angesichts der engen Auslegung dieser Bestimmung durch das Bundesverfassungsgericht³⁴ – nur in solche Freiheitsrechte eingegriffen werden darf, deren Einschränkung ohne ausdrückliche Nennung zulässig ist. Dies sind vorbehaltlose Grundrechte und zusätzlich Art. 14 GG³⁵, Art. 12 GG³⁶, Art. 5 Abs. 1 GG³⁷ und Art. 2 Abs. 1 GG³⁸. Die übrigen Grundrechte dürfen durch nachkonstitutionelles Recht lediglich mit Zitat eingeschränkt werden.

Daraus folgen Einschränkungen für die Informationserhebung durch den Verfassungsschutz. Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 10 GG sind nach dem BVerfSchG unzulässig. Einschränkungen des Post- und Fernmeldegeheimnisses können demnach durch die Nachrichtendienste allein unter den besonderen materiellen und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen aufgrund des G-10 stattfinden³⁹. Abhör- oder Postkontrollmaßnahmen würden zwar den Begriff der »besonderen Formen der Datenerhebung« erfüllen; ihr Einsatz ist hingegen nach dem BVerfSchG rechtlich unzulässig.

b) Besonderheiten gelten weiter hinsichtlich des Grundrechts aus Art. 13 GG. Eingriffe in die Unverletzlichkeit der Wohnung sind gleichfalls prinzipiell unzulässig. Davon macht allerdings § 9 Abs. 2 BVerfSchG eine Ausnahme. Hiernach sind Mithören und Aufzeichnen auch des in einer Wohnung nicht öffentlich gesprochenen Wortes unter den Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 3 GG, 1. und 2. Alt., zulässig⁴⁰. Auch insoweit fehlt allerdings ein Zitat des eingeschränkten Grundrechts. Offenbar geht das BVerfSchG von der im Bundesinnenministerium und beim Verfassungsschutz schon früher vertretenen Ansicht aus, daß die beiden genannten Alternativen eine verfassungsimmanente Grundrechtsschranke darstellen⁴¹. Nach dieser Ansicht wird der Grundrechtsschutz durch das GG selbst und nicht »durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes« eingeschränkt, so daß schon der Tatbestand des Art. 19 Abs. 1 GG nicht erfüllt wäre. Wer dies bejaht⁴², wird allerdings die Zulässigkeit von Aufzeichnungen oder Abhörmaßnahmen in der Wohnung durch den Verfassungsschutz nur unter engen Voraussetzungen annehmen können.

(1) Zunächst muß überhaupt eine »gegenwärtige gemeine Gefahr« bzw. »gegenwärtige Lebensgefahr« im Einzelfall vorliegen. Dabei muß die »gemeine« bzw. Lebensgefahr derart intensiv sein, daß sie die Intensität einer »dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung« übersteigt. Denn bei letzteren sind Eingriffe in den Schutzbereich Art. 13 GG nur aufgrund

Gesetzes – und nicht unmittelbar aufgrund des Grundgesetzes – zulässig (Art. 13 Abs. 3 2. Hs. GG). »Gegenwärtig« ist die Gefahr, wenn sie derart dringend ist, daß sie nicht ohne Inanspruchnahme außerordentlicher staatlicher Maßnahmen abgewehrt werden kann. Dies ist dann der Fall, wenn die zur Gefahrenabwehr gesetzlich vorgesehenen staatlichen Mittel im Einzelfall nicht ausreichen. Nach der Fassung des § 3 Abs. 1 BVerfSchG ist zwar nicht völlig ausgeschlossen, daß solche Gefahren in den zulässigen Tätigkeitsbereich des Verfassungsschutzes fallen können. Danach ist der Verfassungsschutz nicht auf die Vorfeldaufklärung beschränkt⁴³. Soweit allerdings der Verfassungsschutz bei Vorfeldaufgaben tätig wird, können die Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 3 GG, 1. und 2. Alt., nicht vorliegen.

(2) Daneben muß der Verfassungsschutz aber auch zur »Abwehr« dieser Gefahren handeln. Dies ist allerdings nicht der Regelfall. Der Verfassungsschutz ist nämlich nicht zur Gefahrenabwehr, sondern zur Gefahraufklärung (§ 3 BVerfSchG) geschaffen. Nicht jedes »Sammeln und Auswerten von Informationen« dient bereits zur »Abwehr von Gefahren«. Hier unterscheiden sich polizeiliches und nachrichtendienstliches Handeln fundamental: Während die Polizei zentral die Gefahrbeseitigung zur Aufgabe hat, ist der Verfassungsschutz in hohem Maße auf die Gefahraufklärung beschränkt. Mittel zur Gefahrbeseitigung stehen ihm kaum zur Verfügung. Wer aber über keine Mittel zur Gefahrbeseitigung verfügt, kann regelmäßig auch nicht außerordentliche Kompetenzen zur Gefahrenabwehr in Anspruch nehmen. Denn wenn noch hinreichend Zeit besteht, Hilfe anderer staatlicher Stellen zu holen, ist die Gefahr nicht derart »gegenwärtig«, daß außerhalb gesetzlicher Ermächtigung gehandelt werden müßte.

(3) Dieser Schluß läßt sich auch nicht durch eine erweiternde Auslegung des Begriffes der »Gefahr« in Art. 13 Abs. 3 GG 1. und 2. Alt. vermeiden. Zwar ist nach neuerer polizeirechtlicher Dogmatik auch die Gefahraufklärung ein Teil der Gefahrenabwehr⁴⁴. Doch sind auch hiernach beide Maßnahmen nicht identisch. Vielmehr ist die Gefahraufklärung prinzipiell auf die gewöhnlichen – und d. h. in der Terminologie des Art. 13 Abs. 3 GG: auf die gesetzlich zugelassenen – Mittel verwiesen. Die verfassungsunmittelbaren Schranken des Art. 13 GG rechtfertigen nicht, daß eine staatliche Behörde ohne äußere Anhaltspunkte in die Unverletzlichkeit der Wohnung eingreift, um mögliche »gegenwärtige gemeine Gefahren« aufzuspüren. Im Gegenteil: Gefahraufklärung nach Art. 13 Abs. 3 GG, 1. oder 2. Alt., § 9 Abs. 2 BVerfSchG ist nur zulässig, sofern schon bei Beginn der Maßnahme zureichende Indizien für das Vorliegen einer – noch weiter aufklärungsbedürftigen – gegenwärtigen Gefahr vorlagen. Diese praktische Situation ist für den Verfassungsschutz keineswegs die Regel, sondern die extreme Ausnahme.

Im Ergebnis ist demnach das Abhören oder Aufzeichnungen in Wohnungen durch den Verfassungsschutz nur

34 Dazu Menger, in: BK, Art. 19 I GG Rdnrn. 168 ff.; Jarass/Pieroth, GG, 1989, Art. 19 Rdnr. 4; Pieroth/Schlink, Die Grundrechte, 7. Aufl. 1991, Rdnrn. 354 ff.

35 BVerfGE 24, 396 ff.

36 BVerfGE 64, 79 ff.

37 BVerfGE 28, 289; 33, 77 f.

38 BVerfGE 10, 99.

39 Dazu BVerwG, JZ 1991, 511; Borgs-Maciejewski/Ebert (Fußn. 10), S. 164 ff.; Roewer (Fußn. 4), S. 226 ff.; Schlink, DSt 1973, 85; Gusy, NJW 1981, 1584.

40 Zusätzlich nennt § 9 Abs. 2 BVerfSchG noch die »Gegenwärtigkeit« der Gefahr. Dies dürfte allerdings keine über Art. 13 Abs. 3 GG hinausgehende Einschränkung sein; s. Mannz, MD, GG, Art. 13 Rdnr. 19; Schmitt Glaeser, in: Isensee/Kirchhof, HBDStR VI, 1989, S. 76 f.

41 Bulletin der Bundesregierung vom 18. 3. 1977, S. 243 f.; Borgs-Maciejewski/Ebert (Fußn. 10), § 3 Rdnr. 170; Roewer (Fußn. 4), § 3 BVerfSchG Rdnr. 171.

42 Anders wohl nur Gusy, JuS 1980, 720.

43 So aber de Lazen/Rohlf, JZ 1977, 207, 209. Zurückhaltend zu Recht auch Böckenförde, NJW 1978, 1881, 1882; Schatzschneider, Ermittlungstätigkeit der Ämter für Verfassungsschutz und Grundrechte, 1979, S. 236 f. Gegen de Lazen/Rohlf Roewer (Fußn. 4), § 3 Rdnr. 171 Fußn. 168. Seine Argumente sind aber verfassungsrechtlich irrelevant. Grundsätzlich lassen sich Eingriffe in Art. 13 GG verfassungsunmittelbar höchstens bei Vorliegen einer »Gefahr« i. S. des Art. 13 Abs. 3 GG 1. und 2. Alt. rechtfertigen; nicht hingegen aus den »fließenden Übergängen zwischen den Gefahrbegriffen«, dem »Opportunitätsgrundsatz« und den Begriffen »Bestreben und Tätigkeiten«. Wenn dem Nachrichtendienst eine »Aufspaltung in abstrakte und konkrete Gefahr fremd ist« (so Roewer, ebd.), so ist dieser Umstand jedenfalls nicht geeignet, Eingriffsbefugnisse der Verfassungsschutzämter ohne gesetzliche Grundlage zu begründen oder zu erweitern.

44 Näher Kickartz, Ermittlungshandlungen zur Gefahrenforschung und einstweilige polizeiliche Anordnungen, 1984; Meyer, Rechtsfragen im Zusammenhang mit polizeilichen Beobachtungsmaßnahmen, Diss. 1982; Schlink, DVBl. 1989, 1182; Vable, Polizeiliche Aufklärungs- und Observationsmaßnahmen, Diss. 1983.

zulässig, wenn bei Beginn der Maßnahme zureichende Anhaltspunkte für das Vorliegen einer gegenwärtigen gemeinen oder Lebensgefahr bestehen; wenn zugleich die Gefahr durch den Einsatz besonderer Formen der Datenerhebung noch weiter aufklärungsbedürftig ist und der Verfassungsschutz im Einzelfall nicht bloß zur Aufklärung, sondern zugleich zur Gefahrenabwehr tätig werden will. Diese Vielzahl an Voraussetzungen wird kumulativ praktisch niemals vorliegen⁴⁵. Dieser Umstand zeigt, daß die verfassungsunmittelbare Schranke des Art. 13 Abs. 3 GG 1. und 2. Alt. auf das Handeln des Verfassungsschutzes – im Unterschied zum Handeln der Polizei – nicht recht paßt. Damit eröffnet das Gesetz aber eine fatale Alternative: Entweder enthalten sich die Nachrichtendienste Eingriffen in die Unverletzlichkeit der Wohnung in weitestem Umfang. Oder aber sie versuchen, ihre Befugnisse durch erweiternde Auslegung des § 9 Abs. 2 BVerfSchG an das für erforderlich gehaltene Maß anzupassen⁴⁶. Letzteres wäre weder für die Grundrechtsdogmatik noch für die dringend gebotene Rechtsklarheit im Verfassungsschutzrecht zuträglich.

c) Lassen demnach §§ 8 f. BVerfSchG Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 10 GG überhaupt nicht und in Art. 13 GG höchstens ganz ausnahmsweise zu, so können die besonderen Formen der Informationserhebung überwiegend in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG eingreifen. Dieses Grundrecht schützt Privatsphäre und informationelle Selbstbestimmung⁴⁷; es ist zugleich durch die »verfassungsmäßige Ordnung« eingeschränkt und unterliegt daher nicht dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG. In der Praxis sind auch die allermeisten Grundrechtseingriffe durch die Nachrichtendienste zum Zwecke der Informationserhebung an Art. 2 Abs. 1 GG zu messen⁴⁸. Dieser Konnex zwischen »nachrichtendienstlichen Mitteln« und dem Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG ging so weit, daß sogar vereinzelt der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit als Definitionsmerkmal jener Mittel angesehen wurde⁴⁹. Dieser Ansatz stellt nach dem neuen Recht zwar noch den Regelfall, wegen § 9 Abs. 2 BVerfSchG aber nicht mehr den einzig zulässigen Fall der Informationserhebung mit »besonderen Formen« dar.

Einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG stellt auch das heimliche Mitschneiden von Telefongesprächen dar. Bei dieser Form der Informationserhebung handelt es sich um eine Aufzeichnung von Ferngesprächen durch einen Beteiligten, also einen formellen oder informellen Mitarbeiter einer Verfassungsschutzbehörde, der selbst am Gespräch beteiligt ist. Diese Maßnahme greift nicht in das Grundrecht aus Art. 10 GG ein. Sie enthält nämlich keinen staatlichen Eingriff in das zur Kommunikation benutzte Medium des Brief- oder Fernmeldeverkehrs. Nur dieser formal abgegrenzte Bereich ist aber

durch das Grundrecht aus Art. 10 GG geschützt⁵⁰. Bei dem hier angesprochenen Mitschneiden geht es jedoch um einen Eingriff in die Vertraulichkeit eines Gesprächs; wobei sich die wechselseitige Vertraulichkeitserwartung der Beteiligten nicht auf die Vertraulichkeit des gewählten Übertragungsmediums, sondern auf die Vertrauenswürdigkeit des Kommunikationspartners bezieht. Insoweit unterscheidet sich das heimlich mitgeschnittene Ferngespräch nicht von einem heimlich aufgezeichneten persönlichen Gespräch. Der Eingriff betrifft also die kommunikative Selbstbestimmung, die auch am Telefon nicht durch Art. 10 GG, sondern allein durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist. Zugleich wirkt § 9 BVerfSchG als Rechtfertigungsgrund hinsichtlich einer möglichen Straftat aus §§ 201 ff. StGB.

2. Gesetzliche Befugnisnorm

Grundrechtseingriffe durch Nachrichtendienste sind allein auf gesetzlicher Grundlage zulässig. Diese gesetzliche Grundlage ist hinsichtlich der Datenerhebung und -verarbeitung im allgemeinen § 8 Abs. 1 BVerfSchG; hinsichtlich der besonderen Formen der Datenerhebung § 9 i. V. mit § 8 Abs. 2 BVerfSchG. Hingegen kommt schon angesichts der eindeutigen Formulierungen der Abschnittsüberschriften die Bestimmung des § 1 Abs. 2 BVerfSchG nicht mehr als Befugnisnorm in Betracht⁵¹.

Näherer Klärung bedarf aber das Verhältnis zwischen § 8 Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG und den folgenden Sätzen dieses Absatzes. Wenn Grundrechtseingriffe einer gesetzlichen Grundlage bedürfen – welche rechtliche Bedeutung kann dann noch die zusätzliche Verwaltungsvorschrift haben? Die Frage nach dem rechtlichen Stellenwert der Verwaltungsvorschrift beantwortet sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm. Zielsetzung der Neuformulierung sollte u. a. sein, der früher vielfach geäußerten Kritik an der Unbestimmtheit des § 3 Abs. 3 Satz 2 ZusammenarbeitsG⁵² die Berechtigung zu entziehen. Dabei hatten aber zwei unterschiedliche Richtungen hinsichtlich der Frage bestanden, wie das rechtsstaatlich nötige Maß an Bestimmtheit hergestellt werden könne, ohne sämtliche »nachrichtendienstlichen Mittel« im Gesetzblatt offenzulegen und festzuschreiben⁵³. Die eine Richtung⁵⁴ hatte dahin tendiert, die gesetzliche Formulierung mehr oder weniger unverändert zu lassen und die einzelnen Mittel nur in einer unveröffentlichten Verwaltungsvorschrift zu regeln. Dagegen war kritisch vermerkt worden, daß die erforderliche Bestimmtheit der Befugnisnorm im Gesetz und nicht im unveröffentlichten Ausführungsrecht herzustellen sei⁵⁵. Daher hatte die andere Richtung dahin tendiert, das Gesetz hinreichend bestimmt zu gestalten. Diese Richtung hat sich auf Vorschlag des Bundesrates kompromißhaft in § 8 Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG durchgesetzt. Damit wandelte sich der Status der – schon im Regie-

45 Siehe auch Frisch, in: BMI (Hrsg.), Streitbare Demokratie, 1991, S. 47: »... nur äußerst selten der Fall; dieses Mittel spielt in der Praxis der Verfassungsschutzbehörden so gut wie keine Rolle«. Ob die Voraussetzungen im leading case, im Fall Traube, vorgelegen haben, ist denn auch bezweifelt worden. Bericht bei H. Schwagerl, Verfassungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland, 1985, S. 161 ff.

46 In diese Richtung geht die Auffassung Roewers (Fußn. 4), § 3 Rdnr. 171 Fußn. 168.

47 BVerfGE 65, 1, 41 ff.

48 Einzelheiten bei Brenner, Bundesnachrichtendienst im Rechtsstaat, 1990, S. 131 ff.

49 Borgs-Maciejewski/Ebert (Fußn. 10), § 3 Rdnr. 145.

50 Pieroth/Schlink (Fußn. 34), aaO, Rdnrn. 852, 854, 856 f., 861; s. auch Gusy, JuS 1986, 89 f. m. w. N.

51 Anders zum alten Recht noch BVerwG, NJW 1984, 1636; Roewer, NJW 1985, 773; dagegen Baumler, DÖV 1984, 513; Simitis/Wellbrock, NJW 1984, 1591; Gusy, DVR 1983, 257 f.

52 Siehe dazu oben I.

53 Dazu BT-Drucks. 11/4306, S. 85; dazu Gusy, in: BMI (Hrsg.), Aufgaben und Kontrolle des Verfassungsschutzes, 1990, S. 38 f.

54 So der Entwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. (Fußn. 53), S. 26.

55 Gusy (Fußn. 53).

rungsentwurf vorgesehenen – Verwaltungsvorschrift. Sie war nunmehr nach den Vorstellungen des Gesetzgebers zur Herstellung der erforderlichen Bestimmtheit der Befugnisnorm nicht nur ungeeignet, sondern auch unnötig. Gegenwärtig gibt es nur noch zwei Alternativen: Entweder ist § 8 Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG trotz seiner bloß exemplarischen Aufzählung hinreichend bestimmt, dann ist die Befugnisnorm verfassungsgemäß. Oder aber er ist zu unbestimmt, dann ist die Befugnisnorm verfassungswidrig und kann auch durch die Verwaltungsvorschrift nicht »geheilt« werden. Daraus ergibt sich zugleich: *Für die Zulässigkeit einer Form der Informationserhebung gegenüber dem Betroffenen ist die Verwaltungsvorschrift ohne rechtliche Bedeutung.*

Ihre rechtliche Bedeutung folgt vielmehr aus dem systematischen Zusammenhang von § 8 Abs. 2 Satz 2 BVerfSchG mit dem Satz 3 des Absatzes. Die zuletzt genannte Bestimmung regelt die Einzelheiten der parlamentarischen Kontrolle der Dienstvorschrift. Da der Einsatz der Befugnisse aus § 8 Abs. 2 BVerfSchG regelmäßig geheim erfolgt und daher öffentlich nicht bekannt wird, kann er auch nur ausnahmsweise zum Gegenstand parlamentarischer Kontrolle gemacht werden. Um daraus möglicherweise entstehende Kontrolldefizite von vornherein auszugleichen, sollen einzelne Formen nachrichtendienstlichen Handelns schon vorab einer vorbeugenden Kontrolle unterzogen werden. Welche Formen dies sind, regelt § 8 Abs. 2 Satz 2 BVerfSchG: Es sind die »besonderen Formen der Datenerhebung« im Sinne des § 8 Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG, welche in der Verwaltungsvorschrift näher zu benennen sind. *Die Verwaltungsvorschrift bestimmt und begrenzt also Gegenstand und Umfang vorbeugender parlamentarischer Kontrolle.* Ihre rechtliche Bedeutung liegt also nicht in dem Verhältnis zwischen Exekutive und Bürger; sie resultiert vielmehr aus dem Verhältnis zwischen Exekutive und Volksvertretung. Dabei ist die rechtliche Wirkung des § 8 Abs. 2 Satz 2 BVerfSchG ebenso wie diejenige der Verwaltungsvorschrift *eher in einer Begrenzung als in einer Erweiterung der parlamentarischen Kontrollrechte* zu sehen. Die notwendige präventive Kontrolle bezieht sich nur auf die Verwaltungsvorschrift, welche die Mittel näher regelt; nicht hingegen auf die Einzelfragen ihres Einsatzes selbst. Sie bezieht sich allein auf die »besonderen« und nicht auf die allgemeinen Formen der Informationserhebung (§ 8 Abs. 1 BVerfSchG). Und sie beschränkt das Kontrollrecht auf die Parlamentarische Kontrollkommission und schließt damit das Parlament insgesamt jedenfalls faktisch von der Kontrolle aus⁵⁶. Wo die notwendige parlamentarische Kontrolle nach § 8 Abs. 2 Satz 3 BVerfSchG – und ggf. des § 9 Abs. 3 BVerfSchG – endet, beschränkt sich die Rechtsstellung des Parlaments faktisch auf die Unterrichtung gem. § 2 PPKG⁵⁷.

3. Bekanntgabepflicht nach § 9 Abs. 3 BVerfSchG

Die Bekanntgabepflicht des § 9 Abs. 3 BVerfSchG verfolgt zwei heterogene Zwecke: die Ermöglichung *parlamentarischer Kontrolle* und die Ermöglichung von Rechtsschutz für den Betroffenen. Von beiden Aspekten soll der erste einer Umgehung parlamentarischer Kontrollrechte aus § 9 G-10 entgegenwirken. Eine solche könnte eintreten, wenn die Nachrichtendienste zum Zweck der Informationsbeschaffung Eingriffe nach dem G-10 verzichten und statt dessen andere Eingriffsformen vorziehen. Für diese Deutung spricht insbesondere die Entstehungsgeschichte der Norm⁵⁸; aber auch der Zusatz, wonach die Kontrollkommission über solche Eingriffe zu unterrichten sei, die »in

ihrer Art und Schwere einer Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses gleichkommen«.

In diesen normativen Zusammenhang fügt sich der *Rechtsschutzaspekt* nur unter erheblichen Schwierigkeiten ein⁵⁹. Dabei kommt ihm zentrale Bedeutung für die Grundrechtsverwirklichung des Betroffenen zu. Da die gegen ihn gerichteten Maßnahmen geheim sind, weiß er von ihrer Vornahme nichts und kann deshalb auch keine Rechtsbehelfe einlegen. Die nachträgliche Bekanntgabe ist so Voraussetzung dafür, daß die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nicht bloß auf dem Papier steht, sondern auch faktische Wirksamkeit erlangt⁶⁰. Zwar hat sich die Auffassung nicht durchgesetzt, wonach alle staatlichen Maßnahmen, welche in Grundrechte eingreifen können, dem Betroffenen bekanntzugeben sind⁶¹. Doch hat das Bundesverfassungsgericht umgekehrt den gesetzlichen Ausschluß jeglicher Bekanntgabe als mit dem Grundgesetz unvereinbar angesehen⁶². Daß § 9 Abs. 3 Nr. 1 BVerfSchG diesem Gedanken Rechnung tragen wollte, zeigt sein an § 5 Abs. 5 G-10 orientierter Wortlaut. Um so näher liegt es, diesen Aspekt der Vorschrift ebenso zu deuten wie denjenigen der parlamentarischen Kontrolle: nämlich als *Verbot der Umgehung vorhandener Rechtsschutzmöglichkeiten durch eine den Nachrichtendiensten eingeräumte rechtliche Freiheit der Formenwahl.*

Mit dieser Auslegung der Bekanntgabepflicht würde der Sinn des Art. 19 Abs. 4 GG aber ebenso verfehlt wie derjenige der zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Die Rechtsweggarantie gilt nämlich grundsätzlich nicht nur gegenüber Eingriffen in das Grundrecht aus Art. 10 GG, sondern bei solchen in jedes andere Grundrecht. Zudem hat das Bundesverfassungsgericht an keiner Stelle verlauten lassen, daß es die nachträgliche Bekanntgabepflicht lediglich auf Eingriffe in das Post- und Fernmeldegeheimnis beschränkt wissen wolle. Soll die Bekanntgabepflicht einem Leerlaufen der Rechtsweggarantie entgegenwirken und gilt die Rechtsweggarantie bei allen Grundrechten, so liegt es nahe, die Bekanntgabepflicht gleichfalls auf Eingriffe in alle Grundrechte auszudehnen. Auch ist vom Bundesverfassungsgericht keine Eingriffsschwelle eingeführt worden, mit welcher etwa die Bekanntgabepflicht erst beginne. Um so größere Schwierigkeiten bereitet hier ein grundgesetzkonformes *Verständnis der Passage, wonach der Eingriff auch dem Betroffenen nur bekanntzugeben sei, wenn er seiner Art und Schwere nach einer Beschränkung des Brief-, Post oder Fernmeldegeheimnisses, also einer Maßnahme nach dem G-10 gleichkomme.*

Bei der Klärung dieser Frage ist insbesondere auch die Entstehungsgeschichte unergiebig, da die Passage erst im parlamentarischen Verfahren in den Text der Norm aufgenommen worden ist und insoweit Motive fehlen. Hier kommen drei mögliche Varianten in Betracht:

(1) Entweder ist die Beschränkung insoweit verfassungswidrig.

59 Die Bekanntgabe nach § 9 Abs. 3 BVerfSchG unterscheidet sich von der Auskunft an den Betroffenen gem. § 15 BVerfSchG dadurch, daß es dieser um die Ermöglichung von Rechtsschutz gegen die Verarbeitung von Daten, jener hingegen um denjenigen gegen die Erhebung von Informationen geht.

60 Hierzu näher *Gusy*, in: Bundesamt f. Verfassungsschutz (Hrsg.), Verfassungsschutz in der Demokratie, 1990, S. 68 ff.

61 So etwa *Lorenz*, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 265 ff.

62 BVerfGE 30, 1, 20 f., 31 f.

56 Dies hat BVerfGE 70, 324, 354 ff., jedenfalls grundsätzlich zugelassen.

57 De jure anders § 1 Abs. 2 PPKG; zum Gesetz *Roewer* (Fußn. 4), S. 171 ff.

58 BT-Drucks. 11/4306, S. 26, 61.

- (2) Oder aber sie ist verfassungskonform dahin auszulegen, daß sie nur die Bekanntgabepflicht auf schwere Eingriffe beschränkt, im übrigen aber die Bekanntgabe nach Ermessen zuläßt. Diese Auslegung ist aber wenig sinnvoll, da dann die Maßstäbe der Ausübung des ungeschriebenen Ermessens völlig unklar sind.
- (3) Oder aber – und dies erscheint als die sinnvollste Variante – man bezieht die genannte Passage allein auf die Bekanntgabepflicht gegenüber der PKK, nicht hingegen auf diejenige gegenüber dem Betroffenen. Diese Variante stünde in Übereinstimmung mit den Vorentwürfen und würde Verfassungsverstöße am ehesten vermeiden.

IV. Zusammenfassung

Die Neuregelung der Befugnisse der Nachrichtendienste im BVerfSchG hat weniger eine sachliche Neuorientierung als vielmehr einzelne Präzisierungen und Klarstellungen gebracht. Das Gesetz schwankt vielfach kompromißhaft zwischen formalem Neuregelungsbestreben und inhaltlicher Gestaltungsabstinenz. § 9 Abs. 2 BVerfSchG sagt zu Eingriffen in die Unverletzlichkeit der Wohnung weder ein klares »Ja« noch ein klares »Nein«. §§ 8 Abs. 2; 9 Abs. 3 BVerfSchG vermengen weitgehend unsystematisch Aspekte des Grundrechtsschutzes mit solchen parlamentarischer Kontrolle. Die neuen Vorschriften werfen so zumindest ebenso zahlreiche neue Probleme auf, wie alte Fragen geklärt werden.

DIE ENTWICKLUNG DES ÖFFENTLICHEN RECHTS

Der Europäische Sozialstaat und seine Institutionen

– Bericht über die Verwaltungswissenschaftliche Arbeitstagung 1991 in Speyer –

Von Wissenschaftlichem Mitarbeiter Armin Iff, Speyer

Mit dem Thema »Der Europäische Sozialstaat und seine Institutionen« der Verwaltungswissenschaftlichen Arbeitstagung 1991 vom 25. bis 27. 9. 1991 des Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer setzten die wissenschaftlichen Leiter Universitätsprofessor Dr. Dr. Detlef Merten und Universitätsprofessor Dr. Rainer Pitschas einen konzeptionellen Akzent, der über die Analyse der gegenwärtigen »sozialen Dimension« der Europäischen Gemeinschaften hinauszielte und Entwicklungspotentiale des Europäischen Arbeits- und Sozialrechts untersuchte.

In seinem Einführungsvortrag wies der Minister für Bundesangelegenheiten und Europa des Landes Rheinland-Pfalz Florian Gerster auf Akzeptanzprobleme seitens der Gemeinschaftsbürger hin. Nur durch Erlebbarkeit der sozialen Dimension könnten die Notwendigkeit der Einflußnahme verstanden und Abwehrhaltungen überwunden werden. Als gemeinsame Strukturprinzipien stünden das Sozialstaatsprinzip und das Subsidiaritätsprinzip, welches sich auch in Föderalismus und Tarifautonomie ausgestalte, im Vordergrund. Der Abschied von der absoluten Souveränität und die Europäisierung der Arbeitsbeziehungen müßten vom Abbau des Demokratiemangels auf europäischer Ebene und der Definition des Subsidiaritätsprinzips von unten begleitet werden.

Gegenstand eines griechischen und eines portugiesischen Beitrags waren die Effekte, die im sozialen Institutionengefüge durch den Beitritt ausgelöst wurden. Universitätsprofessor Dr. Wassilios Skouris (Thessaloniki) untersuchte in seinem Beitrag »Die Süderweiterung der EG – Auswirkungen auf ihre sozialen Institutionen« Implikationen sowohl im nationalen als auch im gemeinschaftlichen Institutionengefüge. Auch wenn sich die Gemeinschaften nicht ausschließlich marktbezogen darstellten, würden soziale Institutionen als »notwendige Begleitmaßnahmen« einer Wirtschaftsgemeinschaft verstanden. Sozialpolitik werde also überwiegend von den Nationalstaaten bestimmt, und in der Koordination der Sozialpartner bestünden unter den Mitgliedstaaten große Unterschiede. Während sich der Staat hierbei in Deutschland neutral verhalte, sei in Griechenland eine von ihm ausgehende starke Einflußnahme festzustellen. Der Dialog der Sozialpartner auf europäischer Ebene jedenfalls weise nur mäßige Erfolge auf. Daß die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer zusammen mit dem Aktionsprogramm zur Anwendung der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte¹ zwar die Aktionsfelder abdecke und daher vollständig sei,

aber keine Normativität besitze, bewiese den fehlenden Willen in der Sozialpolitik. Der Europäische Gerichtshof übe daher weiter eine entscheidende Rolle aus. Er habe in den jüngsten Entscheidungen zum Verbot der Sonntagsarbeit² bewiesen, daß das Marktprinzip nicht aufgegeben werden müsse, um die sozialen Dimensionen zu gewährleisten.

Hinsichtlich der sozialstaatlichen Standards der drei südlichen Länder sei bereits durch die Ablösung der Diktaturen in den siebziger Jahren eine Europäisierung in den jeweiligen Verfassungen erfolgt. Bemerkenswert sei, daß soziale Rechte mit grundrechtsähnlichem Charakter in weit größerem Ausmaß als in den »alten« Mitgliedstaaten integriert worden seien. Die Verfassung der Republik Portugal³ gehe in den Art. 53 ff. dabei am weitesten. Spanien habe weniger den Weg der Rechte der Bürger als vielmehr der Etablierung sozialstaatlicher Pflichten des Staates eingeschlagen (Art. 39 ff. der Verfassung des Königreichs Spanien). Die Verfassung der Republik Griechenland stelle wichtige Bereiche unter den Schutz des Staates (Art. 21 ff.), dem auch aufgrund höchstrichterlicher Entscheidung ein Monopol für die Sozialversicherung zukomme und privatrechtliche Formen ausschließe (Art. 22 Abs. 4). Die Lösungen verliefen also insgesamt in diesen Ländern parallel. Kennzeichnend sei dabei ein Mißtrauen dem Markt gegenüber und der entsprechende »Ruf nach dem Staat«.

Soziale Institutionen seien nach dem Beitritt vor allem im Hinblick auf den Schutz bestimmter sozialer Gruppen zu verzeichnen, da ihnen die direkte Geltung, vor allem von Art. 119 EWGV zugunsten käme. Richtlinien hätten – wie beispielsweise zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen⁴ – erstmalige nationale Gesetzgebung ausgelöst. Für die europäische Sozialpolitik habe die Regionalentwicklung und die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit in den südlichen Ländern große Bedeutung. In ihrer institutionellen Entwicklung befänden diese sich zwar auf einer Stufe, Spanien und Portugal hätten aber trotz späteren Beitritts bessere wirtschaftliche Erfolge aufzuweisen.

In seinem Beitrag über »Die Entwicklung der sozialen Sicherheit in Portugal nach dem Beitritt zur EG – Verlauf und institu-

2 Urteil vom 28. 2. 1991, Rs. C-312/89 (Sief Conforma), noch nicht in Slg.; und Urteil vom 28. 2. 1991, Rs. C-332/89 (André Marchandise), noch nicht in Slg.

3 Für die Verfassungen vgl.: Die Verfassungen der EG-Mitgliedstaaten, 2. Aufl., München 1990.

4 RL 75/129/EWG vom 17. 2. 1975, ABl. L 1975/48/29.

¹ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, KOM (89) 568 endg. vom 29. 11. 1989.