

§ 3

Das Recht der Nachrichtendienste

Jan-Hendrik Dietrich

Inhaltsübersicht

A.	Vorbemerkung	254
B.	Nachrichtendienst als Rechtsbegriff	254
I.	Begriffsverständnis nach deutschem Recht	254
1.	Verwaltungsrechtlicher Begriff	255
a.	Annäherungen	255
b.	Abgrenzungen	256
2.	Strafrechtlicher Begriff	260
II.	Begriffsverständnis im internationalen Regelungskontext	262
C.	Das Recht der Nachrichtendienste in der Rechtsordnung	264
I.	Rechtsgebietscharakter	264
II.	Rechtssystematische Verortung	268
D.	Regelungszwecke und Grundsätze des Rechts der Nachrichtendienste	269
I.	Regelungszwecke	270
1.	Grundrechtsschutz und Sicherheitsgewährleistung	270
2.	Legalität, Legitimität und Legitimation	272
II.	Grundsätze	273
1.	Trennung, Koordination und Kooperation	273
2.	Geheimhaltung und Transparenz	276
3.	Verhältnismäßigkeit und Effektivität	278
4.	Normenbestimmtheit und Normenklarheit	279
E.	Das nachrichtendienstrechtliche Regelungsprogramm	280
I.	Regelungssystematik	280
1.	Nachrichtendienstrecht im engeren Sinne	280
2.	Nachrichtendienstrecht im weiteren Sinne	281
II.	Regelungsebenen	281
1.	Nachrichtendienstrechtliche Regelungen im Europa- und Völkerrecht	281
2.	Nachrichtendienstrechtliche Regelungen im deutschen Recht	283
a.	Bundesrecht	283
b.	Landesrecht	290
F.	Perspektiven	293

Schrifttum: *Abbühl*, Der Aufgabenwandel des Bundeskriminalamtes, Von der Zentralstelle zur multifunktionalen Intelligence-Behörde des Bundes, Stuttgart 2010; *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, Berlin 2001; *dies.*, Funktionen, Entwicklungsstand und Probleme

A. Vorbemerkung

- 1 In der jüngeren Vergangenheit haben sich die Rechtsgrundlagen für die Arbeit der deutschen Nachrichtendienste zu einer komplexen Rechtsmaterie verdichtet. Hinter der gesetzgeberischen Dynamik stehen verfassungsgerichtliche Impulse wie sicherheitspolitische Entwicklungen. Im Folgenden werden die für die Nachrichtendienste einschlägigen Regelwerke im Zusammenhang in den Blick genommen und erörtert, inwieweit für die nachrichtendienstliche Tätigkeit inzwischen ein kohärenter Ordnungsrahmen besteht. Über die Offenlegung von Tiefenstrukturen wird das **Recht der Nachrichtendienste** als Rechtsgebiet konturiert. Besondere Aufmerksamkeit gilt dabei dem Rechtsbegriff des „Nachrichtendienstes“, die Rechtsmaterie logisch verklammert, sowie den Regelungszwecken und Grundsätzen, die hinter dem nachrichtendienstrechtlichen Regelungsprogramm stehen. Auf dieser Grundlage werden Regelungszusammenhänge hinterfragt und Regelungsdefizite identifiziert.

B. Nachrichtendienst als Rechtsbegriff

I. Begriffsverständnis nach deutschem Recht

- 2 Der **Begriff des Nachrichtendienstes** ist in der deutschen Rechtsordnung verbreitet. Er findet sich in bundesrechtlichen Regelungen ebenso wieder wie in landesrechtlichen Vorschriften. Auf ein bestimmtes Rechtsgebiet ist seine Verwendung nicht beschränkt.

Beispiele: § 20 Abs. 2 ArbSchG; § 73 Abs. 3 AufenthG; § 10a Abs. 2 BHO; Art. 45d Abs. 1 GG; § 15 Abs. 5 GlBG; § 3 Nr. 8 IFG; § 16 LAP-gdBNDV; § 17 LAP-gdBVerfSchV; § 5 Abs. 2 PKGrG; § 2 Abs. 1 Nr. 1 NDÜV; § 9a Abs. 1 S. 2 BKAG; § 2 Abs. 1 ATDG; § 10 NWVG; § 2 S. 1 RED-G; § 58 Nr. 3 SGB IX; § 86 Nr. 10 lit. b BPersVG; § 109f Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 47a Abs. 2 S. 2 StPO; § 8 Abs. 3 StUG; § 6 SÜG; § 112 Abs. 2 Nr. 6 TKG; § 2 Abs. 1 VISZG; § 12 Abs. 1 Nr. 3 LSÜG BW; Art. 16 Abs. 1 Nr. 3 BaySÜG; § 48a PolG BW; Art. 8 BayVSG; § 12 Abs. 2 Nr. 1 BbgVerfSchG; § 7 Abs. 1 LVerfSchG M-V; § 18 HaSichG S-H.

- 3 Die Vielzahl der Regelungen zeigt, dass der Terminus nicht auf eine in der Praxis übliche Sammelbezeichnung für bestimmte Behörden reduziert werden kann.¹ Es handelt sich um einen Rechtsbegriff, der einer Auslegung zugänglich ist. Eine Legaldefinition existiert nicht. In § 2 Abs. 1 Nr. 1 NDÜV werden zwar das Bundesamt für Verfassungsschutz, der Militärische Abschirmdienst und der Bundesnachrichtendienst als „Nachrichtendienste des Bundes“ bezeichnet. Konkreteres lässt sich dem Gesetz jedoch nicht entnehmen. Wie unverzichtbar eine Klärung des Begriffs des Nachrichtendienstes ist, führt der Blick auf nachrichtendienstrechtliche Ermächtigungen vor Augen. Gem. § 6 Abs. 1 LVSG B-W bzw. § 8 Abs. 1 und 2 SaarlVerfSchG wird den Landesverfassungsschutzbehörden gestattet, „nachrichtendienstliche“ Mittel einzusetzen. Sie sind in einer Dienstvorschrift zu benennen. Damit liegt der Bedarf für die Konkretisierung des Nachrichtendienstbegriffs auf der Hand: Die Ermächtigungen wären uferlos, würde ihnen nicht ein gemeinsames Verständnis nachrichtendienstlicher Tätigkeit zugrunde liegen.

¹ In diesem Sinne aber *Riegel*, Datenschutz bei Sicherheitsbehörden, S. 47. Zustimmung *Droste*, HdbVerfSchR, S. 17; *Gazeas*, Übermittlung, S. 53 jeweils ohne nähere Begründung.

1. Verwaltungsrechtlicher Begriff

a. Annäherungen

Überwiegend findet sich der Rechtsbegriff des „Nachrichtendienstes“ in verwaltungsrechtlichen Regelungen wieder. In Ermangelung einer Legaldefinition hat sich die Literatur um eine begriffliche Konturierung bemüht. Mehrfache Zustimmung hat ein Definitionsversuch gefunden, wonach „Nachrichtendienst“ eine praxisbezogene Bezeichnung für Behörden ist, die nachrichtendienstlich tätig werden, d. h. insbesondere heimlich nachrichtendienstliche Mittel zur Sammlung und Auswertung von Informationen einsetzen.² Viel ist dadurch nicht gewonnen, denn bei näherer Betrachtung erweist sich die Definition als weitgehend tautologisch.

Einen sinnvollen Anknüpfungspunkt bietet demgegenüber ein semantischer Ansatz. Das Bestimmungswort „Nachrichten-“ deutet die Sammlung und ggf. auch Auswertung von Informationen an.³ Das Wort „-dienst“ bezieht sich auf eine Gruppe von Personen, die bestimmte Aufgaben zu versehen haben und dafür bereitstehen, womit auf institutionalisierte Befassung mit der Gewinnung und Verarbeitung von Informationen angespielt wird. In diesem Sinne ist der Begriff des Nachrichtendienstes ein **deskriptiver Terminus der Fachsprache**, der als sprachliches Mittel eine bestimmte Facette der Verwaltungsarbeit abbildet.⁴ Die semantische Annäherung verweist daher auf die Funktion von Nachrichtendiensten als **Informationsorgane im Verwaltungsgefüge**. Kennzeichnend ist dabei, dass die Bereitstellung von Informationen in der Regel auf der Grundlage einer Auswertungsleistung, d. h. einem Vergleichen, Kombinieren, Zuordnen und Verknüpfen von Informationen⁵ erfolgt. Die fachgesetzlichen Regelungen konkretisieren die Funktion in dreifacher Hinsicht:

- *Informationsgewinnung und -aufbereitung für den politischen Entscheidungsprozess*: Nach § 1 Abs. 1 S. 1 BNDG i. V. m. § 33 BNDG kommt dem BND die Aufgabe zu, das Bundeskanzleramt und die Bundesministerien über Erkenntnisse aus seiner Tätigkeit zu unterrichten. Auf diese Adressaten sind spezifische nachrichtendienstliche Produkte zugeschnitten. Hierzu zählen beispielsweise Berichte, Briefings und Analysen der Spitzenberichterstattung für politische Entscheidungsträger. An die Fachebenen der Ressorts sind dagegen Berichte, Meldungen und Schreiben der Regel- und Anlassberichterstattung gerichtet. Bis zu 2.000 Seiten werden der Arbeitsebene in den Ministerien pro Woche übermittelt.⁶ Der BND fungiert in diesem Zusammenhang als **Informations- und Beratungsorgan im politischen Entscheidungsprozess**.⁷ Dieselbe Funktion lässt sich aus § 2 Abs. 1 S. 2 BVerfSchG bzw. § 1 MADG („Militärischer Abschirmdienst des Bundesministeriums der Verteidigung“) auch für weitere Nachrichtendienste ableiten.
- *Öffentlichkeitsarbeit*: Nachrichtendienstliche Informationen können zudem für die Öffentlichkeit aufbereitet werden. In § 16 Abs. 1 BVerfSchG wird

2 Vgl. *Riegel*, Datenschutz bei Sicherheitsbehörden, S. 47. Zustimmend *Droste*, HdbVerfSchR, S. 17; S. 53; *Hirsch*, Kontrolle der Nachrichtendienste, S. 26.

3 Dazu ausführlich *Gröpl*, Nachrichtendienste im Regelwerk der Sicherheitsverwaltung, S. 34 f.

4 Zum deskriptiven Begriff als Element der Rechtssprache siehe ausführlich Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 177 ff.

5 Siehe dazu *Droste*, HdbVerfSchR, S. 89.

6 Dazu vgl. *Vorbeck*, Nachrichtendienste in politischen Entscheidungsprozessen, in: Foertsch/Lange (Hrsg.), S. 19 (20).

7 In diesem Sinne BVerfGE 133, 277 (326); 100, 313 (371); 130, 151 (206).

dem BfV ein eigener **Aufklärungsauftrag** übertragen. Auf der Grundlage von § 16 Abs. 2 BVerfSchG erstattet das Bundesministerium des Innern in Zusammenarbeit mit dem BfV mindestens einmal jährlich den sog. Verfassungsschutzbericht.⁸ Vergleichbare Vorschriften sind im Landesrecht anzutreffen (z. B. § 4 Abs. 1 S. 1 BremVerfSchG).

- *Informationsvorsorge durch Informationsaustausch:* Eine bedeutende Rolle kommt den Nachrichtendiensten schließlich im behördlichen Netzwerk der Sicherheitsgewährleistung⁹ zu. Die nachrichtendienstrechtlichen Fachgesetze enthalten spezifische Übermittlungsvorschriften,¹⁰ die den sicherheitsbehördlichen Informationsaustausch regeln. § 20 BVerfSchG statuiert beispielsweise eine Pflicht des BfV zur Übermittlung von Daten an Staatsanwaltschaft und Polizei für den Fall, dass tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Übermittlung zur Verhinderung oder Verfolgung von Staatsschutzdelikten erforderlich ist. Über § 24 Abs. 3 BNDG bzw. § 11 Abs. 2 MADG findet die Regelung auch für BND und MAD Anwendung. Diese Übermittlungsvorschriften sind Ausdruck eines **arbeitsteiligen Zusammenwirkens**,¹¹ das seine Grundlage im verfassungsrechtlichen Gebot der Trennung nachrichtendienstlicher und polizeilicher Arbeit¹² findet. Die anlasslose Lage-, Milieu- und Strukturaufklärung im Vorfeld von Gefährdungslagen obliegt grundsätzlich den Nachrichtendiensten.¹³ Soweit sich nachrichtendienstliche Informationen zu „tatsächlichen Anhaltspunkten“ für eine Gefahr oder einen Tatverdacht verdichten, müssen Staatsanwaltschaft und Polizei informiert werden, damit sie eigenständig auf der Basis der nachrichtendienstlichen Vorarbeit tätig werden können. In diesem Kontext fungieren die Nachrichtendienste als Akteure staatlicher Sicherheitsgewährleistung. Sie sind jedenfalls insoweit ein fester **Bestandteil der Sicherheitsverwaltung**.¹⁴ Ihre Aufgabe ist dann gerade nicht auf eine Berichtspflicht gegenüber den politisch verantwortlichen Staatsorganen bzw. der Öffentlichkeit beschränkt.¹⁵

- 6 Den verwaltungsrechtlichen Regelungen über die nachrichtendienstliche Tätigkeit liegt vor diesem Hintergrund ein **materieller, an ihrer Funktion orientierter Nachrichtendienstbegriff** zugrunde.

b. Abgrenzungen

- 7 Soweit es die Bezeichnung der deutschen Nachrichtendienste in den Gesetzen des Bundes und der Länder angeht, ist der Wortlaut einheitlich: Ausnahmslos werden sie als „Nachrichtendienste“ bezeichnet, denen „nachrichtendienstliche Mittel“ zur Verfügung stehen, um „nachrichtendienstliche Erkenntnisse“

8 Kritisch zur Art und Weise der Berichterstattung *Murswiek*, Verfassungsschutz durch Information der Öffentlichkeit, in: Dix u. a. (Hrsg.), S. 57 ff.

9 Zur „Hilfsfunktion“ der Nachrichtendienste im Rahmen der staatlichen Sicherheitsgewährleistung vgl. *Mörtl*, Staatliche Garantie, S. 404 ff.

10 Hierzu siehe ausführlich *Siems*, in diesem Bande, VI § 7 Rn. 40 ff.

11 Vgl. dazu *Gusy*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, § 1 BNDG Rn. 17.

12 Siehe dazu bereits *Riegel*, NJW 1979, 952 (953).

13 Vgl. *Gusy*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, § 1 BNDG Rn. 35.

14 Vgl. *Gröpl*, Nachrichtendienste im Regelwerk der Sicherheitsverwaltung, S. 301 ff.; *Mörtl*, Staatliche Garantie, S. 405 f.

15 So aber ausdrücklich das BVerfG in seiner Entscheidung zur Anti-Terror-Datei: Vgl. BVerfGE 133, 277 (326).

zu generieren. In der Judikatur und im verwaltungsrechtswissenschaftlichen Schrifttum ist dagegen keine einheitliche Bezeichnung der Behörden auszumachen. So haben BVerfG und BVerwG anstelle des Terminus „**Nachrichtendienst**“ gelegentlich den Begriff des „**Geheimdienstes**“ im Zusammenhang der Arbeit von BND, BfV oder MAD gebraucht.¹⁶ Auch die Literatur verwendet vereinzelt diesen Begriff.¹⁷ Mit Blick auf den heterogenen Sprachgebrauch sind Abgrenzungen angezeigt. Umgangssprachlich werden die Begriffe „Geheimdienst“ und „Nachrichtendienst“ oft synonym verwendet. Im verwaltungsrechtlichen Regelwerk kommt ihnen dagegen keine einheitliche Bedeutung zu, was am Beispiel des StUG illustriert werden kann: Während in Bezug auf BND, BfV und MAD sowie hinsichtlich der Verfassungsschutzbehörden der Länder im Gesetz von „Nachrichtendiensten“ die Rede ist (Vgl. z. B. §§ 8 Abs. 3; 11 Abs. 2; 25 StUG), wird im Zusammenhang des Staatssicherheitsdienstes der DDR („Stasi“) der Begriff des „Geheimdienstes“ gebraucht (Vgl. § 39a Abs. 2 StUG). Auch in verschiedenen Urteilen ist eine differenzierte Verwendung beider Begriffe anzutreffen.¹⁸ In seiner Entscheidung zum BND-Untersuchungsausschuss bedient sich etwa das BVerfG in Bezug auf den BND ausschließlich des Begriffs des „Nachrichtendienstes“, während hinsichtlich ausländischer Behörden der Terminus des „Geheimdienstes“ zur Anwendung gelangt.¹⁹ Begrifflichen Differenzierungen wie diesen liegt die Annahme zugrunde, dass Geheimdienste über deutlich weitergehende Befugnisse verfügen als Nachrichtendienste. Als **Geheimdienst** gilt danach eine staatliche Einrichtung, die nicht nur Informationen beschafft, auswertet und weitergibt, sondern auch **verdeckte Handlungen zur Störung oder Beeinflussung politischer Gegner im In- und Ausland** vornimmt.²⁰ Als geheimdienstliche Mittel kommen Agitation, Desinformation, Diversion, Konspiration, Subversion, Unterwanderung, Zersetzung oder sogar politischer Mord in Betracht.²¹ Solcherlei *aktive* Maßnahmen sind den deutschen Behörden versagt. Die Beeinflussung oder sogar Ausschaltung politischer Gegner ist gerade nicht von ihrem nachrichtendienstlichen Auftrag erfasst. Eine synonyme Verwendung der Begriffe „Geheimdienst“ und „Nachrichtendienst“ sollte vor diesem Hintergrund vermieden werden.

Einer Abgrenzung bedarf ferner die Arbeit von **Nachrichtendiensten und Polizeibehörden**. Immer wieder ist in den letzten Jahren eine Aufweichung²² bzw. Relativierung²³ des Trennungsgebots, vereinzelt sogar ein stillschweigender Abschied vom Trennungsgebot²⁴ beklagt worden. Die Neujustierung polizei-

16 Vgl. BVerfGE 30, 1 (46 ff.); 125, 260 (360); 130, 318 (359); BVerwG NVwZ-RR 2012, 320 (322).

17 Der erste Gesetzeskommentar zum BVerfSchG von *Borgs-Maciejewski/Ebert* erschien 1986 unter dem Titel „Das Recht der Geheimdienste“; aus dem Jahr 2011 stammt *Kornblums* Untersuchung zum „Rechtsschutz gegen geheimdienstliche Aktivitäten“.

18 In vielen jüngeren Entscheidungen des BVerfG ist festzustellen, dass das Gericht nur von „Geheimdiensten“ spricht, soweit es aus den Ausführungen von Beschwerdeführern bzw. Antragstellern referiert. Im Übrigen wird in diesen Entscheidungen der Begriff „Nachrichtendienste“ gebraucht. Vgl. BVerfGE 100, 313 (314 f.); 107, 339 (363); 120, 274 (330); 124, 78 (137); 124, 161 (185); 126, 77 (95); 134, 141 (197).

19 Vgl. BVerfGE 124, 78 (133 f. und insb. 147).

20 Vgl. *Gazeas*, Übermittlung, S. 54; *Gröpl*, Nachrichtendienste im Regelwerk der Sicherheitsverwaltung, S. 36 f.; *Droste*, HdbVerfSchR, S. 27 Fn. 79; *Zöller*, Informationssysteme, S. 285.

21 Näher dazu *Gröpl*, Nachrichtendienste im Regelwerk der Sicherheitsverwaltung, S. 36.

22 Vgl. *Söllner*, Verpolizeilichung, S. 52 ff.

23 Siehe dazu *Thiel*, Entgrenzung der Gefahrenabwehr, S. 368 ff.

24 Vgl. *Arzt*, NVwZ 2013, 1328 (1332).

licher und nachrichtendienstlicher Befugnisse habe zu einer „Vernachrichtendienstlichung der Polizei“²⁵ einerseits sowie zu einer „Verpolizeilichung der Nachrichtendienste“²⁶ andererseits geführt. Der BND agiere als „Bundesgeheimpolizei“²⁷, während das BKA als „multifunktionale Intelligence-Behörde“ typische nachrichtendienstliche und polizeiliche Elemente unter einem Dach vereine.²⁸ Hinter solcher Kritik steht die dem Grunde nach berechtigte Besorgnis, die erweiterten Befugnisse könnten einer an allein Sicherheit und Effizienz orientierten Logik huldigen, die mit der des liberalen Rechtsstaats unverträglich wäre.²⁹ In der Tat fügen sich viele der neuen polizeilichen Befugnisse kaum noch in die klassische Polizeirechtsdogmatik ein.³⁰ Die Polizeigesetze des Bundes und der Länder erlauben den Polizeibehörden bereits seit einiger Zeit, weit im Gefahrenvorfeld³¹ tätig zu werden. So sind beispielsweise im Rahmen der sog. Schleierfahndung verdachts- und ereignisunabhängige Personenkontrollen möglich.³² Auch die polizeiliche Überwachung von öffentlich Plätzen³³ zählt zu den Maßnahmen im Vorfeld von Gefährdungslagen, das die Nachrichtendienste lange Zeit weitgehend exklusiv für sich beanspruchen konnten. Hinzu kommt, dass Strafandrohungen des StGB inzwischen in nennenswertem Umfang Vorbereitungshandlungen betreffen (Vgl. z. B. § 89a StGB), mit der Folge, dass in diesem Zusammenhang die (kriminal-) polizeiliche Arbeit gleichfalls früher einsetzt. Das Vorfeldmonopol der Nachrichtendienste ist damit gefallen.³⁴ Gleichzeitig hat Einbeziehung der organisierten Kriminalität in den nachrichtendienstlichen Beobachtungsauftrag (Vgl. z. B. Art. 3 S. 2 BayVSG) ebenfalls altbekannte dogmatische Kategorien verlassen.³⁵ Eine Erosion des Rechtsstaats³⁶ ist infolge der Befugnisserweiterungen und Auftragsergänzungen hingegen nicht zu befürchten, solange die verfassungsrechtlich gebotene Freiheitssicherung insbesondere durch einen prozeduralen Grundrechtsschutz in Gestalt von Richter- oder Behördenleitervorbehalten, Auskunfts-, Löschungs- und Benachrichtigungsansprüchen oder Dokumentationspflichten geleistet wird.³⁷ Vor diesem Hintergrund ist es unbedenklich, in Bezug auf die **Überschneidung polizeilicher und nachrichtendienstlicher Aufgaben** sogar von einem gemeinsamen Aufgabenbereich zu sprechen.³⁸ Im Übrigen besteht jedoch

25 *Haverkamp*, ZStW 2011, 92 (108); *Denkowski*, Kriminalistik 2007, 292 (293 ff.); *ders.*, Kriminalistik 2008, 176 (178 ff.); *Hefendehl*, GA 2011, 209 (210).

26 Vgl. *Söllner*, Verpolizeilichung S. 62 ff.; *Lang*, Antiterrordateigesetz, S. 26.

27 *Albrecht*, KritV 2000, S. 273 (277); *Roggan*, G10, § 5 Rn. 25.

28 *Abbühl*, Aufgabenwandel des Bundeskriminalamtes, S. 353 sowie 383.

29 In diesem Sinne jedenfalls *Denninger*, Freiheit durch Sicherheit?, in: Koch (Hrsg.), S. 83 (88).

30 Siehe *Baldus*, Verw 47 (2014), 1 (1 ff.); *Schoch*, Der Staat 43 (2004), 347 (352 ff.); *Möstl*, DVBl. 2007, 581 (582 ff.).

31 Siehe ausführlich *Albers*, Determination polizeilicher Tätigkeit, S. 111 f. sowie 131 ff.

32 Siehe dazu etwa §§ 26 PolG BW; 9a SaarlPolG; 27a PolG M-V; 19 SächsPolG; 12 BbgPolG.

33 Siehe §§ 21 PolG BW; 37 SächsPolG; 24 BlnASOG; 29 BremPol; 14 HessSOG; 8 HbgGDatVPol.

34 Vgl. *Baldus*, Verw 47 (2014), 1 (4).

35 Dazu BVerfGE 100, 313 (370 ff.); siehe weiterführend *Soiné*, ZRP 2008, 108 (108 ff.); *Singer*, Beobachtung der organisierten Kriminalität durch Nachrichtendienste, S. 168 ff.; kritisch *Bull*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 108; *Schaefer*, NJW 1999, 2572 (2572 ff.).

36 Vgl. etwa *Düx*, ZRP 2003, 189 (189 ff.); *Saurer* NVwZ 2005, 275 (282); *Paeffgen*, GA 2003, 647 (662); *Hetzer*, ThürVBl. 2002, 251 (256).

37 BVerfGE 100, 313 (370 ff.); 110, 33 (55); 115, 320 (361 ff.); 125, 260 (316 ff.); 130, 151 (197 ff.); VGH BW NVwZ 2004, 498 (503); SächsVerfGH DVBl. 1996, 1424 (1433).

38 *Gusy*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, § 1 BNDG Rn. 16.

eine befugnisrechtliche, organisatorische und informationelle Trennung fort.³⁹ Den Nachrichtendiensten stehen polizeiliche (Zwangs-) Mittel nicht zu (Vgl. z. B. § 2 Abs. 3 BNDG); polizeilichen Dienststellen dürfen sie nicht angegliedert werden (Vgl. § 2 Abs. 1 S. 3 BVerfSchG). Personenbezogene Daten dürfen zwischen Polizei und Nachrichtendiensten nur ausnahmsweise ausgetauscht werden.⁴⁰ Dadurch wird deutlich, dass die Nachrichtendienste **im Rahmen der Sicherheitsgewährleistung auf ihre Hilfsfunktion** beschränkt bleiben; Konsequenzen aus ihrer informationellen Tätigkeit kann in diesem Zusammenhang nur die Polizei ziehen.⁴¹

Eine Abgrenzung ist schließlich zwischen den **Nachrichtendiensten** und dem **militärischen Nachrichtenwesen der Bundeswehr** (MilNW) vorzunehmen. Aus einer (staats-) organisatorischen Perspektive fällt auf, dass Nachrichtendienste und Bundeswehr eng miteinander verwoben sind. Mit dem MAD ist ein Nachrichtendienst als Teil der Streitkräfte eingerichtet worden.⁴² Er nimmt diejenigen Aufgaben innerhalb der Bundeswehr wahr, für die sonst die Verfassungsschutzbehörden zuständig wären.⁴³ In den Verfassungsschutzverbund wird der MAD über § 3 MADG eingeordnet. Zur Erfüllung seiner Aufgaben gestatten §§ 4, 5 MADG i. V. m. § 8 Abs. 2 BVerfSchG dem MAD den Einsatz „nachrichtendienstlicher“ Mittel. Auch der BND ist organisatorisch eng mit der Bundeswehr verzahnt. Von seinem Aufklärungsauftrag ist auch die Beschaffung militärischer Informationen umfasst. Zu diesem Zweck sind ca. 750 Soldaten/-innen im BND tätig.⁴⁴ Ihre Eingliederung in die Behörde geht auf eine Rahmenvereinbarung zwischen dem Bundesminister der Verteidigung und dem Bundeskanzleramt (RV) vom 13. Januar 1998 (wesentlich ergänzt im Jahr 2005) zurück. Gem. § 8 Abs. 1 RV werden sie für die Wahrnehmung von Aufgaben verwendet, die der Bundesnachrichtendienst im Zusammenhang mit der militärischen Auslandsaufklärung zu erfüllen hat.⁴⁵ Das BVerwG hat mehrfach festgestellt, dass dies verfassungsrechtlich unbedenklich ist, da die Soldaten/-innen gem. § 8 Abs. 3 RV aus den Befehlsstrukturen der Streitkräfte herausgelöst sind und folglich an keinem Einsatz i. S. d. Art. 87a Abs. 2 GG teilnehmen.⁴⁶ Nach § 8 Abs. 3 RV unterstehen sie dem Präsidenten des BND in allgemein dienstlicher Hinsicht und haben seinen Anordnungen nachzukommen. Die aufgezeigten Verschränkungen von Bundeswehr und Nachrichtendiensten umfassen jedoch nicht das MilNW der Bundeswehr. Das MilNW bezeichnet eine **streitkräftegemeinsame Fähigkeit** im sog. Fähigkeitsprofil der Bundeswehr, das sich aus den verteidigungspolitischen Richtlinien des Bundesministers der Verteidigung ab-

39 Zu den Facetten des Trennungsgebots ausführlich *Gusy*, in diesem Bande, IV § 1 Rn. 28 ff. sowie § 2 Rn. 44 ff.

40 BVerfGE 133, 277 (323 ff. insb. 329).

41 *Möstl*, Staatliche Garantie, S. 407; *Singer*, Beobachtung der organisierten Kriminalität durch Nachrichtendienste, S. 290 f.

42 Siehe näher dazu *Gusy*, DÖV 1982, 60 (60 ff.); *Gröpl*, Nachrichtendienste im Regelwerk der Sicherheitsverwaltung, S. 77 ff.; *Siems*, DÖV 2012, 425 (425 ff.); *Weisser*, NZWehr 2012, 198 (198 ff.); *Brissa*, DÖV 2011, 391 (391 ff.).

43 Vgl. *Zöller*, Informationssysteme, S. 299; *Gröpl*, Nachrichtendienste im Regelwerk der Sicherheitsverwaltung, S. 232; *Gazeas*, Übermittlung, S. 128.

44 Vgl. BND, Allgemeine Informationen (online).

45 Vgl. BVerwG NVwZ-RR 2012, 320 (322).

46 BVerwGE 132, 110 (120); BVerwG NVwZ-RR 2012, 320 (322).

leitet.⁴⁷ Inhaltlich geht es darum, dem Bundesminister der Verteidigung als Inhaber der Befehls- und Kommandogewalt sowie der militärischen Führung auf allen Ebenen ein **militärisches Lagebild** zur Verfügung zu stellen, auf dessen Grundlage sachgerechte militärische Entscheidungen möglich sind. Zu diesem Zweck werden **Informationen von taktisch-operativer Bedeutung** gesammelt und ausgewertet. Die Informationserhebung erfolgt in der Regel mit technischen Mitteln. In jeder Teilstreitkraft stehen spezifische Kapazitäten zur Verfügung. In der Luftwaffe kommen z. B. große Aufklärungsdrohnen vom Typ HERON oder der für die elektronische Kampfaufklärung ausgerichtete ECR-TORNADO zum Einsatz. Die Bundesmarine leistet insbesondere über ihre sog. Flottendienstboote⁴⁸ einen Beitrag zum MilNW. Im Kommando Strategische Aufklärung werden die wesentlichen Aufklärungskompetenzen des MilNW organisatorisch zusammengefasst.⁴⁹ Ihm kommt eine zentrale Koordinierungsfunktion für die Informationsversorgung auf operativer und taktischer Ebene zu. Die Steuerung der Informationsbedarfsdeckung für die militärische Nachrichtenlage obliegt dagegen dem Einsatzführungskommando der Bundeswehr. Hier laufen die Informationen im MilNW zusammen und werden ausgewertet. Außerdem können Aufklärungsforderungen an das Kommando Strategische Aufklärung gestellt werden. Wenngleich ein Schwerpunkt des MilNW in der Sammlung und Auswertung von Informationen besteht, kann darin jedoch nicht eine nachrichtendienstliche Tätigkeit im verwaltungsrechtlichen Sinne gesehen werden.⁵⁰ Das MilNW ist grundsätzlich weder dafür ausgelegt, Informationen für den politischen Entscheidungsprozess noch für die Öffentlichkeitsarbeit zu beschaffen und auszuwerten. Auch im Gefahrenvorfeld wird das MilNW nicht tätig. Die informationelle Tätigkeit des MilNW zielt auf Informationen, die für die militärische Nachrichtenlage von – taktisch-operativer – Bedeutung sind. Im MilNW werden keine nachrichtendienstlichen Verbindungen bzw. V-Leute geführt. Befugnisse zur verdeckten Erhebung personenbezogener Daten stehen dem MilNW nicht zur Verfügung. Die funktionelle Limitierung des MilNW steht einer intensiven Zusammenarbeit mit dem BND⁵¹ nicht entgegen, sie bedingt sie sogar.

2. Strafrechtlicher Begriff

- 10 Gleichfalls enthält das Strafrecht Regelungen, die ausdrücklich eine nachrichtendienstliche bzw. geheimdienstliche Tätigkeit betreffen. § 109 f Abs. 1 Nr. 2 StGB erfasst die Ausforschung von Sachverhalten der Landesverteidigung durch einen sog. „**sicherheitsgefährdenden Nachrichtendienst**“. Bestraft wird, wer für eine Dienststelle, eine Partei oder eine andere Vereinigung außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs des StGB, für eine verbotene Einrichtung oder für einen ihrer Mittelsmänner einen Nachrichtendienst betreibt, der Angelegenheiten der Landesverteidigung zum Gegenstand hat, und dadurch Bestrebungen dient, die gegen die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder

47 Vgl. *Wieker*, CPM-Forum 6/2012, 5 (5); *Pauland*, CPM-Forum 6/2012, S. 6 (6).

48 Die Informationsbeschaffung durch Flottendienstboote hat im Jahr 2013 das PKGr beschäftigt. Siehe den Bericht des Gremiums, BT-Drs. 18/217 vom 19.12.2013, S. 10. Näher *Riegel*, ESUT 8/2014, S. 48 (48 ff.).

49 Siehe näher *Pauland*, CPM-Forum 6/2012, S. 6 (7); *Berghoff*, CPM-Forum 6/2012, S. 21 (21 ff.).

50 Zur Abgrenzung siehe *Porzner*, Verw 26 (1993), 235 (243).

51 Siehe BT-Drs. 17/13187 vom 23.04.2013 S. 9 f. sowie ausführlich *Bareinske*, in diesem Bande, V § 9 Rn. 45 ff.

gegen die Schlagkraft der Truppe gerichtet sind. Das abstrakte Gefährdungsdelikt begründet eine Strafbarkeit für ein Verhalten im Vorfeld „**geheimdienstlicher Agententätigkeit**“ i. S. d. § 99 StGB. Für einen „Nachrichtendienst“ gem. § 109 f Abs. 1 Nr. 2 StGB genügt vor diesem Hintergrund jede Einrichtung, die auf das systematische Sammeln und Weiterleiten von Informationen gerichtet ist.⁵² Die institutionelle Qualität eines Geheimdienstes i. S. v. § 99 StGB wird nicht erreicht. Insbesondere erfolgt die Informationsbeschaffung nicht notwendigerweise in einem staatlichen Interesse. Personell kann sich die Einrichtung auf den Täter beschränken.⁵³ Augenfällig wird damit, dass sich der strafrechtliche Nachrichtendienstbegriff erheblich vom verwaltungsrechtlichen Begriff unterscheidet. Der sicherheitsgefährdende Nachrichtendienst i. S. v. § 109 f StGB fungiert nicht als Informationsorgan im Verwaltungsgefüge eines (fremden) Staates, sondern lediglich als limitierter Zuträger spezifischer Informationen. Eine Auswertungsleistung, d. h. das Vergleichen, Kombinieren, Zuordnen und Verknüpfen von Informationen,⁵⁴ erbringt er in der Regel nicht. Er dient weder als Informationsorgan im politischen Entscheidungsprozess noch als Institution staatlicher Sicherheitsgewährleistung. Im Sinne des Verwaltungsrechts betrifft der „sicherheitsgefährdende Nachrichtendienst“ damit nur einen vergleichsweise kleinen Ausschnitt nachrichtendienstlicher Arbeit.

§ 99 StGB bestraft demgegenüber denjenigen, der für einen **Geheimdienst einer fremden Macht** arbeitet oder sich dazu bereiterklärt. Als Geheimdienst in diesem Sinne gilt eine ständige Einrichtung im staatlichen Bereich, zu deren Aufgaben es gehört, aus fremden Machtbereichen für ihren eigenen Staat und in dessen breit gefährdeten Informationsinteresse Nachrichten vielfältiger Art – nicht nur aus Geheimbereichen – zu beschaffen, zu sammeln und auszuwerten, wobei in der Regel konspirative Methoden zur Anwendung kommen.⁵⁵ Nicht erforderlich ist, dass aktive Maßnahmen zum Handlungsinstrumentarium des Dienstes gehören. Vielmehr soll die Vorschrift gerade keine Anwendung finden, soweit es um Sabotage- und Zersetzungshandlungen (durch sog. Sabotageagenten)⁵⁶ sowie die Beeinflussung von Bevölkerungsteilen (durch sog. Einflussagenten)⁵⁷ geht. Der Begriff des „Geheimdienstes“ i. S. v. § 99 StGB entspricht insofern dem verwaltungsrechtlichen Begriff des „Nachrichtendienstes“⁵⁸.

Die Zusammenschau der unterschiedlichen Begriffsverständnisse in Verwaltungs- und Strafrecht wirft die Frage auf, ob **gesetzgeberischer Handlungsbedarf** für eine Vereinheitlichung des Wortlauts besteht. Grundsätzlich steht es dem Gesetzgeber frei, für einen Regelungsgegenstand Gesetzesbegriffe zu verwenden, die von gleich oder ähnlich lautenden Gesetzesbegriffen in anderen Gesetzen abweichen.⁵⁹ Es gilt der Grundsatz der Relativität der Rechtsbegriffe. Im Fall von §§ 99, 109 f StGB wird jedoch eine Anpassung des Wortlauts im Lichte von Art. 103 Abs. 2 GG geboten sein. Gerade die in § 99 Abs. 2 StGB angedrohte Höchststrafe von zehn Jahren Freiheitsstrafe erhöht die Anforderun-

52 Fischer, StGB, § 109 f Rn. 2; Schroeder, in: Laufhütte u. a. (Hrsg.), LK-StGB, § 109 f Rn. 5.

53 Schroeder, in: Laufhütte u. a. (Hrsg.), LK-StGB, § 109 f Rn. 5.

54 Dazu siehe Droste, HdbVerfSchR, S. 89.

55 Vgl. Schmidt, in: Laufhütte u. a. (Hrsg.), LK-StGB, § 99 Rn. 5; Fischer, StGB, § 99 Rn. 6.

56 Vgl. Sternberg-Lieben in: Schöнке/Schröder, StGB, § 99 Rn. 1a.

57 Vgl. BGHSt 29, 325 (336).

58 So auch Gazeas, Übermittlung, S. 56.

59 Vgl. BVerfGE 25, 309 (313).

gen an die Bestimmtheit des Tatbestandes.⁶⁰ Da dem Verwaltungsrecht ein über die Funktionsvorschriften konturierter Nachrichtendienstbegriff zugrunde liegt, kann aus §§ 99, 109 f StGB gerade nicht mehr ohne Weiteres vorhergesehen werden,⁶¹ welches Verhalten mit Strafe bedroht ist. Es macht eben einen Unterschied, ob der Täter für einen Geheimdienst oder einen Nachrichtendienst tätig wird.⁶²

II. Begriffsverständnis im internationalen Regelungskontext

- 13 Im internationalen Vergleich zeigt sich, dass in den allermeisten Staaten Einrichtungen bestehen, die offen oder verdeckt Informationen erheben und diese für Adressaten im Staatsapparat aufbereiten.⁶³ Als „Nachrichtendienste“ i. S. des deutschen Verwaltungsrechts können allerdings nur wenige von ihnen gelten. Eine funktionelle Limitierung auf die Informationserhebung und -auswertung lässt sich in vielen Fällen – auch in demokratischen Staaten westlicher Prägung – nicht ausmachen. In Frankreich verfügt beispielsweise der Inlandsdienst „Direction générale de la Sécurité intérieure“ (DGSI) sowohl über polizeiliche wie auch nachrichtendienstliche Befugnisse. Organisatorisch war die Einrichtung noch bis ins Jahr 2014 Teil der „Police Nationale“⁶⁴. Die US-amerikanische „Central Intelligence Agency“ (CIA) verfügt mit dem „National Clandestine Service“ über eine operative Abteilung, zu deren Aufgabenspektrum u. a. die aktive Einflussnahme auf das politische Geschehen fremder Staaten zählt.⁶⁵ In der deutschen Terminologie würden die beiden Einrichtungen als Polizeibehörden bzw. Geheimdienste zu qualifiziert werden. Im ausländischen Regelungskontext findet der Rechtsbegriff des „Nachrichtendienstes“ insoweit selten eine Entsprechung.
- 14 Im **internationalen Recht** existiert gegenwärtig **kein einheitsstiftender Begriff**, unter den die nationalen Behörden mit ihren im Einzelnen erheblich unterschiedlichen Funktionen, Aufgaben und Befugnissen subsumiert werden könnten. Das humanitäre Völkerrecht kennt lediglich den Begriff des „Spions“ (Art. 29 HLKO)⁶⁶, der auf eine natürliche Person bezogen ist, nicht dagegen auf eine staatliche Einrichtung. Auch das Europarecht hat bislang noch keinen einheitlichen Rechtsbegriff für die jeweiligen Behörden in den Mitgliedstaaten geprägt, was insbesondere dem Umstand geschuldet ist, dass die nationale Sicherheit nach Art. 4 Abs. 2 S. 3 EUV in die alleinige Verantwortung der Mitgliedstaaten fällt. Inzwischen mehrten sich allerdings Anzeichen für eine gewisse **Europäisierung nachrichtendienstlicher Aufgaben**.⁶⁷ So wird im „Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Euro-

60 BVerfGE 75, 329 (341).

61 Grundlegend BVerfGE 73, 206 (234 f.).

62 Das strafrechtliche Schrifttum weist verschiedentlich auf die tatbestandlichen Unklarheiten hin. Siehe *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 99 Rn. 7.

63 Siehe dazu die Übersicht bei *Hirsch*, Kontrolle der Nachrichtendienste, S. 216 ff. sowie die Länderberichte in *Farson et al.* (Eds.), *Global Security and Intelligence*, Vol. 1, S. 21 ff. und Vol. 2, S. 321 ff.

64 Vgl. *Soria*, Nachrichtendienste und Polizei, in: Hendler u. a. (Hrsg.), FS für Götz, S. 359 (369).

65 Über Präsidialdekrete (sog. Executive Orders) kann die CIA Spezialoperationen im Ausland durchführen. Siehe dazu näher *Hörauf*, Kontrolle des Bundesnachrichtendienstes, S. 291.

66 Näher dazu *Sule*, Spionage, S. 60 ff.

67 Siehe *Geiger*, Grenzen der Europäisierung nachrichtendienstlicher Aufgaben, in: Jäger/Daun (Hrsg.), S. 240 (240 ff.). Ausführlich dazu auch *Rüß*, in diesem Bande, IV § 4 Rn. 3 ff.