



Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes (BT-Drucks. 18/4654)

hier: Art. 1 Änderung des Bundesverfassungsschutzgesetzes (BVerfSchG)

Übersicht

Zusammenfassung..... 1

Formulierungsvorschläge 4

Begründung..... 7

Zusammenfassung

1. Die Stärkung der Zentralstellenfunktion des BfV ist zu begrüßen. Angesichts der hochrangigen Schutzgüter des Verfassungsschutzes ist es nicht hinzunehmen, dass allein aufgrund der föderalen Struktur der Verfassungsschutzbehörden möglicherweise länderübergreifend bedeutsame Informationen in ihrer Bedeutung nicht erkannt oder nicht zusammengeführt und deshalb bestehende Gefahren nicht oder nicht rechtzeitig erkannt werden.
2. Die Ergänzung des BfV-Zuständigkeitskataloges um die Beobachtung gewaltbereiter verfassungsfeindlicher Bestrebungen ist im Ergebnis deklaratorischer Art, als Klarstellung jedoch zweckmäßig.

Auch bei dieser Zuständigkeit des BfV handelt es sich um eine echte Parallelzuständigkeit, nicht um eine bloß subsidiäre Zuständigkeit. Es sollte bei dem – richtig verstandenen – Benehmens-Erfordernis bleiben; die Statuierung eines Einvernehmens-Erfordernis ist abzulehnen.

3. Die Angleichung der wechselseitigen Übermittlungspflichten von BfV und LfV ist zu begrüßen. Die Normierung des Relevanzkriteriums bedeutet gegenüber der geltenden Gesetzeslage keine sachliche Änderung, dient jedoch angesichts einer offenbar nicht immer befriedigenden Praxis der Klarstellung.
4. Während die gemeinsamen Dateien der Verfassungsschutzbehörden bislang grundsätzlich Hinweisdateien und nur in bestimmten Phänomenbereichen Volltextdateien zugelassen waren, sollen sie künftig generell als Volltextdateien geführt werden. Dies ist sachgerecht, da es schon bislang keinen überzeugenden Grund gab, weshalb Volltextdateien nur in einzelnen Phänomenbereichen geführt werden durften, namentlich im Bereich des Rechtsextremismus, nicht aber im Bereich z.B. des Linksextremismus und des Islamismus.

Durch die vorgesehenen Beschränkungen des Kreises der Zugriffsberechtigten und der Zugriffszwecke sowie die vorgeschriebene Vollprotokollierung ist der erforderliche Schutz personenbezogener Daten gewährleistet.

5. Aufgrund der neueren strafgerichtlichen Rechtsprechung ist eine gesetzliche Regelung dringend geboten, dass der gesetzmäßige Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel entweder schon keinen Straftatbestand verwirklicht oder jedenfalls einen diesbezüglichen Rechtfertigungsgrund darstellt. Dies entspricht nicht nur der herkömmlichen Sichtweise der Rechtfertigungswirkung von Amtsbefugnissen und ist bereits gegenwärtig für eine Reihe von Tatbeständen verwirklicht, sondern ist auch in der Sache angemessen.

Regelungsbedürftig ist insbesondere, dass sich Verdeckte Mitarbeiter und V-Personen der Verfassungsschutzbehörden nicht strafbar machen, wenn sie zwecks Aufklärung verfassungsfeindlicher Bestrebungen als Mitglied oder Unterstützer in oder für Organisationen tätig sind, auch wenn dies sonst nach einschlägigen Organisationsstraftatbeständen strafbar wäre.

Die Straffreistellung in Bezug auf szenetypische Begleitstraftaten, die keine Individualrechtsgüter verletzen und nicht außer Verhältnis zu der Bedeutung des aufzuklärenden Sachverhaltes stehen, ist sachgerecht.

6. Ein ausnahmsloser Ausschluss Vorbestrafter von der Verpflichtung als V-Person wäre weder erforderlich noch sachgerecht.
7. Es ist systemgerecht, elektronische Akten grundsätzlich wie herkömmliche Akten zu behandeln und nicht wie Dateien. Eine Abfrage personenbezogener Daten unter denselben Voraussetzungen zuzulassen, unter denen auch eine Abfrage in Dateien zulässig wäre, erscheint richtig. Hierüber hinaus ausnahmsweise Recherchen in elektronischen Akten zuzulassen, entspricht einem praktischen Bedürfnis, da auch bei sorgfältiger Sachbearbei-

tung nie ausgeschlossen werden, dass nicht alle aufgabenrelevanten personenbezogenen Daten in die Dateien übernommen werden.

8. Die in § 15 Abs. 1 Satz 2 Entwurf vorgesehene Regelung, dass sich der Auskunftsanspruch gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG auf alle Daten erstreckt – sich damit aber auch auf diese beschränkt –, die über eine Speicherung gemäß § 10 Abs. 1 BVerfSchG auffindbar sind, ist zu begrüßen.
9. Die Zulassung einer Berichterstattung auch über Verdachtsfälle ist verfassungsgemäß. Es besteht ein dringendes Interesse, die Öffentlichkeit in geeigneter Weise über Bestrebungen unterrichten zu können, deren Verfassungsfeindlichkeit zwar womöglich noch nicht als erwiesen angesehen werden kann, bei denen jedoch hinreichend gewichtige tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sie verfassungsfeindliche Bestrebungen verfolgen.
10. Die in § 18 Abs. 1 und 1b Entwurf vorgesehene Ausweitung der Übermittlungspflichten dient der Intensivierung der Zusammenarbeit und entspricht einem praktischen Bedürfnis. Ein überzeugender Grund, solche Übermittlungspflichten auf einzelne Phänomenbereiche zu beschränken, statt sie für alle verfassungsfeindlichen Bestrebungen vorzusehen, ist nicht zu erkennen, zumal dies auch der Gesetzeslage fast aller Landesverfassungsschutzgesetze entspricht.

Es sollte über den Entwurf hinausgehend erwogen werden, eine Übermittlungspflicht oder zumindest eine ermessensweise Übermittlungsbefugnis der Behörden des Bundes und der bundesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts auf alle für die Aufgabenerfüllung der Verfassungsschutzbehörden relevanten Informationen vorzusehen.

11. Die in § 19 Abs. 1 Entwurf vorgesehenen Einschränkungen der Übermittlungsbefugnisse des BfV sind rechtspolitisch sinnvoll. Eine weitergehende Beschränkung ist verfassungsrechtlich nicht geboten.
12. Die Änderung des § 27 BVerfSchG eröffnet die Anwendbarkeit des § 10 BDSG und damit die Möglichkeit automatisierter Abrufverfahren für Abrufe der LfV und des MAD beim BfV und des BfV bei allen anderen Behörden. Dies entspricht einem praktischen Bedürfnis, impliziert aber noch nicht die Zulässigkeit automatisierter Abrufverfahren. Über diese muss vielmehr nach den Maßgaben des § 10 BDSG gesondert entschieden werden.

Formulierungsvorschläge

1. Zu § 5 Abs. 2 Satz 1 und 2 Entwurf:

Das Bundesamt für Verfassungsschutz wertet unbeschadet der Auswertungsverpflichtungen der Landesbehörden für Verfassungsschutz zentral alle Informationen über Bestrebungen und Tätigkeiten im Sinne des § 3 Absatz 1 aus. Die Auswertung dient neben der Gewinnung von Erkenntnissen über Bestrebungen im Sinne des § 3 Absatz 1 auch der Gewinnung von Querschnittserkenntnissen, der Erarbeitung von Struktur- und Methodikberichten sowie der Erstellung regelmäßiger bundesweiter Lageberichte zu den wesentlichen Phänomenbereichen.

2. Streichung des § 8 Abs. 2 Satz 2 Entwurf

3. Zu § 9a Abs. 1 Entwurf: Ergänzung nach Satz 1 als neuer Satz 2 wie folgt:

Sie dürfen unter der Legende am Rechtsverkehr teilnehmen und mit dem Einverständnis des Berechtigten dessen Wohnung betreten; das Einverständnis darf nicht durch ein über die Nutzung der Legende hinausgehendes Vortäuschen eines Zutrittsrechts herbeigeführt werden.

4. Zu § 9a Abs. 2 Entwurf:

Verdeckte Mitarbeiter dürfen weder zur Gründung von Bestrebungen nach § 3 Absatz 1 Nr. 1, 3 oder 4 noch zur steuernden Einflussnahme auf derartige Bestrebungen eingesetzt werden. Sie dürfen in solchen Personenzusammenschlüssen oder für solche Personenzusammenschlüsse tätig werden, um deren Bestrebungen aufzuklären. Dies gilt auch, wenn die Mitgliedschaft oder Unterstützung einer solchen Vereinigung sonst strafbar wäre; beteiligt sich der Verdeckte Mitarbeiter als Mitglied oder Unterstützer, handelt er nicht rechtswidrig [ggf. präzisieren: im Sinne der § 84 Abs. 2, § 85 Abs. 2, § 129 Abs. 1, § 129a, § 129b i.V.m. §§ 129, 129a StGB oder § 20 VereinsG]. Verwirklicht der Verdeckte Mitarbeiter im Rahmen seines Einsatzes den Tatbestand einer Straftat, handelt er nicht rechtswidrig, wenn

1. durch die Tat keine Individualrechtsgüter verletzt werden,

2. die Begehung solcher Taten von den an den Bestrebungen Beteiligten derart erwartet wird, dass sie zur Gewinnung und Sicherung der Informationszugänge unumgänglich ist, und

3. die Tat nicht außer Verhältnis zur Bedeutung des aufzuklärenden Sachverhalts steht.

5. Zu § 9a Abs. 4 (neu):

Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 Satz 3 und 4 sowie Absatz 3 gelten auch in den Fällen der Landesbehörden für Verfassungsschutz.

6. Zu § 9b Abs. 3 Satz 3 Entwurf:

Als Vertrauensleute sollen Personen nicht angeworben und eingesetzt werden, bei denen im Bundeszentralregister ungetilgte Eintragungen von Verurteilungen wegen eines Verbrechens oder zu einer Freiheitsstrafe, deren Vollstreckung nicht zur Bewährung ausgesetzt worden ist, enthalten sind.

7. Zu § 16 Abs. 1 und 2 Satz 1 Entwurf:

(1) Das Bundesamt für Verfassungsschutz informiert die Öffentlichkeit über Bestrebungen und Tätigkeiten nach § 3 Absatz 1, soweit hinreichend gewichtige tatsächliche Anhaltspunkte hierfür vorliegen, sowie über präventiven Wirtschaftsschutz.

(2) Das Bundesministerium des Innern informiert die Öffentlichkeit über Bestrebungen und Tätigkeiten nach § 3 Absatz 1, soweit hinreichend gewichtige tatsächliche Anhaltspunkte hierfür vorliegen, mindestens einmal jährlich in einem zusammenfassenden Bericht insbesondere zu aktuellen Entwicklungen.

8. Zu § 18 Abs. 1 Entwurf:

Die Behörden des Bundes, der bundesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die Staatsanwaltschaften und, vorbehaltlich der staatsanwaltschaftlichen Sachleitungsbefugnis, die Polizeien, die Behörden des Zollfahndungsdienstes sowie andere Zolldienststellen, soweit diese Aufgaben nach dem Bundespoli-

zeigesetz wahrnehmen, unterrichten von sich aus das Bundesamt für Verfassungsschutz oder die Verfassungsschutzbehörde des Landes über die ihnen bekanntgewordenen Informationen einschließlich personenbezogener Daten über Bestrebungen und Tätigkeiten nach § 3 Absatz 1, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Übermittlung für die Erfüllung der Aufgaben der Verfassungsschutzbehörde erforderlich ist. Über Satz 1 hinausgehende Unterrichtungspflichten nach dem Gesetz über den Militärischen Abschirmdienst oder dem Gesetz über den Bundesnachrichtendienst bleiben unberührt. Auf die Übermittlung von Informationen zwischen Behörden desselben Bundeslandes findet Satz 1 keine Anwendung.

Gliederung der Begründung

A.	Vorbemerkung	10
B.	Zu einzelnen im Regierungsentwurf vorgeschlagenen Änderungen des BVerfSchG	13
I.	Gemeinsame Landesverfassungsschutzbehörden (§ 2 Abs. 2 Satz 2 Entwurf).....	13
	1. Gemeinsame Landesverfassungsschutzbehörden.....	13
	2. Notwendigkeit klarer Verantwortlichkeiten	14
II.	Zuständigkeiten des Bundesamtes für Verfassungsschutz (§ 5 Entwurf)	15
	1. Stärkung der Zentralstellenfunktion des BfV	16
	2. Gewaltorientierte Bestrebungen (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Entwurf).....	17
	a) Generelle Erstreckung der Beobachtungszuständigkeit des BfV auf gewaltorientierte Bestrebungen	17
	b) Keine bloße Reservezuständigkeit des BfV	19
	3. Benehmen (§ 5 Abs. 1 Entwurf).....	20
	4. Zentrale Auswertung (§ 5 Abs. 2 Satz 1 Entwurf)	22
	5. Unterrichtung der LfV und Querschnittsauswertung (§ 5 Abs. 2 Satz 2 Entwurf)	24
	6. Koordinierungsaufgabe (§ 5 Abs. 3 Entwurf)	24
III.	Gegenseitige Unterrichtung der Verfassungsschutzbehörden (§ 6 Entwurf)	25
	1. Übermittlungspflicht (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Entwurf)	26
	2. Aufgabenrelevanz (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Entwurf).....	27
	3. Weitergabeeschränkung (§ 6 Abs. 1 Satz 2 Entwurf)	28
	4. Gemeinsame Dateien (§ 6 Abs. 2 Entwurf).....	28
	5. Schutz personenbezogener Daten.....	30
	a) Beschränkung des Abfragezwecks (§ 6 Abs. 2 Satz 6 Entwurf)	30
	b) Beschränkung des Kreises der Abfrageberechtigten (§ 6 Abs. 2 Satz 6 bis 8 Entwurf).....	32
	c) Vollprotokollierung (§ 6 Abs. 3 Satz 2 bis 4 Entwurf).....	33
	6. Führung der gemeinsamen Dateien (§ 6 Abs. 3).....	33
IV.	Vorbemerkung: Amtsbefugnisse und Straffreiheit	33
	1. Problemlage	33
	2. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf.....	35
	3. Vorzugswürdigkeit und Legitimität einer materiellrechtlichen Lösung	35

4.	Landesgesetzliche Regelungsbeispiele	37
V.	Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel durch das BfV (§ 8 Abs. 2 Entwurf)	43
1.	Vorbehalt besonderer Eingriffsbefugnisse (§ 8 Abs. 2 Satz 2 Entwurf)	43
2.	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 8 Abs. 2 Satz 3 Entwurf)	44
V.	Verdeckte Mitarbeiter (§ 9a Entwurf).....	46
1.	Allgemeine Befugnisse des Verdeckten Mitarbeiters (9a Abs. 1 Satz 1 Entwurf)	47
2.	Dauerhafter Einsatz von Verdeckten Mitarbeitern (§ 9a Abs. 1 Satz 2 Entwurf)	47
3.	Keine Gründung und steuernde Einflussnahme auf strafbare Vereinigung (§ 9a Abs. 2 Satz 1 Entwurf)	47
4.	Betätigung in und Unterstützung von solchen Personenzusammenschlüssen (§ 9a Abs. 2 Satz 2 Entwurf)	48
5.	Begehung von nicht individualrechtsgutsverletzenden Straftaten im Rahmen des Einsatzes (§ 9 Abs. 2 Satz 3 Entwurf)	49
6.	Einstellungsbefugnis (§ 9a Abs. 3 Entwurf)	51
7.	Erstreckung auf Verdeckte Mitarbeiter der LfV (§ 9a Abs. 3 Satz 5).....	52
VI.	Vertrauensleute (§ 9b Entwurf).....	52
1.	Legitimität und verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Einsatzes von V-Leuten.....	53
2.	Strafbarkeit/Straflosigkeit von V-Leuten	53
3.	Behördenleitervorbehalt (§ 9b Abs. 2 Entwurf)	55
4.	Grundsätzlicher Ausschluss Vorbestrafter von der Verpflichtung als V-Personen (§ 9b Abs. 2 Satz 3 Entwurf).....	55
VII.	Personenbezogene Daten Dritter in Unterlagen (§ 10 Abs. 2 Entwurf).....	57
VIII.	Übergang vom Behördenleiter- zum Abteilungsleitervorbehalt bei Verlängerung der Speicherfrist	58
1.	Abteilungsleitervorbehalt	58
2.	Zu erörtern: Verlängerung der Speicherfrist auf 15 Jahre.....	58
IX.	Verwendung und Berichtigung personenbezogener Daten in Akten (§ 13 Abs. 3 und 4 Entwurf)	59
1.	Elektronische Akten (§ 13 Abs. 4 Satz 1 und 2 Entwurf)	59
2.	Recherchemöglichkeit in elektronischen Akten (§ 13 Abs. 4 Satz 3 und 4 Entwurf)	60
3.	Protokollierung (§ 13 Abs. 4 Satz 5 bis 7 Entwurf)	61

X.	Sofortanordnung des BfV bezüglich Dateianordnung (§ 14 Abs. 3 Entwurf)	61
XI.	Auskunftsanspruch in Bezug auf Akten (§ 15 Abs. 1 Satz 2 Entwurf).....	62
XII.	Verfassungsschutz durch Aufklärung der Öffentlichkeit (§ 16 Entwurf).....	63
	1. Information der Öffentlichkeit durch das BfV (§ 16 Abs. 1 Entwurf).....	64
	2. Verdachtsfallberichterstattung (§ 16 Abs. 1 und 2 Satz 2 Entwurf).....	64
	3. Bekanntgabe personenbezogener Daten (§ 16 Abs. 3 Entwurf).....	66
XIII.	Übermittlung von Informationen an die Verfassungsschutzbehörden (§ 18 Entwurf)	66
	1. Ausweitung der Übermittlungspflichten (§ 18 Abs. 1 und 1b Entwurf).....	66
	2. Erstreckung der Übermittlungspflicht bzw. Übermittlungsbefugnis auf alle Behörden des Bundes	67
	3. Übermittlungseinschränkungen und Übermittlungsverbote (§ 18 Abs. 6 BVerfSchG).....	69
XIV.	Übermittlung personenbezogener Daten durch das BfV (§ 19 Abs. 1 Entwurf)	70
	1. Einschränkung der Übermittlungsvoraussetzungen (§ 19 Abs. 1 Entwurf).....	70
	2. Übermittlung zur Verhinderung oder Verfolgung von Straftaten von erheblicher Bedeutung (§ 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und 4 Entwurf)	71
	3. Informationelles Trennungsgebot.....	76
	4. Verhältnis zu § 20 BVerfSchG (§ 19 Abs. 1 Satz 2 Entwurf).....	79
XV.	Einrichtung automatisierter Abrufverfahren (§ 27 Entwurf).....	79
	1. Zulässigkeit einzelner Abrufe (§ 27 Entwurf i.V.m. § 10 Abs. 1 Satz 2 BDSG).....	80
	2. Prüfungszuständigkeiten bei automatisierten Abrufverfahren (§ 27 Entwurf i.V.m. § 10 Abs. 4 BDSG).....	81
	3. Angemessenheitsprüfung bei der Einführung automatisierter Abrufverfahren (§ 27 Entwurf i.V.m. § 10 Abs. 1 Satz 1 BDSG)	82

A. Vorbemerkung

Ich beschränke mich in meiner Stellungnahme auf eine nähere Betrachtung der im Gesetzentwurf der Bundesregierung

BT-Drucks. 18/4654

vorgeschlagenen Änderungen des BVerfSchG, soweit diese einer verfassungsrechtlichen, rechtsdogmatischen und rechtspraktischen Bewertung zugänglich sind.

Zu den teilweise erhobenen allgemeinen rechtspolitischen Forderungen nach einer grundlegenden Umgestaltung der Aufgabenstellung der Verfassungsschutzbehörden

Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks.
18/4690

oder gar einer faktischen Abschaffung derselben

Antrag der Fraktion DIE LINKE, BT-Drucks. 18/4682

darf ich auf die überzeugenden Ausführungen im Abschlussbericht der Bund-Länder-Kommission Rechtsterrorismus (BLKR) vom 30.04.2013 verweisen

BLKR, Rn. 395 ff.

und hier nur folgendes anmerken:

Die Verfassungsschutzbehörden auf die Beobachtung gewaltförmiger Bestrebungen zu beschränken, würde die Aufgabenzuordnung im Verhältnis zur Polizei verfehlen, da die Abwehr von Gewalttaten in erster Linie eine polizeiliche Aufgabe ist. Vor allem aber ließe dies außer Acht, dass extremistisch-gewalttätige Bestrebungen zumeist ihren Ursprung in verfassungsfeindlichen Bestrebungen haben, die (zunächst) selbst keine oder keine nachweisbaren gewaltförmigen Aktivitäten entfalten, aber eben durch die von ihnen betriebene verfassungsfeindliche Indoktrination ihrer Mitglieder und Anhänger den geistigen Nährboden bilden, aus dem schließlich die Bereitschaft eines mehr oder minder großen Teils davon erwächst, diese verfassungsfeindlichen Ziele und Vorstellungen (auch) in gewalttätigen Formen zu verfolgen. Diese Zusammenhänge lassen sich in allen Extremismusbereichen feststellen, gleich ob im Bereich des Rechtsextremismus, Linksextremismus, Islamismus oder Ausländerextremismus etc.

Man kann nicht einerseits – völlig zurecht – die verderbliche Rolle „geistiger Brandstifter“ anprangern, dann aber gerade diese von der Beobachtung durch den Verfassungsschutz ausnehmen. Die Aufgabenstellung des Verfassungsschutzes ist das eines „Frühwarnsystems“ hinsichtlich Gefährdungen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung

BVerwG, NVwZ 2014, 233 Rn. 25

und besteht gerade in der Aufklärung verfassungsfeindlicher Bestrebungen im Vorfeld konkreter Gefahren.

BVerfGE 120, 274 (330); 133, 277 Rn. 118 f., 122

Der BR-Ausschuss für Innere Angelegenheit hat zudem sehr zutreffend darauf hingewiesen, dass von solchen legalistisch agierenden Gruppen durchaus besondere Gefahren für die freiheitliche demokratische Grundordnung ausgehen können, weil sie aufgrund ihrer Unauffälligkeit ungestört agieren und ihre verfassungsfeindlichen Ideen verbreiten können.

BR-Drucks. 123/1/15, S. 2 f.

Die Auseinandersetzung mit solchen (zunächst noch) nicht gewaltförmigen verfassungsfeindlichen Bestrebungen kann auch nicht allein zivilgesellschaftlichen Institutionen überlassen bleiben.

Diesbezüglich ist zunächst zu betonen, dass die Tätigkeit der Verfassungsschutzbehörden die Befassung mit den betreffenden Bestrebungen durch zivilgesellschaftliche Kräfte keineswegs ausschließt, sondern im Gegenteil sich beide Ebenen ergänzen. Es ist schließlich gerade ein Sinn der Berichtspflichten gemäß § 16 BVerfSchG, die Öffentlichkeit über verfassungsfeindliche Bestrebungen aufzuklären, damit sich diese schon im Vorfeld einer konkreten Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Verfassungsordnung mit diesen auseinandersetzen und ihnen im Wege geistig-politischer Auseinandersetzung entgegenwirken kann.

BVerwGE 110, 126 (134); OVG Greifswald, Beschluss vom 06.06.2013 – 2 M 110/13 –, juris, Rn. 11; Roth, in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, § 1 BVerfSchG Rn. 5

Tatsächlich gibt es ja auch zahlreiche wissenschaftliche, politische, gewerkschaftliche, kirchliche und sonstige zivilgesellschaftliche Einrichtungen, Vereinigungen und Initiativen, die sich der geistig-politischen Auseinandersetzung mit verfassungsfeindlichen Bestrebungen widmen. Nicht zuletzt kommt diesbezüglich den Medien große Bedeutung und Verantwortung zu.

Es ist aber nicht möglich, die Auseinandersetzung mit verfassungsfeindlichen Bestrebungen allein den zivilgesellschaftlichen Kräften zu überlassen, schon weil diese ihrerseits – legitimer – Teil des politischen Meinungskampfes sind, im Unterschied zu den Verfassungsschutzbehörden indessen weder dem Gebot parteipolitischer Neutralität unterliegen noch über eine durch Wahl vermittelte demokratische Legitimation verfügen und der demokratisch legitimierten Kontrolle durch Regierung und Parlament unterfallen.

Vgl. hierzu zuletzt BVerfG, Urteil vom 02.06.2015 – 2 BvE 7/11 –, Rn. 104 ff., www.bundesverfassungsgericht.de

Abgesehen hiervon genügt es vielfach nicht, die Betrachtung auf offen zugängliche Parteiprogramme, Stellungnahmen und Verlautbarungen zu beschränken, gerade weil verfassungsfeindliche Gruppierungen ihre verfassungsfeindlichen Zielsetzungen und Bestrebungen oftmals nicht offen propagieren, sondern zu verbergen oder zu verharmlosen suchen.

Vgl. BVerfGE 2, 1 (20); 5, 85 (144); 30, 1 (18); BVerwGE 114, 258 (269); Droste, ebd., S. 179 f.; Roth, ebd., §§ 3, 4 BVerfSchG Rn. 116

Deshalb muss eine Möglichkeit bestehen, gegebenenfalls verdeckte Zielsetzungen mittels nachrichtendienstlicher Mittel aufklären zu können,

BVerfGE 30, 1 (18 f.); 107, 339 (391); 120, 274 (330); BVerwGE 110, 126 (137)

und da solche Mittel ausschließlich den Verfassungsschutzbehörden zur Verfügung stehen und nicht den zivilgesellschaftlichen Kräften, können diese die Verfassungsschutzbehörden nicht ersetzen.

BLKR, Rn. 396; Roth, ebd., § 1 BVerfSchG Rn. 14; Werthebach/Droste-Lehnen, DÖV 1992, 514 (521); ferner Gröpl, Die Nachrichtendienste im Regelwerk der deutschen Sicherheitsverwaltung, 1993, S. 67

Dieses Verständnis kommt auch im „Junge Freiheit“-Beschluss des BVerfG zum Ausdruck, wenn es darin die besondere Natur der Verfassungsschutzberichte dahin charakterisiert, dass diese kein beliebiges Erzeugnis staatlicher Öffentlichkeitsarbeit sind, sondern auf die Abwehr besonderer Gefahren zielen und von darauf spezialisierten und mit besonderen Befugnissen, darunter der Rechtsmacht zum Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel, arbeitenden Stellen stammen.

BVerfGE 113, 63 (77)

Diese Aufgabenstellung können zivilgesellschaftliche Institutionen und Kräfte nicht übernehmen.

B. Zu einzelnen im Regierungsentwurf vorgeschlagenen Änderungen des BVerfSchG

I. Gemeinsame Landesverfassungsschutzbehörden (§ 2 Abs. 2 Satz 2 Entwurf)

§ 2 Abs. 2 BVerfSchG soll folgender Satz 2 angefügt werden:

„Mehrere Länder können eine gemeinsame Behörde unterhalten.“

1. Gemeinsame Landesverfassungsschutzbehörden

Die an § 1 Abs. 2 Satz 2 BKAG (Zulassung gemeinsamer Landeskriminalämter) angelehnte Vorschrift soll im Anschluss an eine Empfehlung der Bund-Länder-Kommission Rechtsterrorismus

BT-Drucks. 18/4654, S. 20; BLKR, Rn. 411, 468, 792

abweichend von der bisherigen Gesetzeslage die Möglichkeit eröffnen, gemeinsame Verfassungsschutzbehörden von zwei oder mehr Ländern einzurichten. Die Neuregelung beruht auf der Einschätzung, dass zumal kleinere Landesverfassungsschutzbehörden personell nur schwerlich in der Lage sind, die Aufgaben des Verfassungsschutzes in umfassender Weise eigenständig wahrzunehmen, wohingegen gemeinsame Verfassungsschutzbehörden eine Möglichkeit zur der Schwerpunktsetzung und Kapazitätenbündelung eröffnen könnten.

BLKR, Rn. 410

Bundesverfassungsrechtlich ist gegen eine solche Ermächtigung nichts einzuwenden, einer Änderung des Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG bedarf es nicht.

BLKR, Rn. 410

Ob die Länder von dieser Ermächtigung Gebrauch machen können, entscheidet sich zunächst nach dem jeweiligen Landesverfassungsrecht. Die Errichtung gemeinsamer Verfassungsschutzbehörde dürfte ausscheiden, wenn die Landesverfassung die Einrichtung einer Landesbehörde vorschreibt (vgl. Art. 97 Satz 1 ThürVerf).

Die Einrichtung solcher gemeinsamer Behörden wird im Wege von Staatsverträgen zwischen den beteiligten Ländern erfolgen müssen, da sie wegen ihrer Bedeutung nach dem organisationsrechtlichen Vorbehalt des Gesetzes einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Außerdem dürften entsprechende Änderungen der jeweiligen Landesverfassungsschutzgesetze erforderlich sein.

BLKR, Rn. 410

2. Notwendigkeit klarer Verantwortlichkeiten

Ergänzend sei hier angemerkt, dass bei der etwaigen Einrichtung solcher gemeinsamer Verfassungsschutzbehörden darauf zu achten sein wird, nicht die im Demokratieprinzip wurzelnde Minister- und Regierungsverantwortlichkeit und die Möglichkeit effektiver parlamentarischer Kontrolle zu beeinträchtigen.

Das BVerfG betont in ständiger Rechtsprechung, dass im föderal verfassten Staat demokratische Legitimation grundsätzlich nur durch das Bundes- oder Landesvolk für seinen jeweiligen Bereich vermittelt werden kann. Staatliche Aufgaben müssen daher durch Organe und Amtswalter unter Bedingungen wahrgenommen werden, die eine klare Verantwortungszuordnung ermöglichen. Durch die organisatorische und funktionelle Trennung der Verwaltung des Bundes und der Verwaltung der Länder im Sinne von in sich geschlossenen Einheiten wird die Zuordnung von Verantwortung ermöglicht, die Voraussetzung für eine effektive parlamentarische Kontrolle durch den Deutschen Bundestag und die Volksvertretungen der Länder ist und über die staatliches Handeln auf das Volk als Souverän des Bundes und des jeweiligen Landes rückgeführt werden kann. Die Kompetenzaufteilung nach Art. 30 und Art. 83 ff. GG als wichtige Ausformung des bundesstaatlichen Prinzips soll die Länder vor einem Eindringen des Bundes in den ihnen vorbehaltenen Bereich der Verwaltung schützen und schließt grundsätzlich eine Mischverwaltung von Bund und Ländern aus.

BVerfG, Urteil vom 02.06.2015 – 2 BvE 7/11 –, Rn. 107 f.
m.w.Nachw., www.bundesverfassungsgericht.de

Diese Grundsätze gelten nicht nur im Verhältnis von Bund und Ländern, sondern beanspruchen in gleicher Weise auch im Verhältnis der Ländern untereinander Geltung, da auch die jeweiligen Landesvölker demokratische Legitimation nur für ihren Bereich vermitteln können und eine klare Verantwortungszuordnung möglich sein muss.

Nicht nur im Verhältnis von Bund und einzelnen Ländern ist die Kreation einer „dritten Ebene“ unzulässig, sondern auch im Verhältnis der Länder untereinander. Zwar sind verschiedene Formen der Zusammenarbeit zwischen den Ländern verfassungsrechtlich möglich. Gleichwohl muss stets eine konkrete Zurechenbarkeit der staatlichen Aufgabenwahrnehmung auf den Verfassungskreis des Bundes oder eines einzelnen Landes möglich sein. Es wäre verfassungsrechtlich nicht zulässig, wenn ein Land im Wege staatsvertragsrechtlicher Vereinbarungen einen bedeutsamen Teil seiner ihm grundgesetzlich zustehenden Kompetenzen und die damit verbundene verfassungsrechtliche Verantwortung gegenüber seinen Bürgern preisgäbe, zumal auch mit Rücksicht auf den damit verbundenen Verlust ihres landesverfassungsrechtlichen und -gerichtlichen Schutzes.

VerfGH Berlin, LVerfGE 17, 62 (72 f.)

Die Notwendigkeit klarer Verantwortlichkeiten ist gerade in Bezug auf Verfassungsschutzbehörden zu bedenken, da deren Tätigkeit nicht selten besonders sensible Fragen betrifft. Es muss daher eine klare und eindeutige Ministerverantwortlichkeit wie auch parlamentarische Kontrolle gegeben sein, was bei gemeinsamen Verfassungsschutzbehörden in Gefahr geraten könnte.

BLKR, Rn. 410; Baldus, ThürVBl. 2013, 25 (31); Roth, in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, § 2 BVerfSchG Rn. 18

Hinzu kommt, dass es in Bezug auf die LfV und ihre Tätigkeit auch nicht allein um die *allgemeine parlamentarische Kontrolle* der Exekutive auf einem sensiblen Gebiet geht – was die Möglichkeiten für eine länderübergreifende, gemeinsame parlamentarische Kontrolle schon ohnehin sehr erschweren dürfte –, sondern dass in Bezug auf die Verfassungsschutzbehörden noch das zusätzliche bereichsspezifische Problem der *Kontrolle durch Parlamentarische Kontrollgremien und G 10-Kommissionen* besteht.

Es bleibt daher abzuwarten, ob und inwieweit die Regelung des § 2 Abs. 2 Satz 2 Entwurf praktische Bedeutung gewinnen wird. Gemeinsame Landeskriminalämter sind trotz der Ermächtigung in § 1 Abs. 2 Satz 2 BKAG bislang jedenfalls nicht errichtet worden.

II. Zuständigkeiten des Bundesamtes für Verfassungsschutz (§ 5 Entwurf)

Die Vorschrift des § 5 BVerfSchG über die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Verfassungsschutzbehörden, d.h. der Landesverfassungsschutzbehörden und des Bundesamtes für Verfassungsschutz, soll unter Aufhebung des bisherigen Absatzes 1 und Einfügung einer neuen Nr. 2 in den bisherigen Absatz 2, nunmehr neuen Absatz 1, insgesamt wie folgt neu gefasst werden:

(1) Das Bundesamt für Verfassungsschutz darf in einem Lande im Benehmen mit der Landesbehörde für Verfassungsschutz Informationen, Auskünfte, Nachrichten und Unterlagen im Sinne des § 3 sammeln. Bei Bestrebungen und Tätigkeiten im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 ist Voraussetzung, daß

1. sie sich ganz oder teilweise gegen den Bund richten,
2. sie darauf gerichtet sind, Gewalt anzuwenden, Gewaltanwendung vorzubereiten, zu unterstützen oder zu befürworten,
3. sie sich über den Bereich eines Landes hinaus erstrecken,
4. sie auswärtige Belange der Bundesrepublik Deutschland berühren oder
5. eine Landesbehörde für Verfassungsschutz das Bundesamt für Verfassungsschutz um ein Tätigwerden ersucht.

Das Benehmen kann für eine Reihe gleichgelagerter Fälle hergestellt werden.

(2) Das Bundesamt für Verfassungsschutz wertet unbeschadet der Auswertungsverpflichtungen der Landesbehörden für Verfassungsschutz zentral alle Erkenntnisse über Bestrebungen und Tätigkeiten im Sinne des § 3 Absatz 1 aus. Es unterrichtet die Landesbehörden für Verfassungsschutz nach § 6 Absatz 1, insbesondere durch Querschnittsauswertungen in Form von Struktur- und Methodikberichten sowie regelmäßig durch bundesweite Lageberichte zu den wesentlichen Phänomenbereichen unter Berücksichtigung der entsprechenden Landeslageberichte.

(3) Das Bundesamt für Verfassungsschutz koordiniert die Zusammenarbeit der Verfassungsschutzbehörden. Die Koordinierung schließt insbesondere die Vereinbarung von

1. einheitlichen Vorschriften zur Gewährleistung der Zusammenarbeitsfähigkeit,
 2. allgemeinen Arbeitsschwerpunkten und arbeitsteiliger Durchführung der Aufgaben sowie
 3. Relevanzkriterien für Übermittlungen nach § 6 Absatz 1
- ein.

(4) Das Bundesamt für Verfassungsschutz unterstützt als Zentralstelle die Landesbehörden für Verfassungsschutz bei der Erfüllung ihrer Aufgaben nach § 3 insbesondere durch

1. Bereitstellung des nachrichtendienstlichen Informationssystems (§ 6 Absatz 2),
 2. zentrale Einrichtungen im Bereich besonderer technischer und fachlicher Fähigkeiten,
 3. Erforschung und Entwicklung von Methoden und Arbeitsweisen im Verfassungsschutz
- und
4. Fortbildung in speziellen Arbeitsbereichen.

(5) Dem Bundesamt für Verfassungsschutz obliegt der für Aufgaben nach § 3 erforderliche Dienstverkehr mit zuständigen öffentlichen Stellen anderer Staaten. Die Landesbehörden für Verfassungsschutz können solchen Dienstverkehr führen

1. mit den Dienststellen der in der Bundesrepublik Deutschland stationierten Streitkräfte,
2. mit den Nachrichtendiensten angrenzender Nachbarstaaten in regionalen Angelegenheiten oder
3. im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Verfassungsschutz.

1. Stärkung der Zentralstellenfunktion des BfV

Die mit der Neuregelung des § 5 und des § 6 angestrebte Stärkung der in Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG ausdrücklich vorgesehenen Zentralstellenfunktion des BfV entspricht den Empfehlungen der BLKR

BLKR, Rn. 446 ff., 795

und des NSU-Untersuchungsausschusses.

BT-Drucks. 1/14600, S. 864, Empfehlung 32

Angesichts der in Rede stehenden hochrangigen Schutzgüter des Verfassungsschutzes ist nicht hinzunehmen, dass allein aufgrund der föderalen Struktur der Verfassungsschutzbehörden länderübergreifend bedeutsame Informationen in ihrer Bedeutung nicht

erkannt oder nicht zusammengeführt und deshalb bestehende Gefahren nicht oder nicht rechtzeitig erkannt werden. Nach der Natur der Sache kann diese Aufgabe nur das BfV in seiner Funktion als Zentralstelle übernehmen.

Von der Zentralstellenfunktion des BfV (Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG) zu unterscheiden ist die zugleich bestehende Stellung des BfV als Bundesoberbehörde (§ 2 Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG) gemäß Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG.

Badura, in: Verfassungsschutz: Bestandsaufnahme und Perspektiven (Hrsg. BMI), 1998, S. 13 (17); Gröpl, ebd., S. 146 ff.; Roewer, Nachrichtendienstrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1987, § 2 BVerfSchG Rn. 8; Roth, ebd., § 2 BVerfSchG Rn. 4; vgl. BVerfGE 110, 33 (50 f.)

2. Gewaltorientierte Bestrebungen (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Entwurf)

Die im Entwurf vorgesehene neue Vorschrift des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, wonach das BfV unabhängig vom Erfüllen der bisher schon bekannten Zuständigkeitsregeln zuständig ist, wenn die Bestrebungen und Tätigkeiten i.S.d. § 3 Abs. 1 BVerfSchG „darauf gerichtet sind, Gewalt anzuwenden, Gewaltanwendung vorzubereiten, zu unterstützen oder zu befürworten“, soll etwaige Beobachtungslücken bei dem gefährlichen gewaltorientierten Bereich ausschließen.

BT-Drucks. 18/4654, S. 20

a) Generelle Erstreckung der Beobachtungszuständigkeit des BfV auf gewaltorientierte Bestrebungen

Die Entwurfsbegründung weist zutreffend darauf hin, dass solche gewaltorientierten verfassungsfeindlichen Bestrebungen zumeist schon unter die anderen Zuständigkeitsvorschriften fallen, wobei allerdings neben den § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 auch die bisherige Nr. 3 zu nennen ist, etwa wenn sich gewaltorientierte Bestrebungen gegen die Einrichtungen anderer Staaten in Deutschland richten oder wenn im Inland Unterstützungshandlungen für Organisationen vorgenommen werden, die Gewalt nur im Ausland verüben.

Vgl. Roth, ebd., §§ 3, 4 BVerfSchG Rn. 81

Da es nach § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BVerfSchG genügt, dass sich die Bestrebungen teilweise gegen den Bund richten, und dies bei Bestrebungen nach § 3 Abs. 1 BVerfSchG nahezu immer der Fall ist, ergeben sich hieraus kaum praktisch relevante Einschränkungen für die Tätigkeit des BfV.

Gröpl, ebd., S. 182 ff.; Rose-Stahl, Recht der Nachrichtendienste, 2. Aufl. 2006, S. 102; Roth, ebd., § 5 BVerfSchG Rn. 12

Bestrebungen, die sich (unmittelbar) gegen die verfassungsmäßige Ordnung eines Landes richten, bedrohen (jedenfalls mittelbar) auch die verfassungsmäßige Ordnung des Bundes, da zu deren Bestandteil nach dem bundesverfassungsrechtlichen Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG das Bestehen einer den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates gemäßen verfassungsmäßigen Ordnung in den Ländern gehört.

Gröpl, ebd., S. 182 f.; Haedge, Das neue Nachrichtendienstrecht für die Bundesrepublik Deutschland, 1998, S. 115; Rose-Stahl, ebd., S. 102

Angesichts der von gewaltbereiten verfassungsfeindlichen Bestrebungen ausgehenden Gefahren ist es gleichwohl zu begrüßen, die diesbezügliche Zuständigkeit des BfV gesetzlich ausdrücklich zu regeln, sei es – im Ergebnis wohl eher – deklaratorisch, sei es zwecks Schließung von – theoretisch vielleicht noch denkbaren – Lücken. In diesem letzteren Sinne kommt der Ergänzung Auffangfunktion zu.

BT-Drucks. 18/5051, S. 3

Der Bundesrat lehnt in seiner Stellungnahme vom 08.05.2015 die vorgesehene Erweiterung operativer Zuständigkeiten des BfV für sämtliche, auch nicht länderübergreifende gewaltorientierte Bestrebungen ab, da aus dem schlichten Gewaltbezug allein noch nicht auf eine generelle Betroffenheit des Bundes geschlossen werden könne. Die politische Verantwortlichkeit für die darauf gestützten Maßnahmen sei nicht mehr klar zuzuordnen.

BR-Drucks. 123/15 (Beschluss), S. 1 f. = BT-Drucks. 18/5051, S. 1 f.

Gegenüber diesen Bedenken ist darauf hinzuweisen, dass die vorgeschlagene neue Zuständigkeitsregelung des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Entwurf dem BfV keine Zuständigkeit zur Beobachtung aller gewaltorientierter Bestrebungen gibt, sondern nur in Bezug auf solche, die mittels Gewalt Bestrebungen oder Tätigkeiten i.S.d. § 3 Abs. 1 BVerfSchG verfolgen. Es geht also insbesondere um Bestrebungen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Bestand und die Sicherheit eines Landes gerichtet sind (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG), und hierzu Gewalt anwenden, Gewaltanwendung vorbereiten, unterstützen oder androhen.

Indessen sind gewalttätige oder gewaltbereite Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder die verfassungsmäßige Ordnung eines Landes immer auch gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung und die verfassungsmäßige Ordnung des Bundes gerichtet. Abgesehen hiervon sind auch örtlich begrenzte gewaltbereite verfassungsfeindliche Bestrebungen geeignet, ein Gefühl der Verunsicherung, wenn nicht der Bedrohung in der Bevölkerung insgesamt hervorzurufen. Beispielsweise

berühren „national befreite Zonen“ nicht nur örtliche oder regionale Belange, sondern sind gegen das Freizügigkeitsrecht im gesamten Bundesgebiet gerichtet und berühren deshalb auch Belange der verfassungsmäßigen Ordnung des Bundes. Hinzu kommt, dass im Vorhinein nie zu sagen ist, ob und wann eine solche Bestrebung womöglich selbst überregional ausgreift oder andernorts Nachahmer findet. Mit Blick auf das besonders hohe Gefährdungspotential gewaltbereiter Bestrebungen ist es daher gerechtfertigt, unabhängig davon, ob die Zuständigkeit des BfV bereits nach anderen Vorschriften begründet ist, gesetzlich sicherzustellen, dass das BfV nicht abzuwarten braucht, bis sich gewaltbereite Bestrebungen unmittelbar gegen den Bund richten oder länderübergreifend agieren, sondern unabhängig hiervon beobachten darf.

b) Keine bloße Reservezuständigkeit des BfV

Möglicherweise missverständlich ist es allerdings, diesbezüglich von einer „Reservezuständigkeit“ des BfV zu sprechen, die lediglich ausschließen sollte, dass unter außergewöhnlichen Umständen dringend gebotene Maßnahmen unterbleiben, wohingegen es vorrangig Aufgabe der zuständigen Landesbehörde bleibe, die regionale Aufgabe selbst wahrzunehmen.

BT-Drucks. 18/4654, S. 20

Dies wirft die Frage auf, ob das BfV hiernach nur zuständig sein soll, wenn das „eigentlich“ zuständige LfV aus welchen Gründen auch immer nicht willens oder in der Lage ist, die „regionale“ Aufgabe der Beobachtung solcher örtlicher gewaltorientierter verfassungsfeindlicher Bestrebungen selbst wahrzunehmen. Im Wortlaut des Entwurfs kommt eine solche Subsidiarität der BfV-Zuständigkeit nicht zum Ausdruck, und sie besteht auch in den bisherigen Bestimmungen des § 5 Abs. 2 Satz 2 BVerfSchG nicht. Vielmehr ist das BfV nicht lediglich subsidiär zuständig, sondern verfügt bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen über eine originäre eigene Zuständigkeit, die dann parallel zu der Zuständigkeit des LfV besteht.

Roth, ebd., § 5 BVerfSchG Rn. 13

Eine tatsächlich subsidiäre Zuständigkeit des BfV, die nur greifen würde, wenn das zuständige LfV die Beobachtungsaufgabe nicht oder nicht ordnungsgemäß wahrnimmt oder wenn sonst außergewöhnliche Umstände ein Tätigwerden des BfV erfordern, wäre auch nicht zu empfehlen. Zum einen lässt sich die originäre Zuständigkeit des BfV überzeugend begründen. Zum anderen würde eine bloß subsidiäre Zuständigkeit des BfV nur zu gleichermaßen unerfreulichen wie unfruchtbaren Streitigkeiten zwischen dem BfV und dem betroffenen LfV führen, was womöglich auch die Sacharbeit beeinträchtigen könnte. Denn in diesem Falle würde eine Beobachtungstätigkeit des BfV den zumindest impliziten Vorwurf beinhalten, das LfV tue selbst nicht genug. Wenn das

LfV selbst der Auffassung ist, es sei alleine mit der Beobachtung einer solchen Bestrebung überfordert, kann es ohnehin jederzeit nach § 5 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 BVerfSchG = § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 Entwurf das BfV um ein Tätigwerden ersuchen. Tut das LfV dies jedoch nicht, weil es meint, selbst durchaus ausreichend tätig zu sein, dann würde ein Tätigwerden des BfV auf der Grundlage einer Subsidiaritätsklausel lediglich Streit provozieren. Deshalb ist eine echte Parallelzuständigkeit, die mit einem Benehmensfordernis verbunden ist, entschieden vorzugswürdig.

Bei einer solchen Ausgestaltung greift auch der Einwand einer unklaren Zuordnung der Verantwortlichkeit nicht durch. Allerdings bedarf es zur Wahrnehmung von Aufgaben eines Landes durch den Bund mit eigenen Behörden einer ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Ermächtigung.

BVerfG, Urteil vom 02.06.2015 – 2 BvE 7/11 –, Rn. 109,
www.bundesverfassungsgericht.de

Hierum geht es im hiesigen Zusammenhang jedoch nicht, weil das BfV nicht Aufgaben der LfV übernehmen, sondern eigene Aufgaben des Bundes wahrnehmen soll. Wenn das BfV tätig wird, liegt die Verantwortlichkeit eindeutig beim Bund und nicht beim Land.

BT-Drucks. 18/5051, S. 3

3. Benehmen (§ 5 Abs. 1 Entwurf)

Die Kritik des Bundesrates an dem „Benehmens“-Erfordernis, dass eine bloße Kenntnissgabe nicht ausreiche, es sei die Einführung eines echten Zustimmungsvorbehalts („Einvernehmen“) geboten,

BR-Drucks. 123/15 (Beschluss), S. 2 = BT-Drucks. 18/5051, S. 2

greift im Ergebnis nicht durch, wenn das „Benehmens“-Erfordernis richtig verstanden wird.

Allerdings entspricht es der wohl h.M., dass mit dem bislang in § 5 Abs. 2 BVerfSchG vorausgesetzten „Benehmen“ lediglich eine rechtzeitige vorherige und inhaltlich aussagekräftige Unterrichtung mit der Gelegenheit zur Stellungnahme

Droste, ebd., S. 71 f.; Gröpl, ebd., S. 180 f.; Rachor, in: Lisken/
Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Teil C Rn.
88

bzw. eine Verpflichtung zur Berücksichtigung der Stellungnahme des LfV gemeint sei.

Rose-Stahl, ebd., S. 100 f.

Richtigerweise schließt das Herstellen von „Benehmen“ indes die Pflicht ein, den Versuch einer Einigung zu unternehmen.

Roth, ebd., § 5 BVerfSchG Rn. 14; Schmalenbach, in: Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 415 (422); ebenso für das Benehmenserfordernis in § 1 Abs. 6 Satz 1 BPolG Drewes, in: Drewes/Malmberg/Walter, BPolG, 5. Aufl. 2015, § 1 Rn. 59; Gnüchtel, in: Heesen/Hönle/Peilert/Martens, BPolG, 5. Aufl. 2012, § 1 Rn. 143

Für dieses Verständnis spricht neben dem allgemeinen Sprachsinn von „Benehmen“ und „im Benehmen“

vgl. BVerwGE 11, 195 (200); SG Mannheim, Urteil vom 21.01.2015 – S 9 KR 3065/13 –, juris, Rn. 48; abweichend allerdings etwa BVerwGE 92, 258 (262); 114, 232 (235)

auch die Regelung des § 5 Abs. 2 Satz 3 BVerfSchG = § 5 Abs. 1 Satz 3 Entwurf, dass das „Benehmen“ für eine Reihe gleichgelagerter Fälle „hergestellt“ werden könne. Dies zeigt, dass das „Benehmen“ über eine bloße Unterrichtung mit der Gelegenheit zur Stellungnahme hinausgehen muss, da eine solche nicht „hergestellt“ werden kann und diese Vorschrift auch nicht dahin verstanden werden kann, das BfV könne die Länder einfach unterrichten, in einer „Reihe gleichgelagerter Fälle“ in deren Gebiet tätig werden zu wollen.

Das BfV soll hiernach versuchen, mit dem betroffenen LfV Einvernehmen über die Betätigung des BfV in dem Land herzustellen. Wenn dies jedoch trotz bona fide unternommenem ernsthaftem Bemühen nicht gelingt, darf das BfV unter Zurückstellung der von dem LfV geäußerten Einwände tätig werden.

Roth, ebd., § 5 BVerfSchG Rn. 14

Nicht beizupflichten ist demgegenüber dem Vorschlag, ein echtes Einvernehmenserfordernis im Sinne einer notwendigen Zustimmung zu statuieren, da dies den Ländern im Ergebnis ein Veto-Recht gäbe. Ein solches wäre, soweit es um Belange des Bundes geht, nicht angemessen, und könnte die Arbeit des BfV zu sehr behindern. Gerade auch die vom Bundesrat betonte Notwendigkeit einer klaren Verantwortlichkeitszuordnung spricht gegen ein Zustimmungserfordernis, weil man dann dazu käme, dass der Bund und das zustimmende Land beide die volle Verantwortung für die Maßnahme tragen würden. Im Falle des Benehmens bleibt hingegen die alleinige rechtliche wie politische Verantwortung beim Bund.

Vgl. Drewes, ebd., § 1 Rn. 59; Gnüchtel, ebd., § 1 Rn. 143

4. Zentrale Auswertung (§ 5 Abs. 2 Satz 1 Entwurf)

Die zentrale Auswertung aller auf Seiten des BfV gewonnenen oder ihm von den LfV übermittelten Informationen, insbesondere von sach- und personenbezogenen Auskünften, Nachrichten und Unterlagen (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG) wird im Entwurf zu Recht als Kern der Zentralstellenaufgabe des BfV betont.

BT-Drucks. 18/4654, S. 21

Gerade die zentrale Auswertung soll sicherstellen, dass nach Möglichkeit die oftmals zunächst dezentral gewonnenen Informationen zu einem aussagekräftigen Gesamtbild zusammengesetzt werden können und nicht wegen ihrer auf mehrere Verfassungsschutzbehörden verteilten Auswertung möglicherweise wichtige Informationen in ihrer Bedeutung nicht erkannt werden. Die BLKR hat hierzu im Anschluss an Werthebach den treffenden Vergleich des Mosaikbildes benutzt und betont, dass erfolgreiche verfassungsschutzbehördliche Arbeit auf der Bündelung, dem Vergleich und der Auswertung einer Vielzahl von zunächst bei verschiedenen Behörden vorhandenen Einzelinformationen beruht.

BLKR, Rn. 447

Dies entspricht auch einer zentralen Empfehlung des NSU-UA, nach dessen Feststellungen durchaus bedeutsame Informationen über das NSU-Trio vorgelegen hatten, diese aber teilweise nicht oder unzureichend ausgewertet, nirgends zusammengeführt und nicht verlässlich für die Ermittlungen nutzbar gemacht wurden, und der deshalb forderte:

„Künftig muss sichergestellt sein, dass im Verfassungsschutzverbund vorliegende Informationen von länderübergreifender Bedeutung zentral zusammengeführt und auch tatsächlich gründlich ausgewertet werden sowie die Ergebnisse dieser Auswertung allen zuständigen Verfassungsschutzbehörden zur Verfügung stehen“.

BT-Drucks. 1/14600, S. 864, Empfehlung 32

Die hiergegen erhobenen Bedenken der BfDI, es sei keine „Einzelfallprüfung“ vorgesehen, „welche Daten tatsächlich erforderlich sind“,

BfDI, Schreiben vom 19.05.2015, S. 2, Ausschuss-Drucks. 18(4)318

trägt der Problematik nicht hinreichend Rechnung, dass sich die Relevanz und Bedeutung einzelner Informationen – um im Bild zu bleiben: der „Steinchen“ im „Mosaik“ – vielfach eben nicht a priori ermitteln lässt, sondern sich oftmals gerade erst als Ergebnis der Zusammenschau der verschiedenen einzelnen Information ergibt.

Vgl. BLKR, Rn. 452

Es kann deshalb kein zutreffender Ansatz sein, den Zugriff auf einzelne Informationen von einer vorherigen Erforderlichkeitsprüfung abhängig machen zu wollen.

Auch der Einwand, es werde nicht geregelt, mit welchen Mitteln das BfV die Daten auswerten könne, sowie das für sich wenig aussagekräftige Schlagwort „Big Data“, es sei zu befürchten, das BfV könne Softwaresysteme einsetzen, „die breit gefächert unstrukturierte Daten auswerten und analysieren können“,

BfDI, Schreiben vom 19.05.2015, S. 2, Ausschuss-Drucks.
18(4)318

werden der Gesetzeslage nicht gerecht. Zunächst gilt auch im Rahmen des § 5 BVerfSchG die allgemeine Aufgabenstellung des BfV gemäß § 3 BVerfSchG und die in § 4 Abs. 1 Satz 3 BVerfSchG statuierte Voraussetzung, dass die Sammlung und Auswertung von Informationen i.S.d. § 3 Abs. 1 BVerfSchG das Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte ist. Das BfV darf daher nicht „ins Blaue hinein“ beliebige Daten sammeln und auswerten, sondern nur unter den genannten Voraussetzungen. Für personenbezogene Daten ergeben sich aus §§ 10 und 11 BVerfSchG weitere Einschränkungen. Schließlich sind nähere Einzelheiten in der Dateianordnung gemäß § 14 BVerfSchG zu regeln.

Formulierungsvorschlag

Soweit in § 5 Abs. 2 Satz 1 Entwurf von der zentralen Auswertung der „Erkenntnisse“ über verfassungsfeindliche Bestrebungen und Tätigkeiten gesprochen wird, ist zu erwägen, ob hier nicht im Anschluss an die Formulierung des § 3 Abs. 1 BVerfSchG von der Auswertung von „Informationen“ gesprochen werden sollte, da „Erkenntnisse“ bereits das Resultat der Auswertung sind (vgl. in diesem Sinne auch § 6 Abs. 1 Satz 1 Entwurf). Soweit es um die von ihm selbst erhobenen Informationen geht, ist ohnehin klar, dass das BfV diese auswertet, um zu Erkenntnissen zu gelangen. In Bezug auf die LfV könnte man sich zwar eine Regelung vorstellen, dass das BfV nicht deren Informationen, sondern deren dezentral gewonnenen Erkenntnisse zentral weiter auswertet. Die Stärkung der Zentralstellenfunktion des BfV beruht indessen gerade auf der Überlegung, dass die dezentrale Informationserhebung und dezentrale Auswertung durch die LfV die Gefahr beinhaltet, dass bedeutsame Informationen nicht erkannt und zusammengeführt werden, so dass die dezentral gewonnenen Erkenntnisse hinter dem zurückbleiben können, was bei einer zentralen Auswertung möglich wäre. Deshalb sieht auch § 6 Abs. 1 Satz 1 Entwurf richtigerweise die Übermittlung von Informationen einschließlich der Erkenntnisse vor, und nicht nur die Übermittlung von Erkenntnissen

Die Vorschrift des § 5 Abs. 2 Satz 1 wäre hiernach wie folgt zu formulieren:

Das Bundesamt für Verfassungsschutz wertet unbeschadet der Auswertungsverpflichtungen der Landesbehörden für Verfassungsschutz zentral alle Informationen über Bestrebungen und Tätigkeiten im Sinne des § 3 Absatz 1 aus.

5. Unterrichtung der LfV und Querschnittsauswertung (§ 5 Abs. 2 Satz 2 Entwurf)

§ 5 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 Entwurf sieht eine Unterrichtung der LfV durch das BfV nach § 6 Abs. 1 Entwurf vor. Da jedoch die gegenseitige Unterrichtung einschließlich der Übermittlungspflicht sowohl von den LfV zum BfV als auch vom BfV an die LfV in § 6 Entwurf geregelt werden soll, ist es entbehrlich, dies in § 5 Abs. 2 Satz 2 unter Bezugnahme auf § 6 Abs. 1 zu wiederholen.

Dass nach § 5 Abs. 2 Satz 2 Entwurf die Unterrichtung der LfV „insbesondere“ durch Querschnittsauswertungen und Lageberichte etc. erfolgt, soll der Klarstellung dienen, dass auch die Übermittlung derartiger Auswertungserkenntnisse zu den Aufgaben des BfV gehört. Allerdings sollte nicht der möglicherweise missverständliche Eindruck erweckt werden, bei der Zentralstellenfunktion gehe es in erster Linie oder schwerpunktmäßig um die Gewinnung von Querschnitts- oder Lageerkennnissen. Unbeschadet der Wichtigkeit solcher allgemeiner Auswertungserkenntnisse geht es nämlich bei der Unterrichtung über die aufgabenrelevanten Informationen einschließlich der Auswertungserkenntnisse vor allem um Informationen und durch Auswertung gewonnene Erkenntnisse über konkrete verfassungsfeindliche Bestrebungen und Tätigkeiten im Sinne des § 3 Abs. 1 BVerfSchG.

Dass das BfV bei der Erstellung bundesweiter Lageberichte etwa vorliegende einschlägige Landeslageberichte zu berücksichtigen hat, versteht sich m.E. von selbst und muss nicht eigens normiert werden. Die Entwurfsformulierung wirft zudem die Frage auf, ob die Länder ihrerseits zur Erstellung von Landeslageberichten verpflichtet sein sollen.

Formulierungsvorschlag

Die Vorschrift des § 5 Abs. 2 Satz 2 wäre hiernach wie folgt zu formulieren:

Die Auswertung dient neben der Gewinnung von Erkenntnissen über Bestrebungen im Sinne des § 3 Absatz 1 auch der Gewinnung von Querschnittserkenntnissen, der Erarbeitung von Struktur- und Methodikberichten sowie der Erstellung regelmäßiger bundesweiter Lageberichte zu den wesentlichen Phänomenbereichen.

6. Koordinierungsaufgabe (§ 5 Abs. 3 Entwurf)

Obwohl eine Koordinierung der Zusammenarbeit des BfV und der LfV bereits in der Vergangenheit in Umsetzung der Zusammenarbeitspflicht gemäß § 1 Abs. 2 BVerfSchG erfolgte, insbesondere in Form der als Verwaltungsvereinbarung ergangenen Zu-

sammenarbeitsrichtlinie, kann die vorgeschlagene Regelung gesetzlich verdeutlichen, hinsichtlich welcher Punkte Koordinierungsbedarf besteht.

§ 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 Entwurf enthält zugleich eine Ermächtigung, Relevanzkriterien für Übermittlungen nach § 6 Abs. 1 Entwurf im Vereinbarungsweg zu definieren und zu präzisieren. Es handelt sich hierbei jedoch lediglich um verwaltungsinterne Richtlinien, die nicht den gesetzlichen Tatbestand des § 6 Abs. 1 Satz 1 Entwurf einschränken oder erweitern können.

Die vorgeschlagene Formulierung („insbesondere“) stellt zutreffend klar, dass die genannten Punkte nur beispielhaft und nicht abschließend sind. Die Regelung ist damit hinreichend entwicklungs offen, je nach entstehendem Koordinierungsbedarf weitere und zusätzliche Vereinbarungen zu treffen.

III. Gegenseitige Unterrichtung der Verfassungsschutzbehörden (§ 6 Entwurf)

§ 6 BVerfSchG soll wie folgt neu gefasst werden:

(1) Die Landesbehörden für Verfassungsschutz und das Bundesamt für Verfassungsschutz übermitteln sich unverzüglich die für ihre Aufgaben relevanten Informationen, einschließlich der Erkenntnisse ihrer Auswertungen. Wenn eine übermittelnde Behörde sich dies vorbehält, dürfen die übermittelten Daten nur mit ihrer Zustimmung an Stellen außerhalb der Behörden für Verfassungsschutz übermittelt werden.

(2) Die Verfassungsschutzbehörden sind verpflichtet, beim Bundesamt für Verfassungsschutz zur Erfüllung der Unterrichtungspflichten nach Absatz 1 gemeinsame Dateien zu führen, die sie im automatisierten Verfahren nutzen. Die Speicherung personenbezogener Daten ist nur unter den Voraussetzungen der §§ 10 und 11 zulässig. Der Abruf im automatisierten Verfahren durch andere Stellen ist nicht zulässig; § 3 Absatz 3 Satz 2 des MAD-Gesetzes bleibt unberührt. Die Verantwortung einer speichernden Stelle im Sinne der allgemeinen Vorschriften des Datenschutzrechts trägt jede Verfassungsschutzbehörde nur für die von ihr eingegebenen Daten; nur sie darf diese Daten verändern, sperren oder löschen. Die eingebende Stelle muss feststellbar sein. Eine Abfrage von Daten ist nur zulässig, soweit dies zur Erfüllung von Aufgaben, mit denen der Abfragende unmittelbar betraut ist, erforderlich ist. Die Zugriffsberechtigung auf Daten, die nicht zum Auffinden von Akten und der dazu notwendigen Identifizierung von Personen erforderlich sind, ist auf Personen zu beschränken, die mit der Erfassung von Daten oder Analysen betraut sind. Die Zugriffsberechtigung auf Unterlagen, die gespeicherte Angaben belegen, ist zudem auf Personen zu beschränken, die unmittelbar mit Arbeiten in diesem Anwendungsbereich betraut sind.

(3) Das Bundesamt für Verfassungsschutz trifft für die gemeinsamen Dateien die technischen und organisatorischen Maßnahmen nach § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes. Es hat bei jedem Zugriff für Zwecke der Datenschutzkontrolle den Zeitpunkt, die Angaben, die die Feststellung der abgefragten Datensätze ermöglichen, sowie die abfragende Stelle zu protokollieren. Die Auswertung der Protokolldaten ist nach dem Stand der Technik zu gewährleisten. Die protokollierten Daten dürfen nur für Zwecke der Datenschutzkontrolle, der Datensicherung oder zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Betriebs der Datenverarbei-

tungsanlage verwendet werden. Die Protokolldaten sind am Ende des Kalenderjahres, das dem Jahr der Protokollierung folgt, zu löschen.

1. Übermittlungspflicht (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Entwurf)

§ 6 Abs. 1 Satz 1 Entwurf führt die bisher in § 5 Abs. 1 und 3 BVerfSchG bereits enthaltenen Übermittlungspflichten der LfV und des BfV in einer Vorschrift zusammen und gleicht sie inhaltlich an. Während die LfV nach § 5 Abs. 1 BVerfSchG schon bislang dem BfV Informationen übermitteln mussten, brauchte das BfV die LfV nach § 5 Abs. 3 BVerfSchG lediglich über Informationen einschließlich Unterlagen zu unterrichten, diesen jedoch die betreffenden Informationen etc. nicht als solche zu übermitteln, sofern nicht die LfV ihre Unterrichtung zum Anlass nahmen, die Informationen etc. abzufragen. Diese schon bislang wenig überzeugende Differenzierung wird im Entwurf zu Recht aufgegeben, da es nicht um eine informationelle Abschottung innerhalb des Verfassungsschutzverbundes gehen kann, vielmehr gerade die Stärkung und Akzeptanz der Zentralstellenfunktion des BfV es erfordert, dass dieses dann auch den LfV die Informationen übermittelt, die diese für ihre Arbeit benötigen.

BLKR, Rn. 455 ff., 795

Erschwerend kommt hinzu, dass die bloße Unterrichtung der LfV, dass das BfV über solche Informationen verfügt, nicht nur schwerfällig ist, weil sie personal- und zeitaufwendige Rückfragen provoziert. Vor allem handelt es sich hier um eine vermeidbare Fehlerquelle, weil sich nämlich allein aus der Unterrichtung über das Vorhandensein bestimmter Informationen nicht immer deren Bedeutung ergeben muss, mit der Konsequenz, dass dann der Inhalt der eigentlich benötigten Information nicht abgefragt wird. Es ist daher zu begrüßen, dass künftig auch das BfV die Informationen als solche übermittelt.

Da nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Entwurf Informationen einschließlich der Erkenntnisse über Auswertungen zu übermitteln sind, muss das BfV an die LfV auch die nach § 5 Abs. 2 Satz 2 Entwurf erstellten Querschnittsauswertungen in Form von Struktur- und Methodikberichten sowie bundesweite Lageberichte zu den wesentlichen Phänomenbereichen übermitteln. Deren Relevanz für die Tätigkeit der LfV versteht sich im Regelfall von selbst, da solche Auswertungen den LfV gerade ermöglichen sollen, Bestrebungen in den Ländern in einen Gesamtkontext zu stellen, Verhaltensmuster zu erkennen oder Querverbindungen und Zusammenhänge zu erkennen. Spiegelbildlich müssen auch die LfV dem BfV die von ihnen erstellten Querschnittsauswertungen und Landeslagebilder übermitteln, da das BfV diese wiederum zur Erstellung eines Gesamtüberblickes benötigt.

2. Aufgabenrelevanz (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Entwurf)

Während nach § 5 Abs. 1 und 3 BVerfSchG die Übermittlung an die „Erforderlichkeit“ zur Aufgabenerfüllung anknüpft, soll nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Entwurf auf die „Relevanz“ abgestellt werden. Diese Änderung ist im Sinne einer Klarstellung zu begrüßen.

Zwar war richtigerweise schon bisher die „Erforderlichkeit“ im Sinne des § 5 Abs. 1 und 3 BVerfSchG dahin zu verstehen, dass es genügt, wenn die betreffenden Informationen für die andere Verfassungsschutzbehörde *möglicherweise erheblich* sind, so dass nur Informationen, die in dem für die rechtliche Beurteilung maßgebenden Zeitpunkt der Übermittlung mit Sicherheit unerheblich sind – beispielsweise in jeder Hinsicht bedeutungslose sowie erkennbar unzutreffende oder als unrichtig festgestellte Informationen –, nicht mitzuteilen waren.

BVerwGE 69, 53 (61 f.); Borgs/Ebert, Das Recht der Geheimdienste, 1986, § 4 BVerfSchG Rn. 8; Droste, ebd., S. 69; Roth, ebd., § 5 Rn. 17, 22

Da es jedoch in der Praxis offenbar zu Einschätzungsschwierigkeiten und einer der gesetzlichen Intention zuwiderlaufenden zu restriktiven Handhabung gekommen war,

vgl. BLKR, Rn. 452

ist es zu begrüßen, wenn durch ein Abstellen auf das Relevanzkriterium verdeutlicht wird, dass wirklich nur offensichtlich nicht benötigte Informationen nicht übermittelt werden. Bei der Beurteilung der Relevanz einer Übermittlung an das BfV ist dabei dessen Zentralstellenfunktion und die zentrale Auswertung gemäß § 5 Abs. 2 Entwurf zu berücksichtigen. Da diese gerade darin besteht, Informationen zu einem Gesamtbild zusammenzuführen, die bei isolierter Betrachtung möglicherweise wenig bedeutsam erscheinen mögen, dürfen die LfV wirklich nur bei offensichtlicher Bedeutungslosigkeit von einer Übermittlung absehen.

Der Einwand der BfDI, der Regierungsentwurf erachte offenbar die Übermittlung *aller* Informationen für erforderlich, dies knüpfe nicht mehr an die eigentliche Aufgabe der Verfassungsschutzbehörden an, konkret eine verfassungsfeindliche Bestrebung zu erfassen,

BfDI, Schreiben vom 19.05.2015, S. 5, Ausschuss-Drucks. 18(4)318

beruht auf einem Missverständnis. Erstens setzt schon die Informationserhebung durch die Verfassungsschutzbehörden das Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Bestrebungen und Tätigkeiten voraus (vgl. § 3 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 3 BVerfSchG), so dass sich die Frage einer Übermittlung von vornherein nur in

Bezug auf solche Informationen stellt. Zweitens sind nach der klaren Formulierung des § 6 Abs. 1 Satz 1 Entwurf die *für die Aufgaben relevanten Informationen* zu übermitteln. Auch diese Aufgabenrelevanz knüpft wieder an § 3 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 3 BVerfSchG an; aufgabenrelevant sind alle Informationen über die betreffenden verfassungsfeindlichen Bestrebungen und Tätigkeiten, sofern diesbezügliche tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Dementsprechend sind Informationen nur zu übermitteln, wenn zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Bestrebungen oder Tätigkeiten vorliegen. Es kann also weder die Rede davon sein, es gehe um eine Übermittlung „aller“ Informationen, noch dass sich dies von der Aufgabenstellung der Verfassungsschutzbehörden entferne, verfassungsfeindliche Bestrebungen und Tätigkeiten zu beobachten.

3. Weitergabeeschränkung (§ 6 Abs. 1 Satz 2 Entwurf)

Die der allgemeinen nachrichtendienstlichen Praxis entsprechende Regelung dient der Klarstellung. Zu beachten ist dabei, dass die Erteilung der Zustimmung zur Weitergabe übermittelter Daten noch nicht zur Zulässigkeit der Weitergabe führt, es hierfür vielmehr einschlägiger gesetzlicher Übermittlungsvorschriften bedarf (z.B. §§ 17 ff. BVerfSchG).

4. Gemeinsame Dateien (§ 6 Abs. 2 Entwurf)

§ 6 Abs. 2 Entwurf übernimmt einen Teil der bisher schon in § 6 BVerfSchG enthaltenen Regelungen, und zwar wie folgt:

- § 6 Abs. 2 Satz 1 Entwurf entspricht unter Anpassung der Verweisung dem § 6 Satz 1 BVerfSchG.
- § 6 Abs. 2 Satz 2 Entwurf ist wortlautgleich mit § 6 Satz 3 BVerfSchG (erfährt allerdings durch die Ergänzung des § 10 Abs. 2 Entwurf eine inhaltliche Erweiterung).
- § 6 Abs. 2 Satz 3 Entwurf entspricht dem § 6 Satz 4 BVerfSchG, allerdings ergänzt um den Vorbehalt des § 3 Abs. 3 Satz 2 MADG-Entwurf.
- § 6 Abs. 2 Satz 4 Entwurf ist wortlautgleich mit § 6 Satz 5 BVerfSchG.
- § 6 Abs. 2 Satz 5 Entwurf ist wortlautgleich mit § 6 Satz 6 BVerfSchG.
- § 6 Abs. 2 Satz 6 und 7 Entwurf sind neu.
- § 6 Abs. 2 Satz 8 Entwurf entspricht § 6 Satz 9 Halbsatz 1 BVerfSchG.

Die wesentliche Änderung besteht hiernach darin, dass die bisherige grundsätzliche Beschränkung der gemeinsamen Dateien auf bloße Hinweisdateien entfallen soll. Während nämlich nach § 6 Satz 2 BVerfSchG die gemeinsamen Dateien grundsätzlich nur die

Daten enthalten, die zum Auffinden von Akten und der dazu notwendigen Identifizierung von Personen erforderlich sind, sind nach § 6 Satz 8 BVerfSchG sog. erweiterte Verbunddateien (Textdateien oder Hinweisdateien mit Zusätzen) nur in Ausnahmefällen zulässig, nämlich bezogen auf „eng umgrenzte Anwendungsgebiete zur Aufklärung von sicherheitsgefährdenden oder geheimdienstlichen Tätigkeiten für eine fremde Macht, von rechtsextremistischen Bestrebungen oder von Bestrebungen, die darauf gerichtet sind, Gewalt anzuwenden oder Gewaltanwendung vorzubereiten“. Künftig sollen die gemeinsamen Dateien generell als Volldateien geführt werden können, in denen Texte, Bilder und multimediale Informationen gespeichert sein können.

Ob die generelle Zulassung der Führung der gemeinsamen Dateien als erweiterte Verbunddateien einen „Paradigmenwechsel“ darstellt,

BfDI, Schreiben vom 19.05.2015, S. 3, Ausschuss-Drucks.
18(4)318

mag dahinstehen. Es ist jedenfalls festzuhalten, dass hiermit kein grundlegend neues Instrument eingeführt wird, da solche erweiterten Verbunddateien eben schon bisher gemäß § 6 Satz 8 BVerfSchG zulässig sind.

Da es freilich schon bislang keinen überzeugenden Grund für diese Beschränkung gab, erscheint es sachgerecht, die bereits in § 6 Satz 8 BVerfSchG vorgesehene Befugnis nunmehr für alle extremistischen Bestrebungen unabhängig von der konkreten Motivation (Rechtsextremismus, Linksextremismus, Islamismus einschließlich Salafismus, Ausländerextremismus, sonstiger religiös oder weltanschaulich-ideologisch motivierter Extremismus) gleichermaßen vorzusehen, schon um zu verdeutlichen, dass der Verfassungsschutz dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gegen Gefährdungen gleich von welcher Seite und gleich aus welcher Motivation heraus begangen dient.

BLKR, Rn. 459; Roth, ebd., § 6 BVerfSchG Rn. 19

Deshalb vermag auch die Kritik der BfDI an dieser Erweiterung nicht zu überzeugen. Wenn diese anführt, dass „insbesondere für gewalttätige Bestrebungen“ bereits jetzt nach § 6 Satz 8 BVerfSchG erweiterte Speichermöglichkeiten bestehen,

BfDI, Schreiben vom 19.05.2015, S. 2, Ausschuss-Drucks.
18(4)318

ist das zwar zutreffend, aber gleichwohl in der Tendenz irreführend, weil damit der wesentliche Punkt übergangen wird, dass bereits jetzt auch außerhalb gewalttätiger Bestrebungen im Bereich des Rechtsextremismus Volltextdateien zulässig sind. Die BfDI führt weder an, dass sie letzteres für unzulässig erachte, noch nennt sie einen Grund,

weshalb dann Gleiches für den Bereich des Linksextremismus, Islamismus, Ausländerextremismus etc. nicht in Betracht komme.

Wenn es keinen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt, gemeinsame Volldateien außer im Bereich der Spionageabwehr und des gewaltbereiten Extremismus in Bezug auf rechtsextremistische Bestrebungen zu führen, dann ist nicht zu sehen, dass es verfassungsrechtlichen Bedenken unterläge, derartige Dateien auch in Bezug auf andere verfassungsfeindliche Bestrebungen etwa im Bereich des Linksextremismus, Islamismus, Ausländerextremismus etc. zu führen, zumal ohnehin die Grenze zwischen gewaltbereiten und (zunächst noch) nicht gewaltbereiten „legalistischen“ verfassungsfeindlichen Bestrebungen fließend ist.

5. Schutz personenbezogener Daten

Dass Volltextdateien keinen Bedenken im Hinblick auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung unterliegen können, wenn die betreffenden Texte keine personenbezogenen Daten enthalten und es folglich bei der Speicherung und Recherche in solchen Dateien nicht um personenbezogene Daten geht, liegt auf der Hand.

Aber auch soweit es um personenbezogene Daten geht – deren Speicherung nur unter den Voraussetzungen der §§ 10 und 11 BVerfSchG zulässig ist (§ 6 Abs. 2 Satz 2 Entwurf) –, lassen sich keine durchgreifenden Bedenken erheben. Der erforderliche berechtigte Schutz personenbezogener Daten kann nicht darin bestehen, dass den Verfassungsschutzbehörden die heutigen elektronischen Speicher- und Recherchemöglichkeiten verwehrt und die Verfassungsschutzmitarbeiter auf das zeitaufwendige Durchblättern von Aktenbeständen verwiesen werden, sondern muss in einer Sicherung gegen zweckfremde oder sonst missbräuchliche Nutzung bestehen.

Hierzu ist erstens die Abfrage auf die gesetzliche Aufgabenerfüllung zu beschränken, zweitens der Kreis der Zugriffsberechtigten so zu beschränken, dass schon hierdurch zweckfremde Abfragen nach Möglichkeit verhindert werden, drittens durch die Protokollierung von Abfragen sicherzustellen, dass diese einer effektiven nachträglichen Kontrolle durch die Datenschutzbeauftragten unterliegen und hierdurch zweckentfremdenden Zugriffen entgegengewirkt wird.

Dem trägt der Gesetzentwurf Rechnung:

a) Beschränkung des Abfragezwecks (§ 6 Abs. 2 Satz 6 Entwurf)

Nach § 6 Abs. 2 Satz 6 Entwurf ist die Abfrage nur zulässig, soweit dies zu Aufgabenerfüllung erforderlich ist. Hiernach ist die Abfrage nach Zulässigkeit und Umfang be-

schränkt: Die Abfrage muss erforderlich sein, und sie darf auch in ihrem Umfang nicht über das Erforderliche hinausgehen („soweit“).

Das Bedenken der BfDI, der Gesetzentwurf ermögliche, dass nach allen Personen recherchiert werden könne, auch über diejenigen, über die Verfassungsschutzbehörden bislang keine Personenakten führen durften,

BfDI, Schreiben vom 19.05.2015, S. 3, Ausschuss-Drucks.
18(4)318

ist nicht berechtigt. Wie die BfDI selbst erkennt, schließt § 10 Abs. 2 Satz 2 Entwurf eine Abfrage nach Daten Dritter aus. Es trifft deshalb nicht zu, dass in den Volltextdaten nach allen Personen gesucht werden dürfte.

Der Einwand, das Gesetz regle nicht, welche Personen als „Dritte“ anzusehen sind,

BfDI, Schreiben vom 19.05.2015, S. 3, Ausschuss-Drucks.
18(4)318

ist gleichfalls nicht berechtigt. „Dritte“ im Sinne des § 10 Abs. 2 Entwurf sind, wie sich aus dem gesetzssystematischen Zusammenhang eindeutig ergibt, alle Personen, deren Daten nicht nach § 10 Abs. 1 BVerfSchG gespeichert werden, wobei das Nähere zu dem Personenkreis, dessen Daten nach § 10 Abs. 1 BVerfSchG gespeichert werden dürfen, nach § 14 Abs. 1 Nr. 3 BVerfSchG in der Dateianordnung geregelt ist.

Die Besorgnis, es sei künftig möglich, auch zu „Randpersonen“ mittels Recherchen in den Volltextdateien „umfassende Persönlichkeitsbilder“ zu erstellen,

BfDI, Schreiben vom 19.05.2015, S. 3 f., Ausschuss-Drucks.
18(4)318

ist nicht verständlich. Zum einen werden über bloße „Randpersonen“ keine Informationen in der Breite und Dichte erhoben und gespeichert, die die Erstellung „umfassender Persönlichkeitsbilder“ ermöglichen; wenn aber in den zu einer Bestrebung gesammelten und gespeicherten Informationen eine Person besonders häufig auftauchen sollte, kann es sich nicht um eine „Randperson“ handeln. Zum anderen setzt der Zugriff auf die nach § 10 Abs. 1 BVerfSchG gespeicherten Daten – auf die nach § 10 Abs. 2 Entwurf gespeicherten Daten darf ohnehin nicht zugegriffen werden – voraus, dass der Zugriff zur Erfüllung der Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden erfolgt. Dass es zur Aufgabenerfüllung der Erstellung „umfassender Persönlichkeitsbilder“ bedürfte, ist schon allgemein nicht ersichtlich, und gewiss nicht für „Randpersonen“, so dass es sich hier um eine gegriffene Befürchtung handelt. Der Stellungnahme der BfDI ist auch nicht zu entnehmen, dass sie derartiges im Rahmen ihrer Kontrolltätigkeit in der bishe-

rigen Praxis des BfV festgestellt hätte, obschon im Bereich des Rechtsextremismus Volltextdateien seit fast drei Jahren zulässig sind.

b) Beschränkung des Kreises der Abfrageberechtigten (§ 6 Abs. 2 Satz 6 bis 8 Entwurf)

Der Kreis der Abfrageberechtigten ist in mehrfacher Hinsicht in gestufter Weise eingeschränkt:

BT-Drucks. 18/4654, S. 24

Erstens muss der Abfragende unmittelbar mit der Aufgabe betraut sein, zu deren Erfüllung er die Datenabfrage unternimmt (§ 6 Abs. 2 Satz 6 Entwurf). Das Unmittelbarkeitserfordernis schließt es insbesondere aus, dass Abfrageberechtigte etwa auf Bitten anderer Mitarbeiter für diese Datenabfragen vornehmen.

Während der Kreis der Abfrageberechtigten bei Daten, die lediglich zum Auffinden von Akten und der dazu notwendigen Identifizierung von Personen erforderlich sind, m.a.W. diejenigen Daten, die bisherigen Hinweisdaten gemäß § 6 Satz 2 BVerfSchG, über § 6 Abs. 2 Satz 6 Entwurf hinaus nicht weiter beschränkt ist, ist die Zugriffsberechtigung bei allen weitergehenden Daten auf diejenigen Personen zu beschränken, die mit der Erfassung von Daten oder Analysen betraut sind (§ 6 Abs. 2 Satz 7 Entwurf).

Die mit der Datenerfassung betrauten Mitarbeiter müssen auf die gespeicherten Daten zugreifen können, um prüfen zu können, ob die betreffenden Daten bereits gespeichert sind, etwa um die Anlegung von Doubletten zu vermeiden, welche später die Analyse erschweren und zeitaufwendiger machen könnte.

Die Zugriffsbefugnis der mit der Analyse betrauten Mitarbeiter entspricht der Kernaufgabe der Auswertung der gespeicherten Daten und versteht sich daher von selbst.

Eine weitere Beschränkung sieht § 6 Abs. 2 Satz 8 Entwurf dahin vor, dass die Zugriffsberechtigung auf Unterlagen, die gespeicherte Angaben belegen, also die sog. Ursprungsdokumente, auf die Personen beschränkt ist, die unmittelbar mit Arbeiten in diesem Bereich betraut sind. Für Mitarbeiter, die nicht in dem Bereich eingesetzt sind, in dem das Ursprungsdokument gespeichert worden ist, ist sonach ein eigener Zugriff auf das Ursprungsdokument nicht zulässig. Dies dient insofern dem Datenschutz, als damit etwaige in dem Ursprungsdokument enthaltene personenbezogene Daten, die bei der Erfassung nicht als relevant angesehen und in die Verbunddatei eingegeben werden, damit nicht bereichsübergreifend einsehbar sind.

Zu überlegen ist, in § 6 Abs. 2 Satz 8 Entwurf statt von „Anwendungsbereich“ in Übereinstimmung mit § 6 Satz 8 BVerfSchG und der Entwurfsbegründung,

die darunter die verschiedenen Phänomenbereiche versteht, also etwa die Bereiche Rechtsextremismus, Linksextremismus, Islamismus, Ausländerextremismus u.ä., von „Anwendungsgebiet“ zu sprechen. Stattdessen wäre auch eine Übernahme der Formulierung des bisherigen § 14 Abs. 3 BVerfSchG („... ist die Zugriffsberechtigung auf Personen zu beschränken, die unmittelbar mit Arbeiten in dem Gebiet betraut sind, dem die Textdateien zugeordnet sind ...“) denkbar.

Wenn in § 6 Abs. 2 Satz 7 und 8 Entwurf davon die Rede ist, die Zugriffsberechtigung sei auf die genannten Personen „zu beschränken“, so nimmt dies Bezug auf die in der Dateianordnung gemäß § 14 BVerfSchG näher zu treffenden Regelungen. Die Beschränkung der Zugriffsberechtigung ergibt sich jedoch bereits aus dem Gesetz.

c) Vollprotokollierung (§ 6 Abs. 3 Satz 2 bis 4 Entwurf)

Gemäß § 6 Abs. 3 Satz 2 bis 4 Entwurf erfolgt für jeden einzelnen Zugriff eine Vollprotokollierung, die eine gezielte Einzelfallkontrolle durch die Datenschutzbeauftragten ermöglicht, ob die Abfragevoraussetzungen eingehalten worden sind.

6. Führung der gemeinsamen Dateien (§ 6 Abs. 3)

Während § 6 Abs. 3 Satz 1 Entwurf wortlautgleich die Regelung des § 6 Satz 7 BVerfSchG übernimmt, dass das BfV die technischen und organisatorischen Maßnahmen nach § 9 BDSG trifft und ihm damit die technische Gesamtverantwortung für die Führung der gemeinsamen Dateien zuweist, enthalten § 6 Abs. 3 Satz 2 bis 5 Entwurf detaillierte Regelungen zur Protokollierung der Zugriffe auf die in den gemeinsamen Dateien gespeicherten Daten.

IV. Vorbemerkung: Amtsbefugnisse und Straffreiheit

1. Problemlage

Die vorgesehenen Änderungen des § 8 Abs. 2 BVerfSchG und die Einfügung der §§ 9a und 9b Entwurf sind insgesamt vor dem Hintergrund zu sehen,

vgl. hierzu BT-Drucks. 18/4654, S. 25, BLKR, Rn. 674 ff.

dass die früher akzeptierte Auffassung, dass in der Zubilligung einer Amtsbefugnis zum Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel zugleich eine gesetzliche Ermächtigung zur Verwirklichung derjenigen Straftatbestände zu sehen ist, die mit dem Gebrauchmachen von denselben notwendig oder typischerweise verbunden sind,

Borgs/Ebert, ebd., § 3 BVerfSchG Rn. 148, 152; vgl. Droste, ebd., S. 274

heute nicht mehr durchgehend anerkannt ist.

So hat beispielsweise das OLG Düsseldorf eine Person, die als V-Person für den BND tätig war und diesem in bedeutendem Umfang Informationen über eine ausländische terroristische Organisation geliefert hat, nach § 129b StGB verurteilt. Es hat zwar ausdrücklich anerkannt, dass die heimliche Beobachtung terroristischen Organisationen „in Erfolg versprechender Weise nur erfolgen kann, wenn die Vertrauensleute sich innerhalb der Organisation befinden und deshalb – fast schon denknotwendig – jedenfalls Organisationsdelikte“ verwirklichen müssen, hat dann aber gleichwohl angenommen, § 8 Abs. 2 BVerfSchG stelle keinen diesbezüglichen Rechtfertigungsgrund dar.

OLG Düsseldorf, NStZ 2013, 590 (591 ff.); zustimmend BLKR, Rn. 669 ff.; Hofmann/Ritzert, NStZ 2014, 177; ablehnend Sellmeier/Warg, NWVBl. 2015, 135

Der Bundesgerichtshof hatte im Rahmen der Prüfung des Haftbefehls offengelassen, ob das objektiv tatbestandliche Handeln ausnahmsweise nach § 34 StGB gerechtfertigt war, allerdings betont, dass sich der nachrichtendienstliche Einfluss auf die Mitwirkung in der Organisation jedenfalls bei der Strafzumessung zugunsten der V-Person auswirken muss.

BGH, Beschluss vom 22.12.2010 – 2 StE 4/10-3 geh / AK 19/10 –, Rn. 4 f.

Hierbei ist zunächst klarzustellen, dass die Problematik auch aus Sicht des OLG Düsseldorf wohl nicht die Straftatbestände betrifft, die schon ihrer Tatbestandsgestaltung nach unbefugtes Handeln voraussetzen (vgl. §§ 201 ff. StGB). Dass insoweit amtliche Befugnisnormen die Strafbarkeit ausschließen, weil hiernach zulässiges Handeln nicht unbefugt ist, erkennt auch das OLG Düsseldorf ausdrücklich an:

„Die in den Polizeigesetzen (...), aber auch für die Nachrichtendienste (§ 9 BVerfSchG; §§ 1 ff. G 10) vorgesehenen Regelungen zur Telefon- oder Wohnraumüberwachung erlauben die Aufzeichnung des nicht-öffentlich gesprochenen Wortes, so dass die handelnden Personen, soweit sie sich im Rahmen ihrer Befugnisse bewegen, nicht wegen Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes nach § 201 StGB zu bestrafen sind“.

OLG Düsseldorf, NStZ 2013, 590 (591 f.); zustimmend Hofmann/Ritzert, NStZ 2014, 177 (179)

Da die Organisationsstraftatbestände im allgemeinen jedoch kein Tatbestandsmerkmal der „unbefugten“ Mitgliedschaft oder Unterstützung enthalten – lediglich § 89b Abs. 2 und § 91 Abs. 2 Nr. 2 StGB enthalten in diesbezügliche Regelungen, wenn hiernach der Straftatbestand nicht greift, „wenn die Handlung ausschließlich der Erfüllung rechtmä-

biger beruflicher oder dienstlicher Pflichten dient“ – ergab sich hieraus für das OLG Düsseldorf keine Lösung des Problems der Verwirklichung von Organisationsstraftatbeständen durch V-Leute.

Neben der nach Auffassung des OLG Düsseldorf strafbaren mitgliedschaftlichen Betätigung eines Verdeckten Mitarbeiters oder einer V-Person in einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung (§§ 129 ff. StGB) oder einem verbotenen Verein (§ 85 StGB, § 20 VereinsG) ist im hiesigen Problemzusammenhang ferner an die Herstellung von Tarnpapieren zum Aufbau einer Legende eines Verdeckten Mitarbeiters zu denken, die in Konflikt mit §§ 267 ff. StGB geraten kann, sowie an die Begehung „szenetypischer“ Straftaten wie z.B. das Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (§ 86a StGB).

2. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Mit Blick auf die skizzierte Entwicklung der strafgerichtlichen Rechtsprechung ist eine gesetzliche Regelung zur Bereinigung der unbefriedigenden gegenwärtigen Rechtslage dringend geboten.

BLKR, Rn. 688; Hofmann/Ritzert, NStZ 2014, 177 (183)

Denn es kann nicht richtig sein, einerseits die Notwendigkeit des Einsatzes nachrichtendienstlicher Mittel zu betonen, und darunter auch von Verdeckten Mitarbeiter und von V-Leuten, dann jedoch diese gleichzeitig persönlichen Strafbarkeitsrisiken auszusetzen, die diese Tätigkeit unzumutbar werden lässt. Es muss ausgeschlossen werden, dass Verdeckte Mitarbeiter oder V-Personen wegen ihrer im staatlichen Interesse ausgeübten Betätigung Gefahr laufen, sich als Täter strafbar zu machen, wie auch verhindert werden muss, dass sich etwa die vorgesetzten Mitarbeiter oder V-Mann-Führer der Verfassungsschutzbehörden z.B. wegen Täterschaft durch Unterlassen, Anstiftung oder Beihilfe strafbar machen.

Zu dieser Konsequenz Hofmann/Ritzert, NStZ 2014, 177 (181)

Die BLKR hat daher aus Gründen der Rechtsklarheit, Rechtssicherheit und im Interesse sowohl der menschlichen Quellen (Verdeckte Mitarbeiter, V-Leute) als auch ihrer Vorgesetzten und VM-Führern eine gesetzliche Regelung gefordert.

BLKR, Rn. 689, 802

3. Vorzugswürdigkeit und Legitimität einer materiellrechtlichen Lösung

Die BLKR hat eine verfahrensrechtliche Lösung angeregt, durch eine Ergänzung der §§ 153 ff. StPO staatsanwaltschaftliche Einstellungsmöglichkeiten zu schaffen, um so den

Staatsanwaltschaften die Möglichkeit zu geben, nach dem Opportunitätsgrundsatz gegebenenfalls von einer Strafverfolgung abzusehen.

BLKR, Rn. 689, 802

Hiergegen spricht jedoch, dass derartige Einstellungsmöglichkeiten, eben weil sie im Ermessen der Staatsanwaltschaft stehen, den Nachrichtendiensten und ihren Mitarbeitern und V-Leuten nicht die erforderliche Rechtssicherheit geben.

Hofmann/Ritzert, NStZ 2014, 177 (183)

Deshalb erscheint eine materiellrechtliche Regelung, wie sie der Entwurf vorsieht, sachgerechter. Es geht hierbei nicht darum, den Verfassungsschutzbehörden über § 8 Abs. 2 Entwurf und namentlich den Verdeckten Mitarbeitern gemäß § 9a Entwurf und den V-Leuten gemäß § 9b Entwurf weitergehende Eingriffsmöglichkeiten zu eröffnen als ihnen schon überkommener Weise zugebilligt werden, sondern Anliegen ist es, diese Tätigkeit auf eine rechtssichere Grundlage zu stellen, nachdem die bisherige Grundlage durch neuere Entwicklungen in der strafgerichtlichen Rechtsprechung als nicht mehr ausreichend erscheint.

Es geht bei einer solchen materiellrechtlichen Regelung weder darum, einen „Freibrief für V-Leute zur Begehung von Straftaten“ auszustellen,

BLKR, Rn. 802

noch darum, dass das BfV nun sogar durch Verdeckte Mitarbeiter und V-Leute „selbst Straftaten begehen“ dürfen solle, wohingegen „Straftaten Straftaten bleiben und strafrechtlich verfolgt werden“ müssten.

BT-Drucks. 18/4690, S. 2

Diese Bedenken sind nicht berechtigt. Was eine Straftat sein, d.h. welches Handeln den Tatbestand einer Strafnorm erfüllen soll, und unter welchen Voraussetzungen dieses Handeln dann gegebenenfalls einen Rechtfertigungstatbestand erfüllt, ist nicht a priori vorgegeben, sondern vom Gesetzgeber festzulegen. Dementsprechend gibt es schon seit jeher eine große Zahl von Straftatbeständen, die nicht oder jedenfalls nicht rechtswidrig verwirklicht werden, wenn die sonst tatbestandsmäßige Handlung von einem Amtsträger in Ausübung seiner Amtstätigkeit vorgenommen wird.

Zum einen gibt es zahlreiche Tatbestände, die schon tatbestandlich ein unbefugtes Handeln voraussetzen (vgl. §§ 201 ff. StGB), so dass ein Handeln in rechtmäßiger Ausübung einer Amtsbefugnis schon nicht tatbestandsmäßig ist.

Ausdrücklich dahingehende Regelungen enthalten § 89b Abs. 2 und § 91 Abs. 2 Nr. 2 StGB, wonach der Straftatbestand nicht erfüllt ist, wenn die Handlung ausschließlich der Erfüllung rechtmäßiger beruflicher oder dienstlicher Pflichten dient. Gleiches gilt für die neue Vorschrift des § 184b Abs. 5, auch in Verbindung mit § 184c Abs. 6, § 184d Abs. 1 Satz 3, § 184e Abs. 2 Satz 3 StGB, wonach der Straftatbestand nicht für Handlungen gilt, die ausschließlich der rechtmäßigen Erfüllung staatlicher Aufgaben oder dienstlicher oder beruflicher Pflichten dienen.

Zum anderen stellt das Handeln in rechtmäßiger Ausübung einer Amtsbefugnis in zahlreichen anderen Fällen einen Rechtfertigungsgrund dar. Beispielsweise nimmt man nicht an, Strafrichter oder Strafvollzugsbeamte machten sich der (Anstiftung zur) Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) strafbar, wenn sie jemanden zu einer Haftstrafe verurteilen und in Haft nehmen. Selbstverständlich sind auch Polizeibeamte, die bei rechtmäßiger Ausübung unmittelbaren Zwangs die körperliche Unversehrtheit eines anderen beeinträchtigen, nicht etwa wegen Körperverletzung im Amt (§ 340 StGB) strafbar, sondern nur dann, wenn sie die gesetzmäßigen Befugnisse überschreiten. Die Beispiele ließen sich leicht vermehren.

Als dies stellt den zu den betreffenden Amtshandlungen ermächtigten Richtern, Polizeibeamten und sonstigen Amtspersonen keinen „Freibrief“ aus, Straftatbestände zu verwirklichen und Straftaten zu begehen, sondern ist die Konsequenz daraus, dass der Staat nun einmal in Wahrnehmung der staatlichen Aufgaben Eingriffe in Rechte vornehmen können muss, die bei Vornahme durch andere verboten und sogar strafbar wären, wohingegen die in rechtmäßiger Ausübung dienstlicher Pflichten handelnden Personen sich gerade nicht strafbar machen.

Korrespondierend hierzu sind daher keine grundsätzlichen Einwände erkennbar, weshalb es ausgeschlossen sein sollte, (Verdeckte) Mitarbeiter und V-Leute der Verfassungsschutzbehörden in Bezug auf bestimmte Straftaten von der Strafbarkeit auszunehmen, wenn die sonst tatbestandsmäßigen Handlungen in Ausübung der dienstlichen Aufgaben vorgenommen werden. Es handelt sich hierbei nicht um eine Sonderprivilegierung des Verfassungsschutzes, sondern um eine Entscheidung des Gesetzgebers, die, wie skizziert, auch in zahlreichen anderen Bereichen amtlicher Tätigkeit völlig üblich ist. Das hat nichts damit zu tun, dass „Straftaten Straftaten bleiben“ müssen, sondern mit der Frage, was vom Gesetzgeber als strafbar oder eben – mit Rücksicht auf vorrangig verfolgte legitime staatliche Interessen – als nicht strafbar bestimmt wird.

4. Landesgesetzliche Regelungsbeispiele

In Übereinstimmung hiermit haben auch die Landesgesetzgeber von Bremen, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen spezielle strafrechtliche Rechtfertigungsgründe für

ihre Verfassungsschutzbehörden und deren Verdeckten Ermittler und V-Leute geschaffen. Die Betrachtung dieser Vorschriften ist nicht nur von sozusagen rechtstechnisch-rechtsvergleichendem Interesse, wie sich derartige Regelungen formulieren lassen, sondern mindestens ebenso im Sinne einer Vergewisserung, dass derartige Regelungen nicht etwa außerhalb des rechtsstaatlich Vorstellbaren und Akzeptablen liegen, sondern ganz im Gegenteil Ausdruck rechtsstaatlich verantwortungsvollen Handelns des Gesetzgebers sind.

Bemerkenswerterweise sind übrigens sämtliche diese Regelungen unter Regierungsbeihilfe der Partei BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN beschlossen worden, weshalb es unverständlich ist, wenn von Seiten der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN ein paralleles Vorhaben auf Bundesebene mit dem Argument angegriffen wird, Straftaten müssten Straftaten bleiben und strafrechtlich verfolgt werden. Dass dieser Einwand nicht zutrifft, zeigen auch die von den jeweiligen rot-grünen Landesgesetzgebern gegebenen Begründungen für die getroffenen Regelungen, die ungeachtet der Abweichungen im Detail die Richtigkeit der dem vorliegenden Regierungsentwurf zugrunde liegenden Überlegungen bestätigen.

Gemeinsam ist allen landesrechtlichen Regelungen, dass die Begehung von Organisationsdelikten straflos gestellt wird. Hinsichtlich der Problematik „szenetypischer“ Begleitstraftaten findet sich hingegen eine unterschiedliche Behandlung.

Anzuführen ist zunächst die Vorschrift des § 6 Abs. 3 NVerfSchG:

¹ Bei der Anwendung der Mittel nach Absatz 1 dürfen keine Straftaten begangen werden. ² Es dürfen nur folgende Straftatbestände verwirklicht werden:

1. § 84 Abs. 2, § 85 Abs. 2, § 86 Abs. 1, §§ 86 a, 98, 99, 129a, 129b Abs. 1 Satz 1, soweit er auf § 129a verweist, §§ 267, 271 und 273 des Strafgesetzbuchs,

2. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 2 und 4 bis 6 des Niedersächsischen Versammlungsgesetzes sowie

3. § 20 des Vereinsgesetzes.

³ Dabei darf weder auf die Gründung einer strafbaren Vereinigung hingewirkt noch eine steuernde Einflussnahme auf sie ausgeübt werden. ⁴ Erlaubt sind nur solche Handlungen, die unter besonderer Beachtung des Übermaßverbots unumgänglich sind.

Die Vorschrift war mit dem Gesetz zur Neuregelung des NVerfSchG auf Vorschlag des Ausschusses für innere Verwaltung eingefügt worden

Niedersächsischer Landtag, Drucks. 12/3790, S. 16

und von den Koalitionsfraktionen SPD und B90/DIE GRÜNE wie folgt begründet worden:

„§ 6 Abs. 1/ 1 Satz 1 enthält – und darin war sich der Ausschuss einig – streng genommen nur eine Selbstverständlichkeit. Gleichwohl

fanden Anträge von seiten der CDU, den Satz zu streichen oder seinen Regelungsinhalt zumindest mit dem des Satzes 2 zusammenzuziehen, keine Mehrheit. Die Vertreter der Koalitionsfraktionen hielten den Satz 1 als klarsteilende Aussage für notwendig, insbesondere verdeutliche er auch durch den Gegensatz von ‘Straftat’ und ‘Straftatbestand’ den Regelungsgehalt des folgenden Satzes.

Dieser Satz 2 lehnt sich mit der Wendung ‘Straftatbestände verwirklichen’ eng an die in § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB enthaltene Definition an. Er will zum Ausdruck bringen, daß bei der Anwendung nachrichtendienstlicher Mittel die in den Nummern 1 bis 3 genannten Straftatbestände ihrem äußeren Erscheinungsbild nach verwirklicht werden dürfen; zugleich soll sichtbar werden, daß in solchem Falle kein mit Strafe bedrohtes, rechtswidrig-schuldhaftes Verhalten vorliegt, sondern ein Fall gerechtfertigten, also zulässigen Tuns. Die Erörterung, oh dies mit der jetzt vorgeschlagenen Fassung hinreichend deutlich wird, nahm in der Diskussion einen breiten Raum ein. Schließlich wurde die Frage mit der Erwägung bejaht, der Straftatbestand sei in der Strafrechtswissenschaft anerkanntermaßen nur ein Element einer Straftat, die darüber hinaus noch das Vorliegen von Rechtswidrigkeit und Schuld erfordere.

...

In der Nummer 1 werden einzelne Straftatbestände des Strafgesetzbuches genannt. Diese Aufzählung präzisiert die im Entwurfstext verwendeten Begriffe ‘Organisations-‘ und ‘Urkundendelikte’ und bezieht außerdem die Tatbestände der §§ 98 und 99 StGB (Landesverräterische und Geheimdienstliche Agententätigkeit) mit ein. Der Rechtsausschuß sah nach eingehender Erörterung davon ab, unter die Nummer 1 auch die Tatbestände des § 201 StGB (Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes) und des § 202 StGB (Verletzung des Briefgeheimnisses) aufzunehmen. Während die CDU-Vertreter zu einer derartigen Ergänzung aus Gründen der Klarstellung für den unbefangenen Leser rieten, sah die Mehrheit eine solche Notwendigkeit nicht. Die genannten Tatbestände würden bei Einsatz der nachrichtendienstlichen Mittel ... zwangsläufig verletzt. Wenn aber schon die gesetzliche Charakterisierung eines nachrichtendienstlichen Mittels ergebe, daß bei seiner Anwendung notwendigerweise stets ein Straftatbestand verwirklicht werde, so ergebe sich die erforderliche Klärung bereits aus der Gestattung dieses Mittels. Eine darüber hinausgehende Klarstellung ist nach Auffassung der Ausschlußmehrheit in Satz 2 Nr. 1 ebensowenig geboten wie beispielsweise eine Regelung, die der Polizei im Falle von Festnahmen noch besonders die Verwirklichung des Tatbestandes der Freiheitsberaubung erlaube.

Die Nummern 2 und 3 enthalten die konkreten Tatbestände des Versammlungs- bzw. des Vereinsgesetzes, die bei Anwendung nachrichtendienstlicher Mittel verwirklicht werden dürfen“ (Hervorhebungen nur hier).

Niedersächsischer Landtag, Drucks. 12/4188, S. 13 f.

Interessant ist im hiesigen Kontext auch die Erörterung der Normqualität der in Rede stehenden Regelungen und ihrer in Betracht kommenden Verständnismöglichkeiten:

„Bei der juristischen Charakterisierung der Bestimmungen kann einmal ihr strafrechtlicher, andererseits aber auch ihr dienstrechtli-

cher Charakter in den Vordergrund gestellt werden. Bei der erstgenannten Sicht handelt es sich um Konkretisierungen des im allgemeinen Strafrecht angesiedelten und jeweils für einzelne Rechtsmaterien näher zu bestimmenden Rechtfertigungsgrundes der zulässigen Amtsausübung. Die Konkretisierungsbefugnis des Landes folgt dann aus seiner Zuständigkeit für die Regelung des von ihm organisierten Verfassungsschutzes. Denkbar ist aber auch die Auffassung, die strafrechtliche Rechtfertigung sei ausschließlich bundesrechtlicher Natur; auch dann kann die rechtmäßige Ausübung von Staatsgewalt, die der Landesgesetzgeber im Rahmen seiner Zuständigkeit erlaubt, keine Straftat darstellen“ (Hervorhebungen nur hier).

Niedersächsischer Landtag, Drucks. 12/4188, S. 14

Die Regelung des § 6 Abs. 3 NVerfSchG ist im wesentlichen unverändert in den vorliegenden Entwurf des § 6b Abs. 7 NVerfSchG-Entwurf vom 14.10.2014 übernommen worden:

¹Eine Person nach Absatz 1 darf auch in Vereinigungen eingesetzt werden und sich dort als Mitglied betätigen, wenn der Zweck oder die Tätigkeit der Vereinigung den Strafgesetzen zuwiderläuft oder sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richtet. ²Personen nach Absatz 1 dürfen nur folgende Straftatbestände verwirklichen:

1. § 84 Abs. 2, § 85 Abs. 2, § 86 Abs. 1, §§ 86 a, 98, 99, 129 a sowie 129 b Abs. 1 Satz 1 des Strafgesetzbuchs, soweit er auf § 129 a des Strafgesetzbuchs verweist,
2. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 2 und 4 bis 6 des Niedersächsischen Versammlungsgesetzes und
3. § 20 des Vereinsgesetzes.

³Dabei darf weder auf die Gründung einer strafbaren Vereinigung hingewirkt noch eine steuernde Einflussnahme auf sie ausgeübt werden. ⁴Erlaubt sind nur solche Handlungen, die unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall unumgänglich sind.

In der Begründung der rot-grünen niedersächsischen Landesregierung vom 14.10.2014 wird hierzu erläutert:

„Die Regelungen in Absatz 7 ersetzen die bislang in § 6 Abs. 3 Satz 2 vorgesehenen Rechtfertigungsgründe für alle verdeckt eingesetzten Personen.

In Satz 1 wird klargestellt, dass diese Personen auch in Vereinigungen eingesetzt werden dürfen, die z.B. den Strafgesetzen zuwiderlaufen. Eine gesetzlich vorgegebene Beobachtung der in der Regel konspirativ agierenden Personenzusammenschlüsse unter Einsatz von Personen nach § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 ist wirksam nur möglich, wenn sich die Personen in der Organisation befinden. Damit ist zwangsläufig verbunden, dass sie und gegebenenfalls auch Beschäftigte der Verfassungsschutzbehörde, die diese Personen führen, Organisationsdelikte wie die Tatbestände der §§ 129a und 129b Strafgesetzbuch verwirklichen. In diesen Fällen bedarf es einer gesetzlich geregelten Straflosigkeit, da ansonsten der Einsatz in diesen Organisationen nach § 3 Abs. 1 und damit die Erfüllung der Aufgaben der Verfassungsschutzbehörde nicht möglich wären. In Satz 2 werden die Straftatbestände, die verwirklicht werden dür-

fen, aus Gründen der Bestimmtheit, weiterhin einzeln aufgeführt“ (Hervorhebung nur hier).

Niedersächsischer Landtag, Drucks. 17/2151, S. 30

Eine entsprechend Rechtfertigungsregelung enthält auch § 7 Abs. 3 VSG NRW i.d.F. des Gesetz zur Neuausrichtung des Verfassungsschutzes in Nordrhein-Westfalen vom 21.06.2013:

Personen nach § 5 Absatz 2 Nummer 1 dürfen auch in Vereinigungen eingesetzt werden und sich an ihnen als Mitglieder beteiligen, wenn der Zweck oder die Tätigkeit der Vereinigung den Strafgesetzen zuwiderläuft oder sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richtet. Die übrigen straf- und ordnungsrechtlichen Vorschriften bleiben unberührt. Im Übrigen sind Personen im Sinne des § 5 Absatz 2 Nummer 1 nicht von der Strafverfolgung ausgenommen.

In der Begründung der ebenfalls von SPD und B90/Grüne gebildeten nordrhein-westfälischen Landesregierung vom 20.02.2013 heißt es hierzu:

„Mit der Regelung in Absatz 3 wird die Ermächtigungsgrundlage um einen Rechtfertigungsgrund für den Einsatz der in § 5 Absatz 2 Nummer 1 genannten Personen innerhalb verbotener oder terroristischer Organisationen erweitert. Eine darüber hinausgehende Rechtfertigung von strafbewehrten Eingriffen in Individualrechte oder von szenetypischen Straftaten ist mit der Klarstellung nicht verbunden. Die Rechtsprechung sieht zunehmend allgemeine Befugnisnormen zum Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel nicht als ausreichenden Rechtfertigungsgrund für die strafbare Mitgliedschaft in verbotenen oder terroristischen Organisationen an. Daher besteht hier zur rechtlichen Absicherung dieser Personen und der Beschäftigten der Verfassungsschutzbehörde, die diese Personen führen, gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Eine in der Regel konspirativ agierende verbotene oder terroristische Vereinigung kann nur unter Einsatz von Personen nach § 5 Absatz 2 Nummer 1 wirksam beobachtet werden, wenn sich die beobachtenden Personen innerhalb der Organisation befinden. Damit ergibt sich denknotwendig, dass diese Personen Organisationsdelikte wie die Tatbestände der §§ 129, 129a und 129b StGB verwirklichen. Ohne eine Straflosigkeit des Einsatzes von diesen Personen in verbotenen und terroristischen Organisationen könnten sie gerade in den Organisationen im Sinne des § 3 Absatz 1 nicht eingesetzt werden, von denen die größte Gefährlichkeit ausgeht“ (Hervorhebungen nur hier).

LT NRW, Drucks. 16/2148, S. 61

Die Regelungen des § 8b Abs. 3 und Abs. 4 Satz 3 BremVerfSchG gehen hierüber noch hinaus:

(3) Personen nach § 8 Absatz 1 Nummer 1 und 2 dürfen auch in Vereinigungen eingesetzt werden und sich an ihnen als Mitglieder beteiligen, wenn der Zweck oder die Tätigkeit der Vereinigung den Strafgesetzen zuwiderläuft oder sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richtet“.

(4) ... Handlungen, die einen Straftatbestand erfüllen, sind ausnahmsweise gerechtfertigt, soweit dies unumgänglich ist, um Rückschlüsse auf ihre Tätigkeit

für die Verfassungsschutzbehörde und Gefahren für Leben, Gesundheit oder Freiheit der Person zu vermeiden, das Unrecht der Tat in einem angemessenen Verhältnis zu diesem Zweck steht und individuelle Rechtsgüter Dritter nicht verletzt oder gefährdet werden.

In der Gesetzesbegründung des rot-grünen Senats der Freien und Hansestadt Bremen vom 03.09.2013 wird hierzu erläutert:

„Absatz 3 stellt einen Rechtfertigungsgrund für den Einsatz der in § 8 Abs. 1 Nr. 1 und 2 genannten Personen innerhalb verbotener oder terroristischer Organisationen dar. Eine darüber hinausgehende Rechtfertigung von strafbewehrten Eingriffen in Individualrechte oder von szenetypischen Straftaten ist mit der Klarstellung nicht verbunden. In der Vergangenheit waren die Verfassungsschutzbehörden der Länder und des Bundes insoweit von einer sich bereits aus dem gesetzlichen Auftrag der Verfassungsschutzbehörden ergebenden Rechtfertigungsgrund ausgegangen. Die Rechtsprechung sieht jedoch zunehmend allgemeine Befugnisnormen zum Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel nicht als ausreichenden Rechtfertigungsgrund für die strafbare Mitgliedschaft in verbotenen oder terroristischen Organisationen an. Daher besteht hier zur rechtlichen Absicherung dieser Personen und der Beschäftigten der Verfassungsschutzbehörde, die diese Personen führen, das Erfordernis, eine entsprechende Befugnisnorm zu etablieren.

Absatz 4 stellt klar, dass Personen nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 und 2 keine Straftaten begehen dürfen. Dennoch kann es im Einzelfall erforderlich werden, dass Personen nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 und 2 bestimmte Straftatbestände verwirklichen, hierbei aber aufgrund ihrer Tätigkeit für die Verfassungsschutzbehörde gerechtfertigt handeln. Dies ist insbesondere deshalb von Bedeutung, als eine in der Regel konspirativ agierende verbotene oder terroristische Vereinigung nur dann unter Einsatz von Personen nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 und 2 wirksam beobachtet werden kann, wenn die beobachtenden Personen innerhalb der Organisation agieren. Durch den Einsatz in einer verbotenen oder terroristischen Organisation ergibt sich bereits denotwendig, dass diese Personen Organisationsdelikte wie etwa die Mitgliedschaft in einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung (§§ 129, 129a und 129b StGB) verwirklichen. Ohne eine Straflosigkeit des Einsatzes von diesen Personen in verbotenen und terroristischen Organisationen könnten sie gerade in den Organisationen im Sinne des § 3 Abs. 1 nicht eingesetzt werden, von denen die größte Gefährlichkeit ausgeht. Daneben kommt aber auch die Verwirklichung anderer Straftatbestände in Betracht, die als derart ‚szenetypisch‘ anzusehen sind, dass sie von Personen nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 und 2 begangen werden können müssen, um eine Enttarnung zu verhindern. Ein Beispiel hierfür sind insbesondere Propagandadelikte im Bereich des Rechtsextremismus“ (Hervorhebungen nur hier).

Bremische Bürgerschaft, Drucks. 18/1047, S. 9

V. Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel durch das BfV (§ 8 Abs. 2 Entwurf)

§ 8 Abs. 2 BVerfSchG soll nach dem Entwurf in verschiedener Hinsicht ergänzt werden. Als neuer § 8 Abs. 2 Satz 2 und 3 sollen eingefügt werden:

In Individualrechte darf nur nach Maßgabe besonderer Befugnisse eingegriffen werden. Im Übrigen darf die Anwendung eines Mittels gemäß Satz 1 keinen Nachteil herbeiführen, der erkennbar außer Verhältnis zur Bedeutung des aufzuklärenden Sachverhalts steht.

Der bisherige § 8 Abs. 2 Satz 2 soll als neuer § 8 Abs. 2 Satz 4 wie folgt gefasst werden:

Die Mittel nach Satz 1 sind in einer Dienstvorschrift zu benennen, die auch die Zuständigkeit für die Anordnung solcher Informationsbeschaffungen und das Nähere zu Satz 3 regelt.

1. Vorbehalt besonderer Eingriffsbefugnisse (§ 8 Abs. 2 Satz 2 Entwurf)

Es entspricht bereits gegenwärtig h.M., dass § 8 Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG das nachrichtendienstliche Handlungsinstrumentarium des BfV beschreibt und als solches keine Eingriffsermächtigung für mit dem Einsatz solcher nachrichtendienstlicher Mittel etwa verbundene Eingriffe in grundrechtlich geschützte Individualrechtsgüter enthält, sondern die erforderlichen Eingriffsermächtigungen in §§ 8a ff. BVerfSchG und dem Artikel 10-Gesetz enthalten sind.

Droste, S. 265; Mallmann, ebd., § 9 BVerfSchG Rn. 5; Roth, ebd., § 8 BVerfSchG Rn. 20

Insofern würde § 8 Abs. 2 Satz 2 Entwurf lediglich der Klarstellung der schon heute bestehenden Rechtslage dienen.

Gleichwohl könnte § 8 Abs. 2 Satz 2 Entwurf missverständlich erscheinen. Der Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel ist in den §§ 8a ff. BVerfSchG bislang so geregelt, dass § 9 Abs. 1 BVerfSchG eine generalklauselförmige Ermächtigung zum Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel enthält, während es für eine Reihe als besonders schwerwiegend erachteter nachrichtendienstlicher Erhebungsmittel in §§ 8a ff. BVerfSchG, § 9 Abs. 2 bis 4 BVerfSchG und dem Artikel 10-Gesetz, künftig auch gemäß §§ 9a, 9b Entwurf spezialgesetzliche Regelungen gibt. Die Vorgabe, in Individualrechte könne nur nach Maßgabe „besonderer Befugnisse“ eingegriffen werden, könnte zu dem Missverständnis führen, es bedürfe für *jedes* in Betracht kommende nachrichtendienstliche Mittel einer besonderen Eingriffsnorm, so dass ein Rückgriff auf die Generalklausel des § 9 Abs. 1 BVerfSchG ausgeschlossen sei. Dies würde indes eine große Zahl von Spezialregelungen erforderlich machen und außerdem das Problem aufwerfen, dass die nachrichtendienstlichen Mittel in § 8 Abs. 2 BVerfSchG ganz bewusst nur beispielhaft und nicht abschließend aufgeführt sind, um die erforderliche Flexibilität zu ermöglichen.

Um dieses mögliche Missverständnis auszuschließen, dass für sämtliche nachrichtendienstliche Mittel spezialgesetzliche Regelungen erforderlich seien, dürfte sich der Verzicht auf die ohnehin nur deklaratorische Regelung des § 8 Abs. 2 Satz 2 Entwurf anbieten.

2. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 8 Abs. 2 Satz 3 Entwurf)

Der Sinn der in § 8 Abs. 2 Satz 3 Entwurf vorgesehenen Regelung („Im Übrigen darf die Anwendung eines Mittels gemäß Satz 1 keinen Nachteil herbeiführen, der erkennbar außer Verhältnis zur Bedeutung des aufzuklärenden Sachverhalts steht.“) erschließt sich aus dem Wortlaut nur unvollkommen. Denn durch die Verknüpfung mittels „im Übrigen“ mit dem vorangehenden neuen § 8 Abs. 2 Satz 2 Entwurf könnte man meinen, auch § 8 Abs. 2 Satz 3 Entwurf solle eine Regelung für Eingriffe in Individualrechte treffen.

Tatsächlich freilich bezweckt § 8 Abs. 2 Satz 3 Entwurf keine nochmalige Wiederholung der schon in § 8 Abs. 5 Satz 2 und § 9 Abs. 1 Satz 3 BVerfSchG enthaltenen Regelung, bei denen es um die Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in Individualrechte geht, sondern soll auf Eingriffe in rechtlich geschützte Interessen der Allgemeinheit bezogen sein, und zwar auch und gerade im Falle der Verwirklichung von Straftatbeständen (z.B. §§ 267 ff. StGB), soweit hierzu nicht in §§ 9a und 9b Entwurf spezielle Regelungen getroffen werden.

BT-Drucks. 18/4654, S. 25

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass § 8 Abs. 2 Satz 3 Entwurf nicht explizit ermächtigt, Straftatbestände in gerechtfertigter Weise zu verwirklichen, sondern lediglich eine Schranke formuliert, die Anwendung eines nachrichtendienstlichen Mittels dürfe keinen Nachteil herbeiführen, der erkennbar außer Verhältnis zur Bedeutung des aufzuklärenden Sachverhalts steht. Hieraus lässt sich zwar im Umkehrschluss folgern, dass der Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel auch Nachteile – gemeint: für Interessen der Allgemeinheit – herbeiführen darf. Doch ob dies auch dann gilt, wenn die betreffenden Interessen strafrechtlich geschützt sind, lässt sich hieraus nicht zwangsläufig erschließen.

Es ist zu bedenken, dass ein Kritikpunkt des OLG Düsseldorf gegen die Anerkennung von Amtsbefugnissen aus § 8 Abs. 2 BVerfSchG als Rechtfertigungsgrund gerade in dessen Weite bestand, etwa verglichen mit den sonst als tatbestandsausschließende Befugnisnormen oder als Rechtfertigungstatbestände in Betracht kommenden Vorschriften (z.B. §§ 35 ff., 55, 58 ff. PolG NRW, §§ 112 ff., 127 StPO, §§ 100a f. StPO, § 9 BVerfSchG, §§ 1 ff. G 10):

„Demgegenüber bestimmt § 8 Abs. 2 BVerfSchG gerade nicht, welches Verhalten beim Einsatz von Vertrauenspersonen (noch)

rechtmäßig sein kann, obwohl es nach den allgemeinen Gesetzen einen Straftatbestand erfüllt. Einer solchen Regelung durch den Gesetzgeber hätte es indes bedurft, um diese Vorschrift als Befugnisnorm heranziehen zu können, die die Begehung jedenfalls von Organisationsdelikten durch Vertrauensleute der Nachrichtendienste rechtfertigen könnte; sie kann nicht im Wege der Auslegung durch die Gerichte in die Vorschrift gleichsam hineingelesen werden. ...

Die Untauglichkeit von § 8 Abs. 2 BVerfSchG, ein bestimmtes Verhalten von Vertrauensleuten trotz Tatbestandserfüllung auf der Rechtswidrigkeitsebene aus der Strafbarkeit auszuschneiden, zeigt sich nicht zuletzt an der Ausfüllungsbedürftigkeit und damit der für eine Vertrauensperson kaum bestimmbaren Weite der Kriterien... Schwerwiegende Straftaten aber aus der Strafbarkeit auszunehmen, ist Sache des Gesetzgebers und kann nicht unter Rückgriff auf die Grundsätze des Rechtfertigungsgrundes des Handelns auf Grund amtlicher Befugnis der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Gerichte überlassen werden“.

OLG Düsseldorf, NStZ 2013, 590 (592); zustimmend Hofmann/Ritzert, NStZ 2014, 177 (179)

Zwar erscheint diese Sichtweises des OLG Düsseldorf keineswegs zwingend, sondern lassen sich gute Gründe anführen, dass die Generalklausel des § 8 Abs. 2 i.V.m. § 9 Abs. 1 BVerfSchG sehr wohl eine ausreichende Rechtfertigungsgrundlage darstellt.

Sellmeier/Warg, NWVBl. 2015, 135 8137)

Wenn man allerdings der Auffassung des OLG Düsseldorf folgt, dann lässt sich das hiernach bestehende Bestimmtheitsproblem nicht dadurch beheben, dass § 8 Abs. 2 BVerfSchG bei ansonsten gleichbleibender Regelungsdichte nur eine (zudem noch lediglich implizite) Ergänzung beigelegt wird, dass die darin begründete Amtsbefugnis zugleich auch als strafrechtliche Rechtfertigung gedacht sei. Insofern besteht die greifbare Gefahr, dass eine solche Regelung von den Strafgerichten als unzureichend angesehen werden wird.

Diesbezüglich würde auch die in § 8 Abs. 2 Satz 4 Entwurf vorgesehene Befugnis, das Nähere in einer Dienstvorschrift zu regeln, nicht helfen, da das OLG Düsseldorf gerade eine Entscheidung des Gesetzgebers selbst gefordert hat.

Formulierungsvorschlag

Die vom OLG Düsseldorf geforderte hinreichend bestimmte Entscheidung des Gesetzgebers selbst, welches objektiv tatbestandsmäßige Verhalten im Zuge des Einsatzes nachrichtendienstlicher Mittel in rechtmäßiger Weise zulässig sein soll, dürfte rechtssicher nur dadurch zu erreichen sein, dass die Tatbestände, die erlaubtermaßen und rechtmäßig verwirklicht werden dürfen, konkret aufgeführt werden.

Ein anderer Vorschlag verweist auf das Regelungsvorbild des § 89b Abs. 2 StGB („... gilt nicht, wenn die Handlung ausschließlich der Erfüllung rechtmäßiger beruflicher oder dienstlicher Pflichten dient“) und empfiehlt hieran angelehnte materiell-rechtliche Regelungen.

Hofmann/Ritzert, NStZ 2014, 177 (183)

Ob und inwieweit der Katalog z.B. des § 6 Abs. 2 Satz 2 NVerfSchG übernommen werden könnte oder auch ggf. um weitere Straftatbestände zu ergänzen wäre (z.B. §§ 89b, 129 StGB, §§ 21 ff. VersG), bedürfte der vertiefenden Diskussion im Gesetzgebungsverfahren.

V. Verdeckte Mitarbeiter (§ 9a Entwurf)

Als neuer § 9a soll folgende Regelung in das BVerfSchG eingefügt werden:

(1) Das Bundesamt für Verfassungsschutz darf eigene Mitarbeiter unter einer ihnen verliehenen und auf Dauer angelegten Legende (Verdeckte Mitarbeiter) zur Aufklärung von Bestrebungen unter den Voraussetzungen des § 9 Absatz 1 einsetzen. Ein dauerhafter Einsatz zur Aufklärung von Bestrebungen nach § 3 Absatz 1 Nummer 1 und 4 ist nur bei Bestrebungen von erheblicher Bedeutung zulässig, insbesondere wenn sie darauf gerichtet sind, Gewalt anzuwenden oder Gewaltanwendung vorzubereiten.

(2) Verdeckte Mitarbeiter dürfen weder zur Gründung einer strafbaren Vereinigung noch zur steuernden Einflussnahme auf die Bestrebungen eingesetzt werden. Sie dürfen sich jedoch an einer solchen Vereinigung als Mitglied oder Unterstützer beteiligen, um deren Bestrebungen aufzuklären. Im Übrigen ist im Einsatz eine Beteiligung an Bestrebungen zulässig, wenn sie

1. nicht in Individualrechte eingreift,
2. von den an den Bestrebungen Beteiligten derart erwartet wird, dass sie zur Gewinnung und Sicherung der Informationszugänge unumgänglich ist und
3. nicht außer Verhältnis zur Bedeutung des aufzuklärenden Sachverhalts steht.

Sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Verdeckte Mitarbeiter rechtswidrig einen Straftatbestand von erheblicher Bedeutung verwirklicht haben, soll der Einsatz unverzüglich beendet werden; über Ausnahmen entscheidet der Behördenleiter oder sein Vertreter.

(3) Die Staatsanwaltschaft kann von der Verfolgung von im Einsatz begangenen Vergehen absehen oder eine bereits erhobene Klage in jeder Lage des Verfahrens zurücknehmen und das Verfahren einstellen, wenn

1. der Einsatz zur Aufklärung von Bestrebungen erfolgte, die auf die Begehung von in § 3 Absatz 1 des Artikel 10-Gesetzes bezeichneten Straftaten gerichtet sind, und
2. die Tat von an den Bestrebungen Beteiligten derart erwartet wurde, dass sie zur Gewinnung und Sicherung der Informationszugänge unumgänglich war.

Dabei ist das Verhältnis der Bedeutung der Aufklärung der Bestrebungen zur Schwere der begangenen Straftat und Schuld des Täters zu berücksichtigen. Ein Absehen von der Verfolgung ist ausgeschlossen, wenn eine höhere Strafe als ein Jahr Freiheitsstrafe zu erwarten ist. Ein Absehen von der Verfolgung ist darüber hinaus stets ausgeschlossen, wenn zu erwarten ist, dass die Strafe nicht zur Be-

wahrung ausgesetzt werden würde. Die Sätze 1 bis 4 gelten auch in Fällen der Landesbehörden für Verfassungsschutz.

1. Allgemeine Befugnisse des Verdeckten Mitarbeiters (9a Abs. 1 Satz 1 Entwurf)

In Anlehnung an die entsprechenden Regelungen in der StPO und im BKAG könnte sich anbieten, die Befugnisse der Verdeckten Ermittler noch präziser zu normieren, etwa hinsichtlich des Auftretens im Rechtsverkehr (§ 110a Abs. 2 Satz 2 StPO, § 20g Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BKAG) und des Betretens von Wohnungen unter ihrer Legende (§ 110c Satz 1 und 2 StPO, § 20g Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BKAG).

Formulierungsvorschlag

Ergänzung des § 9a Abs. 1 Entwurf nach Satz 1 wie folgt:

Sie dürfen unter der Legende am Rechtsverkehr teilnehmen und mit dem Einverständnis des Berechtigten dessen Wohnung betreten; das Einverständnis darf nicht durch ein über die Nutzung der Legende hinausgehendes Vortäuschen eines Zutrittsrechts herbeigeführt werden.

2. Dauerhafter Einsatz von Verdeckten Mitarbeitern (§ 9a Abs. 1 Satz 2 Entwurf)

Der Empfehlung des BR-Ausschusses für Innere Angelegenheiten, § 9a Abs. 1 Satz 2 Entwurf zu streichen, weil hiernach eine langfristige Aufklärung in nicht-gewaltorientierten legalistischen Bereichen nicht mehr möglich sein werde,

BR-Drucks. 123/1/15, S. 2

ist zuzugeben, dass eine solche Beobachtungslücke vermieden werden muss. Die Formulierung des § 9a Abs. 1 Satz 2 Entwurf lässt jedoch ausreichend Entscheidungsspielraum, auch längerfristige und „dauerhafte“ Einsätze von Verdeckten Mitarbeitern vorzunehmen, wenn die betreffende Bestrebung erhebliche Bedeutung hat.

3. Keine Gründung und steuernde Einflussnahme auf strafbare Vereinigung (§ 9a Abs. 2 Satz 1 Entwurf)

Die in § 9a Abs. 2 Satz 1 Entwurf vorgesehene Formulierung „strafbare“ Vereinigung ist insoweit missverständlich, als nach deutschem Strafrechtsverständnis nur natürliche Personen strafbar sein können, nicht hingegen Vereinigungen.

BVerwGE 134, 275 Rn. 16; Roth, ebd., § 3 VereinsG Rn. 13

Gemeint ist ersichtlich nicht die Strafbarkeit der Vereinigung, sondern Fälle, in denen es strafbar ist, sich in einer bestimmten Weise an einer (kriminellen, terroristischen oder verbotenen) Vereinigung zu beteiligen, z.B. als Gründer, Rädelsführer, Hintermann, Mitglied oder Unterstützer.

Allerdings erschiene es m.E. zu eng, Verdeckten Mitarbeitern lediglich die Gründung oder Rädelsführerschaft in Vereinigungen zu verbieten, wo dies als solches strafbar ist. Vielmehr sollten Verdeckte Ermittler, weil ihr Einsatz der Aufklärung verfassungsfeindlicher Bestrebungen dienen (vgl. § 9a Abs. 1 Satz 1 Entwurf) und nicht das Beobachtungsobjekt erst schaffen soll, ganz unabhängig von einer etwaigen Strafbarkeit weder Vereinigungen gründen noch maßgeblich beeinflussen, die verfassungsfeindliche Bestrebungen im Sinne des § 3 Abs. 1 BVerfSchG entfalten.

Formulierungsvorschlag

Verdeckte Mitarbeiter dürfen weder zur Gründung von Bestrebungen nach § 3 Absatz 1 Nr. 1, 3 oder 4 noch zur steuernden Einflussnahme auf derartige Bestrebungen eingesetzt werden.

4. Betätigung in und Unterstützung von solchen Personenzusammenschlüssen (§ 9a Abs. 2 Satz 2 Entwurf)

Allerdings müssen sie sich als Mitglieder oder Unterstützer in oder für derartige Personenzusammenschlüsse betätigen dürfen (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1 und 2 BVerfSchG), wenn sie beobachtungsrelevantes Insider-Wissen erlangen wollen. Bei den meisten durch die Verfassungsschutzbehörden zu beobachtenden Personenzusammenschlüssen ist die Mitgliedschaft oder Unterstützung nicht strafbar, so dass insoweit in Bezug auf den Ausschluss der Strafbarkeit kein Regelungsbedarf besteht.

Allerdings muss den Verdeckten Mitarbeitern eine Mitgliedschaft oder Unterstützung eben auch dann zugestanden werden, wenn die Mitgliedschaft in oder Unterstützung der betreffenden Vereinigung sonst strafbar wäre (s. hierzu bereits ausführlich oben B.IV.).

Formulierungsvorschlag

Sie dürfen in solchen Personenzusammenschlüssen oder für solche Personenzusammenschlüsse tätig werden, um deren Bestrebungen aufzuklären. Dies gilt auch, wenn die Mitgliedschaft oder Unterstützung einer solchen Vereinigung sonst strafbar wäre; beteiligt sich der Verdeckte Mitarbeiter als Mitglied oder Unterstützer, handelt er nicht rechtswidrig.

Alternativ könnten im Interesse größerer Klarheit die zulässigerweise zu verwirklichenden Tatbestände aufgezählt werden, die der Verdeckte Mitarbeiter straflos verwirklichen darf:

Sie dürfen in solchen Personenzusammenschlüssen oder für solche Personenzusammenschlüsse tätig werden, um deren Bestrebungen aufzuklären. Dies gilt auch, wenn die Mitgliedschaft oder Unterstützung einer solchen Vereinigung sonst strafbar wäre; beteiligt sich der Verdeckte Mitarbeiter als Mitglied oder Unterstützer, handelt er nicht rechtswidrig im Sinne

der § 84 Abs. 2, § 85 Abs. 2, § 129 Abs. 1, § 129a, § 129b i.V.m. §§ 129, 129a StGB oder § 20 VereinsG.

5. Begehung von nicht individualrechtsgutsverletzenden Straftaten im Rahmen des Einsatzes (§ 9 Abs. 2 Satz 3 Entwurf)

Die in § 9a Abs. 2 Satz 3 Entwurf geregelte „Beteiligung an Bestrebungen“ betrifft nach dem systematischen Zusammenhang und der Entwurfsbegründung

BT-Drucks. 18/4654, S. 26

nicht die allgemeine Betätigung in oder für einen verfassungsfeindlichen Personenzusammenhang, sondern hat spezifisch solche Handlungen im Auge, die an sich Straftatbestände verwirklichen.

Keine Rolle spielt hierbei, ob bereits die Mitgliedschaft in oder Unterstützung der betreffenden Vereinigung strafbar ist. Denn auch im Rahmen der Betätigung von Vereinigungen, bei denen Mitgliedschaft oder Unterstützung als solche nicht strafbar sind, werden nicht selten Straftaten begangen, beispielsweise bei (noch) nicht verbotenen verfassungsfeindlichen Parteien oder Vereinen.

Wie in § 9a Abs. 2 Satz 3 Entwurf unmittelbar zum Ausdruck kommt, stellt es eine Güterabwägung dar, ob und unter welchen Voraussetzungen eine rechtmäßige Tatbestandsverwirklichung zum Zwecke der Verfolgung vorrangiger Gemeinwohlinteressen zugelassen werden soll. Derartige Güterabwägungen sind der Rechtsordnung vielfach bekannt, und zwar gerade auch in sachverwandten Kontexten.

Hinzuweisen ist etwa auf § 86 Abs. 3, § 86a Abs. 3 StGB, wonach das Verbreiten von Propagandamitteln und das Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen nicht unter Strafe gestellt ist, wenn dies der staatsbürgerlichen Aufklärung, der Abwehr verfassungsfeindlicher Bestrebungen, der Kunst oder der Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre, der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte oder ähnlichen Zwecken dient. Dasselbe gilt nach § 130 Abs. 7 i.V.m. § 86 Abs. 3 StGB für die Verbreitung volksverhetzender Schriften und (seltsamerweise) für die Billigung, Verherrlichung und Verharmlosung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft oder der unter dieser begangenen Verbrechen (obschon insoweit kaum vorstellbar ist, dass § 86 Abs. 3 StGB greifen könnte), sowie nach § 130a Abs. 4 i.V.m. § 86 Abs. 3 StGB für die Verbreitung von Anleitungen zu Straftaten.

Entsprechende Erwägungen liegen den bereits erwähnten Vorschriften des § 89b Abs. 2 und § 91 Abs. 2 Nr. 2 StGB zugrunde, die den Straftatbestand ausschließen, wenn die Handlung ausschließlich der Erfüllung rechtmäßiger beruflicher oder dienstlicher

Pflichten dient. Gleiches gilt für die neue Vorschrift des § 184b Abs. 5, auch in Verbindung mit § 184c Abs. 6, § 184d Abs. 1 Satz 3, § 184e Abs. 2 Satz 3 StGB, wonach die Strafbarkeit ausgeschlossen ist, wenn die Handlung der rechtmäßigen Erfüllung staatlicher Aufgaben oder dienstlicher oder beruflicher Pflichten dient.

Diese Beispiele zeigen sehr deutlich, dass der Gesetzgeber gute Gründe haben kann, eine allgemein strafbare Handlung dann als nicht strafbar anzusehen, wenn sie legitimen und aufgrund einer Güterabwägung als vorrangig anzusehenden Zielen dient. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb es nicht zulässig sein sollte, jenseits dieser Tatbestände aufgrund einer Abwägung der widerstreitenden Rechtsgüter und Interessen – das durch eine Strafnorm geschützte Rechtsgut, der mit der verfassungsschutzbehördlichen Aufklärung verfolgte Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung – weitere Ausnahmen von der Strafbarkeit zu statuieren.

Wichtig ist der im Entwurf vorgesehene Ausschluss einer Beeinträchtigung von Individualrechtsgütern. Der Begriff des Individualrechtsguts ist sowohl im Polizei- als auch im Strafrecht seit langem eingeführt und in Abgrenzung zu den Gemeinschaftsrechtsgütern des Staates und der Allgemeinheit zu verstehen.

Vgl. etwa Denninger, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Teil D Rn. 28; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2013, Rn. 53 f.; aus der Rspr. nur BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 18.12.2014 – 2 BvR 209/14, 2 BvR 240/14, 2 BvR 262/14 –, juris, Rn. 45; BGHSt 38, 388 (390); BGH, Urteil vom 12.12.2013 – 3 StR 531/12 –, juris, Rn. 28 = BGHSt 59, 120; Urteil vom 10.02.2015 – 1 StR 488/14 –, juris, Rn. 27; VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 17.03.2015 – 14 L 474/15 –, juris, Rn. 18; VG Köln, Urteil vom 20.11.2014 – 20 K 1799/13 –, juris, Rn. 35

Gemeint sind nach dem Zusammenhang alle diejenigen Individualrechtsgüter, die durch eine Strafnorm geschützt sind. Hiernach kann niemand gezwungen werden, seine strafrechtlich geschützten Rechtsgüter zugunsten der verfassungsschutzbehördlichen Aufklärung verfassungsfeindlicher Bestrebungen aufzuopfern.

Formulierungsvorschlag

Verwirklicht der Verdeckte Mitarbeiter im Rahmen seines Einsatzes den Tatbestand einer Straftat, handelt er nicht rechtswidrig, wenn

- 1. durch die Tat keine Individualrechtsgüter verletzt werden,**
- 2. die Begehung solcher Taten von den an den Bestrebungen Beteiligten derart erwartet wird, dass sie zur Gewinnung und Sicherung der Informationszugänge unumgänglich ist, und**
- 3. die Tat nicht außer Verhältnis zur Bedeutung des aufzuklärenden Sachverhalts steht.**

6. Einstellungsbefugnis (§ 9a Abs. 3 Entwurf)

§ 9a Abs. 3 Entwurf greift eine Anregung der BLKR auf, die eine solche strafprozessuale Einstellungsmöglichkeit vorgeschlagen hat,

BLKR, Rn. 689

geht über diesen Vorschlag jedoch insoweit hinaus, als die Einstellungsmöglichkeit unter den näher spezifizierten Voraussetzungen auch bei gegen Individualrechtsgüter gerichteten Straftaten vorgesehen wird.

Derartige strafprozessuale Einstellungsmöglichkeiten sind kein Fremdkörper in der Rechtsordnung, sondern ausweislich der §§ 153 ff. StPO ein anerkanntes Mittel des Ausgleichs zwischen der grundsätzlichen Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörden auf das Legalitätsprinzip einerseits und das im konkreten Einzelfall zurücktretende staatliche Strafverfolgungsinteresse andererseits.

Gegenüber den allgemeinen Einstellungsregelungen des §§ 153 ff. StPO formuliert § 9a Abs. 3 Entwurf bereichsspezifisch Kriterien, die die Ermessensentscheidung der Staatsanwaltschaft leiten, allerdings nach ihrem Schutzzweck die allgemeinen Einstellungsbefugnisse gemäß §§ 153 ff. StPO nicht ausschließen.

Im Vergleich zu den sehr weitgehenden Möglichkeiten eines Absehens von Strafverfolgung bei bestimmten Staatsschutzdelikten wegen Entgegenstehens überwiegender öffentlicher Interessen (§ 153d StPO) und bei tätiger Reue (§ 153e StPO),

hierauf hinweisend OLG Düsseldorf, NStZ 2013, 590 (593)

den zahlreichen speziellen Möglichkeiten eines Absehens von Strafe bei tätiger Reue gerade in Bezug auf Staatsschutzdelikte (z.B. § 84 Abs. 5, § 85 Abs. 3, § 87 Abs. 3, § 89a Abs. 7, § 98 Abs. 2, § 99 Abs. 2, § 129 Abs. 6, § 129a Abs. 7 StGB, § 20 Abs. 2 Nr. 2 VereinsG),

auf § 129 Abs. 6 StGB hinweisend OLG Düsseldorf, NStZ 2013, 590 (593)

sowie schließlich der generellen Möglichkeit eines Absehens von Strafe bei Hilfe zur Aufdeckung oder Verhinderung bestimmter schwerer Straftaten gemäß § 46b Abs. 1 Satz 4 StGB erscheint die Einstellungsbefugnis gemäß § 9 Abs. 3 Entwurf weder ihrer Natur nach ungewöhnlich noch in der Sache überzogen.

Es sollte in Einklang mit dem Vorschlag der BLKR erwogen werden, die vorgesehene Einstellungsbefugnis als allgemeine Regelung in die Reihe der §§ 153 ff. StPO zu übernehmen. Hierdurch würde zum einen die in § 9a Abs. 3 Satz 5 Entwurf folgerichtig vor-

gesehene ausdrückliche Erstreckung auf Verdeckte Mitarbeiter der LfV überflüssig. Zum anderen würde die Einstellungsmöglichkeit dann auch für polizeiliche Verdeckte Ermittler gelten, die etwa nach dem BKAG, der StPO oder den Polizeigesetzen der Länder tätig sind; eine solche Erstreckung erschiene sachgerecht, da kein Grund ersichtlich ist, die besondere Einstellungsmöglichkeit lediglich für Mitarbeiter der Verfassungsschutzbehörden vorzusehen.

7. Erstreckung auf Verdeckte Mitarbeiter der LfV (§ 9a Abs. 3 Satz 5)

Nach § 9a Abs. 3 Satz 5 Entwurf gilt die Einstellungsmöglichkeit des § 9a Abs. 3 Satz 1 bis 4 Entwurf auch für die Verdeckten Mitarbeiter der LfV, über die Verweisungsnorm des § 9b Abs. 1 Entwurf sodann auch für die V-Personen der LfV. Diese Regelung ist zwar sachgerecht, greift jedoch möglicherweise zu kurz. Zumindest aus Gründen der Rechtssicherheit sollte erwogen werden, auch die Regelungen des § 9a Abs. 1 und 2 Entwurf auf die Verdeckten Mitarbeiter und V-Personen der LfV zu erstecken, soweit darin Rechtfertigungsgründe normiert sind.

Formulierungsvorschlag

Anstelle des § 9a Abs. 3 Satz 5 Entwurf könnte ein neuer § 9a Abs. 4 unter Berücksichtigung der vorstehenden Vorschläge wie folgt lauten:

Absatz 1 Satz 2 und Absatz 2 Satz 3 und 4 sowie Absatz 3 gelten auch in den Fällen der Landesbehörden für Verfassungsschutz.

VI. Vertrauensleute (§ 9b Entwurf)

Als neuer § 9b Vertrauensleute soll folgende Regelung in das BVerfSchG eingefügt werden:

(1) Für den Einsatz von Privatpersonen, deren planmäßige, dauerhafte Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Verfassungsschutz Dritten nicht bekannt ist (Vertrauensleute), ist § 9a entsprechend anzuwenden.

(2) Über die Verpflichtung von Vertrauensleuten entscheidet der Behördenleiter oder sein Vertreter. Als Vertrauensleute dürfen Personen nicht angeworben und eingesetzt werden, die

1. nicht voll geschäftsfähig, insbesondere minderjährig sind,
2. von den Geld- oder Sachzuwendungen für die Tätigkeit auf Dauer als alleinige Lebensgrundlage abhängen würden,
3. an einem Aussteigerprogramm teilnehmen oder
4. Mitglied des Europäischen Parlaments, des Deutschen Bundestages, eines Landesparlaments oder Mitarbeiter eines solchen Mitglieds sind.

Im Bundeszentralregister eingetragene Verurteilungen wegen eines Verbrechens oder zu einer Freiheitsstrafe, deren Vollstreckung nicht zur Bewährung ausgesetzt worden ist, schließen Anwerbung und Einsatz grundsätzlich aus.

1. Legitimität und verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Einsatzes von V-Leuten

Die Legitimität und verfassungsrechtliche Zulässigkeit des nachrichtendienstlichen Einsatzes von V-Leuten, wenn und weil oftmals nur auf diesem Wege interne, nicht öffentlich verfügbare Informationen über den Aufbau verfassungsfeindlicher Organisationen, ihre Führungspersonen, ihre wirklichen Ziele, interne Äußerungen und mündliche Erörterungen innerhalb der Organisation sowie die Planung und Durchführung konkreter Maßnahmen erlangt werden können,

vgl. hierzu BLKR, Rn. 633 ff.; Bergemann, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Teil H Rn. 85 f.; Borgs/Ebert, ebd., § 3 BVerfSchG Rn. 157 f.; Drewes, ebd., § 28 Rn. 41 ff.; Droste, ebd., S. 266 ff.; Martens, in: Heesen/Hönle/Peilert/Martens, BPolG, 5. Aufl. 2012, § 28 Rn. 41 ff.; Roth, ebd., § 8 BVerfSchG Rn. 26 ff.

ist wiederholt verfassungsgerichtlich bestätigt worden

vgl. BVerfGE 57, 250 (284); 109, 13 (34 f.); 109, 38 (60 f.); BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 11.01.2005 – 2 BvR 1389/04 –, juris, Rn. 2

und auch zum Zwecke der verfassungsschutzbehördlichen Beobachtung grundsätzlich anerkannt, sofern diese nicht auf Führungsebene der beobachteten Organisation tätig sind (vgl. hierzu § 9a Abs. 2 Satz 1 Entwurf).

Vgl. BVerfGE 107, 339 (365 ff., 391 ff.); BVerfG, Beschluss vom 19.03.2015 – 2 BvB 1/13 –, juris, Rn. 5 ff.

Die BLKR hat dargelegt, dass und weshalb es weiterhin einer Befugnis zum Einsatz von V-Leuten als nachrichtendienstliches Mittel bedarf.

BLKR, Rn. 633 ff., 802

2. Strafbarkeit/Straflosigkeit von V-Leuten

Nach § 9b Abs. 1 Entwurf ist u.a. auch § 9a Abs. 2 Entwurf und die sich hieraus ergebenden Rechtfertigungsgründe auf V-Leute anzuwenden.

In Bezug auf V-Leute kann man die Frage aufwerfen, worin die innere Rechtfertigung besteht, diese gemäß § 9b Abs. 1 i.V.m. § 9a Abs. 2 Entwurf ebenso wie Verdeckte Mitarbeiter in bestimmtem Umfang von der Strafbarkeit auszunehmen. Denn anders als Verdeckte Ermittler, die gezielt in zu beobachtende Organisationen eingeschleust werden, kommen V-Leute in aller Regel aus solchen Organisationen, in die sie vorab

freiwillig eingetreten waren und in denen sie sich aus eigenem Antrieb freiwillig betätigt haben.

Diesbezüglich ist zunächst klarzustellen, dass § 9b Abs. 1 i.V.m. § 9a Abs. 2 Entwurf nicht bereits vor Verpflichtung als V-Person verwirklichte Straftaten erfasst, also nicht zu einer rückwirkenden Straflosigkeit führt. Denn § 9a Abs. 2 Satz 3 Entwurf stellt ausdrücklich auf „im Einsatz“ begangene Taten ab, eine V-Person ist jedoch erst ab ihrer Verpflichtung „im Einsatz“. Dass sich eine Person als V-Person anbietet und verpflichtet wird, ist also kein Weg, einer Strafbarkeit für bereits verwirklichte Straftaten zu entgehen, vielmehr ist diese Bereitschaft allein bei Anwendung der allgemeinen Einstellungsregeln sowie den Vorschriften über ein mögliches Absehen von Strafe und im übrigen bei der Strafzumessung zu würdigen.

Problematischer ist die Behandlung der Organisationsdelikte im Falle einer strafbaren Mitgliedschaft in einer Organisation, da es sich bei diesen grundsätzlich um Dauerdelikte handelt. Richtig erschien es mir, hier eine Zäsurwirkung der Verpflichtung als V-Person anzunehmen. Danach würde auch eine zuvor bereits verwirklichte strafbare Mitgliedschaft von § 9b Abs. 1 i.V.m. § 9a Abs. 2 Satz 2 Entwurf nicht betroffen und entfielen diese Strafbarkeit auch nicht rückwirkend. Ebenso wie bei anderen Straftaten wäre die spätere Bereitschaft einer Zusammenarbeit als V-Person wiederum über die allgemeinen Einstellungsregeln der §§ 153 ff. StPO und die Strafzumessung zu berücksichtigen, wobei hier dem Gedanken der tätigen Reue besonderes Gewicht beizumessen sein dürfte, wenn der Betroffene zur Aufklärung der Aktivitäten der betreffenden Organisation beiträgt und damit für die Zukunft Schlimmeres verhindert (vgl. § 153e StPO, § 46b Abs. 1 StGB).

Jedenfalls in Bezug auf die nach der Verpflichtung als V-Person verwirklichten Teile der Organisationsdelikte und die nicht individualrechtsgüterverletzenden Delikte erscheint es jedoch sowohl in Bezug auf die V-Person als auch dessen Führungsbeamten richtig, diese insoweit ebenso wie Verdeckte Mitarbeiter von der Strafbarkeit auszunehmen. Man kann zwar naturgemäß nicht wissen, ob die betreffende Person ohne ihre Verpflichtung als V-Person weiterhin in der betreffenden Organisation aktiv geblieben wäre oder ob sie sonst – früher oder später – ausgetreten oder ihre Aktivitäten zumindest reduziert hätte. Andererseits kann man von Rechts wegen auch nicht einfach jede V-Person als omnimodo facturus betrachten und unterstellen oder fingieren, dass sie ihre strafbaren Aktivitäten auf jeden Fall fortgesetzt hätte. Dann aber muss man in Rechnung stellen, dass die Verpflichtung als V-Person und die Gewährung von Geld- und Sachzuwendungen die Motivation, in der Organisation zu verbleiben, um aus dieser Interna berichten zu können, beeinflusst. Lässt sich aber nicht ausschließen, dass diese staatliche Einflussnahme für die weitere, sonst strafbare Mitgliedschaft oder Unterstüt-

zung (mit)bestimmend ist, dann ist es nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber aufgrund der anzustellenden Güterabwägung insoweit eine Strafflosigkeit vorsieht.

Hervorzuheben ist, dass auch das OLG Düsseldorf in seiner bereits zitierten Entscheidung vom 06.09.2011 nicht in Zweifel gezogen hat, dass es legitime gesetzgeberische Gründe gibt, V-Personen von der Strafbarkeit auszunehmen. Es hat allein das Fehlen einer diesbezüglichen gesetzlichen Regelung bemängelt, nicht etwa angenommen, dass eine solche Regelung unangemessen wäre.

3. Behördenleitervorbehalt (§ 9b Abs. 2 Entwurf)

Nach § 9b Abs. 2 Satz 1 Entwurf entscheidet über die Verpflichtung von V-Leuten der Behördenleiter (Präsident des BfV) oder sein Stellvertreter.

Angesichts der Streitfrage, die sich bei § 9 Abs. 1 G 10 ergeben hat, ob dort mit dem Stellvertreter des Behördenleiters allein der ständige Vertreter gemeint ist oder auch ein Abteilungsleiter in Betracht kommt, der nach der amtsinternen Vertretungsregelung vertretungsbefugt ist, wäre eine nähere Klarstellung in § 9b Abs. 2 Satz 1 empfehlenswert, insbesondere ob als Stellvertreter des Behördenleiters im Sinne dieser Vorschrift außer dem Vizepräsidenten des BfV auch die Ständige Vertreterin des Vizepräsidenten anzusehen ist.

Sofern als Stellvertreter im Sinne dieser Vorschrift auch ein Abteilungsleiter in Betracht kommen soll, wäre dies zumal mit Blick auf die Regelung des § 12 Abs. 3 Satz 2 Entwurf, die sonst nämlich einen Umkehrschluss nahelegen wird, klarzustellen.

Gegebenenfalls ließe sich danach differenzieren, dass für Verpflichtungen im allgemeinen auch der zuständige Abteilungsleiter befugt ist, während Ausnahmeentscheidungen nach § 9b Abs. 2 Satz 3 Entwurf nur der Präsident/Vizepräsident/Ständige Vertreterin des Vizepräsidenten treffen können.

4. Grundsätzlicher Ausschluss Vorbestrafter von der Verpflichtung als V-Personen (§ 9b Abs. 2 Satz 3 Entwurf)

Hinsichtlich des in § 9b Abs. 2 Satz 3 Entwurf vorgesehenen grundsätzlichen Ausschlusses als V-Person wegen eines Verbrechens oder zu einer nicht zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe Verurteilter scheint mir unklar zu sein, worauf dieser grundsätzliche Ausschluss beruht, ob auf der Überlegung, dass es eines Rechtsstaates unwürdig ist, mit solchen Personen zusammenzuarbeiten (Unwürdigkeit),

in diese Richtung wohl NSU-UA zum Fall „Piatto“, BT-Drucks. 17/14600, S. 857

ob auf der Überlegung, dass solche Personen indiziell unzuverlässig sind (Unzuverlässigkeit),

in diese Richtung Entwurfsbegründung, BT-Drucks. 18/4654, S. 28

oder auf einer Kombination beider Gesichtspunkte. Die Frage ist insofern von Belang, als hiervon die Rechtmäßigkeit der Ausnahmeentscheidung, eine Person ungeachtet ihrer Vorstrafe als V-Person einzusetzen, abhängen kann.

Die Erkenntnis, dass bei V-Personen angesichts ihrer voraussetzungsgemäß gegebenen Verankerung im verfassungsfeindlichen, kriminellen oder gar gewaltbereiten Milieu der zu beobachtenden Bestrebungen Vorsicht obwalten muss, gilt fraglos erst recht bei solchen Personen, die Vorstrafen aufweisen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass es sich – und zwar unabhängig vom Grund für den Ausschluss – bei der Ausschlussklausel um eine sehr pauschale Regelung handelt, die allein an die Qualifikation der Straftat als Verbrechen respektive an die Höhe der Strafe anknüpft, und nicht an die Natur der Straftat, z.B. ob sie gegen Leben, körperliche Unversehrtheit und Freiheit von Menschen gerichtet war, ob sie Vermögensinteressen einzelner oder der Allgemeinheit betroffen hat etc. Auch darf nicht übersehen werden – das Phänomen ist aus dem Bereich der OK gut bekannt –, dass nicht selten eher die untergeordneten Handlanger die Verurteilungen kassieren, während den „Bossen“ nichts nachzuweisen ist. Da es allerdings schwierig wäre, insoweit eine differenzierende Gesetzesvorschrift zu formulieren, die die verschiedenen hier anzustellenden Erwägungen zutreffend erfasst, dürfte die im Entwurf gefundene Lösung eines grundsätzlichen Ausschlusses mit Ausnahmemöglichkeit, die im Einzelfall unter Abwägung aller Umstände einen Einsatz Vorbestrafter als V-Person ermöglicht, vorzugswürdig sein. Denn dass es solche Ausnahmemöglichkeiten geben muss, auch Personen mit den genannten Vorstrafen als V-Leute zu gewinnen, kann nicht zweifelhaft sein.

Der grundsätzliche Ausschluss bestimmter Vorbestrafter als V-Personen dient allein dem *öffentlichen Interesse*, nämlich dem Schutz des Ansehens des Staates und des Funktionierens des Verfassungsschutzes. Es handelt sich nicht etwa um eine Schutzvorschrift zugunsten der zu beobachtenden Personenzusammenschlüsse und Personen. Das etwaige objektive Nichtvorliegen von Ausnahmegründen für den Einsatz Vorbestrafter als V-Personen macht also nicht deren Einsatz gegenüber dem Beobachtungsobjekt rechtswidrig, sofern der Einsatz formell ordnungsgemäß angeordnet worden ist. Gegenüber der Verwertung von Informationen solcher V-Leute kann daher in Gerichtsverfahren nicht eingewandt werden, es habe kein Ausnahmefall vorgelegen, der betreffende Vorbestrafte habe nicht als V-Mann angeworben werden dürfen, es bestehe ein Verwertungsverbot. Hiervon unberührt bleibt selbstverständlich die sowieso immer bestehende

Notwendigkeit, die Glaubwürdigkeit von Informationen von V-Leuten im Einzelfall zu prüfen und zu bewerten.

Formulierungsvorschlag

Zu erwägen ist, § 9b Abs. 3 Satz 3 als Soll-Vorschrift zu formulieren, da die rechtliche Bedeutung von Soll-Bestimmungen geläufig ist und dann gar nicht erst die Frage aufkommen kann, ob der Begriff „grundsätzlich“ ein anderes ausdrücken soll:

Als Vertrauensleute sollen Personen nicht angeworben und eingesetzt werden, bei denen im Bundeszentralregister ungetilgte Eintragungen von Verurteilungen wegen eines Verbrechens oder zu einer Freiheitsstrafe, deren Vollstreckung nicht zur Bewährung ausgesetzt worden ist, enthalten sind.

VII. Personenbezogene Daten Dritter in Unterlagen (§ 10 Abs. 2 Entwurf)

Der Entwurf sieht die Einfügung folgender Vorschrift als § 10 Abs. 2 vor:

Unterlagen, die nach Absatz 1 gespeicherte Angaben belegen, dürfen auch gespeichert werden, wenn in ihnen weitere personenbezogene Daten Dritter enthalten sind. Eine Abfrage von Daten Dritter ist unzulässig.

Stellungnahme

Die Ergänzung ist überzeugend. Bereits bisher dürfen Unterlagen, die zur Aufgabenerfüllung in Akten aufgenommen werden, auch personenbezogene Daten Dritter enthalten, da andernfalls das Ursprungsdokument nicht oder nicht vollständig als Beleg zur Verfügung stünde. Es entspricht einem praktischen Bedürfnis, die vollständige Speicherung der Ursprungsunterlagen auch in Dateien zuzulassen.

Das berechtigte Datenschutzinteresse des Dritten bleibt trotz dieser erweiterten Speichermöglichkeit hinreichend geschützt. Zum einen ist die Abfrage seiner Daten gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 Entwurf ausgeschlossen, d.h. eine gezielte Recherche nach seinen in solchen gespeicherten Unterlagen enthaltenen Daten ist unzulässig. Zum anderen beschränkt § 6 Abs. 2 Satz 8 Entwurf den Zugriff auf Unterlagen auf den Personenkreis, der unmittelbar in dem betreffenden Arbeitsgebiet tätig ist; hierdurch ist eine bereichsübergreifende Kenntnisnahme von Unterlagen mit etwaigen darin enthaltenen personenbezogenen Daten Dritter ausgeschlossen.

VIII. Übergang vom Behördenleiter- zum Abteilungsleitervorbehalt bei Verlängerung der Speicherfrist

Nach § 12 Abs. 3 Satz 2 Entwurf soll künftig über eine Verlängerung der Speicherfrist über die gesetzliche Höchstspeicherdauer von zehn Jahren hinaus statt wie bisher der Behördenleiter oder sein Vertreter künftig die zuständige Abteilungsleitung oder deren Vertretung entscheiden.

1. Abteilungsleitervorbehalt

Aufgrund der Umstrittenheit der Frage, ob als Vertreter des Behördenleiters auch die Abteilungsleiter anzusehen sind, ist diese Klärung sinnvoll. Die Bedeutung der Entscheidung, die Speicherungsfrist zu verlängern, ist nicht derart, dass sie eine Entscheidung des Präsidenten oder Vizepräsidenten erfordern würde.

2. Zu erörtern: Verlängerung der Speicherfrist auf 15 Jahre

Es ist zu überlegen, ob nicht entsprechend dem Beschluss der IMK (196. Sitzung vom 07.12.2012) wieder eine 15jährige Speicherfrist vorgesehen werden sollte. Es ist nämlich fraglich, ob allein die „Herabstufung“ der Entscheidungsbefugnis über die Verlängerung das Problem beheben kann, dass womöglich Daten, die sich nachträglich als doch bedeutsam erweisen, schon gelöscht worden sind.

Denn die Verlängerung der Speicherfrist ist nach § 12 Abs. 3 Satz 2 BVerfSchG nur „im Einzelfall ausnahmsweise“ zulässig. Eine solche Ausnahmeentscheidung setzt folglich konkrete Gründe voraus, weshalb die bisher gespeicherten und nun zur Löschung anstehenden Daten nicht zu löschen seien, insbesondere also weshalb sie noch benötigt werden könnten.

Da diese Ausnahmeklausel gesetzssystematisch nicht immer schon dann erfüllt sein kann, wenn nicht die Voraussetzungen einer positiven Lösungsentscheidung nach § 12 Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG erfüllt sind, können sich hieraus Lücken ergeben, z.B. bei im Untergrund oder sonst konspirativ arbeitenden Bestrebungen, die sich über viele Jahre unauffällig verhalten (z.B. „Schläfer“), wenn erst nach Ablauf der 10 Jahre erkannt wird, dass die Daten eigentlich noch benötigt würden. Eine Rückkehr zur 15-Jahres-Frist würde hier die Gefahr möglicher Speicherlücken reduzieren, was gerade bei langfristig planenden und/oder konspirativ agierenden und damit besonders gefährlichen Bestrebungen sinnvoll erschiene.

Eine übermäßige Datenspeicherung wäre damit nicht verbunden, da von einer Verlängerung der Höchstspeicherfrist weder die anlassbezogene Löschung nach § 12 Abs. 2 BVerfSchG noch die Regelprüfung gemäß § 12 Abs. 3 Satz 1 BVerfSchG tangiert wäre.

Ob es im Falle einer Verlängerung der Höchstspeicherfrist auf 15 Jahre beim Behördenleitervorbehalt bleiben oder auch dann auf den Abteilungsleitervorbehalt übergegangen werden sollte, wäre zu erörtern.

IX. Verwendung und Berichtigung personenbezogener Daten in Akten (§ 13 Abs. 3 und 4 Entwurf)

§ 13 Abs. 3 und 4 Entwurf sieht zur „Verwendung und Berichtigung personenbezogener Daten in Akten“ folgende Ergänzung vor:

(3) Eine Akte ist zu vernichten, wenn sie insgesamt zur Erfüllung der Aufgaben des Bundesamtes für Verfassungsschutz nicht oder nicht mehr erforderlich ist. Die Erforderlichkeit ist bei der Einzelfallbearbeitung und nach festgesetzten Fristen, spätestens nach fünf Jahren, zu prüfen. Für die Vernichtung einer Akte, die zu einer Person im Sinne des § 10 Absatz 1 Nummer 1 geführt wird, gilt § 12 Absatz 3 Satz 2 entsprechend. Eine Vernichtung unterbleibt, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass durch sie schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt würden. In diesem Fall ist die Akte zu sperren und mit einem entsprechenden Vermerk zu versehen. Sie darf nur für den Zweck verwendet werden, für den sie gesperrt worden ist oder wenn es zur Abwehr einer erheblichen Gefahr unerlässlich ist. Eine Vernichtung der Akte erfolgt nicht, wenn sie nach den Vorschriften des Bundesarchivgesetzes dem Bundesarchiv zur Übernahme anzubieten und zu übergeben ist.

(4) Akten oder Auszüge aus Akten dürfen auch in elektronischer Form geführt werden. Insoweit kommen die Regelungen über die Verwendung und Berichtigung personenbezogener Daten in Akten zur Anwendung. Eine Abfrage personenbezogener Daten ist insoweit nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 10 Absatz 1 Nummer 1 und 2 oder § 11 Absatz 1 Satz 3 vorliegen. Der automatisierte Abgleich dieser personenbezogenen Daten ist nur beschränkt auf Akten eng umgrenzter Anwendungsgebiete zulässig. Bei jeder Abfrage sind für Zwecke der Datenschutzkontrolle der Zeitpunkt, die Angaben, die die Feststellung der abgefragten Daten ermöglichen, sowie Angaben zur Feststellung des Abfragenden zu protokollieren. Die protokollierten Daten dürfen nur für Zwecke der Datenschutzkontrolle, der Datensicherung oder zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Betriebs der Datenverarbeitungsanlage verwendet werden. Die Protokolldaten sind am Ende des Kalenderjahres, das dem Jahr der Protokollierung folgt, zu löschen.

1. Elektronische Akten (§ 13 Abs. 4 Satz 1 und 2 Entwurf)

Es entspricht der Vorgabe des § 6 Satz 3 EGovG, dass bei Führen elektronischer Akten die Grundsätze ordnungsgemäßer Aktenführung eingehalten werden müssen und dies durch geeignete technisch-organisatorische Maßnahmen nach dem Stand der Technik sicherzustellen ist. Zu diesen Grundsätzen ordnungsgemäßer Aktenführung gehören die Aktenwahrheit und Aktenvollständigkeit. Schon dies spricht dafür, dass Unterlagen im Falle elektronischer Aktenführung unverfälscht und vollständig eingescannt oder sonstwie in die elektronische Akte überführt werden müssen. In § 7 Abs. 1 Satz 1 und 2 EGovG ist in Einklang hiermit ausdrücklich bestimmt, dass im Falle der elektronischen

Aktenführung an Stelle von Papierdokumenten deren elektronische Wiedergabe in der elektronischen Akte aufbewahrt werden soll und bei der Übertragung sicherzustellen ist, dass die elektronischen Dokumente mit den Papierdokumenten bildlich und inhaltlich übereinstimmen.

Es ist daher gesetzssystematisch stimmig und folgerichtig, auf elektronische Akten die Vorschriften über Akten anzuwenden und nicht die über Dateien (§ 13 Abs. 4 Satz 2 Entwurf), insbesondere auch hinsichtlich der in §§ 12 und 13 BVerfSchG differenziert geregelten Berichtigung, Löschung bzw. Sperrung.

2. Recherchemöglichkeit in elektronischen Akten (§ 13 Abs. 4 Satz 3 und 4 Entwurf)

Dass hinsichtlich der elektronischen Akten die Regelungen über die Verwendung und Berichtigung personenbezogener Daten in Akten anwendbar sind (§ 13 Abs. 4 Satz 2 Entwurf), schließt es nicht aus, dem BfV die Recherchemöglichkeiten einzuräumen, die sich aus der elektronischen Speicherung technisch eröffnen. Bedenken hiergegen bestehen nicht, wenn diese Recherchemöglichkeiten nicht über das hinausgehen, was auch bei Recherchen in Dateien zulässig ist. Auch soweit es um personenbezogene Daten geht, macht es aus Sicht des Betroffenen keinen Unterschied, ob diese in Dateien oder in elektronischen Akten gesucht werden.

§ 13 Abs. 4 Satz 3 Entwurf begrenzt die Recherchemöglichkeit in elektronischen Akten auf die Fälle des § 10 Abs. 1 Nr. 1 und 2 sowie § 11 Abs. 1 Satz 3 BVerfSchG. Denn in diesen Fällen dürfte das BfV die betreffenden Daten auch nutzen, wenn sie in Dateien gespeichert wären, und es ist daher folgerichtig, diese Nutzung in Form der Abfrage auch zuzulassen, wenn die betreffenden personenbezogenen Daten in einer elektronischen Akte enthalten sind.

Die in § 13 Abs. 4 Satz 4 Entwurf vorgesehene Regelung, dass der automatisierte Abgleich dieser personenbezogenen Daten in elektronischen Akten „nur beschränkt auf Akten eng umgrenzter Anwendungsgebiete zulässig ist“, soll die Recherchemöglichkeiten einschränken, wirft aber die Schwierigkeit auf, dass das Tatbestandsmerkmal „eng umgrenzt“ recht unbestimmt ist und deshalb bei der praktischen Umsetzung Unsicherheiten verursachen könnte.

Nach der Entwurfsbegründung geht es bei der Zulassung einer solchen Aktenauswertung darum, dass zwar an sich bei fehlerfreier Datenpflege in NADIS die Recherche in Dateien genügen und eine Recherche auch in den elektronischen Akten nicht erforderlich werden würde, dass aber eine vollständig fehlerfreie Bearbeitung bei Massenvorgängen nicht zu gewährleisten ist und deshalb die Möglichkeit einer Informationsrecherche im Aktenbestand bestehen muss.

In der Tat kann auch bei sorgfältiger Sachbearbeitung nie ausgeschlossen werden, dass nicht alle aufgabenrelevanten personenbezogenen Daten in die Dateien übernommen werden, sei es aufgrund eines Bearbeitungsfehlers, sei es weil ihre Bedeutung ex ante gar nicht zu erkennen war. Deshalb muss zumindest in Ausnahmefällen die Möglichkeit bestehen, mittels einer Aktenrecherche auch nachträglich zu überprüfen, ob in den (elektronischen) Akten möglicherweise zunächst übersehene aufgabenrelevante personenbezogene Daten gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1 und 2, § 11 Abs. 1 Satz 3 BVerfSchG enthalten sind. Angesichts dieser Zielsetzung ist zu überlegen, die Recherchebefugnis in elektronischen Akten durch Umschreibung dieses Zweckes statt durch eine nur schwer greifbare thematische Einschränkung einzuschränken.

Unverständlich bleibt angesichts der in § 13 Abs. 4 Satz 3 und 4 Entwurf vorgesehenen Begrenzung der Abfrage bzw. des Abgleichs personenbezogener Daten in elektronischen Akten der Einwand, es ermangele gesetzlicher Grenzen für die Möglichkeit der elektronischen Datenauswertung.

So aber BfDI, Schreiben vom 19.05.2015, S. 6, Ausschuss-Drucks. 18(4)318

3. Protokollierung (§ 13 Abs. 4 Satz 5 bis 7 Entwurf)

Durch die in § 13 Abs. 4 Satz 5 bis 7 Entwurf (entspricht § 6 Abs. 3 Satz 2, 4 und 5 Entwurf) vorgeschriebene Protokollierung wird eine effektive Datenschutzkontrolle sichergestellt.

Sinnvoll wäre es, auch in § 13 Abs. 4 Entwurf eine dem § 6 Abs. 3 Satz 3 Entwurf entsprechende Vorschrift aufzunehmen, dass die Auswertung der Protokolldaten nach dem Stand der Technik zu gewährleisten ist.

X. Sofortanordnung des BfV bezüglich Dateianordnung (§ 14 Abs. 3 Entwurf)

Die in § 14 Abs. 3 Entwurf vorgesehene neue Regelung

Ist im Hinblick auf die Dringlichkeit der Aufgabenerfüllung die vorherige Mitwirkung der in Absatz 1 genannten Stellen nicht möglich, so kann das Bundesamt für Verfassungsschutz eine Sofortanordnung treffen. Das Verfahren nach Absatz 1 ist unverzüglich nachzuholen.

entspricht § 34 Abs. 3 BKAG und ist als solches sachgerecht.

XI. Auskunftsanspruch in Bezug auf Akten (§ 15 Abs. 1 Satz 2 Entwurf)

Als neuer § 15 Abs. 1 Satz 2 soll der bisher schon in § 15 Abs. 1 Satz 1 Auskunftsanspruch unter bestimmten Umständen auf Akten erstreckt werden:

Zu personenbezogenen Daten in Akten erstreckt sich die Auskunft auf alle Daten, die über eine Speicherung gemäß § 10 Absatz 1 auffindbar sind.

Die Regelung ist zur Klarstellung geboten.

Das VG Köln hatte mit Urteil vom 13.12.2007 entschieden, dass sich der Auskunftsanspruch gemäß § 15 Abs. 1 BVerfSchG lediglich auf die Personenakte des Betroffenen bezieht und keinen Anspruch auf Erteilung von Auskunft über personenbezogene Daten außerhalb der Personenakte des Betroffenen (d.h. Sachakten oder Personenakten Dritter) gibt.

VG Köln, Urteil vom 13.12.2007 – 20 K 6242/03 –, juris, Rn. 23 ff.

Das OVG Münster hat diese Auslegung mit Beschluss vom 13.02.2009 bestätigt, dass der Auskunftsanspruch gemäß § 15 Abs. 1 BVerfSchG gegenüber dem BfV nicht in Bezug auf in Sachakten gespeicherte personenbezogene Daten besteht, wenn diese nicht über eine NADIS-Speicherung gezielt zu der Person gespeichert sind.

OVG Münster, Beschluss vom 13.02.2009 – 16 A 844/08 –, juris, Rn. 5 ff.

Die Verfassungsbeschwerde gegen den Beschluss des OVG Münster vom 13.02.2009 wurde vom Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen.

BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 17.05.2011 – 1 BvR 780/09 –, juris

Die hiernach einfachgesetzlich geklärte und verfassungsgerichtlich nicht beanstandete Auslegung des § 15 Abs. 1 BVerfSchG ist jedoch dadurch wieder unsicher geworden, dass das Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil vom 24.03.2010 zur Auskunftspflichtung des BND gemäß § 7 BNDG i.V.m. § 15 Abs. 1 BVerfSchG entschieden hat, diese hänge nicht davon ab, ob die Daten in einer zur Person des Betroffenen geführten Akte gespeichert worden sind, sondern gelte für alle zu seiner Person gespeicherten Daten, auch wenn diese in Sachakten gespeichert seien.

BVerwG, Urteil vom 24.03.2010 – 6 A 2.09 –, juris, Rn. 29 ff.

Ungeachtet der unterschiedlichen Aktenführung von BfV und BND

vgl. hierzu BT-Drucks. 18/4654, S. 37

hat das VG Köln daraufhin mit Urteilen vom 27.03.2014 in Abweichung von seiner früheren, durch das OVG Münster bestätigten Rechtsprechung entschieden, dass der Auskunftsanspruch gemäß § 15 Abs. 1 BVerfSchG gegenüber dem BfV in Bezug auf in Sachakten gespeicherte personenbezogene Daten unabhängig davon bestehe, ob diese über eine NADIS-Speicherung gezielt zu der Person gespeichert sind.

VG Köln, Urteil vom 27.03.2014 – 20 K 6717/12 –, juris, Rn. 23
ff.; Urteil vom 27.03.2014 – 20 K 6112/09 –

Die Urteile sind nicht rechtskräftig; der Zeitpunkt einer abschließenden Klärung ist nicht abzusehen. Es ist sinnvoll, die Frage einer klaren gesetzlichen Regelung zuzuführen.

Die vorgeschlagene Regelung orientiert sich an der – mit Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde auch verfassungsgerichtlich bestätigten – Rechtsprechung des OVG Münster, die eine konkordanzgerechte Abwägung der berührten individuellen Auskunftsinteressen und des verwaltungsmäßigen Interesses des BfV darstellt, nicht mit u.U. erheblichem Verwaltungsaufwand allein zur Erteilung von Auskünften Sachakten nach personenbezogenen Daten durchsuchen zu müssen, obschon genau diese Suche im Rahmen der Aufgabenerfüllung nicht zulässig wäre. Nach § 15 Abs. 1 Satz 2 Entwurf besteht demgegenüber kein Anspruch auf Auskunft über personenbezogene Daten, wenn diese nicht mittels einer nach § 10 Abs. 1 BVerfSchG ermöglichten Suche auffindbar sind.

Hervorzuheben ist, dass § 15 Abs. 1 Entwurf auch in seiner ergänzten Form lediglich den Auskunftsanspruch regelt und den von der Rechtsprechung daneben anerkannten Anspruch, dass das BfV bei Nichtbestehen eines Auskunftsanspruchs eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über eine Auskunftserteilung zu treffen, unberührt lässt.

XII. Verfassungsschutz durch Aufklärung der Öffentlichkeit (§ 16 Entwurf)

Die Vorschrift des § 16 BVerfSchG über die „Berichtspflicht des Bundesamtes für Verfassungsschutz“ soll in wesentlichen Teilen neu gefasst und nunmehr allgemeiner die Aufgabe sowohl des BfV als auch des BMI als „Verfassungsschutz durch Aufklärung der Öffentlichkeit“ definiert werden:

(1) Das Bundesamt für Verfassungsschutz informiert die Öffentlichkeit über Bestrebungen und Tätigkeiten nach § 3 Absatz 1 oder tatsächliche Anhaltspunkte hierfür sowie über präventiven Wirtschaftsschutz.

(2) Das Bundesministerium des Innern informiert die Öffentlichkeit über Bestrebungen und Tätigkeiten nach § 3 Absatz 1 oder tatsächliche Anhaltspunkte hierfür mindestens einmal jährlich in einem zusammenfassenden Bericht insbesondere zu aktuellen Entwicklungen. In dem Bericht sind die Zuschüsse des Bundes-

haushaltes an das Bundesamt für Verfassungsschutz und den Militärischen Abschirmdienst sowie die jeweilige Gesamtzahl ihrer Bediensteten anzugeben.

(3) Bei der Information nach den Absätzen 1 und 2 dürfen auch personenbezogene Daten bekanntgegeben werden, wenn die Bekanntgabe für das Verständnis des Zusammenhanges oder der Darstellung von Organisationen oder unorganisierten Gruppierungen erforderlich ist und die Interessen der Allgemeinheit das schutzwürdige Interesse des Betroffenen überwiegen.

1. Information der Öffentlichkeit durch das BfV (§ 16 Abs. 1 Entwurf)

Die Änderung erscheint sinnvoll; die Information der Öffentlichkeit unmittelbar auch durch das BfV entspricht einem praktischen Bedürfnis. Der Wegfall der bisherigen Regelung des § 16 Abs. 1 BVerfSchG, wonach das BfV das BMI über seine Arbeit unterrichtet, ist unproblematisch, da das BMI ohnehin die Dienst-, Rechts- und Fachaufsicht über das BfV führt (§ 2 Abs. 1 Satz 2 BVerfSchG) und sich schon hieraus sowohl eine Unterrichtungspflicht des BfV als auch ein jederzeitiges Auskunftsrecht des BMI ergibt.

2. Verdachtsfallberichterstattung (§ 16 Abs. 1 und 2 Satz 2 Entwurf)

Nach dem „Junge Freiheit“-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24.05.2005 ist es verfassungsrechtlich unbedenklich, bei entsprechender gesetzlicher Ermächtigung die Öffentlichkeit auch über Verdachtsfälle zu unterrichten, sofern die tatsächlichen Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Bestrebungen hinreichend gewichtig sind, um die Veröffentlichung in Verfassungsschutzberichten auch angesichts der nachteiligen Auswirkungen auf die Betroffenen zu rechtfertigen

BVerfGE 113, 63 (80 ff.); BVerwG, Urteil vom 26.06.2013 – 6 C 4/12 –, juris, Rn. 12

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 26.06.2013 entschieden, dass sich § 16 Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG in seiner gegenwärtigen Fassung nicht mit der gebotenen Bestimmtheit entnehmen lasse, dass er in formeller Hinsicht das BMI über die eindeutig von der Norm erfassten Fälle, in denen Gewissheit über verfassungsfeindliche Bestrebungen besteht, auch zur Berichterstattung in Fällen ermächtigt, in denen tatsächliche Anhaltspunkte erst einen dahingehenden Verdacht begründen.

BVerwG, Urteil vom 26.06.2013 – 6 C 4/12 –, juris, Rn. 12 ff.

Die vorgeschlagene Ergänzung schließt die sich im Bundesrecht hieraus ergebende Informationslücke. Es besteht ein dringendes Interesse daran, die Öffentlichkeit in geeigneter Weise über Bestrebungen unterrichten zu können, deren Verfassungsfeindlichkeit zwar womöglich noch nicht als erwiesen angesehen werden kann, bei denen jedoch hinreichend gewichtige tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sie verfassungsfeindliche Bestrebungen verfolgen. Diese Notwendigkeit lässt sich anhand von Beispielfällen aus der Praxis zeigen:

- erst kürzlich gegründete Vereinigungen, die beträchtliche tatsächliche Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Bestrebungen bieten, die jedoch noch nicht lange genug bestehen, um schon eine abschließende Bewertung zu erlauben,
- Vereinigungen, die möglicherweise bewusst versuchen, ihre wahren Ziele zu verschleiern oder zu verharmlosen, so dass deren Aufklärung noch nicht abgeschlossen ist,
- Vereinigungen, die in sich mehrere Flügel oder Strömungen aufweisen, bei denen einige klar verfassungsfeindliche Tendenzen aufweisen, andere eher gemäßigt erscheinen, bei denen jedoch der Richtungsstreit noch nicht entschieden ist.

In derartigen Fällen hat die Öffentlichkeit ein berechtigtes Interesse daran, über diese solche Anhaltspunkte aufweisenden Vereinigungen und ihre Bestrebungen unterrichtet zu werden.

Hiervon unberührt bleibt die von der Rechtsprechung aufgestellte Anforderung, bei derartigen Berichterstattungen in geeigneter Weise deutlich zu machen, dass es sich um einen „Verdachtsfall“ handelt, dass also BfV bzw. BMI nicht von einem Fall erwiesener Verfassungsfeindlichkeit ausgehen, sondern – nur, aber immerhin – diesbezügliche hinreichend gewichtige tatsächliche Anhaltspunkte festgestellt haben.

Formulierungsvorschlag

Angesichts des streng formalen und sehr am Wortlaut bleibenden Auslegungsansatzes im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26.06.2013 könnte die im Entwurf vorgeschlagene Formulierung „oder tatsächliche Anhaltspunkte hierfür“ möglicherweise das Missverständnis hervorrufen, BfV und BMI dürften nur über die tatsächlichen Anhaltspunkte für verfassungsfeindliche Bestrebungen als solche berichten, müssten sich also auf eine Darlegung der tatsächlichen Anhaltspunkte beschränken, während es richtigerweise darum gehen muss, die Öffentlichkeit auch über die aus diesen Anhaltspunkten zu ziehenden Schlussfolgerungen hinsichtlich der Bewertung der betreffenden Bestrebungen informieren zu dürfen.

Es würde sich daher anbieten, § 16 Abs. 1 und 2 Satz 1 unter Rückgriff auf die Gesetzesformulierungen zu formulieren, die das BVerfG in seinem „Jungen Freiheit“-Beschluss behandelt und für verfassungsgemäß erachtet hat. Dies würde außerdem die Möglichkeit eröffnen, die vom BVerfG aufgestellte Anforderung, dass die tatsächlichen Anhaltspunkte hinreichend gewichtig sein müssen, explizit in das Gesetz zu übernehmen. Letzteres ist zwar nicht notwendig, weil sich diese Anforderung ohnehin aus den von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen ergibt, würde aber der Rechtssicher-

heit dienen und die Notwendigkeit einer solchen Prüfung vor der Veröffentlichung noch einmal explizit hervorheben.

(1) Das Bundesamt für Verfassungsschutz informiert die Öffentlichkeit über Bestrebungen und Tätigkeiten nach § 3 Absatz 1, soweit hinreichend gewichtige tatsächliche Anhaltspunkte hierfür vorliegen, sowie über präventiven Wirtschaftsschutz.

(2) Das Bundesministerium des Innern informiert die Öffentlichkeit über Bestrebungen und Tätigkeiten nach § 3 Absatz 1, soweit hinreichend gewichtige tatsächliche Anhaltspunkte hierfür vorliegen, mindestens einmal jährlich in einem zusammenfassenden Bericht insbesondere zu aktuellen Entwicklungen.

3. Bekanntgabe personenbezogener Daten (§ 16 Abs. 3 Entwurf)

§ 16 Abs. 3 Entwurf entspricht § 16 Abs. 2 Satz 2 BVerfSchG und wird systematisch überzeugend auf die Informationstätigkeit sowohl des BfV als auch des BMI bezogen.

XIII. Übermittlung von Informationen an die Verfassungsschutzbehörden (§ 18 Entwurf)

1. Ausweitung der Übermittlungspflichten (§ 18 Abs. 1 und 1b Entwurf)

Nach der bisherigen Gesetzeskonzeption des § 18 Abs. 1 BVerfSchG besteht eine Verpflichtung zur Übermittlung von Informationen an die Verfassungsschutzbehörden nur in bestimmten Phänomenbereichen (Spionage, gewaltgeneigte verfassungsfeindliche Bestrebungen), während in Bezug auf alle anderen verfassungsfeindlichen Bestrebungen i.S.d. § 3 Abs. 1 BVerfSchG die Übermittlung gemäß § 18 Abs. 2 BVerfSchG in das Ermessen der Staatsanwaltschaften und der Polizeibehörden sowie des BND gestellt ist. Die Überlegung der Entwurfsbegründung, im Interesse einer umfassenden Intensivierung der Zusammenarbeit zwischen den Sicherheitsbehörden und zur Vermeidung von Informationsdefiziten diese bereichsspezifische Differenzierung aufzugeben, damit die Verfassungsschutzbehörden die Erkenntnisse generell erhalten, sofern es für die Aufgabenerfüllung notwendig ist, erscheint überzeugend.

Die gegen die in § 18 Abs. 1 Satz 1b Entwurf vorgesehene Erweiterung der Übermittlungspflichten der Staatsanwaltschaften und Polizeibehörden erhobenen Bedenken der BfDI

BfDI, Schreiben vom 19.05.2015, S. 7, Ausschuss-Drucks.
18(4)318

können nicht überzeugen, zumal angesichts des Umstandes, dass eben solche Übermittlungspflichten im Verhältnis der Staatsanwaltschaften und Polizeibehörden gegenüber

den LfV bereits gegenwärtig in fast allen Landesverfassungsschutzgesetzen normiert sind und der Bundesgesetzgeber sonach nur eine geläufige Regelung auch für das Verhältnis zum BfV übernehmen will. Dies ergibt sich aus einem Vergleich mit den (teilweise noch weitergehenden) landesgesetzlichen Regelungskonzeptionen:

- Übermittlungspflicht sämtlicher Landesbehörden an das LfV, wenn die Informationen für dessen Aufgabenerfüllung erforderlich sind: § 9 Abs. 1 LVSG BW, Art. 12 Abs. 1 BayVSG, § 15 Abs. 1 und 2 SaarlVerfSchG, § 19 Abs. 1 ThürVerfSchG
- Übermittlungspflicht sämtlicher Landesbehörden in bestimmten Phänomenbereichen, im übrigen Übermittlungspflicht der Strafverfolgungs- und Sicherheitsbehörden an das LfV, wenn die Informationen für dessen Aufgabenerfüllung erforderlich sind: § 27 Abs. 1 VSG Bln, § 14 Abs. 1 und 2 BbgVerfSchG, § 18 Abs. 1 und 2 BremVerfSchG, § 19 Abs. 2 und 4 HmbVerfSchG, § 24 Abs. 3 Satz 1 und 2 LVerfSchG M-V, § 15 Abs. 1 und 2 NVerfSchG, § 10 SächsVSG, § 17 Abs. 1 und 2 VerfSchG LSA, § 23 Abs. 3 LVerfSchG SH
- Übermittlungspflicht sämtlicher Landesbehörden in bestimmten Phänomenbereichen, im übrigen Übermittlungspflicht der Strafverfolgungs- und Sicherheitsbehörden und Ermittlungsermessen aller anderen Landesbehörden: § 16 Abs. 1 VSG NRW
- Übermittlungspflicht sämtlicher Landesbehörden in bestimmten Phänomenbereichen, im übrigen Ermittlungsermessen sämtlicher Landesbehörden: § 13 Abs. 1 LVerfSchG RP
- Ermittlungsermessen sämtlicher Landesbehörden an das LfV, wenn die Informationen für dessen Aufgabenerfüllung erforderlich sind: § 8 Abs. 1 HessVerfSchG

2. Erstreckung der Übermittlungspflicht bzw. Übermittlungsbefugnis auf alle Behörden des Bundes

Es sollte über den Entwurf hinausgehend erwogen werden, eine Übermittlungspflicht oder zumindest eine Übermittlungsbefugnis im Ermessenswege der Behörden des Bundes und der bundesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts auf alle Informationen zu erstrecken, die das BfV oder die LfV für deren Tätigkeit nach § 3 Abs. 1 BVerfSchG benötigen, unabhängig davon, ob diese die speziellen Phänomenbereiche der Spionage oder gewaltbereiter Bestrebungen betreffen.

Es ist nämlich darauf hinzuweisen, dass schon in der bisherigen Gesetzesfassung eine gewisse Lücke besteht. Denn die phänomenbereichsbezogene Übermittlungspflicht nach § 18 Abs. 1 BVerfSchG gilt für

- alle Behörden des Bundes und der bundesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts und
- die Staatsanwaltschaften und, vorbehaltlich der staatsanwaltschaftlichen Sachleitungsbefugnis, die Polizeien, die Behörden des Zollfahndungsdienstes sowie andere Zolldienststellen, soweit diese Aufgaben nach dem Bundespolizeigesetz wahrnehmen,

wohingegen die Ermessensübermittlung nach § 18 Abs. 2 BVerfSchG nur für die Staatsanwaltschaften und, vorbehaltlich der staatsanwaltschaftlichen Sachleitungsbefugnis, die Polizeien, die Behörden des Zollfahndungsdienstes sowie andere Zolldienststellen, soweit diese Aufgaben nach dem Bundespolizeigesetz wahrnehmen, und für den BND gilt.

Hiernach sind die Behörden des Bundes und der bundesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts, soweit nicht wie in § 18 Abs. 1a BVerfSchG für das BAMF und in § 18 Abs. 2 BVerfSchG für den BND besondere Regelungen getroffen sind, außerhalb der in § 18 Abs. 1 BVerfSchG behandelten Phänomenbereiche, bei denen eine Übermittlungspflicht besteht, noch nicht einmal zu einer Ermessensübermittlung nach § 18 Abs. 2 BVerfSchG befugt, und hieran würden auch § 18 Abs. 1 und 1b Entwurf nichts ändern.

Ein Grund für diese Beschränkung ist nicht ersichtlich, da schließlich alle Behörden im Rahmen ihrer Tätigkeit Kenntnis von Tatsachen erlangen können, die die Verfassungsschutzbehörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach § 3 Abs. 1 BVerfSchG benötigen können.

Im seinerzeitigen Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 06.04.1989 war als § 12 Abs. 1 Entwurf vorgesehen, dass die Behörden des Bundes und der bundesunmittelbaren juristischen Personen von sich aus dem BfV die ihnen bekanntgewordenen Informationen übermitteln durften, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestanden, dass die Übermittlung für die Erfüllung der Aufgaben des BfV nach § 3 Abs. 1 BVerfSchG erforderlich ist, und in § 13 Abs. 1 Entwurf war dasselbe für die Staatsanwaltschaften, die Polizeien, den Zoll und den BND vorgesehen.

BT-Drucks 11/4306, S. 27

Die Beschlussempfehlung des Innenausschusses vom 29.05.1990 fasste diese Entwurfsvorschläge zusammen und führte in § 12 Abs. 1 Entwurf für die besonders gravierenden Phänomenbereiche eine Übermittlungspflicht für alle genannten Behörden ein, wohingegen in Bezug auf alle Bestrebungen gemäß § 3 Abs. 1 BVerfSchG ein Übermittlungs-

ermessen nach § 12 Abs. 1a Entwurf für die Staatsanwaltschaften, die Polizeien, den Zoll und den BND vorgesehen wurde.

BT-Drucks 11/7235, S. 63

Eine Begründung dafür, warum lediglich die Strafverfolgungs- und Sicherheitsbehörden berechtigt sein sollten, auch andere für die Aufgabenerfüllung der Verfassungsschutzbehörden erforderlichen Erkenntnisse von sich aus zu übermitteln, wurde nicht gegeben.

BT-Drucks 11/7235, S. 108

Wie vorstehend dargelegt, gibt es auch in den landesgesetzlichen Vorschriften durchaus Regelungsvorbilder dafür, die Übermittlungspflicht oder zumindest ein Übermittlungsermessen auf sämtliche Behörden des Rechtsträgers zu erstrecken. In Einklang hiermit ist – sofern insoweit ein praktisches Bedürfnis zu bejahen sein sollte – zu erwägen, den Behörden des Bundes und der bundesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts eine Übermittlungspflicht im gesamten Bereich der Aufgabenerfüllung des BfV aufzuerlegen, oder ihnen zumindest außerhalb der besonderen Phänomenbereiche ein diesbezügliches Übermittlungsermessen zuzubilligen. In diesem Falle böte sich an, die Entwurfsvorschläge zu § 18 Abs. 1 und 1b zu kombinieren, und § 18 Abs. 1 wie folgt zu formulieren:

Die Behörden des Bundes, der bundesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die Staatsanwaltschaften und, vorbehaltlich der staatsanwaltschaftlichen Sachleistungsbefugnis, die Polizeien, die Behörden des Zollfahndungsdienstes sowie andere Zolldienststellen, soweit diese Aufgaben nach dem Bundespolizeigesetz wahrnehmen, unterrichten von sich aus das Bundesamt für Verfassungsschutz oder die Verfassungsschutzbehörde des Landes über die ihnen bekanntgewordenen Informationen einschließlich personenbezogener Daten über Bestrebungen und Tätigkeiten nach § 3 Absatz 1, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Übermittlung für die Erfüllung der Aufgaben der Verfassungsschutzbehörde erforderlich ist. Über Satz 1 hinausgehende Unterrichtungspflichten nach dem Gesetz über den Militärischen Abschirmdienst oder dem Gesetz über den Bundesnachrichtendienst bleiben unberührt. Auf die Übermittlung von Informationen zwischen Behörden desselben Bundeslandes findet Satz 1 keine Anwendung.

3. Übermittlungseinschränkungen und Übermittlungsverbote (§ 18 Abs. 6 BVerfSchG)

Zu betonen ist, dass der Übergang von der Ermessensübermittlung zur Pflichtübermittlung die Übermittlungseinschränkungen und -verbote unberührt lässt, insbesondere die Einschränkung des § 18 Abs. 6 BVerfSchG, die Übermittlungsverbote des § 23 BVerfSchG und den Minderjährigenschutz gemäß § 24 BVerfSchG.

Sofern die Übermittlungspflichten der Strafverfolgungs- und Sicherheitsbehörden in einem neuen § 18 Abs. 1b geregelt werden, müsste § 18 Abs. 6 BVerfSchG um einen Verweis auf diesen § 18 Abs. 1b ergänzt werden.

XIV. Übermittlung personenbezogener Daten durch das BfV (§ 19 Abs. 1 Entwurf)

§ 19 Abs. 1 soll nach dem Entwurf folgende Fassung erhalten:

Das Bundesamt für Verfassungsschutz darf personenbezogene Daten, die mit den Mitteln nach § 8 Absatz 2 erhoben worden sind, an die Staatsanwaltschaften, die Finanzbehörden nach § 386 Absatz 1 der Abgabenordnung, die Polizeien, die mit der Steuerfahndung betrauten Dienststellen der Landesfinanzbehörden, die Behörden des Zollfahndungsdienstes sowie andere Zolldienststellen, soweit diese Aufgaben nach dem Bundespolizeigesetz wahrnehmen, übermitteln, soweit dies erforderlich ist zur

1. Erfüllung eigener Aufgaben der Informationsgewinnung (§ 8 Absatz 1 Satz 2 und 3),
2. Abwehr einer im Einzelfall bestehenden Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person oder für Sachen von erheblichem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist,
3. Verhinderung oder sonstigen Verhütung von Straftaten von erheblicher Bedeutung oder
4. Verfolgung von Straftaten von erheblicher Bedeutung;

§ 20 bleibt unberührt. Im Übrigen darf es an inländische öffentliche Stellen personenbezogene Daten übermitteln, wenn dies zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist oder der Empfänger die Daten zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder sonst für erhebliche Zwecke der öffentlichen Sicherheit benötigt. Der Empfänger darf die übermittelten Daten, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, nur zu dem Zweck verwenden, zu dem sie ihm übermittelt wurden.

1. Einschränkung der Übermittlungsvoraussetzungen (§ 19 Abs. 1 Entwurf)

Die bisherige Übermittlungsbefugnis gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG wird hier nach in zweifacher Weise *eingeschränkt*:

- Für die nicht mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhobenen Informationen entspricht § 19 Abs. 1 Satz 3 Entwurf dem bisherigen § 19 Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG, mit der Einschränkung, dass die Übermittlung in der 3. Alternative „erheblichen“ Zwecken der öffentlichen Sicherheit dienen muss.
- Die Übermittlung personenbezogener Daten, die mit nachrichtendienstlichen Mitteln gemäß § 8 Abs. 2 BVerfSchG erhoben wurden und deshalb gesteigert schutzwürdig sind, erfährt in § 19 Abs. 1 Satz 1 Entwurf eine gegenüber der bisherigen Übermittlungsbefugnis einschränkende Regelung.

Die genannten Einschränkungen sind im Sinne größerer Rechtsklarheit rechtspolitisch begrüßenswert, auch wenn § 19 Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG verfassungsgemäß ist und die Einschränkung daher verfassungsrechtlich nicht geboten sein dürfte.

Vorab ist zu betonen, dass die speziellen Regelungen zur Übermittlung von mit besonders eingriffsintensiven nachrichtendienstlichen Mitteln erhobenen Informationen (§ 4 Abs. 4 G 10, auch in Verbindung mit § 8b Abs. 2 Satz 7, § 8d Abs. 1 Satz 2, § 9 Abs. 2 Satz 7, § 9 Abs. 4 Satz 4 BVerfSchG) den § 19 BVerfSchG verdrängen. Das heißt, wenn die strengen Voraussetzungen einer Übermittlung solcher Daten nach § 4 G 10 nicht vorliegen, kann nicht stattdessen deren Übermittlung nach § 19 BVerfSchG erfolgen, so dass diese Vorschrift nicht zu Folgeeingriffen in Art. 10 und 13 GG ermächtigt.

BT-Drucks. 18/4654, S. 34

Außerhalb dieser mit Rücksicht auf Art. 10 und 13 GG besonders geregelten Bereiche wird die Verhältnismäßigkeit der Übermittlung von personenbezogenen Daten bereits jetzt gesetzlich durch die Vorgabe des § 8 Abs. 5 BVerfSchG sichergestellt, die für die Tätigkeit des Bundesamtes für Verfassungsschutz allgemein und damit auch im Rahmen von Übermittlungen nach § 19 Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG gilt, ferner durch die zusätzliche Sicherung des § 23 Nr. 1 BVerfSchG, wonach eine Übermittlung unterbleibt, wenn für die übermittelnde Stelle erkennbar ist, dass unter Berücksichtigung der Art der Informationen und ihrer Erhebung die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen das Allgemeininteresse an der Übermittlung überwiegen. Bei der hiernach vorzunehmenden Güterabwägung ist vor allem auch die Sensibilität der betreffenden Informationen sowie die Art ihrer Erhebung und die damit verbundene Intensität des Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen zu berücksichtigen, was insbesondere im Falle des Einsatzes nachrichtendienstlicher Mittel von Bedeutung ist. Der ohnehin zu beachtende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird durch § 19 Abs. 1 Satz 1 Entwurf näher präzisiert; die Vorgaben des § 8 Abs. 5 BVerfSchG und die Übermittlungsverbote des § 23 BVerfSchG sowie der Minderjährigenschutz gemäß § 24 BVerfSchG bleiben daneben weiter anwendbar.

2. Übermittlung zur Verhinderung oder Verfolgung von Straftaten von erheblicher Bedeutung (§ 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und 4 Entwurf)

Wie die BfDI in ihrer Stellungnahme vom 19.05.2015 zutreffend ausführt, soll nach der ausdrücklichen Regelung des § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und 4 Entwurf eine Übermittlung von mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhobenen Informationen zur Verhinderung/Verhütung oder Verfolgung von Straftaten von erheblicher Bedeutung zulässig sein. Soweit sie anmerkt, der Begriff der „Straftat von erheblicher Bedeutung“ sei im Verhältnis zur möglichen Eingriffstiefe nur eine „schwache Begrenzung“,

BfDI, Schreiben vom 19.05.2015, S. 7, Ausschuss-Drucks.
18(4)318

erscheint dies als eine täterbezogene Sichtweise, die die Lage des Opfers einer bevorstehenden oder schon verübten Straftat von erheblicher Bedeutung ausblendet. Es bleibt unklar, ob die BfDI tatsächlich der Auffassung ist, das BfV solle nicht befugt sein, Erkenntnisse über geplante oder verübte Straftaten von erheblicher Bedeutung, die es anlässlich eines rechtmäßigen Einsatzes nachrichtendienstlicher Mittel erlangt hat, an die Staatsanwaltschaften oder Polizeibehörden weiterzugeben. Die Vorschrift des § 20 BVerfSchG kann nämlich die sich hieraus ergebende Schutzlücke für die Opfer von Straftaten nicht schließen, weil es hierin um Staatsschutzdelikte geht. Auch ein Abstellen auf „schwerwiegende Straftaten“ der in § 100a StPO genannten Art würde zahlreiche erhebliche Straftaten ausklammern. Eine über die in § 19 Abs. 1 Satz 1 Entwurf hinausgehende Begrenzung der Übermittlungsbefugnis würde darauf hinauslaufen, dass das BfV, wenn es durch Einsatz eines nachrichtendienstlichen Mittels Kenntnis z.B. von einer (geplanten) gefährlichen Körperverletzung (§ 224 StGB), einem besonders schweren Fall des Diebstahls (§ 243 StGB), einem Diebstahl mit Waffen (§ 244 Abs. 1 Nr. 1 StGB), einen Wohnungseinbruchdiebstahl (§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB) erlangt, diese dann ohne Unterrichtung der Polizei sehenden Auges geschehen lassen müsste respektive nicht zur Aufklärung beitragen dürfte.

Dass die Aufklärung der Verfassungsschutzbehörden nicht unmittelbar auf die Verhütung und Verhinderung von konkreten Straftaten oder die Vorbereitung entsprechender operativer Maßnahmen zielt,

BVerfGE 133, 277 Rn. 118

heißt nicht, dass sie dann, wenn sie im Rahmen ihrer bestimmungsmäßigen Aufgabenerfüllung Kenntnis von geplanten oder begangenen Straftaten erhalten, dieses Wissen für sich behalten müssten und nicht an die zuständigen Polizeien und Staatsanwaltschaften weitergeben dürften.

Darauf, ob die Polizei- und Strafverfolgungsbehörden ihrerseits zur Verhinderung oder Verfolgung der betreffenden Straftaten nachrichtendienstliche Mittel hätten einsetzen dürfen, stellt der Entwurf mit Recht nicht ab. Die Zulässigkeit der Datenübermittlung hängt nicht davon ab, ob die empfangende Behörde ihrerseits (hypothetisch) die ihr zu übermittelnden Daten auch selbst hätte erheben können.

Nach dem sog. „Doppeltürmodell“ kommt es für die Datenübermittlung darauf an, dass auf der übermittelnden Seite eine Rechtsgrundlage für die Übermittlung und auf der ersuchenden oder empfangenden Seite eine Rechtsgrundlage für das Ersuchen sowie die weitere Verwendung der empfangenen Daten besteht.

BVerfGE 130, 151 (184); BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 06.03.2014 – 1 BvR 3541/13 –, NJW 2014, 1581 (1582), Rn. 25

Entscheidend ist hiernach, ob eine ausreichende gesetzliche Basis für deren Verwendung nach erfolgter Übermittlung besteht, nicht hingegen eine hypothetische Eingriffsrechtfertigung, ob die empfangende Stelle die betreffenden Informationen auch selbst hätte erheben können.

Informationserhebungseingriffe der Verfassungsschutz- wie auch der Polizeibehörden zeichnen sich oft durch eine beträchtliche Streubreite aus; insbesondere sind eine Reihe typischer verdeckter Erhebungsmittel (wie z.B. längerfristige Observationen oder Einsätze von V-Leuten) Erforschungseingriffe, die nicht gezielt Informationen erheben, sondern, u.U. über Monate, in die Privatsphäre der Betroffenen eindringen. Zweitens können solche Eingriffe naturgemäß noch nicht auf der Grundlage feststehender Erkenntnisse erfolgen, da mit ihrer Hilfe erst noch Erkenntnisse gewonnen werden sollen, derartige Eingriffe infolgedessen notgedrungen auf der Grundlage mehr oder weniger verdichteter tatsächlicher Anhaltspunkte erfolgen müssen. Aufgrund dieser Ausgangsbedingungen und Eingriffstypizität sind derartige Informationserhebungseingriffe aus Verhältnismäßigkeitsgründen an entsprechend hohe Eingriffsvoraussetzungen zu binden.

Sofern jedoch ein solcher Eingriff stattgefunden hat und nach erfolgter Auswertung Erkenntnisse liefert, die eine andere Stelle benötigen kann, ändert sich die Ausgangs- und damit auch Interessenlage. Dann nämlich findet kein weiterer Informationserhebungseingriff mit eventuell großer Streubreite und auf teils noch ungeklärter Tatsachengrundlage statt, sondern kann die Übermittlung gezielt auf das zur Erfüllung der Empfängeraufgaben Erforderliche beschränkt werden. Angesichts der unterschiedlichen Eingriffstiefe ist es deshalb nicht von Verfassung wegen zu beanstanden, wenn für die Übermittlung der bereits erforderlichkeitsgefilterten Informationen niedrigere Schwellen gelten als für eine Ausforschungserhebung, die in womöglich erheblichem Umfang Informationen einschließt, die zur weiteren Aufgabenwahrnehmung nicht erforderlich sind.

BT-Drucks. 18/4654, S. 33

Die Voraussetzungen eines eigenständigen (hypothetischen) Informationserhebungseingriffs wären auf eine Datenübermittlung nur dann zu übertragen, wenn das gesamte Erkenntnisaufkommen der Maßnahme – also z.B. das komplette Rohdatenvolumen einer nachrichtendienstlichen Maßnahme – übermittelt werden soll. Darum geht es bei § 19 BVerfSchG jedoch gerade nicht. Einer etwaigen Übermittlung geht die Auswertung voraus, die strikt das Relevante vom Irrelevanten trennt. Der Übermittlungsgegenstand hat erstens weder die Streuung, die die Erhebungsschwelle mit veranlasst hat, sondern ist

gezielt auf das zur Erfüllung der Empfängeraufgaben Erforderliche beschränkt. Zweitens betrifft die Übermittlung nicht mehr bloß Sachverhalte, für die tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 3 BVerfSchG), vielmehr werden angefallene und ausgewertete Informationen und schon weiter verdichtete Erkenntnisse übermittelt, so dass die Übermittlung auch nicht mit Rücksicht auf bestehende Ungewissheiten in derselben Weise beschränkt sein muss wie die vorausgegangene Informationserhebung. Ein Übermittlungseingriff in die informationelle Selbstbestimmung ist infolgedessen unter grundrechtlichen sowie Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten durchaus anders zu bewerten, als der zugrunde liegende Erhebungseingriff, weshalb an den Übermittlungseingriff nicht der Maßstab eines hypothetischen Erhebungseingriffs angelegt werden darf.

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Zusammenhänge in seinem Urteil vom 14.07.1999 zur Überwachung des Telekommunikationsverkehrs durch den BND und die hieran anknüpfende Zulässigkeit von Datenübermittlungen u.a. an Polizeibehörden deutlich beschrieben:

„Art. 10 GG schließt aber nicht jegliche Übermittlung an Behörden aus, denen eine verdachtslose Fernmeldeüberwachung nicht zusteht oder nicht zugestanden werden dürfte. Da der Bundesnachrichtendienst aufgrund der ihm gestatteten Methode notwendig eine Vielzahl von Fernmeldevorgängen erfaßt, die von vornherein für die Empfangsbehörden irrelevant sind, muß allerdings sichergestellt sein, daß diesen nicht der Zugang zu dem vollen Datenbestand eröffnet wird. Dagegen widerspricht es dem Primärzweck nicht, daß diejenigen Erkenntnisse, die – obwohl unter anderen Gesichtspunkten erhoben – für die Verhinderung, Aufklärung oder Verfolgung von Straftaten relevant sind, nach sorgfältiger Prüfung an die in § 3 Abs. 5 G 10 genannten Behörden weitergegeben werden“.

BVerfGE 100, 313 (390)

Diese Überlegungen gelten, mutatis mutandis, ebenso für die Übermittlung von Daten durch das BfV gemäß § 19 BVerfSchG, wobei hier nochmals zu betonen ist, dass es bei § 19 BVerfSchG nicht um die Übermittlung von mittels Eingriffen in Art. 10 und 13 GG gewonnenen Informationen geht, weil insoweit allein die speziellen Regelungen des § 4 G 10 (auch in Verbindung mit § 8b Abs. 2 Satz 7, § 8d Abs. 1 Satz 2, § 9 Abs. 2 Satz 7, § 9 Abs. 4 Satz 4 BVerfSchG) Anwendung finden (oben B.XIV.1.).

In dem hiernach für § 19 Abs. 1 BVerfSchG verbleibenden Anwendungsbereich steht auch der verfassungsrechtliche Grundsatz der Zweckbindung von Daten der Informationsübermittlung nicht entgegen. Zweckänderungen können durch den Gesetzgeber zugelassen werden, wenn diese durch Gemeinwohlbelange gerechtfertigt sind, die die grundrechtlich geschützten Interessen überwiegen.

BVerfGE 100, 313 (360); 109, 279 (375 f.); 110, 33 (69); 133, 277 Rn. 114

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, für die Verfassungsmäßigkeit von Zweckänderungen sei insbesondere maßgeblich, wieweit die Bindungen der Datenerhebung seitens der übermittelnden Behörde denen entsprechen, unter denen die abfragende Behörde Daten erheben könne. Ausgeschlossen sei eine Zweckänderung danach dann, wenn mit ihr grundrechtsbezogene Beschränkungen des Einsatzes bestimmter Ermittlungsmethoden umgangen werden, also die Informationen für den geänderten Zweck selbst auf entsprechender gesetzlicher Grundlage nicht oder nicht in dieser Art und Weise hätten erhoben werden dürfen.

BVerfGE 109, 279 (377); 133, 277 Rn. 114

Dies bedeutet aber nicht, dass die Datenübermittlung stets einem verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab einer hypothetischen Datenerhebung auf Seiten der empfangenden Behörde unterläge. Anliegen des Bundesverfassungsgerichts ist es, dass nicht die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die Erhebung, Speicherung und Verarbeitung von Daten dadurch unterlaufen werden dürfen, dass Behörden, für die aufgrund ihrer Aufgabenstellung weniger strenge Anforderungen gelten, Daten im Wege der Übermittlung an Behörden weiterleiten, die ihrerseits strengeren Anforderungen unterliegen.

BVerfGE 133, 277 Rn. 114

Bei der von § 19 Abs. 1 Satz 1 Entwurf zugelassenen Übermittlung von Informationen zwecks Verhinderung oder Aufklärung von Straftaten geht es indes nicht darum, die grundrechtlichen Grenzen einer Informationserhebung durch Staatsanwaltschaft oder Polizei zu umgehen, sondern um die legitime und verfassungsgemäße Verwertung von Zufallsfunden, die auch in Fällen in Betracht kommen kann, in denen eine diesbezügliche gezielte Ermittlungsmaßnahme und Informationserhebung unzulässig wäre.

Vgl. BVerfGE 67, 157 (182); 100, 313 (388 ff.); 115, 320 (359); BVerfGK 5, 363 (364); 16, 22 (28 f.); 17, 311 (317); BVerwGE 130, 180 Rn. 35

Zwar dürfen die nachrichtendienstlichen Mittel nicht zur „gezielten Erlangung von Zufallsfunden“ für nicht-nachrichtendienstliche Zwecke eingesetzt werden.

BVerfGK 18, 193 (208); vgl. BVerfGE 67, 157 (181)

Ein solcher Umgehungstatbestand liegt jedoch nicht vor, wenn das BfV zur Erfüllung seiner eigenen gesetzlichen Aufgaben nachrichtendienstliche Mittel gemäß § 8 Abs. 2 BVerfSchG einsetzt und hierbei Erkenntnisse über Straftaten von erheblicher Bedeutung erlangt.

3. Informationelles Trennungsgebot

§ 19 Abs. 1 Entwurf unterliegt auch im Hinblick auf die Anforderungen des informationellen Trennungsgebotes keinen Bedenken.

Grundsätzliche verfassungsrechtliche Einwände gegen die Einzelübermittlung personenbezogener Daten durch die Verfassungsschutzbehörden an Polizei- und andere Sicherheitsbehörden bestehen nicht. Wenn es den Kern des Trennungsprinzips ausmacht, dass die Nachrichtendienste nicht selbst die Konsequenz aus ihren Informationen ziehen dürfen, so bedeutet dies nicht, dass sie ihre Erkenntnisse denjenigen Stellen vorenthalten müssten, welche für die Umsetzung von Maßnahmen zuständig und in der Lage sind.

Droste, ebd., S. 526 f.; Gröpl, ebd., S. 315 f.; Möstl, DVBl. 1999, 1394 (1400 f.)

Eine bloße Beschränkung der informationellen Tätigkeit des BfV auf die Unterrichtung der Regierung und der Öffentlichkeit (vgl. § 16 BVerfSchG) unter Ausklammerung der Übermittlungsmöglichkeiten (§§ 19 ff. BVerfSchG) zumindest als Nebenzweck trüge der Aufgabenstellung, wonach der Verfassungsschutz dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung dient, nicht ausreichend Rechnung. Die in Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG angesprochene „Sammlung von Unterlagen für Zwecke des Verfassungsschutzes“ soll klarstellen, dass den Verfassungsschutzbehörden keine eigenen exekutiven Befugnisse zukommen, bedeutet aber nicht, dass die Verfassungsschutzbehörden zwar Erkenntnisse sammeln, diese dann aber nicht weitergeben dürfen. Dieser Problematik ließe sich auch nicht mit dem Hinweis begegnen, die Verfassungsschutzbehörden könnten ja die Innenministerien unterrichten. Denn wenn eine bestimmte Information von Verfassungs wegen von der Verfassungsschutzbehörde nicht an die Polizei weitergegeben werden dürfte, dann ließe sich dieses Verbot nicht durch Zwischenschaltung der Innenministerien umgehen, da diese dann konsequenterweise derselben Zweckbindung unterlägen. Der Verfassungsschutz als Institution zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, des Bestandes und der Sicherheit des Bundes und der Länder (Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b GG) muss daher, gerade weil er keine eigenen Exekutivbefugnisse hat, grundsätzlich befugt sein, Informationen an die zuständigen Stellen weiterzugeben, die über die erforderlichen Befugnisse verfügen.

Der Einwand, die Datenübermittlung zwischen Nachrichtendiensten und der Polizei dürften nicht an niedrigschwellige Voraussetzungen „wie der bloßen Erforderlichkeit für die Aufgabenerfüllung oder der Wahrung der öffentlichen Sicherheit“ anknüpfen,

BfDI, Schreiben vom 19.05.2015, S. 7, Ausschuss-Drucks. 18(4)318

greift gegenüber der Übermittlungsvorschrift des § 19 Abs. 1 Entwurf nicht durch.

Das Bundesverfassungsgericht hat im Antiterrordatei-Urteil vom 24.03.2013 aus dem im Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung angelegten Grundsatz der Zweckbindung mit Rücksicht auf deren unterschiedliche Aufgabenstellung und Eingriffsbefugnisse für das Verhältnis von Nachrichtendiensten und Polizeibehörden ein informationelles Trennungsprinzip abgeleitet.

BVerfGE 133, 277 (320 ff.), Rn. 105 ff.

Hiernach wäre ein *allgemeiner Austausch* personenbezogener Daten aller Sicherheitsbehörden oder der *Abbau jeglicher Informationsgrenzen* zwischen ihnen von vornherein unzulässig, weil dies den Grundsatz der Zweckbindung als solchen unterlaufen würde (Rn. 106). Informationen dürfen zwischen den verschiedenen Sicherheitsbehörden *nicht umfassend und frei ausgetauscht* werden (Rn. 113). Die *Zusammenführung* von Daten der Nachrichtendienste und der Polizeibehörden unterliegt, damit die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die Erhebung, Speicherung und Verarbeitung von Daten nicht dadurch unterlaufen werden können, dass Behörden, für die aufgrund ihrer Aufgabenstellung weniger strenge Anforderungen gelten, Daten im Wege der Übermittlung an Behörden weiterleiten, die ihrerseits strengeren Anforderungen unterliegen, verfassungsrechtlich engen Grenzen (Rn. 114 f.).

Von diesem Ausgangspunkt aus sind die weiteren Aussagen zu verstehen, dass Regelungen, die den *Austausch von Daten* der Polizeibehörden und Nachrichtendiensten ermöglichen, angesichts der unterschiedlichen Aufgaben und Befugnisse gesteigerten verfassungsrechtlichen Anforderungen unterliegen und dass Daten zwischen den Nachrichtendiensten und Polizeibehörden *grundsätzlich nicht ausgetauscht* werden dürfen, vielmehr *Einschränkungen der Datentrennung* nur ausnahmsweise zulässig sind (Rn. 123). Da Einschränkungen der Datentrennung zur operativen Aufgabenwahrnehmung einen besonders schweren Eingriff begründen, muss der Austausch von Daten zwischen den Nachrichtendiensten und Polizeibehörden für ein mögliches operatives Tätigwerden grundsätzlich einem herausragenden öffentlichen Interesse dienen, das den Zugriff auf Informationen unter den erleichterten Bedingungen, wie sie den Nachrichtendiensten zu Gebot stehen, rechtfertigt (Rn. 123).

Aus diesem Zusammenhang ergibt sich, dass das informationelle Trennungsprinzip die allgemeine Trennung der Datenbestände von Nachrichtendiensten und Polizeibehörden betrifft, die nicht unabhängig von einem herausragenden öffentlichen Interesse aufgehoben werden darf, indem entweder die Daten in einer gemeinsamen Datenbank zusammengeführt werden oder sie sich einander wechselseitig Zugriff auf ihre jeweiligen

mit den eigenen besonderen Datenerhebungsmitteln gewonnenen Informationen ermöglichen und hierdurch ihre jeweils gewonnenen Informationen umfassend austauschen.

Demgegenüber ist eine begrenzte Erleichterung des Informationsaustauschs, der die *grundsätzliche Maßgeblichkeit der fachrechtlich begrenzten Einzelübermittlungsvorschriften* unberührt lässt, von Verfassungs wegen nicht per se unzulässig (Rn. 106), der Verweis auf die Übermittlung von Daten aus den bei den Fachbehörden geführten Dateien auf Ersuchen im Einzelfall nach dem jeweils einschlägigen Fachrecht kein Verstoß gegen das informationelle Trennungsprinzip (Rn. 125).

Indem sich das *Antiterrordateigesetz maßgeblich auf die fachrechtlichen Grundlagen für Datenübermittlungen stützte* und daraus rechtsstaatliche Grenzen bezog, dass ein Austausch von Daten zur unmittelbaren Nutzung für die Aufklärung und Bekämpfung des internationalen Terrorismus nur unter den rechtlichen Voraussetzungen der einzelnen Übermittlungsvorschriften zulässig ist, fing es so die geringen, letztlich auf das Kriterium der Erforderlichkeit beschränkten Anforderungen für die Informationsanbahnung im Vorfeld durch Verweis auf die differenzierteren Grenzziehungen bei der Datenübermittlung auf. Diese müssen *dann* freilich ihrerseits den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen und können sich jedenfalls für Datenübermittlungen zwischen den Nachrichtendiensten und der Polizei nicht mit vergleichbar niederschweligen Voraussetzungen wie der Erforderlichkeit für die Aufgabenwahrnehmung oder der Wahrung der öffentlichen Sicherheit begnügen (Rn. 126).

Das Bundesverfassungsgericht beschrieb die Antiterrordatei als „Instrument der Informationsanbahnung“, die den fachrechtlichen Austausch erleichterte und *so den bestehenden Einzelübermittlungsvorschriften materiell ein verändertes Gewicht* verlieh. Es stellt diese in ein anderes, nun vorinformiertes Umfeld und bewirkt den Austausch von Erkenntnissen für Fälle, in denen er andernfalls unpraktikabel oder unmöglich wäre. Die Antiterrordatei stellt sich so als *vorgelagerter Bestandteil dieses fachgesetzlichen Austauschs* dar (Rn. 127).

Dieser Begründungszusammenhang zeigt, dass es dem Bundesverfassungsgericht um die für Übermittlungsvorschriften vorzusehenden Übermittlungsschwellen ging, wenn die betreffenden Übermittlungsvorschriften im Kontext einer Datenbank wie der Antiterrordatei stehen, also im Falle einer gemeinsamen Datenbank von Nachrichtendiensten und Polizei oder im Falle zwar getrennt geführter, aber mit wechselseitigen Zugriffsmöglichkeiten ausgestatteten Datenbanken, die einen umfassenden Informationsaustausch auch in Bezug auf ihre jeweiligen mit besonderen Datenerhebungsmitteln gewonnenen Informationen ermöglichen. Wenn die sich aus dem informationellen Trennungsprinzip ergebenden Begrenzungen nicht schon bei der Führung solcher gemeinsamer Datenbanken implementiert werden, sondern hierzu die fachrechtlichen Daten-

übermittlungsvorschriften herangezogen werden, dann müssen die erforderlichen Begrenzungen in diesen normiert werden.

Wenn eine gemeinsame Datei oder wechselseitige Zugriffsmöglichkeiten eröffnende Dateien sich als *vorgelagerte Bestandteile des fachgesetzlichen Datenaustauschs* darstellen, nämlich als Instrument der Informationsanbahnung den fachrechtlichen Datenaustausch erleichtern, und den bestehenden Einzelübermittlungsvorschriften hierdurch materiell ein verändertes Gewicht verleihen, dann sind an deren normative Ausgestaltung insbesondere hinsichtlich der Übermittlungsschwellen gesteigerte Anforderungen zu stellen.

So verhält es sich in Bezug auf § 19 Abs. 1 Satz 1 Entwurf jedoch nicht. Der Datenübermittlung nach § 19 Abs. 1 Satz 1 Entwurf liegen keine gemeinsamen Dateien von BfV und Staatsanwaltschaften, Finanz- und Polizeibehörden zugrunde, die im Sinne eines Instrumentes der Informationsanbahnung den Datenaustausch erleichtern und damit der Übermittlungsvorschrift des § 19 Abs. 1 Satz 1 Entwurf materiell ein verändertes Gewicht verleihen würden. Deshalb sind die im Antiterrordatei-Urteil aufgestellten einschränkenden Grundsätze auf diese Vorschrift nicht allgemein übertragbar.

4. Verhältnis zu § 20 BVerfSchG (§ 19 Abs. 1 Satz 2 Entwurf)

Nach § 19 Abs. 1 Satz 2 Entwurf bleibt § 20 BVerfSchG unberührt. § 20 BVerfSchG enthält als speziellere Regelung eine Rechtspflicht des BfV zur Übermittlung von Informationen einschließlich personenbezogener Daten zur Verhinderung oder Verfolgung von Staatsschutzdelikten. Soweit es nicht um Staatsschutzdelikte geht, hat es mit der Ermessensübermittlung nach § 19 Abs. 1 BVerfSchG sein Bewenden.

Dass die spezielleren Regelungen zur Übermittlung von mit besonders eingriffsintensiven nachrichtendienstlichen Mitteln erhobenen Informationen (§ 4 Abs. 4 G 10, auch in Verbindung mit § 8b Abs. 2 Satz 7, § 8d Abs. 1 Satz 2, § 9 Abs. 2 Satz 7, § 9 Abs. 4 Satz 4 BVerfSchG) § 19 BVerfSchG verdrängen, wurde bereits ausgeführt (oben B.XIV.1.).

XV. Einrichtung automatisierter Abrufverfahren (§ 27 Entwurf)

Nach § 27 Entwurf soll der Ausschluss der Anwendung des § 10 BDSG künftig nur noch „für Abrufe anderer Stellen als den LfV und dem MAD beim BfV“ gelten.

Hiernach kämen zum einen künftig automatisierte Abrufverfahren für Abrufe der LfV und des MAD beim BfV in Betracht. Außerdem wären hiernach automatisierte Abruf-

verfahren von Seiten des BfV bei allen anderen Behörden vorstellbar. Für die Einrichtung und Handhabung der automatisierten Abrufverfahren wären die Vorgaben des § 10 BDSG zu beachten.

Der praktische Nutzen automatisierter Abrufverfahren ist unverkennbar, da die zum automatisierten Abruf berechtigten Stellen (BfV, LfV, MAD) dann nicht mehr – außerhalb gemeinsamer Dateien (§ 6 BVerfSchG) und gemeinsamer projektbezogener Dateien (§ 22a BVerfSchG), wo es eines zusätzlichen automatisierten Abrufs nach § 10 BDSG ohnehin nicht bedarf – Übermittlungsersuchen an die jeweils andere Stelle richten müssten, sondern unmittelbar selbst die benötigten Daten abrufen könnten.

1. Zulässigkeit einzelner Abrufe (§ 27 Entwurf i.V.m. § 10 Abs. 1 Satz 2 BDSG)

§ 10 BDSG eröffnet lediglich die Zulässigkeit der Einrichtung eines automatisierten Abrufverfahrens, gestattet jedoch nicht schon als solches den Abruf. Nach § 10 Abs. 1 Satz 2 BDSG bleiben nämlich die Vorschriften über die Zulässigkeit des einzelnen Abrufs unberührt. Deshalb hängt die Zulässigkeit des einzelnen Abrufs davon ab, ob die Datenabfrage nach den hierfür anwendbaren Spezialvorschriften zulässig ist.

Vgl. hierzu Ehmann, in: Simitis, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 10 Rn. 96 f.; Klebe, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, 4. Aufl. 2014, § 10 Rn. 4; Plath, in: Plath, BDSG, 2013, § 10 Rn. 3, 17

Denn das automatisierte Abrufverfahren soll lediglich den Zwischenschritt eines Übermittlungsersuchens ersparen, das von der zur Auskunft verpflichteten Stelle bearbeitet und dann beantwortet werden muss. Es ist hingegen nicht Sinn automatisierter Abrufverfahren, der zum Abruf berechtigten Stelle ohne sonstige Einschränkungen einseitige Abrufe in den Datenbeständen der datenspeichernden Stelle zu ermöglichen. Da der automatisierte Datenabruf lediglich die Datenübermittlung erleichtern und beschleunigen soll, nicht aber eine eigenständige Rechtsgrundlage für die Datenübermittlung insbesondere personenbezogener Daten ist, und da ferner der automatisierte Abruf einen Selbstzugriff auf die gespeicherten Daten darstellt, eine „Selbstbedienung“,

Ehmann, ebd., § 10 Rn. 15

die nur zulässig sein kann, wenn die abrufende Stelle einen Anspruch auf Übermittlung der betreffenden Daten hat, nicht also in den Fällen, in denen der datenspeichernden/übermittelnden Stelle ein Übermittlungsermessen zukommt, da dieses nicht durch einen automatisierten Abruf umgangen werden darf, ist der Anwendungsbereich eines automatisierten Datenabrufs auf die Fälle beschränkt, in denen die abrufende Stelle die übermittelnde Stelle um eine Datenübermittlung ersuchen darf und diese dann die erbetene Daten übermitteln muss.

Allerdings hat diese allgemeine Einschränkung in Bezug auf das BfV keine praktische Bedeutung, weil das BfV nach § 18 Abs. 3 Satz 1 BVerfSchG neben den ausdrücklich genannten Staatsanwaltschaften und Polizeibehörden alle Behörden des Bundes und der Länder um Übermittlung der zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlichen Informationen einschließlich personenbezogener Daten ersuchen darf, wenn diese nicht aus allgemein zugänglichen Quellen oder nur mit übermäßigem Aufwand oder nur durch eine den Betroffenen stärker belastende Maßnahme erhoben werden können.

Vgl. Bock, in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, § 18 BVerfSchG Rn. 33; Droste, ebd., S. 484

Insofern ändert sich *materiellrechtlich* durch die Einrichtung automatisierter Abrufverfahren gegenüber einem nichtautomatisierten Auskunftersuchen nichts.

2. Prüfungszuständigkeiten bei automatisierten Abrufverfahren (§ 27 Entwurf i.V.m. § 10 Abs. 4 BDSG)

Gleichwohl ist eine solche Maßnahme datenschutzrechtlich möglicherweise relevant, weil sich hierdurch die Prüfungszuständigkeiten und Verantwortlichkeiten verschieben könnten. Die diesbezüglichen Auswirkungen lassen sich nur aufgrund eines Vergleichs der Prüfungszuständigkeiten und -möglichkeiten bewerten.

Nach § 10 Abs. 4 Satz 1 BDSG trägt die Verantwortung für die Zulässigkeit des einzelnen Abrufs der Dritte, an den übermittelt wird, während die speichernde Stelle die Zulässigkeit der Abrufe gemäß § 10 Abs. 4 Satz 2 BDSG nur prüft, wenn dazu Anlass besteht. Als Mindestkontrollstandard schreibt jedoch § 10 Abs. 4 Satz 3 BDSG die Einführung von Stichprobenverfahren vor.

Vgl. hierzu Ehmann, ebd., § 10 Rn. 99 ff.; Klebe, ebd., § 10 Rn. 17; Plath, ebd., § 10 Rn. 29

Bezogen auf Auskunftersuchen nach § 18 Abs. 3 Satz 1 BVerfSchG bedeutet die Einführung automatisierter Abrufverfahren, dass die Verantwortung für die Zulässigkeit des einzelnen Abrufs allein das BfV trüge, wohingegen die speichernde Stelle (Staatsanwaltschaft, Polizei, sonstige Behörden) lediglich Anlass- und Stichprobenkontrollen durchzuführen haben.

Auf der anderen Seite ist zu bedenken, dass auch nach der gegenwärtigen Rechtslage unter § 18 Abs. 3 Satz 1 BVerfSchG, das Prüfungsrecht der ersuchten Stellen, sofern ein solches überhaupt besteht, jedenfalls sehr beschränkt ist.

Insoweit besteht allerdings zur Auslegung des § 18 Abs. 3 Satz 1 BVerfSchG keine vollständige Klarheit. Eine Auffassung spricht sich dafür aus, dass das BfV die Gründe für seine Übermittlungersuchen zumindest kurz darstellen muss, so dass die der ersuch-

ten Stelle eine gewisse Prüfung möglich ist, ob die erbetene Informationen tatsächlich für die Aufgaben des BfV relevant ist.

Droste, ebd., S. 486 f.

Eine andere Auffassung geht demgegenüber davon aus, dass die ersuchten Stellen gegenüber Auskunftersuchen nach § 18 Abs. 3 Satz 1 BVerfSchG kein eigenes Prüfungsrecht haben. Danach sind die angeforderten Daten unverzüglich und ohne weitere eigene Prüfung der übermittelnden Stelle an das BfV zu übermitteln. Lediglich die Prüfung der Übermittlungsverbote des § 23 BVerfSchG bleibt in der Verantwortung der übermittelnden Stelle.

Bock, ebd., § 18 BVerfSchG Rn. 36

Da allerdings auch nach ersterer Ansicht an die Begründung des Ersuchens keine überzogenen Anforderungen zu stellen sind,

Droste, ebd., S. 487

dürften diese beiden Auffassung im Ergebnis nur wenig voneinander abweichen. Immerhin bleibt zu konstatieren, dass gegenüber Übermittlungersuchen nach § 18 Abs. 3 Satz 1 BVerfSchG eine wenngleich nur sehr beschränkte Prüfungsbefugnis der ersuchten Stelle besteht.

Demgegenüber entfällt eine generelle Prüfungsbefugnis im Rahmen automatisierter Abrufverfahren und wird diese durch eine anlass- bzw. stichprobenbezogene Prüfung ersetzt. Andererseits besteht ein Anlass i.S.d. § 10 Abs. 4 Satz 2 BDSG, die Zulässigkeit des Abrufs zu prüfen, bereits dann, wenn es Indizien für eine Rechtsverletzung im Einzelfall gibt.

Ehmann, ebd., § 10 Rn. 101; Klebe, ebd. § 10 Rn. 17

Infolgedessen dürfte die anlassbezogene Prüfung im Ergebnis kaum hinter der Prüfungsbefugnis im Rahmen des § 18 Abs. 3 Satz 1 BVerfSchG zurückbleiben.

3. Angemessenheitsprüfung bei der Einführung automatisierter Abrufverfahren (§ 27 Entwurf i.V.m. § 10 Abs. 1 Satz 1 BDSG)

Diese Effekte müssten bei der nach § 10 Abs. 1 Satz 1 BDSG vorzunehmenden Prüfung berücksichtigt werden, ob ein automatisiertes Abrufverfahren eingerichtet werden soll. Es ist hier zu betonen, dass die in § 27 Entwurf vorgesehene Gegen Ausnahme, für das BfV, die LfV und das MAD die Regelung des § 10 BDSG anzuwenden, nicht bereits die Zulässigkeit der Einrichtung konkreter automatisierter Abrufverfahren impliziert, sondern nur den Weg zu der Prüfung eröffnet, ob sie eingeführt werden sollen.

Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 BDSG ist die Einrichtung automatisierter Abrufverfahren, die die Übermittlung personenbezogener Daten durch Abruf ermöglichen, nur zulässig, soweit dieses Verfahren unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen der Betroffenen und der Aufgaben der beteiligten Stellen angemessen ist.

Es wird hiernach jeweils eine Verhältnismäßigkeitsabwägung vorzunehmen sein, bei der die Interessen der beteiligten Stellen (z.B. Häufigkeit, Dringlichkeit, Anzahl, Volumen der Datenabfrage, Gewinn an Verwaltungseffizienz) und die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen (z.B. Sensibilität der Daten) in ein angemessenes Verhältnis gesetzt werden müssen, wobei auch zu berücksichtigen ist, dass eine automatisierte Abfrage u.U. einen weniger schweren Eingriff als ein Auskunftersuchen darstellen kann.

Vgl. hierzu näher Ehmann, ebd., § 10 Rn. 49 ff.; Klebe, ebd., § 10 Rn. 7 ff.; Plath, ebd., § 10 Rn. 12 ff.

gez. Prof. Dr. Roth