

Deutscher Bundestag
 1. Untersuchungsausschuss
 der 19. Wahlperiode
 Ausschussdrucksache
19(25) 251

15.05.2018



Rheinische
 Friedrich-Wilhelms-
 Universität Bonn

Rechts- und
 Staatswissenschaftliche
 Fakultät

An den 1. Untersuchungsausschuss
des Deutschen Bundestages

Deutscher Bundestag
 1. Untersuchungsausschuss
 15. Mai 2018
355

[Handwritten signature]
15/5

Prof. Dr. Klaus F. Gärditz
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht

Postanschrift:
 Adenauerallee 24-42
 53113 Bonn
 Tel.: 0228/73-9176
 Email: gaerditz@jura.uni-bonn.de

Bonn, den 15. Mai. 2018

Zustand der föderalen Sicherheitsarchitektur und Terrorismusbekämpfung Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung am 17. Mai 2018

I.	Entwicklung der föderalen Sicherheitsarchitektur.....	3
1.	Frühere Zentralisierungsbewegungen	3
2.	Veränderungen seit 2011	4
3.	Ein deutscher Sonderweg?	9
II.	Struktur der Sicherheitsbehörden.....	11
1.	Aufgaben- und Befugnisstruktur bei der Terrorismusbekämpfung.....	11
a)	Präventive Instrumente.....	11
aa)	Gefährder.....	12
bb)	Migrationsrecht und Gefahrenabwehr	13
a)	Repressive Instrumente.....	14
c)	Nachrichtendienstliche Aufklärung	16
2.	Behördenzuständigkeiten und Abgrenzung.....	17
a)	Polizeibehörden.....	18
b)	Strafverfolgungsbehörden	18
c)	Nachrichtendienste.....	19

aa)	Die einzelnen Nachrichtendienste	20
bb)	Das G 10 als nachrichtendienstrechtliches Nebengesetz	22
d)	Sonstige sicherheitsrelevante Behörden	22
e)	Überschneidungen	23
aa)	Gefahrenabwehr und Strafverfolgung	24
bb)	Nachrichtendienste und Polizei- sowie Strafverfolgungsbehörden	24
cc)	Landes- und Bundesverfassungsschutz	24
3.	Schnittstellen und Koordinationsmechanik	25
a)	Begrenzter Informationsverbund nach ATDG	25
b)	Fallbezogene Informationsübermittlung	25
c)	Weisungsrechte	27
4.	Verfahrensübernahme durch Generalbundesanwalt	28
a)	Zuständigkeit des GBA	29
b)	Verfassungsrechtliche Kompetenzgrundlage	29
c)	Besondere bundesstaatliche Relevanz als Übernahmevoraussetzung	30
d)	Strafverfolgungskompetenzen des BKA	31
5.	Koordination der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes	31
a)	Aufgaben des Bundeamtes für Verfassungsschutz	32
b)	Verwaltungskooperationsrecht	33
c)	Weisungsrecht gegenüber Verfassungsschutzbehörden der Länder	33
6.	Gemeinsames Terrorismusabwehrzentrum und Gemeinsames Extremismus- und Terrorismusabwehrzentrum	35
7.	Kooperation mit ausländischen Behörden	36
a)	Allgemeine Datenübermittlung	37
b)	Kooperationsrecht des BND und BfV	37
c)	Verwertbarkeit	37
III.	Kontrolle der Sicherheitsbehörden des Bundes	40
1.	Fachaufsicht	40
2.	Behördeninterne Kontrollen und Datenschutzkontrolle	41
3.	Gerichtskontrolle	41
4.	Öffentlichkeitskontrolle	42
5.	Parlamentarische Kontrollen	42
6.	G 10-Kommission und Unabhängiges Gremium	43
7.	Gesamtbetrachtung	43
IV.	Resümee	44
1.	Stärkung zentraler Fachbehörden im Interesse der Professionalisierung	44
2.	Verschimmen innerer und äußerer Sicherheit	45
3.	Technisch-sozialer Wandel	46

I. Entwicklung der föderalen Sicherheitsarchitektur

Betrachtet man die längerfristigen Entwicklungen der föderalen Sicherheitsarchitektur, lässt sich ein gewisser Trend zu einer sukzessiven, insgesamt aber doch moderaten Zentralisierung ausmachen. Maßgebliche Weichenstellungen lagen vor dem hier relevanten Referenzzeitraum. Vor allem die Anschläge vom 11. September 2001 haben auch hierzulande eine Welle der Terrorismusgesetzgebung ausgelöst und Pflöcke eingerammt,¹ was insgesamt den Bund gestärkt hat.

1. Frühere Zentralisierungsbewegungen

Mit der Einfügung des Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG wurde im Jahr 2006² eine terrorismusspezifische Kompetenzgrundlage geschaffen.³ Der Bund hat hiernach die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für „die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalpolizeiamt in Fällen, in denen eine länderübergreifende Gefahr vorliegt, die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde nicht erkennbar ist oder die oberste Landesbehörde um eine Übernahme ersucht“. Der Verweis auf das BKA enthält zugleich eine implizite Verwaltungskompetenz des Bundes, in den bezeichneten Aufgabenbereichen außenwirksam und operativ tätig zu werden,⁴ was hier (atypisch) zusätzlich behördenspezifisch ausgeformt ist. Insgesamt ist es hier also zu einer Zentralisierung gekommen.⁵

Das Antiterrordateigesetz aus dem Jahr 2006⁶ hat eine gemeinsame Struktur des Informationsaustausches zwischen den Polizei- und Strafverfolgungsbehörden sowie den Nachrichtendiensten des Bundes und der Länder geschaffen. Der Informationsverbund verkoppelt also sowohl funktionsverschiedene als auch föderal ebenenverschiedene Aufgaben. Das BVerfG hat das Gesetz in einer Entscheidung vom April 2013 zwar im Grundsatz gebilligt, gleichwohl aber unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit erhöhte Anforderungen an den Datenaustausch zwischen Polizei- und Strafverfolgungsbehörden einerseits und Nachrichtendiensten andererseits sowie an die Bestimmtheit der die Verhältnismäßigkeit sichernden Eingriffsbefugnisse gestellt.⁷ In der Sa-

¹ Im Überblick *Mark A. Zöller*, Zehn Jahre 11. September - Zehn Jahre Gesetzgebung zum materiellen Terrorismusstrafrecht in Deutschland, StV 2012, 364 ff.

² 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006 (BGBl. I S. 2034).

³ Hierzu *Alexander Schmidt*, Terrorabwehr durch das Bundeskriminalamt, KJ 2010, 307 ff.; *Arnd Uble*, Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus, DÖV 2010, 989 ff.

⁴ *Georg Hermes*, in: Horst Dreier (Hrsg.), GG, Bd. III, 3. Aufl. (2018), Art. 87 Rn. 48.

⁵ *Fredrik Roggan*, Das neue BKA-Gesetz - Zur weiteren Zentralisierung der deutschen Sicherheitsarchitektur, NJW 2009, 257 ff.

⁶ Antiterrordateigesetz v. 22.12.2006 (BGBl. I S. 3409), das zuletzt durch Art. 10 des Gesetzes v. 14.8.2017 (BGBl. I S. 3202) geändert worden ist.

⁷ BVerfGE 133, 277 ff.

che lässt das Gesetz zwar einerseits die föderale Gliederung der Vollzugsstruktur unberührt, zentralisiert aber andererseits ein gemeinsames Informationssystem auf Bundesebene, das die kognitiven Entscheidungsgrundlagen miteinander verknüpft. Diese informationelle Zentralisierung hat das BVerfG gebilligt: Eine Verwaltungskompetenz für die Führung der Verbunddatei durch das BKA ergebe sich jedenfalls aus Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG.⁸

2. *Veränderungen seit 2011*

Seit 2011 sind die Sicherheitsgesetze des Bundes und der Länder zahlreichen Änderungen von unterschiedlicher Tragweite unterworfen worden. Einige Änderungen wurden infolge von Entscheidungen des BVerfG notwendig, viele betrafen die abstrakte Abwehrfähigkeit gegen terroristische Angriffe. Eine erschöpfende Aufstellung aller Änderungen im Bundesrecht findet sich in der Stellungnahme von *Heinrich Amadeus Wolff*⁹ und soll hier nicht wiederholt werden. Änderungen im Landespolizeirecht bleiben mit Blick auf den Untersuchungsgegenstand hier unberücksichtigt. Von spezifischer Relevanz für die föderale Sicherheitsarchitektur waren insbesondere folgende Regelungen:

- Das Gesetz zur Änderung des Bundesverfassungsschutzgesetzes v. 7.12.2011¹⁰ hat den Kontodatenabruf nach § 8a Abs. 2 BVerfSchG eingeführt und in Auflösung des zuvor geltenden Rechts die heutigen (im Wesentlichen inhaltsgleichen) §§ 8b, 8c BVerfSchG geschaffen.¹¹
- Das Gesetz über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union v. 21.7.2012¹² hat in Umsetzung eines unionsrechtlichen Rahmenbeschlusses¹³ den Datenaustausch mit den Sicherheitsbehörden anderer EU-Mitgliedstaaten verbessert. Regelungen betreffen sowohl die Rechtshilfe in Strafsachen als auch die Gefahrenabwehr (§§ 92, 92a IRG, §§ 3 Abs. 2, 14a, 27a BKAG, §§ 32a, 33a BPolG, § 3 Abs. 6a, 34a, 35a ZFdG). Eine insoweit ergänzend notwendige Umsetzung des Rahmenbeschlusses für die Länderpolizeibehörden obliegt den Ländern. Die frühere Befugnis des BfV, Auskünfte über Umstände des Postverkehrs abzufragen, hatte quantitativ eine eher randständige

⁸ BVerfGE 133, 277 (320).

⁹ *Heinrich Amadeus Wolff*, Überblick über die föderale Sicherheitsstruktur, Mai 2018, S. 18-22 (ADrs. 19 [25] 240).

¹⁰ BGBl. I, S. 2576.

¹¹ S. hierzu *Klaus Ferdinand Gärditz*, Auskunftersuchen gegenüber der Privatwirtschaft, in: Jan-Hendrik Dietrich/Sven Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, Kap. VI, § 1 Rn. 1.

¹² BGBl. I, S. 1566.

¹³ Rahmenbeschlusses 2006/960/JI des Rates v. 18.12.2006 über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (ABl. L 386 S. 89).

Existenz gefristet und ist vor diesem Hintergrund durch Aufhebung mit Wirkung zum Januar 2012 fortgefallen.¹⁴

- Das Rechtsextremismus-Datei-Gesetz (RED-G) v. 20.8.2012¹⁵ ermächtigt nach dem Vorbild des ATDG das BKA, weiteren Bundespolizeibehörden, die Landeskriminalämter sowie die Nachrichtendienste eine gemeinsame standardisierte zentrale Datei über rechtsextremistische Gewalttäter und Terrorverdächtige zu führen. Der Bundesminister des Innern kann nach § 1 Abs. 2 RED-G, bei Landesbehörden auf Ersuchen des jeweiligen Landes, durch Rechtsverordnung weitere Polizeivollzugsbehörden als beteiligte Behörden zur Teilnahme an der Rechtsextremismus-Datei berechtigen, soweit diesen Aufgaben zur Bekämpfung des gewaltbezogenen Rechtsextremismus nicht nur im Einzelfall besonders zugewiesen sind (1.) und ihr Zugriff auf die Rechtsextremismus-Datei für die Wahrnehmung dieser Aufgaben erforderlich sowie dies unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen der Betroffenen und der Sicherheitsinteressen der beteiligten Behörden angemessen ist (2.). Die Datenerfassung im Rahmen der Datei knüpft an den – eher unbestimmten und auch nicht anderweitig gesetzlich definierten oder konturierten – Begriff „rechtsextremistisch“ an (§ 2 Nr. 1-3 RED-G), was die rechtssichere Anwendbarkeit nicht erleichtern dürfte.
- Das Gesetz zur Modernisierung des Außenwirtschaftsrechts v. 6.6.2013¹⁶ hat § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 lit. b G 10 an das neu gefasste AWG angepasst.
- Das Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes und zur Neuregelung der Bestandsdatenauskunft v. 20.6.2013¹⁷ enthält Anpassungen in Reaktion auf eine Entscheidung des BVerfG, das im Januar 2013 zwar eine Verfassungsbeschwerde gegen die §§ 111 ff. TKG a. F. zurückgewiesen, aber teils mangels hinreichend bestimmter Eingriffsgrundlage eine verfassungskonforme Auslegung für erforderlich erachtet hat. Um die für die Ermittlungstätigkeit von Sicherheitsbehörden unverzichtbare Bestandsdatenauskunft wieder operabel zu machen, wurden Anpassungen und Präzisierungen vorgenommen. Um die vom BVerfG geforderten spezifischen Erhebungsbefugnisse in den jeweiligen Fachgesetzen zu schaffen, wurden neben dem primär einschlägigen § 113 TKG auch die Bestimmungen in §§ 7, 20b, 20w, 22 BKAG, §§ 33, 70 BPolG, § 8c BVerfSchG und §§ 7, 15, 23g, 27 ZFdG geändert¹⁸ bzw. § 100j StPO, § 22a BPolG, § 8d BVerfSchG, § 2b BNDG, § 4b MADG eingefügt. Eine für den Bereich der allgemeinen Gefahrenabwehr notwendige Anpassung lag außerhalb der Gesetzgebungskompetenz des

¹⁴ Vgl. *Parlamentarisches Kontrollgremium*, Bericht zu den Maßnahmen nach dem Terrorismusbekämpfungsgesetz für das Jahr 2014, BT-Drs. 18/7424 v. 29. 1. 2016, S. 7.

¹⁵ BGBl. I, S. 1798.

¹⁶ BGBl. I, S. 1482.

¹⁷ BGBl. I, S. 1602.

¹⁸ Vgl. BR-Drs. 664/12, S. 2.

Bundes. Daher „ist § 113 TKG entsprechend offen formuliert. Die Anpassung der Landespolizeigesetze bleibt den Landesgesetzgebern überantwortet“.¹⁹

- Das Gesetz zur Änderung des Antiterrordateigesetzes und anderer Gesetze v. 18.12.2014²⁰ enthielt Anpassungen des ATDG, die notwendig wurden, weil das BVerfG²¹ im April 2013 das ursprüngliche Gesetz partiell für verfassungswidrig erklärt hatte.
- Das Gesetz zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG-Änderungsgesetz) v. 12.6.2015²² hat einige im vorliegenden Kontext wichtige strafrechtliche Änderungen gebracht. Der Straftatbestand des § 89a StGB (Vorbereitung einer staatsgefährdenden Straftat), der durch seine weite Vorverlagerung strafbarer Vorbereitungshandlungen letztlich als Auffangtatbestand präventiven Zwecken der Terrorismusabwehr dient,²³ von der Rechtsprechung gleichwohl (und in der Sache überzeugend) als verfassungskonform bewertet wurde,²⁴ spielt in der Rechtsprechung – nicht zuletzt in Bezug auf radikalisierte gewaltbereite Islamisten – eine zunehmende Rolle im Umfeld der Terrorismusbekämpfung.²⁵ Das GVVG-Änderungsgesetz hat einen neuen Absatz 2a hinzugefügt, der schon die Ausreise aus dem Bundesgebiet zu Zwecken der erfassten Vorbereitungshandlungen unter Strafe stellt.²⁶ Zudem wurde mit § 89c StGB einer neuer Straftatbestand der Terrorismusfinanzierung geschaffen.
- Das IT-Sicherheitsgesetz (IT-SiG) v. 17.7.2015²⁷ enthielt unter anderem Änderungen des BSI-Gesetzes²⁸ im Hinblick auf den Schutz kritischer Infrastrukturen.²⁹

¹⁹ BR-Drs. 664/12, S. 2.

²⁰ BGBl. I, S. 2318. Hierzu *Norbert Demuth*, Kritik an Reform der Anti-Terror-Datei, DRiZ 2014, 398 ff.; *Dominic Hörnig*, Das neue Antiterrordateigesetz - Auswege aus oder Irrwege innerhalb einer verfassungsrechtlichen Sackgasse?, NVwZ 2015, 181 ff.; *Thomas Petri*, Das Gesetz zur Änderung des Antiterrordateigesetzes – rechtsstaatliche Korrektur gelungen?, ZD 2014, 597 ff.

²¹ BVerfGE 133, 277 ff.

²² BGBl. I, S. 926.

²³ Kritisch etwa *Rüdiger Deckers/Johanna Heusel*, Strafbarkeit terroristischer Vorbereitungshandlungen - rechtsstaatlich nicht tragbar, ZRP 2008, 169 ff.; *Wolfgang Mitsch*, Vorbeugende Strafbarkeit zur Abwehr terroristischer Gewalttaten, NJW 2015, 209 ff. Grundsätzlich positiv hingegen *Ulrich Sieber*, Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt: Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im „Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten“, NStZ 2009, 353 ff., der ein rechtsstaatlich umhertes Strafrecht einem reinen Präventionsrecht vorzieht.

²⁴ BGHS 59, 218 ff. Kritisch *Mark A. Zöller*, Die Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten nach § 89a StGB – wirklich nicht verfassungswidrig?, NStZ 2015, 373 ff.

²⁵ Vgl. BGHS 59, 218 ff.; 61, 36 ff.; 62, 102 ff.; BGH, NStZ-RR 2018, 42; NStZ 2018, 89; StV 2018, 103; Beschl. v. 9.8.2016 – 3 StR 466/15; Beschl. v. 20.12.2016 – 3 StR 355/16; Beschl. v. 10.8.2017 – AK 33/17; Beschl. v. 3.11.2017 – 3 StR 379/17. Zur Rechtsprechungsentwicklung *Jens Puschke*, Der Ausbau des Terrorismusstrafrechts und die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, StV 2015, 457 ff.

²⁶ Kritisch *Stefan Biehl*, Erweiterung des strafrechtlichen Instrumentariums zur Terrorismusbekämpfung: Gesetz zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten, JR 2015, 561 ff.; *Nikolaos Gazeas*, Zu viel des Guten? – Zur Verschärfung im Terrorismusstrafrecht, DRiZ 2015, 218 ff.

²⁷ BGBl. I, S. 1324.

- Weitreichende Änderungen im geltenden Nachrichtendienstrecht wurden durch das Gesetz zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes v. 17.11.2015³⁰ vorgenommen. Mit diesem Gesetz wurden teils auch Lehren aus Kommunikations- und Kooperationsdefiziten gezogen, die im Zusammenhang mit dem NSU-Komplex zutage getreten sind.³¹ Bereits der Aufgabenbereich des Verfassungsschutzes wurde präzisiert. § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BVerfSchG wurde eingefügt, der die Beobachtung von Bewegungen zulässt, die darauf gerichtet sind, Gewalt anzuwenden, Gewaltanwendung vorzubereiten, zu unterstützen oder zu befürworten. § 5 Abs. 2-5 BVerfSchG wurden neu gefasst bzw. neu angefügt (dazu näher unten). Das Kooperationsrecht nach § 6 BVerfSchG wurde neu gefasst. Mit den §§ 9a, 9b BVerfSchG wurden – auch als Antwort auf bestehende Unsicherheiten anlässlich ins Zwielficht geratener Einsätze – präzise Rechtsgrundlagen für den Einsatz verdeckter Mitarbeiter und Vertrauensleute geschaffen. Die §§ 10, 13-16, 18, 19 BVerfSchG sowie MADG, BNDG und G 10 erfuhren punktuelle Anpassungen. Die terrorismusspezifische Bestimmung des § 3 VISZG³² wurde ergänzt.
- Das Gesetz zur Verlängerung der Befristung von Vorschriften nach den Terrorismusbekämpfungsgesetzen v. 3.12.2015³³ hat die mit dem Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz 2007³⁴ nur befristet bis 2016 geltenden Regelungen der §§ 8a ff. BVerfSchG (und Annexregelungen des BNDG und MADG) nach Evaluierung bis 2021 verlängert.
- Das Gesetz zum besseren Informationsaustausch bei der Bekämpfung des internationalen Terrorismus v. 26.7.2016³⁵ hat vor allem mit §§ 22b, 22c BVerfSchG eine Grundlage für das BfV geschaffen, gemeinsame Dateien mit ausländischen Nachrichtendiensten zu schaffen und an deren Informationssystemen teilzunehmen. § 2a BNDG, § 11 TKG wurden neu gefasst, das Recht des Einsatzes verdeckter Ermittler durch die Bundespolizei in § 28 BPolG wurde umgestaltet, § 28a BPolG eingefügt.

²⁸ Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik v. 14.8.2009 (BGBl. I S. 2821), das zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes v. 23.6.2017 (BGBl. I S. 1885) geändert worden ist.

²⁹ Hierzu *Markus Dürrig/Matthias Fischer*, Cybersicherheit in Kritischen Infrastrukturen, DuD 2018, 209 ff.

³⁰ BGBl. I, S. 1938. Hierzu *Nils Bergemann*, Die Freiheit im Kopf? - Neue Befugnisse für die Nachrichtendienste, NVwZ 2015, 1705 ff.; *Dietmar Marschollock*, Das Gesetz zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes, NJW 2015, 3611 ff.

³¹ *Jan Hendrik Dietrich*, Das Recht der Nachrichtendienste, in: ders./Sven-R. Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, Kap. III § 3 Rn. 61.

³² Gesetz über den Zugang von Polizei- und Strafverfolgungsbehörden sowie Nachrichtendiensten zum Visa-Informationssystem (VIS-Zugangsgesetz) v. 6.5.2009 (BGBl. I S. 1034; 2013 I S. 3212), das zuletzt durch Art. 4 des Gesetzes v. 26. Juli 2016 (BGBl. I S. 1818) geändert worden ist.

³³ BGBl. I, S. 2161. Hierzu *Ralf Gnüchtel*, Das Gesetz zur Verlängerung der Befristung von Vorschriften nach den Terrorismusbekämpfungsgesetzen auf Grundlage der dritten Evaluation, NVwZ 2016, 13 ff.

³⁴ Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz v. 5.1.2007 (BGBl. I S. 2). Hierzu BT-Drs. 16/2921; *Bertold Huber*, Das Bankgeheimnis der Nachrichtendienste – Zur Neuregelung der Auskunftersuchen der Nachrichtendienste durch das Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz vom 9. 1. 2007, NJW 2007, 881 ff.

³⁵ BGBl. I, S. 1818.

- Das Gesetz zur weiteren Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes v. 30.11.2016³⁶ hat das Parlamentarische Kontrollgremium durch Änderungen des PKGrG³⁷ substantiell gestärkt und den Ständigen Bevollmächtigten (§ 5a PKGrG) eingeführt, um dem Gremium eine institutionell professionalisierte sowie kontinuierliche Arbeit zu ermöglichen.
- Das Gesetz zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes v. 23.12.2016³⁸ hat – als Konsequenz aus den Erkenntnissen des NSA-Untersuchungsausschusses – die zuvor allein auf die Aufgabennorm (§ 1 Abs. 2 BNDG) gestützte Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND nunmehr durch detaillierte Befugnisse geregelt (§§ 6 ff. BNDG). Zur Genehmigung von Maßnahmen wurde – analog zur G 10-Kommission – das Unabhängige Gremium (§ 16 BNDG) geschaffen. Auch dem BND wurde eine Kooperation im Rahmen gemeinsamer Dateien mit ausländischen Stellen ermöglicht (§§ 26 ff. BNDG).
- Das Gesetz zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes v. 1.6.2017³⁹ reagierte auf die Entscheidung des BVerfG, mit der Teile des novellierten BKAG für verfassungswidrig erklärt wurden⁴⁰. Das Gesetz tritt ausweislich des Art. 13 Abs. 1 des Reformgesetzes am 25. Mai 2018 in Kraft; zwischenzeitlich gilt das alte BKAG 1997 in seiner im Juni 2017 geltenden Fassung weiter, wobei auch in dieses Gesetz bereits einige der Änderungen aufgenommen worden sind. Die Novelle hat das – zwischenzeitlich von zahlreichen Ergänzungen durchzogene – BKAG vollständig neu gefasst. Im Mittelpunkt stand die Einführung eines einheitlichen Verbundsystems mit zentraler Datenhaltung beim BKA, das den Anforderungen des BVerfG genügt (s. § 29 f. BKAG; ferner § 13 BKAG). Neu eingeführt wurde eine elektronische Aufenthaltsüberwachung (§ 56 BKAG/§ 20z BKAG 1997), wenn von einer betroffenen Person Gefahren des internationalen Terrorismus ausgehen. Das Kooperationsrecht wurde in den §§ 25-27 BKAG neu geregelt. Allgemeine datenschutzrechtliche Anforderungen wurden nunmehr in einer Generalklausel (§ 12 BKAG) zusammengefasst.
- Auch das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht v. 20.7.2017⁴¹ enthält sicherheitsrechtlich relevante Regelungen. So wurde eine elektronische Aufenthaltsüberwa-

³⁶ BGBl. I, S. 2746. Hierzu *Enrico Brissa*, Aktuelle Entwicklungen der parlamentarischen Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes, DÖV 2017, 765 ff.

³⁷ Kontrollgremiumgesetz v. 29.7.2009 (BGBl. I S. 2346), das zuletzt durch Art. 13 des Gesetzes v. 5.1. 2017 (BGBl. I S. 17) geändert worden ist.

³⁸ BGBl. I, S. 3346. Hierzu *Klaus Ferdinand Gärditz*, Die Reform des Nachrichtendienstrechts des Bundes: Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes und Stärkung des Parlamentarischen Kontrollgremiums, DVBl. 2017, 525 ff.; *Bertold Huber*, BND-Gesetzreform - gelungen oder nachbesserungsbedürftig?, ZRP 2016, 162 ff.

³⁹ BGBl. I, S. 1354.

⁴⁰ *BVerfGE* 141, 220 ff.

⁴¹ BGBl. I S. 2780.

chung eingeführt (§ 56a AufenthG) und rechtliche Möglichkeiten des BKA, erkennungsdienstlicher Informationen zur Identitätsfeststellung auch mit ausländischen Stellen abzugleichen, geschaffen (§ 89 Abs. 1a AufenthG, § 16 Abs. 3a AsylG). Eine Auswertung von Datenträgern von Asylantragstellenden wurde ermöglicht, aber auch an strikte Voraussetzungen gebunden (§ 15a AsylG).

- Das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens v. 17.8.2017⁴² hat neben zahlreichen – im vorliegenden Kontext nicht relevanten – Regelungen in § 100a Abs. 1 StPO eine explizite Grundlage für die Quellen-TKÜ geschaffen und mit § 100b StPO die Online-Durchsuchung zur Aufklärung von Straftaten eingeführt. Der verfassungsrechtlich mit Blick auf Art. 1 Abs. 1 GG gebotene Schutz des Kernbereichs persönlicher Lebensgestaltung⁴³ wurde in § 100d StPO für TKÜ, Online-Durchsuchung und Lauschangriff einheitlich ausgeformt.

Die dargestellten Veränderungen in der föderalen Sicherheitsarchitektur verdeutlichen, dass der Gesetzgeber jedenfalls in dem relevanten Berichtszeitraum das fortwährend darum bemüht war, das im Einzelnen fragmentierte, verästelte und mitunter auch nicht optimal verzahnte Fachrecht den sich verändernden Bedürfnissen und Gefährdungslagen anzupassen. Was die spezifisch föderale Komponente der Rechtsentwicklung betrifft, lassen sich kaum Verschiebungen verzeichnen. Namentlich eine weitere relevante Zentralisierung ist im Referenzzeitraum nicht mehr festzustellen. Soweit die Kompetenzen von Sicherheitsbehörden des Bundes gestärkt wurden, handelt es sich – abgesehen von den moderat fortgeschriebenen Funktionen des BfV nach § 5 BVerfSchG – lediglich um einen Ausbau der Befugnisse, die aber die föderale Aufgabenverteilung unberührt lassen. Es liegt an den Ländern, ob diese im Rahmen ihrer Gesetzgebungskompetenz den Landespolizei- und Landesverfassungsschutzbehörden erweiterte Befugnisse zugestehen wollen. Soweit der Bund im Rahmen von StGB und StPO das strafrechtliche Instrumentarium erweitert hat, kommt dies – jenseits der ausnahmsweise dem Generalbundesanwalt zugewiesenen Staatsschutzsachen – ohnehin vornehmlich den Strafverfolgungsbehörden der Länder zugute.

3. *Ein deutscher Sonderweg?*

Gewiss ist die *föderale* Sicherheitsarchitektur eine deutsche Besonderheit, wobei auch andere Bundesstaaten (z. B. Österreich mit einer stärkeren Bundesebene; Spanien mit einer quasi-föderalen Architektur) eine Ebenenschichtung der Polizeiaufgaben kennen. Gleichwohl haben auch nicht-

⁴² BGBl. I, S. 3202.

⁴³ *BVerfGE* 109, 279 (280 f., 325 ff.); 113, 248 (389 ff.); 120, 274 (335 ff.); 129, 208 (245 ff.); 130, 1 (2); 141, 220 (276 ff.). Vertiefend *Johannes M. Barrot*, Der Kernbereich privater Lebensgestaltung, 2012; *Dominik Brodowski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafverfahrensrecht, 2016, S. 521 ff.; *Ilmer Dammann*, Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung, 2011; *Johannes Reichert*, Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung in den Polizeigesetzen des Bundes und der Länder, 2015; *Fredrik Roggan*, Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung bei strafprozessualer Telekommunikationsüberwachung, *StV* 2011, 762 fff.; *Christian Rotmeier*, Kernbereich privater Lebensgestaltung und strafprozessuale Lauschangriffe, 2017; *Gunter Warg*, Anmerkungen zum Kernbereich privater Lebensgestaltung, *NStZ* 2012, 237 ff.; *Maximilian Warntjen*, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung, 2007.

föderale Staaten überwiegend eine segmentierte Sicherheitsarchitektur ausgebildet. So kennen die meisten Einheitsstaaten eine Ausdifferenzierung eigener polizeilicher Sicherheitsstrukturen auf kommunaler Ebene, die wiederum in Deutschland (jenseits der „Ordnungsämter“) eine untergeordnete Rolle spielen. Manche Staaten (z. B. Italien, Spanien) haben auf regionaler Ebene eigenständige Polizeistrukturen, die neben die staatliche Polizei treten. Das Vereinigte Königreich ist zwar aller Devolution zum Trotz nichtföderal, hat aber im europäischen Vergleich einen sehr hohen Grad der Dezentralisierung bei der Polizeiorganisation. Auch dort, wo eine hierarchisch-zentrale Polizeiorganisation besteht (z. B. Polen), wurden die Sicherheitsbehörden horizontal nach fachlichen Gesichtspunkten gegliedert. Gerade in den USA wurde die schon auf Bundesebene unübersichtliche und inkohärente Sicherheitsarchitektur nach den Anschlägen vom 11. September 2001 reformiert, um Erkenntnisse stärker zusammenzuführen.

Grundsätzlich alle Verfassungsstaaten haben zudem ihre *Nachrichtendienste* separat organisiert. In der Regel werden – wie in Deutschland – die Aufgaben eines Inlands- und Auslandsnachrichtendienstes aufgrund der unterschiedlichen Aufgabenprofile getrennt, auch wenn innere und äußere Sicherheit globalisierungsbedingt immer mehr ineinander fließen und die Trennung unschärfer wird. Bisweilen kommt es auch zu einer weiteren fachlichen Spezialisierung.⁴⁴ Die strikte Trennung von Sicherheitsbehörden mit Zwangsbefugnissen (Polizei, Staatsanwaltschaften) einerseits und Nachrichtendiensten andererseits ist eine deutsche Besonderheit, die historischen Unrechts Erfahrungen mit dem Missbrauch zentralisierter und ‚vernachrichtendienstlicher‘ Polizeigewalt erwachsen ist. Diese Erfahrungen sind freilich unter den heutigen Bedingungen – sprich: effektiver gerichtlicher Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG), parlamentarische Kontrolle, Grundrechtsbindung (Art. 1 Abs. 3 GG) und überwiegend engmaschige Vergesetzlichung – weitgehend verblasst und stellen kein kohärentes Leitbild für die Sicherheitsgesetzgebung mehr dar. Die – im Übrigen auch in Deutschland schon lange bekannten⁴⁵ – Vorfeldbefugnisse sowie der Einsatz heimlicher Aufklärungsinstrumente durch Polizeibehörden sind allgemein verbreitet. Etwa in Österreich ist nach § 1 Abs. 2 Polizeiliches Staatsschutzgesetz⁴⁶ das Bundesamt für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung Teil des polizeilichen Staatsschutzes; nachrichtendienstliche und polizeiliche Aufgaben werden in einer Behörde fachspezifisch integriert.⁴⁷

Mit Koordinationsproblemen zwischen Sicherheitsbehörden haben im Übrigen mehr oder weniger auch andere Staaten zu kämpfen. Dies hängt weniger mit Defiziten der (sehr unterschiedlich

⁴⁴ Vgl. für das britische System: Inlandsnachrichtendienst (MI5), Auslandsnachrichtendienst (MI6) und Government Communications Headquarters (GCHQ) als besonderer Nachrichtendienst für Kryptografie und technische Überwachung.

⁴⁵ S. *Mathias Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 191 ff.; *Mark A. Zöller*, Der Rechtsrahmen der Nachrichtendienste bei der „Bekämpfung“ des internationalen Terrorismus, JZ 2007, S. 763 (767 f.). Grundsätzlich zur Entwicklungsstruktur *Henning Kuschewitz*, Das Bundesverfassungsgericht und die neue „Sicherheitsarchitektur“, 2014; *Markus Möstl*, Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts -- Thesen zur Integration eines modernen informationellen Vorfeldrechts in das klassische rechtsstaatliche Gefahrenabwehrrecht, DVBl. 2007, S. 581 ff.

⁴⁶ Bundesgesetz über die Organisation, Aufgaben und Befugnisse des polizeilichen Staatsschutzes

⁴⁷ Ähnliches ließe sich transatlantisch für das Federal Bureau of Investigation feststellen, das nicht nur polizeiliche Aufgaben hat, sondern partiell mit einem Inlandnachrichtendienst vergleichbar ist.

ausgestalteten) Sicherheitsarchitektur oder -gesetzgebung zusammen, sondern mit den Herausforderungen, denen sich Sicherheitsbehörden seit der Jahrtausendwende verschärft konfrontiert sehen: Terroristische Angriffe erfolgen heute überwiegend nicht gegen – punktuell zu schützende – staatliche Funktionsträger aufgrund einer konkreten politischen Agenda (wie in den Zeiten der RAF), sondern gegen weiche und diffuse Ziele in der Bevölkerung, die kaum zu schützen sind. An die Stelle straffer Organisationen mit festen Kommunikationsstrukturen, die man ggf. zielgenau überwachen könnte, sind häufig kleine, autonom operierende Zellen und kurzfristig (meist über das Internet⁴⁸) radikalisierte Einzeltäter getreten, die sich außerhalb der Wahrnehmung staatlicher Sicherheitsbehörden bewegen. Im Schengen-Gebiet besteht zudem ein europäischer Binnenraum der Bewegungsfreiheit, der staatsgebietsübergreifende Ortsveränderungen erlaubt und schon seit dem Fall des Eisernen Vorhangs (und damit seit den 1990er Jahren) an seinen Außengrenzen nur schwach gesichert ist. Schließlich haben gesellschaftliche Bedingungen die Arbeit der Sicherheitsbehörden stark verändert und erschwert: Digitalisierung, Hyperkommunikation, die Disaggregation der Kommunikationsstrukturen sowie der Einsatz von Verschlüsselung führen dazu, dass zum einen immer größere Informationsmassen anfallen, die mit sehr begrenzten Kapazitäten auszuwerten sind, und zugleich ein gezielter Überwachungszugriff immer schwieriger wird. Die Sicherheitsarchitekturen aller Verfassungsstaaten, die gleichermaßen die Grundrechte Betroffener zu wahren sowie hinreichende öffentliche Sicherheit zu gewährleisten haben, stehen daher unter Druck. Permanente Anpassungen der Sicherheitsarchitektur aufgrund einer veränderten Sicherheitslage sind daher gewiss kein deutscher Sonderweg.

II. Struktur der Sicherheitsbehörden

1. *Aufgaben- und Befugnisstruktur bei der Terrorismusbekämpfung*

a) *Präventive Instrumente*

Im Mittelpunkt der Terrorismusbekämpfung steht weiterhin die präventiv-polizeiliche Abwehr konkreter Gefahren. Hierfür stehen den Polizeibehörden des Bundes und der Länder die allgemeinen Befugnisse zum Einschreiten gegen Gefahren sowie die letztlich im Vorfeld ansetzenden⁴⁹ Systeme der polizeilichen Datenverarbeitung nach Maßgabe des Bundes- und Landespolizeirechts zur Verfügung.

⁴⁸ Das Internet als Radikalisierungskatalysator sollte verstärkt den Blick auch auf rechtsextremistische Strukturen lenken, die mit Blick auf Echokammern und eingeschränkte Wahrnehmung der Wirklichkeit einen durchaus mit militanten Islamisten vergleichbaren Nährboden in der digital vernetzten Traumwelt vorfinden.

⁴⁹ *Markus Möstl*, Eingriffsschwellen im polizeilichen Informationsrecht, in: Indra Spiecker gen. Döhmman/Peter Collin (Hrsg.), *Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts*, 2008, S. 239 (241).

aa) Gefährder

Ein nicht neues, aber im Zusammenhang vor allem mit einem religiös fanatisierten Terrorismus verstärkt virulentes Problem stellt sich beim Umgang mit sog. *Gefährdern*,⁵⁰ also Personen, deren Verhalten eine erhebliche Gewaltbereitschaft erkennen lässt, die sich hierbei aber grundsätzlich im Bereich der Legalität bewegen bzw. lediglich durch niedrigschwellige illegale Handlungen (etwa Propagandadelikte, Drohungen, Ladendiebstahl usw.) auffallen und jedenfalls keine hinreichende Handhabe für weitergehende Eingriffe bilden. Das Gefahrenabwehrrecht bemüht sich derzeit um eine bessere Integration dieser Kategorie, die mit den bisherigen Eingriffsbefugnissen extreme Ressourcen bindet und die Sicherheitsbehörden zunehmend überlastet: So kann nach § 2 Abs. 1 Nr. 23 BKADV⁵¹ der Status einer Person nach polizeifachlichen Definitionen wie „Gefährder“ oder „relevante Person“ gespeichert werden. Eine Maßnahme spezifisch gegen Gefährder ist die elektronische Aufenthaltsüberwachung nach § 56 BKAG/§ 20z BKAG (alt). Präventive Maßnahmen sind hiernach zulässig, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass diese Person innerhalb eines übersehbaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise eine Straftat im Kontext des internationalen Terrorismus begehen wird (1.), oder deren individuelles Verhalten eine konkrete Wahrscheinlichkeit dafür begründet, dass sie innerhalb eines übersehbaren Zeitraums eine entsprechende Straftat begehen wird (2.). Die Figur der drohenden Gefahr nach Art. 11 Abs. 3 Bayerisches Polizeiaufgabengesetz unternimmt einen Versuch, hier eine adäquate Eingriffsschwelle zu formulieren.⁵² Eher hilflos wirkt das Instrument der „Gefährderansprache“.⁵³

Letztlich sind Zwangsmaßnahmen gegen Gefährder mit den Instrumenten der lange etablierten Sicherungsverwahrung (§§ 66 ff. StGB) oder der jüngeren Therapieunterbringung (ThUG⁵⁴) vergleichbar. Zwar wurde dort jeweils bereits eine Straftat begangen. Die Unterbringung dient aber nicht der Pönalisierung, sondern der polizeilichen Verhinderung künftiger Rechtsgutsverletzungen.⁵⁵ Die Anlasstat ist auch nicht Grund der Unterbringung, sondern nur ein Indiz, dass eine Gefährdungsprognose trägt. Mitunter können aber – zumal angesichts der kriminologischen Unsicherheiten von Rückfallprognosen – andere Indizien als eine Straftat eine mindestens ebenso

⁵⁰ Zum Begriff *Nicole Wartenphul*, *Der „Gefährder“: Wer ist das?*, jM 2017, 423 ff.

⁵¹ BKA-Daten-Verordnung v. 4.6.2010 (BGBl. I S. 716), die zuletzt durch Art. 6 Abs. 12 des Gesetzes v. 13.4.2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist.

⁵² Hierzu *Markus Möstl*, *Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr – Überlegungen zur Reichweite und Verfassungsmäßigkeit des neuen Art. 11 Abs. 3 PAG*, in BayVBl. 2018, 156 ff.

⁵³ Hierzu *BaWüVGH*, *Urt. v. 7.12.2017 – 1 S 2526/16*; *OVG Nordrhein-Westfalen*, *Beschl. v. 22.08.2016 – 5 A 2532/14*; *Karin Greuter*, *Erfahrungen mit dem Instrument der Gefährderansprache*, *Kriminalistik* 2017, 470 ff.; *Charlotte Kreuter-Kirchhof*, *Die polizeiliche Gefährderansprache*, *AöR* 139 (2014), 257 ff.

⁵⁴ *Therapieunterbringungsgesetz v. 22.12.2010* (BGBl. I S. 2300, 2305), das durch Art. 8 des Gesetzes v. 5.12.2012 (BGBl. I S. 2425) geändert worden ist.

⁵⁵ *BVerfGE* 91, 1 (31); 128, 326 (376 ff.); *Ivo Appel*, *Verfassung und Strafe*, 1998, S. 508; *Klaus Ferdinand Gärditz*, *Gesetzgebungskompetenzfragen der Straftäterunterbringung*, *BayVBl.* 2006, 231 ff.; *Otto Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 278 ff.; *Hans-Ulrich Paeffgen*, *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts*, 1986, S. 161.

gute Prognosegrundlage sein, z. B. wenn der Betroffene im Extremfall künftige Anschläge glaubhaft in einschlägigen Internetforen ankündigt.

bb) Migrationsrecht und Gefahrenabwehr

Auch dem Migrationsrecht ist zunehmend sicherheitsrechtliche Relevanz zugewachsen, bietet doch die Aufenthaltsbeendigung im Bundesgebiet auch einen Hebel, schwerwiegende (nicht zuletzt terroristische) Gefahren zu unterbinden.⁵⁶ Die Ausweisungsgründe enthalten daher Tatbestände, die dem Schutz der öffentlichen Sicherheit dienen (s. §§ 53 Abs. 1, 54 Abs. 1 AufenthG). Namentlich die mit veränderten Fassungen seit 2005 bestehende,⁵⁷ lange Zeit aber kaum beachtete und erst jüngst zur Bedeutung gelangte⁵⁸ Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG hat in jüngerer Zeit Bedeutung erlangt, gegen Extremgefährder vorzugehen. Die Regelung ist verfassungskonform.⁵⁹

Inwiefern bei der Verhängung von Abschiebungshaft zur Durchsetzung einer Anordnung nach § 58a AufenthG auch abwägend mitberücksichtigt werden darf, dass Haft die Begehung weiterer Straftaten verhindert, ist nicht abschließend geklärt.⁶⁰ Dies könnte deshalb zweifelhaft sein, weil Abschiebungshaft allein die spätere Abschiebung sichern soll (§ 62 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 AufenthG),⁶¹ ihr aber kein darüber hinausgehender gefahrenabwehrspezifischer Zweck zukommt. Selbst wenn ein Einsatz zur Gefahrenabwehr in Betracht käme, wäre es im Übrigen zumindest unbefriedigend, wenn wirksame Gefahrenabwehr von der Zufälligkeit abhinge, ob Abschiebungshindernisse bestehen oder nicht. Einen adäquaten Ersatz für Instrumente der Gefahrenabwehr bietet daher § 62 AufenthG nicht.

Der praktische Nutzen des Migrationsrechts zur Terrorismusbekämpfung ist generell deutlich beschränkter, als dies auf den ersten Blick erscheinen mag. In vielen Fällen kooperieren die (mutmaßlichen) Herkunftsstaaten, die nachvollziehbar kein Eigeninteresse haben, Kriminelle und terroristische Gefährder wiederaufzunehmen, nicht mit der Bundesrepublik Deutschland, die notwendigen Voraussetzungen einer Abschiebung (z. B. durch Ausstellung von Reisedokumenten) zu schaffen. Zudem ist eine Abschiebung ausreisepflichtiger Ausländerinnen und Ausländer unzulässig, wenn sie gegen die EMRK verstoßen würde (§ 60 Abs. 5 AufenthG). Das Verbot der

⁵⁶ S. *Thorsten Hesselbarth*, Die Extremismus- und Terrorismusbekämpfung mit den Mitteln des deutschen Ausländerrechts, 2011; *Andrea Kießling*, Die Abwehr terroristischer und extremistischer Gefahren durch Ausweisung, 2012.

⁵⁷ Hierzu *Christian J. Tams*, Die Abschiebungsanordnung nach § 58 a Aufenthaltsgesetz, DVBl. 2005, 1482 ff.; *Hans-Peter Welte*, Die neue Abschiebungsanordnung nach allgemeinem Ausländerrecht, InfAuslR 2004, 383 ff.

⁵⁸ Vgl. *Ina Bauer/Franz Wilhelm Dollinger*, in: Jan Bergmann/Klaus Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 12. Aufl. (2018), § 58a AufenthG Rn. 6: erst seit 2017 relevant.

⁵⁹ S. *BVerfG-K*, NVwZ 2017, 1526; NVwZ 2017, 1530; *BVerwG*, Beschl. v. 21.3.2017 – 1 VR 1.17 (1 A 2.17); Urt. v. 22.08.2017 – 1 A 2.17, Rn. 18; ferner indirekt *BVerfG-K*, Beschl. v. 4.5.2018 – 2 BvR 632/18; ohne Begründung auch *BVerfG-K*, Beschl. v. 4.4.2017 – 2 BvR 743/17.

⁶⁰ Bejahend immerhin *OVG Bremen*, InfAuslR 2017, 381 Rn. 32.

⁶¹ Vgl. nur *Holger Winkelmann*, in: Jan Bergmann/Klaus Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 12. Aufl. (2018), § 62 AufenthG Rn. 43.

Folter und unmenschlichen Behandlung (Art. 3 EMRK) kann nicht nur Verbringungen ins Ausland entgegenstehen,⁶² wenn dort eine entsprechende Misshandlungsgefahr besteht; es ist auch nicht aus Gründen der öffentlichen Sicherheit einschränkbar⁶³ und steht nach ständiger Rechtsprechung auch nicht unter Terrorismusvorbehalt⁶⁴. Nicht wenige (nichtdeutsche) terroristische Gefährder werden aber in ihren Heimatländern gerade aufgrund ihrer terroristischen Aktivitäten Behandlungen ausgesetzt, die – über eine selbstverständlich zulässige Bestrafung hinaus – die Schwelle des Art. 3 EMRK überschreiten. Aus dem gleichen Grund bleibt eine Versagung des Flüchtlingsschutzes bzw. des subsidiären Schutzes wegen terroristischer Aktivitäten (§§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 2 AsylG) jedenfalls sicherheitspolitisch oftmals wertlos, wenn ein abgelehnter Asylbewerber aufgrund bestehender Abschiebungshindernisse gleichwohl im Inland verbleibt.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass Gefährder innerhalb des Schengenraumes aufgrund der Abschaffung der Binnengrenzkontrollen zwar nicht rechtlich, aber doch faktisch Freizügigkeit genießen. Diese Bewegungsfreiheit beeinträchtigt die praktische Gefahrenabwehr nicht unerheblich.

a) *Repressive Instrumente*

Das Strafprozessrecht dient nicht dazu, konkrete Terrorgefahren abzuwehren. Die Funktion des Strafrechts besteht darin, einen Tatverdacht aufzuklären, um die tatsächlichen Grundlagen für eine Zuschreibung von Verantwortlichkeit (Schuld) zu erlangen und insoweit auf einen normativen Konflikt zu reagieren. Es dient nicht dazu, wirksame Gefahrenabwehr zu organisieren, und ist hierzu durch seine rechtsstaatliche Formalisierung auch nicht geeignet. Namentlich darf eine effektive Terrorismusabwehr nicht davon abhängen, ob ein Gefährder zufällig (nicht staatschutzrelevante) Straftaten begeht und er aus diesem Grund z. B. in Untersuchungshaft genommen werden kann. Hätte man beispielsweise den im Zentrum der vorliegenden Untersuchung stehenden Anis Amri wegen Verstößen gegen das BtMG tatsächlich festnehmen und den Erlass eines Haftbefehls erreichen können, hätte sich damit ein letztlich erfolgter Anschlag allenfalls zufällig verhindern lassen. Dies wäre dann schlichtes Glück und kein Erfolg effektiver Zusammenarbeit von Sicherheitsbehörden gewesen. Wirksame Terrorabwehr muss aber auch dann möglich sein, wenn sich Gefährder im Rahmen der Legalität bewegen und keine Angriffspunkte für etwaige Maßnahmen der Strafverfolgung bieten.

⁶² EGMR, Urt. v. 7.7.1989 – Nr. 14038/88 (Soering), EuGRZ 1989, 314 Rn. 101 ff.; Urt. v. 20.3.1991, Nr. 15576/89 u.a. (Cruz Varas), Series A, 5; Urt. v. 30.10.1991, Nr. 13163/87 (Vilvarajah), Series A 215, 4; Urt. v. 15.11.1996, Nr. 22414/93 u.a. (Chahal), ECHR 1996-V, 1832; Urt. v. 12.10.1996, Nr. 25964/94 u.a. (Ahmed), ECHR 1996-VI, 2196; Urt. v. 2.5.1997 Nr. 30240/96 (D.), ECHR 1997-III, 778; Urt. v. 19.2.1998, Nr. 25894/94 u.a. (Bahaddar), ECHR 1998-I, 251; Urt. v. 7.3.2000, Nr. 43844/98 (T.I.), ECHR-III, 437; Urt. v. 6.2.2001, Nr. 44599/98 (Bensaid), ECHR 2001-I, 305; Urt. v. 28.6.2011, Nr. 8319/07 (Sufi und Elmi), NVwZ 2012, 681.

⁶³ EGMR, Urt. v. 15.11.1996, Nr. 22414/93 u.a. (Chahal), ECHR 1996-V, 1832 Rn. 79 f.; Urt. v. 12.10.1996, Nr. 25964/94 u.a. (Ahmed), ECHR 1996-VI, 2196 Rn. 40 f.; Urt. v. 28.6.2011, Nr. 8319/07 (Sufi und Elmi), NVwZ 2012, 681 Rn. 212; *Goodwin-Gill/MacAdam*, The Refugee in International Law, 3. Aufl. (2011), S. 210 f.

⁶⁴ EGMR, Urt. v. 15.11.1996, Nr. 22414/93 u.a. (Chahal), ECHR 1996-V, 1832 Rn. 79 f.; Urt. v. 13.12.2012, Nr. 39630/09 (El-Masri), ECHR 2012-VI Rn. 195; Urt. v. 24.7.2014, Nr. 28761/11 (Nashiri), Rn. 507.

Das Strafrecht hat im Bereich der Terrorismusbekämpfung eine Auffangfunktion übernommen. Namentlich Vorfeldtatbestände nach §§ 89a ff., 129 ff. StGB ermöglichen einen vergleichsweise frühzeitigen Zugriff. Die Untersuchungshaft (§§ 112 StPO), die eigentlich allein dazu dient, das Strafverfahren vor Sabotage durch Flucht oder Verdunklung zu schützen,⁶⁵ mutiert hier faktisch zu einer Behelfs-Präventionshaft, mit der Gefährder vorläufig „aus dem Verkehr gezogen“, sprich: an Straftaten gehindert werden können. Die Strafhaft hindert Betroffene im Falle einer Verurteilung vorübergehend an der fortgesetzten Gefährdung der Allgemeinheit, ändert aber nichts daran, dass eine schuldangemessen zu bemessende Freiheitsstrafe kein auf Zwecke der öffentlichen Sicherheit zugeschnittenes Instrument der Terrorismusabwehr ist. Das Strafrecht mag im Einzelfall eine praxisnahe Brücke bieten, um drohende schwere Gewalttaten durch schnelles Eingreifen zu unterbinden. Ein rechtsstaatlich eng eingehegtes Straf- und Strafprozessrecht, das der strikt formalisierten Klärung einer Schuldfrage dient, kann aber keine Ausfallbürgschaft für ein unzureichendes Gefahrenabwehrrecht übernehmen. Es ist fragwürdig, wenn das in einem sehr viel engeren rechtsstaatlichen Korsett gebundene Strafrecht zur Terrorismusbekämpfung in manchen Fällen offenbar das leichter zur Verfügung stehende Eingriffsinstrumentarium bietet als das eigentlich geschmeidigere und effektivitätsorientierte Polizeirecht.

Insoweit sind bei einer Reform der föderalen Sicherheitsarchitektur auch Asymmetrien der Befugnisse zumindest in den Blick zu nehmen. Es ist z. B. rechtspolitisch fragwürdig, wenn zur Aufklärung begangener Straftaten und damit zur Durchsetzung lediglich abstrakter Normrehabilitationsinteressen schärfere Eingriffsinstrumente zur Verfügung stehen als zur Aufklärung bzw. Abwehr künftiger Gefahren, bei denen reale Rechtsgüter von höchstem Rang (insbesondere Leben, Gesundheit) noch zu retten sind. Beispielsweise ist es ein Defizit, wenn den Staatsanwaltschaften im formalisierten Strafprozess mit § 100b StPO zur Verfolgung von Straftaten eine Online-Durchsuchung gestattet wird, die – obgleich passgenaues Instrument einer heimlichen Aufklärung von Lagebildern und aktuellen Bedrohungen – dem Verfassungsschutz jedenfalls auf Bundesebene (anders Art. 10 BayVSG) vorenthalten wird, der wiederum dieses Instrument mangels unmittelbarer Verwertbarkeit der Erkenntnisse zu Zwangsmaßnahmen wesentlich weniger grundrechtsinvasiv einsetzen könnte. Nach der derzeitigen Rechtslage dürfte also das BfV bei tatsächlichen Anhaltspunkten für eine Anschlagplanung kein informationstechnisches System eines mutmaßlichen Mitglieds einer Terrorzelle infiltrieren, um Informationen über die Netzwerkstruktur sowie die Anschlagplanung zu erlangen und einen möglichen Anschlag zu verhindern, wohingegen die Staatsanwaltschaft zur Durchsetzung der sekundären Strafverfolgungsinteressen dieses Instrument einsetzen könnte, wenn der Anschlag bereits verübt wurde. Überzeugend erscheint dies nicht.

⁶⁵ S. nur Paeffgen (o. Fußn. 55), S. 74 ff., 92 ff. Vgl. zu Aufweichungen (namentlich § 112 Abs. 3 und § 112a StPO) aber BVerfGE 19, 342 (349 f.); Hans Hilger, in: Volker Erb/Robert Esser/Ulrich Franke/Kirsten Graalmann-Scheerer/ders./Alexander Ignor (Hrsg.), Löwe-Rosenberg StPO, Vierter Band, 26. Aufl. (2007), § 112 Rn. 53.

c) *Nachrichtendienstliche Aufklärung*

Die nachrichtendienstliche Aufklärung ist ebenfalls in einen allgemeinen Sicherheitsauftrag eingebunden. Sie spielt eine zentrale Rolle bei der Aufklärung terroristischer Bedrohungen, und zwar nicht nur, aber jedenfalls auch im Vorfeld von Gefahr und Anfangsverdacht.

Alle deutschen Nachrichtendienste erfüllen Aufgaben des Schutzes der öffentlichen Sicherheit. Hierbei lassen sich die Aufgaben und Befugnisse von Nachrichtendiensten und Polizeibehörden nicht allein nach Maßgabe der Eingriffsschwellen unterscheiden. Insbesondere eine Differenzierung zwischen „Vorfeldaufklärung“ und Gefahrenabwehr ist nur eingeschränkt geeignet, die Aufgabenprofile abzugrenzen. Einerseits verfügt nämlich die Polizei schon lange über zahlreiche Vorfeldbefugnisse. Dies gilt vor allem für die – heute detailliert geregelte – Informationsverarbeitung, die nur ausnahmsweise der Abwehr einer konkreten Gefahr dient, vielmehr in der Regel nur künftige Gefahrenabwehrmaßnahmen vorbereitet,⁶⁶ aber auch für die vorbeugende Verbrechensbekämpfung. Andererseits setzen aber eine Reihe – insbesondere eingriffsintensiver – nachrichtendienstlicher Befugnisse tatsächliche Anhaltspunkte einer bestimmten Gefahr voraus. Auch hinsichtlich der Schutzgüter überschneiden sich die Aufgabenprofile in vielerlei Hinsicht, nicht zuletzt etwa bei staatsschutzrelevanten Gefahren.

Eine phänotypische Unterscheidung lässt sich lediglich anhand der legal einsetzbaren Mittel vornehmen. Dass nachrichtendienstliche Aufklärung in der Regel geheim (nicht offen) stattfindet, ist hierfür freilich noch nicht indiziell, stehen doch heute auch Polizeibehörden zahlreiche heimliche Ermittlungsbefugnisse zu (vgl. exemplarisch § 28 BPolG, § 20g BKAG [alt]: besondere Mittel der Datenerhebung; § 20k BKAG [alt]: verdeckter Eingriff in informationstechnische Systeme; § 20l BKAG [alt]: Überwachung der Telekommunikation). Allerdings werden den Nachrichtendiensten durchweg offene Zwangsbefugnisse vorenthalten. So bestimmt mustergültig § 8 Abs. 3 BVerfSchG: „Polizeiliche Befugnisse oder Weisungsbefugnisse stehen dem Bundesamt für Verfassungsschutz nicht zu; es darf die Polizei auch nicht im Wege der Amtshilfe um Maßnahmen ersuchen, zu denen es selbst nicht befugt ist“. Entsprechendes gilt nach § 2 Abs. 3 BNDG und § 4 Abs. 2 MADG.

Das BVerfG hat sich bislang lediglich in seinem ATDG-Urteil näher mit dem Verhältnis von Strafverfolgungs- und Polizeibehörden einerseits sowie Nachrichtendienste andererseits auseinandergesetzt. Beide Behördentypen hätten deutlich voneinander unterschiedene Aufgaben und unterliegen „grundlegend verschiedenen Anforderungen“, was das Gericht näher konkretisiert. „Den Nachrichtendiensten kommt die Aufgabe zu, Aufklärung bereits im Vorfeld von Gefährdungslagen zu betreiben. [...] Sie haben mannigfaltige Bestrebungen auf ihr Gefahrenpotenzial hin allgemein zu beobachten und sie gerade auch unabhängig von konkreten Gefahren in den Blick zu nehmen“.⁶⁷ Dies ist im Ausgangspunkt zwar richtig, überzeichnet aber den Kontrast mitunter, wenn hieraus schematische Folgerungen hinsichtlich der Aufgaben- und Befugnisstruk-

⁶⁶ Markus Möstl, Eingriffsschwellen im polizeilichen Informationsrecht, in: Indra Spiecker gen. Döhmman/Peter Collin (Hrsg.), *Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts*, 2008, S. 239 (241).

⁶⁷ BVerfGE 133, 277 (324 f.).

tur gezogen werden.⁶⁸ „Diesem vorfeldbezogenen Aufgabenspektrum entsprechend haben die Nachrichtendienste weitreichende Befugnisse zur Datensammlung, die weder hinsichtlich der konkreten Tätigkeitsfelder spezifisch ausdefiniert noch hinsichtlich der jeweils einzusetzenden Mittel detailscharf ausgestaltet sind. [...] Im Gegenzug und zum Ausgleich zu der Weite dieser Datenerhebungsbefugnisse ist die Zielrichtung der Aufklärung begrenzt. Unbeschadet näherer Differenzierungen zwischen den verschiedenen Diensten beschränkt sie sich im Wesentlichen darauf, fundamentale Gefährdungen, die das Gemeinwesen als Ganzes destabilisieren können, zu beobachten und hierüber zu berichten, um eine politische Einschätzung der Sicherheitslage zu ermöglichen. Ziel ist nicht die operative Gefahrenabwehr, sondern die politische Information“.⁶⁹

2. *Behördenzuständigkeiten und Abgrenzung*

Der Begriff der Sicherheitsbehörde ist schillernd und umfasst – abhängig vom Sicherheitsbegriff – sehr unterschiedliche Tätigkeitsfelder.⁷⁰ Auch die Gewerbeaufsicht wäre für ihren Aufgabenbereich im weiteren Sinne Sicherheitsbehörde, weil sie quellenbezogene Gefahren für die öffentliche Sicherheit abwehren soll. Ein derart weites Verständnis von Sicherheitsbehörden ist indes für eine Analyse speziell in Bezug auf die Terrorismusabwehr analytisch weitgehend wertlos. Hier soll auf Behörden fokussiert werden, die allgemeine – insbesondere in der Verletzung von Strafgesetzen liegende – Gefahren und Risiken für die öffentliche Sicherheit aufklären und verfolgen bzw. abwehren sollen.

Das deutsche Sicherheitsrecht verzichtet traditionell auf einen Begriff des Terrorismus. Dies ist sinnvoll, da Terrorismus als Rechtsbegriff seit jeher mit erheblichen Deutungsunsicherheiten beladen war.⁷¹ Über die bedrohten Rechtsgüter und den Gefahrengrad lassen sich Aufgaben und Befugnisse daher präziser umschreiben. Lediglich in Bezug auf das Bundeskriminalamt ist man einen anderen Weg gegangen und hat die Bekämpfung des „internationalen Terrorismus“ zum Rechtsbegriff erhoben (Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG, § 4a BKAG⁷²).⁷³ Das BVerfG verweist insoweit auf den unionsrechtlichen Terrorismusbegriff,⁷⁴ der hierfür Pate gestanden hatte.⁷⁵

⁶⁸ Kritisch *Klaus Ferdinand Gärditz*, Sicherheitsverfassungsrecht und technische Aufklärung durch Nachrichtendienste, EuGRZ 2018, 6 (8); *Steffen Tanneberger*, Eine Trendwende in der Sicherheitsverfassung, VBIBW 2014, 41 (43).

⁶⁹ BVerfGE 133, 277 (325 f.).

⁷⁰ S. *Klaus Ferdinand Gärditz*, Sicherheitsrecht als Perspektive, GSZ 2017, 1 f.; *Kurt Granlich*, Sicherheitsrecht, DVBl. 2013, 1210 ff. Einen Rechtsbegriff zu entwickeln versucht das Sicherheitsüberprüfungsgesetz v. 20.4.1994 (BGBl. I S. 867), das zuletzt durch Art. 4 des Gesetzes v. 18.7.2017 (BGBl. I S. 2732) geändert worden ist.

⁷¹ Eingehend *Bradley McAllister/Alex P. Schmidt*, Theories of Terrorism, in: Alex P. Schmidt (Hrsg.), The Routledge Handbook of Terrorism Research, 2011, S. 201 (213-255); *Philipp Konstantin Kauffmann*, Terrorismus im Wandel - Auslegung des Begriffs Terrorismus im Lichte des Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten, Jura 2011, 257 ff.; *Stefanie Schmahl*, Internationaler Terrorismus aus der Sicht des deutschen Ausländerrechts, ZAR 2004, S. 217 (219); *Thomas Weigend*, The Universal Terrorist: The International Community Grappling with a Definition, Journal of International Criminal Justice 4 (2006), 912 ff.; *ders.*, Terrorismus als Rechtsproblem, in: Festschrift für Kay Nehm, 2006, S. 151 (157 ff.); *Mark Alexander Zöller*, Terrorismusstrafrecht, 2009, S. 99-213.

⁷² Bundeskriminalamtgesetz v. 7.7.1997 (BGBl. I S. 1650), das zuletzt durch Art. 2 des Gesetzes v. 1.6.2017 (BGBl. I S. 1354) geändert worden ist.

a) *Polizeibehörden*

Sicherheitsrechtlich relevante Polizeibehörden sind:

- *Bundespolizei* (BPolG⁷⁶): Diese wird tätig als Gefahrenabwehrbehörde des Bundes mit (verfassungsrechtlich bedingt⁷⁷) begrenztem Aufgabenspektrum (§§ 2 ff. BPolG). Nach § 12 BPolG nimmt sie zudem eng umgrenzte Aufgaben der Strafverfolgung wahr. Spezifische Aufgaben der Terrorismusabwehr werden nicht erfüllt; gleichwohl können die bestehenden selbstverständlich hierzu eingesetzt werden, etwa beim Grenzschutz (§ 2 BPolG) oder dem Schutz kritischer Verkehrsinfrastrukturen (§§ 3, 4 BPolG).
- *Bundeskriminalamt* (BKAG): Das Amt wird sowohl als (insoweit koordinative) Zentralstelle (§ 2 BKAG) als auch als Strafverfolgungsbehörde (§ 4 BKAG) und im Bereich des internationalen Terrorismus als Gefahrenabwehrbehörde (§ 4a BKAG) tätig. Es ist zudem Relaisbehörde bei der internationalen polizeilichen Zusammenarbeit (§ 4 BKAG).
- *Landespolizeibehörden*: Diese erfüllen auf der Grundlage der Landespolizeigesetze Aufgaben zum Schutz der öffentlichen Sicherheit (und ggf. Ordnung), sind aber ggf. durchweg auch als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft (s. § 152 GVG, § 163 StPO) bei der Aufklärung von Straftaten beteiligt.

b) *Strafverfolgungsbehörden*

Funktionell wird meist auch die Strafverfolgung in das breite Spektrum der inneren Sicherheit einbezogen (siehe oben). Sicherheitsrechtlich relevante Strafverfolgungsbehörden sind:

- *Staatsanwaltschaften der Länder*: Diese übernehmen das Gros der Strafverfolgung auf der Grundlage von GVG und StPO.
- *Generalbundesanwalt*: Der Generalbundesanwalt als Behörde übernimmt Aufgaben der Strafverfolgung, die gerade im Bereich des Terrorismus relevant sind (s. §§ 142a, 120 GVG). Die Zuständigkeitszuweisung ist im Einzelnen verwickelt (siehe unten).
- *Zollkriminalamt* (ZFdG⁷⁸): Das ZKA wird nicht nur als Zentralstelle (§ 3 ZfdG), sondern auch als Strafverfolgungsbehörde des Bundes tätig (§ 4 ZfdG). Insbesondere Straftaten

⁷³ Vgl. *BVerfGE* 141, 220 (263).

⁷⁴ S. Rahmenbeschluss 2002/475/JI des Rates v. 13. 6. 2002 zur Terrorismusbekämpfung (ABl. L 164, S. 3); jetzt: Richtlinie (EU) 2017/541 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.3.2017 zur Terrorismusbekämpfung und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI des Rates und zur Änderung des Beschlusses 2005/671/JI des Rates (ABl. L 88, S. 6).

⁷⁵ *BVerfGE* 141, 220 (266).

⁷⁶ Bundespolizeigesetz v. 19.10.1994 (BGBl. I S. 2978, 2979), das zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes vom 5.5.2017 (BGBl. I S. 1066) geändert worden ist.

⁷⁷ *BVerfGE* 97, 198 ff.

⁷⁸ Zollfahndungsdienstgesetz v. 16.8.2002 (BGBl. I S. 3202), das zuletzt durch Art. 15 des Gesetzes v. 17.8.2017 (BGBl. I S. 3202) geändert worden ist.

im Außenwirtschaftsverkehr (namentlich Verstöße gegen das Kriegswaffenkontrollrecht) und Geldwäsche sind auch im Kontext der logistischen Unterstützung des Terrorismus relevant.

Die von polizeilichen Behörden betriebene *Strafverfolgungsvorsorge* (vgl. § 81b StPO) liegt wiederum – unabhängig von der Zuordnung unter dem Gesichtspunkt der föderalen Gesetzgebungskompetenz⁷⁹ – im Grenzbereich von Strafverfolgung und Prävention.⁸⁰

c) *Nachrichtendienste*

Die Nachrichtendienste des Bundes und der Länder bilden heute einen tragenden Pfeiler in der deutschen Sicherheitsarchitektur.⁸¹ Sie spielen im Bereich der Terrorismusbekämpfung eine entscheidende Rolle, weil zentrale Befugnisse der Nachrichtendienste der Aufklärung von Bestrebungen und Tätigkeiten im Vorfeld einer hinreichend konkretisierten Gefahr dienen, also ein Frühwarnsystem in einem Terrain etablieren, auf dem die Gefahrenabwehr oftmals viel zu spät eingreift, aber höchstrangige Rechtsgüter (Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit) bedroht sind.

Das Nachrichtendienstrecht ist fachlich gesondert und auf durchaus disparaten Kompetenzgrundlagen überwiegend bundesrechtlich geregelt:

- Lediglich für den *Verfassungsschutz* besteht mit der ausschließlichen Bundeskompetenz nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 lit. b GG eine explizit nachrichtendienstrechtliche Kompetenzgrundlage, die sich freilich auf die Regelung der Zusammenarbeit von Bund und Ländern auf dem Gebiet des Verfassungsschutzes beschränkt, also Raum für Landesverfassungsschutzrecht belässt und Landesverfassungsschutzbehörden jedenfalls im Grundsatz voraussetzt. Die korrespondierende Verwaltungskompetenz folgt aus Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG. Letztlich legt der Bundesgesetzgeber fest, welche Aufgaben Bundes- und Landesverfassungsschutzbehörden erfüllen. Eine stärkere Zentralisierung wäre verfassungsrechtlich hier durchaus möglich.
- Der *Bundesnachrichtendienst* als Instrument der Auslandsaufklärung wird auf die Kompetenz der auswärtigen Angelegenheiten (Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG) gestützt; die Verwaltungskompetenz folgt dann aus der Auffanggrundlage des Art. 87 Abs. 3 GG.⁸² Dies wirkt mit-

⁷⁹ Vgl. *BVerfGE* 113, 348 (370 ff.), das diese Materie dem gerichtlichen Verfahren nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zuordnet. Anderer Ansicht etwa *Klaus Ferdinand Gärditz*, *Strafprozeß und Prävention – Entwurf einer verfassungsrechtlichen Zuständigkeits- und Funktionenordnung*, 2003, S. 328, 331, 359, 429.

⁸⁰ S. *Kurt Graulich*, *Strafverfolgungsvorsorge*, *NVwZ* 2014, 685 ff.

⁸¹ S. *Dietrich* (o. Fußn. 31), Kap. III § 3 Rn. 28 f.

⁸² *BVerfGE* 100, 313 (371 f.); BR-Drs. 618/88, S. 183; BT-Drs. 11/4306, S. 70; *Matthias Bäcker*, *Das G 10 und die Kompetenzordnung*, *DÖV* 2011, 840 (842); *Christoph Gröpl*, *Die Nachrichtendienste im Regelwerk der deutschen Sicherheitsverwaltung*, 1993, S. 69 ff.; *Karl-Ludwig Haedje*, *Das neue Nachrichtendienstrecht für die Bundesrepublik Deutschland*, 1998, S. 213; *Alexander Proelß/Oliver Daum*, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Routinefernmeldeaufklärung durch den Bundesnachrichtendienst*, *AöR* 141 (2016), 374 (396); *Helmuth Roener*, *Nachrichtendienstrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1987, § 1 PKKG Rn. 14; *Steffen Tanneberger*, *Die Sicherheitsverfassung*, 2014, S. 283;

telbar befugnislimitierend,⁸³ weil nämlich ein Bezug zu spezifisch außenpolitischen Aufklärungsinteressen gegeben sein muss, was etwa einen Einsatz zur Bekämpfung von internationaler Alltagskriminalität – anders als etwa die Erstellung außenpolitisch relevanter Lagebilder über bestimmte strukturelle Kriminalitätsformen, die die Politik in Bezug auf ein Land prägen – ausschließen würde. Die Abwehr von Gefährdungen der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, die von terroristischen Bestrebungen aus dem Ausland ausgehen, erfüllt diese Anforderungen an ein außenpolitisches Aufklärungsinteresse aber zwanglos. Soweit der BND Auslandsaufklärung im militärischen Bereich (von der Aufklärung sicherheitsrelevanter Fragen fremder Streitkräfte und Waffensystem bis zur *force protection*) vornimmt, stützt sich seine Kompetenzgrundlage auf den Titel für die Verteidigung (Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG).⁸⁴ Richtigerweise ergibt sich die korrespondierende Verwaltungskompetenz gleichwohl auch hier aus Art. 87 Abs. 3 GG, weil Art. 87a GG eine Eingliederung in die Streitkräfte und Art. 87b GG eine Eingliederung in die Bundeswehrverwaltung voraussetzt, die aber in Bezug auf den BND nicht gegeben ist.

- Der *Militärische Abschirmdienst* erfüllt Verfassungsschutzaufgaben innerhalb der Streitkräfte und ist daher von der Bundeskompetenz für die Verteidigung gedeckt (Art. 73 Abs. 1 Nr. 1, Art. 87a GG).⁸⁵

Jedenfalls die Trennung der Nachrichtendienste in einen Bereich der inneren und einen der äußeren Sicherheit – einschließlich der damit einhergehenden Spezialisierung, aber auch Fragmentierung – ist damit bereits in der verfassungsrechtlichen Kompetenzstruktur angelegt. Ob diese traditionsreiche, aber auch den gegenwärtigen Stand der Entgrenzung und Globalisierung von Sicherheitsrisiken nicht mehr in jeder Hinsicht abbildende Kompetenzstruktur fortzuentwickeln ist, wäre daher verfassungspolitisch zu entscheiden.

aa) Die einzelnen Nachrichtendienste

Nachrichtendienste, die Aufgaben des Schutzes der öffentlichen Sicherheit erfüllen, sind:

- *Bundesamt für Verfassungsschutz* (BfV): Die Aufgaben und Befugnisse des BfV sind im BVerfSchG⁸⁶ geregelt. Zwar wird die Aufklärung terroristischer Gefahren nicht gesondert erwähnt. Sie ist aber in den Aufgaben des § 3 Abs. 1 Nr. 1-4 BVerfSchG enthalten, weil alle bezeichneten Sicherheitsgefährdungen gerade auch mit terroristischen Mitteln her-

Niclas-Frederik Weisser, Die Entwicklung des Bundesnachrichtendienstes, 2014, S. 104 ff.; Mark A. Zöller, Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten, 2002, S. 306.

⁸³ BVerfGE 100, 313 (371); Marvel Hempel, Der Bundestag und die Nachrichtendienste – eine Neubestimmung durch Art. 45d GG, 2014, S. 148.

⁸⁴ Dietrich (o. Fußn. 31), Kap. III § 3 Rn. 62.

⁸⁵ BVerfGE 133, 277 (319); BT-Drs. 17/6925 v. 6. 9. 2011, S. 10; Christoph Degenhart, in: Michael Sachs (Hrsg.), GG, 8. Aufl. (2018), Art. 73 Rn. 6; Gärditz (o. Fußn. 79), S. 374; Christoph Gusy, Die Zentralstellenkompetenz des Bundes, DVBl 1993, 1117 (1120); Alexander Hirsch, Kontrolle der Nachrichtendienste, 1994, S. 32.

⁸⁶ Bundesverfassungsschutzgesetz v. 20.12.1990 (BGBl. I S. 2954, 2970), das zuletzt durch Art. 2 des Gesetzes v. 30.6.2017 (BGBl. I S. 2097) geändert worden ist.

vorgerufen werden können. Dies folgt auch aus § 18 Abs. 4 BVerfSchG, wonach die Beobachtung terroristischer Bestrebungen jedenfalls Bestandteil des § 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG ist.

- *Landesämter für Verfassungsschutz*: Diese sind nach § 2 Abs. 2 BVerfSchG obligatorisch zu unterhalten, wobei das Bundesrecht es den Ländern überlässt, eigene Behörden zu schaffen oder den Verfassungsschutz einer Abteilung eines Landesministeriums anzugliedern. Die Befugnisse der Landesverfassungsschutzbehörden sind in § 8b Abs. 10 BVerfSchG, dem G 10 sowie den Landesverfassungsschutzgesetzen geregelt. Letztere sind durchweg uneinheitlich ausgestaltet. Während manche Länder das Recht in den letzten Jahren reformiert und insoweit teils auch Befugnisse erweitert haben,⁸⁷ verfahren andere Länder hier restriktiv. Nicht zuletzt bei den zugelassenen Maßnahmen und den Eingriffsschwellen bestehen im Detail teils deutliche Divergenzen. Was für die Polizeigesetze gesunder Ausdruck föderaler Vielfalt der Lösungsangebote ist, bereitet im Bereich des Verfassungsschutzes mitunter dem BfV erhebliche Anwendungsprobleme, weil das Bundesamt als Zentralstelle (§ 5 Abs. 4 BVerfSchG) Kooperationsroutinen entwickeln muss sowie bei der zentralen Analyse (vgl. § 5 Abs. 2 BVerfSchG) auf systematisierbare und gleichmäßig verlässliche Erkenntnisse der auskunftspflichtigen Landesbehörden (§ 6 BVerfSchG) angewiesen ist.
- *Bundesnachrichtendienst (BND)*: Der BND ist eine Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundeskanzleramtes (§ 1 Abs. 1 BNDG). Die allgemeine Aufgabe des BND bestimmt sich nach § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG⁸⁸: Der BND sammelt zur Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind, die erforderlichen Informationen und wertet sie aus. Soweit hierzu im Inland Daten erhoben werden sollen, enthält das BNDG hierfür entsprechende Befugnisse. Entsprechendes gilt für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung (§ 6 ff. BNDG). Zwar hat der BND keine terrorismusspezifischen Aufgaben. Gleichwohl gehört aber ein vom Ausland aus gesteuerter, initiiertes oder geplanter Inlandsterrorismus sowie ausländischer Terrorismus mit Destabilisierungswirkung in Gegenden von außenpolitischem Interesse zweifellos zu den Aufgaben des Auslandsnachrichtendienstes. Angesichts der weitgehenden Entgrenzung terroristischer Bedrohungen – nicht zuletzt im Bereich des islamistischen Extremismus – ist die Auslandsaufklärung von Risiken von immenser Bedeutung auch für die innere Sicherheit.
- *Militärischer Abschirmdienst (MAD)*: Als kleinster Nachrichtendienst erfüllt der MAD nach MADG⁸⁹ die Funktionen einer Verfassungsschutzbehörde im Geschäftsbereich des Bun-

⁸⁷ Anschaulich für Bayern *Markus Löffelmann*, Novellierung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes, BayVBl. 2017, 253 ff.

⁸⁸ BND-Gesetz v. 20.12.1990 (BGBl. I S. 2954, 2979), das zuletzt durch Art. 4 des Gesetzes v. 30.6.2017 (BGBl. I S. 2097) geändert worden ist.

⁸⁹ MAD-Gesetz v. 20.12.1990 (BGBl. I S. 2954, 2977), das zuletzt durch Art. 3 des Gesetzes v. 30.6.2017 (BGBl. I S. 2097) geändert worden ist.

desministeriums der Verteidigung. Mit der Terrorismusabwehr ist er eher peripher betraut. Namentlich die Aufklärung von terroristischen Bestrebungen innerhalb der Bundeswehr – insbesondere die Aufdeckung von Personen, die mit terroristischen Zielen eine militärische Ausbildung erhalten wollen – fällt in seinen Aufgabenkreis. Verfassungsrechtlich obliegt es nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG dem Gestaltungsermessens des Gesetzgebers, die militärische Auslandsaufklärung dem MAD oder (wie derzeit primär) dem BND zuzuweisen.

bb) Das G 10 als nachrichtendienstrechtliches Nebengesetz

Allen drei Nachrichtendienste des Bundes sowie den Verfassungsschutzbehörden der Länder stehen ergänzend zu den in den Fachgesetzen erhaltenen Befugnissen Maßnahmen nach dem G 10 zur Verfügung (vgl. § 9 Abs. 2 G 10), auf die Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG) gestützt werden können. Die Kompetenzgrundlage des Bundes für dieses Gesetz muss sich additiv auf die Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen stützen, die die Befugnisse der einzelnen Dienste tragen.⁹⁰ Innerhalb der teils verwinkelten Regelungsstruktur ergeben besteht freilich ein deutlicher Unterschied hinsichtlich der antragstellenden Nachrichtendienste.

Während individuelle Beschränkungen (§ 3 G 10) alle Nachrichtendienste des Bundes und der Länder beantragen können, sind *strategische Beschränkungen*, die der Aufklärung diffuser Risiken anhand von Selektoren dienen, bislang dem BND vorbehalten (§ 5 G 10 für internationale Verbindungen; entsprechend §§ 6 ff. BNDG für reine Auslandsverbindungen). Diese Differenz beruht letztlich auf historisch gewachsenen Zufälligkeiten, ist aber nicht kohärent zu erklären. Eine strategische Telekommunikationsbeschränkung zur Aufklärung inländischer Gefahren von einer § 5 Abs. 1 G 10 vergleichbaren Schwere wäre verfassungsrechtlich im Wesentlichen an den gleichen Hürden zu messen wie die von § 5 G 10 erfassten „internationalen“ Telekommunikationsverbindungen, weil auch hier ein Teilnehmer im Inland angesiedelt ist und daher den Schutz des Art. 10 GG genießt. Da das BVerfG die strategische Aufklärung nach § 5 G 10 grundsätzlich gebilligt hat, wäre eine entsprechende Regelung (strategische Beschränkung an Kommunikationsknoten) namentlich zur Terrorabwehr durchaus möglich, nicht zuletzt um realen Aufklärungsdefiziten durch veränderte Kommunikationsstrukturen entgegenzuwirken. Politisch wurde dies aber bislang – soweit ersichtlich – nicht näher in Betracht gezogen.

d) *Sonstige sicherheitsrelevante Behörden*

Daneben bestehen Behörden, die zwar lediglich sektorale Verwaltungsaufgaben erfüllen, die aber gerade im Bereich der Terrorismusabwehr relevant werden.

- Das *Bundesamt für Migration und Flüchtlinge* (BAMF) ist keine Sicherheitsbehörde im eigentlichen Sinne. Es entscheidet über Asylanträge bzw. den rechtlichen Anspruch auf Asyl,

⁹⁰ So auch *Matthias Bäcker*, Das G 10 und die Kompetenzordnung, DÖV 2011, 840 ff., freilich mit der nicht überzeugenden These, für den Verfassungsschutz des Bundes fehle eine solche Kompetenz.

internationalen und internationalen subsidiären Schutz nach §§ 2 ff. AsylG⁹¹. Eine spezifische Aufgabe der Abwehr von Gefahren, die von militanten Ausländerinnen und Ausländern ausgehen, gehört nicht in das originäre Aufgabenspektrum der Behörde. Gleichwohl wachsen auch dem BAMF Aufgaben zu, die für die Terrorismusabwehr relevant sein können. So schließt eine terroristische Betätigung einen Asylanspruch aus (§ 3 Abs. 2 bzw. § 4 Abs. 2 AsylG).⁹² Hierbei hat das BAMF von Amts wegen den Sachverhalt aufzuklären (§ 24 AsylG). Dies schließt es ein, bei gebotenem Anlass auch Erkenntnisse über entsprechende Schutz-Ausschlussgründe zu erlangen, die etwa durch Reiseroute, Kontakte, personenbezogene Informationen, mitgeführte Dokumente oder die Einlassung im Rahmen der Anhörung indiziert sein können. Solche Informationen können aber wiederum von unmittelbarer Relevanz für die nachgelagerte Gefahrenabwehr sein. Dies gilt zumal dann, wenn eine betroffene Person zwar keinen Flüchtlingsschutz erhält, aber Abschiebungshindernisse einer Verbringung in den Herkunftsstaat entgegenstehen (s. §§ 60, 60a AufenthG), sodass sie als sog. „Gefährder“ (siehe oben) im Inland verbleibt.

- Soweit eine *oberste Landesbehörde* oder der *Bundesminister des Innern* eine *Abschiebungsanordnung* nach § 58a AufenthG erlässt, dient dies explizit der Abwehr von Gefahren. Spezifisches Regelungsziel dieser – verfassungskonformen⁹³ – Norm ist die Terrorismusabwehr.
- Im Übrigen liegt der Erlass aufenthaltsbeendigender Maßnahmen nach der regulären Verteilung des Art. 83 GG bei den zuständigen *Landesbehörden*. Die Fähigkeiten, Praktiken und Verwaltungsphilosophien bei der Durchsetzung des Aufenthaltsrechts divergieren hierbei nicht unerheblich.
- Das *Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik* (BSIG⁹⁴) erfüllt vor allem Servicefunktionen im Rahmen der Sicherung der gesellschaftlich vitalen Informationsinfrastrukturen. Ihm kommt als spezialisierte Fachbehörde eine entscheidende Rolle zu, die Abwehr gegen Cyberangriffe (einschließlich Cyberterrorismus) zu unterstützen. Nachrichtendienstliche Aufklärung über informationstechnische Bedrohungen kann dies nicht ersetzen.

e) *Überschneidungen*

Hierbei ist nicht zu übersehen, dass es nicht selten zu Überschneidungen der Zuständigkeiten kommt.

⁹¹ Asylgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 2.9.2008 (BGBl. I S. 1798), das zuletzt durch Art. 2 des Gesetzes v. 20.7.2017 (BGBl. I S. 2780) geändert worden ist.

⁹² S. hierzu *EuGH*, Urt. v. 9. 11. 2010 – C-57/09 und C-101/09 (Bundesrepublik Deutschland/B und D), Slg. 2010 I-10979, Rn. 81 ff.; Urt. v. 24.6.2015 – C-373/13 (H.T./Baden-Württemberg), ECLI:EU:C:2015:413 Rn. 40 ff.; *BVerwGE* 132, 79 ff.; ferner zum Tatbestandausschluss des (freilich praktisch nur noch begrenzt relevanten) Asylrechts nach Art. 16a GG *BVerfGE* 81, 142 (152).

⁹³ O. Fußn. 59.

⁹⁴ Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI-Gesetz – BSIG) v. 14.8.2009 (BGBl. I S. 2821), das zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes v. 23.6.2017 (BGBl. I S. 1885) geändert worden ist.

aa) Gefahrenabwehr und Strafverfolgung

Da die Eingriffsschwellen von Anfangsverdacht und Gefahr auf tatsächlichen Anhaltspunkten gründen, stehen Polizei- und Strafverfolgungsbehörden nicht selten parallel Eingriffsinstrumente zur Verfügung. Obgleich Strafverfolgung retrospektiv und Gefahrenabwehr prospektiv ausgerichtet ist, besteht oft auch bei schon begangenen Straftaten die Gefahr der Begehung weiterer Taten (z. B. Anschlussdelikte, Vereinigungsdelikte nach §§ 129, 129a StGB) fort. Maßnahmen der Strafverfolgung unterbrechen in der Regel auch gefahr begründende Tätigkeiten, wie auch Gefahrenabwehreingriffe Erkenntnisse zu Tage befördern können, die der Strafverfolgung dienen. Polizeibehörden handeln daher nicht selten „doppelfunktional“.

Föderale Koordinationsprobleme können sich dort ergeben, wo entweder die Behörden mehrerer Länder parallel zuständig sind, etwa weil eine Straftat – oder sozial miteinander verknüpfte Straftaten – an verschiedenen Orten in unterschiedlichen Ländern begangen wurden (s. §§ 7 ff. StPO) oder eine Gefahr gebietsübergreifend besteht. Handelt es sich um eine prozessuale Tat, bedarf es zwingend einer Zuständigkeitsbestimmung spätestens bei Anklageerhebung (§ 264 Abs. 1 StPO), bei lediglich zusammenhängenden Straftaten ist eine solche nach § 13 StPO möglich.

bb) Nachrichtendienste und Polizei- sowie Strafverfolgungsbehörden

Aufgaben von Nachrichtendiensten und Polizei- und Strafverfolgungsbehörden überschneiden sich zwar nicht nach der jeweiligen Maßnahmerichtung, aber doch adressatenbezogen und zeitlich erheblich. Zwar liegen die Eingriffsschwellen im Nachrichtendienstrecht bisweilen (nicht durchweg) niedriger, weil sie weiter in das Vorfeld von Gefahr und Anfangsverdacht hineinreichen. Das Erreichen der Gefahren- oder Verdachtsschwelle *beendet* aber die nachrichtendienstliche Zuständigkeit nicht. Vielmehr bleibt eine Aufklärung auch dann noch zulässig, wenn sich die tatsächlichen Anhaltspunkte weitgehend verdichtet haben und ein nachrichtendienstliches Informationsinteresse (z. B. an der weiteren Aufklärung von Strukturen und Verbindungen) fortbesteht. Dies kann dazu führen, dass parallel zur Aufklärung durch den Verfassungsschutz strafrechtliche Ermittlungen aufgenommen oder Maßnahmen der Gefahrenabwehr ergriffen werden. Dies setzt eine wirksame Koordination voraus, die aber Zielkonflikte nicht gänzlich ausschließen kann: Namentlich kann ein nachrichtendienstliches Interesse der Strukturaufklärung fortbestehen, aber durch einen Zugriff von Strafverfolgungs- oder Gefahrenabwehrbehörden vereitelt werden. Das geltende Recht vertraut hier eher auf informale Koordinationsmechanismen, kennt aber keine verbindlichen Prioritäten.

cc) Landes- und Bundesverfassungsschutz

Im Bereich der nachrichtendienstlichen Aufklärung bestehen weitgehende Parallelzuständigkeiten zwischen BfV und Landesverfassungsschutzbehörden. Dies liegt daran, dass eine verfassungsfeindliche Bestrebung nach § 3 Abs. 1 BVerfSchG, für deren Beobachtung das BfV nach § 5 Abs. 1 BVerfSchG zuständig ist, zugleich eine Bestrebung auf dem jeweiligen Landesgebiet

darstellt, für das die Zuständigkeit der jeweiligen Landesbehörde begründet ist. Es handelt sich um *gemeinsame Aufgaben*,⁹⁵ sie sind – insoweit von Art. 30, 83 GG abweichend – gerade keinem Kompetenzträger exklusiv zugewiesen.⁹⁶ Jenseits der Ausnahmefälle des § 7 BVerfSchG gibt es bislang keine verbindliche Zentralisierung von Verantwortlichkeit. Das Benehmensfordernis nach § 5 Abs. 1 BVerfSchG sichert zwar die formale gegenseitige Kenntnisnahme, garantiert aber keine *inhaltliche* Abstimmung von Maßnahmen oder ein kohärentes Vorgehen.

3. *Schnittstellen und Koordinationsmechanik*

Grundsätzlich verfügt jede Sicherheitsbehörde über eigenständige Aufgaben, die sich jeweils auf ein behörden- oder jedenfalls aufgabenspezifisches Fachgesetz stützen, das auch die notwendigen Befugnisse für die Aufgabenwahrnehmung enthält. Ein operatives Agieren im Verbund schließt dies grundsätzlich aus.

a) *Begrenzter Informationsverbund nach ATDG*

Eine *gemeinsame Aufgabenwahrnehmung* ist nur dort zulässig, wo und soweit dies ausnahmsweise gesetzlich zugelassen ist. In der Regel geht es insoweit um eine verselbstständigte informationelle Kooperation. Zu nennen ist das ATDG. Das BKA, die in der Rechtsverordnung nach § 58 Abs. 1 BPolG bestimmte Bundespolizeibehörde, die Landeskriminalämter, die Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder, der MAD, der BND und das ZKA führen beim BKA *zur Erfüllung ihrer jeweiligen gesetzlichen Aufgaben* zur Aufklärung oder Bekämpfung des internationalen Terrorismus mit Bezug zur Bundesrepublik Deutschland nach § 1 Abs. 1 ATDG eine gemeinsame standardisierte zentrale Antiterrordatei (Antiterrordatei). Das ATDG erweitert die Befugnisse der Behörden also nur insoweit, als sie zur Erfüllung ihrer anderweitigen Aufgaben und die daran anschließenden Befugnisse auch – unter Eingriff in Grundrechte Betroffener – an der Antiterrordatei partizipieren. Unter den Voraussetzungen des § 22a BVerfSchG, § 25 BNDG können gemeinsame projektbezogene Dateien unterhalten werden, wobei hier Nachrichtendienste, Polizei- und Zollbehörden ebenfalls aufgabenübergreifend kooperieren.

b) *Fallbezogene Informationsübermittlung*

In erster Linie erlaubt das geltende Recht einen fallbezogenen Informationsaustausch, für den die verschiedenen Fachgesetze jeweils bereichsspezifische Übermittlungsvorschriften enthalten. In der Regel sieht das geltende Recht vor, dass personenbezogene Daten übermittelt werden, wenn dies zur Erfüllung von Aufgaben entweder der übermittelnden oder der empfangenden Behörde erforderlich ist (s. § 17 Abs. 1-2 BPolG; § 25 BKAG; § 33 ZFdG⁹⁷). Für strafprozessuale Daten-

⁹⁵ Wolfgang Roth, in: Wolf-Rüdiger Schenke/Kurt Graulich/Josef Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, § 5 BVerfSchG Rn. 5.

⁹⁶ Marschollock (o. FuBn. 30), S. 3612.

⁹⁷ Hierzu Kerstin Reitlinger, Zollbehörden in der informationellen Kooperation nationaler Sicherheitsbehörden, 2015.

bestände enthält das Achte Buch der StPO spezifische Regelungen (s. namentlich §§ 474, 477 Abs. 2 StPO).

Im Bereich der Nachrichtendienste ist der Informationsaustausch mit anderen Behörden stärker eingeschränkt. Dies dient letztlich – als Form informationeller Gewaltengliederung⁹⁸ – der vom BVerfG betonten Verhältnismäßigkeit: Nachrichtendienste haben zur Erfüllung ihrer Aufgaben teils weitreichende Vorfeldbefugnisse, die anderen Sicherheitsbehörden vorenthalten bleiben. Diese Differenzierung der Eingriffsschwellen dürfe nicht durch einen freien Informationsfluss unterlaufen werden.⁹⁹ So ist zwar ein Austausch zwischen verschiedenen Nachrichtendiensten zur gegenseitigen Unterstützung bei der Aufgabenerfüllung grundsätzlich möglich (s. § 17 BVerfSchG); auch einer Information der Nachrichtendienste durch andere Behörden stehen nur geringe Hürden entgegen (s. § 18 BVerfSchG). Eine Übermittlung von Nachrichtendiensten an Polizei- und Strafverfolgungsbehörden ist aber nur unter den qualifizierten Voraussetzungen der §§ 19-21 BVerfSchG möglich. Das BfV darf nach § 18 Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG personenbezogene Daten, die mit nachrichtendienstlichen Mitteln nach § 8 Abs. 2 BVerfSchG erhoben worden sind, an die Staatsanwaltschaften, die Finanzbehörden, die Polizeibehörden, 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 Abs. 1 Sätze 2-3 BVerfSchG),
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.

Im Übrigen darf das BfV nach § 18 Abs. 1 Satz 2 BVerfSchG an inländische öffentliche Stellen personenbezogene Daten nur 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. Enger beschränkt ist nach § 4 Abs. 4 G 10 die Übermittlung von Daten aus individuellen Beschränkungen der Telekommunikation nach § 3 G 10. Wesentlich höher sind die Übermittlungsschwellen nach § 7 G 10 für personenbezogene Daten, die aus strategischen Beschränkungen der Telekommunikation durch den BND nach § 5 G 10 erlangt worden sind. Auch hier ist freilich eine Übermittlung zulässig,

⁹⁸ Vgl. *Christoph Möllers*, Kognitive Gewaltengliederung, in: Hans C. Röhl (Hrsg.), *Wissen -- zur kognitiven Dimension des Rechts*, 2010, S. 113 ff.; *Kai von Lewinski*, *Die Matrix des Datenschutzes*, 2014, S. 60 f.

⁹⁹ *BVerfGE* 133, 277 (324 ff.).

wenn dies zur Verhütung oder Verfolgung katalogisierter schwerwiegender Straftaten erforderlich ist (§ 5 Abs. 4 G 10), worunter nicht zuletzt auch terroristische Straftaten zählen.

Wichtig ist, dass das BfV nach § 20 BVerfSchG (für den BND entsprechend nach § 24 Abs. 3 BNDG) bei tatsächlichen Anhaltspunkten von Staatsschutzstraftaten nach §§ 74, 120 GVG *verpflichtet* ist (kein Ermessen),¹⁰⁰ den zuständigen Staatsanwaltschaften und Polizeibehörden Informationen zukommen zu lassen, sofern dies zur Verhinderung oder Verfolgung der bezeichneten Straftaten erforderlich ist¹⁰¹ (entsprechend z. B. § 10 Abs. 1 BaWüVSG; § 18 Abs. 2 VSG NW; § 31 Abs. 1 Satz 1 NdsVSG). In manchen Landesverfassungsschutzgesetzen steht die Übermittlung von Informationen hingegen im Ermessen der Landesbehörde (etwa Art. 25 Abs. 1 BayVSG). Auch in sonstigen Fällen belässt § 19 Abs. 1 BVerfSchG dem BfV ein Übermittlungsermessen.¹⁰² Dies kann zu Konflikten führen, wenn eine Verfassungsschutzbehörde benötigte Informationen aus Gründen des Quellenschutzes zurückhält.¹⁰³ Die administrativen Kulturen der bestmöglichen Aufklärung einerseits und des effektiven Zugriffs andererseits können praktisch miteinander kollidieren, was die praktische Zusammenarbeit mitunter erschwert. Hierbei ist durchaus zu berücksichtigen, dass es gute Gründe geben kann, eine nachrichtendienstliche Quelle zu schützen, wenn dies mittelfristig zur Aufklärung von Strukturen und daher schwerwiegendere Gefahren abzuwehren beitragen kann. Ist eine Information erst einmal bei einer Strafverfolgungsbehörde, schränken das Legalitätsprinzip (§ 152 Abs. 2 StPO) und der Risikofaktor Strafvereitelung im Amt (§ 258a StGB) die Elastizität im Umgang mit strafrechtlich relevanten Informationen nicht unerheblich ein.

Ogleich Behörden und Aufgabenprofile der verschiedenen Sicherheitsbehörden teils deutlich divergieren und datenschutzrechtliche Beschränkungen einem freien Informationsfluss entgegenstehen, lässt sich doch festhalten, dass das geltende Recht durchweg eine Übermittlung von Informationen zulässt, wenn diese zur Verhinderung oder Verfolgung schwerer Straftaten benötigt werden. Im Terrorismusbereich bestehen insoweit keine substantiellen rechtlichen Kooperationshindernisse. Wenn also – anders gewendet – die Übermittlung einer wichtigen Information unterbleibt, ist dies auf praktische Anwendungsdefizite bei den betrauten Behörden zurückzuführen, nicht auf rechtliche Probleme.

c) *Weisungsrechte*

Sämtliche Sicherheitsbehörden sind nach deutschem Recht weisungsabhängig in ein Ressort der Landes- bzw. Bundesregierung eingegliedert. BKA, BfV und die Behörden der Bundespolizei unterstehen dem Bundesinnenministerium (s. explizit § 2 Abs. 1 Satz 2 BVerfSchG für das BfV),

¹⁰⁰ *Wolfgang Bock*, in: Wolf-Rüdiger Schenke/Kurt Graulich/Josef Ruthig (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2014, § 20 BVerfSchG Rn. 3.

¹⁰¹ Vgl. hierzu *VG Köln*, Urt. v. 6.3.2014 – 20 K 7159/12 Rn. 27.

¹⁰² *Marschollock* (o. Fußn. 30), S. 3614, mit dem Hinweis darauf, dass aufgabenspezifisch § 19 BVerfSchG kaum eine Rolle spielt und sich die meisten Fälle nach § 20 BVerfSchG richten.

¹⁰³ *Dietrich* (o. Fußn. 31), Kap. III § 3 Rn. 41.

der BND dem Bundeskanzleramt (§ 1 Abs. 1 Satz 1 BNDG) und der MAD dem Verteidigungsministerium (§ 1 Abs. 1 Satz 1 MADG). Der Generalbundesanwalt untersteht – insoweit demokratischen Legitimationsanforderungen entsprechend¹⁰⁴ – dem externen Weisungsrecht der Justizministerin bzw. des Justizministers; entsprechendes gilt für die Staatsanwaltschaften der Länder (§ 147 Nr. 1-2 GVG). Insoweit kann die Aufgabenerfüllung durch Weisungen der Ressortministerin oder des Ressortministers erfüllt werden.

Bund und Länder stehen sich unter dem Grundgesetz nicht in einem hierarchischen Über-Unterrordnungsverhältnis gegenüber, sondern als selbstständige Kompetenzträger auf Augenhöhe,¹⁰⁵ deren Beziehungen zueinander durch abgegrenzte Kompetenzbereiche bestimmt werden. Dies bedeutet, dass auch die Koordination zwischen Bund und Ländern im Sicherheitsbereich grundsätzlich auf der Grundlage eines gleichgeordneten Nebeneinanders kooperativ erfolgen muss. Weisungsrechte des Bundes an die Länder bleiben daher im geltenden Recht die Ausnahme. Eine Koordination über Weisungen innerhalb einer hierarchischen Verwaltungsorganisation scheidet immer dort, wo gegenständlich parallele, aber funktionsdifferente Zuständigkeiten von Bundes- und Landesbehörden zusammenfallen. In diesem Fall liegt das endgültige Weisungsrecht bei zwei verschiedenen Exekutivspitzen, die in keinem Hierarchieverhältnis zueinander stehen und sich letztlich nur freiwillig koordinieren können. Entsprechendes gilt bei einer länderübergreifenden Zusammenarbeit von Polizei- oder Verfassungsschutzbehörden

Die Regelung des § 4 Abs. 4 BKAG, wonach das BKA im Bereich der Strafverfolgung Landeskriminalämtern Weisungen erteilen darf,¹⁰⁶ stützt sich darauf, dass hier bereits – im Einklang mit Art. 73 Nr. 9a, 10, 87 Abs. 1 Satz 2 bzw. 96 Abs. 5 GG – die Strafverfolgungskompetenz beim Bund liegt und die Landeskriminalämter letztlich lediglich Amtshilfe leisten.

4. *Verfahrensübernahme durch Generalbundesanwalt*

Der Generalbundesanwalt kann Strafverfahren nach §§ 74a Abs. 2, 120 Abs. 2 GVG aufgrund der besonderen Bedeutung übernehmen. In diesem Zusammenhang kann der Generalbundesanwalt nach § 4 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BKAG auch das BKA ersuchen, die polizeilichen Aufgaben bei der Strafverfolgung (vgl. § 163 StPO) zu übernehmen. Insoweit ist die Zuständigkeit des BKA akzessorisch zu der des Generalbundesanwalts. Dessen Kompetenz, Strafverfahren im vorliegend allein interessierenden Kontext des Terrorismus an sich zu ziehen und in eigener Zuständigkeit zu übernehmen, ist demgegenüber sowohl einfach-gesetzlich als auch verfassungsrechtlich verwickelter:

¹⁰⁴ Etwa *Hans-Ulrich Paeffgen*, Das externe Weisungsrecht des Justizministers – ein obsoletes Institut?, in: Gedächtnisschr. f. Ellen Schlüchter, 2002, S. 563 ff.

¹⁰⁵ *Klaus Ferdinand Gärditz*, Grundlagen der bundesstaatlichen Verwaltungskompetenzen, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, Stand: 190. EL: 4/2018, Vorbem. z. Art. 83 ff. GG Rn. 78.

¹⁰⁶ Zum Umfang *Kurt Graulich*, in: Wolf-Rüdiger Schenke/ders./Josef Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, § 4 BKAG Rn. 31 f.

a) *Zuständigkeit des GBA*

Nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 GVG wird das Amt der Staatsanwaltschaft beim BGH durch einen Generalbundesanwalt und durch einen oder mehrere Bundesanwälte ausgeübt. Die Generalbundesanwaltschaft ist hierbei eine Strafverfolgungsbehörde mit einem sehr begrenzten Aufgabenprofil, die sowohl in bundesstaatlicher als auch in gegenständlicher Hinsicht eine Sonderstellung innerhalb der grundsätzlich für die Strafverfolgung universalzuständigen Staatsanwaltschaften einnimmt. Nach § 120 Abs. 2 Nr. 1-4 GVG sind in Strafsachen die Oberlandesgerichte, in deren Bezirk die Landesregierungen ihren Sitz haben, für das Gebiet des Landes zuständig für die Verhandlung und Entscheidung im ersten Rechtszug bei konkret benannten Verbrechen, die zwar nicht alle abstrakt staatschutzspezifisch sind (abgesehen von § 120 Abs. 2 Nr. 1 i. V. mit § 74a Abs. 1 Nr. 1-4 GVG), bei denen aber der Generalbundesanwalt wegen der besonderen Bedeutung des Falles die Verfolgung übernimmt. Der Generalbundesanwalt wiederum übt nach § 142a Abs. 1 Satz 1 GVG in den zur Zuständigkeit von Oberlandesgerichten im ersten Rechtszug gehörenden Strafsachen (§ 120 Abs. 1-2 GVG) das Amt der Staatsanwaltschaft auch bei diesen Gerichten aus. Die Ermittlungszuständigkeit des Generalbundesanwalts hat wiederum Rückwirkungen auf den zuständigen Ermittlungsrichter: Führt der Generalbundesanwalt die Ermittlungen, so ist nach § 169 Abs. 1 Satz 2 StPO der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofes zuständig.

b) *Verfassungsrechtliche Kompetenzgrundlage*

Diese Zuständigkeit des Generalbundesanwalts stützt sich aus der Sicht der föderalen Kompetenzverteilung auf Art. 96 Abs. 5 GG.¹⁰⁷ Nach dieser Regelung kann ein Bundesgesetz vorsehen, dass die Strafgerichte der Länder (vgl. Art. 92 GG) Gerichtsbarkeit des Bundes ausüben (Organleihe¹⁰⁸), und zwar insbesondere auf dem Gebiet des Staatsschutzes. Das Strafprozessrecht ist kein Verwaltungsverfahren und die Einrichtung von Strafverfolgungsbehörden keine Behördenorganisation im Sinne des Art. 84 Abs. 1 GG.¹⁰⁹ Die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft als Strafverfolgungsbehörde folgt vielmehr der Gesetzgebungskompetenz für das gerichtliche Verfahren (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) und hinsichtlich der Vollzugskompetenz der Verbandszuständigkeit für die Strafgerichtsbarkeit.¹¹⁰ Für die Strafgerichtsbarkeit sind aber nach Art. 92 GG in

¹⁰⁷ Klaus Ferdinand Gärditz, Die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts zur Verfolgung von Straftaten nach Völkerstrafgesetzbuch im Lichte des Grundgesetzes, Bonner Rechtsjournal, Sonderausgabe 1/2010, S. 11 (15 f.);

¹⁰⁸ BGHSt 46, 238 (244); Steffen Detterbeck, in: Michael Sachs (Hrsg.), GG, 8. Aufl. (2018), Art. 96 Rn. 19; Christian Hillgruber, in: Maunz/Dürig, Stand: 2018, Art. 92 Rn. 82; Hans-Ulrich Paeffgen, Empfiehlt sich eine Änderung/Erweiterung der gesetzlichen Regelungen zur Zuständigkeit des Generalbundesanwalts für staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren im Bereich rechtsextremistischer, fremdenfeindlicher und/oder antisemitischer Straftaten?, 2001 (unveröffentlichtes Gutachten im Auftrag des BMJ), S. 10, 13, 33; Gerd Morgenthaler, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), GG, 2. Aufl. (2013), Art. 96, Rn. 12; Bodo Pieroth, in: Hans. D. Jarass/ders. (Hrsg.), GG, 14. Aufl. (2016), Art. 96 Rn. 5; Helmut Schulze-Fielitz, in: Horst Dreier (Hrsg.), GG, Bd. III, 3. Aufl. (2018), Art. 96 Rn. 35; Klaus Stern, Staatsrecht, Bd. II, 1980, S. 394.

¹⁰⁹ Vgl. für Gerichte zutreffend Oskar Katholnigg, Kann der Bund Mindestgröße für Amtsgerichte festlegen, DÖV 1970, S. 482 (484).

¹¹⁰ Für eine Zuordnung der Staatsanwaltschaft zu Art. 92, 95 GG etwa Johann Schütz, Staatsanwaltschaft und Dritte Gewalt, in: Festschr. f. Günther Küchenhoff, Bd. II, 1972, S. 985 ff.; Walter Wagner, Zur Weisungsgebundenheit der

Ausformung des Art. 30 GG¹¹¹ grundsätzlich die Länder zuständig.¹¹² Strafgerichtsbarkeit des Bundes wird – jenseits der Rechtsmittelfunktionen als oberstes Bundesgericht (Art. 95 Abs. 1 GG) – aber nur im Rahmen des Art. 96 Abs. 5 GG ausgeübt,¹¹³ der insoweit kompetenzbegründend ist¹¹⁴. Es handelt sich insoweit um eine abschließende Regelung.¹¹⁵

c) *Besondere bundesstaatliche Relevanz als Übernahmevoraussetzung*

Bezogen auf die Verfolgungskompetenz des Generalbundesanwalts im Bereich des Staatsschutzes entspricht es der heute überwiegenden Auffassung, dass eine Strafverfolgung des Bundes nicht in jedem Einzelfall gerechtfertigt ist. Zu berücksichtigen ist nämlich die Art. 92, 96 Abs. 5 GG inhärente verfassungsrechtliche Entscheidung, dass die Strafgerichtsbarkeit grundsätzlich den Ländern und nur ausnahmsweise dem Bund obliegt.¹¹⁶ Im Bereich des Staatsschutzes hat man sich daher etwa um eingrenzende Kriterien bemüht.¹¹⁷ Erforderlich sei namentlich eine Infragestellung der „Existenz des Staates, dessen Institutionen oder [der] freiheitlich-demokratischen Grundordnung insgesamt“¹¹⁸ oder ein „staatsgefährdendes Delikt von erheblichem Gewicht [...], welches den Gesamtstaat in einer derart spezifischen Weise angreift, dass ein Einschreiten des GBA und eine Aburteilung durch ein Bundesgerichtsbarkeit ausübendes Gericht geboten“ sei¹¹⁹. Hierbei zieht die Rechtsprechung freilich teils auch Kriterien (wie etwa die

Staatsanwälte, NJW 1963, S. 8 (9); anderer Ansicht *Heinrich Kintzi*, Staatsanwaltschaft – objektive Behörde und Anwalt des Staates, DRiZ 1987, S. 457 (458); *Tina Wollweber*, Die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts in Staatsschutzsachen nach § 120 Abs. 1 und Abs. 2 GVG, 2010, S. 83 ff.

¹¹¹ *Claus Dieter Classen*, in: Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2018), Art. 92 Rn. 36; *Gärditz* (o. Fußn. 79), S. 389 f.

¹¹² BGH, Beschl. v. 12.1.2000 – 3 BJs 47/99, NJW 2000, 1583 (1583); ähnlich *Karl Heinz Schnarr*, Irritationen um § 120 II S. 1 Nr. 2 GVG, MDR 1988, S. 89 (91).

¹¹³ BGH, Beschl. v. 12.1.2000 – 3 BJs 47/99, NJW 2000, 1583 (1583); *Ulrich Eisenberg*, Grundsätzliche erstinstanzliche Nichtzuständigkeit von Bundesanwaltschaft und Oberlandesgerichten in Jugendstrafverfahren (§ 120 GVG, § 102 JGG), NStZ 1996, S. 263 (264); *Gärditz* (Fußn. 79), S. 393; *Paeffgen* (Fußn. 108), S. 33; wohl auch *Armin Schorrit*, Erstinstanzliche Zuständigkeit der Bundesanwaltschaft und der Oberlandesgerichte in Strafverfahren gegen Jugendliche und Heranwachsende gem. §§ 120, 142a GVG, § 102 JGG, NStZ 1997, S. 69 (70): Art. 96 Abs. 5 GG als „Ermächtigungsnorm“. Anderer Ansicht *Kay Nehm*, Die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts für die Verfolgung extremistischer Einzeltäter, 2002, S. 11; *Klaus Stern*, Staatsrecht, Bd. II, 1980, S. 394.

¹¹⁴ Anderer Ansicht BGHSt 46, 238 (242 f.); *Karl Heinz Schnarr*, Innere Sicherheit – die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts nach § 120 II 1 Nr. 3 GVG, MDR 1993, S. 589 (590); *Schulze-Fielitz*, in: Horst Dreier (Hrsg.), GG, Bd. III, 3. Aufl. (2018), Art. 96 Rn. 35: Art. 96 Abs. 5 GG begründe keine Bundeskompetenz, sondern setze diese voraus. Offen gelassen *Vera Backhaus*, Der gesetzliche Richter im Staatsschutzstrafrecht – Zur Verfassungsmäßigkeit des § 120 Abs. 2 GVG, 2010, S. 76 ff.

¹¹⁵ In diesem Sinne auch *BVerfGE* 10, 200 (213); *Gärditz* (o. Fußn. 79), S. 389; *Christian Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, Stand: 2018, Art. 92 Rn. 77; *Paeffgen* (o. Fußn. 108), S. 30; *Wollweber* (o. Fußn. 110), S. 36; *Georg August Zinn*, Die Rechtsprechung, DÖV 1949, S. 278 (278).

¹¹⁶ BGHSt 46, 238 (249); BGH, NStZ 2009, 335 (338); *Gärditz* (Fußn. 79), S. 404 f.; *Kurt Rebmann*, Die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts zur Verfolgung terroristischer Straftaten – Vorschläge zu notwendiger Ergänzung, NStZ 1986, S. 289 (293 f.); *Schnarr* (Fußn. 112), S. 91.

¹¹⁷ BGHSt 46, 238 (249 f.).

¹¹⁸ BGH, Beschl. v. 12.1.2000 – 3 BJs 47/99, NJW 2000, 1583 (1583).

¹¹⁹ BGH (*Ermittlungsrichter*), Beschl. v. 20.12.2007, StB 12/07, NStZ 2008, 146 (147).

voraussichtliche Tat- und Schuldschwere¹²⁰⁾ heran, die keine bundesstaatspezifische Funktion erfüllen, sondern letztlich Ausdruck von Angemessenheitserwägungen im Rahmen einer grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung sind.

d) *Strafverfolgungskompetenzen des BKA*

Akzessorisch zu den Strafverfolgungskompetenzen des GBA¹²¹ kann auch das BKA auf Ersuchen des GBA ermittelnd tätig werden (§ 4 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BKAG). Letztlich werden die Kräfte des BKA insoweit als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft tätig. Daneben hat das BKA nach § 4 Abs. 1 Satz 1 BKAG auch originäre Ermittlungsbefugnisse in Strafsachen, die nicht von der Zuständigkeit des GBA abhängen. Einige der Straftaten, nicht zuletzt solche nach § 129a StGB (sofern international organisiert), haben auch einen unmittelbaren Bezug zum Terrorismus. Verfassungsrechtlich ergibt sich die Bundeskompetenz in diesem Fall aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG (Errichtung des BKA und internationale Verbrechensbekämpfung). Die semantisch enge Verwaltungskompetenz des Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG, die nur eine Zentralstellenfunktion vorsieht, ist insoweit im Lichte des mit dieser Kompetenz unlösbar zusammenhängenden Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG zu lesen. Hieraus folgt, dass auch dem BKA verfassungsrechtlich über die Zentralstellenfunktion hinaus eigene Ermittlungskompetenzen zugewiesen werden können,¹²² namentlich solche der internationalen Verbrechensbekämpfung.

5. *Koordination der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes*

Für die Zusammenarbeit des Bundes mit den Ländern unterhält der Bund nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG ein Bundesamt für Verfassungsschutz als Bundesoberbehörde (BfV). Es untersteht nach § 2 Abs. 1 Satz 2 BVerfSchG dem Bundesministerium des Innern. Die Kompetenzgrundlage dieser Regelung bildet Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG, der dem Bund eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für die Zusammenarbeit von Bund und Ländern auf dem Gebiet des Verfassungsschutzes verleiht. Für die Zusammenarbeit der Länder mit dem Bund und der Länder untereinander unterhält nach § 2 Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG jedes Land eine Behörde zur Bearbeitung von Angelegenheiten des Verfassungsschutzes. Mehrere Länder können nach § 2 Abs. 2 Satz 2 BVerfSchG eine gemeinsame Behörde unterhalten. Diese Zusammenlegungsoption verspricht zwar gerade für kleinere – und damit meist weniger leistungsfähige – Länder Effizienzvorteile. Die Prognose, dass diese Bestimmung „föderalistischen Eigengesetzlichkeiten folgen“ letztlich „bedeutungslos bleiben“ würde,¹²³ hat sich aber erwartungsgemäß bislang als zutreffend

¹²⁰ So namentlich *BGH (Ermittlungsrichter)*, Beschl. v. 20.12.2007, StB 12/07, NStZ 2008, 146 (147).

¹²¹ Vgl. *Kurt Graulich*, in: Wolf-Rüdiger Schenke/ders./Josef Ruthig (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2014, § 4 BKAG Rn. 26.

¹²² *Graulich* (o. Fußn. 121, § 4 BKAG Rn. 2; *Georg Hermes*, in: Horst Dreier (Hrsg.), *GG*, Bd. III, 3. Aufl. (2018), Art. 87 Rn. 52.

¹²³ *Marscholck* (o. Fußn. 30), S. 3612.

erweisen. Kein Land hat bislang hiervon Gebrauch gemacht. Für den Verfassungsschutz sowohl des Bundes als auch der Länder enthält § 3 BVerfSchG eine einheitliche Aufgabenbeschreibung.

a) *Aufgaben des Bundeamtes für Verfassungsschutz*

In diesem Rahmen kommen dem BfV unterschiedliche Aufgaben zu:

- *Ermittlungskompetenz*: Das Bundesamt für Verfassungsschutz darf in einem Lande im (ggf. typisierten, § 5 Abs. 1 Satz 3 BVerfSchG) Benehmen mit der Landesbehörde für Verfassungsschutz Informationen, Auskünfte, Nachrichten und Unterlagen zur Erfüllung seiner Aufgaben nach § 3 BVerfSchG sammeln. Benehmen setzt eine Beteiligung, nicht aber ein Einvernehmen der betroffenen Landesbehörde voraus. Auch wenn Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG nur von einer „Zentralstelle“ des Bundes für den Verfassungsschutz spricht, ist heute anerkannt, dass dies nach Maßgabe eines auf Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 lit. b GG gestützten Gesetzes auch eigene operative Befugnisse einschließen kann.¹²⁴
- *Auswertungskompetenz*: Das BfV wertet nach § 5 Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG unbeschadet der Auswertungsverpflichtungen der Landesbehörden für Verfassungsschutz zentral alle Erkenntnisse über Bestrebungen und Tätigkeiten im Sinne des § 3 Abs. 1 BVerfSchG aus.
- *Koordinierungskompetenz*: Das BfV koordiniert nach § 5 Abs. 3 Satz 1 BVerfSchG die Zusammenarbeit der Verfassungsschutzbehörden. Hierzu kann es nach § 5 Abs. 3 Satz 2 BVerfSchG auch Vereinbarungen schließen. Hierbei handelt es sich um verbindliche (theoretisch qua Rechtsaufsicht bzw. im verwaltungsgerichtlichen Bund-Länder-Streit gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO durchsetzbare) Verwaltungsvereinbarungen, deren Erfüllung nicht im Ermessen der jeweiligen Behörde steht. Die Vereinbarungen haben rein intraföderale/binnenadministrative Wirkung. Dritte (z. B. von einer Maßnahme Betroffene) können sich hingegen nicht auf die Einhaltung berufen.
- *Zentralstellenfunktion*: Das BfV unterstützt nach § 5 Abs. 4 BVerfSchG als Zentralstelle die Landesbehörden für Verfassungsschutz bei der Erfüllung ihrer Aufgaben nach § 3 BVerfSchG insbesondere durch Bereitstellung des nachrichtendienstlichen Informationssystems (§ 6 Abs. 2 BVerfSchG), zentrale Einrichtungen im Bereich besonderer technischer und fachlicher Fähigkeiten, Erforschung und Entwicklung von Methoden und Arbeitsweisen im Verfassungsschutz und Fortbildung in speziellen Arbeitsbereichen. In seiner Zentralstellenfunktion wirkt das BfV nicht nach außen und handelt insoweit auch nicht nach eigenen Befugnissen. Es wird vielmehr lediglich im Hintergrund unterstützend im Rahmen landesbehördlicher Maßnahmen tätig, die sich (soweit erforderlich) nach den für diese geltenden Befugnissen richten. Gerade der zentralen Auswertung nachrichten-

¹²⁴

Martin Burgi, in: Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2018), Art. 87 Rn. 46 f.; *Jan Hecker*, Allgemeine Verfassungsfragen der Nachrichtendienste, in: Jan Hendrik Dietrich/Sven-R. Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, Kap. III § 2 Rn. 16.

dienstlicher Erkenntnissen räumt das Gesetz allerdings – insoweit aus Fehlern der Vergangenheit lernend – besondere Bedeutung ein.¹²⁵

b) *Verwaltungskooperationsrecht*

Der Bund und die Länder sind nach § 1 Abs. 2 BVerfSchG verpflichtet, in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes zusammenzuarbeiten. Die Zusammenarbeit besteht nach § 1 Abs. 3 BVerfSchG auch in gegenseitiger Unterstützung und Hilfeleistung. Dies entspricht Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 lit. b, 87 Abs. 1 Satz 2 GG, die den Verfassungsschutz als gemeinsame, kooperativ auszufüllende Aufgabe ausgestaltet haben. Die §§ 5, 6 BVerfSchG setzen dies näher um und haben seit 2015 den Charakter als „Verfassungsschutzverbund“ aufgewertet.¹²⁶

Das BfV unterrichtet nach § 5 Abs. 2 Satz 2 BVerfSchG die Landesbehörden für Verfassungsschutz nach § 6 Abs. 1 BVerfSchG, insbesondere durch Querschnittsauswertungen in Form von Struktur- und Methodikberichten sowie regelmäßig durch bundesweite Lageberichte zu den wesentlichen Phänomenbereichen unter Berücksichtigung der entsprechenden Landeslageberichte.

Die Landesbehörden für Verfassungsschutz und das BfV übermitteln sich nach § 6 Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG *unverzüglich* die für ihre Aufgaben relevanten Informationen, einschließlich der Erkenntnisse ihrer Auswertungen. Wenn eine übermittelnde Behörde sich dies vorbehält, dürfen die übermittelten Daten nach § 6 Abs. 1 Satz 2 BVerfSchG nur mit ihrer Zustimmung an Stellen außerhalb der Behörden für Verfassungsschutz übermittelt werden.

Die Verfassungsschutzbehörden sind nach § 6 Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG verpflichtet, beim BfV zur Erfüllung der Unterrichtungspflichten gemeinsame Dateien zu führen, die sie im automatisierten Verfahren nutzen. Die Speicherung personenbezogener Daten ist nach § 6 Abs. 2 Satz 2 BVerfSchG nur unter den Voraussetzungen der §§ 10 und 11 BVerfSchG zulässig. Der Abruf im automatisierten Verfahren durch andere Stellen ist nach § 6 Abs. 2 Satz 3 BVerfSchG nicht zulässig; § 3 Abs. 3 Satz 2 des MADG 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 (§ 6 Abs. 2 Satz 4 BVerfSchG).

c) *Weisungsrecht gegenüber Verfassungsschutzbehörden der Länder*

Die Bundesregierung kann, wenn ein Angriff auf die verfassungsmäßige Ordnung des Bundes erfolgt, nach § 7 BVerfSchG den obersten Landesbehörden die für die Zusammenarbeit der Länder mit dem Bund auf dem Gebiete des Verfassungsschutzes erforderlichen Weisungen erteilen. Die Regelung enthält damit gerade weder ein Weisungsrecht des BfV noch eines, das sich automatisch an die Landesverfassungsschutzbehörden richtet, sofern diese nicht als Abteilung in ein Landesministerium integriert wurden. Weisungsrechte des Bundes sind – letztlich als Ausdruck

¹²⁵ Marscholleck (o. Fußn. 30), S. 3612.

¹²⁶ Marscholleck (o. Fußn. 30), S. 3613.

einer zentral koordinierten Zusammenarbeit – von Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 lit. b GG eingeschlossen.¹²⁷ Angriff ist jedes gegenwärtige oder unmittelbar bevorstehende Verhalten, das – unabhängig von der Strafbarkeit¹²⁸ – auf eine schwerwiegende Beeinträchtigung der verfassungsmäßigen Ordnung zielt und hierzu auch potentiell geeignet ist.¹²⁹ Die engen Voraussetzungen des Weisungsrechts machen dieses für laufende Aufgaben ungeeignet¹³⁰ und ersetzt keine – insoweit nicht übertragene¹³¹ – Fachaufsicht. Namentlich ob einzelne Terroranschläge die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen, ist ungeklärt. Auch wenn die Intensität der Gewaltanwendung hier sehr hoch ist, sind Terroranschläge ungeachtet ihrer gesellschaftlichen Verunsicherungswirkung im Allgemeinen kaum geeignet, die verfassungsmäßige Ordnung zu destabilisieren, zumal wenn diese – wie bei islamistisch motivierter Gewalt – gar kein unmittelbares Ziel ist. Freilich gehört zur verfassungsmäßigen Ordnung nicht nur die Integrität der staatlichen Institutionen, sondern auch deren freie Willensbildung innerhalb legitimationssichernder demokratischer Verfahren im Diskurs mit einer politischen Öffentlichkeit. Terrorismus, der sich Antwort auf politische Entscheidungen oder Drohung versteht bzw. über eine (vermeintlich) verängstigte Öffentlichkeit politischen Druck aufbauen will, versucht, diese verfassungsmäßige Willensbildung zu beeinträchtigen. Man wird daher insoweit einen Angriff bejahen können.

Die Bundesregierung übt über die Landesverfassungsschutzbehörden keine Fachaufsicht aus (diese kennt nur die Bundesauftragsverwaltung nach Art. 85 Abs. 3-4 GG), sondern lediglich Rechtsaufsicht (Art. 83, 84 Abs. 3 GG).¹³² Durchaus vorkommende Defizite beim Vollzug des Bundesrechts durch einzelne Länder können bislang, soweit kein Fall des § 7 BVerfSchG gegeben ist, nur in dem schwerfälligen und unpraktikablen politischen Verfahren nach Art. 84 Abs. 4 GG beanstandet werden. Insgesamt erscheint die gegenwärtige Rechtslage, die auf die Bereitschaft und Fähigkeit zur Selbstkoordination vertraut, damit aber keine wirksamen Lenkungsinstrumente im Krisenfall bereitstellt, angesichts der entterritorialisierten Bedrohungen – von internationalem Terrorismus bis zu Cyber-Angriffen – eher unbefriedigend. Hierbei wäre es im Rahmen des Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 lit. b GG verfassungsrechtlich durchaus möglich, ein Weisungsrecht des BfV – vergleichbar § 4 Abs. 4 BKAG – einzuführen.¹³³ Ob dies föderalismuspolitisch erwünscht und praktikabel ist, wäre politisch zu erwägen.

¹²⁷ BT-Drs. 11/4306, S. 61; *Bodo Pieroth*, in: Hans D. Jarass/ders. (Hrsg.), GG, 14. Aufl. (2016), Art. 73 Rn. 35; *Wolfgang Roth*, in: Wolf-Rüdiger Schenke/Kurt Graulich/Josef Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, § 7 BVerfSchG Rn. 1; *Arnd Uhle*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Stand: 2018, Art. 73 Rn. 234. Anderer Ansicht *Markus Heintzen*, in: Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2018), Art. 73 Rn. 111; *Georg Hermes*, in: Horst Dreier (Hrsg.), GG, Bd. III, 3. Aufl. (2018), Art. 87 Rn. 49.

¹²⁸ *Roth* (o. Fußn. 127), § 7 BVerfSchG Rn. 6.

¹²⁹ *Roth* (o. Fußn. 127), § 7 BVerfSchG Rn. 5.

¹³⁰ *Marschollock* (o. Fußn. 30), S. 3612.

¹³¹ *Sven-R. Eißler*, Exekutivkontrolle (Ministerielle Fachaufsicht und Koordinierung), in: Jan-Hendrik Dietrich/ders. (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, Kap. VII § 1 Rn. 18.

¹³² *Eißler* (o. Fußn. 131), Kap. VII § 1 Rn. 17.

¹³³ *Marschollock* (o. Fußn. 30), S. 3612.

6. *Gemeinsames Terrorismusabwehrzentrum und Gemeinsames Extremismus- und Terrorismusabwehrzentrum*

Eine Zusammenarbeit erfolgt im Rahmen des Gemeinsamen Terrorismusabwehrzentrums (GTAZ), das im Dezember 2004 gegründet wurde, aber bis heute über kein Errichtungsgesetz verfügt. Entsprechendes gilt für das 2012 gegründete Gemeinsames Extremismus- und Terrorismusabwehrzentrum (GETZ). Während das GTAZ die Zusammenarbeit im Bereich des islamistischen Terrorismus koordiniert, ist das GETZ für die übrigen Fälle zuständig (Rechtsextremismus/-terrorismus, Linksextremismus/-terrorismus, Ausländerextremismus, Spionageabwehr, Proliferation). Die beteiligten Behörden und die Kooperationsmechanismen sind hierbei spiegelbildlich aufgebaut, wobei die Beamtinnen und Beamten auf der Arbeitsebene, die in das GTAZ/GETZ entsandt werden, den jeweils unterschiedlichen Fachreferaten der beteiligten Behörden entstammen. Insoweit handelt es sich also um eine nach fachlichen Gesichtspunkten institutionalisierte Kooperation. Während etwa das Eingriffsrecht (nicht zuletzt Grundlagen der besonderen Datenerhebung) auch aufgrund der Rechtsprechung des BVerfG kontinuierlich verdichtet wurde und hierdurch bisweilen eine eigene Sperrigkeit erlangt hat, ist das Koordinationsrecht im Bereich der Terrorismusbekämpfung immer noch schwach ausdifferenziert. Jenseits der Antiterrordatei wird in GTAZ und GETZ letztlich mit einer informalen Kooperation auf der Grundlage allgemeiner Ermächtigungen des Datenaustausches operiert.

Die Verfassungskonformität dieser informalen Kooperationsstruktur ist bislang nicht geklärt. Richtig ist zunächst, dass der Informationsaustausch im Rahmen des GTAZ auf das begrenzt ist, was nach dem Informationsrecht der maßgeblichen Fachgesetze ohnehin zugelassen ist (vgl. etwa §§ 474, 477, 479, 481, 483 ff. StPO, §§ 17 ff. BVerfSchG, §§ 32, 33 BPolG, §§ 10 ff. BKAG, §§ 33 ff. ZFdG). Insoweit findet keine Befugnisweiterung statt, die einer gesetzlichen Grundlage bedurft hätte. Offen bleibt hierbei allerdings, ob die Verstärkung der Kooperation im Rahmen einer dauerhaften gemeinsamen Plattform des Datenaustausches mit Blick auf einen institutionellen Vorbehalt des Gesetzes¹³⁴ einer besonderen Absicherung bedarf. Teilweise wurde dies bejaht.¹³⁵ Dies wäre jedenfalls dann der Fall, wenn die Dauerhaftigkeit der Kooperation und die institutionelle Vernetzung grundrechtliche Risiken generieren, die über die fallbezogenen Informationsaustausch hinausgehen. Namentlich kann eine spezifische gesetzliche Regelung erforderlich werden, wenn durch die Zusammenführung von zunächst isolierten Erkenntnissen durch Eingriffskumulation¹³⁶ zu substanziell erweiterten personenbezogenen Profilen führen würde.

¹³⁴ S. hierzu etwa *VerfGH Nordrhein-Westfalen*, OVGE MüLü 47, 280 ff.; *BGH*, NJW 2000, 1042 f.; *BayVGH*, ZUR 2017, 34 Rn. 72; *OVG Niedersachsen*, NZA-RR 2015, 31 ff.; *OVG Rheinland-Pfalz*, Urt. v. 5.2.2018 - 6 A 10820/17 Rn. 18; *SächsOVG*, PersV 2015, 26 Rn. 17; *ThürOVG*, KStZ 2013, 197 Rn. 23; *Christoph Ohler*, Der institutionelle Vorbehalt des Gesetzes, AöR 131 (2006), 336 ff.; *Franz Reimer*, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2. Aufl. (2012), § 9 Rn. 37 ff. Allgemein zum Wesentlichkeitsvorbehalt *BVerfGE* 34, 165 (193); 45, 400 (417 f.); 49, 89 (126 f.); 56, 1 (12); 78, 214 (226); 80, 124 (132); 80, 137 (161); 83, 130 (142, 151 f.); 84, 212 (226); 88, 103 (116); 98, 218 (251); 101, 1 (34). Insbesondere zur Grundrechtswesentlichkeit *BVerfGE* 40, 237 (249); 47, 46 (79); 49, 89 (126 f.); 58, 257 (269); 80, 124 (132); 95, 267 (307 f.); 98, 218 (251); 83, 130 (142); 101, 1 (34); 108, 282 (311).

¹³⁵ *Matthias Dombert/Kaya Ränker*, Am Beispiel der deutschen Sicherheitsarchitektur: Zum Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren, DÖV 2014, 414 (420).

¹³⁶ Vgl. *BVerfGE* 112, 304 (319 f.); 123, 186 (265); 130, 372 (392); 141, 220 (280 f.); *OVG Nordrhein-Westfalen*, Beschl. v. 26.11.2013 - 14 A 2401/13; *Ekkehard Hofmann*, Abwägung im Recht, 2007, S. 408 ff.; *Gregor Kirchhof*, Kumulative Be-

Eine abschließende Beurteilung würde weitergehende Einblicke in die Arbeitsweise des GTAZ erfordern.

Auch wenn die begrenzten Möglichkeiten einer institutionalisierten Kooperation eher dafür sprechen, dass es keiner zusätzlichen gesetzlichen Grundlage bedarf, wäre eine solche jedenfalls rechtspolitisch vorzugswürdig. Auf ein besonderes Problem sei an dieser Stelle hingewiesen: Im GTAZ sind auch mit Aufgaben der Strafverfolgung betraute Staatsanwältinnen und Staatsanwälte des Generalbundesanwalts vertreten.¹³⁷ Diese sind verpflichtet, jedenfalls bei dienstlich erlangten Erkenntnissen, die einen Anfangsverdacht begründen, zu ermitteln (§ 152 Abs. 2 StPO), sprich: ein Strafverfahren einzuleiten. Die Nichtverfolgung begründet sogar das Risiko, sich selbst wegen Strafvereitelung im Amt (§ 258a StGB) strafbar zu machen. Nachrichtendienstliche oder gefahrenabwehrtaktische Erwägungen, nicht einzuschreiten, um beispielsweise eine Quelle zu schützen, ein Netzwerk aufzudecken oder Strukturen zu analysieren, fügen sich nicht in dieses normative Programm ein. Es erscheint fragwürdig, die betroffenen Ermittlungspersonen dem persönlichen Risiko auszusetzen, eine Nichtverfolgung ggf. im Rahmen allgemeiner Notstandserwägungen (§ 34 StGB) zu rechtfertigen. Es erscheint auch aus diesem Grund sachgerecht, das GTAZ auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen, die dann (insoweit als Amtsbefugnis rechtfertigend¹³⁸) die zulässigen Mitwirkungshandlungen klar regelt sowie zugleich als speziellere Norm dem strafprozessualen Legalitätsprinzip vorgeht.

7. *Kooperation mit ausländischen Behörden*

Gerade die Bundesrepublik Deutschland, die sich in einer geografischen Scharnierlage befindet, Zielland von erheblichen Migrationsbewegungen aus Krisenregionen heraus ist und zudem in dem letzten Vierteljahrhundert zunehmend risikobehaftete internationale Verantwortung übernommen hat, kann es sich schlechterdings nicht leisten, internationale Kooperation im Sicherheitsbereich unangemessen zu erschweren. Gerade deutsche Sicherheitsbehörden sind in erheblichem Maße auf Informationen ausländischer Kooperationspartner angewiesen. Zudem ist eine angemessene Arbeitsteilung nach Maßgabe unterschiedlicher Fähigkeiten und unterschiedlichen Informationszuganges der Sicherheitsbehörden in einer komplexen global-sicherheitspolitischen Gesamtlage unverzichtbar.

lastung durch unterschiedliche staatliche Maßnahmen, NJW 2006, 732 ff.; *Paul Kirchhof*, Die Steuern, in: Josef Isensee/ders. (Hrsg.), HStR, Bd. V, 3. Aufl. (2007), § 118 Rn. 132; *Mannuel Klar*, Datenschutzrecht und die Visualisierung des öffentlichen Raums, 2012, S. 95 f.; *Jan Henrik Klement*, Die Kumulation von Grundrechtseingriffen im Umweltrecht, AöR 134 (2009), 35 ff.; *Ilka Kromej*, Belastungskumulation, 2018; *Lee*, Umweltrechtlicher Instrumentenmix und kumulative Grundrechtseinwirkungen, 2013, S. 139 ff.; *Jörg Lücke*, Der additive Grundrechtseingriff sowie das Verbot der übermäßigen Gesamtbelastung des Bürgers, DVBl. 2001, 1469 ff.; *Franz-Joseph Peine*, Der Grundrechtseingriff, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 57 Rn. 53 f.

¹³⁷ https://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Kooperationen/GTAZ/gtaz_node.html.

¹³⁸ Stellv. m. w. Nachw. *Hans-Ulrich Paeffgen*, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/ders. (Hrsg.), NK-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. (2013), Vor § 32 Rn. 188.

a) *Allgemeine Datenübermittlung*

Das geltende Recht lässt durchweg eine Übermittlung personenbezogener Daten auch an ausländische öffentliche Stellen zur Erfüllung von Aufgaben der Gefahrenabwehr zu (s. § 17 Abs. 3 BPolG; § 26 f. BKAG). Der Informationsaustausch zu Zwecken der Strafverfolgung richtet sich nach dem einschlägigen Rechtshilferecht (Rechtshilfeabkommen, IRG). Im Bereich der Zollfahndung richtet sich die Übermittlung sowohl zu Zwecken der Gefahrenabwehr als auch der Strafverfolgung nach der umfassenden Bestimmung des § 34 ZFdG.

b) *Kooperationsrecht des BND und BfV*

Die Novelle des BNDG vom 23.12.2016¹³⁹ hat mit den §§ 26 ff. BNDG eine detaillierte Grundlage geschaffen, die im Bereich eines Auslandsnachrichtendienstes unverzichtbare, zuvor aber gänzlich unregelte verstetigte Kooperation mit ausländischen Sicherheitsbehörden zu normieren. Neben der Ermächtigung, die insoweit Rechtssicherheit für die Bediensteten des BND schafft, wird die Kooperation zugleich rechtsstaatlich eingehegt. Der BND kann nach § 26 Abs. 1 Satz 1 BNDG zum Zwecke des Austausches und der gemeinsamen Auswertung von nachrichtendienstlichen Informationen und Erkenntnissen mit ausländischen öffentlichen Stellen gemeinsame Dateien führen (§ 27 BNDG) oder sich an diesen beteiligen (§ 30 BNDG). Die jeweilige Datei muss sich nach § 26 Abs. 1 Satz 2 BNDG auf bestimmte Gefahrenlagen oder bestimmte Personenkreise beziehen. Eine vergleichbare detaillierte gesetzliche Regelung des Kooperationsrechts der Nachrichtendienste mit ausländischen Behörden besteht in anderen Staaten – soweit ersichtlich – nicht. Die geltenden Regelungen gewährleisten einerseits eine rechtsstaatliche Einhegung und Kontrolle der Kooperation, belassen aber andererseits auch die unverzichtbare Elastizität bei solchen Kooperationen. Vergleichbare Regelungen für den Bereich des Verfassungsschutzes enthalten die §§ 22a, 22b BVerfSchG.

Die §§ 26 ff. BNDG bzw. §§ 22a, 22b BVerfSchG betreffen lediglich die institutionalisierte Kooperation durch gemeinsame Dateisysteme, die einer besonderen rechtsstaatlichen Strukturierung bedarf, weil hiermit ein automatischer Zugriff des Partnerdienstes auf geteilte Informationen verbunden ist. Eine Informationsübermittlung an ausländische Stellen *im Einzelfall* ist daneben weiterhin uneingeschränkt unter den jeweiligen Voraussetzungen der Übermittlungsermächtigungen möglich (§ 19 Abs. 2-3 BVerfSchG oder unter modifizierten Anforderungen § 24 Abs. 2 BNDG i. V. mit § 19 Abs. 2-3 BVerfSchG).

c) *Verwertbarkeit*

Bislang nicht abschließend geklärt sind die Fragen, die um die Verwertbarkeit entsprechender Erkenntnisse von ausländischen Nachrichtendiensten kreisen. Die §§ 26 ff. BNDG, §§ 22a, 22b

¹³⁹ BGBl. I, S. 3346. Hierzu *Klaus Ferdinand Gärditz*, Die Reform des Nachrichtendienstrechts des Bundes: Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes und Stärkung des Parlamentarischen Kontrollgremiums, DVBl. 2017, 525 ff.; *Bertold Huber*, BND-Gesetzreform - gelungen oder nachbesserungsbedürftig?, ZRP 2016, 162 ff.

BVerfSchG sowie die nachrichtendienstlichen Regelungen über den Informationsaustausch im Einzelfall zielen darauf, kooperative nachrichtendienstliche Aufklärung zu ermöglichen, verhalten sich aber nicht dazu, wie mit den erhaltenen Informationen umzugehen ist, wenn die erlangten Erkenntnisse in andere Verfahren (z. B. der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung) eingespeist werden. Die §§ 19, 20 BVerfSchG lassen einen solchen Informationstransfer jedenfalls zu, weil sie sich auf alle beim BfV vorhandenen Daten beziehen, unabhängig davon, wie diese erlangt wurden. Allenfalls können den ausländischen Partnern gegenüber zugesicherte Verwendungsbeschränkungen (etwa „third party rule“, die ein grundsätzlich zulässiger Modus der Kooperation ist¹⁴⁰) schon einer Übermittlung nach § 23 Nr. 2 BVerfSchG entgegenstehen.

Das deutsche Verwaltungsverfahrens- und Prozessrecht kennt keine spezifischen Regeln der Beweiswürdigung. Der Sachverhalt ist von Amts wegen aufzuklären (s. § 24 VwVfG, § 24 AsylG, § 160 StPO, § 86 VwGO). Dies schließt grundsätzlich auch nachrichtendienstlich erlangte Informationen ein. Freilich hängt deren praktische Verwertbarkeit vom Grad der Verlässlichkeit, den Folgen einer Verwertung und möglichen rechtsstaatlichen Hindernissen ab. Vorsicht ist geboten, wenn sich die Umstände der Datenerhebung aus Geheimenschutzgründen oder Intransparenz nicht mit hinreichender Sicherheit in einem Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren aufhellen lassen.¹⁴¹ Im Übrigen ist eine verfahrensspezifische Differenzierung notwendig:

- Je weiter die rechtsstaatlichen Standards des Herkunftsstaates einer Information von denen des Grundgesetzes bzw. GRCh/EMRK¹⁴² entfernt sind, desto weniger eignen sie sich für eine beweisförmliche Verwertung. So gab im Oktober 2014 das Gericht einer Nichtigkeitsklage der paramilitärischen *Liberation Tigers of Tamil Eelam* gegen deren Aufnahme in eine EU-Terrorliste statt, weil sich der Rat bei der Listung der Kläger maßgeblich auf Behördeninformationen aus Indien gestützt hatte, an deren rechtsstaatlicher Gewinnung im Anti-Terrorkampf substantiierte Zweifel bestanden. Das Gericht fordert – mit Recht – eine besonders sorgfältige sowie zu dokumentierende Prüfung hinreichenden Grundrechtsschutzes für Informationen aus solchen Drittstaaten ein, die weder an die EMRK noch an europäische Grundrechtsstandards gebunden sind.¹⁴³ Der EuGH hat diese Rechtsauffassung bestätigt.¹⁴⁴ Nichts anderes wird nach Maßgabe des Anspruchs auf ein faires Verfahren nach deutschem Verfassungsrecht gelten.
- Zur Konkretisierung von verfolgungsrelevanten politischen Makroszenarien im Flüchtlings- und Asylrecht sind nachrichtendienstliche Erkenntnisse in der Regel nutzbar, zumal hier bessere Erkenntnisquellen oftmals überhaupt nicht zur Verfügung stehen.

¹⁴⁰ BVerfGE 143, 101 (150 ff.); Klaus Ferdinand Gärditz, »Third Party Rule«: Der Vertraulichkeitsvorbehalt als Grenze der Verwertung ausländischer nachrichtendienstlicher Informationen, DVBl 2015, 903 ff.

¹⁴¹ Vgl. Thomas C. Knierim, Fallrepetitorium zur Telekommunikationsüberwachung nach neuem Recht, StV 2008, S. 599 (601); ferner Dombert/Räuber (o. Fußn. 135), S. 419.

¹⁴² Da die Verwertung Verwaltungs- oder Strafverfahren betrifft, für die das europäische Recht – anders als im Bereich der Nachrichtendienste – Kompetenzen kennt, können diese Grundrechtsstandards ggf. zur Anwendung kommen.

¹⁴³ EuG, Urt. v. 16.10.2014 – T-208/11, T-508/11 (*Liberation Tigers of Tamil Eelam/Rat*), Rn. 138 ff.

¹⁴⁴ EuGH, Urt. v. 26.7.2017 – C-599/14 P (*Rat/Liberation Tigers of Tamil Eelam*), ECLI:EU:C:2017:583 Rn. 26 ff.

- Im Bereich der *Gefahrenabwehr* (nicht zuletzt bei terroristischen Anschlägen) bestimmen auch die begrenzte Zeit zur Entscheidung und der drohende Schaden das Szenario, so dass nachrichtendienstlich erlangte Informationen in der Regel zur Begründung einer Gefahr oder jedenfalls für weitere Ermittlungsansätze zur Gefahrerforschung verwertet werden können.¹⁴⁵ Namentlich konkrete Hinweise, die auf einen Terroranschlag hindeuten, können Anlass weiterer Vorfeldaufklärung oder – abhängig von der zeitlichen Nähe und den bedrohten Rechtsgütern – zu Gefahrerforschungseingriffen bzw. Standardmaßnahmen der Polizeibehörden sein.
- Für eine Verwertung in einem *Strafverfahren* werden sich nachrichtendienstliche Erkenntnisse schon mangels Formalisierung des Erhebungsvorganges nur ausnahmsweise eignen.¹⁴⁶ Sollen Informationen als Beweismittel eingeführt werden, muss nach dem Rechtsgedanken des hypothetischen Ersatzeingriffs (vgl. § 161 Abs. 2 StPO) sichergestellt sein, dass eine Datenerhebung unter den gegebenen Umständen auch zu Zwecken der (verdachtsbasierten) Strafverfolgung zulässig gewesen wäre.¹⁴⁷ Unterstellt man zu Gunsten des Beschuldigten die Rechtswidrigkeit der Datenerhebung, ist damit die Verwertung nicht von vornherein ausgeschlossen, sofern eine Gesamtabwägung zum Vorrang der öffentlichen Verwertungsinteressen führt.¹⁴⁸ Ein legitimes Verwertungsinteresse setzt freilich voraus, dass sich der Inhalt der zu verwertenden Daten hinreichend verifizieren lässt, was bei geheimen Auslandsoperationen oft scheitern wird. Im Übrigen setzen das Konfrontationsrecht (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) sowie das rechtsstaatliche Gebot eines fairen Verfahrens einer Einführung von mittelbar über ausländische Nachrichtendienste erlangten Erkenntnissen sehr enge Grenzen.

Letztlich dürfte die Frage der Verwertbarkeit ohnehin von praktisch eher sekundärem Interesse bleiben. Eine Information, die von ausländischen Nachrichtendiensten erlangt wurde, wird als solche ohne weitere Hinweise nur selten eigenständigen Beweiswert haben. Bestätigt sich hingegen der Informationsgehalt durch weitere Aufklärung des Sachverhalts, werden sich die Informationen in inländischen Verfahren reproduzieren und problemlos als Beweismittel einführen lassen (etwa der auf einen Hinweis hin gefundene Sprengstoff oder das beschlagnahmte Notebook).

¹⁴⁵ Klaus Ferdinand Gärditz, Die Rechtsbindung des Bundesnachrichtendienstes bei Auslandstätigkeiten, Die Verwaltung 48 (2015), 463 (495).

¹⁴⁶ Zu den Problemen differenziert Michael Pawlik, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, JZ 2010, 693 (695 ff.); Mareike Rehbein, Die Verwertbarkeit von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen aus dem In- und Ausland im deutschen Strafprozess, 2011, S. 287 ff.

¹⁴⁷ Marco Gehrke, PRISM, TEMPORA und das deutsche Strafverfahren – Verwertbarkeit der Erkenntnisse ausländischer Nachrichtendienste, CR 2013, S. 749 (754); eingehend Nikolas Gazeas, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 534 ff.

¹⁴⁸ Siehe BGHSI 38, 214 (219 f.); 44, 243 (248 ff.); 51, 285 (289 ff.); 52, 110 (116).

III. Kontrolle der Sicherheitsbehörden des Bundes

Sicherheitsbehörden des Bundes wie der Länder unterliegen sehr unterschiedlichen Formen der Kontrolle. Das BVerfG hat die Notwendigkeit einer wirksamen Kontrolle gerade dort betont, wo es um heimliche Überwachungsmaßnahmen geht. Hier unterlägen die relevanten Befugnisse qualifizierten verfassungsrechtlichen Anforderungen an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle. Hierzu gehörten Benachrichtigungspflichten an die Betroffenen nach Durchführung der Maßnahmen, richterliche Kontrollbefugnisse, eine regelmäßige aufsichtliche Kontrolle sowie Berichtspflichten gegenüber Parlament und Öffentlichkeit.¹⁴⁹ Ist damit ein hinreichendes Kontrollniveau¹⁵⁰ insgesamt verfassungsrechtlich geboten, wird dieses praktisch durch sehr verschiedenen Kontrollzugriffe hergestellt:

1. *Fachaufsicht*

Praktisch wichtig, aber oftmals unterschätzt ist die Fachaufsicht, die für die Sicherheitsbehörden des Bundes durch die Ressorts der Bundesregierung ausgeübt wird: BMI für BKA, Bundespolizei, BfV, BSI; Bundeskanzleramt für BND; BMVg für MAD; BMF für ZKA; BMJ für GBA.¹⁵¹ Die Fachaufsicht ist zwar einerseits integriert in die Verwaltungshierarchie und gewährleistet daher sicherlich weder eine neutrale noch eine distanzierte Kontrolle. Andererseits ermöglicht die Nähe zu den nachgeordneten Behörden und die überschaubaren Vertrauensbeziehungen auch eine andere Intensität der Kontrolle, die anderenfalls – durch externe Organe ausgeübt – eben nicht selten auch an Verständnissgrenzen und Geheimschutzbedürfnisse stößt. Die Fachaufsicht hat zudem – ungeachtet ihrer praktischen Grenzen im Hinblick auf die personellen Ressourcen – einen umfassenden Zugriff, der neben der Rechtmäßigkeit auch fachliche und politische Kontrolle ausübt.¹⁵² Schon mit Blick auf die strategische Ausrichtung der nachrichtendienstlichen Aufklärung auf politische Aufklärungsinteressen (insbesondere des BND) hat dies ganz erheblichen Eigenwert. Im Übrigen stellt die Fachaufsicht das Scharniergelement zur Herstellung demokratischer Verantwortlichkeit der Regierung her.¹⁵³ Eine wirksame Fachaufsicht wird durch Berichtspflichten unterstützt (s. § 33 BNDG). Entsprechende Strukturen bestehen auf Landesebene für die Landesverfassungsschutzbehörden (sofern aus der Ministerialverwaltung ausgegliedert) und Landespolizeibehörden.

¹⁴⁹ BVerfGE 141, 220 (282 ff.).

¹⁵⁰ Wolfgang Kahl, Funktionen und Konzepte von Kontrolle, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Aufl. (2013), § 47 Rn. 68, 210 ff.

¹⁵¹ S. vertiefend für die Nachrichtendienste Sven-R. Eißler, Exekutivkontrolle (Ministerielle Fachaufsicht und Koordination), in: Jan-Hendrik Dietrich/ders. (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, Kap. VII § 1 Rn. 11 ff.

¹⁵² Eißler (o. Fußn. 151), Kap. VII § 1 Rn. 5.

¹⁵³ S. zum Legitimationskettenmodell BVerfGE 97, 37 (66 f.); 107, 59 (87 f.); 119, 331 (366); 130, 76 (124); 135, 317 (429); 137, 185 (232 f.); 139, 194 (225); Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24 Rn. 16 ff. Zur Verknüpfung von Aufsicht und Demokratieprinzip Wolfgang Kahl, Die Staatsaufsicht, 2000, S. 479 ff.

Dort wo Kooperationsstrukturen vorhanden sind – etwa GTAZ und GEZ –, folgt die Fachaufsicht und damit die parlamentarische Regierungsverantwortung der Struktur der kooperierenden Behörden; sie ist also fragmentiert.¹⁵⁴ Dies mag man kritisieren, weil insoweit die Kooperation als solche nicht einheitlich erfasst wird. Freilich ist eine geteilte Fachaufsicht bereits deshalb unverzichtbar, weil das Handeln der beteiligten Behörden über die jeweiligen Weisungshierarchien an die unterschiedlichen Legitimationssubjekte (Bundesvolk, Landesvölker) rückangebunden und so demokratische Legitimation gesichert wird.¹⁵⁵ Niemand kann einheitlich die Verantwortung für die Aufsicht über Behörden von 17 verschiedenen Rechtsträgern mit unterschiedlichen Legitimationketten übernehmen. Wenn dies politisch als zu sperrig und inoperabel erachtet werden sollte, müsste man Aufgabenverantwortung stärker bei den Sicherheitsbehörden des Bundes zusammenführen. Im Übrigen kann eine divergente Fachaufsicht des Bundes, die sich im hier relevanten Bereich auf die Ressorts Inneres, Justiz und Finanzen sowie auf das Bundeskanzleramt verteilt, durch eine Koordination innerhalb der Bundesregierung vereinheitlicht werden.

2. *Behördeninterne Kontrollen und Datenschutzkontrolle*

Neben der hierarchischen Fachaufsicht bestehen innerhalb der Behörden auch interne Kontrollen, die sowohl die Rechtmäßigkeit als auch die Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns dadurch unterstützen, dass Aufgaben arbeitsteilig organisiert sind und daher behördeninternes Kritikpotential aufgebaut werden kann. Die sich bietenden Möglichkeiten, Arbeitsabläufe z. B. durch Verwaltungsvorschriften rechtsstaatlich zu verbessern und transparenter zu machen, sind sicherlich nicht überall ausgeschöpft. In die richtige Richtung gehen etwa Dateianordnungen (§ 14 BVerfSchG, §§ 21, 28 BNDG).

Eine wichtige Ergänzungsfunktion im Bereich der Verarbeitung personenbezogener Daten ist die (interne und externe) Datenschutzkontrolle.

3. *Gerichtskontrolle*

Eine gerichtliche Kontrolle des Handelns von Sicherheitsbehörden ist zwar inhaltlich besonders effektiv, dafür aber auch praktisch eng umgrenzt. Gerade bei heimlichen Ermittlungseingriffen muss eine Person in der Regel erst von dem Eingriff Kenntnis erlangen, um sich durch Rechtsschutz gegen diesen wehren zu können.¹⁵⁶ Die Benachrichtigungspflichten der Fachgesetze erleichtern dies zwar, greifen aber nicht immer ein. Ohne nähere Informationen wird es aber praktisch meist schwer fallen, eine – im deutschen Rechtssystem erforderliche (§§ 42 Abs. 2, 43

¹⁵⁴ Eiffler (o. Fußn. 151), Kap. VII § 1 Rn. 32.

¹⁵⁵ Vgl. allgemein Gärditz (o. Fußn. 105), Vorb. Art. 83 ff. GG Rn. 111; Christian Heitsch, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 133.

¹⁵⁶ Eingehend Holger Wöckel, Justizielle Kontrolle, insb. Rechtsschutz gegen nachrichtendienstliche Aktivitäten, in: Jan-Hendrik Dietrich/Sven Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, Kap. VII § 3 Rn. 22 ff.

VwGO) – individuelle Betroffenheit substantiiert darzulegen.¹⁵⁷ Zudem ist diese Kontrolle auf diejenigen Handlungen beschränkt, die ein Kläger zum Schutze seiner subjektiven Rechte angreift.

4. *Öffentlichkeitskontrolle*

Informationsansprüche nach den Informationsfreiheitsgesetzen des Bundes und der Länder können flankierend der Öffentlichkeitskontrolle dienen. Freilich werden gerade im Sicherheitsbereich oftmals legitime Geheimhaltungsinteressen einer Informationserteilung entgegenstehen (stellv. § 3 Nr. 1 lit. c IFG Bund). Im Einzelnen berechtigen diese allerdings nicht zu pauschalen Verweigerungen; vielmehr ist sorgfältig der Grund und Umfang des notwendigen Geheimschutzes zu prüfen. Dem Geheimhaltungsbedarf von Nachrichtendiensten und vergleichbar geheimschutzsensibler Behörden nach § 10 Nr. 3 SÜG wird freilich auf Bundesebene hinreichend durch die Bereichsausnahme nach § 3 Nr. 8 IFG Rechnung getragen. Im Bereich der Presseauskünfte hat sich ein – durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG flankiertes – Sonderinformationsrecht etabliert,¹⁵⁸ das ebenfalls in eine Gesamtbetrachtung einzubeziehen ist.

5. *Parlamentarische Kontrollen*

Parlamentarische Kontrollen sind vielfältig:¹⁵⁹ Interpellationsrecht von Abgeordneten, Plenaraussprachen, Gesetzgebung und nicht zuletzt die Haushaltsbewilligung seien hier stellvertretend erwähnt. Parlamentarische Kontrolle stellt Öffentlichkeit her und politisiert.¹⁶⁰ Ein hinreichender Grad an Öffentlichkeit ist im Interesse demokratischer Verantwortlichkeit zwar unverzichtbar, muss aber mit Augenmaß dosiert sein. Aus diesem Grund muss mit ihr in strukturell sensiblen Bereichen auch vorsichtig und sorgfältig umgegangen werden. Parlamentarische Kontrolle dient dazu, eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung durch Sicherheitsbehörden zu gewährleisten, nicht diese zu behindern. Wichtigstes Element parlamentarischer Kontrolle ist und bleibt die Gesetzgebung („Kontrollgesetzgebung“¹⁶¹), durch die die unverbrüchlich einzuhaltenden (Art. 20 Abs. 3 GG) Standards gesetzt werden und durch die auf wahrgenommen Fehlentwicklungen bzw. veränderte Sicherheitslagen reagiert werden kann.

Eine Schlüsselfunktion im Bereich der Nachrichtendienstkontrolle kommt zudem dem *Parlamentarischen Kontrollgremium* zu. Dieses wurde durch eine Novelle des PKGrG vom November 2016 substanziell gestärkt und kann inzwischen nicht zuletzt auf den Ständigen Beauftragten und ei-

¹⁵⁷ S. *BVerwGE* 149, 359 ff.; *BVerwG*, NVwZ 2017, 1546.

¹⁵⁸ S. stellv. *BVerwGE* 146, 56 ff.; 154, 222 ff.; *BVerwG*, NVwZ 2016, 945 Rn. 11; Buchholz 404 IFG Nr. 25 Rn. 62 ff.; Beschl. v. 11.4.2018 – BVerwG 6 VR 1.18.

¹⁵⁹ S. auch *Peter Bartodziej*, Parlamentarische Kontrolle, in: Jan-Hendrik Dietrich/Sven Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, Kap. VII § 2 Rn. 5 ff.

¹⁶⁰ *BVerfGE* 85, 386 (403 f.); 95, 267 (307 f.); 108, 282 (312); 130, 318 (344).

¹⁶¹ *Bartodziej* (o. Fußn. 159), Kap. VII § 2 Rn. 6.

nen festen Mitarbeiterstab zurückgreifen, der die Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes verstetigt.

Von praktisch zunehmender Bedeutung sind parlamentarische *Untersuchungsausschüsse*,¹⁶² die auf Bundesebene nach Art. 44 GG, PUAG bzw. nach vergleichbaren Regelungen der Landesverfassungen und Landes-UAGs eingesetzt werden. Unter Verweis auf die Ermittlungsbefugnisse nach StPO haben diese Ausschüsse weitreichende Instrumente zur nachträglichen Sachverhaltsaufklärung in der Hand, die freilich ebenfalls durch gewichtige Geheimschutz- und Sicherheitsinteressen der Regierung begrenzt werden können.

Daneben besteht noch das *Vertrauensgremium* (§ 10a Abs. 2 BHO¹⁶³), das für die Bewilligung der geheimhaltungsbedürftigen Haushaltspläne der Nachrichtendienste des Bundes zuständig ist und insoweit Haushaltskontrolle ausübt.¹⁶⁴

6. *G 10-Kommission und Unabhängiges Gremium*

Die G 10-Kommission (§ 15 G 10) ist einerseits eine exekutivnahe Genehmigungsbehörde, hat andererseits aber auch Möglichkeiten einer selbstständigen Kontrolle; es handelt sich um eine Kontrollorgan eigener Art.¹⁶⁵ Der Kontrollzugriff ist auf G 10-Maßnahmen beschränkt, berührt aber insoweit gerade einen besonders sensiblen Bereich der heimlichen Überwachung. Ähnliche Aufgaben erfüllt das Unabhängige Gremium nach den §§ 6 ff. BNDG. Parallele Kontrollstrukturen bestehen auf Landesebene im G 10-Bereich (§ 16 G 10).

7. *Gesamtbetrachtung*

Eine Gesamtbetrachtung zeigt daher, dass es an einer breiten Palette an Kontrollstrukturen im Bereich der Sicherheitsbehörden gewiss nicht fehlt. Eher lässt sich ein „Overkill“ durch zahlreiche unterschiedliche Parallelzugriffe feststellen, der zur Unübersichtlichkeit führt und Verantwortlichkeiten für eine wirksame Kontrolle verunklart. Einer praktisch wirksamen Kontrolle, die auf der Grundlage des geltenden Rechts durchaus möglich wäre, dient die instrumentelle Vielfalt jedenfalls kaum. Die Fragmentierung der parlamentarischen Kontrolle und der Fachaufsicht führt aber nicht nur zu Defiziten des Kontrollniveaus. Vor allem wird die effektive Aufgabenerfüllung durch die kontrollierten Behörden in Gemengelagen beeinträchtigt, weil sich diese zum einen sich überlagernden Informationsbegehren kontrollierender Behörden ausgesetzt sehen, zum anderen mit dem Zuwachs an Kontrollorganen auch das Risiko steigt, dass sensible Infor-

¹⁶² S. *Bartodziej* (o. Fußn. 159), Kap. VII § 2 Rn. 114 ff.

¹⁶³ Bundeshaushaltsordnung v. 19.8.1969 (BGBl. I S. 1284), die zuletzt durch Art. 11 des Gesetzes v. 14.8.2017 (BGBl. I S. 3122) geändert worden ist.

¹⁶⁴ Hierzu *Bartodziej* (o. Fußn. 159), Kap. VII § 2 Rn. 98 ff.; *Uwe Häbnlein/Hanns-Lothar Endell/Eduard Hans Jabnż*, Reptilienfonds und Finanzkontrolle - Wie öffentlich ist die Kontrolle geheimer Staatsausgaben?, DÖV 1998, 305 ff.; *Karl Wittrock*, Über die Kontrolle geheimer Ausgaben, Die Verwaltung 21 (1988), 277 ff.

¹⁶⁵ Eingehend *BVerfGE* 143, 1 ff.; hierzu *Klaus Ferdinand Gärditz*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 20.09.2016 – 2 BvE 5/15 – G 10-Kommission ist im Organstreitverfahren nicht parteifähig, DVBl 2016, 1540 ff.

mationen rechtswidrig an die Öffentlichkeit gelangen. So beschäftigen sich – neben divergenten Fachaufsichtsbehörden – derzeit drei Untersuchungsausschüsse parallel mit dem Anschlag vom Breitscheidplatz (neben dem vorliegenden Untersuchungsausschuss die Untersuchungsausschüsse des Landtag von Nordrhein-Westfalen und des Abgeordnetenhauses für Berlin).

IV. Resümee

Insgesamt bleibt die Rechtsentwicklung weitgehend reaktiv; aus Fehlern wird gelernt, was unverzichtbar ist, aber eine Gesamtbewertung der eher anlassbezogen und inkohärent gewachsenen Strukturen nicht entbehrlich macht. Recht wird *vor* dem Krisenfall gesetzt,¹⁶⁶ was Distanz schafft und eine versachlichte Diskussion jenseits der Eindruckskraft konkreter Fälle ermöglicht. Angesichts der Handlungsimpulse, die von terroristischen Anschlägen ausgehen und politische Entscheidungen emotional katalysieren, wäre eine – immer lernfähige und adaptive – Maßstabssetzung im Vorfeld einschlägiger besonders notwendig.

Eine Gesamtbetrachtung der deutschen Sicherheitsarchitektur zeigt zunächst eine verworrene Behördenvielfalt: Schon am GTAZ als Kooperationsplattform zur Terrorismusbekämpfung sind über 40 verschiedene Behörden im Bereich der inneren Sicherheit beteiligt.¹⁶⁷ Die stark gegliederte Behördenstruktur und die damit einhergehenden Behinderung eines gesetzlich zulässigen – aber durchweg nicht gebotenen – Informationsflusses wurden schon früher und mit Recht als negativ bewertet.¹⁶⁸ Effektivitätsverluste sind vorprogrammiert,¹⁶⁹ freilich teilweise auch als bewusste Dezentralisierungsfolge gewollt. Unübersichtliche Zuständigkeiten erhöhen das Fehlerisiko, weil Informationen leicht verloren gehen können oder Verantwortlichkeiten fehleingeschätzt bzw. auf unterer Entscheidungsebene abgewälzt werden können. Dies alles kann freilich auch ohne föderale Dezentralisierung in sehr großen Behörden mit einer dann notwendig stärker gegliederten Binnenstruktur geschehen und ist kein grundsätzlicher Einwand gegen die gewachsene föderale Sicherheitsarchitektur als solche, die man aus guten Gründen nicht in Frage stellt.

1. *Stärkung zentraler Fachbehörden im Interesse der Professionalisierung*

Gleichwohl erscheinen gerade im Bereich der Terrorismusbekämpfung vorsichtige Fortentwicklungen der Sicherheitsarchitektur sachgerecht. Moderner Terrorismus unter den Bedingungen von Globalisierung, sozialer Fragmentierung und Digitalisierung erfordert auf der Gegenseite professionelle und hochgradig spezialisierte Behörden, und zwar vor allem auf der Ebene der Gefahraufklärung. Hier kann die Konzentration von Fachwissen und Wissensressourcen bei Bundesbehörden – und hier vorrangig bei BKA und BfV – durchaus dazu beitragen, die Reaktionsfähigkeit gegen Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit durch Terrorismus zu verbessern.

¹⁶⁶ *Andreas Voßkuhle*, „Integration durch Recht“ – Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2016, 161 (168).

¹⁶⁷ *Dombert/Ränker* (o. Fußn. 135), S. 415.

¹⁶⁸ Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetzgebung in Deutschland, 2013, S. 165.

¹⁶⁹ *Dombert/Ränker* (o. Fußn. 135), S. 415.

Der im November 2015 eingeschlagene Weg, insoweit das BfV zu stärken (vgl. § 5 BVerfSchG), sollte fortgesetzt werden. Insgesamt wäre darüber nachzudenken, ob die bisher dominante Orientierung an der räumlichen Dimension einer Gefahr partiell abgelöst werden sollte durch eine Organisation nach fachlichen Gesichtspunkten, die quer zur föderalen Gliederung gelagert sind.

Hierbei gilt es auch, sich von der Illusion zu verabschieden, anspruchsvolles Bundesrecht würde flächendeckend gleichmäßig wirksam vollzogen. Obgleich dies selten offen ausgesprochen wird, ist eine Schwachstelle in der föderalen Sicherheitstektonik offensichtlich: die unterschiedliche Leistungsfähigkeit (und ggf. auch die divergenten „Sicherheitsphilosophien“) der einzelnen Länder. Soll föderale Dezentralität im Sicherheitsbereich nicht nur einfach staatliche Eingriffsmacht zerstreuen, sondern auch – und nur dies erscheint mir rechtspolitisch vernünftig – zu einer effektiven Aufgabenorganisation beitragen, setzt dies zwangsläufig auch grosso modo vergleichbar leistungsfähige Länder voraus. Gerade aber kleinere Staaten sind mit einer höchst anspruchsvollen Aufgabe wie der Terrorismusbekämpfung leicht überfordert. Zwar wird argumentiert, Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 lit. b GG betreffe die „Zusammenarbeit“ und setze die Selbstständigkeit der Landesverfassungsschutzbehörden voraus, was eine hierarchische Eingliederung in die Behördenstruktur unter das BfV ausschließe.¹⁷⁰ Dies bedeutet aber nicht, dass die Arbeitsverteilung für jedes Land gleichförmig und ohne Ansehung praktischer Leistungsgrenzen vorgenommen werden müsste. Die Möglichkeit einer asymmetrischen Aufgabenverteilung und eigener Sachleitungsbefugnisse des BfV (unter Änderung des sperrigen § 7 BVerfSchG) sollte rechtspolitisch diskutiert werden.

2. *Verschwimmen innerer und äußerer Sicherheit*

Die vielleicht signifikanteste Entwicklung, die die föderale Sicherheitsarchitektur ins Wanken gebracht hat, ist die Auflösung der tradierten Grenzen von innerer und äußerer Sicherheit. Die Sicherheitsverfassung des Grundgesetzes wurde entworfen auf der Grundlage einer immer noch strikt territorial geordneten Welt mit grundsätzlich geschlossenen Grenzen. Der Blick war nach innen gerichtet und fokussierte – unter dem Eindruck des verbrecherischen Einsatzes eines zentralen Sicherheitsapparats in der NS-Zeit – in erster Linie auf eine Bändigung der Staatsgewalt im Inneren. Paradigmatisch hierfür war der sog. „Polizeibrief“¹⁷¹, ein Schreiben der Militärgouverneure v. 14. April 1949, mit dem die unter Besatzungsrecht zugelassenen polizeilichen Strukturen des Bundes eng begrenzt, polizeiliche Befugnisse eines Inlandsnachrichtendienstes des Bundes

¹⁷⁰ Hecker (o. Fußn. 124), Kap. III § 2 Rn. 18.

¹⁷¹ Hierzu Volkmarr Götz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl. (2006), § 85 Rn. 39; Christoph Gusy, Das verfassungsrechtliche Gebot der Trennung von Polizei und Nachrichtendiensten, ZRP 1987, 45 ff.; Helmut Kalkbrenner, Amtshilfeproblematik im Verhältnis Polizei – Verfassungsschutz, in: FS Rudolf Samper, 1982, S. 69 (77); Ralf Pascher/Benjamin Rusteberg, Die Aufgabe des Verfassungsschutzes – Zur funktionalen Trennung von Polizei und Nachrichtendiensten, KJ 2014, 57 (59 ff.); Manfred Roever, Trennung von Polizei und Verfassungsschutzbehörden, DVBl. 1986, 205 (206 f.); Jens Singer, Das Trennungsgesetz, Die Kriminalpolizei 2006, 87 ff.; Mark A. Zöller, Der Rechtsrahmen der Nachrichtendienste bei der „Bekämpfung“ des internationalen Terrorismus, JZ 2007, 763 (767).

untersagt und Weisungsrechte gegenüber Landespolizeibehörden ausgeschlossen wurden.¹⁷² Der Polizeibrief ist zwar richtigerweise als solcher nicht Bestandteil der Verfassung geworden, zumal er selbst nur organisationsrechtliche Vorgaben, aber keinen Auftrag zu deren konstitutioneller Absicherung enthält. Die Bestimmung ist aber namentlich in Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG eingegangen,¹⁷³ der die sicherheitsbehördlichen Befugnisse des Bundes eng umgrenzt. Bis heute gehört aber die rechtsstaatliche Einhegung der Sicherheitsbehörden gerade durch föderale Diversifikation zu den Eigenheiten der deutschen Sicherheitsverfassung.

Diese traditionelle Sicherheitsverfassung bricht sich an Sicherheitsbeeinträchtigungen, die in zunehmendem Umfang entterritorialisiert sind. Die überkommene und schablonenhafte Trennung von innerer und äußerer Sicherheit lässt sich jedenfalls innerhalb des Schengen-Raumes, in dem Binnengrenzkontrollen grundsätzlich aufgehoben sind und innereuropäische Bewegungsfreiheit gewährleistet wird, nicht mehr überzeugend aufrechterhalten. Zwar gibt es sicherlich immer noch lokale, regionale bzw. rein innerstaatliche Gefahren und Risiken. Viele Gefahrenlagen haben sich aber – letztlich auch nur akzessorisch zu positiven gesellschaftlichen Öffnungsprozessen – verändert und räumlich entgrenzt. Dies gilt namentlich für den Terrorismus. Exemplarisch sei auf die grenzüberschreitenden Aufenthalts- und Reiserouten der Attentäter Paris von 2015 oder auf die transnationale Agenda des IS verwiesen. Ungeachtet der engen Verbindung von äußeren und inneren Bedrohungen wird etwa der Bundesnachrichtendienst kompetenzrechtlich als Teil der auswärtigen Angelegenheiten (Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG) qualifiziert und die Verwaltungszuständigkeit auf Art. 87 Abs. 3 GG gestützt, wohingegen bei einem meist eher gleitenden Übergang zu inneren Gefahren und deren nachrichtendienstlicher Aufklärung die filigrane sowie föderal fragmentierte Kompetenzarchitektur der Art. 73 Abs. 1 Nr. 10, Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG greift.

Terrorismus wird heute nicht mehr primär als Problem der Strafverfolgung und ggf. akzessorischer Rechtshilfe angesehen, sondern vor allem als globale Herausforderung, die übergreifende Regelungsstrukturen erfordert.¹⁷⁴ Darin sind aber auch Entwicklungstendenzen für die föderale Sicherheitsarchitektur angelegt: Eine starke internationale Zusammenarbeit ist zwangsläufig nur auf Bundesebene sinnvoll zu organisieren.

3. *Technisch-sozialer Wandel*

Bei allen Problemen der fragmentierten föderalen Sicherheitsarchitektur darf nicht übersehen werden, dass zahlreiche Herausforderungen gerade im Bereich der Terrorismusabwehr nicht auf einer organisationsrechtlichen, sondern auf einer sozialkommunikativen und technischen Fragmentierung gründen. Trotz der Ausweitung von Befugnissen der Bundesbehörden auf zentraler

¹⁷² Abgedruckt in: Deutscher Bundestag und Bundesarchiv (Hrsg.): Der Parlamentarische Rat 1948–1949 – Akten und Protokolle, Bd. 8: Die Beziehungen des Parlamentarischen Rates zu den Militärregierungen (bearbeitet von *Michael F. Feldkamp*), 1995, S. 230 f.

¹⁷³ *BVerfGE* 97, 198 (215).

¹⁷⁴ *Nathanael Tilahun Ali*, *Regulatory Counter-Terrorism: A Critical Appraisal of Proactive Global Governance*, 2018, S. 52 ff.

Ebene hat die reale Wirksamkeit der vorhandenen Befugnisse im Bereich der technischen Aufklärung beständig abgenommen. Zur Verdeutlichung: Telekommunikationsdienstleistungen werden heute in Deutschland durch eine erfolgreiche wettbewerbliche Entbündelung von knapp 4000 Providern angeboten, deren Kooperationsfähigkeit sehr unterschiedliche ausgeprägt ist. Over-the-top-Dienste nutzen Kommunikationsinfrastrukturen. Kommunikation ist heute nicht mehr ortsbezogen und findet (zumal im hier relevanten Segment) zunehmend verschlüsselt statt. Die zu verarbeitenden Datenmengen haben explosionsartig zugenommen. Es ist offensichtlich, dass dies die technische Leistungsfähigkeit der Sicherheitsbehörden herausfordert, aber auch viele – früher wirksame – Eingriffsbefugnisse schleichend entwertet. Sinnvoll wäre aber auch ein verstärktes Nachdenken, bestehende Befugnisse zielgenauer auf diese Realbedingungen zuzuschneiden, um reale Verluste der Aufklärungsfähigkeit jedenfalls teilweise auszugleichen.

(Prof. Dr. Klaus F. Gärditz)