

Kompendien

für Studium, Praxis und Fortbildung

Markus Löffelmann | Mark A. Zöller

Nachrichtendienstrecht



Nomos

Kompendien

für Studium, Praxis und Fortbildung

Markus Löffelmann | Mark A. Zöller

Nachrichtendienstrecht



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-6723-6 (Print)
978-3-7489-0845-6 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Das Recht der Nachrichtendienste ist ein vergleichsweise junges Rechtsgebiet, obwohl sein Gegenstand so alt ist wie die Entstehung organisierter Gesellschaften und deren Ringen um Machterhalt. Erst mit der Entwicklung des modernen, bereichsspezifischen Datenschutzrechts im Anschluss an das wegweisende Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1983 ist das Bewusstsein dafür entstanden, dass die klandestine Tätigkeit der Nachrichtendienste einer rechtlichen Einhegung und gesetzlicher Grundlagen bedarf. Bis zum heutigen Tag ist der Prozess dieser Verrechtlichung allerdings Stückwerk geblieben. Das Recht der Nachrichtendienste stellt sich als eine überaus zerfaserte, auf zahlreiche Gesetze verteilte Materie dar, welche einer inneren Ordnung weitgehend entbehrt. Das dürfte mit ein Grund dafür sein, warum das Nachrichtendienstrecht Studierenden und Interessierten so schwer zu vermitteln und entsprechende Ausbildungs- und Nachschlageliteratur Mangelware ist.

Mit diesem Kompendium wird erstmals eine strukturierte und komprimierte Darstellung des deutschen Rechts der Nachrichtendienste vorgelegt. Wegen der anhaltend hohen Reformdynamik in diesem Rechtsgebiet wurde dabei nicht nur Wert auf eine verständliche Vermittlung der wesentlichen rechtlichen Grundlagen, sondern auch auf eine Herausarbeitung von Regelungsdefiziten gelegt. Da sich in der Praxis der nachrichtendienstlichen Tätigkeit immer wieder Rechtsprobleme stellen, die von der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft noch gar nicht in den Blick genommen wurden, kann das vorliegende Buch naturgemäß kein Nachschlagewerk zur Klärung sämtlicher einschlägigen Rechtsfragen sein. Es kann und will jedoch Hintergrundwissen, Strukturen und Argumentationsmuster bereitstellen, um auch solche neu entstehenden Fragen einer Lösung zuzuführen. Dabei richtet sich der Band nicht nur an alle, die sich in Ausbildung und Praxis mit den Fragen des deutschen Nachrichtendienstrechts zu beschäftigen haben. Vielmehr wird eine Materie behandelt, die Teil der gesamten Sicherheitsstruktur der Bundesrepublik Deutschland und mit vielen angrenzenden Rechtsmaterien untrennbar verzahnt ist. Insofern hegen wir die Hoffnung, dass insbesondere auch Wissenschaft und Praxis im Bereich von Gefahrenabwehrrecht oder Strafprozessrecht hier wertvolle Anregungen und ergänzende Informationen erhalten können.

Die erste Erarbeitung eines solchen Werks ist keine Leistung, die im Alleingang erbracht werden kann. Zahlreiche Kolleginnen und Kollegen, die aus naheliegenden Gründen des Geheim- und Quellenschutzes ungenannt bleiben müssen, haben in unzähligen Gesprächen aus ihrer praktischen Erfahrung zu seinem Gelingen beigetragen. Wenn das Buch trotz aller Sorgfalt unrichtige oder missverständliche Darstellungen enthalten sollte, sind wir außerordentlich dankbar für Hinweise und Anregungen aus dem Kreis der Leserinnen und Leser, damit dieses Lehrbuch stetig verbessert und fortentwickelt werden kann.

Im Übrigen gilt unser besonderer Dank Herrn Prof. Dr. Jan-Hendrik Dietrich für die kritische Durchsicht des gesamten Manuskripts und wertvolle Hinweise sowie den beiden Mitarbeitern von der Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung für ihre sorgfältige Bearbeitung des Manuskripts und Mithilfe bei der Erstellung der Grafiken. Dank gebührt weiter Frau Dr. Tanja Niedernhuber, Herrn Ass. jur. Ruben Doneleit, Herrn Ass. jur. Lauritz Öllerer und Herrn Ref. jur. Maximilian Schach vom Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafpro-

zessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und das Recht der Digitalisierung an der Ludwig-Maximilians-Universität München für wertvolle Korrekturarbeiten während des Entstehungsprozesses. Herrn Jun.-Prof. Dr. Andreas Lutsch und Frau Ref. jur. Mareike Neumann sind wir für die kritische Durchsicht der geschichtlichen Grundlagen zu Dank verpflichtet. Nicht zuletzt gebührt in ganz besonderer Weise Dank Frau Dr. Cordelia Kohn, ohne deren unermüdliche Unterstützung dieses Buch gar nicht hätte entstehen können.

Das Werk befindet sich auf dem Stand der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur von Januar 2022. Vereinzelt konnten auch jüngere Judikate berücksichtigt werden.

Berlin und München im Januar 2022

Markus Löffelmann
Mark A. Zöllner

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	9
Verzeichnis der Schaubilder	15
Verzeichnis der Tabellen	15
Verzeichnis der Standardliteratur	17
A. Grundlagen	21
I. Geschichte der deutschen Nachrichtendienste	21
II. Die Nachrichtendienste in der deutschen Sicherheitsarchitektur	39
III. Verfassungsrechtliche Grundlagen	52
B. Verfassungsschutz	72
I. Regelungsstruktur	72
II. Aufgaben des Verfassungsschutzes	78
III. Wichtige Befugnisse des Verfassungsschutzes	96
C. Auslandsnachrichtendienst	152
I. Regelungsstruktur	152
II. Aufgaben des Auslandsnachrichtendienstes	158
III. Wichtige Befugnisse des Auslandsnachrichtendienstes	163
D. Nachrichtenbezogenes Handeln im militärischen Bereich	199
I. Regelungsstruktur	199
II. Nachrichtenbezogene Aufgaben im militärischen Bereich	202
III. Wichtige nachrichtenbezogene Befugnisse im militärischen Bereich	208
E. Datenverarbeitung und Zusammenarbeit	214
I. Datenverarbeitungsgrundsätze	214
II. Datenspeicherung	216
III. Datenübermittlung	222
IV. Sicherheitsbehördliche Zusammenarbeit	233
F. Kontrolle der Nachrichtendienste	239
I. Kontrollarchitektur	239

II.	Parlamentarische Kontrolle	242
III.	Exekutive Kontrolle	250
IV.	Gerichtliche und gerichtsähnliche Kontrolle	256
V.	Öffentliche Kontrolle	267
VI.	Ausgleich mit Geheimschutzbedürfnissen	274
Stichwortverzeichnis		281

Inhaltsverzeichnis

Verzeichnis der Schaubilder	15
Verzeichnis der Tabellen	15
Verzeichnis der Standardliteratur	17
A. Grundlagen	21
I. Geschichte der deutschen Nachrichtendienste	21
1. Vorbemerkung	21
2. Bis zur Gründung des Deutschen Reichs (1815–1871)	22
3. Deutsches Reich (1871–1918)	24
4. Weimarer Republik	25
5. Nationalsozialismus	27
6. Das Ministerium für Staatssicherheit (MfS) der DDR	28
7. Das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV)	30
8. Der Militärische Abschirmdienst (MAD)	34
9. Der Auslandsnachrichtendienst (BND)	36
II. Die Nachrichtendienste in der deutschen Sicherheitsarchitektur	39
1. Charakter des Nachrichtendienstrechts	39
2. Abgrenzung zum Polizeirecht	40
3. Abgrenzung zum Strafrecht	45
4. Auftrag zur Zusammenarbeit	47
5. Ordnungselemente einer komplementären Sicherheitsarchitektur	50
III. Verfassungsrechtliche Grundlagen	52
1. Nachrichtendienstrecht als „angewandtes Verfassungsrecht“	52
2. Wichtige Eckpunkte der Rechtsprechung des BVerfG	54
3. Schutz personenbezogener Daten	54
4. Verhältnismäßigkeitsanforderungen	59
5. Schutz grundrechtssensibler Bereiche	61
6. Recht auf Sicherheit	65
7. Auslandsgeltung der Grundrechte	66
8. Einfluss des Völkerrechts	68
B. Verfassungsschutz	72
I. Regelungsstruktur	72
1. Allgemeine Kennzeichnung	72
2. Rechtsentwicklung	73
3. Wesentliche Ordnungselemente	74
a) Trennungsgebot	74
b) Geheimschutzbedürfnisse	76
c) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	76
4. Derzeitige Gesetzessystematik	77
II. Aufgaben des Verfassungsschutzes	78
1. Föderale Struktur	78

2. Zweck des Verfassungsschutzes	79
3. Bestrebungen	82
4. Tatsächliche Anhaltspunkte	84
5. Prüffall, Verdachtsfall, Beobachtungsfall	86
6. Beobachtungsgegenstände	88
a) Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung	88
b) Bestrebungen gegen den Bestand des Bundes oder eines Landes	90
c) Bestrebungen gegen die Sicherheit des Bundes oder eines Landes	90
d) Bestrebungen zur ungesetzlichen Beeinträchtigung der Verfassungsorgane oder ihrer Mitglieder	91
e) Sicherheitsgefährdende Tätigkeiten für eine fremde Macht	91
f) Geheimdienstliche Tätigkeiten für eine fremde Macht	92
g) Gefährdung der auswärtigen Belange durch gewalttätige Bestrebungen	92
h) Völkerverständigungswidrige Bestrebungen	93
i) Sonderzuständigkeit Beobachtung Organisierter Kriminalität	94
j) Sonderzuständigkeit Beobachtung Dienste der DDR	95
III. Wichtige Befugnisse des Verfassungsschutzes	96
1. Überblick	96
2. Befugnisgeneralklauseln	97
a) Informationelle Eingriffe ohne Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel	97
b) Exemplarische Benennung nachrichtendienstlicher Mittel	98
c) Informationelle Eingriffe mit nachrichtendienstlichen Mitteln	98
d) Kritik an den Generalklauseln	99
e) Landesrechtliche Regelungskonzepte	101
3. Observationen und Bildaufzeichnungen	102
a) Funktion und Relevanz	102
b) Verfassungsrechtliche Einordnung	103
c) Einfachrechtliche Ausgestaltung	104
4. Verdeckte Mitarbeiter und Vertrauensleute	106
a) Funktion und Relevanz	106
b) Verfassungsrechtliche Einordnung	108
c) Einfachrechtliche Ausgestaltung	113
aa) Regelungssystematik	113
bb) Verwaltungsrechtliche Befugnis	114
cc) Strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund	116
dd) Dienstrechtlicher Regelungsgehalt	119
ee) Strafprozessualer Regelungsgehalt	120
ff) Vertrauenspersonen	122
5. Auskunftersuchen	125
a) Funktion und Relevanz	125
b) Verfassungsrechtliche Einordnung	126
c) Einfachrechtliche Ausgestaltung	127
aa) Kreis der Verpflichteten	127
bb) Anordnungsvoraussetzungen	128
cc) Beauskunftung von Zugangsdaten	129
dd) Anordnungsverfahren	130

6. Telekommunikationsüberwachung	131
a) Funktion und Relevanz	131
b) Verfassungsrechtliche Einordnung	134
c) Einfachrechtliche Ausgestaltung	135
aa) Regelungssystematik	135
bb) Anordnungsvoraussetzungen	137
cc) Anordnungsverfahren	140
dd) Rechtsschutz und Kontrolle	142
d) Einzelprobleme	145
aa) Überwachung des E-Mail-Verkehrs	145
bb) Zugriff auf beim Provider endgespeicherte E-Mails	146
cc) Abhören von Mailboxen	146
dd) Zugriff auf gespeicherte Telekommunikationsdaten	147
ee) Zugriff auf sonstige gespeicherte Daten	147
ff) Überwachung von Hintergrundgesprächen	148
gg) Erfassung der Geräte- oder Kartenkennnummer	148
hh) Überwachung von Mobiltelefonen im Standby-Modus	149
ii) Anwendung des Stealth-Ping-Verfahrens	149
jj) Eindringen in geschützte Kommunikationsräume im Internet	149
kk) Quellentelekommunikationsüberwachung	150
C. Auslandsnachrichtendienst	152
I. Regelungsstruktur	152
1. Allgemeine Kennzeichnung	152
2. Rechtsentwicklung	152
3. Wesentliche Ordnungselemente	153
a) Trennungsgebot	153
b) Geheimschutzbedürfnisse	154
c) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	155
d) Auslandsbezug	156
4. Derzeitige Gesetzssystematik	157
II. Aufgaben des Auslandsnachrichtendienstes	158
1. Historische Einbettung	158
2. Gesetzliche Ausgestaltung	159
III. Wichtige Befugnisse des Auslandsnachrichtendienstes	163
1. Überblick	163
2. Befugnisgeneralklauseln	166
a) Informationelle Eingriffe ohne Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel	166
b) Informationelle Eingriffe mit nachrichtendienstlichen Mitteln	167
3. Einsatz Geheimer Mitarbeiter	169
a) Funktion und Relevanz	169
b) Verfassungsrechtliche Einordnung	171
c) Einfachrechtliche Ausgestaltung	172
4. Strategische Fernmeldeaufklärung	173
a) Funktion und Relevanz	173
b) Verfassungsrechtliche Einordnung	174

c)	Einfachrechtliche Ausgestaltung	175
aa)	Regelungssystematik	175
bb)	Anordnungsvoraussetzungen	176
cc)	Anordnungsverfahren	181
5.	Strategische Ausland-Fernmeldeaufklärung	183
a)	Funktion und Relevanz	183
b)	Verfassungsrechtliche Einordnung	183
c)	Einfachrechtliche Ausgestaltung	183
aa)	Regelungssystematik	183
bb)	Anordnungsvoraussetzungen	185
cc)	Anordnungsverfahren	187
6.	IT-Operationen	189
a)	Funktion und Relevanz	189
b)	Verfassungsrechtliche Einordnung	190
c)	Einfachrechtliche Ausgestaltung	191
aa)	Anordnungsvoraussetzungen	191
bb)	Anordnungsverfahren	192
cc)	Auswertung informationstechnischer Systeme	193
7.	Austausch mit Nachrichtendiensten anderer Staaten	194
a)	Funktion und Relevanz	194
b)	Verfassungsrechtliche Einordnung	195
c)	Einfachrechtliche Ausgestaltung	196
D.	Nachrichtenbezogenes Handeln im militärischen Bereich	199
I.	Regelungsstruktur	199
1.	Allgemeine Kennzeichnung	199
2.	Rechtsentwicklung	200
3.	Wesentliche Ordnungselemente	201
4.	Derzeitige Gesetzssystematik	201
II.	Nachrichtenbezogene Aufgaben im militärischen Bereich	202
1.	Militärischer Abschirmdienst	202
a)	Beobachtung von Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes	202
b)	Beobachtung von sicherheitsgefährdenden oder geheimdienstlichen Tätigkeiten für eine fremde Macht	203
c)	Beobachtung der Beteiligung an völkerverständigungswidrigen Bestrebungen	203
d)	Beurteilung der Sicherheitslage	203
e)	Mitwirkungsaufgaben	204
f)	Aufgaben während besonderer Auslandsverwendungen nach § 14 MADG	204
2.	Militärisches Nachrichtenwesen	205
3.	Beitrag zur Force Protection durch den BND	207
III.	Wichtige nachrichtenbezogene Befugnisse im militärischen Bereich	208
1.	Militärischer Abschirmdienst	208
a)	Befugnisgeneralklauseln	208
b)	Standardbefugnisse	208

c)	Befugnisse gegenüber dritten Personen	209
d)	Besondere Auskunftsverlangen	209
e)	Besondere Auslandsverwendungen	210
2.	Militärisches Nachrichtenwesen	210
a)	Allgemeine Befähigungen	210
b)	Cyber-Defence	211
3.	Force Protection durch den BND	212
a)	Wichtige Befugnisse	212
b)	Technische Aufklärung	212
E.	Datenverarbeitung und Zusammenarbeit	214
I.	Datenverarbeitungsgrundsätze	214
II.	Datenspeicherung	216
1.	Aktenhaltung	216
2.	Nicht automatisierte Dateien	218
3.	Automatisierte Dateien	219
4.	Datenpflege und Datenlöschung	220
5.	Regelungsperspektiven	221
III.	Datenübermittlung	222
1.	Überblick	222
2.	Übermittlungsermessen und Übermittlungspflicht	226
3.	Übermittlungsschwellen	227
4.	Übermittlungsvorsorge	228
5.	Übermittlungsverbote	230
6.	Datenübermittlungen aus Registern	231
7.	Regelungsperspektiven	232
IV.	Sicherheitsbehördliche Zusammenarbeit	233
1.	Funktion und Bedeutung der Zusammenarbeit	233
2.	Rechtliche Ausgestaltung	234
a)	Verfassungsrechtliche Grundlagen	234
b)	Einfachgesetzliche Ausprägungen	234
aa)	Zentralstellenfunktion des BfV	234
bb)	Konsultationsverfahren betreffend Ausländer	235
cc)	Sonstige Kooperationsformen	236
c)	Regelungsdefizite	236
3.	Regelungsperspektiven	237
F.	Kontrolle der Nachrichtendienste	239
I.	Kontrollarchitektur	239
II.	Parlamentarische Kontrolle	242
1.	Parlament	242
2.	Parlamentarisches Kontrollgremium	243
3.	Ständiger Bevollmächtigter des Parlamentarischen Kontrollgremiums	245
4.	Vertrauensgremium	245
5.	Parlamentarische Untersuchungsausschüsse	246
6.	Artikel 13-Gremium	248
7.	Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit	248

III.	Exekutive Kontrolle	250
1.	Ministerialaufsicht	250
a)	Reichweite	250
b)	Dienstvorschriften	251
c)	Auftragsprofil der Bundesregierung	253
2.	Behördenleitervorbehalte	254
3.	Beauftragter für die Nachrichtendienste	255
4.	Bundesrechnungshof	256
IV.	Gerichtliche und gerichtsähnliche Kontrolle	256
1.	Richtervorbehalt	256
2.	Quasigerichtliche präventive Kontrolle	258
a)	Überblick und Entwicklung	258
b)	G 10-Kommission	259
c)	Unabhängiger Kontrollrat	260
3.	Nachträgliche verwaltungsgerichtliche Kontrolle	264
4.	Inzidenzkontrolle in anderen gerichtlichen Verfahren	266
5.	Kontrolle durch das BVerfG	267
V.	Öffentliche Kontrolle	267
1.	Verfassungsrechtliche Einordnung	267
2.	Spezialgesetzliche Auskunftsansprüche	268
3.	Datenschutzrechtliche Auskunftsansprüche	270
4.	Presse- und archivrechtliche Auskunftsansprüche:	271
5.	Öffentliche Berichterstattung	273
VI.	Ausgleich mit Geheimschutzbedürfnissen	274
1.	Materielle Einschränkungsründe	274
a)	Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung	274
b)	Achtung der Grundrechte	275
c)	Staatswohlbelange	276
d)	Zumutbarkeit	277
2.	Prozessuale Ausgleichsverfahren	277
a)	Gestufte Überprüfungsverfahren	277
b)	Aussagebeschränkungen und Sperrerklärungen	277
c)	Gerichtliche Geheimverfahren	278
	Stichwortverzeichnis	281

Verzeichnis der Schaubilder

Abbildung 1:	Anfang 19. Jh. bis Ende Weimarer Republik	26
Abbildung 2:	Nationalsozialismus bis 1990	33
Abbildung 3:	Die verschiedenen Dimensionen des Trennungsgebots	42
Abbildung 4:	Arbeitsteiliges Zusammenwirken der Sicherheitsbehörden	45
Abbildung 5:	Zunahme der Regelungsdichte im Recht der Nachrichtendienste	51
Abbildung 6:	Intelligence Cycle	81
Abbildung 7:	Auskunftsverlangen an Unternehmen	127
Abbildung 8:	Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung	132
Abbildung 9:	G 10-Verfahren bis zur Durchführung	141
Abbildung 10:	Third Party Rule	155
Abbildung 11:	„Schottenprinzip“ und „Desk-Prinzip“	160
Abbildung 12:	All-Source-Intelligence	164
Abbildung 13:	Nachrichtendienstliche Erkenntnispyramide	165
Abbildung 14:	Denkbare Konstellationen der Quellenführung beim BND	171
Abbildung 15:	Doppeltürmodell	223
Abbildung 16:	Kontrollarchitektur auf Bundesebene	239
Abbildung 17:	Interessen- und Wertekonflikte	240
Abbildung 18:	Felder externer Exekutivkontrolle	251
Abbildung 19:	Gegenüberstellung Gesetz und Verwaltungsvorschrift	252
Abbildung 20:	Alternativen der Regelungstechnik	253
Abbildung 21:	Die beiden Organe des Unabhängigen Kontrollrats	263
Abbildung 22:	Verfahren bei Abgabe einer Sperrerklärung im Strafverfahren	279

Verzeichnis der Tabellen

Tabelle 1:	Wichtige Rechtsprechung des BVerfG zum Sicherheitsrecht	54
Tabelle 2:	Übersicht der Übermittlungsregelungen im Sicherheitsrecht	224

