

Das Recht der inneren und äußeren Sicherheit

Band 28

Das informationelle Verwendungsverbot im Nachrichtendienstrecht

Von

Johannes Carl Höhner



Duncker & Humblot · Berlin

JOHANNES CARL HÖHNER

Das informationelle Verwendungsverbot
im Nachrichtendienstrecht

Das Recht der inneren und äußeren Sicherheit

Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. Markus Thiel, Münster

Band 28

Das informationelle Verwendungsverbot im Nachrichtendienstrecht

Von

Johannes Carl Höhner



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer
hat diese Arbeit im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2199-3475
ISBN 978-3-428-19132-1 (Print)
ISBN 978-3-428-59132-9 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ∞

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die Arbeit wurde von der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer im Wintersemester 2022/2023 als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis März 2023 berücksichtigt. Insbesondere das Grundsatzurteil zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz des Bundesverfassungsgerichts vom 26.04.2022 wurde berücksichtigt und eingearbeitet.

Zunächst gilt mein Dank meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Karl-Peter Sommermann für die Betreuung meines Promotionsvorhabens.

Herzlich danke ich auch Herr Professor Dr. Stephan Grohs für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonders bedanken möchte ich mich bei Dr. Thomas Blome für die fachlich wertvolle Unterstützung, die aufmunternden Gespräche und die selbstlose Begleitung meiner gesamten akademischen Laufbahn.

Des Weiteren gilt mein Dank Herrn Professor Dr. Gunter Warg, der mich mit Literatur unterstützt hat.

Ein großer Dank gilt auch meinem Freund Mathieu Michèl Wagner, der diese Arbeit mehrmals Korrektur gelesen hat und mir insbesondere bei Fragen zu Formalien, Formatierung und der Literaturrecherche eine Unterstützung war.

Danken möchte ich auch meinen Eltern, Gabriele und Gerd Valentin Höhner für das mehrmalige Korrekturlesen der Arbeit und die bedingungslose Unterstützung während meiner gesamten universitären Ausbildung.

Ich bedanke mich auch bei meiner Partnerin Frederike Schwietzer für ihre Geduld und ihr Vertrauen während des Promotionsprozesses.

Zum Schluss gilt mein tiefer Dank meinem Bruder und Freund, Paul Valentin Höhner für fachliche und moralische Unterstützung während des gesamten Promotionsverfahrens.

Solingen, im Dezember 2023

Johannes Carl Höhner

Inhaltsübersicht

1. Kapitel

Einleitung 23

A. Forschungsstand	23
B. Forschungsinteresse	26
C. Methodik und Gang der Untersuchung	27

2. Kapitel

Verwertungsverbote bei Polizei und Strafverfolgung 30

A. Aufgabe von Polizei und Strafverfolgung	30
B. Diskussion um Beweisverwertungsverbote im Strafprozess	45
C. Verwertungsverbote im Gefahrenabwehrrecht der Polizei	83
D. Zwischenergebnis zu Verwertungsverboten und Verwertungsbeschränkungen	85

3. Kapitel

Übertragung der Systematik der Beweisverbote im Strafverfahren auf das Recht der Nachrichtendienste 88

A. Vorbemerkung	88
B. Aufgaben und Befugnisse der deutschen Nachrichtendienste	89
C. Erhebungs- und Verwendungsregeln im Nachrichtendienstrecht	130
D. Verfassungskonforme Auslegung der §§ 8 I 1, 10 I BVerfSchG	162
E. Zusammenfassung zu den Datenverarbeitungsnormen der §§ 8 I, 10 I BVerfSchG ...	215

4. Kapitel

Selbstständige nachrichtendienstliche Informationsverwendungsverbote 217

A. Vorbemerkung	217
-----------------------	-----

B. Die Menschenwürde als Ausgangspunkt selbständiger Informationsverwendungsver- bote im Nachrichtendienstrecht	218
C. Selbstständiges Informationsverwendungsverbot bei eigener Informationserhebung	226
D. Selbstständiges Informationsverwendungsverbot im Rahmen internationaler Koope- ration	232
E. Zusammenfassung zu selbstständigen Informationsverwendungsverboten im Nach- richtendienstrecht	262

5. Kapitel

Wirkung und Reichweite von nachrichtendienstlichen Informationsverwendungsverboten	264
A. Vorbemerkung	264
B. Wirkung von nachrichtendienstlichen Informationsverwendungsverboten	265
C. Zusammenfassung zu Wirkung und Reichweite von nachrichtendienstlichen Infor- mationsverwendungsverboten	270

6. Kapitel

Zusammenfassung der Ergebnisse der rechtlichen Analyse	272
A. Notwendigkeit der verfassungskonformen Auslegung der §§ 8 I 1, 10 BVerfSchG ...	272
B. Modifikation der strafprozessualen Abwägungslehre	273
C. Verwendungsverbote im Nachrichtendienstrecht	275

7. Kapitel

Aus den Ergebnissen der rechtlichen Analyse abgeleiteter Änderungsbedarf	279
A. Verwendung rechtswidrig erhobener Informationen	281
B. Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung	284
C. Informationserhebung durch internationale Zusammenarbeit	290
Literaturverzeichnis	295
Sachwortverzeichnis	307

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einleitung 23

A. Forschungsstand	23
B. Forschungsinteresse	26
C. Methodik und Gang der Untersuchung	27
I. Methodik	27
II. Gang der Untersuchung	28

2. Kapitel

Verwertungsverbote bei Polizei und Strafverfolgung 30

A. Aufgabe von Polizei und Strafverfolgung	30
I. Gefahrenabwehr	30
1. Öffentliche Sicherheit	31
2. Öffentliche Ordnung	33
3. Schutz privater Rechte	35
4. Der polizeiliche Gefahrenbegriff	36
a) Die unterschiedlichen Gefahrenbegriffe	37
b) Die Charakteristik des polizeilichen Gefahrenbegriffs	39
II. Straftatenverhütung und Vorsorgeaufgaben	41
III. Strafverfolgung	42
1. Zuständigkeit von Polizeibehörden und Staatsanwaltschaft	42
2. Der Anfangsverdacht	44
IV. Doppelfunktionalität der Polizeibehörden	44
B. Diskussion um Beweisverwertungsverbote im Strafprozess	45
I. Historischer Hintergrund der Beweisverbote	46
II. Beweiserhebungsverbote der Strafprozessordnung	48
1. Beweismittelverbote	49
2. Beweisthemenverbote	50
3. Beweismethodenverbote	51

III. Beweisverwertungsverbote in der Strafverfolgung	54
1. Gesetzlich normierte Beweisverwertungsverbote	55
2. Gesetzlich nicht normierte Beweisverwertungsverbote	56
a) Unselbstständige Beweisverwertungsverbote	57
b) Selbstständige Beweisverwertungsverbote	60
3. Prüfung eines Beweisverwertungsverbotes	64
a) Die Rechtskreistheorie des Bundesgerichtshofs	65
b) Die Schutzzwecktheorie	67
c) Die Abwägungslehre	67
4. Wirkung von Beweisverwertungsverboten	74
a) Frühwirkung	74
b) Vorwirkung	75
c) Fortwirkung	75
d) Fernwirkung, insbesondere zur Verwendung von Informationen als Spuren- ansatz	77
5. Sinn und Zweck von Beweisverwertungsverboten im Strafverfahren	79
C. Verwertungsverbote im Gefahrenabwehrrecht der Polizei	83
D. Zwischenergebnis zu Verwertungsverboten und Verwertungsbeschränkungen	85

3. Kapitel

Übertragung der Systematik der Beweisverbote im Strafverfahren auf das Recht der Nachrichtendienste 88

A. Vorbemerkung	88
B. Aufgaben und Befugnisse der deutschen Nachrichtendienste	89
I. Der Bundesnachrichtendienst	91
1. Aufgaben des Bundesnachrichtendienstes	91
2. Befugnisse des Bundesnachrichtendienstes	93
a) Insbesondere zur strategischen Fernmeldeüberwachung	95
b) Insbesondere zur Ausland-Ausland Fernmeldeaufklärung gemäß § 19 I BNDG	97
II. Das Bundesamt für den Militärischen Abschirmdienst	99
1. Aufgaben des Bundesamts für den Militärischen Abschirmdienst	99
2. Befugnisse des Bundesamts für den Militärischen Abschirmdienst	100
III. Das Bundesamt für Verfassungsschutz	100
1. Aufgaben des Bundesamts für Verfassungsschutz	100
a) Aufgaben nach § 3 I BVerfSchG	100
b) Mitwirkungsaufgaben im Sinne von § 3 II BVerfSchG	102
c) Die freiheitliche demokratische Grundordnung als „Kernschutzgut“	103

d) Sammlung und Auswertung von Informationen	106
e) Die Bestrebung als Beobachtungsobjekt	106
aa) Aktive Verhaltensweise der Bestrebung	107
bb) Personenzusammenschluss	108
cc) Politische Bestimmtheit der Verhaltensweise	109
f) Zusammenfassung zur Aufgabe des BfV	110
2. Befugnisse des Bundesamts für Verfassungsschutz	112
a) Tatsächliche Anhaltspunkte als Eingriffsschwelle	112
b) Die offene Informationserhebung gemäß § 8 I BVerfSchG	115
c) Der Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel	116
aa) Geheime Mitarbeiter im Sinne von § 8 II 1 BVerfSchG	117
(1) Vertrauensleute	118
(2) Informanten	119
(3) Gewährspersonen	119
(4) Counterman	120
(5) Under Cover Agents	120
bb) Besonderes Auskunftsverlangen gemäß § 8a f. BVerfSchG	120
cc) IMSI-Catcher gemäß § 9 IV 1 BVerfSchG	122
dd) Optische und akustische Wohnraumüberwachung nach § 9 II 1, 2 BVerfSchG	124
ee) Weitere nachrichtendienstliche Mittel in der Übersicht	125
IV. Die Landesämter für Verfassungsschutz	126
1. Aufgaben der Landesämter für Verfassungsschutz	126
2. Befugnisse der Landesämter für Verfassungsschutz	128
V. Zusammenfassung zu Aufgaben und Befugnissen der deutschen Nachrichten- dienste	129
C. Erhebungs- und Verwendungsregeln im Nachrichtendienstrecht	130
I. Nachrichtendienstliche Informationserhebungsverbote	131
1. Im Bundesverfassungsschutzgesetz	131
a) Verbotene Mittel der Informationserhebung	131
b) Verbotene Methoden der Informationserhebung	132
aa) Die Regelung des § 8 III BVerfSchG	132
bb) Die Ausschlussgründe für Vertrauensleute nach § 9b II 2 Nr. 1–5 BVerfSchG	133
c) Verbotene Themen der Informationserhebung	134
2. Im Bundesnachrichtendienstgesetz	135
a) Verbotene Mittel der Informationserhebung	135
b) Verbotene Methoden der Informationserhebung	136
aa) Dem Bundesverfassungsschutzgesetz entsprechende Regelungen	136
bb) Regelungen zur strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung	136

c) Verbotene Themen der Informationserhebung	137
aa) Wirtschaftsspionage	137
bb) Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung	137
cc) Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen	138
3. Im Gesetz über den Militärischen Abschirmdienst	139
4. Regelungen aus den Landesgesetzen	139
5. Regelungen des G 10	140
a) Verbotene Mittel der Informationserhebung	140
b) Verbotene Methoden der Informationserhebung	140
c) Verbotene Themen der Informationserhebung	140
aa) Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung	140
bb) Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen	141
6. Zusammenfassung zu Informationserhebungsverboten der Nachrichtendienste	141
II. Informationsverwendungsverbote im Nachrichtendienstrecht	143
1. Vorbemerkung	143
2. Gesetzlich normierte Verwendungsverbote im Nachrichtendienstrecht	144
a) Zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung und von Vertrau-	
lichkeitsbeziehungen	144
b) Informationen aus dem besonderen Auskunftsverlangen nach § 8a BVerf-	
SchG	145
c) Informationen Dritter aus IMSI-Catcher Einsatz	145
d) Zusammenfassung zu gesetzlich normierten Informationsverwendungsver-	
boten im Nachrichtendienstrecht	146
3. Die allgemeinen Datenverwendungsvorschriften der Nachrichtendienste	147
a) Regelungsgehalt des § 8 I 1 BVerfSchG	148
b) Regelungsgehalt des § 10 I BVerfSchG	149
aa) Dateibegriff	151
bb) Verwendungsbegriffe des § 10 I BVerfSchG	151
c) §§ 8 I 1, 10 I BVerfSchG als Rechtsgrundlagen zur Verwendung rechtswid-	
rig erlangter Informationen	152
d) Absolutes Verwendungsverbot von rechtswidrig erhobenen Informationen	156
4. Analogie oder verfassungskonforme Auslegung?	158
a) Analogie	158
b) Verfassungskonforme Auslegung	159
III. Zusammenfassung zu Informationsverwendungsregelungen im Nachrichten-	
dienstrecht	160
D. Verfassungskonforme Auslegung der §§ 8 I 1, 10 I BVerfSchG	162
I. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Maßstab der Auslegung ...	163
1. Schutzbereich	163
a) Persönlich	163
b) Sachlich	163

2. Eingriff	164
3. Rechtfertigung des Eingriffs	165
II. Verwendung rechtswidrig erhobener Informationen als weitergehender Eingriff	165
III. Verhältnismäßigkeit der §§ 8 I 1, 10 I BVerfSchG	166
1. Legitimer Zweck	166
2. Geeignetheit	167
3. Erforderlichkeit	167
4. Angemessenheit	168
a) Kriterien gegen die Verwendung rechtswidrig erhobener Informationen ...	170
aa) Schwere des Grundrechtseingriffs	170
bb) Missachtung von gesetzlichen Informationserhebungsverboten	170
cc) Missachtung von Verfahrensvorschriften	172
(1) Verfahren nach § 8b BVerfSchG	172
(2) IMSI-/IMEI-Catcher gemäß § 9 IV BVerfSchG	173
(3) Akustische und optische Wohnraumüberwachung gemäß § 9 II 1, 2 BVerfSchG	173
dd) Recht auf effektiven Rechtsschutz des Betroffenen	174
b) Kriterien für die Verwendung rechtswidrig erhobener Informationen	177
aa) Nachrichtendienste als Strafverfolgungsbehörden	178
(1) Zusammenarbeit von Nachrichtendiensten und Strafverfolgungsbe- hörden	179
(2) Partei- und Vereinsverbote	180
bb) Nachrichtendienste als reiner Informationsdienstleister für Politik? ...	183
cc) Nachrichtendienste als Gefahrenabwehrbehörden	190
(1) Die verfassungsrechtliche Einbettung der Nachrichtendienste	191
(2) Der Begriff der Gefahr in den Gesetzen der Nachrichtendienste ...	193
(a) Im Bundesverfassungsschutzgesetz	193
(b) Im Gesetz über den Bundesnachrichtendienst	195
(c) In den Verfassungsschutzgesetzen der Länder	197
(3) Mitwirkungsbefugnisse der Verfassungsschutzbehörden	198
(4) Tatsächliche Anhaltspunkte als Gefahrentatbestand	199
(5) Gefahrenabwehr als Prozess	201
(6) Zusammenfassung zu Nachrichtendiensten als Gefahrenabwehrbe- hörden	205
dd) Zum Verhältnis von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung	206
ee) Die geringere Schutzbedürftigkeit des Betroffenen im nachrichten- dienstlichen Verfahren in Bezug auf die Informationsverwendung ...	211
c) Die modifizierte Abwägungslehre	212
E. Zusammenfassung zu den Datenverarbeitungsnormen der §§ 8 I, 10 I BVerfSchG ...	215

4. Kapitel

Selbstständige nachrichtendienstliche Informationsverwendungsverbote	217
A. Vorbemerkung	217
B. Die Menschenwürde als Ausgangspunkt selbstständiger Informationsverwendungsverbote im Nachrichtendienstrecht	218
I. Die Menschenwürde gemäß Artikel 1 I GG	218
1. Persönlicher Schutzbereich	219
2. Sachlicher Schutzbereich	220
3. Fallgruppen und Regelbeispiele der Menschenwürdebetroffenheit	221
4. Eingriffe	223
II. Universalität und Schutzpflichtdimension	224
III. Zusammenfassung zur Menschenwürde als Ausgangspunkt selbstständiger informationeller Verwendungsverbote im Nachrichtendienstrecht	225
C. Selbstständiges Informationsverwendungsverbot bei eigener Informationserhebung	226
I. Vorbemerkung	226
II. Regelungen der Fachgesetze	226
1. Im Bundesverfassungsschutzgesetz	227
2. Im Gesetz über den Bundesnachrichtendienst	228
3. Im Gesetz über den Militärischen Abschirmdienst	228
III. Informationserhebung durch Privatpersonen	229
1. Geführte Personen	229
2. Unbeteiligte Dritte/Eigeninitiativ tätig werdende Informanten	231
IV. Zusammenfassung zu selbstständigen Verwendungsverböten bei eigener Informationserhebung	232
D. Selbstständiges Informationsverwendungsverbot im Rahmen internationaler Kooperation	232
I. Vorbemerkung	232
II. Die deutschen Nachrichtendienste im internationalen Kontext	236
III. Informationserhebung durch Kooperation	238
1. Ersuchen um Informationen bei ausländischen fremden Stellen	239
2. Spontanübermittlungen an die deutschen Nachrichtendienste	241
IV. Maßstab für das Schutzniveau in der internationalen Zusammenarbeit	247
V. Pflichten der deutschen Nachrichtendienste	248
1. Ersuchen um Informationen	249
2. Spontanübermittlungen fremder Nachrichtendienste	253
a) Evident mit Folter belastete Informationen	253
b) Prüfungspflichten der deutschen Nachrichtendienste	255
VI. Zusammenfassung zu selbstständigen Informationsverwendungsverböten im Rahmen von internationaler Kooperation	261

E. Zusammenfassung zu selbstständigen Informationsverwendungsverboten im Nachrichtendienstrecht	262
---	-----

5. Kapitel

Wirkung und Reichweite von nachrichtendienstlichen Informationsverwendungsverboten

264

A. Vorbemerkung	264
B. Wirkung von nachrichtendienstlichen Informationsverwendungsverboten	265
I. Vorwirkung	265
II. Frühwirkung	265
III. Fortwirkung	265
IV. Fernwirkung	266
1. Fernwirkung bei unselbstständigen Verwendungsverboten	267
2. Fernwirkung bei selbstständigen Verwendungsverboten	268
C. Zusammenfassung zu Wirkung und Reichweite von nachrichtendienstlichen Informationsverwendungsverboten	270

6. Kapitel

Zusammenfassung der Ergebnisse der rechtlichen Analyse

272

A. Notwendigkeit der verfassungskonformen Auslegung der §§ 8 I 1, 10 BVerfSchG ...	272
B. Modifikation der strafprozessualen Abwägungslehre	273
I. Nachrichtendienste als Gefahrenabwehrbehörden	273
II. Gewichtung der Funktionsfähigkeit der Nachrichtendienste im Verhältnis zur effektiven Strafverfolgung	274
C. Verwendungsverbote im Nachrichtendienstrecht	275
I. Erhebungsverbote	275
II. Verwendungsverbote	275
1. Gesetzlich normierte Verwendungsverbote	275
2. Nicht gesetzlich normierte Verwendungsverbote	276
a) Unselbstständige Verwendungsverbote	276
b) Selbstständige Verwendungsverbote	277
3. Wirkung und Reichweite der Verwendungsverbote	277

7. Kapitel

Aus den Ergebnissen der rechtlichen Analyse abgeleiteter Änderungsbedarf	279
A. Verwendung rechtswidrig erhobener Informationen	281
I. Änderungsbedarf § 8 I BVerfSchG	281
II. Änderungsbedarf § 4 I MADG	282
III. Änderungsbedarf § 2 I BNDG	282
IV. Änderungsbedarf § 10 I BVerfSchG	283
B. Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung	284
I. Änderungsbedarf im BVerfSchG	284
1. Zum Kernbereichsschutz im BVerfSchG	285
2. Zum Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen im BVerfSchG	287
II. Änderungsbedarf im MADG	288
1. Zum Kernbereichsschutz im MADG	288
2. Zum Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen im MADG	289
C. Informationserhebung durch internationale Zusammenarbeit	290
I. Regelung zum Datenempfang aus Spontanübermittlungen	290
1. Im BVerfSchG	290
2. Im MADG	291
3. Im BNDG	292
II. Nachforschungspflichten der Nachrichtendienste im Rahmen von § 19 III BVerfSchG	293
Literaturverzeichnis	295
Sachwortverzeichnis	307

Abkürzungsverzeichnis

AA	Auswärtiges Amt
a. A.	andere Ansicht
AfD	Alternative für Deutschland
AfV	Amt für Verfassungsschutz
Amtsbl.	Amtsblatt/Amtsblätter
Anm. d. Verf.	Anmerkung des Verfassers
Art.	Artikel
ASOG BE	Allgemeines Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin
ATDG	Gesetz zur Errichtung einer standardisierten zentralen Antiterrordatei von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten von Bund und Ländern
AtomG	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren
BAMAD	Bundesamt für den Militärischen Abschirmdienst
BauO NW	Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
Begr.	Begründer
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BfV	Bundesamt für Verfassungsschutz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKAG	Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten
BMI	Bundesministerium des Innern und für Heimat
BMVg	Bundesministerium der Verteidigung
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
BND	Bundesnachrichtendienst
BNDG	Gesetz über den Bundesnachrichtendienst
BpB	Bundeszentrale für politische Bildung
BPolG	Gesetz über die Bundespolizei
BReg.	Bundesregierung
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestag Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGK	Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts

BVerfSchG	Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts
BZR	Bundeszentralregister
BZRG	Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister
ca.	circa
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CTG	Counter Terrorism Group
d. h.	das heißt
DNA	Desoxyribonukleinsäure
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EU-GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
f.	folgend
fdGO	freiheitliche demokratische Grundordnung
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
G 10	Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses
GBI.	Gesetzblatt
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
Halbs.	Halbsatz
H. d. V.	Hervorhebung durch den Verfasser
H. i. O.	Hervorhebung im Original
Hrsg.	Herausgeber
IMEI	International Mobile Equipment Identity
IMSI	International Mobile Subscriber Identity
IntCen	EU-Zentrum für Informationsgewinnung- und -analyse
INTDIV	Intelligence Division
i. S. d.	im Sinne der/des
i. V. m.	in Verbindung mit
KG	Kammergericht
KPD	Kommunistische Partei Deutschlands
LfV	Landesamt für Verfassungsschutz/Landesämter für Verfassungsschutz
LG	Landgericht
lit.	litera
LStVG BY	Gesetz über das Landesstrafrecht und das Verordnungsrecht auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Bayern)
LT-Drs.	Landtag Drucksache
LuftSiG	Luftsicherheitsgesetz
M. A.	Master of Arts
MADG	Gesetz über den militärischen Abschirmdienst
MoU	Memorandum of Understanding
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen

NADIS	Nachrichtendienstliches Informationssystem
NATO	North Atlantic Treaty Organization
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Nummer
NPD	Nationaldemokratische Partei Deutschlands
Nr.	Nummer/Nummern
NSA	National Security Agency
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NSU	Nationalsozialistischer Untergrund
OBG	Ordnungsbehördengesetz
OBG NW	Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden (Nordrhein-Westfalen)
OBG TH	Thüringer Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Ordnungsbehörden
OK	Organisierte Kriminalität
OLG	Oberlandesgericht
OSZE	Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PAG BY	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Polizei
PAG TH	Thüringer Gesetz über Aufgaben und Befugnisse der Polizei
PKGr	Parlamentarisches Kontrollgremium
PNR-Abkommen	Passenger Name Records Abkommen
POG NI	Niedersächsisches Polizei- und Ordnungsbehördengesetz
POG RP	Polizei- und Ordnungsbehördengesetz Rheinland-Pfalz
PolDVG HH	Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei (Hamburg)
PolG	Polizeigesetz
PolG BB	Gesetz über die Aufgaben, Befugnisse, Organisation und Zuständigkeit der Polizei im Land Brandenburg
PolG BW	Polizeigesetz des Landes Baden-Württemberg
PolG HB	Bremisches Polizeigesetz
PolG NW	Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
PolG SL	Saarländisches Polizeigesetz
PolG SN	Polizeigesetz des Freistaats Sachsen
PVDG SN	Gesetz über die Aufgaben, Befugnisse, Datenverarbeitung und Organisation des Polizeivollzugsdienstes im Freistaat Sachsen
RED-G	Gesetz zur Errichtung einer standardisierten zentralen Datei von Polizei-behörden und Nachrichtendiensten von Bund und Ländern zur Bekämpfung des gewaltbezogenen Rechtsextremismus
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SIS	Schengener Informationssystem
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt/-en
SOG HE	Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
SOG HH	Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung
SOG MV	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vor-pommern
SOG NI	Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung

SOG ST	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
TDG	Gesetz über die Nutzung von Telediensten
TFTP	Terrorist Finance Tracking Program
TOP	Tagesordnungspunkt
TTIU	Terrorist Threat Intelligence Unit
u.	und
UN	Vereinte Nationen
Urt.	Urteil
USA	United States of America
u. s. w.	und so weiter
v.	von/vom
VereinsG	Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts
VerfGH BE	Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin
VersG	Gesetz über Versammlungen und Aufzüge
vgl.	vergleiche
VIS	Visa-Informationssystem
VS	Verschlusssache
VSb	Verfassungsschutzbericht
VSG BB	Gesetz über den Verfassungsschutz im Lande Brandenburg
VSG BE	Gesetz über den Verfassungsschutz in Berlin
VSG BW	Gesetz über den Verfassungsschutz in Baden-Württemberg
VSG BY	Bayerisches Verfassungsschutzgesetz
VSG HB	Gesetz über den Verfassungsschutz im Lande Bremen
VSG HE	Hessisches Verfassungsschutzgesetz
VSG HH	Hamburgisches Verfassungsschutzgesetz
VSG MV	Gesetz über den Verfassungsschutz im Lande Mecklenburg-Vorpommern
VSG NI	Niedersächsisches Verfassungsschutzgesetz
VSG NW	Gesetz über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen
VSG RP	Landesverfassungsschutzgesetz Rheinland-Pfalz
VSG SH	Gesetz über den Verfassungsschutz im Lande Schleswig-Holstein
VSG SN	Sächsisches Verfassungsschutzgesetz
VSG ST	Gesetz über den Verfassungsschutz im Land Sachsen-Anhalt
VSG TH	Thüringer Gesetz zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und zur Vorbeugung vor Gefahren für die freiheitliche demokratische Grundordnung
VwG SH	Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
WaffG	Waffengesetz
z. B.	zum Beispiel
ZKA	Zollkriminalamt

1. Kapitel

Einleitung

A. Forschungsstand

Das deutsche Nachrichtendienstrecht als Teil des besonderen Verwaltungsrechts findet in der juristischen Ausbildung wenig, bis keine Beachtung.¹ Straf-, Strafprozess- und Polizeirecht hingegen stehen auf jedem Standardlehrplan deutscher Universitäten und werden folglich auch in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung eingehend bearbeitet. Nachrichtendienstliche Fragestellungen werden hierbei meist nur im Kontext strafprozessualer Überlegungen behandelt. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn es um die Kooperationsmöglichkeiten von Polizeibehörden mit den Nachrichtendiensten geht², oder wenn nachrichtendienstliche Erkenntnisse in das strafprozessuale Verfahren einfließen sollen.³

Der Umgang mit (nachrichtendienstlichen) Informationen, die rechtswidrig erhoben wurden, wird ebenfalls meist nur im Rahmen strafprozessualer Überlegungen und dann insbesondere im Hinblick auf eine gerichtliche Verwertbarkeit hin untersucht.⁴ Auch die Rechtsprechung befasst sich mit der Verwertbarkeit von Informationen aus dem Ausland, die mit konspirativen Erhebungsmethoden erhoben worden sind, lediglich in Bezug auf deren gerichtliche Verwertbarkeit. Als aktuelles Beispiel hierfür können die bisher ergangenen Urteile zur Verwertbarkeit der sogenannten EncroChat Daten⁵ gelten. Das Landgericht Berlin hatte in erster Instanz

¹ Vgl. *Brandt*, 2015, S. 23 m. w. N. der dem Nachrichtendienstrecht ein „Schattendasein“ attestiert; vgl. auch *Gusy*, 1983, S. 322; vgl. *Rehbein*, 2011, S. 19; vgl. *Barczak*, 2021, S. 93; *Dose*, 2013, S. 73 beschreibt das hier zu bearbeitende Thema als „kaum thematisiert“; vgl. *Löffelmann/Zöller*, 2022, A, Rn. 58.

² Vgl. *Gazeas*, 2014.

³ Vgl. exemplarisch *Lang*, 2014; *Griesbaum*, in: Bockemühl/v. Heintschel-Heinegg/Lang et al. (Hrsg.), 2017, S. 121 ff.; *Brandt*, 2015; *Rehbein*, 2011; *Soiné*, 2007; zur Strafbarkeit von V-Personen *Soiné*, 2013; *Soiné*, 2021; *Zöller*, 2007, S. 770 f.; vgl. *Dose*, 2013; *Engelstätter*, in: Dietrich/Gärditz/Graulich et al. (Hrsg.), 2020, S. 97 ff.

⁴ So befasst sich bspw. *Rehbein*, 2011 intensiv mit gerichtlichen Verwertungsfragen nachrichtendienstlicher Erkenntnisse aus dem In- und Ausland; vgl. auch *Gercke*, 2013, S. 749 ff.

⁵ Die französischen Ermittlungsbehörden hatten den Server eines Anbieters für verschlüsselte Kommunikation infiltriert, weil davon ausgegangen wurde, dass mit den Mobiltelefonen des Anbieters mehrheitlich Straftaten koordiniert und vorbereitet wurden. Durch einen Trojaner, der via Update auf die Mobiltelefone aller Nutzer aufgespielt wurde, konnten

entschieden, dass die Erhebungsmethoden der französischen Behörden mit dem deutschen Verständnis von Rechtsstaatlichkeit nicht vereinbar seien und eine gerichtliche Verwertung daher ausscheide.⁶ Das Kammergericht Berlin sah dies in zweiter Instanz jedoch anders und ließ die Verwertung der Daten zu.⁷

Zum Umgang mit solchen Informationen findet sich in den Fachgesetzen der Nachrichtendienste, insbesondere im Bundesverfassungsschutzgesetz (BVerfSchG)⁸ als Gesetz mit Leitfunktion⁹, keine generelle Regelung. Lediglich das Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (G 10)¹⁰ und einige Spezialregelungen des BVerfSchG¹¹ kennen und normieren ein Verwendungsverbot von Daten, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung, welcher unmittelbar durch Art. 1 I GG¹² geschützt ist, entnommen wurden. Darüber hinaus sind Regelungen zum Umgang mit rechtswidrig erlangten Informationen, welche ihren Ursprung in der Führung menschlicher Quellen oder in Übermittlungen aus dem Ausland von fremden öffentlichen Stellen haben, nicht vorhanden.¹³

Die juristische „Standardliteratur“¹⁴ zum Nachrichtendienstrecht beschränkt sich auf wenige Werke und auf einen überschaubaren Autorenkreis. Aus der bestehenden Literaturlage ist erkennbar, dass die Fragen zur Verwendung von Informationen aus dem Ausland und der Nutzbarkeit rechtswidrig erhobener Daten zwar gesehen, jedoch wenig ausführlich und mit teils konträren Ansichten hierzu behandelt werden.¹⁵

die französischen Behörden anlasslos jede laufende Kommunikation über den Server mitlesen. Diese Informationen leiteten die französischen Behörden den deutschen Strafverfolgungsbehörden weiter. Siehe hierzu *Derin/Singelnstein*, 2021, S. 449.

⁶ *LG Berlin*, Beschl. v. 01.07.2021, (525 KLs) 254 Js 592/20 (10/21), juris Leitsatz, juris Rn. 20 ff.

⁷ *KG Berlin*, Beschl. v. 30.08.2021, Az. 2 Ws 79/21, juris Leitsatz.

⁸ Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz v. 20.12.1990 (BGBl. I S. 2954, 2970), zuletzt geändert am 05.07.2021 (BGBl. I S. 2274).

⁹ Erkennbar ist diese Leitfunktion insb. daran, dass BNDG (Gesetz v. 20.12.1990 (BGBl. I S. 2954, 2979), zuletzt geändert am 05.07.2021 (BGBl. I S. 2274) u. MADG (Gesetz v. 20.12.1990 (BGBl. I S. 2954, 2977), zuletzt geändert am 05.07.2021 (BGBl. I S. 2274) umfangreich auf das BVerfSchG verweisen; vgl. *Zöller*, 2007, S. 765, der darauf hinweist, dass die Gesetze der Nachrichtendienste „weitgehend parallel aufgebaut sind.“

¹⁰ Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses v. 26.06.2001 (BGBl. I S. 1254, 2298; 2017 I S. 154), zuletzt geändert am 05.07.2021 (BGBl. I S. 2274).

¹¹ Absolute Verwendungsverbote existieren in § 8b II 6, § 9 IV 6 und § 12 IV BVerfSchG.

¹² Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100–1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert am 29.09.2020 (BGBl. I S. 2048).

¹³ Vgl. *Sellmeier/Blome*, 2019, S. 201.

¹⁴ Hierzu zählen z.B. *Dietrich/Eiffler* (Hrsg.), 2017; *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.), 2019; *Droste*, 2007.

¹⁵ So hat der Bundestagsabgeordnete *Ströbele* im Kontext der Aufarbeitung der Rolle deutscher Nachrichtendienste im Irakkrieg in BT-Drs. 16/800 v. 24.02.2006, S. 24 verbindli-

So erklärt Gusy im *Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste* in Bezug zur Frage, ob der Empfangsvorgang von Informationen im Rahmen der internationalen Kooperation ein Eingriff in die Rechte des Betroffenen sei, dass jegliche Datenerhebung und das Festhalten von Daten in den dienst eigenen Systemen immer einen Eingriff darstelle, der sich somit an den nationalen Gesetzen messen lassen müsse.¹⁶ Siems hingegen erklärt nur wenige Kapitel später, dass beim Datenempfangsvorgang unterschieden werden müsse, ob der Übermittlung des internationalen Partnerdienstes ein eigenes Ersuchen eines deutschen Nachrichtendienstes vorausgegangen sei. Nur in diesem Fall handelt es sich nach Siems um einen eingreifenden Datenerhebungsvorgang, welcher den deutschen Diensten zurechenbar sei. Eine Zurechenbarkeit schließt Siems hingegen bei sogenannten Spontanübermittlungen, also bei Übermittlungen ohne vorausgegangenes Ersuchen des Empfängers¹⁷, aus. Hierbei handele es sich um keinen Eingriff, welcher durch nationales Recht gedeckt sein müsse.¹⁸ Insbesondere der anzulegende Maßstab in Fragen der Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechte an die Erhebungsmethoden von fremden Diensten und die Anwendbarkeit der Regelungen des BVerfSchG auf internationale Übermittlungen hat weder eine intensive Auseinandersetzung noch eine abschließende Klärung erfahren.¹⁹

Hinsichtlich der Verwendbarkeit von rechtswidrig erhobenen Informationen im Rahmen der Quellenführung sind die Fachgesetze nicht aussagekräftig. Sellmeier/Blome erklären in einer Untersuchung zum nachrichtendienstlichen Mitteleinsatz von Quellen, dass die pauschale Annahme eines Verwertungsverbotes die Arbeit der Nachrichtendienste massiv einschränken würde und argumentieren, dass dies den staatlichen Schutzpflichten gegenüber Dritten im Wege stehen würde. Tragendes Argument hierbei sei der systematische Vergleich der Datenverarbeitungsbefugnis des § 10 I BVerfSchG, welcher im Vergleich zu manchen polizeirechtlichen Normen²⁰ gerade nicht auf die Rechtmäßigkeit der Daten als Voraussetzung für deren Verarbeitung abstelle. Insofern wird das Schweigen des BVerfSchG als Grundlage gesehen, grundsätzlich auch rechtswidrig erhobene Daten zu verarbeiten, also verwenden zu dürfen.²¹

Die Diskussion um die gerichtliche Verwertbarkeit im Sinne von Beweisverwertungsverbotten hingegen erfreut sich seit der ersten Nennung im Jahr 1903 durch

che Regelungen gefordert, die das „Ernten der Früchte von Folter“ ausschließen; vgl. den Bericht „Ohne nachzufragen“ von *Human Rights Watch* v. 06.2010, S. 4 (online abrufbar unter <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/ct0610dewebwcover.pdf>, zuletzt abgerufen am 22.01.2023, 12:30 Uhr).

¹⁶ Gusy, in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), 2017, IV § 2 Rn. 83 ff.

¹⁷ Zöller, 2002, S. 324.

¹⁸ Siems, in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), 2017, VI § 7 Rn. 75.

¹⁹ Vgl. hierzu Siems, in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), 2017, VI § 7 Rn. 73 ff.

²⁰ Sellmeier/Blome, 2019, S. 200 führen hier den § 24 I PolG NW und den § 38 I 1 POG NI an.

²¹ Sellmeier/Blome, 2019, S. 200.