

# Gutachtliche Stellungnahme

von

**Dr. Kurt Graulich, Richter am Bundesverwaltungsgericht a.D.**

A) Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD  
eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des  
Bundesnachrichtendienstes  
(BT-Drs. 18/9041)

## Gliederung

### I. Vorbemerkung

1. Gesamtwürdigung des Entwurfs
2. Aufgabenbeschreibung und Befugnisse als Ausgangspunkt eines Dilemmas
3. Zum Geltungsumfang von Art. 10 GG in der Rechtsprechung des  
Bundesverfassungsgerichts
4. Die Haltung des BNDG-E zum Grundrechtsschutz
  - a) Der Schutz deutscher Rechtsträger („G10-Schutz“)
  - b) Der Schutz ausländischer Rechtsträger bei der Ausland-Ausland-  
Fernmeldeaufklärung

### II. Einzelne Regelungen

1. Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung (§ 6 BNDG-E)
  - a) Zur Begrifflichkeit (§ 6 Abs. 1 BNDG-E)
  - b) Abgrenzung von BNDG und G10 (§ 6 Abs. 4 BNDG-E)
  - c) Wirtschaftsspionage (§ 6 Abs. 5 BNDG-E)
2. Kooperation im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung (§ 13  
BNDG-E)
3. Unabhängiges Gremium nach § 16 BNDG-E
  - a) Aufgaben des unabhängigen Gremiums
    - aa) Mitwirkung an der Anordnung von Telekommunikationsnetzen durch das  
Bundeskanzleramt (§ 6 Abs. 1 BNDG-E)
    - bb) Eingeschränkte Mitwirkung an der Anordnung von Suchbegriffen durch  
den BND-Präsidenten (§ 6 Abs. 2 BNDG-E)
    - cc) Kontrolle der Vorgaben des § 6 Abs. 3 BNDG-E
    - dd) Unterrichtung über die Löschung nach § 10 Abs. 3 Satz 2 BNDG-E
    - ee) Unterrichtung über automatisierte Übermittlung (§ 15 Abs. 3 Satz 7  
BNDG-E)
  - b) Verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer unabhängigen Kontrolle?

- aa) Hochwertigkeit des verteidigten Schutzgutes
  - bb) Möglichkeit einer Betroffenheit in subjektiven Rechten
  - cc) Tatsächliche Anhaltspunkte für die Erforderlichkeit der Maßnahme
  - dd) Verhältnismäßigkeit der Maßnahme im engeren Sinn
  - c) Unabhängiges Gremium als parlamentarisches, judikatives oder exekutives Organ
    - aa) Parlamentarisches Organ?
    - bb) Judikatives Organ?
    - cc) Administratives Organ?
    - dd) Zu beantwortende Anschlussfragen
      - aaa) Übrigbleibende Fragen zur Rechtsschutzgewährung nach Art. 19 Abs. 4 GG
      - bbb) Ständiger Abwesenheitsvertreter beim Unabhängigen Gremium?
      - ccc) Richterdienstrechtliche Folgefragen
      - ddd) Die Anbindung des Unabhängigen Gremiums an welches Gericht empfiehlt sich?
      - eee) Sitz der Geschäftsstelle
  - 4. Entschädigung (§ 18 BNDG-E)
  - 5. Gemeinsame Dateien mit ausländischen öffentlichen Stellen (§ 26 BNDG-E)
- III. Zitiergebot

## **Einzelheiten**

### **I. Vorbemerkung**

#### **1. Gesamtwürdigung des Entwurfs**

Der vorgelegte Koalitionsentwurf heißt zwar thematisch einschränkend „Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes“, führt das BNDG aber insgesamt auf ein bislang nicht vorhanden gewesenes Niveau von systematischer Klarheit sowie Regelungsdichte im Einzelfall. Der Entwurf konstitutionalisiert die Arbeit des deutschen Auslandsnachrichtendienstes als Sicherheitsbehörde im demokratischen Rechtsstaat. Gesetzgebungstechnisch wird damit der Anschluss an die jahrzehntelange Entwicklung im Polizeirecht gefunden, hinter der das Gesetz bislang zurückgeblieben war. Es bleibt zwar bei zwei bestehenden legislatorischen Abhängigkeiten: zum einen vom G10 und zum anderen vom Bundesverfassungsschutzgesetz. Dabei ist allerdings einzuräumen, dass die Regelungen des G10 nicht wirklich befriedigend in das BNDG zu integrieren wären, weil sie auch andere Dienste betreffen. Und die inhaltlichen Bezugnahmen des BNDG auf die Befugnisse für besondere Auskunftsverlangen, weitere Auskunftsverlangen sowie besondere Formen der Datenerhebung im Bundesverfassungsschutzgesetz indizieren auch zukünftig Parallelentwicklungen von nachrichtendienstrechtlichen Institutionen - wie sie vergleichsweise auch im Polizeirecht vorhanden sind und dort typischerweise durch koordinierte Gesetzgebungsakte bewältigt werden. Soweit betrachtet verkörpert der vorliegende Entwurf einen großen Sprung in der Gesetzgebungsgeschichte des deutschen Auslandsnachrichtendienstes.

Die nachfolgenden Anmerkungen und Kritikpunkte beziehen sich auf wenige der vorgelegten Normierungsvorschläge. Sie beziehen sich weitgehend auf die komplexen

verfassungsrechtlichen Voraussetzungen des Entwurfs. Er kann die umstrittene Frage der Auslandsgeltung deutscher Grundrechte im Allgemeinen und derjenigen von Art. 10 Abs. 1 bzw. 2 Abs. 1 GG im Besonderen nicht aus eigener Macht bindend beantworten. Ohne ein verfassungsgerichtliches Judikat ist an dieser Stelle kein sicherer rechtlicher Grund zu gewinnen. Deshalb laviert der Entwurf notgedrungen – eine Festlegung möglichst vermeidend – durch die Streitfrage und versucht, jedenfalls der unterstellten Geltung von Art. 2 Abs. 1 GG entgegenzukommen. Das betrifft den für sich genommen überraschenden Kernbereichsschutz in § 11 BNDG-E, aber auch die Einrichtung eines Unabhängigen Gremiums zur Erhöhung des Schutzniveaus bei Eingriffen in Einrichtungen der Europäischen Union oder von öffentlichen Stellen ihrer Mitgliedstaaten. Das führt zwangsläufig zu einer hybrid wirkenden Lösung im Sinne eines Grundrechtsschutzes „als ob“. Konsequenterweise muss man den Gesetzgeber insoweit aber bei seiner Ansage nehmen und auch das nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in solchen Fällen für erforderlich gehaltene grundrechtliche Schutzniveau verlangen. D.h. insbesondere Maßgaben nachzuvollziehen, die das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zum BKAG vom 20. April 2016 formuliert hat. Ausgehend von dieser Warte betreffen die nachfolgenden Kritikpunkte vor allem die konkrete Ausgestaltung des „Unabhängigen Gremiums“ sowie den Umgang mit dem „Zitiergebot“. Die insoweit formulierten Einwände können im laufenden Gesetzgebungsverfahren aber gelöst werden und müssen sich auf alle Fälle die sachliche Abwägung mit anderen Lösungsansätzen gefallen lassen.

## **2. Aufgabenbeschreibung und Befugnisse als Ausgangspunkt eines Dilemmas**

Der Gesetzesentwurf strebt die Überbrückung einer seither bestehenden Kluft zwischen Aufgabenbeschreibungen und Befugnissen des BND an, hinter der sich ein bestimmtes Verständnis vom Geltungsumfang deutscher Grundrechte verbirgt. Das BNDG hat bislang keine ausdrückliche Position in diesem Feld bezogen. Und das

Bundesverfassungsgericht hat dies in seiner Rechtsprechung auch vermieden. Die damit einhergehenden Zweifel sind ausgerechnet in einem der wichtigsten Tätigkeitsbereiche des BND besonders spürbar, nämlich bei der sog. Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung. Rechtlich und politisch hatte dies bislang zur Folge, dass der BND zwischen einer groß aufgestellten Aufgabenzuweisung einerseits und spärlichen Befugnisnormen andererseits stand und im Zweifelsfall einer Kritik ausgesetzt wurde, deren widersprüchlichen Ausgangspunkt er selbst nicht bereinigen konnte, weil die Ursachen dafür im Tun bzw. Unterlassen der Gesetzgebung lagen.

Die Klammer zwischen Aufgabenbeschreibung und Befugnissen findet sich seither in § 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG, der die Anwendbarkeit von Befugnisnormen im BNDG regelt. Deren Inhalt ist auf die grundgesetzlichen Vorgaben für Grundrechtseingriffe ausgerichtet. Die Regelung geht daher zu Recht von der Anwendbarkeit des Grundgesetzes jedenfalls auf inländische Akte der Informationsgewinnung aus. Damit gelten – kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung – die Vorgaben des grundgesetzlichen Eingriffsvorbehaltes auch für die inländische Tätigkeit des BND. Insoweit dient die Regelung des § 1 Abs. 2 Satz 2 BND allein der Klarstellung<sup>1</sup>.

### **3. Zum Geltungsumfang von Art. 10 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**

Weniger klar ist die Grundrechtsgeltung für ausländische Maßnahmen des BND. Dies betrifft nicht die Rechtslage nach dem einfachen Recht, sondern Unklarheiten auf der Ebene des Verfassungsrechts. Das Bundesverfassungsgericht hat sich mit der territorialen Reichweite von Art. 10 GG befasst, aber den geheimdienstlichen Bereich außerhalb des G10 ausdrücklich von seinem Diktum ausgespart. Ansatzpunkt für die Beantwortung der Frage nach der räumlichen Geltung von Art. 10 GG ist danach Art. 1 Abs. 3 GG, der den Geltungsumfang der Grundrechte im Allgemeinen bestimmt.

---

<sup>1</sup> Gusy in Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, BNDG § 1 Rn. 49

Aus dem Umstand, dass diese Vorschrift eine umfassende Bindung von Gesetzgebung, vollziehender Gewalt und Rechtsprechung an die Grundrechte vorsieht, ergibt sich allerdings noch keine abschließende Festlegung der räumlichen Geltungsreichweite der Grundrechte. Das Grundgesetz begnügt sich nicht damit, die innere Ordnung des deutschen Staates festzulegen, sondern bestimmt auch in Grundzügen sein Verhältnis zur Staatengemeinschaft. Insofern geht es von der Notwendigkeit einer Abgrenzung und Abstimmung mit anderen Staaten und Rechtsordnungen aus<sup>2</sup>. Das Gericht ging davon aus, dass Techniken wie Satelliten- und Richtfunktechnik einen Zugriff auch auf ausländischen Fernmeldeverkehr mit Überwachungsanlagen erlauben, die auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland stationiert sind. Dabei werde bereits durch die Erfassung und Aufzeichnung des Telekommunikationsverkehrs mit Hilfe der auf deutschem Boden stationierten Empfangsanlagen des BND eine technisch-informationelle Beziehung zu den jeweiligen Kommunikationsteilnehmern und ein - den Eigenarten von Daten und Informationen entsprechender - Gebietskontakt hergestellt. Auch die Auswertung der so erfassten Telekommunikationsvorgänge durch den BND finde auf deutschem Boden statt. Unter diesen Umständen sei aber auch eine Kommunikation im Ausland mit staatlichem Handeln im Inland derart verknüpft, dass die Bindung durch Art. 10 GG selbst dann eingreife, wenn man dafür einen hinreichenden territorialen Bezug voraussetzen wolle. Über geheimdienstliche Tätigkeiten, die nicht dem G 10 unterlägen, sei hier ebenso wenig zu entscheiden wie über die Frage, was für ausländische Kommunikationsteilnehmer im Ausland gelte. Auf ausländische juristische Personen finde Art. 10 GG gemäß Art. 19 Abs. 3 GG ohnehin keine Anwendung<sup>3</sup>.

#### **4. Die Haltung des BNDG-E zum Grundrechtsschutz**

---

<sup>2</sup> BVerfG, Urteil vom 14. Juli 1999 – 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95, 1 BvR 2437/95 –, BVerfGE 100, 313-403, Rn. 176

<sup>3</sup> BVerfG, Urteil vom 14. Juli 1999 – 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95, 1 BvR 2437/95 –, BVerfGE 100, 313-403, Rn. 178

Die Fernmeldeaufklärung findet nicht im rechtsfreien Raum statt. Vielmehr berührt sie fast unvermeidbar subjektive Rechte natürlicher und juristischer Personen. Der BNDG-E folgt beim Grundrechtsschutz der schon seither geübten Praxis in der Fernmeldeaufklärung, wonach maßgeblich zwischen dem umfassenden Schutz deutscher Rechtsträger (sog. „G10-Schutz“) (a)) und dem eingeschränkten Schutz ausländischer Rechtsträger bei der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung (b)) zu unterscheiden ist<sup>4</sup>.

#### **a) Der Schutz deutscher Rechtsträger („G10-Schutz“)**

Im Sinne dieser bereits in der Vergangenheit vom BND gepflegten Rechtspraxis bezieht der Gesetzesentwurf in dieser Frage in der Weise in der Begründung zu § 6 Abs. 4 BNDG-E Stellung, als dort eine Erhebung von Daten aus Telekommunikationsverkehren von deutschen Staatsangehörigen, von inländischen juristischen Personen oder von sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen für unzulässig erklärt wird. Somit wird die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung – wie schon bislang - explizit abgegrenzt vom sonst gem. Art. 10 GG zu gewährenden Schutz nach dem G10. Daraus ist wohl im Rückschluss zu folgern, dass der Schutz des Fernmeldegeheimnisses im Fall der Ausland-Ausland-Aufklärung nicht aus Art. 10 GG kommt, sondern – in Zukunft – einfachgesetzlich durch das neugefasste BNDG gewährleistet wird. In § 6 Abs. 4 BNDGE wird nämlich an der bereits bislang vom BND praktizierten Differenzierung festgehalten: „Eine Erhebung von Daten aus Telekommunikationsverkehren von deutschen Staatsangehörigen, von inländischen juristischen Personen oder von sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen ist unzulässig.“<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Graulich, Nachrichtendienstliche Fernmeldeaufklärung mit Selektoren in einer transnationalen Kooperation. Prüfung und Bewertung von NSA-Selektoren nach Maßgabe des Beweisbeschlusses BND-26, S. 40 ff.

<sup>5</sup> BT-Drs. 18/9041 S. 8

Demnach wird der Schutz des Fernmeldegeheimnisses bei der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung sämtlichen deutschen Staatsangehörigen garantiert, und zwar ungeachtet ihres Aufenthaltes im In- oder Ausland; hinzu kommt der standortunabhängige Schutz von deutschen juristischen Personen. Oder umgekehrt ausgedrückt: Die Erhebung von Inhalts- und Verkehrsdaten von deutschen Staatsangehörigen, inländischen juristischen Personen oder sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen richtet sich demgegenüber nach dem Artikel 10-Gesetz. Der BND setzt ein mehrstufiges automatisiertes Filtersystem ein, um solche Verkehre zu erkennen und unverzüglich und unwiederbringlich zu löschen, bei denen keine Beschränkungsmaßnahme nach dem Artikel 10-Gesetz vorliegt.

Die Erhebung von sonstigen personenbezogenen Daten (also solchen, die nicht Artikel 10 GG unterfallen) von deutschen Staatsangehörigen, inländischen juristischen Personen oder sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen mit Mitteln der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung ist – nach der Begründung des BNDGE – aber nicht ausgeschlossen<sup>6</sup>. Die eingeschobene Formulierung „also solche, die nicht Artikel 10 GG unterfallen“ geht somit von einer besonderen Normprägung des Schutzbereichs von Art. 10 GG aus, jedenfalls durch das G10. Damit wird – ohne dies ausdrücklich zu nennen - von einer territorial begrenzten Reichweite des Fernmeldegeheimnisses aus Art. 10 GG ausgegangen und sein Schutzzumfang einfachgesetzlich durch § 6 Abs. 4 BNDG-E gefasst. Nach diesem Verständnis ist es auch konsequent, entgegen dem Zitiergebot aus Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG keine Grundrechtseinschränkung in der BNDG-Novelle mitzuteilen<sup>7</sup>.

## **b) Der Schutz ausländischer Rechtsträger bei der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung**

---

<sup>6</sup> BT-Drs. 18/9041 S. 39

<sup>7</sup> Vgl. unten III.

Der Gesetzgeber des einfachen Rechts kann Verfassungsstreitfragen nicht bindend entscheiden, weil er selbst den Anforderungen der Verfassung unterliegt. Er kann die Verfassung lediglich interpretieren, allerdings mit dem Risiko, im verfassungsgerichtlichen Konfliktfall eines Besseren belehrt zu werden<sup>8</sup>. In seiner Begründung nimmt der Gesetzesentwurf die – vom Bundesverfassungsgericht bislang nicht entschiedene - Streitlage auf und erklärt es für umstritten – „kontrovers diskutiert“ -, ob für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung vom Inland aus über die bestehende Aufgabenzuweisung in § 1 Abs. 2 BNDG hinaus eine spezialgesetzliche Normierung erforderlich sei. Mit der Neuregelung solle vor diesem Hintergrund aber eine Klarstellung auf gesetzlicher Ebene für dieses Mittel geschaffen werden, welches für die Aufgabenerfüllung des BND unverzichtbar sei. Auch würden Kooperationen des BND mit ausländischen öffentlichen Stellen sowie die gemeinsame Datenhaltung des BND mit ausländischen öffentlichen Stellen spezialgesetzlich geregelt<sup>9</sup>. Somit enthält sich die Begründung zwar einer ausdrücklichen Positionierung in der Zweifelsfrage, in welches Grundrecht der BND mit den angestrebten Normierungen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung eingreift. Dass es sich um einen Grundrechtseingriff handelt, wird sachlogisch aber vorausgesetzt, weil es sonst keiner Befugnisnorm bedürfte. Die Beantwortung der Frage ist allerdings mit den Aussagen des Entwurfs im Übrigen recht einfach: Ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 10 GG kommt nicht in Betracht, weil dieser ausschließlich dem Verfahren nach dem G10 unterliegt. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) wird – und auch das ist unstrittig – spätestens betroffen, wenn die im Ausland erhobenen personenbezogenen Daten in Deutschland verarbeitet werden, und das wiederum ist

---

<sup>8</sup> Löffelmann weist daher zutreffend darauf hin, wenn man der verbreiteten These von einer allgemeinen Auslandsgeltung des durch Art. 10 GG geschützten Fernmeldegeheimnisses folge, müsse man das mit dem Gesetzesentwurf verfolgte Regelungskonzept als verfassungswidrig ansehen (Löffelmann, Regelung der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung, in Recht und Politik 2016 Ausgabe 8 S. 1, 4).

<sup>9</sup> BT-Drs. 18/9041 S. 27

Ziel der gesamten Aufklärungsoperation. Und für einen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG reichen die neu geschaffenen Regelungen aus<sup>10</sup>.

## II. Einzelne Regelungen

### 1. Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung (§ 6 BNDG-E)

#### a) Zur Begrifflichkeit (§ 6 Abs. 1 BNDG-E)

Der Begriff der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung ist seither gesetzlich nicht definiert. § 6 Abs. 1 Satz 1 BNDG-E unternimmt dies nun in einer bestimmten Weise, die auf einem zusammenhängenden Verständnis von der Beschaffenheit des Telekommunikationsgeheimnisses beruht. Der Gesetzesentwurf verbindet dabei zwei Legaldefinitionen: Der Bundesnachrichtendienst darf zur Erfüllung seiner Aufgaben vom Inland aus mit technischen Mitteln Informationen einschließlich personenbezogener Daten aus Telekommunikationsnetzen, über die die Telekommunikation von Ausländern im Ausland erfolgt (Telekommunikationsnetze), erheben und verarbeiten (Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung), wenn diese Daten erforderlich sind.

Mit dem Begriff des „Telekommunikationsnetzes“ als technischer Bezugspunkt der Ausland-Ausland-Aufklärung wird bewusst eine Brücke zu den Regelungen im Telekommunikationsgesetz hergestellt. Die in § 3 Nr. 27 TKG enthaltene Legaldefinition, die ihrerseits Art. 2 Buchst. A der Richtlinie 2002/21/EG vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (ABl. EG Nr. L 108 vom 24.4.2002 S. 33) entspricht, wird in der Begründung ausdrücklich in Bezug genommen<sup>11</sup>. Somit wird der technische

---

<sup>10</sup> Vgl. zur Bedeutung des informationellen Selbstbestimmungsrechts bei der Fernmeldeaufklärung Graulich a.a.O. S. 52

<sup>11</sup> BT-Drs. 18/9041 S. 35

Kernbestandteil des Telekommunikationsgeheimnisses im BNDG der Fachgesetzgebung im TKG entnommen: „Mit der Aufnahme des Begriffs Telekommunikationsnetze in die §§ 6 ff. BNDG-E anstelle des im Artikel 10-Gesetzes verwendeten Begriffs der Übertragungswege werden die vielfältigen Möglichkeiten der Kommunikationsübertragung berücksichtigt. Es erfolgt mit der Aufnahme des Begriffs auch eine Angleichung an die im Telekommunikationsgesetz sowie im europäischen Raum genutzten Begrifflichkeiten. Telekommunikationsnetze, die ausschließlich der Anbindung eines einzelnen, individuellen Anschlusses dienen, sind nicht Gegenstand der strategischen Fernmeldeaufklärung.<sup>12</sup>“ Der Gesetzgeber geht also von einer Normprägung<sup>13</sup> des Fernmeldegeheimnisses im BNDG aus, die sich von der vergleichbaren Regelung im G10 absetzt.

Unter dem Begriff des „Telekommunikationsnetzes“ werden alle technischen Einrichtungen zusammengefasst, die die Übertragung von Signalen ermöglichen. Ein Telekommunikationsnetz wird also durch zwei Kriterien gekennzeichnet: erstens das Vorhandensein technischer Ressourcen, die zweitens der Signalübertragung dienen müssen<sup>14</sup>. Einerseits führt die Einbeziehung der Definition von „Telekommunikationsnetz“ nach § 3 Nr. 27 TKG in die Begrifflichkeit von § 6 Abs. 1 BNDG-E zu einer Ausdehnung potentiell betroffener Übertragungswege. Denn das TKG betrifft nicht nur „öffentliche“ Netze, sondern auch geschlossene Nutzergruppen. Als Medien für die Übertragung von Signalen kommen Kabel, Funk, optische und andere elektromagnetische Einrichtungen in Betracht. Schließlich zählen zu den Telekommunikationsnetzen aber auch Satellitennetze, feste und mobile terrestrische Netze sowie Netze für Hör- und Fernsehfunk, auch das Internet und Stromleitungssysteme, sofern sie zur Signalübertragung genutzt werden<sup>15</sup>. Andererseits grenzt § 6 Abs. 1 BNDG-E selbst mit der Maßgabe „über die

---

<sup>12</sup> BT-Drs. 18/9041 S. 38

<sup>13</sup> Vgl. dazu auch Graulich, Nachrichtendienstliche Fernmeldeaufklärung mit Selektoren in einer transnationalen Kooperation. Prüfung und Bewertung von NSA-Selektoren nach Maßgabe des Beweisbeschlusses BND-26, S. 47 ff.

<sup>14</sup> Fetzer in Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich TKG § 3 Nr. 107

<sup>15</sup> Fetzer a.a.O. Rn. 108

Telekommunikation von Ausländern im Ausland erfolgt“ die Reichweite des Netzbegriffs ein. Für die Anordnung einer Maßnahme im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung kommen daher nur solche Telekommunikationsnetze in Betracht, die auch ausländische Telekommunikation – also Telekommunikation von Ausländern im Ausland – führen, unabhängig davon, ob sie über deutsches Territorium geleitet werden. In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird dies beispielhaft erläutert anhand von Telekommunikation zwischen Endnutzern im Ausland, der Verbindung solcher Telekommunikationsnetze im Ausland sowie der Steuerung von Telekommunikation in solchen Netzen. Demnach fallen darunter ebenso Telekommunikationsnetze im Ausland, die nur einem Land zugeordnet sind. Dass über ein Telekommunikationsnetz auch nationale Verkehre geführt werden, steht einer Anordnung nach § 6 BNDG-E nicht entgegen<sup>16</sup>.

#### **b) Abgrenzung von BNDG und G10 (§ 6 Abs. 4 BND-E)**

Das Zusammenspiel von § 6 Abs. 1 und Abs. 4 BNDG-E führt zu einer klaren Trennung der Fernmeldeaufklärung nach dem BNDG von der Fernmeldeaufklärung nach dem G10. Außerdem wird sowohl die interne Kontrolle - durch das Bundeskanzleramt als anordnende Stelle und die externe Kontrolle – durch das neu einzuführende Unabhängige Gremium als zusätzliche Kontrollinstanz - verstärkt<sup>17</sup>. Denn nach § 6 Abs. 4 BNDG-E ist eine Erhebung von Daten aus Telekommunikationsverkehren von deutschen Staatsangehörigen, von inländischen juristischen Personen oder von sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen unzulässig. Dem systematischen Zusammenspiel von BNDG und G10 zufolge richtet sich die Erhebung von Inhalts- und Verkehrsdaten von deutschen Staatsangehörigen, inländischen juristischen Personen oder sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen stattdessen nach dem Artikel 10-Gesetz. Zur Trennung des entsprechenden

---

<sup>16</sup> BT-Drs. 18/9041 S. 36

<sup>17</sup> BT-Drs. 18/9041 S. 36

Datenaufkommens setzt der BND ein mehrstufiges automatisiertes Filtersystem ein<sup>18</sup>. Die Funktionsweise dieses Filterungssystems ist im Wesentlichen öffentlich bekannt<sup>19</sup>.

### c) Wirtschaftsspionage (§ 6 Abs. 5 BNDG-E)

§ 6 Abs. 5 BNDGE legt fest, dass die Informationsgewinnung und -nutzung zur Erzielung von Wettbewerbsvorteilen (Wirtschaftsspionage) – wie bei der Auftragserfüllung durch den BND insgesamt – auch bei der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung unzulässig ist<sup>20</sup>. Der Begriff „Wirtschaftsspionage“ ist im Wesentlichen unklar. Es ist nicht einmal eindeutig, ob er etwa aus der Sicht eines deutschen oder eines ausländischen Gesetzes verstanden werden soll, denn die Tätigkeit des BND würde sich ja vorrangig gegen ein anderes Land richten. Die deutsche Rechtslage hilft hier nicht weiter. Es fehlt an einer Definition im BNDG, aber auch in anderen Gesetzen. Die daraus resultierende Verlegenheit lässt sich übrigens am Verhältnis von AWG und StGB zeigen: Während das AWG das Interesse der Bundesrepublik Deutschland an der Nutzung von Gütern durch Kontrolle und ggf. Strafbewehrung schützen will, stellt § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB auf eine Verhinderung eines konspirativen Informationstransfers ab. Geht es um die Produktnutzung und -ausbeutung, greift das AWG ein, während § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB im Bereich der sog. Wirtschaftsspionage den konspirativen informativen Technologietransfer verhindern will, also die Ausspähung des industriellen Wissens der Bundesrepublik Deutschland und deren Technologievorsprungs. Das Beschaffen von Produkten im Ausland durch eine staatliche Stelle unter Anwendung geheimdiensttypischer Methoden macht die handelnde Stelle nur dann zu einem „Geheimdienst“ i.S. des § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB, wenn die beschafften Güter der Gewinnung von technologischen Informationen aus dem Herkunftsland, also dessen Ausforschung, dienen<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> BT-Drs. 18/9041 S. 38

<sup>19</sup> Graulich, Nachrichtendienstliche Fernmeldeaufklärung mit Selektoren in einer transnationalen Kooperation. Prüfung und Bewertung von NSA-Selektoren nach Maßgabe des Beweisbeschlusses BND-26, S. 27 ff.

<sup>20</sup> BT-Drs. 18/9041 S. 38

<sup>21</sup> OLG München, Beschluss vom 19. März 2009 – 6 St 10/08 –, Rn. 176, juris

In nichtnormativer Weise verwendet das BfV in einem Glossar den Begriff: Danach ist „Wirtschaftsspionage“ Teil der Spionage, der die staatlich gelenkte oder gestützte, von fremden Nachrichtendiensten ausgehende Ausforschung von Wirtschaftsunternehmen und Forschungseinrichtungen beinhaltet. Betreibt hingegen ein konkurrierendes Unternehmen eine private Ausforschung, handelt es sich um Konkurrenzausspähung, die häufig auch Industriespionage genannt wird. In den Zuständigkeitsbereich der Verfassungsschutzbehörden fällt ausschließlich die Wirtschaftsspionage.“ Den Rang einer bindenden Norminterpretation hat diese Definition nicht. Somit bleibt die im BNDG-E enthaltene Regelung unbestimmt. Auf die Verwendung des Begriffs „Wirtschaftsspionage“ als Regelungsbezug sollte daher verzichtet werden. Äußerstenfalls ist das mit der Entwurfsregelung verfolgt Anliegen in einer Dienstvorschrift zu verorten.

## **2. Kooperation im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung (§ 13 BNDG-E)**

§ 13 BNDG-E strebt die Schaffung einer normativen Grundlage für die Kooperation im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung an. Solche Kooperationen sind politisch sinnvoll und technisch sowie ökonomisch notwendig angesichts der geringen Größe des deutschen Auslandsnachrichtendienstes<sup>22</sup>. Bisher folgt diese Kooperation allgemeinen Regeln des öffentlichen und internationalen Vertragsrechts<sup>23</sup>. Beispiele dafür finden sich in MoA und MoU wie sie Gegenstand öffentlicher Erörterungen im NSA-Untersuchungsausschuss des Bundestages gewesen sind. Die fehlende Bereichsspezifität der Rechtsgrundlagen hat in der

---

<sup>22</sup> Zu den verschiedenen Aspekten multilateraler nachrichtendienstlicher Zusammenarbeit in der Fernmeldeaufklärung vgl. Graulich, Nachrichtendienstliche Fernmeldeaufklärung mit Selektoren in einer transnationalen Kooperation. Prüfung und Bewertung von NSA-Selektoren nach Maßgabe des Beweisbeschlusses BND-26, S. 200 ff.

<sup>23</sup> Vgl. am Beispiel einer deutsch-amerikanischen Kooperation Graulich, Nachrichtendienstliche Fernmeldeaufklärung mit Selektoren in einer transnationalen Kooperation. Prüfung und Bewertung von NSA-Selektoren nach Maßgabe des Beweisbeschlusses BND-26, S. 67 ff.

Vergangenheit weder die Praxis beim Abschluss der Vereinbarungen noch der eingegangenen Kooperationen selbst gestört, weil eine Judizierung im Falle von Auffassungsunterschieden typischerweise nicht angestrebt wurde. Es hat allerdings im parlamentarischen Raum in der Bundesrepublik eine eindringliche Auseinandersetzung über Voraussetzungen und Inhalt solcher Kooperationen gegeben. Daher dient es auf alle Fälle der Selbstvergewisserung, die dazu für nötig gehaltenen Regeln in eine spezielle Gesetzesform zu fassen. Die Entwurfsregelungen beruhen auf der seither schon geübten Praxis der Fernmeldeaufklärung durch den Bundesnachrichtendienst. Sie sind ein Beitrag zur Normbindung beim Abschluss solcher Vereinbarungen.

### **3. Unabhängiges Gremium nach § 16 BNDG-E**

Nach dem Entwurf - § 16 BNDG-E - soll ein „Unabhängiges Gremium“ aus richterlichem Personal des BGH und bundesanwaltlichem des GBA geschaffen werden. Die Einrichtung einer unabhängigen Kontrolle von wichtigen Aspekten der Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung fügt sich in die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Ausbau des Schutzregimes bei heimlichen Rechtseingriffen ein und sollte daher ungeachtet der eingangs behandelten Fragen zur Anwendbarkeit von Art. 10 und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG normiert werden. Dem Gremium obliegende Aufgaben finden sich verstreut über den Gesamtentwurf (a). Für die Notwendigkeit eines solchen Gremiums sprechen gewichtige verfassungsrechtliche Gründe (b)). Die Entwurfsbegründung äußert sich nicht ausdrücklich zu der Frage, ob es sich bei diesem Gremium um ein judikatives, exekutives oder gar parlamentarisches Organ handeln soll. Je nach dem ergeben sich verfassungsrechtlich oder einfachgesetzlich unterschiedliche Anschlussfragen (c)).

#### **a) Aufgaben des unabhängigen Gremiums**

Das Unabhängige Gremium wird mit bestimmten Vorbehaltsbefugnissen gegenüber der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes ausgestattet. Sie betreffen nur einen Ausschnitt der gesamten Tätigkeit des Dienstes auf diesem Feld. Insbesondere betrifft der Vorbehalt nicht etwa die Bestimmung sämtlicher Suchbegriffe nach § 6 Abs. 2 BNDG-E. Feuilletonistisch ließe sich das Thema des beschränkten Mitwirkungsvorbehalts als das „Ausforschen unter Freunden“ charakterisieren.

**aa) Mitwirkung an der Anordnung von Telekommunikationsnetzen durch das Bundeskanzleramts (§ 6 Abs. 1 BNDG-E)**

Schwerpunkt der Aufgaben des Unabhängigen Gremiums ist die Mitwirkung an Anordnungen nach § 6 Abs. 1 BNDG-E. Die Datenerhebung mit dem Mittel der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung (§ 6 Abs. 1 Satz 1 BNDG-E) darf nämlich nur aus denjenigen Telekommunikationsnetzen erfolgen, die das Bundeskanzleramt zuvor durch Anordnung bestimmt hat (§ 6 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 9 Abs. 1 BNDG-E). Die Beteiligung des Gremiums geschieht nach § 9 Abs. 4 zweistufig. Auf der ersten Stufe unterrichtet das Bundeskanzleramt gem. § 9 Abs. 4 Satz 1 das Unabhängige Gremium über die von ihm getroffenen Anordnungen nach § 6 Abs. 1 vor deren Vollzug. Auf der zweiten Stufe entscheidet das Gremium über die Zulässigkeit und Notwendigkeit der Anordnung. Dabei werden zwei unterschiedliche Modelle beschrieben, wie die Mitwirkung des Gremiums effektiv wird. Im Regelfall von Satz 2 prüft das Unabhängige Gremium vorab die Zulässigkeit und Notwendigkeit der Anordnung (Erlaubnisvorbehalt). Ausnahmsweise kann die Kontrolle durch das Gremium nachträglich erfolgen (Sätze 3 bis 5) mit der Folge einer schwebenden Unwirksamkeit, denn im Falle einer abschlägigen Beurteilung besteht die Verpflichtung des Bundeskanzleramts zur Aufhebung der Anordnung. Die Anordnung kann demnach auch ohne vorherige Unterrichtung des Unabhängigen Gremiums vollzogen werden, wenn das Ziel der Maßnahme ansonsten vereitelt oder

wesentlich erschwert würde (Satz 3). In diesem Fall ist die Unterrichtung des Unabhängigen Gremiums unverzüglich nachzuholen (Satz 4). Anordnungen, die das Unabhängige Gremium für unzulässig oder nicht notwendig erklärt, sind unverzüglich aufzuheben (Satz 5).

Die Mitwirkung des Gremiums an der Anordnung der zu überwachenden Telekommunikationsnetze gleicht den Einwand einer – gegenüber § 5 Abs. 1 G10 - fehlenden Obergrenze bei der Überwachung aus. Das Gremium kann nämlich die Aufhebung nicht allein aus dem Grund verlangen, dass die Voraussetzungen der Vorabanordnung bzw. des Vorabvollzugs – wegen fehlender Zulässigkeit oder Notwendigkeit (vgl. § 9 Abs. 4 Satz 2 BNDG-E) - verneint werden. Seine Prüfung begrenzt sich allerdings auf das Vorliegen der Voraussetzungen im Zeitpunkt der Befassung und nicht im Zeitpunkt der Anordnung selbst. Denn das Gremium hat keine Sanktionsbefugnis.

#### **bb) Eingeschränkte Mitwirkung an der Anordnung von Suchbegriffen durch den BND-Präsidenten (§ 6 Abs. 2 BNDG-E)**

Die Erhebung von Inhaltsdaten im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung ist nach § 6 Abs. 2 BNDG-E nur anhand von Suchbegriffen zulässig. Es dürfen dabei nur solche Suchbegriffe verwendet werden, die zur Erhebung von auftragsrelevanten Informationen führen, das heißt die für die Aufklärung der nach § 6 Abs. 1 BNDG-E bestimmten Vorgänge geeignet sind<sup>24</sup>. Die Verwendung dieser Suchbegriffe bedarf nach § 9 Abs. 2 Satz 1 BNDG-E der Bestimmung durch die Behördenleiterin oder den Behördenleiter des BND oder durch eine Vertreterin oder einen Vertreter, und zwar in den Fällen nach § 6 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1, soweit sich diese auf Einrichtungen der Europäischen Union oder auf öffentliche Stellen ihrer Mitgliedstaaten beziehen sowie in den Fällen nach § 6 Absatz

---

<sup>24</sup> BT-Drs. 18/9041 S. 36

3 Satz 1 Nummer 2. Diese Anordnungen von Suchbegriffen durch den Präsidenten des BND unterliegt nicht dem Genehmigungsvorbehalt des Unabhängigen Gremiums.

Das Bundeskanzleramt unterrichtet das Unabhängige Gremium über die vom Bundesnachrichtendienst getroffenen Anordnungen nach § 9 Abs. 2 BNDG-E, also von Suchbegriffen, soweit sich diese auf Einrichtungen der Europäischen Union oder auf öffentliche Stellen ihrer Mitgliedstaaten beziehen. Das Unabhängige Gremium ist nach dieser obligatorischen Unterrichtung durch das Bundeskanzleramt befugt, die Bestimmung von Suchbegriffen für unzulässig oder nicht notwendig zu erklären, woraufhin diese unverzüglich aufzuheben sind (§ 9 Abs. 5 BNDBG-E). Insofern können die Suchbegriffs-Bestimmungen durch den BND-Präsidenten – soweit sie sich auf Einrichtungen der Europäischen Union oder auf öffentliche Stellen ihrer Mitgliedstaaten beziehen - als schwebend unwirksam bis zur Befassung durch das unabhängige Gremium angesehen werden. Im Zustimmungsfall genügt nach der Gesetzeskonstruktion ein „Sich-Verschweigen“ des Gremiums zur Wirksamkeit. Der Mitwirkungsakt des Gremiums liegt dann in seiner bloßen Befassung durch Unterrichtung. Es dürfte allerdings sinnvoll sein, im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens diesen Mechanismus zu präzisieren, indem beispielsweise eine Verschweigungsfrist eingeführt wird.

### **cc) Kontrolle der Vorgaben des § 6 Abs. 3 BNDG-E**

Nach § 9 Abs. 5 Satz 1 BNDG-E unterrichtet das Bundeskanzleramt das Unabhängige Gremium über die vom BND getroffenen Anordnungen nach Absatz 2 – nämlich die Bestimmung von Suchbegriffen -, soweit sich diese auf Einrichtungen der Europäischen Union oder auf öffentliche Stellen ihrer Mitgliedstaaten beziehen. Darüber hinaus kommt gem. § 9 Abs. 5 Satz 2 BNDG-E dem Gremium – nach *Offizialmaxime* – bezüglich der „sonstigen Suchbegriffe“ eine jederzeitige

stichprobenartige Kontrollbefugnis der Einhaltung von Vorgaben des § 6 Abs. 3 BNDG-E zu<sup>25</sup>.

**dd) Unterrichtung über die Löschung nach § 10 Abs. 3 Satz 2 BNDG-E**

Werden Daten entgegen § 6 Absatz 3 oder § 9 Absatz 2 erhoben, sind diese gem. § 10 Abs. 3 Satz 1 unverzüglich zu löschen. Das Unabhängige Gremium ist hierüber gem. § 10 Abs. 3 Satz zu unterrichten.

**ee) Unterrichtung über automatisierte Übermittlung (§ 15 Abs. 3 Satz 7 BNDG-E)**

Die im Rahmen einer Kooperation erhobenen Informationen einschließlich personenbezogener Daten dürfen gem. § 15 Abs. 1 BNDG-E der ausländischen öffentlichen Stelle automatisiert übermittelt werden. Die Einhaltung der Vorgaben nach § 15 Abs. 1 und § 11 wird stichprobenartig überprüft. Das Unabhängige Gremium darf gem. § 15 Abs. 3 Satz 7 die Einhaltung der Vorgaben nach Absatz 1 und § 11 jederzeit stichprobenartig kontrollieren.

**b) Verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer unabhängigen Kontrolle?**

Vordergründig betrachtet taucht an dieser Stelle erneut das grundrechtliche Dilemma des Regelungsansatzes auf, wie es eingangs schon beschrieben worden ist. Geht man davon aus, dass es sich bei der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung um Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 GG handelt, muss von Verfassungswegen ein hohes Schutzniveau eingehalten werden. Aus Art. 10 i.V.m. Art. 19 GG kann abgeleitet werden, dass die Einschränkung des Schutzbereichs der Entscheidung durch ein Gericht oder – in einem besonderen Fall – derjenigen eines durch die Volksvertretung

---

<sup>25</sup> BT-Drs. 18/9041 S. 43

bestellten Organs oder Hilfsorgans bedarf. Hält man die territoriale und personale Reichweite dieses Grundrechtsschutzes – z.B. wegen Normprägung durch das TKG etc. - dagegen für begrenzt, ist der einfache Gesetzgeber zwar nicht verpflichtet, aber dennoch nicht gehindert, ein vergleichbar hohes Schutzregime bei Eingriffen durch den Auslandsnachrichtendienst vorzugeben; er schafft diesen Schutz dann aber ohne verfassungsrechtliche Notwendigkeit und ist insofern frei, ihn auch zu unterschreiten<sup>26</sup>.

Der vorgelegte Gesetzesentwurf hebt das Schutzregime in eingeschränkter Weise an, nämlich beschränkt auf die Aufklärung von Einrichtungen der Europäischen Union oder von öffentlichen Stellen ihrer Mitgliedstaaten. Geht man davon aus, dass die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nicht dem Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 GG unterfällt, liegt dieser gesetzgeberische Schutzaufwand oberhalb des verfassungsrechtlich Gebotenen. Allerdings traut der Gesetzgeber seiner Einordnung innerhalb der grundrechtlichen Schutzgüterordnung anscheinend selbst nicht ganz. Denn in § 11 BNDG-E ist ein Kernbereichsschutz vorgesehen, der typisch für Eingriffsbefugnisse in Art. 10 Abs. 1 GG ist. Zur Begründung wird ausgeführt, die Vorschrift sehe ebenso wie andere Regelungen<sup>27</sup> zum Kernbereichsschutz im Bereich der Telekommunikationsüberwachung ein zweistufiges Schutzkonzept vor, um den Betroffenen vor Eingriffen in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung zu bewahren. Auf Ebene der Datenerhebung bestimmt § 11 Satz 1 BNDG-E, dass eine zielgerichtete Erhebung kernbereichsrelevanter Daten zu unterbleiben hat. Kommt es dennoch zur Erhebung kernbereichsrelevanter Daten, schreibt § 11 Satz 2 BNDG-E ein umfassendes Verwertungsverbot, ein unverzügliches Lösungsgebot sowie eine entsprechende Pflicht zur Protokollierung der Löschung vor<sup>28</sup>. Man wird also davon auszugehen haben, dass der Gesetzgeber sich mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf kraft eigener Entscheidung für eine bestimmte Anzahl

---

<sup>26</sup> Hinweise zum Stand der Diskussion vgl. Löffelmann in Recht und Politik 2016 Heft 8 S. 1 bis 6

<sup>27</sup> vgl. etwa § 100a Absatz 4 der Strafprozessordnung sowie § 5a G10

<sup>28</sup> BT-Drs. 18/9041 S. 46

von Fallgruppen – nämlich bei Aufklärung gegenüber Einrichtungen der Europäischen Union oder öffentlicher Stellen ihrer Mitgliedstaaten – so verhalten will, wie wenn Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG unternommen würden.

Die selbstgewählte Bindung an Art. 2 Abs. 1 GG führt - ungeachtet der Geltungsreichweite von Art. 10 GG – zu einem anderen Grund für einen hohen Schutz vor Maßnahmen der Ausland-Ausland-Überwachung. Das Bundesverfassungsgericht hat hohe Anforderungen an die Ermächtigung zu heimlichen Überwachungsmaßnahmen unabhängig von der Betroffenheit bestimmter grundrechtlicher Schutzbereiche aufgestellt<sup>29</sup>. Für tief in die Privatsphäre eingreifende Ermittlungs- und Überwachungsbefugnisse, hat das Bundesverfassungsgericht aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne übergreifende Anforderungen abgeleitet. Diese betreffen spezifisch breitenwirksame Grundrechtsgefährdungspotenziale, insbesondere solche der elektronischen Datenverarbeitung<sup>30</sup>, ebenso wie einzelfallbezogene Maßnahmen gegen Betroffene, die in den Fokus der handelnden Behörden geraten sind<sup>31</sup>. Dabei ist zum einen auf die Hochwertigkeit des mit dem Eingriff verteidigten Schutzgutes abzustellen (aa)), aber auch auf die mögliche Betroffenheit der überwachten Person in subjektiven Rechten (bb)), das Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte für die Erforderlichkeit der Maßnahme (cc)) auf die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme im engeren Sinn (dd)).

### **aa) Hochwertigkeit des verteidigten Schutzgutes**

<sup>29</sup> Vgl. als Übersicht Graulich, Polizeiliche Gefahrenabwehr mit heimlichen Überwachungsmaßnahmen, Anm. zu BVerfG, Urte. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 – zum BKAG, in KriPoZ 2016 S. 75 bis 81

<sup>30</sup> BVerfGE 100, 313 <358 ff.>; 115, 320 <341 ff.>; 125, 260 <316 ff.>; 133, 277 <335 ff. Rn. 138 ff.>

<sup>31</sup> BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 –, Rn. 103, juris unter Hinweis auf: BVerfGE 107, 299 <312 ff.> - Telekommunikationsverkehrsdatenerhebung -, BVerfGE 110, 33 <52 ff.>; 113, 348 <364 ff.>; 129, 208 <236 ff.> - Telekommunikationsüberwachung nach Bundes-, Landes- und Strafprozessrecht -, BVerfGE 109, 279 <335 ff.> - Wohnraumüberwachung -, BVerfGE 112, 304 <315 ff.> - GPS-Observierung -, BVerfGE 120, 274 <302 ff.> - Online-Durchsuchung -

Voraussetzung für die Schaffung entsprechender Eingriffsbefugnisse ist zunächst einmal der Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter. Heimliche Überwachungsmaßnahmen, sofern sie, tief in die Privatsphäre eingreifen, sind mit der Verfassung nur vereinbar, wenn sie dem Schutz oder der Bewehrung von hinreichend gewichtigen Rechtsgütern dienen, für deren Gefährdung oder Verletzung im Einzelfall belastbare tatsächliche Anhaltspunkte bestehen. Die gegen das Fernmeldegeheimnis gerichtete Ausland-Ausland-Aufklärung greift, jedenfalls wenn sie gegen Privatpersonen gerichtet ist, tief in die Privatsphäre ein. Aber die Maßnahmen dienen dem Schutz wichtiger Rechtsgüter, u.a. der inneren oder äußeren Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland sowie ihrer Handlungsfähigkeit (§ 6 Abs. 1 Nr. 1. Und 2 BNDG-E). Die Verteidigung dieser Rechtsgüter ist ein ausreichender Grund für die Schaffung staatlicher Eingriffsbefugnisse.

#### **bb) Möglichkeit einer Betroffenheit in subjektiven Rechten**

Die Notwendigkeit einer unabhängigen Kontrolle setzt voraus, dass der vom Eingriff betroffene Rechtsträger in subjektiven Rechten verletzt sein kann. Nicht entscheidend ist dabei, ob es sich um solche handelt, die das deutsche Verfassungsrecht schützt. Dies wird für die Telekommunikation von Privatpersonen grundsätzlich anzunehmen sein.

Eine Rücksicht auf subjektive Rechte ist nicht geboten, wenn es um die Aufklärung staatlicher Stellen, insbesondere ausländische Regierungen geht. Denn diese genießen keinen wie auch immer herzuleitenden grundrechtlichen Schutz<sup>32</sup>. Davon ausgehend schränkt § 6 Abs. 3 Satz 1 BNDG-E die Aufklärung von Einrichtungen der Europäischen Union und von öffentlichen Stellen ihrer Mitgliedsstaaten spezialgesetzlich ein, die andernfalls keinen besonderen Schutz vor der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung genießen würden.

---

<sup>32</sup> Graulich, Nachrichtendienstliche Fernmeldeaufklärung mit Selektoren in einer transnationalen Kooperation. Prüfung und Bewertung von NSA-Selektoren nach Maßgabe des Beweisbeschlusses BND-26, S. 50 ff.

### **cc) Tatsächliche Anhaltspunkte für die Erforderlichkeit der Maßnahme**

Ein rechtmäßiger Eingriff setzt aber weiterhin grundsätzlich voraus, dass der Adressat der Maßnahme in die mögliche Rechtsgutverletzung aus Sicht eines verständigen Dritten den objektiven Umständen nach verfangen ist. Eine vorwiegend auf den Intuitionen der Sicherheitsbehörden beruhende bloße Möglichkeit weiterführender Erkenntnisse genügt zur Durchführung solcher Maßnahmen nicht<sup>33</sup>. Nun erfordert die nachrichtendienstliche Tätigkeit i.U. zur konkreten Gefahr im Gefahrenabwehrrecht zwar grundsätzlich nur tatsächliche Anhaltspunkte für die Aufklärungstätigkeit. Die aus verfassungsrechtlichen Gründen verlangte Mindestanforderung für das Ergreifen von Maßnahmen drückt sich aber in der bereits in § 3 Satz 1 BNDG vorhandenen nachrichtendienstlichen Eingriffsschwelle für besondere Formen der Datenerhebung aus: Der Bundesnachrichtendienst darf zur heimlichen Beschaffung von Informationen einschließlich personenbezogener Daten die Mittel gemäß § 8 Abs. 2 des Bundesverfassungsschutzgesetzes anwenden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass dies zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist. Die unscharfe Streuung der Maßnahmen wird im Übrigen auch dadurch vermieden, dass mit Suchbegriffen gearbeitet wird, deren Vergabe an bestimmte Voraussetzungen genknüpft ist (§ 9 BNDG-E).

### **dd) Verhältnismäßigkeit der Maßnahme im engeren Sinn**

Übergreifende Anforderungen ergeben sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht. Die hier ganz überwiegend in Rede stehenden eingriffsintensiven Überwachungsmaßnahmen, bei denen damit zu rechnen ist, dass sie auch höchstprivate Informationen erfassen, und gegenüber den Betroffenen

---

<sup>33</sup> BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 –, Rn. 104, juris unter Hinweis auf: BVerfGE 107, 299 <321 ff.>; 110, 33 <56>; 113, 348 <377 f., 380 f.>; 120, 274 <328>; 125, 260 <330>)

heimlich durchgeführt werden, bedürfen grundsätzlich einer vorherigen Kontrolle durch eine unabhängige Stelle, etwa in Form einer richterlichen Anordnung<sup>34</sup>. Dies folgt im Übrigen unmittelbar aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz<sup>35</sup>. Der Gesetzgeber hat das Gebot vorbeugender unabhängiger Kontrolle in spezifischer und normenklarer Form mit strengen Anforderungen an den Inhalt und die Begründung der gerichtlichen Anordnung zu verbinden. Hieraus folgt zugleich das Erfordernis einer hinreichend substantiierten Begründung und Begrenzung des Antrags auf Anordnung, die es dem Gericht oder der unabhängigen Stelle erst erlaubt, eine effektive Kontrolle auszuüben. Insbesondere bedarf es der vollständigen Information seitens der antragstellenden Behörde über den zu beurteilenden Sachstand<sup>36</sup>. In Anknüpfung hieran ist es Aufgabe und Pflicht des Gerichts oder der sonst entscheidenden Personen, sich eigenverantwortlich ein Urteil darüber zu bilden, ob die beantragte heimliche Überwachungsmaßnahme den gesetzlichen Voraussetzungen entspricht<sup>37</sup>. Das Bundesverfassungsgericht erörtert die Kontrollanforderungen am Beispiel gerichtlichen Rechtsschutzes, hält diese Form aber nicht für die allein denkbare, denn es spricht von „dem Gericht oder der unabhängigen Stelle“. Insoweit ist auch der vorliegende Gesetzesentwurf frei, sich beispielsweise für eine nicht-justizielle Lösung in Gestalt eines unabhängigen administrativen Gremiums zu entscheiden.

### **c) Unabhängiges Gremium als parlamentarisches, judikatives oder exekutives Organ**

Die Einrichtung eines unabhängigen Kontrollgremiums ist nach Maßgabe der vorangehend erörterten Voraussetzungen notwendig, ohne dass es sich dabei notwendigerweise um ein Gericht handeln muss. Der Entwurf selbst entscheidet sich

---

<sup>34</sup> vgl. dazu auch EGMR, Klass u.a. v. Deutschland, Urteil vom 6. September 1978, Nr. 5029/71, § 56; EGMR [GK], Zakharov v. Russland, Urteil vom 4. Dezember 2015, Nr. 47143/06, §§ 258, 275; EGMR, Szabó und Vissy v. Ungarn, Urteil vom 12. Januar 2016, Nr. 37138/14, § 77

<sup>35</sup> BVerfGE 120, 274 <331 ff.>; 125, 260 <337 ff.>

<sup>36</sup> BVerfGE 103, 142 <152 f.>

<sup>37</sup> BVerfGE 125, 260 <338>

für ein „Unabhängiges Gremium“, macht aber zu seiner Rechtsnatur im Konzert der staatlichen Gewalten keine Angaben. Es ist daher zu untersuchen, wie es darunter einzuordnen ist, nämlich ob es sich um ein parlamentarisches (aa)), ein judikatives (bb)) oder administratives Organ (cc)) handelt. Je nachdem schließen sich andere Folgefragen an (dd)).

#### **aa) Parlamentarisches Organ?**

Sofern man das Unabhängige Gremium als parlamentarisches Organ verstehen wollte, bedürfte es dafür eines Anhaltspunktes in der Verfassung. Dabei fällt unmittelbar Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG ein, der die Möglichkeit eröffnet, dass bei bestimmten Eingriffen in den Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses „an die Stelle des Rechtsweges die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane“ tritt, also nach der inzwischen langjährigen Praxis die G10-Kommission nach § 15 G10. Die Regelung des Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG ist in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG zu sehen: „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt“. Dies macht deutlich, dass nur in dem begrenzten Fall der ausnahmsweisen Zuständigkeit der G10-Kommission der Rechtsweg durch deren Befassung ersetzt wird. Ansonsten bleibt es bei der verfassungsrechtlichen Grundregel des vorangestellten Grundrechtsschutzes unmittelbar durch ein Gericht in Form eines Richtervorbehalts oder aber der vorangehenden Verwaltungshandlung und des nachträglichen gerichtlichen Rechtsschutzes gegen diese Maßnahme. Die Zuständigkeit der G10-Kommission ist nur gegeben im Fall einer Betroffenheit deutscher oder in Deutschland aufenthältlicher Rechtsträger. Die Fälle der Ausland-Ausland-Aufklärung gehören gerade nicht dazu. Dies schließt eine Befassung der G10-Kommission wegen fehlender verfassungsrechtlicher Zuständigkeit aus. Sie würde ultra vires handeln, wenn sie mit Aufgaben bei der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung befasst würde. Eine

erweiternde Auslegung von Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG kommt ebenfalls nicht in Betracht, denn diese Normierung stellt schon eine Ausnahme von der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG dar, und *singularia non sunt extendenda*. Demnach kann das Unabhängige Gremium nicht als Parallelfall zur G10-Kommission angesehen werden. Und eine andere parlamentarische Fundierung ist nicht ersichtlich.

Auch eine Befassung des Parlamentarischen Kontrollgremiums mit den Aufgaben des Unabhängigen Gremiums kommt nicht in Betracht. Ein parlamentarisches Gremium darf keinen verwaltungsförmigen Zustimmungsvorbehalt ausüben. Dies wäre eine unzulässige Überschreitung des Gewaltenteilungsprinzips. Danach haben das Parlament und seine Organe die Verwaltung zu kontrollieren und sich nicht an ihren Maßnahmen zu beteiligen. Die Entscheidung des Entwurfs, die zur Normierung vorgeschlagenen Mitwirkungsakte einem neu zu schaffenden Gremium zu übertragen und sie nicht an das PKGr anzuhängen, ist daher verfassungsrechtlich richtig, auch wenn es zur Schaffung einer zusätzlichen Kontrolleinrichtung führt.

### **bb) Judikatives Organ?**

Dem Entwurf selbst ist definitiv weder im Paragraphenwerk noch im Begründungsteil zu entnehmen, ob mit dem Unabhängigen Gremium ein Gericht oder ein Verwaltungsorgan geschaffen werden soll. In § 16 Abs. 1 Satz 2 BNDG-E steht lediglich: „Die Mitglieder des Unabhängigen Gremiums sowie die stellvertretenden Mitglieder des Unabhängigen Gremiums sind in ihrer Amtsführung unabhängig und Weisungen nicht unterworfen.“ Diese Formulierung weist eine deutliche Nähe zu § 1 GVG auf: „Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfenen Gerichte ausgeübt.“ Schließlich sollen die Angehörigen des Gremiums Richter am Bundesgerichtshof und Bundesanwälte beim Generalbundesanwalt sein (§ 16 Abs. 1 Sätze 2 und 3 BNDG-E). Diese Zusammensetzung spricht nicht für ein

gerichtliches Organ, denn Staatsanwälte können nicht Mitglieder des Gerichts sein. Das Gremium soll eine Geschäftsstelle beim Bundesgerichtshof haben (§ 16 Abs. 3 Satz 2 BNDG-E), aber es unterliegt nicht der Geschäftsverteilung durch das Präsidium des BGH, sondern es wird vom Bundeskabinett berufen. Daran ändert auch nichts das vorgesehene Vorschlagsrecht des Präsidenten des BGH für die richterlichen und die des GBA für die nichtrichterlichen Mitglieder (§ 16 Abs. 2 BNDG-E). Das Unabhängige Gremium weist somit zwar eine Nähe zur Justiz auf, ist jedoch in diese nicht eingegliedert.

Das Unabhängige Gremium könnte nur dann als Rechtsprechungsorgan verstanden werden, wenn es den Kriterien dafür genüge. Nur in diesem Fall würde es die Schutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleisten können. Die Anforderungen an ein Organ der rechtsprechenden Gewalt sind in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zwar weitgehend geklärt, aber – aus Gründen des gesetzlichen Gestaltungsreichtums – nicht abschließend beschrieben. Die Qualifizierung der Tätigkeit des Unabhängigen Gremiums als Rechtsprechung hätte zur Folge, dass gegen seine Tätigkeit nicht die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gälte. Art. 19 Abs. 4 GG enthält zwar ein Grundrecht auf effektiven und möglichst lückenlosen gerichtlichen Schutz gegen Akte der „öffentlichen Gewalt“<sup>38</sup>. Nicht „zur öffentlichen Gewalt“ im Sinne dieser Bestimmung gehören allerdings Akte der Rechtsprechung. Denn Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gewährt Schutz durch den Richter, nicht gegen den Richter<sup>39</sup>. Ob die Wahrnehmung einer Aufgabe als "Rechtsprechung" anzusehen ist, hängt wesentlich von der verfassungsrechtlichen, traditionellen oder durch den Gesetzgeber vorgenommenen Qualifizierung ab<sup>40</sup>. Nicht alles, was zu den Aufgaben der Gerichte gehört, ist materielle Rechtsprechung, die nach Art. 20 Abs. 2 Satz 2, 92 GG den Richtern vorbehalten ist<sup>41</sup>. Der Gesetzgeber ist nicht gehindert,

<sup>38</sup> BVerfGE 8, 274 <326>; 67, 43 <58>; 104, 220 <231>; 129, 1 <20>; stRspr

<sup>39</sup> BVerfG, Beschluss vom 02. Dezember 2014 – 1 BvR 3106/09 –, BVerfGE 138, 33-45, Rn. 17 unter Hinweis auf BVerfGE 11, 263 <265>; 15, 275 <280 f.>; 49, 329 <340>; 65, 76 <90>; 107, 395 <403 f.>).

<sup>40</sup> BVerfGE 22, 49 (76 ff.); 64, 175 (179)

<sup>41</sup> BVerfGE 22, 49 (78)

Aufgaben, die nicht ohne weiteres zu den regelmäßigen und typischen Aufgaben der Gerichte gehören, dem Richter anzuvertrauen, sofern das Grundgesetz deren Wahrnehmung nicht einer anderen Gewalt vorbehält<sup>42</sup><sup>43</sup>. Von der Ausübung rechtsprechender Gewalt kann - in allein organisationsrechtlicher Betrachtung - nicht schon dann gesprochen werden, wenn ein staatliches Gremium mit unabhängigen Richtern im Sinne der Art. 92 ff. GG besetzt ist. Sinn und Zweck des IX. Abschnitts des Grundgesetzes, der für den Bereich der Rechtsprechung eine besondere Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der Willensbildung im System der Gewaltenteilung gewährleisten will<sup>44</sup>, entspräche es nicht, allein aus der Besetzung eines staatlichen Gremiums mit unabhängigen Richtern auf die Ausübung rechtsprechender Gewalt zu schließen<sup>45</sup>. Insofern wäre allein der überwiegende Anteil von Richterinnen und Richtern, den § 16 Abs. 1 BNDG-E für das Unabhängige Gremium vorsieht, kein ausreichendes Kriterium, darin ein staatliches Gericht zu sehen, und sei es auch nur eines mit nichtrichterlichen Beisitzern.

Der Begriff der rechtsprechenden Gewalt wird vielmehr maßgeblich von der konkreten sachlichen Tätigkeit her, somit materiell bestimmt. Um Rechtsprechung in einem materiellen Sinn handelt es sich, wenn bestimmte hoheitsrechtliche Befugnisse bereits durch die Verfassung Richtern zugewiesen sind oder es sich von der Sache her um einen traditionellen Kernbereich der Rechtsprechung handelt<sup>46</sup>. Diesen Voraussetzungen genügt das Unabhängige Gremium nicht. Daneben ist rechtsprechende Gewalt im Sinne des Art. 92 GG auch dann gegeben, wenn der Gesetzgeber für einen Sachbereich, der nicht schon materiell dem Rechtsprechungsbegriff unterfällt, eine Ausgestaltung wählt, die bei funktioneller Betrachtung nur der rechtsprechenden Gewalt zukommen kann. In funktioneller Hinsicht handelt es sich - ungeachtet des jeweiligen sachlichen Gegenstandes - um

---

<sup>42</sup> BVerfGE 64, 175 (179)

<sup>43</sup> BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 1987 – 2 BvL 5/83 –, BVerfGE 76, 100-106, Rn. 18)

<sup>44</sup> BVerfGE 22, 49 <75> unter Hinweis auf BVerfGE 21, 139 (144)).

<sup>45</sup> BVerfG, Urteil vom 08. Februar 2001 – 2 BvF 1/00 –, BVerfGE 103, 111-142, Rn. 96

<sup>46</sup> BVerfGE 22, 49 <76 f.>

Rechtsprechung, wenn der Gesetzgeber ein gerichtsförmiges Verfahren hoheitlicher Streitbeilegung vorsieht und den dort zu treffenden Entscheidungen eine Rechtswirkung verleiht, die nur unabhängige Gerichte herbeiführen können. Zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen der Rechtsprechung in diesem Sinne gehört das Element der Entscheidung, der letztverbindlichen, der Rechtskraft fähigen Feststellung und des Ausspruchs dessen, was im konkreten Fall rechtens ist<sup>47</sup>. Nach Art. 92 GG ist es Aufgabe der Gerichte, Rechtssachen mit verbindlicher Wirkung zu entscheiden, und zwar in Verfahren, in denen durch Gesetz die erforderlichen prozessualen Sicherungen gewährleistet sind und der verfassungsrechtlich geschützte Anspruch auf rechtliches Gehör besteht<sup>48</sup>. Kennzeichen rechtsprechender Tätigkeit ist daher typischerweise die letztverbindliche Klärung der Rechtslage in einem Streitfall im Rahmen besonders geregelter Verfahren<sup>49</sup>. An einem solchen Streitfall fehlt es hinsichtlich der von dem Unabhängigen Gremium vorzunehmenden Rechtshandlungen. Die ihm übertragenen Aufgaben liegen zum Teil in der Ausfüllung von Genehmigungsvorbehalten und zum Teil in nachträglicher oder begleitender Kontrolle von Aufklärungstätigkeit des Bundesnachrichtendienstes. Insbesondere fehlt es für einen „Streitfall“ an den streitenden Parteien; der von den rechtlichen Eingriffen Betroffene ist in den einschlägigen Vorgängen nämlich weder persönlich noch durch einen Bevollmächtigten vertreten.

### **cc) Administratives Organ?**

Handelt es sich bei dem Unabhängigen Gremium somit weder um ein parlamentarisches noch ein judikatives Organ, ist es wie eines der Verwaltung einzuordnen. Davon wird insbesondere bei der anschließenden Erörterung der Anschlussfragen ausgegangen.

---

<sup>47</sup> BVerfGE 7, 183 <188 f.>; 31, 43 <46>; 60, 253 <269 f.>

<sup>48</sup> BVerfGE 4, 358 <363>

<sup>49</sup> BVerfG, Urteil vom 08. Februar 2001 – 2 BvF 1/00 –, BVerfGE 103, 111-142, Rn. 97

Als Zwischenüberlegung sei eingeschoben, dass die Qualifizierung des Unabhängigen Gremiums als rechtliche Einrichtung „sui generis“ nicht weiterführt. Keinesfalls darf eine derartige Einordnung zur Vereitelung der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie führen. Davon geht das Grundgesetz ja gerade selbst im Bereich des Fernmeldegeheimnisses aus wie das Zusammenspiel von Art. 10 und 19 Abs. 4 GG zeigt. Dort wird in Abweichung vom gerichtlichen Rechtsschutz aber kein Organ sui generis, sondern speziell die G10-Kommission kreiert. Ist – anders als bei Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG – aber eine besondere Kreation verfassungsrechtlich nicht vorgezeichnet, und kommen eine parlamentarische oder judikative Rechtsnatur des Gremiums nicht in Betracht, bleibt nur sein Verständnis als Verwaltungsorgan. Dem steht seine gesetzlich eingeräumte Unabhängigkeit nicht im Wege. Denn solche Abschirmungen vor fachlicher oder personeller Aufsicht gibt es angefangen bei der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung der Bundesbank (Art. 88 GG), über Rechnungshöfe, die unionsrechtliche sowie einfachgesetzliche Aufstellung der Datenschutzbeauftragten, über Formen der funktionalen Selbstverwaltung bis hin zu generellen Regelungen über die Einräumung von Beurteilungs- und Ermessensspielräumen zahlreich, ohne dass diese Einrichtungen und Handelnden zur Gerichten bzw. Richtern würden.

#### **dd) Zu beantwortende Anschlussfragen**

Ist somit das Unabhängige Gremium als Verwaltungsorgan anzusehen, stellen sich Anschlussfragen, die der Gesetzesentwurf nicht beantwortet, die aber während des laufenden Gesetzgebungsverfahrens noch aufgearbeitet werden können.

#### **aaa) Übrigbleibende Fragen zur Rechtsschutzgewährung nach**

##### **Art. 19 Abs. 4 GG**

Ein verfassungsrechtliches Anschlussproblem ergibt sich aus Art. 19 Abs. 4 GG. Nach § 19 Abs. 4 Satz 1 GG ist gegen Verletzungen durch die öffentliche Gewalt – nachträglich – der Rechtsweg gegeben. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz bei heimlichen Maßnahmen nach dem BKAG geht auf dieser Spur – über das Bestehen des verfassungsrechtlichen Rechtsschutzanspruchs hinaus – noch einen Schritt weiter im Sinn einer vorbereitenden Ermöglichung von Rechtsschutz. Zu den Anforderungen an die verhältnismäßige Ausgestaltung von heimlichen Überwachungsmaßnahmen gehört danach die gesetzliche Anordnung von Benachrichtigungspflichten.

Da solche Maßnahmen, um ihren Zweck zu erreichen, heimlich durchgeführt werden müssen, hat der Gesetzgeber zur Gewährleistung subjektiven Rechtsschutzes im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG vorzusehen, dass die Betroffenen zumindest nachträglich von den Überwachungsmaßnahmen grundsätzlich in Kenntnis zu setzen sind. Ausnahmen kann er in Abwägung mit verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern Dritter vorsehen. Sie sind jedoch auf das unbedingt Erforderliche zu beschränken<sup>50</sup>. Denkbar sind Ausnahmen von den Benachrichtigungspflichten etwa, wenn die Kenntnis von der Maßnahme dazu führen würde, dass diese ihren Zweck verfehlte, wenn die Benachrichtigung nicht ohne Gefährdung von Leib und Leben einer Person geschehen könnte, oder wenn ihr überwiegende Belange einer betroffenen Person entgegenstünden, etwa weil durch die Benachrichtigung von einer Maßnahme, die keine weiteren Folgen gehabt hat, der Grundrechtseingriff noch vertieft würde. Liegen zwingende Gründe vor, die eine nachträgliche Benachrichtigung ausschließen, ist dies richterlich zu bestätigen und in regelmäßigen Abständen zu prüfen<sup>51</sup>.

Benachrichtigungspflichten über Maßnahmen der Ausland-Ausland-Aufklärung sind aber im Gesetz nicht vorgesehen und treffen – außer der mit der Natur der Sache

---

<sup>50</sup> BVerfGE 125, 260 <336>

<sup>51</sup> BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 –, Rn. 136, juris unter Hinweis auf BVerfGE 125, 260 <336 f.>

verbundenen Geheimhaltungsbedürftigkeit – und die oftmals fehlende Kenntnis über die Identität des erfassten Rechtsträgers auch auf das praktische Manko fehlender Kenntnisse von den Zustellungsdaten der ausgeforschten Personen. Eine dafür erforderliche Bestandsdatenauskunft nach § 2b BNDG scheitert nicht nur an der begrenzten territorialen Reichweite dieser Norm, sondern auch an den vorhersehbaren Schwierigkeiten bei der Realisierung eines solchen Auskunftersuchens durch einen Nachrichtendienst im Ausland. Daher führt auch eine hilfsweise verwaltungsprozessuale Überlegung nicht weiter: Man könnte zwar die Tätigkeit des Unabhängigen Gremiums als behördliche Verfahrenshandlung ansehen, gegen die nach § 44a VwGO Rechtsbehelfe nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden können. Diese Betrachtung ist aber nicht zulässig in Fällen, für die aus den vorgenannten Gründen ein Hauptsacheverfahren nicht zustande kommen wird. Es dürfte daher die unmittelbare Anwendung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsweggarantie im BKAG aus diesen überwiegend tatsächlichen Gründen nicht uneingeschränkt übertragbar sein.

Die Einrichtung des bislang nicht vorhanden gewesenen Unabhängigen Gremiums enthält für sich genommen ein Surrogat für den fehlenden Schutz nach Art. 19 Abs. 4 GG. Es wäre zu erwägen, diesen Ansatz kompensatorisch zu ergänzen – wie nachfolgend unter bbb) vorgeschlagen.

### **bbb) Ständiger Abwesenheitsvertreter beim Unabhängigen Gremium?**

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in seiner Entscheidung zum G10 im Jahre 1999 aus der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG eine Benachrichtigungspflicht gegenüber dem Betroffenen abgeleitet<sup>52</sup>. Begrenzungen des Anspruchs hat es allerdings auch nach Art. 19 Abs. 4 GG, der einer gesetzlichen Ausgestaltung bedarf,

---

<sup>52</sup> BVerfGE 65, 1 <70>

nicht ausgeschlossen<sup>53</sup>. Der Benachrichtigung dürfte in den Fällen der Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung nicht nur das in der Natur der Maßnahme liegende Geheimhaltungsbedürfnis entgegenstehen, sondern auch die praktische Schwierigkeit fehlender Kenntnis von Identität und Erreichbarkeit der aufzuklärenden Person. Es sollte daher überlegt werden, ob für das Verfahren vor dem Unabhängigen Gremium gesetzlich die Bestellung eines Abwesenheitsvertreters vorgesehen werden soll. Damit könnte dem in seiner jetzigen Ausgestaltung rein objektivrechtlichen Verfahren eine subjektivrechtliche Verfahrenskomponente hinzugefügt werden. Damit würde auch das Risiko vermindert, dass im Falle einer Übertragung von Rechtsgrundsätzen des Bundesverfassungsgerichts aus der Entscheidung zum BKAG auf die Ausland-Ausland-Überwachung die Rechtsschutzinteressen der aufzuklärenden Person als zu gering gewichtet angesehen würden.

### **ccc) Richterdienstrechtliche Folgefragen**

Ein weiteres Problem ergibt sich aus dem Richterdienstrecht. Nach § 4 Abs. 1 DRiG darf ein Richter Aufgaben der rechtsprechenden Gewalt und Aufgaben der gesetzgebenden oder der vollziehenden Gewalt nicht zugleich wahrnehmen. Ausnahmen von dieser Unvereinbarkeitsregelung sind in § 4 Abs. 2 DRiG aufgeführt, unter denen sich – naheliegender Weise – das Unabhängige Gremium nicht befindet. Die Aufzählung der drei Gewalten in § 4 Abs. 1 DRiG entspricht erkennbar der Systematik des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 2 Satz 2, Art. 92 GG). Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG bestimmt, dass die Staatsgewalt vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird. Das Verbot des § 4 Abs. 1 DRiG versteht sich als unmittelbare Folge der Gewaltentrennung<sup>54</sup>. Demgemäß hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass der Begriff der "vollziehenden Gewalt"

---

<sup>53</sup> BVerfG, Urteil vom 14. Juli 1999 – 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95, 1 BvR 2437/95 –, BVerfGE 100, 313-403, Rn. 181

<sup>54</sup> BTDrucks 3/516 S. 33

in § 4 Abs. 1 DRiG dem in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG entspricht und hier wie dort gleichbedeutend mit dem der "Verwaltung" ist<sup>55</sup>. Ist das Unabhängige Gremium als Verwaltungsbehörde oder Teil einer solchen anzusehen, kommt daher die Befassung von Richtern mit dieser Tätigkeit nicht in Betracht, solange es nicht unter der Ausnahmeregelung in § 4 Abs. 2 DRiG aufgeführt wird. Eine entsprechende Änderung des Deutschen Richtergesetzes müsste im Gesetzgebungsverfahren somit noch unternommen werden.

**ddd) Die Anbindung des Unabhängigen Gremiums an welches Gericht empfiehlt sich?**

Nicht überzeugend ist die in § 16 BNDG-E vorgesehene Anbindung des Unabhängigen Gremiums an den Bundesgerichtshof in Karlsruhe. Bei der Fernmeldeaufklärung durch den Bundesnachrichtendienst handelt es sich um Maßnahmen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, für die im Streitfall der verwaltungsgerichtliche Rechtsweg eröffnet ist (§ 40 VwGO). Das ist für sämtliche öffentlich-rechtliche Streitigkeiten betreffend den Bundesnachrichtendienst zweifelsfrei, und zwar für solche nach dem BNDG, dem G10, dem Beamten- oder Personalvertretungsrecht etc. Für diese Streitigkeiten sieht § 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO eine ausschließliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts vor. Nach dieser Norm betrifft die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts – sämtliche - Klagen, denen Vorgänge im Geschäftsbereich des Bundesnachrichtendienstes zugrunde liegen. Dort ist folglich auch die Sachkunde in der Behandlung solcher Streitigkeiten vorhanden. Es ist nicht erfindlich, warum das Gremium daher aus Mitgliedern des Bundesgerichtshofs und nicht solchen des Bundesverwaltungsgerichts rekrutiert werden soll.

---

<sup>55</sup> BVerwG, Urteil vom 10. April 2002 – 6 C 22/01 –, Rn. 10, juris unter Hinweis auf BVerwGE 25, 210, 214 f.; 41, 195

Ebenso wenig leuchtet die personelle Verknüpfung des Unabhängigen Gremiums mit der Behörde des Generalbundesanwalts ein (§ 16 Abs. 1 Sätze 3 und 4 BNDG-E). Die nachrichtendienstliche Aufklärung steht schon systematisch der – zum Verwaltungsrecht gehörenden – polizeilichen Gefahrenabwehr näher als der Strafverfolgung. Der Entwurfsbegründung ist insofern auch nicht zu entnehmen, welche etwaigen fachlichen Gründe für eine solche personelle Verschränkung von Strafverfolgung und nachrichtendienstlicher Aufklärung maßgeblich sein könnten. Im Übrigen bliebe dann die öffentlich-rechtliche Sachkunde in dem Gremium völlig unvertreten, obwohl die die Sachmaterie selbst, das Nachrichtendienstrecht, dem öffentlichen Recht zugehört.

Auf der Ebene des Polizeirechts gibt es Beispiele für ähnlich gespaltene Lösungen, indem beispielsweise die Richtervorbehalte bei Sistierungen und Telefonüberwachungen im Rahmen der Gefahrenabwehr spezialgesetzlich den Gerichten der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugewiesen werden, während die dazu entstehenden Rechtsstreitigkeiten in der Hauptsache wieder – nach § 40 Abs. 1 VwGO – vor den Verwaltungsgerichten ausgetragen werden. Dahinter stehen aber regelmäßig Effizienzüberlegungen: Die Strafgerichte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit unterhalten zwangsläufig Eildienste für strafrechtliche u.a. Maßnahmen. Und deren Kapazität wird in den polizeirechtlichen Fällen genutzt. Dafür gibt es im Falle des Unabhängigen Gremiums aber keinen Grund. Denn nach § 16 Abs. 4 BNDG-E tritt es „mindestens alle drei Monate zusammen“. An eine Arbeitsweise im Takt von gerichtlichen Eilverfahren ist daher auch vom Gesetzesentwurf her nicht gedacht.

#### **eee) Sitz der Geschäftsstelle (§ 16 Abs. 3 Satz 2 BNDG-E)**

Dem Unabhängigen Gremium ist nach § 16 Abs. 3 BNDG-E die für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendige Personal- und Sachausstattung zur Verfügung zu stellen. Die

Geschäftsstelle wird beim Bundesgerichtshof eingerichtet. Mit der vorliegend empfohlenen Anbindung an das Bundesverwaltungsgericht müsste zweckmäßigerweise auch die Geschäftsstelle des Unabhängigen Gremiums dort platziert werden. Dafür findet sich ein Ansatz im sog. in-camera-Senat des Bundesverwaltungsgerichts nach § 99 VwGO. Das materielle Kriterium für die Befassung dieses Spruchkörpers ist, dass „das Bekanntwerden des Inhalts dieser Urkunden, Akten, elektronischen Dokumente oder dieser Auskünfte dem Wohl des Bundes oder eines Landes Nachteile bereiten würde oder wenn die Vorgänge nach einem Gesetz oder ihrem Wesen nach geheim gehalten werden müssen“ (§ 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO). Das Bundesverwaltungsgericht ist somit personell und organisatorisch auf den Umgang mit geheimhaltungsbedürftigen Sachverhalten eingerichtet.

#### **4. Entschädigung (§ 18 BNDG-E)**

Nach § 18 BNDG-E vereinbart der Bundesnachrichtendienst mit den nach § 8 Abs. 1 Satz 1 oder § 12 Abs. 2 Satz 4 BNDG-E verpflichteten Unternehmen für die dort genannten Leistungen eine Entschädigung, deren Höhe sich an den nachgewiesenen tatsächlichen Kosten orientiert. Die Vorschrift ist zu begrüßen. Sie regelt die Entschädigung der in Anspruch genommenen Anbieter von Telekommunikationsdiensten. Dabei werden die Kosten nicht pauschal erstattet, sondern die tatsächlich entstandenen Kosten müssen durch die Verpflichteten nachgewiesen werden und werden sodann ersetzt<sup>56</sup>. Eine vergleichbare Regelung in § 110 Abs. 1 Nr. 1 TKG geht von einer Kostentragung durch die Verpflichteten selbst aus. Diese Bestimmung ist aus verfassungsrechtlichen Gründen in der Literatur und Rechtsprechung umstritten<sup>57</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat eine einschlägige Richtervorlage zur Überprüfung nicht angenommen<sup>58</sup>. Die Streitfrage muss somit weiterhin als unentschieden gelten. Daher ist die Schaffung einer

---

<sup>56</sup> BT-Drs. 18/9041 S. 55

<sup>57</sup> Nachweise bei Graulich in Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich TKG § 110 Rn. 9

<sup>58</sup> BVerfG, Beschluss vom 13. Mai 2009 – 1 BvL 7/08 –, juris

Entschädigungsnorm, die auf Erstattung des im Einzelfall geleisteten Aufwandes abzielt, angemessen.

### **5. Gemeinsame Dateien mit ausländischen öffentlichen Stellen (§ 26 BNDG-E)**

Nach § 26 Abs. 2 Nr. 2 BNDG-E ist Voraussetzung einer Zusammenarbeit nach § 26 Abs. 1 BNDG-E, dass in den teilnehmenden Staaten die Einhaltung grundlegender rechtsstaatlicher Prinzipien gewährleistet ist. Dies deckt sich mit den vergleichbaren Anforderungen aus dem Urteil des BVerfG zu den heimlichen Überwachungsvorschriften im BKAG. Denn die Übermittlung von personenbezogenen Daten an öffentliche Stellen anderer Staaten ist, wie die Übermittlung an innerstaatliche Stellen auch, eine Zweckänderung. Sie ist insoweit nach den allgemeinen Grundsätzen jeweils an den Grundrechten zu messen, in die bei der Datenerhebung eingegriffen wurde. Für die Übermittlung ins Ausland gelten aber auch mit Blick auf die Achtung fremder Rechtsordnungen und -anschauungen eigene verfassungsrechtliche Bedingungen<sup>59</sup>.

Das Problem des territorialen Geltungsumfangs deutscher Grundrechte wird in diesem Fall abgelöst durch die Frage nach einem vergleichbaren Schutz in der jeweiligen ausländischen Rechtsordnung. Eine Übermittlung von Daten ins Ausland führt nämlich dazu, dass die Gewährleistungen des Grundgesetzes nach der Übermittlung nicht mehr als solche zur Anwendung gebracht werden können und stattdessen die im Ausland geltenden Standards Anwendung finden. Dies steht nach dem Bundesverfassungsgericht einer Übermittlung ins Ausland jedoch nicht grundsätzlich entgegen. Das Grundgesetz bindet die Bundesrepublik Deutschland mit der Präambel, Art. 1 Abs. 2, Art. 9 Abs. 2, Art. 16 Abs. 2, Art. 23 bis Art. 26 und Art. 59 Abs. 2 GG in die internationale Gemeinschaft ein und hat die deutsche öffentliche

---

<sup>59</sup> BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 –, Rn. 324, juris

Gewalt programmatisch auf internationale Zusammenarbeit ausgerichtet<sup>60</sup>. Hierzu gehört ein Umgang mit anderen Staaten auch dann, wenn deren Rechtsordnungen und -anschauungen nicht vollständig mit den deutschen innerstaatlichen Auffassungen übereinstimmen<sup>61</sup>. Ein solcher Datenaustausch zielt auch darauf, die zwischenstaatlichen Beziehungen im gegenseitigen Interesse wie auch die außenpolitische Handlungsfreiheit der Bundesregierung zu erhalten<sup>62</sup>. Auch bei der Entscheidung über eine Übermittlung von personenbezogenen Daten ins Ausland bleibt die deutsche Staatsgewalt im Ausgangspunkt allerdings an die Grundrechte gebunden (Art. 1 Abs. 3 GG), während die ausländische Staatsgewalt nur ihren eigenen rechtlichen Bindungen verpflichtet ist.

Von daher ergeben sich zum einen Grenzen einer Übermittlung in Blick auf die Wahrung datenschutzrechtlicher Garantien. Die Grenzen der inländischen Datenerhebung und -verarbeitung durch das Grundgesetz dürfen durch einen Austausch zwischen den Sicherheitsbehörden nicht in ihrer Substanz unterlaufen werden. Der Gesetzgeber hat daher dafür Sorge zu tragen, dass dieser Grundrechtsschutz durch eine Übermittlung der von deutschen Behörden erhobenen Daten ins Ausland und an internationale Organisationen ebenso wenig ausgehöhlt wird, wie durch eine Entgegennahme und Verwertung von durch ausländische Behörden menschenrechtswidrig erlangten Daten<sup>63</sup>.

Zum anderen ergeben sich Grenzen in Blick auf die Nutzung der Daten durch den Empfängerstaat, wenn dort Menschenrechtsverletzungen zu besorgen sind. Zwingend auszuschließen ist danach jedenfalls die Datenübermittlung an Staaten,

---

<sup>60</sup> BVerfGE 63, 343 <370>; 111, 307 <318 f.>; 112, 1 <25, 27>

<sup>61</sup> BVerfGE 31, 58 <75 ff.>; 63, 343 <366>; 91, 335 <340, 343 ff.>; 108, 238 <247 f.>

<sup>62</sup> BVerfGE 108, 129 <137>

<sup>63</sup> BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 –, Rn. 327, juris

wenn zu befürchten ist, dass elementare rechtsstaatliche Grundsätze verletzt werden<sup>64</sup>. Keinesfalls darf der Staat seine Hand zu Verletzungen der Menschenwürde<sup>65</sup> reichen<sup>66</sup>.

§ 26 Abs. 2 Nr. 2 BNDG-E fasst diese Voraussetzungen in's Auge und schränkt ein, die Einhaltung rechtstaatlicher Prinzipien in den teilnehmenden Staaten erfordert keinen der deutschen Rechtsordnung gleichartigen Schutz. Das Grundgesetz erkennt die Eigenständigkeit und Verschiedenartigkeit der Rechtsordnungen an und respektiert sie grundsätzlich auch im Rahmen des Austauschs von Daten. Sichergestellt sein muss jedoch, dass der Datenumgang durch die Partnerdienste nicht elementare Anforderungen des menschenrechtlichen Schutzes bzw. an die Rechtsstaatlichkeit unterläuft<sup>67</sup>. Dies entspricht den Anforderungen, die das BVerfG in seinem Urteil zum BKAG aufgestellt hat.

Fraglich ist allerdings, ob die formelhafte Einschränkung der Datenübermittlung in das Ausland in § 26 Abs. 2 Nr. 2 BNDG-E genügt. Die Gewährleistung des geforderten Schutzniveaus im Empfängerstaat muss nicht für jeden Fall einzeln geprüft und durch völkerrechtlich verbindliche Einzelzusagen abgesichert werden. Der Gesetzgeber kann diesbezüglich auch eine generalisierende tatsächliche Einschätzung der Sach- und Rechtslage der Empfängerstaaten durch die übermittelnde Behörde – im entschiedenen Fall des BVerfG: das Bundeskriminalamt - ausreichen lassen. Diese kann so lange Geltung beanspruchen, wie sie nicht durch entgegenstehende Tatsachen in besonders gelagerten Fällen erschüttert wird<sup>68</sup>. Lassen sich Entscheidungen mit Blick auf einen Empfängerstaat nicht auf solche Beurteilungen stützen, bedarf es aber einer mit Tatsachen unterlegten Einzelfallprüfung, aus der sich ergibt, dass die Beachtung jedenfalls den grundlegenden Anforderungen an den Umgang mit Daten hinreichend gewährleistet ist. Erforderlichenfalls können und müssen verbindliche

---

<sup>64</sup> BVerfGE 108, 129 <136 f.>

<sup>65</sup> BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 –, Rn. 328, juris

<sup>66</sup> BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 -, Rn. 62 m.w.N.

<sup>67</sup> BT-Drs. 18/9041 S. 58

<sup>68</sup> BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 -, Rn. 69 m.w.N.

Einzelgarantien abgegeben werden. Grundsätzlich ist eine verbindliche Zusicherung geeignet, etwaige Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Datenübermittlung auszuräumen, sofern nicht im Einzelfall zu erwarten ist, dass die Zusicherung nicht eingehalten wird<sup>69</sup>.

Welche Anforderungen gelten, kann der Gesetzgeber auch von einer Einzelfallabwägung abhängig machen. Die Vergewisserung über das geforderte Schutzniveau - sei es generalisiert, sei es im Einzelfall - ist eine nicht der freien politischen Disposition unterliegende Entscheidung deutscher Stellen. Sie hat sich auf gehaltvolle wie realitätsbezogene Informationen zu stützen und muss regelmäßig aktualisiert werden. Ihre Gründe müssen nachvollziehbar dokumentiert werden. Die Entscheidung muss durch die Datenschutzbeauftragten überprüfbar sein und einer gerichtlichen Kontrolle<sup>70</sup> zugeführt werden können<sup>71</sup>. Diesen verfassungsgerichtlichen Anforderungen kommt § 26 Abs. 4 BNDG-E nach, wonach die Ziele der Zusammenarbeit sowie die Einzelheiten der gemeinsamen Datennutzung vor Beginn der Zusammenarbeit zwischen dem Bundesnachrichtendienst und den teilnehmenden ausländischen öffentlichen Stellen in einer Absichtserklärung schriftlich niederzulegen sind (Satz 1). In die Absichtserklärung ist neben der Festlegung des Zwecks der Datei insbesondere aufzunehmen, dass (Nr. 1.) die Daten nur für diesen Zweck verwendet werden dürfen und (Nr. 2.) der Bundesnachrichtendienst sich vorbehält, um Auskunft über die vorgenommene Verwendung der in die gemeinsame Datei übermittelten Daten zu bitten (Satz 2).

### III. Zitiergebot

---

<sup>69</sup> BVerfGE 63, 215 <224>; 109, 38 <62>; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 -, Rn. 70

<sup>70</sup> EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2015 - C-362/14 -, Schrems/Digital Rights Ireland, NJW 2015, S. 3151 <3155 ff.>, Rn. 78, 81, 89

<sup>71</sup> BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 –, Rn. 339, juris

Nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG muss ein Gesetz dasjenige Grundrecht unter Angabe seines Artikels nennen, das durch dieses Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes eingeschränkt wird. Grundrechte, die im Gesetz nicht als eingeschränkt zitiert werden, obwohl sie zitiert werden müssen, dürfen auch nicht eingeschränkt werden. Verfassungsrechtliche Grenze zulässiger Informationserhebung durch den BND ist somit das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG. Das Zitiergebot findet Anwendung auf Grundrechte, die aufgrund ausdrücklicher Ermächtigung vom Gesetzgeber eingeschränkt werden dürfen<sup>72</sup>, beispielsweise Art. 10 GG und Art. 13 GG. Die Verletzung des Zitiergebots führt zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes<sup>73</sup>. Das Zitiergebot erfüllt - bei nachkonstitutionellen Gesetzen - eine Warn- und Besinnungsfunktion<sup>74</sup>. Durch die Benennung des Eingriffs im Gesetzeswortlaut soll sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber nur Eingriffe vornimmt, die ihm als solche bewusst sind und über deren Auswirkungen auf die betroffenen Grundrechte er sich Rechenschaft ablegt<sup>75</sup>. Die ausdrückliche Benennung erleichtert es auch, die Notwendigkeit und das Ausmaß des beabsichtigten Grundrechtseingriffs in öffentlicher Debatte zu klären.

Die Warn- und Besinnungsfunktion betrifft nicht nur eine erstmalige Grundrechtseinschränkung, sondern wird bei jeder erheblichen Veränderung der Eingriffsvoraussetzungen bedeutsam, die zu neuen Grundrechtseinschränkungen führt. Wird die Eingriffsgrundlage deutlich erweitert, greift das Zitiergebot<sup>76</sup>. Bei Gesetzen, die lediglich bereits geltende Grundrechtseinschränkungen unverändert oder mit geringen Abweichungen wiederholen, findet das Zitiergebot hingegen keine Anwendung<sup>77</sup>. Hier liegt eine Signifikanz des BNDG. Nur in ganz speziellen Kontexten zitiert wird insbesondere Art. 13 GG, aber auch Art. 10 GG, weshalb in

---

<sup>72</sup> BVerfGE 64, 72 <79 f.>

<sup>73</sup> BVerfG, Beschluss vom 12. Oktober 2011 – 2 BvR 236/08, 2 BvR 237/08, 2 BvR 422/08 –, BVerfGE 129, 208-268, Rn. 177

<sup>74</sup> BVerfGE 64, 72 <79 f.>; 113, 348 <366>; 120, 274 <343>

<sup>75</sup> BVerfGE 5, 13 <16>; 85, 386 <404>; 113, 348 <366>

<sup>76</sup> BVerfGE 113, 348 <366 f.>

<sup>77</sup> BVerfG, Beschluss vom 12. Oktober 2011 – 2 BvR 236/08, 2 BvR 237/08, 2 BvR 422/08 –, BVerfGE 129, 208-268, Rn. 179

beide vom BND nicht aufgrund des BNDG, sondern – in letzteres – aufgrund des G 10 eingegriffen werden darf<sup>78</sup>.

Nicht genannte Garantien dürfen nur eingeschränkt werden, wenn dies ohne ausdrückliche Nennung im Gesetz zulässig ist – etwa Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 GG<sup>79</sup>. Ob die durch die Ausland-Ausland-Aufklärung erfassten Fernmeldeverkehre überhaupt dem Schutzbereich eines deutschen Grundrechts zugeordnet werden, bleibt offen, ist aber für die notwendige Beschaffenheit des Kontrollregiments von Bedeutung. Nach der Entwurfsbegründung stützt sich die Fernmeldeaufklärung vom Ausland aus weiterhin auf § 1 Abs. 1 BNDG<sup>80</sup>. Sie wird demnach gar nicht als Grundrechtseingriff angesehen, für welchen die Aufgabenbeschreibung des § 1 Abs. 1 BNDG nicht ausreichen würde, sondern eine Befugnis erforderlich wäre. Demgegenüber wird der vom Inland aus erfolgenden Fernmeldeaufklärung des BND gegenüber Ausländerinnen und Ausländern im Ausland offenbar als rechtlich invasiver angesehen, denn die darauf gerichtete Tätigkeit des BND soll „klarstellend geregelt“ werden<sup>81</sup>. Was genau klargestellt werden soll, wird aber nicht mitgeteilt, insbesondere auch nicht, ob und ggfs. in welche Grundrechte nach der Vorstellung des Gesetzgebers eingegriffen werden darf. Man wird den Gesetzesentwurf somit – bona fide – dahingehend zu verstehen haben, dass er höchstens zu Eingriffen in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG befugt, welche dem Zitiergebot nicht unterliegen. Diese Frage bleibt streitig, solange es keine einschlägige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gibt. Es ist dem Entwurf aber auch zu konzedieren, dass eine „vorsorgliche“ Erwähnung von Art. 10 Abs. 1 GG die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Zitiergebotes nicht erfüllen könnte, weil es der Gesetzgebung dann an der erforderlichen Klarheit fehlen würde.

---

<sup>78</sup> Gusy in Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, BNDG § 2 Rn. 6

<sup>79</sup> Gusy in Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, BNDG § 2 Rn. 6

<sup>80</sup> BT-Drs. 18/9041 S. 33

<sup>81</sup> BT-Drs. 18/9041 S. 33

B) Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD  
eines Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der  
Nachrichtendienste des Bundes  
(BT-Drs. 18/9040)

Die parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste ist verfassungspolitisch notwendig. Sie ist durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 45d) vom 17.07.2009 (BGBl. I S. 1977) in der Bundesverfassung verankert worden. Die Effektivität des dadurch entwickelten Kontrollregimes hat sich aber als unzulänglich erwiesen. Der vorgelegte Entwurf unternimmt es, auf der vorhandenen Grundlage in Art. 45d GG die parlamentarische Kontrolle durch die Einführung eines Ständigen Bevollmächtigten fortzuentwickeln.

Der Ständige Bevollmächtigte soll einerseits auf Weisung des PKGr tätig werden (§ 5a Abs. 2 Satz 1 und 2 PKGr-E) und andererseits nach pflichtgemäßem Ermessen (§ 5a Abs. 2 Satz 3 PKGr-E). Er ist die Kanzlei des PKGr zur Vorbereitung seiner Sitzungen sowie der Berichte an das Plenum des Deutschen Bundestages (§ 5a Abs. 3 Satz 1 PKGr-E). Seine vorgesehene regelmäßige Teilnahme an Sitzungen des Parlamentarischen Kontrollgremiums, der G10-Kommission und des Vertrauensgremiums nach § 10a BHO (§ 5a Abs. 3 Satz 2 PKGr-E) ermöglichen auf Arbeitsebene eine Verschränkung der parlamentarischen Kontrollfunktionen über die Nachrichtendienste und versprechen ihre Verstärkung.

Die Amtsbezeichnung „Bevollmächtigte/r“ steht in einem gewissen Gegensatz zur Kompetenzbeschreibung im Gesetz. „Vollmacht“ steht nämlich für die rechtliche Handlungsbefugnis im Außenverhältnis. Demgegenüber wird im Gesetzesentwurf vorrangig das Innenverhältnis der neu zu schaffenden Stelle zum PKGr beschrieben, so dass eine Bezeichnung als „Beauftragte/r“ näherliegen würde. Über die Befugnisse im Außenverhältnis – wohl gegenüber den Nachrichtendiensten – wird im

Gesetzesentwurf – außer mit der Bezeichnung „Bevollmächtigte/r“ - nichts ausgeführt.  
Hier wäre eine Verdeutlichung der rechtlichen Befugnis notwendig.

gez. Dr. Kurt Graulich, Berlin, d. 19. September 2016

