

Prof. Dr. Matthias Bäcker, LL.M.

Karlsruhe, den 23. September 2016

Karlsruher Institut für Technologie
Institut für Informations- und Wirtschaftsrecht

Vincenz-Prießnitz-Straße 3
76131 Karlsruhe

Stellungnahme

zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung
des Bundesnachrichtendienstes

(BT-Drs. 18/9041)

Gliederung

Ergebnisse

I. Maßgebliches höherrangiges Recht

1. Ausland-Ausland-Aufklärung als Eingriff in das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG)
2. Anforderungen des Fernmeldegeheimnisses an die Ausland-Ausland-Aufklärung
3. Unionsgrundrechte und unionsrechtliches Diskriminierungsverbot

II. Beurteilung der vorgesehenen Ermächtigungen

1. Aufklärungsmaßnahmen des Bundesnachrichtendienstes (§§ 6 ff. BNDG-E)
 - a) Materielle Voraussetzungen der Überwachung
 - b) Durchführung der Überwachung
 - c) Kontrolle der Überwachung
 - d) Datenübermittlungen
2. Kooperationen mit ausländischen Nachrichtendiensten (§§ 13 ff. BNDG-E)
3. Verletzung des Zitiergebots des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG

Ergebnisse

1. Entgegen einer Prämisse, die dem Gesetzentwurf unausgesprochen zugrunde liegt, greift die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes in das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG ein.
2. Eine gesetzliche Ermächtigung zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung muss grundsätzlich denselben grundrechtlichen Anforderungen genügen wie eine Ermächtigung zu strategischen Beschränkungen des internationalen Telekommunikationsverkehrs. Die besondere Lage von Ausländern im Ausland als Betroffenen gebietet keine generelle Abschwächung des Grundrechtsschutzes, sondern nur punktuelle, funktional begründbare Anpassungen. Insbesondere sind die grundrechtlichen Anforderungen an die Transparenz der Überwachung abzusenken.
3. Der Gesetzentwurf verfehlt die grundrechtlichen Anforderungen in allen wesentlichen Punkten:
 - a) Der Entwurf bindet die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nicht an ein hinreichend gewichtiges Aufklärungsziel, sondern lässt sie im gesamten Aufgabenbereich des Bundesnachrichtendienstes zu.
 - b) Der Entwurf enthält keine hinreichenden Vorkehrungen für einen leistungsfähigen prozeduralen Grundrechtsschutz. Die Anordnung der Fernmeldeaufklärung durch das Bundeskanzleramt und die Kontrolle durch das Unabhängige Gremium sind hierfür zu schwach ausgestaltet.
 - c) Der Entwurf enthält keine besonderen Regelungen für die Übermittlung von Daten aus der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung an andere Stellen im In- und Ausland. Die deshalb anwendbaren allgemeinen Übermittlungsermächtigungen können die Weitergabe von Daten aus einer derart eingriffsintensiven Überwachungsmaßnahme nicht rechtfertigen.
4. Selbst wenn man sich der These anschließen wollte, dass das Fernmeldegeheimnis für Ausländer im Ausland nur mit einem (stark) abgeschwächten Schutzniveau gilt, sind die vorgesehenen Regelungen jedenfalls insoweit verfassungswidrig, als sie die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Verkehrsdaten zum Gegenstand haben, die sich auf Ausländer im Ausland beziehen. Der Entwurf sieht vor, dass der Bundesnachrichtendienst diese Daten ohne vorherige Selektion für ein halbes Jahr auf Vorrat speichern darf. Es fehlt an jeglichen Vorgaben, um den darin enthaltenen Grundrechtseingriff auch nur ansatzweise abzuschirmen. Insbesondere darf der Bundesnachrichtendienst die bevorrateten Daten in weitem Umfang weiterverarbeiten und nutzen.
5. Die vorgesehenen Regelungen über Kooperationen bei der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung zwischen dem Bundesnachrichtendienst und ausländischen Nachrichtendiensten genügen gleichfalls nicht annähernd den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 10 GG.

Meine Stellungnahme beschränkt sich auf die geplanten Änderungen des BNDG, mit denen die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung gesetzlich verankert werden soll. Zu den geplanten Regelungen über die Fernmeldeaufklärung vom Ausland aus und über gemeinsame Dateien des Bundesnachrichtendienstes mit ausländischen Diensten sowie zu den Änderungen der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste kann ich auf Wunsch in der Anhörung mündlich Stellung nehmen. Die Konzentration meiner Stellungnahme auf die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung ist ausdrücklich nicht so zu verstehen, dass ich die anderen geplanten Normen in jeder Hinsicht für unbedenklich hielte.

Um die vorgesehenen Regelungen zu beurteilen, muss zunächst geklärt werden, welche Maßstäbe sich aus höherrangigem Recht für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung ergeben (unten I). Diese Maßstäbe sind sodann auf die einzelnen Regelungsvorschläge anzuwenden (unten II).

I. Maßgebliches höherrangiges Recht

Die Ausland-Ausland-Aufklärung greift entgegen einer dem Entwurf zugrundeliegenden, derzeit auch in der juristischen Literatur noch vertretenen Auffassung in das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG ein (unten 1). Die hieraus resultierenden verfassungsrechtlichen Anforderungen decken sich weitgehend mit den Anforderungen an strategische Beschränkungen der internationalen Telekommunikation, die das Bundesverfassungsgericht in seinem G 10-Urteil vom 14. Juli 1999 herausgearbeitet hat (unten 2). Daneben kann die Ausland-Ausland-Aufklärung auch an den Unionsgrundrechten auf Achtung des Privat- und Familienlebens und auf Datenschutz aus Art. 7 und Art. 8 GRCh sowie an dem allgemeinen unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV zu messen sein (unten 3).

Nicht erörtert werden im Folgenden denkbare völkerrechtliche Vorgaben an die Ausland-Ausland-Aufklärung, die sich insbesondere aus der Europäischen Menschenrechtskonvention und dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte ergeben können.¹ Denn es ist davon auszugehen, dass Grundgesetz und Unionsrecht tendenziell strengere Anforderungen errichten.

1. Ausland-Ausland-Aufklärung als Eingriff in das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG)

Der Entwurf geht ersichtlich von der Prämisse aus, dass die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nicht in das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG eingreift. Zwar verhält sich die Entwurfsbegründung hierzu nicht ausdrücklich. Diese Prämisse zeigt sich jedoch darin, dass der Entwurf das Fernmeldegeheimnis nicht als eingeschränktes Grundrecht zitiert, wie es Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG bei einer Eingriffsermächtigung verlangt. Sie entspricht auch der bekannten Rechtsauffassung des Bundesnachrichtendienstes und der Bundesregierung, denen zufolge das Fernmeldegeheimnis im Wesentlichen nur Personen, die sich in der Bundesrepublik aufhalten, sowie deutsche Staatsangehörige im Ausland schützt.² Das Bundesverfassungsgericht hat in

¹ Siehe hierzu die Stellungnahme des Sachverständigen E. Töpfer.

² Diese Darstellung der Rechtsauffassung von Bundesregierung und Bundesnachrichtendienst ist vereinfacht, für die Zwecke dieser Stellungnahme aber ausreichend. Eine nähere Schilderung findet sich bei K. Graulich, Bericht für den NSA-Untersuchungsausschuss, öffentliche Fassung, 2015, S. 41 ff.

seinem G 10-Urteil vom 14. Juli 1999 bekanntlich offengelassen, ob sich das Fernmeldegeheimnis darüber hinaus auf Ausländer im Ausland erstreckt.³

Ich halte diese Prämisse des Entwurfs für unzutreffend. Es gibt für sie kein überzeugendes Argument. Der Text des Grundgesetzes bietet keinen Anhaltspunkt dafür, Ausländer im Ausland vom Schutz des Fernmeldegeheimnisses auszunehmen.⁴ Art. 1 Abs. 3 GG bindet die deutsche öffentliche Gewalt umfassend an die Grundrechte. Art. 10 GG gewährleistet das Fernmeldegeheimnis allgemein, ohne Schutzgrenzen in territorialer oder persönlicher Hinsicht zu erwähnen. Dieser Befund schließt zwar nicht aus, bei der Interpretation dieses Grundrechts gleichwohl funktionale Schutzgrenzen zu bestimmen. Dies bedarf aber besonderer Begründung. Jedoch besteht auch in funktionaler Sicht kein Anlass, bei der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung einen Eingriff in Art. 10 GG zu verneinen.

Das Bundesverfassungsgericht nennt in seinem G 10-Urteil zwei Anknüpfungspunkte für funktionale Grenzen des Grundrechtsschutzes bei einem extraterritorial wirkenden Handeln der deutschen Staatsgewalt: die Grenzen der Verantwortung der deutschen Staatsgewalt sowie die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes.⁵ Beide geben nichts dafür her, die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses zu entziehen.⁶ Der Bundesnachrichtendienst führt bislang und nach der Konzeption des Gesetzentwurfs auch zukünftig die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung aufgrund eigener strategischer Entscheidungen selbstständig und eigenverantwortlich durch.⁷ Eine Abschwächung oder ein Ausschluss des Grundrechtsschutzes ist auch nicht erforderlich, um einen Verstoß gegen das Völkerrecht zu vermeiden. Völkerrechtlich ist die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung bestenfalls nicht verboten,⁸ mit Sicherheit aber weder geboten noch auch nur erwünscht.

Verfehlt ist daneben der in der Auseinandersetzung um die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung gelegentlich erhobene Vorwurf, wer den Bundesnachrichtendienst bei seiner Aufklärungstätigkeit an die deutschen Grundrechte binde, usurpiere Regelungskompetenzen ausländischer Staaten oder exportiere die deutschen Grundrechte in „imperialistischer“ Weise ins Ausland.⁹ Es geht bei der Bindung der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung an deutsche Grundrechte ausschließlich um das deutsche Recht, dem der Bundesnachrichtendienst als deutsche Behörde unterliegt, auch wenn er im Ausland tätig wird. Die Souveränitätsrechte ausländischer

³ Vgl. BVerfGE 100, 313 (364).

⁴ Hierauf verweist auch H.-J. Papier, NVwZ-Extra 1/2016, S. 1 (5).

⁵ BVerfGE 100, 313 (362 f.).

⁶ Näher zum Folgenden bereits M. Bäcker, Erhebung, Bevorratung und Übermittlung von Telekommunikationsdaten durch die Nachrichtendienste des Bundes, Gutachten für den NSA-Untersuchungsausschuss, 2014, S. 20 ff.

⁷ Vgl. für Kooperationen mit ausländischen Nachrichtendiensten die ausdrückliche Festlegung in § 14 Abs. 3 BNDG-E.

⁸ Vgl. zu möglichen Verstößen der geplanten Regelungen gegen Normen zum internationalen Menschenrechtsschutz die Stellungnahme des Sachverständigen E. Töpfer.

⁹ In diese Richtung etwa M. Löffelmann, recht + politik 6/2015, S. 4 f. Der Autor argumentiert ferner, wenn die Ausland-Ausland-Aufklärung als Grundrechtseingriff anzusehen wäre, müssten auch grundrechtliche Schutzpflichten gegenüber den Überwachungstätigkeiten ausländischer Staaten im Ausland entstehen. Dieses Argument geht fehl, da die sachliche und territoriale Reichweite von grundrechtlichen Abwehrrechten und grundrechtlichen Schutzpflichten ohne weiteres divergieren kann, grundrechtliche Schutzpflichten stets unter dem Vorbehalt des Möglichen stehen und auch solche Schutzpflichten mit dem Völkerrecht in Einklang gebracht werden müssen.

Staaten bleiben hierdurch unberührt.¹⁰ Wie die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nach dem Recht der betroffenen ausländischen Staaten zu beurteilen ist, ist mit einer solchen Grundrechtsbindung nicht gesagt. So können sich Bedienstete des Bundesnachrichtendienstes wegen einer Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung, die den Maßstäben des Grundgesetzes genügt, gleichwohl im betroffenen ausländischen Staat strafbar machen. Auch impliziert eine Grundrechtsbindung des Bundesnachrichtendienstes nicht, dass sich aus den deutschen Grundrechten gleichartige Bindungen für ausländische Nachrichtendienste ergäben. Allenfalls kann die Grundrechtsbindung des Bundesnachrichtendienstes in einer Diskussion mit Vertretern anderer Staaten ein Argument dafür liefern, dass diese anderen Staaten ähnliche Schutzstandards einführen mögen – ebenso wie man etwa mit dem Verbot der Folter und der Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik argumentieren kann, um sich weltweit gegen Folter und Todesstrafe auszusprechen. Eine Grundrechtsbindung der eigenen Bediensteten – mögen sie auch im Ausland tätig sein – und die damit ermöglichte Diskussion lassen sich schwerlich als unstatthafte Einmischung in die Angelegenheiten anderer Staaten ansehen.

Nur am Rande sei schließlich angemerkt, dass die dieser Position zugrundeliegende These des „Imperialismus-Verbots“ üblicherweise zumindest nicht völlig konsequent durchgehalten wird: Eine Grundrechtsbindung der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung wird abgelehnt, weil sie „imperialistisch“ daherkomme. Der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung selbst, mit welcher der Bundesnachrichtendienst unmittelbar auf die Kommunikation von Ausländern im Ausland zugreift, wird dieser Vorwurf von den Vertretern dieser These üblicherweise nicht gemacht.

Ein in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bislang nicht anerkanntes, aber näher erörterungsbedürftiges Argument für eine funktionale Grenze des Fernmeldegeheimnisses findet sich hingegen in dem Eckpunktepapier der SPD-Bundestagsfraktion, das zu dem Entwurf geführt hat. Dort heißt es:

„Die Schutzwirkung des Fernmeldegeheimnisses ist dort am stärksten, wo ein Mensch unmittelbar und in vollem Umfang der staatlichen Gewalt unterworfen ist, die in seine Rechte eingreift. Im Rahmen einer Abwägung mit den legitimen Sicherheitsinteressen sind daher die Nationalität der Kommunizierenden, der Ort der Erfassung der Kommunikation und der Ort ihrer Verarbeitung, Speicherung und Nutzung zu beachten. Die Erfassung reiner Ausland-Auslands-Kommunikation durch den BND [...] ist von einer grundlegend anderen Sach- und Interessenlage gekennzeichnet als eine Inlandserfassung. Art. 10 GG darf deshalb in Abwägung mit den zu schützenden hochrangigen Rechtsgütern nicht eindimensional als auch im Ausland geltendes subjektives Abwehrrecht missverstanden werden.“¹¹

Dieses Argument lässt sich so reformulieren: Weil Ausländer, die sich im Ausland aufhalten, der deutschen Hoheitsgewalt nicht in vergleichbarem Maße unterworfen sind wie Personen im Inland oder deutsche Staatsangehörige im Ausland, genießen sie auch nur einen verminderten Schutz des Fernmeldegeheimnisses.

¹⁰ F. Becker, NVwZ 2015, S. 1335 (1339); H.-J. Papier, NVwZ-Extra 1/2016, S. 1 (6); M. Payandeh, DVBl 2016, S. 1073 (1075).

¹¹ SPD-Bundestagsfraktion, Rechtsstaat wahren – Sicherheit gewährleisten!, Eckpunkte für eine grundlegende Reform der Strategischen Fernmeldeaufklärung des BND mit internationaler Vorbildwirkung, S. 7; ähnlich die Stellungnahmen der Sachverständigen K. Gärditz und H. Wolff.

Nicht überzeugend wäre es dabei, pauschal die Einwirkungsmöglichkeiten der deutschen Staatsgewalt auf Personen im Inland, deutsche Staatsangehörige im Ausland und Ausländer im Ausland zu vergleichen. Es trifft sicher zu, dass Personen im Inland generell in stärkerem Maße der deutschen Staatsgewalt unterworfen sind als Ausländer im Ausland. So müssen sie Einkommensteuer bezahlen, unterliegen bei der Teilnahme am Straßenverkehr dem deutschen Straßenverkehrsrecht oder haben unter bestimmten Voraussetzungen Ansprüche auf Sozialleistungen. All dies sind grundrechtlich relevante Vorgänge, die Ausländer im Ausland zumindest in aller Regel nicht betreffen.

Bei der Diskussion um die grundrechtliche Einordnung der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung geht es jedoch um eine Schutzgrenze des Fernmeldegeheimnisses und nicht der deutschen Grundrechte allgemein. Die territoriale und personale Reichweite des Grundrechtsschutzes lässt sich sinnvoll nur grundrechtsspezifisch diskutieren. So steht die territoriale Beschränkung der Freizügigkeitsgarantie des Art. 11 GG auf das Bundesgebiet nicht der unstrittigen Annahme entgegen, dass zumindest deutsche Staatsbürger auch im Ausland durch das Fernmeldegeheimnis geschützt sind. Die von der Bundesregierung und dem Bundesnachrichtendienst vertretene Begrenzung des Fernmeldegeheimnisses sagt nichts darüber aus, ob sich Ausländer im Ausland gegenüber der deutschen Staatsgewalt auf die durch Art. 2 Abs. 2 GG gewährleisteten Rechte auf Leben, körperliche Unversehrtheit und Freiheit der Person oder auf die durch Art. 5 Abs. 1 GG garantierten Kommunikationsfreiheiten berufen können. Um zu beurteilen, ob das Fernmeldegeheimnis aus funktionalen Gründen in territorialer und personaler Hinsicht begrenzt ist, muss daher auf solche Einwirkungsmöglichkeiten der deutschen Staatsgewalt abgestellt werden, die im Zusammenhang mit Überwachungen der Fernkommunikation stehen.

Wird demnach allein die Stellung der unterschiedlichen Personengruppen gegenüber Telekommunikationsüberwachungen durch deutsche Hoheitsträger betrachtet, so befremdet das Argument des Eckpunktepapiers auf den ersten Blick. Zumindest die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung vom Inland aus, die primärer Gegenstand des Entwurfs ist, zeichnet sich gerade dadurch aus, dass hoheitliche Mittel eingesetzt werden, um die Überwachung zu ermöglichen. Namentlich sollen die Telekommunikationsunternehmen durch § 8 BNDG-E verpflichtet werden, an der Überwachung mitzuwirken. Hinsichtlich der Vertraulichkeit ihrer Fernkommunikation sind daher Ausländer im Ausland, deren Telekommunikationsverkehr durch die Bundesrepublik geleitet wird und so einem Zugriff des Bundesnachrichtendienstes offensteht, der deutschen Staatsgewalt in gleicher Weise unterworfen wie Personen im Inland.¹²

Damit das Argument des Eckpunktepapiers überhaupt Sinn ergeben kann, muss es darum nicht auf die Überwachung selbst, sondern auf mögliche Folgemaßnahmen bezogen werden. Der grundrechtliche Schutz des Fernmeldegeheimnisses entfielen demnach für Ausländer im Ausland deshalb, weil sie im Anschluss an die Überwachung nicht oder zumindest nicht annähernd im selben Ausmaß wie Personen im Inland oder wie deutsche Staatsangehörige im Ausland mit weiteren Grundrechtseingriffen durch staatliche Stellen der Bundesrepublik zu rechnen haben.

¹² Wie hier K. Gärditz, Die Verwaltung 48 (2015), S. 463 (479), der daher in dieser Fallkonstellation einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis bejaht, wenn einzelne Kommunikationsteilnehmer individualisiert werden; anders nunmehr anscheinend die sachverständige Stellungnahme des Autors.

Für diesen Ansatz lässt sich vorbringen, dass das Fernmeldegeheimnis als besondere Garantie der informationellen Privatheit zumindest auch einen Schutz vor Grundrechtsgefährdungen enthält. Ähnlich wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verlagert das Fernmeldegeheimnis den grundrechtlichen Schutz der (äußeren) Verhaltensfreiheit vor, weil sich der Einzelne gegen belastende Folgemaßnahmen, die an einen Eingriff in dieses Grundrecht anschließen, ansonsten nicht durchweg wirksam wehren könnte.¹³ Es ist darum plausibel, bei der Interpretation von Art. 10 GG zu berücksichtigen, ob und welche Folgeeingriffe dem Betroffenen im Anschluss an eine Beschränkung des Fernmeldegeheimnisses bei typisierender Betrachtung drohen.¹⁴

Unplausibel ist es hingegen, auf dieser Grundlage Ausländern im Ausland den Schutz des Fernmeldegeheimnisses vollständig zu versagen, indem bei der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung schon ein Eingriff in dieses Grundrecht verneint wird.¹⁵ Denn diesem Personenkreis drohen aufgrund der Überwachung partiell andere, tendenziell seltenere, nicht aber nur völlig unerhebliche Nachteile.

Aufklärungsmaßnahmen einer deutschen staatlichen Stelle, die sich auf die Telekommunikation von Ausländern im Ausland beziehen, bleiben für die einzelnen Betroffenen nicht von vornherein typischerweise ohne nachteilige Folgen. Solche Maßnahmen können nicht nur zu außenpolitischen Entscheidungen führen, welche die Lebensgestaltung der Betroffenen mittelbar massiv beeinträchtigen können, etwa Entscheidungen über wirtschaftliche Sanktionen oder über einen Auslandseinsatz der Bundeswehr. Sie können auch zu unmittelbar gegen bestimmte Einzelpersonen oder Personengruppen gerichteten Folgemaßnahmen führen, die als Grundrechtseingriffe erheblicher Intensität anzusehen sind. Beispielfhaft seien genannt Einreiseverbote, gezielte Finanzsanktionen (*smart sanctions*) oder Strafverfolgungsmaßnahmen wegen Auslandstaten, die gemäß §§ 5 ff. StGB dem deutschen Strafrecht unterfallen. Soweit Erkenntnisse aus einer Telekommunikationsüberwachung genutzt werden, um konkrete Kampfeinsätze der Bundeswehr zu planen, geht es sogar um Folgeeingriffe, die im innerstaatlichen Bereich praktisch keine Entsprechung finden. Außerhalb des Notstandsfalls¹⁶ können nur Personen im Ausland mit Vertretern der deutschen Staatsgewalt konfrontiert werden, die Kriegswaffen gegen sie einsetzen. Schließlich können Maßnahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung für die Betroffenen schwerwiegende Folgen haben, wenn die erhobenen Daten an ausländische Stellen weitergeleitet werden.

¹³ Näher M. Bäcker, Der Staat 51 (2012), S. 91 (95 ff.).

¹⁴ Vgl. im Zusammenhang mit der Eingriffsintensität etwa BVerfGE 100, 313 (376); 107, 299 (320); 125, 260 (320).

¹⁵ In dem Eckpunktepapier der SPD-Bundestagsfraktion heißt es, Art. 10 GG wirke gegenüber der Ausland-Ausland-Aufklärung zwar nicht als Eingriffsabwehrrecht, jedoch als „objektiv-rechtlicher Schutzauftrag“. Diese inkonsequent wirkende These ist auch grundrechtsdogmatisch zweifelhaft. Objektiv-rechtliche Schutzaufträge begründen Handlungspflichten, die über die hergebrachten abwehrrechtlichen Unterlassungspflichten hinausgehen. Sie verpflichten den Staat etwa dazu, Schutz gegen Übergriffe Dritter zu gewährleisten, rechtliche Institutionen zu schaffen und auszugestalten oder eine Teilhabe an staatlichen Einrichtungen zu ermöglichen. Bei der Ausland-Ausland-Aufklärung verkürzt der Bundesnachrichtendienst hingegen die Vertraulichkeit der Fernkommunikation unmittelbar und mit hoheitlichen Mitteln. Hiergegen hilft keine Handlungs-, sondern eine Unterlassungspflicht. Wenn Art. 10 GG die Ausland-Ausland-Aufklärung überhaupt erfasst, dann nur in seiner Ausprägung als Abwehrrecht.

¹⁶ Art. 87a Abs. 4 GG.

Zudem soll das Fernmeldegeheimnis nicht nur als grundrechtlicher Vorfeldschutz Gefährdungen der äußeren Freiheit des Einzelnen abschirmen. Dieses Grundrecht dient – wiederum ähnlich wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung – auch dazu, die innere Freiheit zu schützen und die Unbefangenheit der Fernkommunikation zu bewahren. Das Bundesverfassungsgericht hat dementsprechend in seiner jüngeren Rechtsprechung die Einschüchterungseffekte hervorgehoben, die gerade breit streuende Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis bewirken können.¹⁷ Dass solche Einschüchterungseffekte auch von der Erwartung ausgehen können, durch ausländische Nachrichtendienste überwacht zu werden, zeigt die weltweite Diskussion um die Überwachungstätigkeit von Nachrichtendiensten aus dem angelsächsischen Sprachraum seit den Enthüllungen *Edward Snowdens*. Insbesondere die Überwachungstätigkeit des Bundesnachrichtendienstes dürfte wegen dessen Aufgabe als Auslandsnachrichtendienst und wegen der Beschränkung strategischer Überwachungen auf die internationale und ausländische Kommunikation die innere Freiheit von Ausländern im Ausland sogar deutlich schwerwiegender beeinträchtigen als die innere Freiheit von Personen, die sich in der Bundesrepublik aufhalten.

Insgesamt sprechen daher die besseren Gründe gegen eine territoriale und personale Begrenzung des Fernmeldegeheimnisses. Staatliche Stellen der Bundesrepublik haben dieses Grundrecht vielmehr unabhängig vom Ort ihres Handelns wie auch vom Ort der betroffenen Fernkommunikation zu beachten. Die in §§ 6 ff. BNDG-E vorgesehenen Aufklärungsmaßnahmen sind dementsprechend als Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 10 GG anzusehen.¹⁸

2. Anforderungen des Fernmeldegeheimnisses an die Ausland-Ausland-Aufklärung

Das Fernmeldegeheimnis errichtet unterschiedliche Anforderungen an unterschiedliche Eingriffsmaßnahmen unterschiedlicher Behörden zu unterschiedlichen Zwecken. Bei der Konkretisierung dieser Anforderungen – und nicht bei der harten Ja-Nein-Frage, ob ein Grundrechtseingriff vorliegt – sind die besonderen Eigenschaften der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung zu berücksichtigen. Hierbei handelt es sich vor allem um zwei Eigenschaften: Die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung verfolgt ein strategisches Erkenntnisziel, das sich auf Vorgänge im Ausland bezieht, und sie richtet sich nur gegen Ausländer, die sich im Ausland aufhalten.

Zu den grundrechtlichen Auswirkungen des spezifischen Erkenntnisziels einer strategischen Fernmeldeaufklärung hat das Bundesverfassungsgericht in seinem G 10-Urteil umfassend Stellung bezogen. Danach ist die strategische Beschränkung des internationalen Fernmeldeverkehrs im Aufgabenbereich des Bundesnachrichtendienstes grundsätzlich hinnehmbar, obwohl eine breit gestreute verdachtslose Telekommunikationsüberwachung zur Verdachtsgewinnung etwa im Polizei- oder Strafprozessrecht von Verfassungen wegen nicht erlaubt werden dürfte. Denn die Auslandsaufklärung solle nicht vornehmlich personenbezogene Gefahren- und Verdachts-

¹⁷ BVerfGE 100, 313 (381); 125, 260 (320).

¹⁸ Wie hier zumindest für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung die mittlerweile überwiegende Auffassung in der juristischen Literatur, etwa F. Becker, NVwZ 2015, S. 1335 (1339); M. Lachenmann, DÖV 2016, S. 501 (505); B. Huber, ZRP 2016, S. 162 (163); M. Payandeh, DVBl 2016, S. 1073 (1076). Nach H.-J. Papier, NVwZ-Extra 1/2016, S. 1 (3) wird die Rechtsauffassung der Bundesregierung und des Bundesnachrichtendienstes „in der rechtswissenschaftlichen Literatur nahezu einhellig abgelehnt“.

situationen ermitteln. Sondern sie solle Erkenntnisse über das Ausland von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik gewinnen, um der Bundesregierung eine Informationsbasis für außenpolitische Entscheidungen zu liefern. Allerdings bedürfe auch die Telekommunikationsüberwachung zu Zwecken der Auslandsaufklärung materieller Voraussetzungen und verfahrensrechtlicher Sicherungen, um verfassungskonform zu sein.¹⁹ Eine „globale und pauschale Überwachung“ lasse das Grundgesetz auch zu Zwecken der Auslandsaufklärung nicht zu.²⁰

Diese Aussagen²¹ lassen sich weitgehend auf die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung übertragen.²² Prinzipiell besteht kein Anlass, von dem Erfordernis materieller Voraussetzungen und verfahrensrechtlicher Sicherungen deshalb abzurücken, weil die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung sich anders als die im G 10 geregelte strategische Beschränkung ausschließlich gegen Ausländer im Ausland richtet.²³ Insbesondere kann die strategische Beschränkung nach dem G 10 nicht als inländische Überwachungsmaßnahme begriffen werden, an die deshalb höhere grundrechtliche Anforderungen zu stellen wären als an die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung.²⁴ Das G 10 konzipiert die strategische Beschränkung gerade als Maßnahme der Auslandsaufklärung im Aufgabenbereich des Bundesnachrichtendienstes.²⁵ Ihr Erkenntnisziel besteht ebenso wie bei der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung darin, außen- und sicherheitspolitisch bedeutsame Informationen für eine spezifisch politische Verwendung zu gewinnen. Dieses besondere Erkenntnisziel ist der entscheidende Grund dafür, dass der verdachtslose Überwachungsansatz verfassungsrechtlich akzeptabel ist, der beiden Maßnahmen gleichermaßen zugrunde liegt. Zugleich liegt darin, dass die verdachtslose Überwachung überhaupt hingenommen wird, im Vergleich zu anderen Aufklärungsmaßnahmen bereits eine beträchtliche Absenkung des grundrechtlichen Schutzniveaus. Tragfähige Gründe für eine weitere grundsätzliche Differenzierung im Schutzniveau je nachdem, ob die Überwachung sich (nur) gegen Ausländer im Ausland oder (auch) gegen Personen im Inland bzw. gegen deutsche Staatsangehörige richtet, sind nicht erkennbar. Das strategische Erkenntnisziel birgt für alle betroffenen

¹⁹ BVerfGE 100, 313 (382 ff.).

²⁰ BVerfGE 100, 313 (376).

²¹ Jenseits des Horizonts dieser Stellungnahme liegt die Frage, ob die Aussagen des G 10-Urteils einer Revision bedürfen. Hierfür lassen sich eine Reihe von Gründen anführen: Aufgrund der technischen Entwicklung lassen sich Telekommunikationsdaten heute in einem Ausmaß und mit einem Informationswert analysieren, die sich von den damaligen Rahmenbedingungen der strategischen Beschränkung kategorial unterscheiden. Gleichzeitig hat sich die Telekommunikation zu einer Basisinfrastruktur entwickelt, die neben der Individualkommunikation zahlreiche weitere Lebensbereiche umfängt; entsprechend ist die Sensibilität von Telekommunikationsdaten noch erheblich gestiegen. Die von dem Bundesverfassungsgericht hervorgehobenen Sicherungen sind heute teils technisch kaum noch operationalisierbar und laufen teils weitgehend leer. Schließlich erscheint zumindest heute die Annahme fragwürdig, die strategische Beschränkung fokussiere auf politische Informationen und nicht auf Einzelpersonen; mit Blick auf Gefahrenbereiche wie den internationalen Terrorismus dürfte das Gegenteil der Fall sein. Vgl. zuletzt für eine „Deprivilegierung der Geheimdienste“ B. Wegener, VVDStRL 75 (2016), S. 293 (312 ff.).

Diese Gesichtspunkte können hier außer Betracht bleiben, weil sie durchweg auf eine Verschärfung der Anforderungen aus dem G 10-Urteil hinauslaufen, der Gesetzentwurf aber schon die damals errichteten Anforderungen klar verfehlt, wie im Folgenden auszuführen ist.

²² Wie hier B. Huber, NJW 2013, S. 2572 (2575); wohl auch H.-J. Papier, NVwZ-Extra 1/2016, S. 1 (13).

²³ Gegen eine generell „abgeschwächte Grundrechtsgeltung“ in Fällen mit Auslandsbezug M. Payandeh, DVBl 2016, S. 1073 (1074 f.).

²⁴ So anscheinend K. Gärditz, Die Verwaltung 48 (2015), S. 463 (480 f.).

²⁵ Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 G 10.

Personengruppen vergleichbare Risiken. Hinsichtlich des Primärziels der strategischen Aufklärung, außenpolitische Maßnahmen der Bundesregierung vorzubereiten, sind die Risiken für Ausländer im Ausland sogar typischerweise am höchsten.

Gegen kategorial unterschiedliche Schutzniveaus des Fernmeldegeheimnisses für Personen im Inland und deutsche Staatsangehörige einerseits und Ausländer im Ausland andererseits spricht zudem, dass sich diese Personengruppen beim heutigen Stand der Technik im Rahmen einer Überwachung nicht mehr zuverlässig auseinanderhalten lassen. Bei der paketvermittelten Übertragung kann vielfach schon die Herkunft, vor allem aber das Ziel eines Datenpakets nicht mehr trennscharf im In- oder im Ausland verortet werden. Noch weniger lässt sich die Staatsangehörigkeit von Sender und Empfänger des Datenpakets bestimmen. Eine Filterung von inländischen Telekommunikationsverkehren, wie sie der an die vermeintliche grundrechtliche Differenzierung anknüpfende Regelungsansatz des Gesetzentwurfs voraussetzt,²⁶ kann allenfalls auf ausgesprochen grobkörnigen Faustregeln beruhen. Die jüngst veröffentlichte Schilderung des in der Praxis eingesetzten DAFIS-Filtersystems bestätigt dies.²⁷ Beispielsweise lässt der Umstand, dass eine E-Mail von einer Adresse der Domain outlook.com an eine Adresse der Domain gmx.net versendet wurde und der Text der E-Mail mit arabischer Zeichencodierung verfasst ist, nur sehr vage und unzuverlässige Schlüsse auf Staatsangehörigkeiten und Aufenthaltsorte von Sender und Empfänger zu. Selbst nach der Auswertung werden sich erhobene Telekommunikationsverkehre vielfach nicht klar verorten lassen. Auch wenn man daher auf der rein normativen Ebene davon ausginge, dass sich eine generelle Differenzierung im grundrechtlichen Schutzniveau zwischen den unterschiedlichen Personengruppen begründen lässt, müsste gleichwohl aus tatsächlichen Gründen jede Ermächtigung zur Ausland-Ausland-Aufklärung beachten, dass mit einem strukturell bedingten und durchaus erheblichen Anteil von erfassten Verkehren zu rechnen ist, für die das höhere Schutzniveau greift, ohne dass sich dies feststellen ließe. Dies würde nahelegen, im Sinne eines grundrechtlichen Schutzes vor absehbaren und unvermeidbaren Kollateralschäden für die Ausland-Ausland-Aufklärung materielle und verfahrensrechtliche Sicherungen zu fordern, die zumindest nahe an den Anforderungen an Beschränkungen des internationalen Fernmeldeverkehrs liegen, wie sie das G 10 vorsieht.

Allerdings können Differenzierungen im grundrechtlichen Schutzniveau zwischen Personen im Inland bzw. deutschen Staatsangehörigen und Ausländern im Ausland punktuell begründet sein. Es ist denkbar, dass bestimmte grundrechtliche Anforderungen, die für Personen im Inland entwickelt worden sind, auf Ausländer im Ausland nicht passen oder sich ihnen gegenüber sogar kontraproduktiv erweisen. Für die Telekommunikationsüberwachung sind insbesondere die Anforderungen an die Transparenz von Überwachungen zu nennen, die im Inland grundsätzlich gebieten, eine nachträgliche Benachrichtigung des Betroffenen einer Überwachung zu gewährleisten.²⁸ Eine Benachrichtigung von Ausländern im Ausland könnte jedoch in Konflikt mit den territorialen Hoheitsrechten des Aufenthaltsstaats des Betroffenen geraten und – vor allem –

²⁶ Explizit § 15 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BNDG-E.

²⁷ Vgl. K. Graulich, Bericht für den NSA-Untersuchungsausschuss, öffentliche Fassung, 2015, S. 27 ff.

²⁸ Vgl. zuletzt BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 - 1 BvR 966/09, 1140/09 -, Rn. 136.

Betroffene in manchen Staaten sogar massiv gefährden. Angesichts dessen ist das grundrechtliche Transparenzgebot zurückzunehmen, was wiederum gleichfalls hinzunehmende Folgen für die faktischen Rechtsschutzmöglichkeiten der Betroffenen hat.

3. Unionsgrundrechte und unionsrechtliches Diskriminierungsverbot

Die vorgesehenen Ermächtigungen zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung dürften des Weiteren auch an den Unionsgrundrechten auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 7 GRCh) sowie auf Datenschutz zu messen sein (Art. 8 GRCh). Soweit der Entwurf in § 6 Abs. 3 BNDG-E und daran anknüpfenden weiteren Normen vorsieht, Unionsbürgerinnen und Unionsbürger gegenüber der Fernmeldeaufklärung zwar günstiger zu stellen als andere Ausländer im Ausland, aber ungünstiger als deutsche Staatsangehörige im Ausland (vgl. § 6 Abs. 4 BNDG-E), dürfte er darüber hinaus an dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV zu messen sein.

Es spricht viel dafür, dass sowohl die Unionsgrundrechte als auch das allgemeine Diskriminierungsverbot die geplanten Ermächtigungen erfassen. Zwar sind die Mitgliedstaaten gemäß Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh an die Unionsgrundrechte nur gebunden, soweit sie das Unionsrecht durchführen. In ähnlicher Weise verbietet Art. 18 AEUV Diskriminierungen von Unionsbürgern aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nur im Anwendungsbereich der Verträge. Diese Anwendungsvoraussetzungen scheinen auf den ersten Blick nicht gegeben zu sein, da die Europäische Union keine Regelungen über Aufklärungsmaßnahmen der mitgliedstaatlichen Nachrichtendienste geschaffen hat. Vielmehr verbleibt die nationale Sicherheit, zu deren Schutz die Nachrichtendienste berufen sind, nach Art. 4 Abs. 2 Satz 3 EUV in der alleinigen Verantwortung der Mitgliedstaaten.

Jedoch legt der Europäische Gerichtshof die Erfordernisse einer Durchführung des Unionsrechts bzw. einer Diskriminierung im Anwendungsbereich der Verträge seit langem weit aus. Insbesondere ist der Anwendungsbereich des Unionsrechts danach bereits eröffnet, wenn eine mitgliedstaatliche Maßnahme eine der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des AEUV beschränkt.²⁹ In einem solchen Fall sind auch die Unionsgrundrechte anzuwenden.³⁰ Hinzu kommt, dass der Europäische Gerichtshof die Grundfreiheiten wiederum als weit gefasste Beschränkungsverbote versteht, die prima facie bereits gegen potenzielle Hemmnisse des freien Wirtschaftsverkehrs in der Union schützen. Der Gerichtshof hat eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten dementsprechend bereits in Sachverhalten bejaht, die nur einen recht vagen Bezug zum Austausch von Gütern und Dienstleistungen innerhalb der Europäischen Union aufwiesen.³¹

Es dürften sich Sachverhalte ausmachen lassen, in denen die vorgesehenen Aufklärungsbefugnisse des Bundesnachrichtendienstes Beschränkungen des freien Wirtschaftsverkehrs errichten

²⁹ Vgl. die Nachweise zur Rechtsprechung bei A. Epiney, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 18 AEUV Rn. 18.

³⁰ Die ständige Rechtsprechung mit Blick auf Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh bestätigend EuGH, Urteil vom 30. April 2014, Rs. C-390/12 (Pfleger), Rn. 35.

³¹ Vgl. beispielhaft EuGH, Urteil vom 30. März 1993, Rs. C-168/91 (Konstantinidis), Rn. 12 ff.; Urteil vom 24. November 1998, Rs. C-274/96 (Bickel und Franz), Rn. 15 f.

oder zumindest – was ausreicht – errichten können. Beispielsweise könnte ein Telekommunikationsunternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union, das mit einem deutschen Unternehmen einen Vertrag über die Durchleitung von Telekommunikationsverkehren durch die Bundesrepublik schließen möchte, hiergegen wegen der Ermächtigung des Bundesnachrichtendienstes zur Ausland-Ausland-Aufklärung Bedenken haben. Oder ein Unionsbürger könnte sich darin gehemmt sehen, internetbasierte Dienste aus einem anderen Mitgliedstaat in Anspruch zu nehmen, weil er eine Überwachung durch den Bundesnachrichtendienst befürchtet. In beiden Fällen ließe sich eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV begründen. Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV könnte etwa vorliegen, wenn ein Telekommunikationsunternehmen aus dem EU-Ausland Netzinfrastruktur in der Bundesrepublik errichten will, sich daran aber wegen der durch § 8 BNDG-E begründeten Verpflichtung gehindert sieht, an der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung mitzuwirken.

Im Folgenden beschränke ich meine Stellungnahme gleichwohl weitgehend auf das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG, da sich auf dieser Grundlage die meiner Ansicht nach zentralen grundrechtlichen Fragen umfassend abarbeiten lassen, die der Entwurf aufwirft. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den Unionsgrundrechten wird punktuell herangezogen, soweit sie grundrechtliche Maßstäbe im Vergleich zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts konkretisiert oder verschärft hat. Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV bleibt im Folgenden außer Betracht, da meiner Ansicht nach die vorgesehenen Regelungen auch unabhängig von der Ungleichbehandlung von deutschen Staatsangehörigen und Unionsbürgern dem höherrangigen Recht widersprechen.

II. Beurteilung der vorgesehenen Ermächtigungen

Die vorgesehenen Regelungen über die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung verfehlen die grundrechtlichen Anforderungen aus Art. 10 GG in allen wesentlichen Punkten. Dies gilt für die allgemeinen Regelungen über die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung in §§ 6 ff. BNDG-E (unten 1) ebenso wie für die Kooperationsregelungen in §§ 13 ff. BNDG-E (unten 2). Der Entwurf verfehlt zudem das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG (unten 3).

1. Aufklärungsmaßnahmen des Bundesnachrichtendienstes (§§ 6 ff. BNDG-E)

Die vorgesehene Ermächtigung des Bundesnachrichtendienstes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung verletzt das Fernmeldegeheimnis, weil sie unzureichende materielle Voraussetzungen für die Überwachung errichtet, die Durchführung der Überwachung nicht durch hinreichende Schutzvorkehrungen anleitet und keine hinreichenden Kontrollmechanismen vorsieht. Zudem enthält der Entwurf keine verfassungsrechtlich tragfähigen Ermächtigungen zur Übermittlung der personenbezogenen Daten, die durch eine Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung gewonnen wurden.

a) Materielle Voraussetzungen der Überwachung

Der Entwurf bindet die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nicht an hinreichende materielle Voraussetzungen. Da die Überwachung verdachtslos erfolgt, kommt es insoweit auf ihre Ziele an. Indem eine gesetzliche Ermächtigung zu strategischen Telekommunikationsüberwa-

chungen bestimmte Aufklärungsziele vorgibt, grenzt sie mittelbar auch das Ausmaß der Überwachung ein.³² Diese Aufklärungsziele müssen hinreichend gewichtig sein, um eine strategische Beschränkung zu rechtfertigen.³³ Dementsprechend begrenzt § 5 Abs. 1 Satz 3 G 10 strategische Beschränkungen der internationalen Telekommunikation darauf, bestimmte Gefahrenbereiche aufzuklären.³⁴

Demgegenüber erklärt § 6 Abs. 1 Satz 1 BNDG-E den gesamten Aufgabenbereich des Bundesnachrichtendienstes zum tauglichen Überwachungsziel.³⁵ Bereits die in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 genannten Ziele, Gefahren für die innere und äußere Sicherheit der Bundesrepublik zu erkennen und die Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik zu wahren, sind äußerst weit formuliert. Dies zeigt bereits eine Gegenprobe: Es sind kaum Informationen denkbar, die nicht in irgendeiner Weise dazu beitragen können, die Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik zu stärken. Das in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BNDG-E aufgeführte Ziel, Erkenntnisse von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung zu gewinnen, deckt sich schließlich sogar wörtlich mit der Aufgabenbestimmung des § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG. Keine wirksame Begrenzung liegt dabei darin, dass eine Überwachung nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BNDG-E sich auf Vorgänge beziehen muss, die das Bundeskanzleramt im Einvernehmen mit weiteren Ressorts bestimmt hat. Wie die Entwurfsbegründung erläutert, wird damit lediglich auf das Auftragsprofil der Bundesregierung verwiesen,³⁶ das der Bundesnachrichtendienst ohnehin stets zu beachten hat.

Eine Begrenzung der Überwachung auf bestimmte Staaten oder Regionen sieht § 6 Abs. 1 BNDG-E gleichfalls nicht vor. Auch wenn das Auftragsprofil für die Aufklärungstätigkeit des Bundesnachrichtendienstes bestimmte regionale Schwerpunkte benennt, wird sich in der Regel begründen lassen, dass anderenorts gleichfalls profilrelevante Erkenntnisse gewonnen werden können. Dies zeigt sich an der Praxis der strategischen Beschränkungen nach dem G 10. Trotz des weitaus engeren Katalogs von Aufklärungszielen erstreckt sich die Überwachung auf internationale Telekommunikationsbeziehungen³⁷ mit großen Teilen der Welt. So wurden im Jahr 2010 allein im Gefahrenbereich des internationalen Terrorismus Telekommunikationsverkehre in und aus 150 Staaten und weiteren 46 Regionen beschränkt.³⁸

Es liegt fern, dem gesamten Aufgabenbereich des Bundesnachrichtendienstes ein solches Gewicht zuzumessen, dass eine strategische Telekommunikationsüberwachung immer gerechtfertigt

³² BVerfGE 100, 313 (384).

³³ So hat das Bundesverfassungsgericht die damals zu beurteilende Ermächtigung zu strategischen Beschränkungen der internationalen Telekommunikation insoweit beanstandet, als sie Beschränkungen auch ermöglichte, um Geldfälschungen zu erkennen, BVerfGE 100, 313 (384 f.).

³⁴ Diese Gefahrenbereiche sind teilweise bedenklich weit formuliert, dies ist jedoch im Rahmen dieser Stellungnahme nicht zu vertiefen, vgl. zu § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 8 G 10 M. Bäcker, Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes vom 2. Juni 2015, S. 11 f.

³⁵ So ausdrücklich auch die Entwurfsbegründung, BT-Drs. 18/9041, S. 22: „Absatz 1 konkretisiert [...] den gesetzlichen Aufklärungsauftrag [...], engt ihn aber nicht ein.“

³⁶ BT-Drs. 18/9041, S. 22.

³⁷ § 5 Abs. 1 Satz 1 G 10.

³⁸ BVerwG, Urteil vom 28. Mai 2014 - 6 A 1.13 -, Rn. 30.

tigt werden könnte. Ohne weitere Differenzierungen und Begrenzungen der zulässigen Aufklärungsziele kann eine Ermächtigung zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nicht verfassungskonform sein.

b) Durchführung der Überwachung

Der Entwurf enthält zudem für die Durchführung der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung keine hinreichenden Vorgaben, um die Überwachung auf ein grundrechtsverträgliches Ausmaß zu begrenzen.

Quantitativ ermöglichen §§ 6 ff. BNDG-E eine extrem weitreichende Überwachung. Nach diesen Vorschriften darf der Bundesnachrichtendienst letztlich praktisch alle Ausland-Ausland-Telekommunikationsverkehre erfassen und auswerten, derer er habhaft werden kann. Eine quantitative Begrenzung, wie sie in § 10 Abs. 4 Sätze 3 und 4 G 10 vorgesehen ist, findet sich nicht. Eine Grenze der Überwachung ergibt sich allein aus den Erfassungsmöglichkeiten und Auswertungskapazitäten des Bundesnachrichtendienstes.³⁹ Diese faktische Grenze, die dem technischen und sicherheitspolitischen Wandel unterworfen ist und sich in Zukunft ohne Gesetzesänderung erheblich verschieben könnte, kann eine rechtliche Überwachungsschranke nicht ersetzen.

Auch aus der in § 6 Abs. 1 Satz 2 BNDG-E vorgesehenen Anordnung durch das Bundeskanzleramt ergeben sich keine wirksamen Grenzen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung. Die Anordnung hat allein zum Gegenstand, aus welchen Telekommunikationsnetzen der Bundesnachrichtendienst Daten erheben darf. Die vorgesehene Anordnung ist damit sehr unvollständig und kann zudem sehr unpräzise gefasst werden.

Unvollständig ist die Anordnung, weil sie – anders als die in § 10 G 10 vorgesehene Beschränkungsanordnung – das konkrete Überwachungsziel nicht verbindlich vorgibt. Hieran ändert das in § 9 Abs. 1 Nr. 1 BNDG-E enthaltene Begründungserfordernis nichts, da der Gegenstand der Anordnung durch § 6 Abs. 1 Satz 2 BNDG-E abschließend bestimmt wird. Der Bundesnachrichtendienst darf somit aus den angeordneten Telekommunikationsnetzen Daten zu beliebigen Zielen innerhalb seines Aufgabenbereichs erheben, auch soweit diese Ziele nicht in der Anordnung vorkommen.

Zudem kann die Anordnung sehr unpräzise gefasst werden, da sie sich auf Telekommunikationsnetze und nicht – wie in § 10 Abs. 4 Satz 2 G 10 geregelt – auf einzelne Übertragungswege bezieht. Der in § 3 Nr. 27 TKG legaldefinierte Begriff⁴⁰ des Telekommunikationsnetzes ist ein Bündelbegriff, der praktisch beliebigen Abstraktionen zugänglich ist. § 6 Abs. 1 Satz 2 BNDG-E ermöglicht dementsprechend Anordnungen auf einer sehr hohen Abstraktionsstufe (beispielsweise: Datenerhebung aus dem Netz der Deutschen Telekom), die dem Bundesnachrichtendienst praktisch unbegrenzte Freiräume für die Gestaltung der Überwachung einräumen.

Angesichts des begrenzten Gegenstands und der potenziell unpräzisen Formulierung der Anordnung sowie wegen der weiten Fassung der Überwachungsziele trägt auch die in § 9 Abs. 3

³⁹ Hierauf verweist ausdrücklich die Entwurfsbegründung, BT-Drs. 18/9041, S. 26.

⁴⁰ Auf diese Legaldefinition verweist auch die Entwurfsbegründung, BT-Drs. 18/9041, S. 22 f.

BNDG-E vorgesehene Befristung der Anordnung nicht dazu bei, die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung rechtsstaatlich einzuhegen. Irgendein Grund für die Aufklärung wird sich immer finden lassen. Mehr verlangt § 6 Abs. 1 Satz 2 BNDG-E nicht. Es ist damit zu rechnen, dass das Bundeskanzleramt routinemäßig Anordnungen zum Zugriff auf sehr abstrakt beschriebene Telekommunikationsnetze erlassen und verlängern wird.

Schließlich enthält der Entwurf keine hinreichenden begrenzenden Regelungen für die Auswertung der erfassten Telekommunikationsverkehre.

Dies gilt bereits für die in § 6 Abs. 2 BNDG-E vorgesehene Analyse erhobener Inhaltsdaten mittels Suchbegriffen. Diese Regelung gewährleistet immerhin, dass Telekommunikationsinhalte nur dann über den Analysevorgang hinaus gespeichert und weiterverarbeitet werden, wenn sie im Rahmen des Suchlaufs als potenziell relevant aufgefallen sind. Hierdurch wird die Überwachung strukturiert und frühzeitig auf einen kleinen Ausschnitt der erfassten Verkehre beschränkt. Jedoch errichtet der Entwurf nur unzureichende Vorgaben für die Festlegung der Suchbegriffe. Hier setzen sich die sehr weite Fassung der Überwachungsziele und die sehr enge Fassung des Gegenstands der Anordnung fort. Die Suchbegriffe müssen lediglich gemäß § 6 Abs. 2 Satz 2 BNDG-E einen Bezug zu den Aufgaben des Bundesnachrichtendienstes haben. An den Überwachungsgrund, der in der Anordnung angegeben ist, ist der Bundesnachrichtendienst nicht gebunden, wenn er die Suchbegriffe festlegt. Der Dienst kann die Suchbegriffe während der Laufzeit einer Überwachungsanordnung zudem ständig modifizieren. Das Bundeskanzleramt muss hierüber – außer in den Fällen des § 9 Abs. 2 Satz 2 BNDG-E – nicht einmal unterrichtet werden.

Völlig unzureichend sind zudem die geplanten Regelungen für den Umgang mit erhobenen Verkehrsdaten. Eine Filterung mit Suchbegriffen bei der Datenerhebung ist insoweit nicht vorgesehen. Vielmehr darf der Bundesnachrichtendienst gemäß § 6 Abs. 6 BNDG-E sämtliche erfassten Verkehrsdaten von Ausländern im Ausland (einschließlich Unionsbürgern) für sechs Monate speichern. Diese anlass- und kriterienlose Vorratsdatenspeicherung ist auch im Rahmen einer strategischen Überwachung mit dem Ziel der Auslandsaufklärung als Grundrechtseingriff von sehr hohem Gewicht anzusehen. Hierzu trägt noch zusätzlich bei, dass die Daten – anders als bei der in §§ 113a ff. TKG vorgesehenen Vorratsdatenspeicherung – nicht dezentral bei den Telekommunikationsunternehmen, sondern in einer zentralen Datenbank des Bundesnachrichtendienstes bevorratet werden, der auf diese Daten jederzeit in vollem Umfang zugreifen kann.⁴¹ Selbst wenn man davon ausgeht, dass eine derartige zentrale Datenbevorratung im Rahmen der Auslandsaufklärung überhaupt verfassungskonform sein kann,⁴² sind zumindest hohe Anforderungen an die Auswertung und Nutzung der Daten zu stellen.⁴³ Demgegenüber enthält der Entwurf für die Auswertung der bevorrateten Verkehrsdaten keine besonderen Vorgaben. Diese Auswertung (in datenschutzrechtlicher Terminologie: Datenveränderung und Datennutzung) richtet sich daher nach der allgemeinen Regelung in § 19 Abs. 1 BNDG-E (bisher § 4 Abs. 1 BNDG) i.V.m. § 10 BVerfSchGG. Diese Norm erlaubt die Datenauswertung pauschal,

⁴¹ Zur Bedeutung der dezentralen Speicherung für die Rechtsstaatsverträglichkeit der Vorratsdatenspeicherung BVerfGE 125, 260 (321 f.).

⁴² Zweifel begründet insoweit auch etwa EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2015, Rs. C-362/14 (Schrems), Rn. 93.

⁴³ Vgl. zur Nutzung dezentral bevorrateter Telekommunikations-Verkehrsdaten durch Nachrichtendienste BVerfGE 125, 260 (331 f.).

wenn dies zur Erfüllung der Aufgaben des Bundesnachrichtendienstes erforderlich ist. Sie genügt damit nicht annähernd den Anforderungen an eine Ermächtigung zur Auswertung von Vorratsdaten.

c) Kontrolle der Überwachung

Der neue Kontrollmechanismus, den der Entwurf mit der Einrichtung des Unabhängigen Gremiums (§ 16 BNDG-E) schafft, bringt kaum rechtsstaatlichen Ertrag, kann aber zu erheblichen Reibungsverlusten bei der Kontrolle führen.⁴⁴

Der Kontrollrahmen des Unabhängigen Gremiums ist – insbesondere im Vergleich mit der durch § 15 G 10 errichteten G 10-Kommission – sehr restriktiv gefasst. Das Gremium überprüft gemäß § 9 Abs. 4 BNDG-E zwar die Überwachungsanordnung des Bundeskanzleramts. Hinsichtlich der Suchbegriffe, die bei der Erhebung von Inhaltsdaten eingesetzt werden, kontrolliert das Gremium jedoch gemäß § 9 Abs. 5 BNDG-E lediglich, ob die besonderen Schutzregelungen für die Europäische Union, ihre Mitgliedstaaten sowie die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger eingehalten werden, die sich in § 6 Abs. 3 BNDG-E finden. Eine umfassende Prüfung der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit des Erhebungsvorgangs ist dem Gremium ebenso versagt wie eine Kontrolle der weiteren Datenverarbeitung, die an die Datenerhebung anschließt. Überhaupt keine Kontrollbefugnisse hat das Gremium – nach der Prüfung der Anordnung – hinsichtlich der Erhebung, Bevorratung und Verarbeitung von Verkehrsdaten auf der Grundlage von § 6 Abs. 6 Satz 1 und § 19 Abs. 1 BNDG-E.

Zugleich führt die Errichtung des Unabhängigen Gremiums zu einer weiteren Zersplitterung der ohnehin schon fragmentierten Kontrolllandschaft im Aufgabenbereich des Bundesnachrichtendienstes. Mit dem Gremium gibt es insgesamt drei auf rechtliche Würdigungen programmierte Kontrollstellen,⁴⁵ von denen keine einen vollständigen Überblick über die Aufklärungstätigkeit des Bundesnachrichtendienstes hat: Die G 10-Kommission ist im Anwendungsbereich des G 10 und bei bestimmten anderen Aufklärungsmaßnahmen⁴⁶ umfassend kontrollbefugt. Die Bundesdatenschutzbeauftragte hat insoweit keine originäre Kontrollkompetenz.⁴⁷ Nunmehr werden einzelne Kontrollbefugnisse hinsichtlich der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung, die sachlich und technisch eng mit der strategischen Beschränkung nach dem G 10 verknüpft ist, dem neuen Unabhängigen Gremium übertragen. Die Bundesdatenschutzbeauftragte bleibt insoweit kontrollbefugt, die G 10-Kommission hat jedoch keine Zuständigkeiten. Wer sich ein umfassendes Bild davon machen wollte, über welche Sachverhalte und Personen der Bundesnachrichtendienst Informationen mit welchen Mitteln sammelt, müsste zukünftig die Erkenntnisse zusammentragen, die bei diesen drei Stellen vorhanden sind.

Insgesamt bringt die Errichtung des Unabhängigen Gremiums für die Kontrolle der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung allenfalls marginale Fortschritte. Für die Kontrolle des Bundes-

⁴⁴ Kritisch auch B. Huber, ZRP 2016, S. 162 (165).

⁴⁵ Das parlamentarische Kontrollgremium bleibt als Organ politischer Kontrolle bei dieser Aufzählung außer Betracht.

⁴⁶ Vgl. § 3 Abs. 1 BNDG-E (bisher § 2a Abs. 1 BNDG) i.V.m. § 8b Abs. 2 BVerfSchGG.

⁴⁷ § 24 Abs. 2 Satz 3 BDSG.

nachrichtendienstes insgesamt droht sie wegen der Reibungsverluste und Kontrolldefizite, welche die weitere Fragmentierung der Kontrolle mit sich bringen könnte, sogar eher kontraproduktiv zu wirken.

d) Datenübermittlungen

Der Entwurf sieht keine besonderen Ermächtigungen für die Übermittlung personenbezogener Daten vor, die durch die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung gewonnen wurden. Anzuwenden wären daher die allgemeinen Übermittlungsregelungen, die sich in § 24 Abs. 1 Satz 1 BNDG-E (bisher: § 9 Abs. 1 Satz 1 BNDG-E; der Entwurf ändert nur die Nummerierung, nicht den Wortlaut der Norm), in § 24 Abs. 2 Satz 1 BNDG-E i.V.m. § 19 Abs. 2-5 BVerfSchGG sowie in § 24 Abs. 3 BNDG-E i.V.m. § 20 BVerfSchGG finden.

Diese Regelungen genügen nicht annähernd den hohen Anforderungen, die Art. 10 GG an die Übermittlung von Daten errichtet, welche durch einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis gewonnen wurden.⁴⁸ Dies sei hier nur exemplarisch an zwei Übermittlungsermächtigungen dargestellt:

§ 24 Abs. 1 Satz 1 BNDG-E erlaubt eine Übermittlung an eine inländische Behörde, wenn der Empfänger die Daten für „erhebliche Zwecke der öffentlichen Sicherheit“ benötigt. Das verfassungsrechtlich gebotene Regelungskonzept der hypothetischen Datenneuerhebung⁴⁹ wird damit nicht ansatzweise abgebildet.

Gemäß § 24 Abs. 2 Satz 1 BNDG-E i.V.m. § 19 Abs. 3 Satz 1 BVerfSchGG darf der Bundesnachrichtendienst Daten aus der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung an ausländische Behörden übermitteln, wenn dies „zur Wahrung erheblicher Sicherheitsinteressen des Empfängers“ erforderlich ist. Dieser Übermittlungszweck ist zu pauschal und verfehlt die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Auslandsübermittlung von Daten, die aus eingriffsintensiven Überwachungsmaßnahmen stammen.⁵⁰ Die Übermittlungsermächtigung gewährleistet zudem nicht hinreichend, dass sich der Bundesnachrichtendienst vor einer Auslandsübermittlung über das im Empfängerstaat bestehende Datenschutzniveau vergewissert.⁵¹ Zwar schließt § 24 Abs. 2 Satz 1 BNDG-E i.V.m. § 19 Abs. 3 Satz 2 BVerfSchGG die Übermittlung aus, wenn überwiegende schutzwürdige Interessen des Betroffenen entgegenstehen. Es fehlt jedoch an jeder Konkretisierung dieser schutzwürdigen Interessen sowie an prozeduralen Vorgaben, um zu prüfen, ob diese Interessen gewahrt bleiben.⁵²

⁴⁸ Vgl. zu Daten, die aus strategischen Beschränkungen nach dem G 10 stammen, BVerfGE 100, 313 (388 ff.); die verfassungsrechtlichen Anforderungen an zweckändernde Datenübermittlungen nunmehr konsolidierend und teils modifizierend BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 - 1 BvR 966/09, 1140/09 -, Rn. 284 ff.

⁴⁹ BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 - 1 BvR 966/09, 1140/09 -, Rn. 288 ff.

⁵⁰ Vgl. BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 - 1 BvR 966/09, 1140/09 -, Rn. 330 f.

⁵¹ Vgl. BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 - 1 BvR 966/09, 1140/09 -, Rn. 337 ff. Strenger als die Anforderungen des Grundgesetzes dürften insoweit die Vorgaben der EU-Grundrechtecharta ausfallen, vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2015, Rs. C-362/14 (Schrems), Rn. 68 ff.

⁵² Vgl. demgegenüber § 14 Abs. 7 BKAG und dazu BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 - 1 BvR 966/09, 1140/09 -, Rn. 349 ff. Vgl. auch die weitaus restriktivere und detailliertere Regelung in § 7a G 10.

2. Kooperationen mit ausländischen Nachrichtendiensten (§§ 13 ff. BNDG-E)

Nach §§ 13 ff. BNDG-E darf der Bundesnachrichtendienst Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärungen im Rahmen von Kooperationen mit ausländischen Nachrichtendiensten durchführen. Diese Regelungen schirmen die besonderen Risiken, die mit solchen Kooperationen verbunden sind, nur unvollkommen ab.

Der Entwurf regelt die Ziele von Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärungen im Rahmen von Kooperationen nicht gehaltvoller als bei sonstigen Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärungen. Datenerhebungen sind gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 BNDG-E zulässig, um die vereinbarten Kooperationsziele zu erreichen. In § 13 Abs. 4 BNDG-E findet sich ein abschließender Katalog zulässiger Kooperationsziele, der sich jedoch wegen der überaus weiten Zielbestimmungen in Nr. 6 und Nr. 7 letztlich mit dem Aufgabenbereich des Bundesnachrichtendienstes deckt. Die Subsidiaritätsklausel in § 13 Abs. 2 Nr. 2 BNDG-E ändert hieran nichts, da sie die Kooperationsziele nicht verengt, sondern nur vorgibt, dass vorrangig eigene Mittel des Bundesnachrichtendienstes zur Zielerreichung eingesetzt werden sollen. Im Ergebnis reicht die Erhebungsermächtigung in § 14 Abs. 1 BNDG-E daher ebenso weit wie § 6 Abs. 1 Satz 1 BNDG-E und ist denselben verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt wie diese Vorschrift.

Im Übrigen verweist § 14 Abs. 2 BNDG-E wegen der Durchführung und Kontrolle der Überwachung auf § 6 und §§ 8 ff. BNDG-E. Wegen der Defizite dieser Regelungen wird nach oben verwiesen.

Besondere grundrechtliche Zweifelsfragen schafft hingegen § 15 Abs. 1 BNDG-E, der dem Bundesnachrichtendienst erlaubt, die erhobenen Daten automatisiert an den ausländischen Kooperationspartner zu übermitteln, wenn sie zuvor auf Daten der besonders geschützten Personen- und Institutionenkreise gefiltert wurden. Die automatisierte Übermittlung ist rechtsstaatlich besonders problematisch, weil sich der Bundesnachrichtendienst hierdurch der Kontrolle über den Datenfluss im Einzelfall begibt. Dies birgt für die Betroffenen erhebliche Risiken. Der Entwurf begegnet diesen Risiken, indem § 13 Abs. 3 BNDG-E hohe Anforderungen an die gemeinsame Absichtserklärung des Bundesnachrichtendienstes und des ausländischen Kooperationspartners errichtet, die der Kooperation zugrunde liegt. Meiner Ansicht nach kann eine automatisierte Übermittlung auf der Grundlage einer solchen Absichtserklärung gerechtfertigt werden, wenn zusätzlich bei der Datenerhebung gewährleistet ist, dass Daten nur im Rahmen der Kooperationsziele erhoben werden.⁵³ Dies ist bei der Erhebung von Inhaltsdaten mittels Suchbegriffen der Fall, da § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Satz 2 BNDG-E weitere Anforderungen an die Suchbegriffe errichtet. Hingegen lässt sich die von § 15 Abs. 1 BNDG-E ermöglichte automatische Übermittlung aller erfassten Verkehrsdaten von Ausländern im Ausland bereits im Ansatz ebenso wenig legitimieren wie die Bevorratung dieser Daten durch den Bundesnachrichtendienst selbst.

⁵³ Zur Klarstellung: Diese Aussage gilt nur, wenn die Datenerhebung materiell hinreichend begrenzt wird. Auf der Grundlage des vorliegenden Entwurfs scheitert die Übermittlungsermächtigung schon daran, dass die Erhebungsermächtigung verfassungsrechtlich nicht tragfähig ist.

3. Verletzung des Zitiergebots des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG

Wie oben unter I. 1. ausgeführt, sieht der Entwurf Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis vor. Er benennt jedoch Art. 10 GG nicht als eingeschränktes Grundrecht. Darin liegt ein Verstoß gegen das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG.⁵⁴

⁵⁴ Wie hier B. Huber, ZRP 2016, S. 162 (163).