



Die Bundesbeauftragte  
für den Datenschutz und  
die Informationsfreiheit

Deutscher Bundestag  
Innenausschuss

Ausschussdrucksache  
18(4)660

Bonn, den 21.09.2016

## Stellungnahme

der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit

zum

**Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes (BT-Drs. 18/9041)**

### A) Einleitung

Der Bereich nachrichtendienstlicher Tätigkeit ist in hohem Maße von Grundsatzentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts geprägt, die weit über den Gegenstand der einzelnen Entscheidungen hinaus Ausstrahlungswirkung entfalten.

So hat das Bundesverfassungsgericht in einer Reihe aktueller Entscheidungen grundlegende Anforderungen etwa im Hinblick auf Eingriffsschwellen, Eingrenzung des betroffenen Personenkreises sowie Transparenz und Kontrolle normiert (zuletzt in den Entscheidungen zum BKAG und zum ATDG; 1 BvR 966/09 und 1 BvR 1215/07). Diese vom Bundesverfassungsgericht definierten Maßstäbe gelten für alle eingriffsintensiven Maßnahmen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und weitere Grundrechte, insbesondere Artikel 10 und 13 GG. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, diese verfassungsgerichtlichen Vorgaben bei neuen Gesetzgebungsprojekten zu beachten und in den Gesetzestext zu überführen. Der vorliegende Entwurf setzt diese Vorgaben nicht hinreichend um, so dass verfassungsrechtliche Risiken bestehen.

Husarenstraße 30  
53117 Bonn

Fon: 0228 / 997799-0

Fax: 0228 / 997799-550

E-Mail: [poststelle@bfdi.bund.de](mailto:poststelle@bfdi.bund.de)

## **B) Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung weiterhin ohne hinreichende Rechtsgrundlage**

Die mit dem Titel und der Begründung des Gesetzentwurfes geweckte Erwartungshaltung, die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND (AA-FMA) werde nun auf eine verfassungskonforme Rechtsgrundlage gestellt, kann der Inhalt des Gesetzentwurfes nur in unzureichender Weise befriedigen. Er hält vielmehr an der längst überkommenen territorialen Auffassung fest, es sei zwischen AA-FMA vom Inland und vom Ausland aus zu differenzieren, und führt somit § 6 Abs. 1 BNDG-E folgerichtig, aber unzureichend lediglich die erstgenannte einer Regelung zu. Das Ziel des Gesetzentwurfes, Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu gewährleisten, wird so jedoch verfehlt. Dies muss umso mehr erstaunen, als bereits Sachverständige im 1. Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages der 18. Wahlperiode diese Rechtsfrage mehrheitlich anders bewertet haben.

Es sei an dieser Stelle nur beispielhaft auf die Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. Matthias Bäcker, LL.M. in seiner Stellungnahme zur Anhörung des NSA-Untersuchungsausschusses am 22. Mai 2014 verwiesen (dort S. 23, 3. Fazit): „Die Rechtsauffassung der Bundesregierung verkennt jedoch den räumlichen Anwendungsbereich und den extraterritorialen Schutzgehalt des Fernmeldegeheimnisses des Art. 10 GG. Von Verfassungs wegen bedarf die Auslandsaufklärung des BND einer formellgesetzlichen Ermächtigung, die den Geboten der Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit genügt.“

## **C) Verfassungsrechtlich gebotene Datenschutzkontrolle nicht gewährleistet**

Das Bundesverfassungsgericht hat in zahlreichen Entscheidungen betont: Der regelmäßig schwach ausgestaltete Individualrechtsschutz im Bereich nachrichtendienstlicher Tätigkeit muss durch effiziente, wirksame und regelmäßige (Datenschutz-)Kontrollen kompensiert werden (sog. Kompensationsfunktion; vgl. nur BVerfG 1 BvR 966/09, Rn. 141). Es obliege dem Gesetzgeber und den Behörden gemeinsam, die verfassungsrechtlichen Anforderungen einer wirksamen Kontrolle sowohl auf der Ebene des Gesetzes als auch in der Verwaltungspraxis zu gewährleisten. Dieser verfassungsgerichtlichen Vorgabe wird der Gesetzentwurf nicht gerecht. Folge ist ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne und damit eine Verletzung des Grundrechts der Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung, die die Betroffenen mit einer Verfassungsbeschwerde rügen können.

### **a) § 28 BNDG-E verfassungswidrig**

Die Vorschrift beschränkt die Prüfkompetenz der BfDI bei gemeinsamen Dateien mit ausländischen öffentlichen Stellen auf die Einrichtung der Datei durch den BND und die von diesem in die gemeinsame Datei eingegebenen Daten. Ein Prüfrecht der BfDI für Daten der teilnehmenden ausländischen öffentlichen Stellen soll hingegen nicht bestehen.

In die vom BND geführten gemeinsamen Dateien werden aber nicht nur Daten eingegeben, d.h. gespeichert. Die von allen Teilnehmern gespeicherten Daten werden vielmehr auch analysiert, um neue bzw. weitergehende Erkenntnisse (sog. Mehrwerte) zu erzielen. An dieser Analyse ist der BND zumindest beteiligt. Zudem nutzt er die gewonnenen Analyseergebnisse, so dass auch insoweit eine datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des BND gemäß § 3 Absatz 7 BDSG und dementsprechend auch eine Kontrollkompetenz der BfDI besteht.

Bedeutsam und zugleich Wesensmerkmal einer gemeinsamen Datei ist zudem, dass alle Teilnehmer einer gemeinsamen Datei alle von den jeweils anderen Teilnehmern in dieser Datei offen gespeicherten Daten mit dem Zeitpunkt der Speicherung zur Kenntnis nehmen und - auch rechtsfehlerhaft - verwenden können. Diese Besonderheit ist bei der Ausgestaltung der Kontrollkompetenz der BfDI ebenfalls zu berücksichtigen.

Die Beschränkung der Kontrollkompetenz der BfDI steht auch in Widerspruch zu der der BfDI vom Bundesverfassungsgericht zugewiesenen Kompensationsfunktion (vgl. o.). Die BfDI muss alle in einer vom BND geführten Datei enthaltenen personenbezogenen Daten – ebenso wie der BND – vollumfänglich einsehen können, da mit der Einsichtnahme oder dem Abruf dieser Daten durch den BND nach der Legaldefinition des § 3 Absatz 4 Nr. 3 Buchstabe b) BDSG eine Übermittlung der Daten an den BND erfolgt. Mit der Übermittlung ist der BND gemäß § 3 Absatz 7 BDSG datenschutzrechtlich alleinig verantwortlich für diese Daten.

Im Übrigen möchte ich darauf hinweisen, dass dem BND nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Betreiber im Sinne des § 9 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) zur Gewährleistung einer effektiven Datenschutzkontrolle eine umfassende Protokollierungspflicht obliegt.

### **b) Notwendigkeit der Gewährleistung einer effektiven Datenschutzkontrolle bei Beteiligung des BND an gemeinsamen Dateien mit ausländischen öffentlichen Stellen (§ 30 BNDG-E)**

Für die Teilnahme des BND an gemeinsamen Dateien, die von AND errichtet sind, stellt sich die Problematik der Gewährleistung einer effektiven Datenschutzkontrolle

in besonderer Weise. Es muss mir möglich sein, Dateneingaben und –abrufe des BND nicht nur beim BND, sondern auch in der vom AND geführten Datei überprüfen zu können. Dies ist u.a. notwendig um festzustellen, ob die vom BND in diese gemeinsame Datei eingegebenen Daten identisch mit dem Quelldatenbestand des BND sind und Verfahrenssicherungen (z.B. die Kennzeichnung von Daten, die nach § 8 a BVerfSchG oder dem Artikel 10-Gesetz erhoben worden sind) dort enthalten sind. Insoweit besteht auf nationaler Ebene eine Vergleichbarkeit zwischen der Antiterrordatei und den Quelldateien des BND. Im Rahmen von nationalen ATD-Kontrollen musste ich bisweilen feststellen, dass gesetzliche Datenkennzeichnungen in Quelldateien zwar vorhanden waren, nicht jedoch in dem entsprechenden – gespiegelten – Datenbestand der Antiterrordatei. Dies verdeutlicht die Notwendigkeit, die Daten auch in einer vom AND geführten Datei zu kontrollieren.

Insoweit gebe ich auch zu bedenken, dass bei der Eingabe von Daten des BND in die von einem AND geführte gemeinsame Datei - anders als bei der reinen Übermittlung von Daten - die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des BND für diese Daten uneingeschränkt fortbesteht – und damit auch meine Kontrollkompetenz in Bezug auf diese Daten.

### **c) Unabhängiges Gremium / Fortbestand der Kontrollzuständigkeit der BfDI**

Mit Blick auf § 16 BNDG-E halte ich eine gesetzliche Klarstellung für erforderlich, dass die Kontrollbefugnisse der BfDI unbeschränkt fortbestehen und sich die verfassungsgerichtlich vorgegebene Kooperationspflicht aller Kontrollorgane auf das neu zu schaffende Unabhängige Gremium erstreckt.

### **d) Änderung des Telekommunikationsgesetzes / Regelung der Kontrollzuständigkeit der BfDI**

Nach § 110 Abs. 1 Nr. 5 TKG ist den Mitgliedern und Mitarbeitern der G 10-Kommission Zugang zu den Geräten zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben zu gewähren. Für Maßnahmen nach den neu aufzunehmenden §§ 6, 12 und 14 BNDG-E fehlt eine solche Regelung. Ich halte eine gesetzliche Klarstellung, dass insoweit eine Kontrollzuständigkeit der BfDI gegeben ist und ihr und ihren Mitarbeitern Zugang zu gewähren ist, soweit keine Zuständigkeit der G 10-Kommission gegeben ist, für geboten.

## **e) Weitere Unterrichtungspflichten gegenüber der BfDI**

Des Weiteren halte ich die Aufnahme von Unterrichtungspflichten gegenüber meiner Behörde in den folgenden Fällen für geboten: Unterrichtung über die Dienstvorschrift gemäß § 6 Abs. 7 BNDG-E, Unterrichtung über nicht unverzüglich gelöschte Daten gemäß § 10 Abs. 4 Satz 2 BNDG-E, Unterrichtung über die Absichtserklärung gemäß § 13 Abs. 5 Satz 2 BNDG-E, Unterrichtung über die Einhaltung der Vorgaben gemäß § 15 Abs. 3 Satz 3 BNDG-E, Unterrichtung über die Zusammenarbeit mit ausländischen öffentlichen Stellen gemäß § 26 Abs. 3 BNDG-E.

## **D) Verfassungswidrigkeit bei Verwendung untauglicher Filtersysteme**

Der tatbestandliche Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 BNDG-E, der die AA-FMA vom Inland aus regeln soll, ist durch die Verwendung des Begriffes „Telekommunikationsnetze“ äußerst weit gefasst. Ihm unterfallen so auch Netze, in denen ganz überwiegend nationale Verkehre und nur zu einem (sehr) geringen Teil ausländische Verkehre geführt werden.

Zwar ist es nach § 6 Abs. 4 BNDG-E unzulässig, Daten aus Telekommunikationsverkehren von deutschen Staatsangehörigen, von inländischen juristischen Personen oder von sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen zu erheben. Dieses gesetzliche Verbot ist aber in der Anwendungspraxis nur umsetzbar, wenn Systeme existieren, die technisch und tatsächlich in der Lage sind, solche Daten zuverlässig und vollständig auszufiltern. Existieren solche zuverlässigen Systeme in der Lebenswirklichkeit nicht, müsste § 6 BNDG-E als verfassungswidrig angesehen werden, da das gesetzliche Verbot aus § 6 Abs. 4 BNDG-E nur auf dem Papier bestünde.

Nach der Entwurfsbegründung setzt der BND zur Gewährleistung des gesetzlichen Verbots ein mehrstufiges automatisiertes Filtersystem ein, um entsprechende Verkehre zu erkennen und unverzüglich und unwiederbringlich zu löschen, wenn keine Beschränkungsanordnung nach dem Artikel 10-Gesetz (G 10) vorliegt. Bereits die Ausführungen zu § 6 Absatz 3 BNDG-E (vgl. S. 24 des Entwurfs) lassen erhebliche Zweifel aufkommen, ob dies in der Praxis technisch realisierbar ist.

Dort heißt es, der BND setze zur Prüfung der eingesetzten Suchbegriffe sowie auch zur Prüfung der erfassten Verkehre bzw. Suchbegriffe ein mehrstufiges Filtersystem ein. Dieses werde regelmäßig aktualisiert und ergänzt. Gleichwohl könnten geschützte Verkehre zum Teil nicht unverzüglich als solche erkannt bzw. Anschlusskennungen nicht eindeutig einer Person zugeordnet werden. Unter Umständen könne dies erst im Rahmen der weiteren Bearbeitung erkannt werden.

Sollte es sich um das gleiche Filtersystem handeln, würde dies bedeuten, dass grundsätzlich auch personenbezogene Daten aus geschützten Verkehren erhoben und verwendet würden. Dies wäre gemäß § 6 Abs. 4 BNDG-E rechtswidrig.

Die obigen Ausführungen gelten in gleicher Weise etwa auch für § 15 Abs. 1 Nr. 1 BNDG-E, soweit auch in diesen Fällen das gleiche Filtersystem bzw. mehrstufige Verfahren Verwendung finden soll, was nach der Gesetzesbegründung zu vermuten ist.

Dies gilt umso mehr, als die betreffenden Vorgaben gemäß § 15 Abs. 3 Satz 1 BNDG-E nur stichprobenartig überprüft werden sollen. Das Verhältnismäßigkeitsgebot erfordert aber in jedem Fall, d.h. nicht nur stichprobenartig, eine Prüfung der Beachtung dieser Vorgaben. Systemische Defizite der automatisierten Filterung können durch eine nur stichprobenartige Überprüfung nicht kompensiert werden. Dies ist mit den verfassungsgerichtlichen Vorgaben zum Schutz des durch Artikel 10 GG geschützten Fernmeldegeheimnisses und dem durch Artikel 1 GG absolut geschützten Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung nicht zu vereinbaren.

## **E) Unangemessen lange Anordnungsfristen**

Die maximale Anordnungsfrist gemäß § 9 Abs. 3 Satz 1 BNDG-E in Höhe von neun Monaten überschreitet die nach § 10 Abs. 5 Satz 1 G 10 maximal zulässige Anordnungsfrist um das Dreifache. Entsprechendes gilt für die Verlängerungen der Anordnung (vgl. § 9 Abs. 3 Satz 2 BNDG-E; § 10 Abs. 5 Satz 1 G 10). Der Gesetzentwurf enthält hierzu keine Begründungsansätze.

## **F) Keine Heilung rechtswidriger Datenerhebungen**

§ 10 Abs. 3 S. 3 BNDG-E sieht vor, dass die mittels eines Suchbegriffs erhobenen Telekommunikationsverkehre unverzüglich zu löschen sind, wenn nachträglich erkannt wird, dass ein Suchbegriff einer Einrichtung der Europäischen Union, einer öffentlichen Stelle eines Mitgliedstaates oder einer Unionsbürgerin oder einem Unionsbürger zuzuordnen ist, es sei denn, eine gezielte Erfassung nach § 6 Absatz 3 wäre zulässig gewesen.

Die Regelung verkennt, dass das Vorliegen der verfassungsrechtlich notwendigen Erhebungsvoraussetzungen zum Zeitpunkt der Datenerhebung, d.h. der Erfassung, notwendig ist. Liegen die Voraussetzungen zu diesem Zeitpunkt nicht vor, ist die Erhebung rechtswidrig und damit unzulässig. Das nachträgliche Vorliegen der zum Er-

hebungszeitpunkt notwendigen Voraussetzungen heilt nicht die Rechtswidrigkeit der Erhebung.

## **G) Eignungsprüfung verfassungswidrig**

Durch die Eignungsprüfung gemäß § 12 BNDG-E könnten in unbegrenztem Umfang personenbezogene Daten erhoben und ausgewertet werden. Es fehlt eine dem § 6 Absatz 4 BNDG-E entsprechende Regelung, wonach eine Erhebung von Daten aus Telekommunikationsverkehren von deutschen Staatsangehörigen unzulässig ist. Dies stellt einen schwerwiegenden Eingriff in das durch Artikel 10 GG geschützte Fernmeldegeheimnis der Betroffenen dar. Hinzu kommt, dass eine Eignungsprüfung nach § 12 Abs. 2 Satz 2 BNDG-E bereits dann angeordnet werden kann, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass in dem zu prüfenden Telekommunikationsnetz geeignete Daten übertragen werden.

Die in § 12 Absatz 5 BNDG-E normierte zweckändernde Nutzung entspricht nicht den verfassungsgerichtlichen Vorgaben. Kritisch zu bewerten ist insbesondere die tatbestandliche Erkenntnisschwelle „tatsächliche Anhaltspunkte“ sowie das Schutzgut „Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland“.

## **H) Kooperation mit ausländischen Nachrichtendiensten**

Der Gesetzentwurf enthält zahlreiche Regelungen zur Kooperation mit ausländischen Nachrichtendiensten, die einer kritischen Prüfung nicht standhalten.

### **a) Absichtserklärungen statt verbindliche Vereinbarungen**

Besonders kritikwürdig erscheint, dass sowohl bei Kooperationen gemäß § 13 BNDG-E als auch bei gemeinsamen Dateien mit ausländischen öffentlichen Stellen nach 26 BNDG-E die Einzelheiten jeweils lediglich in einer Absichtserklärung (vgl. § 13 Abs. 3 Satz 1 bzw. § 26 Abs. 4 Satz 1 BNDG-E) niedergelegt werden sollen. Die schriftliche Fixierung einer Absichtserklärung entspricht nicht den verfassungsgerichtlichen Vorgaben. Erforderlich ist vielmehr eine verbindliche Vereinbarung, die den weiteren vom Bundesverfassungsgericht formulierten Anforderungen genügt (vgl. 1 BvR 966/09, Rn. 323 ff.). Bei Staaten, die über kein hohes Maß an demokratischer Legitimität verfügen, stellt sich unabhängig davon bereits die Frage nach der (hinreichenden) Validität bzw. Gewährleistung entsprechender Absichtsbekundungen.

Ob es von besonderer Schlagkraft ist, wenn der BND sich etwa in der Absichtserklärung vorbehält, um Auskunft über die vorgenommene Verwendung der in die gemeinsame Datei übermittelten Daten zu bitten (§ 26 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 BNDG-E) darf bezweifelt werden.

Vorzugswürdig erscheint insoweit die Normierung (weitergehender) effizienter Kontroll- und Sanktionsmechanismen, insbesondere die Verpflichtung zur Vereinbarung wechselseitiger Kontrollen durch unabhängige Kontrollinstanzen des jeweils anderen Vertragspartners (z.B. der BfDI auf deutscher Seite). Derartige Kontrollen wären wesentliche verfahrenssichernde Maßnahmen, die auch im Rahmen einer verfassungsgerichtlichen Prüfung der Angemessenheit dieser Kooperationsbefugnisse von ausschlaggebender Bedeutung für die Begründung der Verfassungsmäßigkeit der hieraus resultierenden Grundrechtseingriffe sein könnten.

### **b) Verfassungswidrige Verwendung von Suchbegriffen vorprogrammiert**

Gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 2 BNDG-E genügt für die Erhebung von Informationen bereits die Verwendung von Suchbegriffen, die zur Erreichung der vereinbarten Kooperationsziele geeignet sind. Hierbei ist nach der Entwurfsbegründung zu berücksichtigen, dass die Geeignetheit eines Suchbegriffs im Rahmen der Kooperation auch dann gegeben sein kann, wenn nur einer der Kooperationspartner den Suchbegriff benennt. Voraussetzung für die Erhebung von Informationen im Rahmen einer Kooperation soll demnach lediglich die Geeignetheit eines – ggf. von einem AND nur einseitig benannten – Suchbegriffs sein.

Nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts ist als unabdingbare Folge des Rechtsstaats- und Verhältnismäßigkeitsprinzips jedoch im Einzelfall zu gewährleisten, dass alle vom BND verwendeten Suchbegriffe für dessen Aufgabenerfüllung nicht nur geeignet, sondern auch erforderlich und angemessen sind. Der BND muss bei der Entgegennahme der Suchbegriffe jeweils prüfen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind (sog. Doppeltür-Theorie des Bundesverfassungsgerichts, vgl. BVerfG 1 BvR 1299/05, Rn. 123). Einseitige Benennungen der Geeignetheit eines Suchbegriffs durch einen Kooperationspartner sind hierfür keinesfalls ausreichend.

### **c) Mangelnde Berücksichtigung verfassungsgerichtlicher Vorgaben bei der Führung gemeinsamer Dateien mit ausländischen öffentlichen Stellen**

§ 26 BNDG-E ist als spezielle Rechtsgrundlage für die Errichtung gemeinsamer Dateien unter Federführung des BND mit AND sowie für die Beteiligung des BND an von ausländischen öffentlichen Stellen errichteten gemeinsamen Dateien konzipiert. Zu diesen Stellen sollen nach der Entwurfsbegründung nicht nur Partnerdienste der EU und der NATO, sondern auch regional weiter entfernte Partner zählen. Absatz 2

der Vorschrift regelt dabei die grundlegenden Voraussetzungen für eine gemeinsame Datenhaltung.

Mit der Notwendigkeit der Gewährleistung der Einhaltung grundlegender rechtsstaatlicher Prinzipien lehnt sich Absatz 2 Nr. 2 zwar an die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. 1 BvR 966/09, Rn. 323 ff) an, konkretisiert deren Vorgaben aber nur unzureichend. Deren Beachtung ist jedoch von zentraler Bedeutung, da der BND nach § 29 Absatz 1 Satz 1 BNDG-E personenbezogene Daten in die gemeinsamen Dateien nur eingeben darf, wenn er die Daten allen teilnehmenden AND übermitteln darf.

Bedeutsam sind insoweit u.a. das Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung, die mit Tatsachen unterlegte Einzelfallprüfung, die gehaltvolle wie realitätsbezogene Informationsgrundlage, deren regelmäßiger Aktualisierung, die nachvollziehbare Dokumentation der Gründe sowie die – auch insoweit erforderliche – wirksame inländische aufsichtliche Kontrolle bzw. Überprüfbarkeit durch die Datenschutzbeauftragten.



Andrea Voßhoff