

Deutscher Bundestag  
Innenausschuss

Ausschussdrucksache  
18(4)662

Sehr geehrter Herr Heveling,

als Stellv. Vors. der G 10-Komm. des 18. Dt. BT wende ich mich an Sie im Hinblick darauf, dass sich der Innenausschuss des Dt. BT am 26.9.2016 mit den Gesetzentwürfen zur Reform des BNDG und des PKGrG befassen wird (BT-Drs. 18/9041 und 18/9040). Daher übersende ich meinen Aufsatz zu diesem Thema in der ZRP 2016, 162, und eine unveröffentlichte längere Version zu diesen Gesetzgebungsvorhaben.

Ich weise ausdrücklich darauf hin, dass ich in den Beiträgen meine persönliche Auffassung zu den Gesetzgebungsvorhaben vertrete und nicht für die G 10-Kommission spreche.

Mit freundlichen Grüßen

Bertold Huber

Dr. Bertold Huber  
Stv. Vors. der G 10-Kommission des 18. Dt. BT  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

## **Die Gesetzentwürfe zur Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung des BND und zur Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes**

### **I. Einleitung**

Nachdem *Edward Snowden* im Juni 2013 geheime Dokumente zur weitreichenden Überwachungspraxis der us-amerikanischen National Security Agency (NSA) und des britischen GCHQ veröffentlichte, setzte der Deutsche Bundestag der 18. Legislaturperiode am 20.3.2014 den NSA-Untersuchungsausschuss (NSA-UA) ein. Schnell kam dabei auch die Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung des deutschen Bundesnachrichtendienstes (BND), die so genannte „Routineaufklärung“, in das Visier des Untersuchungsausschusses. Am 9.6.2016 hat der Deutsche Bundestag schließlich den Untersuchungsauftrag des Ausschusses erweitert. Dies betrifft in erster Linie den BND und das Bundeskanzleramt und hat im Wesentlichen das Einstellen eigener, teils befreundete Staaten betreffende Selektoren des BND im Rahmen der „Routineaufklärung“ zum Gegenstand. Dies war auch Anlass für das Parlamentarische Kontrollgremium, im Herbst letzten Jahres eine Task-Force zu bilden, um die näheren Umstände dieser Praxis aufzuklären. Eine öffentliche Bewertung der einschlägigen Vorgänge durch das Parlamentarische Kontrollgremium wurde inzwischen dem Deutschen Bundestag vorgelegt.<sup>1</sup>

Der NSA-Untersuchungsausschuss befasste sich schon früh mit der Frage, wie eine Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung, bei der die Kommunikationsteilnehmer keinen unmittelbaren territorialen Bezug zum Bundesgebiet haben, verfassungs- und völkerrechtlich zu bewerten ist. Das Ergebnis war vergleichsweise eindeutig: Der BND agiert im Rahmen der „Routineaufklärung“ zumindest in einem rechtlichen Graubereich,<sup>2</sup> wenn nicht gar gänzlich ohne eine erforderliche gesetzliche Befugnis.<sup>3</sup> Die

---

<sup>1</sup>er Verf. ist stellvertretender Vorsitzender der G 10-Kommission des 18. Deutschen Bundestages. Er gibt in diesem Beitrag allein seine persönliche Auffassung wieder.

Vgl. BT-Drs. 18/9142; vgl. auch die Presseerklärung des Deutschen Bundestages vom 12.7.2016.

<sup>2</sup>Vgl. *Papier, Hoffmann-Riem und Bäcker*, Ausschuss-Drs. 54, SV 2/1, 2/2 und 2/3.

<sup>3</sup>Vgl. *Huber*, NJW 2013, 2572; ders., in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2014, Art. 10-Gesetz, Vorb. Rn. 23 ff., insbes. Rn 27 mwN. So jetzt auch ausdrücklich *Papier*, NVwZ-Extra 15/2016, 1 (Online-Aufsatz) = NVwZ 2016, 1057 (Zusammenfassung).

Bundesregierung und der BND stützten bislang die Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung auf die *Aufgabennorm* des § 1 II 1 BNDG, wonach der BND „zur Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind“, die erforderlichen Informationen sammelt und auswertet.

Als Konsequenz aus der aktuellen rechtspolitischen Debatte verfolgt der von den Fraktionen der CDU/CSU und der SPD vorgelegte Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung des BND vom 5.7.2016 den Zweck, „im Interesse der Rechtssicherheit“ die bestehende Rechtslage zu präzisieren und spezielle rechtliche Grundlagen für die Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung sowie eine diesbezügliche Kooperation mit ausländischen öffentlichen Stellen anderer Staaten zu schaffen.<sup>4</sup> In diesem Zusammenhang haben zugleich die Regierungsfractionen den Entwurf zur weiteren Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste eingebracht.<sup>5</sup> Die erste Lesung beider Gesetzentwürfe erfolgte am 8.7.2016 im Deutschen Bundestag.<sup>6</sup>

Im Folgenden werden – ohne Anspruch auf Vollständigkeit - die wesentlichen Grundzüge beider Gesetzesvorlagen dargestellt und kritisch bewertet.

## **II. Der Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung des BND**

Der Schwerpunkt dieses Gesetzentwurfs liegt darin, spezielle Regelungen für die Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung zu schaffen und die Voraussetzungen für eine Kooperation mit ausländischen öffentlichen Stellen zu präzisieren.

### **1. Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung (§§ 6 – 18 BNDG-ÄndG--E)**

Die Einzelheiten der neu zu regelnden Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung finden sich in dem neuen Abschnitt 2 des Gesetzentwurfs. Die zentrale Norm ist § 6 BNDG-E, der die Voraussetzungen für die Erhebung und Verarbeitung von Daten regelt, die im Rahmen der Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung gewonnen werden.

---

<sup>4</sup>BT-Drs. 18/9041, S. 2.

<sup>5</sup>BT-Drs. 18/9040 v. 5.7.2016.

<sup>6</sup>BTPIProt 18/18263 ff. und 18274 ff.

## a) Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten (§§ 6 und 7 BNDG-E)

aa) *Gesetzliche Voraussetzungen.* Nach § 6 I 1 BNDG-E darf der BND zur Erfüllung seiner Aufgaben vom Inland aus mit technischen Mitteln Informationen einschließlich personenbezogener Daten aus Telekommunikationsnetzen,<sup>7</sup> über die Telekommunikation von Ausländern im Ausland erfolgt, erheben und verarbeiten.<sup>8</sup> Entsprechende Daten müssen erforderlich sein, um frühzeitig Gefahren für die innere oder äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland erkennen und diesen begegnen zu können (Nr. 1), um die Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland zu wahren (Nr. 2) oder um sonstige Erkenntnisse von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung über Vorgänge zu gewinnen, die in Bezug auf Art und Umfang durch das Bundeskanzleramt im Einvernehmen mit dem Auswärtigen Amt und den Bundesministerien des Innern, der Verteidigung und denen für Wirtschaft sowie für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung bestimmt werden (Nr. 3). Nach Satz 2 darf die Datenerhebung nur aus denjenigen Telekommunikationsnetzen erfolgen, die das Bundeskanzleramt zuvor durch Anordnung bestimmt hat.<sup>9</sup> Nach Abs. 2 darf der BND *Inhaltsdaten* nur anhand von Suchbegriffen durchführen, die zur Aufklärung von Sachverhalten nach Abs. 1 S. 1 Nr. 1 – 3 bestimmt und geeignet sind.<sup>10</sup>

Ein Novum ist der in § 6 III 1 BNDG-E vorgesehene partielle Schutz von Einrichtungen der EU, von öffentlichen Stellen ihrer Mitgliedstaaten oder von Unionsbürgerinnen oder Unionsbürgern, denen gegenüber Suchbegriffe, die zur *gezielten Erfassung* von Inhaltsdaten führen, nur verwendet werden dürfen, wenn dies erforderlich ist, um Gefahren iSd § 5 I 3 G 10 zu erkennen und zu begegnen (Nr. 1) oder um Informationen iSd § 6 I 1 Nr. 1 – 3 BNDG-E zu gewinnen (Nr. 2).<sup>11</sup> Die letztgenannte Variante setzt darüber hinaus voraus, dass ausschließlich Daten über Vorgänge in Drittstaaten gesammelt werden sollen, die von „besonderer Relevanz“ für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland

---

<sup>7</sup>Der Vorschrift liegt der unionsrechtlich vorgegebene Begriff des Telekommunikationsnetzes iSd § 3 Nr. 27 TKG zugrunde, der inhaltlich weitergehend ist als der des Übertragungsweges iSd § 10 IV G 10. Vgl. BT-Drs. 18/9041, S. 35. – Zum grundrechtlichen Schutz eines Telekommunikationsdienstleisters aus Art. 10 I GG vgl. *Papier*, NVwZ-Extra 15/2016, 4.

<sup>8</sup>Vgl. auch die Übergangsregelung des § 36 BNDG-E; dazu unten II.3.

<sup>9</sup>Zur Kontrolle durch das neu zu schaffende Unabhängige Gremium vgl. § 9 IV BNDG-E sowie unten II.1.e).

<sup>10</sup>Ähnlich § 5 II 1 G 10 für die strategische Fernmeldeaufklärung des BND mit Inlandsbezug.

<sup>11</sup>Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Papier*, NVwZ-Extra 15/2016, 3 mit Verweis auf das Diskriminierungsverbot des Art. 18 I AEUV. Speziell zu ausländischen juristischen Personen aus EU-Staaten ebda., S. 4. Diesen Aspekt übersieht *Graulich* in seinem für den NSA-UA erstellten Bericht „Nachrichtendienstliche Fernmeldeaufklärung mit Selektoren in einer transnationalen Kooperation“ vom 23.10.2015, S. 44.

sind.<sup>12</sup> Darüber hinaus bestimmt § 6 III 2 BNDG-E, dass Suchbegriffe, die zur gezielten Erfassung von Unionsbürgerinnen und -bürgern führen, nur verwendet werden dürfen, wenn dies erforderlich ist, um Straftaten iSd § 3 I G 10<sup>13</sup> zu erkennen und ihnen zu begegnen.

§ 6 IV BNDG-E verbietet es, Daten aus Telekommunikationsverkehren von deutschen Staatsangehörigen, von inländischen juristischen Personen oder von sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen zu erheben. Hierzu heißt es in dem Gesetzentwurf, dass sich das Erheben solcher Daten ggf. (ausschließlich) nach dem G 10 richte.<sup>14</sup>

Schließlich erklärt § 6 V BNDG-E eine Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung für unzulässig, wenn diese zu dem Zweck durchgeführt würde, um Wettbewerbsvorteile zu erzielen (*Verbot der Wirtschaftsspionage*).

§ 7 I BNDG-E sieht vor, dass für die *Verarbeitung und Nutzung* der vom BND mit Mitteln der Fernmeldeaufklärung *vom Ausland aus* erhobenen Daten § 6 I 1 und III - VI BNDG-E entsprechend gilt. Die Erhebung von Daten vom Ausland aus stützt sich den Gesetzgebungsmaterialien weiterhin auf die Aufgabennorm des § 1 II BNDG-E.<sup>15</sup> Darüber hinaus bestimmt § 7 II BNDG-E, dass *vom BND* eine gezielte Erfassung von Einrichtungen der EU, von öffentlichen Stellen ihrer Mitgliedstaaten oder von Unionsbürgerinnen oder Unionsbürgern *durch ausländische öffentliche Stellen vom Ausland aus* nur *veranlasst* werden darf, wenn die Voraussetzungen des § 6 III BNDG-E (s.o.) vorliegen.

*bb) Bewertung.* Es ist auffallend, dass an keiner Stelle des Gesetzentwurfs das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 I GG angesprochen wird. Daher ist davon auszugehen, dass die verantwortlichen Fraktionen von CDU/CSU und SPD wie auch die Bundesregierung eine Relevanz dieses Grundrechts für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung verneinen.<sup>16</sup> Dies wird allein schon daran deutlich, dass offensichtlich bewusst darauf verzichtet wird, dem Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG

---

<sup>12</sup>Eine nähere Umschreibung, wann dies der Fall sein könnte, ist in der Begründung des Gesetzentwurfs nicht zu finden.

<sup>13</sup>§ 3 I G 10 regelt die Befugnisse der drei Nachrichtendienste des Bundes (BND, BfV, MAD) zur Überwachung des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs bestimmter verdächtiger Personen. Vgl. hierzu *Huber*, in: *Schenke* ua (o. Fn. 3), Artikel 10-Gesetz, § 3 Rn. 1 ff.

<sup>14</sup>BT-Drs. 18/9041, 38. Zugleich wird dort aber auch betont, dass die Erhebung sonstiger (nicht Art. 10 GG unterfallender) personenbezogener Daten von deutschen Staatsangehörigen, inländischen juristischen Personen oder sich im Inland aufhaltenden Personen mit Mitteln der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nicht ausgeschlossen sei. Welche Fälle dies sein könnten, wird nicht erklärt.

<sup>15</sup>BT-Drs. 18/9041, 33.

<sup>16</sup>Vgl. zur Position der Bundesregierung zB BT-Drs. 17/9640, 6 und 10.

entsprechend Art. 10 I GG als durch die neu zu schaffenden Regeln eingeschränkt zu bezeichnen.<sup>17</sup> Die §§ 6 und 7 BNDG-E sind dem Verständnis der Entwurfsverfasser zufolge auch nicht als Befugnisnormen ausgestaltet, wie dies bei den §§ 2 bis 5 BNDG der Fall ist. Vielmehr heißt es in der Amtlichen Begründung, dass § 6 I BNDG-E „den gesetzlichen Aufklärungsauftrag nach § 1 II 1 BNDG“ konkretisiere, ihn aber nicht einenge.<sup>18</sup> Damit verfolgt der Entwurf das Konzept, dass die §§ 6 und 7 BNDG-E eine erweiterte Aufgabenbeschreibung beinhalten, aber keine Befugnis zum Eingriff in das Grundrecht aus Art. 10 I GG.

Diese Konzeption ignoriert bewusst die gegebene verfassungsrechtliche Lage. Zwar wird seitens verantwortlicher Regierungsstellen betont, die Anerkennung einer über das Bundesgebiet hinausreichenden Geltung des Grundrechts aus Art. 10 I GG sei völkerrechtlich problematisch.<sup>19</sup> Dabei wird jedoch verkannt, dass die Grundrechtsgeltung des Art. 10 I GG jedenfalls in den Fällen eingreift, in denen mittels Maßnahmen der Technischen Aufklärung die Telekommunikation von Teilnehmern erfasst wird, die sich allesamt im Ausland aufhalten, der die Telekommunikation betreffende Datenstrom jedoch über einen Austauschpunkt in Deutschland geleitet wird.<sup>20</sup> Selbst wenn man die Erhebung von Telekommunikationsdaten im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nicht dem Regime des Art. 10 I GG unterwerfen wollte, liegt jedoch spätestens dann ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 10 I GG vor, wenn erhobene Daten durch den BND im Inland ausgewertet und ggf. weiter verwendet werden.<sup>21</sup>

Papier verweist auf Art. 1 III GG, wonach die nachfolgenden Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden. Von einer Begrenzung der Geltungskraft der Grundrechte auf das deutsche Staatsgebiet sei weder in dieser allgemeinen Vorschrift noch in den speziellen Grundrechten die Rede. Daher müsse man von einer extraterritorialen Schutzwirkung der nationalen Grundrechte ausgehen.<sup>22</sup> Dies hat zur Folge, dass auch eine vom BND im Ausland vorgenommene

---

<sup>17</sup>Vgl. demgegenüber § 21 G 10.

<sup>18</sup>BT-Drs. 18/9041, 34.

<sup>19</sup>Vgl. auch BT-Drs. 17/9640, 6 u. 10. Zurückhaltend seinerzeit auch *BVerfGE* 100, 313 (362 mwN) = NJW 2000, 55 (58).

<sup>20</sup>Vgl. ausf. *Papier*, NVwZ-Extra 15/2016, 1 (4); vgl. auch *Huber* (o. Fn. 3), Artikel 10-Gesetz, Vorb. Rn. 26.

<sup>21</sup> So ausdrücklich *BVerfGE* 100, 313 (363) = NJW 2000, 55 (58).

<sup>22</sup> NVwZ-Extra 15/2016, 1 (5 mwN). *Papier* stellt in diesem Zusammenhang aber zutreffend klar, dass Art. 10 I GG nicht einschlägig ist, wenn *Amtsträger ausländischer Staaten* oder *ausländische juristische Personen des öffentlichen Rechts* von TKÜ-Maßnahmen betroffen sind, soweit sie im Rahmen ihrer amtlichen Tätigkeit von deutschen Behörden abgehört worden sind. Vgl. ebda. unter Verweis auf *BVerfGE* 21, 362 (369 f.) = NJW 1967, 141: „Die klassische Spionage gegen ausländische Staaten und deren Amtsträger ist mithin kein Fall des Art. 10 GG oder anderer deutscher Grundrechte.“

Erfassung wie im Falle des § 7 I BNDG-E und/oder die Nutzung und Verwertung auf diesem Wege erlangter Telekommunikationsdaten allein im Ausland der Grundrechtsbindung des Art. 10 I GG unterliegt. Darüber hinaus ist schließlich zu beachten, dass der *EGMR* die extritoriale Geltung der Verbürgungen der EMRK und somit auch die aus Art. 8 I EMRK, der die Kommunikationsfreiheit schützt, anerkannt hat.<sup>23</sup>

Dass der Gesetzentwurf in diesem Zusammenhang weder Art. 10 I GG erwähnt noch auf die diesbezügliche Rechtsprechung des *BVerfG* und des *EGMR* eingeht, ist bezeichnend. Ignoranz statt Akzeptanz war wohl der heimliche Lehrplan für das – durchaus in Ansätzen gut gemeinte – Gesetzesvorhaben. Die dem Entwurf zugrundeliegende Rechtsauffassung stellt sich „in jeder Hinsicht und offenkundig als unhaltbar“ dar.<sup>24</sup> Die vorgesehene Regelung der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND wird sich damit leider als evident verfassungswidrig erweisen.

## **b) Anordnung und Unterrichtung (§ 9 – 11 BNDG-E)**

*aa) Gesetzliche Voraussetzungen.* Die Anordnung nach § 6 I BNDG-E, dh die Bestimmung der zu überwachenden Telekommunikationsnetze, die vom *Bundeskanzleramt* zu treffen ist, ergeht schriftlich auf Antrag der Behördenleiterin oder des Behördenleiters des BND oder einer Vertreterin oder eines Vertreters (§ 9 I 1 BNDG-E). Darüber hinaus bedarf nach § 9 II BNDG-E die Bestimmung der Suchbegriffe nach § 6 III 1 Nr. 1 BNDG-E, soweit sich diese auf Einrichtungen der EU oder auf öffentliche Stellen ihrer Mitgliedstaaten beziehen, sowie die nach § 6 III 1 Nr. 2 BNDG-E<sup>25</sup> einzustellenden einer entsprechenden *Anordnung der Behördenleitung des BND*. Das Bundeskanzleramt ist gem. § 9 II 2 BNDG-E über Anordnungen nach Satz 1 zu unterrichten. Die Anordnungen nach § 9 II und § 6 I BNDG-E sind auf höchstens neun Monate zu befristen und können bei weiterem Vorliegen der Eingriffsvoraussetzungen jeweils bis zu neun Monaten verlängert werden (§ 9 III BNDG-E).<sup>26</sup>

§ 10 IV 3 G 10 bestimmt im Zusammenhang mit Beschränkungsmaßnahmen nach dem G

<sup>23</sup>Vgl. dazu *Huber* (o. Fn. 3), Artikel 10-Gesetz, Vorb. Rn. 26.

<sup>24</sup> So *Papier* (NVwZ-Extra 15/2016, 1 [5]) zur einschlägigen Rechtsauffassung der BReg. Der Autor konnte aus zeitlichen Gründen den BNDG-E noch nicht in seine Betrachtungen einbeziehen.

<sup>25</sup>S.o. Text zu Fn. 11 - 13.

<sup>26</sup>Zur Unterrichtung des „Unabhängigen Gremiums“ vgl. unten II.1.e).

10, dass festzulegen ist, welcher Anteil der auf den in einer Anordnung bezeichneten Übertragungswegen zur Verfügung stehenden Übertragungskapazität überwacht werden darf. In den Fällen der strategischen Fernmeldeaufklärung nach § 5 G 10 darf dieser Anteil höchstens 20 % betragen (§ 10 IV 4 G 10) . Mit dieser Regelung, die das Ziel verfolgt, einer lückenlosen Überwachung vorzubeugen, wurde den Vorgaben des *BVerfG* in seinem Urteil vom 14.7.1999<sup>27</sup> entsprochen. Eine entsprechende – verfassungsrechtlich gebotene – Begrenzung enthält der Gesetzentwurf zur Änderung des BNDG nicht. In der Begründung des Entwurfes heißt es hierzu:

„Eine Kapazitätsbeschränkung ist – anders als im Artikel 10-Gesetz – nicht erforderlich. Der BND kann bereits aus tatsächlichen Gründen nur einen sehr geringen Anteil der weltweiten Telekommunikation erfassen. Einer Kapazitätsbeschränkung, die eine flächendeckende Überwachung ausschließen soll, bedarf es daher nicht.“<sup>28</sup>

§ 10 BNDG-E befasst sich mit der Löschung und Kennzeichnung der nach § 6 BNDG-E erhobenen Daten. Falls Daten entgegen § 6 IV BNDG-E aus Telekommunikationsverkehren von deutschen Staatsangehörigen, von inländischen juristischen Personen oder von sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen erhoben werden, sind diese gem. 10 IV 1 BNDG-E unverzüglich zu löschen. Sofern dies nicht erfolgt, ist nach § 10 IV 2 BNDG-E die G 10-Kommission in der folgenden Sitzung zu unterrichten und der betroffenen Person ist die Erhebung vorbehaltlich einer fehlenden Zweckgefährdung der Maßnahme oder fehlender überwiegender Nachteile für das Wohl des Bundes oder eines Landes mitzuteilen. Kann eine Mitteilung nicht binnen zwölf Monaten nach Erhebung der Daten erfolgen, bedarf es für die weitere Zurückstellung einer Zustimmung der G 10-Kommission (S. 3).

Schließlich soll § 11 BNDG-E den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung sichern.<sup>29</sup>

*bb) Bewertung.* Zu begrüßen ist, dass die Verantwortung für Anordnungen nach § 6 I BNDG-E bei der Behördenleitung des BND angesiedelt ist und dass das Bundeskanzleramt eingebunden werden muss. Insoweit wird die politische Verantwortlichkeit für entsprechende Maßnahmen „hochgezont“. Der bisweilen – insbesondere auch in den Vernehmungen durch den NSA-Untersuchungsausschuss – zu

<sup>27</sup>BVerfGE 100, 313 (380) = NJW 2000, 55 (61 f.).

<sup>28</sup>BT-Drs. 18/9041, 42.

<sup>29</sup>Vgl. dazu auch *Huber* (o.Fn. 3), § 3a Artikel 10-Gesetz, Rn. 1 ff. bzw. § 5a Artikel 10-Gesetz, Rn. 1 ff.

Tage getretenen Unkenntnis der Behördenleitung des BND über bestimmte Einzelheiten der Strategischen Fernmeldeaufklärung soll hiermit - ohne dass dies in der Begründung des Gesetzentwurfs zum Ausdruck kommt – entgegengetreten werden. Von der Behördenleitung des Dienstes wird insoweit in Zukunft eine qualitativ höhere Aufmerksamkeit und dienstinterne Kontrolle abverlangt werden, deren nachlässige Wahrnehmung schnell zu politischen Konsequenzen führen kann.

Der vom Gesetzentwurf vorgesehene *unbegrenzte Abgriff* von Telekommunikationsdaten aus den nach § 6 I BNDG-E angeordneten Telekommunikationsnetzen („full take“) bedarf einer äußerst kritischen Bewertung. Zwar ist es nicht auszuschließen, dass der BND bereits die ihm im Rahmen der strategischen Kontrolle nach § 5 G 10 ermöglichte Ausnutzung von 20 % der Übertragungskapazität tatsächlich nicht auszuschöpfen vermag. Entsprechendes könnte für einen Abgriff im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung gelten.<sup>30</sup> Gleichwohl ist der Verweis auf – durchaus ua von der Bewilligung entsprechender Haushaltsmittel veränderbare – fehlende kapazitätsmäßige Möglichkeiten, einen umfassenden Abgriff von Telekommunikationsdaten im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung vorzunehmen, nicht geeignet, der Regelung eine (grund)rechtliche Relevanz abzusprechen. Dies gilt selbst dann, wenn man – wie die Bundesregierung – derartiges Handeln nur am Maßstab des Art. 1 III iVm Art. 20 III GG und der hieraus folgenden Achtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes messen wollte.

Im Übrigen ist zu befürchten, dass über § 6 I BNDG-E angesichts des nur unzureichend arbeitenden DAFIS-Filtersystem des BND, das insbesondere dem Schutz deutscher oder im Bundesgebiet sich aufhaltender Personen dienen soll, eine nicht nur unbeachtliche Erfassung von auch nach Ansicht der Bundesregierung durch Art. 10 I GG geschützte Personen erfolgen wird.

Bei der nach § 10 IV BNDG-E vorgesehenen – und an sich sachgerechten - Einbeziehung der G 10-Kommission in Fällen einer iSd § 6 IV BNDG-E unzulässigen Erhebung von Telekommunikationsdaten erweist sich erneut, dass den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 10 I GG nicht entsprochen wird. Für deutsche Staatsangehörige und für inländische juristische Personen wird eine weltweite Geltung der Schutzwirkungen aus Art. 10 I GG angenommen. Ausländische Staatsangehörige sind jedoch territorial nur geschützt, soweit sie sich im Bundesgebiet aufhalten. Dies ist schon mit dem

---

<sup>30</sup>Vgl. *Papier*, NVwZ-Extra 15/2016, 1 (14).

Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 I GG nicht zu vereinbaren.<sup>31</sup> Möglicherweise zielt diese Norm aber auch auf eine nicht auszuschließende *umfangreiche* Erfassung der Telekommunikation von aus der eingeschränkten Sicht der Bundesregierung geschützten natürlichen und juristischen Personen an inländischen Datenaustauschpunkten.<sup>32</sup>

### **c) Eignungsprüfung erhobener oder ausgewerteter personenbezogener Daten (§ 12 BNDG-E)**

*aa) Gesetzliche Voraussetzungen.* Nach § 12 I BNDG-E darf der BND Informationen einschließlich personenbezogener Daten aus Telekommunikationsnetzen erheben und auswerten, *soweit* dies zur Bestimmung geeigneter Suchbegriffe oder geeigneter Telekommunikationsnetze für Maßnahmen nach § 6 BNDG-E erforderlich ist (*Eignungsprüfung*).<sup>33</sup> Bei dieser Prüfung werden Daten aus Telekommunikationsnetzen *ohne* den Einsatz von *Suchbegriffen* erhoben.<sup>34</sup> Der Amtlichen Begründung zufolge<sup>35</sup> wird im Rahmen der Eignungsprüfung der Datenstrom durch den BND auf zwei Kriterien hin geprüft: Zum einen werde der Datenstrom genutzt, um neue Suchbegriffe für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung zu generieren, zB um neue, bislang nicht bekannte Kommunikationsmittel zu erkennen. Sofern ausschließlich der bereits selektierte Datenstrom durch den BND betrachtet würde, wären dessen Erfassungsmöglichkeiten massiv eingeschränkt. Ferner werde der Datenstrom daraufhin geprüft, ob sich bestimmte Telekommunikationsstrecken für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung eignen.

Die Verantwortlichkeit für die Anordnung einer Eignungsprüfung ist nach § 12 II 1 BNDG-E bei der Behördenleitung angesiedelt. Sofern es für die Eignungsprüfung der Mitwirkung eines Unternehmens bedarf, das Telekommunikationsdienste anbietet, erfolgt die Anordnung durch das Bundeskanzleramt (§ 12 II 3 BNDG-E). Die Anordnung, eine Eignungsprüfung durchzuführen, darf nur ergehen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass in dem zu prüfenden Telekommunikationsnetz geeignete Daten übertragen werden (§ 12 II 2 BNDG-E). Die Maßnahme ist auf sechs Monate zu befristen (§ 12 II 3 BNDG-E). § 12 III – V BNDG-E befasst sich mit der Verwendung und Löschung personenbezogener Daten, die im Rahmen einer Eignungsprüfung nach Abs. 1 angefallen

<sup>31</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Papier*, NVwZ-Extra 15/2016, 1 (7 mwN).

<sup>32</sup> Vgl. dazu auch *Papier*, NVwZ-Extra 15/2016, 1 (12 ff.). Die Begründung des Gesetzentwurfs hilft nicht weiter.

<sup>33</sup> Vgl. auch die Übergangsregelung des § 36 BNDG-E; dazu unten II.3.

<sup>34</sup> BT-Drs. 18/9041, 47.

<sup>35</sup> BT-Drs. 18/9041, 46 f.

sind. Diese dürfen (grundsätzlich) nur zum Zweck der Eignungsprüfung verwendet werden und müssen unverzüglich nach der Erhebung ausgewertet werden. Sie sind im Falle der Prüfung nach Abs. 1 Nr. 1 spätestens zwei Wochen und im Falle des Abs. 1 Nr. 2 spätestens vier Wochen nach ihrer Erhebung „spurenlos“ zu löschen, wobei die Löschung zu protokollieren ist. Eine über § 12 III 1 BNDG-E hinausgehende Verwendung der erhobenen personenbezogenen Daten ist nach Abs. 5 nur zulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass dadurch eine erhebliche Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder aber für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland abgewendet werden kann. Schließlich bestimmt § 12 VI BNDG-E, dass Daten aus laufenden Maßnahmen nach § 6 BNDG-E auch für Eignungsprüfungen verwendet werden können; wobei in diesem Falle die Abs. 1 und 3 – 5 entsprechend gelten.

*b) Bewertung.* Die Regelung betrifft die Metadaten-Erfassung. Sie ermöglicht den so genannten „Full-Take“, dh es wird ein gesamter Datenstrom an den BND ausgeleitet, der dann einer nachrichtendienstlich relevanten Analyse unterzogen wird. Die in § 12 BNDG-E vorgesehenen kurzen Fristen zur Löschung personenbezogener Daten sind zwar nicht zu beanstanden.<sup>36</sup> Trotz vorgesehener „spurloser“ Löschungspflichten besteht jedoch möglicherweise die nicht auszuschließende Gefahr einer Rekonstruktion auch personenbezogener Daten in Kombination mit sonstigen technischen Daten.<sup>37</sup>

#### **d) Kooperation im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung (§§ 13 – 15 BNDG-E)**

*aa) Gesetzliche Voraussetzungen.* Die Übermittlung personenbezogener Daten, die vom BND im Rahmen von *strategischen Beschränkungsmaßnahmen nach § 5 G 10* erhoben worden sind, richtet sich nach § 7a G 10.<sup>38</sup> Mit § 13 BNDG-E wird nun die Kooperation des

<sup>36</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch *BVerfGE* 120, 378 (399) = *NJW* 2008, 1505 – Kfz-Kennzeichenerfassung; vgl. dazu auch *Papier*, *NVwZ-Extra* 15/2016, 1 (8).

<sup>37</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang speziell auch zu Fragen von IP-Adressen instruktiv *Herbst*, *NVwZ* 2016, 902 (903).

<sup>38</sup> Eine entsprechende auf Erkenntnisse aus Maßnahmen § 3 G 10 (Individualmaßnahmen) bezogene Befugnis des BND, des Bundesamtes für Verfassungsschutz wie auch des MAD enthält das G 10 bislang nicht. Ein gleichwohl erfolgreicher Austausch von personenbezogenen Daten, die im Rahmen einer Beschränkungsmaßnahme *nach § 3 G 10* erlangt worden sind, durch den BND, das BfV oder den MAD mit ausländischen öffentlichen Stellen ist daher – derzeit – rechtswidrig. Die allgemeine Regelung des § 19 III BVerfSchG, der unter bestimmten Voraussetzungen dem BfV die Übermittlung personenbezogener Daten an ausländische öffentliche Stellen eröffnet und auf den im BNDGE wie auch im MADG Bezug genommen wird, betrifft nicht Erkenntnisse aus Beschränkungsmaßnahmen nach dem G 10.

BND im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung mit ausländischen öffentlichen Stellen, die nachrichtendienstliche Aufgaben wahrnehmen, geregelt.<sup>39</sup> Nach Abs. 1 dürfen dabei auch Informationen einschließlich personenbezogener Daten nach § 14 BNDG-E erhoben und nach § 15 BNDG-E (automatisierte Datenübermittlung) ausgetauscht werden. Eine entsprechende Kooperation ist gem. § 13 II BNDG-E (nur) zulässig, wenn sie den Zielen des § 6 I 1 Nr. 1 – 3 BNDG-E (s.o. II.1.a) dient und die Erfüllung der Aufgaben durch den BND ohne eine solche Kooperation wesentlich erschwert oder unmöglich wäre (Abs. 2). Die Einzelheiten einer solchen Kooperation wie z.B. Kooperationsziele, -inhalte und -dauer, Zweckbindung erhobener Daten und Löschungspflichten sind vor ihrem Beginn zwischen dem BND und der ausländischen öffentlichen Stelle in einer *Absichtserklärung* schriftlich niederzulegen (Abs. 3 und 4).<sup>40</sup> Diese bedarf nach Abs. 5 der Zustimmung des Bundeskanzleramtes, wenn die Kooperation mit ausländischen öffentlichen Stellen von EU-, EWR- oder NATO-Staaten erfolgt. Im Übrigen bedarf die Kooperation mit sonstigen Staaten als „zusätzliche formale Hürde“<sup>41</sup> der Zustimmung der Chefin oder des Chefs des Bundeskanzleramtes. Das Parlamentarische Kontrollgremium ist über die Absichtserklärung zu unterrichten.

Die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung darf im Rahmen einer entsprechenden Kooperation nach § 13 BNDG-E nur durch den BND selbst erfolgen (§ 14 III BNDG-E). Damit soll ausgeschlossen werden, dass der Kooperationspartner vom deutschen Territorium aus Fernmeldeaufklärung durchführt.<sup>42</sup>

*bb) Bewertung.* Sowohl die einzelfallbezogene Überwachung der Telekommunikation verdächtiger Personen nach § 3 G 10 wie auch die strategische Fernmeldeaufklärung nach den §§ 5 und 8 G 10 und schließlich auch die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND erfordert, um wesentliche und zielführende Erkenntnisse gewinnen zu können, zwangsläufig eine teils engere Kooperation und einen Austausch einschlägiger Informationen mit ausländischen Partnerdiensten.<sup>43</sup> Zu begrüßen ist es, dass mit dem

---

<sup>39</sup>Vgl. auch die Übergangsregelung des § 36 BNDG-E; dazu unten II.3.

<sup>40</sup>BT-Drs. 18/9041, 50: „Die Art und Weise der Durchführung einer solchen Kooperation mit ausländischen öffentlichen Stellen ist vorab *detailliert* (Herv. d. Verf.) niederzulegen.“ - In der nachrichtendienstlichen Praxis war bzw. ist es offenbar zumindest zT üblich, bestimmte Einzelheiten einer nachrichtendienstlichen Zusammenarbeit im Rahmen eines „Memorandum of Agreement“ (MoA) oder eines „Memorandum of Understanding“ (MoU) festzulegen. Zum MoA betr. die Kooperation von BND und NSA in der BND-Erfassungsstelle Bad Aibling vgl. den - offenen - Bericht „Nachrichtendienstliche Fernmeldeaufklärung mit Selektoren in einer transnationalen Kooperation“ des Sonderermittlers *Graulich* für den NSA-UA vom 23.10.2015, S. 67 ff.

<sup>41</sup>BT-Drs. 18/9041, 51.

<sup>42</sup>BT-Drs. 18/9041, 52.

<sup>43</sup>Vgl. auch *BVerfG*, NJW 2016, 1781 Rn. 102 – BKA-Gesetz.

Entwurf erstmals dem BND die *gesetzliche* Verpflichtung auferlegt wird, vor Beginn einer solchen Kooperation mit dem jeweiligen Kooperationspartner schriftlich die Modalitäten der Zusammenarbeit im Bereich der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung niederzulegen. Dies dürfte im internationalen Vergleich vorbildhaft sein. Positiv ist zudem zu werten, dass hinsichtlich entsprechender Vereinbarungen künftig eine stärkere Einbindung des Bundeskanzleramtes als Aufsichtsbehörde und auch eine *obligatorische* Unterrichtung des Parlamentarischen Kontrollgremiums vorgesehen ist.

Folgerichtig wäre es, für nachrichtendienstliche Kooperationen des BfV oder des MAD mit ausländischen Nachrichtendiensten das Erfordernis vergleichbarer Absichtserklärungen einzuführen.

#### **e) Das „Unabhängige Gremium“ als neue Kontrollinstanz (§ 16 BNDG-E)**

*aa) Gesetzliche Voraussetzungen.* § 16 BNDG-E sieht ein dreiköpfiges weisungsfreies „Unabhängiges Gremium“ als neue Kontrollinstanz vor. Den Vorsitz übernimmt nach Abs. 1 S. 2 eine Richterin oder ein Richter am BGH. Als Beisitzer sind eine Richterin oder ein Richter am BGH sowie eine Bundesanwältin oder ein Bundesanwalt beim BGH vorgesehen. Die Mitglieder dieses Gremiums werden vom *Bundeskabinett für die Dauer von sechs Jahren* bestellt (§ 16 II BNDG-E). Das Gremium tritt nach § 16 IV 1 BNDG-E mindestens alle drei Monate zusammen. Seine Beratungen sind geheim (§ 16 V BNDG-E). Schließlich unterrichtet das Unabhängige Gremium in Abständen von höchstens sechs Monaten das Parlamentarische Kontrollgremium über seine Tätigkeit (§ 16 VI BNDG-E).<sup>44</sup>

Das Bundeskanzleramt unterrichtet nach § 9 IV BNDG-E das Unabhängige Gremium über die von ihm getroffenen Anordnungen nach § 6 I BNDG-E (grundsätzlich) *vor* deren Vollzug. Das Gremium prüft die Zulässigkeit und Notwendigkeit der Anordnung; Anordnungen, die für unzulässig oder nicht notwendig erklärt werden, sind unverzüglich aufzuheben. Entsprechendes gilt nach Abs. 5 S. 1 über die von der Behördenleitung des BND getroffenen Anordnungen nach § 9 II BNDG-E. § 9 V 2 BNDG-E räumt dem Unabhängigen Gremium die Befugnis ein, *stichprobenartig* zu kontrollieren, ob bei dem Einstellen von Suchbegriffen die Vorgaben des § 6 III BNDG-E eingehalten worden sind.

*bb) Bewertung.* Da der Gesetzentwurf für den in ihm zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung getroffenen Regelungsgehalt den Anwendungsbereich des Art. 10

---

<sup>44</sup>BT-Drs. 18/9041, 55: Unterrichtung „in abstrakter Form“.

GG nicht eröffnet sieht, ist es folgerichtig, wenn auch nicht zwingend, die Kontrolle dem neuen Unabhängigen Gremium und nicht der G 10-Kommission zu übertragen.<sup>45</sup> Die Kontrollbefugnisse des Unabhängigen Gremiums sind jedoch nur rudimentärer Natur. Eine umfassende vom Amtsermittlungsgrundsatz geprägte Kontrolltätigkeit und ein Recht auf Zutritt zu den Diensträumen des BND, wie dies § 15 V G 10 vorsieht, wird dem Unabhängigen Gremium nicht eingeräumt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass das Gremium beim *BGH* angesiedelt ist.

## **2. Übermittlungen und Gemeinsame Dateien (§§ 23 – 30 BNDG-E)**

### **a) Gesetzliche Voraussetzungen**

Für die konkrete Praxis des BND ist § 26 I 1 BNDG-E von erheblicher Bedeutung. Danach kann der BND „zum Zwecke des Austausches und der gemeinsamen Auswertung von nachrichtendienstlichen Informationen und Erkenntnissen mit ausländischen öffentlichen Stellen“ gemeinsame Dateien führen (§ 27 BNDG-E) oder sich an diesen beteiligen (§ 30 BNDG-E). Die näheren Voraussetzungen der Zusammenarbeit und die Beteiligung des Bundeskanzleramtes sowie des Parlamentarischen Kontrollgremiums sind in § 26 II und III BNDG-E umschrieben. Die Gefahrenlagen nach § 26 I BNDG-E sind der amtlichen Begründung zufolge nicht gleichzusetzen mit den Gefahrenbereichen des § 5 I 3 G 10, „sondern können über diese hinausgehen“.<sup>46</sup> Die konkreten Einzelheiten der Kooperation bedürfen einer zwischen den Beteiligten abgestimmten schriftlichen Absichtserklärung (§ 26 IV BNDG-E).<sup>47</sup> Die Beteiligung des BND an gemeinsamen Dateien mit ausländischen öffentlichen Stellen bedarf der Zustimmung des Bundeskanzleramtes (§ 30 S. 1 BNDG-E).

### **b) Bewertung**

Im Hinblick auf die Notwendigkeit einer internationalen Kooperation der Nachrichtendienste bestehen gegen die vorgenannten Regelungen keine grundlegenden Bedenken. Sie betreffen allerdings allein Maßnahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung. Um einschlägige Erkenntnisse aus G 10-

---

<sup>45</sup>Die G 10-Kommission ist vom Bundesgesetzgeber auch mit der Kontrolle nachrichtendienstlicher Maßnahmen, die keinen Bezug zu Art. 10 I GG haben, betraut worden. Vgl. zB die Besonderen Auskunftsverlangen nach § 8a II und II a iVm § 8b II BVerfSchG.

<sup>46</sup>BT-Drs. 18/9041, 58.

<sup>47</sup>Nähere Einzelheiten der Führung gemeinsamer Dateien durch den BND, der Dateianordnung bei gemeinsamen Dateien und der Eingabe in und des Zugriffs auf die vom BND geführten gemeinsamen Dateien sehen §§ 27 – 29 BNDG-E vor. – Zu notwendigen Absichtserklärungen vgl. auch oben Text zu Fn. 40.

Beschränkungsmaßnahmen einbeziehen zu dürfen, bedarf es einer entsprechenden Ergänzung des G 10. § 28 I 2 BNDG-E, demzufolge sich die jeweilige Datei auf bestimmte Gefahrenlagen oder bestimmte Personenkreise beziehen muss, die nicht den in § 5 I 3 G 10 benannten Gefahrenbereichen entsprechen müssen, sondern durchaus weiter gefasst sein können, ist im Hinblick auf das Gebot rechtsstaatlicher Klarheit problematisch: Die in § 26 II BNDG-E enthaltene Vorgabe, dass eine Zusammenarbeit iSd § 26 I BNDG-E nur zulässig ist, wenn dies von erheblichem außen- und sicherheitspolitischen Interesse für die Bundesrepublik Deutschland ist (Nr. 1), in den teilnehmenden Staaten die Einhaltung grundlegend rechtsstaatlicher Prinzipien gewährleistet ist (Nr. 2) und sichergestellt ist, dass das Prinzip der Gegenseitigkeit gewahrt wird (Nr. 3), ist dermaßen offen formuliert, dass sich trotz der in Abs. 4 vorgesehenen zwingenden Absichtserklärung der beteiligten öffentlichen Stellen über Art und Weise der Nutzung der Datei durchaus eine im Grunde weitgehend unkontrollierbare Datensammlung ergeben könnte. Allerdings bestimmt § 27 I 1 BNDG-E für den Fall, dass der BND eine Datei nach § 26 I BNDG-E als eigene Datei führt,<sup>48</sup> dass sich die hierfür einschlägigen Informationen und Erkenntnisse beziehen müssen, die geeignet sind, um Gefahren iSv § 5 I 3 G 10 zu erkennen und zu begegnen.

### **3. Übergangsregelung (§ 36 BNDG-E)**

#### **a) Gesetzliche Voraussetzungen**

Nach der Übergangsregelung des § 36 BNDG-E dürfen Maßnahmen iSd §§ 6, 12 und 13 sowie der §§ 27 und 30 BNDG-E, die vor dem Inkrafttreten des BNDG-E begonnen wurden, nach diesem Zeitpunkt noch bis zu zwölf Monate fortgeführt werden.

#### **b) Bewertung**

Der Gesetzentwurf zielt – wenn auch in keiner Weise zufriedenstellend – auf die Legalisierung einer bislang vom BND betriebenen rechtswidrigen Praxis der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung. Tagtäglich wird in massiver Weise in die Grundrechte betroffener natürlicher oder juristischer Personen *ohne jegliche Kontrolle* eingegriffen. Auch bei wohlwollender Betrachtung erweist sich im Hinblick darauf die in § 36 BNDG-E

---

<sup>48</sup>Zu den Einzelheiten einer erforderlichen Dateianordnung vgl. § 28 BNDG-E.

vorgesehene großzügige Übergangsregelung als nicht hinnehmbar.

Im Rahmen der Ermittlungen des NSA-Untersuchungsausschusses hat sich herausgestellt, dass sich der BND zum Abgriff von Telekommunikationsdaten bei inländischen Telekommunikationsdienstleistern auch Anordnungen von Beschränkungsmaßnahmen nach § 5 G 10 bedient, die von der G 10-Kommission für zulässig erklärt worden sind. Dieser - inzwischen unbestrittene - Formenmissbrauch gebietet es, die im BNDG-E zweifelsohne unzureichenden Regelungen über die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung jedenfalls mit sofortiger Wirkung in Kraft zu setzen.

### **III. Der Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes**

Am 5.7.2016 haben die Fraktionen der CDU/CSU und SPD den Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes vorgelegt.<sup>49</sup> Den Schwerpunkt bildet die Einrichtung eines oder einer Ständigen Bevollmächtigten des Parlamentarischen Kontrollgremiums.

#### **1. Vorgänge von besonderer Bedeutung (§ 4 I 2 PKGrG-E)**

##### **a) Gesetzliche Klarstellung**

Nach § 4 I 1 PKGrG unterrichtet die Bundesregierung das Parlamentarische Kontrollgremium ua „über Vorgänge von besonderer Bedeutung“. Dass in der Vergangenheit eine entsprechende Unterrichtung nicht immer im erforderlichen Maße erfolgt ist, steht außer Frage.<sup>50</sup> Um diesem Missstand abzuhelpen, versucht § 4 I 2 PKGrG-E eine gesetzliche Klarstellung vorzunehmen. Danach sind Vorgänge von besonderer Bedeutung insbesondere wesentliche Änderungen im Lagebild der äußeren und inneren Sicherheit (Nr. 1), behördeninterne Vorgänge mit erheblichen Auswirkungen auf die Aufgabenerfüllung (Nr. 2) und Einzelvorkommnisse, die Gegenstand politischer Diskussionen oder öffentlicher Berichterstattung sind (Nr. 3).

##### **b) Bewertung**

Die beabsichtigte Klarstellung kann hilfreich sein, setzt aber voraus, dass die

---

<sup>49</sup>BT-Drs. 18/9040. Vgl. auch den Gesetzentwurf der Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 18/8163. Zur hierauf bezogenen Plenardebatte am 8.7.2016 vgl. BTPlenProt 18/18263 ff.

<sup>50</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9040, 10 f.

Bundesregierung die ihr obliegende Informationspflicht gegenüber dem Parlamentarischen Kontrollgremium tatsächlich ernst nimmt. Das war in der Vergangenheit leider – wie auch gegenüber anderen Kontrollinstanzen – nicht immer der Fall. Vielmehr wurde und wird es nach vor in Kreisen der Exekutive zumindest gelegentlich bevorzugt, teils brisante Informationen zunächst unter Missachtung der zuständigen Kontrollgremien auf andere Weise etwa an die Presse „durchzustechen“. Die diesbezüglich im Zusammenhang mit der Arbeit des Parlamentarischen Kontrollgremiums zutage getretenen Auffälligkeiten, die offenbar dazu dienen sollten, die Arbeit dieses Organs zu diskreditieren, lassen nicht auf eine Besserung hoffen.

## **2. Ständige oder Ständiger Bevollmächtigter (§ 5a PKGrG-E)**

### **a) Gesetzliche Voraussetzungen**

Nach § 5a I PKGrG-E wird das Parlamentarische Kontrollgremium durch regelmäßige und einzelfallbezogene Untersuchungen einer oder eines Ständigen Bevollmächtigten des Parlamentarischen Kontrollgremiums unterstützt. Die bzw. der Bevollmächtigte wird auf Weisung des Kontrollgremiums tätig (§ 5a II 1 PKGrG-E). Das Zutrittsrecht zu den Diensträumen der Nachrichtendienste des Bundes ist akzessorisch zu dem des Parlamentarischen Kontrollgremiums.<sup>51</sup> Zu den Aufgaben des oder der Ständigen Bevollmächtigten gehört es, die Sitzungen des Parlamentarischen Kontrollgremiums und dessen Berichte an das Plenum des Deutschen Bundestages vorzubereiten (§ 5a III 1 PKGrG-E). Eine regelmäßige Teilnahme an den Sitzungen des Parlamentarischen Kontrollgremiums, der G 10-Kommission<sup>52</sup> und des Vertrauensgremiums nach § 10a BHO ist nach § 5 III 2 PKGrG-E vorgesehen. Die Ernennung und Rechtsstellung des oder der Ständigen Bevollmächtigten wird in § 5b PKGrG-E geregelt. Einzelheiten des administrativen „Unterbaus“ der Bundestagsverwaltung finden sich in § 12 PKGrG-E.<sup>53</sup>

### **b) Bewertung**

Die Einrichtung eines Ständigen Bevollmächtigten war und ist höchst umstritten. Tatsache ist jedoch, dass eine umfassende und einzelfallbezogene Recherche bestimmter Sachverhalte durch Mitglieder des Parlamentarischen Kontrollgremiums in Anbetracht personeller und zeitlicher Kapazitäten allenfalls ausnahmsweise sorgfältig durchgeführt

---

<sup>51</sup>Vgl. BT-Drs. 18/9040, 11.

<sup>52</sup>Vgl. auch Art. 2 des Gesetzentwurfs mit einer entsprechenden Ergänzung des § 15 I G10.

<sup>53</sup>Zu den Amtsbezügen vgl. § 12a PKGrG-E.

werden kann.<sup>54</sup> Von daher ist es dem Grunde nach nachvollziehbar, entsprechende Aufgaben zu delegieren. Die bereits jetzt in § 7 PKGrG vorgesehene Möglichkeit, einen Sonderermittler einzusetzen, würde hierdurch ergänzt. Anders als nach dieser Norm bestellte Sachverständige oder Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Gremiums nach § 12 III PKGrG soll der oder die Ständige Bevollmächtigte „künftig auch eine strukturelle und kontinuierliche Kontrolle vornehmen können, Kontrollaufträge langfristig begleiten, den Einsatz der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter steuern und so unter anderem einen wichtigen Beitrag dazu leisten, dass die parlamentarische Kontrolle insgesamt noch effektiver und strategischer ausgerichtet werden kann“.<sup>55</sup>

In diesem Zusammenhang wäre es durchaus sinnvoll, dass auch die G 10-Kommission dem Ständigen Bevollmächtigten – neben der Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit –<sup>56</sup> Ermittlungs- und Kontrollaufträge erteilen könnte. Insbesondere im Hinblick auf die immer komplexer werdenden Einzelheiten und Probleme einer Telekommunikationsüberwachung erweist sich dies als vonnöten. Dabei muss jedoch klargestellt bleiben, dass die abschließende Kontrollkompetenz uneingeschränkt der G 10-Kommission obliegt.

### **3. Sonstige Regelungen**

Durch die Novelle soll dem G 10 § 15 VIII angefügt werden, wonach sich die G 10-Kommission und das Parlamentarische Kontrollgremium regelmäßig unter Wahrung der jeweils geltenden Geheimhaltungsvorschriften über „allgemeine Angelegenheiten“ ihrer Kontrolltätigkeit austauschen. Diese Änderung ist zu begrüßen.

§ 8 I PKGrG-E modifiziert die bereits bisher geltende Whistleblower-Regelung.

§ 10 III PKGrG-E sieht eine öffentliche Anhörung der Präsidentinnen und Präsidenten der Nachrichtendienste des Bundes vor, die einmal im Jahr erfolgen soll.

### **III. Ergebnis**

Der Gesetzentwurf zur Änderung des BND-Gesetzes enthält zwar einige Ansätze, die einer erhöhten Kontrolle der Aktivitäten des deutschen Auslandsnachrichtendienstes im

---

<sup>54</sup>Wie etwa im Fall der BND-Selektorenlisten. Entsprechendes gilt für eine Kooperation mit der Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit.

<sup>55</sup>BT-Drs. 18/9040, 11.

<sup>56</sup>Vgl. § 15 V 4 G 10.

Bereich der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung dienen könnten. Die Ignoranz eines über die Grenzen der Bundesrepublik Deutschland hinausreichenden Grundrechtsschutzes insbesondere nach Art. 10 I GG knüpft an die überholte verfassungsrechtliche Mehrheitsmeinung des letzten Jahrhunderts an und wird den aktuellen auch rechtspolitisch gebotenen Herausforderungen nicht gerecht.<sup>57</sup> Der Retro-BNDG-Gesetzentwurf wird vor dem *BVerfG* keinen Bestand haben.

Die Praktikabilität und Effektivität des oder der in § 5a PKGrG-E vorgesehenen Bestellung eines oder einer Ständigen Bevollmächtigten muss sich – im Falle der Verabschiedung des Gesetzentwurfs – erst einmal erweisen. Die betroffenen Kontrollgremien werden tunlichst darauf achten müssen, dass sich hier kein unkontrolliertes Eigenleben und damit ein schleichendes Unterlaufen der originär parlamentarischen Kontrolle etabliert.

---

<sup>57</sup> Im Ergebnis ebenso die summarische Würdigung des BNDG-E durch den früheren Präsidenten des BND *Geiger* in der *Süddeutschen Zeitung* vom 30.6.2016.

## Themen der Zeit

Vors. Richter am VG a. D. Dr. Bertold Huber\*

### BND-Gesetzreform – gelungen oder nachbesserungsbedürftig?

Die bislang nur unzureichend geregelte Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND ist in den letzten Jahren grundlegender politischer und (verfassungs-)rechtlicher Kritik ausgesetzt gewesen. Mit einer Reform des BND-Gesetzes und des Gesetzes über das Parlamentarische Kontrollgremium des Bundes soll diesem unbefriedigendem Zustand abgeholfen werden.

#### I. Einleitung

Nachdem *Edward Snowden* im Juni 2013 geheime Dokumente zur weitreichenden Überwachungspraxis der NSA und des britischen GCHQ veröffentlichte, setzte der Deutsche Bundestag der 18. Legislaturperiode am 20.3.2014 den NSA-Untersuchungsausschuss (NSA-UA) ein. Dieser befasste sich schon früh mit der Frage, wie eine Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND, bei der die Kommunikationsteilnehmer keinen unmittelbaren territorialen Bezug zum Bundesgebiet haben, verfassungs- und völkerrechtlich zu bewerten ist. Das Ergebnis war ziemlich eindeutig: Der BND agiert im Rahmen der „Routineaufklärung“ zumindest in einem rechtlichen Graubereich,<sup>1</sup> wenn nicht gar gänzlich ohne eine erforderliche gesetzliche Befugnis.<sup>2</sup> Die Bundesregierung und der BND stützten bislang diese Art der Fernmeldeaufklärung auf die Aufgabennorm des § 1 II 1 BNDG, wonach der BND „zur Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind“, die erforderlichen Informationen sammelt und auswertet.

Als Konsequenz aus der aktuellen rechtspolitischen Debatte verfolgt der von den Fraktionen der CDU/CSU und der SPD vorgelegte Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND vom 5.7.2016 den Zweck, „im Interesse der Rechtssicherheit“ die bestehende Rechtslage zu präzisieren und spezielle rechtliche Grundlagen für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung sowie für eine diesbezügliche Kooperation mit ausländischen öffentlichen Stellen anderer Staaten zu schaffen.<sup>3</sup> In diesem Zusammenhang haben zugleich die Regierungsfractionen den Entwurf zur weiteren Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste eingebracht.<sup>4</sup> Die erste Lesung beider Gesetzentwürfe erfolgte am 8.7.2016 im Deutschen Bundestag.<sup>5</sup>

Im Folgenden werden – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – die wesentlichen Grundzüge beider Gesetzesvorlagen dargestellt und kritisch bewertet.

#### II. Gesetzentwurf zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND

##### 1. Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung, §§ 6–18 BNDG-ÄndG-E

Die Einzelheiten der neu zu regelnden Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung finden sich in dem neuen Abschnitt 2 des Gesetzentwurfs.

a) *Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten*, § 6 und § 7 BNDG-E. aa) *Gesetzliche Voraussetzungen*. Nach

§ 6 I 1 BNDG-E darf der BND zur Erfüllung seiner Aufgaben *vom Inland aus* mit technischen Mitteln Informationen einschließlich personenbezogener Daten aus Telekommunikationsnetzen, über die Telekommunikation von Ausländern im Ausland erfolgt, erheben und verarbeiten. Entsprechende Daten müssen erforderlich sein, um frühzeitig Gefahren für die innere oder äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland erkennen und diesen begegnen zu können (Nr. 1), um die Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland zu wahren (Nr. 2) oder um sonstige Erkenntnisse von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung über Vorgänge zu gewinnen, die in Bezug auf Art und Umfang durch das Bundeskanzleramt im Einvernehmen mit dem Auswärtigen Amt und den Bundesministerien des Innern, der Verteidigung und denen für Wirtschaft sowie für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung bestimmt werden (Nr. 3). Nach Satz 2 darf die Datenerhebung nur aus denjenigen Telekommunikationsnetzen erfolgen, die das Bundeskanzleramt zuvor durch Anordnung bestimmt hat. Nach Abs. 2 darf der BND Inhaltsdaten nur anhand von Suchbegriffen durchführen, die zur Aufklärung von Sachverhalten nach Abs. 1 S. 1 Nr. 1–3 bestimmt und geeignet sind.<sup>6</sup>

Ein Novum ist der in § 6 III 1 BNDG-E vorgesehene partielle Schutz von Einrichtungen der EU, von öffentlichen Stellen ihrer Mitgliedstaaten oder von Unionsbürgern, denen gegenüber Suchbegriffe, die zur gezielten Erfassung von Inhaltsdaten führen, nur verwendet werden dürfen, wenn dies erforderlich ist, um Gefahren iSd § 5 I 3 G 10 zu erkennen und zu begegnen (Nr. 1) oder um Informationen iSd § 6 I 1 Nr. 1–3 BNDG-E zu gewinnen (Nr. 2). Die letztgenannte Variante setzt darüber hinaus voraus, dass ausschließlich Daten über Vorgänge in Drittstaaten gesammelt werden sollen, die von „besonderer Relevanz“ für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland sind. Darüber hinaus bestimmt § 6 III 2 BNDG-E, dass Suchbegriffe, die zur gezielten Erfassung von Unionsbürgern führen, nur verwendet werden dürfen, wenn dies erforderlich ist, um Straftaten iSd § 3 I G 10 zu erkennen und ihnen zu begegnen.

§ 6 IV BNDG-E verbietet es, Daten aus Telekommunikationsverkehren von deutschen Staatsangehörigen, von inländischen juristischen Personen oder von sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen zu erheben. Hierzu heißt es in dem Gesetzentwurf, dass sich das Erheben solcher Daten gebe-

\* Der Autor ist stellvertretender Vorsitzender der G 10-Kommission des 18. Deutschen Bundestags. Er gibt in dem Beitrag seine persönliche Auffassung wieder.

1 Vgl. *Papier, Hoffmann-Riem und Bäcker*, Ausschuss-Drs. 54, SV 2/1, 2/2 und 2/3.

2 Vgl. *Huber*, NJW 2013, 2572; *ders.* in *Schenke/Graulich/Ruthig*, Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, Art. 10-Gesetz, Vorb. Rn. 23 ff., insbes. Rn 27 mwN. So jetzt auch ausdrückl. *Papier*, NVwZ-Extra 15/2016, 1 (Online-Aufsatz) = NVwZ 2016, 1057 (Zusammenfassung).

3 BT-Drs. 18/9041, 2.

4 BT-Drs. 18/9040 v. 5.7.2016.

5 BT-PIProt. 18/18263 ff. und 18274 ff.

6 Ähnlich § 5 II 1 G 10 für die strategische Fernmeldeaufklärung des BND mit Inlandsbezug.

nenfalls (ausschließlich) nach dem G 10 richte.<sup>7</sup> Schließlich verbietet § 6 V BNDG-E die Wirtschaftsspionage.

§ 7 I BNDG-E sieht vor, dass für die Verarbeitung und Nutzung der vom BND mit Mitteln der Fernmeldeaufklärung vom Ausland aus erhobenen Daten § 6 I 1 und III–VI BNDG-E entsprechend gilt. Die Erhebung von Daten vom Ausland aus stützt sich den Gesetzgebungsmaterialien weiterhin auf die Aufgabennorm des § 1 II BNDG-E.<sup>8</sup> Darüber hinaus bestimmt § 7 II BNDG-E, dass vom BND eine gezielte Erfassung von Einrichtungen der EU, von öffentlichen Stellen ihrer Mitgliedstaaten oder von Unionsbürgern durch ausländische öffentliche Stellen vom Ausland aus nur veranlasst werden darf, wenn die Voraussetzungen des § 6 III BNDG-E (s. o.) vorliegen.

bb) *Bewertung.* Es ist auffallend, dass an keiner Stelle des Gesetzentwurfs das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 I GG angesprochen wird. Daher ist davon auszugehen, dass die verantwortlichen Fraktionen von CDU/CSU und SPD wie auch die Bundesregierung eine Relevanz dieses Grundrechts für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung verneinen.<sup>9</sup> Dies wird allein schon daran deutlich, dass darauf verzichtet wird, dem Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG entsprechend Art. 10 I GG als durch die neu zu schaffenden Regeln eingeschränkt zu bezeichnen. Die § 6 und § 7 BNDG-E sind dem Verständnis der Entwurfsverfasser zufolge auch nicht als Befugnisnormen ausgestaltet, wie dies bei den §§ 2–5 BNDG der Fall ist, sondern als erweiterte Aufgabenbeschreibung.<sup>10</sup>

Diese Konzeption ignoriert bewusst die gegebene verfassungsrechtliche Lage. Es wird verkannt, dass die Grundrechtsgeltung des Art. 10 I GG jedenfalls in den Fällen eingreift, in denen mittels Maßnahmen der Technischen Aufklärung die Telekommunikation von Teilnehmern erfasst wird, die sich allesamt im Ausland aufhalten, der die Telekommunikation betreffende Datenstrom jedoch über einen Austauschpunkt in Deutschland geleitet wird.<sup>11</sup> Selbst wenn man die Erhebung von Telekommunikationsdaten im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nicht dem Regime des Art. 10 I GG unterwerfen wollte, liegt jedoch spätestens dann ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 10 I GG vor, wenn erhobene Daten durch den BND im Inland ausgewertet und gegebenenfalls weiter verwendet werden.<sup>12</sup>

*Papier* verweist auf Art. 1 III GG, wonach die nachfolgenden Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden. Von einer Begrenzung der Geltungskraft der Grundrechte auf das deutsche Staatsgebiet sei weder in dieser allgemeinen Vorschrift noch in den speziellen Grundrechten die Rede. Daher müsse man von einer extraterritorialen Schutzwirkung der nationalen Grundrechte ausgehen.<sup>13</sup> Dies hat zur Folge, dass auch eine vom BND im Ausland vorgenommene Erfassung wie im Falle des § 7 I BNDG-E und/oder die Nutzung und Verwertung auf diesem Wege erlangter Telekommunikationsdaten allein im Ausland der Grundrechtsbindung des Art. 10 I GG unterliegt. Darüber hinaus ist schließlich zu beachten, dass der EGMR die extraterritoriale Geltung der Verbürgungen der EMRK und somit auch die aus Art. 8 I EMRK, der die Kommunikationsfreiheit schützt, anerkannt hat.<sup>14</sup>

Dass der Gesetzentwurf in diesem Zusammenhang weder Art. 10 I GG erwähnt noch auf die diesbezügliche Rechtsprechung des BVerfG und des EGMR eingeht, ist bezeichnend. Ignoranz statt Akzeptanz war wohl der heimliche Lehrplan für das – durchaus in Ansätzen gut gemeinte – Gesetzesvorhaben. Die dem Entwurf zu Grunde liegende Rechtsauffassung stellt sich „in jeder Hinsicht und offenkun-

dig als unhaltbar“ dar.<sup>15</sup> Die vorgesehene Regelung der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND wird sich damit leider als evident verfassungswidrig erweisen.

b) *Anordnung und Unterrichtung, § 9–11 BNDG-E.* aa) *Gesetzliche Voraussetzungen.* Die Anordnung nach § 6 I BNDG-E, dh die Bestimmung der zu überwachenden Telekommunikationsnetze, die vom Bundeskanzleramt zu treffen ist, ergeht schriftlich auf Antrag des Behördenleiters des BND oder eines Vertreters (§ 9 I 1 BNDG-E). Darüber hinaus bedarf nach § 9 II BNDG-E die Bestimmung der Suchbegriffe nach § 6 III 1 Nr. 1 BNDG-E, soweit sich diese auf Einrichtungen der EU oder auf öffentliche Stellen ihrer Mitgliedstaaten beziehen, sowie die nach § 6 III 1 Nr. 2 BNDG-E einzustellenden einer entsprechenden Anordnung der Behördenleitung des BND. Das Bundeskanzleramt ist gem. § 9 II 2 BNDG-E über Anordnungen nach Satz 1 zu unterrichten. Die Anordnungen nach § 9 II und § 6 I BNDG-E sind auf höchstens neun Monate zu befristen und können bei weiterem Vorliegen der Eingriffsvoraussetzungen jeweils bis zu neun Monaten verlängert werden (§ 9 III BNDG-E).

§ 10 IV 3 G 10 bestimmt im Zusammenhang mit Beschränkungsmaßnahmen nach dem G 10, dass festzulegen ist, welcher Anteil der auf den in einer Anordnung bezeichneten Übertragungswegen zur Verfügung stehenden Übertragungskapazität überwacht werden darf. In den Fällen der strategischen Fernmeldeaufklärung nach § 5 G 10 darf dieser Anteil höchstens 20 % betragen (§ 10 IV 4 G 10). Mit dieser Regelung, die das Ziel verfolgt, einer lückenlosen Überwachung vorzubeugen, wurde den Vorgaben des BVerfG in seinem Urteil vom 14.7.1999<sup>16</sup> entsprochen. Eine entsprechende – verfassungsrechtlich gebotene – Begrenzung enthält der Gesetzentwurf zur Änderung des BNDG nicht. In der Begründung des Entwurfs heißt es hierzu:

„Eine Kapazitätsbeschränkung ist – anders als im Art. 10-Gesetz – nicht erforderlich: Der BND kann bereits aus tatsächlichen Gründen nur einen sehr geringen Anteil der weltweiten Telekommunikation erfassen. Einer Kapazitätsbeschränkung, die eine flächendeckende Überwachung ausschließen soll, bedarf es daher nicht.“<sup>17</sup>

§ 10 BNDG-E befasst sich mit der Löschung und Kennzeichnung der nach § 6 BNDG-E erhobenen Daten. Falls Daten entgegen § 6 IV BNDG-E aus Telekommunikationsverkehren von deutschen Staatsangehörigen, von inländischen juristischen Personen oder von sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen erhoben werden, sind diese gem. 10 IV 1 BNDG-E unverzüglich zu löschen. Sofern dies nicht erfolgt, ist nach § 10 IV 2 BNDG-E die G 10-Kommission zu unterrichten und der betroffenen Person ist die Erhebung vorbehaltlich einer fehlenden Zweckgefährdung der Maßnahme oder fehlender überwiegender Nachteile für das Wohl des Bundes oder eines Landes mitzuteilen. Schließlich soll § 11

7 BT-Drs. 18/9041, 38.

8 BT-Drs. 18/9041, 33.

9 Vgl. zur Position der BReg zB BT-Drs. 17/9640, 6 und 10.

10 BT-Drs. 18/9041, 34.

11 Vgl. ausf. *Papier*, NVwZ-Extra 15/2016, 1 (4); vgl. auch *Huber* in *Schenke/Graulich/Ruthig*, Sicherheitsrecht des Bundes, Art. 10-Gesetz, Vorb. Rn. 26.

12 So ausdrückl. BVerfGE 100, 313 (363) = NJW 2000, 55 (58).

13 NVwZ-Extra 15/2016, 1 (5 mwN).

14 Vgl. dazu *Huber* in *Schenke/Graulich/Ruthig*, Sicherheitsrecht des Bundes, Art. 10-Gesetz, Vorb. Rn. 26.

15 So *Papier* (NVwZ-Extra 15/2016, 1 [5]) zur einschlägigen Rechtsauffassung der BReg.

16 BVerfGE 100, 313 (380) = NJW 2000, 55 (61 f.).

17 BT-Drs. 18/9041, 42.

BNDG-E den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung sichern.

bb) *Bewertung.* Zu begrüßen ist, dass die Verantwortung für Anordnungen nach § 6 I BNDG-E bei der Behördenleitung des BND angesiedelt ist und dass das Bundeskanzleramt eingebunden werden muss. Insoweit wird die politische Verantwortlichkeit für entsprechende Maßnahmen „hochgezont“.

Der vorgesehene unbegrenzte Abgriff von Telekommunikationsdaten aus den nach § 6 I BNDG-E angeordneten Telekommunikationsnetzen („full take“) bedarf einer äußerst kritischen Bewertung. Zwar ist es nicht auszuschließen, dass der BND bereits die ihm im Rahmen der strategischen Kontrolle nach § 5 G 10 ermöglichte Ausnutzung von 20 % der Übertragungskapazität tatsächlich nicht auszuschöpfen vermag. Entsprechendes könnte für einen Abgriff im Rahmen der Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung gelten.<sup>18</sup> Gleichwohl ist der Verweis auf – durchaus ua von der Bewilligung entsprechender Haushaltsmittel veränderbare – fehlende kapazitätsmäßige Möglichkeiten, einen umfassenden Abgriff von Telekommunikationsdaten im Rahmen der Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung vorzunehmen, nicht geeignet, der Regelung eine (grund-)rechtliche Relevanz abzusprechen. Im Übrigen ist zu befürchten, dass über § 6 I BNDG-E angesichts des nur unzureichend arbeitenden DAFIS-Filtersystems des BND, das insbesondere dem Schutz deutscher oder im Bundesgebiet sich aufhaltender Personen dienen soll, eine nicht nur unbeachtliche Erfassung von auch nach Ansicht der Bundesregierung durch Art. 10 I GG geschützte Personen erfolgen wird.

Die nach § 10 IV BNDG-E vorgesehene Einbeziehung der G 10-Kommission in Fällen einer iSd § 6 IV BNDG-E unzulässigen Erhebung von Telekommunikationsdaten ist an sich sachgerecht. Hätte sie schon zurzeit von „Eikonal“ bestanden, hätte die G 10-Kommission schon damals Kenntnis von rechtswidrig erhobenen Daten erhalten müssen. Im Übrigen erweist sich in diesem Zusammenhang erneut, dass den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 10 I GG nicht entsprochen wird. Für deutsche Staatsangehörige und für inländische juristische Personen wird eine weltweite Geltung der Schutzwirkungen aus Art. 10 I GG angenommen. Ausländische Staatsangehörige sind jedoch territorial nur geschützt, soweit sie sich im Bundesgebiet aufhalten. Dies ist schon mit dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 I GG nicht zu vereinbaren.<sup>19</sup> Möglicherweise zielt diese Norm aber auch auf eine nicht auszuschließende umfangreiche Erfassung der Telekommunikation von aus der eingeschränkten Sicht der Bundesregierung geschützten natürlichen und juristischen Personen an inländischen Datenaustauschpunkten.<sup>20</sup>

c) *Eignungsprüfung erhobener oder ausgewerteter personenbezogener Daten, § 12 BNDG-E.* aa) *Gesetzliche Voraussetzungen.* Nach § 12 I BNDG-E darf der BND Informationen einschließlich personenbezogener Daten aus Telekommunikationsnetzen erheben und auswerten, soweit dies zur Bestimmung geeigneter Suchbegriffe oder geeigneter Telekommunikationsnetze für Maßnahmen nach § 6 BNDG-E erforderlich ist (Eignungsprüfung). Dies erfolgt ohne den Einsatz von Suchbegriffen.<sup>21</sup> Der Amtlichen Begründung zufolge wird der Datenstrom auf zwei Kriterien hin geprüft: Zum einen werde der Datenstrom genutzt, um neue Suchbegriffe für die Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung zu generieren, zB um neue, bislang nicht bekannte Kommunikationsmittel zu erkennen. Ferner werde der Datenstrom daraufhin

geprüft, ob sich bestimmte Telekommunikationsstrecken für die Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung eignen.<sup>22</sup>

Die Verantwortlichkeit für die Anordnung einer Eignungsprüfung ist nach § 12 II 1 BNDG-E bei der Behördenleitung angesiedelt. Sofern es für die Eignungsprüfung der Mitwirkung eines Unternehmens bedarf, das Telekommunikationsdienste anbietet, erfolgt die Anordnung durch das Bundeskanzleramt (§ 12 II 3 BNDG-E). Die Anordnung, eine Eignungsprüfung durchzuführen, darf nur ergehen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass in dem zu prüfenden Telekommunikationsnetz geeignete Daten übertragen werden (§ 12 II 2 BNDG-E). Die Maßnahme ist auf sechs Monate zu befristen (§ 12 II 3 BNDG-E). § 12 III-V BNDG-E befasst sich mit der Verwendung und Löschung personenbezogener Daten, die im Rahmen einer Eignungsprüfung nach Abs. 1 angefallen sind. Diese dürfen (grundsätzlich) nur zum Zweck der Eignungsprüfung verwendet werden und müssen unverzüglich nach der Erhebung ausgewertet werden. Sie sind im Falle der Prüfung nach Abs. 1 Nr. 1 spätestens zwei Wochen und im Falle des Abs. 1 Nr. 2 spätestens vier Wochen nach ihrer Erhebung „spurenlos“ zu löschen (Ausnahme: Hinweise auf erhebliche Gefährdungslage).

bb) *Bewertung.* Die Regelung betrifft die Metadaten-Erfassung. Sie ermöglicht den so genannten „full-take“, dh es wird ein gesamter Datenstrom an den BND ausgeleitet, der dann einer nachrichtendienstlich relevanten Analyse unterzogen wird. Die in § 12 BNDG-E vorgesehenen kurzen Fristen zur Löschung personenbezogener Daten sind zwar nicht zu beanstanden.<sup>23</sup> Trotz vorgesehener „spurloser“ Löschungsspflichten besteht jedoch möglicherweise die nicht auszuschließende Gefahr einer Rekonstruktion auch personenbezogener Daten in Kombination mit sonstigen technischen Daten.<sup>24</sup>

d) *Kooperation im Rahmen der Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung, §§ 13–15 BNDG-E.* aa) *Gesetzliche Voraussetzungen.* Die Übermittlung personenbezogener Daten, die vom BND im Rahmen von Beschränkungsmaßnahmen nach dem G 10 erhoben worden sind, an ausländische öffentliche Stellen richtet sich nach § 7 a G 10.<sup>25</sup> Mit § 13 BNDG-E wird nun die Kooperation des BND im Rahmen der Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung mit ausländischen öffentlichen Stellen, die nachrichtendienstliche Aufgaben wahrnehmen, geregelt. Nach Abs. 1 dürfen dabei auch Informationen einschließlich personenbezogener Daten nach § 14 BNDG-E erhoben und nach § 15 BNDG-E ausgetauscht werden. Eine entsprechende Kooperation ist gem. § 13 II BNDG-E (nur) zulässig, wenn sie den Zielen des § 6 I 1 Nr. 1–3 BNDG-E dient und die Erfüllung der Aufgaben durch den BND ohne eine solche Kooperation wesentlich erschwert oder unmöglich wäre (Abs. 2). Die Einzelheiten einer solchen Kooperation (Kooperationsziele, -inhalte

18 Vgl. *Papier*, NVwZ-Extra 15/2016, 1 (14).

19 Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Papier*, NVwZ-Extra 15/2016, 1 (7 mwN).

20 Vgl. dazu auch *Papier*, NVwZ-Extra 15/2016, 1 (12 ff.). Die Begründung des Gesetzentwurfs hilft nicht weiter.

21 BT-Drs. 18/9041, 47.

22 BT-Drs. 18/9041, 46 f.

23 Vgl. in diesem Zusammenhang auch *BVerfGE* 120, 378 (399) = NJW 2008, 1505 – Kfz-Kennzeichenerfassung; vgl. dazu auch *Papier*, NVwZ-Extra 15/2016, 1 (8).

24 Vgl. in diesem Zusammenhang speziell auch zu Fragen von IP-Adressen instruktiv *Herbst*, NVwZ 2016, 902 (903).

25 Eine entsprechende auf Erkenntnisse aus G 10-Maßnahmen bezogene Befugnis des Bundesamts für Verfassungsschutz wie auch des MAD enthält das G 10 bislang nicht.

und -dauer, Zweckbindung, Löschungspflichten) sind vor ihrem Beginn zwischen dem BND und der ausländischen öffentlichen Stelle in einer Absichtserklärung schriftlich niederzulegen (Abs. 3 und 4). Diese bedarf nach Abs. 5 der Zustimmung des Bundeskanzleramts, wenn die Kooperation mit ausländischen öffentlichen Stellen von EU-, EWR- oder NATO-Staaten erfolgt. Im Übrigen bedarf die Kooperation mit sonstigen Staaten als „zusätzliche formale Hürde“<sup>26</sup> der Zustimmung der Chefin oder des Chefs des Bundeskanzleramts. Das Parlamentarische Kontrollgremium ist über die Absichtserklärung zu unterrichten.

Die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung darf im Rahmen einer entsprechenden Kooperation nach § 13 BNDG-E nur durch den BND selbst erfolgen (§ 14 III BNDG-E). Damit soll ausgeschlossen werden, dass der Kooperationspartner vom deutschen Territorium aus Fernmeldeaufklärung durchführt.<sup>27</sup>

bb) *Bewertung.* Eine erfolgreiche Fernmeldeaufklärung des BND erfordert zwangsläufig eine teils engere Kooperation und einen Austausch einschlägiger Informationen mit ausländischen Partnerdiensten.<sup>28</sup> Zu begrüßen ist, dass dem BND erstmals die gesetzliche Verpflichtung auferlegt werden soll, vor Beginn einer solchen Kooperation deren Modalitäten schriftlich zu fixieren. Dies dürfte im internationalen Vergleich vorbildhaft sein. Positiv ist zudem die stärkere Einbindung des Bundeskanzleramts und auch die vorgesehene obligatorische Unterrichtung des Parlamentarischen Kontrollgremiums zu werten.

e) „*Unabhängige Gremium*“ als neue Kontrollinstanz, § 16 BNDG-E. aa) *Gesetzliche Voraussetzungen.* § 16 BNDG-E sieht ein dreiköpfiges weisungsfreies geheim tagendes „Unabhängiges Gremium“ als neue Kontrollinstanz vor, das beim BGH angesiedelt ist. Dessen Mitglieder werden vom Bundeskabinett für die Dauer von sechs Jahren bestellt (§ 16 II BNDG-E). Es tritt nach § 16 IV 1 BNDG-E mindestens alle drei Monate zusammen (§ 16 IV 1 BNDG-E) und unterrichtet das Parlamentarische Kontrollgremium in Abständen von höchstens sechs Monaten über seine Tätigkeit (§ 16 VI BNDG-E).

Das Bundeskanzleramt unterrichtet nach § 9 IV BNDG-E das Unabhängige Gremium über die von ihm getroffenen Anordnungen nach § 6 I BNDG-E (grundsätzlich) vor deren Vollzug. Dieses prüft die Zulässigkeit und Notwendigkeit der Anordnung. Entsprechendes gilt nach Abs. 5 für die von der Behördenleitung des BND getroffenen Anordnungen nach § 9 II BNDG-E. § 9 V 2 BNDG-E räumt dem Unabhängigen Gremium die Befugnis ein, stichprobenartig zu kontrollieren, ob bei dem Einstellen von Suchbegriffen die Vorgaben des § 6 III BNDG-E eingehalten worden sind.

bb) *Bewertung.* Da der Gesetzentwurf für den in ihm zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung getroffenen Regelungsgehalt den Anwendungsbereich des Art. 10 GG nicht eröffnet sieht, ist es folgerichtig, wenn auch nicht zwingend, die Kontrolle dem neuen Unabhängigen Gremium und nicht der G 10-Kommission zu übertragen. Die Kontrollbefugnisse des Unabhängigen Gremiums sind jedoch nur rudimentärer Natur. Eine umfassende vom Amtsermittlungsgrundsatz geprägte Kontrolltätigkeit und ein Recht auf Zutritt zu den Diensträumen des BND, wie dies § 15 V G 10 vorsieht, wird dem Unabhängigen Gremium nicht eingeräumt.

## 2. Übermittlungen und Gemeinsame Dateien, §§ 23–30 BNDG-E

a) *Gesetzliche Voraussetzungen.* Nach § 26 I 1 BNDG-E kann der BND „zum Zwecke des Austausches und der gemeinsamen Auswertung von nachrichtendienstlichen Informationen und Erkenntnissen mit ausländischen öffentlichen Stellen“ gemeinsame Dateien führen (§ 27 BNDG-E) oder sich an diesen beteiligen (§ 30 BNDG-E). Die näheren Voraussetzungen der Zusammenarbeit, die Beteiligung des Bundeskanzleramts und des Parlamentarischen Kontrollgremiums sowie das Erfordernis einer schriftlichen Absichtserklärung sind in § 26 II–IV und § 30 S. 1 BNDG-E umschrieben.

b) *Bewertung.* Im Hinblick auf die Notwendigkeit einer internationalen Kooperation der Nachrichtendienste bestehen gegen die vorgenannten Regelungen keine grundlegenden Bedenken. Sie betreffen allerdings allein Maßnahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung. Um einschlägige Erkenntnisse aus G 10-Beschränkungsmaßnahmen einbeziehen zu dürfen, bedarf es einer entsprechenden Ergänzung des G 10. § 28 I 2 BNDG-E, demzufolge sich die jeweilige Datei auf bestimmte Gefahrenlagen oder bestimmte Personenkreise beziehen muss, die nicht den in § 5 I 3 G 10 benannten Gefahrenbereichen entsprechen müssen, sondern durchaus weiter gefasst sein können, ist im Hinblick auf das Gebot rechtsstaatlicher Klarheit problematisch. Die in § 26 II BNDG-E enthaltene Vorgabe, dass eine Zusammenarbeit iSd § 26 I BNDG-E nur zulässig ist, wenn dies von erheblichem außen- und sicherheitspolitischen Interesse für die Bundesrepublik Deutschland ist (Nr. 1), in den teilnehmenden Staaten die Einhaltung grundlegend rechtsstaatlicher Prinzipien gewährleistet ist (Nr. 2) und sichergestellt ist, dass das Prinzip der Gegenseitigkeit gewahrt wird (Nr. 3), ist dermaßen offen formuliert, dass sich trotz der in Abs. 4 vorgesehenen zwingenden Absichtserklärung der beteiligten öffentlichen Stellen über Art und Weise der Nutzung der Datei durchaus eine im Grunde weitgehend unkontrollierbare Datensammlung ergeben könnte. Allerdings bestimmt § 27 I 1 BNDG-E für den Fall, dass der BND eine Datei nach § 26 I BNDG-E als eigene Datei führt, dass die einschlägigen Informationen und Erkenntnisse geeignet sein müssen, um Gefahren iSv § 5 I 3 G 10 zu erkennen und zu begegnen.

## 3. Übergangsregelung, § 36 BNDG-E

a) *Gesetzliche Voraussetzungen.* Nach der Übergangsregelung des § 36 BNDG-E dürfen Maßnahmen iSd §§ 6, 12 und 13 sowie der § 27 und § 30 BNDG-E, die vor dem Inkrafttreten des BNDG-E begonnen wurden, nach diesem Zeitpunkt noch bis zu zwölf Monate fortgeführt werden.

b) *Bewertung.* Der Gesetzentwurf zielt – wenn auch in keiner Weise zufriedenstellend – auf die Legalisierung einer bislang vom BND betriebenen rechtswidrigen Praxis der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung. Tagtäglich wird in massiver Weise in die Grundrechte betroffener natürlicher oder juristischer Personen ohne jegliche Kontrolle eingegriffen. Auch bei wohlwollender Betrachtung erweist sich im Hinblick darauf die in § 36 BNDG-E vorgesehene großzügige Übergangsregelung als nicht hinnehmbar.

Im Rahmen der Ermittlungen des NSA-Untersuchungsausschusses hat sich herausgestellt, dass sich der BND zum Abgriff von Telekommunikationsdaten bei inländischen Telekommunikationsdienstleistern auch Anordnungen von Be-

26 BT-Drs. 18/9041, 51.

27 BT-Drs. 18/9041, 52.

28 Vgl. auch *BVerfG*, NJW 2016, 1781 Rn. 102 – BKA-Gesetz.

schränkungsmaßnahmen nach § 5 G 10 bedient, die von der G 10-Kommission für zulässig erklärt worden sind. Dieser – inzwischen unbestrittene – Formenmissbrauch gebietet es, die im BNDG-E zweifelsohne unzureichenden Regelungen über die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung jedenfalls mit sofortiger Wirkung in Kraft zu setzen.

### III. Gesetzentwurf zur Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste

Am 5.7.2016 haben die Fraktionen der CDU/CSU und SPD den Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes vorgelegt.<sup>29</sup> Den Schwerpunkt bildet die Einrichtung eines Ständigen Bevollmächtigten des Parlamentarischen Kontrollgremiums.

#### 1. Vorgänge von besonderer Bedeutung, § 4 I 2 PKGrG-E

a) *Gesetzliche Klarstellung.* Nach § 4 I 1 PKGrG unterrichtet die Bundesregierung das Parlamentarische Kontrollgremium ua „über Vorgänge von besonderer Bedeutung“. Dass in der Vergangenheit eine entsprechende Unterrichtung nicht immer im erforderlichen Maße erfolgt ist, steht außer Frage.<sup>30</sup> Um diesem Missstand abzuwehren, versucht § 4 I 2 PKGrG-E eine gesetzliche Klarstellung vorzunehmen.

b) *Bewertung.* Die beabsichtigte Klarstellung kann hilfreich sein, setzt aber voraus, dass die Bundesregierung die ihr obliegende Informationspflicht gegenüber dem Parlamentarischen Kontrollgremium tatsächlich ernst nimmt. Das war in der Vergangenheit leider – wie auch gegenüber anderen Kontrollinstanzen – nicht immer der Fall.

#### 2. Ständiger Bevollmächtigter, § 5 a PKGrG-E

a) *Gesetzliche Voraussetzungen.* Nach § 5 a I PKGrG-E wird das Parlamentarische Kontrollgremium durch regelmäßige und einzelfallbezogene Untersuchungen eines Ständigen Bevollmächtigten des Parlamentarischen Kontrollgremiums unterstützt. Er wird auf Weisung des Gremiums tätig (§ 5 a II 1 PKGrG-E). Das Zutrittsrecht zu den Diensträumen der Nachrichtendienste des Bundes ist akzessorisch zu dem des Parlamentarischen Kontrollgremiums.<sup>31</sup> Zu den Aufgaben des Ständigen Bevollmächtigten gehört es ua, die Sitzungen des Parlamentarischen Kontrollgremiums und dessen Berichte an das Plenum des Deutschen Bundestages vorzubereiten (§ 5 a III 1 PKGrG-E). Eine regelmäßige Teilnahme an den Sitzungen des Parlamentarischen Kontrollgremiums, der G 10-Kommission und des Vertrauensgremiums nach § 10 a BHO ist nach § 5 III 2 PKGrG-E vorgesehen.

b) *Bewertung.* Die Einrichtung eines Ständigen Bevollmächtigten war und ist höchst umstritten. Tatsache ist jedoch, dass eine umfassende und einzelfallbezogene Recherche bestimmter Sachverhalte durch Mitglieder des Parlamentarischen Kontrollgremiums in Anbetracht personeller und zeitlicher Kapazitäten allenfalls ausnahmsweise sorgfältig durchgeführt werden kann. Von daher ist es dem Grunde nach nachvollziehbar, entsprechende Aufgaben zu delegieren. Die bereits jetzt in § 7 PKGrG vorgesehene Möglichkeit, einen Sonderermittler einzusetzen, würde hierdurch ergänzt. In diesem Zusammenhang wäre es durchaus sinnvoll, dass auch die G 10-Kommission dem Ständigen Bevollmächtigten Ermittlungs- und Kontrollaufträge erteilen könnte. Insbesondere im Hinblick auf die immer komplexer werdenden Einzelheiten und Probleme einer Telekommunikationsüberwachung erweist sich dies als vonnöten. Dabei muss jedoch klargestellt bleiben, dass die abschließende Kontrollkompetenz uneingeschränkt der G 10-Kommission obliegt. Für eine regelmäßige und vom Willen der G 10-Kommission unabhängige Teilnahme des Ständigen Bevollmächtigten an deren Sitzungen ist kein vernünftiger Grund ersichtlich. Es sollte davon abgesehen werden. Die Entscheidungen der G 10-Kommission ersetzen den ansonsten jedem zugänglichen Rechtsweg nach Art. 19 IV GG gem. Art. 10 II 2 GG; eine gesetzlich angeordnete immerwährende Teilnahme des Ständigen Bevollmächtigten an den geheimen Beratungen dieses Quasi-Gerichts könnten dessen Unabhängigkeit in den Augen Mancher in Zweifel ziehen.

### IV. Ergebnis

Der Gesetzentwurf zur Änderung des BND-Gesetzes enthält zwar einige Ansätze, die einer erhöhten Kontrolle der Aktivitäten des deutschen Auslandsnachrichtendienstes im Bereich der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung dienen könnten. Die Ignoranz eines über die Grenzen der Bundesrepublik Deutschland hinausreichenden Grundrechtsschutzes insbesondere nach Art. 10 I GG knüpft jedoch an die überholte verfassungsrechtliche Mehrheitsmeinung des letzten Jahrhunderts an und wird den aktuellen auch rechtspolitisch gebotenen Herausforderungen nicht gerecht.<sup>32</sup>

Die Praktikabilität und Effektivität des in § 5 a PKGrG-E vorgesehenen Ständigen Bevollmächtigten muss sich erst einmal erweisen. Die betroffenen Kontrollgremien werden tunlichst darauf achten müssen, dass sich hier kein unkontrolliertes Eigenleben und damit ein schleichendes Unterlaufen der originär parlamentarischen bzw. im Falle der G 10-Kommission gerichtähnlichen Kontrolle etabliert. ■

29 BT-Drs. 18/9040.

30 Vgl. BT-Drs. 18/9040, 10 f.

31 Vgl. BT-Drs. 18/9040, 11.

32 Im Ergebnis ebenso die summarische Würdigung des BNDG-E durch den früheren Präsidenten des BND Geiger in der Süddeutschen Zeitung v. 30.6.2016.