



Wortprotokoll der 89. Sitzung

Innenausschuss

Berlin, den 26. September 2016, 14:00 Uhr
10117 Berlin, Adele-Schreiber-Krieger-Straße 1
Marie-Elisabeth-Lüders-Haus
3.101 (Anhörungsraum)

Vorsitz: Ansgar Heveling, MdB

Öffentliche Anhörung

Einzigster Tagesordnungspunkt

- a) Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes

BT-Drucksache 18/9041

Federführend:
Innenausschuss

Mitberatend:
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Verteidigungsausschuss
Haushaltsausschuss

Berichterstatter/in:
Abg. Clemens Binninger [CDU/CSU]
Abg. Burkhard Lischka [SPD]
Abg. Dr. André Hahn [DIE LINKE.]
Abg. Dr. Konstantin von Notz [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]

- b) Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes

BT-Drucksache 18/9040

Federführend:
Innenausschuss

Mitberatend:
Verteidigungsausschuss
Haushaltsausschuss

Berichterstatter/in:
Abg. Clemens Binninger [CDU/CSU]
Abg. Uli Grötsch [SPD]
Abg. Dr. André Hahn [DIE LINKE.]
Abg. Dr. Konstantin von Notz [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



- c) Gesetzentwurf der Abgeordneten Dr. André Hahn, Frank Tempel, Ulla Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes

BT-Drucksache 18/6640

- d) Antrag der Abgeordneten Dr. André Hahn, Frank Tempel, Ulla Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Parlamentarische Kontrolle der nachrichtendienstlichen Tätigkeit des Bundes verbessern

BT-Drucksache 18/6645

- e) Antrag der Abgeordneten Hans-Christian Ströbele, Dr. Konstantin von Notz, Irene Mihalic, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Für eine wirksamere Kontrolle der Nachrichtendienste

BT-Drucksache 18/8163

Federführend:

Innenausschuss

Mitberatend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Verteidigungsausschuss

Berichterstatter/in:

Abg. Clemens Binninger [CDU/CSU]
Abg. Uli Grötsch [SPD]
Abg. Dr. André Hahn [DIE LINKE.]
Abg. Dr. Konstantin von Notz [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]

Federführend:

Innenausschuss

Mitberatend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Verteidigungsausschuss
Haushaltsausschuss

Berichterstatter/in:

Abg. Clemens Binninger [CDU/CSU]
Abg. Uli Grötsch [SPD]
Abg. Dr. André Hahn [DIE LINKE.]
Abg. Dr. Konstantin von Notz [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]

Federführend:

Innenausschuss

Mitberatend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Ausschuss Digitale Agenda

Berichterstatter/in:

Abg. Clemens Binninger [CDU/CSU]
Abg. Uli Grötsch [SPD]
Abg. Dr. André Hahn [DIE LINKE.]
Abg. Dr. Konstantin von Notz [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



Inhaltsverzeichnis

	<u>Seite</u>
I. Anwesenheitslisten	5
II. Sachverständigenliste	13
III. Sprechregister der Sachverständigen und Abgeordneten	15
IV. Wortprotokoll der Öffentlichen Anhörung	15
V. Anlagen	43
 <u>Stellungnahmen der Sachverständigen zur Öffentlichen Anhörung</u>	
Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz	18(4)653 A
Dr. Kurt Graulich	18(4)653 B
Dr. Thorsten Wetzling	18(4)653 C
Gerhard Schindler	18(4)653 D
Eric Töpfer	18(4)653 E
Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff	18(4)653 F
Prof. Dr. Matthias Bäcker, LL.M.	18(4)653 G



Unangeforderte Stellungnahmen

Medienbündnis	18(4)654
BfDI Andrea Voßhoff	18(4)660
Dr. Berthold Huber	18(4)662



18. Wahlperiode



Deutscher Bundestag

Sitzung des Innenausschusses (4. Ausschuss)

Montag, 26. September 2016, 14:00 Uhr

CDU/CSU

Ordentliche Mitglieder

- Baumann, Günter
- Binninger, Clemens
- Bosbach, Wolfgang
- Frieser, Michael
- Hellmuth, Jörg
- Heveling, Ansgar
- Hoffmann (Dortmund), Thorsten
- Lindholz, Andrea
- Mayer (Altötting), Stephan
- Ostermann Dr., Tim
- Schäfer (Saalstadt), Anita
- Schuster (Weil am Rhein), Armin
- Steinbach, Erika
- Veith, Oswin
- Warken, Nina
- Wendt, Marian
- Woltmann, Barbara
- Zertik, Heinrich

Unterschrift

[Handwritten signatures in blue ink on lined paper]

21. September 2016

Anwesenheitsliste gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes
Referat ZT 4 - Zentrale Assistenzdienste, Tagungsbüro
Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659 Fax: +49 30 227-36339

Seite 1 von 5



18. Wahlperiode

Sitzung des Innenausschusses (4. Ausschuss)
Montag, 26. September 2016, 14:00 Uhr

SPD

Ordentliche Mitglieder

Castellucci Dr., Lars
Fograscher, Gabriele
Grötsch, Uli
Gunkel, Wolfgang
Hartmann, Sebastian
Lischka, Burkhard
Mittag, Susanne
Özdemir (Duisburg), Mahmut
Reichenbach, Gerold
Schmidt (Berlin), Matthias
Veit, Rüdiger

Unterschrift

Stellvertretende Mitglieder

Esken, Saskia
Fechner Dr., Johannes
Gerster, Martin
Högl Dr., Eva
Juratovic, Josip
Kolbe, Daniela

Unterschrift

21. September 2016

Anwesenheitsliste gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes
Referat ZT 4 - Zentrale Assistenzdienste, Tagungsbüro
Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659 Fax: +49 30 227-36339

Seite 3 von 5



18. Wahlperiode

Sitzung des Innenausschusses (4. Ausschuss)
Montag, 26. September 2016, 14:00 Uhr

SPD

Stellvertretende Mitglieder

Lühmann, Kirsten
Poschmann, Sabine
Rix, Sönke
Spinrath, Norbert
Yüksel, Gülistan

Unterschrift

DIE LINKE.

Ordentliche Mitglieder

Jelpke, Ulla
Korte, Jan
Renner, Martina
Tempel, Frank

Unterschrift

U. Jelpke

Stellvertretende Mitglieder

Dağdelen, Sevim
Hahn Dr., André
Karawanskij, Susanna

Unterschrift

A. Hahn



18. Wahlperiode

Sitzung des Innenausschusses (4. Ausschuss)
Montag, 26. September 2016, 14:00 Uhr

DIE LINKE.

Stellvertretende Mitglieder

Pau, Petra

Unterschrift

BÜ90/GR

Ordentliche Mitglieder

Amtsberg, Luise

Beck (Köln), Volker

Mihalic, Irene

Notz Dr., Konstantin von

Unterschrift

K. von Notz

Stellvertretende Mitglieder

Häbelmann, Britta

Künast, Renate

Lazar, Monika

Mutlu, Özcan

Unterschrift



Anwesenheitsliste für Abgeordnete mitberatender Ausschüsse
Öffentliche Anhörung des Innenausschusses am Montag, 26. September 2016
BND-Gesetz und parl. Kontrolle der Nachrichtendienste

Name
(bitte in Druckschrift)

Unterschrift

Dr. Eva Högl
Christian Stöbel



Off.

Tagungsbüro



Deutscher Bundestag

Sitzung des Innenausschusses (4. Ausschuss)

Montag, 26. September 2016, 14:00 Uhr

	Fraktionsvorsitz	Vertreter
CDU/CSU	_____	_____
SPD	_____	_____
DIE LINKE	_____	_____
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	_____	_____

Fraktionsmitarbeiter

Name (Bitte in Druckschrift)	Fraktion	Unterschrift
HINKE	CDU/CSU	
BLANARSCH	CDU/CSU	
Reetz, Alexander	LINKE	
HEYER	SPD	
FISCHER	CDU/CSU	
Nowak	DIE LINKE	
Malsbenden	"	
Hauer	CDU/CSU	
JUNGE	"	
Burczyk	DIE LINKE	
Kant	Grüne	
Pohl, Jörn	"	

Stand: 20. Februar 2015
Referat ZT 4 – Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339



Bundesrat

Land	Name (bitte in Druckschrift)	Unterschrift	Amtsbezeichnung
Baden-Württemberg	WEINMEISTER, FELIX	<i>[Handwritten Signature]</i>	
Bayern			
Berlin			
Brandenburg			
Bremen			
Hamburg			
Hessen	STEINBACH	<i>[Handwritten Signature]</i>	RD
Mecklenburg-Vorpommern	PAUCH	<i>[Handwritten Signature]</i>	AN'm
Niedersachsen			
Nordrhein-Westfalen	Rothstein, Heinrich	<i>[Handwritten Signature]</i>	ag. Prs
Rheinland-Pfalz			
Saarland			
Sachsen	Kühne	<i>[Handwritten Signature]</i>	RR'in
Sachsen-Anhalt			
Schleswig-Holstein	BUNTEN	<i>[Handwritten Signature]</i>	PR
Thüringen			



Liste der Sachverständigen

Öffentliche Anhörung am Montag, 26. September 2016, 14.00 Uhr

Stand: 21. November 2016

Prof. Dr. Matthias Bäcker, LL.M.

Karlsruher Institut für Technologie, Institut für Informations- und Wirtschaftsrecht

Dr. Kurt Graulich

Richter am Bundesverwaltungsgericht a. D.

Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz

Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Gerhard Schindler

Präsident des BND a. D.

Eric Töpfer

Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin
Menschenrechtspolitik Inland/Europa

Dr. Thorsten Wetzling

Stiftung Neue Verantwortung, Berlin

Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff

Universität Bayreuth



Sprechregister der Sachverständigen und Abgeordneten

Sachverständige

Prof. Dr. Matthias Bäcker, LL.M.	16, 31, 36
Dr. Kurt Graulich	18, 29, 37
Gerhard Schindler	19, 28, 39
Eric Töpfer	20, 27, 39
Dr. Thorsten Wetzling	22, 27, 40
Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff	23, 26, 40

Abgeordnete

Vors. Ansgar Heveling (CDU/CSU)	15, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 31, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 42
BE Abg. Clemens Binninger (CDU/CSU)	23, 31, 33, 40
Abg. Armin Schuster (Weil am Rhein) (CDU/CSU)	24
Abg. Dr: Eva Högl (SPD)	25
BE Abg. Burkhard Lischka (SPD)	33
BE Abg. Dr. André Hahn (DIE LINKE.)	25, 34
BE Abg. Dr. Konstantin von Notz (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	24, 26
Abg. Hans-Christian Ströbele (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	35



Einziger Tagesordnungspunkt

a) Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes

BT-Drucksache 18/9041

b) Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD

Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes

BT-Drucksache 18/9040

c) Gesetzentwurf der Abgeordneten Dr. André Hahn, Frank Tempel, Ulla Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes

BT-Drucksache 18/6640

d) Antrag der Abgeordneten Dr. André Hahn, Frank Tempel, Ulla Jelpke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Parlamentarische Kontrolle der nachrichtendienstlichen Tätigkeit des Bundes verbessern

BT-Drucksache 18/6645

e) Antrag der Abgeordneten Hans-Christian Ströbele, Dr. Konstantin von Notz, Irene Mihalic, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Für eine wirksamere Kontrolle der Nachrichtendienste

BT-Drucksache 18/8163

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Ich möchte gerne mit der 89. Sitzung des Innenausschusses beginnen. Heute in Form einer öffentlichen Anhörung. Es ist gleichzeitig die 47. Anhörung für den Sachverständigen Wolff. Man sieht, es wird genau gezählt.

Ich begrüße Sie alle sehr herzlich. Ich danke Ihnen, sehr geehrte Herren Sachverständige, dass Sie unserer Einladung nachgekommen sind, um die Fragen der Kolleginnen und Kollegen aus dem Innenausschuss und den mitberatenden Ausschüssen zu beantworten. Gleich zu Beginn muss ich einen der Sachverständigen, Herrn Prof. Dr. Gärditz, entschuldigen. Er kann leider aufgrund eines gestrigen Unfalls nicht teilnehmen. Verschwörungstheoretiker hätten jetzt natürlich ein weites Feld, darüber nachzudenken, aber der Deutsche Bundestag arbeitet hart an der Realität. Deswegen von dieser Stelle gute Genesung. Er hat sich leider eine Gehirnerschütterung zugezogen und wir hoffen, dass es ihm bald wieder besser geht. Dadurch fällt leider ein Sachverständiger aus.

Sehr geehrte Herren Sachverständige, wir haben Sie gebeten, eine schriftliche Stellungnahme zu den Vorlagen und den damit verbundenen Fragestellungen abzugeben. Für die eingegangenen Stellungnahmen bedanke ich mich. Sie sind allen Mitgliedern des Innenausschusses und der mitberatenden Ausschüsse verteilt worden und werden dem Protokoll über diese Sitzung beigelegt. Ich gehe davon aus, dass Ihr Einverständnis zur öffentlichen Durchführung der Anhörung auch die Aufnahme der Stellungnahmen in eine Gesamtdrucksache umfasst.

Von der heutigen Sitzung wird für ein Wortprotokoll eine Bandabschrift gefertigt. Das Protokoll wird den Herren Sachverständigen dann zur Korrektur übersandt. Im Anschreiben werden Ihnen Details zur Behandlung mitgeteilt. Die Gesamtdrucksache bestehend aus Protokoll und den schriftlichen Stellungnahmen wird im Übrigen auch ins Internet eingestellt. Die Sitzung heute wird im Parlamentsfernsehen des Deutschen Bundestages sowie als Live-Stream übertragen. Vereinbart ist insgesamt eine Zeit bis 16.00 Uhr für diese Anhörung vorgesehen.



Einleitend möchte ich jedem Sachverständigen die Gelegenheit geben, zunächst in einer die schriftliche Stellungnahme ergänzenden Erklärung von längstens fünf Minuten vorzutragen. In anderen Ausschüssen läuft immer kaltblütig die Uhr rückwärts. Das machen wir im Innenausschuss nicht. Das verstärkte Hüfteln des Ausschussvorsitzenden ist dann ein Signal, ggf. zum Ende zu kommen. Die Eingangsstatements sollen bitte sowohl das Thema Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung als auch die Parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste umfassen, also in den Statements bitte beide Themen. Im Anschluss werden wir mit der Befragung der Sachverständigen durch die Berichterstatter sowie weitere Abgeordnete beginnen. Hier würde ich vorschlagen, da es doch zwei sehr getrennte Themen sind, dass wir die Fragerunden in zwei Blöcken machen und zwar zunächst zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung und dann zur parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste. Die Fragesteller bitte ich grundsätzlich immer, diejenigen Sachverständigen zu benennen, an die die Frage gerichtet ist. Wenn Sie damit einverstanden sind, würden wir so verfahren.

Entsprechend alphabetischer Reihenfolge darf ich deshalb Herrn Prof. Dr. Matthias Bäcker, Karlsruher Institut für Technologie, um ein Einführungsstatement bitten.

SV Prof. Dr. Matthias Bäcker (Karlsruher Institut für Technologie): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich bedanke mich bei Ihnen, sehr verehrte Damen und Herren Abgeordnete, sehr herzlich für die Einladung zu der Anhörung heute. Ich muss jetzt leider einleitend sagen, dass ich als Erster, der hier angehört wird, von meiner akademischen Freiheit der Gestalt Gebrauch machen muss, dass ich mich über den Wunsch des Vorsitzenden hinwegsetzen werde und nur zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung sprechen werde. Schlicht deswegen, weil ich mich hier vor allem mit verfassungsrechtlichen Fragen auseinandersetzen möchte und ich glaube, dass die vor allem dort zu verorten sind. Außerdem ist – und das führt mich zur Sache – das ein Entwurf, auf den weiter einzugehen sich lohnt, denn er ist sehr wichtig. Es ist aus meiner Sicht ein sehr dringendes Anliegen, auch die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung

einer gesetzlichen Regelung zuzuführen. Ich muss sagen, dass ich es unabhängig vom Inhalt schon einmal für eine bemerkenswerte Leistung halte, dass der Bundestag das unternimmt. Warum ist das so wichtig? Indem gesetzlich geregelt wird, unter welchen Voraussetzungen der Bundesnachrichtendienst (BND) Auslandsverkehre abhören und auswerten darf, wird diese Tätigkeit erstmals juristisch wirklich konkret sichtbar. Bisher mussten wir bei der juristischen Würdigung der Ausland-Ausland-Aufklärung im Wesentlichen von mehr oder weniger gut dokumentierten und bestätigten Informationen über die faktische Tätigkeit des BND ausgehen, hatten aber nur einen sehr mageren Normbefund, auf dessen Grundlage wir uns dann komplexe Gedankengebäude zusammenschrauben mussten. Auf der Grundlage eines Gesetzes, wie es jetzt geplant wird, sieht das anders aus. Dieses Gesetz kann als solches mit Hilfe von bekannten und anerkannten Interpretations- und Analysewerkzeugen juristisch geprüft werden. Das war sozusagen das Lob, das ich gerne vorweg schicken wollte. Damit komme ich zu dem Entwurf in seiner konkreten Gestalt. Ihm liegt ja erkennbar die bekannte These zugrunde, dass Ausländer im Ausland nicht oder jedenfalls nur sehr stark vermindert grundrechtlich geschützt sind gegen Abhöraktivitäten des BND. Ich vermeine, dort in der öffentlichen Auseinandersetzung noch eine gewisse Kontroverse herauszuhören, ob das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG gar nicht greift oder ob es so ein bisschen greift, aber wenn man sich den Entwurf anschaut, ist recht deutlich, da greift jedenfalls nicht sehr viel. Ich halte diese Grundthese, auf der der Entwurf beruht, für falsch und deswegen auch den Entwurf in seiner Gesamtheit für verfassungswidrig. Es gibt aus meiner Sicht keinen einleuchtenden Grund, das Schutzniveau für Ausländer im Ausland so stark zu verringern, wie es der Entwurf unterstellt. Der Wortlaut des Grundgesetzes differenziert überhaupt nicht zwischen Deutschen und Ausländern und auch nicht zwischen Abhöraktionen, die Deutschland und solchen, die das Ausland betreffen. Das ist noch kein zwingender Befund. Es könnte ja funktionale Gründe geben, warum Ausländer im Ausland schwächer geschützt sind. Ich kann solche Gründe aber nicht erkennen. Jedenfalls nicht in dieser Allgemeinheit. Was ich glaube, was es gibt, sind funktionale Gründe dafür,



generell die Tätigkeit des BND, die auf die Aufklärung von politischen Sachverhalten im Ausland gerichtet ist, anders zu behandeln als die Tätigkeit von Polizei- und Strafverfolgungsbehörden. In diesem Zusammenhang kann man auch eine gewisse generelle Absenkung des grundrechtlichen Schutzniveaus vertreten. Deswegen können wir uns über die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung, die eine strategische verdachts- und anlasslose Aufklärung ist, überhaupt unterhalten. Als Maßnahme von Polizei und Strafverfolgungsbehörden wäre sie offensichtlich so verfassungswidrig, dass wir, glaube ich, nicht darüber sprechen müssen. Wir haben nun für strategische Überwachungen der Telekommunikation zum Zweck der Auslandsaufklärung schon verfassungsrechtliche Aussagen vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) erhalten in seiner Entscheidung zum G10-Gesetz vom Juli 1999. Wenn überhaupt, dann ist es heute angezeigt, diese Aussagen zu verschärfen. Sicherlich aber nicht, von ihnen nach unten abzurücken. Ich glaube, dass die Aussagen, die das BVerfG damals in seiner Entscheidung gemacht hat, im Wesentlichen auch für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung taugliche Leitplanken abgeben. Man kann sich über punktuelle Anpassungen des Grundrechtsschutzes von Ausländern im Ausland unterhalten. Das augenfälligste Beispiel sind Transparenzvorschriften. Es scheint mir klar zu sein, dass es nicht geht und auch oftmals gar nicht im Interesse der Betroffenen ist, wenn der BND sie davon benachrichtigt im Ausland, dass sie abgehört worden sind. Das heißt, die grundsätzliche grundrechtliche Benachrichtigungspflicht wird man hier nicht in dieser Form fortsetzen können. Was aber die Anforderungen geht, dass Fernmeldeaufklärungen eines hinreichenden Anlasses oder zumindest eines hinreichenden Ziels bedürfen und dass es verfahrensrechtliche Schutzregelungen geben muss, um sie in einem gewissen Rahmen zu halten, sehe ich keinen Grund, warum man dieses Gesetz anders behandeln sollte als das G10-Gesetz, und diese Anforderung verfehlt es deutlich, denn das Gesetz ermöglicht dem BND Aufklärungstätigkeiten letztlich in seinem gesamten Zuständigkeitsbereich, sieht nur eine sehr schwache Kontrolle durch die Anordnung des

Bundeskanzleramts und das sog. unabhängige Gremium vor. Es zersplittert überdies die Kontrolle der Aufklärungstätigkeit durch die Schaffung eines weiteren Gremiums und enthält schließlich nur völlig unzureichende Vorgaben dafür, unter welchen Voraussetzungen die gewonnenen Daten an andere Behörden im In- und Ausland übermittelt werden dürfen. Jetzt ist mir klar, dass alles, was ich hier vorgetragen habe, ein Stück weit den Charakter eines Glaubensbekenntnisses hat. Wir wissen letztlich nicht, wie das Bundesverfassungsgericht die grundrechtliche Lage beurteilen wird. Es handelt sich hier um eine ungeklärte Frage der Rechtsprechung und die Position, die ich hier vertrete, befindet sich zwar in der Staatsrechtslehre deutlich im Vordringen, aber nach wie vor wird natürlich die Gegenposition vertreten. Jetzt ist nur noch ein akademischer Vertreter der Gegenfassung heute hier anwesend, der andere hat einen Unfall gehabt. Ich glaube aber, dass es einen Punkt gibt, und das ist sozusagen das grundrechtliche Minimum, auf das ich Sie hinweisen möchte, auch unabhängig davon, dass mir klar ist, dass sich diese Position in dieser Anhörung nicht durchsetzen wird, und das betrifft den Umgang mit Verkehrsdaten mit der Telekommunikation. Wenn man sich anguckt, was der Gesetzentwurf vorsieht, wo es um die Erhebung von Inhaltsdaten geht, dann wird immerhin vorgegeben, Inhaltsdaten dürfen nur mit Hilfe von Suchbegriffen erhoben werden, d. h. was nicht durch einen Suchbegriff im Moment der Erhebung erfasst wird, das wird auch vom BND nicht weiter verwendet, sondern das wird gelöscht. Die Suchbegriffe fokussieren und strukturieren die Aufklärungstätigkeit in einer gewissen Weise. Insofern besteht hier ein verfahrensrechtliches Minimum. Ich halte es nicht für hinreichend, aber es ist etwas da. Für Verkehrsdaten gilt das nicht. Der Bundesnachrichtendienst darf auf der Grundlage dieses Gesetzes, wenn es so in Kraft treten sollte, Telekommunikationsverkehrsdaten, die sich auf Ausländer im Ausland beziehen, völlig anlasslos sechs Monate lang bevorraten, ohne irgendeinen Grund darlegen zu müssen, warum das erforderlich ist. Innerhalb dieser sechs Monate darf der BND diese Verkehrsdaten auswerten zur Aufgabenerfüllung, also fast auch ohne einen Auswertungsanlass. Das verfehlt so evident die Anforderungen an Vorratsdatenspeicherungen, die das Bundesverfassungsgericht aufgestellt hat in



seiner Entscheidung im Jahr 2010, dass man so weit von diesen Anforderungen gar nicht heruntergehen kann, um das verfassungskonform zu bekommen. Deswegen wäre mein Appell, wenn Sie denn schon festhalten wollen an diesem Entwurf, dann gehen Sie wenigstens an das Thema Verkehrsdaten noch einmal heran. Herzlichen Dank.

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Professor Bäcker. Herr Dr. Graulich, bitte.

SV Dr. Kurt Graulich (Richter am Bundesverwaltungsgericht a.D.): Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete, ich glaube, ich stimme in einem Punkt mit Herrn Kollegen Bäcker überein. Das ist die epochale Schwelle, die wir mit diesem Entwurf erreichen. Es ist wirklich der erste Gesetzentwurf zum BND, der dieses Gesetz auf ein neues Niveau in struktureller Hinsicht aber auch in der Regelungsdichte bringt und das ist, glaube ich, für ein Parlament eine sehr gute Stunde so etwas zu unternehmen. Wir weichen fundamental voneinander ab bei der grundrechtlichen Einschätzung. Hier ist jetzt der Versuch unternommen worden mit großer Sicherheit davon auszugehen, dass wir uns im Regelungsbereich von Artikel 10 GG befinden und dass daran anschließend ganz zwingende Folgerungen für gesetzliche Einschränkungmaßnahmen zu treffen sind. Herr Bäcker hat einschränkend gesagt, dass wir sagen können, es kommt einem Glaubensbekenntnis nah. Ich will das jetzt nicht vertiefen. Wir wollen uns jetzt auch nicht auf der Ebene der Sprachpolemik begegnen, aber ich muss da noch einmal ganz klar machen, das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat sich 1999 dieser Thematik zugewandt, hat sich tief in den Abgrund gebeugt und gesagt, dieser Fall gibt keine Veranlassung, etwas zu sagen. Wer die Entscheidung zum BKA-Gesetz vom 20. April dieses Jahr sieht, wird auch wieder auf die Stelle treffen, wo es darum geht, Daten zu übermitteln an ausländische Dienststellen. Wir haben wieder dieselbe Situation. Es wird der Grundrechtsschutz ins Auge gefasst und dann gesagt, gut, es muss da eine abschließende Prüfung an dieser Stelle erfolgen, dass die deutschen Grundrechte möglichst ihren Schutz nicht verlieren, aber es ist nicht in einem gedanklichen Ansatz unternommen worden, sei es 2.1 oder 10.1, Auslandsgeltung zuzusprechen. So die schwierige Situation, also wir

können hier von keiner Sicherheit ausgehen. Die schwierige Situation, in der sich die Gesetzgebung befindet, ist hier etwas zu regeln, ohne dass eine der Kardinalfragen – da sind wir uns ja einig – klar ist. Das betrachte ich als mutig, hier gleichwohl etwas zu unternehmen und zwar im Sinne der Rechtssicherheit vor deutscher Position und auch im Ausland lebenden Positionen. Das kann gar nicht hoch genug gewertet werden. Wie verhält sich das Gesetz zum Grundrechtsschutz? Man muss sagen, hier wird im Grunde genommen eine Art von pragmatischen Notprogrammen gefahren, in dem den Nachrichtendiensten Voraussetzungen für ihr Handeln benannt werden und dann aber auch verschiedene Schutzregimente und natürlich unterhalb der verfassungsrechtlichen Schwelle. Das finde ich einen guten Versuch. Wir wissen alle in dem Moment, wo Karlsruhe einmal diesen Entwurf in die Hand bekommen wird, werden wir in diesem Punkt schlauer werden, aber es ist mutig, dass bis dahin nicht Zeit verstreicht, sondern eine Regelung unternommen wird. Da ich bei meinem Eingangsstatement zeitlich begrenzt bin, wende ich mich dem unabhängigen Gremium zu. Auch hier ist eben die Frage, kann man an ein vorhandenes Gremium anknüpfen? Ganz eindeutig: Nein! Die G10-Kommission ist eng begrenzt durch Verfassung (Art. 10 Abs. 2 S. 2) in dem Aufgabenbereich. Sie könnte gar nicht für die Maßnahmen im Rahmen der Ausland-Ausland-Aufgaben genutzt werden und das Parlamentarische Kontrollgremium (PKGr) natürlich gar nicht, weil dieses steht auf Seiten des Parlaments. Es kann nach Gewaltenteilungsgrundsätzen auf keinen Fall für Zwecke genutzt werden, wo es um die Ausfüllung eines Genehmigungsvorbehaltes im Verwaltungsverlauf geht. Das PKGr kommt nie dafür in Betracht, einen Verwaltungsvorbehalt auszufüllen im Arbeitsablauf des BND. In dieser Situation sich zu überlegen, ein solch unabhängiges Verwaltungsgremium zu schaffen, halte ich zumindest für vertretbar. Wenn man sich die Entscheidung zum BKA-Gesetz aus April durchsieht, ist dort auch fast ein Äquivalent geschaffen worden, bei heimlichen Überwachungsmaßnahmen zwischen unabhängigen Verwaltungsgremien oder Gerichtsgremien. Es ist dort keine Priorität für etwa Gerichtsgremien benannt worden. Zu einigen Details der Ausgestaltung des Gremiums habe ich mich hier schriftlich geäußert. Ich will die Zeit an



dieser Stelle dafür nicht beanspruchen. Ich bin aber gerne bereit, dort auch noch Ausführungen zu machen. Vielen Dank.

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Dr. Graulich. Als Nächster hat Herr Schindler das Wort.

SV **Gerhard Schindler** (Präsident des BND a. D.): Vielen Dank, Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, es ist unstrittig, dass der Schutz unserer Bürgerinnen und Bürger, der Schutz unseres Landes und der Schutz deutscher Interessen einen leistungsstarken Auslandsnachrichtendienst erfordern. Bei den vielen besorgniserregenden Entwicklungen in dieser Welt kann es nur darum gehen, die Leistungsfähigkeit des BND zu stärken. Dieses Ziel ist in beiden Gesetzentwürfen von CDU/CSU und SPD gegeben. Ich erlaube mir daher, den beiden Fraktionen hierfür Respekt und Anerkennung zu zollen, weil nach der Diskussion der letzten drei Jahre hätte man auch ganz andere Entwürfe erwarten können. Auch gesetzliche Klarstellungen tragen zur Leistungsfähigkeit bei, weil sie die erforderliche Rechtssicherheit bieten.

Nicht zuletzt erhöht eine effiziente Kontrolle die Legitimation, auch mit Blick auf risikoreiche Handlungen und für risikoreiche Operationen. Diese Legitimation braucht der BND und ich bin überzeugt, dass die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des BND auch dies so wollen. Sie wollen nicht Angehörige einer Organisation sein, die angeblich Staat im Staate ist, die angeblich die Menschenrechte mit Füßen tritt und die angeblich nicht kontrollierbar ist. Wenn die Geheimhaltung beachtet wird, dann sind Nachrichtendienst und Effizienz der parlamentarischen Kontrolle kein Widerspruch.

Ich sehe auch in den neuen Grenzen im § 6 Abs. 3 BNDG-E zum Schutz von Einrichtungen der EU, von öffentlichen Stellen ihrer Mitgliedsstaaten und von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern keinen Nachteil für den Auftrag des BND, weil dies im Sinne eines Vertrauensvorschlusses förderlich für zukünftige Kooperationen mit europäischen Partnern sein kann. Gleiches gilt für das Verbot der sog. Wirtschaftsspionage, was der BND bisher ohnehin nicht gemacht hat.

Nicht überzeugend ist die Errichtungen des sogenannten Unabhängigen Gremiums (§ 16 BNDG-E). Damit wird eine weitere Parallelstruktur

geschaffen, die aus meiner Sicht einer systematischen ganzheitlichen Kontrolle eher hinderlich ist. Die Gründe, die gegen die Schaffung der Funktion eines Geheimdienstbeauftragten sprechen, gelten gleichermaßen für das Unabhängige Gremium. Überzeugender wäre da die Zuweisung der neuen Kontrollfunktion an das PKGr selbst. Dem Einwand, dass das PKGr als parlamentarisches Gremium keine Zustimmung für exekutives Handeln ausüben darf, dem möchte ich begegnen mit Hinweis auf § 8 Abs. 2 des G10-Gesetzes. Hier und heute ist bereits jetzt die Zustimmung des PKGr erforderlich für die Zustimmung von Telekommunikationsbeziehungen im Falle des § 8 G10 – Entführungen, Geisellagen. Und dies ist auch geübte Staatspraxis, weil wir nahezu in jeder Sitzung des PKGr diese Zustimmung beim PKGr erbeten haben. Ich kann nicht erkennen, dass das bislang verfassungswidrig ist.

Sollte aus übergeordneten Gründen eine Beauftragung des PKGr nicht in Betracht kommen, dann wäre die G10-Kommission vorzuziehen, die bereits jetzt schon andere Aufgaben als G10 hat. Ich erinnere an § 8 BVerfSchG. Natürlich mit entsprechender Umbenennung in „Kommission für G10 und Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung“. Hierfür sprechen insbesondere Lebenssachverhalte. Am selben Zugriff werden G10-Daten und Ausland-Ausland-Daten erfasst. Dieselbe Technik – es ist ein Gerät – erfasst diese Daten. Dieselben Mitarbeiter arbeiten daran und es ist dieselbe Abteilung. Hierfür sprechen aber auch die neu beabsichtigten Regelungen in dem Gesetz zur Erweiterung der Kontrolle, nämlich dass der Ständige Bevollmächtigte auch der Vorgesetzte der Beschäftigten der G10-Kommission sein soll und dass ein gesetzlich vorgeschriebener regelmäßiger Austausch der G10-Kommission mit dem PKGr stattfinden soll. All das findet sich für das Gremium nach § 16 BNDG-E nicht.

Die Regelung für gemeinsame Dateien mit ausländischen öffentlichen Stellen ist nachhaltig zu begrüßen, weil sie eine wichtige Lücke im nachrichtendienstlichen Alltag schließt. Die Beteiligung des BND an solchen gemeinsamen Dateien setzt nach dem Entwurf eine schriftliche Vereinbarung voraus, die in der Praxis nicht immer zu erreichen sein wird. Verweigert auch nur ein vertrauenswürdiger Partner aus prinzipiellen



Gründen heraus den Formakt der Unterschrift, dann kann der BND sich an dieser wichtigen Kooperation nicht beteiligen und nicht etwa umgekehrt der Partner, der die Unterschrift verweigert. Praktikabler ist daher die vergleichbare Regelung im Gesetz für das Bundesamt für Verfassungsschutz in § 22c BVerfSchG – dort bereits geltendes Recht. Als Voraussetzung ist dort vorgegeben, dass verlässlich zuzusagen ist, wobei die Form der Zusage offenbleibt. Eine solche Regelung ist international praktikabel, z. B. durch Besprechungsvermerke. Ich kann auch noch nicht erkennen, warum man das unterschiedlich für den BND und das BfV regeln muss.

Positiv hervorzuheben sind die Regelungen zu den Verkehrsdaten. Das bringt Klarheit. Verkehrsdaten gewinnen immer mehr an Bedeutung. Die vorgesehene Speicherfrist von höchstens sechs Monaten ist jedoch zu kurz. Anschläge – abgesehen von offensichtlichen Spontananschlägen – haben regelmäßig einen längeren Vorlauf, so z. B. die Anschläge in Nizza, im Zug in Würzburg und in Ansbach – deutlich über sechs Monate. Bisweilen haben Anschläge sogar einen Vorlauf von zwei Jahren. Die retrograde Auswertung von Verkehrsdaten nach solchen Anschlägen kann Netzwerke erkennen lassen und vor allen Dingen mögliche Folgeanschläge verhindern. Als Lösung bietet sich nach meiner Auffassung eine Speicherung von zwei Jahren an, wobei man diesen Datenbestand aufteilt in einen aktiven und einen passiven Datenbestand. Auf den aktiven Datenbestand von etwa einem Jahr könnte dann der BND ohne externe Zustimmung zugreifen. Auf den zweiten Teil, auf das 2. Jahr, müsste dann eine externe Voraussetzung geschaffen werden. Ich schlage vor, dass das das Bundeskanzleramt macht.

Für die Praxis wichtig ist auch die erstmalige Regelung von Eignungsprüfung. Ich habe allerdings Bedenken, dass die unterschiedlichen Lösungsfristen, die hier vorgesehen sind, nämlich für personenbezogene Daten bei der Eignungsprüfungen hinsichtlich der Suchbegriffe von zwei Wochen und für personenbezogene Daten bei Eignungsprüfungen hinsichtlich der Telekommunikationsnetze von vier Wochen, dass dies die komplexe Materie sachgerecht trifft. In der Praxis benötigt man für die Prüfung der Eignung von Telekommunikationsnetzen auch Suchbegriffe und ich kann nicht erkennen, warum man dies

unterschiedlich regelt. Personenbezogene Daten sind und bleiben personenbezogene Daten, egal für welche Eignungsprüfung sie benötigt werden. Deshalb rege ich an, dort nicht so eng zu formulieren.

Letzter Punkt: Das Gesetz zur weiteren Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes. Ich sehe darin einen Meilenstein. Es ist ein wichtiger Schritt zu einer aktiveren Wahrnehmung der Kontrollaufgaben des Parlaments. Der Ständige Bevollmächtigte ist ein vielversprechendes Modul und ich sehe hierin eine richtungsweisende Änderung der bisherigen Praxis. Überzeugend ist auch die beabsichtigte Verzahnung mit der G10-Kommission durch den gesetzlich vorgeschriebenen Informationsaustausch und die Vorgesetztenfunktion des Ständigen Bevollmächtigten und nicht zuletzt sehe ich in der öffentlichen Anhörung der Präsidenten der Nachrichtendienste einen Meilenstein hin in Richtung mehr Transparenz. Damit können Vorurteile und Misstrauen abgebaut und Vertrauen in die Parlamentarische Kontrolle und in die Dienste aufgebaut werden. Vielen Dank.

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Schindler. Dann hat auf der anderen Seite Herr Töpfer das Wort.

SV **Eric Töpfer** (Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin): Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren, ich bedanke mich für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Es ist zu begrüßen, dass mit den vorliegenden Gesetzentwürfen und Anträgen erste Lehren aus den Erkenntnissen des NSA-Untersuchungsausschusses gezogen werden sollen, um willkürliches und rechtswidriges Handeln deutscher Nachrichtendienste zu verhindern. Aus Sicht des Institutes besteht aber erheblicher Nachbesserungsbedarf, um den menschenrechtlichen Anforderungen an Programme strategischer Fernmeldeaufklärung und ihre Kontrolle zu genügen. Entsprechend der Auffassung des UN-Menschenrechtsausschusses und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte spielt es keine Rolle, ob betroffene Personen sich auf deutschem Staatsgebiet oder im Ausland aufhalten. Entscheidend für die Frage, ob in das Menschenrecht auf Privatsphäre eingegriffen wird, ist die Kontrolle über die Infrastruktur an der



und mittels derer Kommunikationsdaten erhoben werden. Ich will im Folgenden auf drei Aspekte näher eingehen. Erstens: Die Voraussetzung der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung. Zweitens: Ihre Kontrolle. Drittens: Die Regelung zur internationalen Kooperation. Artikel 8 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) fordert für rechtmäßige Eingriffe in das Recht auf Privatsphäre nicht nur eine gesetzliche Grundlage, die ja praktisch mit dem Gesetz geschaffen werden soll. Das ist auch zu begrüßen. Sie begrenzt sie auch auf eine abschließende Liste legitimer Zwecke. Vor diesem Hintergrund sind die Voraussetzungen für Ausland-Ausland-Aufklärung des BND in dem vorliegenden Gesetzentwurf deutlich zu weit gefasst. Überdies verfehlt der Entwurf das Gebot der Vorhersehbarkeit von Maßnahmen, das der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte aus Artikel 8 EMRK abgeleitet hat. Aus Sicht des Institutes sollten daher die Voraussetzungen für Eingriffe des BND in das Menschenrecht auf Privatsphäre sowohl im Inland als auch im Ausland auf Felder begrenzt werden, in denen sie im Sinne von Artikel 8 Abs. 2 EMRK notwendig sind. Hierzu wäre es sinnvoll, sich auf die in § 6 Abs. 1 Nr. 1 genannten Gefahren für die innere und äußere Sicherheit zu beschränken und diese durch die Nennung von z. B. Phänomenbereichen oder Bedrohungslagen klarer zu bestimmen. Weiterhin sollten auch die Erhebungen und Verarbeitungen von Verkehrsdaten – und da schließe ich mich Herrn Bäcker an – durch eine Änderung von § 6 Abs. 6 des Entwurfs begrenzt sowie in § 10 BNDG-E auch Regelungen für die Übermittlung, Kennzeichnung und Löschung von Daten getroffen werden, die im Ausland erhoben werden.

Zu den menschenrechtlichen Anforderungen an die Rechtmäßigkeit einer Kommunikationsüberwachung gehört auch, dass ein wirksamer Rechtsschutz gegen willkürliche und rechtswidrige Eingriffe gewährleistet ist. Da bei heimlichen Maßnahmen, über die Betroffene häufig auch nach ihrer Beendigung keine Kenntnis erhalten, ein individueller Rechtsschutz kaum möglich ist, und ich denke, wenn es um Menschen außerhalb des Bundesgebietes geht, auch kaum praktikabel wäre, sind ersatzweise Verfahren zu etablieren, die „adäquate und gleichwertige Garantien“ zum Schutz der Betroffenenrechte gewährleisten. Das ist der kompensatorische

Rechtsschutz. Mit dem Unabhängigen Gremium soll ein Organ externer Aufsicht über die im Inland erfolgende Ausland-Ausland-Kommunikation des BND und seiner SIGINT-Kooperation geschaffen werden, das die Funktion des kompensatorischen Rechtsschutzes erfüllen könnte. In der Summe ist das Unabhängige Gremium wenig geeignet, die menschenrechtlichen Vorgaben an eine unabhängige und wirksame Aufsicht über nachrichtendienstliche Tätigkeiten zu erfüllen. Erstens: Es kompensiert den fehlenden individuellen Rechtsschutz nur für einen kleinen Teil der von der Ausland-Ausland-Aufklärung des BND betroffenen Personen, namentlich EU-Bürger/innen, und dann auch nur ex post durch Stichproben. Zweitens: Es ist mit Blick auf die Unabhängigkeit problematisch, dass mit einem Bundesanwalt auch ein Vertreter der Exekutive Mitglied des Gremiums sein soll. Drittens: Es ist zu bezweifeln, dass das Gremium aufgrund der Komplexität der SIGINT-Kooperationen deren wirksame Kontrolle gewährleisten kann. Ihm fehlen die notwendigen Befugnisse und Ressourcen. Angesichts der richtigen Ansätze in den Gesetzwürfen und den Anträgen zur Reform der parlamentarischen Kontrolle, eine Zersplitterung oder einer Zersplitterung der Kontrollarchitektur entgegenzuwirken, überrascht es, dass zugleich das Unabhängige Gremium als weitere, unverbundene neben den anderen Kontrollinstanzen stehende Institutionen geschaffen werden soll. Statt einer weiteren Fragmentierung der Kontrolle der Nachrichtendienste wäre eine grundlegende Revision der Kontrollarchitektur und eine Bündelung von Aufgaben sinnvoll. Grundsätzlich ist bei einer Reform der parlamentarischen Kontrolle dabei allerdings zu bedenken, dass die parlamentarische Kontrolle die Kompensation des weitgehend fehlenden Rechtsschutzes gegenüber nachrichtendienstlichen Maßnahmen durch quasi-gerichtliche Kontrollinstanzen nicht ersetzen kann. Bei der Stärkung der parlamentarischen Kontrolle ist daher unbedingt darauf zu achten, dass die Gremien und Behörden mit Rechtsschutzfunktion nicht geschwächt werden. Vielmehr sollte sichergestellt werden, dass sowohl die G10-Kommission als auch die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit mit ausreichenden Befugnissen und Ressourcen



ausgestattet sind und ihre praktische Unabhängigkeit gewährleistet ist.

Zum dritten Punkt, der internationalen Kooperationen: Problematisch sind aus unserer Sicht auch die Pläne zur Verrechtlichung von Kooperationen des BND mit ausländischen Partnerdiensten. Auch trotz der grundsätzlich positiven Rechtsstaatlichkeitsklauseln, die vorgesehen sind. Internationale Menschenrechtsorgane haben in den letzten Jahren wiederholt auf die Notwendigkeit einer robusten Kontrolle internationaler Kooperationen von Nachrichtendiensten hingewiesen. Bei den SIGINT-Kooperationen würde die Kontrolle allerdings im Wesentlichen den bekanntermaßen unzuverlässigen Maschinen überlassen. Die Kooperation mittels gemeinsamer Dateien würde sich nach den Plänen des Gesetzentwurfs insbesondere dann einer Kontrolle entziehen, wenn diese bei den ausländischen Partnerdiensten geführt würden.

Vor diesem Hintergrund sind die Pläne der Koalition, bei einer Novelle des PKGrG dem Kontrollgremium das Recht einzuräumen, Konsultationsverhandlungen der Bundesregierung mit den ausländischen Partnern über die Freigabe von Informationen zu erzwingen, ein Fortschritt. Der menschenrechtlichen Verpflichtung, eine wirksame Kontrolle der Nachrichtendienste zu gewährleisten, genügen sie jedoch nicht. Vielmehr müsste eine restriktive Auslegung der „third party“ gewährleistet sein. Damit ende ich und bedanke mich für die Aufmerksamkeit und stehe für Nachfragen zur Verfügung.

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): vielen Dank, Herr Töpfer. Dann haben Sie, Herr Dr. Wetzling, das Wort.

SV Dr. Thorsten Wetzling (Stiftung Neue Verantwortung, Berlin): Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Mitglieder des Innenausschusses, auch ich bedanke mich für die Einladung zu dieser Anhörung. Das Kerngeschäft des BND, die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung, ist jahrelang an Bundestag und Öffentlichkeit vorbeigegangen. Die massenhafte Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten aus dem Kerngeschäft sowie die Weitergabe dieser Daten an Dritte wurde jahrelang keiner unabhängigen Prüfung zugezogen.

Parlamentarisches Kontrollgremium, G10-Kommission, Bundesdatenschutzbeauftragte blieben lange außen vor. Fraktionsübergreifend gab es dann im Herbst wohl ein Konsens, dass Defizite abzustellen sind, eine verfassungskonforme Rechtsgrundlage fürs Kerngeschäft geschaffen werden soll, die Datenerfassung für das EU-Inland zu begrenzen sei und die Kontrolle zu professionalisieren sei. Jetzt beraten Sie ein Reformpaket, das dem BND Rechtssicherheit gibt und das Bundeskanzleramt klarer in die Verantwortung nimmt und für die Kooperation mit ausländischen Nachrichtendiensten mehr Vorgaben enthält als ein Nachrichtendienst anderer Länder. Das ist zu begrüßen. Reicht die Reform als Fundament für einen leistungsfähigen, in Rechtsstaatlichkeit eingeebneten und wirksam kontrollierten BND? Ich würde die Reform an Ihrer Stelle so nicht verabschieden, weil die Kontrolle des BND darin zu schwach ausfällt. Die Gefahr besteht, dass der BND weiterhin ein Eigenleben führt und Fehler mit erheblichem diplomatischem und strategischem Flurschaden passieren können. Ein Problem, das den Bundestag bald wieder direkt betreffen könnte. Die Kontrolle des BND so wie sie jetzt in der Reform vorgesehen ist, ist aus folgenden Gründen zu schwach. Erstens: Fragmentierung. Die Reform nimmt die Fragmentierung der Kontrolllandschaft mit unterschiedlichen Dienststellen in Berlin und Karlsruhe in Kauf. Zweitens: Unzureichende Kontrollbefugnis des Unabhängigen Gremiums. Diese ist deutlich zu wenig und kann die bekannten Defizite nicht beheben. Drittens: Die fehlende Evaluation der Wirksamkeit: weder den Kontrolleuren noch der Öffentlichkeit ist vorgesehen, einen klaren Beweis für die Wirksamkeit der Maßnahmen des zweiten Abschnitts des BNDG-Entwurfs zu erbringen. In Bezug auf das Unabhängige Gremium will ich zwei Punkte mehr aufgreifen. Die Ausweitung des Kontrollmandats und die Stimme der Betroffenen. Zum Kontrollmandat: Alle von der Exekutive beantragten Maßnahmen sollten meiner Meinung nach wirksam juristisch auf Zulässigkeit und Verhältnismäßigkeit geprüft werden können. Antragskriterien sollten inhaltlich nicht so stark abgesenkt werden, dass de facto kaum noch Spielraum für juristische Kontrolle bleibt. Allerdings ist klar, dass in der Praxis nicht alle Überwachungsmaßnahmen der Ausland-Ausland-



Fernmeldeaufklärung minuziös angeordnet und einem langwierigen Genehmigungs- und Prüfungsverfahren unterzogen werden können. Umso wichtiger erscheint es mir daher, dass die Dienste regelmäßig mit einer unabhängigen juristischen Prüfung der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung rechnen müssen. Um dies in der Praxis zu ermöglichen, sollte die Reform weitergehende Kontrollbefugnisse für das Unabhängige Gremium aufführen. Die Kontrollbefugnis sollte sich dafür auf die gesamte Erhebung, Weiterarbeitung und Nutzung der nach Abschnitt 2 dieses Gesetzes erlangten personenbezogenen Daten erstrecken. Den Mitgliedern und Mitarbeitern sollte jederzeit der Zutritt in alle Diensträume des BND zu gewähren sein und die Mitglieder sollten Einsicht in alle Unterlagen und Daten bekommen, die im Zusammenhang mit Maßnahmen des Abschnitts 2 des BNDG-Entwurfs stehen. Dazu zählen auch die Suchbegriffe und die Filterprogramme und die gespeicherten Daten. Ohne Kenntnis der Einspeisung von Suchbegriffen kann das Unabhängige Gremium nicht wirksam die Zulässigkeit und Notwendigkeit dieser Maßnahmen prüfen. Letztens: Die Perspektive der Betroffenen. Aus Gesprächen mit Mitgliedern der G10-Kommission auf Bundes- aber auch auf Landesebene weiß ich, dass die Perspektive der Betroffenen in der Beratung des Gremiums selten eine Rolle spielt. Statistiken aus dem FISA-Gericht zeigen z. B., dass über eine ganze Dekade Tausende Anordnungen verfasst wurden und nur acht zurückgezogen worden sind. Ich denke nicht, dass Sicherheit und Kontrolle sich gegenseitig ausschließen. Daher wäre es für mich ein Vorschlag, den man machen könnte, dass man die Exekutivlastigkeit im Unabhängigen Gremium ein wenig dadurch ausgleicht, dass neben der Bundesanwältin oder des Bundesanwaltes, der naturgemäß geschult ist, die Exekutive auch zu vertreten, ein Anwalt der Betroffenen als eine wichtige Stimme dem gegenüber gestellt wird. Zusammenfassend werden, denke ich, mit der Reform einige wichtige Baustellen adressiert, aber um die Wirksamkeit der Kontrolle der SIGINT-Aktivitäten des BND umfassend zu stärken, bedarf es meiner Ansicht nach einer Ausweitung der Kontrollbefugnisse des Unabhängigen Gremiums. Ich bedanke mich.

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Dr. Wetzling. Last but not least, Herr Professor Wolff.

SV **Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff** (Universität Bayreuth): Herr Vorsitzender, haben Sie vielen Dank. Den Letzten von sechs Sachverständigen beißen die Hunde. Es sei denn, er heißt Wolff. Ich möchte mich ganz herzlich für die Gelegenheit bedanken, zu dieser spannenden Materie sprechen zu können. Bei meiner mündlichen Stellungnahme möchte ich mich auf grundsätzliche Dinge beschränken. Ich möchte zu drei Punkten sprechen, nämlich der Neuregelung der Ausland-Fernmeldebeschränkung, den gemeinsamen Dateien und der Reform der parlamentarischen Kontrolle. Zu erstens ist erstens zu sagen, es ist richtig klasse, dass es nun eine gesetzliche Regelung gibt. Hut ab! Da können die anderen Länder sich eine Scheibe abschneiden. Das ist erst einmal nachzumachen. Zweitens: Es fehlt eine Regelung zur reinen Auslandsaufklärung, also ohne Tätigwerden auf deutschem Boden. Eine solche Regelung wäre kein Hexenwerk. Ich habe einen guten Vorschlag in der schriftlichen Stellungnahme verfasst. Der ist nun wirklich nicht neu, den mache ich seit vielen Jahren. Es wäre schön, wenn er denn einmal gelesen würde. Drittens: Sollte in Zukunft, was ja nicht undenkbar ist, eine im Bundestag vertretene Fraktion nicht im Parlamentarischen Kontrollgremium vertreten sein, wäre die mündliche Tagung gemäß § 10 Abs. 3 PKGrG-E in der vorgesehenen Form in meinen Augen verfassungswidrig. Damit kommen Sie nicht durch. Viertens: Die Rechtstellung des Ständigen Beauftragten wird der der anderen Beauftragten wie etwa der BfDI angepasst, obwohl der Ständige Beauftragte Weisungen vom Gremium unterworfen ist. Das passt nicht. Eine Beschränkung der Wiederwahl ist deswegen z. B. aus meiner Sicht unnötig. Ich bedanke mich herzlich für Ihre Aufmerksamkeit.

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Professor Wolff. Vielen Dank an die Herren Sachverständigen für die kompakte und bisweilen pointierte Darstellung. Wir kämen zur ersten Runde der Berichterstatter. Von der CDU/CSU-Fraktion gebe ich Herrn Binninger das Wort.

BE Abg. **Clemens Binninger** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Vorsitzender und vielen Dank an die Sachverständigen für Ihre Stellungnahmen. Es freut



uns natürlich, dass alle zumindest ein bisschen, ausnahmslos alle, Positives enthalten haben und uns gelobt haben. Die Kritikpunkte nehmen wir sehr ernst aber ich will auch deutlich machen, was Herr Dr. Graulich gesagt hat. Absolute rechtliche Gewissheiten gibt es bei Dingen, die wir hier regeln, eben nicht. Wir haben uns auch eine ganze Reihe von Gedanken gemacht, die ich jetzt nicht ausführen will, zum Thema Unabhängiges Gremium oder wie weit geht Artikel 10? Am Ende kann, glaube ich, niemand für sich in Anspruch nehmen, er weiß schon vorher, was dabei am Ende vielleicht herauskommen wird. Ich habe ein paar Fragen an die Herren Schindler, Graulich, Wolff und Bäcker. Herr Graulich, wenn Sie uns vielleicht noch einmal einen Hinweis geben bei dem Unabhängigen Gremium – ich habe zwar in der Runde alle Varianten gehört von: PKGr soll es machen, PKGr soll es auf keinen Fall machen, G10-Kommission könnte man erweitern, könnte es dann auch machen oder soll es überhaupt jemand anderes machen. Nur nicht dieses Gremium. Das war so ein bisschen die Botschaft. Damit kommen wir aber auch nicht weiter. Deshalb wäre für mich auch noch einmal wichtig: könnten Sie uns noch einmal skizzieren, wie die anordnende oder genehmigende Stelle für diese Ausland-Ausland-Überwachung denn aussehen könnte? Personell besetzt, was da rein müsste an Sachverstand und wo man sie organisatorisch überhaupt anbinden könnte? Was macht da Sinn? Dann eine Frage an Herrn Graulich und Herrn Wolff. Ich bin im Vorfeld der Gesetzesberatung jetzt auf die Anhörung ein paar Mal konfrontiert gewesen mit NGOs und anderen und da wurde die Notwendigkeit geäußert, dass wir – nach unserer Auffassung – dem BND einen klaren Rechtsrahmen geben für seine Aufgabe und nicht etwa etwas uferlos verbreitern, dass man Sorge hat, die Pressefreiheit könnte dadurch massiv tangiert sein. Es ging sogar soweit, dass man gesagt hat, dass wir dort einen separaten Schutz bräuchten im Gesetz für Journalisten, damit die irgendwie ausgenommen sind, falls sie, versehentlich oder warum auch immer in solch eine Maßnahme geraten könnten: Wie so etwas praktisch dann gehen soll, konnte mir dann am Ende niemand erklären, weil man ja z. B. bei einer Handynummer, die man nicht kennt, im Zweifel nicht einsehen kann, wer damit telefoniert und der Gesprächspartner eines Selektors ist – zunächst

einmal nicht erkennbar, egal wer er ist. Vielleicht könnten Sie hierzu etwas sagen. Herr Wolff, wir unterscheiden übrigens immer bei uns zwischen Ausland-Ausland-Überwachung, die vom Inland aus durchgeführt wird, an einem Knoten, BND oder wo auch immer, und der Ausland-Ausland-Überwachung, die im Ausland durchgeführt wird als Teil einer Kooperation. Da hatte ich Sie so verstanden, dass das Gesetz dazu gar nichts enthält. Wir waren eigentlich der Auffassung, dass wir mit dem § 7 BNDG-E und dem Verweis auf den § 6 ans Maximum dessen gegangen sind, was man überhaupt noch gesetzlich kann, um nicht gleichzeitig die Kooperation des BND mit Partnern unmöglich zu machen. Herr Schindler, vielleicht könnten Sie uns noch einmal sagen, ob der § 7 solche Kooperationen eher erschwert oder wo sie sagen, das kriegen wir noch mit unserem Partner hin oder wenn es mehr wäre, würden die sagen: ist nett, dass ihr solch ein Gesetz habt aber bei uns gilt ein anderes, wir machen das alleine. Das wäre ja die Konsequenz. Die letzte Frage geht in diesem Zusammenhang an Herrn Bäcker. Mir konnte bisher niemand erklären für die Ausland-Ausland-Überwachung, die im Ausland stattfindet als Teil einer technischen Kooperation mit einem Partnerdienst, wie man dort ernsthaft sagen kann oder auch gut begründen kann: Hier gilt aber unser Grundgesetz. Da der Partner als erstes sagen würde: nein, hier gilt unsere Verfassung. Wenn überhaupt, wir sind hier auf fremdem Boden. Und wir haben deshalb gesagt, für die rein technische Zusammenarbeit und das Ausleiten von Daten können wir gesetzlich nichts regeln. Aber in dem Moment, wo der BND mit diesen Daten im Inland arbeitet, da sehen wir eine Regelung vor und deshalb auch der § 7. Wenn Sie mir noch einmal sagen könnten, ob für diesen Fall Ausland-Ausland nach Ihrer Auffassung auch unsere Verfassung gilt und was man dann mit den Verfassungen der Nationen der Rest der Welt machen muss?

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Kollege Binninger.

BE Abg. **Dr. Konstantin von Notz** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Wenn ich ganz kurz darf, Herr Vorsitzender, würde ich Sie bitten – vielleicht können wir uns darauf verständigen, so sehr ich die vielen und interessanten Fragen des Kollegen Binninger schätze, dass jeder tatsächlich zwei Fragen stellt, damit wir möglichst viele Runden



drehen können, denn die Zeit ist knapp genug bemessen. Das wäre toll, wenn wir uns darauf verständigen könnten?

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Ich würde das gerne so aufnehmen, dass wir uns alle um Disziplin bemühen und wenn wir das aufnehmen, dann klappt das auch. Bisher ist es uns immer gelungen, Herr Kollege von Notz, dies so durchzuführen, dass es funktioniert hat. Herr Kollege Dr. Hahn, bitte.

BE Abg. **Dr. André Hahn** (DIE LINKE.): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich habe mit Sicherheit auch mehr als zwei oder drei Fragen. Ich hoffe aber, dass wir aber dazu kommen. Ich möchte mich zunächst für die Fraktion DIE LINKE. auch bei den Sachverständigen bedanken, sowohl für die schriftlichen Gutachten als auch für das, was hier mündlich ausgeführt wurde. Meine Fragen werden sich vor allen Dingen beziehen auf den BND-Gesetzentwurf, der am stärksten in der öffentlichen Diskussion ist. Da haben wir die Situation, dass der ehemalige Präsident des Verfassungsgerichts Herr Professor Papier ihn klar für verfassungswidrig erklärt hat, der stellvertretende Vorsitzende der G10-Kommission hat sich dem angeschlossen. Wir haben die Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages, der in die gleiche Richtung geht. Heute haben wir auch wieder etwas dazu gehört. Insofern ist es klar, dass wir uns als Ausschuss mit diesem Gesetzentwurf insbesondere befassen müssen. Herr Professor Bäcker hat vorhin auch seine Position gesagt. Wenn ich das, was ich gehört habe, bevor ich zu den beiden Fragen komme, zusammenfasse, wie sich das für mich darstellt, dann habe ich gehört, ist es gut und mutig, dass es jetzt einen solchen Gesetzentwurf gibt. Egal welchen Punkt man dort herausgreift, ist aber alles im Detail fragwürdig, rechtswidrig bis hin klar verfassungswidrig. Jeder hat andere Punkte aufgeführt, die so nicht funktionieren. Das ist natürlich ein Punkt, den der Ausschuss, finde ich, sehr ernst nehmen muss. Dann möchte ich zunächst an Herrn Graulich und auch an Herrn Wolff die erste Frage stellen: Die Bewertung aus menschenrechtlicher Sicht – das haben wir vorhin auch von Herrn Töpfer gehört, ist ja relativ klar, sobald der BND im Ausland Daten abgreift und damit offensichtlich Kontrolle über die entsprechenden Telekommunikationsnetze ausübt, ist er an die Verpflichtung zu Privatsphäre gebunden. Sie haben sich in den verschiedenen

Stellungnahmen auf die Prüfung von Art. 10 GG beschränkt aber das immer merkwürdig offen gelassen, ob er denn nun gilt oder nicht gilt. Meine Frage richtet sich noch einmal nach etwas anderem. Wie steht es denn um die Verbindlichkeit und Anwendbarkeit von völkerrechtlichen Verpflichtungen, die die Bundesrepublik eingegangen ist, also gemäß der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zivilpakt bei der Arbeit des BND im Ausland? Wie weit reicht die Bindung dieser Dinge bei diesem Gesetz oder sind das irgendwelche Absichtserklärungen, die dann aber bei Art. 10 irgendwie noch einmal relativiert sind? Dieses Verhältnis würde mich noch einmal interessieren. Und die zweite Frage geht dann auch an Herrn Dr. Graulich. Sie haben sich heute ja noch einmal vorsichtiger formuliert, aber in Ihrer Stellungnahme klingt es fast so als könne die Frage der Geltung nach Art. 10 GG bei der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND nur vom BVerfG geklärt werden. Ich frage einmal etwas zugespitzt: Interpretiere ich es richtig, Ihre Äußerung als Aufruf an uns Abgeordnete, also gemeinsam Koalition und Opposition, uns doch mit einer Normenkontrollklage an das BVerfG zu wenden, sollte es denn so beschlossen werden, um prüfen zu lassen, welche Regelung dann gilt. Weil aufgrund der gegenwärtigen Situation, würde das Gesetz so beschlossen, greift dann eine möglicherweise verfassungswidrige Regelung, weil die Opposition kein Normenkontrollklagerecht hat. Man versucht möglicherweise etwas schwer verfassungsrechtlich Bedenkliches in Kraft zu setzen und zwar, weil man weiß, dass es keine Möglichkeit gibt, eine Normenkontrolle durchführen zu lassen.

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Dr. Hahn. Die SPD-Fraktion, Frau Kollegin Högl, bitte.

Abg. **Dr. Eva Högl** (SPD): Herzlichen Dank. Auch von mir herzlichen Dank an Sie Herren Sachverständige für die wichtigen Hinweise. Wir haben ja gesagt, wir sind diszipliniert. Deswegen konzentriere ich mich auf das Thema Unabhängiges Gremium. Herr Professor Wolff hat dazu schon viel ausgeführt. Deswegen würde ich gerne Herrn Dr. Graulich und Herrn Schindler bitten, dazu Stellung zu nehmen und zwar gebe ich ganz offen zu, dass ich mich durchaus freue, wenn es Kritik an diesem Unabhängigen Gremium gibt,



denn wir haben von Anfang an die Auffassung vertreten, dass es optimal und auch sachlich richtig dem G10-Gremium obliegt, diese Kontrolle vorzunehmen, aber nun haben wir uns für das Unabhängige Gremium entschieden. Nun gibt es aber noch zwei kritische Punkte, die auch bereits angesprochen worden sind. Das eine ist die Bestellung der Mitglieder und das andere ist das Thema der Geschäftsstelle. Vielleicht ein wenig kleinteilig aber ganz wichtig, wenn man dieses Unabhängige Gremium richtig ansiedeln will. Herr Dr. Graulich, Sie haben gesagt, Sie könnten noch ein bisschen mehr ausführen über das hinaus, was Sie gerade schon gesagt haben. Sie stellen ja auch die Frage: wie muss man dieses Unabhängige Gremium überhaupt und wo bei den drei Gewalten muss man es überhaupt ansiedeln, wie ist es zu charakterisieren? Und deswegen wäre ich sehr dankbar, wenn Sie uns noch einmal ein paar Hinweise geben, was wir verbessern können, um das Unabhängige Gremium optimal auszugestalten und damit zusammenhängend natürlich auch die Ansiedlung. Herr Schindler, Sie würde ich bitten, vielleicht auch vor dem Hintergrund Ihrer Erfahrung – Sie haben sich auch etwas kritisch geäußert, was dieses Gremium angeht – Stellung zu nehmen. Vielen Dank.

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank, Frau Kollegin Högl. Herr Kollege von Notz.

BE Abg. **Dr. Konstantin von Notz** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Vielen Dank meine Herren Sachverständigen für Ihre interessanten Einschätzungen. Zwei Fragen. Die erste Frage an Herrn Professor Bäcker, ob es nicht der Sache nach, überhaupt was wir hier reden, gerade im Hinblick auf die Metadaten nicht eigentlich um eine Sache der Rasterfahndung mit samt der einschlägigen Rechtsprechung geht. Die eingebaute Vorratsdatenspeicherung haben Sie angesprochen und wie ist es verfassungsrechtlich eigentlich zu bewerten, dass hier immer von der behaupteten Zielsetzung strategisch zu sprechen ist, und der Gesetzentwurf versucht das ja auch. Der zweite Punkt geht an alle Sachverständigen, weil das vor dem Hintergrund unseres Untersuchungsausschusses mich brennend interessiert. Jeder, der sich berufen fühlt, möge klären, wie eigentlich die tatsächliche Trennung von Ausland zu Ausland und G10 technisch funktionieren soll. Wie macht man es an dem

Datum fest? Das setzt voraus – dieses Bild, dass man das trennen kann, was man von der Glasfaser heruntersaugt – dass man erkennt an dem Metadatum, welche Nationalität die Kommunizierenden haben. Jetzt wissen wir: An ein paar Dingen kann man es feststellen, an der Telefonnummer, wenn sie eine +49 vorne hat, aber bei Messenger-Diensten, bei ganz, ganz vielen Daten bei deutschen Grundrechtsträgern, die im Ausland sind, die mit einer amerikanischen Handynummer oder auch mit einer afghanischen Handynummer oder einer österreichischen Handnummer telefonieren, da sehe ich das überhaupt nicht. Ist das ein Deutscher? Ist das ein Österreicher? Wie funktioniert das technisch, dieses Konstrukt? Und wenn das sozusagen eine Frage ist, die Juristen ungern beantworten, dann die Frage, wie müssten unsere Anforderungen sein an die Kontrolle einer solchen Technik, dass man sagen kann, hier wird tatsächlich zwischen Grundrechtsträgern und Ausland zu Ausland getrennt. Herzlichen Dank.

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank. Sie haben in der Tat um die Limitierung der Fragen, und ich um die Limitierung der Antworten gebeten. Insofern ist das folgerichtig. Damit nicht den letzten die Hunde beißen, beginnen wir dieses Mal umgekehrt. Herr Dr. Wolff, bitte.

SV **Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff** (Universität Bayreuth): Herr Vorsitzender, vielen Dank! Wenn ich das richtig gesehen habe, folgende Fragen an mich: Habe ich nicht die Vorschrift § 7 BNDG im Entwurf übersehen mit dem Ausland-Ausland? Na klar, die habe ich in gewisser Form rhetorisch übersehen. Völlig richtig, der Vorwurf geht voll an mich. Als ich meinte „Ausland“, „BND im Ausland tätig“, „betroffen nur Ausländer“, meinte ich in der Tat auch nicht nur die Fernmeldeaufklärung. Es soll ja auch der Fall denkbar sein, dass Menschen rumlaufen und andere Menschen observieren oder sonstige Dinge machen, vielleicht auch ohne Kooperation. Auch sowas soll es ja geben. Und dafür war meine Regelung gedacht. Sie sehen, der § 7 ist eine gute Regelung, die Sorge wird dadurch nicht betroffen. Das war eine Unvollständigkeit meiner Darstellung.

Das zweite: Wie ist es mit der Presse? Das ist ja nun ein altes Problem, das ja auch bei der strategischen Fernmeldekontrolle zu § 5 G10 schon immer eine Rolle spielt. Das Verfassungsgericht hat sich dazu



ja nun ausdrücklich geäußert im Verfahren zu G10. Sie haben gesagt, wir brauchen für die Presse wegen Artikel 5 GG einen höheren Schutz. Wir brauchen dafür keine ausdrücklichen gesetzlichen Vorschriften. Es reicht, dass wir den höheren Presseschutz im Vollzug ergänzen. Wenn der schon bei § 5 G10 gilt, dann gilt er erst Recht bei den Sachen, die wir haben. Das verbietet Ihnen natürlich nicht, eine besondere Regelung aufzunehmen. Ich wüsste aber nicht, wie die anders aussehen sollte als eine Vorschrift: Wenn du erkennst, dass Presse betroffen ist, sei besonders vorsichtig. Das braucht man eigentlich nicht wirklich, dass kann man unmittelbar aus der Verfassung ablesen.

Dann die Bewertung aus menschenrechtlicher Sicht. Erstens sei nicht sehr deutlich gewesen, ob ich denn nun eigentlich der Auffassung sei, wenn der BND in den Fernmeldeverkehr Ausland-Ausland von deutschem Boden aus eingreift, ob Artikel 10 GG greift oder nicht? Ich dachte, ich hätte es schon geschrieben. Ich bin der Meinung, Artikel 10 GG greift. Deswegen meine ich ja auch, Sie sollten ihn zitieren, sonst wäre es ein verfassungsprozessualer Suizid. Ich bin allerdings der Meinung, dass der Schutzstandard anders ist, als wenn Inländer betroffen sind, weil es um eine andere Situation geht. Das kann man verschieden begründen. Das habe ich versucht darzustellen in meiner schriftlichen Stellungnahme. Ich bin nicht der Auffassung, dass die gegenwärtigen Regelungen mit Artikel 10 GG offensichtlich unvereinbar sind. Was das Verfassungsgericht daraus macht, das ist offen. Ich glaube nicht, wenn das Verfassungsgericht den Entwurf in die Hände bekommt, der ungeschoren wieder rauskommt. Das glaube ich nicht. Beim BKA-Gesetz haben sie Heerscharen von Juristen drangesetzt, um einen Entwurf hinzukriegen, der beim Bundesverfassungsgericht ungeschoren rauskommt. Und die Latte dessen, was sie gefunden haben, ist unendlich. Das Verfassungsgericht wird auf jeden Fall was finden, davor sollten Sie keine Angst haben. Sie sollten die Regelungen machen, die Sie für vernünftig halten und das dann nachbessern, was das Verfassungsgericht ergänzt.

Die Frage zur EMRK und den internationalen Pakten, die ist verfassungsrechtlich bei unserer nationalen Borniertheit relativ einfach. Die EMRK und die Pakte wirken ein in die Ausführung der

Grundrechte, der nationalen Grundrechte. Sofern sie nicht einwirken, sind sie für den Gesetzgeber irrelevant, weil der Gesetzgeber sich nämlich auf der gleichen Ebene bewegt wie die EMRK. Die EMRK hat nach deutscher Tradition, viele Länder sehen das anders, letzten Endes nur die Ebene eines formalen Gesetzes und wenn Sie jetzt auch ein formales Gesetz machen, was später ist als die EMRK, könnte es sein, dass Sie sich EMRK-widrig verhalten und ganz böse verklagt werden vor dem EGMR. Aber es ändert nichts an der Gültigkeit Ihrer gesetzlichen Grundlage.

Die letzte Frage: Wie ist es mit den technischen Trennungen? Das ist eine schöne Frage. Es ist völlig klar, dass es Situationen gibt, in denen mit keiner Technik erkannt werden kann, dass ein Deutscher im Ausland betroffen ist. Wenn ein Deutscher mit afghanischer Nummer in afghanischer Landessprache von Afghanistan nach Afghanistan telefoniert, dann haben Sie große Probleme zu erkennen, dass da ein Inländer betroffen ist. Das war aber meines Wissens schon immer bekannt. Das wusste jeder. Das wussten die Verfassungsrichter, das wussten die Gesetze, die diese Regelungen gemacht haben und der BND muss sich bemühen, das zu erkennen, sobald er es erkennt, muss er es wie G10 behandeln, bis er es nicht erkannt hat, darf er es nicht nach G 10 behandeln. Das war immer die mitgedachte Grundlage von der gesetzlichen Grundlage. Die hat eine gewisse Unvollkommenheit.

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Professor! Herr Dr. Wetzling, bitte.

SV **Dr. Thorsten Wetzling** (Stiftung Neue Verantwortung, Berlin): Eine Frage vielleicht, um die ich mich so halb berufen fühle zu antworten. Die Frage: Welche Anforderungen kann man an die Technik stellen, damit man diese Filterung sauber hinbekommt, dass man nicht vier verschiedene Datenregime hat und wo man weiß, dass § 6 des Entwurfes des BND-Gesetzes vielleicht so technisch sauber gar nicht durchführbar ist. Da, denke ich, ist vielleicht der Blick nach England ganz hilfreich. Dort wird auch über Empfehlungen nachgedacht, wie man dieses technische Sachverständnis in solche Gremien reinbringen kann. Und dass man dort wirklich auch noch mehr Stellen dafür schafft.



Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank! Herr Töpfer, bitte.

SV **Eric Töpfer** (Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin): Vielen Dank! Zu zwei Punkten: Noch mal vielleicht an Herrn Wolff anknüpfend zur Frage: Welche Relevanz haben die menschenrechtlichen Vorgaben? Sie sind Auslegungshilfe, zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes, die vom Verfassungsgericht angemahnt wird. Da können sie also helfen, insofern kann vielleicht auch die Frage: „Unter welchen Voraussetzungen sind Eingriffe in das Menschenrecht auf Privatsphäre zulässig?“ vielleicht hilfreich für das Verständnis und die Diskussion über den Geltungsbereich von Artikel 10 sein.

Zweiter Punkt: Schutz von Journalisten. Die Frage war zwar nicht an mich gerichtet, ich will trotzdem kurz was dazu sagen. Der EGMR hat in dem Fall Weber und Saravia gegen Deutschland eindeutig auch bejaht, dass es sich um Eingriff, also auch bei einer strategischen Überwachung, ein Eingriff in das Recht auf freie Meinungsäußerung handeln kann. Die Frage ist, wie geht man damit um? Sind Verfahrensgarantien zu schaffen? Sind Verwertungsverbote irgendwie zu formulieren? Es ist sicher schwer, bei der Berufsgruppe der Journalisten lässt sich das schwer abgrenzen. Aber was ich mir vorstellen könnte wäre beispielsweise, dass man anknüpft an die Regelungen, die es im Paragraphen 11 zum Kernbereichsschutz gibt, dass man eine ähnliche Regelung für Journalisten trifft. Also dass man sagt, wenn von vornherein klar ist, dass sich die Überwachung gegen die Redaktion einer Zeitung richten soll, dann hat man die Finger davon zu lassen. Und wenn man es im Nachhinein feststellt, dass da wirklich ausdrücklich Journalisten betroffen waren, dass dann Verwertungsverbote zu gelten haben.

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Töpfer! Herr Schindler, bitte.

SV **Gerhard Schindler** (Präsident des BND a. D.): Vielen Dank, Herr Vorsitzender! Herr Abgeordneter Binninger hat gefragt, ob § 7 Kooperationen hinderlich ist? Ich bin der festen Überzeugung: nein. Der § 7 beschreibt ja, dass die Auslandsdaten so wie Inlandsdaten unter das Datenschutzregime fallen. Das ist gängige Praxis jetzt schon und wir hatten da noch keine Probleme im

Bundesnachrichtendienst mit ausländischen Kooperationen und ich bin eigentlich sicher, dass der § 7 hilft und nicht schädlich ist. Was das Unabhängige Gremium anbelangt, vielleicht um nur noch mal kurz auf die G10-Kommission zu kommen. Die G10-Kommission hat jetzt schon eine klare Aufgabenstellung. Und dieser technische Sachverhalt ist der gleiche wie der, den das § 16-Gremium machen soll. Deshalb kann ich nicht erkennen, warum man das auseinanderziehen sollte. Wir haben ja jetzt schon die Aufgabenstellung der G10-Kommission im § 8b des Bundesverfassungsschutzgesetzes. Danach hat das G10-Gremium Aufgaben, die nun absolut nichts mit G10 zu haben, zum Beispiel die Auskunft bei Finanzdienstleistern, die Auskunft bei Luftverkehrsgesellschaften und vieles andere mehr. D. h. bei einer entsprechenden Umbenennung, da bin ich voll Ihrer Auffassung, in „G10-Kommission und Kommission für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung“, also ich bin nicht so ein guter Jurist wie Dr. Graulich, aber bin ich ganz sicher, lässt sich das regeln und daher bin ich der festen Überzeugung, eine Zersplitterung ist nicht so gut wie eine Zusammenführung bei der G10-Kommission. Ich will aber auch mal ganz deutlich sagen, ich bin jetzt hier nicht der Anwalt des Parlaments, sondern mir geht's natürlich auch um die Rechte des Parlaments, je effizienter die Kontrolle umso besser. Mir geht es vor allem um den Bundesnachrichtendienst. Bei einem Systemfehler der Kontrolle, wer leidet darunter? Der Bundesnachrichtendienst. Das heißt, je zersplitterter wir die Kontrolle machen und am Schluss kommt irgendetwas, nachdem sich wieder niemand darum gekümmert hat, dann ist der Bundesnachrichtendienst schuld, weil er nicht hinreichend berichtet hat oder hinreichend informiert hat. Und deshalb bin ich für eine ganzheitliche Kontrolle, dann können solche Systemfehler auch nicht geschehen. Im Übrigen bei dem Gremium nach § 16 haben Sie alles das nicht vorgesehen, was Sie bei der G10-Kommission vorgesehen haben. Bei der G10-Kommission ist das Parlamentarische Kontrollgremium nach § 1 Abs. 2 voll umfassend verantwortlich für G10-Maßnahmen. So steht es im Gesetz. Die Kontrolle erfolgt auch durch das Parlamentarische Kontrollgremium. Eine solche Regelung fehlt für das Gremium nach § 16. Eine solche Regelung haben wir nur im § 9 Abs. 5 des Entwurfes,



nämlich für eine ganz bestimmte Stelle steht drin, dass die Kontrollrechte des Parlamentarischen Kontrollgremiums gewahrt bleiben. Aber nur für diesen Abs. 5. Wenn Sie gewollt haben, dass insgesamt die Kontrollrechte des PKGr gewahrt bleiben, dann müsste es im § 16 stehen, steht's aber nicht drin. Und Sie haben im § 16 Abs. 6 die Regelung, dass das unabhängige Gremium halbjährlich berichten soll. In der Begründung dazu steht: in abstrakter Form. Wenn Ihnen das genügt, in abstrakter Form halbjährlich über das berichtet zu bekommen, was 50 % des Datenaufkommens des Bundesnachrichtendienstes ausmacht, dann ja. Aber ich plädiere dafür, dass man das zusammenführt und das dort eine bessere Kontrolle im Sinne des Bundesnachrichtendienstes ist. Ich mache mir ja Gedanken um den BND und nicht Gedanken um das Parlament.

Bei der Trennung zwischen G10 und Ausland-Ausland, wie macht man das technisch, so habe ich es verstanden und würde es auch gerne noch mal so darlegen. Die G10-Erfassung erfolgt an Datenzugriffen, die den Endpunkt Deutschland und den Endpunkt Ausland haben und umgekehrt. Das ist die technische Trennung. Die Ausland-Ausland-Erfassung, auch wenn sie vom Inland aus erfolgt, hat die Endpunkte Ausland-Ausland. Bei der Erfassung haben Sie Probleme, die Sie schon immer hatten, ist .com deutsch oder ist .com nicht deutsch, aber das sind ja alte Probleme, die kriegt man gar nicht geregelt. Vielen Dank!

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Schindler! Herr Dr. Graulich, bitte.

SV **Dr. Kurt Graulich** (Richter am Bundesverwaltungsgericht a. D.): Vielen Dank, Herr Vorsitzender! Die Frage von Herrn Binniger, jedenfalls die erste seiner Fragen, die mich betraf, koinzidiert mit der von Frau Dr. Högl. Also die Frage: Anbindung des Unabhängigen Gremiums und eventuell konstruktive Varianten. Also ich halte nachdrücklich die Idee für richtig, dass man ein unabhängiges Gremium schafft in bewusster Unterscheidung vom PKGr und von der G10-Kommission, weil, ich unterstreiche noch mal, die haben jeweils unterschiedliche rechtliche Voraussetzungen. Also das PKGr ist eine Form der parlamentarischen Kontrolle von Regierungshandeln, völlig glatt. Und in dieses Verhältnis passt keinerlei Genehmigungsvorbehalt rein. Und zwar weder ein Genehmigungsvorbehalt,

der auf Verwaltungsebene anzusiedeln wäre, noch ein gerichtlich ausgestalteter, sondern das ist ein ganz klares Verhältnis erste Gewalt zu zweiter Gewalt. Die G10-Kommission ist ein wenig amphibisch, aber im Ausgangspunkt, wenn man den Artikel 10 Abs. 2 liest, ist sie ein Ersatz für die ansonsten fällige gerichtliche Kontrolle. Der Gesetzgeber hat sich damals 1968, als dieses Gerät der strategischen Überwachung jetzt verfassungsrechtlich und gesetzlich geregelt wurde, hat er sich für diese Konstruktion entschieden. Aber es ist völlig klar, deshalb kehrt ja auch die Regelung im Artikel 19 wieder, dass das ein Ersatz für eine ansonsten dort zu stehen habende gerichtliche Kontrolle ist. Was die G10-Kommission in diesem schmalen Sektor der strategischen Überwachung und Kontrolle unternimmt, gehört eigentlich in die gerichtliche Sphäre, nur – der Verfassungsgesetzgeber darf das natürlich – ist es dort anders aufgelöst worden. Man stelle sich vor die viel größere Anzahl der TKÜs im Strafprozess oder sowas. Man wäre nie auf die Idee gekommen, das einem parlamentarischen Untergremium zu geben, wäre auch schwer zu realisieren. Das, was jetzt dieses unabhängige Gremium machen soll, ist zwar nun ganz scharf daneben, was Herr Schindler gesagt hat, natürlich sind die ganz dicht nebeneinander, die Ausland-Ausland-Überwachung und die strategische bzw. das, was die G10-Kommission überwacht. Aber es sind eben zwei verschiedene Schubladen und m. E. kann das, was dem unabhängigen Gremium zgedacht ist, nicht von der G10-Kommission gemacht werden. Es sei denn, man gibt dieser weitere Aufgaben. Aber davor warne ich, weil dafür müssten Sie die Verfassung ändern. Also man kann nicht einfach ein Gremium, dem durch die Verfassung ein Aufgabenpäckchen zugeschrieben ist, Artikel 10 Abs. 2, dem nicht einfach sagen, soll es doch eine andere Aufgabe machen. Selbst wenn, das weiß natürlich Herr Schindler viel besser als ich, selbst wenn sachliche Gesichtspunkte dafür sprechen könnten, aber über diese Hürde muss man rüberkommen. Und dann die Frage, ist dieses Gremium so optimal gestaltet? Wenn das jetzt ein glatter Artikel 10-Fall wäre, dann wär gar kein Zweifel, müsste man sagen, die Richterkollegen, denen die Aufgaben zgedacht sind, müssten das aus ihren roten Roben heraus machen und könnten das nicht neben ihrer gerichtlichen Funktion – hier ist mal irgendwann



vorparlamentarisch mir der Begriff Gremium sui generis genannt worden, das gibt es aber nicht. In dem Fall muss man sich entscheiden, welche der drei Gewalten, die der Verfassung bekannt sind, gemeint sind. Und dann kann das natürlich nur die Verwaltung sein, eine andere bleibt nicht. Also das, was diese Richter da vom BGH, wie es im Moment heißt, machen sollen, ist klare Ausfüllung eines Verwaltungsvorbehaltes. Und das kann auf keinen Fall vom PKGr gemacht werden und es kann auch nicht von der G10-Kommission gemacht werden. Was die Details der Ausgestaltung dieses Gremiums angeht, ich will das jetzt nicht vertiefen, weil auch nicht der Eindruck entstehen soll, ich wollte da für meine alte Dienststelle werben, ich meine, das gehört eher zum Bundesverwaltungsgericht, weil die sind ja spezialgesetzlich nach § 50 für alle Streitigkeiten gegen den BND zuständig. Außerdem lebenspraktisch, sie sind nur eine Stunde von Berlin weg, auch das würde die ganzen Dinge etwas vereinfachen. Also das würde ich noch mal überlegen. Die Alternative wäre sonst wirklich nur, Sie würden diese ganze Tätigkeit einem dieser Gerichte als Gericht zubilligen, aber dann müsste die Sache noch mal neu diskutiert werden. Dann würde man die Dinge anders diskutieren können.

Dann war noch die Einzelfrage von Herrn Binniger zur Frage: Was macht man eigentlich mit dem Journalistenschutz? Also ich knüpfe an die Überlegungen an, die auch Herr Schindler eben gerade hatte, man muss eben unterscheiden zwischen dem Schutz zum Zeitpunkt der Erhebung und dem Zeitpunkt der Verwertung. Und das sind ja nun Fälle, um die es hier geht, wo man wahrscheinlich nicht auf den ersten Blick klar erkennen kann, ob man einen Journalisten aufklärt oder was auch immer. Gegebenenfalls muss halt einfach ein Verwertungsverbot greifen. Also wenn ich zweifelsfrei feststelle, dass ist einer – ich habe mir auch ganz garstige Fälle überlegt – was machen Sie eigentlich, wenn Sie das Gespräch zwischen einem Dschihadisten und einem Feldimam abhören? Fällt das unter Artikel 4? Das sind alles Fragen, die müssen Sie dann wahrscheinlich im Nachhinein klären, weil das nicht im Vorherein durch einen Kernbereichsschutz klar zu erfassen ist.

Dann war die Frage von Herrn Dr. Hahn: Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verpflichtungen

bei der Ausland-Ausland...also die Grundantwort hat der Kollege bereits gegeben. Ich setzte aber noch eins drauf, weil das für unsere deutsche Rechtsgeschichte glaube ich wichtig ist. Wir waren ja im letzten Jahrhundert die Weltmeister im Produzieren von Konflikten, aber auch von rechtlichen Lösungen immerhin. Und eine dieser rechtlichen Lösungen, die ist nachlesbar, beim Umgang der DDR-Spionage in der Bundesrepublik und zwar, dazu gibt es ja einmal eine Entscheidung des GBA und dann eine des Bundesverfassungsgerichts. Und dort steht ja in dankenswerter Klarheit drin, dass Spionage völkerrechtlich nicht verboten ist, steht dort glasklar drin und d. h. wir treffen dort auf keine solche Grenze und der Rest der Frage sind die Geltung von internationalem Vertragsrecht, also was weiß ich, EMRK oder aber Pakt für bürgerliche Rechte, aber die würden nicht über die Regelungen eines einfachen Gesetzes hinausgehen, so dass hier die Frage wirklich daran hängt, ist es Artikel 10 oder nicht?

Und da komme ich zu der zweiten Überlegung von Ihnen, das hat mich gefreut, weil ich da ja auch spieltheoretisch mir überlegt habe, könnte man jetzt nicht einfach statt 200 Jahre abzuwarten, bis Karlsruhe mal beschäftigt wird, vor die Linie laufen. Das Problem ist aber Folgendes, es gab ja mal bis in die späten 50er Jahre eine Gutachtenkompetenz des Bundesverfassungsgerichts, die abgerufen werden konnte durch den Bundespräsidenten, kann auch sein durchs Parlament, sie ist nicht mehr abgedruckt, man müsste nachgucken, die wurde dann aber irgendwann abgeschafft aus der prinzipiellen Überlegung heraus, dass man die gesetzgebungsbefugten Organe nicht aus dem Risiko entlassen will. Also die müssen dann halt hin. Und die Hamburger haben uns das ja mal vor Jahren in einer ebenfalls heiklen Frage vorgemacht, nein Entschuldigung, die Bayern waren es, als die Hamburger das Ausländerwahlrecht eingeführt haben, hat das Land Bayern von seiner Normkontrollbefugnis anrufung Gebrauch gemacht und hat dieses hamburgische Gesetz in Karlsruhe prüfen lassen. Das heißt also, es gibt schon mehr als nur die Bundestagsmehrheit. Spieltheoretisch finde ich Ihre Überlegung ausgesprochen sympathisch, aber da müssen Sie sich im Bundestag einigen.



Dann war die Frage noch von Herrn von Notz: Wie funktioniert die technische Trennung? Da hat Herr Schindler sich dazu geäußert, also wir bleiben ja immer auf diesem Rest sitzen, wo wir aufgrund von irgendwelchen Top-Level-Domains oder aber, wenn es völlig maskierte Fälle sind, also wo mit einem ausländischen oder mit zwei ausländischen Telefonen telefoniert wird im Ausland in ausländischer Sprache, diese Fälle kann man eben nicht von vornherein packen, sondern man muss sie im Nachhinein aussortieren. Die mit in Geheimgremien sitzen, wissen ja, dass wir einen solchen Fall in Afghanistan auch mal hatten und dann konnte man halt im Nachhinein damit umgehen. Für „im Vorhinein aussortieren“ werden Sie kein technisches System finden, das das leistet.

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Dr. Graulich! Herr Professor Bäcker, bitte.

SV **Prof. Dr. Matthias Bäcker** (Karlsruher Institut für Technologie): Herr Binninger, ich würde furchtbar gerne was zur G10-Kommission sagen, aber Sie haben mich nicht gefragt. Darf ich?

BE Abg. **Clemens Binninger** (CDU/CSU): Ja Sie dürfen!

SV **Prof. Dr. Matthias Bäcker** (Karlsruher Institut für Technologie): Also wenn man sagt, das Gesetz sieht Eingriffe in Artikel 10 vor, dann sind wir in Artikel 10 Abs. 2. Dann ist die G10-Kommission sowieso die richtige Stelle. Wenn man sagt, das Gesetz sieht keine Eingriffe in Artikel 10 vor, dann ist die Einrichtung eines Kontrollmechanismus eine überobligationsmäßige Wohltat, die der Bundesgesetzgeber den Bürgerinnen und Bürgern im Ausland angedeihen lässt. Und wie er diese Wohltat ausgestaltet, ist Sache des Bundesgesetzgebers. Im Prinzip könnten Sie da auch das Umweltbundesamt mit betrauen.

Dann zu den Fragen, die an mich gestellt worden sind.

BE Abg. **Clemens Binninger** (CDU/CSU): Ich hätte es vielleicht doch nicht erlauben sollen, aber ok.

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Möglicherweise ist auch dafür der Vorsitzende zuständig.

SV **Prof. Dr. Matthias Bäcker** (Karlsruher Institut für Technologie): Entschuldigung, es tut mir furchtbar leid. Das nächste Mal weiß ich es. Ich bin

auch noch nicht bei meiner 47., sondern erst der 10. Anhörung.

Ich komme zu den Fragen, die an mich gerichtet worden sind. Herr Binninger, wie ist das mit § 7 und den Kooperationen? Zunächst mal ganz kurz die Klarstellung, ich vermute, dass Sie das auch nicht missverstanden haben, meine Stellungnahme und auch meine mündliche Äußerung hier bezog sich auf § 6, auf die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung vom Inland her, bei der ich alle Probleme überhaupt nicht sehe, die Sie skizziert haben, von vornherein nicht. Selbst wenn sie im Rahmen von Kooperationen erfolgt, es ist eine freie Entscheidung des Bundesnachrichtendienstes, solche Kooperationen einzugehen und die ist selbstverständlich grundrechtlich überprüfbar.

Dann finde ich interessant, und das habe ich bisher einfach nicht so verstanden, dass Sie § 7 von vornherein auf Kooperation mit ausländischen Diensten beziehen. Das steht da nämlich nicht drin. Da steht drin, § 7 gilt für die Verarbeitung und Nutzung von Daten, die mit Mitteln der Fernmeldeaufklärung vom Ausland aus erhoben werden, d. h., wenn der Bundesnachrichtendienst im Schutze der Nacht heimlich Lichtwellenkabel in Großbritannien anzapft...

*Zwischenruf BE Abg. **Clemens Binninger** (CDU/CSU): Jetzt geht die Fantasie mit Ihnen durch.*

Nein, aber ich meine, solche Fälle wären durchaus erfasst. Die von Herrn Wolff angesprochenen Fälle anderer Mittel der Spionage im Ausland sind natürlich die deutlich realistischeren. Im Übrigen, dass Lichtwellenleiter im Meer angeknipst worden sein sollen, habe ich irgendwie schon mal gehört.

Wenn wir davon ausgehen, dass wir wirklich über Kooperation reden, dass also der Bundesnachrichtendienst mit einem ausländischen Nachrichtendienst zusammenwirkt und deswegen im Ausland tätig wird und dass dies auch von § 7 erfasst ist, finde ich das schön, das habe ich mich nämlich gefragt, ob das der Fall ist, weil der § 14 nicht auf den § 7 verweist und der § 7 nach seiner systematischen Stellung auch anders gelesen werden könnte. Aber wenn wir mal sagen, der § 7



erfasst also diesen Fall, dann gebe ich Ihnen Recht. Dann muss man sich tatsächlich noch mal neu Gedanken über den Grundrechtsschutz machen. Aber wirklich nur in dem Kooperationsfall, nicht in dem Fall, dass der Bundesnachrichtendienst von sich aus im Ausland tätig wird. Im Kooperationsfall, denke ich, haben wir auch tatsächlich für eine funktionale Grundrechtsinterpretation schon einen Anknüpfungspunkt im G10-Urteil von 1999, wo nämlich gesagt wird, bei der Reichweite der Grundrechtsbindung muss berücksichtigt werden die begrenzte Verantwortung von deutschen Staatsorganen. Die deutschen Staatsorgane sind verantwortlich für das, was sie selbst tun, nicht aber unbedingt für das, was ihre Partner tun, und sie werden auch nicht automatisch für alles verantwortlich, was ihre Partner tun, nur weil sie sich Partner suchen. Und es gibt ja sowas wie eine gewünschte Einbindung deutscher Stellen in die internationale Kooperation. Das sind wirklich Argumente, um hier zumindest mal zu einem anderen Schutzstandard zu kommen. Aber auch hier sind Mindeststandards zu beachten, die ergeben sich aus dem Grundgesetz, die ergeben sich aber auch, Herr Töpfer hat es schon gesagt, aus dem Völkerrecht: Europäische Menschenrechtskonvention, internationaler Pakt über bürgerliche Rechte. Und ich werfe noch eins mit rein, die EU-Grundrechtecharta. Nur auf den ersten Blick ist die nämlich hier nicht anwendbar. Die EU-Grundrechtecharta gilt für die Mitgliedstaaten, wenn sie Unionsrecht vollziehen. Der Europäische Gerichtshof legt dieses Erfordernis ganz weit aus und meint, dass schon jede Berührung der Wirtschaftsgrundfreiheiten der Europäischen Union ausreicht, um auf diese Weise in den Anwendungsbereich der Grundrechtecharta zu kommen. Sowas wie: Ein Unternehmen fühlt sich in seiner europaweiten Expansion oder im Erbringen von Dienstleistungen im Ausland dadurch gehindert oder zumindest dadurch gehemmt, dass der Bundesnachrichtendienst seine Kommunikation anzapft. Plötzlich sind wir im Anwendungsbereich des Unionsrechts und die Grundrechtecharta ist anwendbar. Es ist eine ganz interessante Frage, was der EuGH insbesondere mit der Behandlung von EU-Ausländern machen wird, gerade bei den Verkehrsdaten, wo sie überhaupt keinen besseren Status haben als andere Ausländer.

Ich komme weiter zu den Fragen, die Herr von Notz an mich gerichtet hat. Wie ist das mit dem Umgang mit den Metadaten, ist das nicht so eine Art Rasterfahndung? Ja, klar. Was mit den Daten nachher gemacht wird bei jeder strategischen Überwachung, auch bei der G10-Überwachung, hat natürlich eine deutliche Verwandtschaft zur Rasterfahndung, wie sie vom Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der sog. Schläferfahndung im 115. Band bearbeitet worden ist. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung im 100. Band gesagt: Wir akzeptieren ziemlich viel vom Bundesnachrichtendienst, viel mehr als wir von anderen Behörden akzeptieren würden aufgrund seines besonderen Auftrags, weil der Bundesnachrichtendienst eben im Wesentlichen politisch verwertbare Erkenntnisse generieren soll, nicht gezielt gegen Einzelpersonen vorgehen soll, und weil es um die Gewinnung von Erkenntnissen strategischer Art über das Ausland geht. Ob das heute überhaupt noch so überzeugt oder ob man da nicht ein bisschen anders rangehen müsste, ist eine Frage, die ich für diese Stellungnahme ausdrücklich offen gelassen habe. Ich habe in einer Fußnote in meiner schriftlichen Stellungnahme – falls Sie Lust haben, die zu lesen – da ein paar Anmerkungen zu gemacht, warum man darüber durchaus Zweifel haben kann. Ich glaube auch, dass es an der Zeit ist, das G10, das Sie ja dankenswerterweise auch novelliert haben vor knapp einem Jahr, mal wieder auf den verfassungsrechtlichen Prüfstand zu bringen. Ich denke aber auch, dass man zumindest erst mal vom G10-Urteil als Mindestbestand ausgehen kann. Dass die von den Standards runtergehen werden, die sie im G10-Urteil angelegt haben, halte ich für sehr unwahrscheinlich.

Das bringt mich zur letzten Frage: Wie ist das mit der faktischen technischen Trennung von Datenströmen mit unterschiedlichen Ursprüngen und Zielen? Also wie ist das eigentlich mit der von dem BND-Gesetzentwurf und auch vom G10 ganz klar angelegten Trennung: inländische Telekommunikation, internationale Telekommunikation und Auslandstelekommunikation. Die ist ja hier ganz zentral. Ich finde, da ist – wenn ich das so sagen darf, ohne sprachpolemisch zu werden – von meinen Mitsachverständigen teilweise etwas nonchalant mit umgegangen worden. Natürlich war



es immer schon ein Problem, den in Afghanistan weilenden Deutschen, der sich unter einer afghanischen Telefonnummer auf afghanisch unterhält, wobei die glaube ich überwiegend Farsi sprechen, den auszumachen gegenüber anderen Personen. Das ist klar. Aber unter den heutigen kommunikativen Bedingungen im Internet wird ein Problem, das mal ein Randproblem war und deswegen durchaus auch als Randproblem bei typisierender Betrachtungsweise vernachlässigt werden konnte, zu einem Strukturproblem. Schon bei E-Mails, wo Sie immerhin noch eine Top-Level-Domain haben, die irgendwie eine Kennung enthält, die vielleicht auch was über den Ursprung aussagen soll, schon da können Sie nicht wirklich unterscheiden, wo die Endpunkte sitzen. Und auf der Übertragungsstrecke schon überhaupt nicht. Sie wissen nicht beim Verkehr von Outlook.com zu gmx.net, wo das herkommt und wo das abgerufen werden wird, und wer das behauptet, der ist sehr sportlich. Dazu kann ich vielleicht sagen, ich habe im Moment das Vergnügen, einer Informatikfakultät anzugehören als Exot. Da ich da der Exot bin, darf ich auch angeben und sagen, dass das eine ganz gute Informatikfakultät ist. Ich habe da viel mit den Netzwerkern zu tun und ich habe viel zu tun mit den Leuten, die IT-Sicherheit machen, und ich habe die alle mal gefragt, wie sie sich das vorstellen, wie das gehen soll mit der Unterscheidung. Und sie haben alle gesagt, es geht nicht. Meiner Ansicht nach sollte daraus folgen, wenn wir eben durch die technische Entwicklung eine solche Differenzierung nicht mehr treffen können, dann können wir nicht einfach sagen, ja Recht ist immer kontrafaktisch, sondern dann müssen wir uns mal überlegen, ob wir da nicht mit den rechtlichen Maßstäben nachjustieren müssen. Herzlichen Dank!

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Professor Bäcker! Damit wäre die erste Runde vorbei. Wenn wir jetzt in der Tat alle diszipliniert uns an die Bitte: zwei Fragen pro Fraktion und zwei korrespondierende Antworten halten, dann würden wir wahrscheinlich sogar noch zwei Runden schaffen. Deswegen die ersten beiden Fragen an die CDU/CSU-Fraktion.

BE Abg. **Clemens Binniger** (CDU/CSU): Ich habe eine, der Kollege Schuster hat die zweite. Ich möchte noch mal von Herrn Wolff und von Herrn Graulich erfahren, einfach dass wir möglichst

Klarheit haben mit diesem Unabhängigen Gremium. Habe ich Sie richtig verstanden, also an beide die gleichen Fragen, dann hören wir vielleicht auch die Unterschiede. Habe ich Sie richtig verstanden, dass Sie sagen, wenn wir dieses Unabhängige Gremium an die G10-Kommission andocken – wie auch immer, die G10 könnte es ja personell schon gar nicht, das wäre ja illusorisch – wenn wir sie andocken, müssten wir die Aufgabenbeschreibung der G10-Kommission grundlegend ändern und das ginge nicht ohne Verfassungsänderung? Das wäre die Frage. Frage zwei: Wenn wir sagen, wir docken dieses Gremium nicht an – jetzt losgelöst von der Bundesregierung ernannt, vom GBA vorgeschlagen, wir sind mit eingebunden – sondern wir sagen, wir docken es bei einem Gericht an, bei einem Bundesverwaltungsgericht, das wäre ohne größere Umstände einfach gesetzlich möglich? Frage von Kollege Schuster!

Abg. **Armin Schuster** (Weil am Rhein) (CDU/CSU): Gleiche Richtung. Eine Teilfrage an Herrn Dr. Graulich. Ich hätte gerne mal – es ist vielleicht unüblich, ich hoffe Sie nehmen es mir nicht übel, Herr Professor Wolff – ich hätte gerne mal eine Einschätzung von Ihnen zur Rechtsauffassung von Professor Wolff, der ja sagt, sie sind nah beieinander. Man kann davon ausgehen, dass beim Auslands-Auslands-Verkehr der Grundrechtsschutz geringer ist – ich bin kein Jurist, also nehmen Sie es mir nicht übel, so habe ich Professor Wolff verstanden. Aber da das Verfassungsgericht doch die Relevanz sieht im Artikel 10, müsste man es irgendwie im § 6 erwähnen. Der § 6 an sich in diesem Entwurf reicht aber aus als Eingriffsbefugnis. Deshalb wirkt es auf mich ein wenig „deklaratorisch“, wenn ich es jetzt aufnehmen würde. Halten Sie das für notwendig? Denn dann wäre ja die nächste Frage, wenn ich es da reinschreibe, ist es dann ein Artikel 10-Fall? Und dann wiederum hat Herr Bäcker natürlich den Aspekt, dann könnte man es auch der G10-Kommission geben, da hätte ich gerne mal eine Stellungnahme. Und dann – ich meine Herr Professor Wolff war es und Herr Töpfer, in jedem Fall aber Herr Schindler könnte es beurteilen – ich hätte gerne mal gewusst, wie Sie diese Gesetzentwürfe im internationalen Vergleich einsortieren? Müssen wir uns noch irgendwo Vorbilder nehmen oder setzen wir damit Maßstäbe oder wo befinden wir uns? Bei zwei, dreien wurde



es mal so im Nebensatz gesagt. Das hätte ich noch mal gerne genauer gewusst.

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Kollege Schuster! Sie dürfen sowas fragen. Dadurch wird die Anhörung auch kein kontradiktorisches Verfahren, denn dann müsste der Vorsitzende am Ende entscheiden, was richtig und was falsch ist. Die Fraktion DIE LINKE., bitte.

BE Abg. **Dr. André Hahn** (DIE LINKE.): Ja vielen Dank! Ich möchte zunächst noch mal an Herrn Bäcker eine Frage stellen. Und zwar geht es um die Kriterien für die Zulässigkeit der Erhebung personenbezogener Daten bei der Auslands-Auslands-Fernmeldeaufklärung. Da haben wir im Gesetz jetzt drei Punkte, also Gefahren für die äußere/innere Sicherheit, Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik zu wahren und dann gibt es einen dritten, der lautet: sonstige Erkenntnisse von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung. Da würde mich interessieren, wie das aus Ihrer Sicht vereinbar ist mit dem Bestimmtheitsgebot und dem Gebot der Verhältnismäßigkeit, wenn man ein solches Kriterium, unter das man alles und nichts packen kann, quasi in einem Gesetz fixiert und damit diese Fernmeldeaufklärung rechtfertigt? Dann ist die Frage an Herrn Wetzling und Herrn Schindler. Herr Wetzling hat in der Stellungnahme eine Evaluation der Auslands-Auslands-Aufklärung angeregt oder gefordert. Da würde ich Sie mal um Erläuterung bitten, was für Kriterien Sie denn daran setzen wollten? Was sollte da aus Ihrer Sicht evaluiert werden und über welche Zeiträume soll das angelegt werden, denn wir haben ja schließlich extrem hohe Anschaffungskosten, auch für die Technik? Wenn das dann also nicht so funktioniert, ist ja die Frage, muss man da nicht das vorher auch schon mal weitgehend geklärt haben? Und Herr Schindler in dem Zusammenhang: Gibt es denn eine solche Wirksamkeitsanalyse schon? Hat es die beim BND gegeben oder kennen Sie so etwas von anderen Ländern, bspw. der NSA, wo man das mal gecheckt hat? Und gibt es da also klassische Methoden, wo Sie uns was zu sagen könnten? Und Herr Vorsitzender, da ja vermutlich keine weitere Runde kommt und die Kontrolle eigentlich so gut wie noch gar keine Rolle gespielt hat für die Kontrollgremien, habe ich noch eine abschließende Frage an Herrn Professor Wolff. Er hat ja den Gesetzentwurf unserer Fraktion zumindest in einem Punkt offensichtlich mit einem gewissen

Grausen gelesen und zwar hinsichtlich des drohenden Verlustes an Vertraulichkeit durch einen größeren Kreis von Mitwissern sowohl unter Abgeordneten als auch unter Mitarbeitern. Da will ich hier noch mal klarstellen, dass die allermeisten Geheimdokumente, von denen wir aus der Zeitung erfahren haben, das Parlament noch gar nicht erreicht hatten, bevor sie in der Zeitung standen, d. h. also, dass das zentrale Problem des Geheimnisschutzes in jedem Fall bei der Exekutive in vielen Fragen gelegen hat und nicht bei der Legislative. Aber das nur zur Klarstellung. Meine Frage an Sie: Sie lehnen ja den Vorschlag ab, dass eine Minderheit des Parlamentarischen Kontrollgremiums öffentlich Stellung nehmen kann, einen Vorgang bewerten kann? Und dann möchte ich Sie gerne fragen: Sie haben gesagt, die Vertraulichkeit, die Legitimität des Gremiums sei massiv infrage gestellt. Ich möchte Sie fragen: Was wäre denn aus Ihrer Sicht eine Alternative für die Mitglieder des Gremiums, insbesondere der Oppositionen, wenn sie Verstöße gegen die verfassungsmäßige Ordnung, Verstöße gegen Gesetze feststellen, die sie aber überhaupt nicht offenlegen können, sonst würden sie gegen Geheimhaltungspflichten verstoßen? Welche Alternativen haben Sie für die arme Opposition im Gremium?

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Dr. Hahn! Die SPD-Fraktion, bitte.

BE Abg. **Burkhard Lischka** (SPD): Vielen Dank, Herr Vorsitzender! Da ich mich bemühen möchte, dass wir hier wirklich noch in eine dritte Fragerunde kommen, zwei Fragen an Herrn Dr. Graulich. Herr Dr. Graulich, wir behandeln jetzt viele viele Detailprobleme, das ist auch wichtig. Allerdings eine Ausgangsfrage: Diese Gesetzentwürfe sind ja auch Ergebnis der Arbeit des NSA-Untersuchungsausschusses gewesen und wir sind da ja mit verschiedenen Theorien, die ich teilweise ziemlich skurril fand, konfrontiert worden: Weltraumtheorie, Funktionsträgertheorie, Theorie des virtuellen Auslands. Ist diesen Konstrukten jetzt mit diesem Gesetzentwurf ein Riegel vorgeschoben oder sehen Sie generell noch offene Flanken, was diese grundsätzlichen Fragen angeht? Und die zweite Frage wird dann doch etwas spezieller. Die hat natürlich etwas damit zu tun, das Sie ja hier ausgiebig die Vorteile des Unabhängigen Gremiums dargestellt haben. Wie



ordnet sich aus Ihrer Sicht nun dieses Gremium insgesamt in diese – ich sage jetzt mal – Kontrolllandschaft ein? Mit PKGr, mit G10, mit Vertrauensgremium? Meines Erachtens, unabhängig wie man zu diesem Gremium steht, besteht doch die Schwierigkeit darin, dass dieses Gremium im Augenblick so ein bisschen im luftleeren Raum hängt. Wir haben gerade im Gesetzentwurf der parlamentarischen Kontrolle uns an einzelnen Stellschrauben darum bemüht, dass diese Gremien besser miteinander verzahnt werden, z. B. ein regelmäßiger Austausch stattfindet zwischen G10 und parlamentarischen Kontrollgremium. Müsste man nicht, auch wenn man Ihre Meinung teilen würde, dass dieses Unabhängige Kontrollgremium vielleicht gar nicht so schlecht ist, wie das manche darstellen, aber sich in dem Gesetzentwurf darum bemühen, dass man auch dieses Unabhängige Gremium etwas besser verzahnt. Einerseits möglicherweise, was die Rolle des ständigen Bevollmächtigten angeht, möglicherweise aber auch, was den Ort der Geschäftsstelle angeht oder halten Sie das für sinnvoll, dass wir auf der einen Seite, was die bestehenden Gremien angeht, hier durchaus einen größeren Unterbau schaffen, der die Gremien mitarbeitermäßig unterstützt, wir auf der anderen Seite dann aber eine Geschäftsstelle in Karlsruhe noch schaffen.

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Kollege Lischka! Die Fraktion DIE GRÜNEN, bitte.

Abg. **Hans-Christian Ströbele** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Danke, ich habe auch zunächst eine Frage an Herrn Professor Bäcker im Anschluss an das, was der Kollege Hahn schon gefragt hat. Man wundert sich ja etwas, erstens, dass Artikel 10 in dem ganzen Gesetzeswerk nicht vorkommt. Und dann gibt es die Auffassung von Herrn Dr. Graulich, dass das überhaupt nichts mit dem Grundgesetz Artikel 10 zu tun hat. Und wenn ich das richtig verstanden habe, besteht hier ganz überwiegend die Auffassung, dass das sehr wohl mit Artikel 10 zu tun hat. Da fragt man sich, warum haben die das nicht reingeschrieben? Sie hätten doch sicherheitshalber Artikel 10 – aus der Frage des Kollegen entnehme ich, dass wir das auch erwägen – da reinschreiben. Für mich gibt es nur eine einzige Erklärung. Weil wenn Sie da reinschreiben, dass Artikel 10 betroffen ist, dann

müssen Sie zugeben, dass über 10 Jahre lang eine Praxis gewesen ist, die elementar gegen das Grundgesetz verstoßen hat. Und Sie müssten zugeben, dass in diesem Augenblick, wo wir hier im Augenblick noch sitzen, gegen das Grundgesetz verstoßen wird, weil die Praxis wird ja mehr oder weniger vollständig auch derzeit fortgesetzt. Ich glaube, das ist der eigentliche Grund, warum Sie immer um diesen Artikel 10 herumeiern, obwohl das relativ klar ist, dass der natürlich betroffen ist. Als der erdacht wurde, hat man natürlich das alles noch nicht gedacht, aber die Zielrichtung geht da ganz klar hin. Deshalb meine Frage, es geht hier also um eine Grundrechtseinschränkung mehrerer Grundrechte bei diesem Gesetz. Und wenn man dann sieht, der Kollege Hahn hat darauf hingewiesen, dass dann reicht, dass solche Einschränkungen möglich sind, sonstige Erkenntnisse von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung, wenn die von einem der genannten Ministerien benannt sind, wo ist denn da überhaupt noch eine Grenze? Und wenn man dann sieht, in dem nächsten Absatz kommt: die Suchbegriffe müssen im Einklang mit den außen- und sicherheitspolitischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland stehen, wo ist denn da überhaupt noch eine Grenze? Ist nicht die Ermächtigung, hier Grundrechtseingriffe vorzunehmen, überhaupt nicht – wie das Bundesverfassungsgericht das verlangt – eingegrenzt, deutlich eingegrenzt auf das wirklich Notwendige, bspw. Terrorismus oder ähnlichem, sondern das geht hier ganz allgemein um außen- und sicherheitspolitische Interessen der Bundesrepublik Deutschland oder eben um außen- und sicherheitspolitische Bedeutung. Das kann doch wohl nicht wahr sein? Man kann doch nicht in Grundrechte eingreifen mit so allgemeinen Formeln, die hier sind. Deshalb meine Frage dazu, was müsste da rein, um eine wirkliche Beschränkung zu machen? Wir haben ja durchaus andere Gesetze, wo andere Kriterien sind, nicht nur beim BKA-Gesetz.

Dann habe ich die zweite Frage an Herrn Wolff. Ich muss Sie leider noch mal stören. Auch im Anschluss, was der Kollege Hahn gesagt hat, das sind ja hier zwei Gesetzeswerke, die eigentlich jeweils einer Anhörung bedurft hätten. Da geht es um erst mal sehr getrennte Materien, sehr getrennte Regelungen. Und ich frage mich, also beim PKGr-Gesetz gab es ja schon mal eine Gruppe, der auch



der Herr Binninger glaube ich damals angehörte, Ende 2013, als noch alles unter dem Eindruck der Veröffentlichung von Edward Snowden war, wo alle Parteien sich zusammengesetzt haben, wie können wir in Zukunft die Kontrolle besser regeln. Und da sind eine ganze Reihe von Vorschlägen gemacht worden, damals vom Kollegen Oppermann, auch von uns, auch von den Linken usw. Das ist völlig vergessen, jetzt haben die sich hingesetzt und haben alleine was gemacht. Da sind eine ganze Reihe von ganz schwierigen Fragen drin. Also für mich ist einer der Hauptmängel dieses Gremiums – und ich weiß nicht, fällt Ihnen dazu eine Lösung ein? – wie kann man es verhindern, der Herr Schindler hat ja zu Recht darauf hingewiesen, wir sind im PKGr völlig darauf angewiesen, was die Bundesregierung uns mitteilt, also welches Thema sie überhaupt anspricht. Andere Themen können wir nur ansprechen, wenn es in der Zeitung steht. Und da hat der Kollege Binninger ja dafür gesorgt, dass das jetzt auch im Gesetz steht. Also wenn es in der Zeitung steht, soll sich das Gremium auch damit beschäftigen, weil die Bundesregierung dann darüber berichtet. Aber was macht man gegen den Hauptfehler dieses Gremiums, wenn dort nicht die Wahrheit gesagt wird? Wenn dort nicht vollständig die Wahrheit gesagt wird? Welche Mittel gibt es dagegen? Es gibt keinerlei Sanktionen. Es gibt keine Verpflichtungen wie etwa im Untersuchungsausschuss, die Wahrheit zu sagen. Was schlagen Sie da vor, was könnte man machen, welche Konsequenzen wären denkbar? Wir haben in unseren Vorschlägen angedeutet, man könnte einmal das Recht ins Gesetz reinschreiben, das dann öffentlich zu machen, das zu skandalisieren in der Öffentlichkeit oder auch, dass dann dienstrechtliche Konsequenzen gezogen werden. Und dazu braucht man natürlich eine Voraussetzung, um festzustellen, ob die Wahrheit gesagt worden ist oder nicht, das festgehalten, was eigentlich gesagt wurde vor einem oder zwei oder fünf Jahren im Parlamentarischen Kontrollgremium. Das heißt, was halten Sie von diesem Vorschlag, Tonträger mitlaufen zu lassen, damit – rein interne Zwecke – damit man das überprüfen kann und wo man dann anschließend, wenn dort gegen die Wahrheitspflicht verstoßen worden ist, auch die Konsequenzen trägt. Ich weiß, der Auswärtige Ausschuss, der ja auch hin und wieder tagt, der nimmt bspw. auch geheime Sitzungen, auch wo der

BND berichtet, auch auf Tonträger auf und dann kann man nach zwei Jahren sich das noch mal anhören und sagen, ich habe das doch noch ganz anders in Erinnerung gehabt. Also die beiden Fragen hätte ich.

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Kollege Ströbele! Meine sehr geehrten Herren Sachverständige, Sie merken am kreativen Umgang mit der Zahl zwei, dass hier sehr viele Juristen im Ausschuss sitzen. Meine Hoffnung auf eine dritte Runde ruht jetzt auf Ihren kompakten Antworten und dazu gebe ich jetzt zunächst Herrn Professor Bäcker das Wort.

SV **Prof. Dr. Matthias Bäcker** (Karlsruher Institut für Technologie): Ja, ich glaube ich kann meine Antworten auf die Fragen von Herrn Hahn und Herrn Ströbele auch ganz gut zusammenfassen, weil die ja sehr nahe beieinander liegen. Ich denke, man muss schon eins einräumen, nämlich dass die verfassungsrechtliche Lage nicht so ganz klar ist, wenn man darauf abstellt, was das Bundesverfassungsgericht schon entschieden hat. Und das liegt an einem Versäumnis des Bundesverfassungsgerichts. Das Bundesverfassungsgericht ist in dem Verfahren, das 1999 entschieden wurde, auch mit der Verfassungsbeschwerde eines – wenn ich es richtig im Kopf habe – uruguayischen Staatsangehörigen konfrontiert gewesen, der in Uruguay gewohnt hat. Und es hat diese Verfassungsbeschwerde mit ziemlich origineller verfassungsprozessualer Begründung für unzulässig gehalten und dann nachher ausgeführt, so steht es ziemlich wörtlich drin, was mit Ausländern im Ausland sei, bedürfe keiner Entscheidung. Sie haben nicht gesagt, dass Ausländer im Ausland Freiwild sind, aber sie haben eben auch nicht gesagt, was mit ihnen ist. Da haben sie eine Lücke gelassen, in diese Lücke ist man reingegangen und ich finde das in gewisser Weise auch verständlich. Mir geht es überhaupt nicht darum, jetzt hier schmutzige Wäsche zu waschen und Verfassungsbruch vorzuwerfen und solche Dinge. Jede Behörde muss mit der gesetzlichen Lage, die sie vorfindet, umgehen. Sie haben die Möglichkeit, sie zu verbessern, und das führt mich dann zum Kern Ihrer Frage, nämlich den Eingriffsvoraussetzungen im § 6. Der Bundesnachrichtendienst darf Daten erheben, um Erkenntnisse von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung zu gewinnen. Das deckt sich wörtlich



mit der Aufgabenbeschreibung des Bundesnachrichtendienstes in § 1 Abs. 2 BND-Gesetz. Der Bundesnachrichtendienst sammelt Informationen zur Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland – und jetzt kommt's – die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik sind. Das heißt, der BND hat im Prinzip erst mal die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung in seinem gesamten Aufgabenbereich zur Verfügung. Vielleicht mit dem Vorbehalt der Erforderlichkeit, den man da noch reinlesen kann. Das entspricht einer Regelungstechnik, die wir im Polizeirecht kennen. Die Polizei darf personenbezogene Daten erheben, wenn das zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Im Polizeirecht ist es so, die Aufgabe ist die Gefahrenabwehr, die ist vielleicht doch etwas konkreter als die Sammlung von Erkenntnissen von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung. Ich habe mich nämlich gerade gefragt, was eigentlich keine Erkenntnisse von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung sind? Ich habe erst gedacht, sowas wie Fußballergebnisse im Ausland. Dann habe ich gedacht, naja gut, aber wenn da jetzt Anhaltspunkte für Korruption dahinterstecken bei ausländischen Fußballverbänden, möglicherweise sogar sich fortressen zur UEFA oder FIFA: Aber hallo, hat das außenpolitische Bedeutung. Das ist also gar nicht so einfach, sich da was vorzustellen, was nun wirklich unter keinen Umständen darunterfällt. Ganz kleine kommunale Vorfälle in Solihull bei Birmingham, ich weiß es nicht.

Das andere ist die Sache, dass eben im Polizeirecht die Erhebung von Informationen im Aufgabenbereich der Polizei geregelt wird für solche Fälle wie: die Polizei befragt jemanden. Nicht: die Polizei erhebt Telekommunikationsdaten von Millionen von Menschen, da haben wir ganz andere Voraussetzungen. Und ich habe es schon gesagt, man kann sicherlich für die strategische Fernmeldeüberwachung von den allgemeinen Voraussetzungen abweichen, aber diese Abweichung ist sehr groß. Was könnte man stattdessen machen? Das G10 definiert bestimmte Gefahrenbereiche, zu deren Aufklärung strategische Fernmeldeaufklärung zulässig ist. Manche von diesen Gefahrenbereichen sind auch ziemlich weit formuliert, wenn Sie sich das neue Beispiel Cybercrime, dass Sie letztes Jahr ins Gesetz

aufgenommen haben, anschauen, dann ist das schon eine ganze Menge, was darunterfällt.

Die Regelung hinsichtlich der EU-Bürgerinnen und -Bürger, bei Inhaltsdaten allerdings nur, nicht bei Verkehrsdaten, knüpft ja an die G10-Gefahrenbereiche an. Das ist sicherlich eine Regelungstechnik von der man ausgehen könnte, wenn man denn der Meinung ist, dass die Maßstäbe zur strategischen Überwachung generell noch halten. Meine diesbezüglichen Zweifel habe ich ja schon angedeutet. Vielen Dank!

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Professor Bäcker! Herr Dr. Graulich, bitte.

SV **Dr. Kurt Graulich** (Richter am Bundesverwaltungsgericht a. D.): Herr Vorsitzender, ich hatte erst die Frage von Herrn Binniger. Kann die Regelung ohne Verfassungsänderung so gefunden werden, wie sie jetzt vorgeschlagen ist oder wie verhält sich eigentlich dieses Unabhängige Gremium unter Verfassungsgesichtspunkten zu der G10-Kommission? Ich meine, der Gesetzentwurf ist mit der Schwierigkeit umgegangen, dass was ja hier alle Sachverständigen betont haben, wir eben den genauen grundrechtlichen Ausgangsort nicht kennen aus den Gründen, die jetzt immer wieder angeführt worden sind. Der Entwurf hat – wie ich finde – in konstruktiver Weise einen Vorschlag gemacht, wie der Gesetzgeber sozusagen einen Zwischenboden einziehen kann. Und zwar einen Zwischenboden der besteht aus Eingriffsbefugnissen, aber auch aus rechtlichen Versicherungen, d. h. also mit dieser ziemlich scharfen Abzirkelung von EU-Ausländern, von sozusagen dem Rest der Welt, in Führungszeichen. Die Abgrenzung gegenüber den Inländern ist nicht zu treffen gewesen, weil die ist bereits durch G10 vorgenommen. Also dadurch schafft er jedenfalls an der Stelle eine einfachgesetzliche Klarheit, wo wir ansonsten eben auf das interpretationsbedürftige Verfassungsrecht abheben. Das, meine ich, ist durchaus ein gangbarer Weg, der uns deutlich weiter bringt, als die Situation, die wir seither hatten. Die Frage, ob man jetzt dieses Gremium an ein Bundesgericht anbinden kann ohne Verfassungsänderung, also so wie der Gesetzentwurf das vorsieht, sehe ich da kein Problem, weil die nehmen ja praktisch die Sachkompetenz einiger Richter eines Bundesgerichts und transponieren sie auf dieses



Gremium. Sie müssen praktisch mit – wenn ich das als früherer Personalreferent ins Auge fasse – so mit einer Art von Nebentätigkeitsgenehmigung dann auf diese Aufgabe gesetzt werden. Ich hatte gesagt, richterdienstgesetzlich müsste dann noch der § 4 Abs. 2 geändert werden. Das sind aber alles leistbare Details, die sie alle in diesem Gesetzgebungsverfahren auch kriegen können. Das halte ich so für machbar. Das was der Kollege Bäcker mal so etwas flapsig gesagt hatte, man könnte auch das Bundesumweltamt bestimmen, also ganz so originell kann man natürlich nicht umgehen, weil es besteht immer die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Und gerade wenn man davon ausgeht, dass diese Richter jetzt als Verwaltungsgremium tätig werden, ich glaube nicht, dass man jetzt x-beliebige Behörden mit einer solchen Aufgabe betrauen kann. Aber diese Regelung, so originell sie ist, ist unterhalb der Verfassung möglich. Wenn man das nicht haben will, müsste man dann die andere Regelung wählen, die auch unterhalb der Verfassung leistbar wäre, man müsste nämlich die richterliche Kompetenz dieser Gerichte in Anspruch nehmen. Man müsste halt dann einfach regeln, dass, so wie das ja in den Landespolizeigesetzen schon zuhauf steht, für bestimmte Maßnahmen ein Richtervorbehalt geschaffen wird und dann fällt das normal in die Geschäftsverteilung des zuständigen Gerichts. Das Präsidium bestimmt dann noch, wer dafür zuständig ist usw. Das was Sie jetzt mit dieser Lösung machen, belässt dieses Gremium ein Stück mehr in der Politik. So, jetzt können Sie sich im Verhältnis von Regierung und Opposition darüber streiten, ob das nicht irgendwie eine Sache des gesamten Parlaments zu sein hätte und nicht nur der Regierung. Da halte ich mich raus, aber da ist sozusagen die Linie, die scheidet diese Lösung, die jetzt hier angedacht ist, von der anderen, die ich natürlich auch im Kopf hatte, wenn man das ganz zu einer normalen Gerichtsaufgabe machen würde, wo das dann in die Zuständigkeit eines Gerichtspräsidiums fiel zu bestimmen, wer dafür zuständig ist. Aber dann ist die Politik ein ganzes Stück draußen, aber machbar ist beides unterhalb der Verfassung.

Das was Herr Schuster an Frage formuliert hat. Wie verhält sich jetzt eigentlich die Artikel 10-Diskussion zu der Artikel 2 Abs. 1-Diskussion? Also ich führe da mal einen Zwischengedanken ein. Es wird ja mitunter das, was der

Bundesnachrichtendienstes hier macht, so als etwas angesehen wie ein größtes Hexenwerk. Ich weise mal auf eins hin. Wir unterscheiden im Sicherheitsrecht zwischen drei Eingriffsschwellen. Die Nachrichtendienste dürfen bei Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte tätig werden. Die Gefahrenabwehrbehörden bei einer konkreten Gefahr und die Strafverfolgungsbehörden bei Bestehen eines Anfangsverdachts. Das heißt also, die Eingriffsschwelle bei den Nachrichtendiensten ist bewusst die allerniedrigste. Das ist im deutschen Rechtsrahmen vertretbar, weil die ja auch nicht viel dürfen. Aufgrund des Trennungsgebotes ist das Wissen, was sie haben und was sie dann auftragsgemäß der Regierung weitergeben, eines hinter dem ja keine Schärfe steht. Es ist nicht exekutierbar. Deshalb sind auch jetzt die Eingriffe in Artikel 10 oder Artikel 2 Abs. 1, von denen wir reden, Eingriffe, die wesentlich schwächer wiegen, als wenn z. B. ein Strafgericht eine TKÜ anordnet. Da steckt eine ganz andere Effizienz dahinter, weil Vollstreckungsmaßnahmen oder Verurteilungen usw. vorliegen. Deshalb meine ich die Art, wie der Entwurf jetzt aus der Notlage heraus der fehlenden Zuschreibung durch das Bundesverfassungsgericht umgeht, ist eigentlich vertretbar. Ich habe etwas gemacht, was ich nicht aus dem Entwurf herausgenommen habe, ich habe nämlich einfach mal die Messlatte der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem April dieses Jahres genommen zum BKA-Gesetz, die das ja fast, also zu 80 %, aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ableiten, und da passt der Entwurf eigentlich sehr gut drunter. Also weil die auch sagen, so ein vergleichbares Gremium muss nicht unbedingt ein Gericht sein. Deshalb meine ich, der Entwurf fährt durch diese Strömungen oder Klippen eigentlich vertretbar durch, in dem er de facto sich jedenfalls innerhalb der Verhältnismäßigkeitsanforderungen verhält.

Die Frage, die Sie ja auch gestellt hatten: Wie verhält sich das zu internationalen Standards? Das ist natürlich ein enorm weites Feld, weil die Regelungen, die da getroffen sind, sehr unterschiedlich sind. Also ich würde mal sagen, so wie das Visier hier aufgeklappt wird, ist das eigentlich...also natürlich ist immer jede Turnhalle, die gerade fertig ist, die neueste Turnhalle der Welt, das ist völlig klar. Also ich glaube, das, wenn Sie das so zum Gesetz machen, ist jedenfalls sehr vorzeigbar.



Herr Lischka hatte die Frage, ist jetzt der Theorienstreit eigentlich zu Ende, wenn das Gesetz kommt. Ich kann natürlich, da ich ja hier unter lauter Juristen sitze, keinesfalls versprechen, dass der Streit zu Ende ist. Uns werden sicher wieder ergiebige Felder einfallen. Aber was der gute Herr Schindler auszuhalten hat mit seiner Weltraumtheorie, das habe ich ja schon vor einem Jahr nicht für den Knackpunkt gehalten. Das tauchte auf bei dieser Fernmeldesatellitenauflklärung, die jetzt in dem Fall, den der Untersuchungsausschuss behandelt hat, ja auch noch Gegenstand einer Kooperation war und die habe ich überhaupt nie für einen Fall gehalten, wo man diese Konstruktion gebraucht hätte, die lässt sich ganz anders klären. Und ich habe natürlich mit Interesse geguckt, wie Sie diese Kooperationsregelung da jetzt gesetzlich fassen. Das hat mir ausgesprochen gut gefallen, weil das im Grunde genommen das ist, was Generationen vor uns schon von Juristen in diese Memorandums of Understanding gesteckt worden ist. Das wird ja jetzt sozusagen aus dem Untergrund hervorgeholt und wird positiviert. Wie ich finde, auch in einer akzeptablen Weise. Bedarf für eine Weltraumtheorie sehe ich da jetzt nicht mehr, aber nun hat ja schon mein Kollege Bäcker aus dem Off der TU Karlsruhe schöpfend gesagt, in Zukunft würden noch ganz andere vorkommen, ok. Seien wir zufrieden, dass es noch Aufgaben gibt. Aber ich denke, dass das, was jetzt im Augenblick uns an Problemen hochgekommen ist, wird damit jedenfalls gut bewältigt.

Die letzte Frage Herr Lischka, die Sie gestellt haben: Wie passt jetzt dieses Gremium in die Kontrolllandschaft? Herr Schindler ist ja nun ein, früher hätte man wahrscheinlich in den 20er Jahren gesagt, Integrationist, also er hegt jetzt irgendwie so eine Sympathie dafür, diese Gremien zusammenzufassen. Ich meine, das ist nicht der Punkt, weil die leisten verschiedenes. Ich fasse ja auch nicht die TKÜ der Strafgerichtsbarkeit zusammen mit der TKÜ, soweit es die gibt in den Ländern, im Polizeirecht und die wiederum mit dem, was die Nachrichtendienste machen. Das ist nun mal eine differenzierte Landschaft. Da ist jetzt nur der reine Blick auf die Kontrolllandschaft nicht ausreichend. Er hat ja auch für sich eingeräumt, dass er den Dienst im Auge hatte, dass die nicht mit so viel verschiedenen Gremien konfrontiert werden. Aber gut, das lässt sich m. E. nicht

abwenden. Ich meine deshalb, das also zu sondern, dieses unabhängige Gremium von den beiden anderen, PKGr und G10, halte ich für absolut folgerichtig. Ich würde daran nichts ändern.

Die Frage der Detailausgestaltung, also Sie müssen das entscheiden und da ist ja der politische Sachverstand in dem Fall wirklich der überlegene. Also ich würde es nicht an den BGH anbinden, sondern ich würde es aus den bereits genannten Gründen ans Bundesverwaltungsgericht anbinden. Und ich meine, dass dann auch das Geschäftsstellenproblem ein kleines ist, weil die haben ja bereits diesen in-camera-Senat, sind also im Umgang mit hochvertraulichem Materialien bestens eingeübt. Da meine ich, sollte es möglich sein, eine Lösung zu finden. Zu der Frage, ob Sie jetzt lieber die Geschäftsstelle im Bundestag haben oder nicht, da halte ich mich jetzt mal raus, weil ich habe natürlich jetzt mehr den Blick auf die Frage, wo die handelnde Manpower sitzt und da, aus den bereits genannten Gründen, meine ich, man kann das mit der G10-Kommission nicht machen.

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Dr. Graulich! Herr Schindler, bitte.

SV **Gerhard Schindler** (Präsident des BND a. D.): Ja nur ganz kurz. Die Regelungsdichte, die beabsichtigt ist, die ist nach meinem Kenntnisstand einmalig in Europa und auf der Welt sowieso. Da kommen die Skandinavier nicht mit und auch die Niederländer kommen nicht mit. Insofern ist man hier Vorbild.

Die Frage von Herrn Dr. Hahn: Gibt es eine Wirksamkeitsanalyse? Die gibt es nach meinem Kenntnisstand weder in Deutschland noch anderswo. Das ist ja auch der Grund dafür, warum Roland Berger ja beauftragt worden ist, diese Wirksamkeitsanalyse für den Bundesnachrichtendienst zu erstellen.

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank Herr Schindler! Herr Töpfer, bitte.

SV **Eric Töpfer** (Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin): Zur Frage von Herrn Schuster, ob der Gesetzentwurf Maßstäbe setzt? Festzuhalten ist es erst mal glaube ich, dass relativ wenig Länder weltweit überhaupt über eine Regelung von strategischen Programmen verfügen, was vielleicht auch ein bisschen Ausdruck ist der



Fähigkeiten, die die Länder haben. Mein Eindruck ist, dass die Enthüllung von Snowden ja durchaus auch in anderen Ländern Bewegungen gebracht haben. Also PPD 28, in den Vereinigten Staaten zwar kein Gesetz, sondern eine Verfügung, ist hinsichtlich der Zwecke deutlich bestimmter als das, was jetzt in dem Gesetzentwurf steht. Ich sprach neulich mit Leuten aus dem britischen Außenministerium, die auf die Frage, ob die Investigatory Powers Bill, die da derzeit in der Verhandlung ist, gesondert was zur Frage extraterritorialer Überwachung macht. Da sagten die, da wird gar nicht differenziert, sondern da wird sozusagen ein Regularium grundsätzlich für die Maßnahmen des GCHQ bestimmt. Also insofern ist mein Eindruck einfach, in den Ländern, die in der Lage sind, solche Programme durchzuführen, haben die Snowden-Enthüllungen einfach Bewegung in die Diskussion gebracht und da ist Deutschland eben eins unter mehreren.

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Töpfer! Herr Dr. Wetzling, bitte.

SV **Dr. Thorsten Wetzling** (Stiftung Neue Verantwortung, Berlin): Ja vielen Dank! Ich würde da dem Herrn Töpfer zustimmen, dass man da auch ruhig in anderen Ländern noch ein bisschen suchen kann. Da haben die Norweger z. B. auch ein ganz interessantes System, das den Kontrolleuren die Direkteinsicht in die IT-Programme der Dienste gewährleistet mit natürlich einigen Ausnahmen. Sicherlich sind wir bei der Ausgestaltung des Gesetzes schon viel viel weiter, als wir vorher waren. Aber ich würde da jetzt nicht sagen, dass man da nichts findet, was man noch verbessern kann.

Zur Frage der Evaluation, Herr Dr. Hahn. Ich würde das gerne aus dem Kontext beantworten, woher wir kommen, wo wir jetzt stehen, denn eigentlich wurde über Jahre eine Infrastruktur geschaffen und die Kontrolllandschaft hat sich nicht wesentlich verändert. Wir wissen heute im Verlauf der Diskussion über die Gefahr der Fragmentierung der Kontrollstellen. Ich bin kein Jurist, aber ich weiß vom Trennungsgebot zwischen Nachrichtendiensten und Polizei. Vielleicht könnte man jetzt ein zweites Trennungsgebot zwischen Kontrollorganisationen noch in die Literatur mit einfügen, denn ich verstehe nicht, warum z. B. das Vertrauensgremium eine Aufgabe hat, die dann das Parlamentarische Kontrollgremium hat und warum

jetzt mit dem Unabhängigen Gremium noch jemand dazukommt, die dann auch alle relativ abstrakte Unterrichtungspflichten haben. Es interessiert mich als Politologen z. B. auch, wie wurde entschieden in solchen Gremien, nicht wie oft sind wir zusammengekommen, bringt mir eigentlich mehr an Informationsgewinn. Und ich denke, für die Evaluation ist es für die Legitimation des Dienstes sehr sehr wichtig, die Wirksamkeit auch mal nachzuweisen. Das müssten natürlich dann auch Techniker, wir hatten gehört von der hervorragenden IT-Kompetenz anderer Universitäten, aus solchen Institutionen müsste man dann das Wissen herziehen. Auch aus Geodatenunternehmen wissen wir, dass teilweise die Filter schon zu 98,99 Prozent vielleicht kreierte werden können. Das würde aber immer noch heißen, dass millionenfach Kommunikation durchrutscht. Ich denke, da hilft auch noch ein internationaler Austausch. Ich hatte auch das englische Pre-legislative scrutiny Verfahren, man kann von dem Bill in England halten, was man will, aber man weiß zumindest als Außenstehender, viele Wege wurden nachgezeichnet, da haben ganz viele Leute Stellungnahmen gegeben. Insofern hat sich ein Wissen angehäuft, was natürlich auch für solche Evaluationsfragen sehr wichtig ist. Danke!

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Dr. Wetzling! Und nun Herr Professor Wolff, bitte.

SV **Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff** (Universität Bayreuth): Die Frage, könnte ich die Aufgabe, die ich dem unabhängigen Gremium gebe, der G10-Kommission geben ohne Verfassungsänderung? Antwort: Ja! Sie können die G10-Kommission erweitern über die Befugnisse hinaus, die sie haben. Die Argumentation von Herrn Graulich widerspricht der gegenwärtigen Rechtslage. Sie haben gegenwärtig schon der G10-Kommission Aufgaben gegeben, die über Artikel 10 Abs. 2 GG hinausgehen. Herr Schindler hat den § 8a Bundesverfassungsschutzgesetz genannt, schauen Sie bitte in § 13 G10-Gesetz hinein, da sehen Sie das Pendant zum Artikel 10 Abs. 2 Grundgesetz. Der damalige Gesetzgeber von G10 war schon der Auffassung, der Kommission mehr zu geben, als es notwendig sein muss. Das geht sicher. Also Sie können sicher der G10-Kommission diese Aufgabe zuweisen. Es ist richtig, dass es die Meinung von



Herrn Graulich auch in der Literatur gibt, aber das ändert nichts daran, dass Sie schon mehrfach gemacht haben.

Könnten Sie die Aufgabe auch einem Gericht zuweisen? Antwort: Ja! Bräuchten Sie dafür eine Verfassungsänderung? Nein! Es geht beides ohne Verfassungsänderung.

Die Frage mit Artikel 19 Abs. 2 GG, ist es nur deklaratorisch, wenn ich das Grundrecht anführe bei der Zitierung? Ja! Artikel 19 Abs. 2 GG ist in gewisser Form deklaratorisch. Da gibt es ganz klare Entscheidungen vom Bundesverfassungsgericht. Wenn es formal ein Eingriff ist und es steht nicht im Gesetz drin, dass Sie sehen, dass es ein Eingriff ist, ist Ihr gesamtes Gesetz kaputt, nur wegen der fehlenden deklaratorischen Antwort. Könnten Sie das zitieren, ohne dazu Stellung zu nehmen, substantiell gewissermaßen? Eigentlich sind wir der Auffassung, Artikel 10 ist kein Eingriff. Wir haben aber Angst, dass das Verfassungsgericht es anders sieht. Deswegen möchten wir das Zitiergebot erfüllen und trotzdem unsere...ja klar können Sie es zur Frage der Gesetzesbegründung, das werden Sie ja gerade noch hinkriegen zusagen, wir haben gesehen, da ist ein Artikel 10, wir haben lauter Sachverständige, wir haben das alle gesagt, wir sehen das zwar anders, aber für den Fall sagen wir klar, dann wollen wir es auch mit Eingriffartikel sehen, das kriegen Sie sicher hin.

Die nächste Frage mit den zwei Gremien. Welchem Gremium Sie es geben, ist m. E. zweitrangig. Aber um Gottes willen geben Sie es einem Gremium.

Jetzt die peinlichen Fragen zum Kontrollgremium. Natürlich ist die Kontrollgremiumfrage, wie man es konzipiert, Sie wissen ja, dass ich bei der Konzeption 2009 beteiligt war, ich bin in der Tat der Meinung, dass der Legitimationsgrund, den das Gremium hat, die Vertraulichkeit des Gremiums ist, ich fühle mich da in Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht. Das hat mir noch kein anderer gesagt, dass es irdendeinen anderen Legitimationsstrang gibt. Wenn es so ist, dass der Legitimationsstrang die hohe Vertraulichkeit ist, dann leiden darunter die Oppositionsrechte. Und ich kann Ihnen keine vernünftige Konstruktion geben für das, was Sie vernünftigerweise wollen, nämlich die Oppositionsrechte im Kontrollgremium zu stärken. Das ist ein vernünftiges, naheliegendes, parlamentarischen

Grundsätzen entsprechendes Anliegen. Geht leider nicht, weil wenn Sie es durchsetzen, verringern Sie die Kontrollmöglichkeit des Kontrollgremiums. Das können Sie gerne machen. Das ist die Frage, was Ihnen wichtiger ist. Oppositionsrechte? Dann reduzieren Sie insgesamt die Untersuchungstiefe des Kontrollgremiums oder Sie nehmen das...ich würde Ihnen wirklich gerne was anderes sagen, wenn ich was anderes wüsste.

Die Frage von Herrn Ströbele, wenn Sie belogen werden, also das wäre schon ein hartes Ding. Also wenn die Parlamentarier im Kontrollgremium belogen werden, also ich war da ja noch nie und ich will da jetzt auch nicht rein. Sie brauchen mich nicht einzuladen.

Also jetzt nehmen wir mal, aber es fällt mir schwer, hypothetisch an, es könnte sein, dass ein deutscher Beamter die Parlamentarier im Parlamentarischen Kontrollgremium anlügt, also das ist unglaublich. Also nehmen wir es nun mal an, dann haben Sie natürlich immer noch die Möglichkeit, durch diese Berichterstattung in Ihrem jährlichen Bericht, in dem ja nun ausdrücklich drinsteht, dass Sie Stellung nehmen müssen zur Frage, ob bei besonderen...das ist ja damals reingekommen 2009, immerhin das ist ein kleiner Schutz. Wenn der Schutz nicht ausreicht und dann streitet man sich darüber, was ist gefallen, dann halte ich in der Tat, obwohl es mir sehr weh tut, die Möglichkeit für sinnvoll, dass Sie über die gegenwärtigen Ansätze der Protokollierung eine vorsichtige andere Protokollierung einfügen, das halte ich für denkbar.

BE Abg. **Clemens Binniger** (CDU/CSU): Das haben wir schon.

SV **Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff** (Universität Bayreuth): Ja ich weiß, Sie haben so eine Art von Protokollierung. Er will ja aber mehr.

BE Abg. **Clemens Binniger** (CDU/CSU): Wir haben ja auch die Tonbandaufzeichnung auf Antrag, wenn ein Regierungsmitglied etwas sagt. Das haben wir heute schon in der Geschäftsordnung. Unsere Debatte nicht, aber die Beiträge, um die ging es ja. Entschuldigung, nur dass hier kein Missverständnis im Raum bleibt, als Vorsitzender des Gremiums. Wir haben heute schon die Möglichkeit, da haben wir ja unsere Geschäftsordnung auch entsprechend gestaltet, dass auf Antrag eines Mitglieds der Wortbeitrag eines Regierungsmitglieds auf Tonband



festgehalten wird. Was nicht geht, sind unsere Debatten, aber darum ging es ja gerade auch nicht.

SV Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff (Universität Bayreuth): Ich freue mich, dass ich die Regel, die existiert, immerhin für denkbar halte. Gut, vielen Dank!

Vors. **Ansgar Heveling** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Professor Wolff für Ihre Antwort. Wir haben 16.05 Uhr. Wir haben viele Fragen, unterschiedlich akzentuierte Antworten bekommen, viele Informationen für die weiteren Beratungen. Ich darf mich sehr herzlich bei den Herren Sachverständigen bedanken für die umfanglichen Auskünfte, die Sie erteilt haben und darf die Sitzung nun schließen und wünsche einen weiterhin guten Tag.

Schluss der Sitzung: 16:05 Uhr



Rheinische
Friedrich-Wilhelms-
Universität Bonn

Rechts- und
Staatswissenschaftliche
Fakultät

Deutscher Bundestag
Innenausschuss

Prof. Dr. Klaus F. Gärditz
Lehrstuhl für Öffentliches Recht

Postanschrift:
Adenauerallee 24-42
53113 Bonn
Tel.: 0228/73-9176
Email: gaerditz@jura.uni-bonn.de

8. September 2016

Gesetzentwürfe zur Reform des Nachrichtendienstrechts:
Gesetz zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes
und
Gesetz zur weiteren Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste
des Bundes

Anhörung des Innenausschusses am 26. September 2016

Inhalt

I. Hintergrund	2
II. Gesetz zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes	3
I. Hintergrund der Neuregelung und Regelungskonzept	3
II. Zitiergebot	4
III. Verfassungskonformität der Neuregelung.....	4
1. Strategische Fernmeldeüberwachung	4

2. Differenzierung nach Inlandsbezug.....	6
IV. Einzelregelungen	8
1. Die Befugnis zur strategischen Auslandsaufklärung	8
2. Datenverarbeitung.....	12
3. Verpflichtung der TK-Dienstleister.....	12
4. Verfahren.....	13
5. Kernbereichsschutz.....	14
6. Kooperationsrecht.....	14
7. Kontrolle durch das Unabhängige Gremium.....	19
III. Gesetz zur Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes	21
1. Allgemeines.....	22
2. Ständiger Bevollmächtigter.....	23
3. Whistleblower.....	24
4. Fachaufsicht.....	25
IV. Allgemeine Bewertung	25

I. Hintergrund

Vorliegend stehen zwei parallel eingebrachte Gesetzentwürfe zur Beratung. Der erste betrifft die Fernmeldeaufklärung durch den BND im Ausland („Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes“¹), der zweite die Kontrolle der Nachrichtendienste insgesamt („Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes“²). Beide Gesetzentwürfe sind regelungstechnisch voneinander unabhängig, aber thematisch verbunden:

Die Reform der parlamentarischen Kontrolleebene ändert an den Befugnissen der Nachrichtendienste nichts, betrifft dafür aber alle drei Nachrichtendienste (BfV, BND, MAD). Die substantielle Fortschreibung des BNDG betrifft demgegenüber in erster Linie die nachrichtendienstlichen Befugnisse (sowie lediglich akzessorisch die Kontrolle) und beschränkt sich auf den BND als Auslandsnachrichtendienst. Ungeachtet dessen stehen die Gesetzentwürfe insoweit in einem thematischen Zusammenhang, als beide Reformvorhaben Reaktionen auf die Vorkommnisse und Erkenntnisse der letzten Jahre markieren, die die Arbeit vor allem des BND und des BfV – genau besehen: aus ganz unterschiedlichen Gründen – in

¹ Gesetzentwurf v. 5. 7. 2016 der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 18/9041.

² Gesetzentwurf v. 5. 7. 2016 der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 18/9040.

der politischen Öffentlichkeit dem Säurebad herber Kritik ausgesetzt haben. Nicht zuletzt die Parlamentarischen Untersuchungsausschüsse in Sachen NSA³ und NSU⁴ haben den Anstoß für eine grundsätzliche Reform gegeben. Der BND stand und steht vor allem wegen seiner von § 5 G 10 nicht gedeckten, insoweit gesetzlich nicht geregelten Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung sowie die Kooperationen mit der NSA in der Kritik,⁵ weshalb die vorliegende Novelle des BNDG darauf abzielt, die bisherigen Praktiken partiell gesetzlich zu regeln und damit rechtsstaatlich beherrschbarer als bislang zu halten. Die breiter angelegte Reform der parlamentarischen Kontrolle reagiert demgegenüber auf ein allgemeines Misstrauen der politischen Öffentlichkeit in die Effektivität der bisherigen Kontrollmechanismen gegenüber den Nachrichtendiensten und verfolgt – positiv gewendet – das Regelungsziel, nachhaltig die parlamentarische Kontrolle zu verbessern.

II. Gesetz zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes

Das Gesetz zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes fügt einen neuen Abschnitt in das BNDG ein (§§ 6-18 BNDG-E), der Voraussetzungen, Verfahren und Kontrolle der reinen Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND sachbereichsspezifisch regelt. Ergänzend wird ein institutionelles Kooperationsrecht des BND mit ausländischen Nachrichtendiensten etabliert (§§ 26-30 BNDG-E).

1. Hintergrund der Neuregelung und Regelungskonzept

Die Regelungen des G 10, die ebenfalls den BND zur strategischen Fernmeldeüberwachung ermächtigen, bleiben hierbei unberührt.⁶ Die nach § 5 Abs. 1 G 10 mögliche Überwachung internationaler Telekommunikationsbeziehungen erfasst nach herkömmlichen Verständnis nur solche Verbindungen, bei denen ein Endpunkt im Bundesgebiet liegt,⁷ nicht hingegen reine Ausland-Ausland-Kontakte. Bislang stützte der BND die von ihm ungeachtet dessen praktisch durchgeführte reine Auslandsüberwachung, bei der beide Endpunkte der Verbindung im Ausland liegen, auf die allgemeine Aufgabennorm des § 1 Abs. 2 BNDG.⁸ Künftig soll dieses Überwachungsfeld durch konkrete Befugnisse unterfüttert werden (§§ 6-18 BNDG-E). Selbst wenn man der Auffassung sein sollte, dass der Einsatz nachrichtendienstlicher Überwachung im Ausland gegenüber Ausländern an Art. 10 GG zu messen sei und daher über eine Aufgabenzuweisung (§ 1 Abs. 2 BNDG) hinaus auch eine Befugnis voraussetze, schafft der vorliegende Gesetzentwurf jedenfalls eine tragfähige Ermächtigungsgrundlage. Insoweit wird der juristische Bewer-

³ Antrag der Fraktionen CDU/CSU, SPD, DIE LINKE. und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN v. 18. 3. 2014: Einsetzung eines Untersuchungsausschusses, BT-Drs. 18/843.

⁴ Antrag der Fraktionen CDU/CSU, SPD, DIE LINKE. und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN v. 14. 10. 2015: Einsetzung des 3. Untersuchungsausschusses, BT-Drs. 18/6330.

⁵ Siehe hierzu vor allem die Stellungnahmen der Sachverständigen vor dem NSA-Untersuchungsausschuss: *Bäcker*, Erhebung, Bevorratung und Übermittlung von Telekommunikationsdaten durch die Nachrichtendienste des Bundes - Stellungnahme v. 16. 5. 2014 zur Anhörung des NSA-Untersuchungsausschusses, S. 22; *Papier*, Gutachtliche Stellungnahme v. 16. 5. 2014: Beweisbeschluss SV-2 des ersten Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages der 18. Wahlperiode, S. 7; ferner andeutungsweise *Hoffmann-Riem*, Stellungnahme v. 22. 5. 2014 zur Anhörung des NSA-Untersuchungsausschusses, S. 11 f.

⁶ BT-Drs. 18/9041, S. 22.

⁷ BT-Drs. 14/5655, S. 18; 17/9640; S. 6; *Huber*, NJW 2013, 2572 (2573); *Papier*, NVwZ-Extra 15/2016, 1 (2).

⁸ BT-Drs. 17/9640, S. 6, 10; kritisch *Bäcker*, K & R 2014, 556 (559 f.); *Huber*, NJW 2013, 2572 (2575); affirmativ demgegenüber *Gärditz*, Die Verwaltung 48 (2015), 463 ff.

tungsstreit, der maßgeblich durch sachverständige Stellungnahmen im NSA-Untersuchungsausschuss angestoßen wurde,⁹ elegant auf die demokratisch vorzugswürdige Weise erledigt: durch politische Entscheidung des parlamentarischen Gesetzgebers, welche Befugnisse dem BND im Ausland zustehen sollen.

2. Zitiergebot

Ein latentes Problem wird hierdurch allerdings nicht beseitigt: Sollte man – anders als hier – in Bezug auf die §§ 6 ff. BNDG-E einen Eingriff in Art. 10 GG bejahen, würde nach allgemeinen Grundsätzen¹⁰ das Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG) greifen, was schon bisher der Abstützung der Auslandsüberwachung auf § 1 Abs. 2 BNDG entgegengehalten wurde.¹¹ Der Gesetzentwurf geht offenbar – in der Sache zutreffend – davon aus, dass die §§ 6 ff. BNDG-E nicht an Art. 10 GG zu messen sind. Dies ist konsequent, aber riskant: Sollte sich in einem möglichen Rechtsstreit, der vorprogrammiert ist, die Gegenauffassung durchsetzen, könnte das austarierte und differenzierte Gesetz immer noch am formalen Zitiergebot scheitern.¹² Es sollte daher erwogen werden, vorsorglich auch eine Zitierklausel einzufügen, mit der keine Folgen für den Inhalt der Regelungen verbunden wären, die aber die Tragfähigkeit der Neuregelung abstützen könnte. Eine Festlegung auf eine bestimmte Rechtauffassung zur Anwendbarkeit von Art. 10 GG wäre hiermit nicht verbunden. Eine Zitierung nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG ist kein Glaubensbekenntnis, sondern macht nur sichtbar, dass Grundrechtseingriffsfolgen mitbedacht wurden (Warn- und Bedenkfunktion¹³). Eine Zitierung ist gemessen hieran auch dann zulässig und sinnvoll, wenn über die Eröffnung des Schutzbereichs aus rechtlichen Gründen Unklarheit besteht, der Gesetzgeber aber sein Regelungskonzept auch unter der Bedingung aufrechterhalten will, dass die Maßnahmen später als Eingriffe in einen konkreten Schutzbereich (hier des Art. 10 Abs. 1 GG) qualifiziert werden.

3. Verfassungskonformität der Neuregelung

Insgesamt erweist sich der novellierte Regelungsansatz zur Auslandsaufklärung als verfassungskonform. Im Einzelnen ist Folgendes anzumerken:

a) Strategische Fernmeldeüberwachung

Die §§ 6 ff. BNDG-E betreffen die strategische Fernmeldeüberwachung in Bezug auf Ausland-Ausland-Verbindungen. Abgesehen davon, dass hier beide Endpunkte der Verbindung im Ausland sein müssen, entsprechen die Regelungen in ihrer Eingriffsintensität, in ihrer prozeduralen Struktur und in ihren Eingriffsanforderungen durchweg der strategischen Fernmeldeüberwachung nach den §§ 5 ff. G 10. Letztere hat aber das BVerfG in den Grenzen, die das heute geltende Recht beachtet, als solche für verfassungskonform erachtet.¹⁴ Die §§ 6 ff. BNDG-E bieten keinen Anlass, dies anders zu bewerten. Unterstellt man, dass es auch hierbei um Grundrechtseingriffe geht, haben diese zwar einerseits ein hohes Gewicht,

⁹ Siehe oben Fußn. 5.

¹⁰ Vgl. BVerfGE 113, 348 (366); 120, 274 (343).

¹¹ Bäcker, K & R 2014, S. 556 (560).

¹² Vgl. bereits die zielsichere Kritik bei Huber, ZRP 2016, 162 (163).

¹³ Siehe BVerfGE 85, 386 (403 f.); 113, 348 (366); 120, 274 (343); 129, 208 (236 f.); Jarass, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG, 14. Aufl. (2016), Art. 19 Rn. 3.

¹⁴ BVerfGE 100, 313 ff.

weil es um eine flächendeckende und (bezogen auf Betroffene) anlasslose Überwachung von Auslandsverbindungen innerhalb eines TK-Netzes geht. Andererseits wird aber auch hier die Eingriffsintensität wiederum relativiert, weil sich die Eingriffe auf eine strategische Aufklärung beschränken, die sich nicht gegen Individuen richtet. Zwar hat das BVerfG in seiner Entscheidung zum BKAG unterstrichen, dass heimliche Überwachungsmaßnahmen, sofern sie tief in die Privatsphäre eingreifen, mit der Verfassung nur vereinbar seien, wenn sie dem Schutz oder der Bewehrung von hinreichend gewichtigen Rechtsgütern dienen, für deren Gefährdung oder Verletzung im Einzelfall belastbare – sprich: individuelle Zurechenbarkeit begründende – tatsächliche Anhaltspunkte bestehen.¹⁵ Das Gericht hat dies aber von vornherein auf Maßnahmen der Straftatenverhütung und Strafverfolgung bezogen, die sich gegen individuelle Betroffene richten,¹⁶ nicht aber auf heimliche Vorfeldmaßnahmen strategischer Art, die durch Nachrichtendienste durchgeführt werden. Zudem hat es klargestellt, dass für weniger tief in die Privatsphäre eingreifende Maßnahmen die verfassungsrechtlich zulässigen Gestaltungsmöglichkeiten zur Straftatenverhütung von vornherein weiter reichen.¹⁷ Wie dargelegt ist die Eingriffsintensität der Maßnahmen nach § 6 BNDG-E dadurch deutlich reduziert, dass die heimliche Überwachung nach abstrakten Suchkriterien erfolgt, um allgemeine strategische Aufklärungsziele (§ 6 Abs. 1 BNDG-E) zu erreichen, sich aber nicht gegen einzelne Betroffene richtet. Auch eine Verwertung erlangter Erkenntnisse über die strategische Information der Bundesregierung in außen- und sicherheitspolitischer Hinsicht ist eng begrenzt. Die verfahrensrechtlichen Sicherungen, die auch präventiv dem prozeduralen Grundrechtsschutz dienen, sind durch ein gestuftes Anordnungsverfahren sowie die begleitende Kontrolle seitens des Unabhängigen Gremiums qualitativ hochwertig ausgebaut. Daher ist die Neuregelung insgesamt als verhältnismäßig zu bewerten.

Ein besonderer *Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Personen* (vgl. § 3b G 10) ist im Rahmen der §§ 6 ff. BNDG-E ebenfalls nicht notwendig, weil es sich (wie bei den §§ 5 ff. G 10) um eine strategische Kontrolle handelt, die nicht einzelne Individuen adressiert. Namentlich bedarf es – anders als teils gefordert – auch keiner besonderen Vorkehrungen zum Schutz der Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG), weil die Aufklärungsthemen des § 6 Abs. 1 BNDG-E von vornherein keine pressgrundrechtlich geschützten Aktivitäten tangieren und etwaige Zufallsfunde mangels strategischer Relevanz sofort zu löschen wären (§ 5 Abs. 1 BNDG [künftig: § 20 Abs. 1 BNDG] i. V. mit § 12 Abs. 2 BVerfSchG).

Vor diesem Hintergrund ist die Regelung inhaltlich als verfassungskonform zu bewerten. Dies gilt erst recht, wenn man die strategische Ausland-Ausland-Überwachung – wie hier¹⁸ – schon nicht als Grundrechtseingriff bewertet oder im Ausland jenseits konkreter Individualeingriffslagen lediglich die objektive Schutzpflichtdimension von Art. 10 GG eingreifen ließe, die dem Gesetzgeber allgemein weite Gestaltungsspielräume belässt.

¹⁵ BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, NJW 2016, 1781, Rn. 104.

¹⁶ BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, NJW 2016, 1781, Rn. 107 ff.

¹⁷ BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, NJW 2016, 1781, Rn. 104.

¹⁸ Gärditz, Die Verwaltung 48 (2015), 463 ff.

b) Differenzierung nach Inlandsbezug

§ 6 Abs. 4 BNDG-E nimmt allerdings Deutsche, inländische juristische Personen und sich im Inland aufhaltende Personen von der Überwachung aus, beschränkt also über Suchbegriffe anzusteuernde legitime Ziele auf Ausländer im Ausland. Verfassungsrechtlich ließe sich die gefundene Lösung allenfalls dann angreifen, wenn man Art. 10 GG auch im Ausland für uneingeschränkt auf Ausländer anwendbar hält¹⁹ und aus der allgemeinen Anwendbarkeit auch einheitliche Schutzstandards ableiten wollte.²⁰ In diesem Fall wären Differenzierungen zwischen In- und Ausländern auch im Ausland verdächtig.²¹ Überzeugend ist dies allerdings nicht. Selbst wenn man davon ausginge, dass Art. 10 GG unabhängig davon anwendbar ist, wo und zwischen wem die überwachte Kommunikationsverbindung besteht, bedeutet dies nicht, dass die gesetzliche Ausgestaltung von Eingriffsregelungen nicht zwischen In- und Auslandssachverhalten bzw. In- und Ausländern differenzieren dürfe.²² Die Frage, welche Eingriffe verhältnismäßig sind, richtet sich immer nach den jeweiligen Kontexten und Regelungszielen, die aber im In- und Ausland jeweils unterschiedlich ausfallen können.²³

aa) Territoriale Besonderheiten

Namentlich *Sonderregelungen für die Telekommunikationsüberwachung im Ausland* durch den BND sind schon deshalb sachlich zu rechtfertigen, weil diese Regelungen dem besonderen, gesetzlich eingeschränkten Aufgabenprofil des BND als Auslandsnachrichtendienst folgen.²⁴ Korrespondierend gründet die Errichtung des BND verfassungsrechtlich auf der Bundeskompetenz für die auswärtigen Angelegenheiten aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG (i. V. mit Art. 87 Abs. 3 GG),²⁵ deren spezifischer Kompetenzgehalt aber von vornherein die Aufgabenübertragung auf den BND begrenzt. So geht das BVerfG davon aus, dass „die dem Bund insoweit zugewiesenen Kompetenzen durch die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen [...] geprägt“ würden; dieser funktional abgesteckte Kompetenzrahmen berechtige „den Gesetzgeber nicht, dem Bundesnachrichtendienst allein deshalb, weil es sich um Fälle mit Auslandsbezug handelt, Befugnisse einzuräumen, die auf die Verhütung, Verhinderung oder Verfolgung von Taten als solche gerichtet sind [...]. Vielmehr müssen Regelungen, damit sie auf die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG gestützt werden können, in einen Regelungs- und Verwendungszusammenhang

¹⁹ Es ist unbestritten, dass Art. 10 GG unabhängig von der Staatsangehörigkeit schützt. Siehe *Bäcker*, K & R 2014, 556 (559); *Durner*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Stand: 2016, Art. 10 Rn. 186; *Gärditz*, Die Verwaltung 48 (2015), 463 (479); *Huber*, NJW 2013, 2572 (2574); *Müller-Terpitz*, Jura 2000, 296 (302); *Pagenkopf*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2014), Art. 10 Rn. 11; *Rehbein*, Die Verwertbarkeit von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen aus dem In- und Ausland im deutschen Strafprozess, 2011, S. 308.

²⁰ So die wohl hM, zuletzt *Papier*, NVwZ-Extra 15/2016, 1 (3 ff.).

²¹ So *Huber*, ZRP 2016, 162 (164); in diese Richtung auch *Payandeh*, DVBl 2016, 1073 (1076 f.).

²² Allgemein BVerfGE 92, 26 (41 f.).

²³ BVerfGE 92, 26 (41 ff.); *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, Bd. I, 3. Aufl. (2013) Art. 1 III Rn. 45; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Stand: 2016, Art. 1 Abs. 3 Rn. 72; *Kahl*, in: BK-GG, Stand: 2016, Art. 1 Abs. 3 Rn. 224 ff.; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 1229; *Thym*, DÖV 2010, S. 621 (629).

²⁴ *Payandeh*, DVBl 2016, 1073 (1076).

²⁵ BVerfGE 100, 313 (371 f.); 133, 277 (319); BR-Drs. 618/88, S. 183; BT-Drs. 11/4306, S. 70; BT-Drs. 14/7386, S. 37; BT-Drs. 16/2921, S. 12; *Bäcker*, DÖV 2011, S. 840 (842); *Gärditz*, Die Verwaltung 48 (2015), 463 (486); *Grüpl*, Die Nachrichtendienste im Regelwerk der deutschen Sicherheitsverwaltung, 1993, S. 69 ff.; *Haedje*, Das neue Nachrichtendienstrecht für die Bundesrepublik Deutschland, 1998, S. 213; *Roever*, Nachrichtendienstrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1987, § 1 PKKG Rn. 14; *Tannenberger*, Die Sicherheitsverfassung, 2014, S. 283; *Weisser*, Die Entwicklung des Bundesnachrichtendienstes, 2014, S. 104 ff.; *Zöller*, Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten, 2002, S. 306.

eingebettet sein, der auf die Auslandsaufklärung bezogen ist und der politischen Information der Bundesregierung dient“.²⁶ Dieses besondere Aufklärungsziel hebt sich – ungeachtet der Gemeinsamkeiten in Bezug auf nachrichtendienstliche Methoden und der praktischen Konvergenzen von innerer und äußerer Sicherheit – deutlich von den kompetenzrechtlich anders fundierten Aufträgen des Bundesamtes für Verfassungsschutz (Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 lit. b GG) bzw. des Militärischen Abschirmdienstes (Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 i. V. mit 87a GG: „Verteidigung“)²⁷ und erst recht von denen der Gefahrenabwehrbehörden des Bundes und der Länder ab. Schon insoweit wird also ein besonderer Differenzierungsbedarf bei der Ausland-Fernmeldeaufklärung präformiert, die auf den besonderen Auftrag des BND zugeschnitten sein muss. Sowohl die bisherigen als auch die künftigen Regelungen tragen dem Rechnung und ermächtigen allein zu einer strategischen Überwachung.²⁸

bb) Personale Besonderheiten

Ist es insoweit verfassungsrechtlich unproblematisch, dass die Bestimmungen der §§ 6 ff. BNDG-E, den Besonderheiten eines Auslandsnachrichtendienstes folgend, Ausland-Fernmeldeüberwachungen *territorial* und *funktional* abweichend von der Inlandsüberwachung nach §§ 3, 5 G 10 regeln, stellt sich die Frage, ob auch die *personale* Differenzierung trägt. So werden nach § 6 Abs. 1 BNDG-E ausdrücklich nur Auslandsverbindungen von Ausländern erfasst. Diese Differenzierung ist aber gerechtfertigt,²⁹ weil gegenüber eigenen Staatsangehörigen im Ausland eine staatliche Sonderverantwortlichkeit besteht. Eigene Staatsangehörige sind über die Personalhoheit weiterhin exklusiven Pflichtenbindungen des Heimatstaates unterworfen und diesem insoweit unabhängig von ihrem Aufenthaltsort „ausgeliefert“. Korrespondierend bestehen qualifizierte Schutzpflichten für eigene Staatsangehörige auch im Ausland, eine verfassungsrechtlich ausdifferenzierte Sonderbeziehung zum Mutterstaat (vgl. Art. 11, 16 Abs. 1 GG)³⁰ sowie eine vom Aufenthaltsort unabhängige Verantwortlichkeit für die Bedingungen grundrechtlicher Freiheitsentfaltung, soweit diese durch deutsche Hoheitsgewalt berührt werden. Auch wenn die Rechtsordnung in zahlreichen Lebensbereichen personale durch territoriale Zugehörigkeitsverhältnisse ersetzt hat, also – zumal verfassungsrechtliche induziert³¹ – im Regelfall nicht zwischen Deutschen und Ausländern, sondern nach dem Wohnsitz differenziert und auch für in Deutschland lebende Ausländer eine qualifizierte Schutzverantwortung übernimmt,³² stellt dies die Verfassungskonformität der Differenzierung nicht in Frage. Denn da es sich um eine strategische Aufklärung handelt, die gerade nicht individualisiert werden darf, ist es schlechthin nicht praktikabel, bei der Zielfindung über Suchbegriffe über § 6 Abs. 4 BNDG-E hinaus zusätzlich mögliche Inlandsbindungen von Ausländern zu berücksichtigen. Im Ergebnis ist daher die Differenzierung als verfassungskonform zu bewerten.

²⁶ BVerfGE 133, 277 (319).

²⁷ BVerfGE 133, 277 (319); BT-Drs. 17/6925, S. 10; Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2014), Art. 73 Rn. 6; Baldus, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 5. Aufl. (2010), Art. 87a Rn. 16; Gärditz, Strafprozeß und Prävention, 2003, S. 374; Gusy, DVBl 1993, 1117 (1120).

²⁸ BT-Drs. 18/9041, S. 1.

²⁹ Das BVerfG hat die Frage der Grundrechtsbindung in dieser Konstellation mangels Entscheidungserheblichkeit in seiner Entscheidung zur strategischen Fernmeldeüberwachung durch den BND ausdrücklich offen gelassen. Siehe BVerfGE 100, 313 (364).

³⁰ BVerfGE 113, 273 (294 ff.).

³¹ Vgl. BVerfGE 111, 160 (171 ff.); 111, 176 (185 f.); 130, 240 (253 ff.); 132, 72 (81 ff.).

³² Farahat, Progressive Inklusion, 2013, S. 141 ff.; Gärditz, VVDStRL 72 (2013), 49 (60-88).

cc) Strategisch relevante Ausland-Ausland-Verbindungen Deutscher?

Eine andere – vom Gesetzesentwurf gerade nicht aufgeworfene – Frage wäre es, ob – unter Beachtung des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG – auch Ausland-Ausland-Verbindungen von Deutschen unterschiedslos in die strategische Überwachung miteinbezogen werden dürften. Dass es hierfür einen potentiellen Bedarf geben könnte, zeigt bereits das Zerfließen von Zugehörigkeiten in asymmetrischen Konflikten³³ sowie – konkreter – die Beteiligung einer strategisch relevanten Zahl Deutscher an Kampfhandlungen in Syrien und im Irak. Angesichts der von § 6 Abs. 1 BNDG-E erfassten Bedrohungsszenarien wäre jedenfalls im Kern auch insoweit eine – gemessen an Art. 10 GG – verhältnismäßige Ausgestaltung der strategischen Ausland-Fernmeldeüberwachung denkbar. Dies kann jedoch dahinstehen, weil der Deutsche Bundestag jedenfalls *nicht verpflichtet* ist, alle denkbaren Eingriffsoptionen zu nutzen, und sich vorliegend aus – wie dargelegt – vertretbaren Gründen für eine Differenzierung entschieden hat.

IV. Einzelregelungen

Zu den Einzelregelungen ist – soweit angezeigt – wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Die Befugnis zur strategischen Auslandsaufklärung

Herzstück der Novelle des BNDG ist die – bislang unregelte – strategische Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung. Der Bundesnachrichtendienst darf nach § 6 Abs. 1 Satz 1 BNDG-E zur Erfüllung seiner Aufgaben vom Inland aus mit technischen Mitteln Informationen einschließlich personenbezogener Daten aus Telekommunikationsnetzen, über die Telekommunikation von Ausländern im Ausland erfolgt (Telekommunikationsnetze), erheben und verarbeiten (Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung), wenn diese Daten erforderlich sind, um

1. frühzeitig Gefahren für die innere oder äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland erkennen und diesen begegnen zu können,
2. die Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland zu wahren oder
3. 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, dem Bundesministerium des Innern, dem Bundesministerium der Verteidigung, dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie und dem Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung bestimmt werden.

Die Datenerhebung erfolgt anhand spezifischer Suchbegriffe (§ 6 Abs. 2 BNDG-E) und darf nach § 6 Abs. 1 Satz 2 BNDG-E nur aus denjenigen Telekommunikationsnetzen erfolgen, die das Bundeskanzleramt zuvor durch Anordnung (§ 9 BNDG-E) bestimmt hat. Die Regulationsstruktur orientiert sich hierbei an der strategischen Fernmeldeüberwachung nach §§ 5, 9, 10 G 10.

³³ Vgl. *Münkler*, Kriegssplitter: Die Evolution der Gewalt im 20. und 21. Jahrhundert, 2015, S. 317 ff.

a) Allgemeines

Dass die Aufklärungsziele hierbei teils sehr vage bleiben (vgl. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2-3 BNDG-E), ist schlicht eine Konsequenz des außenpolitisch-strategischen Aufklärungsauftrags, der sich neben der nachrichtendienstlichen Vorfeldaufklärung von Sicherheitsrisiken vor allem darauf richtet, die Bundesregierung informiert und handlungsfähig zu halten. Hierbei geht es gerade nicht darum, Ermittlungen gegen einzelne Personen zu führen, weshalb es auch für die strategische Auslandsaufklärung auf die tradierten rechtsstaatlichen Eingriffsschwellen, die auf individueller Zurechnung gründen (Verdacht, konkrete Gefahr), nicht ankommt. Rechtsstaatliche Barrieren sind indes dort notwendig, wo strategisch erhobene Daten zu anderen Zwecken als der außenpolitischen Willensbildung übermittelt und verwertet werden sollen.³⁴

Der Verzicht auf einen Einsatz der strategischen Überwachung zur Wirtschaftsspionage (§ 6 Abs. 5 BNDG-E) ist insoweit konsequent, als es sich bei einer Informationsbeschaffung zugunsten privater Unternehmen ohnehin nicht um eine Aufklärungstätigkeit handeln würde, die auftragsgemäß (§ 1 Abs. 2 BNDG) im Rahmen der kompetenzbegründenden auswärtigen Angelegenheiten (Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG) der Information der Bundesregierung dient, außen- und sicherheitspolitische Entscheidungen zu treffen. Soweit unternehmensbezogene Informationen notwendig sind, außenpolitische Entscheidungen der Bundesregierung informiert zu treffen (und nicht lediglich einzelnen Unternehmen Wettbewerbsvorteile zu verschaffen), bleibt aber die Zuständigkeit des BND von § 6 Abs. 5 BNDG-E auch weiterhin unberührt.

b) Überwachung „vom Inland aus“ und „vom Ausland aus“

Der BND wird durch § 6 Abs. 1 BNDG-E ausdrücklich nur zur Überwachung „vom Inland aus“ ermächtigt. Für die Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung *vom Ausland aus* greift künftig die Regelung des § 7 BNDG-E. Es kann außen- oder sicherheitspolitisch notwendig sein, dass der BND als Auslandsnachrichtendienst zur Informationsbeschaffung auch im Ausland tätig wird, also etwa Telekommunikationsknoten auf fremden Territorium anzapft. Da es auch kardinal sicherheitsrelevante Informationen von strategischer Bedeutung gibt, die nicht über deutsche Telekommunikationsnetze zu erlangen sind, bleibt die Zulassung einer reinen Auslandsaufklärung – auch im Vergleich mit den Aktionsräumen ausländischer Nachrichtendienste – unverzichtbar.³⁵

§ 7 Abs. 1 BNDG-E erklärt insoweit die Bestimmung des § 6 BNDG-E im Wesentlichen für entsprechend anwendbar, überträgt also die dortigen Restriktionen auch auf Einsätze im Ausland. Zwar bezieht sich § 7 BNDG-E nur auf die Verarbeitung und die Nutzung der Daten, nicht explizit auf die Erhebung. Aus der Systematik ergibt sich aber – ungeachtet der undeutlichen Terminologie –, dass Nutzung die inländische Verwertung betrifft. Die Verarbeitung schließt dann – soll ein selbstständiger Anwendungs-

³⁴ Vgl. allgemein BVerfGE 133, 277 (329); BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, NJW 2016, 1781, Rn. 320.

³⁵ Ungeregelt bleibt die *individuelle* – gezielte – Fernmeldeüberwachung im Ausland. § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 3 G 10 kommt nicht zur Anwendung, weil sich aus § 3 Abs. 1a G 10 im Umkehrschluss ergibt, dass sich die Fernmeldeüberwachung durch den BND auf inländische Maßnahmen beschränkt. Erachtet man heimliche Auslandsüberwachungen mangels grundrechtlicher Abwehrlage nicht als Eingriff in Art. 10 GG, bleibt es dabei, dass solche Maßnahmen weiterhin auf der Grundlage der Aufgabenorm des § 1 Abs. 2 BNDG zulässig bleiben. Hierfür *Gärdtitz*, Die Verwaltung 48 (2015), 463 (472 ff., 486 ff.).

bereich verbleiben – alle vorgelagerten Vorgänge einschließlich der Erhebung implizit ein, weil eine Erhebung, die nicht zur Gewinnung von Daten führen soll, die danach wenigstens verarbeitet (ausgewertet) werden, von vornherein nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig wäre. Daher ist § 7 Abs. 1 BNDG-E richtigerweise so zu lesen, dass auch eine Datenerhebung im Ausland nur zulässig ist, wenn die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3-6 BNDG-E hinsichtlich der späteren Verwertung von Anfang an vorliegen.

Ob eine Gleichstellung von Inlands- und Auslandsaufklärung rechtsstaatlich – namentlich im Hinblick auf die Grundrechtsbindung (Art. 1 Abs. 3 GG) – wirklich erforderlich ist, mag man bezweifeln, da der BND im Ausland niemanden hoheitlich in Anspruch nehmen kann, sondern wie ein Privater (i. d. Regel unter dem Risiko der Strafverfolgung eingesetzter Mitarbeiter) operieren muss.³⁶ Richtigerweise sind solche nachrichtendienstlichen Tätigkeiten im Ausland schon deshalb nicht gemäß Art. 1 Abs. 3 GG an den Grundrechten zu messen, weil der BND hier zwar im öffentlichen Auftrag tätig wird, aber nicht in der Lage ist, Hoheitsrechte („öffentliche Gewalt“) auszuüben, an die Grundrechtsbindung funktional anschließt.³⁷ Daher ließen sich bislang solche reinen Auslandsaufklärungen auch auf die allgemeine Aufgabennorm (§ 1 Abs. 2 BNDG) stützen.³⁸ Ungeachtet dessen ist rechtspolitisch die durch § 7 BNDG-E erfolgende Parallelschaltung gut vertretbar. Zudem hat eine ausdrückliche und konkrete Regelung den Vorzug, dass sich die oft unter erheblichen Risiken (nämlich nach Ortsrecht illegal) arbeitenden Auslandsmitarbeiter und Auslandsmitarbeiterinnen des BND zumindest auf die Legalität ihres Handelns nach deutschem Recht verlassen können.

Der wesentliche Unterschied zwischen einer strategischen Ausland-Fernmeldeüberwachung vom Inland und vom Ausland aus, der durch die selektive Verweisung in § 7 Abs. 1 auf § 6 BNDG-E bewirkt wird, besteht darin, dass es einer besonderen Anordnung des Bundeskanzleramtes nicht bedarf und eine enge Bindung an Suchbegriffe fortfällt. Dies erscheint sachgerecht, weil der Einsatz von Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen im Ausland – allein aufgrund des Entdeckungsrisikos – eine höhere operative Flexibilität erfordert.

c) Erhöhte innereuropäische Eingriffsschwellen

§ 6 Abs. 3 BNDG-E gibt höhere Eingriffsschwellen vor, wenn Suchbegriffe der gezielten Erfassung von Einrichtungen der EU, ihrer Mitgliedstaaten oder von Unionsbürgerinnen und -bürger zu dienen bestimmt sind. Diese Regelung stellt eine vernünftige Balance zwischen außenpolitischen Aufklärungsinteressen einerseits und gegenseitiger Loyalität in einer Integrationsgemeinschaft andererseits her. Auch im EU-Ausland können Informationen vorhanden sein, die von kardinaler außenpolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind, die aber nicht automatisch von den EU-Partnern mit deutschen Nachrichtendiensten geteilt werden. Die hohe Hürde einer Gefahr nach § 5 Abs. 1 Satz 3 G 10, auf den § 6 Abs. 3 Satz 1 BNDG-E Bezug nimmt, stellt sicher, dass der Zugriff auf Einrichtungen der EU oder ihrer Mitgliedstaaten auf ganz besondere, seltene Ausnahmefälle begrenzt bleibt. Die Möglichkeit einer Überwachung bleibt aber unbeschadet dessen sinnvoll. Dies gilt erst recht für Gefahren im Sinne des § 3

³⁶ Gärditz, Die Verwaltung 48 (2015), 463 (475).

³⁷ Gärditz, Die Verwaltung 48 (2015), 463 (472 ff.).

³⁸ Gärditz, Die Verwaltung 48 (2015), 463 (486 ff.).

Abs. 1 G 10, auf den § 6 Abs. 3 Satz 2 BNDG-E Bezug nimmt und die von Personen mit Unionsbürgerschaft ausgehen (z. B. von „home grown terrorists“).

Soweit § 6 Abs. 3 BNDG-E Unionsbürgerinnen und -bürger³⁹ hierdurch gegenüber anderen Ausländern *privilegiert*, begegnet dies weder verfassungs- noch unionsrechtlichen Bedenken. Die Regelung trägt lediglich einem qualifizierten personalen Schutzbedarf Rechnung, der daraus erwächst, dass die Unionsbürgerschaft ein spezifisches Zugehörigkeitsverhältnis zur EU begründet, das in allen Mitgliedstaaten zu einem qualifizierten Sonderstatus (vgl. Art. 20 AEUV) führt.⁴⁰ Die Differenzierung ist daher nach Art. 3 Abs. 1 GG gerechtfertigt. Dass Unionsbürgerinnen und -bürger gegenüber deutschen Staatsangehörigen im Ausland, zu deren Überwachung § 6 BNDG nicht ermächtigt, wiederum *benachteiligt* werden, verletzt auch nicht das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV). Denn dieses gilt nur im Anwendungsbereich des Unionsrechts,⁴¹ das aber nachrichtendienstliche Aufklärung schon kompetenzrechtlich nicht erfasst.

d) Konkretisierende Dienstvorschrift

Nach § 6 Abs. 7 BNDG-E sind die näheren organisatorischen und technischen Einzelheiten in einer Dienstvorschrift festzulegen, die der Zustimmung des Bundeskanzleramtes bedarf und dem Parlamentarischen Kontrollgremium anzuzeigen ist. Eine allgemeine Regelung durch VwV führt ggf. nach Art. 3 Abs. 1 GG zu einer Selbstbindung,⁴² worauf sich – insbesondere hinsichtlich grundrechtsrelevanter Praktiken – auch Betroffene berufen könnten. Dass der Dienstvorschrift darüber hinaus begrenzte normkonkretisierende Außenwirkung zukommen soll,⁴³ ist nicht anzunehmen. Die Zustimmung des Kanzleramtes als Fachaufsichtsbehörde entspricht keinem qualifizierten Erlassverfahren und die geregelten Gegenstände beruhen nicht auf spezifischem (nicht reproduzierbarem) Sachverstand. Dienstvorschriften (sprich: Verwaltungsvorschriften) sind allgemein Ausdruck der Weisungsbefugnis der Vorgesetzten (§ 62 Abs. 1 Satz 2 BBG), sodass eine entsprechende Ermächtigung eigentlich funktionslos wäre. Die Regelung dient daher nicht der Ermächtigung, sondern letztlich der Transparenz,⁴⁴ weil sie verlangt, dass die Einzelheiten der Durchführung *vorab* und *abstrakt-generell* festzulegen sowie *interne Kontrollroutinen* einzurichten sind. Dies kann auch dazu beitragen, den Defiziten einer strukturellen Parzellierung des Wissens, durch die oft auch Vorgesetzte über operative Details nicht hinreichend informiert sind und interne Kontrolle erschwert werden,⁴⁵ durch klare Regeln der Verantwortlichkeit entgegenzuwirken. Insoweit ist die Regelung zu begrüßen.

³⁹ Auch Deutsche sind Unionsbürgerinnen bzw. -bürger, sind aber nach Sinn und Zweck nicht gemeint.

⁴⁰ Vgl. beispielsweise EuGH, Urt. v. 20. 9. 2001, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 31; Urt. v. 17. 9. 2002, C-413/99 (Baumbast und R), Slg. 2002, I-7091, Rn. 82; Urt. v. 2. 10. 2003, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613, Rn. 22; Urt. v. 19. 10. 2004, C-200/02 (Zhu und Chen), Slg. 2004, I-9925, Rn. 25; Urt. v. 12. 9. 2006, Rs. C-145/04 („Gibraltar“), Slg. 2006, I-7917, Rn. 74; Urt. v. 2. 3. 2010, C-135/08 (Rottmann), 2010 I-1449, Rn. 43; Urt. v. 8. 3. 2011, Rs. C-34/09 (Zambrano), Slg. 2011 I-1177, Rn. 41; Urt. v. 21. 7. 2011, Rs. C-503/09 (Stewart), Slg. 2011 I-6497, Rn. 80-

⁴¹ Zur Abgrenzung i. E. *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. (2016), Art. 18 AEUV Rn. 15 ff.

⁴² Allgemein *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 24 Rn. 21 ff.

⁴³ Im Rahmen der besonderen Verwaltungsvorschriften nach § 48 BImSchG wurde dies bekanntlich angenommen. Siehe nur BVerwGE 110, 216 (218); 114, 342 (344 f.); *Jarass*, BImSchG, 11. Aufl. (2015), § 48 Rn. 42 ff., m. w. Nachw.

⁴⁴ Jedenfalls gegenüber den Kontrollinstanzen. Gegenüber der Öffentlichkeit dürfte eine solche Dienstvorschrift, die auch Details der technischen Durchführung und damit Ansätze enthält, Überwachung zu vermeiden, geheimhaltungsbedürftig sein.

⁴⁵ *Gusy*, VerwArch 106 (2015), 437 (444 f.).

2. Datenverarbeitung

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des BVerfG,⁴⁶ dass die Weiterverwendung von Daten nur für Zwecke verfassungsmäßig ist, die auch als Rechtfertigung ausgereicht hätten, die Daten zielgerichtet zu erheben („hypothetischer Ersatzeingriff“),⁴⁷ was letztlich Umgehungen der gesetzlichen Erhebungsvoraussetzungen verhindern soll.⁴⁸ Zudem sind zur Gewährleistung dieser Anforderungen verfahrensrechtliche Sicherungen wie Kennzeichnungs-, Löschungs- und Protokollierungspflichten notwendig sind.⁴⁹ Unterstellt man, die nach § 6 BNDG-E durchgeführten Maßnahmen greifen in Art. 10 GG ein, trägt der Gesetzentwurf jedenfalls diesen Anforderungen Rechnung. Die Verarbeitung der erhobenen Daten wird in § 10 BNDG-E geregelt. Vorgesehen sind eine Kennzeichnungspflicht (§ 10 Abs. 1 BNDG-E), differenzierte Löschungspflichten (§ 10 Abs. 2-5 BNDG-E) und Protokollierungspflichten betreffend die Löschung (§ 10 Abs. 6 BNDG-E). Die grundsätzliche Mitteilungspflicht an den Betroffenen nach § 10 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 BNDG-E dient dem prozeduralen Grundrechtsschutz⁵⁰ sowie der Ermöglichung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG)⁵¹ und entspricht damit – wie andere Regelungen (etwa § 12 G 10, § 8b Abs. 7 BVerfSchG, § 22a Abs. 4 BPolG, § 20w BKAG) – den allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen⁵². Im Übrigen bleiben die allgemeinen Regelungen der Datenverwendung nach §§ 4, 9, 10 BNDG, die modifizierend auf das BVerfSchG verweisen (vgl. dort die Übermittlungsschranken der §§ 19, 20, 23 BVerfSchG⁵³), abgesehen von einer Neunummerierung (künftig: §§ 19, 24, 31 BNDG) unberührt. Dass die striktere Übermittlungsregelung des § 7 G 10 vorliegend nicht zur Anwendung kommt, ist aufgrund der dargestellten Differenzen hinsichtlich des Inlandsbezugs im Rahmen der strategischen Aufklärung nach § 5 G 10 einerseits und § 6 BNDG-E andererseits verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

3. Verpflichtung der TK-Dienstleister

Um Zugriff auf innerdeutsche Telekommunikationsnetze zu erhalten (§ 6 Abs. 1 BNDG-E), enthält § 8 BNDG-E eine Regelung, geschäftsmäßige Anbieter von Telekommunikationsdiensten zu verpflichten. Vorbild für diese Regelung ist die Ermächtigung zu Auskunftsanordnungen nach §§ 8a, 8b BVerfSchG. § 8 Abs. 2-3 BNDG-E enthält Regelungen betreffend die Sicherheitsüberprüfung der beim jeweiligen Unternehmen mit der Durchführung betrauten Mitarbeiter. Die Regelung des § 8 BNDG-E ist unverzichtbar, weil der BND ohne Mitwirkung der Netzbetreiber praktisch keinen funktionsadäquaten Überwachungszugriff herstellen könnte.

⁴⁶ Zuletzt *BVerfGE* 133, 277 (324).

⁴⁷ *BVerfGE* 100, 313 (360, 389); 109, 279 (375f.); 110, 33 (73); 133, 277 (324).

⁴⁸ *BVerfGE* 133, 277 (324).

⁴⁹ *BVerfGE* 65, 1 (46); 113, 29 (58); 124, 43 (70); 133, 277 (324).

⁵⁰ *BVerfGE* 100, 313 (361); 109, 279 (363 f.).

⁵¹ *BVerfGE* 100, 313 (364); 120, 351 (361); 125, 260 (335); *Kornblum*, Rechtsschutz gegen nachrichtendienstliche Aktivitäten, 2011, S. 122 ff.

⁵² Siehe *BVerfGE* 109, 267 (363 f.); 133, 277 (369).

⁵³ Zur Frage, ob diese Regelungen ihrerseits den Anforderungen des BVerfG genügen oder zu präzisieren sind, siehe *Bäcker/Giesler/Harms/Hirsch/Kaller/Wolff*, Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetzgebung in Deutschland, 2013, S. 202-207; *Bock*, in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, § 19 BVerfSchG Rn. 14.

Gerade aus diesem Grund sollte jedoch sichergestellt werden, dass eine Verpflichtung im Konfliktfall auch durchgesetzt werden kann. Zu der parallel strukturierten Verpflichtungsregelung des § 8a BVerfSchG (ggf. i. V. mit § 2a BNDG) wird jedoch vertreten, dass die jeweilige Verpflichtung nicht durchsetzbar und das VwVG nicht anwendbar sei.⁵⁴ Begründet wird dies mit dem Trennungsgebot (§ 2 Abs. 3 BNDG bzw. § 8 Abs. 3 BVerfSchG), das nach einer verbreiteten Lesart den Nachrichtendiensten nicht nur klassischen polizeilichen Zwang (Durchsuchung, Beschlagnahme, Gewahrsam usw.) vorenthält, sondern jedwede Befugnis, außenwirksame Verwaltungsakte zu erlassen, verschließen soll.⁵⁵ Dies ist in der Sache zwar nicht überzeugend und geht an der historisch erklärbaren Regelungsfunktion des Trennungsgebots vorbei, entspricht aber der herkömmlichen Auffassung, die absehbar auch der Auslegung der hier in Rede stehenden Norm zugrunde gelegt werden wird. Auch wenn adressierte Unternehmen bislang – im Rahmen der §§ 8a, 8b BVerfSchG – reibungslos kooperiert haben und ihren Verpflichtungen nachgekommen sind, ist nicht auszuschließen, dass es künftig zu Konflikten kommt, namentlich sich ein Anbieter von Telekommunikationsdiensten mit Blick auf die derzeit eher geringe Popularität der Überwachungsmaßnahmen des BND weigert, die notwendigen Mitwirkungshandlungen vorzunehmen.⁵⁶ Daher sollte die Vollzugsfrage sinnvollerweise gesetzlich geregelt/klargestellt werden. Dies kann sinnvollerweise dadurch geschehen, dass das Bundeskanzleramt, für das als bloße Fachaufsichtsbehörde des BND die Regelung des § 2 Abs. 3 BNDG ohnehin nicht gilt, Verpflichtungen aus § 8 BNDG-E durch Verwaltungsakt festsetzen (und folglich nach VwVG auch durchsetzen) kann.⁵⁷ Alternativ käme – wie im Rahmen der vergleichbaren Verpflichtungen nach (durch Art. 2 Nr. 2 des vorliegenden Gesetzes ohnehin angepassten) § 114 TKG – eine Durchsetzung der Pflicht nach § 8 BNDG-E durch die BNetzA nach § 115 TKG in Betracht.

4. Verfahren

Die Beteiligung der Bundeskanzleramtes, das die Überwachung anordnet (§ 6 Abs. 1 Satz 2 BNDG-E), und der Behördenleitervorbehalt für die Antragstellung (§ 9 Abs. 1 Satz 1 BNDG-E) entsprechen einem etablierten Modell (vgl. § 8b BVerfSchG, §§ 9, 10 Abs. 1 G 10), das der prozeduralen Sicherung der Rechtmäßigkeit dient⁵⁸ und die politische Verantwortung durch Hochzoning erhöht⁵⁹. Wer Vertreterin oder Vertreter der Behördenleitung ist, richtet sich grundsätzlich nach den internen Regelungen über die

⁵⁴ BT-Drs. 14/7386, S. 39; *Droste*, Handbuch des Verfassungsschutzrechts, 2007, S. 233; *Mallmann*, in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, § 8a BVerfSchG Rn. 3; *Schwabenbauer*, Heimliche Grundrechtseingriffe, 2013, S. 27; *Siems*, in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, § 4a MADG Rn. 14. Anders *Fremuth*, AöR 139 (2014), 32 (55 f.), der in § 8a BVerfSchG eine nicht nachrichtendienstliche Regel sieht, die aus dem Regelungssystem des BVerfSchG ausbreche.

⁵⁵ *Borgs-Maciejwieski*, in: ders./Ebert (Hrsg.), Das Recht der Gemeindienste, 1986, § 3 BVerfSchG Rn. 137; *Droste*, Handbuch des Verfassungsschutzrechts, 2007, S. 294; *Poscher/Rusteberg*, KJ 2014, 57 (28).

⁵⁶ So ist nicht von vornherein auszuschließen, dass irgendwann einmal auch Zugriff auf das Netz eines der zahlreichen kommunalen Anbieter von Telekommunikationsdiensten benötigt wird, hier aber die Kooperation viel leichter politisiert werden kann.

⁵⁷ Am einfachsten wäre eine Ergänzung des § 9 Abs. 1 BNDG-E durch einen klarstellenden Satz 3: „Die Anordnung ergeht gegenüber den nach § 8 verpflichteten Unternehmen durch Verwaltungsakt nach § 35 Verwaltungsverfahrensgesetz und ist zuzustellen.“ Zugleich könnte dies zum Anlass genommen werden, auch eine Klarstellung in die §§ 8a, 8b BVerfSchG einzufügen.

⁵⁸ Vgl. allgemein *Hufeld*, Die Vertretung der Behörde, 2003, S. 346; *Tegtmeyer/Vable*, Polizeigesetz NRW, 10. Aufl. (2011), § 15a Rn. 12.

⁵⁹ *Huber*, ZRP 2016, 162 (164); allgemein *Albers*, Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001, S. 309; *Bäcker*, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 154.

behördliche Organisation und Geschäftsverteilung.⁶⁰ Nach Sinn und Zweck der Regelung ist aber davon auszugehen, dass es sich um eine Beamtin oder einen Beamten in herausgehobener Funktion handeln muss, damit qualifizierte Verantwortung für die Recht- und Zweckmäßigkeit einer Anordnung übernommen werden kann.

5. Kernbereichsschutz

§ 11 BNDG-E enthält die übliche – aufgrund der Rechtsprechung des BVerfG gebotene⁶¹ – Generalklausel, wonach Eingriffe, die allein auf Erkenntnisse zielen, die den Kernbereich persönlicher Lebensgestaltung⁶² betreffen, unzulässig sind und Daten, die erlangt werden und diesen Bereich betreffen, nicht verwertet dürfen, sondern protokolliert gelöscht werden müssen. Dies bedeutet, dass bei der Auswahl der Suchparameter bereits dem Kernbereichsschutz, der die Unantastbarkeit der Menschenwürde spiegelt (Art. 1 Abs. 1 GG), Rechnung zu tragen ist. Da sich „Zufallstreffer“ insoweit nicht ausschließen lassen, sind Verwertungsverbot und Löschungspflicht konsequent; dass die Prüfung, ob ein entsprechender Sachverhalt betroffen ist, bereits die Kenntnisnahme durch eine mit der Sichtung betraute Person einschließen wird, ist unvermeidbar und im Interesse des prozeduralen Menschenwürdeschutzes aufgrund des hohen Ranges der durch den Eingriff zu schützenden Rechtsgüter hinzunehmen.⁶³ Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die rein strategischen Aufklärungsziele nach § 6 Abs. 1 Satz 1 BNDG-E eine Berührung des Kernbereichs persönlicher Lebensgestaltung zwar nicht ausschließen, aber doch sehr unwahrscheinlich machen. Die schlanke und generalklauselartige Regelungsgestaltung ist insoweit verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

6. Kooperationsrecht

Ein Novum stellen die §§ 13-15 BNDG-E und die §§ 26-30 BNDG-E dar. Dieser Regelungskomplexe normieren Vorgaben für die internationale Kooperation der Nachrichtendienste und hegen Kooperationen institutionell ein. Die §§ 13 ff. BNDG-E betreffend spezifisch die Kooperation im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung. Wesentliches Instrument der Zusammenarbeit sind beidseitige Absichtserklärungen, deren Mindestinhalte und legitimen Kooperationsziele § 13 Abs. 3 BNDG-E vorschreibt. Die §§ 26 ff. BNDG-E betreffen ganz allgemein die fallübergreifende – institutionelle – internationale Kooperation durch den BND mit ausländischen Nachrichtendiensten. Der Bundesnachrichtendienst kann nach § 26 Abs. 1 BNDG-E 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 jeweilige Datei muss sich auf bestimmte Gefahrenlagen oder bestimmte Personenkreise beziehen und

⁶⁰ Siehe etwa BVerwG, Beschl. v. 16. 3. 2010 - 2 B 3/10, Rn. 9; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 21. 2. 2013 - G 81 D 2.10, Rn. 44 (juris); VG Berlin, Urt. v. 23.05.2013 - 1 K 194.11, Rn. 24 (juris).

⁶¹ BVerfGE 109, 279 (280f., 325ff.); 113, 248 (389 ff.); 120, 274 (335 ff.); 129, 208 (245 ff.); 130, 1 (2).

⁶² Zur Struktur vertiefend *Barrot*, Der Kernbereich privater Lebensgestaltung: Zugleich ein Beitrag zum dogmatischen Verständnis des Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, 2012; *Dammann*, Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung: Zum Menschenwürde- und Wesensgehaltsschutz im Bereich der Freiheitsgrundrechte, 2011; *Reichert*, Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung in den Polizeigesetzen des Bundes und der Länder, 2015; *Warntjen*, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung, 2007.

⁶³ Vgl. BVerfGE 113, 348 (392).

wird durch § 26 Abs. 2 BNDG-E an rechtsstaatlich vergleichbare Schutzstandards gebunden. Eine Zusammenarbeit ist hiernach nur zulässig, wenn dies von erheblichem außen- und sicherheitspolitischem Interesse für die Bundesrepublik Deutschland ist (1.), in den teilnehmenden Staaten die Einhaltung grundlegender rechtsstaatlicher Prinzipien gewährleistet ist (Nr. 2) und sichergestellt ist, dass das Prinzip der Gegenseitigkeit gewahrt wird (Nr. 3). Die Bedingungen der Kooperation sind nach § 26 Abs. 4 BNDG-E ebenfalls in verbindlichen Absichtserklärungen vorab zu fixieren. Die §§ 27 ff. BNDG-E enthalten Vorgaben zur Sicherung der – verfassungsrechtlich gebotenen⁶⁴ – Zweckbindung der erhobenen Daten und zur verfahrensrechtlichen Sicherung des Umgangs mit Dateien. Die hierbei etablierte hohe Kooperationsschwelle ist schon deshalb plausibel, weil es nicht um einen – schon bislang möglichen (§ 9 Abs. 2 BNDG i. V. mit § 19 Abs. 3 BVerfSchG)⁶⁵ – einzelfallbezogenen Austausch, sondern um eine *institutionelle Kooperation* geht, bei der ausländische Nachrichtendienste fließend und dauerhaft in Informationsaustausch eingebunden werden. Schon angesichts der sehr unterschiedlichen Datenschutzkonzepte und rechtsstaatlichen Sicherungen bedarf ein solcher Datenaustausch einer rechtsstaatlich tragbaren Einhegung.

a) Allgemeine Bewertung

Die Bestimmungen tragen dem Umstand Rechnung, dass eine wirksame und vertrauensvolle Zusammenarbeit mit ausländischen Nachrichtendiensten für die öffentliche Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland unerlässlich ist. Dies gilt zumal in einer außen- und sicherheitspolitisch krisenbelasteten Zeit sowie angesichts der geografischen Lage eines Landes, dessen Handlungsfähigkeit auch von der räumlichen wie sozialen Nähe zu zahlreichen Konfliktherden der Welt geprägt wird, zu denen andere – mit Blick auf die USA: unvergleichbar ressourcenstärkere – Nachrichtendienste teils besseren informationellen bzw. quellenbezogenen Zugang haben. Indem der Gesetzentwurf dies anerkennt, hebt er sich positiv von den gängigen Polemiken in der öffentlichen Diskussion der jüngeren Zeit ab, die nachrichtendienstliche Kooperation – zumal mit dem Vereinigten Königreich und den USA – unter Generalverdacht stellen wollen. Zugleich anerkennt der Entwurf den Bedarf nach rechtsstaatlicher Einhegung, nicht zuletzt um zu verhindern, dass verfahrensrechtliche und materielle Sicherungen nach deutschem Recht dadurch unterlaufen werden, dass bestimmte, rechtlich heikle Operationen nachrichtendienstlicher Aufklärung kurzerhand ausländischen Diensten überantwortet werden.⁶⁶ Gerade weil eine Kooperation mit ausländischen Diensten dazu führt, dass sich das gesamte Eingriffsszenario nicht mehr von deutscher Seite beherrschen und demokratisch verantworten lässt, gebieten die betroffenen Grundrechte hier hohe präventive Schutzstandards.⁶⁷

Die durch „Absichtserklärungen“ (sprich: verbindliche Verwaltungsvereinbarung) zu fixierenden Anforderungen des § 13 Abs. 3 BNDG-E versuchen erstmals – und insoweit auch mit rechtsvergleichender

⁶⁴ BVerfGE 65, 1 (46); 115, 320 (350); 118, 168 (187); 120, 378 (408); 130, 151 (202).

⁶⁵ Siehe daneben ergänzend die truppenstatutrechtliche Ergänzungsklausel nach § 19 Abs. 2 BVerfSchG, die auch einen Austausch mit ausländischen Nachrichtendiensten erfasst, jedenfalls soweit diese zum Schutz stationierter Truppen eingesetzt werden, Vgl. *Wolf*, JZ 2013, 1039 (1045).

⁶⁶ Insoweit sieht § 14 Abs. 3 BNDG-E als sachgerechte Sicherung vor, dass im Rahmen einer internationalen Kooperation von Nachrichtendiensten bei der Fernmeldeüberwachung die Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung nur durch den BND selbst erfolgen darf. Dies verhindert, dass sich der BND der Bindungen, die sich aus deutschem Recht (namentlich § 7 BNDG-E) ergeben, durch ein Outsourcing der Durchführung der Überwachung entzieht.

⁶⁷ Siehe differenziert *Marauhn*, VVDStRL 74 (2015), 373 (377 ff.).

Leitbildfunktion für Reformoptionen in anderen Staaten – eine gesetzliche Konturierung dauerhafter Kooperationsbeziehungen zu erreichen. Hierbei ist die Absichtserklärung, die als Ausdruck prozeduralen Schutzes⁶⁸ durch das Kanzleramt (nach Partnerdienst und Verantwortlichkeit gestuft) zu genehmigen ist (§ 13 Abs. 4, § 26 Abs. 3 BNDG-E⁶⁹), eine geeignete Form, die dem Umstand Rechnung trägt, dass die Modalitäten der Zusammenarbeit flexibel gehalten, primär durch die beteiligten Dienste ausgehandelt und geheim gehalten werden müssen, sich also formal publizierte Verwaltungsabkommen zwischen Regierungen (vgl. auch Art. 59 Abs. 2 Satz 2 GG) hierfür nicht eignen. Zugleich schließt das Gesetz eine – mit Recht beklagte⁷⁰ – Lücke, die das Gesetz zum besseren Informationsaustausch bei der Bekämpfung des internationalen Terrorismus⁷¹ hinterlassen hat, das mit den §§ 22b, 22c BVerfSchG eine institutionelle Kooperation mit ausländischen Nachrichtendiensten bislang kaum aufgabenadäquat allein dem BfV vorbehalten hat.

b) Gemeinsame Dateien mit ausländischen Nachrichtendiensten

Soweit der Gesetzentwurf es zulässt, dass gemeinsame Dateien mit ausländischen Nachrichtendiensten geführt werden (§§ 26 ff. BNDG-E), enthält die Regelung mit Recht detailliert ausdifferenzierte Anforderungen an institutionelle Kooperationen, die die rechtsstaatliche Beherrschbarkeit sicherstellen.

Auch bei Dateien, die gemeinsam mit ausländischen Nachrichtendiensten geführt werden, sind die Anforderungen zu beachten, die das BVerfG in seiner Entscheidung zur gemeinsamen Anti-Terrordatei⁷² aufgestellt hat. Für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eines Informationsaustauschs zwischen verschiedenen Behörden komme es – so das BVerfG – „insbesondere auf die Vergleichbarkeit der verschiedenen Informationszusammenhänge an. Je verschiedenartiger Aufgaben, Befugnisse und Art der Aufgabenwahrnehmung sind, desto größeres Gewicht hat der Austausch entsprechender Daten“.⁷³ Das BVerfG hält aus diesem Grund nachrichtendienstlich erlangte Informationen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nur unter qualifizierten Voraussetzungen in anderen Verfahren für verwertbar. Es begründet dies damit, dass Nachrichtendienste – stark typisierend⁷⁴ – im Vorfeld eines konkreten Verdachts bzw. einer Gefahr tätig werden, vornehmlich der allgemeinen Informationsbeschaffung zur Lagebeurteilung durch die Bundesregierung dienen und aus diesem Grund mit weitreichenden Befugnissen ausgestattet seien, die sich nach der Eingriffsschwelle substantiell von Maßnahmen nach Polizei und Strafprozessrecht unterscheiden.⁷⁵ Das Gericht leitet aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung

⁶⁸ Vgl. parallel *Gnüchtel*, NVwZ 2016, 1113 (1114).

⁶⁹ Unklar bleibt: Im Bereich des § 13 BNDG-E bezieht sich die Zustimmung formal auf die Absichtserklärung, im Rahmen des § 26 BNDG-E auf die Zusammenarbeit allgemein. Diese Differenzierung leuchtet nicht ein.

⁷⁰ *Gnüchtel*, NVwZ 2016, 1113 f.

⁷¹ G. v. 26. 7. 2016 (BGBl. I S. 1818).

⁷² BVerfGE 133, 277 ff.

⁷³ BVerfGE 133, 277 (323 f.).

⁷⁴ BVerfGE 133, 277 (328 f.): „Die Rechtsordnung unterscheidet damit zwischen einer grundsätzlich offen arbeitenden Polizei, die auf eine operative Aufgabenwahrnehmung hin ausgerichtet und durch detaillierte Rechtsgrundlagen angeleitet ist, und den grundsätzlich verdeckt arbeitenden Nachrichtendiensten, die auf die Beobachtung und Aufklärung im Vorfeld zur politischen Information und Beratung beschränkt sind und sich deswegen auf weniger ausdifferenzierte Rechtsgrundlagen stützen können“.

⁷⁵ BVerfGE 133, 277 (325 ff.).

(Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) daher ein informationelles Trennungsgebot ab, das einen Austausch von Daten zwischen Nachrichtendiensten und Polizei grundsätzlich ausschließt und nur im Ausnahmefall unter qualifizierten Voraussetzungen erlaubt.⁷⁶

Das Problem, dass Daten zu nachrichtendienstlichen Zwecken mit nachrichtendienstlichen Mitteln im Vorfeld erhoben wurden, dann aber über gemeinsame Verbunddateien unmittelbar von anderen Behörden zu polizeilicher Zwangsanzwendung oder zu Maßnahmen der Strafverfolgung genutzt werden können, stellt sich indes vorliegend in dieser Form nicht. Denn die gemeinsamen Dateien nach § 26 BNDG-E dienen beidseitig jeweils nachrichtendienstlichen Zwecken. Auch wenn in § 26 Abs. 1 BNDG-E abstrakt von einer Kooperation „mit ausländischen öffentlichen Stellen“ die Rede ist, ergibt sich aus der gesetzlichen Funktions- und Zweckbindung, dass es sich hierbei nur um eine Kooperation im Bereich der nachrichtendienstlichen Aufklärung handeln darf. Lässt das ausländische Recht eine rechtssichere Trennung von nachrichtendienstlichen und polizeilichen Aufgaben im Rahmen der Kooperation nicht zu, wäre eine gemeinsame Datei unzulässig. Die spezifische Zweckbindung ist nach § 26 Abs. 4 Satz 2 BNDG-E indisponibel sowie zu kontrollierende Mindestbedingung jeder Kooperation. § 28 BNDG-E enthält mit dem Erfordernis der Dateianordnung formalisierte Bedingungen, die einer Zweckentfremdung entgegenwirken sollen. Dass sich ausländische Partnerdienste an die Vereinbarungen halten, lässt sich ebenso wenig garantieren wie sich Rechtsverstöße im Inland ausschließen lassen. Durch die Voraussetzung, dass elementare rechtsstaatliche Prinzipien gewährleistet sind (§ 26 Abs. 2 Nr. 2 BNDG-E),⁷⁷ ist aber auf einer abstrakt-institutionellen Ebene die rechtsstaatliche Kooperationsfähigkeit vorab sorgfältig zu prüfen. An eine Weiterverwendung von Zufallsfunden zu Zwecken der Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung wird im Wesentlichen vergleichbare Anforderungen stellen müssen wie an eine – auch nach deutschem Verfassungsrecht nicht ausgeschlossene – Zweckänderung,⁷⁸ um zu verhindern, dass die institutionellen Grenzen der Zweckbindung unterlaufen werden. Diese Vorkehrungen, die freilich in der Praxis strikt zu beachten sind und Prüfungspflichten von Amts wegen auslösen, genügen, um einer verfassungswidrigen Relativierung bzw. Gefährdung der gebotenen Zweckbindung durch internationale Kooperation entgegenzuwirken.

Allerdings hat das BVerfG zusätzlich gefordert, dass eine Regelung über gemeinsam genutzte Dateien dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur entspreche, „wenn sie hinsichtlich der zu erfassenden Daten sowie deren Nutzungsmöglichkeiten normenklar und in der Sache hinreichend begrenzt ausgestaltet ist sowie hierbei qualifizierte Anforderungen an die Kontrolle gestellt und beachtet werden“.⁷⁹ Dieses Erfordernis ist zwar auch vorliegend zu beachten. Die Aussagen des BVerfG sind aber ebenfalls im Lichte des Grundproblems des seinerzeit zu beurteilenden ATDG zu sehen, wonach dort eine Verbunddatei errichtet wurde, bei der jede Unbestimmtheit das Risiko eines Ineinanderfließens von nachrichtendienstlicher Vorfeldaufklärung, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung mit sich gebracht hätte. Vorliegend geht es hingegen ausschließlich um eine international-behördenübergreifende Datei von Nachrichtendiensten im Bereich der – jedenfalls aus deutscher Sicht⁸⁰ – Auslandsaufklärung. Durch die strikte Zweckbindung an den Aufklärungsauftrag des BND (§ 26 Abs. 2 Nr. 2 BNDG-E) und die Wechselseitigkeit (§ 26 Abs. 4

⁷⁶ BVerfGE 133, 277 (329).

⁷⁷ Identische Standards wie nach deutschem (Verfassungs-)Recht sind nicht geboten, vgl. BT-Drs. 18/9041, S. 34.

⁷⁸ Vgl. hierzu nur BVerfGE 133, 277 (324).

⁷⁹ BVerfGE 133, 277 (334).

⁸⁰ Denkbar ist es, dass der Partnerdienst, mit dem im Rahmen der Auslandsaufklärung kooperiert wird, vor Ort ein Inlandsnachrichtendienst im Zielstaat ist.

Satz 2 BNDG-E) beschränkt sich die vorliegende Datei auf nachrichtendienstliche Ziele der Auslandsaufklärung im Vorfeld. Dass diese Ziele dann notwendigerweise abstrakter und weniger konkret sind wie bei Maßnahmen der konkreten Gefahrenabwehr oder der verdachtsgetragenen Strafverfolgung, ist sachimmanent hinzunehmen und auch vom BVerfG, das sich mit rein nachrichtendienstlichen Verbunddateien bislang nicht zu befassen hatte, nicht ausgeschlossen worden.

Auch aus der vom BVerfG beanstandeten Unbestimmtheit der an der Verbunddatei nach ATDG beteiligten Behörden⁸¹ lassen sich für den vorliegenden Kontext keine unmittelbaren Schlüsse ziehen. Zwar stehen auch vorliegend die auf ausländischer Seite beteiligten Behörden nicht fest und werden erst durch Exekutivhandeln des BND und des Bundeskanzleramtes identifiziert. Allerdings geht es – anders als im Rahmen des ATDG – bei den Dateien nach den §§ 26 ff. BNDG um Projektdateien zu konkret vorab zu bestimmenden Zwecken,⁸² nicht um einen abstrakt-behördenbezogenen (allgemeinen) Datenverbund. Welche Partnerdienste in welchem Feld der Aufklärung konkret zur Verfügung stehen und die rechtsstaatlichen Mindestbedingungen einer Kooperation erfüllen können, lässt sich nicht abstrakt-generell vorab festlegen. Gerade durch diese Offenheit wird es möglich, die Parameter der Kooperation in jedem Einzelfall (und insoweit auch grundrechtsschützend) nach Maßgabe des § 26 BNDG-E detailliert in einer Vereinbarung festzulegen und deren Verlässlichkeit zu prüfen. Dieser enge Rahmen einer Kooperation lässt es dann auch zu, die ausländischen öffentlichen Stellen, mit denen gemeinsame Dateien angelegt werden, nicht gesetzlich vorab festzulegen, ohne gegen die allgemeinen Bestimmtheitsanforderungen zu verstoßen.

c) Internationale Kooperation als Ausnahme?

Die Hürde für eine Kooperation wird allerdings im Bereich der Ausland-Ausland-Aufklärung nach den §§ 13 ff. BNDG-E hoch gehängt. Eine Kooperation ist nach § 13 Abs. 1 BNDG-E nur zulässig, wenn eine Aufgabenerfüllung durch den BND anderenfalls „wesentlich erschwert oder unmöglich“ wäre. Dies ist jedenfalls ambivalent zu beurteilen. Denn die Ausgestaltung der Kooperation als Ultima Ratio nach der derzeitigen Entwurfsfassung könnte aber auch Nachteile zeitigen, die jedenfalls sorgfältig erwogen werden sollten und auf die hier hingewiesen wird:

- Die hohe Kooperationshürde bedeutet auch, dass Eingriffen durch deutsche Behörden der Vorrang vor einer Kooperation eingeräumt wird. Dies ist jedenfalls dann problematisch, wenn eine Information über ausländische Partner mit wesentlich milderem Mitteln zu erlangen wäre als durch eine aufwändige und ggf. in der grundrechtlichen Eingriffsintensität schwerer wiegende Überwachung seitens deutscher Dienste.
- Vor allem aber sollte der Anschein vermieden werden, dass die Kooperation mit ausländischen Diensten als eng auszulegende Ausnahmefall zu verstehen ist. Dies würde den praktischen Anforderungen in einer globalisierten Welt nicht gerecht, in der internationale Kooperation den Normalfall markiert und in der sich nicht zuletzt innere und äußere Sicherheit zunehmend überlagern. Namentlich innerhalb des Unionsgebiets, erst recht innerhalb des Schengen-Raumes, sind unter der Bedingung offener Grenzen Aufklärungsziele im Sinne des § 6 Abs. 1 BNDG-E von

⁸¹ BVerfGE 133, 277 (336 f.).

⁸² BT-Drs. 18/9041, S. 33.

vornherein nur kooperativ sinnvoll zu erreichen. Gerade der Bereich der Terrorismusbekämpfung in Europa hat gezeigt, dass wir zu wenig internationale Kooperation haben, nicht zu viel. Die sinnvoll formulierten Bedingungen, die an eine institutionelle Kooperation durch § 13 Abs. 3-4 BNDG-E geknüpft werden, dürften bereits aus sich heraus hinreichend die rechtstaatliche Beherrschbarkeit und Steuerbarkeit sicherstellen, soweit dies in internationalen Kooperationsbeziehungen überhaupt möglich ist.

- Unklar ist auch, warum im Rahmen des § 22b Abs. 1 BVerfSchG für das BfV und parallel in § 26 Abs. 2 BNDG-E künftig für den BND die Voraussetzungen für eine Errichtung gemeinsamer Dateien mit ausländischen Nachrichtendiensten strukturell abweichend von der vergleichbaren Kooperationsregelung des § 13 BNDG-E formuliert wurden. Namentlich reicht nach § 22b Abs. 1 BVerfSchG einerseits aus, dass „die Erforschung von erheblichem Sicherheitsinteresse für die Bundesrepublik Deutschland und den jeweils teilnehmenden Staat“ ist; andererseits ist aber zu prüfen, ob „die Einhaltung grundlegender rechtsstaatlicher Prinzipien gewährleistet ist“. Auch wenn sich § 13 BNDG-E auf einen besonderen Gegenstand, nämlich die Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung, bezieht, unterscheiden sich die Kooperationslagen prima facie nicht so stark, dass dies diese sehr deutliche Differenz der Kooperationsvoraussetzung erklärt.

Im Deutschen Bundestag sollte daher jedenfalls erwogen werden, ob nicht eine bessere inhaltliche Harmonisierung von §§ 22b, 22c BVerfSchG bzw. §§ 26 ff. BNDG einerseits und §§ 13-15 BNDG-E sinnvoll wäre. Die abweichenden Voraussetzungen in § 13 Abs. 2 BNDG-E wären nur dann sachgerecht, wenn es spezifische Kooperationsrisiken gäbe, die sich allein im Bereich der Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung stellen.

7. Kontrolle durch das Unabhängige Gremium

Das Gesetz führt mit dem Unabhängigen Gremium (§ 16 BNDG-E) eine neue Kontrollinstanz ein. Das Unabhängige Gremium wird in bestimmten Fällen von Amts wegen informiert (§ 6 Abs. 5 Satz 1, Abs. 7 Satz 3, § 9 Abs. 4 Satz 1 BNDG-E) und kann partiell den Vollzug von Anordnungen im Rahmen des § 6 BNDG-E stichprobenartig überprüfen (§ 6 Abs. 5 Satz 3, § 15 Abs. 3 BNDG-E). Im Übrigen wird das Unabhängige Gremium in das Anordnungsverfahren grundsätzlich vorab, bei Gefahr im Verzug nachträglich einbezogen, um die Rechtmäßigkeit der Anordnungen zu kontrollieren (§ 9 Abs. 4-5 BNDG-E). Anordnungen, die das Unabhängige Gremium für unzulässig oder nicht notwendig erklärt, sind unverzüglich aufzuheben (§ 9 Abs. 4 Satz 5, Abs. 5 Satz 2 BNDG-E). Dies entspricht dem für die G 10-Kommission etablierten und bewährten Regelungsmodell (§ 15 Abs. 6 G 10). Insoweit ist das Regelungskonzept zunächst positiv zu bewerten. Allerdings enthält es auch strukturelle Schwächen:

- *Unnötige Vermehrung der Kontrollorgane und Beeinträchtigung des Geheimschutzes*: Das Unabhängige Gremium tritt im Bereich der Nachrichtendienstkontrolle neben die G 10-Kommission, die BfDI und das – künftig durch eine(n) Ständige(n) Bevollmächtigte(n) verstärkte – Parlamentarische Kontrollgremium nach Art. 45d GG, PKrGrG⁸³ – anlassbezogene Parlamentarische Untersuchungsausschüsse nach Art. 44 GG, PUAG hierbei völlig außer Acht gelassen. Die Regelung des

⁸³ Hierzu *Christopeit/Wolff*, ZG 2010, 77 ff.; *Hempel*, Der Bundestag und die Nachrichtendienste – eine Neubestimmung durch Art. 45d GG?, 2014, S. 159 ff.; *Shirvani*, VBIBW 2010, 99 ff.

§ 16 BNDG-E führt also zu einer weiteren Vermehrung der Kontrollorgane, die sich als *dysfunktional* erweist. Gerade im Bereich von strikt geheimhaltungsbedürftigen Vorgängen ist es notwendig, den Kreis der Personen, die von einem Vorgang Kenntnis erlangen, die Speicherorte und die Kopien von Aktenstücken möglichst gering zu halten. Durch ein neues Organ wird es notwendig, eine neue Geschäftsstelle einzurichten, zusätzliche Informationsströme zu erlauben und den Zugriff von konkurrierenden Kontrollorganen auf Vorgänge des BND, die inhaltlich oft zusammenhängen werden, zu eröffnen. Dies alles erhöht die Risiken, dass vertrauliche Informationen an die Öffentlichkeit oder an Personen gelangen, bei denen ein Schaden für die Außen- und Sicherheitspolitik der Bundesrepublik Deutschland zu besorgen ist. Da der Kontrollauftrag des Unabhängigen Gremiums rechtlich und technisch im Wesentlichen dem der G 10-Kommission entspricht, hätte es sich aufgedrängt, auch die Kontrolle des BND im Rahmen der neuen §§ 6 ff. BNDG der G 10-Kommission anzuvertrauen, die ggf. aufgabenadäquat zu verstärken gewesen wäre.

- *Bestimmung der Kontrolleure durch die Kontrollierten?* Wird mit dem Unabhängigen Gremium, ohne dass die notwendig wäre, ein neues Kontrollorgan geschaffen, das als funktionaler Antagonist zum Bundeskanzleramt und dem diesen nachgeordneten BND auftritt, spricht dies dagegen, die Einsetzung des Gremiums – wie in § 16 Abs. 2 BNDG-E bislang vorgesehen – an die Bundesregierung anzubinden. Wenn der Kontrollauftrag glaubwürdig sein soll, dann erscheint es nicht plausibel, dass sich die Kontrollierten ihre eigenen Kontrolleure aussuchen. Sinnvoller wäre daher auch hier eine Wahl durch den Deutschen Bundestag (Modell der/des BfDI nach §§ 22 Abs. 1 BDSG) oder durch das Parlamentarische Kontrollgremium (Modell der G 10-Kommission nach § 15 Abs. 1 Satz 5 G 10), um eine organisatorische Parlamentarisierung zu erreichen. Berechtigten Interessen des Bundeskanzleramtes, bei der Auswahl geeigneten Personals mitzuwirken, könnte durch Herstellung des Benehmens Rechnung getragen werden. Die Abstimmung zwischen Parlament und Regierung mag auch im Rahmen des § 16 Abs. 2 BNDG-E praktisch reibungslos funktionieren, zumal die Abstimmung der Personalauswahl im Vorfeld kaum vorbei am Parlament laufen dürfte. Die scheinbare Nähe der Kontrolleure zur kontrollierten Bundesregierung würde aber gerade der Öffentlichkeit den falschen Eindruck vermitteln, dass nur ein „handzahnmes“ Kontrollgremium erwünscht ist. Da es im parlamentarischen Regierungssystem ohnehin zu einer Abstimmung zwischen Parlament und Regierung über wesentliche Personalentscheidungen kommt und daher echte Konflikte sehr unwahrscheinlich sind, sollte jedenfalls die äußere Form gewahrt und die Wahl der Kontrolleure der parlamentarischen Verantwortung der Regierung nachgebildet, also parlamentarisiert werden.
- *Geschäftsstelle beim BGH?* Als praktisch nachteilig erweist es sich ferner, dass die Geschäftsstelle des Gremiums nach § 16 Abs. 3 Satz 2 BNDG-E beim BGH in Karlsruhe (§ 123 GVG) eingerichtet werden soll. Während die relevanten Infrastrukturen des BND, auf die sich die Kontrolle bezieht, künftig weitgehend in Berlin belegen sein werden, ist Karlsruhe hiervon nicht nur denkbar weit entfernt, sondern auch – bei einer praktischen Betrachtung – verkehrstechnisch denkbar schlecht angebunden. Wenn in dem parallel eingebrachten Gesetzentwurf gezielt das Parlamentarische Kontrollgremium gestärkt und durch einen die Funktionsfähigkeit sichernden Stab sowie eine(n) Ständige(n) Bevollmächtigte(n) unterstützt werden soll, dann wäre es naheliegend, auch die Geschäftsstelle dort (und damit sachnäher: in Berlin) zu integrieren. Hierfür spricht zudem, dass die Erhöhung der Zahl an betrauten Mitarbeitern und an genutzten Rechnern bzw. Kommunikationsmitteln das Risiko erhöht, dass geheime Informationen unbefugt abgegriffen werden,

und dass die Aufrechterhaltung der entsprechenden Geheimschutzmaßnahmen bei einem (professionalisierten) Gremium effizienter sowie effektiver ist.

- *Vorzugswürdige Besetzung mit Richtern des BVerwG*: Ganz allgemein stellt sich die Frage, ob nicht aufgrund der fachlichen Nähe zum Nachrichtendienstrecht und der passenden Expertise Richter des BVerwG, das auch erstinstanzlich über Klagen im Zuständigkeitsbereich des BND entscheidet (§ 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO), eher geeignet wären, die vorliegende Kontrollaufgabe sachgerecht zu erfüllen. Von Vorteil ist, dass das BVerwG nicht nur über Streitigkeiten nach Nachrichtendienstrecht entscheidet (Zuständigkeit des 6. Senats nach der gegenwärtigen Geschäftsverteilung), sondern auch mit dem Fachsenat nach § 189 VwGO ständig mit geheimschutzrelevanten Verfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO betraut ist. Die Maßnahmen nach § 6 BNDG-E haben nach Anlass, Eingriffsschwelle, Form und Inhalt nichts mit Maßnahmen der Strafverfolgung gemein, sodass die vorgeschlagene Besetzung des Unabhängigen Gremiums mit Angehörigen der Strafjustiz⁸⁴ zweckwidrig erscheint.
- *Beschränkte Stichprobenkontrolle*: Die Begrenzung der stichprobenartigen Kontrolle durch das Unabhängige Gremium auf EU-affine Fälle des § 6 Abs. 3 BNDG-E durch § 9 Abs. 5 Satz 3 BNDG-E überzeugt nicht. Es ist nicht zu erkennen, warum gerade bei Maßnahmen der Ausland-Fernmeldeüberwachung im Zusammenhang mit Einrichtungen, Mitgliedstaaten und Bürgerinnen bzw. Bürgern der EU ein besonderer Kontrollbedarf besteht, da hier die Eingriffsvoraussetzungen besonders strikt und zudem die Potentiale nachhaltiger Konflikteskalation aufgrund der engen, strukturell vergleichsweise vertrauensvollen Beziehungen geringer sind. Gerade die – deutlich riskanteren – Operationen außerhalb der EU bergen Eskalationspotential und bedürften daher der Kontrolle. Die allgemeine Kontrollfunktion des Unabhängigen Gremiums legt es nahe, eine Stichprobenkontrolle betreffend den rechtmäßigen Vollzug von Maßnahmen, in deren Anordnung das Unabhängige Gremium ohnehin einbezogen war, generell zuzulassen.

Im Übrigen erscheint das differenzierte und zurückhaltende, gleichwohl aber prozedurale rechtsstaatliche Sicherung gewährleistende Regelungsmodell des Unabhängigen Gremiums im Kontext der §§ 6-18 BNDG-E sachgerecht.

III. Gesetz zur Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes

Der Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes greift das Anliegen auf, die durch Art. 45d GG konstitutionell sanktionierte und im PKGrG ausdifferenzierte Kontrolle der Nachrichtendienste durch das Parlamentarische Kontrollgremium zu stärken. Insoweit füllt das Gesetz den Ermächtigungsrahmen des Art. 45d Abs. 2 GG aus, der zwar nach objektivem Regelungszweck eine Umsetzung verlangt, die effektive Kontrolle sicherstellt,⁸⁵ dem Gesetzgeber aber weite Gestaltungsspielräume belässt⁸⁶.

⁸⁴ Auch beim BGH wurde sicherlich an Richter und Richterinnen mit Erfahrung in Strafsachen gedacht, nicht an Zivilrechtsfachleute.

⁸⁵ *Mehde*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), GG, 2. Aufl. (2013), Art. 45d Rn. 17.

⁸⁶ *Magiera*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2014), Art. 45d Rn. 18; sinngemäß *Mehde*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), GG, 2. Aufl. (2013), Art. 45d Rn. 26.

1. Allgemeines

Das Gesetz trägt zu einer substantiellen Stärkung der parlamentarischen Kontrolle bei. Hier kann nicht vertieft werden, inwiefern die bisherige Kontrollpraxis tatsächlich kritikwürdig war. So entsteht durch einzelne – gewiss: teils gravierende – Fehler der Nachrichtendienste bisweilen ein medial bewusst aufgebautes Zerrbild, das die gesamte – ganz überwiegend notgedrungen im Geheimen ablaufende, geräuschlose und skandalfreie – Routinearbeit nachrichtendienstlicher Aufklärung sowie die akzessorische Kontrolle zu Unrecht diskreditiert und skandalisiert. Unbestritten ist jedenfalls, dass eine Effektivierung und damit zwangsläufig Professionalisierung der parlamentarischen Kontrolle notwendig ist.

Dabei ist offensichtlich, dass es gerade im Bereich der Nachrichtendienste zurückhaltender und gegenstandssensibler Kontrollansätze bedarf. Es wäre namentlich zu schlicht, eine Optimierung der demokratischen Legitimation der Nachrichtendienste durch einen einseitigen Ausbau parlamentarischer Kontrolle und größtmögliche Transparenz erreichen zu wollen.⁸⁷ Dies würde verkennen, dass die Entscheidung für eine wirksame nachrichtendienstliche Aufklärung demokratisch durch Gesetzgebung (BNDG, BVerfSchG, MADG, PKGrG) legitimiert und verfassungsrechtlich einwandfrei abgesichert (vgl. Art. 45d, Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 lit. b, Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG) ist. Die demokratisch zugewiesenen Aufgaben nachrichtendienstlicher Aufklärung erfordern aber – kontextabhängig abgestuft – ein sehr hohes Niveau der Geheimhaltung, das durch die üblichen Mechanismen, Exekutivhandeln zu kontrollieren,⁸⁸ gegenüber einer demokratischen Öffentlichkeit transparent zu halten und öffentlich zu politisieren, empfindlich beeinträchtigt würde.⁸⁹ Anders gewendet können also gegenstandsineadäquat überzogene Anforderungen an Kontrollierbarkeit und Transparenz des nachrichtendienstlichen Handelns gerade die demokratische Entscheidung unterlaufen, die mit der gesetzlichen Errichtung und Aufgabenzuweisung verbunden ist. Hieraus folgt, dass eine rechtsstaatlich und demokratisch-legitimatorisch notwendige parlamentarische Kontrolle den spezifischen Anforderungen genügen müssen, die sich aus der Sensibilität und Vertraulichkeit der Kontrollgegenstände ergibt; Kontrolle ist daher auch funktional zu begrenzen.⁹⁰ Dies schließt einen partiellen Verzicht auf Politisierungsmöglichkeiten ein. Das tradierte und mit Art. 45d GG inzwischen verfassungsrechtlich explizit sanktionierte⁹¹ Instrument des Parlamentarischen Kontrollgremiums stellt einen Kompromiss zwischen – in unterschiedlichen Umgebungen unterschiedlich realisierbaren⁹² – Geheimschutzbedürfnissen einerseits und Transparenzforderungen andererseits dar, was eine Parlamentarisierung der Nachrichtendienstkontrolle im nichtöffentlichen Raum ermöglicht.⁹³ Mit Recht setzt daher die hier zu diskutierende Reform des Nachrichtendienstrechts vor allem auf eine Stärkung dieses Kontrollgremiums, das professionalisiert und mit adäquaten Ressourcen ausgestattet wird.

⁸⁷ So aber (polemisch) *von Notz*, Friedenswarte 2015, 17 (24): „Die einzige Legitimation geheimdienstlicher Tätigkeit in Rechtsstaaten aber lautet: Rechtsstaatliche Bindung durch volle und eisenharte Kontrolle“.

⁸⁸ Gerade effektiver Individualrechtsschutz, der in anderen Gebieten ein externes Verwaltungskontrollniveau sicherstellt, sieht sich mit praktischen Hindernissen konfrontiert. Vgl. nur *Gusy*, VerwArch 106 (2015), 437 (439 f.).

⁸⁹ Vgl. nur *Bull*, DÖV 2008, 751 (756, 758). Kritisch aber z. B. *Grumke/van Hüllen*, Der Verfassungsschutz: Grundlagen – Gegenwart – Zukunft?, 2016, S. 206.

⁹⁰ *Kahl*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Aufl. (2013), § 47 Rn. 77.

⁹¹ Überzogene Kritik bei *Uerpmann-Witzack*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 6. Aufl. (2012), Art. 45d Rn. 9.

⁹² *Wolff*, JZ 2010, 173 (175 f.).

⁹³ Zutreffend *Augsberg*, Friedenswarte 2015, 27 (31 f.); ähnlich *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 3. Aufl. (2015), Art. 45d Rn. 13; *Uerpmann-Witzack*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 6. Aufl. (2012), Art. 45d Rn. 2.

2. Ständiger Bevollmächtigter

Im Kern des hier in Rede stehenden Reformvorschlages stehen dabei folgende Regelungsansätze: Es wird ein(e) Ständige(r) Bevollmächtigte(r) geschaffen, der oder die auf Weisung des Parlamentarischen Kontrollgremiums permanent unterstützt und vermittelt über dieses Organ auch unterstützend für das Vertrauensgremium nach § 10a BHO⁹⁴ tätig werden kann (§ 5a Abs. 1-2 PKGrG-E). Das Amt des Ständigen Bevollmächtigten wird öffentlich-rechtlich ausgestaltet (§ 5b PKGrG-E) und mit Besoldungsgruppe B 9 auskömmlich – sowie dienstrechtlich auf „Augenhöhe“ mit den Präsidenten bzw. Präsidentinnen des BND und BfV – besoldet (§ 12a PKGrG-E). Die Regelung des § 12a PKGrG-E⁹⁵ orientiert sich insoweit an § 23 Abs. 7 BDSG bzw. § 36 Abs. 6 StUG.⁹⁶ Parlamentarisches Kontrollgremium und Ständige(r) Bevollmächtigte(r) werden funktionsadäquat ausgestattet (§ 12 PKGrG-E). Der bzw. die Ständige Bevollmächtigte ist sowohl für regelmäßige Routinekontrollen als auch für einzelfallbezogene Untersuchungen (§ 5a Abs. 1 PKGrG-E) flexibel einsetzbar; zugleich werden ihr oder ihm faktische Geschäftsführungsfunktionen für das Parlamentarische Kontrollgremium übertragen (§ 5a Abs. 3 PKGrG-E).

Das Amt des Ständigen Bevollmächtigten ist organisationsrechtlich Teil des Parlamentarischen Kontrollgremiums, weshalb das Gremium – obgleich nicht der bzw. die Bevollmächtigte selbst – bei Konflikten über die Ausübung der Kompetenzen auch im Organstreit nach § 14 PKGrG das BVerfG anrufen kann. Hierdurch werden mögliche Konflikte justitiabel gehalten. Da der bzw. die Ständige Bevollmächtigte regelmäßig an Sitzungen der G 10-Kommission teilnimmt (Ergänzung des § 15 Abs. 1 G 10 durch Art. 2 Nr. 1 des vorliegenden Entwurfs), wird zugleich eine – praktisch notwendige – Verzahnung beider Kontrollorgane hergestellt (vgl. bereits § 10a Abs. 2 Satz 6 BHO). Indem § 15 Abs. 8 G 10-E vorsieht, dass sich Parlamentarisches Kontrollgremium und G 10-Kommission wechselseitig austauschen, wird das Reformziel gefördert, die Arbeit der einzelnen Kontrollgremien besser zu koordinieren.⁹⁷ Diese Regelung ist mehr als Klarstellung, Appell oder Symbolik; denn beide Organe werden insoweit von Gesetzes wegen zum Austausch ermächtigt, sodass einer Koordination auch Geheimschutzbedürfnisse grundsätzlich nicht entgegengehalten werden können, sondern von beiden Organen – wie § 15 Abs. 8 G 10-E hervorhebt – insgesamt zu wahren sind. Es wäre in diesem Kontext allerdings konsequent, auch den Austausch mit dem Unabhängigen Gremium nach § 16 BNDG im PKGrG zu verankern. Es dürfte ein Redaktionsversehen sein, dass das zur G 10-Kommission im Rahmen der §§ 6 ff. BNDG letztlich funktionsgleiche Parallelorgan, das im Kontext der Stärkung der Kontrolle im Rahmen des vorliegenden Gesetzgebungsgesamtpaktes geschaffen wird, nicht in den Austausch einbezogen wird. Daher wäre § 15 Abs. 8 G 10-E entsprechend zu ergänzen.

Im Übrigen ist der Regelungsvorschlag durchweg positiv zu bewerten: Die Regelungen gewährleisten im Zusammenspiel insgesamt eine deutliche Professionalisierung der Kontrollarbeit. Zugleich kann die

⁹⁴ Zur bisherigen institutionellen Verkoppelung nach § 10a Abs. 2 Sätze 6-7 BHO siehe *Gröpl*, in: ders. (Hrsg.), BHO/LHO, 2011, § 10a BHO Rn. 14 ff.

⁹⁵ Eine redaktionelle Anmerkung zur Gesetzesfassung: Hinsichtlich der Berechnung der Versorgungsbezüge wird Bezug genommen auf das vorherige Amt. Es ist zu prüfen, ob die oder der „Ständige Bevollmächtigte sich unmittelbar vor ihrer oder seiner Ernennung zur oder zum Ständigen Bevollmächtigten als Beamtin oder Beamter oder Richterin oder Richter mindestens in dem letzten gewöhnlich vor Erreichen der Besoldungsgruppe B 9 zu durchlaufenden Amt befunden hat“. Die Regelungsentention ist klar; praktisch soll dies auf eine Stelle der Besoldungsgruppe B 6 (oder höher) verweisen; jedoch ist ein Richteramt (gemeint wohl Richterinnen und Richter an obersten Bundesgerichten mit Besoldungsgruppe R 6) kein „gewöhnlich vor Erreichen der Besoldungsgruppe B 9 zu durchlaufende(s) Amt“.

⁹⁶ Vgl. BT-Drs. 18/9040, S. 15.

⁹⁷ Vgl. BT-Drs. 18/9040, S. 8.

Übertragung der laufenden Kontrollaufgaben auf eine professionelle geschäftsführende Einheit, die nicht selbst in die politische Auseinandersetzung zwischen Regierungsmehrheit und Opposition involviert ist, eine graduelle Entpolitisierung bewirken, die als funktionsgerecht erscheint: Entpolitisierung baut erstens den Druck ab, die parlamentarische Kontrollarbeit mit Geräuschkulisse in den öffentlichen Resonanzraum ausstatten zu müssen, um politisch wahr- sowie ernstgenommen zu werden. Dies ermöglicht wiederum ein höheres Kontrollniveau, weil leichter sichergestellt werden kann, dass der Geheimschutz gewahrt wird und Vertrauliches auch vertraulich bleibt. Hierdurch kann zugleich die Qualität der Kontrolle verbessert werden, ohne die unverzichtbare Letztverantwortung der parlamentarischen Mitglieder des Kontrollgremiums zu beeinträchtigen. Insoweit ist eine Professionalisierung der Kontrolle im Interesse sowohl des Deutschen Bundestages als auch der kontrollierten Nachrichtendienste.

3. Whistleblower

Die Novelle regelt neu, unter welchen Voraussetzungen und wie sich Mitarbeiterinnen bzw. Mitarbeiter der Nachrichtendienste an das Parlamentarische Kontrollgremium wenden können, um auf Missstände aufmerksam zu machen. Die bisherige Regelung, wonach Eingaben zwar außerhalb des Dienstweges möglich, aber zugleich an die Leitung des betroffenen Dienstes zu richten sind (§ 8 Abs. 1 Satz 2 PKGrG), hat sich als wenig praktikabel erwiesen,⁹⁸ weil durch die automatische Deanonymisierung „Whistleblower“ in jedem Fall die vollen persönlichen Karriererisiken zu tragen hatten. Nach der Neuregelung gibt das Kontrollgremium den Namen der mitteilenden Person nur bekannt, soweit dies für eine Aufklärung des Sachverhalts erforderlich ist (§ 8 Abs. 1 Satz 3 PKGrG-E), was eine relative Wahrung der Anonymität ermöglicht.

Wegen der Tatsache der Eingabe findet keine Maßregelung statt (§ 8 Abs. 1 Satz 2 PKGrG-E). Eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter verletzt also keine Dienstpflichten (im Beamtenverhältnis: Dienstvergehen nach § 77 Abs. 1 Satz 1 BBG), wenn der Dienstweg nicht eingehalten⁹⁹ und keine Aussagegenehmigung (§ 67 Abs. 3 BBG) eingeholt wird.¹⁰⁰ Dies bedeutet allerdings richtigerweise nicht, dass Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter, die sich an das Parlamentarische Kontrollgremium wenden, damit vor Sanktionen geschützt wären. Wer beispielsweise falsche Behauptungen über Missstände aufstellt oder sich aus persönlichen, karrierebezogenen Gründen an das Gremium wendet, begeht weiterhin ein – nach Maßgabe des BDG oder des Arbeitsrechts sanktionierbares – Dienstvergehen.

Insoweit besteht indes nach dem Vorschlag ein *Regelungsdefizit*. Liegen nach Prüfung durch das Kontrollgremium in einer Eingabe benannte Missstände nicht vor und bestehen tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass die Falschbehauptungen vom „Whistleblower“ schuldhaft (vorsätzlich oder fahrlässig) aufgestellt wurden, oder werden durch die Eingabe in sonstiger Weise Dienstpflichten verletzt (z. B. durch formalbeleidigende Inhalte, durch Missbrauch der Eingabe aus persönliche Interessen oder durch erkennbare Schädigungsabsicht gegenüber Dienststelle), wird in der Regel eine Information des jeweiligen Nachrichtendienstes sachgerecht sein. Gleiches gilt, wenn sich aus einer Eingabe der Verdacht ergibt, dass die

⁹⁸ Siehe *Singer*, Praxiskommentar zum Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes, 2015, § 8 Rn. 24.

⁹⁹ BT-Drs. 18/9040, S. 14.

¹⁰⁰ *Singer*, Praxiskommentar zum Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes, 2015, § 8 Rn. 23.

Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter ein Risiko für die Sicherheit der Dienststelle oder Dritter darstellen könnte. § 8 Abs. 1 Satz 3 BNDG-E würde jedoch einer Information des Nachrichtendienstes durch das Kontrollgremium entgegenstehen, weil eine Deanonymisierung nur zur Aufklärung des Sachverhalts betreffend den angezeigten mutmaßlichen Missstand möglich wäre. Insoweit sollte die Regelung ergänzt werden.¹⁰¹

4. Fachaufsicht

Vom Gesetz nicht thematisiert, aber rechtsstaatlich wie demokratisch von kardinaler Relevanz ist zudem die Fachaufsicht,¹⁰² die von Bundeskanzleramt (betreffend BND¹⁰³), BMI (betreffend BfV) und BMVg (betreffend MAD) ausgeübt wird. Auch das BVerfG hat die Bedeutung wirksamer Aufsicht betont.¹⁰⁴ Die Fachaufsicht durch die Bundesregierung ist zwar asymmetrisch strukturiert, weil sie Regierungsmehrheiten gegenüber der Opposition privilegiert¹⁰⁵ und daher oft im breiten Portfolio möglicher Kontrollzugänge – zu Unrecht – politisch nicht ernst genommen wird.¹⁰⁶ Dennoch geht es aber auch hier um einen bedeutenden ergänzenden Kontrollzugriff,¹⁰⁷ der zur Rechtllichkeit des nachrichtendienstlichen Handelns beitragen kann, schon weil damit politische Verantwortlichkeit einhergeht und sich zudem innerhalb der administrativen Weisungshierarchie auch unter Geheimschutzaspekten ein höheres Kontrollniveau aufrecht erhalten lässt. Materiell-gesetzliche Maßnahmen sind zur Stärkung der Fachaufsicht hierbei nicht einmal notwendig; die allgemeine Ressourcenabhängigkeit wirksamer Kontrolle sollte aber bei der Bereitstellung von Planstellen/Haushaltsmitteln auch hier im Blick behalten werden.

IV. Allgemeine Bewertung

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Es handelt sich bei dem Gesetzespaket um eine Reform mit Augenmaß, die sich wohltuend von der polemischen Geräuschkulisse abhebt, die die Arbeit der Nachrichtendienste und deren rechtliche Rahmung in den letzten Jahren begleitet haben. Ungeachtet einzelner Verbesserungsanregungen im Detail ist die Novelle daher insgesamt positiv zu bewerten. Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen nicht.

- Die Auslandsüberwachungstätigkeit des BND wird mit einer im internationalen Vergleich einmaligen Detailliertheit geregelt sowie hierdurch auch rechtsstaatlich kontrollierbar macht. Zu begrüßen ist insoweit auch der Vorstoß des Deutschen Bundestages, die Frage, ob die bisherige, auf die Aufgabennorm des § 1 Abs. 2 BNDG gestützte Praxis der Ausland-Fernmeldeüberwachung rechtmäßig ist oder nicht, nicht dem juristischen Meinungsstreit und damit letztlich irgendwann einer gerichtlichen Auseinandersetzung zu überlassen, sondern legislativ zu entscheiden. Dass der Gesetzentwurf im Wesentlichen auf eine Legalisierung der bisherigen Praxis zielt, ist nicht zu

¹⁰¹ Etwa: „Es gibt den Namen der mitteilenden Person nur bekannt, soweit dies für eine Aufklärung des Sachverhalts oder zur Abwehr einer Gefahr für die Sicherheit der Nachrichtendienste oder Dritter erforderlich ist oder tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, dass durch den Inhalt der Eingabe erhebliche Dienstpflichten verletzt wurden“.

¹⁰² Zur Aufsicht als Konsequenz von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit nur *Kabl*, Die Staatsaufsicht, 2000, S. 472 ff.

¹⁰³ Vgl. binnenorganisationsrechtlich *Busse/Hoffmann*, Bundeskanzleramt und Bundesregierung, 6. Aufl. (2016), Rn. 119 ff.

¹⁰⁴ *BVerfGE* 133, 277 (370).

¹⁰⁵ *Gusy*, *VerwArch* 106 (2015), 437 (442).

¹⁰⁶ Skeptisch etwa *Weisser*, *DÖV* 2014, 831 (832).

¹⁰⁷ Zutreffend *Bull*, *DÖV* 2008, 751 (754), der die Mehrgleisigkeit der Kontrollansätze hervorhebt.

beanstanden – im Gegenteil: Der parlamentarische Gesetzgeber übernimmt die Verantwortung für Inhalt und Grenzen der Ermächtigung der Auslandstätigkeit des BND und erfüllt damit genau den Auftrag, den der demokratisch-rechtsstaatliche Vorbehalt des Gesetzes¹⁰⁸ – gerade auch zum Schutze individueller Freiheitsrechte¹⁰⁹ – formuliert. Insoweit ist auch im Blick zu behalten, dass die schon bislang vom BND praktizierte Auslandsüberwachung nicht primär deshalb in den Fokus der Kritik geraten war, weil sie als solche politisch für verfehlt erachtet wurde, sondern weil eine Rechtsgrundlage hierfür fehlte, an der die Rechtmäßigkeit hätte gemessen werden können. Ob es einer solchen Rechtsgrundlage bedurfte, ist rechtlich umstritten. Es ist daher naheliegend, dieses (vermeintliche) Defizit des geltenden Rechts durch Nachnormierung zu beheben.

- Das spezifische Kooperationsrecht des BND ist ebenfalls eine Pionierleistung im internationalen Vergleich. Es versucht, ausländische Partner, die mitunter gänzlich andere Datenschutzkonzepte vor Augen haben,¹¹⁰ durch Kooperationsangebote rechtsstaatlich einzubinden. Dahinter steht das Konzept, internationale Kooperation, der sich auch global mächtige Partnerstaaten aus praktischen Gründen nicht entziehen können, als Hebel zur „sanften“ extraterritorialen Durchsetzung grundrechtlicher Mindeststandards einzusetzen.¹¹¹
- Die sachgerechte und austarierte Reform der Kontrolle der Nachrichtendienste ist rechtspolitisch ebenfalls zu befürworten, weil hier ein differenziertes und in den Details geregeltes Kontrollregime geschaffen wird, das parlamentarische Kontrolle effektuiert und professionalisiert, gerade aber hierdurch auch dem dringend gebotenen Geheimschutz Rechnung trägt. Die sich damit eröffnenden – im internationalen Vergleich erneut vorbildlichen – Chancen einer wirksamen Kontrolle der Nachrichtendienste, die auf Praktikabilität, Routine und gegenseitiger Rücksichtnahme gründen muss, müssen freilich mit Leben gefüllt werden. Das größte Risiko für eine wirksame parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste sind hierbei immer noch Abgeordnete, die mit ihrer großen Verantwortung nicht angemessen umzugehen wissen. Wer Nachrichtendienstkontrolle als Gelegenheit zur medien- und öffentlichkeitswirksamen Profilbildung missversteht, ist am falschen Ort. Es sollte daher im Interesse aller Fraktionen liegen, durch problemsensible Personalpolitik geeignete Kontrolleurinnen und Kontrolleure auszuwählen und eher ungeeignete mit anderen Aufgaben zu betrauen. Es liegt zudem an den politischen Akteuren, professionelle Parlamentsarbeit, die wirksame und geräuschlose Kontrolle institutionalisiert und nicht auf medienwirksame Inszenierung sowie Skandalisierung setzt, angemessen zu honorieren. Auch hier gibt es noch viel zu tun.

(Prof. Dr. Klaus F. Gärditz)

¹⁰⁸ Zur Begründung m. zahlr. w. Nachw. *Gärditz*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum GG, Stand: 2016, Art. 20 Abs. 3 (Rechtsstaat) Rn. 129 ff.

¹⁰⁹ *Burküzak*, in: Emmenegger/A. Wiedmann (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2, 2011, S. 129 ff.

¹¹⁰ Vgl. *Poscher/Miller*, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 29.11.2013, S. 7.

¹¹¹ Hierzu *Pöschl*, VVDStRL 74 (2015), 405 (446).

Gutachtliche Stellungnahme

von

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

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

Gliederung

I. Vorbemerkung

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

II. Einzelne Regelungen

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

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

Einzelheiten

I. Vorbemerkung

1. Gesamtwürdigung des Entwurfs

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

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

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

2. Aufgabenbeschreibung und Befugnisse als Ausgangspunkt eines Dilemmas

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

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

Die Klammer zwischen Aufgabenbeschreibung und Befugnissen findet sich seither in § 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG, der die Anwendbarkeit von Befugnisnormen im BNDG regelt. Deren Inhalt ist auf die grundgesetzlichen Vorgaben für Grundrechtseingriffe ausgerichtet. Die Regelung geht daher zu Recht von der Anwendbarkeit des Grundgesetzes jedenfalls auf inländische Akte der Informationsgewinnung aus. Damit gelten – kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung – die Vorgaben des grundgesetzlichen Eingriffsvorbehaltes auch für die inländische Tätigkeit des BND. Insoweit dient die Regelung des § 1 Abs. 2 Satz 2 BND allein der Klarstellung¹.

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

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

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

Aus dem Umstand, dass diese Vorschrift eine umfassende Bindung von Gesetzgebung, vollziehender Gewalt und Rechtsprechung an die Grundrechte vorsieht, ergibt sich allerdings noch keine abschließende Festlegung der räumlichen Geltungsreichweite der Grundrechte. Das Grundgesetz begnügt sich nicht damit, die innere Ordnung des deutschen Staates festzulegen, sondern bestimmt auch in Grundzügen sein Verhältnis zur Staatengemeinschaft. Insofern geht es von der Notwendigkeit einer Abgrenzung und Abstimmung mit anderen Staaten und Rechtsordnungen aus². Das Gericht ging davon aus, dass Techniken wie Satelliten- und Richtfunktechnik einen Zugriff auch auf ausländischen Fernmeldeverkehr mit Überwachungsanlagen erlauben, die auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland stationiert sind. Dabei werde bereits durch die Erfassung und Aufzeichnung des Telekommunikationsverkehrs mit Hilfe der auf deutschem Boden stationierten Empfangsanlagen des BND eine technisch-informationelle Beziehung zu den jeweiligen Kommunikationsteilnehmern und ein - den Eigenarten von Daten und Informationen entsprechender - Gebietskontakt hergestellt. Auch die Auswertung der so erfassten Telekommunikationsvorgänge durch den BND finde auf deutschem Boden statt. Unter diesen Umständen sei aber auch eine Kommunikation im Ausland mit staatlichem Handeln im Inland derart verknüpft, dass die Bindung durch Art. 10 GG selbst dann eingreife, wenn man dafür einen hinreichenden territorialen Bezug voraussetzen wolle. Über geheimdienstliche Tätigkeiten, die nicht dem G 10 unterlägen, sei hier ebenso wenig zu entscheiden wie über die Frage, was für ausländische Kommunikationsteilnehmer im Ausland gelte. Auf ausländische juristische Personen finde Art. 10 GG gemäß Art. 19 Abs. 3 GG ohnehin keine Anwendung³.

4. Die Haltung des BNDG-E zum Grundrechtsschutz

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

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

Die Fernmeldeaufklärung findet nicht im rechtsfreien Raum statt. Vielmehr berührt sie fast unvermeidbar subjektive Rechte natürlicher und juristischer Personen. Der BNDG-E folgt beim Grundrechtsschutz der schon seither geübten Praxis in der Fernmeldeaufklärung, wonach maßgeblich zwischen dem umfassenden Schutz deutscher Rechtsträger (sog. „G10-Schutz“) (a)) und dem eingeschränkten Schutz ausländischer Rechtsträger bei der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung (b)) zu unterscheiden ist⁴.

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

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

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

⁵ BT-Drs. 18/9041 S. 8

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

Die Erhebung von sonstigen personenbezogenen Daten (also solchen, die nicht Artikel 10 GG unterfallen) von deutschen Staatsangehörigen, inländischen juristischen Personen oder sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen mit Mitteln der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung ist – nach der Begründung des BNDGE – aber nicht ausgeschlossen⁶. Die eingeschobene Formulierung „also solche, die nicht Artikel 10 GG unterfallen“ geht somit von einer besonderen Normprägung des Schutzbereichs von Art. 10 GG aus, jedenfalls durch das G10. Damit wird – ohne dies ausdrücklich zu nennen - von einer territorial begrenzten Reichweite des Fernmeldegeheimnisses aus Art. 10 GG ausgegangen und sein Schutzzumfang einfachgesetzlich durch § 6 Abs. 4 BNDG-E gefasst. Nach diesem Verständnis ist es auch konsequent, entgegen dem Zitiergebot aus Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG keine Grundrechtseinschränkung in der BNDG-Novelle mitzuteilen⁷.

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

⁶ BT-Drs. 18/9041 S. 39

⁷ Vgl. unten III.

Der Gesetzgeber des einfachen Rechts kann Verfassungsstreitfragen nicht bindend entscheiden, weil er selbst den Anforderungen der Verfassung unterliegt. Er kann die Verfassung lediglich interpretieren, allerdings mit dem Risiko, im verfassungsgerichtlichen Konfliktfall eines Besseren belehrt zu werden⁸. In seiner Begründung nimmt der Gesetzesentwurf die – vom Bundesverfassungsgericht bislang nicht entschiedene - Streitlage auf und erklärt es für umstritten – „kontrovers diskutiert“ -, ob für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung vom Inland aus über die bestehende Aufgabenzuweisung in § 1 Abs. 2 BNDG hinaus eine spezialgesetzliche Normierung erforderlich sei. Mit der Neuregelung solle vor diesem Hintergrund aber eine Klarstellung auf gesetzlicher Ebene für dieses Mittel geschaffen werden, welches für die Aufgabenerfüllung des BND unverzichtbar sei. Auch würden Kooperationen des BND mit ausländischen öffentlichen Stellen sowie die gemeinsame Datenhaltung des BND mit ausländischen öffentlichen Stellen spezialgesetzlich geregelt⁹. Somit enthält sich die Begründung zwar einer ausdrücklichen Positionierung in der Zweifelsfrage, in welches Grundrecht der BND mit den angestrebten Normierungen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung eingreift. Dass es sich um einen Grundrechtseingriff handelt, wird sachlogisch aber vorausgesetzt, weil es sonst keiner Befugnisnorm bedürfte. Die Beantwortung der Frage ist allerdings mit den Aussagen des Entwurfs im Übrigen recht einfach: Ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 10 GG kommt nicht in Betracht, weil dieser ausschließlich dem Verfahren nach dem G10 unterliegt. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) wird – und auch das ist unstrittig – spätestens betroffen, wenn die im Ausland erhobenen personenbezogenen Daten in Deutschland verarbeitet werden, und das wiederum ist

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

⁹ BT-Drs. 18/9041 S. 27

Ziel der gesamten Aufklärungsoperation. Und für einen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG reichen die neu geschaffenen Regelungen aus¹⁰.

II. Einzelne Regelungen

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

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

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

Mit dem Begriff des „Telekommunikationsnetzes“ als technischer Bezugspunkt der Ausland-Ausland-Aufklärung wird bewusst eine Brücke zu den Regelungen im Telekommunikationsgesetz hergestellt. Die in § 3 Nr. 27 TKG enthaltene Legaldefinition, die ihrerseits Art. 2 Buchst. A der Richtlinie 2002/21/EG vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (ABl. EG Nr. L 108 vom 24.4.2002 S. 33) entspricht, wird in der Begründung ausdrücklich in Bezug genommen¹¹. Somit wird der technische

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

¹¹ BT-Drs. 18/9041 S. 35

Kernbestandteil des Telekommunikationsgeheimnisses im BNDG der Fachgesetzgebung im TKG entnommen: „Mit der Aufnahme des Begriffs Telekommunikationsnetze in die §§ 6 ff. BNDG-E anstelle des im Artikel 10-Gesetzes verwendeten Begriffs der Übertragungswege werden die vielfältigen Möglichkeiten der Kommunikationsübertragung berücksichtigt. Es erfolgt mit der Aufnahme des Begriffs auch eine Angleichung an die im Telekommunikationsgesetz sowie im europäischen Raum genutzten Begrifflichkeiten. Telekommunikationsnetze, die ausschließlich der Anbindung eines einzelnen, individuellen Anschlusses dienen, sind nicht Gegenstand der strategischen Fernmeldeaufklärung.¹²“ Der Gesetzgeber geht also von einer Normprägung¹³ des Fernmeldegeheimnisses im BNDG aus, die sich von der vergleichbaren Regelung im G10 absetzt.

Unter dem Begriff des „Telekommunikationsnetzes“ werden alle technischen Einrichtungen zusammengefasst, die die Übertragung von Signalen ermöglichen. Ein Telekommunikationsnetz wird also durch zwei Kriterien gekennzeichnet: erstens das Vorhandensein technischer Ressourcen, die zweitens der Signalübertragung dienen müssen¹⁴. Einerseits führt die Einbeziehung der Definition von „Telekommunikationsnetz“ nach § 3 Nr. 27 TKG in die Begrifflichkeit von § 6 Abs. 1 BNDG-E zu einer Ausdehnung potentiell betroffener Übertragungswege. Denn das TKG betrifft nicht nur „öffentliche“ Netze, sondern auch geschlossene Nutzergruppen. Als Medien für die Übertragung von Signalen kommen Kabel, Funk, optische und andere elektromagnetische Einrichtungen in Betracht. Schließlich zählen zu den Telekommunikationsnetzen aber auch Satellitennetze, feste und mobile terrestrische Netze sowie Netze für Hör- und Fernsehfunk, auch das Internet und Stromleitungssysteme, sofern sie zur Signalübertragung genutzt werden¹⁵. Andererseits grenzt § 6 Abs. 1 BNDG-E selbst mit der Maßgabe „über die

¹² BT-Drs. 18/9041 S. 38

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

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

¹⁵ Fetzer a.a.O. Rn. 108

Telekommunikation von Ausländern im Ausland erfolgt“ die Reichweite des Netzbegriffs ein. Für die Anordnung einer Maßnahme im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung kommen daher nur solche Telekommunikationsnetze in Betracht, die auch ausländische Telekommunikation – also Telekommunikation von Ausländern im Ausland – führen, unabhängig davon, ob sie über deutsches Territorium geleitet werden. In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird dies beispielhaft erläutert anhand von Telekommunikation zwischen Endnutzern im Ausland, der Verbindung solcher Telekommunikationsnetze im Ausland sowie der Steuerung von Telekommunikation in solchen Netzen. Demnach fallen darunter ebenso Telekommunikationsnetze im Ausland, die nur einem Land zugeordnet sind. Dass über ein Telekommunikationsnetz auch nationale Verkehre geführt werden, steht einer Anordnung nach § 6 BNDG-E nicht entgegen¹⁶.

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

Das Zusammenspiel von § 6 Abs. 1 und Abs. 4 BNDG-E führt zu einer klaren Trennung der Fernmeldeaufklärung nach dem BNDG von der Fernmeldeaufklärung nach dem G10. Außerdem wird sowohl die interne Kontrolle - durch das Bundeskanzleramt als anordnende Stelle und die externe Kontrolle – durch das neu einzuführende Unabhängige Gremium als zusätzliche Kontrollinstanz - verstärkt¹⁷. Denn nach § 6 Abs. 4 BNDG-E ist eine Erhebung von Daten aus Telekommunikationsverkehren von deutschen Staatsangehörigen, von inländischen juristischen Personen oder von sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen unzulässig. Dem systematischen Zusammenspiel von BNDG und G10 zufolge richtet sich die Erhebung von Inhalts- und Verkehrsdaten von deutschen Staatsangehörigen, inländischen juristischen Personen oder sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen stattdessen nach dem Artikel 10-Gesetz. Zur Trennung des entsprechenden

¹⁶ BT-Drs. 18/9041 S. 36

¹⁷ BT-Drs. 18/9041 S. 36

Datenaufkommens setzt der BND ein mehrstufiges automatisiertes Filtersystem ein¹⁸. Die Funktionsweise dieses Filterungssystems ist im Wesentlichen öffentlich bekannt¹⁹.

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

§ 6 Abs. 5 BNDGE legt fest, dass die Informationsgewinnung und -nutzung zur Erzielung von Wettbewerbsvorteilen (Wirtschaftsspionage) – wie bei der Auftragserfüllung durch den BND insgesamt – auch bei der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung unzulässig ist²⁰. Der Begriff „Wirtschaftsspionage“ ist im Wesentlichen unklar. Es ist nicht einmal eindeutig, ob er etwa aus der Sicht eines deutschen oder eines ausländischen Gesetzes verstanden werden soll, denn die Tätigkeit des BND würde sich ja vorrangig gegen ein anderes Land richten. Die deutsche Rechtslage hilft hier nicht weiter. Es fehlt an einer Definition im BNDG, aber auch in anderen Gesetzen. Die daraus resultierende Verlegenheit lässt sich übrigens am Verhältnis von AWG und StGB zeigen: Während das AWG das Interesse der Bundesrepublik Deutschland an der Nutzung von Gütern durch Kontrolle und ggf. Strafbewehrung schützen will, stellt § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB auf eine Verhinderung eines konspirativen Informationstransfers ab. Geht es um die Produktnutzung und -ausbeutung, greift das AWG ein, während § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB im Bereich der sog. Wirtschaftsspionage den konspirativen informativen Technologietransfer verhindern will, also die Ausspähung des industriellen Wissens der Bundesrepublik Deutschland und deren Technologievorsprungs. Das Beschaffen von Produkten im Ausland durch eine staatliche Stelle unter Anwendung geheimdiensttypischer Methoden macht die handelnde Stelle nur dann zu einem „Geheimdienst“ i.S. des § 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB, wenn die beschafften Güter der Gewinnung von technologischen Informationen aus dem Herkunftsland, also dessen Ausforschung, dienen²¹.

¹⁸ BT-Drs. 18/9041 S. 38

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

²⁰ BT-Drs. 18/9041 S. 38

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

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

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

§ 13 BNDG-E strebt die Schaffung einer normativen Grundlage für die Kooperation im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung an. Solche Kooperationen sind politisch sinnvoll und technisch sowie ökonomisch notwendig angesichts der geringen Größe des deutschen Auslandsnachrichtendienstes²². Bisher folgt diese Kooperation allgemeinen Regeln des öffentlichen und internationalen Vertragsrechts²³. Beispiele dafür finden sich in MoA und MoU wie sie Gegenstand öffentlicher Erörterungen im NSA-Untersuchungsausschuss des Bundestages gewesen sind. Die fehlende Bereichsspezifität der Rechtsgrundlagen hat in der

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

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

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

3. Unabhängiges Gremium nach § 16 BNDG-E

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

a) Aufgaben des unabhängigen Gremiums

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

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

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

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

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

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

Die Erhebung von Inhaltsdaten im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung ist nach § 6 Abs. 2 BNDG-E nur anhand von Suchbegriffen zulässig. Es dürfen dabei nur solche Suchbegriffe verwendet werden, die zur Erhebung von auftragsrelevanten Informationen führen, das heißt die für die Aufklärung der nach § 6 Abs. 1 BNDG-E bestimmten Vorgänge geeignet sind²⁴. Die Verwendung dieser Suchbegriffe bedarf nach § 9 Abs. 2 Satz 1 BNDG-E der Bestimmung durch die Behördenleiterin oder den Behördenleiter des BND oder durch eine Vertreterin oder einen Vertreter, und zwar in den Fällen nach § 6 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1, soweit sich diese auf Einrichtungen der Europäischen Union oder auf öffentliche Stellen ihrer Mitgliedstaaten beziehen sowie in den Fällen nach § 6 Absatz

²⁴ BT-Drs. 18/9041 S. 36

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

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

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

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

stichprobenartige Kontrollbefugnis der Einhaltung von Vorgaben des § 6 Abs. 3 BNDG-E zu²⁵.

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

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

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

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

b) Verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer unabhängigen Kontrolle?

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

²⁵ BT-Drs. 18/9041 S. 43

bestellten Organs oder Hilfsorgans bedarf. Hält man die territoriale und personale Reichweite dieses Grundrechtsschutzes – z.B. wegen Normprägung durch das TKG etc. - dagegen für begrenzt, ist der einfache Gesetzgeber zwar nicht verpflichtet, aber dennoch nicht gehindert, ein vergleichbar hohes Schutzregime bei Eingriffen durch den Auslandsnachrichtendienst vorzugeben; er schafft diesen Schutz dann aber ohne verfassungsrechtliche Notwendigkeit und ist insofern frei, ihn auch zu unterschreiten²⁶.

Der vorgelegte Gesetzesentwurf hebt das Schutzregime in eingeschränkter Weise an, nämlich beschränkt auf die Aufklärung von Einrichtungen der Europäischen Union oder von öffentlichen Stellen ihrer Mitgliedstaaten. Geht man davon aus, dass die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nicht dem Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 GG unterfällt, liegt dieser gesetzgeberische Schutzaufwand oberhalb des verfassungsrechtlich Gebotenen. Allerdings traut der Gesetzgeber seiner Einordnung innerhalb der grundrechtlichen Schutzgüterordnung anscheinend selbst nicht ganz. Denn in § 11 BNDG-E ist ein Kernbereichsschutz vorgesehen, der typisch für Eingriffsbefugnisse in Art. 10 Abs. 1 GG ist. Zur Begründung wird ausgeführt, die Vorschrift sehe ebenso wie andere Regelungen²⁷ zum Kernbereichsschutz im Bereich der Telekommunikationsüberwachung ein zweistufiges Schutzkonzept vor, um den Betroffenen vor Eingriffen in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung zu bewahren. Auf Ebene der Datenerhebung bestimmt § 11 Satz 1 BNDG-E, dass eine zielgerichtete Erhebung kernbereichsrelevanter Daten zu unterbleiben hat. Kommt es dennoch zur Erhebung kernbereichsrelevanter Daten, schreibt § 11 Satz 2 BNDG-E ein umfassendes Verwertungsverbot, ein unverzügliches Lösungsgebot sowie eine entsprechende Pflicht zur Protokollierung der Löschung vor²⁸. Man wird also davon auszugehen haben, dass der Gesetzgeber sich mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf kraft eigener Entscheidung für eine bestimmte Anzahl

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

²⁷ vgl. etwa § 100a Absatz 4 der Strafprozessordnung sowie § 5a G10

²⁸ BT-Drs. 18/9041 S. 46

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

Die selbstgewählte Bindung an Art. 2 Abs. 1 GG führt - ungeachtet der Geltungsbereichweite von Art. 10 GG – zu einem anderen Grund für einen hohen Schutz vor Maßnahmen der Ausland-Ausland-Überwachung. Das Bundesverfassungsgericht hat hohe Anforderungen an die Ermächtigung zu heimlichen Überwachungsmaßnahmen unabhängig von der Betroffenheit bestimmter grundrechtlicher Schutzbereiche aufgestellt²⁹. Für tief in die Privatsphäre eingreifende Ermittlungs- und Überwachungsbefugnisse, hat das Bundesverfassungsgericht aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne übergreifende Anforderungen abgeleitet. Diese betreffen spezifisch breitenwirksame Grundrechtsgefährdungspotenziale, insbesondere solche der elektronischen Datenverarbeitung³⁰, ebenso wie einzelfallbezogene Maßnahmen gegen Betroffene, die in den Fokus der handelnden Behörden geraten sind³¹. Dabei ist zum einen auf die Hochwertigkeit des mit dem Eingriff verteidigten Schutzgutes abzustellen (aa)), aber auch auf die mögliche Betroffenheit der überwachten Person in subjektiven Rechten (bb)), das Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte für die Erforderlichkeit der Maßnahme (cc)) auf die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme im engeren Sinn (dd)).

aa) Hochwertigkeit des verteidigten Schutzgutes

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

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

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

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

bb) Möglichkeit einer Betroffenheit in subjektiven Rechten

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

Eine Rücksicht auf subjektive Rechte ist nicht geboten, wenn es um die Aufklärung staatlicher Stellen, insbesondere ausländische Regierungen geht. Denn diese genießen keinen wie auch immer herzuleitenden grundrechtlichen Schutz³². Davon ausgehend schränkt § 6 Abs. 3 Satz 1 BNDG-E die Aufklärung von Einrichtungen der Europäischen Union und von öffentlichen Stellen ihrer Mitgliedsstaaten spezialgesetzlich ein, die andernfalls keinen besonderen Schutz vor der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung genießen würden.

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

cc) Tatsächliche Anhaltspunkte für die Erforderlichkeit der Maßnahme

Ein rechtmäßiger Eingriff setzt aber weiterhin grundsätzlich voraus, dass der Adressat der Maßnahme in die mögliche Rechtsgutverletzung aus Sicht eines verständigen Dritten den objektiven Umständen nach verfangen ist. Eine vorwiegend auf den Intuitionen der Sicherheitsbehörden beruhende bloße Möglichkeit weiterführender Erkenntnisse genügt zur Durchführung solcher Maßnahmen nicht³³. Nun erfordert die nachrichtendienstliche Tätigkeit i.U. zur konkreten Gefahr im Gefahrenabwehrrecht zwar grundsätzlich nur tatsächliche Anhaltspunkte für die Aufklärungstätigkeit. Die aus verfassungsrechtlichen Gründen verlangte Mindestanforderung für das Ergreifen von Maßnahmen drückt sich aber in der bereits in § 3 Satz 1 BNDG vorhandenen nachrichtendienstlichen Eingriffsschwelle für besondere Formen der Datenerhebung aus: Der Bundesnachrichtendienst darf zur heimlichen Beschaffung von Informationen einschließlich personenbezogener Daten die Mittel gemäß § 8 Abs. 2 des Bundesverfassungsschutzgesetzes anwenden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass dies zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist. Die unscharfe Streuung der Maßnahmen wird im Übrigen auch dadurch vermieden, dass mit Suchbegriffen gearbeitet wird, deren Vergabe an bestimmte Voraussetzungen genknüpft ist (§ 9 BNDG-E).

dd) Verhältnismäßigkeit der Maßnahme im engeren Sinn

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

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

heimlich durchgeführt werden, bedürfen grundsätzlich einer vorherigen Kontrolle durch eine unabhängige Stelle, etwa in Form einer richterlichen Anordnung³⁴. Dies folgt im Übrigen unmittelbar aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz³⁵. Der Gesetzgeber hat das Gebot vorbeugender unabhängiger Kontrolle in spezifischer und normenklarer Form mit strengen Anforderungen an den Inhalt und die Begründung der gerichtlichen Anordnung zu verbinden. Hieraus folgt zugleich das Erfordernis einer hinreichend substantiierten Begründung und Begrenzung des Antrags auf Anordnung, die es dem Gericht oder der unabhängigen Stelle erst erlaubt, eine effektive Kontrolle auszuüben. Insbesondere bedarf es der vollständigen Information seitens der antragstellenden Behörde über den zu beurteilenden Sachstand³⁶. In Anknüpfung hieran ist es Aufgabe und Pflicht des Gerichts oder der sonst entscheidenden Personen, sich eigenverantwortlich ein Urteil darüber zu bilden, ob die beantragte heimliche Überwachungsmaßnahme den gesetzlichen Voraussetzungen entspricht³⁷. Das Bundesverfassungsgericht erörtert die Kontrollanforderungen am Beispiel gerichtlichen Rechtsschutzes, hält diese Form aber nicht für die allein denkbare, denn es spricht von „dem Gericht oder der unabhängigen Stelle“. Insoweit ist auch der vorliegende Gesetzesentwurf frei, sich beispielsweise für eine nicht-justizielle Lösung in Gestalt eines unabhängigen administrativen Gremiums zu entscheiden.

c) Unabhängiges Gremium als parlamentarisches, judikatives oder exekutives Organ

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

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

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

³⁶ BVerfGE 103, 142 <152 f.>

³⁷ BVerfGE 125, 260 <338>

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

aa) Parlamentarisches Organ?

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

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

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

bb) Judikatives Organ?

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

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

Das Unabhängige Gremium könnte nur dann als Rechtsprechungsorgan verstanden werden, wenn es den Kriterien dafür genüge. Nur in diesem Fall würde es die Schutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleisten können. Die Anforderungen an ein Organ der rechtsprechenden Gewalt sind in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zwar weitgehend geklärt, aber – aus Gründen des gesetzlichen Gestaltungsreichtums – nicht abschließend beschrieben. Die Qualifizierung der Tätigkeit des Unabhängigen Gremiums als Rechtsprechung hätte zur Folge, dass gegen seine Tätigkeit nicht die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gälte. Art. 19 Abs. 4 GG enthält zwar ein Grundrecht auf effektiven und möglichst lückenlosen gerichtlichen Schutz gegen Akte der „öffentlichen Gewalt“³⁸. Nicht „zur öffentlichen Gewalt“ im Sinne dieser Bestimmung gehören allerdings Akte der Rechtsprechung. Denn Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gewährt Schutz durch den Richter, nicht gegen den Richter³⁹. Ob die Wahrnehmung einer Aufgabe als "Rechtsprechung" anzusehen ist, hängt wesentlich von der verfassungsrechtlichen, traditionellen oder durch den Gesetzgeber vorgenommenen Qualifizierung ab⁴⁰. Nicht alles, was zu den Aufgaben der Gerichte gehört, ist materielle Rechtsprechung, die nach Art. 20 Abs. 2 Satz 2, 92 GG den Richtern vorbehalten ist⁴¹. Der Gesetzgeber ist nicht gehindert,

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

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

⁴⁰ BVerfGE 22, 49 (76 ff.); 64, 175 (179)

⁴¹ BVerfGE 22, 49 (78)

Aufgaben, die nicht ohne weiteres zu den regelmäßigen und typischen Aufgaben der Gerichte gehören, dem Richter anzuvertrauen, sofern das Grundgesetz deren Wahrnehmung nicht einer anderen Gewalt vorbehält⁴²⁴³. Von der Ausübung rechtsprechender Gewalt kann - in allein organisationsrechtlicher Betrachtung - nicht schon dann gesprochen werden, wenn ein staatliches Gremium mit unabhängigen Richtern im Sinne der Art. 92 ff. GG besetzt ist. Sinn und Zweck des IX. Abschnitts des Grundgesetzes, der für den Bereich der Rechtsprechung eine besondere Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der Willensbildung im System der Gewaltenteilung gewährleisten will⁴⁴, entspräche es nicht, allein aus der Besetzung eines staatlichen Gremiums mit unabhängigen Richtern auf die Ausübung rechtsprechender Gewalt zu schließen⁴⁵. Insofern wäre allein der überwiegende Anteil von Richterinnen und Richtern, den § 16 Abs. 1 BNDG-E für das Unabhängige Gremium vorsieht, kein ausreichendes Kriterium, darin ein staatliches Gericht zu sehen, und sei es auch nur eines mit nichtrichterlichen Beisitzern.

Der Begriff der rechtsprechenden Gewalt wird vielmehr maßgeblich von der konkreten sachlichen Tätigkeit her, somit materiell bestimmt. Um Rechtsprechung in einem materiellen Sinn handelt es sich, wenn bestimmte hoheitsrechtliche Befugnisse bereits durch die Verfassung Richtern zugewiesen sind oder es sich von der Sache her um einen traditionellen Kernbereich der Rechtsprechung handelt⁴⁶. Diesen Voraussetzungen genügt das Unabhängige Gremium nicht. Daneben ist rechtsprechende Gewalt im Sinne des Art. 92 GG auch dann gegeben, wenn der Gesetzgeber für einen Sachbereich, der nicht schon materiell dem Rechtsprechungsbegriff unterfällt, eine Ausgestaltung wählt, die bei funktioneller Betrachtung nur der rechtsprechenden Gewalt zukommen kann. In funktioneller Hinsicht handelt es sich - ungeachtet des jeweiligen sachlichen Gegenstandes - um

⁴² BVerfGE 64, 175 (179)

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

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

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

⁴⁶ BVerfGE 22, 49 <76 f.>

Rechtsprechung, wenn der Gesetzgeber ein gerichtsförmiges Verfahren hoheitlicher Streitbeilegung vorsieht und den dort zu treffenden Entscheidungen eine Rechtswirkung verleiht, die nur unabhängige Gerichte herbeiführen können. Zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen der Rechtsprechung in diesem Sinne gehört das Element der Entscheidung, der letztverbindlichen, der Rechtskraft fähigen Feststellung und des Ausspruchs dessen, was im konkreten Fall rechtens ist⁴⁷. Nach Art. 92 GG ist es Aufgabe der Gerichte, Rechtssachen mit verbindlicher Wirkung zu entscheiden, und zwar in Verfahren, in denen durch Gesetz die erforderlichen prozessualen Sicherungen gewährleistet sind und der verfassungsrechtlich geschützte Anspruch auf rechtliches Gehör besteht⁴⁸. Kennzeichen rechtsprechender Tätigkeit ist daher typischerweise die letztverbindliche Klärung der Rechtslage in einem Streitfall im Rahmen besonders geregelter Verfahren⁴⁹. An einem solchen Streitfall fehlt es hinsichtlich der von dem Unabhängigen Gremium vorzunehmenden Rechtshandlungen. Die ihm übertragenen Aufgaben liegen zum Teil in der Ausfüllung von Genehmigungsvorbehalten und zum Teil in nachträglicher oder begleitender Kontrolle von Aufklärungstätigkeit des Bundesnachrichtendienstes. Insbesondere fehlt es für einen „Streitfall“ an den streitenden Parteien; der von den rechtlichen Eingriffen Betroffene ist in den einschlägigen Vorgängen nämlich weder persönlich noch durch einen Bevollmächtigten vertreten.

cc) Administratives Organ?

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

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

⁴⁸ BVerfGE 4, 358 <363>

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

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

dd) Zu beantwortende Anschlussfragen

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

aaa) Übrigbleibende Fragen zur Rechtsschutzgewährung nach

Art. 19 Abs. 4 GG

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

Da solche Maßnahmen, um ihren Zweck zu erreichen, heimlich durchgeführt werden müssen, hat der Gesetzgeber zur Gewährleistung subjektiven Rechtsschutzes im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG vorzusehen, dass die Betroffenen zumindest nachträglich von den Überwachungsmaßnahmen grundsätzlich in Kenntnis zu setzen sind. Ausnahmen kann er in Abwägung mit verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern Dritter vorsehen. Sie sind jedoch auf das unbedingt Erforderliche zu beschränken⁵⁰. Denkbar sind Ausnahmen von den Benachrichtigungspflichten etwa, wenn die Kenntnis von der Maßnahme dazu führen würde, dass diese ihren Zweck verfehlte, wenn die Benachrichtigung nicht ohne Gefährdung von Leib und Leben einer Person geschehen könnte, oder wenn ihr überwiegende Belange einer betroffenen Person entgegenstünden, etwa weil durch die Benachrichtigung von einer Maßnahme, die keine weiteren Folgen gehabt hat, der Grundrechtseingriff noch vertieft würde. Liegen zwingende Gründe vor, die eine nachträgliche Benachrichtigung ausschließen, ist dies richterlich zu bestätigen und in regelmäßigen Abständen zu prüfen⁵¹.

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

⁵⁰ BVerfGE 125, 260 <336>

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

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

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

bbb) Ständiger Abwesenheitsvertreter beim Unabhängigen Gremium?

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in seiner Entscheidung zum G10 im Jahre 1999 aus der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG eine Benachrichtigungspflicht gegenüber dem Betroffenen abgeleitet⁵². Begrenzungen des Anspruchs hat es allerdings auch nach Art. 19 Abs. 4 GG, der einer gesetzlichen Ausgestaltung bedarf,

⁵² BVerfGE 65, 1 <70>

nicht ausgeschlossen⁵³. Der Benachrichtigung dürfte in den Fällen der Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung nicht nur das in der Natur der Maßnahme liegende Geheimhaltungsbedürfnis entgegenstehen, sondern auch die praktische Schwierigkeit fehlender Kenntnis von Identität und Erreichbarkeit der aufzuklärenden Person. Es sollte daher überlegt werden, ob für das Verfahren vor dem Unabhängigen Gremium gesetzlich die Bestellung eines Abwesenheitsvertreters vorgesehen werden soll. Damit könnte dem in seiner jetzigen Ausgestaltung rein objektivrechtlichen Verfahren eine subjektivrechtliche Verfahrenskomponente hinzugefügt werden. Damit würde auch das Risiko vermindert, dass im Falle einer Übertragung von Rechtsgrundsätzen des Bundesverfassungsgerichts aus der Entscheidung zum BKAG auf die Ausland-Ausland-Überwachung die Rechtsschutzinteressen der aufzuklärenden Person als zu gering gewichtet angesehen würden.

ccc) Richterdienstrechtliche Folgefragen

Ein weiteres Problem ergibt sich aus dem Richterdienstrecht. Nach § 4 Abs. 1 DRiG darf ein Richter Aufgaben der rechtsprechenden Gewalt und Aufgaben der gesetzgebenden oder der vollziehenden Gewalt nicht zugleich wahrnehmen. Ausnahmen von dieser Unvereinbarkeitsregelung sind in § 4 Abs. 2 DRiG aufgeführt, unter denen sich – naheliegender Weise – das Unabhängige Gremium nicht befindet. Die Aufzählung der drei Gewalten in § 4 Abs. 1 DRiG entspricht erkennbar der Systematik des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 2 Satz 2, Art. 92 GG). Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG bestimmt, dass die Staatsgewalt vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird. Das Verbot des § 4 Abs. 1 DRiG versteht sich als unmittelbare Folge der Gewaltentrennung⁵⁴. Demgemäß hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass der Begriff der "vollziehenden Gewalt"

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

⁵⁴ BTDrucks 3/516 S. 33

in § 4 Abs. 1 DRiG dem in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG entspricht und hier wie dort gleichbedeutend mit dem der "Verwaltung" ist⁵⁵. Ist das Unabhängige Gremium als Verwaltungsbehörde oder Teil einer solchen anzusehen, kommt daher die Befassung von Richtern mit dieser Tätigkeit nicht in Betracht, solange es nicht unter der Ausnahmeregelung in § 4 Abs. 2 DRiG aufgeführt wird. Eine entsprechende Änderung des Deutschen Richtergesetzes müsste im Gesetzgebungsverfahren somit noch unternommen werden.

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Entschädigung (§ 18 BNDG-E)

Nach § 18 BNDG-E vereinbart der Bundesnachrichtendienst mit den nach § 8 Abs. 1 Satz 1 oder § 12 Abs. 2 Satz 4 BNDG-E verpflichteten Unternehmen für die dort genannten Leistungen eine Entschädigung, deren Höhe sich an den nachgewiesenen tatsächlichen Kosten orientiert. Die Vorschrift ist zu begrüßen. Sie regelt die Entschädigung der in Anspruch genommenen Anbieter von Telekommunikationsdiensten. Dabei werden die Kosten nicht pauschal erstattet, sondern die tatsächlich entstandenen Kosten müssen durch die Verpflichteten nachgewiesen werden und werden sodann ersetzt⁵⁶. Eine vergleichbare Regelung in § 110 Abs. 1 Nr. 1 TKG geht von einer Kostentragung durch die Verpflichteten selbst aus. Diese Bestimmung ist aus verfassungsrechtlichen Gründen in der Literatur und Rechtsprechung umstritten⁵⁷. Das Bundesverfassungsgericht hat eine einschlägige Richtervorlage zur Überprüfung nicht angenommen⁵⁸. Die Streitfrage muss somit weiterhin als unentschieden gelten. Daher ist die Schaffung einer

⁵⁶ BT-Drs. 18/9041 S. 55

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

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

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

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

Nach § 26 Abs. 2 Nr. 2 BNDG-E ist Voraussetzung einer Zusammenarbeit nach § 26 Abs. 1 BNDG-E, dass in den teilnehmenden Staaten die Einhaltung grundlegender rechtsstaatlicher Prinzipien gewährleistet ist. Dies deckt sich mit den vergleichbaren Anforderungen aus dem Urteil des BVerfG zu den heimlichen Überwachungsvorschriften im BKAG. Denn die Übermittlung von personenbezogenen Daten an öffentliche Stellen anderer Staaten ist, wie die Übermittlung an innerstaatliche Stellen auch, eine Zweckänderung. Sie ist insoweit nach den allgemeinen Grundsätzen jeweils an den Grundrechten zu messen, in die bei der Datenerhebung eingegriffen wurde. Für die Übermittlung ins Ausland gelten aber auch mit Blick auf die Achtung fremder Rechtsordnungen und -anschauungen eigene verfassungsrechtliche Bedingungen⁵⁹.

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

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

Gewalt programmatisch auf internationale Zusammenarbeit ausgerichtet⁶⁰. Hierzu gehört ein Umgang mit anderen Staaten auch dann, wenn deren Rechtsordnungen und -anschauungen nicht vollständig mit den deutschen innerstaatlichen Auffassungen übereinstimmen⁶¹. Ein solcher Datenaustausch zielt auch darauf, die zwischenstaatlichen Beziehungen im gegenseitigen Interesse wie auch die außenpolitische Handlungsfreiheit der Bundesregierung zu erhalten⁶². Auch bei der Entscheidung über eine Übermittlung von personenbezogenen Daten ins Ausland bleibt die deutsche Staatsgewalt im Ausgangspunkt allerdings an die Grundrechte gebunden (Art. 1 Abs. 3 GG), während die ausländische Staatsgewalt nur ihren eigenen rechtlichen Bindungen verpflichtet ist.

Von daher ergeben sich zum einen Grenzen einer Übermittlung in Blick auf die Wahrung datenschutzrechtlicher Garantien. Die Grenzen der inländischen Datenerhebung und -verarbeitung durch das Grundgesetz dürfen durch einen Austausch zwischen den Sicherheitsbehörden nicht in ihrer Substanz unterlaufen werden. Der Gesetzgeber hat daher dafür Sorge zu tragen, dass dieser Grundrechtsschutz durch eine Übermittlung der von deutschen Behörden erhobenen Daten ins Ausland und an internationale Organisationen ebenso wenig ausgehöhlt wird, wie durch eine Entgegennahme und Verwertung von durch ausländische Behörden menschenrechtswidrig erlangten Daten⁶³.

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

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

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

⁶² BVerfGE 108, 129 <137>

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

wenn zu befürchten ist, dass elementare rechtsstaatliche Grundsätze verletzt werden⁶⁴. Keinesfalls darf der Staat seine Hand zu Verletzungen der Menschenwürde⁶⁵ reichen⁶⁶.

§ 26 Abs. 2 Nr. 2 BNDG-E fasst diese Voraussetzungen in's Auge und schränkt ein, die Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien in den teilnehmenden Staaten erfordert keinen der deutschen Rechtsordnung gleichartigen Schutz. Das Grundgesetz erkennt die Eigenständigkeit und Verschiedenartigkeit der Rechtsordnungen an und respektiert sie grundsätzlich auch im Rahmen des Austauschs von Daten. Sichergestellt sein muss jedoch, dass der Datenumgang durch die Partnerdienste nicht elementare Anforderungen des menschenrechtlichen Schutzes bzw. an die Rechtsstaatlichkeit unterläuft⁶⁷. Dies entspricht den Anforderungen, die das BVerfG in seinem Urteil zum BKAG aufgestellt hat.

Fraglich ist allerdings, ob die formelhafte Einschränkung der Datenübermittlung in das Ausland in § 26 Abs. 2 Nr. 2 BNDG-E genügt. Die Gewährleistung des geforderten Schutzniveaus im Empfängerstaat muss nicht für jeden Fall einzeln geprüft und durch völkerrechtlich verbindliche Einzelzusagen abgesichert werden. Der Gesetzgeber kann diesbezüglich auch eine generalisierende tatsächliche Einschätzung der Sach- und Rechtslage der Empfängerstaaten durch die übermittelnde Behörde – im entschiedenen Fall des BVerfG: das Bundeskriminalamt - ausreichen lassen. Diese kann so lange Geltung beanspruchen, wie sie nicht durch entgegenstehende Tatsachen in besonders gelagerten Fällen erschüttert wird⁶⁸. Lassen sich Entscheidungen mit Blick auf einen Empfängerstaat nicht auf solche Beurteilungen stützen, bedarf es aber einer mit Tatsachen unterlegten Einzelfallprüfung, aus der sich ergibt, dass die Beachtung jedenfalls den grundlegenden Anforderungen an den Umgang mit Daten hinreichend gewährleistet ist. Erforderlichenfalls können und müssen verbindliche

⁶⁴ BVerfGE 108, 129 <136 f.>

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

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

⁶⁷ BT-Drs. 18/9041 S. 58

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

Einzelgarantien abgegeben werden. Grundsätzlich ist eine verbindliche Zusicherung geeignet, etwaige Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Datenübermittlung auszuräumen, sofern nicht im Einzelfall zu erwarten ist, dass die Zusicherung nicht eingehalten wird⁶⁹.

Welche Anforderungen gelten, kann der Gesetzgeber auch von einer Einzelfallabwägung abhängig machen. Die Vergewisserung über das geforderte Schutzniveau - sei es generalisiert, sei es im Einzelfall - ist eine nicht der freien politischen Disposition unterliegende Entscheidung deutscher Stellen. Sie hat sich auf gehaltvolle wie realitätsbezogene Informationen zu stützen und muss regelmäßig aktualisiert werden. Ihre Gründe müssen nachvollziehbar dokumentiert werden. Die Entscheidung muss durch die Datenschutzbeauftragten überprüfbar sein und einer gerichtlichen Kontrolle⁷⁰ zugeführt werden können⁷¹. Diesen verfassungsgerichtlichen Anforderungen kommt § 26 Abs. 4 BNDG-E nach, wonach die Ziele der Zusammenarbeit sowie die Einzelheiten der gemeinsamen Datennutzung vor Beginn der Zusammenarbeit zwischen dem Bundesnachrichtendienst und den teilnehmenden ausländischen öffentlichen Stellen in einer Absichtserklärung schriftlich niederzulegen sind (Satz 1). In die Absichtserklärung ist neben der Festlegung des Zwecks der Datei insbesondere aufzunehmen, dass (Nr. 1.) die Daten nur für diesen Zweck verwendet werden dürfen und (Nr. 2.) der Bundesnachrichtendienst sich vorbehält, um Auskunft über die vorgenommene Verwendung der in die gemeinsame Datei übermittelten Daten zu bitten (Satz 2).

III. Zitiergebot

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

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

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

Nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG muss ein Gesetz dasjenige Grundrecht unter Angabe seines Artikels nennen, das durch dieses Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes eingeschränkt wird. Grundrechte, die im Gesetz nicht als eingeschränkt zitiert werden, obwohl sie zitiert werden müssen, dürfen auch nicht eingeschränkt werden. Verfassungsrechtliche Grenze zulässiger Informationserhebung durch den BND ist somit das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG. Das Zitiergebot findet Anwendung auf Grundrechte, die aufgrund ausdrücklicher Ermächtigung vom Gesetzgeber eingeschränkt werden dürfen⁷², beispielsweise Art. 10 GG und Art. 13 GG. Die Verletzung des Zitiergebots führt zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes⁷³. Das Zitiergebot erfüllt - bei nachkonstitutionellen Gesetzen - eine Warn- und Besinnungsfunktion⁷⁴. Durch die Benennung des Eingriffs im Gesetzeswortlaut soll sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber nur Eingriffe vornimmt, die ihm als solche bewusst sind und über deren Auswirkungen auf die betroffenen Grundrechte er sich Rechenschaft ablegt⁷⁵. Die ausdrückliche Benennung erleichtert es auch, die Notwendigkeit und das Ausmaß des beabsichtigten Grundrechtseingriffs in öffentlicher Debatte zu klären.

Die Warn- und Besinnungsfunktion betrifft nicht nur eine erstmalige Grundrechtseinschränkung, sondern wird bei jeder erheblichen Veränderung der Eingriffsvoraussetzungen bedeutsam, die zu neuen Grundrechtseinschränkungen führt. Wird die Eingriffsgrundlage deutlich erweitert, greift das Zitiergebot⁷⁶. Bei Gesetzen, die lediglich bereits geltende Grundrechtseinschränkungen unverändert oder mit geringen Abweichungen wiederholen, findet das Zitiergebot hingegen keine Anwendung⁷⁷. Hier liegt eine Signifikanz des BNDG. Nur in ganz speziellen Kontexten zitiert wird insbesondere Art. 13 GG, aber auch Art. 10 GG, weshalb in

⁷² BVerfGE 64, 72 <79 f.>

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

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

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

⁷⁶ BVerfGE 113, 348 <366 f.>

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

beide vom BND nicht aufgrund des BNDG, sondern – in letzteres – aufgrund des G 10 eingegriffen werden darf⁷⁸.

Nicht genannte Garantien dürfen nur eingeschränkt werden, wenn dies ohne ausdrückliche Nennung im Gesetz zulässig ist – etwa Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 GG⁷⁹. Ob die durch die Ausland-Ausland-Aufklärung erfassten Fernmeldeverkehre überhaupt dem Schutzbereich eines deutschen Grundrechts zugeordnet werden, bleibt offen, ist aber für die notwendige Beschaffenheit des Kontrollregiments von Bedeutung. Nach der Entwurfsbegründung stützt sich die Fernmeldeaufklärung vom Ausland aus weiterhin auf § 1 Abs. 1 BNDG⁸⁰. Sie wird demnach gar nicht als Grundrechtseingriff angesehen, für welchen die Aufgabenbeschreibung des § 1 Abs. 1 BNDG nicht ausreichen würde, sondern eine Befugnis erforderlich wäre. Demgegenüber wird der vom Inland aus erfolgenden Fernmeldeaufklärung des BND gegenüber Ausländerinnen und Ausländern im Ausland offenbar als rechtlich invasiver angesehen, denn die darauf gerichtete Tätigkeit des BND soll „klarstellend geregelt“ werden⁸¹. Was genau klargestellt werden soll, wird aber nicht mitgeteilt, insbesondere auch nicht, ob und ggfs. in welche Grundrechte nach der Vorstellung des Gesetzgebers eingegriffen werden darf. Man wird den Gesetzesentwurf somit – bona fide – dahingehend zu verstehen haben, dass er höchstens zu Eingriffen in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG befugt, welche dem Zitiergebot nicht unterliegen. Diese Frage bleibt streitig, solange es keine einschlägige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gibt. Es ist dem Entwurf aber auch zu konzедieren, dass eine „vorsorgliche“ Erwähnung von Art. 10 Abs. 1 GG die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Zitiergebotes nicht erfüllen könnte, weil es der Gesetzgebung dann an der erforderlichen Klarheit fehlen würde.

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

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

⁸⁰ BT-Drs. 18/9041 S. 33

⁸¹ BT-Drs. 18/9041 S. 33

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

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

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

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

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

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

Stiftung Neue Verantwortung | Berliner Freiheit 2 | Beisheim Center | 10785 Berlin

Herrn Ministerialrat Dr. Heynckes
Leiter Sekretariat PA 4
Deutscher Bundestag
Platz der Republik 1
10111 Berlin

Berlin, 19.09.2016

-Per E-Mail-

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes (BND) sowie weiterer Vorlagen

Gliederung

1. Einleitung2
2. Grundlegende Anmerkungen zur BND-Reform.....2
3. Vorzüge des BNDG-Entwurfs (Drucksache 18/9041).....4
4. Allgemeine Kritik am BNDG-Entwurf (Drucksache 18/9041)5
5. Die juristische Kontrolle der Auslands-Auslands-Fernmeldeaufklärung.....8

1. Einleitung

Ich bedanke mich für die Gelegenheit, die BND-Reform auf Basis meines Hintergrunds und meiner Expertise zu bewerten. Als Politologe habe ich am Genfer Hochschulinstitut für internationale Studien und Entwicklung zu Fragen der Regierungsverantwortung und der Leistungsfähigkeit der parlamentarischen Nachrichtendienstkontrolle promoviert. Bei der Stiftung Neue Verantwortung leite ich das Privacy Project – ein öffentliches Forum und unabhängiger Ideengeber für eine demokratische und professionelle Nachrichtendienstpolitik im digitalen Zeitalter.

In den letzten Monaten stand neben verfassungs- und grundrechtlichen Fragen zur bevorstehenden BND-Reform auch die Praxis der juristischen Kontrolle von strategischen Überwachungsmaßnahmen im Vordergrund der Arbeit im Privacy Project. In Expertenworkshops und öffentlichen Fachgesprächen wurden dabei wichtige Punkte diskutiert, die ich auch in dieser Stellungnahme aufgreifen werde. Dabei beziehe ich mich vornehmlich auf die im BNDG-Entwurf (BT-Drs. 18/9041) vorgesehenen Bestimmungen zur Anordnung, Unterrichtung und zur Kontrolle der Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung.

2. Grundlegende Anmerkungen zur BND-Reform

Im Zuge der Ermittlungen des NSA-Untersuchungsausschusses wurden für einen Großteil der technischen Aufklärung des BND gravierende Defizite in Bezug auf die Rechtsgrundlagen, Regierungsführung und Kontrolle identifiziert. Im Juni 2015 hat die SPD-Bundestagsfraktion in ihrem Eckpunktepapier „Rechtsstaat wahren – Sicherheit gewährleisten!“ weitreichende Konsequenzen gefordert und die wesentlichen Bausteine einer verfassungsrechtlich gebotenen Reform der strategischen Fernmeldeaufklärung formuliert.¹ Damit wurde innerhalb der Bundesregierung eine Reformdebatte angeschoben, deren konkretes Ziel die Abstellung der im Untersuchungsausschuss identifizierten Probleme war.

Um Rechtssicherheit für die Dienste zu schaffen und um das Vertrauen der Öffentlichkeit in die interne Kontrolle des BND, in die Fachaufsicht des Bundeskanzleramtes und in die vom

¹ SPD-Bundestagsfraktion. 2015. „Rechtsstaat wahren – Sicherheit gewährleisten! Erste Konsequenzen aus dem NSA-Skandal: Eckpunkte der SPD-Bundestagsfraktion für eine grundlegende Reform der Strategischen Fernmeldeaufklärung des BND mit internationaler Vorbildwirkung“. Quelle: http://www.spdfraktion.de/system/files/documents/2015-06-16-eckpunkte_reform_strafma-r-endfassung.pdf (abgerufen am 16.09.2016).

Bundestag verantwortete Kontrolle wiederherzustellen, hat die Bundesregierung nun eine umfangreiche Gesetzesreform vorgelegt.

Jetzt steht der Innenausschuss in der Pflicht, die bedeutendste Reform des Nachrichtendienstrechts der letzten Jahrzehnte in einem zeitlich ambitionierten Gesetzgebungsverfahren zu beraten. Von besonderer Bedeutung für das Gelingen der Reform ist, dass die richtigen Konsequenzen aus den Versäumnissen und Unzulänglichkeiten der vergangenen Jahre gezogen werden, die im Rahmen der Tätigkeit des NSA-Untersuchungsausschusses (NSA-UA) aufgedeckt wurden. Der Bundestag sollte neben der Rechtssicherheit durch klare gesetzliche Vorgaben auch den Prinzipien von Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz Genüge zu tun.

Zudem sollte dafür Sorge getragen werden, dass Deutschland einen handlungsfähigen Auslandsnachrichtendienst unterhält, der maßgeblich zur Sicherheit Deutschlands beitragen kann. Dazu gehört neben einer effektiven Kooperation des BND mit ausländischen Nachrichtendiensten auch der effektive und zugleich möglichst grundrechtsschonende Einsatz der Instrumente der technischen Aufklärung, zu der die Kommunikationsüberwachung im Internet zählt. Die nationale Sicherheit würde Schaden nehmen, wenn alle von der Exekutive beantragten Maßnahmen ohne wirksame juristische Prüfung auf Zulässigkeit und Verhältnismäßigkeit einfach durchgewunken werden könnten beziehungsweise die Antragskriterien inhaltlich so abgesenkt würden, dass es de facto kaum noch Spielraum für die juristische Kontrolle gäbe. Eine solche massive Einschränkung der Kontrolle birgt, wie anhand der Arbeit im NSA-UA deutlich wurde, das Risiko, dass die technische Aufklärung des BND ein Eigenleben führt und dass sich der Dienst im Zuge seiner gewaltigen Erfassungskapazitäten im Datensumpf verzetteln könnte.²

Allerdings werden in der Praxis nicht alle einzelnen Überwachungsmaßnahmen minutiös angeordnet und einem langwierigen Genehmigungs- und Prüfverfahren unterzogen werden können. Suchbegriffe können sich, wie eben auch Gefahrenlagen, stündlich ändern. Umso

² Dass diese Gefahr besteht, wird nicht nur von Kritikern der Nachrichtendienste vorgebracht, sondern auch von Mitarbeitern der Dienste. Beispielsweise haben britische Beamte in einem Briefing für das Cabinet Office und das Treasury Department im Februar 2010 ausgeführt: „The Security Service can currently collect more than it is able to exploit. This creates a real risk of ‚intelligence failure‘ i.e. from the Service being unable to access potentially life-saving intelligence from data that it has already collected.“ Quelle: <https://theintercept.com/document/2016/06/07/digint-narrative> (abgerufen am 16.09.2016).

wichtiger erscheint es daher, dass die Dienste regelmäßig mit einer unabhängigen juristischen Prüfung der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung rechnen müssen.

Dem BNDG-Entwurf zufolge soll nicht die G 10-Kommission, sondern ein neu zu gründendes Unabhängiges Gremium (UG) mit Sitz in Karlsruhe für die Kontrolle der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung zuständig sein. Das Mandat des UG (§ 9 und § 16 BNDG-E) bleibt deutlich hinter dem Anspruch einer umfassenden, regelmäßigen und effizienten juristischen Kontrolle zurück.³ Insbesondere die Kontrollbefugnisse und die Unterrichtungspflichten des UG sollten im Gesetzgebungsverfahren noch deutlich ausgeweitet und präziser festgeschrieben werden.

Die in dieser Stellungnahme unter Punkt 5 aufgeführten Vorschläge zeigen Wege auf, wie der Bundestag der geplanten Ausweitung und Legalisierung von Kommunikationsüberwachung des BND eine wirksamere juristische Kontrolle entgegenstellen könnte.

3. Vorzüge des BNDG-Entwurfs (BT-Drs. 18/9041)

Im internationalen Vergleich ist es keine Selbstverständlichkeit, dass die Gewaltenteilung bei der Anordnung und Kontrolle von nachrichtendienstlicher Kommunikationsüberwachung im Allgemeinen und bei der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung im Besonderen berücksichtigt wird.⁴ Von daher ist es positiv hervorzuheben, dass mit der BND-Reform weitere Bereiche des Handlungsspektrums der Exekutive rechtsstaatlich eingeeht werden sollen.

Mit den Vorschriften des Abschnitt 2 stellt der Entwurf das Kerngeschäft des BND – die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung sowie ein großer Teil der SIGINT-Kooperation mit ausländischen Nachrichtendiensten – auf eine präzisere gesetzliche Grundlage. Dimensionen der Nachrichtendienstführung, die über Jahre an den Kontrollgremien des Bundestages und der Öffentlichkeit vorbeigegangen sind, werden mit dem BNDG-E erstmalig gesetzlich festgeschrieben und demokratisch legitimiert. Die vom Inland aus betriebene Ausland-

³ Siehe dazu auch das Eckpunktepapier der SPD-Bundestagsfraktion vom Juni 2015 (wie Fußnote 1), insbesondere S. 3 und S. 8. Dort wurde unter anderem folgende Forderung erhoben: „Bereits existierende Kontrollbefugnisse müssen auf die gesamte Fernmeldeaufklärung ausgeweitet werden. [...] [Die Unterstützung durch Sachmittel und qualifiziertes Hilfspersonal] sollte neben juristischen auch technischen und nachrichtendienstlichen Sachverstand umfassen, so dass eine umfassende, regelmäßige und effiziente Kontrolle unter Beachtung der gesetzlichen Aufgaben ohne weiteres möglich ist.“

⁴ Siehe dazu die Vergleichsstudie der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte: Surveillance by Intelligence Services: fundamental rights safeguards and remedies in the EU. November 2015. Quelle: <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/surveillance-intelligence-services> (abgerufen am 16.09.2016).

Ausland-Fernmeldeaufklärung wird zudem mit zentralen rechtsstaatlichen Mindeststandards wie der juristischen Zulässigkeitsprüfung und Unterrichtungspflichten der Bundesregierung flankiert.

Die Kooperation des BND mit ausländischen Sicherheitsbehörden im Rahmen der vom Inland aus betriebenen Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung (§ 13 BNDG-E) setzt international neue Maßstäbe, was die Detailtiefe der Vorgaben für die schriftliche Absichtserklärung (§ 13 Abs. 3 und 4 BNDG-E) betrifft.⁵

Die direkte Einbindung der BND-Spitze und des Kanzleramts beim Anordnungsverfahren bei Maßnahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung ist mit Blick auf eine spätere Regierungsverantwortung wichtig. Insofern ist es zu begrüßen, dass der BNDG-E die Unterrichtung des Kanzleramts (§ 9 Abs. II Satz 2 BNDG-E) aufgreift.

4. Allgemeine Kritik am BNDG-Entwurf (Drucksache 18/9041)

Um im nächsten Abschnitt detaillierter auf die Möglichkeiten einer verbesserten juristischen Kontrolle eingehen zu können, werden die folgenden Problemzonen der BND-Reform hier nur cursorisch aufgegriffen; dies betrifft unter anderem:

- die Verfassungskonformität des BNDG-E und die mögliche Diskriminierung von ausländischen Grundrechtsträgern
- die fehlende unabhängige Evaluation der nachrichtendienstlichen Wirksamkeit der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung,
- die technische Machbarkeit einer sauberen Identifizierung und Trennung von erfassten Daten (Einhaltung der Vorgaben des § 6 Abs. IV BNDG-E) sowie
- die fehlende Begrenzung der Datenmenge in den Anordnungen nach § 9 Abs. I BNDG-E.

Die materiell-rechtliche Frage nach der extraterritorialen Reichweite des Art. 10 GG ist von entscheidender Bedeutung für die Beurteilung des Gesetzesvorhabens. Erst die Annahme,

⁵ Im Gesetzgebungsverfahren sollte allerdings geprüft werden, inwiefern sich die Vorgaben des § 13 auch auf die im Ausland betriebene Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nach § 7 BNDG-E ausweiten ließen und Kennzeichnungspflichten in die Vorgaben für die Absichtserklärung mit aufgegriffen werden sollten. Zudem ist es ratsam, die abstrakte Unterrichtungspflicht der Bundesregierung gegenüber dem PKGr in § 13 Abs. 5 BNDG-E noch zu präzisieren. Das Parlament sollte vollumfänglich und zeitnah über diese bilateralen Kooperationsvereinbarungen unterrichtet werden und dem PKGr sollte ein Zustimmungsrecht eingeräumt werden.

dass die Praxis der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nicht Art. 10 GG tangiere, ermöglicht überhaupt eine Ausgestaltung des Genehmigungsverfahrens und der Kontrolle außerhalb der G 10-Kommission und des Art. 10-Gesetzes. Die dem Entwurf zugrunde liegende Rechtsinterpretation wird aber vielerorts bezweifelt.⁶ Die anderen Sachverständigen werden darauf besser eingehen können. Einfacher und stringenter wäre es meiner Meinung nach gewesen, das bestehende System der juristischen Kontrolle zu professionalisieren und auszuweiten.⁷ Stattdessen wurde von der Regierungsmehrheit eine weitere Fragmentierung der Kontrollorgane in Kauf genommen.⁸

Die Bundesregierung sieht in der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung ein Instrument, das für die Aufgabenerfüllung des BND „unverzichtbar“ (Drucksache 18/9041, S. 22 ist. Weder den Kontrolleuren noch der Öffentlichkeit gegenüber ist die Bundesregierung laut BNDG-E (BT-Drs. 18/9041) aber verpflichtet, einen klaren Beweis für die Wirksamkeit dieser Maßnahmen zu erbringen. Dafür wäre, wie im Eckpunktepapier der SPD-Bundestagsfraktion zu Recht gefordert, eine regelmäßige und unabhängige Evaluation der Wirksamkeit der Maßnahmen des Abschnitt 2 BNDG-E vonnöten. Bei der gegenwärtigen Sicherheitslage darf der BND sich nicht im Datensumpf verzetteln, sondern muss im Grundrauschen seiner gewaltigen Datenerfassung entscheidende Informationen in Bezug auf die Abwehr von eindeutigen Gefahren identifizieren können. Auch mit Blick auf die Kosten der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung wäre eine regelmäßige Evaluation der Wirksamkeit ratsam.

Das deutsche Nachrichtendienstrecht würde mit Verabschiedung des BNDG-E zwischen vier verschiedenen Kategorien von Inhaltsdaten bei der strategischen Fernmeldeaufklärung unterscheiden:

⁶ Siehe dazu beispielsweise die Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Bundestags (WD-3-3000-194/16 sowie WD-3-3000-171/16) und die Aufsätze von Bertold Huber (BND-Reform: Gelungen oder verbesserungswürdig? Zeitschrift für Rechtspolitik, 6/2016, 162-166) und Hans-Jürgen Papier (Beschränkungen der Telekommunikationsfreiheit durch den BND an Datenaustauschpunkten, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 15/2016, 1-15). Auch die drei Gutachten von den Staatsrechtlern Papier, Bäcker und Hoffmann-Riem zum Auftakt des NSA-UA sind in diesen Zusammenhang zu nennen.

⁷ Thorsten Wetzling. 2015. Das Herzstück der deutschen Geheimdienstreform: Vorschläge für eine starke G-10 Kommission. Quelle: http://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/g10_policy_brief_thorsten_wetzling.pdf (abgerufen am 19.09.2016)

⁸ Warum die Haushaltskontrolle im Vertrauensgremium getrennt von der Richtlinienkontrolle im PKGr stattfinden soll und es zudem nur begrenzte Austauschmöglichkeit zwischen den Kontrolleuren gab war schon bisher nicht leicht zu vermitteln. Laut Regierungsmehrheit soll zukünftig die Zulässigkeitsprüfung für Maßnahmen der nachrichtendienstlichen Kommunikationsüberwachung zudem in zwei unterschiedlichen Gremien und an verschiedenen Orten stattfinden.

- (1) Daten aus Telekommunikationsverkehren von deutschen Staatsangehörigen, von inländischen juristischen Personen oder von sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen (Art. 10-Gesetz und Verweis in § 6 Abs. IV BNDG-E)
- (2) Daten von Einrichtungen der Europäischen Union, von öffentlichen Stellen ihrer Mitgliedstaaten
- (3) Daten von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern
- (4) Daten des EU-Auslands

Dabei werden unterschiedliche Bedingungen an die Anordnung, Unterrichtung und Zulässigkeitsprüfung geknüpft, je nachdem, welcher oben genannten Kategorie die Daten zugeordnet werden. In der Begründung des Gesetzentwurfs wird eingeräumt, dass „geschützte Verkehre zum Teil nicht unverzüglich als solche erkannt [...] werden“ (Drucksache 18/9041, S. 24) können. Eine für den Grundrechtsschutz entscheidende Rolle nehmen daher die Filterprogramme und deren Wirksamkeit ein. Die Frage steht im Raum, ob die Bundesregierung den Schutz der Grundrechtsträgerinnen und Grundrechtsträger gemäß § 6 Abs. IV BNDG-E überhaupt technisch so umsetzen kann.⁹ Auf jeden Fall sollte eine unabhängige und sachkundige Prüfung der Filter ein Teil der nachsorgenden Kontrolle der technischen Aufklärung werden. Dies ist bisher noch nicht erkennbar.

⁹ Friedhelm Greis. 2015. Neues BND-Gesetz. Eco warnt vor unkontrolliertem Zugriff auf deutschen Traffic. Quelle: <http://www.golem.de/news/neues-bnd-gesetz-eco-warnt-vor-unkontrolliertem-zugriff-auf-deutschen-traffic-1609-123128.html> (abgerufen am 16.09.2016).

5. Die juristische Kontrolle der Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung

Wichtige Korrekturen sind meiner Ansicht nach am BNDG-E vonnöten, um rechtsstaatliche Defizite abzustellen und Rechenschaftslücken zu schließen. Dies wird im Folgenden anhand des vorgesehenen Anordnungs- und Unterrichtsverfahren und dem Mandat des Unabhängigen Gremiums erörtert. Zunächst werden die wesentlichen Kritikpunkte aufgelistet und besprochen. Wo möglich, werden zudem Verbesserungsvorschläge gemacht.

1. Die Berufung der Mitglieder des Unabhängigen Gremiums sollte durch den Bundestag und nicht durch das Bundeskabinett erfolgen.
2. Für den Großteil der Maßnahmen der Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung ist keine wirksame juristische Kontrolle vorgesehen. Dazu fehlt es an Unterrichtungspflichten der Bundesregierung und der Befugnis des Unabhängigen Gremiums, die Durchführung aller angeordneten Maßnahmen zu kontrollieren. Das Mandat des Unabhängigen Gremiums ist daher auszuweiten und zu präzisieren.
3. Die Berichts- und Protokollpflichten des Unabhängigen Gremiums sind ebenfalls auszuweiten und zu präzisieren.
4. Eine Anwältin / ein Anwalt der Betroffenen sollte den Sitzungen des Unabhängigen Gremiums beiwohnen und deren Interessen vertreten.
5. Dem Unabhängigen Gremium sollten zudem Sanktionsmöglichkeiten und eine Klagebefugnis eingeräumt werden.
6. Dem Unabhängigen Gremium ist der direkte, regelmäßige Austausch mit den anderen Kontrollgremien zu ermöglichen und vorzuschreiben.
7. Die Bundestagsverwaltung sollte die Geschäftsstelle des Unabhängigen Gremiums stellen. Deren Aufgaben und Profil sollten im Entwurf zudem präzisiert werden.

Kurze Begründungen der Positionen und Verbesserungsvorschläge

Zu Position 1:

Um zu verhindern, dass das Unabhängige Gremium als Oxymoron wahrgenommen wird, und auch, um die Verankerung des Kontrollgremiums mit dem Bundestag zu stärken, sollte nicht das Bundeskabinett die Mitglieder berufen. Diese Aufgabe sollte dem Parlamentarischen Kontrollgremium (PKGr) zuteilwerden. Darüber hinaus sollte die Geschäftsordnung des Unabhängigen Gremiums, analog zu § 15 Abs. IV Art. 10-Gesetz, von der Zustimmung des PKGr abhängen.

Vorschlag:

- Ersetze „Bundeskabinett“ in § 16 Abs. II BNDG-E durch „Parlamentarische Kontrollgremium“.
- Einschub in § 16 Abs. IV Satz 2 BNDG-E: „die der Zustimmung des Parlamentarischen Kontrollgremiums bedarf“.

Zu Position 2:

Die G 10-Kommission entscheidet über die Zulässigkeit aller Beschränkungsmaßnahmen nach Art. 10-Gesetz, und deren Kontrollbefugnis erstreckt sich auf die gesamte Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten. Dagegen soll das Unabhängige Gremium lediglich die Zulässigkeit von Anordnungen prüfen (§ 9 Abs. IV und Abs. V BNDG-E) und kann lediglich die Einhaltung der Vorgaben des § 6 Abs. III BNDG-E stichprobenartig kontrollieren. Damit ist für den Großteil der Maßnahmen der Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung (dem Kerngeschäft) noch immer keine juristische Kontrolle, gerade auch in Bezug auf die Durchführung der angeordneten Maßnahmen, vorgesehen.

Daten von Unionsbürgerinnen und -bürgern können nach § 6 Abs. III Satz 1 Nr. 1 BNDG-E zwar gezielt erhoben werden, die dafür benutzten Suchbegriffe müssen aber in den Anordnungen nicht aufgeführt werden. Ohne Kenntnis der Einspeisung von Suchbegriffen kann das Unabhängige Gremium nicht wirksam die Zulässigkeit und Notwendigkeit dieser Maßnahmen prüfen. Die Befugnis des UG, die Einhaltung des § 6 Abs. III BNDG-E stichprobenartig zu kontrollieren, ist dafür ein richtiger Schritt. Um dies aber auch in der Praxis zu ermöglichen, sind weitergehende Kontrollbefugnisse in § 16 BNDG-E aufzuführen. Zudem sollte sich die Stichprobenkontrolle auf die gesamten Maßnahmen des Abschnitt 2 BNDG-E er-

strecken. Um der Fragmentierung der Kontrollgremien entgegenzuwirken und um wichtige Synergien auszunutzen sollte zudem angeregt werden, dass einzelne Mitglieder der G 10-Kommission und des Unabhängigen Gremiums auch gemeinsam und unangemeldet dem BND einen Kontrollbesuch abstatten können.

Es erscheint praxisfern, dem Unabhängigen Gremium eine detaillierte Zulässigkeitsprüfung für jede einzelne Maßnahme aufzuerlegen. Stattdessen sollte das Gesetz die Rahmenbedingungen dafür schaffen, dass das UG regelmäßig angehalten wird, stichprobenartig die Einhaltung aller in Abschnitt 2 geregelten Maßnahmen zu prüfen. Dazu zählen auch die Maßnahmen im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung im Ausland (§ 7 BNDG-E). Das UG sollte zudem – wie auch die G 10-Kommission – aufgrund von Beschwerden die Zulässigkeit von Maßnahmen des Abschnitt 2 BNDG-E prüfen dürfen.

Dem BNDG-E zufolge wird das Unabhängige Gremium lediglich bei Anordnungen des Typ § 9 Abs. IV BNDG-E (ohne Suchbegriffe) vorab unterrichtet. Für Anordnungen des Typ § 9 Abs. V BNDG-E („EU-Daten“) bedarf es dagegen keiner Vorabunterrichtung, ganz zu schweigen von einer Vorabautorisierung. Es mag sein, dass eine Vorabunterrichtung aller Maßnahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung in der Praxis erhebliche Ressourcen erfordern würde. Sie sollte angesichts der massiven Eingriffe in die Privatsphäre der Betroffenen dennoch der Standard sein.¹⁰ Von daher ist dem Unabhängigen Gremium bei Anordnungen des Typ § 9 Abs. V BNDG-E die Vorabuntersagung einzelner Anordnungen zumindest insofern zu ermöglichen, indem das UG, wie das EOS-Gremium in Norwegen, eine „Echtzeit-Einsicht“ in das elektronische Anordnungssystem der Bundesregierung erhält.¹¹

Was die Unterrichtungspflichten der Bundesregierung gegenüber dem Unabhängigen Gremium betrifft, ist es zudem wichtig, zumindest für den Regelfall Fristen festzulegen. Wenn die Bundesregierung gemäß § 9 Abs. V BNDG-E das Unabhängige Gremium über Anordnungen (mit Suchbegriffen) unterrichtet, ist weder eine Vorabunterrichtung noch überhaupt eine Frist vorgesehen, bis wann das Gremium nach dem Vollzug zu informieren ist. Ebenso wichtig erscheint es, dem UG (wie auch der G 10-Kommission) Zeit für die Zulässigkeitsprüfungen einzuräumen. In der Praxis ist es häufig so, dass die Kontrollgremien erst kurz vor ihrem Zusammentreffen über die Anordnungen informiert werden und in der Regel sehr

¹⁰ Siehe dazu grundsätzlich die Entscheidung des Europäischen Menschenrechtshof in Roman Zakharov vs. Russia und die 6. Empfehlung des Menschenrechtskommissars des Europarats und.

¹¹ Mit einigen Ausnahmen hat das norwegische Kontrollgremium (EOS) die Möglichkeit, „free searches in the services' computer systems“ (EOS Annual Report 2015, S. 35) durchzuführen.

zeitnah eine Entscheidung zu treffen haben. Um dies zu ermöglichen, sollte der Geschäftsstelle des UG (mit Sitz in der Bundestagsverwaltung und nicht in Karlsruhe) ein zeitnaher Zugang zu den Anordnungen ermöglicht werden, damit die Mitglieder des UG ausreichend Zeit für die Vorbereitung ihrer Entscheidung haben.

Vorschlag:

- § 9 Abs. V Satz 3 und Satz 4 BNDG-E sind gänzlich zu streichen.
- In § 16 ist ein neuer Absatz VII einzufügen:
„Die Kontrollbefugnis des Unabhängigen Gremiums erstreckt sich auf die gesamte Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der nach Abschnitt 2 dieses Gesetzes erlangten personenbezogenen Daten. Das Gremium kann auch aufgrund von Beschwerden die Einhaltung der Vorgaben des Abschnitt 2 prüfen. Die Kontrollrechte des Parlamentarischen Kontrollgremiums bleiben unberührt.“
- In § 16 ist ein neuer Absatz VIII einzufügen:
„Den Mitgliedern und Mitarbeitern des Unabhängigen Gremiums ist
 1. Auskunft zu ihren Fragen zu erteilen,
 2. Einsicht in alle Unterlagen und Daten zu gewähren, die im Zusammenhang mit Maßnahmen des Abschnitt 2 BNDG-E stehen. Dazu zählen insbesondere die Datenerhebungs- und Datenverarbeitungsprogramme, Suchbegriffe, Filterprogramme, gespeicherten Daten,
 3. jederzeit Zutritt in alle Diensträume des BND zu gewähren.“
- Echtzeit-Einsicht des Unabhängigen Gremiums in die elektronischen Anordnungsdaten der Exekutive ermöglichen.

Zu Position 3:

Ein Mindestmaß an Transparenz sollte für Entscheidungen des Unabhängigen Gremiums angestrebt werden. Um die nachsorgende Kontrolle der Datenverarbeitung zu ermöglichen, sollten Zulässigkeitsprüfungen von besonderer Tragweite oder neuer Begründungsart in geeigneter Form protokolliert und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Da Telekommunikationsunternehmen treuhänderische Pflichten gegenüber ihren Kunden haben sind zudem Fallkonstellationen denkbar, bei denen es wichtig wäre, dass Entscheidungen protokolliert und zumindest in einem In-camera-Verfahren eingesehen werden könnten.

In den USA gilt diesbezüglich folgende Regel für den FISA Court:

SEC. 602. DECLASSIFICATION OF SIGNIFICANT DECISIONS, ORDERS, AND OPINIONS.,(a) DECLASSIFICATION REQUIRED.—Subject to subsection (b), the Director of National Intelligence, in consultation with the Attorney General, shall conduct a declassification review of each decision, order, or opinion issued by the Foreign Intelligence Surveillance Court or the Foreign Intelligence Surveillance Court of Review (as defined in section 601(e)) that includes a significant construction or interpretation of any provision of law, including any novel or significant construction or interpretation of the term ‚specific selection term‘, and, consistent with that review, make publicly available to the greatest extent practicable each such decision, order, or opinion.“¹²

Des Weiteren enthält § 16 Abs. VI BNDG-E eine zu abstrakte Unterrichtungspflicht des Unabhängigen Gremiums gegenüber dem PKGr. Hier sollten klarere Formulierungen gewählt werden. Wichtig ist dabei, dass diese Berichte nicht nur Angaben über die Anzahl der Entscheidungen und Zusammentreffen der Mitglieder enthalten, sondern vielmehr den Einsatz von Kontrollinstrumenten (Stichproben; Besuch der Diensträume des BND etc.) und das Abstimmungsverhalten der Mitglieder bei den Entscheidungen dokumentieren.

Zu Position 4:

Sowohl bei den Treffen der G 10-Kommission und nach Wunsch der Regierungskoalition auch bei den Treffen des Unabhängigen Gremiums fehlt jemand, der die Interessen der Betroffenen vertritt. Einige G 10-Mitglieder geben mitunter unumwunden zu, dass diese Perspektive in ihren Besprechungen gänzlich fehlt. Das ist mit Blick auf den Grundrechtsschutz im G 10-Gremium aber auch mit Blick auf die Praxis der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Unabhängigen Gremium problematisch. Die Bundesanwältin / der Bundesanwalt im Gremium ist erfahrungsgemäß darauf ausgerichtet, die Sicht der Exekutiv zu vertreten. Eine Anwältin / ein Anwalt der Betroffenen sollte deshalb zukünftig den Sitzungen des Unabhängigen Gremiums beiwohnen. Die Anwältin / der Anwalt der Betroffenen würde der Sicht der Exekutive eine wichtige Stimme gegenüberstellen und könnte vom PKGr ins UG berufen werden.

¹² Siehe U.S. Code, Title 50, Chapter 36, Subchapter V, §1872. Quelle: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/50/1872> (abgerufen am 19.09.2016).

Vorschlag:

- § 16 Abs. I Satz 3 „und eine Beisitzerin oder ein Beisitzer sind“ streichen und durch „ist“ ersetzen sowie „Richterinnen“ durch „eine Richterin am Bundesgerichtshof oder einen Richter am Bundesgerichtshof“ ersetzen und nach „Bundesgerichtshof“ den Satz beenden
- § 16 Abs. I Satz 4 einschieben: „Eine Beisitzerin oder ein Beisitzer ist eine Bundesanwältin beim BGH oder ein Bundesanwalt beim BGH. Eine weitere Beisitzerin oder ein weiterer Besitzer wird als Anwältin oder Anwalt der Betroffenen vom Parlamentarischen Kontrollgremium berufen.“
- § 16 Abs. II Satz 1 Nr. 1 sollte nun heißen ... „: die Vorsitzende oder der Vorsitzende des Unabhängigen Gremiums, die Richterin am Bundesgerichtshof oder Richter am Bundesgerichtshof ist, einschließlich deren Stellvertretung“
- Einschub § 16 Abs. II Satz 1 Nr. 3: „die Anwältin oder den Anwalt der Betroffenen“

Zu Position 5:

Sowohl im Art. 10-Gesetz als auch im BNDG-E ist zwar die Rechtsfolge einer negativen Zulässigkeitsprüfung geklärt (das heißt für unzulässig erklärte Anordnungen sind unverzüglich aufzuheben), nicht aber die Klagebefugnis bei Streitigkeiten über den Zugang zu Informationen. Beim Eikonalfall ist zum Beispiel noch immer unklar, ob die G 10-Kommission überhaupt die Befugnis hat, ein Organstreitverfahren gegen die Bundesregierung anzustrengen um von Amts wegen prüfen zu können, ob deutsche Grundrechtsträger bei der Einstellung von NSA-/BND-Selektoren betroffen waren. Diesen Zugang hat die Bundesregierung bisher verweigert. Ähnlich könnte das Unabhängige Gremium von Maßnahmen erfahren und den Zugang zu Suchbegriffen für Maßnahmen nach § 6 Abs. I BNDG-E (oder die Einhaltung des Verbots gemäß § 6 Abs. IV BNDG-E) benötigen. Sollte die Bundesregierung, wie im Eikonalfall gegenüber der G 10-Kommission den Zugang verweigern, so erscheint eine explizite Klagebefugnis und/oder die Einrichtung einer Schlichtungsstelle im Sinne der Gewaltenteilung unbedingt erforderlich.

Weil man nicht alles kontrollieren kann und weil die Exekutive geneigt ist, ihren Informationsvorsprung auszunutzen, auch um Fehlverhalten zu verschleiern, erscheint es zudem

geboten, strafrechtliche Sanktionsmöglichkeiten gegenüber den Mitgliedern der Exekutive bei groben Fehlverhalten einzuführen.

Zu Position 6:

Im PKGrG-E (BT-Drs. 18/9040) wird zwar der Austausch der bereits existierenden Kontrollgremien verbessert, dies betrifft allerdings noch nicht das Unabhängige Gremium. Der Gesetzgeber sollte dafür Sorge zu tragen, dass das Unabhängige Gremium dabei berücksichtigt wird. Ansonsten entstünde zukünftig ein der Wirksamkeit der demokratischen Nachrichtendienstkontrolle abträgliches „Trennungsgebot“. Auch ist daran zu denken, wie man diesen Austausch in der Praxis ausgestalten könnte. Ein Beispiel wäre die vorgenannte Idee gemeinsamer Kontrollbesuche beim BND.

Vorschlag:

- Im vorgeschlagenen neuen § 15 Abs. VIII Art. 10-Gesetz sollte das „Unabhängige Gremium“ ebenfalls mit aufgeführt werden.

Zu Position 7:

Welche Aufgaben hat die Geschäftsstelle des Unabhängigen Gremiums? Wer leitet die Geschäftsstelle? Von wem wird sie/er benannt?

Die Geschäftsstelle sollte die Anordnungen kontinuierlich sondieren können, um die Entscheidungsfindung des UG zu verbessern. Sollte das UG, wie geplant, nur alle drei Monate zusammenkommen, wäre eine Professionalisierung der Geschäftsstelle im Interesse aller Beteiligten. Dazu gehört auch, dass die Geschäftsstelle ausreichend interdisziplinäres Wissen beherbergt, um die Mitglieder des UG kontinuierlich beraten zu können.

Um die Fragmentierung der Kontrollgremien nicht unnötig zu vergrößern, sollte die Bundestagsverwaltung für die Geschäftsstelle des Unabhängigen Gremiums genutzt werden. Das PD-5 Sekretariat verfügt bereits über langjährige Erfahrungen in diesem Bereich und diese Synergien sollten genutzt werden.

Gerhard Schindler
19.09.2016

Stellungnahme

1.

Der Schutz unserer Bürgerinnen und Bürger, der Schutz unseres Landes und der Schutz deutscher Interessen erfordern einen leistungsstarken Auslandsnachrichtendienst.

In den letzten Jahren ist keine Krise nachhaltig gelöst worden; vielmehr kamen neue Krisen hinzu. Nicht nur die Gefährdung durch den islamistischen Terrorismus, der in Krisenregionen seinen Ursprung hat, nicht nur die Migrationswelle im letzten Jahr und nicht nur die Entführungen deutscher Staatsangehöriger in diesen Gebieten zeigen, wie eng wir in Deutschland mit Krisen in dieser Welt verwoben sind.

Es geht auch um den Schutz deutscher Soldatinnen und Soldaten bei den Einsätzen der Bundeswehr in den Krisenregionen, zum Beispiel in Mali, Nordirak oder Afghanistan.

Anlass zur Sorge bereiten beispielsweise unter anderem

- die Entwicklung in der Ukraine, die keine regionale, sondern längst eine Weltkrise direkt „vor unserer Haustür“ ist,
- die Entwicklung des „Systems Putin“ in Russland,
- die Entwicklung hin zu autokratischen bzw. nationalistischen Systemen nicht nur in Russland, sondern

auch zum Beispiel mit Xi in China, Mohdi in Indien und Erdogan in der Türkei,

- die Entwicklung in den Herkunftsländern der jüngsten Migrationswellen, insbesondere in Syrien, Irak, Afghanistan, Somalia und Eritrea,
- die Entwicklung des Ringens um die Vorherrschaft in der Region zwischen dem Iran und Saudi-Arabien,
- die Entwicklung der brutalsten und menschenverachtendsten Terrororganisation der Welt, des Islamischen Staates, von dem bei einer existenziellen Gefährdung seines Kalifats (in Syrien und im Irak) deutlich mehr Anschläge unter anderem in Europa als Racheakte zu erwarten sind,
- die Entwicklung im Cyberraum mit zunehmenden Cyberangriffen auf die deutsche (kritische) Infrastruktur und die deutsche Industrie.

Bei dieser Lage kann es nur darum gehen, die Leistungsfähigkeit des Auslandsnachrichtendienstes – auch gesetzgeberisch – zu stärken.

2.

Auch gesetzliche Klarstellungen dienen diesem Ziel, da sie für den „nachrichtendienstlichen Alltag“ die erforderliche Rechtssicherheit bieten und damit letztlich auch zur Leistungsfähigkeit des Dienstes beitragen.

Nicht zuletzt wird auch eine effiziente Kontrolle, insbesondere eine effiziente parlamentarische Kontrolle diesem Ziel gerecht, weil dies generell die Legitimation, auch mit Blick auf kritische und risikoreiche Handlungen und Operationen stärkt.

Die Zielsetzungen des

Entwurfs eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes (E-BNDG)

und des

Entwurfs eines Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes (E-PKGrG)

sind daher zu begrüßen.

Besonders bedeutsam für den Arbeitsalltag ist die Präzisierung und die Schaffung von speziellen Rechtsgrundlagen für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung als solche und dabei insbesondere für

- die Erfassung von Verkehrsdaten (Metadaten),
- die sogenannte Eignungsprüfung für die Generierung von Suchbegriffen und die Identifizierung von geeigneten Telekommunikationsnetzen,
- die Kooperation mit ausländischen öffentlichen Stellen,
- die automatisierte Datenübermittlung bei diesen Kooperationen,
- die gemeinsame Datenhaltung mit ausländischen öffentlichen Stellen.

3.

Hervorzuheben sind die neuen Grenzen (§ 6 Abs. 3 E-BNDG) für den Einsatz von Suchbegriffen zur gezielten Erfassung von Einrichtungen der Europäischen Union, von öffentlichen Stellen ihrer

Mitgliedsstaaten und von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern. Damit erhält der Bundesnachrichtendienst klare – politische – und auch für ausländische öffentliche Stellen transparente Vorgaben.

Dies kann sich für zukünftige europäische Kooperationen als förderlich erweisen (im Sinne eines Vertrauensvorschlusses).

Gleiches gilt für das – faktisch bereits vorhandene und beachtete – Verbot der Aufklärung zum Zwecke der Erzielung von Wettbewerbsvorteilen (Wirtschaftsspionage) in § 6 Abs. 5 E-BNDG.

Mit einer einseitigen gesetzlichen (!) Normierung nimmt man sich allerdings die Möglichkeit, im Wege von bilateralen Verhandlungen mit ausländischen öffentlichen Stellen das Prinzip der Gegenseitigkeit in diesen Punkten zu vereinbaren.

4.

Nicht überzeugend ist die Errichtung des sogenannten Unabhängigen Gremiums (§ 16 E-BNDG).

Dabei geht es nicht um die Kontrollbefugnisse des Unabhängigen Gremiums, die sinnvoll sind. Es geht vielmehr um systematische Zweifel.

Der Grund für die Absicht der Errichtung dieses Gremiums mag darin liegen, dass es sich bei der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung regelmäßig um Daten handelt, die nicht dem Schutz des Artikel 10 Grundgesetz unterfallen. Insofern erschien es wohl naheliegend, die diesbezüglichen Kontrollrechte gerade nicht bei der G 10 – Kommission (§ 15 G 10 – Gesetz) zu verorten.

Festzustellen ist allerdings, dass ein solcher systematischer Bruch bereits durch die Regelung in § 8 b Abs. 2 BVerfSchG erfolgt ist,

wonach die G 10 – Kommission die Kontrollbefugnisse für die sogenannten Besonderen Auskunftsverlangen nach § 8 a BVerfSchG erhalten hat, die nur zu einem ganz geringen Teil einen G 10 – Bezug haben. Durch den Verweis in § 2 a BNDG gelten diese Regelungen auch für den Bundesnachrichtendienst.

Mit der beabsichtigten Errichtung des Unabhängigen Gremiums, das laut der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 18/9041, S. 53, Vorabfassung) für die „*Kontrolle von Maßnahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung*“ zuständig sein soll, wird nunmehr neben

- dem Parlamentarischen Kontrollgremium (PKGr),
- der G 10 – Kommission,
- dem Vertrauensgremium,
- der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit und
- dem Bundesrechnungshof

ein weiteres Kontrollgremium und damit eine weitere Parallelstruktur geschaffen. Wie die Erfahrung zeigt, intensivieren diese Parallelstrukturen gerade nicht die Kontrolle, sondern machen sie unsystematisch und unübersichtlich. Das derzeitige Beispiel der Befassung mit der eigenen Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes belegt, entweder befassen sich mehr oder weniger alle Kontrollinstanzen mit dem gleichen Thema oder man verlässt sich gegenseitig aufeinander mit entsprechendem Erfolg.

Systematisch überzeugender und die Kontrolle stärkender (weil ganzheitlicher Ansatz) wäre daher die Zuweisung der beabsichtigten neuen Kontrollmechanismen an das PKGr.

Das PKGr ist das parlamentarische Kontrollgremium. Seine Aufgabe ist die

„systematische und strukturelle Kontrolle der Tätigkeit der Nachrichtendienste des Bundes“,

wie es in der Begründung zum E-PKGrG (BT-Drucks. 18/9040, S.7, Vorabfassung) postuliert wird.

Als das parlamentarische Kontrollgremium ist das PKGr im Übrigen auch zuständig nach § 1 Abs. 2 G 10 – Gesetz für die Kontrolle von G 10 – Angelegenheiten, und zwar unbeschadet der besonderen Kontrolle durch die G 10 – Kommission. Eine vergleichbare Regelung fehlt im § 16 E-BNDG.

Ziel des E-PKGrG ist entsprechend der Begründung (BT-Drucks. 18/9040, S. 8, Vorabfassung), dass die Kontrollrechte

„durch das Gremium intensiver, koordinierter und kontinuierlicher wahrgenommen werden“.

Gleichzeitig in einem parallelen Gesetzesvorhaben einen beachtlichen Teil dieser Kontrolle (die gesamte Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung) an ein Unabhängiges (!) Gremium abzugeben, passt nicht zusammen.

In der Begründung zum E-PKGrG wird hinsichtlich der dort abgelehnten Schaffung der Funktion eines

„Geheimdienstbeauftragten“ ausgeführt (S.8):

„Hierdurch würde nicht nur das bewährte System der parlamentarischen Kontrolle aufgegeben werden, sondern in der öffentlichen Wahrnehmung der Eindruck entstehen, das Parlament wolle sich ureigener parlamentarischer Aufgaben entledigen, indem es Teile seiner Kontrollfunktion an eine quasi-autonome Kontrollinstanz außerhalb des Parlaments delegiert. Dies wäre auch mit Artikel 45 d Absatz 1 GG, welcher den Bundestag verpflichtet, ein Gremium zur Kontrolle der nachrichtendienstlichen Tätigkeit des Bundes zu bestellen, kaum zu vereinbaren.“

Dies gilt gleichermaßen für das Unabhängige Gremium und besser könnte man die Ablehnung desselben nicht begründen.

Die Chance von zwei parallelen Gesetzesvorhaben sollte daher wie beabsichtigt zur Stärkung der parlamentarischen Kontrolle genutzt werden. In diesem Zusammenhang könnte auch der Systembruch durch §§ 8 a und b BVerfSchG durch Zuweisung der entsprechenden (nicht G 10 – bezogenen) Kontrollaufgaben an das PKGr bereinigt werden.

Sollte aus übergeordneten Gründen eine Verortung der Aufgaben nach § 16 E-BNDG beim PKGr nicht in Betracht kommen, wäre hilfsweise die Beauftragung der G 10 – Kommission einer weiteren Zersplitterung der Kontrolle durch ein Unabhängiges Gremium vorzuziehen. Der Sorge, dass es sich dabei um Daten handelt, die nicht Artikel 10 Grundgesetz unterfallen, ließe sich durch entsprechende Formulierungen und den Hinweis auf § 8 b BVerfSchG entgegenreten. Auch Lebenssachverhalte (zum Beispiel am selben Zugriff werden G 10 – Daten und Ausland-Ausland-Daten erfasst) sprächen für eine solche hilfsweise Lösung.

Nicht unerwähnt bleiben kann die beabsichtigte Personalausstattung des Unabhängigen Gremiums (fünf Planstellen/Stellen für Geschäftsstelle und zehn Planstellen/Stellen Unterstützungspersonal), die entsprechend der Begründung (BT-Drucks. 18/9041, S. 3,5) nicht abschließend ist. Diese Größenordnung ist wenig nachvollziehbar.

5.

Bereits positiv hervorgehoben wurde die Schaffung einer Rechtsgrundlage für gemeinsame Dateien mit ausländischen öffentlichen Stellen (§§ 26 – 30 E-BNDG). Dabei wird unterschieden zwischen dem Führen einer gemeinsamen Datei durch den Bundesnachrichtendienst (§ 27 E-BNDG) und der Beteiligung an einer solchen (§ 30 E-BNDG). Gemeinsame Dateien werden die Qualität der internationalen Zusammenarbeit verbessern und die Zusammenarbeit intensivieren. Damit entsprechen die beabsichtigten Regelungen der vielfach im politischen Raum

erhobenen Forderung nach einer stärkeren Zusammenarbeit der Nachrichtendienste nach den jüngsten Anschlägen in Frankreich, Belgien und Deutschland.

Mit dem „*Gesetz zum besseren Informationsaustausch bei der Bekämpfung des internationalen Terrorismus*“ vom 26. Juli 2016 hat das Bundesamt für Verfassungsschutz vergleichbare Regelungen erhalten (§ 22 b BVerfSchG = Errichtung gemeinsamer Dateien mit ausländischen Nachrichtendiensten, § 22 c BVerfSchG = Teilnahme an gemeinsamen Dateien mit ausländischen Nachrichtendiensten).

Obwohl die gleichen Sachverhalte geregelt werden bzw. geregelt werden sollen, fällt auf, dass die Regelungen im BVerfSchG übersichtlicher und kompakter ausgestaltet sind. Für die Beteiligung des Bundesnachrichtendienstes an einer gemeinsamen Datei enthält die beabsichtigte Regelung sogar eine höhere Vorgabe, obwohl die Teilnahme an gemeinsamen Dateien durch das Bundesamt für Verfassungsschutz überwiegend „inländische Daten“ betreffen wird (im Gegensatz zum Bundesnachrichtendienst). Rechtssystematisch erscheint dies nicht überzeugend.

Die Beteiligung an gemeinsamen Dateien durch den Bundesnachrichtendienst setzt eine schriftliche Vereinbarung (Absichtserklärung, § 26 Abs. 4 E-BNDG) mit allen beteiligten ausländischen öffentlichen Stellen voraus. Ungeachtet einer mündlichen und verlässlichen Zustimmung zu den in § 26 Abs. 4 E-BNDG vorgegebenen Inhalten einer solchen Absichtserklärung werden nicht immer alle beteiligten ausländischen öffentlichen Stellen bereit sein, dies auch schriftlich zu fixieren. Dies gilt insbesondere auch, wenn es um die punktuelle Erweiterung von bereits bestehenden Kooperationen geht. In einer Partnergruppe reicht es aus, dass ein ausländischer Dienst seine Unterschrift verweigert. Dies hat zur Folge, dass sich dann der Bundesnachrichtendienst nicht beteiligen kann (und nicht etwa umgekehrt).

In § 22 c BVerfSchG gibt es diese Voraussetzung so nicht ! Dort ist vielmehr als Voraussetzung vorgegeben, „*dass verlässlich zuzusagen ist*“. Eine solche Regelung ist international praktikabel (zum Beispiel Besprechungsprotokolle) und sollte daher auch im E-BNDG Berücksichtigung finden.

6.

Das Führen gemeinsamer Dateien (§ 27 E-BNDG) oder die Beteiligung an gemeinsamen Dateien (§ 30 E-BNDG) setzen unter anderem voraus, dass sich die Datei auf „*bestimmte Gefahrenlagen oder bestimmte Personenkreise*“ beziehen muss (§ 26 Abs. 1 E-BNDG).

Ein Vergleich mit der Regelung in § 22 b BVerfSchG zeigt, dass dort als Voraussetzung „*bestimmte Ereignisse oder Personenkreise*“ vorgegeben ist. Es erschließt sich nicht, warum für den gleichen Sachverhalt unterschiedliche Voraussetzungen vorgegeben werden, zumal die Vorgabe „*Gefahrenlagen*“ (im Vergleich zu „*Ereignisse*“) für Auslandssachverhalte eine höhere Hürde darstellt.

Nicht zuletzt stellt sich für die Praxis die Frage, wie eine Gefahrenlage (eigentlich ja ein polizeirechtlicher Begriff) bestimmt wird? Die Ausführungen hierzu in der Gesetzesbegründung (S. 56) enthalten keine Hilfestellung, sondern eher eine Beschreibung des Problems. Ist die derzeitige Entwicklung in der Türkei eine Gefahrenlage? Ist die Entwicklung des Wahhabismus in Saudi-Arabien eine Gefahrenlage? Ist die Migration über die zentrale Mittelmeerroute eine Gefahrenlage, und wenn ja, für wen? Ähnliche Fragen gibt es viele. Von der Bejahung der jeweiligen Frage hängt es dann ab, ob sich der Bundesnachrichtendienst an einer entsprechenden gemeinsamen Datei mit ausländischen öffentlichen Stellen beteiligen kann oder auf die von der Politik geforderte Verbesserung der internationalen Zusammenarbeit und den zu erwartenden Informationszugewinn verzichten muss.

Nicht nur formale, sondern auch inhaltliche Gründe sprächen daher dafür, den Begriff „Gefahrenlagen“ durch „Ereignisse“ zu ersetzen. Eine Diskussion, welches der zielführende Begriff in diesem Kontext ist, wird dadurch überflüssig, wenn man beide Begriffe benutzt und somit in § 26 Abs. 1 E-BNDG formuliert: „*bestimmte Ereignisse, bestimmte Gefahrenlagen oder bestimmte Personenkreise*“.

7.

Positiv hervorgehoben wurden die Regelungen zu den Verkehrsdaten (Metadaten). Verkehrsdaten gewinnen immer mehr an Bedeutung, weil durch sie zum Beispiel terroristische Netzwerke und Strukturen erkannt werden können.

Die vorgesehene Speicherfrist von höchstens sechs Monaten (§ 6 Abs. 6 E-BNDG) ist allerdings zu kurz. Abgesehen von offensichtlichen Spontanataten (von denen bei näherer Betrachtung einige einen teilweise deutlich längeren Vorlauf als sechs Monate hatten, zum Beispiel die Attentate in Nizza, Würzburg und Ansbach) haben Anschläge durch den Islamischen Staat oder durch Al Qaida einen durchschnittlichen Planungs- und Vorbereitungsverlauf von rund zwei Jahren. Beschneidet man zum Beispiel nach einem vollendeten oder versuchten Anschlag die retrograde Auswertung der Verkehrsdaten auf sechs Monate, wird dadurch u.U. nicht nur das Zerschlagen des terroristischen Netzwerkes beeinträchtigt, sondern auch die Verhinderung des nächsten Anschlages (Planungstreue !)

Als Kompromiss böte sich an, den gespeicherten Datenbestand (es sind keine G 10 – Daten !) in einen aktiven und passiven Teil mit einer Höchstspeicherdauer von zwei Jahren zu splitten. Der aktive Bestand mit einer einjährigen Zugriffsfrist wird danach jeweils in den passiven Bestand für höchstens ein weiteres Jahr überführt. Der Zugriff auf den passiven Bestand bedarf dann der Genehmigung durch das Bundeskanzleramt.

8.

Die automatisierte Datenübermittlung im Rahmen von Kooperationen mit ausländischen öffentlichen Stellen wird in § 15 E-BNDG geregelt. Eine automatisierte Weitergabe gerade von Verkehrsdaten erfolgt aber nicht nur an ausländische öffentliche Stellen, sondern nach hiesigem Kenntnisstand auch an inländische Stellen, derzeit an die Bundeswehr.

Obwohl der vorliegende Entwurf gerade die Kooperation mit ausländischen öffentlichen Stellen regeln soll, wird dennoch aus Gründen der Rechtssicherheit die Prüfung angeregt, eine § 15 E-BNDG vergleichbare Regelung für die automatisierte Weitergabe an inländische öffentliche Stellen einzufügen.

9.

Nicht zuletzt wurde oben bereits begrüßt, dass sogenannte Eignungsprüfungen (§ 12 E-BNDG) geregelt werden sollen.

Eignungsprüfungen sind technisch nicht trivial, weshalb das Verfahren auch schwierig rechtlich zu fixieren ist. Theoretisch kann man zwar Eignungsprüfungen hinsichtlich geeigneter Suchbegriffe von Eignungsprüfungen hinsichtlich geeigneter Telekommunikationsnetze unterscheiden. In der Praxis benötigt man jedoch für die Prüfung der Eignung von Telekommunikationsnetzen regelmäßig (von Ausnahmen abgesehen, bei denen rein technische Daten ausreichen) personenbezogene Suchbegriffe (wie sonst soll die Geeignetheit festgestellt werden?). Wenn aber die Löschung personenbezogener Daten hinsichtlich der Suchbegriffe auf spätestens nach zwei Wochen festgelegt wird, reduziert man die Prüfung der Eignung von Telekommunikationsnetzen faktisch genau auf diese zwei Wochen (obwohl hierfür die Löschung erst spätestens nach vier Wochen vorgesehen ist).

Die unterschiedlichen Lösungsfristen in § 12 Abs. 4 E-BNDG ergeben h .E. auch keinen Sinn. Ein personenbezogenes Datum ist und bleibt ein personenbezogenes Datum, ungeachtet ob man es für die Prüfung zur Bestimmung eines Suchbegriffes oder die Eignung eines Telekommunikationsnetzes verwendet.

Die Lösungsfristen von vier bzw. (faktisch) gar zwei Wochen erscheinen auch zu kurz. Bei der hochkomplexen technischen Telekommunikationsinfrastruktur und der gigantischen Quantität an Daten sollte es bei der Eignungsprüfung (für Suchbegriffe und Telekommunikationsinfrastruktur) darauf ankommen, wertige Ergebnisse zu erzielen. Je wertiger die Ergebnisse hinsichtlich eines Suchbegriffes oder eines Telekommunikationsnetzes sind, desto zielgenauer (und damit Rechte schonender) erfolgt die darauf basierende Erfassung. Angemessen erscheint daher eine Frist von sechs Wochen für beide Eignungsprüfungen.

Im Übrigen ergibt sich aus § 12 E-BNDG nicht, wie mit durch die Prüfung erkannten geeigneten Suchbegriffen angesichts der ausnahmslosen Verpflichtung zur Löschung der personenbezogenen Daten (§ 12 Abs. 4 E-BNDG) zu verfahren ist? Eine diesbezügliche gesetzliche Klarstellung sollte einer Auslegung nach Sinn und Zweck der Norm vorgezogen werden.

10.

Das im *Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes* vorgesehene Kontrollsystem durch einen Ständigen Beauftragten (mit personellem Unterbau) ist ein wichtiger Schritt,

- um hinzukommen zu einer aktiveren Wahrnehmung der Kontrollaufgaben (mit der entsprechenden Verantwortung dafür, was kontrolliert wird und was nicht) und

- um wegzukommen von dem sich in der Praxis als untauglich erwiesenen Verfahren der Berichterstattung durch die Nachrichtendienste.

Die Selbstverständlichkeit, dass der Gegenstand der Kontrolle vom Kontrolleur und nicht vom zu Kontrollierenden bestimmt wird, ist bislang u.a. aufgrund der Systematik des PKGrG wenig ausgeprägt. Die beabsichtigte Neuregelung lässt eine richtungsweisende Änderung erwarten, die im Interesse aller Beteiligten zu begrüßen ist.

Zu begrüßen ist auch die Absicht, den unbestimmten Rechtsbegriff „*Vorgänge von besonderer Bedeutung*“ in § 4 Abs. 1 PKGrG durch drei Regelbeispiele zu konkretisieren (§ 4 Abs. 1 Satz 2 E-BNDG). Damit wird der ausufernden Auslegung des Begriffs „*besondere Bedeutung*“ (zum Beispiel Verlust eines dienstlichen Mobilfunktelefons) im Interesse der Konzentration auf das Wesentliche begegnet.

Nicht zuletzt ist die beabsichtigte jährliche öffentliche Anhörung der Präsidentinnen und Präsidenten der Nachrichtendienste des Bundes (§ 8 Abs. 3 E-BNDG) ein Meilenstein in Richtung „mehr Transparenz“. Überzogene Geheimhaltung erzeugt Misstrauen, nicht nur gegenüber den Diensten, sondern auch gegenüber der parlamentarischen Kontrolle. Mit einer öffentlichen Anhörung können Vorurteile und Misstrauen abgebaut, unterschiedliche Positionen vermittelt und Vertrauen in die parlamentarische Kontrolle und in die Dienste aufgebaut werden.

11.

Ungeachtet der grundsätzlichen Befürwortung der Zielrichtungen beider Gesetzesentwürfe ist darauf hinzuweisen, dass gerade der *Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes* eine Regelungsdichte und

Komplexität aufweist, die für den „Anwender im Bundesnachrichtendienst“ ohne weitere Erläuterungen so nicht mehr praktikabel ist. Es wird daher entscheidend darauf ankommen, durch Handlungsanleitungen den betroffenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Dienstes die beabsichtigte Rechtssicherheit zu vermitteln.

12.

Beim Bundesnachrichtendienst entsteht durch die neuen komplexen Vorgaben ein hoher administrativer Aufwand, der mit den „*zunächst voraussichtlich zwölf Planstellen/Stellen*“ (BT-Drucks. 18/9041, S. 3 Vorabfassung) noch nicht einmal ansatzweise gedeckt werden kann.

Hinzu kommt die – gewollte – erhöhte Kontrolldichte. Mit dem Ziel einer verstärkten Kontrolle sollen erhalten (BT-Drucks. 18/9041, S. 3 – 5 Vorabfassung):

- das Bundeskanzleramt **drei** neue Planstellen/Stellen
- das Unabhängige Gremium nach § 16 E-BNDG **15** neue Planstellen/Stellen
- die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit **sechs** neue Planstellen/Stellen
- das PKGr die „**notwendige Aufstockung**“ (BT-Drucks. 18/9040, S. 10 Vorabfassung).

Diese Erhöhung der Kontrolldichte darf nicht dazu führen, dass große Teile des Bundesnachrichtendienstes mehr mit der Abarbeitung der Kontrollen als mit der operativen Arbeit befasst sind. Der Bundesnachrichtendienst bedarf daher einer adäquaten Organisation, die den entsprechenden Arbeitsaufwand auffängt. Dies wird einen beachtlichen Personalmehrbedarf erfordern.

13.

Mit den vorliegenden Gesetzesvorhaben sollte die Gelegenheit zur Prüfung genutzt werden, ob Gründe für eine Verlagerung der Ressortzuständigkeit für den Bundesnachrichtendienst weg vom Bundeskanzleramt hin zu einem Fachressort vorliegen.

Dass die inhaltliche Nähe zum Bundesministerium der Verteidigung oder zum Auswärtigen Amt gegenüber der jetzigen Regelung überwiegt, liegt auf der Hand. Mit einer solchen Verlagerung könnte man auch dem im laufenden Untersuchungsausschuss erhobenen Vorwurf begegnen, dass die Dienst- und Fachaufsicht im Bundeskanzleramt (Abteilung 6) überwiegend aus versetzten oder abgeordneten Angehörigen des Bundesnachrichtendienstes bestehe.



Stellungnahme

Menschenrechtliche Anforderungen an die Ausland-Ausland- Fernmeldeaufklärung und ihre Kontrolle

Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des
Deutschen Bundestages am 26. September 2016

September 2016

Inhalt

1	Vorbemerkung	3
2	Das Menschenrecht auf Privatsphäre	4
2.1	Schutz- und Geltungsbereich	4
2.2	Eingriffsvoraussetzungen	6
3	Bewertung und Empfehlungen	7
3.1	Auslandsaufklärung menschenrechtlich begrenzen	7
3.2	Unabhängige und wirksame Kontrolle gewährleisten	11
3.3	„Vernetzte Sicherheit“ erfordert neue Formen der Kontrolle	14

1 Vorbemerkung

Unter dem Eindruck der Enthüllungen Edward Snowdens über das Ausmaß der globalen nachrichtendienstlichen Kommunikationsüberwachung und maßgeblich vorangetrieben durch die Bundesregierung verabschiedete die Generalversammlung der Vereinten Nationen am 18. Dezember 2013 die Resolution 68/167 zum „Recht auf Privatsphäre im digitalen Zeitalter“. Darin zeigt sich Generalversammlung „tief besorgt über die nachteiligen Auswirkungen, die das Überwachen und/oder Abfangen von Kommunikation, einschließlich des extraterritorialen Überwachens und/oder Abfangens von Kommunikation, sowie die Sammlung personenbezogener Daten, insbesondere wenn sie in massivem Umfang durchgeführt werden, auf die Ausübung und den Genuss der Menschenrechte haben können“. Sie bekräftigt, dass die Menschenrechte und insbesondere das Recht auf Privatsphäre sowohl „offline“ als auch „online“ gleichermaßen gelten. Die Staaten werden aufgefordert, das Recht auf Privatsphäre auch bei digitaler Kommunikation zu achten und zu schützen, Maßnahmen zu ergreifen, um Rechtsverletzungen zu beenden und zukünftig zu verhindern, nationales Recht und Praktiken der Kommunikationsüberwachung zu überprüfen und in Einklang mit internationalen Menschenrechtsverpflichtungen zu bringen sowie eine unabhängige und effektive Aufsicht zu gewährleisten.¹

Entsprechend ist es uneingeschränkt zu begrüßen, dass in Deutschland mit dem 1. Untersuchungsausschuss des 18. Deutschen Bundestages weltweit einer der wenigen Versuche einer intensiven parlamentarischen Aufarbeitung der rechtlichen, technischen und politischen Fragen rund um die Kommunikationsüberwachung der „Five Eyes“ und der Beteiligung deutscher Behörden unternommen wird und mit den nun vorliegenden Vorschlägen für Reformen erste Lehren aus den Untersuchungsergebnissen gezogen werden sollen.

Mit den vorliegenden Reformvorschlägen zielen zum einen die Fraktionen von CDU/CSU und SPD darauf, die auf außerdeutsche Kommunikationsbeziehungen gerichteten SIGINT-Aktivitäten des Bundesnachrichtendienstes (BND) gesetzlich zu regeln (BT-Drs. 18/9041). Zum anderen wollen sowohl die Koalition als auch die Opposition die Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes u.a. durch Änderungen des Kontrollgremiumsgesetzes (PKGrG) verbessern (BT-Drs. 18/9040, 18/6640, 18/6645, 18/8163). Dabei weisen die Vorschläge zum Beispiel beim Whistleblower-Schutz in eine identische Richtung, unterscheiden sich aber deutlich, etwa wenn es um die Minderheitenrechte im Kontrollgremium oder um die Zukunft des Vertrauensgremiums und der G 10-Kommission geht.

Die vorliegende Stellungnahme kommentiert die Vorschläge aus einer menschenrechtlichen Perspektive. Damit will sie einen Beitrag dazu zu leisten, dass die Bundesrepublik das Recht der nachrichtendienstlichen Fernmeldeaufklärung und ihrer Kontrolle in Übereinstimmung mit den völkerrechtlichen Vorgaben insbesondere aus dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR - Zivilpakt) sowie der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) bringt und auf diesem Wege ihre positive Rolle beim globalen

¹ UN, General Assembly (2013): The right to privacy in the digital age. Resolution. UN Dok. A/RES/68/167 vom 18.12.2013. Deutsche Übersetzung unter: http://menschenrechte-durchsetzen.dgvn.de/fileadmin/user_upload/menschenr_durchsetzen/bilder/News/Menschenrechte_im_digitalen_Zeitalter/GV_Resolution_68_167_Menschenrechte_im_dig_Zeitalter_2013-ar68167.pdf

Schutz des Menschenrechts auf Privatsphäre fortführt und ein Beispiel für andere Staaten setzt.

Unstrittig ist, dass die Ausübung des Rechts auf Privatsphäre auch für die Verwirklichung anderer Menschenrechte wichtig ist: Wer fürchtet, dass seine Kommunikation überwacht wird, fürchtet vielleicht auch, seine Meinung offen zu äußern, freien Zugang zu Informationen zu suchen, eine politische Versammlung zu besuchen, ärztlichen, anwaltlichen oder seelsorgerischen Rat einzuholen oder sich an Vertreter der Presse zu wenden, um auf Missstände aufmerksam zu machen. Ist das Menschenrecht auf Privatsphäre in Gefahr, können auch das Recht auf Meinungs- und Informationsfreiheit, das Recht auf Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, das Recht auf Gesundheit, das Recht auf Religionsfreiheit und das Recht auf ein faires Verfahren bedroht sein. Wichtig ist es daher, die Reformpläne auch aus dieser Perspektive zu hinterfragen und zum Beispiel Garantien für den Schutz privilegierter Kommunikation zu diskutieren.² Die vorliegende Stellungnahme beschränkt sich jedoch aus Zeitgründen auf die menschenrechtlichen Anforderungen, die sich aus dem Recht auf Privatsphäre an die Ausgestaltung nachrichtendienstlicher Kommunikationsüberwachung und ihrer Kontrolle ergeben.

2 Das Menschenrecht auf Privatsphäre

2.1 Schutz- und Geltungsbereich

Das Menschenrecht auf Privatsphäre schützt nach Art. 17 Zivilpakt und Art. 8 EMKR die „Korrespondenz“ aller Personen im Anwendungsbereich der Menschenrechtsverträge vor willkürlichen und rechtswidrigen Eingriffen. Sowohl der UN-Menschenrechtsausschuss als auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) haben klargestellt, dass der Begriff der „Korrespondenz“ zeitgemäß auszulegen ist und auch elektronische Kommunikation wie Telefonate, Fax oder Emails vom Schutzbereich umfasst sind.³ Konsequenterweise schützen Menschenrechtsverträge jüngerer Datums wie zum Beispiel die UN-Behindertenrechtskonvention ausdrücklich auch „andere Arten der Kommunikation“ (Art. 22 UN-BRK). Konsens besteht mittlerweile auch darüber, dass der Schutz nicht nur für Kommunikationsinhalte, sondern auch für Standort-, Verbindungs- und andere sogenannte Metadaten gilt, da deren Aggregation die Erstellung detaillierter Persönlichkeitsprofile ermöglicht.⁴

² Siehe das Schreiben der drei UN-Sonderberichterstatter David Kaye (Mandat zum Recht auf Meinungsfreiheit), Michel Forst (Mandat zur Situation von Menschenrechtsverteidiger) und Mónica Pinto (Mandat zur Unabhängigkeit von Richtern und Anwälten) vom 29.08.2016 mit Fragen zur geplanten Reform an den deutschen Botschafter bei den Vereinten Nationen: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL_DEU_2.2016.pdf. Vgl. auch Venice Commission (2015): Update of the 2007 report on the democratic oversight of the security services and report on the democratic oversight of signals intelligence agencies. CDL-AD(2015)006. Strasbourg (Study; 719/2013), 07.04.2015, Rn. 106ff.

³ UN, Human Rights Committee (1988): CCPR General Comment No. 16. Article 17 (Right to privacy). UN Dok. CCPR/GEC/6624 vom 08.04.1988, Rn. 8; EGMR (1978): Klass und andere gegen Deutschland. Urteil vom 06.09.1978. Beschwerdenr. 5029/71, Rn. 41; EGMR (2008): Liberty und andere gegen das Vereinigte Königreich. Urteil vom 01.07.2008. Beschwerdenr. 58243/00, Rn. 56. Siehe auch Schiedermaier, Stephanie (2012): Der Schutz des Privaten als internationales Grundrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, S. 219ff.

⁴ EGMR (1984): Malone gegen das Vereinigte Königreich. Urteil vom 02.08.1984. Beschwerdenr. 8691/79, Rn. 84; UN, Human Rights Council (2013): Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue. UN Dok. A/HRC/23/40 vom 17.04.2013, Rn. 15; Ders. (2014): The right to privacy in the digital age. Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. UN Dok. A/HRC/27/37 vom 30.06.2014, Rn. 19; UN, General Assembly (2014): Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism. UN Dok. A/69/397 vom 23.09.2014, Rn. 53. UN, General Assembly (2014): The right to privacy in the digital age. Resolution. UN Dok. A/RES/69/166 vom 18.12.2014.

Geschützt ist nicht nur die Kommunikation von Personen, die sich auf dem Territorium einer Partei der internationalen Menschenrechtsverträge befinden, sondern auch jene von Kommunikationsteilnehmern im Ausland. Entscheidend ist die stabile Kontrolle einer Vertragspartei über die genutzte Kommunikationsinfrastruktur. Hierzu schreibt das UN-Hochkommissariat für Menschenrechte:

„In Artikel 2 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte wird jeder Vertragsstaat dazu verpflichtet, die in dem Pakt anerkannten Rechte zu achten und sie allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen ohne Unterschied [...] zu gewährleisten. Der Menschenrechtsausschuss erklärte in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 31, dass in Artikel 2 Absatz 1, von den Vertragsstaaten verlangt wird, die Paktrechte zu achten und sie allen in ihrem Gebiet befindlichen und ihrer Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen zu gewährleisten. Dies bedeutet, dass ein Vertragsstaat die im Pakt niedergelegten Rechte achten und sie jeder Person, die seiner Gewalt oder tatsächlichen Kontrolle unterliegt, gewährleisten muss, auch wenn sie sich nicht im Gebiet des Vertragsstaats befindet.“ [...] Der Menschenrechtsausschuss hat sich von dem schon in seinen frühesten Entscheidungen geäußerten Grundsatz leiten lassen, dass ein Staat sich seinen Verpflichtungen auf dem Gebiet der internationalen Menschenrechte nicht entziehen kann, indem er außerhalb seines Hoheitsgebiets Maßnahmen vornimmt, die ihm „im eigenen Land“ untersagt wären. [...] Die Begriffe ‚Gewalt‘ und ‚tatsächliche Kontrolle‘ sind Indikatoren dafür, ob ein Staat ‚Herrschaftsgewalt‘ oder hoheitliche Befugnisse ausübt, deren Missbrauch durch Vorschriften zum Schutz der Menschenrechte eingeschränkt werden soll. Ein Staat kann sich seinen menschenrechtlichen Verantwortlichkeiten nicht einfach dadurch entziehen, dass er es unterlässt, Befugnisse dieser Art rechtlich einzugrenzen. Ein anderer Schluss würde nicht nur die Universalität und den Wesensgehalt der durch die internationalen Menschenrechtsnormen geschützten Rechte untergraben, sondern möglicherweise auch strukturelle Anreize für Staaten schaffen, Überwachungsaktivitäten wechselseitig auszulagern. Daraus folgt, dass digitale Überwachungsmaßnahmen die Menschenrechtsverpflichtungen eines Staates berühren können, wenn die Überwachung mit der Ausübung staatlicher Gewalt oder tatsächlicher Kontrolle in Bezug auf digitale Kommunikationsinfrastruktur, gleich wo sich diese befindet, durch den Staat verbunden ist, beispielsweise durch direktes Abhören oder durch Eindringen in diese Infrastruktur.“⁵

Entsprechend betonte auch der UN-Menschenrechtsausschuss zum Abschluss der jüngsten Staatenberichtsverfahren gegenüber drei der „Five Eyes“ (USA, Vereinigtes Königreich und Neuseeland) ausdrücklich, dass bei Eingriffen in das Recht auf Privatsphäre menschenrechtliche Standards zu beachten sind „unabhängig von der Nationalität oder dem Ort der betroffenen Individuen“.⁶

⁵ UN, Human Rights Council (2014): The right to privacy in the digital age. Report. UN Dok A/HRC/27/37 vom 30.06.2014, Rn. 32f.

⁶ UN, Human Rights Committee (2014): Concluding observations on the fourth periodic report of the United States of America. UN Dok. CCPR/C/USA/CO/4 vom 26.03.2014, Rn. 22; Ders. (2015): Concluding observations on the seventh periodic report of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. UN Dok. CCPR/C/GBR/CO/7 vom 21.07.2015, Rn. 24; Ders. (2016): Concluding observations on the sixth periodic report of New Zealand. UN Dok. CCPR/C/NZL/CO/6 vom 24.03.2016, Rn. 16.

Dass stabile Kontrolle bzw. „Hoheitsgewalt“ i.S.v. Art. 1 EMRK nicht nur im Inland ausgeübt wird, sondern auch in Räumen außerhalb des Staatsgebietes einer Vertragspartei wie etwa militärisch besetzten Gebieten, diplomatischen Vertretungen, Flugzeugen oder Schiffen auf Hoher See, hat auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in verschiedenen Entscheidungen deutlich gemacht.⁷ Mindestens für solche Exklaven extraterritorialer Herrschaft ist nach dessen Rechtsprechung daher davon auszugehen, dass die menschenrechtlichen Verpflichtungen auch zur Achtung des Rechts auf Privatsphäre gelten. Überdies wurde im Fall Liberty u.a. gegen das Vereinigte Königreich weder vom EGMR noch von der britischen Regierung bestritten, dass zwei Beschwerde führende irische Organisationen durch die weitreichenden Befugnisse britischer Nachrichtendienste zur Kommunikationsüberwachung in ihren Rechten verletzt worden waren, obwohl sie ihren Sitz in Dublin – außerhalb britischen Hoheitsgebietes – haben.⁸

2.2 Eingriffsvoraussetzungen

Dabei ist das Menschenrecht auf Privatsphäre keineswegs absolut. Immer dann und überall dort, wo Eingriffe in das Menschenrecht auf Privatsphäre und vertrauliche Kommunikation stattfinden, müssen diese einen legitimen Zweck verfolgen, rechtmäßig und notwendig sein. Nach Art. 8 Abs. 2 EGMR ist ein Eingriff nur dann erlaubt, wenn er „gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.“ Art. 17 Zivilpakt listet dagegen keine expliziten Grenzen für eine Beschränkung des Rechts auf Privatsphäre auf. Allerdings hat der Menschenrechtsausschuss in seinen Allgemeinen Bemerkungen zu Art. 17 und in Entscheidungen zu Individualbeschwerden deutlich gemacht, dass Eingriffe nur erfolgen dürfen, wenn sie „unverzichtbar im gesellschaftlichen Interesse“ und verhältnismäßig sind.⁹

Der EGMR überlässt die Abwägung, welche Eingriffe gegenüber welchen Bedrohungen notwendig sind, weitgehend den Mitgliedstaaten, denen er im Feld der nationalen Sicherheit einen breiten Beurteilungsspielraum zugesteht.¹⁰ Gleichwohl erteilt der Gerichtshof damit keinen Freibrief für geheime Überwachungsoperationen der Exekutive. Vielmehr stellt er klar, dass ausreichende und wirksame Garantien gegen Willkür existieren müssen, und betont die besonderen Gefahren für eine Demokratie, wenn das Risiko eines systematischen Machtmissbrauchs besteht. Daher müssen Überwachungsmaßnahmen eine gesetzliche Grundlage haben, die die näheren Umstände der Überwachung spezifiziert und öffentlich bekannt macht und

⁷ Vgl. die Zusammenfassung der Rechtsprechung bei Milanovic, Marko (2015): Human rights treaties and foreign surveillance. Privacy in the digital age. In: Harvard International Law Journal 56 (1), S. 81–146 (S. 112ff.). <http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/561Milanovic.pdf>.

⁸ EGMR (2008): Liberty und andere gegen das Vereinigte Königreich. Urteil vom 01.07.2008. Beschwerdenr. 58243/00.

⁹ UN, Human Rights Committee (1988): CCPR General Comment No. 16. Article 17 (Right to privacy). UN Dok. CCPR/GEC/6624 vom 08.04.1988; Ders. (1994): Toonen gegen Australien. UN Dok. CCPR/C/50/D/488/1992 vom 31.03.1994; Ders. (2004): Van Hulst gegen die Niederlande. UN Dok. CCPR/C/82/D/903/1999 vom 01.11.2004, Rn. 7.6.

¹⁰ EGMR (2010): Kennedy gegen das Vereinigte Königreich. Urteil vom 18.05.2010. Beschwerdenr. 26839/05, Rn. 151ff.

somit ein Maß an Vorhersehbarkeit garantiert, insbesondere da die verfügbaren Technologien zunehmend komplexer und undurchsichtiger werden.¹¹

Darüber hinaus muss die Ermächtigungsgrundlage nach der EGMR-Rechtsprechung in Einklang mit dem Rechtsstaatsprinzip stehen und einen wirksamen Rechtsschutz gegen willkürliche und rechtswidrige Eingriffe garantieren. Da bei heimlichen Maßnahmen, über die Betroffene häufig auch nach ihrer Beendigung keine Kenntnis erhalten, eine anschließende gerichtliche Überprüfung kaum möglich ist, sind ersatzweise Verfahren zu etablieren, die „adäquate und gleichwertige Garantien“ zum Schutz der Betroffenenrechte gewährleisten.¹²

Vergleichbare Prinzipien hat auch der UN-Menschenrechtsausschuss seit den 1990er für die menschenrechtlichen Anforderungen an die heimliche Überwachung elektronischer und digitaler Kommunikation entwickelt.¹³ Zusammengefasst hat er sie in den Abschließenden Bemerkungen zu den jüngsten Staatenberichten der USA und des Vereinigten Königreichs zur Umsetzung des Zivilpaktes vom März 2014 bzw. Juli 2015. Demnach sollen die Vertragsparteien sicherstellen, dass jeder Eingriff in das Recht auf Privatsphäre durch Gesetze autorisiert ist, die

- (i) öffentlich zugänglich sind;
- (ii) Vorschriften beinhalten, die gewährleisten, dass die Erhebung von, der Zugriff auf und die Nutzung von Kommunikationsdaten auf bestimmte legitime Zwecke beschränkt sind;
- (iii) hinreichend präzise sind und ausführlich festlegen die genauen Umstände, unter denen solche Eingriffe genehmigt werden können, Genehmigungsverfahren, die Personenkategorien, die überwacht werden können, Fristen für die Dauer der Überwachung, Verfahren für die Nutzung sowie die Speicherung der erhobenen Daten; und
- (iv) wirksame Schutzmechanismen gegen Missbrauch vorsehen.¹⁴

3 Bewertung und Empfehlungen

3.1 Auslandsaufklärung menschenrechtlich begrenzen

Mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes (BT-Drs. 18/9041) soll eine spezifische gesetzliche

¹¹ EGMR (2006): Weber und Saravia gegen Deutschland. Entscheidung vom 29.06.2006. Beschwerdenr. 54934/00, Rn. 93ff.

¹² EGMR (1978): Klass und andere gegen Deutschland, Rn. 55.

¹³ U.a. UN, Human Rights Committee (1997): Consideration of reports submitted by State Parties under Article 40 of the Covenant. Concluding Observations of the Human Rights Committee - Jamaica. UN Dok. CCPR/C/79/Add.83 vom 24.10.1997, Rn. 20; Ders. (1999): Consideration of reports submitted by State Parties under Article 40 of the Covenant. Concluding Observations of the Human Rights Committee - Poland. UN Dok. CCPR/C/79/Add.110 vom 28.07.1999, Rn. 22; Ders. (2006): Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant. Concluding observations of the Human Rights Committee - Republic of Korea. UN Dok. CCPR/C/KOR/CO/3 vom 02.11.2006, Rn. 9; Ders. (2009): Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant. Concluding observations of the Human Rights Committee - Sweden. UN Dok. CCPR/C/SWE/CO/6 vom 02.04.2009, Rn. 18;

¹⁴ Übersetzung des Autors. Im Original: „Ensure that any interference with the right to privacy, family, home or correspondence is authorized by laws that: (i) are publicly accessible; (ii) contain provisions that ensure that collection of, access to and use of communications data are tailored to specific legitimate aims; (iii) are sufficiently precise and specify in detail the precise circumstances in which any such interference may be permitted, the procedures for authorization, the categories of persons who may be placed under surveillance, the limit on the duration of surveillance; procedures for the use and storage of data collected; and (iv) provide for effective safeguards against abuse“. UN, Human Rights Committee (2014): Concluding observations on the fourth periodic report of the United States of America. UN Dok. CCPR/C/USA/CO/4 vom 26.03.2014, Rn. 22; Ders. (2015): Concluding observations on the seventh periodic report of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. UN Dok. CCPR/C/GBR/CO/7 vom 21.07.2015, Rn. 24.

Grundlage geschaffen werden für die Erhebung von Daten der Telekommunikation zwischen ausländischen Anschlüssen vom Inland aus sowie für die inländische Verarbeitung und Nutzung von ebensolchen Daten, die durch den BND im Ausland erhoben wurden.

Nach § 8 Abs. 1 BNDG-E sollen inländische Telekommunikationsdienstleister künftig durch Anordnungen verpflichtet werden können, Daten aus Telekommunikationsnetzen, über die Kommunikation von Ausländern im Ausland erfolgt, an den BND auszuleiten oder dem Dienst selbst die Überwachung und Aufzeichnung zu ermöglichen. Zuwiderhandlungen gegen Anordnungen sollen nach § 35 BNDG-E mit Geldbußen bis zu 20.000 Euro geahndet werden können. Bei der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung vom Inland aus ist deshalb in jedem Fall von einer stabilen Kontrolle deutscher Stellen über die Kommunikationsinfrastruktur und somit bei der Erhebung von Inhalts- und Metadaten von einem Eingriff in das Recht auf Privatsphäre auszugehen, selbst wenn die betroffenen Personen im Ausland leben.

Es ist daher zu begrüßen, dass das Handeln des BND, anders als bisher, auf eine spezifische gesetzliche Grundlage gestellt werden und nicht länger nur aus der allgemeinen Aufgabenbeschreibung in § 1 Abs. 2 BNDG abgeleitet werden soll. Fraglich ist, ob die weiten Eingriffsbefugnisse, die der Gesetzentwurf für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND vorsieht, legitimen Zwecken dienen und den Standards entsprechen, die EGMR und UN-Menschenrechtsausschuss für die Überwachung von Telekommunikation entwickelt haben.

Zweifellos ist es im berechtigten Interesse der Bundesregierung, über gute und valide Erkenntnisse zu Vorgängen von außen- und sicherheitspolitischer Relevanz zu verfügen und so zum Beispiel bei internationalen Krisen wie dem Konflikt zwischen der Ukraine und Russland nicht von der Propaganda der Konfliktparteien abhängig zu sein. Bei der Erhebung von Kommunikationsdaten nach § 6 BNDG-E wird jedoch, anders als beim Abschöpfen von menschlichen Quellen oder einer Satellitenüberwachung, notwendigerweise in das Recht auf Privatsphäre eingegriffen.

Gerechtfertigt sind solche Eingriffe nur im Rahmen der Schranken-Schranken nach Art. 8 Abs. 2 EMRK. Nach § 6 Abs. 1 BNDG-E soll der BND ermächtigt werden, auf Anordnung des Bundeskanzleramtes Daten aus Telekommunikationsnetzen zu erheben nicht nur zur Aufklärung von Gefahren für die innere und äußere Sicherheit, sondern auch zur Wahrung der Handlungsfähigkeit Deutschlands und zur Gewinnung sonstiger Erkenntnisse von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung entsprechend des Auftragsprofils der Bundesregierung. Dabei bleibt unbestimmt, was unter „Handlungsfähigkeit“ oder „sonstigen Erkenntnissen von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung“ zu verstehen ist. Auch die Begründung des Gesetzentwurfs schweigt sich hierzu aus und erläutert nur, dass zur Wahrung der Handlungsfähigkeit auch die „Aufklärung von wirtschaftspolitisch bedeutsamen Vorgängen“ erforderlich sein kann und eine „Erforderlichkeit zur Gewinnung von sonstigen Erkenntnissen von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung im Sinne von Nummer 3 [...] angenommen werden [kann], wenn die Aufklärungstätigkeit im Einklang mit dem sogenannten Auftragsprofil der Bundesregierung (APB) steht“.¹⁵

¹⁵ BT-Drs. 18/9041 vom 05.07.2016, S. 34.

Offensichtlich wird jedoch mehr als der Schutz der nationalen Sicherheit bezweckt, andernfalls wäre keine explizite Nennung weiterer Zwecke neben der Aufklärung von „Gefahren für die innere und äußere Sicherheit“ notwendig gewesen. Selbst wenn angenommen wird, dass eine „Aufklärung von wirtschaftspolitisch bedeutsamen Vorgänge“ allein dem wirtschaftlichen Wohl des Landes i.S.v. Art. 8 Abs. 2 EMRK dienen soll, geht der Gesetzentwurf deutlich über die legitimen Zwecke hinaus, die die EMRK für Eingriffe in das Recht auf Privatsphäre vorsieht.

In Fragen nationaler Sicherheit räumt der EGMR den Vertragsstaaten der EMRK einen weiten Beurteilungsspielraum in der Frage ein, welche Mittel für welchen Zweck einzusetzen sind, fordert jedoch, dass Maßnahmen in gewissem Maße vorhersehbar sein müssen. Damit ist nicht gemeint, dass konkrete Einzelmaßnahmen für Zielpersonen antizipierbar sein müssen. Jedoch hat das nationale Recht in seinem Wortlaut hinreichend bestimmt zu sein, damit potenziell Betroffene angemessene Hinweise über Umstände und Bedingungen einer behördlichen Überwachung erhalten. Hierfür hat der Gerichtshof Mindestanforderungen an die „Qualität des Rechts“ aufgestellt, die er sowohl an Maßnahmen gezielter Überwachung wie an Programme strategischer Fernmeldeaufklärung anlegt.¹⁶ Demnach müssen durch das Gesetz hinreichend detailliert bestimmt sein:

- die Art der Delikte, die zu Überwachungsanordnungen führen können,
- die Kategorien von Personen, deren Kommunikation möglicherweise überwacht wird,
- die zeitliche Beschränkung der Überwachung,
- das Verfahren für die Auswertung, Verarbeitung und Speicherung von Daten,
- Sicherheitsvorkehrungen, die zu treffen sind, wenn Daten an Dritte übermittelt werden,
- die Umstände, unter denen gespeicherte Daten zu löschen sind.¹⁷

Der Gesetzentwurf enthält u.a. Vorgaben zur zeitlichen Beschränkung von Überwachungsanordnungen auf neun Monate (§ 9 Abs. 2 BNDG-E), zur Kennzeichnung und Löschung von Inhaltsdaten, die vom Inland aus erhoben wurden (§ 10 BNDG-E), sowie zum Kernbereichsschutz (§ 11 BNDG-E) und erfüllt damit einige der genannten Anforderungen.

Keine Angaben macht der Entwurf jedoch zur Art von sicherheitsbedrohlichem Verhalten oder den Kategorien von Personen, auf welche die strategische Überwachung gerichtet ist. Der EGMR anerkennt zwar die Notwendigkeit einer flexiblen Antwort auf sich wandelnde und schwer zu antizipierende Gefahren für die nationale Sicherheit und hat in seiner Rechtsprechung daher Forderungen nach detaillierten Deliktkatalogen in diesem Feld eine Absage erteilt. Gleichwohl mahnt er eine hinreichende Bestimmung dessen an, was unter Gefahren für die nationale Sicherheit zu verstehen ist.¹⁸

¹⁶ EGMR (2008): Liberty und andere gegen das Vereinigte Königreich, Rn. 63.

¹⁷ EGMR (2015): Roman Zakharov gegen Russland. Urteil vom 04.12.2015. Beschwerdenr. 47143/06, Rn. 227ff.

¹⁸ EGMR (2010): Kennedy gegen das Vereinigte Königreich, Rn. 159. Seine Kritik an der Offenheit des Begriffs „nationaler Sicherheit“ hat auch der UN-Menschenrechtsausschuss im Rahmen verschiedener Staatenprüfungsverfahren geäußert; siehe u.a. UN, Human Rights Committee (2016): Concluding observations on the sixth periodic report of New Zealand. UN Dok. CCPR/C/NZL/CO/6 vom 24.03.2016, Rn. 15.

Nicht abgemildert wird die fehlende Präzisierung im Gesetzentwurf durch die Begrenzung der Eingriffsvoraussetzungen im Falle von EU-Bürger_innen nach § 6 Abs. 3 BNDG-E oder das Verbot, Daten von Inländern zu erfassen. Die menschenrechtlichen Grenzen der Überwachung sind gegenüber EU-Bürger_innen und Drittstaatsangehörigen gleichermaßen einzuhalten. Befriedigen kann auch nicht die Einschränkung, dass die Erhebung von Daten nach § 6 Abs. 2 BNDG-E nur anhand von Suchbegriffen durchgeführt werden darf. Da die Suchbegriffe lediglich der Aufklärung der weit gefassten Sachverhalte dienen müssen und die technischen und organisatorischen Details nach § 6 Abs. 7 BNDG-E in einer Dienstvorschrift festgelegt werden sollen, die außerhalb der Exekutive nur dem Parlamentarischen Kontrollgremium zur Kenntnis zu geben ist, tragen sie nicht zur Präzisierung bei. Zudem gilt die Einschränkung der Datenerhebung durch Suchbegriffe nur für Inhaltsdaten nicht aber für Verkehrsdaten, die ohne Einschränkung erfasst und nach § 6 Abs. 6 BNDG-E für sechs Monate gespeichert werden dürfen. Damit kann potenziell jede_r Ausländer_in im Ausland, deren oder dessen Kommunikation über deutsche Knotenpunkte geleitet wird, von einer Erhebung und Analyse des Telekommunikationsverhaltens betroffen sein. Überdies ist es äußerst zweifelhaft, dass die Nichterfassung von Inländern durch ein mehrstufiges automatisches Filtersystem technisch realisierbar ist.¹⁹

Auch beim Betreiben eigener Überwachungsanlagen im Ausland, denkbar wäre dies zum Beispiel in Auslandsvertretungen oder militärischen Anlagen im Rahmen von multilateralen Stabilisierungsmissionen, würde der BND stabile Kontrolle über die Infrastruktur ausüben und wäre entsprechend zur Achtung der Menschenrechte verpflichtet. Allerdings vermeidet der Gesetzentwurf eine Klärung der Bedingungen und Voraussetzungen und nennt lediglich das Ausleiten von Daten im Ausland durch einen Telekommunikationsanbieter in der Begründung als mögliche Konstellation zu § 7 BNDG-E.²⁰ Welche Formen solch extraterritorialer Überwachung in „Public-Private-Partnership“ die Bedingung stabiler Kontrolle des BND über die Infrastruktur erfüllen, lässt sich hier nicht abschließend klären. Festzuhalten bleibt indes, dass die Datenerhebung des BND vom Ausland aus nach den Plänen des Gesetzentwurfs in jeder denkbaren Konstellation weder inhaltlichen Beschränkungen unterliegt noch einer Anordnung durch das Bundeskanzleramt bedarf. Einzig ihre Weiterverarbeitung und Nutzung durch inländische Dienststellen soll Beschränkungen unterliegen. Eine Überwachung ihrer Kommunikation wäre für die Menschen in den betroffenen Regionen völlig unberechenbar.

Zusammengefasst erfüllt der Gesetzentwurf die menschenrechtlichen Anforderungen an eine rechtmäßige Kommunikationsüberwachung weder für die Fernmeldeaufklärung vom Inland noch vom Ausland aus. Eine Beschränkung der Überwachung auf die in der EGMR genannten legitimen Zwecke ist nicht gegeben, und das Gebot der Vorhersehbarkeit wird deutlich verfehlt.

Aus Sicht des Institutes sollten daher Eingriffe des BND in das Menschenrecht auf Privatsphäre sowohl im Inland als auch im Ausland auf Felder begrenzt werden, in denen sie im Sinne von Art. 8 Abs. 2 EGMR notwendig sind. Hierzu wäre es sinnvoll

¹⁹ Greis, Friedhelm (2016): ECO warnt vor unkontrolliertem Zugriff auf deutschen Traffic. In: golem.de, 07.09.2016. <http://www.golem.de/news/neues-bnd-gesetz-eco-warnt-vor-unkontrolliertem-zugriff-auf-deutschen-traffic-1609-123128.html>.

²⁰ BT-Drs. 18/9041, S. 40.

sich auf die in § 6 Abs. 1 Nr. 1 genannten „Gefahren für die innere und äußere Sicherheit“ zu beschränken und durch die Nennung von zum Beispiel Phänomenbereichen oder Bedrohungslagen zu präzisieren. Weiterhin sollten auch die Erhebung und Verarbeitung von Verkehrsdaten begrenzt und Regelungen für die Kennzeichnung und Löschung von im Ausland erhobenen Daten getroffen werden.

3.2 Unabhängige und wirksame Kontrolle gewährleisten

Zu den menschenrechtlichen Anforderungen an die Rechtmäßigkeit einer Kommunikationsüberwachung gehört auch, dass ein wirksamer Rechtsschutz gegen willkürliche und rechtswidrige Eingriffe gewährleistet ist. Da bei heimlichen Maßnahmen, über die Betroffene häufig auch nach ihrer Beendigung keine Kenntnis erhalten, ein individueller Rechtsschutz kaum möglich ist, sind ersatzweise Verfahren zu etablieren, die „adäquate und gleichwertige Garantien“ zum Schutz der Betroffenenrechte gewährleisten. Normalerweise, so der EGMR, sollte diese Kontrolle durch Richter_innen wahrgenommen werden, welche Garant der notwendigen Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und eines angemessenen Verfahrens sind. Den menschenrechtlichen Anforderungen genügen jedoch auch quasi-gerichtliche Ersatzverfahren wie die G 10-Kommission. Diese müssen unabhängig von den zu kontrollierenden Behörden und mit ausreichenden Vollmachten und Fähigkeiten für die Aufsicht ausgestattet sein.²¹

Nach § 16 BNDG-E soll ein „Unabhängiges Gremium“ zur Aufsicht über die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND eingerichtet werden. Anders als die G 10-Kommission soll dieses Gremium nicht bei allen Maßnahmen für die Prüfung der Anordnungen zuständig sein, sondern nach § 9 Abs. 4 i.V.m. § 6 Abs. 1 BNDG-E nur, wenn es um die Bestimmung der zu überwachenden Telekommunikationsnetze geht, und nach § 9 Abs. 5 i.V.m. § 6 Abs. 2 BNDG-E bei der Wahl der Suchbegriffe, soweit sich diese auf EU-Einrichtungen und Behörden der Mitgliedstaaten beziehen. Daneben soll das Gremium gemäß § 9 Abs. 5 BNDG-E jederzeit stichprobenartig die Einhaltung der Vorgaben zur Verwendung von Suchbegriffen nach § 6 Abs. 3 BNDG-E überprüfen dürfen, d.h. nicht nur, wenn es um die Überwachung von europäischen Behörden geht, sondern auch um Bürger_innen der EU geht. Keinerlei Aufsichtsbefugnisse hat das Gremium im Feld der Überwachung von Menschen außerhalb der EU. Die umfassende Kompensation des fehlenden individuellen Rechtsschutzes für Ausländer_innen im Ausland ist durch das Unabhängige Gremium somit nicht gegeben; rechtlicher Schutz gegen willkürliche oder rechtswidrige Eingriffe in das Recht auf Privatsphäre nach Art. 17 Abs. 2 IPbPR wird zumindest für Nicht-EU-Bürger_innen verfehlt.

Angesichts der deutlichen Präferenz des EGMR für die richterliche Kontrolle nachrichtendienstlicher Maßnahmen ist die geplante Besetzung des Gremiums mit zwei Richter_innen des Bundesgerichtshofs aus menschenrechtlicher Perspektive positiv zu bewerten. Trotzdem wäre die Unabhängigkeit des Gremiums dauerhaft infrage gestellt: Wenngleich die Mitglieder bei der Ausübung ihrer Tätigkeit weisungsfrei sein sollen, ist geplant, dass sie von der Bundesregierung und nicht vom Parlament berufen werden. Zudem sieht der Gesetzentwurf vor, dass ein Mitglied des Gremiums eine Bundesanwältin oder ein Bundesanwalt wird und damit eine_n Vertreter_in der Exekutive. Das Vorschlagsrecht für diesen Posten läge beim

²¹ EGMR (1978): Klass und andere gegen Deutschland, Rn. 55f.

Generalbundesanwalt, der als politischer Beamter dazu verpflichtet ist, dass er seine Aufgaben „in fortdauernder Übereinstimmung mit den für ihn einschlägigen grundlegenden kriminalpolitischen Ansichten und Zielsetzungen der Bundesregierung“ erfüllt.²²

Angesichts der Komplexität moderner SIGINT ist fraglich, ob eine wirksame Kontrolle durch das Gremium in seiner geplanten Form gewährleistet werden kann. Seine drei Mitglieder sollen sich nach § 16 Abs. 4 BNDG-E neben ihrer Hauptbeschäftigung mindestens einmal im Quartal treffen. Die Sitzungsteilnahme der Stellvertreter_innen ist, anders als bei der G 10-Kommission, wo Stellvertreter_innen nach § 15 Abs. 1 G10 mit Rede- und Fragerecht an den Sitzungen teilnehmen können, nur vorgesehen, wenn ein Mitglied verhindert ist, so dass immer nur zu dritt getagt werden könnte. Nach § 16 Abs. 3 BNDG-E ist dem Gremium die notwendige Personal- und Sachausstattung zur Verfügung zu stellen. Geplant sind laut Gesetzentwurf insgesamt 15 Planstellen/Stellen für die Mitglieder des Gremiums, ihr Unterstützungspersonal und die Geschäftsstelle beim Bundesgerichtshof in Karlsruhe.²³ Obwohl das Gremium nicht nur die Zulässigkeit und Notwendigkeit von Anordnungen, sondern auch die Einhaltung der Vorgaben, wenngleich stichprobenartig, prüfen soll, fehlen ihr Frage-, Akteneinsichts- und Inspektionsrechte, wie sie die G 10-Kommission nach § 15 Abs. 5 G10 und § 110 Abs. 1 Nr. 5 TKG hat. Ebenfalls nicht vorgesehen ist besonderer technischer Sachverstand der Mitarbeiter_innen des Gremiums oder die Möglichkeit datenschutzrechtliche Expertise bei der Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit (BfDI) anzufragen.

Überdies wäre ausgerechnet das Gremium, das Teile des „Kerngeschäfts“ des BND beaufsichtigen soll, durch den geplanten Sitz in Karlsruhe von den Gremien der Nachrichtendienstaufsicht in Berlin weitgehend isoliert. Nur dem Parlamentarischen Kontrollgremium soll nach § 16 Abs. 6 BNDG-E alle sechs Monate Bericht erstattet werden. Des Teilnahme des „Ständigen Bevollmächtigten“ des Kontrollgremiums, der durch die Novelle des PKGrG geschaffen werden soll, an Sitzungen des Unabhängigen Gremiums ist nicht geplant, obwohl dieser nach dem Willen der Koalition künftig Brücke und Schnittstelle zwischen den drei Aufsichtsgremien in Berlin sein soll.

In der Summe ist das Unabhängige Gremium, das den fehlenden individuellen Rechtsschutz nur für einen kleinen Teil der von der Ausland-Ausland-Aufklärung des BND betroffenen Personen, namentlich EU-Bürger_innen, und dann auch nur *ex post* durch Stichproben kompensieren könnte, wenig geeignet, die menschenrechtlichen Vorgaben an eine unabhängige und wirksame Aufsicht über nachrichtendienstliche Tätigkeiten zu erfüllen.

Wäre eine reformierte parlamentarische Kontrolle besser geeignet, die Arbeit der Nachrichtendienste zu kontrollieren? Aus demokratietheoretischer Sicht ist eine Stärkung der Minderheitenrechte in einem Feld, dem das Instrument demokratischer Öffentlichkeit weitgehend fehlt, grundsätzlich zu begrüßen. Angesichts nachvollziehbarer Sorgen vor einer parteipolitischen Instrumentalisierung müssten die

²² Der Generalbundesanwalt: Rechtliche Stellung des Generalbundesanwalts beim Bundesgerichtshof, <http://www.generalbundesanwalt.de/de/stellung.php>.

²³ BT-Drs. 18/9041, S. 3.

Quoren und Mittel, die für eine wirksame und sachliche parlamentarische Kontrolle notwendig wären, eingehend diskutiert werden.

Zu bedenken ist aus Sicht des Institutes dabei jedoch, dass die parlamentarische Kontrolle die Kompensation des weitgehend fehlenden Rechtsschutzes gegenüber nachrichtendienstlichen Maßnahmen durch quasi-gerichtliche Kontrollinstanzen nicht ersetzen kann, da ansonsten eine Vermischung der Gewalten droht. Selbst bei einer von die Fraktion DIE LINKE. angestrebten Beendigung der nachrichtendienstlichen Kommunikationsüberwachung und des Einsatzes von V-Leuten bliebe die offene Frage ungeklärt, wie gegenüber anderen Maßnahmen verdeckter Informationserhebung wie etwa längere Observationen oder intransparenter Datenverarbeitung etwa durch wie „Big Data“-Analyseprojekte ein effektiver Rechtsschutz garantiert werden sollte.

Eine erste Möglichkeit wäre die Ausweitung der Zuständigkeiten der G 10-Kommission, was angesichts der sukzessiven Erweiterung ihrer Aufgaben im Laufe der letzten Jahre konsequent wäre. Sie könnte statt des geplanten „Unabhängigen Gremiums“ auch die Kontrolle der Ausland-Ausland-Überwachung des BND übernehmen. Zusätzlich könnte sie sich besonderen Formen der Datenerhebung annehmen, für die nach § 9 Abs. 3 BVerfSchG bislang weder ein Richtervorbehalt noch eine quasi-gerichtliche Kontrolle vorgesehen sind. Dabei wäre allerdings eine Professionalisierung der bislang ehrenamtlich arbeitenden Mitglieder der Kommission zwingend geboten. Weiterhin könnte diskutiert werden, ob eine Professionalisierung mit der Festlegung spezifischer Kriterien zur Auswahl ihrer Mitglieder eingehen sollte.

Eine zweite Option wäre die Variation des geplanten Unabhängigen Gremiums als Kontrollorgan nicht nur für die Ausland-Ausland-Überwachung des BND mit Aufsichtsbefugnissen, die denen der G 10-Kommission vergleichbar sind. Denkbar wäre ein wirklich unabhängiges Gremium als allein mit Richter_innen besetztes Kontrollorgan, dessen Mitglieder vom Parlament oder dem Parlamentarischen Kontrollgremium bestimmt werden.

Für beide Optionen wäre eine deutliche Aufstockung des Unterstützungspersonals notwendig, inklusive der Gewährleistung, dass ausreichend technischer Sachverstandes vorhanden ist. Problematisch wäre es in jedem Fall, wenn die quasi-gerichtliche Kontrolle in Abhängigkeiten vom Kontrollgremium der Legislative geriete, wie es sich mit den Plänen der Koalition abzeichnet, den Mitarbeiterstab der G 10-Kommission nach § 12 Abs. 2 und 3 PKGrG-E der Dienst- und regelmäßigen Weisungsaufsicht der oder des geplanten Ständigen Bevollmächtigten zu unterstellen.

Für die Stärkung einer wirksamen Kontrolle unbedingt sinnvoll ist der Austausch der verschiedenen Aufsichtsgremien, inklusive ausgewählter Bundestagsausschüsse und Kontrollgremien der Länder, und die Einbeziehung der BfDI. Sie würde helfen, die Fragmentierung der Kontrolle zu verringern. In diesem Zusammenhang sind die Vorschläge sowohl der Koalitions- als auch Oppositionsfraktionen zu begrüßen, dass Sachverständigen-Berichte des Kontrollgremiums an Untersuchungsausschüsse und die Kontrollinstanzen der Landtage weitergeben werden können sollen. Positiv zu vermerken ist für die Verbesserung der vernetzten Aufsicht auch, dass offensichtlich im Rahmen der anstehenden Umsetzung der EU-Datenschutzreform die BfDI eine

gesetzliche garantierte Befugnis für die Prüfung auch von G 10-Daten erhalten soll,²⁴ wie sie seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Antiterrordatei auf der datenschutzrechtlichen Tagesordnung steht.

Geprüft werden könnte bei einer grundlegenden Reform des Kontrollarchitektur auch, ob nicht eine klare Trennung der Zuständigkeiten zwischen der *ex ante*-Genehmigung von heimlichen Maßnahmen durch ein Gremium der quasi-richterlichen Kontrolle und einer *ex post*-Kontrolle durch die Datenschutzbeauftragte sinnvoll wäre. Gestrichen werden sollte in jedem Fall die Staatswohlklausel in § 24 Abs. 4 BDSG, da sie, wie die Vorgänge um die Prüfungen in Bad Aiblingen gezeigt haben, einer effektiven Aufsicht durch die BfDI im Wege steht.

3.3 „Vernetzte Sicherheit“ erfordert neue Formen der Kontrolle

Mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND sollen auch internationale Kooperationen des BND rechtlich geregelt werden. Dabei geht es um gemeinsame SIGINT-Projekte (§§ 13 bis 15 BNDG-E) und gemeinsame Dateien (§§ 26 bis 30 BNDG-E) mit ausländischen Partnern.

Mit dem Paradigmenwechsel vom „need to know“ to „need to share“ und der wachsenden Zusammenarbeit von Nachrichten- und Sicherheitsdiensten gehört die Kontrolle solcher Kooperationen zu den zentralen Herausforderungen für die gegenwärtige Aufsicht von Nachrichtendiensten. Mittlerweile hat das Thema auch den UN-Menschenrechtsausschuss erreicht. In seinen Abschließenden Bemerkungen zum jüngsten Staatenbericht Schwedens zeigte er sich in Bezug auf die SIGINT-Aktivitäten des Militärnachrichtendienstes FRA „besorgt über den Mangel an ausreichenden Garantien zum Schutz gegen willkürliche Eingriffe in das Recht auf Privatsphäre beim Austausch von Rohdaten mit anderen Nachrichtendiensten“ und empfahl die Einrichtung „effektiver und unabhängiger Aufsichtsmechanismen über den nachrichtendienstlichen Austausch von personenbezogenen Daten“.²⁵ Zuvor hatte der Ausschuss das Thema schon in seinen Abschließenden Bemerkungen zum Staatenbericht des Vereinigten Königreichs adressiert und zu einer „robusten“ Aufsicht geraten.²⁶

Im Fall der geplanten SIGINT-Kooperationen des BND sollen nach § 13 Abs. 3 BNDG-E die Einzelheiten in einer schriftlichen Absichtserklärung niedergelegt werden. U.a. soll diese Erklärung Absprachen zur Zweckbindung der ausgetauschten Daten und der Vereinbarkeit ihrer Verwendung mit grundlegenden rechtstaatlichen Prinzipien beinhalten. Eine ähnliche Formel findet sich in den geplanten Vorschriften zu gemeinsamen Dateien. Nach § 26 Abs. 2 Nr. 2 BNDG-E sind solche Dateien nur zulässig, wenn in den teilnehmenden Staaten die Einhaltung grundlegender rechtsstaatlicher Prinzipien gewährleistet ist. Allerdings ist die Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien nach § 26 Abs. 4 BNDG-E dabei nicht in den ebenfalls vorgeschriebenen Absichtserklärungen schriftlich zu fixieren, sondern nur die Zwecke der Zusammenarbeit und die Zusage, die übermittelten Daten ausschließlich in diesem Sinne zu verwenden, sowie das Auskunftsrecht des BND gegenüber seinen Partnern.

²⁴ § 25 Abs. 4 des öffentlich gewordenen Referentenentwurfs des BMI, Stand: 05.08.2016.

²⁵ UN, Human Rights Committee (2016): Concluding observations on the seventh periodic report of Sweden. UN Dok. CCPR/C/SWE/CO/7 vom 23.03.2016, Rn. 36f.

²⁶ UN, Human Rights Committee (2015): Concluding observations on the seventh periodic report of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. UN Dok. CCPR/C/GBR/CO/7 vom 21.07.2015, Rn. 24c.

Grundsätzlich sind die „Rechtsstaatlichkeitsklauseln“ zu begrüßen. Die wirksame externe Kontrolle ihrer Umsetzung ist aber fraglich. Den Absichtserklärungen für SIGINT-Kooperationen soll das Bundeskanzleramt zustimmen und das Parlamentarische Kontrollgremium ist über sie zu unterrichten. Auch im Fall der gemeinsamen Dateien ist die Zustimmung des Kanzleramts für die Zusammenarbeit einzuholen; das Kontrollgremium ist zu unterrichten. Unklar bleibt nach dem Wortlaut des Gesetzentwurfs, ob dies auch die Zustimmung zu den Absichtserklärungen beinhaltet. Bei beiden Formen der internationalen Kooperation würde es im laufenden Betrieb allein dem BND obliegen, bei den Partnerdiensten um Auskunft über die Verwendung der Daten zu ersuchen.

Bei den SIGINT-Kooperationen sollen BND-Mitarbeiter_innen stichprobenartig prüfen, ob durch die von Partnerdiensten gesteuerten Suchbegriffe grundrechts- und politisch sensible Daten erhoben und ins Ausland weitergegeben werden oder ob bei den vollautomatisierten Filter-, Lösch- und Übermittlungsroutinen alles mit rechten Dingen zugeht. Analog hierzu wird auch dem Unabhängigen Gremium nach § 15 Abs. 3 BNDG-E das Recht eingeräumt, die Einhaltung der Vorgaben stichprobenartig zu prüfen. Die Datenübermittlung selbst soll durch die BfDI geprüft werden können; flankierende Protokollierungspflichten sind in § 15 Abs. 2 BNDG-E vorgeschrieben. Eine Vorabkontrolle der durch ausländische Dienste beim BND gesteuerten Suchbegriffe ist weder intern noch extern vorgesehen und wäre angesichts der Datenmassen wohl auch nicht realisierbar. Im Überwachungsalltag bliebe die wirksame Kontrolle der Zuverlässigkeit der Maschinen überlassen, was vor dem Hintergrund des Wissens um die unzureichende Treffsicherheit der Filter nicht befriedigen kann.

Problematisch gestaltet sich auch die geplante externe Aufsicht im Hinblick auf die gemeinsamen Dateien des BND mit ausländischen Partnerbehörden. Hier ist für die Errichtung gemeinsamer Dateien beim BND vorgeschrieben, dass detaillierte Dateianordnungen mit Zustimmung des Bundeskanzleramtes und unter Anhörung der BfDI zu treffen sind. Wenn sich der BND hingegen an Dateien ausländischer Partner beteiligen würde, entzieht sich die Zusammenarbeit der datenschutzrechtlichen Kontrolle. Außer der oben genannten Absichtserklärung bedarf es nach § 30 BNDG-E keiner weiteren Dokumentation zu den Details der informationellen Kooperation oder ihrer Protokollierung. Selbst dem Kontrollgremium wären in diesem Fall weitgehend die Hände gebunden, da es von der Bundesregierung nach § 6 Abs. 1 PKGrG nur über Informationen und Gegenstände, die der Verfügungsberechtigung der Nachrichtendienste des Bundes unterliegen, unterrichtet werden muss.

Die „third party rule“, die den BND und die anderen deutschen Nachrichtendienste daran bindet, Informationen, die sie von ausländischen Partner erhalten haben, nicht an Dritte weiterzugeben, steht einer wirksamen Kontrolle der internationalen Kooperation entgegen. Entsprechend empfehlen verschiedene internationale Menschenrechtsgremien, dass der Zugang der Kontrolleure zu Informationen nicht am Veto ausländischer Behörden scheitern darf.²⁷ Vor diesem Hintergrund sind die Pläne der Koalition, bei einer Novelle des PKGrG dem Kontrollgremium das Recht einzuräumen, Konsultationsverhandlungen der Bundesregierung mit den

²⁷ Commissioner for Human Rights (2015): Democratic and effective oversight of national security services, . CommDH/IssuePaper(2015)2. Council of Europe. Strasbourg (Issue Paper), S. 13f.

ausländischen Partnern über die Freigabe von Informationen zu erzwingen, ein Fortschritt. Der menschenrechtlichen Verpflichtung, eine wirksame Kontrolle der Nachrichtendienste zu gewährleisten, genügen sie jedoch nicht.

Die Beispiele Belgien, Niederlande und Norwegen zeigen, dass es auch anders geht und es Aufsichtsgremien gibt, die zumindest im Prinzip nicht als „third party“ gelten.²⁸ Wie sich solche Vorbilder auf das deutsche Modell übertragen ließen, sollte geprüft werden. Diskutiert werden sollte auch, ob sich die Vorschläge, Sachverständigen-Berichte des Kontrollgremiums auch für eine Weitergabe an Untersuchungsausschüsse und Landtags-Kontrollgremien freizugeben, in relevanten Fällen auch auf ausländische Aufsichtsorgane anwenden ließen. Um mit der internationalen Kooperation der Dienste Schritt zu halten, sind dringend neue Wege gefordert.

Kontakt

Deutsches Institut für Menschenrechte
Zimmerstraße 26/27, 10969 Berlin
Tel.: 030 25 93 59-0
Fax: 030 25 93 59-59
info@institut-fuer-menschenrechte.de
www.institut-fuer-menschenrechte.de

AUTOR_IN: Eric Töpfer

© Deutsches Institut für Menschenrechte, 2016
Alle Rechte vorbehalten

Das Institut

Das Deutsche Institut für Menschenrechte ist die unabhängige Nationale Menschenrechtsinstitution Deutschlands. Es ist gemäß den Pariser Prinzipien der Vereinten Nationen akkreditiert (A-Status).

Zu den Aufgaben des Instituts gehören Politikberatung, Menschenrechtsbildung, Information und Dokumentation, anwendungsorientierte Forschung zu menschenrechtlichen Themen sowie die Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen. Es wird vom Deutschen Bundestag finanziert. Das Institut ist zudem mit dem Monitoring der Umsetzung der UN-Behindertenkonvention und der UN-Kinderrechtskonvention betraut worden und hat hierfür entsprechende Monitoring-Stellen eingerichtet.

²⁸ van Laethem, Wauter (2011): Parliamentary and specialised oversight of security and intelligence agencies in Belgium. In: Parliamentary oversight of security and intelligence agencies in the European Union. European Parliament. Brussels (LIBE Study, PE 453.207), S. 191–203 (S. 199); Verhoeven, Nick (2011): Parliamentary and specialised oversight of security and intelligence agencies in the Netherlands. In: Parliamentary oversight of security and intelligence agencies in the European Union. S. 254–264 (S. 260). Norwegian Parliamentary Oversight Committee (2013), Abbreviated Annual Report for 2013, Oslo, S.1. https://eos-utvalget.no/english_1/annual_reports/content_3/text_1401199189882/1403522809228/forkortet_rsmelding_engelsk_version.pdf.

Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff, Universität Bayreuth

Schriftliche Stellungnahme zur Vorbereitung der mündlichen Anhörung am 26.09.2016 von 14.00 Uhr bis 16.00 Uhr im Marie-Elisabeth-Lüders-Haus, Raum 3.101, Adele-Schreiber-Krieger-Straße 1, 10117 Berlin

Übersicht:

Schriftliche Stellungnahme zur Vorbereitung der mündlichen Anhörung am 26.09.2016 von 14.00 Uhr bis 16.00 Uhr im Marie-Elisabeth-Lüders-Haus, Raum 3.101, Adele-Schreiber-Krieger-Straße 1, 10117 Berlin	1
Zu I. Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Auslandfernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienst	2
1. Inhalt im Überblick	2
2. Allgemein	2
3. Grundrechtliche Kurzbewertung	2
4. Regelungslücke der reinen Auslandsaufklärung	4
5. Schaffung eines unabhängigen Gremiums.	4
6. Die Regelung im Einzelnen	5
zu II. Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zu einem Gesetz zur weiteren Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes	15
1. Die Regelung im Überblick	15
2. Beteiligung an der Reform 2009	15
3. Legitimation des parlamentarischen Kontrollgremiums	15
4. Charakter der parlamentarischen Kontrolle	17
5. Engere Zusammenführung der Kontrollorganisationen	17
6. Die Änderungsvorschläge im Einzelnen	17
III. Gesetzentwurf der Fraktion Die Linke: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeiten des Bundes, BT-Drs 18/6640.	23
1. Allgemein	23
2. Zu den Änderungsvorschlägen im Einzelnen:	23
IV. Antrag der Abgeordneten und der Fraktion Die Linke: Parlamentarische Kontrolle der nachrichtendienstlichen Tätigkeit des Bundes verbessern: BT18/6645	25
V. Antrag der Abgeordneten der Fraktion Die Grünen: Für eine wirksame Kontrolle der Nachrichtendienste	26

Zu I. Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Auslandfernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienst

1. Inhalt im Überblick

Der vorliegende Gesetzentwurf will die Auslandfernmeldeaufklärung vom deutschen Boden aus regeln. Er betrifft den Fall, dass im Ausland ein Ausländer mit einem Ausländer, der ebenfalls im Ausland ist, kommuniziert und die Daten des BND im Inland erhoben werden, sei es durch Zugriff auf Fernmeldeleitungen oder Satellitenströme. Das Gesetz sieht ein vereinfachtes Anordnungsverfahren vor, das danach differenziert, ob Einrichtungen der Europäischen Union, ihre Mitgliedsstaaten, öffentliche Stellen oder Unionsbürger gezielt erfasst werden oder nicht. Weiter regelt der Gesetzentwurf Teile des Informationsaustausches mit ausländischen Diensten.

2. Allgemein

Es ist ausgesprochen zu begrüßen, dass die Auslandfernmeldeaufklärung des BND nun eine spezielle gesetzliche Regelung erfährt und nicht mehr auf die allgemeine Datenverarbeitungsklausel des § 3 Abs. 1 BNDG gestützt werden muss. Die gesetzliche Grundlage ist aus Gründen der Rechtsklarheit und der Möglichkeit der besseren Kontrolle sehr zu begrüßen. Dieser rechtstaatliche Fortschritt kann gar nicht zu gering eingeschätzt werden. Der Gesetzentwurf ist der Auffassung, dass die gesetzliche Regelung grundrechtlich nicht zwingend erforderlich ist. Angesichts der Belastung für ausländische Bürger und des auch für sie geltenden Vorbehalts des Gesetzes könnte man über diese Position durchaus streiten. Da die gesetzliche Regelung aber nun auf dem Weg ist, ist dieser Streit müßig.

3. Grundrechtliche Kurzbewertung

Die Grundrechtsgeltung von Sachverhalten mit Auslandsbezug ist in Literatur und Rechtsprechung heftig umstritten und nicht endgültig geklärt. Nach persönlicher Ansicht des Unterzeichners kann der Grundrechtstandard für das Handeln Deutschlands im Ausland aus verschiedenen Gründen reduziert sein. Die Reduzierung der Schutzintensität rechtfertigt sich daraus,

- dass die Grundrechtsgarantien unausgesprochen von den Gestaltungsmöglichkeiten ausgehen, die die deutsche Staatsgewalt typischerweise nur auf ihrem eigenen Hoheitsgebiet hat.
- Weiter soll der Gesetzesvorbehalt eine Mitwirkung des Parlaments, das vom Staatsvolk gewählt wird, garantieren, so dass dieser eine demokratische Funktion besitzt, die beim Handeln gegenüber Ausländern im Ausland in dieser Form nicht greift.
- Schließlich bedarf ein Tätigwerden im Ausland oftmals eines Kooperierens mit ausländischen Hoheitsträgern, so dass die vollständige Übertragung innerstaatlicher Rechtsgebundenheit die Besonderheiten des Lebenssachverhalts übersieht.
- Schließlich rechtfertigt sich die Absenkung auch durch die fehlende Ausschließlichkeit der deutschen Hoheitsgewalt außerhalb Deutschlands. Deutschland kann schlecht für sich in Anspruch nehmen, etwa auf dem Gebiet des Iraks eine Wohnungsüberwachung gesetzlich zu gestatten.
- Zu guter Letzt sei darauf hingewiesen, dass es keine Ansicht gibt, die für jedes staatliche Handeln einen uneingeschränkten Grundrechtsvorbehalt durchhalten kann; spätestens im Kriegsfall werden sachliche Relativierungen vorgenommen.

Die Reduzierung vollzieht sich dabei vor allem weniger im materiellen Bereich, insbesondere des Verhältnismäßigkeitsgebots, als vielmehr bei den verfahrensmäßigen und formellen Garantien. So liegen insbesondere Abstriche bei der formalgesetzlichen Grundlage nahe, da mit einer klassischen Eingriffsgrundlage auch konkludent der Anspruch des Staates auf Ausübung einer Hoheitsgewalt in einem der innerstaatlichen Umfassendheit vergleichbaren Maße verbunden sein könnte.

- Nicht richtig ist, dass die Grundrechte im Ausland nicht gelten.
- Nicht richtig ist, dass die Grundrechte immer im gleichen Maße abgesenkt werden.

Der Maßstab ist nicht pauschal herabzusetzen, sondern jeweils am konkreten Grundrecht zu messen und muss sich an den Besonderheiten des jeweiligen Maßstabes orientieren. Es gilt der allgemeine Maßstab, dass mit zunehmender Kontrolle und zunehmender Wirksamkeit der deutschen Staatsgewalt die grundrechtliche Umhegung intensiver wird (Vgl. BVerfGE 92, 26 ff.).

Im Fall des § 6 BNDG werden von Deutschland aus in Telekommunikationsverkehr mit Anfang- und End-Punkten im Ausland eingegriffen. Eine Grundrechtsgeltung als solche kann nicht bestritten werden. Fraglich ist, ob in Art. 10 GG eingegriffen wird. Der Normtext würde eine solche Ansicht nahe legen. Die Anwesenheit eines Telekommunikationspartners ist nicht ausdrücklich im Text verlangt.

Wegen der Territorialhoheit des Staates, des Bezugs des Gesetzesvorbehalts zur Demokratie und der Entstehungsgeschichte lässt sich eine restriktive Auslegung dahingehend, dass Art. 10 GG nicht eröffnet ist, durchaus vertreten. Auf sicheren Füßen steht diese Auslegung aber nicht. Das BVerfG meint in seiner Entscheidung im Jahr 1999 (BVerfG, Ut. v. 14.07.1999, 1 BvR 2226/94, u.a. BVerfGE 100, 313 ff.)

LS: 2. Der räumliche Schutzzumfang des Fernmeldegeheimnisses ist nicht auf das Inland beschränkt. Art 10 GG kann vielmehr auch dann eingreifen, wenn eine im Ausland stattfindende Telekommunikation durch Erfassung und Auswertung im Inland hinreichend mit inländischem staatlichem Handeln verknüpft ist.

Rn. 178

Dabei wird bereits durch die Erfassung und Aufzeichnung des Telekommunikationsverkehrs mit Hilfe der auf deutschem Boden stationierten Empfangsanlagen des Bundesnachrichtendienstes eine technisch-informationelle Beziehung zu den jeweiligen Kommunikationsteilnehmern und ein - den Eigenarten von Daten und Informationen entsprechender - Gebietskontakt hergestellt. Auch die Auswertung der so erfaßten Telekommunikationsvorgänge durch den Bundesnachrichtendienst findet auf deutschem Boden statt. Unter diesen Umständen ist aber auch eine Kommunikation im Ausland mit staatlichem Handeln im Inland derart verknüpft, daß die Bindung durch Art. 10 GG selbst dann eingreift, wenn man dafür einen hinreichenden territorialen Bezug voraussetzen wollte. Über geheimdienstliche Tätigkeiten, die nicht dem G 10 unterliegen, ist hier ebensowenig zu entscheiden wie über die Frage, was für ausländische Kommunikationsteilnehmer im Ausland gilt. Auf ausländische juristische Personen findet Art. 10 GG gemäß Art. 19 Abs. 3 GG ohnehin keine Anwendung.

Nimmt man an, Art. 10 GG sei eröffnet, so lässt sich aber bei der Bewertung der Intensität des Grundrechtseingriffs der Umstand, dass es ein reiner Auslandsverkehr vorliegt, der wegen der gerade genannten Gründen im Schutz geringer einzustufen ist, anführen.

Den Anforderungen an einen leichten Eingriff in Art. 10 GG dürften §§ 6 ff. BNDG-E genügen.

4. Regelungslücke der reinen Auslandsaufklärung

Die Erweiterung bleibt, mit Ausnahme des § 7 BNDG-E im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2 S.2 BNDG. Die reine Auslandsaufklärung des BND, das heißt, das Tätigwerden gegen Ausländer auf ausländischem Boden bleibt weiterhin gesetzlich ungeregelt. Der Unterzeichner selbst bemüht sich seit langer Zeit, auch für diesen Bereich eine angemessene gesetzliche Regelung zu finden. Er hat in der wissenschaftlichen Diskussion vorgeschlagen, der vorliegende Gesetzentwurf wäre eigentlich der richtige Ort, auch diesen Bereich wenigstens ansatzweise zu regeln.

Vorschlag: Es wird daher vorgeschlagen, § 1 Abs. 2 um die Sätze 3 bis 4 zu ergänzen mit folgendem Inhalt:

Außerhalb des Geltungsbereiches nimmt er seine Aufgaben wahr, sofern dies geboten ist. Er hat dabei auf die Verhältnismäßigkeit der Mittel zu achten.

5. Schaffung eines unabhängigen Gremiums.

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass ein mit vornehmlich Richtern besetztes, unabhängiges Gremium für die Auslandfermeldeaufklärung ähnliche Aufgaben wahrnimmt, wie die G 10-Kommission für die Telekommunikationsbeschränkung. Auf diese Weise werden die spezialisierten Kontrollorgane der Nachrichtendienste um ein weiteres Organ erweitert. Es besteht nun:

- die G 10-Kommission,
- das parlamentarische Kontrollgremium,
- die Bundesbeauftragte für Datenschutz,
- das Vertrauensgremium für den Haushalt.
- Einige Länder haben zudem für Eingriffe außerhalb der Telekommunikation noch den Richter.

Eine Zersplitterung der Kontrolle auf viele verschiedene Gremien ist nicht wünschenswert. Aufgrund der hohen Vertraulichkeit der Tätigkeit der Nachrichtendienste erhöht sich die tatsächliche Kontrolldichte mit zunehmendem Sachverstand und zunehmender Kenntnis der Kontrolleure. Je mehr Befugnisse auf ein Gremium bezogen sind, umso sinnvoller.

Die bei der Fernmeldeaufklärung erfassten Bereiche sind thematisch auch nicht so, dass man sie unbedingt einem Richter oder einem Bundesanwalt übertragen muss. Die Volljuristen weisen nun keine besondere Sachkenntnis im Bereich der ausländischen Verhältnisse auf.

Die Zuweisung der Fernmeldeaufklärung an ein anderes Gremium als die strategische Fernmeldekontrolle gemäß § 5 G 10 leuchtet auch sachlich nicht ein. Die Auslandfermeldeaufklärung und die strategische Fernmeldeaufklärung hängen systematisch eng zusammen und unterscheiden sich der Sache nach nur hinsichtlich der Betroffenen und der daraus folgenden höheren Eingriffsschwellen bei G 10. Vergleicht man das unabhängige Gremium mit der G 10-Kommission fallen insbesondere zwei Umstände auf:

- Die Mitglieder der G 10-Kommission sind der Sache nach Politiker, wenn auch Juristen, die Mitglieder des unabhängigen Gremiums sind der Sache nach Richter oder kommen aus der Justiz;
- Die G 10-Kommission arbeitet ehrenamtlich; das unabhängige Gremium arbeitet zwar in dieser Funktion auch nur nebenamtlich, ist aber hauptamtlich mit der Kontrolle und der Strafverfolgung verbunden.

Der Unterzeichner hat bei verschiedenen Gelegenheiten darauf hingewiesen, dass seiner Ansicht nach es zweifelhaft ist, ob die G 10-Kommission, mit ihrer Konstruktion der ehrenamtlichen Tätigkeit und der seltenen Sitzungstermine in der Lage ist, den Arbeitsanfall, den die deutlich gestiegenen Aktivitäten der Nachrichtendienste auf-

werfen, noch bewältigen kann. Daher ist gegen die Einrichtung eines Gremiums, das genauso unabhängig ist wie die G 10-Kommission, aber schneller zu erreichen ist, öfters tagt und der Sache nach mit hauptamtlichen Mitgliedern besetzt ist, von der Konstruktion her deutlich vorzuziehen. Es bleibt daher die Frage, ob man nicht die Zuständigkeiten der G 10-Kommission im G 10 und im Bundesverfassungsschutzgesetz dem unabhängigen Gremium insgesamt übertragen soll, um auf diese Weise eine Zersplitterung verschiedener Gremien zu verhindern.

Dies wäre nur möglich, wenn die faktische Abschaffung der G 10-Kommission mit Artikel 10 Abs. 2 GG vereinbar wäre. Ursprünglich war die G 10-Kommission gegründet worden, um von der Ermächtigung des Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 GG Gebrauch zu machen und nachrichtendienstliche Kontrolle den Betroffenen nicht mitzuteilen. Das Bundesverfassungsgericht hat Artikel 10 Abs. 2 S. 2 GG so ausgelegt, dass die Mitteilung nur dann unterbleiben kann, wenn konkrete Gründe gegen die Mitteilung vorliegen. Dies ist eine Einschränkung des Rechtsschutzes gemäß Artikel 19 Abs. 4 GG, für die man nicht Artikel 10 Abs. 2 S. 2 GG gebraucht hätte. Dies sieht man daran, dass auch die Polizeibehörden verdeckte Informationserhebungsbefugnisse haben, bei denen die Mitteilung nicht in vergleichbarer Weise verzögert wird wie nach G 10 und dennoch diese Informationsbefugnisse für rechtmäßig gehalten werden, obwohl die Polizeibehörden sich nicht auf Artikel 10 Abs. 2 S. 2 GG stützen können. Das Bundesverfassungsgericht hat die Informationserhebungsbefugnisse des BKA in seinem jüngsten Urteil nicht deshalb beanstandet, weil die Mitteilung bei vorliegend konkreten Gründen unterbleiben kann. Bei der Polizei ist eine G 10-Kommission aber nicht vorgesehen. Im Umkehrschluss wird man daher schließen können, dass auch die Nachrichtendienste vergleichbare Befugnisse erhalten können, bei denen der Richter anstelle der G 10-Kommission eingeschaltet ist.

Aus wissenschaftlicher Sicht liegt die Übertragung der Kontrolle in die Hände von vollamtlichen Richtern ausgesprochen nahe.

Vorschlag: Es wird daher angeregt, entweder anstelle des unabhängigen Gremiums die Zuständigkeit der G 10-Kommission zu setzen oder die Zuständigkeit des unabhängigen Gremiums auf die Zuständigkeiten der G 10-Kommission gemäß dem G 10 und dem Bundesverfassungsschutzgesetz zu erstrecken. Infolgedessen könnte man auch den Artikel 10 Abs. 2 S. 2 GG mit der entsprechenden Zweidrittelmehrheit aufheben.

6. Die Regelung im Einzelnen

a) § 6 Abs. 1 BNDG-E

§ 6 Abs. 1 legt die Zulässigkeit der Auslandfernmeldeaufklärung fest. Die Norm ist im Kern ausgesprochen zu begrüßen. Bei der Umsetzung der Idee besteht noch ein gewisser Optimierungsspielraum.

Das Gesetz führt mehrere Differenzierungen ein, wodurch die Rechtslage ein wenig unübersichtlich ist.

aa) Für die reine Fernmeldeaufklärung, die sich nicht gezielt gegen Unionsbürger, Unionsorgane oder Organe der Mitgliedstaaten richtet, gilt:

- Formelle Voraussetzungen
 - Bestimmung des Telekommunikationsnetzes gemäß § 6 Abs. 1 S. 2 durch das Bundeskanzleramt.
 - Festlegung der Suchbegriffe § 6 Abs. 2: Nicht notwendig Anordnung durch den Behördenleiter (Umkehrschluss aus § 9 Abs. 2). Zuständigkeit für die

Festlegung der Suchbegriffe ist nicht geregelt.

- Beteiligung des unabhängigen Gremiums: § 9 Abs. 4.
- Anordnung, § 6 Abs. 1, § 9 Abs. 1
 - Antrag
 - aa) Antragsteller: § 9 Abs. 1 S. 1
 - bb) Inhalt: § 9 Abs. 1 S. 2 (drei inhaltliche Vorgaben)
 - Anordnung: Zuständigkeit? Nicht geregelt. Gemeint wohl Bundeskanzleramt.
 - Inhalt der Anordnung: § 9 Abs. 1 S. 2
 - Dauer : § 9 Abs. 3: Neun Monate.
- Materielle Rechtmäßigkeit:
 - Vorliegen einer Aufgabe gemäß § 6 Abs. 1.
 - Erforderlichkeit zur Aufgabenerfüllung.

Im Gegensatz zu G 10 ist keine Darlegung der Subsidiarität erforderlich. Dies scheint angesichts der unterschiedlichen Grundschutzintensitäten sachlich naheliegend.

bb) Für die Auslandsfernmeldeaufklärung hinsichtlich der gezielten Erfassung von Unionsbürgern unterscheidet das Gesetz zwischen G 10-parallelen Fällen und echten Auslandsaufklärungsfällen.

G 10-parallele Fälle:

- Formelle Voraussetzungen
 - Die formelle Rechtmäßigkeit ändert sich nicht.
- Materiellen Voraussetzungen
 - Die materielle Rechtmäßigkeit erhöhen sich erheblich, weil Gefahren im Sinne von § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und § 6 Abs. 3 S. 2 vorliegen müssen.

Echte Auslandsaufklärung:

- Formelle Voraussetzungen
 - Die Suchbegriffe müssen nun gemäß § 9 Abs. 2 durch den Behördenleiter festgesetzt werden.
 - Zudem muss das Bundeskanzleramt gemäß § 9 Abs. 2 S. 2 unterrichtet werden.
- Materiellen Voraussetzungen
 - Die materiellen Voraussetzungen ändern sich ebenfalls. Sie fallen im Vergleich zu G 10-ähnlichen Situationen herab. Es gilt § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 2.

cc) Fernmeldeaufklärung gezielt gegen Organisationen der EU oder von Mitgliedsstaaten

Richtet sich die Fernmeldeaufklärung gezielt gegen Organisationen der EU oder von Mitgliedsstaaten, erhöhen sich zunächst die formellen Voraussetzungen in gleicher Weise wie bei der echten Fernmeldeaufklärung gezielt gegen Unionsbürger, das heißt:

- Die Suchbegriffe müssen nun gemäß § 9 Abs. 2 durch den Behördenleiter festgesetzt werden.
- Zudem muss das Bundeskanzleramt gemäß § 9 Abs. 2 S. 2 unterrichtet werden.
- Die Materiellen Voraussetzungen unterscheiden sich danach, ob ein G 10 parallele Situation oder eine echte Auslandsaufklärung vorliegt
 - Bei echter Auslandsaufklärung gilt § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 2.
 - Ansonsten § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 PKGrG-E – § 5 G 10 parallele.

dd) Systematische Einwände

Die gegenwärtige Regelung ist schwer zu verstehen, weil die Festlegung der Suchbegriffe teilweise in § 6 und teilweise in § 9 niedergelegt ist.

Weiter ist unglücklich, dass die erhöhten Anforderungen für die Aufklärung bei EU-Organen und EU-Bürger an die Suchbegriffe angekoppelt werden. Es wäre systematisch schöner, wenn man die Anhebung der Eingriffsschwelle an die Maßnahmen anknüpft und nicht an die Suchbegriffe und zudem die Anforderungen direkt hinter § 6 Abs. 1 platziert, weil dann deutlicher wird, dass in bestimmten Fällen erhöhte Anforderungen bestehen.

Es wird daher vorgeschlagen, als 6 Abs. 2 die Norm wie folgt zu formulieren:

§ 6 (2) Datenerhebungen, die zur gezielten Erfassung von Unionsbürgerinnen und Unionsbürger führen, dürfen nur vorgenommen werden,

Nr. 1 um Gefahren im Sinne des § 5 Absatz 1 Satz 3 des Artikel 10-Gesetzes zu erkennen und zu begegnen oder

Nr. 2. um Informationen im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 1 bis 3 zu gewinnen, soweit ausschließlich Daten über Vorgänge in Drittstaaten gesammelt werden sollen, die von besonderer Relevanz für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland sind.

Nr. 3 wenn dies erforderlich ist zur Erkennung und Begegnung von Straftaten im Sinne des § 3 Absatz 1 des Artikel 10-Gesetzes.

§ 6 (3) Datenerhebungen, die zur gezielten Erfassung von Einrichtungen der Europäischen Union und von öffentlichen Stellen ihrer Mitgliedsstaaten dienen, dürfen nur vorgenommen werden,

Nr. 1 aus den Gründen des § 6 Abs. 2 Nr. 1,

Nr. 2 aus den Gründen des § 6 Abs. 2 Nr. 2.

§ 6 (4) § 6 Abs. 2 gegenwärtig würde § 6 Abs. 4 werden.

§ 6 (5): § 9 Abs. 2 würde § 6 Abs. 5 werden und festlegen:

Die Bestimmung der Suchbegriffe in den Fällen § 6 Abs. 2 Nr. 2 und § 6 Abs. 3 bedarf der Festlegung durch die Behördenleiterin oder den Behördenleiter oder durch eine Vertreterin oder einen Vertreter. Die Bestimmung der Suchbegriffe ist auf höchstens neun Monate zu befristen. Verlängerungen um jeweils bis zu neun Monate sind zulässig, soweit die Voraussetzungen der Anordnung fortbestehen. Das Bundeskanzleramt ist über Anordnung nach S. 1 zu unterrichten. Das Bundeskanzleramt unterrichtet das unabhängige Gremium über die festgelegten Suchbegriffe.

ee) Sonstige Fragen:

aaa) Bundeskanzleramt als administrative Einheit.

Durch die Neuregelung erhält das Bundeskanzleramt administrative Aufgaben, da es die Anordnung vornehmen muss und das Gremium informieren muss. Man könnte überlegen, ob man diese administrative Tätigkeit nicht dem BMI oder dem Auswärtigen Amt zuweist. Allerdings kommt der Gesetzentwurf von der Bundesregierung, sodass die Vermutung naheliegt, dass dies ausdrücklich gewollt ist, auch wenn dies mit der eigentlichen politischen Funktion des Bundeskanzleramtes nicht 100 % kompatibel ist.

bbb) Zuständigkeit für die Anordnung

Wer für die Anordnung zuständig ist, ist nicht ausdrücklich geregelt.

cc) Gesetzssystematik

§ 9 BNDG-E sollte unmittelbar hinter § 6 gesetzt werden.

dd) Verkehrsdaten

§ 6 Abs. 2 BNDG-E spricht von der Erhebung von Inhaltsdaten. Im Umkehrschluss wird man schließen, dass reine Verkehrsdaten offenbar auch mit Suchbegriffen gesucht werden dürfen, die der Voraussetzung von § 6 Abs. 2 nicht entsprechen. Ist dies so gemeint? § 6 Abs. 6 spricht von den Verkehrsdaten. Daraus schließt man, dass § 6 Abs. 2 offenbar nicht für die Erhebung von Verkehrsdaten gilt.

ee) Begriff „ausschließlich Drittstaaten“

Eine zentrale Rolle nimmt die Voraussetzung ein, dass ausschließlich Daten über Vorgänge in Drittstaaten gesammelt werden sollen, wobei dies mithilfe von Suchbegriffen geschieht, die gezielt Unionsbürger erfassen. Man könnte ketzerisch fragen, ob dies logisch möglich ist. Gemeint dürfte damit der Fall sein, dass die Telefonnummer eines Unionsbürgers, der für einen fremden Staat arbeitet oder über den fremden Staat Dinge weiß, überwacht wird, aber die Daten ohne Personenbezug zu ihm hin gespeichert werden.

ff) Begriff „Sammeln“

Das Gesetz spricht in § 6 Abs. 3 BNDG-E von Sammeln. Die Frage ist, ob Sammeln etwas anderes ist als Speichern.

b) § 7 BNDG-E

§ 7 BNDG-E ist die erstmalige Regelung einer reinen Auslandstätigkeit. Die Norm ordnet für eine Fernmeldeaufklärung, die vom Ausland aus gewonnen wurde, zwar nicht für die Erhebung, aber für die Verarbeitung und Nutzung eine entsprechende Anordnung von § 6 Abs. 1 und § 6 Abs. 3 bis Abs. 6 BNDG-E an.

Die Anordnung von § 6 Abs. 3 BNDG-E irritiert, da § 6 Abs. 3 BNDG-E der Erhebung von Daten dient und § 7 BNDG-E die Erhebung überhaupt nicht regelt.

Daran sieht man, dass § 6 Abs. 3 unglücklich formuliert ist, weil er der Sache nach Eingriffsschwellen formuliert, dies aber an der Definition der Suchbegriffe festmacht.

Würde die Regelung wie vorgeschlagen umformuliert und anstelle der Suchbegriffe die Erhebung gesetzt werden, würde der Verweis von § 7 Abs. 1 BNDG-E auf diese Norm mehr Sinn machen, weil dann über die Anordnung des „Entsprechenden“ in § 7 Abs. 1 BNDG-E anstelle der Erhebung die Verarbeitung gesetzt werden könnte.

§ 7 Abs. 2 BNDG-E verbietet eine gezielte Umgehung der Erhebungsvoraussetzungen des BND durch die Bitte an einen anderen ausländischen Nachrichtendienst. Diese Vorschrift ist ausgesprochen zu begrüßen. Es sei nur am Rande erwähnt, dass der Unterzeichner eine solche Vorschrift auf der Fachtagung in Speyer schon vor drei Jahren sachlich als sowieso geltend vertreten hat.

c) § 9 BNDG-E

Abs 1: § 9 Abs. 1 ist ausgesprochen unglücklich formuliert, da die Norm nicht festlegt, wer die Anordnung erlässt. Dies ist ein handwerklicher Fehler.

Weiter verweist § 9 Abs. 1 BNDG-E auf die Anordnung nach § 6 Abs. 1 BNDG-E. § 6 Abs. 1 BNDG-E regelt aber nicht die Anordnung, sondern die Voraussetzungen für die Auslandsfernmeldeaufklärung.

Vorschlag: Die Norm sollte lauten:

Die Aufklärung gemäß § 6 Abs. 1 setzt eine Anordnung des Bundeskanzleramts voraus. Diese ergeht schriftlich auf Antrag der Behördenleiter oder des Behördenleiters des Bundesnachrichtendienstes ...

Aus der Rechtspraxis der Prozesse in den G10-Verfahren ist bekannt, dass die Gerichte der Auffassung sind, dass die Anordnung eines rechtmäßigen Antrags bedarf. Liegt ein rechtswidriger Antrag vor, kann die Anordnung die Fehler des Antrags nicht ausgleichen, selbst wenn sie diese erkennt. Dies überzeugt nicht. Die anordnende Behörde muss Fehler des Antrags ausbügeln können, da die Anordnung die maßgebliche Rechtsgrundlage für die Fernmeldeaufklärung ist. Es wird vorgeschlagen, bei § 9 Abs. 1 einen Satz 3 anzufügen.

Vorschlag zu § 9 Abs. 1 S. 3 PKGrG-E::

Die Begründung des Antrages kann in der Anordnung präzisiert, vervollständigt und ergänzt werden.

Abs. 2: Sachlich lässt sich schon fragen, warum bei der Bestimmung der Suchbegriffe so kompliziert differenziert wird. Wäre eine einheitliche Regelung da nicht möglich?

§ 9 Abs. 3 ist unglücklich, weil es auf eine Anordnung nach § 6 Abs. 1 verweist, dort aber keine Anordnung geregelt ist.

§ 9 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 5 wurde nach der Lösung hier in § 6 verschoben.

d) § 10 BNDG-E

Abs. 3: Bei § 10 Abs. 3 wird einmal von Daten gesprochen und einmal von Telekommunikationsverkehren (Satz 1 einerseits und Satz 3 andererseits). Warum wird nicht der gleiche Begriff verwendet, ist in der Sache etwas Unterschiedliches gemeint?

Abs. 4: Bei § 10 Abs. 4 S. 1 führt die Verletzung von § 6 Abs. 4 (Erhebung von Daten Deutscher) nicht zu einer Meldepflicht des unabhängigen Gremiums. Von außen betrachtet scheint dies ein Wertungswiderspruch zu § 10 Abs. 3 S. 2 zu sein.

Gemäß § 10 Abs. 4 S. 2 BNDG-E wird vorausgesetzt, dass es Fallgestaltungen gibt, in denen erhobene Daten, die sich auf Deutsche beziehen, nicht gelöscht werden müssen. Diese Fallgestaltung ist aus § 6 und § 10 nicht klar zu entnehmen. Die Gesetzesbegründung weist auf Seite 37 zu § 6 Abs. 4 darauf hin, dass die Erhebung von sonstigen personenbezogenen Daten von deutschen Staatsangehörigen nicht ausgeschlossen sei. Es stellt sich die Frage, welche Fallgruppe bei der Auslandsfernmeldeaufklärung dies sein kann. Es könnten solche sein, die keinen Individualverkehr darstellen. Sollte dies gemeint sein, müsste § 6 Abs. 4 BNDG-E geändert werden. Denkbar wäre der Fall, dass aus dem Inhalt einer Fernmeldebeziehung zwischen Ausländern im Ausland sich Informationen ergeben, die sich auf Deutsche beziehen. Diese wären nicht von § 6 Abs. 4 BNDG-E geschützt. Der Wortlaut lässt eine solche Einschränkung aber nicht erkennen.

§ 10 Abs. 4 ist zu lang.

Vorschlag: Es wird vorgeschlagen bei § 10 Abs. 4, S.2 das Komma nach „zu unterrichten“ zu entfernen und mit einem Punkt zu ersetzen

Abs. 4: Man fragt sich, warum bei § 10 Abs. 4 die G 10-Kommission eingeschaltet, obwohl vorausgehend das unabhängige Kontrollgremium für die Anordnung zuständig war.

Die Instrumente, die bei der Auslandsfernmeldeaufklärung zwecks Aussonderung von Fernmeldeverkehren mit inländischem Bezug eingesetzt werden, sind nicht in der Lage, jede Fallgestaltung eines Inlandsbezuges herauszufinden. Telefoniert von einem syrischen Telefon ein Deutscher in syrischer Sprache mit einem syrischen Kommunikationspartner in Syrien, kann in der Regel das Vorliegen des Verkehrs eines Deutschen nicht sofort erkannt werden. Dieser Verkehr würde daher so lange als ein Auslandsfernmeldeverkehr behandelt werden, bis sein Inlandsbezug erkannt wird.

Die Kritik an der Unterscheidung zwischen G10 Verkehre und Fernmeldeverkehre weist immer wieder auf diese grundsätzlichen Schwierigkeiten hin und meint daraus die Verfassungswidrigkeit der Fernmeldeaufklärung insgesamt herleiten zu können.

Es wäre daher hilfreich, wenn der Gesetzgeber in der Formulierung verdeutlicht, dass er diese Fallgestaltung gesehen hat und dennoch an der Unterscheidung zwischen Fernmeldeaufklärung und G10 Verkehren festhalten möchte.

Vorschlag: Man könnte daher bei § 10 Abs. 4 einen Satz 2 einfügen. Entsprechendes gilt ab Kenntnis, sofern eine solche Betroffenheit erst nach Erhebung erkannt wird.

Auf diese Weise würde deutlich werden, dass § 6 Abs. 4 noch nicht verletzt ist, wenn Daten von Deutschen erhoben werden, dies aber nicht erkennbar war. § 6 Abs. 3 verbietet nur die gezielte Erhebung der dort genannten Einrichtungen, nicht verbietet er aber die Verwendung von Daten, über Mitgliedstaaten und Unionsbürger und Organe der Mitgliedstaaten, wenn diese bei einer Beschränkung, die gegen jemand Dritten gerichtet war, anfallen. Während bei § 6 Abs. 4 das Verwendungsverbot von Daten bezogen auf Deutsche generell unzulässig erklärt wird, wird bei § 6 Abs. 3 bezogen auf die Unionsbürger und Unionsorgane nur die gezielte Erfassung beschränkt. Wenn dies so gewollt ist, sollte es so bleiben, andernfalls sollte sichergestellt werden, dass auch die Verwendung der personenbezogenen Daten dieser Einrichtungen unter den dort genannten Voraussetzungen verwendet werden dürfen.

§ 10 Abs. 4 S. 3 ff. regelt den Fall des endgültigen Unterlassens der Mitteilung. Positiv an der Regelung ist, dass die endgültige Unterlassung der Mitteilung unter einer Stelle erfolgt, die an der Anordnung selbst nicht beteiligt war und insofern etwas unabhängig ist.

Abs. 5: Bei § 10 Abs. 5 fragt man sich, warum ein Verstoß gegen des Verbots der Wirtschaftsspionage nicht dem unabhängigen Gremium zu melden ist.

Vorschlag Es wird vorgeschlagen: Verletzungen gegen § 6 Abs. 3, § 9 Absatz 2, § 6 Abs. 4, § 6 Abs. 5 BNDG-E einheitlich zu behandeln.

Weiter sind die Fallgestaltungen so, dass diese Verstöße durchaus politischen Charakter besitzen, sodass es naheläge, auch eine Meldepflicht für das parlamentarische Kontrollgremium vorzusehen. Dies könnte man erreichen, indem man bei § 4 Abs. 1 Satz 2 PKGrG-E diese Fallgruppe einführt, etwa mit folgendem Normtext:

- *Vorschlag*
schwerwiegende Verletzung gegen die Regeln der Fernmeldeaufklärung, insbesondere Verstöße gegen ausdrückliche Erhebungsverbote.

Abs. 6: Gemäß § 10 Abs. 6 S. 3 sind die Protokolldaten zu löschen. Nach der Erinnerung des Unterzeichners hat das Bundesverfassungsgericht in dem BKA-Urteil die

entsprechenden Vorschriften beim BKA-Gesetz ausdrücklich für verfassungswidrig erklärt. Sollte die Erinnerung zutreffen, wäre es nicht glücklich, vier Monate nach Erlass eines Urteils eine Vorschrift neu zu erlassen, die das Verfassungsgericht für verfassungswidrig erklärte.

e) § 11 BNDG-E

§ 11 BNDG-E enthält gemessen an den Darlegungen, die das Bundesverfassungsgericht beim BKA-Gesetz vorgesehen hat, einen relativ rudimentären Kernbereichsschutz. Angesichts der Besonderheiten der Fernmeldeaufklärung erscheint dies aber durchaus vertretbar.

e) § 12 BNDG-E

§ 12 regelt das Verfahren, wie der BND geeignete Suchbegriffe entwickeln kann. Dies ist eine ausgesprochen sinnvolle Regelung.

Die Genialität dieser Regelung wird ein wenig durch deren Umsetzung gemindert. Die Umsetzung ist formal nicht glücklich.

Vorschlag Es wird vorgeschlagen bei § 12 Abs. 2 S. 1 nach Behördenleiter zu ergänzen:

des Bundesnachrichtendienstes.

Auf diese Weise wird die Parallelität zum § 9 Abs. 1 Satz 1 hergeleitet.

Bei § 12 Abs. 2 S. 3 BNDG-E wird auf § 9 Abs. 1 BNDG-E verwiesen. Bei § 9 Abs. 1 BNDG-E handelt es sich um eine Anordnung, die durch das Bundeskanzleramt ergeht. Bei § 12 Abs. 2 BNDG-E ergeht die Anordnung demgegenüber durch den BND. Man sollte vielleicht klarstellen, dass der Verweis sich nicht auf die Zuständigkeit, sondern auf den Inhalt bezieht.

Vorschlag Man könnte ergänzen „und für den Inhalt der Anordnung § 9 Abs. 1“.

f) §§ 13-15 BNDG-E

§ 13 bis 15 BNDG-E regelt die Kooperation im Rahmen der Ausland-Fernmeldeaufklärung. Diese Regelung ist ausgesprochen sinnvoll. Es ist sehr zu begrüßen, dass der Gesetzgeber zumindest einen Ausschnitt des Informationsaustausches zwischen den Nachrichtendiensten vorsieht.

aa) Datenherkunft

Bei § 13 BNDG-E werden die personenbezogenen Daten, die von anderen Nachrichtendiensten im Rahmen der Kooperation bereitgestellt werden, nicht näher spezifiziert. § 13 Abs. 1 BNDG-E zwingt nicht dazu, nur Daten, die die ausländischen Nachrichtendienste im Rahmen einer Fernmeldeerklärung gewonnen haben, darunter zu fassen. § 13 Abs. 1 BNDG-E würde vom Normtext her auch den Fall erfassen, dass Suchbegriffe ausgetauscht werden, die gewonnen wurden etwa durch Zeugenaussagen, Observationen, Wohnungsdurchsuchungen und vergleichbares. Sollte § 13 BNDG-E nur für Daten gelten, die im Rahmen der Fernmeldeaufklärung gewonnen wurden, sollte dies klargestellt werden.

Vorschlag Für diesen Fall sollte in § 15 Abs. 1 BNDG-E eingefügt werden „durch Fernmeldeaufklärung erhobene Informationen“.

Sollte keine Beschränkung auf die durch Fernmeldeaufklärung erhobene Information gemeint sein, müsste man bei den Kooperationszielen gemäß § 13 Abs. 3 BNDG-E noch eine gewisse Mindestschwelle der Rechtsstaatlichkeit der Erhebung der Daten

einfügen. § 13 Abs. 3 Nr. 4 BNDG-E legt in überzeugender Weise fest, dass die Verwendung mit grundlegenden rechtsstaatlichen Prinzipien vereinbar sein muss. Nicht festgelegt ist, dass die Erhebung mit grundlegenden rechtsstaatlichen Prinzipien vereinbar sein muss. Es läge daher nahe, zumindest für den Fall, dass § 13 BNDG-E nicht nur für Fernmeldeaufklärungsdaten gelten soll bei § 13 Abs. 3 Nr. 4 BNDG-E anstelle von Verwendung zu setzen „Erhebung und Verwendung“.

Vorschlag § 13 Abs. 3 Nr. 4 BNDG wird ergänzt um „Erhebung und“.

bb) Löschung der Protokoll Daten

Bei § 15 Abs. 2 S. 2 BNDG-E gilt das Gleiche wie bei § 10 Abs. 6 S. 2 BNDG-E. Es läge nahe zu prüfen, ob nicht das BKA-Urteil des Bundesverfassungsgerichts einschlägig ist.

cc) Information des Betroffenen

Die automatische Datenübermittlung an das Ausland ist für den Betroffenen von einer erheblichen Belastungsintensität. So kann es sein, dass durch die Übermittlung Daten von Staatsangehörigen des Empfängerlandes übermittelt werden. Der Betroffene weiß davon nichts. Zumindest in den Fällen, in denen Daten von Betroffenen an ihren Heimatstaat weitergegeben werden, sollte eine Mitteilung grundsätzlich vorgesehen werden. Den ausländischen Nachrichtendienst wird man kaum zu einer Mitteilung veranlassen können, sodass die Last gewissermaßen in Deutschland verharret.

g) § 16 BNDG-E Unabhängiges Gremium

Fraglich ist die Vereinbarkeit des unabhängigen Gremiums mit Artikel 45d GG. Gemäß Artikel 45d GG übernimmt das parlamentarische Kontrollgremium die parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste ergänzend zu den allgemeinen parlamentarischen Kontrollinstrumenten. Fraglich ist, ob das unabhängige Kontrollgremium mit Artikel 45d GG vereinbar ist. Da das unabhängige Kontrollgremium keine parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste übernimmt, sondern funktional an die Stelle der G 10-Kommission tritt, das heißt, dem Gremium, das im Artikel 10 Abs. 2 S. 2 GG geregelt ist, besteht keine Beeinträchtigung von Artikel 45d GG.

Bei dem unabhängigen Gremium ist eine besondere Sicherheitsüberprüfung der Richter nicht vorgesehen. Offenbart dies dem Schutz der richterlichen Unabhängigkeit. Das dürfte vertretbar sein.

Unglücklich ist, dass die Wahl der Mitglieder alleine der Regierung überlassen bleiben soll. Warum ist nicht eine parallele Ernennung wie bei der G 10 Kommission möglich?

Vorschlag: Für die Ernennung gilt § 15 Abs. 1 S. 5 G 10 entsprechend.

h) Gemeinsame Dateien

aa) Materielle Voraussetzung

Die Zulässigkeit der gemeinsamen Dateien beschränkt das Gesetz für solche Dateien, die vom Bundesnachrichtendienst selbst geführt werden, auf die Gefahrenbereiche der strategischen Beschränkung gemäß § 5 G 10. Dies erscheint grundsätzlich zulässig.

bb) Verfahrenssicherung

Weiter lässt das Gesetz die Eingabe personenbezogener Daten nur dann zu, wenn diese an alle teilnehmenden Staaten übermittelt werden dürfte. Das ist materiell überzeugend. Eine verfahrensmäßige Absicherung dieser Prüfung findet nur im Rahmen der Stichprobenuntersuchung wie bei § 15 Abs. 3 2 statt. Eine besonders hohe Verfahrenssicherung bildet das nicht.

cc) Mitteilung

Eine Mitteilung der Betroffenen, dass sie in die Dateien eingegeben wurden, ist nicht vorgesehen. Da es sich bei den gemeinsamen Dateien nicht notwendig um Daten handelt, die in der Ausland-Ausland Aufklärung gewonnen wurde, können es auch Daten deutscher Staatsangehöriger sein. Die Einstellung in eine gemeinsam geführte Datei mit der Möglichkeit des Abrufens durch andere Stelle ist solch ein massiver Eingriff, dass die Umsetzung dieser gesetzlichen Regelung nicht vollständig dem Richter verschlossen bleiben kann.

Es sollte daher festgeschrieben werden, dass bei Löschung der Daten aus den gemeinsamen Dateien eine Mitteilung an den Betroffenen ergeht.

Vorschlag: Werden Daten von Staatsangehörigen aus der gemeinsamen Datei gelöscht, ist Ihnen die vorausgegangene Speicherung mitzuteilen. § 10 Abs. 4 gilt entsprechend

Gleiches sollte für den Fall gelten, dass der Bundesnachrichtendienst personenbezogene Daten über Deutsche aus den gemeinsamen Daten entnimmt, sofern er sie selbst nicht eingestellt hat.

dd) Datenqualität

Der Gesetzentwurf sieht keine Regelung zur Sicherung der Datenqualität vor. Es wird nicht angegeben, ob die Daten auf Tatsachen beruhen oder auf Schlussfolgerungen der Nachrichtendienste. In der hier nicht unmittelbar einschlägigen, aber sinngemäß anwendbaren europäischen Richtlinie zum Datenschutz im Bereich der Sicherheit ist eine solche grundsätzliche Prüfung der Datenqualität vorgesehen, Artikel 7 Richtlinie 2016/680 (EU) vom 27.04.2016.

ee) Kontrolle*aaa) Allgemein*

Das Bundesverfassungsgericht hat im Urteil vom 20.04.2016, 1 BvR 966/09 u.a. (BKA-Urteil) in Randnummer 327 darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber dafür Sorge zu tragen habe, dass der Grundrechtsschutz durch eine Übermittlung der von deutschen Behörden erhobenen Daten ins Ausland und an internationale Organisationen ebenso ausgehüllt wäre, wie durch eine Entgegennahme und Verwertung von durch ausländischen Behörden menschenrechtswidrig erlangten Daten.

In Rn. 329 heißt es:

b) Die Übermittlung von Daten an das Ausland setzt danach eine Begrenzung auf hinreichend gewichtige Zwecke, für die die Daten übermittelt und genutzt werden dürfen (aa), sowie die Vergewisserung über einen rechtsstaatlichen Umgang mit diesen Daten im Empfängerland voraus (bb). Im Übrigen bedarf es auch hier der Sicherstellung einer wirksamen inländischen Kontrolle (cc). Die Anforderungen sind durch normenklare Grundlagen im deutschen Recht sicherzustellen (dd).

Misst man die Regelung zu gemeinsamen Datei an diesen Voraussetzungen für die Weitergabe an Stellen im Ausland, wird man gewisse Zweifel haben dürfen, ob die Regelung den Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht in dem BKA-Urteil aufgestellt hat, genügt.

bbb) Vergewisserung über einen rechtsstaatlichen Umgang mit diesen Daten im Empfängerland

Einen Datenaustausch an Staaten, bei denen Menschenrechtsverletzungen zu besorgen sind, ist ausgeschlossen (Juris, Rn. 328);

Vorschlag: Es sollte daher überlegt werden, ob die Kooperationsvereinbarungen so eingeschränkt werden, dass keine Staaten aufgenommen werden, bei denen Menschenrechtsverletzungen zu besorgen sind.

ccc) Aufsichtliche Kontrolle

Für die wirksame Kontrolle verlangt das Gericht zunächst eine aufsichtliche Kontrolle durch eine unabhängige Instanz, wie etwa dem Bundesdatenschutzbeauftragten. Gleiches gilt bei Fehlen von wirksamen Mitteilungspflichten der überwachenden Stelle gegenüber dem Parlament und der Öffentlichkeit (Rn. 320 i.V.m. 340 i.v.n. Rn. 140-143).

Eine solche Kontrolle ist nicht vorgesehen.

Vorschlag: § 26 Abs.4 BNDG-E. Die Unabhängige Bundesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit prüft die Einhaltung der Vorgaben dieses Gesetzes zu den gemeinsamen Daten mindestens alle zwei Jahre.

ff) Sicherung der Rechtsstaatlichkeit

§ 26 Abs. 2 Nr. 3 BNDG-E verlangt die Einhaltung grundlegender Prinzipien. Dazu würde es wohl nicht gehören, wenn die vom BND eingestellten Daten, wie etwa Handy-Nummern von anderen beteiligten Staaten dazu verwendet werden, wirkliche oder vermeintliche Terroristen durch Drohnen ferngesteuert gezielt zu töten. Das Gesetz enthält keine Regelung, was gelten soll, wenn § 26 Abs. 1 Nr. 3 BNDG-E missachtet wird. Es liegt daher die Ergänzung um eine entsprechende Regelung nahe.

Vorschlag: Bei einer relevanten Verletzung der Sicherungen des § 26 Abs. 2 Nr. 3 BNDG-E ist die Führung der Gemeinsamen Dateien oder die Mitwirkung einzustellen und die eingestellten Dateien zu löschen.

gg) Einheit der Rechtsordnung

Nicht Gegenstand der Anhörung ist der Entwurf eines Gesetzes zum besseren Informationsaustausch bei der Bekämpfung des internationalen Terrorismus, BT-Drs. 18/8702, der u. a. die Errichtung gemeinsamer Dateien mit ausländischen Nachrichtendiensten im Bundesverfassungsschutzgesetz vorsieht. Trotz der ähnlichen Zielsetzung ist die Regelung in § 22 b Bundesverfassungsschutzgesetz und § 22 c abweichend von der hier vorgesehenen Neuregelung formuliert, ohne dass auf die Schnelle beurteilt werden kann, ob die Differenzierungen sachlich gerechtfertigt sind. Deshalb dieser Gesetzentwurf nicht zum Gegenstand der Anhörung gemacht wurde, entzieht sich der Beurteilung des Unterzeichners.

zu II. Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zu einem Gesetz zur weiteren Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes

1. Die Regelung im Überblick

Der Gesetzentwurf knüpft an die Reform des parlamentarischen Kontrollgremiums-gesetzes vom Jahr 2009 an und führt diese fort, insbesondere durch folgende Maßnahmen, fort:

- maßvolle Erleichterungen des Verfahrens der Entscheidungsbildung;
- Definition der Vorgänge besonderer Art;
- Einführung des Instituts des ständigen Bevollmächtigten;
- Erleichterung der Informationen aus den Nachrichtendiensten heraus;
- etwas stärkere Verknüpfung zwischen G-10-Kommission und parlamentarischem Kontrollgremium;
- Erleichterung des Informationsaustausches zwischen den parlamentarischen Kontrollgremien;
- gesetzliche Formulierung der Einrichtung einer Geschäftsstelle.

2. Beteiligung an der Reform 2009

Vorab sei der persönliche Hinweis erlaubt, dass die Reform der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste im Jahre 2009 wissenschaftlich durch ein verhältnismäßig umfangreiches Gutachten aus meiner Feder, im Auftrage der CDU-Fraktion, vorbereitet wurde. Die Vorschläge der CDU-Fraktion aus dieser Zeit waren wissenschaftlich von mir begleitet worden. Ziele der damaligen Reform waren:

- das maßgebliche Kriterium der Vertraulichkeit, das die besondere Stellung des Kontrollgremiums begründet, möglichst weitgehend zu wahren;
- den Charakter des parlamentarischen Kontrollgremiums als Instrument der parlamentarischen Kontrolle zu wahren;
- die Kontrollbefugnisse des Gremiums deutlich effektiver auszugestalten.

Die grundlegende Ausgangsposition hat sich für den Unterzeichner seit dieser Zeit nicht geändert, sodass er das Anliegen des Gesetzentwurfes, an die damalige Reform anzuknüpfen, ausgesprochen begrüßt. Auch die Ablehnung eines Beauftragten für Nachrichtendienste des Gesamtplenums leuchtet ihm grundsätzlich ein.

3. Legitimation des parlamentarischen Kontrollgremiums

a) Allgemein

Das parlamentarische Kontrollgremium wurde vor Einführung des Art. 45d GG durch Gesetz bewusst nicht als Bundestagsausschuss konzipiert, sondern als Gremium. Man wird die Probleme um das parlamentarische Kontrollgremium nicht bewältigen, wenn man sich die Unterschiede zwischen einem normalen Bundestagsausschuss einerseits und dem parlamentarischen Kontrollgremium andererseits vergegenwärtigt. Das parlamentarische Kontrollgremium unterscheidet sich im Kern von einem Bundestagsausschuss dadurch,

- dass die Fraktionen kein verbindliches Bestimmungsrecht der Mitglieder haben;
- dass der Grundsatz der Spiegelbildlichkeit nicht in gleicher Strenge durchgesetzt werden muss;

- dass bei sachlichen Gründen Vertreter einzelner Fraktionen oder Gruppen ganz ausgeschlossen werden können.

Die Abweichungen der Besetzungsregeln für das parlamentarische Kontrollgremium im Vergleich zu einem Bundestagsausschuss sind rechtfertigungsbedürftig. Es gibt bekanntlich eine Bundesverfassungsgerichtsentscheidung aus der Zeit vor Existenz des Art. 45d GG, die die Rechtfertigung in der Gewährleistung der Vertraulichkeit des Haushaltsgremiums findet (insoweit übertragbar auf das parlamentarischen Kontrollgremiums) (BVerfG, Ut. 14.01.1986, 2 BvE 14/83, BVerfGE 79, 324 ff.). Die Vertraulichkeit des parlamentarischen Kontrollgremiums ist die Rechtfertigung dafür, dass dieses parlamentarische Kontrollgremium tiefer gehende Informationen gegenüber der Bundesregierung verlangen kann, als andere parlamentarische Kontrolleinrichtungen, wie einzelne Abgeordnete, Fraktionen, Ausschüsse, Plenum, da es eine höhere Vertraulichkeit gewährleisten kann und daher die Bundesregierung den Vertraulichkeitsschutz nicht als Zurückhaltegrund anführen kann.

Diese Rechtfertigung führt im Umkehrschluss dazu, dass die parlamentarische Kontrolle des parlamentarischen Kontrollgremiums additiv zu der sonstigen parlamentarischen Kontrolle der Exekutiven tritt. Die parlamentarische Kontrolle durch das parlamentarische Kontrollgremium ergänzt die allgemeine parlamentarische Kontrolle und ersetzt sie nicht. Das Bundesverfassungsgericht hat dies bezogen auf kleine Anfragen der Fraktionen und dem Recht des Untersuchungsausschusses sehr deutlich gemacht, was bekanntlich zu einer deutlichen Änderung der Praxis der Bundesregierung auf Anfragen von einzelnen Abgeordneten hinsichtlich des Bereiches der Nachrichtendienste geführt hat.

Im Umkehrschluss führt dies dazu, dass immer dann, wenn für eine parlamentarische Kontrolle keine besondere Vertraulichkeit hinsichtlich der Kontrollinstanz erforderlich ist, die Kontrolle eigentlich von dem zuständigen Innenausschuss ausgeführt werden sollte und nicht vom parlamentarischen Kontrollgremium. Dies liegt daran, dass der Innenausschuss nach Regeln besetzt ist, die den demokratischen Prinzipien besser entsprechen als das parlamentarische Kontrollgremium.

b) Problem des § 10 Abs. 3 PKGrG-E

Aus diesem Grunde hat der Unterzeichner erhebliche Vorbehalte gegen die Regelung des § 10 Abs. 3 Parlamentarisches Kontrollgremiumsgesetz.

Unterstellen wir einmal den Fall, dass im parlamentarischen Kontrollgremium, wie wohl schon zweimal in der Parlamentsgeschichte Deutschlands geschehen, nicht alle im Bundestag vertretenen Fraktionen und Gruppen vertreten sind. Dann würde eine öffentliche Anhörung durch das parlamentarische Kontrollgremium der ausgeschlossenen Fraktion die Möglichkeit nehmen, in öffentlichkeitswirksamer Weise ihre Kritik gegenüber den Nachrichtendiensten anzubringen.

Sollte dieser Fall eintreten, ist die Wahrscheinlichkeit, dass das Verfassungsgericht dies bemängeln wird, mit einem ernst zu nehmenden Risiko verbunden.

Umgekehrt ist die Regelung des § 10 Abs. 3 PKGrG-E als eine gewisse Ergänzung und Transparenz der Arbeit für das parlamentarische Kontrollgremium nicht unsinnig, sodass es nahe läge, die gerade formulierten Einwände durch eine entsprechende Formulierung vorzusehen. Es wird daher vorgeschlagen, bei § 10 Abs. 3 neu folgenden Satz 2 anzufügen.

Vorschlag: „Für den Fall, dass von einer im Bundestag vertretenen Fraktion oder Gruppe kein Mitglied in das parlamentarische Kontrollgremium gewählt wurde, ist dieser Fraktion oder Gruppe zwecks Durchführung der Anhörung ein angemessenes Mitwirkungsrecht einzuräumen“.

4. Charakter der parlamentarischen Kontrolle

In Deutschland ist die parlamentarische Kontrolle der Exekutiven dadurch geprägt, dass die Parlamentarier im Rahmen ihrer Arbeitskraft, im Rahmen ihrer Prioritäten und im Rahmen ihrer politischen Prioritätensetzung sich aussuchen können, welche Fragen sie zum Gegenstand der parlamentarischen Kontrolle machen. Kein Parlament ist in der Lage, alle Bereiche der Exekutiven im Rahmen des Fragerechtes, der Einsetzung von Untersuchungsausschüssen oder der Beratungen in Bundestagsausschüssen angemessen zu beraten oder zu kontrollieren. Parlamentarische Kontrolle ist daher immer selektiv und immer auf die Mandatsträger bezogen.

Das parlamentarische Kontrollgremium soll sich durch den vorgeschlagenen Gesetzentwurf stärker in Richtung einer strukturierten Kontrolle der Nachrichtendienste hin entwickeln (vgl. BT-Drs. 18/9040, S. 7.). Dies ist nicht 100 % kompatibel mit der selektiven Natur einer parlamentarischen Kontrolle. Im Bereich der Nachrichtendienste lässt sich eine stärkere Strukturierung und administrative Natur der Kontrolle allerdings dadurch rechtfertigen, dass die parlamentarische Kontrolle auch eine gewisse Kompensationsfunktion zu der schwach ausgeprägten gerichtlichen Kontrolle einnimmt. Mit einer stärkeren strukturellen Kontrolle der Nachrichtendienste ist aber nicht nur eine gewisse Wesensveränderung der parlamentarischen Kontrolle verbunden, sondern auch eine gewisse Gefahr für das Parlament. Eine strukturierte Kontrolle erhebt den Anspruch einer gewissen Geschlossenheit und einer gewissen Steuerungsfunktion. Daraus resultiert im Gegenzug eine gewisse Verantwortung. Wer den Anspruch erhebt, strukturiert zu kontrollieren, haftet mit, wenn etwas schief geht. Trotz aller verschärften Kontrolle sollte daher weiterhin klar sein, dass die Verantwortung für die Nachrichtendienste bei der Bundesregierung und nicht beim parlamentarischen Kontrollgremium liegt.

5. Engere Zusammenführung der Kontrollorganisationen

In der Gesetzesbegründung ist enthalten, dass das Ziel auch darin bestünde, eine engere Verknüpfung des Vertrauensgremiums, der G-10-Kommission und des parlamentarischen Kontrollgremiums zu erreichen. Dieses Ziel ist ausgesprochen sinnvoll. Allerdings ist keine Regelung ersichtlich, mit der eine wirklich engere Verknüpfung des parlamentarischen Kontrollgremiums mit der G-10-Kommission erreicht werden könnte.

6. Die Änderungsvorschläge im Einzelnen

Es werden nur die Änderungen angesprochen, bei denen aus der Sicht des Unterzeichners ein Kommentar nahe liegt.

a) Definition der Vorgänge besonderer Bedeutung: § 4 Abs. 1 S. 2 PKGrG-E:

Die Definition der Vorgänge besonderer Bedeutung, insbesondere wenn sie nicht abschließend ist, erhöht die Rechtssicherheit und ist ausgesprochen sinnvoll. Das parlamentarische Kontrollgremium muss gem. § 13 S. 2 in seinem jährlichen Bericht dazu Stellung nehmen, ob die Bundesregierung ihrer Pflicht nachgekommen ist, über Vorgänge besonderer Bedeutung unterrichtet zu haben. Daher ist es ausgesprochen sinnvoll, wenn diese Vorgänge definiert werden.

Nicht ganz nachvollziehbar ist § 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 PKGrG-E insofern, als auf eine existente öffentliche Berichterstattung abgestellt wird. Wichtig wäre aber eine Funktion, durch die das parlamentarische Kontrollgremium auch von „aufziehenden Gewittern“ erfährt. Es wäre daher nachzudenken, ob die Norm durch folgenden Halbsatz ergänzt wird

Vorschlag:

„oder mit hinreichender Wahrscheinlichkeit sein werden“.

b) § 5a PKGrG-E

Die Einrichtung eines ständigen Bevollmächtigten im Sinne eines ständigen Repräsentanten des parlamentarischen Kontrollgremiums, der dem gesamten Gremium verantwortlich ist und dessen Arbeit vorbereitet und zugleich so etwas wie einen ständigen Sachverständigen bildet, verändert zwar die parlamentarische Kontrolle insofern, als sie nicht mehr persönlich nur an die Abgeordnete gebunden ist, sondern etwas in die Richtung einer verwaltungsmäßigen Kontrolle verbracht wird. Allerdings ist die Verschiebung so minimal, dass sich an der Struktur nichts ändern dürfte.

Der ständige Bevollmächtigte unterliegt den Weisungen des parlamentarischen Kontrollgremiums. Dies ist sinnvoll.

§ 5a Abs. 2 wirft kleine Verständnisfragen auf:

- Weshalb steht § 5a Abs. 2 S. 2 DSGVO zwischen § 5a Abs. 2 S. 1 und § 5a Abs. 2 S. 3? Soll sich § 5a Abs. 3 S. 3 auch auf den Fall beziehen, dass das Vertrauensgremium Weisungen erteilt oder soll bei diesen Weisungen der ständige Bevollmächtigte nicht nach pflichtgemäßem Ermessen tätig werden? Gilt § 5a Abs. 2 S. 4 auch für den Fall, dass das Vertrauensgremium Weisungen erteilt?
- Die beabsichtigte Verkoppelung der Befugnis des parlamentarischen Kontrollgremiums und das Vertrauensgremium ist im Prinzip ausgesprochen sinnvoll und sehr zu begrüßen, dennoch sollte die Systematik klarer sein.
- Möglich wäre, Satz 2 ans Ende von Abs. 2 zu schieben.

c) § 5b PKGrG-E

Abs. 1: Die ständige Bevollmächtigte muss von dem parlamentarischen Kontrollgremium vorgeschlagen werden. Dafür genügt die Mehrheit der Mitglieder des Kontrollgremiums. Die ständige Bevollmächtigte muss daher nicht das Vertrauen der Opposition im Kontrollgremium besitzen. Angesichts der geringen Oppositionsrechte im parlamentarischen Kontrollgremium, die in der Regel sachlich wegen der einzuhaltenden Vertraulichkeit gerechtfertigt sind, läge es nahe, noch einmal zu prüfen, ob man nicht die Opposition bei der Wahl des ständigen Vertreters stärker einbindet und ein höheres Quorum verlangt.

Vorschlag: Die ständige Bevollmächtigte bzw. der ständige Bevollmächtigte bedarf der Zustimmung von 3/5 oder 2/3 der Mitglieder des Parlamentarischen Kontrollgremiums

Abs. 1: Die ständige Bevollmächtigte soll nach § 5b Abs. 1 S. 2 PKGrG-E nur einmal wiedergewählt werden können. Dies ist nicht nachvollziehbar. Die beschränkte Wiederwahl ist in der Regel eine Kompensation für eine hohe Unabhängigkeit des Amtes. Die Regelung ist ersichtlich an der Ausgestaltung der unabhängigen Beauftragten in der Bundesverwaltung, wie insbesondere der Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit, angelehnt. Der ständige Bevollmächtigte ist aber nicht vergleichbar mit dem unabhängigen Bundesbeauftragten, weil er selbst nicht unabhängig ist. Er ist den Weisungen unterworfen. Der Ausschluss der zweiten Wiederwahl dient in der Regel dazu, die Unabhängigkeit des Beauftragten zu schützen, weil man ihn davor bewahren will, dass er unbewusst den Wünschen des Gremiums entgegenkommt, das ihn wieder wählen kann. Bei dem ständigen Beauftragten ist eine solche Gefahr nicht gegeben, weil er sowieso den Weisungen unterliegt.

Vorschlag: § 5b Abs. 1 S. 2 wird gestrichen.

Abs. 1: Die Beschränkung der Amtszeit auf fünf Jahre gem. § 5b Abs. 1 S. 1 PKGrG-E erscheint möglich aber ebenfalls nicht zwingend. Der Beauftragte kann jederzeit vom parlamentarischen Kontrollgremium entlassen werden. Daher bedarf es eigentlich keiner Begrenzung der Dienstzeit. Man kann natürlich vertreten, dass jedes neue parlamentarische Kontrollgremium die Befugnis haben soll, sich den ständigen Vertreter neu zu schaffen. Dann wäre aber die Dauer der Dienstzeit eigentlich auf vier Jahre zu setzen und nicht auf fünf Jahre. Die notwendige Einarbeitungszeit könnte man dadurch gewährleisten, dass die Dienstzeit nicht gerade bei Beginn einer neuen Legislaturperiode vollständig neu beginnt.

Vorschlag zu § 5a PKGrG-E : Die Amtszeit beträgt die jeweilige Legislaturperiode, in der de Beauftragte, der Beauftragte gewählt wurde, wobei die Amtszeit 6 Monate nach Zusammentritt des neuen Bundestags endet.

§ 5b Abs. 2 PKGrG-E wird vom Unterzeichner so verstanden, dass entgeltliche Vorträge zulässig bleiben Sollte das nicht gewollt sein, empfehle sich ein klarer Hinweis.

§ 5a Abs. 2 PKGrG-E: Es sollte eventuell klargestellt werden, dass der Beauftragte unabhängig gegenüber Weisungen anderer Personen als denen des parlamentarischen Kontrollgremiums ist.

§ 5b Abs. 4 PKGrG-E ermöglicht die jederzeitige Entbindung der ständigen Bevollmächtigten von ihren Pflichten. Dies ist angesichts des notwendigen Vertrauensverhältnisses zwischen parlamentarischem Kontrollgremium und der ständigen Bevollmächtigten sinnvoll. Angesichts dieser Möglichkeit bleibt allerdings die Frage, warum die Dienstzeit zeitlich begrenzt wird.

d) § 6 PKGrG-E

§ 6 Abs. 1 S. 2 - 3 PKGrG-E thematisiert eine wichtige Frage. Offenbar wurden dem parlamentarischen Kontrollgremium in der Vergangenheit Informationen zurückgehalten mit der Begründung, diese unterlägen nicht der Verfügungsberechtigung der Nachrichtendienste. Unter dieser Prämisse sind die Ergänzungen um Satz 2 und um Satz 3 ausgesprochen sinnvoll.

Nicht unmittelbar einleuchtend ist allerdings die Prämisse, die offenbar § 6 Abs. 1 PKGrG-E zugrundeliegt. Sie geht davon aus, dass die Nachrichtendienste die Verfügungsbefugnis der Informationen benötigten, um sie dem parlamentarischen Kontrollgremium offenlegen zu können. Das parlamentarische Kontrollgremium soll aber die Tätigkeit der Nachrichtendienste kontrollieren dürfen. Wenn Nachrichtendienste Informationen von fremden Nachrichtendiensten erhalten und diese verarbeiten, muss dieser Vorgang auch dem parlamentarischen Kontrollgremium zugänglich sein. Die fehlende Verfügungsberechtigung ist nachvollziehbar, wenn es um die Frage geht, ob die Nachrichtendienste die Informationen anderen Personen zur Verfügung stellen dürfen, wie etwa Gerichten. Darum geht es im Verhältnis vom parlamentarischen Kontrollgremium und Nachrichtendienste aber nicht. Es darf keine staatliche Tätigkeit innerhalb der Demokratie neben dem Parlament geben. Wenn das Parlament die höchste Vertraulichkeit zusagt, darf es auch höchste Vertraulichkeitsstufen kontrollieren.

Es wird daher angeregt, § 6 Abs. 1 PKGrG-E so zu formulieren, dass das parlamentarische Kontrollgremium das Recht erhält, die Informationen anzuschauen, die vom Bundesnachrichtendienst verarbeitet werden.

Vorschlag: Es wird daher angeregt, § 6 Abs. 1 S. 1 zu ergänzen um den Halbsatz „oder von ihm verarbeitet werden“.

Dieser Änderungsvorschlag beruht auf der Prämisse, dass die befreundeten Nachrichtendienste die Übermittlung ihrer Informationen an die deutschen Nachrichtendienste nicht aufgrund dieser Änderung einstellen werden, mit der Begründung, wenn das parlamentarische Kontrollgremium Zugriff auf die Informationen erhalte, würden sie nicht mehr übermittelt werden. Es ist aus der Sicht der Wissenschaft nicht ausgeschlossen, dass die ausländischen Nachrichtendienste versuchen, die parlamentarische Kontrolle bezogen auf die von ihnen erhobenen Informationen zurückzudrängen. Andererseits ist die Vorstellung, dass es exekutive Tätigkeit gibt, die vollständig ohne Wissen von Vertretern des Parlaments systematisch stattfinden soll, in einer Demokratie kaum vertretbar.

e) § 8 PKGrG-E

Die Änderungen von § 8 besitzen den Zweck, die Informationen aus den Nachrichtendiensten heraus zu erleichtern. Es wird unterstellt, dass die Änderung auf konkreten Anlässen beruht. Die gegenwärtige Fassung von § 8 PKGrG ist 2001 gefasst worden, in der Annahme, einen fairen Kompromiss zwischen den Interessen der Behörden und den Interessen der Beschäftigten zu gewinnen. Wenn dieser Kompromiss zulasten der Beschäftigten gegangen sein sollte, wäre es sinnvoll, die Regelung so zu verändern, dass die Beschäftigten erleichterte Eingabemöglichkeiten erhalten. Sollte es keinen konkreten Anlass geben, würde angeregt werden, die Notwendigkeit der Änderung noch einmal zu überdenken. Die damalige Fassung von § 8 PKGrG-E beruhte auf der Information, die das damalige parlamentarische Kontrollgremium in der sogenannten „Spiegel-Affäre“ erhalten hatte. Für die sachgerechte Regelung dieses Falles war die Neuregelung durchaus geeignet.

f) § 12 PKGrG-E

§ 12 PKGrG-E möchte das alte Sekretariat des parlamentarischen Kontrollgremiums weiter ausbauen. Die Regelung ist angepasst an den Umstand, dass es nun die ständige Bevollmächtigte gibt, die unter Weisung des Kontrollgremiums steht. Es ist aus Sicht eines Außenstehenden nicht sicher, dass alle Konfliktfälle, die dadurch entstehen können, dass einerseits die „Geschäftsstelle“ innerhalb der Verwaltung des Deutschen Bundestages eingegliedert ist, die nach hierarchischen Strukturen aufgebaut ist, andererseits aber auch den Weisungen des Kontrollgremiums unterliegt. Hier sind Konflikte juristisch nicht ausgeschlossen. Es ist davon auszugehen, dass diese in der Vergangenheit rein tatsächlich noch nicht entstanden sind.

Es besteht aber die Gefahr, dass durch § 12 verschiedene Weisungsstränge entstehen. Es ist unklar, inwieweit der Chef der Bundestagsverwaltung zuständig ist und wie weit das parlamentarische Kontrollgremium zuständig ist.

g) § 12a PKGrG-E

Nicht ganz verständlich ist die systematische Stellung von § 12a. Man würde eigentlich die Norm in der Stellung von § 5c erwarten.

Vorschlag: § 12a wird zu § 5c PKGrG-E

Die Regelung zu den Amtsbezügen und zu den Versorgungsbezügen des ständigen Bevollmächtigten orientiert sich an der Regelung der Bundesbeauftragten für Datenschutz und vergleichbaren Positionen (vgl. BT-Drs. 18/9040, S. 11.).

Das ist im Ausgangspunkt nachvollziehbar und sinnvoll. Der Verweis geht aber davon aus, dass die Regelung für den Bundesbeauftragten sachgerecht ist. Die Regelung zu der Versorgung von Beschäftigten im Mandatsverhältnis ist ausgesprochen kompliziert. Der Unterzeichner selbst hat sich vor langer Zeit einmal mit der Ministerversorgung auf Landesebene befasst und weiß daher, dass es eine Unzahl von unsinnigen Ungereimtheiten gibt, die allein darauf beruhen, dass sich kaum jemand die Mühe macht, die Vorschriften bis zum Ende zu denken. Für den ständigen Bevollmächtigten ist die Frage der Sachgerechtigkeit der Versorgung aber nicht unerheblich, weil die Auswahl der Personen, die für dieses Amt infrage kommen, rein praktisch auch davon abhängen, wie gesichert die Versorgung für den Betroffenen ist.

§ 12a geht davon aus, dass für die ständigen Beauftragten, die aus der Besoldungsgruppe B6 kommen, die Versorgung so zu berechnen ist, wie wenn sie in eine Amtsposition in der Stufe B9 befördert worden wären. Das heißt, wenn sie zwei Jahre das Amt innehaben, richtet sich dann ihre Versorgung, für den Fall, dass sie in den Ruhestand versetzt werden, nach der Besoldungsstufe B9. Dies erscheint ausgesprochen sachgerecht.

Wird ein Beamter aus B3 ständiger Bevollmächtigter und ist er dies sechs Jahre lang, so errechnet sich seine Versorgung aus der Stufe B3. Hatte er dem gegenüber ein Amt B6 vorher inne, kommt ihm die „Beförderung auf B9“ versorgungsrechtlich zugute, sofern er die zwei Jahre Wartezeit erreicht hat. Wäre er in der Bundesverwaltung geblieben und von B3 auf B9 befördert worden, würde sich seine Besoldung aus B9 errechnen.

Kommt die ständige Bevollmächtigte dagegen aus einer R-Besoldung, einer W-Besoldung oder aus einer B-Besoldung unter B6, richtet sich ihre Versorgung wohl sachlich nach dem Amt, das sie vor der Beauftragung des ständigen Bevollmächtigten innehatte. Das ist ein fundamentaler Unterschied. Übernimmt zum Beispiel ein Hochschullehrer mit der Besoldungsstufe W3 die Position des ständigen Bevollmächtigten, und freut sich seine Hochschule, ihn endlich los geworden zu sein, mit der Folge, dass sie ihn nicht zurücknimmt, richtet sich seine Versorgung gem. § 18 Abs. 2 Bundesministergesetz i. V. m. § 12a PKGrG nach der Versorgung, die sich aus W3 ergibt, sofern man die Zeit als ständiger Bevollmächtigter hinzurechnet. Der Betreffende stellt sich daher deutlich schlechter, als wenn er in seinem früheren Amt verblieben wäre. Sein einziger Vorteil beruht darin, dass er ggf. vorzeitig in den Ruhestand treten kann.

Aus wissenschaftlicher Sicht läge es näher, das Risiko, das sich aus der Stelle als Mandatsverhältnis ergibt, dadurch auszugleichen, dass die Amtsinhaberinnen und Amtsinhaber, die aus dem Beamtenverhältnis kommen, versorgungsrechtlich so behandelt werden, wie wenn sie die Besoldungsstufe B9 tatsächlich im Beamtenverhältnis erreicht hätten.

Der Unterzeichner regt an, einmal zur Kontrolle der Plausibilität von § 12a folgende Fallgestaltungen ausrechnen zu lassen.

Alle Kandidatinnen erhalten das Amt des ständigen Bevollmächtigten im Alter von 50 Jahren. Alle traten in das öffentliche Dienstverhältnis (bzw. in das Parlament, bzw. freie Wirtschaft) mit 30 Jahren ein. Alle haben sie eine anzurechnende Ausbildung von fünf Jahren. Wie ist der Versorgungsanspruch, ab ihrem 67. Lebensjahr wenn sie nach Ende der Zeit nicht mehr arbeiten.

Kandidatin 1 wird aus der Besoldungsstufe B6 ständige Bevollmächtigte.

Kandidatin 2 wird aus der Besoldungsstufe B3 ständige Bevollmächtigte.

Kandidatin 3 wird aus der Besoldungsstufe R6 ständige Bevollmächtigte.

Kandidatin 4 wird aus der Besoldungsstufe W3 ständige Bevollmächtigte.

Kandidatin 5 wird aus der Stellung als Abgeordneter ständiger Beauftragter.

Kandidatin 6 war in der freien Wirtschaft als Angestellter knapp unter der Höchstgrenze der Bemessungsgrenze tätig.

Sollten die Ergebnisse eine diametrale Ungerechtigkeit offenbaren, was nach der Erinnerung des Unterzeichners der Fall sein wird, legt der Unterzeichner folgende Regelungen nahe:

- Für die ständigen Beauftragten, die aus der freien Wirtschaft kommen, muss sichergestellt sein, dass das Ruhegehalt aus der Stellung der ständigen Beauftragten, nicht auf in der freien Wirtschaft verdiente Ruhegehälter angerechnet wird.
- Für die Beschäftigten, die aus dem öffentlichen Dienst kommen, ist die Übertragung des Amtes als ständiger Bevollmächtigter so zu werten, wie wenn sie vorher im Beamtenverhältnis wären und ein Amt mit B9 erhalten.
- Für die Abgeordneten ist zu prüfen, ob die Anrechnungsvorschriften wirklich sachgerecht sind.

III. Gesetzentwurf der Fraktion Die Linke: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeiten des Bundes, BT-Drs 18/6640.

1. Allgemein

Der Gesetzentwurf verfolgt den gleichen Gegenstand und weitgehend die gleichen Ziele, wie der zu II besprochene Entwurf. Die Vorbemerkung II.2, 3, 4 gelten daher hier entsprechend.

2. Zu den Änderungsvorschlägen im Einzelnen:

a) § 2 Abs. 1 PKGrG-E:

Das Institut des stellvertretenden Mitgliedes ist grundsätzlich denkbar und verfassungsrechtlich unproblematisch.

Aus der Sicht des Unterzeichners ist es nicht zu empfehlen, weil der Personenkreis des parlamentarischen Kontrollgremiums mittelbar erweitert wird und dadurch seine Legitimation geschwächt wird.

b) § 4 PKGrG-E

Die Informationspflicht des § 4 Abs. 2 soll dahin gehend spezifiziert werden, dass auch hinsichtlich geplanter Maßnahmen ggf. eine Informationspflicht entsteht. Dies leuchtet ein. Es ist der gleiche Gedanke, den der Unterzeichner dazu veranlasst hat, den unter II. 6 a genannten Vorschlag zu formulieren.

c) § 5 Abs. 1 PKGrG-E:

Die Änderung will die Minderheitenrechte des Gremiums stärken.

Sofern die Stärkung der Minderheitenrechte nicht zu einer Schwächung der Vertraulichkeit führt, sprechen aus der Sicht des Unterzeichners keine strukturellen Einwände gegen eine Stärkung der Minderheitenrechte. Der Vorschlag würde den Arbeitsanfall, sowohl für die Nachrichtendienste als auch für das Kontrollgremium erheblich erhöhen. Der Informationsfluss würde erhöht werden. Ob dies wünschenswert ist, ist vornehmlich eine rechtspolitische Frage.

d) § 5 Abs. 2 PKGrG-E::

Die ausdrückliche Ausnahme des Zugriffs auf Netzwerke der Informationstechnik würde grundsätzlich innerhalb der Systematik der parlamentarischen Kontrolle ein mögliches Kontrollinstrument darstellen. Der Zugriff darf aber die Vertraulichkeit des Gremiums nicht reduzieren und die Sicherheit der Daten nicht beeinträchtigen. Wenn man eine solche Vorschrift übernehmen möchte, müsste sichergestellt sein, dass der Zugriff auf die Informationstechnik vor Ort geschehen muss und zudem unter Begleitung sachkundiger Technik geschehen muss.

e) § 6 Abs. 1 PKGrG-E:

Nach Ansicht des Unterzeichners kann es kein Umgang der deutschen Nachrichtendienste mit Daten geben, die der parlamentarischen Kontrolle entzogen sind. Allerdings folgt aus der parlamentarischen Kontrolle nicht, dass die Nachrichtendienste

Informationen besorgen müssen, die dem Parlament aus politischen Gründen genehm wären. Es handelt sich um den gleichen Gedanken, der den Unterzeichner dazu veranlasst hat, den Vorschlag unter II.6 d zu formulieren. Bedenken bestehen gegen den gemachten Vorschlag nicht. Ob er regelungstechnisch erforderlich ist, kann vom Unterzeichner mangels genauer Praxis im parlamentarischen Kontrollgremium keine Einschätzung vorgenommen werden.

f) § 9 PKGrG-E:

Die Norm versucht, das Vertrauensgremium und das Kontrollgremium stärker zu verknüpfen. Dies erscheint sinnvoll. Ob die Regelung erforderlich ist, kann von hier aus nicht beurteilt werden.

g) § 10 Abs. 2 PKGrG-E:

Die Norm möchte die Vertraulichkeit des parlamentarischen Kontrollgremiums reduzieren.

Wenn dieser Vorschlag realisiert würde, würde er in erheblicher Weise die Tiefe der Informationsmöglichkeiten des Gremiums verringern. In den Augen des Unterzeichners würde eine solche Regelung „an dem Ast sägen, auf dem das Kontrollgremium sitzt“. Die Vorschrift ist nicht zu empfehlen. Sie wäre aus seiner Sicht „Selbstmord des Gremiums“.

Die Erwägungen gelten auch für die Änderung von § 10 Abs. 4, Abs. 5, S. 2.

h) § 10 Abs. 6 und Abs. 7 PKGrG-E:

Die Vorschläge sind nicht ganz so schlimm, wie die Änderungen in Abs. 5 und Abs. 6, aber auch diese liegen nicht nahe.

i) § 11 PKGrG-E:

Nimmt einen alten Vorschlag auf, der versucht, den Mitgliedern des parlamentarischen Kontrollgremiums das Recht zu gestehen, Mitarbeiter und sonstige Beschäftigte zu benennen.

Hier gilt das Gleiche, wie das zu § 10 Abs. 2 PKGrG-E: Gesagte. Der Unterzeichner würde dezidiert davon abraten, eine solche Vorschrift aufzunehmen. Mit einer solchen Vorschrift würde die Legitimation des Kontrollgremiums aufgehoben werden. Es wäre nicht mehr verständlich, warum die Befugnisse nicht dem Innenausschuss zugewiesen werden.

IV. Antrag der Abgeordneten und der Fraktion Die Linke: Parlamentarische Kontrolle der nachrichtendienstlichen Tätigkeit des Bundes verbessern: BT18/6645

Der genannte Beschlussantrag lebt von einer starken Wertung der Verwaltungstätigkeit des BND. Der Vorwurf eines gefährlichen Eigenlebens, des Verlustes der Rechtsstaatlichkeit und des Versagens der Kontrolle, kann aus wissenschaftlicher Sicht wegen der Vertraulichkeit der Tätigkeit schwer beurteilt werden.

Nach dem persönlichen Eindruck, den der Unterzeichner aufgrund seiner Politikberatung besitzt, könnte er sich diesem Urteil schwer anschließen.

Weiter fordert der Beschlussantrag dazu auf, auf wesentliche Informationserhebungsbefugnisse der Nachrichtendienste zu verzichten.

Der Entwurf vertritt daher eine Ansicht, nach der die Sonderstellung der Nachrichtendienste insofern aufgegeben werden soll, als ihre verdeckten Informationserhebungsbefugnisse weitgehend verzichtet werden.

Hinsichtlich des Auslandsnachrichtendienstes verwundert ein solcher Vortrag. Angesichts der außenpolitischen Spannungen wird Deutschland auf einen Auslandsnachrichtendienst mit effektiven Handlungsmöglichkeiten kaum verzichten können.

Hinsichtlich des Inlandsnachrichtendienstes lässt sich angesichts des immer stärkeren aufeinander Zubewegens der Polizei einerseits und der Nachrichtendienste andererseits durchaus darüber nachdenken, ob ggf. angesichts der Ausweitung der Befugnisse der Polizei, die starken Eingriffsbefugnisse der Nachrichtendienste noch erforderlich sind. Solche Ansätze gibt es in der wissenschaftlichen Diskussion durchaus. Sie werden von der Mehrheit allerdings nicht angenommen. Man ist der Auffassung, dass die spezifischen Gefährdungsbereiche, auf die das BFV spezialisiert ist, auch eine spezialisierte Behörde erfordern.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass ein Verfassungsschutz, der von Polizeibehörden ausgeübt wird, bei gegenwärtiger Verfassungslage notwendig von Landesebene übernommen werden müsste, während die Nachrichtendienste auf Bundesebene stärkere Kompetenzen besitzen können. Ob der Deutsche Bundestag Interesse daran hat, den Verfassungsschutz aus seiner eigenen körperschaftlichen Zuständigkeit zu entlassen, vermag der Unterzeichner nicht abschließend zu beurteilen. Er verfügt, anders als die Abgeordneten, nicht über ein demokratisches Mandat. Verwundert wäre er allerdings.

V. Antrag der Abgeordneten der Fraktion Die Grünen: Für eine wirksame Kontrolle der Nachrichtendienste

Der Beschlussantrag geht dahin gehend, zunächst festzustellen, dass die bisherige Kontrolle des Parlamentes nicht ausreichend war.

Da der Unterzeichner, wie dargestellt, an der Reform im Jahr 2009 beteiligt war, geht er grundsätzlich davon aus, dass die Reform ihr Ziel erreicht, sodass er sich schwer tun würde, von einer substanziell unzureichenden Kontrolle auszugehen. Damit ist nicht die Möglichkeit verneint, die Kontrolle zu verbessern.

Weiter verlangt der Beschlussantrag, die Informationspflicht der Bundesregierung im parlamentarischen Kontrollgremiumsgesetz zu präzisieren und zu verschärfen.

Die Beurteilung der Notwendigkeit einer solchen Veränderung würde die Kenntnis der Informationstätigkeit der Bundesregierung im Gremium voraussetzen, woran es dem Unterzeichner fehlt. Wenn bisher die Bundesregierung ihrer Informationspflicht nicht nachgekommen sein sollte, wäre eine gesetzliche Reaktion ausgesprochen naheliegend.

Weiter beantragt der Beschlussentwurf, die Kontrolltätigkeit transparenter werden zu lassen.

Die Erhöhung der Transparenz des parlamentarischen Kontrollgremiums verursacht beim Unterzeichner Kopfschmerzen.

Der Beschlussantrag fordert weiter, die Arbeitsmöglichkeiten des Kontrollgremiums und seiner Mitglieder zu verbessern.

Sofern die Verbesserung nicht mit einer Reduzierung der Vertraulichkeit verbunden ist und an den Charakter als Kontrolltätigkeit, die von Abgeordneten selbst ausgeführt werden, nichts ändert, spricht gegen eine Verbesserung nichts. Die Schaffung eines Exekutivorgans bei dem Parlament mit dem Auftrag der administrativen Kontrolle der Nachrichtendienste neben der internen administrativen Kontrolle der Bundesregierung wäre in den Augen des Unterzeichners allerdings systemfremd. Verfassungsrechtlich möglich wäre sie freilich.

Der Beschlussantrag möchte die Befugnisse des BfDI erweitern. Der BfDI besitzt beim BND die Kontrollbefugnisse, die er bei allen anderen Bundesbehörden auch besitzt. Nur im Bereich der Zuständigkeit der G 10-Kommission ist die Zuständigkeit des BfDI eingeschränkt. Das Gesetz möchte keine Kollision von zwei unabhängigen Kontrollstellen. Dies leuchtet ein. Wenn die Befugnisse der G 10-Kommission zurückgeschnitten werden, bestehen keine Bedenken, die Befugnisse des BfDI auszuweiten.

Wie ein im Internet erschienener Kontrollbericht der BfDI über die Auslandsaufklärung des BND verdeutlicht, bestehen erhebliche Meinungsunterschiede hinsichtlich der Kontrollbefugnisse des BfDI zwischen der BfDI und dem BND. Weiter besteht offenbar auch innerhalb der betroffenen Personen eine erhebliche Schwierigkeit, die selbst vorgenommenen Vertraulichkeitsstufen zu garantieren. Ob dieser Befund ein Einschreiten des Gesetzgebers erfordert, ist eine rechtspolitische Bewertung.

Die Kommission möchte weiter die Kontrolle durch die G 10-Kommission stärken.

Der Unterzeichner hat bei vielen Gelegenheiten darauf hingewiesen, dass nach seinem persönlichen Eindruck, der allerdings sehr selektiv ist, die Ausgestaltung der G 10-Kommission mit ihrer nicht permanenten Beschlussfassung und der ehrenamtlichen Ausgestaltung dem heutigen Arbeitsanfall nur schwer gerecht werden dürfte. Jede Stärkung der G 10-Kommission wäre daher sinnvoll, sofern man sich nicht entschließen sollte, dieselbe vollständig abzuschaffen und einen Richtervorbehalt umzusetzen.

Bayreuth, den 22.09.2016

Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff

(Die Datei wurde per Mail versendet und ist nicht unterschreiben)

Prof. Dr. Matthias Bäcker, LL.M.

Karlsruhe, den 23. September 2016

Karlsruher Institut für Technologie
Institut für Informations- und Wirtschaftsrecht

Vincenz-Prießnitz-Straße 3
76131 Karlsruhe

Stellungnahme

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

(BT-Drs. 18/9041)

Gliederung

Ergebnisse

I. Maßgebliches höherrangiges Recht

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

II. Beurteilung der vorgesehenen Ermächtigungen

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

Ergebnisse

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

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

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

I. Maßgebliches höherrangiges Recht

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

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

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

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

¹ Siehe hierzu die Stellungnahme des Sachverständigen E. Töpfer.

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

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

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

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

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

³ Vgl. BVerfGE 100, 313 (364).

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

⁵ BVerfGE 100, 313 (362 f.).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶ Art. 87a Abs. 4 GG.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁹ BVerfGE 100, 313 (382 ff.).

²⁰ BVerfGE 100, 313 (376).

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

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

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

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

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

²⁵ Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 G 10.

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

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

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

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

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

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

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

3. Unionsgrundrechte und unionsrechtliches Diskriminierungsverbot

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Beurteilung der vorgesehenen Ermächtigungen

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

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

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

a) Materielle Voraussetzungen der Überwachung

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

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

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

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

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

³² BVerfGE 100, 313 (384).

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

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

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

³⁶ BT-Drs. 18/9041, S. 22.

³⁷ § 5 Abs. 1 Satz 1 G 10.

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

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

b) Durchführung der Überwachung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) Kontrolle der Überwachung

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁷ § 24 Abs. 2 Satz 3 BDSG.

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

d) Datenübermittlungen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF

9. September 2016

Gemeinsame Stellungnahme
zum Gesetzentwurf des Bundeskanzleramtes
sowie
zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (BT-Drs. 18/9041)
Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung
des Bundesnachrichtendienstes

von

Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (ARD)

Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger (BDZV)

Deutscher Journalisten-Verband (DJV)

Deutscher Presserat

Verband Deutscher Zeitschriftenverleger (VDZ)

Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (dju in ver.di)

Verband Privater Rundfunk und Telemedien (VPRT)

Zweites Deutsches Fernsehen (ZDF)

A Einleitung

1. Das Zeugnisverweigerungsrecht von Journalistinnen und Journalisten (bzw. anderer Medienangehöriger, wie z.B. Justiziaren) über Informanten und selbstrecherchiertes Material sowie das Redaktionsgeheimnis sind essentielle Voraussetzungen für die journalistische Tätigkeit. Zahlreiche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts¹ oder des EGMR² bestätigen darüber hinaus die konstitutive Bedeutung dieser Voraussetzungen auch für das Funktionieren der Demokratie.

¹ Vgl. nur BVerfGE 117, 244 (260)

² Vgl. nur Urteil vom 14.09.2010, Nr. No 38224/04,
Case of Sanoma Uitgevers BV vs. The Netherlands

Gemeinsame Stellungnahme
zum Gesetzentwurf des Bundeskanzleramtes
sowie zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (BT-Drs. 18/9041)
Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes

ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF

- 2) Im letzten Jahrzehnt sind einige gesetzgeberische Verbesserungen des Informantenschutzes vorgenommen worden³. Jedoch haben gesetzgeberische Maßnahmen in diesem Zeitraum auch zu Gefährdungen des Informantenschutzes geführt, insbesondere soweit es um die Gewährleistung des Schutzes im Rahmen von Ermittlungsverfahren geht⁴. Im Ermittlungsverfahren sind der Informantenschutz und das Redaktionsgeheimnis in deutlich geringerem Umfang gesetzlich sichergestellt. Dies belegen Normen wie § 100g, § 160 a StPO, § 20 u BKA-Gesetz, § 23 a Zollfahndungsdienstgesetz (ZFdG) oder § 3 b G-10-Gesetz, die allesamt einen nicht mehr dem Zeugnisverweigerungsrechts § 53 StPO entsprechenden Schutz vorsehen, sondern lediglich und trotz bestehendem Zeugnisverweigerungsrecht eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme in Abwägung des Interesses an der Aufrechterhaltung des Informantenschutzes bzw. des Redaktionsgeheimnisses.
- 3) Ermittlungsverfahren noch vorgelagert sind Aufklärungsmaßnahmen, z.B. des Bundesnachrichtendienstes (BND). Im vorliegenden Entwurf des BND-Gesetzes sind Schutzmechanismen, die wenigstens den zitierten Normen vergleichbar wären, dem Wortlaut nach nicht enthalten. Nach Auffassung der Stellung nehmenden Medienunternehmen und -verbände sind jedoch auch im BND-Gesetz Regelungen notwendig, die unter Berücksichtigung der Arbeit des BND den Quellenschutz und das Redaktionsgeheimnis der Medien soweit wie möglich sicherstellen. Im Einzelnen:

B Notwendigkeit des Quellenschutzes

- 1) Nach dem Gesetzentwurf soll Gegenstand der Novelle des BND-Gesetzes eine Präzisierung der bestehenden Rechtslage sowie die Schaffung der rechtlichen Grundlagen für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung und die insoweit vorgesehene Kooperation mit ausländischen öffentlichen Stellen sein⁵. Bisher stützt sich der BND bei der Durchführung der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung auf § 1 Abs. 2 des BND-Gesetzes i.V.m. § 5 G-10-Gesetz. Danach dürfen auf Antrag des Bundesnachrichtendienstes für internationale Telekommunikationsbeziehungen, soweit eine gebündelte Übertragung erfolgt, unter den in § 5 G-10-Gesetz im Einzelnen genannten Voraussetzungen Überwachungen angeordnet

³ zuletzt: Gesetz zur Stärkung der Pressefreiheit im Straf- und Strafprozessrecht, BGBl. I 2012, S. 1374 ff.

⁴ zuletzt: Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten, BGBl. I 2015, S. 2218

⁵ Vgl. Gesetzentwurf, S. 1 f.

Gemeinsame Stellungnahme
zum Gesetzentwurf des Bundeskanzleramtes
sowie zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (BT-Drs. 18/9041)
Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes

**ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF**

werden. Zu den Voraussetzungen gehört, dass die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation nur unter Verwendung von Suchbegriffen zulässig sind, die nicht zu einer gezielten Erfassung bestimmter Telekommunikationsanschlüsse führen können oder den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung betreffen. Zudem ist in § 3 b Abs. 2 G-10-Gesetz geregelt, dass zumindest (u. a.) hinsichtlich zeugnisverweigerungsberechtigter Journalistinnen und Journalisten eine Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation nur in Betracht kommt, wenn die Verhältnismäßigkeitsprüfung ergibt, dass trotz bestehendem Zeugnisverweigerungsrecht die Überwachungsmaßnahme geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne ist.

- 2) Zukünftig soll in § 6 Abs. 1 des BND-Gesetzes geregelt sein, dass der Bundesnachrichtendienst zur Erfüllung seiner Aufgaben vom Inland aus mit technischen Mitteln Informationen einschließlich personenbezogener Daten aus Telekommunikationsnetzen über die Telekommunikation von Ausländern im Ausland erheben und verbreiten darf, wenn diese Daten erforderlich sind, um Gefahren für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland erkennen und diesen begegnen zu können, oder um die Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland zu wahren oder wenn sonstige Erkenntnisse von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung von Relevanz sind. Die Erhebung von Inhaltsdaten durch den Bundesnachrichtendienst aus den genannten Kommunikationsbeziehungen ist nur anhand von Suchbegriffen zulässig, § 6 Abs. 2 des Entwurfs. Dabei sind inhaltliche Suchbegriffe auf solche begrenzt, die mindestens in Bezug zu einer der genannten Aufgaben stehen. Formale Suchbegriffe sind solche wie z. B. Telefonnummern oder E-Mailadressen, die Personen oder Einrichtungen zuzuordnen sind, die einen Bezug zu den genannten Gefahren etc. haben⁶.

Nach § 6 Abs. 4 des Entwurfs des BND-Gesetzes soll die Erhebung von Daten aus Telekommunikationsverkehren von deutschen Staatsangehörigen, von inländischen juristischen Personen oder von sich im Bundesgebiet Aufhaltenden unzulässig sein.

Die Anordnung der Überwachung von Telekommunikationsnetzen inklusive des Grundes und der Dauer der Maßnahme, des konkret betroffenen Netzes sowie des konkreten Netzdienstleisters trifft nach § 6 Abs. 1 des Entwurfs das Bundeskanzleramt. Dieses hat regelmäßig ein neu zu schaffendes unabhängiges Gremium vor Vollzug der Anordnung zu unterrichten und die Anordnung aufzuheben, wenn das Gremium sie für unzulässig erklärt. Jedoch kann in Eilfällen die Anordnung auch ohne Unterrichtung vollzogen werden, § 9

⁶ Vgl. zur Definition der Suchbegriffe: Papier, Beschränkungen der Telekommunikationsfreiheit durch den BND an Datenaustauschpunkten. NVwZ-Extra, 15/2016, S. 2

Gemeinsame Stellungnahme
zum Gesetzentwurf des Bundeskanzleramtes
sowie zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (BT-Drs. 18/9041)
Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes

*ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF*

Abs. 4 des Entwurfs. Die Unterrichtungspflicht betrifft auch die Mitteilung, dass und in welchem Rahmen Suchbegriffe verwendet werden. Das unabhängige Gremium ist befugt, Suchbegriffe stichprobenartig auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben hin zu überprüfen, § 9 Abs. 5 des Entwurfs.

Ohne Anordnung ist die Verarbeitung und Nutzung der Daten zulässig, wenn der BND vom Ausland aus agiert, dann ist auch eine Unterrichtung der parlamentarischen Kontrollkommission nicht nötig, § 7 Abs. 1 des Entwurfs.

Nach § 13 des Entwurfs darf der BND bei der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung mit anderen ausländischen nachrichtlichen Diensten zusammenarbeiten, wenn die Kooperation den Zielen dient, die auch der BND zu verfolgen hat und u. a. eine Absprache existiert, nach der die Verwendung der in der Kooperation genutzten Daten mit grundlegenden rechtsstaatlichen Prinzipien vereinbar ist. Auch kommen im Rahmen der Kooperation die Erhebung von Informationen sowie die automatische Datenübermittlung nach § 14 bzw. § 15 des Entwurfs in Betracht.

- 3) Der Entwurf des BND-Gesetzes sieht eine **deutliche Ausweitung der Telekommunikationsüberwachung** vor. Die strategische Überwachung nach § 5 G-10-Gesetz ist nur zulässig für internationale Telekommunikationsbeziehungen, soweit eine gebündelte Übertragung erfolgt. Das bedeutet, dass sich strategische Überwachungsmaßnahmen nicht gegen den (oder Teile des) inländischen Telekommunikationsverkehr richten dürfen. Zudem darf die Anordnung nach § 10 Abs. 4 G-10-Gesetz nur bestimmte, im Einzelnen bezeichnete Übertragungswege betreffen. Schließlich dürfen nach § 10 Abs. 4 G-10-Gesetz auch nicht die gesamten angeordneten Übertragungswege überwacht werden, sondern lediglich ein Anteil von maximal zwanzig Prozent der auf den angeordneten Übertragungswegen zur Verfügung stehenden Übertragungskapazität.
- 4) Die vorgenannten Beschränkungen sind nach dem vorliegenden Entwurf nicht mehr als Begrenzung der Überwachungsmaßnahmen des BND im Gesetz vorgesehen. Dies betrifft zunächst die **mengenmäßige Überwachungsgrenze** nach § 10 Abs. 4 G-10-Gesetz. Eine tatsächliche Begrenzung der Überwachung des Fernmeldeverkehrs, wie sie das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich für notwendig erachtet⁷, ist im Entwurf zum BND-Gesetz **nicht mehr enthalten**.

⁷ Vgl. BVerfGE 100, 313 (375ff.)

Gemeinsame Stellungnahme

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

ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF

- 5) Die Anordnung der Überwachung betrifft nach dem Entwurf auch nicht mehr „nur“ bestimmte Übertragungswege wie in § 10 Abs. 4 G-10-Gesetz vorgesehen, sondern **Telekommunikationsnetze** insgesamt. Dabei richtet sich der Begriff des Telekommunikationsnetzes nach § 3 Nr. 27 des Telekommunikationsgesetzes (TKG). Die Definition des im Entwurf verwendeten Begriffes des Telekommunikationsnetzes führt dazu, dass deutlich mehr an Telekommunikationsbeziehungen überwacht werden dürfen, als bisher nach § 5 G-10-Gesetz. Nach dem Entwurf betroffen sein können Netze, deren Signalübertragung über Kabel, Funk oder über optische elektromagnetische Einrichtungen erfolgt. Zu Telekommunikationsnetzen i.S.d. § 3 Nr. 27 TKG gehören insbesondere Satellitennetze, feste und mobile terrestrische Netze, Stromleitungssysteme, Hörfunk- und Fernsehnetze sowie Kabelfernsehnetze. Während nach der bisherigen Regelung lediglich einzelne Übertragungstrecken der Anordnung zur Überwachung zugänglich waren, sollen zukünftig u. a. sämtliche Satellitenverkehre, Richtfunkverkehre, Kurzwellenverkehre oder auch und ohne Begrenzung leitungsgebundene Strecken, u. a. Kabelnetze, der Anordnung zur Überwachung grundsätzlich unterliegen⁸. Da die Datenerhebung und -verarbeitung aus Telekommunikationsnetzen nach dem Entwurf angeordnet werden dürfen, ist insoweit eine normative Limitierung der Überwachungsmöglichkeiten, die der BND nach dem Entwurf erhalten soll, nicht mehr erkennbar.
- 6) Schließlich ist nach dem Entwurf auch höchst fraglich, ob „lediglich“ Telekommunikationsnetze von den dem BND nach dem Entwurf eingeräumten Überwachungsmöglichkeiten erfasst werden, über die Telekommunikation von Ausländern im Ausland erfolgt (so die legale Definition in § 6 Abs. 1 Satz 1 des Entwurfs). Zwar sieht der Gesetzentwurf in § 6 Abs. 4 vor, dass eine Erhebung von Daten aus Telekommunikationsverkehren von deutschen Staatsangehörigen etc. unzulässig ist, jedoch wird in der Begründung zu einer zulässigen Anordnung einer Maßnahme im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass solche Telekommunikationsnetze potenziell einer Anordnung unterliegen, die auch ausländische Telekommunikation führen. Dabei spielt es keine Rolle, ob diese Netze über deutsches Territorium geführt werden und vor allem steht es einer Anordnung nicht entgegen, dass über ein solches Telekommunikationsnetz **auch nationale Verkehre** abgewickelt werden⁹.

Der Gesetzgeber selbst geht daher offensichtlich davon aus, dass nicht nur Telekommunikationsverkehre von Ausländern im Ausland grundsätzlich der Überwachung unterliegen, sondern die Anordnung der Überwachung eines Telekommunikationsnetzes auch nationale

⁸ Vgl. Begründung, S. 34

⁹ Vgl. Begründung, S. 35

Gemeinsame Stellungnahme
zum Gesetzentwurf des Bundeskanzleramtes
sowie zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (BT-Drs. 18/9041)
Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes

*ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF*

Telekommunikationsverkehre nach § 6 Abs. 1 des Entwurfs des BND-Gesetzes erfassen kann. § 6 Abs. 4 des Entwurfs erweist sich insoweit als von vornherein wirkungslos.

- 7) Der rechtliche Befund, dass die Anordnung der Erhebung und Verarbeitung von Inhalts- und Verkehrsdaten aus Telekommunikationsnetzen durch den Bundesnachrichtendienst nach dem vorliegenden Entwurf des BND-Gesetzes nicht „nur“ ausländische Telekommunikation erfasst, sondern auch die von deutschen Staatsangehörigen, von inländischen juristischen Personen oder sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen, deckt sich mit den **technischen Voraussetzungen des Telekommunikationsverkehrs**. Da der Gesetzgeber nach der Begründung des Entwurfs an § 3 Nr. 27 TKG zur Bestimmung des Begriffs des Telekommunikationsnetzes anknüpft, erfasst er grundsätzlich alle technischen Netzwerkeinrichtungen, die sich zur Signalübertragung eignen. Erfasst werden damit vor allem auch Datenaustauschpunkte, die den Telekommunikationsverkehr zwischen den einzelnen Netzbetreibern sicherstellen. Die Dienstleistung der Betreiber solcher Internet-exchange-points besteht darin, Datenverkehr auszutauschen, zusammen zu schließen oder zu routen. Die Betreiber solcher Knoten wurden und werden mit Anordnungen auf der Grundlage von § 5 G-10-Gesetz konfrontiert und gehören auch zu den verpflichteten Anbietern von Telekommunikationsdiensten nach § 8 des Entwurfs des BND-Gesetzes. Mindestens an diesen Knoten können technische Unterscheidungen zwischen den verschiedenen Typen von Telekommunikationsbeziehungen nicht getroffen werden. So ist etwa die Differenzierung nach Inlandsverkehren, Inlands-Ausland-Verkehren, Transitverkehren, Ausland-Ausland-Verkehren nicht möglich, weil die dafür erforderliche Inhaltsanalyse nicht erforderlich ist, seitens des Anbieters aber auch technisch und rechtlich nicht vorgenommen werden kann bzw. darf¹⁰.

Die technischen Gegebenheiten sind entgegen § 6 Abs. 1 des Entwurfs die, dass von der Anordnung der Überwachung eines Telekommunikationsnetzes stets alle im Netz befindlichen Verkehre betroffen sind.

- 8) Soweit der Gesetzentwurf nach § 6 Abs. 4 vorsieht, dass eine Erhebung von Daten aus Telekommunikationsverkehren von deutschen Staatsangehörigen etc. unzulässig ist, wird in der Begründung darauf abgestellt, dass die Überwachung eines solchen Verkehrs sich entweder nach dem G-10-Gesetz richtet oder ein mehrstufiges automatisiertes Filtersystem eingesetzt wird, um solche Verkehre zu erkennen und unverzüglich und unwiederbringlich

¹⁰ Vgl. Papier, NVWZ-Extra 15/2016, S. 12

Gemeinsame Stellungnahme
zum Gesetzentwurf des Bundeskanzleramtes
sowie zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (BT-Drs. 18/9041)
Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes

*ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF*

zu löschen. Dabei wird die Erhebung sonstiger personenbezogener Daten von deutschen Staatsangehörigen etc. nicht ausgeschlossen¹¹.

Solche Filtersysteme enthalten die bereits erwähnten Suchbegriffe, eine unabhängige durchgehende Überprüfung der Suchbegriffe und der **Filtersysteme** im Übrigen ist aber nach dem Gesetz nicht vorgesehen, § 9 Abs. 4 des Entwurfs. Das nach dem Entwurf neu einzurichtende Gremium soll lediglich die Möglichkeit erhalten, stichprobenartig Suchbegriffe auf die Vereinbarkeit mit den gesetzlichen Vorgaben zu überprüfen¹².

Selbst wenn aber davon auszugehen wäre, dass Filtersysteme und Suchbegriffe der Begründung nach so eingerichtet würden, dass sie den Anforderungen des § 6 Abs. 4 genügen, sind Zweifel an der Funktionsfähigkeit angebracht. So müssten Suchbegriffe und Filtersysteme z.B. Spracherkennungen vornehmen können. In der Begründung des Gesetzes wird aber darauf hingewiesen, dass das **vom BND eingesetzte mehrstufige Filtersystem** zur Prüfung der erfassten Verkehre bzw. Suchbegriffe **nicht in der Lage** ist, **geschützte Verkehre** unverzüglich als solche **zu erkennen**. Angeführt wird insoweit das Beispiel eines französischen Staatsangehörigen, dessen Staatsangehörigkeit unter Umständen erst dann erkannt werden könne, wenn er erkennbar macht, dass er französischer Staatsangehöriger ist¹³.

Es sind daher schon nach der Gesetzesbegründung Zweifel angebracht, dass der BND über Filtersysteme verfügt, die in der Lage sind, einen nationalen Telekommunikationsverkehr zu erkennen und unverzüglich und unwiederbringlich zu löschen, dessen Überwachung nach § 6 Abs. 4 des Entwurfs unzulässig ist. Hinzu kommt, dass der Gesetzentwurf bei den heutigen technischen Gegebenheiten zu Unrecht davon ausgeht, ein Telekommunikationsverkehr sei in sich geschlossen und werde über die Netze insgesamt übertragen, so dass er mit Hilfe von Filtersystemen ausgesondert werden könnte. Heutige Telekommunikationsnetze arbeiten auf der Grundlage eines Systems der **Paketvermittlung**. Es müssen daher schon aus technischen Gründen alle Verkehre in einem Telekommunikationsnetz, das von einer Überwachungsanordnung betroffen ist, ausgeleitet werden, die Pakete müssen zusammengesetzt werden und erst dann ist eine Analyse möglich. M.a.W., auch automati-

¹¹ Vgl. Begründung, S. 37

¹² Vgl. Begründung, S. 42

¹³ Vgl. Begründung, S. 36

Gemeinsame Stellungnahme
zum Gesetzentwurf des Bundeskanzleramtes
sowie zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (BT-Drs. 18/9041)
Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes

**ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF**

sierte Filtersysteme sind nicht ohne weiteres in der Lage einen Verkehr, dessen Überwachung zulässig ist, von einem solchen zu unterscheiden, dessen Überwachung unzulässig ist¹⁴.

- 9) Wie dargelegt, können Anordnungen zur Überwachung von Telekommunikationsnetzen auf der Grundlage des § 6 Abs. 1 durch den BND in rechtlich und technisch kaum unterscheidbarer Weise alle in einem angeordneten Telekommunikationsgesetz stattfindenden Telekommunikationsverkehre betroffen sein. Erfasst wird damit grundsätzlich auch jedes Telekommunikationsverhalten von Journalistinnen und Journalisten (oder anderen zeugnisverweigerungsberechtigten Personen). Auf Grund der aufgezeigten rechtlichen Voraussetzungen und technischen Gegebenheiten ist dabei davon auszugehen, dass nicht nur die Erhebung und Verarbeitung der Telekommunikation von Ausländern im Ausland in Rede steht, sondern grundsätzlich die **gesamte Telekommunikation eines angeordneten Netzes**.
- 10) Die ungestörte berufliche Kommunikation auch mittels jeder Form der Telekommunikation ist eine wesentliche Grundbedingung für die Presse- und Rundfunkfreiheit. Diese Freiheitsrechte sind ohne diese Kommunikation nicht denkbar. Die konstituierende Bedeutung der Freiheitsrechte für die Demokratie wäre in Frage gestellt, wenn weder der Quellenschutz noch das Redaktionsgeheimnis sichergestellt werden. **Redaktionsgeheimnis und Quellenschutz sind durch die Presse- und Rundfunkfreiheit abgesichert**¹⁵. Die berufliche Kommunikation von Journalistinnen und Journalisten mittels Telekommunikation ist darüber hinaus durch das Fernmeldegeheimnis, Art. 10 Abs. 1 GG, geschützt¹⁶.
- 11) Das Grundrecht der Presse- und Rundfunkfreiheit ist nicht uneingeschränkt geschützt, allgemeine Gesetze ziehen auch der Vertraulichkeit der beruflichen Kommunikation von Journalistinnen und Journalisten Grenzen, z. B. durch **allgemeine Gesetze**¹⁷. Allerdings ist die Einschränkung der Presse- und Rundfunkfreiheit durch allgemeine Gesetze ihrerseits im Lichte der Freiheitsrechte zu beurteilen¹⁸.

¹⁴ Vgl. Papier, NVwZ-Extra, 15/2016, S. 13

¹⁵ Vgl. nur BVerfGE 20,162 (187); 36,193 (204)

¹⁶ Vgl. BVerfGE 107,299 (Rdn. 47)

¹⁷ Vgl. BVerfGE 77,65 (75)

¹⁸ Vgl. BVerfGE 7,198 (209); 50,234 (241)

Gemeinsame Stellungnahme
zum Gesetzentwurf des Bundeskanzleramtes
sowie zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (BT-Drs. 18/9041)
Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes

*ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF*

Auch die Einschränkung des Grundrechts aus Art. 10 Abs. 1 ist möglich, nämlich auf Grund eines Gesetzes. Jedoch muss eine solche gesetzliche Regelung einem legitimen Gemeinwohlzweck dienen und zudem den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** wahren. Darüber hinaus müssen gesetzliche Beschränkungen des Art. 10 GG bestimmt und für den Einzelnen nachvollziehbar der gesetzlichen Regelung zu entnehmen sein. Der Zweck, weswegen ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis erfolgt, muss bereichsspezifisch und präzise bestimmt und das erhobene Datenmaterial muss für diesen Zweck geeignet und erforderlich sein¹⁹.

Grundsätzlich erkennt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an, dass ebenso wie eine effektive Strafverfolgung oder Gefahrenabwehr²⁰ auch die Erfüllung der Aufgaben der Nachrichtendienste einen Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis rechtfertigen können²¹. Aber auch der Bundesnachrichtendienst²² hat bei seiner Tätigkeit sicherzustellen, dass „den besonders gewichtigen Belangen des Informantenschutzes und der Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit Rechnung“ getragen wird²³.

- 12) Allerdings würden selbst die etwa in § 5 G-10-Gesetz genannten Zwecke eine Überwachung der Telekommunikation zu Zwecken der **Auslandsaufklärung ohne jegliche Voraussetzungen und Begrenzungen verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen**²⁴. Im Hinblick auf die Wahrung der Grundrechte der Presse- und Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ist zudem zu berücksichtigen, dass zwar einerseits eine effektive Strafverfolgung oder die Verfolgung legitimer Zwecke durch die Nachrichtendienste nicht hinter der Presse- und Rundfunkfreiheit zurückzutreten haben. Umgekehrt gilt aber in gleicher Weise, dass Strafverfolgungsinteressen und die Aufgaben der Nachrichtendienste nicht generell der Presse- und Rundfunkfreiheit vorgehen²⁵.
- 13) Eine gesetzliche Regelung, die Voraussetzungen für die Erhebung und Verarbeitung von Inhalts- und Verbindungsdaten durch den Bundesnachrichtendienst im Verhältnis zur Presse- und Rundfunkfreiheit regeln will, hat daher abzuwägen, ob und inwieweit die Erfüllung der publizistischen Aufgaben einen Vorrang der Medienfreiheit gegenüber dem

¹⁹ Vgl. BVerfGE 100,313 (359 f)

²⁰ zuletzt: BVerfG NJW 2016,1781 (1783), Rdn. 96

²¹ Vgl. BVerfGE 125,260 (316 f); 100,313 (373)

²² und der Gesetzgeber bei der Formulierung des BND-Gesetzes

²³ Vgl. BVerfGE 100, 313 (385)

²⁴ Vgl. BVerfGE 100,313 (383)

²⁵ Vgl. BVerfGE 107,299 (Rdn. 115 f)

Gemeinsame Stellungnahme
zum Gesetzentwurf des Bundeskanzleramtes
sowie zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (BT-Drs. 18/9041)
Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes

*ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF*

Interesse der Aufgabenerfüllung durch die Nachrichtendienste rechtfertigt bzw. inwieweit die Presse- und Rundfunkfreiheit an diesem Interesse ihre Grenzen findet.

Anders als das G-10-Gesetz sieht der Entwurf des BND-Gesetzes keine Beschränkung der Zulässigkeit der Telekommunikationsüberwachung durch den BND im Hinblick auf Zeugnisverweigerungsrechte vor. Das G-10-Gesetz enthält in § 3 b zumindest einen relativen Schutz der Quellen und des Redaktionsgeheimnisses. Eine entsprechende Regelung ist im BND-Gesetz nicht vorgesehen. Insoweit ist zu konstatieren, dass der Gesetzgeber **keine Abwägung** vornimmt zwischen den sich gegenüberstehenden Interessen der Arbeit des BND und der Presse- und Rundfunkfreiheit, und diese auch nicht für die konkrete Anordnung trifft.

- 14) Mit Art. 10 Abs. 1 GG wird die Vertraulichkeit der Telekommunikation geschützt. Jede Kenntnisnahme, Aufzeichnung und Verwertung von Kommunikationsdaten durch den Staat²⁶ ist ein Eingriff in das Grundrecht des Telekommunikationsgeheimnisses²⁷. Auch die Erfassung der Kommunikation selbst ist als Eingriff zu sehen, da sie die Inhalts- und Verbindungsdaten der betroffenen Telekommunikationsverkehre für den Bundesnachrichtendienst verfügbar macht und die Basis des nachfolgenden Abgleichs mit den Suchbegriffen bildet²⁸. Nur dann, wenn die Daten ungezielt und allein technikbedingt mit erfasst, aber unmittelbar nach der Signalaufbereitung technisch wieder spurenlos ausgesondert werden, ist ein Eingriff zu verneinen²⁹. Letzteres kann jedoch bereits nach der Gesetzesbegründung nicht angenommen werden. Zum einen wird darauf hingewiesen, dass angeordnete Telekommunikationsnetze auch z.B. nationale Verkehre enthalten können, zum anderen weist die Begründung selbst darauf hin, dass trotz des Einsatzes von Filtersystemen die Erhebung personenbezogener Daten, z.B. inländischer (juristischer) Personen, nicht ausgeschlossen ist.
- 15) Nicht nur nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind flächendeckende, vorsorgliche und anlasslose Erhebungen und Speicherungen aller Telekommunikationsdaten, die etwa für die Aufgabenerfüllung der Nachrichtendienste von Nutzen sein könnten, mit dem Grundgesetz nicht vereinbar³⁰. Auch der **Europäische Gerichtshof** hat in seiner Entscheidung zur Ungültigkeit der EU-Richtlinie über die Vorratsdatenspeicherung darauf

²⁶ der BND übt vollziehende Gewalt i.S.d. Art. 1 Abs. 3 GG aus

²⁷ Vgl. BVerfGE 85, 386 (398); 100, 313 (366)

²⁸ Vgl. BVerfGE 100, 313 (366)

²⁹ Vgl. BVerfGE aaO.

³⁰ Vgl. Papier, NVwZ-Extra 15/2016, S. 9

Gemeinsame Stellungnahme
zum Gesetzentwurf des Bundeskanzleramtes
sowie zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (BT-Drs. 18/9041)
Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes

*ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF*

hingewiesen, dass ein Eingriff etwa in das Grundrecht des Schutzes personenbezogener Daten nach Art. 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union unzulässig ist, wenn der Eingriff sich generell auf alle Personen und alle elektronischen Kommunikationsmittel sowie auf sämtliche Verkehrsdaten erstreckt ohne irgendeine Differenzierung, Einschränkung oder Ausnahme anhand des Zieles der Bekämpfung schwerer Straftaten vorzusehen³¹. Einschränkungen müssen sich auf das absolut Notwendige beschränken³².

Schließlich geht auch der **Europäische Gerichtshof für Menschenrechte** (EGMR) davon aus, dass Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation einer Vielzahl von Personen strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen unterliegen und z.B. grundsätzlich einer vorherigen Kontrolle durch eine unabhängige Stelle, etwa in Form einer richterlichen Anordnung, bedürfen³³. In der Sache Zakharov vs. Russland³⁴ hat der EGMR betont, dass auch Überwachungsmaßnahmen, die mit dem Ziel des Staats- und Individualschutzes erfolgten, eine Gefahr für die Demokratie und ihre Grundprinzipien darstellen können. Deswegen sei ein angemessener und wirksamer Rechtsschutz gegen solche Überwachungsmaßnahmen unabdingbar und gesetzlich zu regeln³⁵.

- 16) Die Voraussetzungen und der Umfang der Überwachungsmaßnahmen müssen sich **klar und für den Einzelnen erkennbar aus dem Gesetz** ergeben³⁶. Dazu müssen die Zwecke, zu denen Eingriffe in das Telekommunikationsgeheimnis erfolgen, präzise bestimmt sein³⁷.

Im vorliegenden Entwurf sind die Zwecke, weswegen Daten erhoben und verarbeitet werden dürfen, darauf begrenzt, frühzeitig Gefahren für die innere und äußere Sicherheit der Bundesrepublik zu erkennen und diesen begegnen zu können, die Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik zu wahren oder sonstige Erkenntnisse von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung über Vorgänge zu gewinnen, die in Bezug auf Art und Umfang durch näher bestimmte Bundesbehörden festgelegt werden. Zumindest im Hinblick auf den Zweck einer Erhebung und Verarbeitung von Telekommunikationsdaten zur Wahrung der

³¹ Vgl. EuGH NJW 2014, 2169 (2172) Rdn. 57

³² Vgl. EuGH NJW 2014, 2169 (2172) Rdn. 62

³³ Vgl. BVerfG NJW 2016 aaO (1786) mit Hinweisen auf zwei Urteile des EGMR v. 04.12.2015 bzw. 12.01.2016)

³⁴ Urteil vom 04.12.2015, Az.: 47134/06

³⁵ EGMR, MMR-Aktuell 2016, 375935

³⁶ Vgl. Papier aaO, S. 8; BVerfGE 125,216 (315) unter Hinweis auf BVerfGE 100,313 (359 f)

³⁷ Vgl. Papier aaO, S. 9; BVerfGE 125,260 (316)

Gemeinsame Stellungnahme
zum Gesetzentwurf des Bundeskanzleramtes
sowie zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (BT-Drs. 18/9041)
Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes

*ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF*

Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland sind Zweifel angebracht, ob dieser Zweck hinreichend klar bestimmt ist. Das Gesetz muss Voraussetzungen festlegen, unter denen die Überwachung der Telekommunikation zu Zwecken der Auslandsaufklärung zulässig ist. Dabei gehört zu den materiellen Voraussetzungen insbesondere, dass nur **Nachrichten** über Sachverhalte gesammelt werden dürfen, deren Kenntnis zur rechtzeitigen Erkennung **von Gefahrenlagen** notwendig ist³⁸. Hinsichtlich der Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland ist schon nicht klar, auf welche Aspekte der Handlungsfähigkeit sich die Datenerhebung und Verarbeitung beziehen soll. In der Begründung wird lediglich angeführt, es gehe **auch** um die außenpolitische bzw. um wirtschaftspolitisch bedeutsame Vorgänge³⁹.

- 17) Hinsichtlich der Verwirklichung des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** hat das Bundesverfassungsgericht in bisherigen Entscheidungen zur Telekommunikationsüberwachung vor allem darauf abgestellt, dass die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht begrenzt war⁴⁰. Nach dem vorliegenden Entwurf kann von einer solchen Begrenzung nicht ausgegangen werden. Im Gegenteil wird gegenüber den bisher entschiedenen Fällen die Möglichkeit der Überwachung ausgedehnt⁴¹. Statt einzelne Übertragungswege sollen ganze Telekommunikationsnetze angeordnet werden können. Ausgeschlossen wird auch nicht, dass nationale Telekommunikationsverkehre erfasst werden. Verwiesen wird darauf, dass Filtersysteme wohl nicht in der Lage sind, unzulässige Überwachungsmaßnahmen unverzüglich und unwiederbringlich zu verhindern. Schließlich sind (vorherige) Kontrollen durch unabhängige Stellen (unabhängiges Gremium oder parlamentarisches Kontrollgremium) nicht in jedem Fall vorgesehen ist⁴².
- 18) Die Stellung nehmenden Verbände und Unternehmen sind der Meinung, dass auch dann, wenn „lediglich“ **ausländische Journalisten** im Ausland durch Überwachungsmaßnah-

³⁸ Vgl. BVerfGE 100,313 (384)

³⁹ Vgl. Begründung, S. 33

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 100,313 (375 ff)

⁴¹ Vgl. BVerfGE 100, 313 (380) zum Umfang der Erfassung, dabei weist das Gericht daraufhin, dass der „gegenwärtige Umfang der Erfassung (...) freilich nicht gesetzlich vorgegeben (ist), sondern vor allem durch die vorhandenen technischen und personellen Kapazitäten bedingt und daher ohne Rechtsverstoß ausweitbar“.

⁴² So darf z.B. eine Anordnung auch ohne vorherige Unterrichtung des unabhängigen Gremiums vollzogen werden, wenn das Ziel der Maßnahme ansonsten vereitelt oder wesentlich erschwert würde. Auch darf eine Verarbeitung und Nutzung der vom Ausland aus erhobenen Daten ohne Mitwirkung des parlamentarischen Kontrollgremiums stattfinden.

Gemeinsame Stellungnahme
zum Gesetzentwurf des Bundeskanzleramtes
sowie zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (BT-Drs. 18/9041)
Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes

*ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF*

men des Bundesnachrichtendienstes betroffen wären, **keine anderen verfassungsrechtlichen Maßstäbe** angelegt werden könnten. Dazu ist zudem und zunächst festzuhalten, dass deutsche Medien, Verlage, Rundfunkanstalten und private Rundfunkanbieter von derartigen Überwachungen unmittelbar betroffen sein werden, weil sie auch im Ausland Korrespondentenbüros und Auslandsstudios unterhalten, in denen ausländische Journalisten (sog. Ortskräfte) Tätigkeiten im Sinne des § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO erbringen. Auch steht das Grundrecht auf Presse- und Rundfunkfreiheit wie auch das auf Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses nicht nur Deutschen zu. Der Bundesnachrichtendienst ist, weil er vollziehende Gewalt i.S.d. Art. 1 Abs. 3 GG ausübt, an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden⁴³.

Nach Art. 19 Abs. 3 GG gelten zwar Grundrechte nur für inländische juristische Personen, jedoch hat das Bundesverfassungsgericht wegen des sonst unauflösbaren Konfliktes mit dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots geurteilt, dass die Grundfreiheiten der EU und das allgemeine Diskriminierungsverbots nach Art. 18 AEUV einer Ungleichbehandlung in- und ausländischer Unternehmen aus EU entgegenstehen und insoweit die in Art. 19 Abs. 3 GG vorgesehene Beschränkung der Grundrechtserstreckung zurückdrängen⁴⁴. Das Bundesverfassungsgericht hat zudem darauf hingewiesen, dass der räumliche Schutzzumfang des Telekommunikationsgeheimnisses nach Art. 10 Abs. 1 GG nicht auf das Inland beschränkt ist. Mindestens könne Art. 10 GG dann eingreifen, wenn eine im Ausland stattfindende Telekommunikation durch Erfassung und Auswertung im Inland mit inländischem Handeln verknüpft ist⁴⁵. Die Anforderungen an die Bestimmtheit der Normen und die Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit von Überwachungsmaßnahmen sowie der Abwägungsvorgang zwischen Presse- und Rundfunkfreiheit einerseits, der Aufgabenerfüllung des Bundesnachrichtendienstes andererseits, sind daher nicht deswegen andere, weil „lediglich“ die Telekommunikation von Ausländern im Ausland vom Inland aus überwacht werden kann.

C Zusammenfassung

Die Stellung nehmenden Medienverbände und -unternehmen sind nach alledem der Auffassung, dass **auch nach dem BND-Gesetz ein adäquater und effektiver Schutz** zeugnisverweigerungsberechtigter Personen **notwendig** ist. Das ist nicht gewährleistet. Eine

⁴³ Vgl. Papier, NVwZ-Extra 15/2016, S. 3

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 129,78 (99f)

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 100,313, LS 2

Gemeinsame Stellungnahme
zum Gesetzentwurf des Bundeskanzleramtes
sowie zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (BT-Drs. 18/9041)
Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes

ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF

gesetzliche Neuregelung des BND-Gesetzes sollte daher bestimmen, dass eine Erhebung von Daten aus Telekommunikationsverkehren von in § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 – 5 StPO genannten Personen, die das Zeugnis verweigern dürften, unzulässig ist. Dennoch erlangte Erkenntnisse dürfen nicht verwendet werden. Aufzeichnungen über solche Erkenntnisse sind unverzüglich und unwiederbringlich zu löschen. Die Tatsache ihrer Erlangung und der Löschung der Aufzeichnung ist aktenkundig zu machen.



Benno H. Pöppelmann
– DJV-Justiziar –



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-Fernmeldeaufklärung 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.

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

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.¹

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,² wenn nicht gar gänzlich ohne eine erforderliche gesetzliche Befugnis.³ Die

¹er 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.

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

³Vgl. *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-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 eine diesbezügliche Kooperation mit ausländischen öffentlichen Stellen anderer Staaten zu schaffen.⁴ In diesem Zusammenhang haben zugleich die Regierungsfractionen den Entwurf zur weiteren Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste eingebracht.⁵ Die erste Lesung beider Gesetzentwürfe erfolgte am 8.7.2016 im Deutschen Bundestag.⁶

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

II. Der Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND

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

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. Die zentrale Norm ist § 6 BNDG-E, der die Voraussetzungen für die Erhebung und Verarbeitung von Daten regelt, die im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung gewonnen werden.

⁴BT-Drs. 18/9041, S. 2.

⁵BT-Drs. 18/9040 v. 5.7.2016.

⁶BTPIProt 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,⁷ über die Telekommunikation von Ausländern im Ausland erfolgt, erheben und verarbeiten.⁸ 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.⁹ 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.¹⁰

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).¹¹ 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

⁷Der 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.

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

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

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

¹¹Vgl. 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.¹² 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 10¹³ 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.¹⁴

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.¹⁵ 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.¹⁶ Dies wird allein schon daran deutlich, dass offensichtlich bewusst darauf verzichtet wird, dem Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG

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

¹³§ 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.

¹⁴BT-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.

¹⁵BT-Drs. 18/9041, 33.

¹⁶Vgl. 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.¹⁷ 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.¹⁸ 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.¹⁹ 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.²⁰ 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.²¹

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.²² Dies hat zur Folge, dass auch eine vom BND im Ausland vorgenommene

¹⁷Vgl. demgegenüber § 21 G 10.

¹⁸BT-Drs. 18/9041, 34.

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

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

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

²² *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.²³

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.²⁴ 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-E²⁵ 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).²⁶

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

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

²⁴ 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.

²⁵S.o. Text zu Fn. 11 - 13.

²⁶Zur 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 14.7.1999²⁷ 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.“²⁸

§ 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.²⁹

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

²⁷BVerfGE 100, 313 (380) = NJW 2000, 55 (61 f.).

²⁸BT-Drs. 18/9041, 42.

²⁹Vgl. 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.³⁰ 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

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

Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 I GG nicht zu vereinbaren.³¹ 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.³²

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*).³³ Bei dieser Prüfung werden Daten aus Telekommunikationsnetzen *ohne* den Einsatz von *Suchbegriffen* erhoben.³⁴ Der Amtlichen Begründung zufolge³⁵ 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

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

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

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

³⁴ BT-Drs. 18/9041, 47.

³⁵ 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.³⁶ Trotz vorgesehener „spurloser“ Löschungspflichten besteht jedoch möglicherweise die nicht auszuschließende Gefahr einer Rekonstruktion auch personenbezogener Daten in Kombination mit sonstigen technischen Daten.³⁷

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 10.³⁸ Mit § 13 BNDG-E wird nun die Kooperation des

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

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

³⁸ 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 erfolgender 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.³⁹ 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).⁴⁰ 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“⁴¹ 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.⁴²

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.⁴³ Zu begrüßen ist es, dass mit dem

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

⁴⁰BT-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.

⁴¹BT-Drs. 18/9041, 51.

⁴²BT-Drs. 18/9041, 52.

⁴³Vgl. 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).⁴⁴

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

⁴⁴BT-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.⁴⁵ 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“.⁴⁶ Die konkreten Einzelheiten der Kooperation bedürfen einer zwischen den Beteiligten abgestimmten schriftlichen Absichtserklärung (§ 26 IV BNDG-E).⁴⁷ 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-

⁴⁵Die 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.

⁴⁶BT-Drs. 18/9041, 58.

⁴⁷Nähere 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,⁴⁸ 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

⁴⁸Zu 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.⁴⁹ 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.⁵⁰ 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

⁴⁹BT-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.

⁵⁰ 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.⁵¹ 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-Kommission⁵² 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.⁵³

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

⁵¹Vgl. BT-Drs. 18/9040, 11.

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

⁵³Zu den Amtsbezügen vgl. § 12a PKGrG-E.

werden kann.⁵⁴ 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“.⁵⁵

In diesem Zusammenhang wäre es durchaus sinnvoll, dass auch die G 10-Kommission dem Ständigen Bevollmächtigten – neben der Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit –⁵⁶ 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

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

⁵⁵BT-Drs. 18/9040, 11.

⁵⁶Vgl. § 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.⁵⁷ 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.

⁵⁷ 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,¹ wenn nicht gar gänzlich ohne eine erforderliche gesetzliche Befugnis.² 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.³ In diesem Zusammenhang haben zugleich die Regierungsfractionen den Entwurf zur weiteren Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste eingebracht.⁴ Die erste Lesung beider Gesetzentwürfe erfolgte am 8.7.2016 im Deutschen Bundestag.⁵

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.⁶

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.⁷ 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 Aufgabenorm des § 1 II BNDG-E.⁸ 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.⁹ 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.¹⁰

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.¹¹ 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.¹²

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.¹³ 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.¹⁴

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.¹⁵ 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 14.7.1999¹⁶ 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.“¹⁷

§ 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-Fernmeldeaufklärung gelten.¹⁸ 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. 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.¹⁹ 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.²⁰

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.²¹ 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-Fernmeldeaufklärung 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-Fernmeldeaufklärung eignen.²²

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.²³ Trotz vorgesehener „spurloser“ Löschungsspflichten besteht jedoch möglicherweise die nicht auszuschließende Gefahr einer Rekonstruktion auch personenbezogener Daten in Kombination mit sonstigen technischen Daten.²⁴

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 Beschränkungsmaßnahmen nach dem G 10 erhoben worden sind, an ausländische öffentliche Stellen richtet sich nach § 7 a G 10.²⁵ Mit § 13 BNDG-E wird nun die Kooperation des BND im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung 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“²⁶ 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.²⁷

bb) *Bewertung.* Eine erfolgreiche Fernmeldeaufklärung des BND erfordert zwangsläufig eine teils engere Kooperation und einen Austausch einschlägiger Informationen mit ausländischen Partnerdiensten.²⁸ 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.²⁹ 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.³⁰ 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.³¹ 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.³²

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.