



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse
Gefahrenabwehrrecht und Informationsrecht

zum Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-
Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes

Stellungnahme Nr.: 65/2016

Berlin, im Oktober 2016

Mitglieder des Ausschusses Gefahrenabwehrrecht

- Rechtsanwältin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam (Vorsitzende und Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Wilhelm Achelpöhler, Münster
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Björn Gercke, Köln
- Rechtsanwältin Andrea Groß-Bölting, Wuppertal
- Rechtsanwalt Dr. Stefan König, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Regina Michalke, Frankfurt / Main
- Rechtsanwältin Kerstin Oetjen, Freiburg

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwalt Max Gröning

Mitglieder des Ausschusses Informationsrecht

- Rechtsanwalt Dr. Helmut Redeker, Bonn (Vorsitzender)
- Rechtsanwalt Dr. Simon Assion, Frankfurt am Main
- Rechtsanwältin Dr. Christiane Bierehoven, Nürnberg
- Rechtsanwältin Isabell Conrad, München
- Rechtsanwalt Michael Friedmann, Hannover
- Rechtsanwalt Dr. Malte Grützmaker, LL.M., Hamburg
- Rechtsanwalt Prof. Niko Härting, Berlin (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Peter Huppertz, LL.M., Düsseldorf
- Rechtsanwalt Dr. Robert Selk, LL.M. (EU), München
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Zuck, Stuttgart

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Nicole Narewski

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Verteiler

Bundesministerium des Innern
Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Deutscher Bundestag – Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Deutscher Bundestag – Innenausschuss
Deutscher Bundestag – Ausschuss für Wirtschaft und Energie
Deutscher Bundestag – Ausschuss Digitale Agenda

Arbeitsgruppen Inneres der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
Arbeitsgruppen Recht der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien

Justizministerien und -senatsverwaltungen der Länder
Landesministerien und Senatsverwaltungen des Innern
Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
Landesdatenschutzbeauftragte
Innenausschüsse der Landtage
Rechtsausschüsse der Landtage
Europäische Kommission - Vertretung in Deutschland
Bundesrechtsanwaltskammer
Bundesnotarkammer
Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
Bundesverband der Freien Berufe
Deutscher Notarverein e.V.
Deutscher Richterbund
Deutscher Steuerberaterverband
EDV-Gerichtstag
Gewerkschaft der Polizei (Bundesvorstand)
Deutsche Polizeigewerkschaft im DBB
Verd.di, Recht und Politik
GRUR
BITKOM
DGRI
stiftung neue verantwortung e.V.

Vorstand und Landesverbände des DAV
Vorsitzende der Gesetzgebungs- und Geschäftsführenden Ausschüsse des DAV
Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft des DAV

Frankfurter Allgemeine Zeitung
Süddeutsche Zeitung
Berliner Zeitung
Juris Newsletter
Redaktion NJW
Juve-Verlag
Redaktion Anwaltsblatt
Redaktion MultiMedia und Recht (MMR)
Redaktion Zeitschrift für Datenschutz ZD
Redaktion heise online

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I. Ausgangssituation

NSU-Untersuchungsausschuss¹ und NSA-Untersuchungsausschuss² haben Defizite im Recht der Nachrichtendienste aufgezeigt. In Diskussion stehen insbesondere die parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes sowie die nur unzureichend geregelte Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND. In Reaktion hierauf hat das Bundeskanzleramt den Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND vom 05.07.2016³ vorgelegt. Zeitgleich haben die Fraktionen CDU/CSU und SPD den Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes eingebracht⁴. Beide Gesetzesentwürfe enthalten Regelungen zur Kontrolle der Nachrichtendienste. Der DAV hatte bereits im September 2015⁵ eine Verstärkung der legislatorischen Selbstkontrolle, der parlamentarischen Gremienkontrolle und der institutionellen Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit gefordert und auch verlangt, dass jegliche Überwachung von Telekommunikation im Ausland einer Genehmigung durch die G 10-Kommission bedarf.

II. Stellungnahme

Der Gesetzesentwurf zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung muss nachgebessert werden. Mit ihm wird die Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeiten nicht in dem erforderlichen Maß verstärkt. Zudem ist die

¹ 2. Untersuchungsausschuss der 17. Wahlperiode.

² 1. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode.

³ BT-Drs. 18/9041.

⁴ BT-Drs. 18/9040.

⁵ Stellungnahme Nr. 47/2015.

Regelung zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND „evident verfassungswidrig“⁶.

Nach Ansicht des DAV ist Artikel 10 GG uneingeschränkt auf die so genannte Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung anwendbar. Der territoriale Schutzbereich von Art. 10 GG ist jedenfalls eröffnet, wenn wie vorliegend die Erfassung und Auswertung von Überwachungsmaßnahmen im Inland erfolgt. In der Konsequenz müsste die Ausland-Ausland-Aufklärung daher den Einschränkungen des Artikel 10-Gesetzes und der Kontrolle durch das Parlamentarische Gremium und die G 10-Kommission unterstellt werden.

Anders als das Artikel 10-Gesetz (G 10) sieht der Gesetzesentwurf jedoch keine Begrenzung der Überwachung von Telekommunikationsnetzen auf 20 Prozent der Übertragungskapazität vor. Außerdem ist § 6 BNDG-E bereits nicht als Befugnisnorm ausgestaltet und somit keine geeignete Grundlage für Grundrechtseingriffe.

Die im Gesetzesentwurf vorgesehene Kontrolle durch das Unabhängige Gremium genügt den Anforderungen des Art. 10 Abs. 2 GG nicht. Bei der Bestellung der Mitglieder des Unabhängigen Gremiums fehlt es an der parlamentarischen Rückkoppelung, da die Bundesregierung die Kontrolleure aussucht, die Bundeskanzleramt und BND überwachen sollen. Die Ermittlungs- und Kontrollbefugnisse des Unabhängigen Gremiums bleiben weit hinter denen der G10-Kommission zurück und müssten zumindest an § 15 G 10 angeglichen werden.

Zudem fordert der DAV die Schaffung eines unabhängigen Anwalts des Betroffenen, der die Interessen der Überwachungsadressaten im Verfahren zur Anordnung von Überwachungen wahrnimmt. Der Anwalt des Betroffenen müsste als unabhängige Behörde mit angemessenem Personal- und Sachmitteln ausgestattet werden und eigene Klagerechte erhalten.

⁶ So *Huber ZRP* 2016, 162, 163.

Grundsätzlich zu begrüßen ist hingegen der Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle, wenngleich auch dort Nachbesserungsbedarf besteht.

1. Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes

Der „Geburtsfehler“ des Entwurfes eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND liegt darin, dass die Bundesregierung nach wie vor Art. 10 GG, mithin den Schutz des Brief-, Post- und Telekommunikationsgeheimnisses, nicht uneingeschränkt auf den Telekommunikationsverkehr von Ausländern im Ausland angewendet wissen will, da aus ihrer (unzutreffenden) Sicht Art. 10 GG in seinem territorialen Schutzbereich begrenzt sei. Folgefehler ist u. a., dass der Gesetzesentwurf die Kontrolle nicht der G 10-Kommission, sondern einem Unabhängigen Gremium überträgt, dessen Befugnisse zudem nicht weit genug reichen. Im Einzelnen:

a. Gegenstand der Kontrolle

Damit aufgezeigt werden kann, dass und in welchen Bereichen die Kontrolle nur unzureichend ausgestaltet ist, wird zunächst das skizziert, was Gegenstand der Kontrolle ist: die Erhebung und Verwertung von Daten. Dies erfolgt nach dem Gesetzesentwurf in zwei Schritten:

aa. Erster Schritt: Erhebung von Daten

Sind Daten erforderlich, 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“,*

darf der BND gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 BNDG-E zur Erfüllung seiner Aufgaben **vom Inland aus**⁷ mit technischen Mitteln Informationen einschließlich personenbezogener Daten aus Telekommunikationsnetzen, über die Telekommunikation von Ausländern im Ausland erfolgt (Telekommunikationsnetze), erheben und verarbeiten (Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung)⁸.

Nach § 6 Abs. 1 S. 2 BNDG-E darf die Datenerhebung nur aus denjenigen Telekommunikationsnetzen erfolgen, die das Bundeskanzleramt zuvor durch Anordnung bestimmt hat. Die Anordnung des Bundeskanzleramtes ergeht nach § 9 Abs. 1 S. 1 BNDG-E schriftlich auf Antrag der Behördenleiterin oder des Behördenleiters des Bundesnachrichtendienstes oder einer Vertreterin oder eines Vertreters. Das Bundeskanzleramt unterrichtet das Unabhängige Gremium über die von ihm getroffenen Anforderungen nach § 6 Abs. 1 BNDG-E vor deren Vollzug⁹, das Unabhängige Gremium prüft die Zulässigkeit und Notwendigkeit der Anordnung¹⁰. Die Anordnung kann auch ohne vorherige Unterrichtung des Unabhängigen Gremiums vollzogen werden, wenn das Ziel der Maßnahme ansonsten vereitelt oder wesentlich

⁷ „Die Fernmeldeaufklärung erfolgt vom Inland aus, wenn sich die Erfassungssysteme in Deutschland befinden“ – so BT-Drs. 18/9041, 32.

⁸ Der Begriff des Telekommunikationsnetzes wird in § 3 Nr. 27 TKG legaldefiniert. Telekommunikationsnetze enthalten neben nichtleitungsgebundenen Strecken (u. a. Satellitenverkehre, Richtfunk- und Kurzwellenverkehre) auch leitungsgebundene Strecken (u. a. Kabel, wie Lichtwellenleiter-Kabel), vgl. BT-Drs. 18/9041, 34.

⁹ § 9 Abs. 4 S. 1 BNDG-E.

¹⁰ § 9 Abs. 4 S. 2 BNDG-E.

erschwert würde¹¹. Anordnungen, die das unabhängige Gremium für unzulässig oder nicht notwendig erklärt, sind unverzüglich aufzuheben¹².

Mit anderen Worten heißt dies: Der BND soll sich einen Rohdatenstrom zur strategischen Überwachung ausländischen Telekommunikationsverkehrs vom Inland aus¹³ verschaffen dürfen – dies – anders als bei der Inlands-/Auslands-Überwachung (§ 5 G10-Gesetz) - ohne Kontrolle durch die G 10-Kommission. Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus:

„Durch die Einführung eines speziellen Anordnungsverfahrens für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung wird zum einen eine klare Trennung der Fernmeldeaufklärung nach dem BND-Gesetz von der Fernmeldeaufklärung nach dem Art. 10-Gesetz erreicht. Gleichzeitig wird auf diese Weise sowohl die interne als auch die externe Kontrolle (durch das Bundeskanzleramt als anordnende Stelle und das neu einzuführende Unabhängige Gremium als zusätzliche Kontrollinstanz) der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND verstärkt“¹⁴.

Die Literatur¹⁵ begrüßt, dass die Verantwortung für Anordnungen nach § 6 Abs. 1 BNDG-E bei der Behördenleitung des BND angesiedelt ist und dass das Bundeskanzleramt eingebunden werden muss – hierin wird ein „höheres Aufhängen“ der politischen Verantwortlichkeit für entsprechende Maßnahmen gesehen.

Das ist für sich genommen richtig, Nachbesserungsbedarf besteht aber trotzdem, so auch in folgender Hinsicht: Während nach § 10 Abs. 4 S. 4 G 10 in den Fällen des § 5 G 10 der Anteil der auf den Übertragungswegen zur Verfügung stehenden Übertragungskapazität höchstens 20 % betragen darf, ist nach dem BNDG-E ein unbegrenzter Abgriff von

¹¹ § 9 Abs. 4 S. 3 BNDG-E.

¹² § 9 Abs. 4 S. 4 BNDG-E.

¹³ Die Erhebung von Daten vom Ausland aus stützt sich weiter auf die Aufgabennorm des § 1 Abs. 2 BNDG-E, vgl. BT-Drs. 18/9041, 33.

¹⁴ BT-Drs. 18/9041, 35.

¹⁵ Huber ZRP 2016, 162, 164.

Telekommunikationsdaten aus den nach § 6 Abs. 1 BNDG-E angeordneten Telekommunikationsnetzen möglich. Die Gesetzesbegründung hält hierzu lapidar fest:

„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“¹⁶.

Das Schrifttum weist insoweit nicht zu Unrecht darauf hin, es sei zu befürchten, dass über § 6 Abs. 1 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 Abs. 1 GG geschützte Personen erfolgen werde¹⁷. Und noch eines: § 6 BNDG-E ist nach der Gesetzesbegründung nicht als Befugnisnorm ausgestaltet, wie dies bei den §§ 2 bis 5 BNDG-E der Fall ist, sondern als erweiterte Aufgabenbeschreibung¹⁸. Dies aber bedeutet, dass § 6 BNDG-E keine geeignete gesetzliche Eingriffsgrundlage ist. Denn:

„Im Sicherheitsrecht wird allgemein unterschieden zwischen den Aufgaben- und den Befugnisnormen. Auch im allgemeinen Sicherheitsrecht ist es nicht zulässig, aus den die Aufgaben der jeweiligen Sicherheitsbehörden umschreibenden Vorschriften auf die Befugnisse zu Grundrechtseingriffen zu schließen. Diese Befugnisse müssen sich aus spezifischen, die jeweiligen Bereiche normenklar regelnden Eingriffsermächtigungsnormen ergeben (...)“¹⁹.

¹⁶ BT-Drs. 18/9041, 40, 41.

¹⁷ Huber ZRP 2016, 162, 164.

¹⁸ BT-Drs. 18/9041, 34.

¹⁹ Papier NVwZ-Extra 2016, 1, 7.

bb. Zweiter Schritt: Verarbeitung der Daten

Im zweiten Schritt erfolgt die Auswertung des Rohdatenstroms. Die Erhebung (besser: Verwertung) **von Inhaltsdaten** darf der BND im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nur anhand von Suchbegriffen durchführen²⁰. Eine gesetzliche Definition der „Suchbegriffe“ fehlt. Nach der Gesetzesbegründung können Suchbegriffe unter anderem sein

- Anschlusskennungen,
- Signaturen von Übertragungen (das heißt bestimmte technische Parameter)

oder

- ein bestimmtes Telekommunikationsnetz einer geschlossenen Nutzergruppe²¹.

Geht man hiernach, sollen aller Voraussicht nach vornehmlich formale Suchbegriffe eingesetzt werden. Dies verwundert nicht, diese weisen eine größere Treffgenauigkeit auf²². Dies aber wird freilich das Einsetzen inhaltlicher Suchbegriffe nicht ausschließen. Hinsichtlich der Suchbegriffe differenziert das Gesetz:

Suchbegriffe nach § 6 Abs. 3 S. 1 BNDG-E bedürfen der Anordnung durch den Behördenleiter des BND. § 6 Abs. 3 BNDG-E regelt einen eingeschränkten Schutz für Einrichtungen der Europäischen Union, öffentlichen Stellen ihrer Mitgliedstaaten und von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern. Denn Suchbegriffe ihrer gezielten Erfassung dürfen nur verwendet werden, wenn dies erforderlich ist

²⁰ Siehe § 6 Abs. 2 S. 1 BNDG-E.

²¹ BT-Drs. 18/9041, 35.

²² Vgl. *Papier NVwZ-Extra* 2016, 1, 2.

- „1. um Gefahren im Sinne des § 5 Absatz 1 Satz 3 des Artikel 10-Gesetzes²³ zu erkennen und zu begegnen oder
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.

Suchbegriffe, die zur gezielten Erfassung von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern führen, dürfen darüber hinaus verwendet werden, wenn dies erforderlich ist zur Erkennung und Begegnung von Straftaten im Sinne des § 3 Absatz 1 des Artikel 10-Gesetzes.“

Als Kontrollmechanismus sieht das Gesetz vor:

- Suchbegriffe nach § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, soweit sich diese auf Einrichtungen der Europäischen Union oder auf öffentliche Stellen ihrer Mitgliedstaaten beziehen, sowie Suchbegriffe nach § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 dürfen nur durch Anordnung der Behördenleiterin oder des Behördenleiters bestimmt werden²⁴. Zudem ist das Bundeskanzleramt über die Anordnung der Suchbegriffe zu unterrichten²⁵.
- Über die Anordnung der vorstehenden Suchbegriffe unterrichtet das Bundeskanzleramt das Unabhängige Gremium, soweit sich diese auf Einrichtungen der Europäischen Union oder auf öffentliche Stellen ihrer Mitgliedstaaten beziehen²⁶. Das Unabhängige Gremium wiederum prüft die Zulässigkeit und Notwendigkeit der Anordnung. Anordnungen, die das

²³ Nach dieser Vorschrift geht es zum Beispiel um die Gefahr eines bewaffneten Angriffs auf die Bundesrepublik Deutschland oder um die Gefahr der internationalen organisierten Geldwäsche von erheblicher Bedeutung.

²⁴ § 9 Abs. 2 S. 1 BNDG-E.

²⁵ § 9 Abs. 2 S. 2 BNDG-E.

²⁶ § 9 Abs. 5 S. 1 BNDG-E.

Unabhängige Gremium für unzulässig oder nicht notwendig erklärt, sind unverzüglich aufzuheben²⁷.

- Im Übrigen ist das Unabhängige Gremium befugt, die Einhaltung der Vorgaben des § 6 Abs. 3 jederzeit stichprobenartig zu kontrollieren²⁸.

Im Ergebnis bedeutet dies:

Der BND kann unkontrolliert Suchbegriffe einspeisen, die zur gezielten Erfassung von Unionsbürgern führen, wenn dies erforderlich ist zur Erkennung und Begegnung von Straftaten im Sinne des § 3 Abs. 1 G 10²⁹. Das ist nicht ungefährlich. Denn nach § 3 Abs. 1 reichen schon tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht der dort geregelten Katalogstraftaten aus. Wie das Unabhängige Gremium durch eine stichprobenartige Kontrolle prüfen will, ob tatsächliche Anhaltspunkte bestehen, erschließt sich nicht. Immerhin aber:

Gemäß § 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. Werden Daten entgegen § 6 Abs. 4 erhoben, sind diese unverzüglich zu löschen³⁰. Werden die Daten nicht unverzüglich gelöscht, ist die G 10-Kommission in der folgenden Sitzung zu unterrichten und der betroffenen Person ist die Erhebung der Daten mitzuteilen, sobald ausgeschlossen werden kann, dass hierdurch der Zweck der Maßnahme gefährdet ist und kein überwiegender Nachteil für das Wohl des Bundes oder eines Landes absehbar ist.

Die Pflicht zur Benachrichtigung der G 10 Kommission ist zu begrüßen. Die Literatur weist zu Recht darauf hin, dass die G 10-Kommission in der Vergangenheit wiederholt von rechtswidrig erhobenen Daten hätte Kenntnis

²⁷ § 9 Abs. 5 S. 2 BNDG-E.

²⁸ § 9 Abs. 5 S. 3 BNDG-E.

²⁹ Vgl. § 6 Abs. 3 S. 2 BNDG-E.

³⁰ § 10 Abs. 4 S. 1 BNDG-E.

erhalten müssen, hätte diese Vorschrift bspw. im Fall von „Eikonal“ bereits bestanden.

b. Eingeschränkte Kontrollmöglichkeiten

Der Gesetzesentwurf beinhaltet lediglich eine eingeschränkte Kontrolle der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung, da diese aus einem rechtsirrigen Verständnis über den Anwendungsbereich des Art. 10 GG nicht dem Anwendungsbereich des G 10 unterfällt und daher einer Kontrolle durch die G 10-Kommission entzogen ist.

aa. Anwendbarkeit des Art. 10 GG

Ungeachtet der Frage, ob Art. 10 Abs. 1 GG nur bei hinreichendem territorialen Bezug zur Bundesrepublik Deutschland eingreife und deswegen für ausländische Fernmeldeverkehre und für im Ausland lebende Personen nicht gelten könne³¹, steht fest, dass das BVerfG in seiner Entscheidung vom 14. Juni 1999 Folgendes ausgeführt hat:

„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 mit inländischem Handeln verknüpft ist“³².

Die Literatur versteht dies so, dass das BVerfG bislang die Frage offen gelassen habe, ob die Schutzwirkung des Art. 10 Abs. 1 GG völlig unabhängig von einem territorialen Bezug zur Bundesrepublik sei³³.

Mit gleicher Entscheidung hat das BVerfG jedoch auch klargestellt, dass in den Fällen, in denen die Erfassung und Auswertung der

³¹ So bislang die Auffassung der Bundesregierung, siehe etwa BT-Drs. 17/9640, 6, 16.; a.A. zuletzt unter anderem Becker, NVwZ 2015, 1335 ff.; Gärditz, Die Verwaltung 2015, 463, 467 ff., jeweils m.w.N.

³² BVerfG NJW 2000, 55.

³³ So *Papier* NVwZ-Extra 2016, 1, 5.

Überwachungsmaßnahmen im Inland erfolgt, die deutsche öffentliche Gewalt bei Zugriffen auf das Telekommunikationsgeheimnis und Überwachung der Kommunikationsverkehre grundsätzlich an Art. 10 Abs. 1 GG gebunden ist³⁴. Mit anderen Worten: Selbst wenn man für die Anwendung des Art. 10 Abs. 1 GG einen territorialen Bezug zur Bundesrepublik Deutschland voraussetzen wollte, wäre er unzweifelhaft gegeben, wenn die Erfassung und Auswertung durch deutsche Behörden – wie hier – im Inland erfolgt³⁵. Dies aber bedeutet, dass § 6 BNDG-E „evident verfassungswidrig“ ist³⁶.

Nach dem BNDG-E ist keine gerichtliche Kontrolle von Eingriffsmaßnahmen vorgesehen. Art. 10 Abs. 2 GG lässt dies nur zu, wenn an die Stelle der gerichtlichen Kontrolle die Kontrolle durch ein Gremium tritt, das – wie die G10-Kommission – parlamentarisch bestellt ist:

„Beschränkungen dürfen nur auf Grund eines Gesetzes angeordnet werden. Dient die Beschränkung dem Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes, so kann das Gesetz bestimmen, daß sie dem Betroffenen nicht mitgeteilt wird und dass an die Stelle des Rechtsweges die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane tritt.“

bb. Kontrollmöglichkeiten des Unabhängigen Gremiums

Unterfällt die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung dem Anwendungsbereich des G 10, ist für die Kontrolle die G 10-Kommission – und nicht das Unabhängige Gremium – zuständig. Dass die Kontrolle der G 10-Kommission zudem weitaus effektiver wäre, zeigt sich insbesondere an Folgendem:

³⁴ Ebenda.

³⁵ Ebenda.

³⁶ So *Huber* ZRP 2016, 162, 163.

(1) Befugnisse

Die Kontrollbefugnisse des Unabhängigen Gremiums, das mindestens alle drei Monate zusammentritt³⁷, sind nur unvollkommen ausgestaltet. Sie beschränken sich im Wesentlichen darauf, folgende Anordnungen zu prüfen:

- Anordnungen des Bundeskanzleramtes nach § 6 Abs. 1 BNDG-E, mithin die Bestimmung der Telekommunikationsnetze, aus denen die Daten erhoben werden dürfen,
- Anordnungen des Bundesnachrichtendienstes, mit denen Suchbegriffe zur gezielten Erfassung von Einrichtungen der Europäischen Union oder der öffentlichen Stellen ihrer Mitgliedstaaten bestimmt werden,
- Anordnungen des Bundesnachrichtendienstes zur Bestimmung von Suchbegriffen betreffend Daten über Vorgänge in Drittstaaten.

Im Übrigen ist das Unabhängige Gremium nur befugt, die Einhaltung der Suchbegriffe im Sinne des § 6 Abs. 3 BNDG-E stichprobenartig zu kontrollieren. Hingegen wird dem Unabhängigen Gremium eine umfassende vom Amtsermittlungsgrundsatz geprägte Kontrolltätigkeit und ein Recht auf Zutritt zu den Diensträumen des BND, wie dies § 15 Abs. 5 G 10 vorsieht, nicht eingeräumt³⁸. Nach § 15 Abs. 5 S. 3 G 10 hat der BND der G 10-Kommission und ihren Mitarbeitern insbesondere Auskunft zu ihren Fragen zu erteilen, Einsicht in alle Unterlagen, insbesondere in die gespeicherten Daten und in die Datenverarbeitungsprogramme, zu gewähren, die im Zusammenhang mit der Beschränkungsmaßnahme stehen und jederzeit Zutritt in alle Diensträume zu gewähren. Zudem kann die Kommission dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz Gelegenheit zur Stellungnahme in Fragen des Datenschutzes geben³⁹. Solche Befugnisse aber sollen dem Unabhängigen Gremium nicht zustehen.

³⁷ § 16 Abs. 4 S. 1 BNDG-E.

³⁸ Huber ZRP 2016, 162, 165.

³⁹ § 5 Abs. 5 S. 4 G 10.

(2) Mitglieder

Die G 10-Kommission besteht aus dem Vorsitzenden, der die Befähigung zum Richteramt besitzen muss, und drei Beisitzern sowie vier stellvertretenden Mitgliedern, die an den Sitzungen mit Rede- und Fragerecht teilnehmen können⁴⁰. Die Mitglieder der G 10-Kommission werden von dem Parlamentarischen Kontrollgremium nach Anhörung der Bundesregierung bestellt⁴¹. Diese „parlamentarische Rückkopplung“ sieht der Gesetzesentwurf nicht vor. Vielmehr beruft das Bundeskabinett die Mitglieder des Unabhängigen Gremiums, das aus einem Vorsitzenden, zwei Beisitzern und drei stellvertretenden Mitgliedern besteht; Vorsitzender und ein Beisitzer sind Richter am Bundesgerichtshof, der weitere Beisitzer ein Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof⁴². Das aber bedeutet, dass die Bundesregierung die Kontrolleure aussucht, die Bundeskanzleramt und BND überwachen sollen. Das aber hat mit unabhängiger parlamentarischer Kontrolle nichts zu tun.

(3) Personal- und Sachausstattung

Zwar sieht § 16 Abs. 3 S. 1 BNDG-E vor, dass dem unabhängigen Gremium die für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendige Personal- und Sachausstattung zur Verfügung zu stellen ist. § 15 Abs. 3 S. 2 G 10 geht darüber insoweit hinaus, als diese Vorschrift explizit regelt, dass der Kommission zudem Mitarbeiter mit technischem Sachverstand zur Verfügung zu stellen sind. Ohne diese Mitarbeiter wird eine effiziente Kontrolle nicht möglich sein. Denn wie wollen Bundesrichter und Bundesanwälte zum Beispiel erkennen, dass deutsche Staatsbürger sowie EU-Bürger von der Überwachung nicht erfasst werden?

⁴⁰ § 15 Abs. 1 S. 1 G 10.

⁴¹ Vgl. § 15 Abs. 1 S. 4 G 10.

⁴² § 16 Abs. 1, Abs. 2 BNDG-E.

(4) Geschäftsstelle

§ Abs. 16 Abs. 3 S. 1 BNDG-E bestimmt, dass die Geschäftsstelle des Unabhängigen Gremiums bei dem Bundesgerichtshof einzurichten ist. Dies aber scheint nicht praktikabel zu sein. Denn wie wollen Bundesrichter und Bundesanwälte in Karlsruhe ihrer Kontrolltätigkeit nachgehen? Ohne Zutritt zu den Diensträumen des BND, von dem aus die Überwachungsmaßnahmen vorgenommen werden, ist eine (Echtzeit-) Kontrolle nicht möglich.

cc. „Unabhängiges Gremium“: Nachbesserungsbedarf

Da zu befürchten steht, dass die Bundesregierung ihre fehlerhafte Auffassung betreffend Art. 10 GG nicht korrigieren und daher die Kontrolle der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nicht der G 10-Kommission übertragen wird, ist – hilfsweise – folgender Nachbesserungsbedarf des „Unabhängigen Gremiums“ anzumelden:

(1) Befugnisse

Damit das Unabhängige Gremium die Ausland-Ausland-Überwachung des BND umfassend kontrollieren kann, sind ihr die Befugnisse einzuräumen, die gemäß § 15 G 10 der G 10-Kommission zustehen.

(2) Mitglieder

Neben Bundesrichtern und Bundesanwälten ist die Kommission mit Personen zu besetzen, die Expertise im Polizei- und Sicherheitsrecht haben. Denn um diese Materie geht es vorliegend, die Bundesrichter und Bundesanwälte aber befassen sich vornehmlich mit Strafrecht, sind also im repressiven und nicht im präventiven Bereich tätig. Zudem ist das Gremium um einen technischen Sachverständigen zu erweitern, da nur Personen mit technischem Sachverstand prüfen können, ob sich der Datenzugriff im Rahmen des gesetzlich Erlaubten bewegt.

(3) „Anwalt des Betroffenen“

Überdies ist die Kontrolle durch Schaffung eines „Anwalts des Betroffenen“ zu stärken. Mit diesem Schlagwort wird ähnlich dem Vorbild des „Vertreters des öffentlichen Interesses“ die Schaffung einer mit Personal- und Sachmitteln angemessen ausgestatteten unabhängigen Behörde angesprochen, die im Verfahren zur Anordnung von Überwachungen anzuhören und der dadurch Gelegenheit zu geben ist, die Interessen der Überwachungsadressaten wahrzunehmen. Der Deutsche Anwaltverein hatte bereits im September 2015 vorgeschlagen, dem „Anwalt des Betroffenen“ insofern eigene Klagerechte zuzuweisen, als er beim Bundesverwaltungsgericht die gerichtliche Prüfung einer gebilligten Anordnung beantragen kann. Hintergrund: Naturgemäß sind die Betroffenen weder über die Maßnahmen des BND informiert noch in das Verfahren der G 10-Kommission eingebunden. Mit Blick auf die Schwere des Grundrechtseingriffs ist es aber notwendig, dass seine Rechte durch einen „Anwalt“ wahrgenommen, mithin das Verfahren kontradiktorisch ausgestaltet wird.

(4) Klagebefugnis

Zu diskutieren wäre überdies, ob das Unabhängige Gremium im Falle von Streitigkeiten das Recht zur Klage eingeräumt werden sollte.

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

Der Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes ist grundsätzlich zu begrüßen. Er dient u. a. der Umsetzung der von allen Fraktionen getragenen Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses, der in seinem Abschlussbericht die „Stärkung einer systematischen und strukturellen Kontrolle“ gefordert sowie angemahnt hat, die

parlamentarischen Kontrollgremien müssten „schlagkräftiger werden und eine dauerhafte Kontrolltätigkeit ausüben können“⁴³.

Der Gesetzesentwurf geht davon aus, dass eine Verstärkung der Kontrolle nicht allein durch eine personelle Aufstockung des Sekretariats des Parlamentarischen Kontrollgremiums in der Bundestagsverwaltung zu erreichen sei, sondern die parlamentarische Kontrolltätigkeit nur wirkungsvoll gestärkt werden könne,

„wenn eine entsprechend qualifizierte Person hauptamtlich in herausgehobener Stellung mit der Koordinierung der Tätigkeiten des Personalstabs zentral beauftragt wird“⁴⁴.

Zur Stärkung der parlamentarischen Kontrolle sieht der Gesetzesentwurf im Wesentlichen folgende Änderungen vor:

- Einführung eines Ständigen Bevollmächtigten des Parlamentarischen Kontrollgremiums,
- bessere Koordinierung der Arbeit der einzelnen Kontrollgremien,
- weitere Detailänderungen zur Verbesserung der praktischen Arbeit des Kontrollgremiums.

Den Aufgabenbereich des Ständigen Bevollmächtigten regelt § 5a des Gesetzesentwurfes wie folgt:

„(1) Das Parlamentarische Kontrollgremium wird durch regelmäßige und einzelfallbezogene Untersuchung einer oder eines Ständigen Bevollmächtigten des Parlamentarischen Kontrollgremiums (...) unterstützt.“

⁴³ BT-Drs. 18/9040, 7.

⁴⁴ BT-Drs. 18/9040, 8.

(2) Die bzw. der Ständige Bevollmächtigte wird auf Weisung des Parlamentarischen Kontrollgremiums zur Prüfung von Sachverhalten tätig (...).

(3) Die oder der Ständige Bevollmächtigte bereitet die Sitzungen des Parlamentarischen Kontrollgremiums und dessen Berichte an das Plenum des Deutschen Bundestages vor. Sie oder er nimmt regelmäßig an den Sitzungen des Parlamentarischen Kontrollgremiums, der Kommission nach dem Artikel 10-Gesetz und des Vertrauensgremiums nach § 10a der Bundeshaushaltsordnung teil.

(4) Die oder der Ständige Bevollmächtigte soll dem Parlamentarischen Kontrollgremium bei jeder Sitzung über die Ergebnisse ihrer oder seiner Untersuchungen und ihre oder seine sonstige Tätigkeit berichten.

(5) Das Parlamentarische Kontrollgremium erlässt Richtlinien für die Tätigkeit der oder des Ständigen Bevollmächtigten“.

Der Ständige Bevollmächtigte wird auf Vorschlag des Parlamentarischen Kontrollgremiums vom Präsidenten des Bundestages ernannt⁴⁵. Zum Ständigen Bevollmächtigten kann nur ernannt werden, wer mindestens das 35. Lebensjahr vollendet hat, die Befähigung zum Richteramt oder zum höheren nichttechnischen Verwaltungsdienst hat sowie zum Umgang mit Verschlussachen ermächtigt und förmlich zur Geheimhaltung verpflichtet wurde⁴⁶. Der Ständige Bevollmächtigte ist Vorgesetzter der dem Gremium beigegebenen Beschäftigten⁴⁷. Der Ständige Bevollmächtigte darf neben seinem Amt kein anderes besoldetes Amt, kein Gewerbe und keinen Beruf ausüben⁴⁸. Zur Person des Ständigen Bevollmächtigten hält die Gesetzesbegründung fest:

⁴⁵ § 5b Abs. 1 S. 1 PKGrG-E.

⁴⁶ § 5b Abs. 2 S. 1 PKGrG-E.

⁴⁷ § 12 Abs. 2 S. 1 PKGrG-E.

⁴⁸ § 5b Abs. 2 S. 2 PKGrG-E.

„Angesichts des Aufgabenspektrums und der Anforderungen, die ein hohes rechtliches, politischen und technisches Verständnis erfordern, kommen als Personen erfahrene Beamtinnen und Beamte aus dem Staatsdienst mit Befähigung zum Richteramt oder für den höheren nichttechnischen Verwaltungsdienst in Betracht (z. B. Bundesrichterinnen oder Bundesrichter oder Ministerialbeamtinnen oder Ministerialbeamte). Aber auch anderen entsprechend qualifizierten Personen (Rechtsanwältinnen oder Rechtsanwälte, Beschäftigte aus Nichtregierungsorganisationen oder der Wirtschaft) soll die Aufgabe nicht verschlossen bleiben“⁴⁹.

Der stellvertretende Vorsitzende der G 10-Kommission des 18. Deutschen Bundestages hält es für sinnvoll, dass auch die G 10-Kommission dem Ständigen Bevollmächtigten Ermittlungs- und Kontrollaufträge erteilen könnte, da sich dies im Hinblick auf die immer komplexer werdenden Einzelheiten und Probleme einer Telekommunikationsüberwachung als erforderlich erweise. Klargestellt werden müsse jedoch, dass die abschließende Kontrollkompetenz uneingeschränkt der G 10-Kommission obliege⁵⁰. Aus seiner Sicht aber sei für eine regelmäßige und vom Willen der G 10-Kommission unabhängige Teilnahme des Ständigen Bevollmächtigten an deren Sitzungen kein vernünftiger Grund ersichtlich. Vielmehr könnte die Teilnahme des Ständigen Bevollmächtigten an den geheimen Beratungen der G 10-Kommission als „Quasi-Gericht“ deren Unabhängigkeit in Zweifel ziehen, da die Entscheidungen der G 10-Kommission den ansonsten jedem zugänglichen Rechtsweg nach Art. 19 Abs. 4 GG gemäß Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG ersetzen⁵¹. Hierüber muss diskutiert werden.

⁴⁹ BT-Drs. 18/9040, 9.

⁵⁰ Huber ZRP 2016, 162, 166.

⁵¹ Ebenda.