

# **Sicherheitsrecht des Bundes – Recht der Nachrichtendienste in Deutschland**

von

**Prof. Dr. Kurt Graulich**  
**Richter am Bundesverwaltungsgericht a.D.**

Humboldt-Universität zu Berlin – Sommersemester 2019

Raum UL9 E 25

Donnerstag, d. 06.06.2019 von 13.00 bis 15.00 Uhr

Schwerpunkte 2 und 5

Veranstaltungsnummer 10727

## **Skizze und Materialien**

### **Gliederung:**

- b) Organisation und Aufgaben**
  - aa) Stellung des BND im Behördenaufbau (§ 1 Abs. 1 Satz 1 BNDG)**
  - bb) Organisatorisches Trennungsgebot (§ 1 Abs. 1 Satz 2 BNDG)**
  - cc) Aufgabe der Auslandsaufklärung (§ 1 Abs. 2 BNDG)**
  - dd) Aufgaben und Befugnisse**
- c) Allgemeine Befugnisse**
  - aa) Generalermächtigung (§ 2 BNDG)**
    - aaa) Generalbefugnis für Eingriffe in personenbezogene Daten (§ 2 Abs. 1 BNDG)**
      - a1) Eigensicherung (Nr. 1)**
      - b1) Sicherheitsüberprüfung von Personen (Nr. 2)**
      - c1) Überprüfung von Nachrichtenzugängen (Nr. 3)**
      - d1) Vorgänge im Ausland (Nr. 4)**
    - bbb) Umgang mit einverständlich erhobenen Daten (§ 2 Abs. 2 BNDG)**
    - ccc) Materielles Trennungsgebot (§ 2 Abs. 3 BNDG)**
    - ddd) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 2 Abs. 4 BNDG)**
  - bb) Besondere Auskunftsverlangen nach § 3 BNDG i.V.m. §§ 8a und 8b BVerfSchG**
  - cc) Weitere Auskunftsverlangen nach § 4 BNDG i.V.m. § 8d BVerfSchG (Bestandsdatenauskunft)**
  - dd) Besondere Formen der Datenerhebung nach § 5 BNDG i.V.m. §§ 8 Abs. 2, 9, 9a und 9b BVerfSchG**
- d) Fernmeldeaufklärung**
  - aa) Fernmeldeaufklärung nach dem G10**
    - aaa) Gegenstand des G10**

## Einzelheiten:

### b) Organisation und Aufgaben

#### § 1 Organisation und Aufgaben

(1) Der Bundesnachrichtendienst ist eine Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundeskanzleramtes. Einer polizeilichen Dienststelle darf er nicht angegliedert werden.

In der gesetzlichen Systematik sind im BNDG **Aufgaben und Befugnisse des Dienstes zu unterscheiden**. Die in § 1 BNDG enthaltene Aufgabenbeschreibung befugt nicht zu rechtlichen Eingriffen. Dafür finden sich die Grundlagen in den anschließenden Vorschriften sowie in anderen Gesetzen – wie z.B. dem BVerfSchG. In anderen Gesetzen können auch weitere Aufgabenzuweisungen an den BND enthalten sein – wie z.B. im G 10.

#### aa) Stellung des BND im Behördenaufbau (§ 1 Abs. 1 Satz 1 BNDG)

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BNDG ist der Bundesnachrichtendienst eine **Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundeskanzleramtes**. Seine behördenrechtliche Grundlage ergibt sich nicht aus der Verfassung, aber aus dem BNDG (Gusy BNDG § 1 Rn. 5 ff.). Anders als das BfV ressortiert er nicht im BMI und auch nicht im Auswärtigen Amt, sondern im Bundeskanzleramt, was seine herausgehobene Stellung unterstreicht. Er hat **keinen behördlichen Unterbau**. Auch hat er – anders als BfV und BKA – **keine Zentralstellenfunktion** im Verhältnis zu Länderbehörden. Der organisationsrechtlichen Stellung des BND entspricht auch seine **in § 12 BNDG geregelte ständige Berichtspflicht gegenüber dem Bundeskanzleramt**. Grenze des Aufsichtsrechts des Bundeskanzleramts gegenüber dem BND ist seine Anerkennung als eigenständige Behörde: Das Bundeskanzleramt darf ihn also nicht einfach übernehmen. **Aus der Weisungs- und Aufsichtsbefugnis des Bundeskanzleramts folgt auch seine rechtliche und politische Verantwortung für den BND**. Nicht gesetzlich geregelt ist übrigens der Behördensitz des BND (Gusy a.a.O. BNDG § 1 Rn. 9 ff.).

#### bb) Organisatorisches Trennungsgebot (§ 1 Abs. 1 Satz 2 BNDG)

§ 1 Abs. 1 Satz 2 BNDG bestimmt, dass **der BND einer polizeilichen Dienststelle nicht angegliedert werden darf** und beschreibt damit ein organisatorisches Trennungsprinzip wie es auch beim BfV festgelegt ist.

#### cc) Aufgabe der Auslandsaufklärung (§ 1 Abs. 2 BNDG)

(2) Der Bundesnachrichtendienst sammelt zur Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind, die erforderlichen Informationen und wertet sie aus. Werden dafür im Geltungsbereich dieses Gesetzes Informationen einschließlich personenbezogener

Daten erhoben, so richtet sich ihre Erhebung, Verarbeitung und Nutzung nach den §§ 2 bis 15, 19 bis 21 sowie 23 bis 32.

In § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG wird die eigentliche sachliche Aufgabe des BND beschrieben. Der Bundesnachrichtendienst sammelt danach **zur Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind, die erforderlichen Informationen und wertet sie aus.** Dies macht ihn zum deutschen Auslandsnachrichtendienst. **Die Aufgabenbeschreibung begrenzt den BND.** Die Regelung dient der Klarstellung, daß Sachverhalte, Personen und Vorgänge des innerstaatlichen politischen Geschehens in der Bundesrepublik Deutschland und in Berlin (West) (!) – auch soweit es im Zusammenhang mit Vorgängen von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung steht – nicht Gegenstand der nachrichtendienstlichen Aufklärung durch den Bundesnachrichtendienst sind. Die Regelung dient ferner der Klarstellung, daß Informationen, die weder für sich allein noch im Zusammenhang mit anderen Informationen von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung sind, kein Gegenstand der nachrichtendienstlichen Aufklärungstätigkeit des Bundesnachrichtendienstes sind (BT-Drs. 11/4306 S. 70).

**Die Aufklärung „über das Ausland“ muss nicht notwendig im Ausland stattfinden.**

Der Aufklärungsbezug macht den Ort der Aufklärungshandlung frei von der Inlandsbindung. Der BND wird daher nicht ausschließlich im Ausland tätig. Neben ihm gibt es keine andere deutsche Behörde, deren Informationsbeschaffung mit eigenen Mitteln, Mitarbeitern und Verbindungen auch im Ausland stattfinden darf (Gusy a.a.O. § 1 Rn. 25). Der Begriff „Erkenntnisse“ bezieht sich nicht allein auf die Sammlung von Informationen, sondern darüber hinaus auf deren Auswertung bzw. Bewertung i.S.v. weitergehender Schlüsse und Einsichten über Handlungsoptionen, Alternativen und –chancen deutscher Außen- und Sicherheitspolitik.

Eine Aufklärung der **sog. Organisierten Kriminalität** enthält die **Aufgabenbeschreibung des § 1 Abs. 2 BND nicht in ausdrücklicher Form.** Es kommt vielmehr darauf an, was im Einzelfall als ihr Gegenstand oder Ziel angesehen wird.

#### **dd) Aufgaben und Befugnisse**

Werden für die Aufgabenwahrnehmung im Geltungsbereich des BNDG Informationen einschließlich personenbezogener Daten erhoben, so richtet sich ihre Erhebung, Verarbeitung und Nutzung nach den §§ 2 bis 6 und 8 bis 11 BNDG. Dieses bestimmt ausdrücklich § 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG und positiviert damit, was sich andernfalls aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergäbe.

#### **c) Allgemeine Befugnisse**

Zu den im BNDG geregelten **Befugnissen gehören insbesondere solche zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Informationen und personenbezogenen Daten;** dabei handelt es sich um die fast ausschließlichen Aufgaben des BND als Nachrichtendienst. Nachrichtendienstliche Informationssammlung und –verarbeitung

erfolgt ganz **überwiegend durch die Auswertung offener Quellen, also von Informationen, welche der Allgemeinheit oder jedenfalls bestimmten Dritten ohnehin zugänglich sind** (Gusy a.a.O. BNDG § 2 Rn. 1). Durch Verweisungen auf das BVerfSchG gibt es insoweit rechtliche Ähnlichkeiten mit den Handlungsweisen des BfV. **Von der Datenerhebung aus offenen Quellen zu unterscheiden sind solche Informationen, zu deren Erhebung oder Verarbeitung es eines Grundrechtseingriffs bedarf. In solchen Fällen bedarf es gesetzlicher Befugnisse.** Grundtatbestand für Eingriffe in personenbezogene Daten ist § 2 Abs. 1 BNDG, der § 8 Abs. 1 BVerfSchG und § 14 BDSG entspricht bzw. damit korrespondiert.

#### aa) Generalermächtigung (§ 2 BNDG)

Der BND darf nach § 2 Abs. 1 BNDG **in vier enumerierten Fällen (Nr. 1 bis Nr. 4) die erforderlichen Informationen einschließlich personenbezogener Daten erheben, verarbeiten und nutzen,** soweit nicht die anzuwendenden Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes oder besondere Regelungen in diesem Gesetz entgegenstehen. Damit ordnet § 2 Abs. 1 BNDG die eigene **Subsidiarität** gegenüber bestimmten anderen Regelungen an. Dazu zählen zunächst die besonderen Regelungen **innerhalb des BNDG** – also insbesondere Regelungen, welche auf die Informationserhebung durch Grundrechtseingriff anwendbar sind – und **außerhalb** – insbesondere Regelungen des BDSG, deren Anwendbarkeit sich nach § 11 BDSG richtet (Gusy a.a.O. § 2 Rn. 27 ff.).

**§ 2 Abs. 2 BNDG** enthält noch Festlegungen zur **Zweckbindung erhobener Daten**, in **Abs. 3** findet sich eine **Ausformulierung des materiellen Trennungsgebotes** und in **Abs. 4** eine Version des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes**. Befugnisse und allgemein beachtliche Rechtsgrundsätze bei der Arbeit des BND werden im Gesetz mitunter in systematischer unerwarteter Reihenfolge geregelt. Die Aufzählung der Begriffe Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Informationen steht im Gesetz, um dem BND eine umfassende Informationssammlung und –verarbeitung zu ermöglichen (Gusy a.a.O. Rn. 15). Die **Begrifflichkeit ist im Übrigen diejenige aus dem BDSG**. Nach § 3 Abs. 4 Satz 1 BDSG ist Verarbeiten das Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen personenbezogener Daten.

#### aaa) Generalbefugnis für Eingriffe in personenbezogene Daten (§ 2 Abs. 1 BNDG)

##### § 2 Befugnisse

(1) Der Bundesnachrichtendienst darf die erforderlichen Informationen einschließlich personenbezogener Daten erheben, verarbeiten und nutzen, soweit nicht die anzuwendenden Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes oder besondere Regelungen in diesem Gesetz entgegenstehen,

1. zum Schutz seiner Mitarbeiter, Einrichtungen, Gegenstände und Quellen gegen sicherheitsgefährdende oder geheimdienstliche Tätigkeiten,
2. für die Sicherheitsüberprüfung von Personen, die für ihn tätig sind oder tätig werden sollen,

3. für die Überprüfung der für die Aufgabenerfüllung notwendigen Nachrichtenzugänge und
4. über Vorgänge im Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind, wenn sie nur auf diese Weise zu erlangen sind und für ihre Erhebung keine andere Behörde zuständig ist.

Die **Erforderlichkeit der Datenerhebung nach § 2 Abs. 1 BNDG** bemisst sich sowohl nach der Aufgabenbeschreibung in § 1 BNDG als auch nach den Erhebungszwecken in der Auflistung von § 2 Abs. 1 BNDG. Erforderlich ist danach eine Information, welche für die in § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 BNDG genannten Zwecke benötigt wird oder benötigt werden könnte, sofern diese Notwendigkeit schon in der Gegenwart in nachrichtendienstlich relevanter Form konkretisierbar ist (Gusy a.a.O. § 2 Rn. 7). Die in § 2 Abs. 1 BNDG aufgelisteten nachrichtendienstlichen Erhebungszwecke entsprechen dem datenschutzrechtlichen Grundsatz der Zweckbindung der Datenerhebung und –verwendung (Gusy a.a.O. § 2 Rn. 21).

#### a1) Eigensicherung (Nr. 1)

Erhebungszweck nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 BNDG ist die Eigensicherung des BND, also der **Schutz seiner Mitarbeiter, Einrichtungen, Gegenstände und Quellen gegen sicherheitsgefährdende oder geheimdienstliche Tätigkeiten**. Die Maßnahmen der Eigensicherung dienen dem Schutz des BND selbst. Sie betreffen die Aufklärung möglicher Gegenspionage gegen den Dienst selbst, nicht gegen die Bundesrepublik insgesamt. Denn für den letzteren Fall sind im Inland die Verfassungsschutzbehörden zuständig (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 2 BVerfSchG). Daneben dient die Eigensicherung auch dem Schutz der Mitarbeiter des Dienstes, namentlich gegen Straftaten oder sonstige Übergriffe auf ihre Rechtsgüter sowie Strafverfolgung im Ausland wegen ihrer nachrichtendienstlichen Tätigkeit für den BND (Gusy a.a.O. § 2 Rn. 24).

#### b1) Sicherheitsüberprüfung von Personen (Nr. 2)

§ 2 Abs. 1 Nr. 2 BNDG bestimmt als weiteren Erhebungszweck die **Sicherheitsüberprüfung von Personen, die für den BND tätig sind oder tätig werden sollen**. Nach § 2 Abs. 2 Satz 2 BNDG ist der Betroffene in diesem Fall auf die Freiwilligkeit seiner Angaben und bei einer Sicherheitsüberprüfung nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 BNDG auf eine dienst- und arbeitsrechtliche oder sonstige vertragliche Mitwirkungspflicht hinzuweisen. Nach § 2 Abs. 2 Satz 3 BNDG ist bei Sicherheitsüberprüfungen das Sicherheitsüberprüfungsgesetz vom 20. April 1994 (BGBl. I S. 867) anzuwenden.

Zunächst bestimmt § 2 Abs. 2 Satz 3 BNDG für den Geschäftsbereich des Dienstes generell, dass **bei Sicherheitsüberprüfungen das Sicherheitsüberprüfungsgesetz** vom 20. April 1994 anzuwenden ist. In Bezug auf die gesetzlich vorgeschriebene Sicherheitsüberprüfung sind Personen, die für den BND tätig sind oder tätig werden sollen, nach § 2 Abs. 2 Satz 2 BNDG auf ihre dienst- und arbeitsrechtliche oder sonstige vertragliche Mitwirkungspflicht hinzuweisen. Diesen Hinweis auf die Mitwirkungspflicht der - auch zukünftigen - Mitarbeiter des Dienstes (vgl.

Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes, BT-Drs. 11/7235 S. 78) hat der Gesetzgeber beim Erlass des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes vom 20. April 1994 im Gegensatz zur ursprünglichen Parallelvorschrift in § 8 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzes über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz vom 20. Dezember 1990 (Art. 2, BGBl I S. 2954) bewusst beibehalten und nicht durch den bloßen Hinweis auf die Freiwilligkeit ihrer Angaben ersetzt (Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 12/4891 S. 31 zu § 37).

**Die in § 2 Abs. 2 Satz 2 BNDG für Mitarbeiter des BND vorausgesetzte Pflicht zur Mitwirkung bei der Sicherheitsüberprüfung folgt materiell-rechtlich aus § 10 Nr. 3 und § 17 Abs. 2 SÜG.** Durch diese Vorschriften hat der Gesetzgeber klargestellt, dass für die Mitarbeiter des BND einheitliche, besonders strenge Sicherheitsanforderungen gelten und diese an ihrer Sicherheitsüberprüfung insbesondere durch detaillierte Angaben zu ihrer Person und zu ihren persönlichen Umständen, ihrem Werdegang und ihren persönlichen Kontakten mitzuwirken haben.

**Nach § 10 Nr. 3 SÜG ist für Personen, die bei einem Nachrichtendienst des Bundes tätig werden sollen, die höchste Stufe der Überprüfung (§ 7 Abs. 1 SÜG), die erweiterte Sicherheitsüberprüfung mit Sicherheitsermittlungen, durchzuführen.** Bei sicherheitsempfindlichen Tätigkeiten nach § 10 SÜG ist gemäß § 17 Abs. 2 SÜG in der Regel im Abstand von zehn Jahren eine Wiederholungsüberprüfung einzuleiten, wobei das Verfahren grundsätzlich dem der Erstüberprüfung entspricht. Die Wiederholungsüberprüfung, die wie die Erstüberprüfung von der Zustimmung des Betroffenen abhängt (§ 17 Abs. 2 Satz 4 SÜG), besteht nach § 12 Abs. 1 bis 3 SÜG in erster Linie aus der sicherheitsmäßigen Bewertung der detaillierten Angaben des Betroffenen, zu denen dieser in der Sicherheitserklärung (§ 13 SÜG) verpflichtet ist.

**Das Erfordernis der höchsten Stufe der Sicherheitsüberprüfung knüpft das Gesetz in § 10 Nr. 3 SÜG lediglich an den Tatbestand der Tätigkeit einer Person bei einem Nachrichtendienst des Bundes an.** Nach diesem generalisierenden Ansatz des Gesetzes kommt es für die Frage, ob überhaupt eine Sicherheitsüberprüfung und - wenn ja - welche Stufe geboten ist, **nicht auf die konkrete Tätigkeit des Mitarbeiters** beim BND und auch nicht darauf an, ob und inwieweit dieser Mitarbeiter bei seiner Tätigkeit bei diesem Nachrichtendienst des Bundes tatsächlich mit sicherheitsempfindlichen Informationen befasst ist. Die Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Funktionsfähigkeit des BND einerseits und dem Recht des betroffenen Beschäftigten auf informationelle Selbstbestimmung andererseits hat der Gesetzgeber selbst generalisierend vorgenommen. Vor der Aufnahme der Tätigkeit für den BND ist der Betroffene einer Sicherheitsüberprüfung zu unterziehen; diese ist im regelmäßigen Turnus von zehn Jahren zu wiederholen. Wegen des öffentlichen Interesses an der Funktionsfähigkeit des Nachrichtendienstes des Bundes sind die Mitarbeiter des Dienstes, die weiterhin beim BND dienstlich tätig sein wollen, zur Mitwirkung bei dieser Überprüfung verpflichtet. Ohne diese Mitwirkung sind sie für eine Verwendung beim BND nicht geeignet.

Den materiellen Maßstab für die Sicherheitsüberprüfung gibt § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 SÜG vor. **Danach liegt ein Sicherheitsrisiko vor, wenn tatsächliche Anhaltspunkte Zweifel an der Zuverlässigkeit des Betroffenen bei der Wahrnehmung einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeit oder eine besondere Gefährdung durch Anbahnungs- und Werbungsversuche fremder Nachrichtendienste,** insbesondere die Besorgnis der Erpressbarkeit, oder Zweifel am Bekenntnis des Betroffenen zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes oder am jederzeitigen Eintreten für deren Erhaltung begründen.

Die **Entscheidung des Gesetzgebers, sämtliche Mitarbeiter eines Nachrichtendienstes des Bundes generalisierend der höchsten Stufe der Sicherheitsüberprüfung zu unterwerfen** und diese zur Mitwirkung zu verpflichten, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Funktionsfähigkeit eines Nachrichtendienstes ist nur bei einer weitreichenden Überprüfung sämtlicher Mitarbeiter auf etwaige Sicherheitsrisiken i.S.v. § 5 SÜG hin gewährleistet, die zudem Grad und Intensität der Überprüfung nicht davon abhängig macht, ob und inwieweit der einzelne Mitarbeiter im konkreten Einzelfall tatsächlich mit sicherheitsempfindlichen Informationen befasst ist. Die rechtlichen Interessen der Mitarbeiter sind dadurch geschützt, dass sowohl die erstmalige Sicherheitsüberprüfung (§ 2 Abs. 1 Satz 2 SÜG) als auch die Wiederholungsüberprüfung (§ 17 Abs. 2 Satz 4 SÜG) nur mit ihrer Zustimmung durchgeführt werden dürfen. Verweigert der Beamte diese Mitwirkung, darf zwar sein privates Umfeld nicht untersucht werden. Andererseits hat der Beamte, der weiterhin im Geschäftsbereich des BND tätig sein will, die Folgen seines Verstoßes gegen die ihm obliegende Pflicht zur Mitwirkung an der Sicherheitsüberprüfung zu tragen. Er muss ggf. eine Versetzung aus dem Geschäftsbereich des BND und wegen des Verstoßes gegen seine Mitwirkungspflicht auch disziplinarische Maßnahmen in Kauf nehmen (BVerwG, Urteil vom 26. Juni 2014 – 2 A 1/12 –, Rn. 38, juris).

### **c1) Überprüfung von Nachrichtenzugängen (Nr. 3)**

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 BNDG dürfen Daten erhoben werden für die **Überprüfung der für die Aufgabenerfüllung notwendigen Nachrichtenzugänge.** Die Regelung betrifft die Sicherheit und Zuverlässigkeit. Dabei kann es sich lediglich um solche Zugänge handeln, welche für die Aufgabenerfüllung des BND i.S.d. § 1 BNDG notwendig und rechtmäßig sind. Hierfür kommen insbesondere Regelungen in den §§ 3, 4, 5, 9 u. 10 BNDG in Betracht (Gusy a.a.O. § 2 Rn. 26).

### **d1) Vorgänge im Ausland (Nr. 4)**

§ 2 Abs. 1 Nr. 4 BNDG bestimmt in allgemeiner Form als weiteren Erhebungszweck **„über Vorgänge im Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind, wenn sie nur auf diese Weise zu erlangen sind und für ihre Erhebung keine andere Behörde zuständig ist“.** Diese – notwendigerweise formelhafte - Umschreibung des Erhebungszwecks „Vorgänge im Ausland“ betrifft den Kern der gesetzlichen Aufgabe des BND. Mit dem Zusatz **„für ihre Erhebung keine andere Behörde zuständig ist“** wird der Umstand der ohnehin hohen Auslandspräsenz deutscher Dienststellen in Bezug genommen; damit sollen

Doppelstrukturen vermieden werden. Was das Auswärtige Amt oder mit wirtschaftlichen Fragen befasste Ministerien ohnehin an Informationen zusammentragen, muss nicht auch noch vom BND erhoben werden. Es handelt sich also um eine Art **Subsidiaritätsklausel**.

#### **bbb) Umgang mit einverständlich erhobenen Daten (§ 2 Abs. 2 BNDG)**

(2) Werden personenbezogene Daten beim Betroffenen mit seiner Kenntnis erhoben, so ist der Erhebungszweck anzugeben. Der Betroffene ist auf die Freiwilligkeit seiner Angaben und bei einer Sicherheitsüberprüfung nach Absatz 1 Nr. 2 auf eine dienst- und arbeitsrechtliche oder sonstige vertragliche Mitwirkungspflicht hinzuweisen. Bei Sicherheitsüberprüfungen ist das Sicherheitsüberprüfungsgesetz vom 20. April 1994 (BGBl. I S. 867) anzuwenden.

Werden personenbezogene Daten beim Betroffenen mit seiner Kenntnis erhoben, so ist nach § 2 Abs. 2 BNDG **der Erhebungszweck anzugeben**. Die Regelung bezieht sich auf Informationserhebung beim Betroffenen, welche **namentlich in Fällen der Sicherheitsüberprüfung oder bei Handlungen zu seinem eigenen Schutz** in Betracht kommen kann. „Offen“ ist die Maßnahme, wenn sie nicht verdeckt stattfindet, wenn also der Betroffene sowohl die Maßnahme als auch ihren Charakter als nachrichtendienstlich bemerken kann. In diesem Fall ist der Erhebungszweck anzugeben. Ein allgemeiner Hinweis auf den allgemeinen Behördenzweck reicht dafür nicht aus. Dem Betroffenen muss insbesondere der Zusammenhang zwischen der zu erhebenden Information, seiner Person und dem Stattfinden der konkreten Maßnahme erkennbar werden (Gusy a.a.O. § 2 Rn. 31).

#### **ccc) Materielles Trennungsgebot (§ 2 Abs. 3 BNDG)**

(3) Polizeiliche Befugnisse oder Weisungsbefugnisse stehen dem Bundesnachrichtendienst nicht zu. Er darf die Polizei auch nicht im Wege der Amtshilfe um Maßnahmen ersuchen, zu denen er selbst nicht befugt ist.

Das **materielle Trennungsgebot von Polizei und Nachrichtendiensten** ist in § 2 Abs. 3 BNDG geregelt. Danach stehen polizeiliche Befugnisse oder Weisungsbefugnisse dem Bundesnachrichtendienst nicht zu. Er darf die Polizei auch nicht im Wege der Amtshilfe um Maßnahmen ersuchen, zu denen er selbst nicht befugt ist. Dieses Trennungsgebot ist in sämtlichen Nachrichtendienstgesetzen positiviert. Es wird hierzu insbesondere auf die bereits durchgeführten Teile der Vorlesung unter II.4. Trennungsgebot und Zusammenarbeit, III.1.c)aa)aaa)f1) Trennungsgebot nach § 8 Abs. 3 BVerfSchG und III.2.b)bb) Organisatorisches Trennungsgebot verwiesen; das **organisatorische Trennungsgebot für den BND** ist in § 1 Abs. 1 Satz 2 BNDG ausgedrückt.

#### **ddd) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 2 Abs. 4 BNDG)**

(4) Von mehreren geeigneten Maßnahmen hat der Bundesnachrichtendienst diejenige zu wählen, die den Betroffenen voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt. Eine



Maßnahme darf keinen Nachteil herbeiführen, der erkennbar außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg steht.

In allgemeiner Form wird in § 2 Abs. 4 BNDG der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für den Umgang des BND mit personenbezogenen Daten** festgeschrieben. Von mehreren **geeigneten Maßnahmen** hat der BND danach diejenige zu wählen, die den Betroffenen voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt. Eine Maßnahme darf keinen Nachteil herbeiführen, der erkennbar außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg steht. Durch die Regelung wird der Umgang mit personenbezogenen Informationen durch die Grundsätze des **Übermaßverbots** begrenzt. Die Anwendbarkeit der kraft Verfassungsrechts ohnehin geltenden Dimensionen der **Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit** soll durch die konkrete textliche Fassung der Bestimmung zum Ausdruck gebracht und nicht etwa eingeschränkt werden. **Der Grundsatz der Geeignetheit geht über die Erforderlichkeit des Abs. 1 insoweit hinaus**, als es hier nicht nur auf den Behördenzweck, sondern auch auf eine Berücksichtigung der Rechte der Betroffenen ankommen soll. **Der Grundsatz der Erforderlichkeit verlangt die Anwendung des mildesten Mittels** (Gusy a.a.O. § 2 Rn. 32).

**bb) Besondere Auskunftsverlangen nach § 3 BNDG i.V.m.  
§§ 8a und 8b BVerfSchG**

**§ 3 Besondere Auskunftsverlangen**

(1) Der Bundesnachrichtendienst darf Auskünfte entsprechend den §§ 8a und 8b des Bundesverfassungsschutzgesetzes einholen, soweit dies im Einzelfall erforderlich ist

1. zur Erfüllung seiner Aufgaben nach § 1 Absatz 2 oder
2. zum Schutz seiner Mitarbeiter, Einrichtungen, Gegenstände oder Quellen gegen sicherheitsgefährdende oder geheimdienstliche Tätigkeiten.

§ 8a Absatz 2 und 2a des Bundesverfassungsschutzgesetzes ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle der schwerwiegenden Gefahren für die in § 3 Absatz 1 des Bundesverfassungsschutzgesetzes genannten Schutzgüter

1. im Falle des Satzes 1 Nummer 1 schwerwiegende Gefahren für die in § 5 Absatz 1 Satz 3 Nummer 1 bis 4 und 6 des Artikel 10-Gesetzes genannten Gefahrenbereiche und
2. im Falle des Satzes 1 Nummer 2 schwerwiegende Gefahren im Sinne des § 3 Absatz 1 Nummer 2 des Bundesverfassungsschutzgesetzes

treten. § 8b Absatz 1 bis 9 des Bundesverfassungsschutzgesetzes ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle des Bundesministeriums des Innern das Bundeskanzleramt tritt.

(2) Anordnungen nach § 8a Absatz 2 und 2a des Bundesverfassungsschutzgesetzes dürfen sich nur gegen Personen richten, bei denen auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte davon auszugehen ist, dass sie an der Schaffung oder Aufrechterhaltung einer in Absatz 1 Satz 2 genannten Gefahr beteiligt sind, sowie gegen die in § 8a Absatz 3 Nummer 2 des Bundesverfassungsschutzgesetzes bezeichneten Personen.

(3) Das Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10 des Grundgesetzes) wird insoweit eingeschränkt.

Soweit dies zur Erfüllung der Aufgaben des BND nach § 1 Abs. 2 BNDG im Einzelfall erforderlich ist, darf der BND gem. § 2a BNDG Auskünfte entsprechend den §§ 8a und 8b BVerfSchG einholen. Dabei handelt es sich um Bestandsdaten bei Telediensten (§ 8a Abs. 1 BVerfSchG), Auskünfte bei Luftfahrtunternehmen, Kreditinstituten, Telekommunikationsdiensten u.a. (§ 8a Abs. 2 BVerfSchG) und Kontostammdaten (§ 8a Abs. 2a BVerfSchG). § 8a Absatz 2 und 2a BVerfSchG ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle der schwerwiegenden Gefahren für die in § 3 Absatz 1 BVerfSchG genannten **Schutzgüter schwerwiegende Gefahren für die in § 5 Absatz 1 Satz 3 Nummer 1 bis 4 und 6 G 10<sup>1</sup> genannten Gefahrenbereiche** treten. Anordnungen nach § 8a Absatz 2 und 2a BVerfSchG dürfen sich nur **gegen Personen richten, bei denen auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte** davon auszugehen ist, dass sie an der Schaffung oder Aufrechterhaltung einer solchen Gefahr beteiligt sind, sowie gegen die in § 8a Abs. 3 Nr. 2 BVerfSchG bezeichneten Personen. Die **Verfahrensregelungen für besondere Auskunftsverlangen in § 8b Absatz 1 bis 9 BVerfSchG** ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass **an die Stelle des BMI das Bundeskanzleramt** tritt. Das Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 GG) wird insoweit eingeschränkt.

Die Regelung des § 3 BNDG war bis zur Novelle von 2016 wortgleich mit dem § 2a BNDG über besondere Auskunftsverlangen und war ursprünglich im Kontext der besonderen Befugnisse der Nachrichtendienste zur Aufklärung des internationalen Terrorismus befristet eingeführt worden und sollte im Jahre 2012 auslaufen. Ihre geltende Fassung erhielt sie durch das Gesetz zur Änderung des Bundesverfassungsschutzgesetzes vom 07. Dezember 2011 (BGBl. I 2011 S. 2575) und war an der seinerzeitigen Fassung von § 8a BVerfSchG orientiert. Die **Bestandsdatenauskunft darf auf der Grundlage von § 2a BNDG a.F. nicht mehr verlangt werden, sondern findet ihre Grundlage in § 4 BNDG** (vgl. Gusy § 2a BNDG Rn. 3).

#### cc) Weitere Auskunftsverlangen nach § 4 BNDG i.V.m. § 8d BVerfSchG (Bestandsdatenauskunft)

##### § 4 Weitere Auskunftsverlangen

Soweit dies zur Erfüllung der Aufgaben des Bundesnachrichtendienstes nach § 1 Absatz 2 erforderlich ist, darf von demjenigen, der geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt, Auskunft über die nach den §§ 95 und 111 des Telekommunikationsgesetzes erhobenen Daten entsprechend § 8d

---

<sup>1</sup> um die Gefahr

1. eines bewaffneten Angriffs auf die Bundesrepublik Deutschland,
2. der Begehung internationaler terroristischer Anschläge mit unmittelbarem Bezug zur Bundesrepublik Deutschland,
3. der internationalen Verbreitung von Kriegswaffen im Sinne des Gesetzes über die Kontrolle von Kriegswaffen sowie des unerlaubten Außenwirtschaftsverkehrs mit Waren, Datenverarbeitungsprogrammen und Technologien in Fällen von erheblicher Bedeutung,
4. der unbefugten gewerbs- oder bandenmäßig organisierten Verbringung von Betäubungsmitteln in das Gebiet der Europäischen Union in Fällen von erheblicher Bedeutung mit Bezug zur Bundesrepublik Deutschland,
5. ....,
6. der international organisierten Geldwäsche in Fällen von erheblicher Bedeutung,

des Bundesverfassungsschutzgesetzes verlangt werden. § 8b Absatz 1 Satz 2 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle des Bundesministeriums des Innern das Bundeskanzleramt tritt. Die Auskunftserteilung ist nach § 8d Absatz 5 des Bundesverfassungsschutzgesetzes zu entschädigen. Das Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10 des Grundgesetzes) wird nach Maßgabe des § 8d Absatz 2 des Bundesverfassungsschutzgesetzes eingeschränkt.

Durch die Novelle von 2016 ist die Regelung des § 2b BNDG zum neuen § 4 BNDG geworden. Soweit dies zur Erfüllung der Aufgaben des BND nach § 1 Abs. 2 BNDG erforderlich ist, darf gem. § 4 BNDG von demjenigen, der geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt, Auskunft über die nach den §§ 95 und 111 TKG erhobenen Daten entsprechend § 8d BVerfSchG verlangt werden. Die Auskunftserteilung ist nach § 8d Absatz 5 BVerfSchG zu entschädigen. Das Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 GG) wird nach Maßgabe des § 8d Absatz 2 BVerfSchG eingeschränkt. Die Norm ist durch das Bestandsdatenauskunftsgesetz (2013) in das BNDG aufgenommen worden. Ihre Ausgestaltung folgt weitgehend dem gleichzeitig eingeführten § 8d BVerfSchG. Dem einzelnen Auskunftersuchen muss ein im Einzelfall konkretisierbares Aufklärungsziel zugrunde liegen. Allein strategische Auskunftsinteressen oder die Abrundung der eigenen Informationsbestände reicht hierfür nicht aus (Gusy a.a.O. § 2b Rn. 2).

§ 8d BVerfSchG ist durch Art. 4 des Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes und zur Neuregelung der Bestandsdatenauskunft vom 20. Juni 2013 (BGBl. I S. 1602) in das BVerfSchG eingefügt worden. Die Regelung enthält Befugnisse zur Bestandsdatenabfrage – „Abfragetür“ – entsprechend zu der Übermittlungsbefugnis der BNetzA im manuellen Auskunftsverfahren nach § 113 TKG – „Übermittlungstür“ – und ist somit Teil des Doppeltür-Modells des BVerfG (Beschluss des BVerfG vom 24. Januar 2012 – 1 BvR 1299/05 -). Die Regelungen entsprechen bis auf geringfügige Abweichungen den durch dasselbe Gesetz eingefügten § 100j StPO, § 7 Abs. 3 bis 6, 20b Abs. 3 bis 7 und § 22 BKAG sowie § 22a BPolG. Der BND kann ebenso wie das BfV – und wie eine Reihe anderer Sicherheitsbehörden – Auskünfte über Daten, die nach den §§ 95 und 111 TKG erhoben wurden verlangen, soweit dies zur Erfüllung seiner Aufgaben des erforderlich ist (§ 8d Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG). Dasselbe gilt für Daten, mittels derer der Zugriff auf Endgeräte oder in diesen oder im Netz eingesetzte Speichereinrichtungen geschützt werden und für zu bestimmten Zeitpunkten zugewiesene Internetprotokoll-Adressen (BT-Drs. 17/12034 S. 11). Auslöser für die Änderung durch die Neuregelung der Bestandsdatenauskunft war ein Beschluss des BVerfG vom 24. Januar 2012 (BVerfGE 130, 151), durch den eine Verfassungsbeschwerde gegen die gesetzlichen Regelungen des Telekommunikationsgesetzes (TKG) zur Speicherung und Verwendung von Telekommunikationsdaten im Wesentlichen zurückgewiesen und festgestellt wurde, dass diese Regelungen, soweit sie den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht entsprechen, übergangsweise bis längstens Ende Juni 2013 angewendet werden dürfen; die Fristsetzung erklärt den Zeitpunkt für das Inkrafttreten des Bestandsdatenauskunftsgesetzes zum 01. Juli 2013. § 4 BNDG schafft die fachgesetzliche Rechtsgrundlage der Bestandsdatenauskunft für Aufgaben des BND, soweit dies zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist. Die Abfrage von

Bestandsdaten liefert sowohl wesentliche Daten für die Durchführung von Maßnahmen nach dem Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses als auch Informationen, die das Erkenntnisbild von relevanten Personen erheblich vervollständigen können. Die Abfrage ist daher zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Nachrichtendienste erforderlich (zur vergleichbaren Regelung in § 8d BVerfG vgl. Graulich a.a.O. BVerfSchG § 8d Rn. 2).

**dd) Besondere Formen der Datenerhebung nach § 5 BNDG i.V.m.  
§§ 8 Abs. 2, 9, 9a und 9b BVerfSchG**

**§ 5 Besondere Formen der Datenerhebung**

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 §§ 9, 9a und 9b des Bundesverfassungsschutzgesetzes sind entsprechend anzuwenden.

Die Novelle von 2016 hat aus § 3 BNDG den § 5 BNDG werden lassen. Danach darf der BND zur heimlichen Beschaffung von Informationen einschließlich personenbezogener Daten die Mittel gemäß § 8 Abs. 2 BVerfSchG anwenden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass dies zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist. § 9 BVerfSchG ist entsprechend anzuwenden. Im Unterschied zu der eher allgemeinen Eingriffsermächtigung des § 2 BNDG enthält § 5 BND die zentrale Befugnisnorm gerade für die Tätigkeit des BND als Nachrichtendienst. Die hier in Bezug genommenen „nachrichtendienstlichen Mittel“ (BR-Drs. 618/88 S. 183 f.) umschreiben in ihrer tradierten Terminologie am ehesten, was das Besondere der Informationstätigkeit derartiger Dienste auszeichnet. Dies gilt auch dann, wenn der Gesetzestext inzwischen jene Terminologie vermeidet und stattdessen von Mitteln der heimlichen Informationsbeschaffung spricht. Durch jene sprachliche Variante soll am ehesten deutlich werden, dass jene Mittel zwar typischerweise von Nachrichtendiensten angewendet werden, aber eben keine ausschließlich nachrichtendienstlichen sind. Sie stehen mit gewissen, mehr oder weniger großen Modifikationen auch einzelnen anderen staatlichen Stellen zur Verfügung, sind also keineswegs mehr exklusiv gerade auf die Dienste beschränkt (Gusy a.a.O. BNDG § 3 Rn. 1).

Die Vorschrift ermächtigt je nach Art und Weise der Informationserhebung im Einzelfall zu zwei Arten von Grundrechtseingriffen, nämlich (1) Maßnahmen mit dem Ziel, Betroffene selbst zur Informationspreisgabe zu motivieren. Da Zwangsmittel auch in diesem Rahmen ausgeschlossen sind, kommt hier wohl nur eine Täuschung über die tatsächliche Kommunikationssituation in Betracht. Diese Täuschung, welche die informationelle Selbstbestimmung ausschließt – der Betroffene kann gerade wegen der Täuschung nicht entscheiden, wem er personenbezogene Daten preisgibt – enthält einen Grundrechtseingriff. (2) Maßnahmen mit dem Ziel, Informationen ohne Mitwirkung des Betroffenen oder gar gegen seinen Willen zu erheben. Hierzu zählt insbesondere ein nicht bemerkter Eingriff in seine Privatsphäre mit technischen Mitteln (Gusy a.a.O. BNDG § 3 Rn. 9).

Die nachrichtendienstlichen Mittel zeichnen sich gegenüber der allgemeinen Befugnis zur Informationserhebung aus § 2 BNDG insbesondere durch ihre **höhere Eingriffsschwelle** aus. Dies macht nicht zuletzt der **Verweis auf § 9 BVerfSchG** aus, welcher so gravierende Eingriffe wie etwa die akustische und optische Informationserhebung in und aus Wohnungen – **sog. Lausch- und Spähangriffe** – zulässt. Die Zahl möglicher Grundrechtseingriffe ist besonders hoch und in ihrer Vielfalt kaum abschätzbar. Zu ihnen kann auch der **Ankauf von Informationen über Dritte im Ausland zählen** (Gusy a.a.O. BNDG § 3 Rn. 13). **§ 9 Abs. 1 Sätze 2 bis 4 BVerfSchG begründen jedoch eine besonders hohe Schwelle der Verhältnismäßigkeit:** „Die Erhebung nach (§ 9 Abs. 1) Satz 1 ist unzulässig, wenn die Erforschung des Sachverhalts auf andere, den Betroffenen weniger beeinträchtigende Weise möglich ist; eine geringere Beeinträchtigung ist in der Regel anzunehmen, wenn die Information aus allgemein zugänglichen Quellen oder durch eine Auskunft nach § 18 Abs. 3 gewonnen werden kann. Die Anwendung eines Mittels gemäß § 8 Abs. 2 darf nicht erkennbar außer Verhältnis zur Bedeutung des aufzuklärenden Sachverhaltes stehen. Die Maßnahme ist unverzüglich zu beenden, wenn ihr Zweck erreicht ist oder sich Anhaltspunkte dafür ergeben, daß er nicht oder nicht auf diese Weise erreicht werden kann.“

Durch das Gesetz zur Verbesserung der Zusammenarbeit Bereich des Verfassungsschutzes vom 17. November 2015 (BGBl. I S. 1938) ist § 5 Satz 2 BND (damals § 3 BNDG) geändert worden durch die **erweiterte Bezugnahme auf §§ 9a, 9b BVerfSchG**. Die §§ 9a und 9b BVerfSchG regeln Einsatzvoraussetzungen und Rahmenbedingungen von **verdeckten Mitarbeitern und Vertrauensleuten**. Nach der Absicht des Gesetzgebers sollte die für das BfV in diesem Bereich angestrebte Rechtssicherheit soll auch für den Bundesnachrichtendienst (BND) gelten. Auch der BND betreibt im Rahmen seiner Aufgabenerfüllung nach § 1 Absatz 2 BNDG organisationsbezogene Aufklärung, wie sie Regulationsgegenstand der §§ 9a und 9b BVerfSchG ist, durch heimlich eingesetzte Personen. Die §§ 9a und 9b BVerfSchG sollen daher entsprechende Anwendung finden (BT-Dr. 18/4654 S. 36).

#### **Beispielsfall: Rechtsnatur der Vertrauensperson als nachrichtendienstliche Quelle**

(BVerwG, Beschluss vom 26. Mai 2010 – 6 A 5/09, 6 A 5/09 (6 PKH 29/09)

–, Rn. 21, juris):

„Nach dem insoweit unstreitigen Vorbringen der Beklagten nutzte der Bundesnachrichtendienst den Kläger als sog. **"nachrichtendienstliche Verbindung"**, d.h. als **Vertrauensperson i.S.d. § 3 Satz 1 BNDG i.V.m. § 8 Abs. 2 BVerfSchG**. Er zählte damit nach der Nomenklatur des Bundesnachrichtendienstes zu den **"Quellen"**, die auftragsrelevante Informationen übermitteln, zu denen sie aufgrund ihrer (beruflichen) Tätigkeit bzw. ihrer Kontakte zu Personen, Personengruppierungen oder Institutionen etc. Zugang haben oder sich verschaffen können. **Durch die Zusammenarbeit mit dem Bundesnachrichtendienst wird die Vertrauensperson weder zum Angehörigen des öffentlichen Dienstes - denn es handelt sich weder um eine hauptberufliche noch überhaupt um eine Berufstätigkeit - noch zu einem beliebigen Hoheitsträger, da hoheitliche Kompetenzen mit seiner Funktion nicht**

**verbunden sind** (Droste, Handbuch des Verfassungsschutzrechts, 2007, S. 269). Denn die Lieferung von Informationen an den Bundesnachrichtendienst dient zwar dessen Aufgabenerfüllung i.S.v. § 1 Abs. 2 BNDG, ist aber selbst keine hoheitliche Tätigkeit des Informanten. Genauso wenig kann aus dem allgemein geltenden Grundsatz der Gesetzesbindung und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung geschlossen werden, dass Verwaltungshandeln grundsätzlich in öffentlich-rechtlicher Form erfolgt. Nach ständiger Rechtsprechung wird vielmehr dort, wo sich der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben privater Gestaltungsformen bedient, die Privatrechtsordnung lediglich in einzelnen Punkten durch öffentlich-rechtliche Bindungen ergänzt, modifiziert und überlagert, ohne dass darum das Verwaltungshandeln selbst dem öffentlichen Recht zuzuordnen wäre; infolgedessen haben über derartige öffentlich-rechtliche Bindungen des privatrechtlichen Verwaltungshandelns die ordentlichen Gerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeit mitzuentcheiden (Beschluss vom 2. Mai 2007 a.a.O. Rn. 9 m.w.N.). Für die Beantwortung der Frage, wie die Handlungsweise der Vertrauensperson im Innen- und Außenverhältnis zu bewerten ist, kann am ehesten auf die dem Amtshaftungsrecht entnommene **Figur des Verwaltungshelfers** abgestellt werden (s. Borgs-Maciejewski/Ebert, Das Recht der Geheimdienste, 1986, § 3 BVerfSchG Rn. 159 f.; Gusy, RiA 1982, 101 <104 ff.>; ähnlich auch Droste, a.a.O. S. 269). Die als Informant tätige Vertrauensperson hat demnach keine andere Stellung als der zum Zweck einer Fremdvorname eingesetzte Private im Polizeirecht, der sich gegenüber der Polizei in einem privatrechtlichen Verhältnis befindet, mag er auch als Verwaltungshelfer nach außen hoheitlich handeln (vgl. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. 2009, Rn. 555 sowie BGH, Urteile vom 26. Januar 2006 - I ZR 83/03 - WRP 2006, 741 <742 f.> und vom 15. Januar 2009 - I ZR 141/06 - WRP 2009, 1089 <1090>). Der Umstand, dass der Informant mittelbar an der Erfüllung der dem Bundesnachrichtendienst kraft öffentlichen Rechts obliegenden Aufgaben mitwirkt, verleiht dem Beschaffungsgeschäft als solchem keinen öffentlich-rechtlichen Charakter. Beschaffungsgeschäfte des öffentlichen Aufgabenträgers sind ihrer Rechtsnatur nach von der öffentlich-rechtlichen Aufgabenerfüllung zu trennen (vgl. GmS-OGB, Beschluss vom 10. April 1986 a.a.O.). Rechtliche Grundlage für die Beziehung zwischen Vertrauensperson und BND ist ein **zivilrechtlicher Vertrag**, der auf die Beschaffung von nachrichtendienstlich relevanten Erkenntnissen gerichtet ist, für welche die Vertrauensperson als freier Mitarbeiter auf Honorarbasis entlohnt wird (Borgs-Maciejewski/Ebert, a.a.O. Rn. 159; ebenso Droste, a.a.O.). Gegen die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Vertrags (so Gusy, a.a.O. S. 103; s. ferner Lisken/Denninger/Rachor, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, F Rn. 318) spricht, dass der Vertragsgegenstand, das Beschaffungsverhältnis, nicht i.S.v. § 54 Satz 1 VwVfG auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts liegt. In diesem Zusammenhang ist ferner zu berücksichtigen, dass **die Beteiligten keinen den Anforderungen von §§ 54 ff. VwVfG entsprechenden Vertrag abgeschlossen haben** und die Beklagte dies nach eigenem Bekunden in solchen Fällen auch ansonsten nicht tut.“

#### d) Fernmeldeaufklärung

Zur Kerntätigkeit eines Auslandsnachrichtendienstes gehört die Fernmeldeaufklärung. Aus Gründen, die im Verfassungsrecht und der Gesetzgebungsgeschichte zum Bundesnachrichtendienst liegen, finden sich dazu in Deutschland zwei verschiedene

Regelungssysteme. Neben der Notstandsgesetzgebung sind 1968 Art. 10 GG geändert und das „Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz - G 10)“ verabschiedet worden; darin wird u.a. die Überwachung von Telekommunikation durch deutsche Nachrichtendienste geregelt, die einen technischen Bezug zur Bundesrepublik hat (aa)). Die daneben bestehende sog. Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung ist nicht Gegenstand des G10, sondern wird seit 2016 detailliert im BNDG geregelt (bb)).

## **aa) Fernmeldeaufklärung nach dem G10**

### **aaa) Gegenstand des G10**

Normativer Kern der Aufklärung von Fernmeldeverkehren mit technischem Bezug zur Bundesrepublik durch den BND ist das Gesetz zu Art. 10 GG (G 10). Auf seiner Grundlage sind die individuelle Überwachung nach § 3 G 10, die sog. strategische Überwachung als anlasslose Rasterfahndung nach § 5 G 10 sowie die strategische Fernmeldeaufklärung nach § 8 G 10 als anlassbezogene Rasterfahndung möglich. Die rechtliche Verfassung der Fernmeldeaufklärung zeigte bis 2016 die deutlichsten systematischen und regelungstechnischen Defizite beispielsweise im Vergleich zum Polizeirecht. Aufgabenbeschreibungen und Befugnisnormen wurden nicht genügend unterschieden bzw. sind durch die Verteilung auf BNDG, G 10 und BVerfSchG teilweise undeutlich. Dies traf zusammen mit gegensätzlichen Auffassungen über die rechtliche Bewertung eines erheblichen Teils der Fernmeldeaufklärung, insbesondere der Überwachung der Ausland-Ausland-Kommunikation. Keine Zuständigkeit besitzt der BND für die Überwachung ausschließlich in Deutschland stattfindender Telekommunikation. Sämtliche rechtlichen Streitfragen betreffen daher entweder die Überwachung der grenzüberschreitenden oder der ausschließlich im Ausland stattfindenden Fernmeldeverkehrs.

Das Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz) (G 10) vom 13. August 1968 (BGBl I S. 949), das in Geltung trat, nachdem zuvor im Zug der verfassungsrechtlichen Notstandsvorkehrungen Art. 10 GG geändert worden war (Siebzehntes Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 24. Juni 1968, BGBl I S. 709), sah von Anfang an die Möglichkeit der Fernmeldeüberwachung vor (§ 1). Sie war in zwei Formen zulässig. § 2 G 10 regelte die individuelle Aufklärung. Personenbezogene Überwachungen waren danach zulässig, wenn Anhaltspunkte für den Verdacht bestanden, dass jemand näher bezeichnete, besonders schwere Straftaten plante, beging oder begangen hatte, die den Bestand der Bundesrepublik Deutschland oder ihrer demokratischen Ordnung bedrohten. § 3 G 10 regelte die sogenannte strategische Aufklärung, die vor allem der Gewinnung von Lagebildern über bestimmte der Bundesrepublik drohende Gefahren diene (BVerfG, Urteil vom 14. Juli 1999 – 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95, 1 BvR 2437/95 –, BVerfGE 100, 313-403, Rn. 2). Beim Verständnis von Rechtsprechung und Literatur ist genau zu beachten, auf welche Gesetzesfassung sie sich beziehen. Der Grundfall der strategischen Fernmeldeaufklärung war nämlich ursprünglich in § 3 G 10 a.F. geregelt und findet sich nunmehr in § 5 G 10. Individualmaßnahmen waren ursprünglich in § 2 G 10 a.F. enthalten und finden sich nunmehr in § 3 G 10.

Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 G 10 a.F. war die strategische Überwachung ursprünglich nur zur Früherkennung und Abwehr der Gefahr eines bewaffneten Angriffs auf die Bundesrepublik zulässig. Sie beschränkte sich daher geographisch auf Gebiete, aus denen eine Kriegsgefahr drohte. Die Bestimmung dieser Gebiete traf nach § 3 Abs. 1 Satz 1 G 10 a.F. der zuständige Bundesminister mit Zustimmung des in § 9 Abs. 1 G 10 vorgesehenen Abgeordnetengremiums. Dieser ordnete gemäß § 5 Abs. 1 bis 3 G 10 auch an, welche Fernmeldeverkehrsbeziehungen im einzelnen Beschränkungen des Geheimnisses unterlagen. Unter einer Fernmeldeverkehrsbeziehung wurde dabei ein planmäßig festgelegter Fernmeldeverkehr zwischen zwei bestimmten Endpunkten in beiden Richtungen verstanden, zum Beispiel ein bestimmtes grenzüberschreitendes Sammelkabel zwischen zwei Fernsprechknotenämtern, das in der Regel mit einer konkreten Kennnummer bezeichnet war (vgl. BVerfGE 67, 157 <174>). Über die Zulässigkeit und Notwendigkeit der Beschränkungsmaßnahmen entschied gemäß § 9 Abs. 2 Satz 2 G 10 a.F. die G 10-Kommission (BVerfG, Urteil vom 14. Juli 1999 – 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95, 1 BvR 2437/95 –, BVerfGE 100, 313-403, Rn. 3)

Wesentliches Merkmal der Beschränkungsmaßnahmen nach § 3 G 10 a.F. war es, dass sie sich **gegen einzelne Personen weder richteten noch aus technischen Gründen richten konnten, sondern der Gewinnung nicht personenbezogener Nachrichtendienste**, die der Bundesregierung Informationen über außen- und verteidigungspolitische Sachverhalte verschafften. Soweit bei der strategischen Überwachung personenbezogene Daten anfielen, etwa weil die Kommunikationspartner selbst ihre Identität lüfteten, durften die Daten gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 G 10 a.F. nicht zum Nachteil der Betroffenen verwendet werden. Von dieser Regel sah das Gesetz zwei Ausnahmen vor. Das Nachteilsverbot galt gemäß Satz 2 der Vorschrift nicht, wenn gegen die betroffene Person Fernmeldebeschränkungen nach § 2 G 10 angeordnet worden waren oder wenn tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht bestanden, dass eine der in § 2 G 10 oder in § 138 StGB genannten Handlungen geplant oder begangen wurde (BVerfG, Urteil vom 14. Juli 1999 – 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95, 1 BvR 2437/95 –, BVerfGE 100, 313-403, Rn. 4).

Das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs, der Strafprozessordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz) vom 28. Oktober 1994 (BGBl I S. 3186) hat das G 10 in verschiedener Hinsicht geändert. Die Novellierung wurde damit begründet, dass die Überwachung des internationalen Fernmeldeverkehrs auch ermöglicht werden sollte, um Erkenntnisse auf den Gebieten des internationalen Terrorismus, des Rauschgiftschmuggels nach Deutschland, des illegalen Handels mit Kriegswaffen und der internationalen Geldwäsche- und Geldfälschungsaktivitäten zu gewinnen, die in zunehmendem Maße die Sicherheit und Funktionsfähigkeit des Staates und die Sicherheit der Bürger bedrohten. Die Erkenntnisse sollten den zuständigen Sicherheitsbehörden zur Verhinderung, Aufklärung und Verfolgung von Straftaten zur Verfügung gestellt werden können (vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Fraktionen der CDU/CSU und F.D.P., BT-Drs. 12/6853, S. 42). (BVerfG, Urteil vom 14. Juli 1999 – 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95, 1 BvR 2437/95 –, BVerfGE 100, 313-403, Rn. 6)



## § 1 Gegenstand des Gesetzes

(1) Es sind

1. die Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder, der Militärische Abschirmdienst und der Bundesnachrichtendienst zur Abwehr von drohenden Gefahren für die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes einschließlich der Sicherheit der in der Bundesrepublik Deutschland stationierten Truppen der nichtdeutschen Vertragsstaaten des Nordatlantikvertrages,

2. der Bundesnachrichtendienst im Rahmen seiner Aufgaben nach § 1 Abs. 2 des BND-Gesetzes auch zu den in § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 bis 8 und § 8 Abs. 1 Satz 1 bestimmten Zwecken

berechtigt, die Telekommunikation zu überwachen und aufzuzeichnen, in den Fällen der Nummer 1 auch die dem Brief- oder Postgeheimnis unterliegenden Sendungen zu öffnen und einzusehen.

(2) Soweit Maßnahmen nach Absatz 1 von Behörden des Bundes durchgeführt werden, unterliegen sie der Kontrolle durch das Parlamentarische Kontrollgremium und durch eine besondere Kommission (G 10-Kommission).

Die Regelung in § 1 G 10 enthält keine Aufgabenumschreibung für die Tätigkeit der Nachrichtendienste. Diese ergibt sich vielmehr jeweils aus dem Fachgesetz, nämlich BVerfSchG, BNDG und MADG. § 1 G 10 umschreibt den „Gegenstand des Gesetzes“ Huber a.a.O. G 10 § 1 Rn. 1). Die Aufgabenbeschreibung des BND enthält weitgehend § 1 Abs. 2 BNDG (vgl. Gusy a.a.O. BNDG § 1 Rn. 23).