

# Sicherheitsrecht des Bundes – Recht der Nachrichtendienste in Deutschland

von

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

Humboldt-Universität zu Berlin – Sommersemester 2017

Raum UL9 E 25

Donnerstag, d. 29.06.2017 von 10.00 bis 12.00 Uhr

Schwerpunkt 5

Veranstaltungsnummer 10727

## Skizze und Materialien

Gliederung:

### 4. Kontrollregime über die Nachrichtendienste anhand des BND

#### a) Parlamentarisches Kontrollregime

**aa) Das Parlamentarische Kontrollgremium nach Art. 45d GG**

**bb) Der Ständige Bevollmächtigte des PKGr nach § 5a PKGrG**

**cc) Vertrauensgremium des Haushaltsausschusses nach § 10a BHO**

#### b) Exekutives Kontrollregime

**aa) Fach- und Dienstaufsicht**

**bb) G10-Kommission nach § 15 G10**

**aaa) Ausgangssituation: Aufklärung innerhalb des „G10-Schutzes“**

**bbb) Rechtsgrundlagen für die Aufklärung des Auslands-  
Fernmeldeverkehrs**

**a1) Beschränkungen in Einzelfällen nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 3  
G10**

**Kriterien: Betroffener, Rufnummer, Kennung (§ 10 Abs. 3 G10)**

**b1) Strategische Beschränkungen nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 5 G10**

**Kriterien: Suchbegriffe, Gebiet, Übertragungswege (§ 10 Abs. 4  
G10)**

**ccc) Rechtsprechung des BVerfG**

#### cc) Unabhängiges Gremium nach § 16 BNDG

**aaa) Ausgangssituation: Aufklärung außerhalb des „G-10-Schutzes“**

**bbb) „Streifen“ durch den nicht-deutschen Ausland-Ausland-  
Fernmeldeverkehr**

**a1) Gezielte Erfassung von Telekommunikationsanschlüssen durch**

### Suchbegriffe

#### **b1) Strategische Überwachung der Auslandstelekommunikation durch den BND mit Suchbegriffen**

**dd) Haushaltskontrolle durch den Bundesrechnungshof**

**ee) Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit**

**c) Justizielles Kontrollregime**

#### **Inhalt:**

#### **4. Kontrollregime über die Nachrichtendienste anhand des BND**

Die Kontrolle über die Nachrichtendienste des Bundes ist vielfältig organisiert. Ihre Funktionen verteilen sich entsprechend der Dreiteilung der Staatsgewalten. Dabei gibt es Übergangsformen, die sich teilweise aus der Herkunft bei der personellen Zusammensetzung von Gremien, aber auch der vielfach gesetzlich garantierten Unabhängigkeit ihrer Mitglieder oder ihrer Tätigkeit erklären. Am Ende sind sie im Schema der Gewaltendreiteilung aber gut zu verorten.

#### **a) Parlamentarisches Kontrollregime**

##### **aa) Das Parlamentarische Kontrollgremium nach Art. 45d GG**

Die im Jahre 2009 erfolgte gesetzliche Neuordnung der parlamentarischen Kontrolle der Bundesregierung hinsichtlich der Tätigkeit der Nachrichtendienste des Bundes hat sich im Grundsatz bewährt. Das Parlamentarische Kontrollgremium (PKGr) wurde durch das Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes (Kontrollgremiumgesetz – PKGrG) vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2346) mit einer Fülle von Befugnissen ausgestattet: So hat die Bundesregierung dem Gremium eigeninitiativ oder auf Verlangen zu berichten (§ 4 PKGrG), das Gremium darf Akten und Dateien einsehen sowie Auskünfte einholen, es muss Zutritt zu Dienststellen erhalten und darf Angehörige von Nachrichtendiensten sowie Beschäftigte und Mitglieder der Bundesregierung befragen (§ 5 PKGrG). Zudem kann es Unterstützung durch eine oder einen Sachverständigen in Anspruch nehmen, die oder der – mit weitgehenden Befugnissen ausgestattet – einen einzelnen Sachverhalt untersucht (§ 7 PKGrG).

Mit der verfassungsrechtlichen Verankerung des Kontrollgremiums in Artikel 45d GG wurde zudem die Stellung des Gremiums im Hinblick auf seine im PKGrG angelegten Informationsansprüche gegenüber der Bundesregierung gestärkt. Das Parlamentarische Kontrollgremium kontrolliert die

Bundesregierung hinsichtlich der Tätigkeit der Nachrichtendienste des Bundes. Es übt nach dem Rang in der Verfassung (Art. 45d GG) und der politischen Wichtigkeit im demokratischen Rechtsstaat – vom Parlament gewählt und aus dem Parlament stammend (§ 2 Abs. 1 PKGrG) - den gravierendsten Teil der nachrichtendienstlichen Kontrolle aus. Einzelheiten sind im Gesetz über das Parlamentarische Kontrollgremium geregelt. Die Bundesregierung unterrichtet das PKGr umfassend und regelmäßig über die allgemeinen Tätigkeiten der Nachrichtendienste und über Vorgänge von besonderer Bedeutung. Das PKGr kann Berichte zu bestimmten Vorgängen verlangen. Das PKGr kann zum Beispiel Akten einsehen, Befragungen von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Nachrichtendienste durchführen und hat Zutritt zu allen Dienststellen der Nachrichtendienste. Es beteiligt sich an der Beratung der Wirtschaftspläne. Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des BND können sich in dienstlichen Angelegenheiten direkt an das Kontrollgremium wenden.

Das Gremium hat besondere Befugnisse bei der Kontrolle von Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses. Es bestellt die Mitglieder der G10-Kommission, ist bei bestimmten Überwachungsmaßnahmen zustimmungspflichtig und muss halbjährlich durch die Bundesregierung über alle durchgeführten G10-Maßnahmen informiert werden.

Die geheimen Sitzungen des Gremiums finden mindestens vierteljährlich statt (§ 3 Abs. 1 PKGrG). In der Mitte und am Ende einer Legislaturperiode unterrichtet das PKGr auch den Deutschen Bundestag über seine Kontrolltätigkeit.

### **bb) Der Ständige Bevollmächtigte des PKGr nach § 5a PKGrG**

Die Wichtigkeit des PKGr stand in der Vergangenheit nicht immer im rechten Verhältnis zu seiner Leistungsfähigkeit. Dies hat wiederholt zu Verdruss bei Kontrolleuren und Kontrollierten geführt. Das Parlament hat aus diesen Beobachtungen aber nicht den Schluss gezogen, seine Kontrollkompetenz zu verlagern, sondern hat auf eine Stärkung der Arbeitsfähigkeit des Gremiums gesetzt. Zu diesem Zweck ist im Jahr 2016 die bis dahin nicht bekannte Institution eines „Ständigen Bevollmächtigten des PKGr“ eingeführt worden. Das PKGr wird nach § 5a PKGrG durch regelmäßige und einzelfallbezogene Untersuchungen einer oder einen Ständigen Bevollmächtigten des PKGr (die oder der Ständige Bevollmächtigte) unterstützt. Die oder der Ständige Bevollmächtigte wird auf Weisung des PKGr zur Prüfung von Sachverhalten tätig. Die oder der Ständige Bevollmächtigte wird zur Erfüllung ihrer oder seiner Aufträge nach Satz 1 im Rahmen der Vorgaben des PKGr nach pflichtgemäßem Ermessen tätig. Die oder der Ständige Bevollmächtigte wird gem. § 5b PKGrG auf Vorschlag des PKGr von der Präsidentin oder dem

Präsidenten des Deutschen Bundestages für die Dauer von fünf Jahren ernannt. Einmalig ist eine Wiederernennung zulässig. Der Vorschlag ist beschlossen, wenn die Mehrheit der Mitglieder des Kontrollgremiums ihm zustimmt.

### **cc) Vertrauensgremium des Haushaltsausschusses nach § 10a BHO**

Gemäß § 10a BHO kann der Deutsche Bundestag die Bewilligung von Ausgaben, die der Geheimhaltung unterliegen, an ein Untergremium des Haushaltsausschusses, dem Vertrauensgremium, übertragen. Der Wirtschaftsplan des Bundesnachrichtendienstes unterliegt, wie die Budgets der anderen deutschen Nachrichtendienste der Geheimhaltung. Im Zuge des jährlichen Haushaltsverfahrens beschließt das Vertrauensgremium den Wirtschaftsplan des Bundesnachrichtendienstes und überprüft im laufenden Jahr deren Einhaltung. Die Mitglieder des Vertrauensgremiums wählt der Deutsche Bundestag aus dem Kreis der Mitglieder des Haushaltsausschusses.

### **b) Exekutives Kontrollregime**

Der Exekutive sind diejenigen Funktionen der Staatsgewalt zuzurechnen, die weder Parlament noch Justiz sind. Mit der exekutiven Kontrolle des BND befassen sich die Fach- und Dienstaufsicht innerhalb der eigenen Behörde sowie des Bundeskanzleramts als vorgesetzte Dienststelle (aa)), die G-10-Kommission als besonderes Organ (bb)), das Unabhängige Gremium (cc)), die Haushaltskontrolle des Bundesrechnungshofs (dd)) und die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (ee)).

#### **aa) Fach- und Dienstaufsicht**

Der BND gehört als Bundesoberbehörde zum Geschäftsbereich des Bundeskanzleramtes. Unterhalb der Kanzlerin ist aufsichtlich befugt und parlamentarisch verantwortlich der Kanzleramtsminister und unterhalb von diesem ein Staatssekretär. Die Abteilung 6 des Bundeskanzleramtes übt – als Arbeitsebene des Staatssekretärs - die Dienst- und Fachaufsicht über den BND aus. Dies beinhaltet die Kontrolle der eingesetzten Mittel auf ihre Rechtmäßigkeit sowie die Zweckmäßigkeitskontrolle. Das Bundeskanzleramt steht in vielen gesetzlich angeordneten Fällen vor der Beantragung besonderer oder weiterer Auskunftsverlangen nach dem BNDG (§ 3 Abs. 1, § 4 BNDG); es hat zentrale Kompetenzen bei der datenschutzrechtlichen Kontrolle über den BND (§ 6 Abs. 1 und 7, § 21 BNDG). Das BKAm muss seine Zustimmung zu Auslands-Kooperationen geben (§ 13 Abs. 4 BNDG).

#### **bb) G10-Kommission nach § 15 G10**

Die G 10-Kommission besteht nach § 15 Abs. 1 G10 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 können. Die Mitglieder der G 10-Kommission sind in ihrer Amtsführung unabhängig und Weisungen nicht unterworfen. Sie nehmen ein öffentliches Ehrenamt wahr und werden von dem Parlamentarischen Kontrollgremium nach Anhörung der Bundesregierung für die Dauer einer Wahlperiode des Deutschen Bundestages mit der Maßgabe bestellt, dass ihre Amtszeit erst mit der Neubestimmung der Mitglieder der Kommission, spätestens jedoch drei Monate nach Ablauf der Wahlperiode endet.

Das BVerfG hat sich mit der Rechtsnatur der G-10-Kommission befasst und dazu ausgeführt: Der Gesetzgeber hat damit im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein Organ geschaffen, das an die Stelle des Rechtswegs tritt (vgl. BVerfGE 30,1<23>), aber **kein Gericht** ist (vgl. BVerfGE 67,157<170 f.>; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 13. Juli 1993 - 1 BvR 1016/93 -, juris, Rn. 3), das **innerhalb des Funktionsbereichs der Exekutive agiert**, aber nicht in diese inkorporiert ist (vgl. BVerfGE 30,1<28>), das Rechtskontrolle ausübt, aber auch Opportunitätserwägungen treffen kann (vgl. BVerfGE 30, 1 <23 f.>). Es handelt sich um ein **Kontrollorgan eigener Art außerhalb der rechtsprechenden Gewalt, das als Ersatz für den fehlenden gerichtlichen Rechtsschutz** dient (vgl. BVerfGE 67, 157 <171>; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 13. Juli 1993 - 1 BvR 1016/93 -, juris, Rn. 4).

Sie hat keinen verfassungsunmittelbaren Status im Prozess demokratischer Willensbildung und staatlicher Entscheidungsfindung, so dass sie keinen Anteil an der Bildung des Staatswillens (vgl. BVerfGE 8, 104 <113>; 20, 56 <98>) hat. Vielmehr übt sie eine materiell und verfahrensmäßig dem gerichtlichen Rechtsschutz gleichwertige Kontrolle aus und stellt einzelfallbezogen die Rechtskontrolle anhand konkreter normativer Vorgaben sicher. **Sie ist befugt, alle Organe**, die mit der Vorbereitung, Entscheidung, Durchführung und Überwachung des Eingriffs in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis befasst sind, **sowie alle Maßnahmen dieser Organe zu überwachen**. Diese Kontrolle übt sie laufend aus (vgl. BVerfGE 30, 1 <23>).

**Die G 10-Kommission ist nicht Teil des Deutschen Bundestages.** Ungeachtet des Umstandes, dass das Grundgesetz sie schon nicht explizit erwähnt, bezeichnet Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG das Hilfsorgan - anders als den Wehrbeauftragten in Art. 45b GG - nicht als eines „des Bundestages“. Auch wird die G 10-Kommission nicht wie das Parlamentarische Kontrollgremium in Art. 45d GG als Pflichtgremium des Deutschen Bundestages statuiert.

### aaa) Ausgangssituation: Aufklärung innerhalb des „G10-Schutzes“

Bei Eingriffen in das Fernmeldegeheimnis weicht das Grundgesetz vom sonst üblichen Rechtsschutzkonzept nach Art. 19 Abs. 4 GG durch die Gerichte ab. Dient die Beschränkung **dem Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung** oder des **Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes**, so kann nach Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG 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. In diesen beiden Fällen liegt der Grundrechtsschutz daher bei der vom PKGr benannten G10-Kommission. Durch § 15 Abs. 5 Satz 2 G10 wird die Kontrollbefugnis der Kommission auf die gesamte Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der nach diesem Gesetz erlangten personenbezogenen Daten durch Nachrichtendienste des Bundes einschließlich der Entscheidung über die Mitteilung an Betroffene erstreckt.

Die Vorgehensweise der G10-Kommission steht der Inanspruchnahme des Rechtsweges sogar in gewisser Weise im Wege. Gegen die Anordnung von Beschränkungsmaßnahmen nach den §§ 3 und 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 und ihren Vollzug ist nach § 13 G10 der Rechtsweg vor der Mitteilung an den Betroffenen nämlich nicht zulässig.

Nach § 15 Abs. 5 G10 **entscheidet die G 10-Kommission von Amts wegen oder auf Grund von Beschwerden über die Zulässigkeit und Notwendigkeit von Beschränkungsmaßnahmen**. Die Kontrollbefugnis der Kommission erstreckt sich auf die gesamte Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der nach diesem Gesetz erlangten personenbezogenen Daten durch Nachrichtendienste des Bundes einschließlich der Entscheidung über die Mitteilung an Betroffene. Der Kommission und ihren Mitarbeitern ist dabei insbesondere (Nr. 1.) Auskunft zu ihren Fragen zu erteilen, (Nr. 2.) Einsicht in alle Unterlagen, insbesondere in die gespeicherten Daten und in die Datenverarbeitungsprogramme, zu gewähren, die im Zusammenhang mit der Beschränkungsmaßnahme stehen, und (Nr. 3.) jederzeit Zutritt in alle Diensträume zu gewähren. Die Kommission kann dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz Gelegenheit zur Stellungnahme in Fragen des Datenschutzes geben.

Wegen der **Unbemerbarkeit der Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis**, der Undurchsichtigkeit des anschließenden Datenverarbeitungsvorgangs für die Betroffenen, der Möglichkeit, die Mitteilung zu beschränken, und der dadurch entstehenden Rechtsschutzlücken **gebietet Art. 10 GG aber eine Kontrolle durch unabhängige und an keine Weisung gebundene staatliche Organe und Hilfsorgane** (vgl. BVerfGE 30, 1 <23 f., 30 f.>; 65, 1 <46>; 67, 157 <185>). Wie die Kontrolle auszugestaltet ist, schreibt die Verfassung jedoch nicht vor. Dem

Gesetzgeber steht es frei, die ihm geeignet erscheinende Form zu wählen, wenn sie nur hinreichend wirksam ist. Zur Wirksamkeit gehört es, dass sich die Kontrolle auf alle Schritte des Prozesses der Fernmeldeüberwachung erstreckt. Kontrollbedürftig ist sowohl die Rechtmäßigkeit der Eingriffe als auch die Einhaltung der gesetzlichen Vorkehrungen zum Schutz des Fernmeldegeheimnisses (BVerfG, Urteil vom 14. Juli 1999 – 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95, 1 BvR 2437/95 –, BVerfGE 100, 313-403).

### **bbb) Rechtsgrundlagen der Überwachungsbefugnisse mit Schwerpunkt auf strategischer Auslandsaufklärung**

#### **a1) Beschränkungen in Einzelfällen nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 3 G10**

Eine **Befugnisnorm für Einzel-Eingriffe** in das Telekommunikationsgrundrecht durch die Nachrichtendienste liegt in § 3 G10. Die Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder, der MAD und der BND sind nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 G10 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 der NATO berechtigt, die Telekommunikation zu überwachen und aufzuzeichnen sowie die dem Brief- oder Postgeheimnis unterliegenden Sendungen zu öffnen und einzusehen. Zu den weiteren Eingriffsvoraussetzungen gehört nach § 3 Abs. 1 G10, dass **tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht** einer der weiter angeführten **Katalogstraftaten** bestehen.

#### **b1) Strategische Beschränkungen nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 5 G10**

Im Polizeirecht wird mit dem Begriff der „Internet-Streife“ das anlasslose Durchforsten des Internets bezeichnet, für das es nach allgemeiner Auffassung keiner Befugnisnorm bedarf, weil sie im Rahmen der polizeilichen Aufgabewahrnehmung unternommen wird. Beobachtungsgegenstand sind insoweit lediglich netzöffentlich präsentierte Inhalte. Die polizeiliche Maßnahme bleibt vor dem Eingriff in ein Individualrecht stehen.

Im Nachrichtendienstrecht gibt es zwar ebenfalls „Streifzüge“ durch die Telekommunikation. Sie betreffen aber nicht das offene Internet, sondern dringen tiefer in Einzelrechte ein, insofern sie – durch Art. 10 bzw. 1 Abs. 1 i.V.m. 2 Abs. 1 GG geschützte - Kommunikationsinhalte oder inhaltsnahe technische Umstände der Telekommunikation erfassen. **Eingriff in das Fernmeldegeheimnis ist schon die Erfassung der Fernmeldevorgänge,**

insofern sie die Kommunikation für den Nachrichtendienst verfügbar macht und die Basis des nachfolgenden Abgleichs mit den Suchbegriffen bildet. Der Eingriff setzt sich mit der Speicherung der erfassten Daten und der Aufbewahrung zum Zweck der Auswertung fort (BVerfG, Urteil vom 14. Juli 1999 – 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95, 1 BvR 2437/95 –, BVerfGE 100, 313-403). **Dafür bedarf es gesetzlicher Befugnisse. Die Aufgabenbeschreibungen in den Nachrichtendienstgesetzen reichen nicht aus.**

Eine gewisse Ähnlichkeit mit den Internetstreifzügen im Polizeirecht weist die strategische Überwachung des deutschen Auslandstelekommunikationsverkehrs auf. Anders als bei der Beobachtung des offenen Teils des Internets wird dabei allerdings in den Grundrechtsbereich aus Art. 10 GG eingedrungen. Die sog. strategische Beschränkung des Fernmeldegeheimnisses beruht auf § 5 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Satz 3 Nr. 2 G 10. Danach ist die strategische Telefonüberwachung, aber auch diejenige des e-mail-Verkehrs u.a. zulässig zur Sammlung von Informationen über Sachverhalte, deren Kenntnis notwendig ist, um die Gefahr der Begehung internationaler terroristischer Anschläge mit unmittelbarem Bezug zur Bundesrepublik Deutschland rechtzeitig zu erkennen und einer solchen Gefahr zu begegnen. Sie ist ein Hilfsmittel des BND um diese Gefahren aufzuklären und die gewonnenen Erkenntnisse in Lageberichte, Analysen und Berichte über Einzelvorkommnisse umzusetzen, deren Adressat die Bundesregierung ist; diese soll in den Stand versetzt werden, die Gefahrenlagen rechtzeitig zu erkennen und ihnen (politisch) zu begegnen (s. § 1 Abs. 2 des Gesetzes über den Bundesnachrichtendienst <BND-Gesetz> vom 20. Dezember 1990 <BGBl I S. 2954, 2979> i.V.m. § 1 Abs. 1, § 5 Abs. 1 G 10 sowie BVerfG, Urteil vom 14. Juli 1999 a.a.O. S. 371, 383). Da es um die frühzeitige Erkennung von Gefahren geht, bedarf es zur Anordnung der strategischen Telefonüberwachung **keiner Gefahr, die sich bereits konkret abzeichnet, und nicht einmal eines bestimmten Verdachts**; es reicht vielmehr aus, dass bei Durchführung der Überwachungsmaßnahme **Erkenntnisse über bestehende Gefahrenlagen** - hier die Gefahr terroristischer Anschläge - **zu erwarten sind** (BVerfG, Urteil vom 14. Juli 1999 a.a.O. S. 383, 389 sowie Beschluss vom 4. April 2006 - 1 BvR 518/02 - BVerfGE 115, 320 <359>) (BVerwG, Urteil vom 23. Januar 2008 – 6 A 1/07 –, BVerwGE 130, 180-197).

### **ccc) Rechtsprechung des BVerfG**

Die Befugnis zur Überwachung und Aufzeichnung des Fernmeldeverkehrs nach G10 § 1 Abs 1, § 3 Abs 1 S 2 Nr 1 bis 6 (**heute § 5 G10**) steht mit GG Art 10 im Wesentlichen in Einklang. Sie stellt ein **legitimes Anliegen des Gemeinwohls** dar, ist zur Erreichung des Gesetzeszwecks geeignet und erforderlich. Unvereinbar mit diesem Grundrecht ist jedoch die Regelung in



G10 § 3 Abs 1 Satz 2 Nr 5 (heute § 5 G10), nach der auch im Ausland begangene Geldfälschungen ohne jegliche Eingrenzungen als Gefahrentatbestände aufgenommen wurden (BVerfG, Urteil vom 14. Juli 1999 – 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95, 1 BvR 2437/95 –, BVerfGE 100, 313-403).

Unter Berücksichtigung der Sicherungen, die im G 10 getroffen sind, erscheint die Erfassung und Aufzeichnung für die Zwecke der Unterrichtung der Bundesregierung nicht unangemessen. **Die Zahl der erfassten Telekommunikationsbeziehungen ist zwar nicht gering, verglichen mit der Gesamtzahl aller oder auch nur der internationalen Fernmeldekontakte aber vergleichsweise niedrig.** Dabei kommt insbesondere dem in § 3 Abs. 2 Satz 2 G 10 (**heute § 5 G10**) enthaltenen Verbot der gezielten Überwachung bestimmter individueller Anschlüsse Bedeutung zu. Ohne ein solches Verbot wäre die Verhältnismäßigkeit angesichts der Verdachtslosigkeit der Eingriffe, der Breite der erfassten Fernmeldekontakte und der Identifizierbarkeit der Beteiligten nicht gewahrt. Über die Verfassungsmäßigkeit von § 3 Abs. 2 Satz 3 G 10 (**heute § 5 G10**) hat das Bundesverfassungsgericht nicht zu befinden, weil die Beschwerdeführer, deren Verfassungsbeschwerde zulässig ist, von dieser Vorschrift nicht betroffen sind. Auch wenn die freie Kommunikation, die Art. 10 GG sichern will, bereits durch die Erfassung und Aufzeichnung von Fernmeldevorgängen gestört sein kann, erhält diese Gefahr ihr volles Gewicht doch erst durch die nachfolgende Auswertung und vor allem die Weitergabe der Erkenntnisse. Insoweit kann ihr aber auf der Ebene der Auswertungs- und Übermittlungsbefugnisse ausreichend begegnet werden (BVerfG, Urteil vom 14. Juli 1999 – 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95, 1 BvR 2437/95 –, BVerfGE 100, 313-403).

### cc) Unabhängiges Gremium nach § 16 BNDG

Das Unabhängige Gremium besteht aus nach § 16 Abs. 1 BNDG (Nr. 1.) einer Vorsitzenden oder einem Vorsitzenden, (Nr. 2.) zwei Beisitzerinnen oder Beisitzern sowie (Nr. 3.) drei stellvertretenden Mitgliedern. Die Mitglieder des Unabhängigen Gremiums sowie die stellvertretenden Mitglieder des Unabhängigen Gremiums sind in ihrer Amtsführung unabhängig und Weisungen nicht unterworfen. Vorsitzende oder Vorsitzender und eine Beisitzerin oder ein Beisitzer sind Richterinnen am Bundesgerichtshof oder Richter am Bundesgerichtshof, die weitere Beisitzerin oder der weitere Beisitzer ist eine Bundesanwältin beim Bundesgerichtshof oder ein Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof. Zwei stellvertretende Mitglieder sind Richterinnen am Bundesgerichtshof oder Richter am Bundesgerichtshof, ein stellvertretendes Mitglied ist eine Bundesanwältin beim Bundesgerichtshof oder ein Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof.

Das Bundeskabinett beruft für die Dauer von sechs Jahren (Nr. 1.) auf Vorschlag der Präsidentin oder des Präsidenten des Bundesgerichtshofs die Mitglieder des Unabhängigen Gremiums, die Richterinnen am Bundesgerichtshof oder Richter am Bundesgerichtshof sind, einschließlich deren Stellvertretung und (Nr. 2.) auf Vorschlag der Generalbundesanwältin oder des Generalbundesanwalts das Mitglied des Unabhängigen Gremiums, das Bundesanwältin beim Bundesgerichtshof oder Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof ist, einschließlich dessen Stellvertretung.

#### **aaa) Ausgangssituation: Aufklärung außerhalb des „G-10-Schutzes“**

Das Unabhängige Gremium ist für die Kontrolle von Maßnahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung sowie auch die in § 9 Abs. 4 BNDG vorgesehene Vorab-Zustimmung zu den Maßnahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung zuständig.

#### **bbb) „Streifen“ durch den nicht-deutschen Ausland-Ausland-Fernmeldeverkehr**

Soweit Rechtspersonen dem G-10-Schutz unterliegen, können Überwachungsmaßnahmen durch den BND nur mit Zustimmung der G-10-Kommission erfolgen. Jenseits davon, im Bereich des sog. Ausland-Ausland-Fernmeldeverkehr hängt die Aufklärung nach der letzten Reform des BNDG von der Mitwirkung des sog. Ständigen Gremiums ab. § 9 Abs. 4 BNDG enthält eine **Verpflichtung zur Unterrichtung** des Unabhängigen Gremiums durch das Bundeskanzleramt über die von ihm angeordneten Maßnahmen nach § 6 Abs. 1 BNDG vor deren Vollzug. Die Möglichkeit des **Vollzugs der Anordnung einer Maßnahme schon vor der Unterrichtung** des Unabhängigen Gremiums ist vorgesehen, wenn die Gefahr besteht, dass das Ziel der Maßnahme durch die Verzögerung aufgrund des zusätzlichen Verfahrens ansonsten vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Um der Bundesregierung beispielsweise bei Entführungsfällen im Ausland, bei denen Kommunikation erhoben werden soll, die nicht dem Artikel 10-Gesetz unterfällt, oder in anderen Ausnahmesituationen unverzüglich Informationen über neue krisenhafte Entwicklungen zur Verfügung stellen zu können, müssen die strategischen Beschaffungsmöglichkeiten des BND kurzfristig angepasst werden können. Das Unabhängige Gremium ist in diesem Fall spätestens im Rahmen der nächsten Sitzung zu unterrichten.

#### **a1) Gezielte Erfassung von Telekommunikationsanschlüssen durch Suchbegriffe**

Unklarheiten über die rechtliche Bewertung bestanden offensichtlich bei „Streifen“ oder Überwachen von Auslands-Telekommunikation ohne deutsche Teilnehmer. Bertold Huber hat in seinem Aufsatz über die „Strategische Rasterfahndung des BND“ diesen Sachverhalt untersucht und die Ansicht vertreten, die gezielte Überwachung ausländischer Anschlüsse nach § 5 Abs. 2 Satz 3 G10 sei wegen Verstoßes gegen Art. 10 Abs. 2 GG verfassungswidrig, und dieses Grundrecht gelte qua Art. 1 Abs. 3 GG auch für diese im Ausland stattfindenden Sachverhalte. Ferner würden die erhobenen Daten wenigstens in der Bundesrepublik verarbeitet und ggfs. übermittelt (Huber NJW 2013, 2572, 2573 ff.). Diese Bewertung ist kaum zu widerlegen, sofern man die uneingeschränkte Auslandsgeltung von Art. 10 GG mitgeht. Von eher theoretischer Natur dürfte die Austragung dieses Rechtsstandpunktes aber sein, weil es mangels Benachrichtigungen der Betroffenen kaum jemals einen Rechtsstreit dazu geben wird.

Die Novellierung des BNDG im Jahr 2016 hat den Streit auf eine neue Ebene gehoben. § 6 Abs. 1 BNDG bildet seitdem die zentrale Norm für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung. Danach darf der BND zur Erfüllung seiner gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG auslandsbezogenen Aufgaben Informationen einschließlich personenbezogener Daten mit technischen Mitteln aus Telekommunikationsnetzen erheben und verarbeiten, wenn diese Daten erforderlich sind, um frühzeitig Gefahren für die innere oder äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland zu erkennen und diesen begegnen zu können (Nummer 1), um die Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland zu wahren (Nummer 2) oder um sonstige Erkenntnisse von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung zu gewinnen (Nummer 3). Absatz 1 konkretisiert damit den gesetzlichen Aufklärungsauftrag nach § 1 Absatz 2 Satz 1 BNDG, engt ihn aber nicht ein.

### **b1) Strategische Überwachung der Auslandstelekommunikation durch den BND mit Suchbegriffen**

Zu den Aufgaben des BND gehört es nach § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG, zur Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind, die erforderlichen Informationen zu sammeln und auszuwerten. Bertold Huber geht davon aus, dass danach der sog. „offene Himmel“ abgehört werde. Überhaupt liege dort der überragende Schwerpunkt der deutschen Fernmeldeaufklärung. Die Kontrollzuständigkeit der G10-Kommission sei davon nicht betroffen. Die Bundesregierung geht der Antwort auf eine Bundestagsanfrage davon aus, dass auf dieser gesetzlichen Grundlage ca. 500 Mio. Telekommunikationsdaten pro Monat durch die USA in Deutschland sich durch Kooperation zwischen BND und der NSA erklären lassen. Diese Daten betreffen Aufklärungsziele und Kommunikationsvorgänge in Krisengebieten

außerhalb Deutschlands und würden durch den BND im Rahmen seiner gesetzlichen Aufgaben erhoben (BT-Drs. 17/14560 S. 2).

Die Frage, ob die § 3 BNDG i.V.m. § 8 Abs. 2 BVerfSchG als Ermächtigungsgrundlage für die strategische Auslandsüberwachung – nur im Ausland – in Betracht kommt, hängt vorrangig davon ab, ob darin überhaupt ein Grundrechtseingriff liegt. Sofern man das verneint, brauchte der BND dafür gar keine Befugnisnorm, sondern käme mit der Aufgabenbeschreibung aus. Ansonsten müsste man sich mit der Frage beschäftigen, ob § 8 Abs. 2 BVerfSchG überhaupt für die Überwachung des Fernmeldeverkehrs gedacht ist. Dafür spricht aus systematischen Gründen nicht viel, weil er vom G10 als Spezialregelung verdrängt wird.

Die Frage nach einer Auslandsgeltung von Art. 10 GG wirft ähnliche Fragen wie der Geltungsumfang von Art. 19 Abs. 4 GG auf. Grundsätzlich gilt, 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 (BVerfG, Urteil vom 14. Juli 1999 – 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95, 1 BvR 2437/95 –, BVerfGE 100, 313-403). Art. 19 Abs. 4 GG gilt aber als „normgeprägt“, weil sonst jede einfachgesetzliche prozessrechtliche Regelung in der Gefahr der Verfassungswidrigkeit steht, wenn sie sich für eine Partei als erfolgshinderlich darstellt. Das Telekommunikationsgrundrecht kann schwerlich unter anderen technologischen und einzelgesetzlichen Bedingungen existieren wie sie in der Bundesrepublik entwickelt worden sind. Ein rein privates Telekommunikationswesen in einem anderen Land führt zwangsläufig zu anderen Bewertungen als in der Bundesrepublik. Entsprechendes gilt, wenn aus technischen Gründen in einem Land keine wirkliche Trennschärfe bei Anschlüssen funktioniert, weil beispielsweise die Frequenzen zu dicht zusammen liegen usw. oder wenn es an individualisierten Anschlüssen fehlt (anrufbare öffentliche Telefonanschlüsse). Das spricht gegen eine Übertragung von Art. 10 GG auf die Verhältnisse im Ausland. Dadurch tritt auch keine Schutzlosigkeit ein. Vielmehr ist dann vorrangig auf supranationale Grundrechtsregelungen abzustellen wie die EuGRCh bzw. die EMRK.

Nach § 6 Abs. 2 BNDG ist die Erhebung von Inhaltsdaten im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nur anhand von Suchbegriffen zulässig. Suchbegriffe können u.a. Anschlusskennungen, Signaturen von Übertragungen (das heißt bestimmte technische Parameter) oder ein bestimmtes Telekommunikationsnetz einer geschlossenen Nutzergruppe sein. Darüber hinaus muss die Verwendung des Suchbegriffs im Einklang mit den außen- und sicherheitspolitischen Interessen der Bundesregierung stehen.

### **dd) Haushaltskontrolle durch den Bundesrechnungshof**

Die Jahresrechnung sowie die Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundesnachrichtendienstes werden durch den Bundesrechnungshof geprüft. Diese Prüfung nimmt das so genannte Dreierkollegium vor. Das Ergebnis seiner Prüfung teilt der Bundesrechnungshof neben dem Vertrauensgremium auch dem Parlamentarischen Kontrollgremium, dem Bundeskanzleramt und dem Bundesministerium der Finanzen mit.

### **ee) Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit**

Die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) kontrolliert im Bundesnachrichtendienst die Einhaltung des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer datenschutzrechtlicher Vorschriften.

### **c) Justizielles Kontrollregime**

Die Maßnahmen des BND unterliegen – als Teil der öffentlichen Gewalt - der justiziellen Kontrolle, soweit der Rechtsweg nach Art. 19 Abs. 4 GG eröffnet ist; dort wird aber in Art. 19 Abs. 4 Satz 3 GG auf eine Ausnahme hingewiesen: Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt. Eine Beschränkung ist nach Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG auch vorgezeichnet: 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.

## **Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung**

### **1. Gesetze und Materialien:**

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

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

## **2. Rechtsprechung**

Beschluss des Zweiten Senats vom 13. Oktober 2016 - 2 BvE 2/15 – zum  
Anspruch des NSA-Untersuchungsausschusses auf Herausgabe von NSA-  
Selektoren

Beschluss des Zweiten Senats vom 20. September 2016 - 2 BvE 5/15 – zum  
Anspruch der G-10-Kommission auf Herausgabe von NSA-Selektoren

## **3. Literatur**

Bartodziej, Kontrolle der Nachrichtendienste: Parlamentarische Kontrolle, in  
Dietrich/Eiffler, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, S. 1533 ff.

Eiffler, Kontrolle der Nachrichtendienste: Exekutivkontrolle (Ministerielle  
Fachaufsicht und Koordinierung), in Dietrich/Eiffler, Handbuch des  
Rechts der Nachrichtendienste, S. 1499 ff.

Huber, Artikel 10 Gesetz, in Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des  
Bundes

Huber, Gesetz über das Parlamentarische Kontrollgremium, in  
Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes

Wöckel, Kontrolle der Nachrichtendienste: Justizielle Kontrolle, insbesondere  
Rechtsschutz gegen nachrichtendienstliche Aktivitäten, in Dietrich/Eiffler,  
Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, S. 1607 ff.