

Die strategische Fernmeldeüberwachung des Bundesnachrichtendienstes

Grundlagen, historischer Rechtsrahmen und Grundrechtsrelevanz der (rein
auslandsbezogenen) Fernmeldeüberwachung

Dissertation
zur Erlangung der Würde
des Doktors der Rechtswissenschaft
der Fakultät für Rechtswissenschaft
der Universität Hamburg

vorgelegt von
Christian Hadan
aus Hamburg

Hamburg
2017

Erstgutachter: Prof. Dr. iur. Hans-Heinrich Trute
Zweitgutachter: Prof. Dr. iur. Ivo Appel
Datum des Kolloquiums: 28. Juni 2017

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2017 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen.

Ein ganz besonderer Dank gebührt Herrn Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute, der die Arbeit betreut hat. Seine verständnisvolle Ansprechbarkeit und Zuwendung bei allen Fragen haben wesentlich zum Gelingen der Arbeit beigetragen.

Des Weiteren bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. Ivo Appel für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Der Kanzlei Costard, Tögel und Partner danke ich für die jahrelange Unterstützung während des Studiums. Besonders hervorzuheben ist die Unterstützung durch Herrn Dr. Andreas Costard, der mich in meinem Promotionsvorhaben stets bestärkt hat und durch die Einräumung größtmöglicher Freiheiten in der Kanzlei die Erstellung der Dissertation maßgeblich gefördert hat.

Mein herzlichster Dank gilt meiner Familie: Meinen Eltern, die mich in allen Lebenslagen bedingungslos unterstützt und gefördert haben. Meiner Verlobten, die sehr viel Verständnis und jederzeit ermutigende Worte gefunden hat.

Ihnen soll die Arbeit gewidmet sein.

Hamburg, Dezember 2017

Christian Hadan

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	V
Abbildungsverzeichnis	IX
A. Einleitung.....	1
I. Ausgangslage und Problemstellung	1
II. Gang der Untersuchung	3
B. Auftrag Auslandsaufklärung	6
I. Kompetenzbereich Auslandsaufklärung.....	7
1) Trennungsgebot.....	7
2) Verbot der Inlandsaufklärung.....	9
II. Rechtsquellen der Auslandsaufklärung.....	11
1) Subsidiarität des BDSG.....	12
2) Spezialität des G 10.....	14
3) BVerfSchG als Stammgesetz	15
4) Zwischenergebnis.....	16
III. Intelligence-Zyklus	17
1) Auftragsgestaltung durch die Bundesregierung	18
a) Erkenntnisse von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung.....	21
b) Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen.....	22
2) Prozess der Sammlung	24
a) „Sammeln“ als Oberbegriff.....	25
b) Daten, Informationen und Erkenntnisse	28
c) Heimlichkeit und Offenheit der Erkenntnisgewinnung	32
d) Heimliche und offene Erhebungsmaßnahmen des BND	36
e) Die SFÜ als ein heimliches Erhebungsinstrument des BND.....	38
aa) Rechtliche Verortung.....	39
bb) Rechtspraxis des BND („Weltraumtheorie“)	40
f) Auswahlaspekte.....	42
aa) Außerrechtliche Aspekte	44
bb) Rechtliche Aspekte	47
g) Zwischenergebnis	51
3) Prozess der Auswertung.....	52
a) Verarbeitung.....	54
b) Nutzung.....	58
c) Auswertungspraxis der Neuzeit	59
aa) Ausgangspunkt Digitalisierung	60

bb) Big Data	61
cc) Analysealgorithmen.....	62
dd) Gefährdungspotenzial	65
ee) Gesetzlicher Rahmen für Big Data.....	68
d) Zwischenergebnis	74
4) Prozess der Übermittlung.....	75
a) Prinzip der Erforderlichkeit	78
b) Prinzipien der Zweckbindung und Zweckänderung	80
c) Informationelles Trennungsprinzip.....	83
d) Zwischenergebnis	87
5) Grundsatz der Kontrolle	88
a) Bundeskanzleramt	91
b) Parlamentarisches Kontrollgremium	93
c) Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit	96
d) G 10-Kommission.....	99
e) Zwischenergebnis.....	104
IV. Zusammenfassende Erkenntnisse zum Auslandsaufklärungsauftrag des BND.....	104
C. Historischer Rechtsrahmen der SFÜ	108
I. Aktueller Rechtsrahmen.....	109
1) G 10-SFÜ	110
a) Voraussetzungen	110
b) Verfahren	112
c) Praktische Umsetzung.....	114
2) BNDG-SFÜ	119
a) Voraussetzungen und Verfahren.....	119
b) Praktische Umsetzung.....	121
3) Zwischenergebnis.....	123
II. Historischer Rechtsrahmen	124
1) Nachkriegszeit (1945-1968).....	124
a) Sicherheitspolitischer Kontext	125
b) Fehlende gesetzliche Befugnisse (1955-1968)	128
aa) Alliiertes Überwachungsvorbehalt	130
bb) Partizipation an alliiertem Überwachungsvorbehalt	133
c) Zwischenergebnis.....	134
2) Kalter Krieg (1968-1990).....	135
a) G 10-Gesetzgebung (1968).....	136
b) Alliierte Partizipation.....	138
c) G 10 auf gerichtlichem Prüfstand	140
aa) Erste Abhörentscheidung (1970).....	140
bb) Klaas u.a. / BRD (1979).....	142

cc) Zweite Abhörentscheidung (1984).....	144
dd) Zwischenergebnis.....	147
d) Poststrukturgesetz (1989)	149
e) Konsequenzen der Wiedervereinigung (1989)	151
f) Zwischenergebnis	153
3) Neuzeit (1990-2016)	155
a) Bundesnachrichtendienstgesetz (1990).....	156
b) Verbrechensbekämpfungsgesetz (1994).....	161
c) Dritte Abhörentscheidung (1999)	165
d) Gesetz zur Neuregelung von Beschränkungen des Art. 10 GG (2001).....	171
e) Weber und Saravia / Bundesrepublik Deutschland (2006).....	177
f) Erstes Gesetz zur Änderung des G 10 (2009)	180
g) BVerwG, Urteil zur G 10-SFÜ (2014)	185
h) Verfassungsschutzreform (2015).....	189
i) NSA-UA (2014-2016)	193
j) Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes (2016).....	195
k) Zwischenergebnis	201
4) Zusammenfassung.....	205
D. Grundrechtsrelevanz der rein auslandsbezogenen SFÜ	207
I. Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG	208
1) Sachlicher Schutzbereich des Art. 10 GG.....	208
2) Territoriale Reichweite des Art. 10 GG	214
a) Ausgangspunkt Art. 1 Abs. 3 GG	214
b) Berücksichtigung des grundrechtsspezifischen Schutzzwecks.....	215
c) Uneingeschränkte Bindung bei Inlandsbezug.....	217
d) Differenzierung nach Grundrechtsdimensionen	222
e) Zwischenergebnis.....	223
3) Persönlicher Schutzbereich des Art. 10 GG	224
a) Natürliche Personen	224
b) Juristische Personen	226
4) Zwischenergebnis.....	229
II. Rein auslandsbezogene SFÜ als Eingriff	230
1) Fehlende Zustimmung der Kommunikationsteilnehmer.....	231
2) „Kenntnis verschaffen“ / „flüchtige Erfassung“ als Eingriff?	232
a) Möglichkeit der Kenntnisnahme	232
b) Zeitpunkt der „Kenntnisnahmemöglichkeit“	233
c) Zwischenergebnis.....	240
3) „Gebrauch machen“	240
4) Zurechenbarkeit des Eingriffs	243

5) Zwischenergebnis.....	245
III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der rein auslandsbezogenen SFÜ	246
1) Erforderlichkeit eines einschränkenden Gesetzes	248
a) Verfassungsrecht vs. Völkerrecht	249
b) Konfliktpotentiale	250
c) Konfliktfreiheit auf der abwehrrechtlichen Ebene des Art. 10 GG	254
d) Zwischenergebnis	255
2) Grenzen der Einschränkung	257
a) Bestimmtheit des Gesetzes.....	257
aa) Nachrichtendienstlicher Methodenschutz	259
bb) Verstärkte Geheimhaltungsbedürftigkeit bei reinem Auslandsbezug?	261
cc) Zwischenergebnis	263
b) Zitiergebot, Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG	263
c) Verhältnismäßigkeit des Gesetzes	266
aa) Zweckgebundenheit der rein auslandsbezogenen SFÜ	266
bb) Notwendigkeit verfahrensrechtlicher Vorkehrungen	269
cc) Notwendigkeit einer quantitativen Kapazitätsschranke	272
dd) Absehen von einer nachträglichen Mitteilungsverpflichtung?	274
ee) Notwendigkeit einer kompensatorisch wirkenden Ersatzkontrolle	278
ff) Zwischenergebnis	281
IV. Gesetzgeberischer oder rechtspolitischer Handlungsbedarf.....	282
1) Gesetzgeberischer Handlungsbedarf (BNDG-interne Lösung).....	284
2) Rechtspolitischer Handlungsbedarf (G 10-Lösung).....	286
3) Zwischenergebnis.....	290
V. Zusammenfassung.....	291
E. Zusammenfassende Erkenntnisse.....	294
Literaturverzeichnis	X

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.D.	außer Dienst
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AK	Anwaltskommentar
AL	Ausfuhrliste
APB	Auftrags- und Interessenprofil der Bundesregierung
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
ATDG	Antiterrordateigesetz
Art.	Artikel
Ausn.	Ausnahme
AV	Aufenthaltsvertrag
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVBl.	Bayerisches Verwaltungsblatt
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BfDI	Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
BfV	Bundesamt für Verfassungsschutz
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BKA	Bundeskriminalamt
BKamt	Bundeskanzleramt
BKAG	Bundeskriminalamtgesetz
BMI	Bundesministerium des Innern
BND	Bundesnachrichtendienst
BNDG	Bundesnachrichtendienstgesetz
BNDG-E	Bundesnachrichtendienstgesetz-Entwurf
BNDG-SFÜ	Strategische Fernmeldeüberwachung auf Grundlage des BNDG
BPolG	Bundespolizeigesetz
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BR- Plenarsitzung	Bundesrat-Plenarsitzung
BR-Drs.	Bundesratdrucksache
BSI	Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik
Bsp.:	Beispiel

BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerfSchG	Bundesverfassungsschutzgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts
BvR	Aktenzeichen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
COMINT	Communication Intelligence
CR	Computer und Recht
CSU	Christlich Soziale Union in Bayern
DDR	Deutsche Demokratische Republik
d.h.	das heißt
DPI	Deep Packet Inspection
DöV	Die öffentliche Verwaltung
Dr.	Doktor
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DV	Deutschlandvertrag
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ELINT	Electronic Intelligence
ES&T	Europäische Sicherheit und Technik
et al.	lat. et alii (= und andere)
ff.	folgende [Paragraphen]
FDP	Freie Demokratische Partei
FHO	Fremde Heere Ost
Fn.	Fußnote
G 10	Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses
G 10-SFÜ	Strategische Fernmeldeüberwachung auf Grundlage des G 10
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
Hdb.	Handbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HUMINT	Human Intelligence
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
IMINT	Imagery Intelligence

insb.	insbesondere
IP	Internetprotokoll
IT	Informationstechnik
i. V. m.	In Verbindung mit
i. S. d.	in Sachen des
IXP	Internet Exchange Point
JA	Juristische Ausbildung
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
lit.	littera (= Buchstabe)
K&R	Kommunikation und Recht
LT-Drs.	Landstagsdrucksache
MAD	Militärischer Abschirmdienst
MADG	Gesetz über den Militärischen Abschirmdienst
MMR	Multimedia und Recht
MMS	Multimedia Messaging Service
MoA	Memorandum of Agreement
MoU	Memorandum of Understanding
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NATO	North Atlantic Treaty Organization
nd-Mittel	nachrichtendienstliche Mittel
n.F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
Nr.	Nummer
NRWPolG	Nordrhein-Westfälisches Polizeigesetz
NSA	National Security Agency
NSA-UA	National Security Agency-Untersuchungsausschuss
NstZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NTS	Nato-Truppenstatut
NWwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZWehrr	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
OG	Organisation Gehlen
OK	Organisierte Kriminalität
OSINT	Open Source Intelligence
PinG	Privacy in Germany
PKGr	Parlamentarisches Kontrollgremium
PKGrG	Parlamentarisches Kontrollgremiumgesetz
PostStruktG	Poststrukturgesetz
RGL	Rechtsgrundlage
RiA	Recht im Amt
Rn.	Randnummer

RTkom	Zeitschrift für das gesamte Recht der Telekommunikation
S.	Seite
SFÜ	Strategische Fernmeldeüberwachung
SIGINT	Signals Intelligence
SMS	Short Messaging Service
sog.	sogennant
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
StV	Strafverteidiger
TA	Technische Aufklärung
TK	Telekommunikation
TKG	Telekommunikationsgesetz
TKÜ	Telekommunikationsüberwachung
TKÜV	Telekommunikationsüberwachungsverordnung
TV	Truppenvertrag
u.a.	unter anderem
u.Ä.	und Ähnliche
UA	Untersuchungsausschuss
UGr	Unabhängiges Gremium
URL	Uniform Resource Locator
Urt.	Urteil
US	United States
VerbrBekG	Verbrechensbekämpfungsgesetz
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
vs.	versus
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
ZA-NTS	Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut
ZAöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZB	Zettabyte
Ziff.	Ziffer
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Erweiterter bundesnachrichtendienstlicher Intelligence-Zyklus 18

A. Einleitung

I. Ausgangslage und Problemstellung

Nach den Enthüllungen des „Whistleblowers“ *Edward Snowden* aus dem Jahre 2013 stehen die internationalen Nachrichtendienste unter verstärkter gesellschaftlicher Beobachtung. Spätestens seit Beginn des NSA-Untersuchungsausschusses (NSA-UA) im Jahre 2014 wächst das Misstrauen der Gesellschaft auch gegenüber der Arbeitsweise des Bundesnachrichtendienstes (BND). Die im Rahmen des NSA-UA vernommenen Zeugen offenbarten nicht nur, dass der BND in der Vergangenheit in weiten Teilen ein unkontrolliertes Eigenleben entwickelte, sondern auch, dass der BND unter Umgehung des innerstaatlich geltenden Grundrechtsschutzes, eigene rechtliche Theorien entwickelte, um vor dem Hintergrund des Grundgedankens der „*bundesnachrichtendienstlichen Handlungseffektivität*“, möglichst viele Daten unter möglichst geringen Voraussetzungen zu erfassen und auszuwerten. So wurde angesichts der Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 1999 („*dritte Abhörentscheidung*“) die sog. „*Weltraumtheorie*“ entwickelt, mithilfe derer der Datenerfassungszeitpunkt kurzerhand in das Weltraum verlegt wurde und sich somit, nach übereinstimmender Ansicht des BND und der Bundeskanzleramts (BKamt), außerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes befindet. Das dieser Art von Datenerfassung zugrunde liegende Aufklärungsinstrument wird als strategische Fernmeldeüberwachung (SFÜ) bezeichnet. Die SFÜ hat der vorliegenden Arbeit ihren Titel gegeben und soll im Nachfolgenden sowohl unter historischen als auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten untersucht werden.

Die bundesnachrichtendienstliche Aufgabenwahrnehmung erfolgt überwiegend verdeckt. Rechtsansichten und Interna über die praktische Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen dringen nur selten an die Öffentlichkeit. Umso schwieriger gestaltet sich eine Arbeit, die sich im Schwerpunkt mit einem Aufklärungsinstrument beschäftigt, dass in erhöhtem Maße auf die Geheimhaltung des Aufklärungsansatzes, der thematischen und geografischen

Aufklärungsfelder sowie der technischen Umsetzung der Überwachungsmaßnahme angewiesen ist. Insofern können die bisherigen Erkenntnisse des NSA-UA als wichtige Errungenschaft angesehen werden, um einen sicherheitspolitischen Diskurs zu entfachen und die technisch-operative Vorgehensweise des BND im Rahmen der SFÜ rechtlich zu hinterfragen. Die Informationstechnologie hat sich in der Vergangenheit rasant weiterentwickelt. Mit der Digitalisierung des Nachrichtenübertragungssektors haben die innerstaatlichen Grenzen bei der Telekommunikationsvermittlung (TK-Vermittlung) überwiegend ihre Bedeutung verloren. Telekommunikationsverkehre (TK-Verkehre) zeichnen sich zunehmend durch ihren grenzüberschreitenden Charakter aus. Rein inlandsbezogene TK-Verkehre können über das Ausland, rein auslandsbezogene TK-Verkehre über das Inland vermittelt werden. Parallel hierzu stehen rechtliche Anpassungen der Überwachungsbefugnisse. Dem technischen Fortschritt folgt insofern ein rechtliches Schritthalten der Überwachungsbefugnisse zwecks Aufrechterhaltung der nachrichtendienstlichen Effektivität. In der Konsequenz ist staatliches Handeln zunehmend mit fremdstaatlichen Rechtsordnungen verknüpft. Es stellt sich hierbei neben der grundsätzlichen Frage nach dem Verhältnis zwischen technischem Fortschritt und Grundrechtsschutz die Frage nach der territorialen Reichweite der Grundrechte (hier: Art. 10 GG) in grenzüberschreitenden und rein auslandsbezogenen Überwachungskonstellationen. Endet das Grundrecht, trotz der zunehmenden territorialen Ungebundenheit von TK-Verkehren, an den innerstaatlichen Grenzen der BRD? Sind wegen des (reinen) Auslandsbezugs einer Überwachungsmaßnahme gegebenenfalls grundrechtliche Anpassungen erforderlich? All dies sind Fragen, die im Rahmen der SFÜ des BND eine wichtige Rolle spielen und in der vorliegenden Arbeit untersucht werden sollen. Zur sachgerechten und umfassenden Beantwortung dieser Fragen hält der *Verfasser* abstrakte Vorkenntnisse über den bundesnachrichtendienstlichen Aufklärungsauftrag und die generelle Arbeitsweise und Rechtspraktiken des BND ebenso für zwingend erforderlich, wie Vorkenntnisse über die historische Entwicklung des Rechtsrahmens der SFÜ. Vor diesem Hintergrund untergliedert sich die Arbeit in drei Hauptabschnitte (*B. bis D.*)

II. Gang der Untersuchung

Im *Hauptabschnitt B.* wird ein etwas breiterer Überblick über die generelle Arbeitsweise des BND im Rahmen seines Auftrags zur Auslandsaufklärung gegeben. Für die Untersuchung und Einordnung des Aufklärungsinstruments der SFÜ ist es sinnvoll, sowohl Aufgaben, Befugnisse und Rechtsansichten des BND zu kennen. Neben einer kompetenziellen Abgrenzung des bundesnachrichtendienstlichen Auslandsaufklärungsauftrags von den Aufgaben der Polizeibehörden („*Trennungsgebot*“) und den übrigen bundesdeutschen Nachrichtendiensten (Bundesamt für Verfassungsschutz, Militärischer Abschirmdienst) erfolgt zunächst eine Erläuterung von den der (strategischen) Auslandsaufklärung zugrunde liegenden Rechtsgrundlagen. Über diese Vorgehensweise wird der Einstieg in die Ausführungen zur generellen Vorgehensweise des BND innerhalb seines ihm zugewiesenen Auftrags zur Auslandsaufklärung vereinfacht. Der BND erfüllt seinen Auslandsaufklärungsauftrag über den sog. „*Intelligence-Zyklus*“, der mit der „*Auftragsgestaltung durch die Bundesregierung*“ beginnt, mit den „*Prozessen der Sammlung und Auswertung*“ fortgesetzt wird und mit dem Prozess der „*Übermittlung*“ der hieraus gewonnenen Erkenntnisse endet. Anschließend wird auf den „*Grundsatz der Kontrolle*“ Bezug genommen, der sich auf den gesamten „*Intelligence-Zyklus*“ erstreckt. Der Schwerpunkt des vorliegenden Hauptabschnitts wird einerseits auf den „*Prozess der Sammlung*“, andererseits auf den „*Prozess der Auswertung*“ gelegt. Hierdurch soll der rechtlichen Verortung der SFÜ-Konstellationen (G 10-SFÜ, BNDG-SFÜ) ebenso Rechnung getragen werden, wie der aktuellen Auswertungspraxis des BND, die infolge des technischen Fortschritts zunehmend automatisiert abläuft.

Der *Hauptabschnitt C.* widmet sich dem „*historischen Rechtsrahmen der SFÜ*“. Einleitend wird der aktuelle Rechtsrahmen der G 10-SFÜ und der BNDG-SFÜ erläutert, um auf diesem Wege schon zu Beginn einen direkten Ansatzpunkt für die sich daran anschließenden historisch-rechtlichen Ausführungen zu besitzen. Die Untersuchung des historischen Rechtsrahmens untergliedert sich anschließend in drei epochale Unterabschnitte („*Nachkriegszeit*“, „*Kalter Krieg*“, „*Neuzeit*“). Im Rahmen dieser Unterabschnitte werden die jeweils vorherrschenden sicherheitspolitischen

Rahmenbedingungen ebenso untersucht, wie die aus Sicht des *Verfassers*, für die vorliegende Arbeit, bedeutsamen Gerichtsentscheidungen und Reformpakete, die den heutigen Rechtsrahmen der SFÜ maßgeblich beeinflusst und geprägt haben. Im Anschluss daran werden die bisherigen Erkenntnisse aus dem NSA-UA in Kurzform dargestellt, bevor abschließend auf die für die vorliegende Ausarbeitung wesentlichen Reformbestrebungen des kurz vor Abschluss der Arbeit veröffentlichten Gesetzesentwurfs des BKamts für ein Gesetz zur Regelung der Ausland-Ausland Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes Bezug genommen wird. Der *Verfasser* möchte mit dem *Hauptabschnitt C.* aufzeigen, dass die Grundlagen für den heutigen Rechtsrahmen der SFÜ schon durch die Vorgaben der alliierten Siegermächte in der unmittelbaren Nachkriegszeit gelegt wurden. Darüber hinaus soll aufgezeigt werden, dass die *technischen Fortschritte* und die sich *dynamisch entwickelnden internationalen Bedrohungsszenarien* in der Folgezeit ebenso Einfluss auf den Rechtsrahmen der SFÜ nahmen, wie die Rechtsentwicklungen rund um das *Recht auf die informationelle Selbstbestimmung*.

Der *Hauptabschnitt D.* beschäftigt sich abschließend mit der „*Grundrechtsrelevanz der rein auslandsbezogenen SFÜ*“ (BNDG-SFÜ). Vor dem Hintergrund der zunehmenden Ungebundenheit der TK-Verkehre und der extraterritorialen Ausrichtung der bundesnachrichtendienstlichen (strategischen) Überwachungsmaßnahmen soll hinterfragt werden, welchen Einfluss der technische Fortschritt auf der Schutzbereichs- und Eingriffsebene des Art. 10 GG besitzt. Untersucht wird darüber hinaus der Umfang der grundrechtlichen Bindungen des BND (Art. 10 GG) im Rahmen der rein auslandsbezogenen SFÜ. Ausgangspunkt ist hierbei die Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 1999 („*dritte Abhörentscheidung*“). In dieser stellte das BVerfG fest, dass schon ein Auslandsbezug grundsätzlich geeignet sein könne, gewisse Modifikationen und Differenzierungen staatlicher Grundrechtsbindungen im Ausland zu begründen („*Grundrechtsminderung*“). Es stellte hierfür zugleich spezifische Kriterien auf, mithilfe derer sich eine etwaig erforderlich werdende Minderung des innerstaatlichen Grundrechtsstandards rechtfertigen ließe. Im Rahmen des *Hauptabschnitts D.* überprüft der *Verfasser*, ob die durch das BVerfG aufgestellten Kriterien geeignet sind, eine lediglich abgeschwächte grundrechtliche Bindung des BND

im Rahmen der rein auslandsbezogenen SFÜ zu rechtfertigen. Darüber hinaus führt er mit dem „*Kriterium der bundesnachrichtendienstlichen Handlungseffektivität*“ ein weiteres Kriterium hinzu, dass jedenfalls potentiell geeignet erscheint, eine weitere „*Grundrechtsminderung*“ zu rechtfertigen. Unter Berücksichtigung der gefundenen Ergebnisse wird abschließend überprüft, ob ein gesetzgeberischer oder lediglich rechtspolitischer Handlungsbedarf vorhanden ist.

B. Auftrag Auslandsaufklärung

Der dem BND gesetzlich zugewiesene Auftrag zur Auslandsaufklärung ergibt sich unmittelbar aus der allgemeinen Auftragsnorm des § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG. Danach „sammelt er 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“. § 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG führt weiter aus, dass er hierzu auch „im Geltungsbereich des Gesetzes Informationen einschließlich personenbezogener Daten“ erheben darf.

Danach erfüllt der BND seinen Auslandsaufklärungsauftrag sowohl über Aufklärungsmaßnahmen im Inland als auch über Aufklärungsmaßnahmen im Ausland.¹ Er ist befugt seine ihm gesetzlich zugewiesenen Befugnisse auch auf grenzüberschreitende Sachverhaltskonstellationen anzuwenden.² Darüber hinaus besteht kein generelles Tätigkeitsverbot des BND im Inland, zum Zwecke der Auslandsaufklärung, Aufklärungsmaßnahmen zu ergreifen.³ Vielmehr verdeutlicht § 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG, dass Informationserhebungen selbstverständlich auch im Geltungsbereich des BNDG, also im Inland⁴ stattfinden.⁵ Die Aufklärungsmaßnahmen müssen jedoch stets dazu bestimmt sein, der außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnisgewinnung zu dienen.

Der nachfolgende Abschnitt soll dem Leser ein Grundverständnis von der bundesnachrichtendienstlichen Aufgabenwahrnehmung verschaffen. Hierzu ist in einem ersten Schritt der bundesnachrichtendienstliche Aufgabenbereich von den Aufgabenbereichen der Polizeibehörden und den sonstigen Nachrichtendiensten auf Bundesebene abzugrenzen (*B. I.*). Daran anschließend

¹ Vgl. Gusy, § 1 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 23, 43.

² Vgl. *Soiné*, in: *DöV* 5 (2006), S. 210; *Kment* (2010), S. 720; So auch schon *Walde*, der feststellte: „Es kann dem BND allenfalls die von ihm auch wahrgenommene Aufgabe zugestanden werden, ebenfalls im Inland Nachrichten über im Ausland liegende Aufklärungsziele abzuschöpfen oder Quellen dafür zu erschließen, soweit dies keinem hierzulande geltenden Recht entgegensteht“, *Walde* (1971), S. 84.

³ Vgl. *Gröpl* (1993), S. 227; jüngst *Lampe*, in: *NStZ* 7 (2015), S. 370.

⁴ Vgl. *Haedge* (1998), S. 217; *Gröpl*, in: *ZRP* 1 (1995), S. 15; *Rose-Stahl* (2006), S. 142.

⁵ Vgl. *Gröpl*, in: *ZRP* 1 (1995), S. 15.

werden die dem BND maßgeblich zur Verfügung stehenden Rechtsquellen und ihr Verhältnis zueinander erläutert (*B. II.*), um auf diesem Wege den Einstieg in den bundesnachrichtendienstlichen *Intelligence-Zyklus* zu vereinfachen.

Der *Intelligence-Zyklus* ebnet den Weg zur bundesnachrichtendienstlichen Erkenntnisgewinnung. Aus Rohinformationen in Gestalt von personen- und/oder sachbezogenen Daten werden kontextualisierte Informationen erzeugt, die bestenfalls zur Aktualisierung des bereits vorhandenen auslandsbezogenen außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Lagebildes führen und somit zur Erkenntnisgewinnung der BRD beitragen.

Prägend für den bundesnachrichtendienstlichen *Intelligence-Zyklus* sind die *Prozesse der Sammlung und Auswertung*. Ergänzt wird der *Intelligence-Zyklus* durch zahlreiche Übermittlungsbefugnisse, die eine Partizipation an der bundesnachrichtendienstlichen Auslandsaufklärung sowohl zugunsten innerstaatlicher als auch fremdstaatlicher Stellen gewährleisten sollen (*Prozess der Übermittlung*). Überlagert werden die zuvor benannten Prozesse durch den *Grundsatz der Kontrolle*, der einem Eigenleben der Behörde durch die Existenz unterschiedlicher Kontrollorgane mit unterschiedlichen Kontrollkompetenzen entgegenwirken soll. Sowohl die *Prozesse der Sammlung, Auswertung und Übermittlung* als auch der *Grundsatz der Kontrolle* werden im Abschnitt III (*B. III.*) näher erläutert. Abschließend folgt eine kurze Zusammenfassung der gefundenen Ergebnisse (*B. IV.*).

I. Kompetenzbereich Auslandsaufklärung

Die Konkretisierung des bundesnachrichtendienstlichen Auftrags zur Auslandsaufklärung macht es erforderlich, den *Kompetenzbereich der Auslandsaufklärung* von den Kompetenzbereichen der sonstigen innerstaatlichen Sicherheitsbehörden abzugrenzen.

1) Trennungsgebot

Für die kompetenzielle Abgrenzung der Nachrichtendienste von den Polizeibehörden gewinnt das *Trennungsgebot* eine entscheidende Bedeutung.

Zusammenfassend ausgedrückt soll dieses, über ein mehrdimensionales System der Abgrenzung, eine Kumulation von nachrichtendienstlichen Vorfeldaufgaben mit polizeilichen Exekutivbefugnissen verhindern, um der Entstehung eines allmächtigen Überwachungsstaates entgegen zu wirken.⁶ Die mehrdimensionale Trennung erfolgt über eine funktionelle, organisatorische⁷, befugnisrechtliche⁸, informationelle sowie personelle Abgrenzung.⁹ Für die vorzunehmende inhaltliche Eingrenzung der Auslandsaufklärung ist es indes ausreichend, die eng miteinander zusammenhängende funktionelle sowie befugnisrechtliche Trennung besonders hervorzuheben.¹⁰ Die Notwendigkeit einer befugnisrechtlichen Trennung zwischen den Nachrichtendiensten und den Polizeibehörden zeigt sich besonders deutlich, wenn man die zeitliche Komponente ihres Tätigkeitsfeldes berücksichtigt.

Die maßgebliche Aufgabe der Nachrichtendienste besteht in der „Vorfeldbeobachtung“¹¹ von im Rahmen ihres Aufklärungsauftrags relevanten Bestrebungen. Die Aufklärungstätigkeit setzt eine Gefahr für ein nachrichtendienstlich relevantes Rechtsgut insoweit nicht zwingend voraus. Gleichzeitig schließt eine konkrete Gefahr das aufklärende Tätigwerden der Nachrichtendienste nicht aus.¹² Das nachrichtendienstliche Tätigkeitsfeld betrifft somit neben der Gefahrenvorfeldbeobachtung auch die „Gefahrenabwehr“¹³, soweit nachrichtendienstlich relevante Rechtsgüter bedroht sind. Die Aufklärungskompetenz im Gefahrenvorfeld führt dazu, dass die tatbestandlichen Eingriffsbefugnisse der Polizeibehörden zum Zeitpunkt des Tätigwerdens der Nachrichtendienste regelmäßig noch nicht erfüllt sein

⁶ Vgl. *Nehm*, in: NJW 46 (2004), S. 3289.

⁷ Vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 BNDG.

⁸ Vgl. § 2 Abs. 3 BNDG.

⁹ Zu den Dimensionen der Trennung, vgl. *Gusy*, § 1 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 14.

¹⁰ Zum „*informationellen Trennungsprinzip*“, vgl. *B. III. 4) c)*.

¹¹ Für das BfV, vgl. *Roth*, § 1 BVerfSchG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 10; für den BND, vgl. *Gusy*, § 1 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 34; für den Militärischen Abschirmdienst (MAD), vgl. *Siems*, § 1 MADG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 10.

¹² So ist die G 10-SFÜ nach § 5 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 G 10 auch zum Zwecke der Begegnung der in Nr. 1 bis 8 normierten Gefahren zulässig ist.

¹³ *Gusy*, § 1 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 33.

werden und auch nicht erfüllt sein müssen.¹⁴ Die Nachrichtendienste sind insbesondere auch zu lediglich „verdachtsgenerierenden Aufklärungsmaßnahmen“ befugt. Ein bereits bestehender Verdacht ist nicht Voraussetzung bundesnachrichtendienstlicher Aufklärungsmaßnahmen, führt aber auch nicht zu deren Unzulässigkeit.

Durch seine überwiegend verdachtsgenerierende Tätigkeit leistet der BND einen entscheidenden Beitrag für die Entwicklung eines umfassenden bereichsspezifischen Lagebildes, das die Regierung und die Öffentlichkeit in die Lage versetzen soll, noch nicht vorliegende Gefahren rechtzeitig zu erkennen oder bereits bestehenden Gefahren in angemessener Weise zu begegnen.¹⁵ Darin erschöpft sich zugleich das generelle Tätigkeitsfeld der Nachrichtendienste. So ist es dem BND nach § 2 Abs. 3 Satz 1 BNDG verwehrt, rechtliche oder faktische Zwangsmittel¹⁶ im Rahmen seiner Aufgabenerfüllung anzuwenden. Das befugnisrechtliche *Trennungsgebot* gründet demnach auf der funktionellen Trennung zwischen Nachrichtendiensten und den Polizeibehörden und stellt somit die enge Verzahnung zwischen dem befugnisrechtlichen und dem funktionellen *Trennungsgebot* her.¹⁷ Die weitgefassten bundesnachrichtendienstlichen Aufklärungsbefugnisse im Gefahrenvorfeld dürfen somit grundsätzlich nicht durch Aspekte der polizeilichen Strafverfolgung geprägt sein.¹⁸

2) Verbot der Inlandsaufklärung

Aus dem aus § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG resultierenden bundesnachrichtendienstlichen Auftrag zur Auslandsaufklärung folgt aus einem Umkehrschluss das *Verbot zur Inlandsaufklärung*.

„Informationen, die weder für sich allein noch im Zusammenhang mit anderen Informationen von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung sind“, dürfen grundsätzlich nicht Gegenstand bundesnachrichtendienstlicher

¹⁴ Vgl. *Huber*, in: NJW 35 (2013), S. 2572.

¹⁵ Vgl. *Roth*, § 1 BVerfSchG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 5 m.w.N..

¹⁶ Vgl. *Gusy*, § 2 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 35.

¹⁷ Vgl. hierzu grundsätzlich auch *Gazeas* (2014), S. 57 ff.; *König* (2005), S. 32 ff.

¹⁸ Vgl. BVerfGE 100, 313 (370).

Auslandsaufklärung sein.¹⁹ Sachverhalte, Personen oder Vorgänge des innerstaatlichen politischen Geschehens der BRD scheiden selbst dann als bundesnachrichtendienstliche Aufklärungsziele aus, soweit diese in einem Zusammenhang mit Vorgängen von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung stehen.²⁰ In diesen Konstellationen sind die Zuständigkeitsbereiche des Bundesamtes für Verfassungsschutz (BfV) und des Militärischen Abschirmdienste (MAD) in ihrer Gestalt als primäre Funktionsträger für den Verfassungsschutz eröffnet, wobei das BfV dem zivilen Verfassungsschutz und der MAD dem militärischen Verfassungsschutz gegenüber verpflichtet ist. Der MAD übernimmt die Aufgaben einer Verfassungsschutzbehörde innerhalb der Bundeswehr^{21, 22} Aus der generellen Abgrenzung zwischen den auf innerstaatliche Geschehen fokussierten Verfassungsschutzbehörden²³ und dem auf Auslandskonstellationen ausgerichteten BND folgt, dass „Annexinformationen“, die auf eine bestimmte Art und Weise oder erst nach Ablauf eines nicht näher zu bestimmenden Zeitraums außen- und sicherheitspolitisch relevant werden könnten, nicht unbegrenzt erhoben werden dürfen.²⁴ Der außenpolitische Bezug muss im Rahmen der Aufklärungsmaßnahmen des BND vielmehr stets und eindeutig überwiegen.²⁵ In Anbetracht eines insofern eindeutig überwiegenden Auslandsbezuges der aufklärungsbedürftigen Sachverhaltskonstellationen ist es dem BND indes nicht verwehrt, die hierfür potentiell geeignet erscheinenden Aufklärungsmaßnahmen auch im Inland vorzunehmen. Ein Konkurrenzverhältnis zu den Verfassungsschutzbehörden entsteht einzig vor dem Hintergrund der inhaltlichen Ausrichtung der aufklärungsbedürftigen Sachverhaltskonstellationen, hingegen nicht vor dem Hintergrund des Aufklärungsortes.

¹⁹ So der Gesetzesentwurf der Bundesregierung für das BNDG, vgl. BT-Drs. 11/4306, S. 70.

²⁰ Vgl. BT-Drs. 11/4306, S. 70.

²¹ Vgl. *Siems*, § 1 MADG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 4.

²² Für eine nähere Bestimmung der Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden soll es vorliegend ausreichend sein, auf die Ausführungen von *Roth*, §§ 3, 4 BVerfSchG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 1 ff. und *Siems*, § 1 MADG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 1 ff. zu verweisen.

²³ Vgl. ergänzend hierzu jedoch die Ausführungen von *Gazeas* (2014), S. 136 ff. zur Auslandstätigkeit des MAD.

²⁴ Vgl. *Gusy*, § 1 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 43.

²⁵ Vorsichtiger *Gusy*, a. a. O., Rn. 43.

Die Informationssammlung des BND zugunsten der politischen Entscheidungsträger darf somit weder zum Zwecke der Verhütung, Verhinderung oder Verfolgung von Straftaten als solche, noch zum Zwecke der Aufklärung des innerstaatlichen Geschehens erfolgen.

II. Rechtsquellen der Auslandsaufklärung

Die Auslandsaufklärung des BND zeichnet sich durch eine parallele Anwendbarkeit unterschiedlicher Rechtsquellen aus. Das bundesnachrichtendienstliche Regelungssystem ist somit Teil eines schwer überschaubaren „Dickichts des bereichsspezifischen Datenschutzes“, das das allgemeine Datenschutzrecht des Bundes als zentrales Regelungsinstrument zunehmend aushöhlt.²⁶ Durch Querverweise, Subsidiaritäts- und Spezialitätsregelungen wird ein schneller Zugriff auf die für die Auslandsaufklärung relevanten Vorschriften erschwert.²⁷

Um ein rechtliches Verständnis für die bundesnachrichtendienstliche Praxis im Rahmen der Auslandsaufklärung entwickeln zu können, kommt es entscheidend darauf an, die die Auslandsaufklärung des BND prägenden Rechtsvorschriften und ihr Verhältnis zueinander darzustellen. Es handelt sich insbesondere um das Bundesnachrichtendienstgesetz (BNDG), das Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (G 10), das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) sowie das Bundesverfassungsschutzgesetz (BVerfSchG).²⁸

²⁶ Vgl. *Bergmann/Möhrle/Herb*, Datenschutzrecht - Kommentar (2014), Ziff. 4-4.1.2; verweisend BT-Drs. 17/8999, S. 32; hinweisend *Schmidt*, § 1 BDSG in: *Taeger/Gabel* (Hrsg.) (2013), Rn. 3 m.w.N.

²⁷ Feststellend auch *Kornblum* (2011), S. 63.

²⁸ Für die technisch organisatorische Umsetzung von SFÜ-Maßnahmen ist darüber hinaus die TKÜV von Bedeutung. Da diese dem BND aber keine eingriffsrelevanten Befugnisse erteilt, wird vorliegend auf eine gesonderte Hervorhebung verzichtet werden. Vgl. hierzu jedoch die Ausführungen zur praktischen Umsetzung G 10-SFÜ, unten *C. I. 1) c*).

1) Subsidiarität des BDSG

Der Zweck des BDSG besteht nach § 1 Abs. 1 BDSG darin, den Einzelnen davor zu schützen, dass er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird. Den allgemeinen Begriff „Persönlichkeitsrecht“ des § 1 Abs. 1 BDSG gilt es dabei spätestens seit dem „Volkszählungsurteil“²⁹ des BVerfG in Richtung des Schutzes des informationellen Selbstbestimmungsrechts aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG zu konkretisieren.³⁰ Die aus dem BDSG resultierenden Anforderungen für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten „konkretisieren und aktualisieren den Schutz der Grundrechte“³¹, insbesondere den Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts. Das Ziel einer im Rahmen von Datenverarbeitungsvorgängen stattfindenden Auslegung hat der verbindliche Schutz des Persönlichkeitsrechts in Form des informationellen Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen zu sein. Dabei ist die Annahme, dass dieses Ziel einzig auf der Grundlage eines zentralen Datenschutzgesetzes des Bundes (BDSG) bewerkstelligt werden kann, seit einiger Zeit der Erkenntnis gewichen, dass sich ein umfassender Persönlichkeitsschutz nur anhand bereichsspezifischer Regelungen gewährleisten lässt, die für die Betroffenen in erkennbarer und klarer Weise diese betreffenden Datenverarbeitungsvorgänge regeln.³²

In diesem Sinne regelt § 1 Abs. 3 BDSG die Subsidiarität des BDSG, soweit andere Rechtsvorschriften des Bundes auf personenbezogene Daten einschließlich deren Veröffentlichung anwendbar sind. Vorgehende Rechtsvorschriften sind solche Rechtsquellen des Bundes, die sich auf personenbezogene Daten beziehen.³³ Darunter ist auch das die Auslandsaufklärung betreffende bundesnachrichtendienstliche Fachgesetz (BNDG) zu subsumieren, dass über § 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG die §§ 2 bis 6 und 8 bis 11 BNDG in Fällen für anwendbar erklärt, in denen im Geltungsbereich

²⁹ BVerfGE 65, 1 ff.

³⁰ Vgl. *Bergmann/Möhrle/Herb*, Datenschutzrecht - Kommentar (2014), § 1 BDSG Rn. 7; ebenso *Simitis*, § 1 BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), Rn. 25.

³¹ *Simitis*, a. a. O. Rn. 28.

³² Vgl. *Simitis*, a. a. O. Rn. 23; *Simitis*, Einleitung BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), Rn. 32.

³³ Vgl. *Bergmann/Möhrle/Herb*, Datenschutzrecht - Kommentar (2014), § 1 BDSG Rn. 24.

des BNDG Informationen einschließlich personenbezogener Daten erhoben werden. Voraussetzung des Anwendungsvorrangs dieser Vorschriften ist das Vorliegen von Tatbestandskongruenz,³⁴ d.h. das BDSG ist nur insoweit subsidiär, als dass die erwähnten Normen der §§ 2 bis 6 und 8 bis 11 BNDG nach einem inhaltlichen Vergleich mit den Normen des BDSG abweichende Regelungen für den exakt gleichen Sachverhalt aufweisen.³⁵

Angesichts dessen ist im Rahmen des BNDG die Besonderheit zu beachten, dass § 11 BNDG die Geltung der §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1, 4 Abs. 2 und 3, 4b und 4c sowie die §§ 10 und 14 und 13 bis 20 BDSG bei der Erfüllung der Aufgaben des BND ausdrücklich ausschließt. Auf die Subsidiaritätsklausel des BDSG kommt es insofern nicht an.³⁶ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass das BNDG Spezialvorschriften für den Umgang mit personenbezogenen Daten für den BND enthält, die den in § 11 BNDG benannten Vorschriften des BDSG bei der Aufgabenerfüllung des BND nach § 1 Abs. 2 BNDG ausdrücklich vorgehen.³⁷ Demgegenüber bleiben die in § 11 BNDG unerwähnt gebliebenen Regelungen des BDSG anwendbar. Daraus folgt insbesondere auch die Anwendbarkeit der Subsidiaritätsregelung des § 1 Abs. 3 BDSG für alle weiteren Konkurrenzfälle zwischen dem BNDG und dem BDSG. In solchen Fällen ist im Einzelfall stets über die Anwendbarkeit der BDSG-Regelungen zu entscheiden. Anwendbar bleiben namentlich weiterhin § 3 BDSG (Legaldefinitionen der wichtigsten datenschutzrechtlichen Begriffe), § 3a BDSG (Grundsatz der Datenvermeidung und Datensparsamkeit) und § 4 Abs. 1 BDSG (verfassungsrechtlich gebotener Gesetzesvorbehalt für Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung).³⁸

Das BNDG ist gegenüber dem BDSG demnach *lex specialis* soweit die bundesnachrichtendienstlichen Regelungen im Vergleich zu den Regelungen des BDSG hinsichtlich eines identischen Sachverhalts zu unterschiedlichen

³⁴ Vgl. *Schmidt*, § 1 BDSG in: *Taeger/Gabel* (Hrsg.) (2013), Rn. 34.

³⁵ Vgl. *Dix*, § 1 BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), Rn. 170.

³⁶ Vgl. *Schmidt*, § 1 BDSG in: *Taeger/Gabel* (Hrsg.) (2013), Rn. 36; *Dix*, § 1 BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), Rn. 160.

³⁷ Für die vergleichbare Regelung im BVerfSchG, vgl. *Mallmann*, § 27 BVerfSchG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014)

³⁸ Überblick bei *Mallmann*, a. a. O., Rn. 7 ff; vgl. auch *Gusy*, § 2 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 28.

Ergebnissen kommen und die bereichsspezifische Regelung des BNDG in verfassungskonformer Art und Weise das Recht auf informationelle Selbstbestimmung einschränkt.³⁹ Per Gesetz ausdrücklich festgelegt ist der Anwendungsvorrang für die in § 11 BNDG genannten bundesdatenschutzrechtlichen Regelungen. In allen anderen Fällen bleibt es bei der Anwendbarkeit des BDSG⁴⁰, das diesbezüglich als Interpretationshilfe für die Auslegung der bundesnachrichtendienstlichen Regelungen heranzuziehen ist⁴¹.

2) Spezialität des G 10

Nach § 1 G 10 ist der BND berechtigt zu den in § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 G 10 genannten Zwecken die TK zu überwachen und aufzuzeichnen. Hiervon umfasst ist auch die Befugnis, die TK mittels der SFÜ verdachtsunabhängig zu kontrollieren (§ 5 G 10), d.h. die jeweiligen Telekommunikationsbeziehungen (TK-Beziehungen) im Gefahrenvorfeld anhand von vorher festgelegten Suchbegriffen zu überwachen.

Die erwähnten Beschränkungsmaßnahmen sind verbunden mit einem Eingriff in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 GG. Ein solcher untersteht nach Art. 10 Abs. 2 Satz 1 G 10 dem einfachen Gesetzesvorbehalt. Das G 10 stellt für die nachrichtendienstlichen Sicherheitsbehörden das einen solchen Eingriff rechtfertigende Gesetz dar, soweit die Voraussetzungen des G 10 vorliegen und der Eingriff die Grenzen der Verhältnismäßigkeit nicht überschreitet. Überwacht der BND zu den in § 1 Abs. 2 Nr. 1 und 2 G 10 genannten Zwecken die TK und greift hiermit in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG ein, so kann die erforderliche Ermächtigungsgrundlage für den Eingriff demnach allein im G 10 gefunden werden. Das G 10 erfüllt in diesem Sinne eine *lex specialis*-Funktion gegenüber dem BNDG.⁴² Verdeutlicht wird dies durch die im Rahmen des BNDG überwiegend fehlende Zitierung des Art. 10 GG als eingeschränktes Grundrecht. Lediglich die §§ 2a Satz 5, 2b Satz 3

³⁹ Zu letzterem ausführlich *Dix*, § 1 BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), Rn. 171.

⁴⁰ Vgl. *Dix*, a. a. O., Rn. 171; *Schmidt*, § 1 BDSG in: *Taeger/Gabel* (Hrsg.) (2013), Rn. 35.

⁴¹ Vgl. *Gusy*, § 2 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 5.

⁴² Vgl. auch *Huber*, § 1 G 10 in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 1.

BNDG erwähnen Art. 10 GG als das durch die besonderen Auskunftverlangen tangierte Grundrecht. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass alle weiteren auf das BNDG gestützten Maßnahmen⁴³ nicht in den Schutzbereich des Art. 10 GG eingreifen dürfen. Hierfür regelt das G 10 im Grundsatz abschließend die bestehenden bundesnachrichtendienstlichen Befugnisse.⁴⁴

Unter Berücksichtigung dieser Erkenntnisse könnten bundesnachrichtendienstliche SFÜ-Maßnahmen auf Grundlage des BNDG ausschließlich aus der Erwägung heraus erfolgen, dass hiermit kein grundrechtsrelevanter Eingriff in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG begründet wird.

3) BVerfSchG als Stammgesetz

Die ausdrückliche Hervorhebung des BVerfSchG im Rahmen der für den BND relevanten Rechtsgrundlagen irritiert zunächst, da es sich bei dem BVerfSchG, im Grundsatz nach, ausschließlich um ein die Aufgabenerfüllung des BfV betreffendes Fachgesetz handelt, das neben dem BNDG und dem Gesetz über den Militärischen Abschirmdienst (MADG) die gesetzlich vorgesehene administrative Dreiteilung der Nachrichtendienste⁴⁵ vervollständigt. Aus der aufgabenbezogenen Dreiteilung der Nachrichtendienste folgt weiter, dass im Verhältnis zwischen dem BNDG und dem BVerfSchG keines dieser Gesetze zurücktritt bzw. vorgeht, sondern beide Gesetze für die Aufgabenerfüllung der jeweiligen Behörde uneingeschränkt nebeneinander anwendbar bleiben.

Das BVerfSchG gewinnt über eine Vielzahl an Querverweisen für den BND dennoch eine übergeordnete Bedeutung.⁴⁶ Auffällig ist hierbei, dass das BVerfSchG teilweise gleichlautende Formulierungen verwendet,⁴⁷ die zu beachtenden tatbestandlichen Voraussetzungen aber zugleich wesentlich

⁴³ Insbesondere der Einsatz sog. nachrichtendienstlicher Mittel (nd-Mittel) gem. § 3 BNDG.

⁴⁴ Vgl. *Huber*, a. a. O., Rn. 1 m.w.N.; ebenso *Gusy*, § 2 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 6 und 17.

⁴⁵ Vgl. *Gusy*, Vorbemerkung BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 8.

⁴⁶ Vgl. z.B. § 3 BNDG mit Verweis auf die §§ 8 Abs. 2, 9, 9a und 9b BVerfSchG; § 7 BNDG mit Verweis auf § 15 BVerfSchG.

⁴⁷ Siehe u.a. die Formulierung von 2 Abs. 1 BNDG im Vergleich zu § 8 Abs. 1 Satz 1 BVerfSchG.

ausführlicher umschreibt. Die Verweisteknik des BNDG lässt das BVerfSchG vor diesem Hintergrund als eine Art „*Stammgesetz*“⁴⁸ erscheinen, an dessen rechtlicher Ausgestaltung sich sowohl das BNDG als auch das MADG in vielen Fällen orientieren. Dies sorgt dafür, dass der Umfang der dem BND tatsächlich zustehenden Befugnisse unter ausschließlicher Berücksichtigung des BNDG mitunter nur schwer nachzuvollziehen ist.

4) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass für die Tätigkeit des BND an erster Stelle das BNDG von Bedeutung ist. Die zentrale Aufgabennorm des § 1 Abs. 2 BNDG bezieht sämtliche Aufklärungsmaßnahmen, unabhängig von ihrer jeweiligen Rechtsgrundlage, auf die außen- und sicherheitspolitisch bedeutsame Erkenntnisgewinnung zugunsten der politischen Entscheidungsträger. In diesem Sinne verweist § 1 Abs. 1 Nr. 2 G 10 darauf, dass die G 10-SFÜ nur im Rahmen der bundesnachrichtendienstlichen Aufgabenerfüllung i.S.d. § 1 Abs. 2 BNDG erfolgen darf. Das BNDG stellt danach das zentrale Fachgesetz für die Durchführung von bundesnachrichtendienstlichen Eingriffsmaßnahmen dar. Bei diesen handelt es sich wegen des Schwerpunktes der bundesnachrichtendienstlichen Tätigkeit im Bereich der Datenerhebung und Datenverarbeitung in der Regel um Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Das G 10 regelt als *lex specialis*-Gesetz die bundesnachrichtendienstlichen Befugnisse zur Vornahme von TKÜ-Maßnahmen, soweit diese mit einem Eingriff in Art. 10 GG verbunden sind. Die Anwendbarkeit des BDSG wird nur für die in § 11 BNDG genannten Regelungen ausgeschlossen. Alle weiteren Regelungen des BDSG hat der BND im Rahmen seiner Aufgabenerfüllung zu beachten, soweit die bundesdatenschutzrechtlichen Regelungen ihrem Regelungsgegenstand nach auf Wesen und Tätigkeit des BND anwendbar sind.⁴⁹ Weitere Rechtsquellen finden im Rahmen der Aufgabenerfüllung des BND nur insoweit Anwendung,

⁴⁸ Gusy, a. a. O., Rn. 8.

⁴⁹ Nicht anwendbar sind insbesondere die Regelungen des dritten Abschnitts des BDSG über die Datenverarbeitung nicht-öffentlicher Stellen und öffentlich-rechtlicher Wettbewerbsunternehmen.

als dass in den einschlägigen Regelungen ausdrücklich auf diese verwiesen wird. Besonders häufig wird in diesem Sinne auf die entsprechende Anwendbarkeit der Regelungen des BVerfSchG verwiesen, das sich vor diesem Hintergrund als „*Stammgesetz*“ des Nachrichtendienstrechts ansehen lässt.

III. Intelligence-Zyklus

Die vorherigen Ausführungen zeigten, dass der BND im Gefüge der Bundesverwaltung als einzige Stelle zur Auslandsaufklärung befugt ist. Die hierfür zur Verfügung stehenden Rechtsgrundlagen und Handlungsinstrumente ergeben sich primär aus dem BNDG und dem G 10.

Das zentrale Anliegen der bundesnachrichtendienstlichen Auslandsaufklärung besteht darin, den politischen Auftraggebern Entscheidungshilfen für die Planung und den Vollzug der Außenpolitik der BRD zu liefern. Der BND sammelt gemäß der allgemeinen Aufgabennorm des § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG hierfür Erkenntnisse über das Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die BRD sind. Anschließend berichtet der BND dem Bundeskanzleramt und den Bundesministerien im Rahmen ihrer Zuständigkeiten über seine Tätigkeit⁵⁰ und trägt somit unmittelbar zum Prozess der Urteils- und Entschlussbildung der politischen Führung bei.⁵¹ Der generelle Auftrag des BND zielt somit auf die *Sammlung*, *Auswertung* und *Übermittlung* von Informationen, um hierdurch bestenfalls einen maßgeblichen und wirklichkeitsgetreuen Beitrag zur Entscheidungshilfe der bundesdeutschen Außenpolitik zu leisten.⁵² Im nachrichtendienstlichen Fachjargon werden diese Prozesse zusammenfassend als *Intelligence-Zyklus* bezeichnet.⁵³

Erweitern lässt sich der *Intelligence-Zyklus* im Bereich der Übermittlungsbefugnisse dahingehend, dass die *Übermittlung* nicht nur in

⁵⁰ Vgl. § 12 BNDG.

⁵¹ Vgl. Rieger (1986), S. 31; Walde (1971), S. 81; Wessel, in: Beiträge zur Konfliktforschung 2 (1985), S. 11.

⁵² Vgl. Daun (2011), S. 57.

⁵³ Vgl. Daun, a. a. O.; Blancke (2006), S. 19; Walde (1971), S. 19; Pfaff (2005), S. 44; vgl. auch schon die beschreibende Definition unter B.

Richtung der unmittelbar beauftragenden innerstaatlichen Bedarfsträger, sondern auch in Richtung sonstiger in- und ausländischer Stellen erfolgen kann. Überlagert wird der bundesnachrichtendienstliche *Intelligence-Zyklus* durch den *Grundsatz der Kontrolle* bundesnachrichtendienstlicher Aufklärungstätigkeit. Vor dem Hintergrund einer überwiegend verdeckt stattfindenden Auslandsaufklärung und der damit nur sehr eingeschränkt zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten der betroffenen Personen und Institutionen kommt dem *Grundsatz der Kontrolle* eine übergeordnete Bedeutung zu.

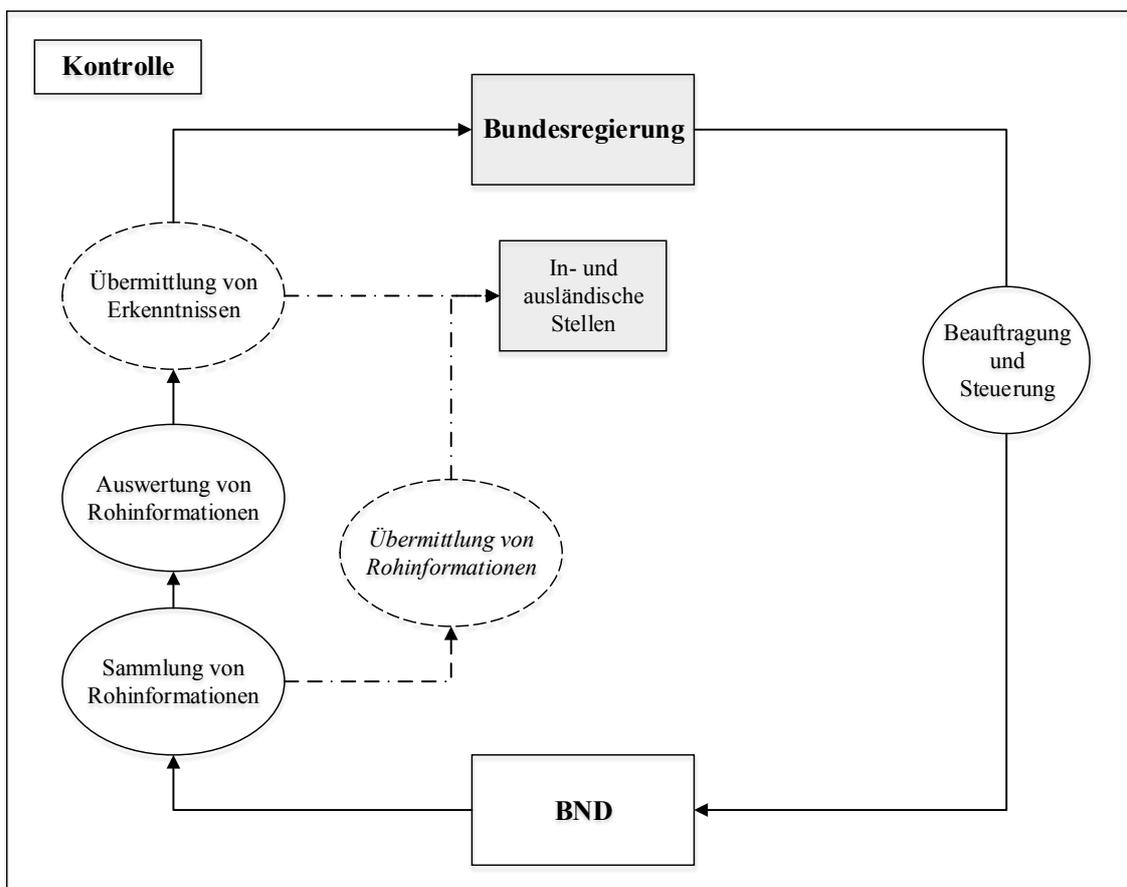


Abbildung 1: Erweiterter bundesnachrichtendienstlicher Intelligence-Zyklus
(Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an die Darstellung des BND)⁵⁴

1) Auftragsgestaltung durch die Bundesregierung

Für eine angemessene Ausrichtung ihrer Außen- und Sicherheitspolitik ist die Bundesregierung auf fundierte und aktuelle Informationen angewiesen, die sich

⁵⁴ In Anlehnung an die Darstellung des BND, vgl. BND (2014), S. 14.

vor dem Hintergrund eines bereits bestehenden Lagebildes bestenfalls zu neuen Erkenntnissen verdichten und somit zur Anpassung künftiger außen- und sicherheitspolitischer Entscheidungen beitragen. Die Bundesregierung erhält die hierzu notwendigen Erkenntnisse unter anderem über ihre Ministerien, die Medien, wissenschaftliche Einrichtungen oder sonstige Stellen. Hinsichtlich bestimmter regionaler und thematischer Interessensfelder genügt die allein rezeptive Erkenntnisgrundlage oftmals jedoch nicht den Anforderungen, die an den überaus sensiblen Bereich der außen- und sicherheitspolitischen Entscheidungsfindung gestellt werden.⁵⁵ Der BND trägt daher ergänzend, mittels operativ und technisch gewonnener Daten sowie einer integrierten, ressortübergreifenden Analyse⁵⁶ dazu bei, dass über die verschiedenen Medien erzeugte außen- und sicherheitspolitische Lagebild zu überprüfen und soweit erforderlich zu ergänzen⁵⁷. Der BND fungiert somit als „Frühwarninstrument für die politischen Entscheidungsträger“⁵⁸ und unterstützt die außen- und sicherheitspolitische Urteils- und Entschlussbildung der politischen Führung.⁵⁹

Die den operativen Aufklärungsmaßnahmen zu Grunde liegenden Aufklärungsanforderungen in Form der regionalen und thematischen Aufklärungsschwerpunkte werden durch die Bundesregierung in Gestalt des Chefs des Bundeskanzleramtes (BKamt) festgelegt.⁶⁰ Zusammen mit dem Leiter der Abteilung 6 des Bundeskanzleramtes („Koordinator für die Nachrichtendienste“) koordiniert er die Aufklärungswünsche der interessierten Ressorts (insb. Auswärtiges Amt, Bundesministerium des Innern, Verteidigung, wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung) und übermittelt diese über lang-, mittel- und kurzfristige Anforderungsprofile als Aufklärungsauftrag an den BND.⁶¹ Von besonderer politischer Bedeutung ist das langfristige, alle vier bis fünf Jahre neu formulierte und streng geheime, Auftrags- und Interessenprofil der Bundesregierung (APB), das als bundesnachrichtendienstlicher Beschaffungsauftrag die konkreten und nach

⁵⁵ Vgl. BND, a. a. O., S. 14.

⁵⁶ Vgl. *Wieck* in: *Eberwein/Kaiser* (Hrsg.) (1998), S. 47.

⁵⁷ Vgl. *Wessel*, in: *Beiträge zur Konfliktforschung* 2 (1985), S. 6.

⁵⁸ *Klocke*, in: *ES & T* 10 (2012), S. 16.

⁵⁹ Vgl. *Wessel*, in: *Beiträge zur Konfliktforschung* 2 (1985), S. 11.

⁶⁰ Vgl. *Wieck* in: *Eberwein/Kaiser* (Hrsg.) (1998), S. 50.

⁶¹ Vgl. *Wieck*, a. a. O., S. 51.

Prioritäten geordneten regionalen und thematischen Aufklärungswünsche der Ressorts enthält.⁶² Daneben werden die bundesnachrichtendienstlichen Aufklärungsanforderungen mittel- und kurzfristig an die Interessen der Bundesregierung angepasst und laufend fortgeschrieben.⁶³ Nach eigenem Bekunden gehören zu den zentralen bundesnachrichtendienstlichen Aufklärungszielen aus regionaler Sicht derzeit der Nahe und Mittlere Osten, Nordafrika sowie West- und Zentralasien, aus thematischer Sicht vor allem die Proliferation und der internationale Terrorismus.⁶⁴ Neben die in formalisierter Form vorliegenden Aufklärungsanforderungen treten teilweise auch sog. „Ad-hoc-Aufklärungsaufträge“⁶⁵, die ohne Umweg über das Bundeskanzleramt auf direktem Wege von der Leitungsebene der Ressorts an den BND übermittelt werden.⁶⁶

Als übergeordnete Grundvoraussetzung müssen die an den BND herangetragenen Aufklärungswünsche der *„außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnisgewinnung der Bundesrepublik Deutschland (BRD)“* dienen. Das gilt abschließend sowohl für (strategische) Überwachungsmaßnahmen, die auf Grundlage des BNDG durchgeführt werden (BNDG-SFÜ), als auch für (strategische) Überwachungsmaßnahmen, die auf Grundlage des G 10 durchgeführt werden (G 10-SFÜ).⁶⁷ Die G 10-SFÜ ist darüber hinaus ausschließlich zur Erkenntnisgewinnung auf den in § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 bis 8 G 10 näher bezeichneten Themenfeldern zulässig. Der Verweis des § 5 Abs. 1 Satz 1 G 10 auf § 1 G 10 verdeutlicht, dass auch die Durchführung der G 10-SFÜ in den Fällen des § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 bis 8 G 10 im Rahmen der außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnisgewinnung der BRD zu erfolgen hat.⁶⁸

⁶² Vgl. *Daun* in: *Jäger/Daun* (Hrsg.) (2009), S. 61; *Gazeas* (2014), S. 145-146.

⁶³ Vgl. *Daun* in: *Jäger/Daun* (Hrsg.) (2009); Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/28, NSA-UA, S. 10.

⁶⁴ Vgl. BND (2014), S. 15-16.

⁶⁵ *Wieck* in: *Eberwein/Kaiser* (Hrsg.) (1998), S. 51.

⁶⁶ Vgl. *Wieck*, a. a. O., S. 51; *Daun* in: *Jäger/Daun* (Hrsg.) (2009), S. 61.

⁶⁷ Vgl. insoweit den Verweis des § 1 Abs. 1 Nr. 2 G 10 auf die bundesnachrichtendienstliche Aufgabennorm (§ 1 Abs. 2 BNDG).

⁶⁸ Soweit der Gesetzgeber in § 1 Abs. 1 Nr. 2 G 10 den § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 G 10 („bewaffneter Angriff auf die BRD“) nicht erwähnt, ist dies auf die Gesetzeshistorie zurückzuführen. Der Gesetzgeber sah es als erforderlich an klarzustellen, dass sich auch die

Angesichts dessen stellt sich die Frage nach dem Bedeutungsumfang der „außen- und sicherheitspolitischen Belange der BRD“.

a) Erkenntnisse von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung

Nach einem grundlegenden Begriffsverständnis umfasst der Terminus „*außen- und sicherheitspolitische Bedeutung*“ sowohl den „Staats- als auch den Verfassungsschutz“.⁶⁹ Außen- und sicherheitspolitisch bedeutsam sind somit sämtliche Informationen, die für den Erhalt der „freiheitlichen demokratischen Grundordnung“ und des „Bestandes und der Sicherheit des Bundes oder eines Landes“ erforderlich sind.⁷⁰ Von bundesnachrichtendienstlicher Relevanz sind insbesondere Informationen, die sich gegen die zentralen Wertentscheidungen des Grundgesetzes richten.⁷¹ Darüber hinaus geht es um Informationen, die die eigenständige Handlungsfähigkeit der BRD in Frage stellen⁷², indem sie auf politisch bestimmte, ziel- und zweckgerichtete Verhaltensweisen verweisen, die darauf gerichtet sind, die Freiheit der BRD aufzuheben, ihre staatliche Einheit zu beseitigen oder ein zu ihm gehörendes Gebiet abzutrennen.⁷³ Umfasst sind auch Informationen, die Rückschlüsse auf Beeinträchtigungen der äußeren Sicherheit der BRD zulassen, indem sich Bestrebungen im Ausland, insbesondere auf die Sicherheit des friedlichen und freien Zusammenlebens der Bürger auswirken oder die Funktionsfähigkeit bundesdeutscher Einrichtungen in Frage stellen.⁷⁴ Bedeutsam sind danach Informationen „über auch abstrakte Gefahren, die von außen auf die BRD

nachträglich eingefügten Aufklärungsziele der Nr. 2 bis 8 dem Kompetenztitel des BND (Art. 73 Nr. 1 GG) zuordnen lassen. Für § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 G 10 wird dies als selbstverständlich erachtet.

⁶⁹ Für eine synonyme Verwendung der Begriffe, vgl. *Werthebach/Droste*, Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.) (1998), Rn. 164; ohne Differenzierung auch *Gusy*, § 1 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 27, auf die überwiegende Identität der umfassten Schutzgüter verweisend auch *König* (2005), S. 30.

⁷⁰ Zu den Schutzgütern im Einzelnen, vgl. *Werthebach/Droste*, Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.) (1998), Rn. 171 ff.

⁷¹ Zu den Wertentscheidungen, vgl. BVerfGE 2, 1 (12 ff.); für eine einfachgesetzliche Begriffsbestimmung, § 4 Abs. 2 BVerfSchG.

⁷² Zum Schutzgut „Bestand des Bundes oder eines Landes“, vgl. *Uhle*, Art. 73 GG in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), Rn. 243.

⁷³ Vgl. die einfachgesetzliche Begriffsbestimmung in § 4 Abs. 1 Satz 1 lit. a) BVerfSchG.

⁷⁴ Zum Schutzgut „Sicherheit des Bundes oder eines Landes“, vgl. *Uhle*, a. a. O., Rn. 244.

zukommen und deren Abwehr deshalb ein kompetentes Handeln auf der Ebene des Bundes, d.h. der Bundesregierung, erfordert⁷⁵.

Darüber hinaus bezieht sich der bundesnachrichtendienstliche Aufklärungsauftrag auf Sachverhaltskonstellationen, die die Souveränität, Handlungsbereitschaft und Handlungsfähigkeit der BRD nach außen beeinträchtigen können.⁷⁶ Über den Verweis auf die außenpolitische Bedeutsamkeit der Informationen werden auslandsbezogene Sachverhalte aufklärungsfähig, die keine Gefahr für die äußere Sicherheit des Staates darstellen, gleichwohl aber die Handlungsfähigkeit der BRD nach außen in bedeutsamen Umfang beeinträchtigen. Auf die Aspekte der Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit ausländischer Handlungen kommt es für die Auslegung der „außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Belange der BRD“ nicht an.⁷⁷ Der Auslandsaufklärung unterliegen somit grundsätzlich auch „wirtschaftspolitische Vorgänge“ im Ausland,⁷⁸ soweit diese geeignet sind, die außenpolitischen Handlungsbedingungen der BRD in bedeutendem Maße zu beeinträchtigen.⁷⁹

b) Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen

Der Terminus „außen- und sicherheitspolitische Bedeutung für die BRD“ überlässt dem BND einen weiten Beurteilungsspielraum. Lediglich im Rahmen der in § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 bis 8 G 10 ausdrücklich geregelten Aufklärungszwecke zur G 10-SFÜ wird der Terminus im Rahmen des Möglichen⁸⁰ inhaltlich näher konkretisiert. Die „Unterbestimmtheit“ der bundesnachrichtendienstlichen Auftragsnorm ist einerseits der Konsequenz geschuldet, einem effizient arbeitenden Nachrichtendienst die notwendige Flexibilität zuzubilligen, andererseits ist sie auf die dynamisch geprägte

⁷⁵ Zur „Sicherheitspolitik“ der BRD, vgl. *Werthebach/Droste*, Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.) (1998), Rn. 268.

⁷⁶ Vgl. *Gusy*, § 1 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 28.

⁷⁷ Vgl. *Gusy*, a. a. O., Rn. 32.

⁷⁸ Vgl. *Werthebach/Droste*, Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.) (1998), Rn. 269; *Gusy*, § 1 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 29.

⁷⁹ Beispiele bei *Gusy*, a. a. O., Rn. 29.

⁸⁰ Zu den nachrichtendienstlichen Besonderheiten im Rahmen der Bestimmtheit grundrechtsrelevanter Eingriffsnormen, vgl. *D. III. 2) a)*.

Werteordnung des Staates und die sich stetig wandelnden internationalen Bedrohungsszenarien zurückzuführen.⁸¹

Eine auf diese Gesichtspunkte gerichtete Reaktion zeigte der Gesetzgeber erstmals im Jahre 1994, als er die Befugnisse zur strategischen Überwachung im Rahmen des Verbrechensbekämpfungsgesetzes („VerbrBekG“)⁸² an die sich gewandelten internationalen Bedrohungsszenarien nach Beendigung des *Kalten Krieges* anpasste und den Einsatz der G 10-SFÜ fortan auch zu kriminalitätsgeprägten Zwecken zuließ, die die Existenz des Staates oder seiner Ordnung regelmäßig nicht in derselben elementaren Weise beeinträchtigten, wie es im Rahmen des ursprünglichen Aufklärungszwecks „bewaffneter Angriff auf die BRD“ (§ 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 G 10) regelmäßig der Fall gewesen war. Das BVerfG hielt die Befugnisweiterungen im Rahmen seiner „*dritten Abhörentscheidung*“ überwiegend für unbedenklich.⁸³ Das Sicherheitsverständnis der BRD, das zwischen Beendigung des zweiten Weltkrieges und dem Fall der Mauer nahezu unverändert auf die Verhinderung einer erneuten militärischen Auseinandersetzung zielte, war mit Beendigung des Kalten Krieges und der sich neu entwickelnden Bedrohungsszenarien schlagartig einem Wandel ausgesetzt, der sowohl von dem deutschen Gesetzgeber als auch vom BVerfG anerkannt und berücksichtigt wurde. Die „*Verfassungsschutzreform*“ aus dem Jahre 2015 bestätigt die moderne sicherheitspolitische Ausrichtung der Auslandsaufklärung durch die Erweiterung des strategischen G 10-Aufklärungskatalogs um § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 8 G 10 (Cybergefahr) erneut.⁸⁴ Die bundesnachrichtendienstliche Auslandsaufklärung umfasst somit nicht mehr nur die unverändert bestehenden Interessen nach einem „Staats- und Verfassungsschutz“ in dem zuvor bezeichneten Umfang, sondern ist generell und darüber hinausgehend auf den *Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen* der BRD zu beziehen.⁸⁵

⁸¹ Zu letzterem auch *Lampe*, in: *NStZ* 7 (2015), S. 363.

⁸² Vgl. hierzu *C. II. 3) b)*.

⁸³ Vgl. hierzu *C. II. 3) c)*.

⁸⁴ Vgl. hierzu *C. II. 3) h)*.

⁸⁵ Vgl. insofern auch das Eckpunktepapier der SPD für eine grundlegende Reform der SFÜ, SPD-Bundestagsfraktion (2015), S. 10.

Dieses Begriffsverständnis wird der modernen Ausrichtung nachrichtendienstlicher Aufklärungsmaßnahmen eher gerecht, als die differenzierende Bezugnahme der außen- und sicherheitspolitischen Belange der BRD, zumal eine klare und sichere Unterscheidung zwischen außen- und sicherheitspolitischen Erwägungen immer schwieriger wird.⁸⁶ Der Einsatz der SFÜ ist nach alldem grundsätzlich auch zu rein sicherheitspolitischen Zwecken der BRD, die keine aktuelle Gefahr für den „Staats- und Verfassungsschutz“ darstellen, für zulässig zu erachten. Aufklärungsfähig sind demnach unter anderem auch politische Krisen wie sie derzeit in der Ukraine oder in Syrien vorhanden sind.

Trotz der aus § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG resultierenden Begrenzung der bundesnachrichtendienstlichen Auslandsaufklärung auf Sachverhalte, die eine außen- und sicherheitspolitische Bedeutung für die BRD besitzen, besitzt der BND somit im Grundsatz ein weitgefasstes Aufklärungsfeld,⁸⁷ das neben der Aufklärung zum Zwecke eines unverändert und dauerhaft zu wahrenden „Staats- und Verfassungsschutzes“ auch darüber hinaus gehende *Aufklärungskonstellationen aus allgemeinem sicherheitspolitischem Interesse* umfasst.

2) Prozess der Sammlung

Der *Prozess der Sammlung* wird durch das von der Bundesregierung vorgegebene APB maßgeblich beeinflusst. Neben den regionalen und thematischen Aufklärungsschwerpunkten ergibt sich hieraus die Detailtiefe der zu beschaffenden Erkenntnisse. Unter Verantwortung des Präsidenten des BND und in administrativer Kompetenz der bundesnachrichtendienstlichen Auswertungsabteilungen wird das APB operationalisiert⁸⁸ und als Beschaffungsauftrag an die mit der Sammlung von Informationen betrauten

⁸⁶ Vgl. *Jaeckel*, Art. 346 AEUV in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.) (2015), Rn. 14 m.w.N.; *Lampe*, in: *NStZ* 7 (2015), S. 363.

⁸⁷ So schon *Gröpl* (1993), S. 247; *Gusy*, § 1 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 28.

⁸⁸ Vgl. *Wieck* in: *Eberwein/Kaiser* (Hrsg.) (1998), S. 52.

Abteilungen des BND weitergeleitet.⁸⁹ Die G 10-SFÜ kann hierbei einzig zu den in § 5 Abs. 1 Satz 3 Satz 1 Nr. 1 bis 8 G 10 normierten Zwecken erfolgen, während die BNDG-SFÜ auch zu darüber hinausgehenden Aufklärungszwecken eingesetzt werden kann.⁹⁰

Die bundesnachrichtendienstliche Sammlung von Informationen bezieht sich grundsätzlich auf die Gewinnung von *Erkenntnissen*. Daneben legt der ausdrückliche Wortlaut des § 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG eine inhaltliche Differenzierung zwischen *personenbezogenen Daten* und *Informationen* nahe. Die (personenbezogene) Daten- bzw. Informationssammlung erfolgt über unterschiedliche Erhebungsmethoden, denen entweder das Attribut der „*Heimlichkeit*“ oder „*Offenheit*“ anhaftet. Zu unterscheiden ist demnach zwischen dem „*was wird gesammelt?*“ und dem „*wie wird gesammelt?*“.

Nachfolgend werden die Begriffe „*Sammeln*“, „*Daten*“, „*Informationen*“ und „*Erkenntnisse*“ näher untersucht. Anschließend werden die bundesnachrichtendienstlichen Erhebungsmethoden vorgestellt und den Kategorien „*heimlich*“ und „*offen*“ zugeordnet. Dabei wird das Erhebungsinstrument der SFÜ besonders hervorgehoben und entsprechend der gegenwärtigen Gesetzssystematik einer potentiell hierfür zur Verfügung stehenden Rechtsgrundlage zugeordnet. Die BND-interne Rechtsansicht wird hierbei in einem gesonderten Punkt erläutert. Abschließend werden sowohl *außerrechtliche* als auch *rechtliche Aspekte* aufgezeigt, die die interne Planung des konkreten bundesnachrichtendienstlichen Beschaffungsauftrages beeinflussen.

a) „Sammeln“ als Oberbegriff

Die Auftragsnorm des § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG verweist auf den allgemeinen bundesnachrichtendienstlichen Auftrag zur Auslandsaufklärung. Der BND sammelt danach zur Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die BRD sind, die

⁸⁹ Vgl. *Daun* in: *Jäger/Daun* (Hrsg.) (2009), S. 61; Vorläufiges Stenografisches Protokoll (NSA-UA) 18/22, S. 12.

⁹⁰ Zur rechtlichen Verortung der SFÜ-Konstellationen nach derzeitiger Rechtsauffassung des BND, vgl. *B. III. 2) e) bb*).

erforderlichen Informationen und wertet sie aus. Hierauf bezugnehmend führt § 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG aus, dass sich die in diesem Rahmen erfolgenden Maßnahmen der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung nach den speziellen Befugnisnormen der §§ 2 bis 6 und 8 bis 11 BNDG bestimmen, soweit die *Erhebung* der Informationen einschließlich personenbezogener Daten *dafür* im *Geltungsbereich dieses Gesetzes* erfolgt.

Aus der Wortlautfassung des § 1 Abs. 2 BNDG lassen sich zwei Schlussfolgerungen ziehen. Erstens wird eine Verbindung zwischen den Begriffen „Sammeln“ und „Erheben“ hergestellt, ohne dass zugleich eine inhaltliche Gleichstellung der Begriffe erfolgt („*dafür*“). Zweitens wird die Geltungserstreckung der besonderen Befugnisnormen der §§ 2 bis 6 und 8 bis 11 BNDG auf den *Geltungsbereich des BNDG* begrenzt, soweit die *Erhebung* im Rahmen seines Geltungsbereichs erfolgt.

Die Verbindung der Begriffe „Sammeln“ und „Erheben“ über das Bindewort „*dafür*“ sowie die Erstnennung des Begriffs „Sammeln“ in § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG verdeutlichen die Zugehörigkeit der Erhebung zum Oberbegriff „Sammeln“ und stellen klar, dass die Erhebung nur ein erster Teilaspekt der bundesnachrichtendienstlichen Informationssammlung ist. Der Inhalt des Erhebungsbegriffs ergibt sich aus der Legaldefinition des § 3 Abs. 3 BDSG, der wie die vorherigen Ausführungen gezeigt haben,⁹¹ neben dem BNDG weiterhin anwendbar bleibt. Das Erheben ist danach das *Beschaffen von Daten* über den Betroffenen. Umfasst sind sowohl zielgerichtete Informationsbeschaffungsmaßnahmen als auch bloß passive Entgegennahmen von Informationen.⁹² Erforderlich ist in beiden Fällen eine durch einen zurechenbaren Willen gegründete Aktivität seitens des BND, durch die er entweder Kenntnis von den betreffenden Daten⁹³ erlangt oder die Verfügungsmacht über diese begründet.⁹⁴ Eine Erhebungsmaßnahme i.S.d. § 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG liegt demnach weder in Fällen vor, in denen der BND an Informationen ohne eigenes Zutun gelangt, noch in Fällen der unbeabsichtigten

⁹¹ Vgl. hierzu *B. II. 1)*.

⁹² Einhellige Auffassung, vgl. u.a. *Petri*, in: ZD 11 (2013), S. 559; *Droste* (2007), S. 87; *Roewer* (1987), § 3, Rn. 8 m.w.N.

⁹³ Die *Möglichkeit der Kenntnisnahme* ist hierbei bereits ausreichend, vgl. hierzu *D. II. 2) a)*.

⁹⁴ Vgl. *Dammann*, § 3 BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), § 3 BDSG Rn. 102.

Registrierung von sog. „Zufallsfunden“.⁹⁵ Letztgenannte Formen unterfallen dem zweiten Teilaspekt des SammlungsOberbegriffs. Der BND gewinnt außen- und sicherheitspolitisch bedeutsame Informationen danach sowohl über *beabsichtigte (zielgerichtete) Erhebungsmaßnahmen*, als auch über von ihm *nicht beabsichtigte und überwiegend nicht beeinflussbare anderweitige Informationszuflüsse*. Misslich ist daher die Formulierung von *Gusy*, der die Erhebung mit der *Gewinnung* i.S.d. § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG gleichsetzt.⁹⁶ Nach diesem Verständnis würde dem Zweck des § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG widersprochen, nach dem die Sammlung von Informationen einen Gewinn bezwecken muss, also einen Mehrwert hinsichtlich der außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnisgewinnung über das Ausland.⁹⁷

Das Tätigkeitsfeld des BND im Bereich „Sammeln“ umfasst danach sowohl beabsichtigte (zielgerichtete) Erhebungsmaßnahmen, als auch anderweitige Formen der Informationsgenerierung. Beide Arten der Informationssammlung müssen zur außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnisgewinnung der BRD erforderlich sein.

§ 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG begrenzt die Anwendbarkeit der speziellen Befugnisnormen der §§ 2 bis 6 und 8 bis 11 BNDG für Maßnahmen der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung auf Fälle, in denen die Erhebung der erforderlichen Informationen, einschließlich personenbezogener Daten im Geltungsbereich dieses Gesetzes stattgefunden hat. § 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG bezieht sich somit ausdrücklich auf die Gebietshoheit der BRD und macht die Anwendbarkeit der speziellen Befugnisnormen des BNDG von einer im *Inland* und somit im Geltungsbereich des Grundgesetzes stattfindenden bundesnachrichtendienstlichen Erhebungsmaßnahme abhängig. Es geht im Rahmen der Anwendbarkeit des BNDG somit einerseits um den *Erhebungsort*, andererseits um die *Zugehörigkeit der Informationen zur deutschen Rechtsordnung*.⁹⁸ Sinn und Zweck der speziellen Befugnisnormen der §§ 2 bis 6 und 8 bis 11 BNDG ist es danach, die grundgesetzlichen Vorgaben für

⁹⁵ Vgl. *Dammann*, a. a. O.; *Gusy*, § 1 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 38.

⁹⁶ Vgl. *Gusy*, a. a. O., Rn. 38.

⁹⁷ Zum Ziel der nachrichtendienstlichen Mehrwertgenerierung, vgl. BND (2014), S. 15.

⁹⁸ Vgl. *Gusy*, § 1 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014) Rn. 44-51.

Grundrechtseingriffe umzusetzen. Die ausdrückliche Bezugnahme des § 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG auf den Begriff „Erhebung“ verdeutlicht, dass der zweite Teilaspekt des Sammlungsoberbegriffs, also insbesondere die Informationsgewinnung ohne jedwedes bundesnachrichtendienstliches Zutun, nicht mit einem Grundrechtseingriff verbunden ist. Eine solche Informationsgewinnung kann unter der Grundvoraussetzung, dass sie jedenfalls zur außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnisgewinnung erforderlich ist, ausschließlich auf Grundlage der allgemeinen Aufgabennorm des § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG erfolgen.

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass die bundesnachrichtendienstliche Erkenntnisgewinnung über das Ausland sowohl über Erhebungsmaßnahmen als auch über anderweitige Informationszuflüsse erfolgt. Die Erhebungsmaßnahmen bedürfen einer besonderen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, soweit diese mit einem Grundrechtseingriff verbunden sind. § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG stellt klar, dass ein solcher in der Regel jedenfalls bei inländischen Akten der Informationsgewinnung gegeben ist; des Weiteren vorliegt, soweit sich die erhobenen Informationen tatbestandlich dem Schutzbereich der Grundrechte zuordnen lassen.

b) Daten, Informationen und Erkenntnisse

Die *Sammlung von Informationen einschließlich personenbezogener Daten* muss nach § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG zur außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen *Erkenntnisgewinnung* der BRD erforderlich sein. Das bundesnachrichtendienstliche Auftragsprofil wird demnach in entscheidender Weise durch die Begriffe „Daten“, „Informationen“ und „Erkenntnisse“ geprägt, ohne ihr Verhältnis zueinander erkennen zu lassen.

Den tatsächlichen Bedeutungsumfang der Begriffe wird man in der Regel ausschließlich unter Berücksichtigung des fachbereichsspezifischen Kontextes ihrer Verwendung bestimmen können. Insoweit ist davon auszugehen, dass die Inhaltsbestimmung der Begriffe „Informationen“ und „Erkenntnisse“ sinnvoll erst vorgenommen werden kann, wenn das ihnen übergeordnete Themenfeld bekannt ist.

§ 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG verdeutlicht, dass die Erkenntnisgewinnung und die hiermit im Zusammenhang stehende Sammlung von Informationen den außen- und sicherheitspolitischen Interessen der BRD dienen muss. Festgestellt werden konnte bereits, dass sich die auf die Erkenntnisgewinnung gerichtete Informationssammlung des BND im Rahmen der Auslandsaufklärung auf den weit ausdehnbaren Bereich der wesentlichen Sicherheitsinteressen⁹⁹ bezieht und den politischen Entscheidungsträgern Handlungsempfehlungen für die Ausrichtung ihrer Außen- und Sicherheitspolitik ermöglichen soll. Der den Informationen und Erkenntnissen innewohnende Sinngehalt ist inhaltlich somit durch den bundesnachrichtendienstlichen Auslandsaufklärungsauftrag begrenzt.

Sodann ist zu hinterfragen, in welchem Verhältnis Daten, Informationen und Erkenntnisse zueinander stehen.

Die Beantwortung dieser Frage lässt sich teilweise bereits über die konkrete Wortlautsystematik des § 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG treffen. Dieser lässt über die Verwendung der Präposition „*einschließlich*“ erkennen, dass sich (personenbezogene) Daten dem Informationsbegriff in gewisser Weise zuordnen lassen. Gleichzeitig folgt aus der separaten Hervorhebung der (personenbezogenen) Daten, dass zwischen Daten und Informationen keine Deckungsgleichheit bestehen kann. Daneben folgt für das Verhältnis von Informationen und Erkenntnissen ein Stufenverhältnis im Sinne einer Mittel-Ziel-Relation. Die Sammlung von Informationen einschließlich personenbezogener Daten ist danach das entscheidende Mittel zur bundesnachrichtendienstlichen Zielerreichung im Sinne der außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnisgewinnung. (Personenbezogene) Daten können somit Informationen enthalten, die zur außen- und sicherheitspolitischen Erkenntnisgewinnung der BRD erforderlich sind.

Klärungsbedürftig ist in der Folge, unter welchen Voraussetzungen (personenbezogene) Daten zu Informationen von bundesnachrichtendienstlichem Interesse werden und in welchen Fällen von

⁹⁹ Vgl. hierzu *B. III. 1) b)*.

einer bundesnachrichtendienstlichen Erkenntnisgewinnung zugunsten der politischen Entscheidungsträger auszugehen ist.

Daten können grundsätzlich zunächst als *dekontextualisierte Mitteilungen* verstanden werden, deren informationeller Aussagegehalt mangels Einbindung in einen Kontext von Relevanzen unterbestimmt ist.¹⁰⁰ Eine informationelle Aufwertung von Daten erfordert eine kontextbezogene Interpretation, die auf Grundlage eines bestimmten „Erwartungshorizonts im Sinne einer Struktur ansprechbarer Relevanzkriterien“¹⁰¹ erfolgt. Der bundesnachrichtendienstliche Erwartungshorizont wird hierbei maßgeblich durch den an ihn herangetragenen Aufklärungsauftrag geprägt. Im Rahmen des gegebenen spezifischen Interpretationskontextes kann eine informationelle Aufwertung der erhobenen Daten im Sinne einer *kontextualisierten Sinnzuschreibung* erfolgen.¹⁰² Daten bilden im Verhältnis zu Informationen somit deren Grundlagen.¹⁰³ Sie lassen sich dementsprechend auch als „Rohstoffe“ oder „potentielle Informationen“ bezeichnen (*Rohinformationen*).¹⁰⁴ Unter diese fallen sowohl die ausdrücklich hervorgehobenen personenbezogenen Daten als auch bloß *sachbezogene Daten*. Die im Rahmen des bundesnachrichtendienstlichen Aufklärungsauftrags erhobenen personen- bzw. sachbezogenen Daten erfahren danach eine Aufwertung in Gestalt von *kontextualisierten Informationen*, soweit sie aus außen- und sicherheitspolitischer Sicht für die Bundesregierung von bedeutsamen Interesse sind.

Mit der sprachlichen Differenzierung zwischen Informationen auf der einen und personenbezogenen Daten auf der anderen Seite wollte der Gesetzgeber darüber hinaus klar zum Ausdruck bringen, dass der Umgang des BND mit Daten außerhalb des Schutzbereichs des informationellen Selbstbestimmungsrechts ebenfalls besonderen gesetzlichen Regelungen unterliegt, soweit hiermit im Einzelfall Grundrechtseingriffe verbunden sind.¹⁰⁵ Die Gesetzessystematik trägt dem Umstand Rechnung, dass das Vorliegen von

¹⁰⁰ Vgl. *Augsberg* (2014), S. 32.

¹⁰¹ *Augsberg*, a. a. O., S. 30.

¹⁰² Vgl. *Trute* in: *Röhl* (Hrsg.) (2010), S. 14.

¹⁰³ Vgl. *Trute*, a. a. O., S. 14 m.w.N.

¹⁰⁴ Vgl. *Zöllner* in: *Roggan/Kutscha* (Hrsg.) (2006), S. 448.

¹⁰⁵ Vgl. *Soiné*, in: *DöV* 5 (2006), S. 205.

Grundrechtseingriffen sowohl von der *Art der Erhebung* als auch vom *Inhalt der erhobenen Informationen* abhängt.¹⁰⁶ Die Erhebung von sachbezogenen Daten bedarf ebenfalls einer spezifischen Eingriffsbefugnis, soweit aus der *spezifischen Art der Erhebung* die Grundrechtsrelevanz der Erhebungsmaßnahme folgt.

Der BND trägt nach alledem also über die Sammlung kontextualisierter Informationen sach-, verhaltens- oder personenbezogener Art zur Erkenntnisgewinnung über das Ausland bei, so dass sich letztlich die Frage stellt, in welchen Fällen von einer bundesnachrichtendienstlichen Erkenntnisgewinnung auszugehen ist. Zur Klärung dieser Frage ist eine Annäherung an den im Nachrichtendienstrecht sonst wenig gebräuchlichen Begriff der „Erkenntnisse“¹⁰⁷ erforderlich. Hierfür bietet es sich an, den Begriff des „Wissens“ in die Überlegungen miteinzubeziehen. Im Ausgangspunkt wird dabei vertreten, dass es sich bei den Begriffen „Erkenntnisse“ und „Wissen“ zwar um ähnliche, inhaltlich jedoch nicht um deckungsgleiche Begriffe handelt.

„Wissen“ lässt sich nach *Trute* als eine „stabilisierte Erwartungsstruktur“ beschreiben, die die Interpretation von Informationen beeinflusst, zugleich aber wiederum durch die Interpretationsleistungen stabilisiert und verändert werden kann.¹⁰⁸ *Augsberg* spricht in diesem Sinne auch von einem bereits bestehenden „Erfahrungskontext“, in den neue Informationen eingepasst werden können.¹⁰⁹ Überträgt man dieses Begriffsverständnis auf den bundesnachrichtendienstlichen Intelligence-Zyklus, so erscheint der Begriff des „Wissens“ wie ein vorübergehend konstant bestehender Zustand, auf Grundlage dessen der Ausspruch bundesnachrichtendienstlicher Handlungsempfehlungen erfolgen kann, der den politischen Entscheidungsträgern die zukünftige Ausrichtung der Außen- und Sicherheitspolitik erleichtern soll. Ein gleichbleibend bestehender Zustand des „Wissens“ ist hierbei nicht existent und auch nicht sinnvoll. Der Wissenszustand wird durch die kontextualisierte bundesnachrichtendienstliche

¹⁰⁶ Vgl. *Gusy*, § 2 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 2.

¹⁰⁷ Vgl. *Gusy*, § 1 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 29.

¹⁰⁸ Vgl. *Trute* in: *Röhl* (Hrsg.) (2010), S. 16.

¹⁰⁹ Vgl. *Augsberg* (2014), S. 33.

Informationssammlung und Auswertung vielmehr stetig im Sinne einer Veränderung oder Stabilisierung aktualisiert. Die Aktualisierung erzeugt hierbei den dem Begriff der „Gewinnung“ innewohnenden Mehrwert. Die bundesnachrichtendienstliche Erkenntnisgewinnung ist dementsprechend als Prozess zu verstehen, der die kontextualisierte Informationssammlung und Auswertung zum Zwecke der Veränderung oder Stabilisierung (Aktualisierung) eines vorübergehend konstant bestehenden Wissenszustandes beschreibt. Insoweit ist *Gusy* dahingehend zuzustimmen, dass sich der Begriff der „Erkenntnisse“ „nicht allein auf die Sammlung von Informationen, sondern darüber hinaus auf die Auswertung bzw. Bewertung in Sachen weitergehender Schlüsse und Einsichten über Handlungsoptionen, -alternativen und -chancen deutscher Außen- und Sicherheitspolitik“ bezieht.¹¹⁰

Abschließend kann somit festgehalten werden, dass die bundesnachrichtendienstliche Erkenntnisgewinnung auf Grundlage kontextualisierter Informationen einschließlich personen- und sachbezogener Daten erfolgt, wobei eine Erkenntnisgewinnung mit jeder Aktualisierung des schon vorhandenen auslandsbezogenen außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Lagebildes erfolgt, unabhängig davon, ob der in diesem Sinne bereits bestehende Erfahrungskontext (Wissenszustand) lediglich bestätigt, verändert oder widerlegt wird.

c) Heimlichkeit und Offenheit der Erkenntnisgewinnung

Die kontextualisierte Informationssammlung zum Zwecke der außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnisgewinnung der BRD kann entweder durch *heimliche* oder *offene* Erhebungsmaßnahmen erfolgen.

Von „Heimlichkeit“ ist im Bereich des Nachrichtendienstrechts die Rede, wenn die observierende Behörde aktiv und zielgerichtet mithilfe nachrichtendienstlicher Mittel (nd-Mittel) im Rahmen des gesetzlich vorgegebenen Aufgabenfeldes Informationen gewinnt.¹¹¹ Entscheidend ist, dass der Betroffene die Datenerhebung zum Zwecke der

¹¹⁰ Vgl. *Gusy*, § 1 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 29.

¹¹¹ Vgl. *Korte* in: *Korte/Zoller* (Hrsg.) (2001), S. 48.

Informationsgewinnung überhaupt nicht oder jedenfalls nicht als nachrichtendienstliche Maßnahme wahrnimmt.¹¹² Nd-Mittel sind solche, die in § 8 Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG beispielhaft¹¹³ aufgezählt sind. Umfasst sind nach dem Wortlaut namentlich Einsätze von Vertrauensleuten und Gewährspersonen, Observationen, Bild- und Tonaufzeichnungen sowie die Anwendung von Tarnpapieren und Tarnkennzeichen. Gleichermaßen umfasst ist die Möglichkeit zur Überwachung des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs,¹¹⁴ die im G 10 jedoch eine abschließende Regelung gefunden hat.

Die Kategorisierung der Erhebungsmethoden in die Attribute „heimlich“ und „offen“ verlangt eine Differenzierung zwischen einer *mit Kenntnis der Betroffenen* erfolgenden Ausspähung und einer Ausspähung, die über *allgemein zugängliche Quellen* erfolgt.¹¹⁵ Eine allgemein zugängliche Quelle liegt vor, „wenn die Informationsquelle technisch geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, d.h. einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis, Informationen zu verschaffen“¹¹⁶. Öffentlich zugänglich sind also Daten, die sowohl von der Intention als auch von der eingesetzten Technik her nicht auf den Zugriff durch einen eingeschränkten Nutzerkreis beschränkt sind.¹¹⁷ Ein entsprechender Zugriff setzt jedoch nicht zwingend auch die *tatsächliche Kenntnis* des Betroffenen von seiner Ausspähung voraus. Insofern ist *Schwabenbauer* dahingehend zuzustimmen, dass eine offene Ausforschung mit einer Ausforschung die „(nur) aus offenen Quellen erfolgt“ nicht zu vergleichen ist.¹¹⁸ Maßgebliches Kriterium für die Einordnung einer Erhebungsmaßnahme als „heimlich“ hat die *Unkenntnis des unmittelbar*

¹¹² In übertragenem Sinne *Gusy*, in: NVwZ 7 (1991), S. 616, Fn. 12.

¹¹³ Die bloß beispielhafte Aufzählung der zur Verfügung stehenden Mittel gewährleistet eine flexible Anpassung an sich verändernde Bedrohungslagen, vgl. *Droste* (2007), S. 265.

¹¹⁴ Vgl. *Rose-Stahl* (2006), S. 71; *Roth*, § 8 BVerfSchG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 39 m.w.N.; *Gusy*, § 3 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 13.

¹¹⁵ Vgl. *Bergemann* in: *Denninger/Rachor* (Hrsg.) (2012), S. 939-940, Rn. 62-63.

¹¹⁶ BVerfGE 27, 71 (83); vgl. auch BVerfGE 28, 175 (188).

¹¹⁷ Vgl. *Weichert*, in: ZD 6 (2013), S. 257.

¹¹⁸ Vgl. *Schwabenbauer* (2013), S. 7; im Ergebnis auch *Wölm* (2014), S. 213.

Betroffenen zu sein.¹¹⁹ Auf die Eigenschaft der Quelle kommt es ebenso wenig an wie auf die Kenntnis der Erhebungsmaßnahme durch einen Dritten.¹²⁰ Für die Einordnung der jeweiligen Erhebungsmaßnahme unter die Kriterien „offen“ und „heimlich“ ist danach allein das Verhältnis zwischen der erhebenden Stelle und der durch die Erhebungsmaßnahme unmittelbar betroffenen Person entscheidend. Nicht entscheidend ist die jeweilige Beschaffenheit der Informationsquelle. So kann eine Datenerhebung gegenüber der betroffenen Person auch dann heimlich erfolgen, wenn sie über allgemein zugängliche Quellen (z.B. über für jedermann zugängliche Foren im Internet) erfolgt.¹²¹

Unabhängig hiervon ist die Frage der *grundrechtlichen Betroffenheit* der an der TK beteiligten Personen zu beurteilen.

Grundsätzlich gilt, dass eine staatliche Wahrnehmung von Inhalten der TK nur dann an dem in Art. 10 Abs. 1 GG geregeltem Fernmeldegeheimnis zu messen ist, wenn eine staatliche Stelle eine TK-Beziehung von außen überwacht, ohne selbst Kommunikationsadressat zu sein.¹²² Ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG ist nur dann gegeben, wenn der Staat Kenntnis von Kommunikationsinhalten nimmt, obwohl er hierzu durch die an der Kommunikation beteiligten Personen nicht autorisiert worden ist. Eine autorisierte staatliche Erfassung ist anzunehmen, wenn jedenfalls einer der an der Kommunikation direkt Beteiligten diese freiwillig ermöglicht hat.¹²³ Das kann etwa vorliegen, wenn die erhebende Behörde die betreffenden personenbezogenen Daten aus allgemein zugänglichen Quellen gewinnt, z.B. indem sie offene Diskussionsforen oder nicht Zugangsgesicherte Webseiten einsieht.¹²⁴ Jedem Nutzer einer öffentlich zugänglichen Plattform ist die Kenntnis zuzuschreiben,

¹¹⁹ Vgl. *Schwabenbauer* (2013), S. 5, 7, 85; *Riegel* (1992), S. 109; Ähnlich *Gusy* in: *Huster/Rudolph* (Hrsg.) (2008), S. 12, der eine Informationserhebung dann als heimlich kategorisiert, wenn sie vom Betroffenen überhaupt nicht bemerkt wird.

¹²⁰ Zu letzterem, vgl. *Schwabenbauer* (2013), S. 7; Ebenso *Deutsch* (1991), S. 6-7; ausdrücklich anders *Pieroth/Schlink/Kniesel* (2002), S. 220 Rn. 1-2, die die Offenheit der Datenerhebung auch bei einer für den Betroffenen verborgen gebliebenen Befragung eines Dritten annehmen.

¹²¹ Anders wohl *Albrecht* in: *Borchert* (Hrsg.) (2007), S. 50; *Jakob* (1999), S. 85 ff..

¹²² Vgl. BVerfGE 120, 274 (341).

¹²³ Vgl. BVerfGE a.a.O.

¹²⁴ Vgl. BVerfGE a.a.O.

dass von ihm öffentlich zugänglich gemachte personenbezogene Daten nicht vor der Wahrnehmung durch staatliche Stellen geschützt sind.¹²⁵

Von einer *Kenntnis des Beteiligten* kann unter dem zuvor erwähnten Gründen in zwei Fällen jedoch nicht mehr ausgegangen werden.

Der erste Fall betrifft Maßnahmen, durch die sich die erhebende Behörde Zugang zu gesicherten Kommunikationsinhalten verschafft, etwa indem sie Zugangsschlüssel nutzt, die sie zuvor ohne oder gegen den Willen der Kommunikationsbeteiligten erhoben hat.¹²⁶ Hierdurch wird das schutzwürdige Vertrauen des Kommunikationsbeteiligten verletzt, dass gerade nicht jedermann Zugriff auf seine Kommunikationsinhalte besitzt. Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG ist in einem solchen Fall zu bejahen.¹²⁷ Eine Kenntnis des Beteiligten fehlt auch in Fällen, in denen durch die gezielte Sichtung allgemein zugänglicher Quellen diverse Daten des Betroffenen zusammengetragen, gespeichert und gegebenenfalls unter Hinzuziehung weiterer Daten ausgewertet werden, so dass sich daraus eine besondere Gefahrenlage für die Persönlichkeit des Betroffenen ergibt.¹²⁸ Zuzumuten ist es dem Bürger lediglich, einer „fragmentarischen Beobachtung“ in der Öffentlichkeit ausgesetzt zu sein. Eine solche lässt sich in einem Zeitalter, in dem diverse öffentlich zugängliche Kommunikationsplattformen bestehen, auch nicht vermeiden.¹²⁹ Die Grenze des Zumutbaren wird jedoch überschritten, wenn durch ein *systematisches Zusammentragen allgemein zugänglicher Daten* Verhaltensweisen offenbart werden, die anhand einer bloß „fragmentarischen Beobachtung“ nicht entdeckt worden wären. In solchen Fällen wird der Kommunikationsbeteiligte für die staatlichen Behörden ohne sein Wissen transparent.¹³⁰ Der Bürger kann somit auch im Rahmen von Erhebungsmaßnahmen aus allgemein zugänglichen Quellen, Subjekt grundrechtlich relevanter Eingriffshandlungen werden.

¹²⁵ Vgl. *Löffelmann*, in: recht+politik 6 (2014), S. 1-2; *Droste* (2007), S. 228.

¹²⁶ Vgl. BVerfGE a.a.O.

¹²⁷ Vgl. *Löffelmann*, in: recht+politik 6 (2014), S. 2.

¹²⁸ Vgl. BVerfGE 120, 274 (345); BVerwGE 137, 275 (Rn. 17).

¹²⁹ Vgl. *Schwabenbauer* (2013), S. 138.

¹³⁰ Vgl. *Schwabenbauer*, a. a. O.

d) Heimliche und offene Erhebungsmaßnahmen des BND

Die bundesnachrichtendienstliche Datensammlung erfolgt über Erhebungsmaßnahmen aus den Bereichen *OSINT* (Open Source Intelligence), *HUMINT* (Human Intelligence), *IMINT* (Imagery Intelligence) und *SIGINT* (Signals Intelligence). Das Attribut der „Heimlichkeit“ kann in jedem der vier Bereiche vorhanden sein.

Mittels der heimlichen *OSINT*-Datenbeschaffung ist es dem BND möglich, die für die Auslandsaufklärung erforderlichen Daten systematisch und gezielt über frei verfügbare bzw. allgemein zugängliche Quellen zu beschaffen. Nach den vorherigen Ausführungen ist die freie Verfügbarkeit der Quelle dabei nicht gleichbedeutend mit der tatsächlichen Kenntnis des Betroffenen, von einer Erhebungsmaßnahme des BND betroffen zu sein. Die Datenbeschaffung über frei verfügbaren Quellen des Internets, sog. Hard Copy Sources (Bücher, Magazine, Zeitungen, Zeitschriften u.Ä.), den Rundfunk sowie über das Fernsehen¹³¹ kann also grundsätzlich auch ohne Kenntnis des Betroffenen erfolgen. Gleiches gilt für Datengewinne, die über Besuche auf öffentlichen Veranstaltungen oder durch Erkundigungen aus öffentlich zugänglichen Karteien oder Registern¹³² erzielt werden.¹³³

Unter den Bereich *HUMINT* fällt die Gewinnung von Informationen mittels menschlicher Quellen.¹³⁴ Die operative Gewinnung von Informationen wird in der Regel über die klassische Spionagetätigkeit von Geheimagenten ermöglicht, die durch List, Erfahrung und Sachkunde innerhalb fremdstaatlicher Machtkreise Informationen erheben und an die beauftragende Behörde übermitteln.¹³⁵ Ebenfalls hierunter fallen Befragungen bzw. Verhöre

¹³¹ Vgl. Clark (2014), S. 26-27.

¹³² Vgl. Droste (2007), S. 227.

¹³³ Die Informationsgewinnung über allgemein zugängliche Quellen stellt für den BND aktuell das quantitativ größte Aufkommen dar, vgl. BND (2014), S. 17. Geschätzt wird, dass der Anteil von OSINT am Gesamtinformationsgewinn der Nachrichtendienste zwischen 75 und 80 Prozent liegt. Hierzu Schmidt-Eenboom in: Aid/Wiebes (Hrsg.) (2001), S. 129; Albrecht in: Borchert (Hrsg.) (2007), S. 51.

¹³⁴ Vgl. Hanning in: Schreckenberger (Hrsg.) (2005), S. 87; Daun in: Jäger/Daun (Hrsg.) (2009), S. 62; Jakob (1999), S. 64.

¹³⁵ Vgl. Clark (2014), S. 51; Wessel, in: Beiträge zur Konfliktforschung 2 (1985), S. 13.

von Flüchtlingen, Emigranten, Überläufern, Kriegsgefangenen, Häftlingen oder Reisenden.¹³⁶

IMINT bezeichnet die durch den Einsatz von Aufklärungsflugzeugen und Satelliten gewonnene Bildaufklärung des BND.¹³⁷ Die visuelle Aufklärung dient insbesondere der geostrategischen Lagefeststellung bestimmter militärischer Objekte im Ausland sowie der Aufklärung weiterer transnationaler Risikofelder aus Politik¹³⁸, Wirtschaft¹³⁹ und Wissenschaft¹⁴⁰.

Unter *SIGINT* fällt letztlich die Fernmelde- und elektronische Aufklärung, die sich ihrerseits in *COMINT* (Communication Intelligence) und *ELINT* (Electronic Intelligence) unterteilen lässt.¹⁴¹ Zentrales Element der *COMINT*-Aufklärung ist die Überwachung von TK-Verkehren, die sich einer elektromagnetischen Ausstrahlung bedienen.¹⁴² Überwachbar sind insbesondere Telefon-, E-Mail- und Faxverkehre¹⁴³, SMS und MMS sowie weitere Internetverkehre¹⁴⁴.

Im Gegensatz dazu liegen offene Erhebungsmaßnahmen vor, wenn der Betroffene seine Daten bewusst preisgibt und auch erkennen kann, dass es sich um eine staatliche Datengewinnung handelt.¹⁴⁵ Aus einer rein datenschutzrechtlichen Perspektive heraus handelt es sich um Fälle der sog. *Direkterhebung* in Sachen des § 4 Abs. 2 BDSG,¹⁴⁶ also um Fälle in denen der

¹³⁶ Vgl. *Wessel*, a. a. O., S. 15; *Daun* in: *Jäger/Daun* (Hrsg.) (2009), S. 62; *Albrecht* in: *Borchert* (Hrsg.) (2007), S. 49; *Clark* (2014), S. 72-73; *Jakob* (1999), S. 64.

¹³⁷ Vgl. BND (2014), S. 17.

¹³⁸ Z.B. zur Überwachung von Massenkundengebungen.

¹³⁹ Z.B. Erkundungen über fremdstaatliche Produktionseinrichtungen.

¹⁴⁰ Z.B. Erkundungen über fremdstaatliche Forschungs- und Entwicklungseinrichtungen.

¹⁴¹ Vgl. *Jakob* (1999), S. 63.

¹⁴² Vgl. *Jakob*, a. a. O., S. 80; *Clark* (2014), S. 80.

¹⁴³ Vgl. *Huber*, in: NJW 35 (2013), S. 2573; *Caspar*, in: PinG 1 (2014), S. 2; BT-Drs. 17/8639, S. 6.

¹⁴⁴ Vgl. *Schwabenbauer* (2013), S. 57. Unter die Internetverkehre fallen unter anderem die in der BT-Drs. 17/8639 auf Seite 6 erwähnten Webforenerfassungen des BND. Unter einem Webforum bzw. unter einem Webblog versteht die Bundesregierung ein öffentliches Forum, dessen Inhalte nicht als Individualkommunikation zu qualifizieren sind, vgl. BT-Drs. 17/9640 S. 6.

¹⁴⁵ Nachrichtendienstspezifisch *Gusy*, § 2 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 31; anders *Bergemann* in: *Denninger/Rachor* (Hrsg.) (2012), S. 939 ff.

¹⁴⁶ Es gilt zu beachten, dass der Grundsatz der Direkterhebung (§ 4 Abs. 2 BDSG) nach § 11 BNDG bei der Erfüllung der Aufgaben des BND keine Anwendung findet.

BND als datenerhebende Stelle auf den Betroffenen zutritt und von ihm die Herausgabe seiner Daten verlangt.¹⁴⁷ Entscheidend für die Offenheit ist die Kenntnis des Betroffenen über die tatsächlichen und rechtlichen Umstände der Erhebungsmaßnahme.¹⁴⁸ Der Betroffene muss erkennen können, welche Stelle zu welchen Zwecken Daten erhebt, verarbeitet und nutzt, die sich auf ihn beziehen.¹⁴⁹ Maßgebliche Variante der offenen Erhebung ist die *offene Befragung beim Betroffenen unter Angabe des der Erhebung zugrundeliegenden Verwendungszwecks*. Die offenen Erhebungsmaßnahmen werden sich somit regelmäßig dem Bereich *HUMINT* zuordnen lassen.

e) Die SFÜ als ein heimliches Erhebungsinstrument des BND

Die *SFÜ* stellt ein *heimliches Erhebungsinstrument* des BND aus dem Bereich der COMINT-Aufklärung dar, durch deren Einsatz eine *strategische*, verdachtsunabhängige und weitestgehend anlasslose Überwachung und Aufzeichnung einer großen Anzahl verschiedenster TK-Beziehungen im Gefahrenvorfeld ermöglicht wird. Der Bedeutungsinhalt des Begriffs „strategisch“ bezieht sich einerseits auf die *Zweckrichtung der Auslandsaufklärung*, andererseits auf die *Art und Weise der Überwachung*. Die *SFÜ* soll ein umfassendes Erkenntnisbild über das Ausland verschaffen und somit eine planerisch und taktisch sinnvolle Außenpolitik der BRD unterstützen. Die Überwachung bezieht sich nicht auf eine individuelle TK-Beziehung, sondern auf eine Vielzahl an TK-Beziehungen, die anhand formeller und inhaltlicher Suchbegriffe zum Zwecke der außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnisgewinnung der BRD selektiert werden. Die TK-Beziehungen können generell *rein inlandsbezogen*,¹⁵⁰ *rein auslandsbezogen*¹⁵¹ oder *grenzüberschreitend*¹⁵² ausgerichtet sein. Rein inlandsbezogene TK-Beziehungen dürfen angesichts des dem BND zugewiesenen Auftrags zur Auslandsaufklärung jedoch von vornherein nicht

¹⁴⁷ So grundsätzlich *Iraschko-Luscher*, in: DuD 11 (2006), S. 706.

¹⁴⁸ Vgl. *Sokol/Scholz*, § 4 BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), Rn. 39.

¹⁴⁹ Vgl. *Bäcker*, § 4 BDSG in: *Wolff/Brink* (Hrsg.) (2013), Rn. 26.

¹⁵⁰ Inland-zu-Inland.

¹⁵¹ Ausland-zu-Ausland.

¹⁵² Inland-zu-Ausland / Ausland-zu-Inland.

Gegenstand der SFÜ werden. Der Einsatzbereich der SFÜ ist demnach grundsätzlich auf die Überwachung von grenzüberschreitenden oder rein auslandsbezogenen TK-Beziehungen ausgerichtet.

aa) Rechtliche Verortung

Die *rechtliche Verortung* der SFÜ bedarf der Berücksichtigung zweier Grundgedanken, die für die Bewertung der Grundrechtsrelevanz der Beschränkungsmaßnahme eine entscheidende Bedeutung besitzen.

Zunächst ist zu beachten, dass sich die Grundrechtsrelevanz der SFÜ bereits aus der besonderen Form der Datengewinnung ergibt. Der konkrete Inhalt der mit der SFÜ erfassten Daten ist auf der Ebene der Datenerhebung ohne Bedeutung.¹⁵³ Unerheblich ist, ob es sich bei den mit der SFÜ erfassten Daten um personenbezogene oder lediglich sachbezogene Daten handelt.¹⁵⁴ Die besondere grundrechtliche Gefährdungslage resultiert aus dem staatlichen Eingriff in den technischen Vorgang der Datenübermittlung.¹⁵⁵ Die Ermächtigungsgrundlage der SFÜ ist angesichts dessen allein im G 10 zu verorten, das als *lex-specialis* Gesetz abschließende Regelungen für Eingriffsmaßnahmen in den Schutzbereich des Art. 10 GG zur Verfügung stellt.¹⁵⁶ Eine hiervon abweichende Rechtsansicht ließe sich grundsätzlich nur vertreten, wenn die grundrechtlichen Wertentscheidungen des Art. 10 GG bei Vorliegen bestimmter Überwachungskonstellationen keine Anwendung finden. In diesen Fällen wäre schon der Anwendungsbereich des G 10 nicht eröffnet. In der Folge würde der Geltungsanspruch der einschlägigen Ermächtigungsgrundlagen des BNDG (§§ 2 ff. BNDG) wieder aufleben und die spezifische Gesetzssystematik des BNDG wäre besonders zu berücksichtigen.

Das BNDG wird maßgeblich durch § 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG geprägt. Die speziellen Befugnisnormen der §§ 2 bis 6 und 8 bis 11 BNDG werden für nicht anwendbar erklärt, soweit die Datenerhebung außerhalb des Geltungsbereichs

¹⁵³ Die entscheidenden Parameter („*Form der Datengewinnung*“ und „*Inhalt der zu erhebenden Daten*“) hervorhebend auch *Gusy*, in: JA 9 (2011), S. 642.

¹⁵⁴ Vgl. *Gusy*, Art. 10 GG in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.) (1999), Rn. 44.

¹⁵⁵ Vgl. *Badura*, Art. 10 GG in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.) (2014), Rn. 51.

¹⁵⁶ Vgl. schon *B. II. 2*).

des Grundgesetzes erfolgt und somit nicht nach deutschem Recht zu beurteilen ist. Das BNDG nimmt insoweit Bezug auf die Gebietshoheit der BRD.¹⁵⁷ Für die rechtliche Verortung der BNDG-SFÜ hat dies zur Konsequenz, dass allein die allgemeine Aufgabennorm des § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG als Rechtsgrundlage in Betracht kommt, soweit die Datenerhebung außerhalb des Staatsgebiets der BRD erfolgt. Anderenfalls wären die §§ 3, 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG als Rechtsgrundlage einschlägig. § 3 BNDG verweist auf besondere Formen der Datenerhebung und bezieht sich hiermit auf den Einsatz von nd-Mitteln i.S.d. § 8 Abs. 2 BVerfSchG zur heimlichen Datenbeschaffung. Unter die nd-Mittel zur heimlichen Datenbeschaffung fallen grundrechtsrelevante Täuschungshandlungen, die den Betroffenen zu einer selbständigen Datenpreisgabe motivieren sollen ebenso wie grundrechtsrelevante Eingriffe in die Privatsphäre unter Inanspruchnahme technischer Mittel.¹⁵⁸ Zu letzteren ist auch die SFÜ zu zählen. Die SFÜ ist angesichts dessen, im Falle einer vorhandenen Grundrechtsrelevanz, abschließend auf die lex-specialis Regelungen des G 10 zu stützen. Das BNDG käme als subsidiärer Regelungsapparat demgegenüber im Falle der Nichtanwendbarkeit des Art. 10 GG zur Anwendung, wobei der spezifischen Gesetzssystematik des BNDG hinreichend Rechnung zu tragen wäre.

bb) Rechtspraxis des BND („Weltraumtheorie“)

Mehrere Äußerungen der Bundesregierung lassen erkennen, dass der BND die SFÜ derzeit auf drei Rechtsgrundlagen stützt. Es handelt sich dabei um die allgemeine Aufgabennorm des § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG, die Befugnisnormen der §§ 3, 1 Abs. 2 BNDG sowie um die Befugnisnorm des § 5 G 10.¹⁵⁹ Das den unterschiedlichen Überwachungskonstellationen der SFÜ (grenzüberschreitend, rein auslandsbezogen) zu Grunde gelegte grundrechtliche Schutzniveau ist somit nicht identisch, sondern wird durch die geografische Ausrichtung der überwachten TK-Beziehungen geprägt.

¹⁵⁷ Vgl. *Gusy*, § 1 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 48.

¹⁵⁸ Vgl. *Gusy*, § 3 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 9.

¹⁵⁹ Ausdrücklich BT-Drs. 17/14739, S. 9; andeutungsweise BT-Drs. 17/9640, S. 6, 10; BT-Drs. 17/14560, S. 2; verweisend *Caspar*, in: *PinG 1* (2014), S. 2; *Huber*, in: *NJW* 35 (2013), S. 2574.

Einen genaueren Aufschluss über das an die überwachten TK-Beziehungen gestellte grundrechtliche Schutzniveau erhält man über die Definition der Voraussetzung „internationale Telekommunikationsbeziehungen“ i.S.d. § 5 Abs. 1 G 10. Vom Geltungsbereich des G 10 werden danach ausschließlich grenzüberschreitende TK-Vorgänge (Inland-zu-Ausland / Ausland-zu-Inland) erfasst.¹⁶⁰ Berücksichtigt man das für den BND geltende Verbot rein inlandsbezogene TK-Beziehungen zu überwachen, so ergibt sich, dass rein auslandsbezogene TK-Beziehungen nach derzeitiger bundesnachrichtendienstlicher Rechtspraxis nicht unter den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG subsumiert werden. Zu unterscheiden ist innerhalb der rein auslandsbezogenen TK-Beziehungen zwischen rein auslandsbezogenen TK-Beziehungen, die aus dem Inland heraus überwacht werden und rein auslandsbezogenen TK-Beziehungen, die von staatsfreien Gebieten (Weltall, Hohe See) oder aus dem Ausland heraus überwacht werden.

Die Durchführung der letztgenannten SFÜ-Konstellation wäre nach der gegenwärtig bestehenden Gesetzessystematik nahezu voraussetzungslos und ohne wesentliche Verfahrenssicherungen zulässig. Einzige ersichtlich einfachgesetzliche Hürde wäre der auf den Bereich der außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Auslandsaufklärung begrenzte Tätigkeitsbereich des BND.¹⁶¹ Die Kontrollkompetenz der G 10-Kommission ist für Maßnahmen, die auf Grundlage des BNDG erfolgen, nicht eröffnet.¹⁶² Rechtlich würde sich die SFÜ der über Satelliten verlaufenden TK somit in einem überwiegend rechtsfreien Raum befinden. Faktisch ergäben sich Beschränkungen ausschließlich aus den personellen, technischen¹⁶³ sowie finanziellen Überwachungsressourcen des BND.

Das an die Überwachung der rein auslandsbezogenen TK-Beziehungen gestellte grundrechtliche Schutzniveau und somit die Zuordnung dieser

¹⁶⁰ Vgl. BT-Drs. 17/9640, S. 6; BT-Drs. 14/5655, S. 18; BT-Drs. 18/59, S. 4; ferner *Huber*, a. a. O., S. 2573.

¹⁶¹ Vgl. *Bäcker* (2014), S. 17.

¹⁶² Vgl. *Huber*, in: NJW 35 (2013), S. 2575; näher zum Kontrollumfang der bestehenden Kontrollorgane unter *B. III. 5*).

¹⁶³ Vgl. *Bäcker* (2014), S. 17.

Erhebungsmaßnahme zu § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG oder §§ 3, 1 Abs. 2 BNDG (BNDG-SFÜ) hängt maßgeblich von der *Bestimmung des Erhebungsortes* ab.

Im Rahmen des NSA-UA wurde bekannt, dass die Leitung des BND für die satellitengestützte rein auslandsbezogene SFÜ die sog. „*Weltraumtheorie*“ vertritt.¹⁶⁴ Nach dieser befindet sich der Erhebungsort der für die Auslandsaufklärung relevanten Daten am TK-Satelliten im Weltall und somit außerhalb des Geltungsbereichs der deutschen Rechtsordnung. Maßgeblich für die Bestimmung des Erhebungsortes sind in der Praxis demnach nicht die sich im Inland befindlichen bundesnachrichtendienstlichen Empfangsanlagen, sondern die im Weltall auf festen Umlaufbahnen kreisenden TK-Satelliten. Daraus folgt, dass für die über Satelliten verlaufende TK weder die speziellen Befugnisnormen des BNDG, noch die spezifischen grundrechtlichen Vorgaben für Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 10 GG Anwendung finden¹⁶⁵.

Der BND unterscheidet in der Praxis also streng zwischen TK-Beziehungen, bei denen ein territorialer oder technischer Bezugspunkt zur BRD besteht und solchen, bei denen ein solcher Bezugspunkt fehlt. Ein technischer Bezugspunkt wird selbst in Fällen der sich im Inland befindlichen Empfangsanlagen nicht anerkannt („*Weltraumtheorie*“). Rechtlich hat dies zur Konsequenz, dass bezüglich der Überwachung von Deutschen und Ausländern außerhalb des Staatsgebiets der BRD ein unterschiedlich ausgeprägter grundrechtlicher Schutzstandard besteht. Die Überwachung rein ausländischer TK-Beziehungen ohne territorialen Bezugspunkt zur BRD ist danach nicht am Maßstab der nationalen Grundrechte zu messen. Im Ergebnis führt dies dazu, dass ausländische TK-Teilnehmer nach der Rechtspraxis des BND nicht unter den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG fallen.

f) Auswahlaspekte

Die interne Planung und Umsetzung des an den BND herangetragenen Beschaffungsauftrages wird sowohl durch *außerrechtliche* als auch durch

¹⁶⁴ Vgl. hierzu ausführlich *Graulich* (2015), S. 62 ff., 63; erwähnend auch *Löning* (2015), S. 5.

¹⁶⁵ Allerdings gilt es auch bei der rein auslandsbezogenen SFÜ einen verfassungsfesten Mindeststandard der allgemeinen Grundrechtsgarantien zu gewährleisten, vgl. *Lampe*, in: *NStZ* 7 (2015), S. 371; *Gusy* (2015), S. 71; *Graulich* (2015), S. 50.

rechtliche Faktoren beeinflusst. Konkret bedeutet dies, dass eine Entscheidung über das „Wie“ der *bundesnachrichtendienstlichen Informationsbeschaffung* erst nach Abwägung zwischen den tatsächlichen Begleiterscheinungen einer Erhebungsmaßnahme und dessen Grundrechtsqualität getroffen werden kann.

Erster Anknüpfungspunkt für die Entscheidung des BND bildet stets die Frage, inwiefern die potentiell zur Verfügung stehenden Erhebungsmaßnahmen tatsächlich geeignet sind, neue Erkenntnisse über das jeweilige Aufklärungsziel zu verschaffen. Hierbei hat der BND zu hinterfragen, ob die erwünschten kontextualisierten Informationen mittels der jeweils vorhandenen Erhebungsmethode feststellbar sind.¹⁶⁶ So werden sich gesicherte Erkenntnisse über geplante terroristische Anschläge in der Regel nicht ausschließlich über offene Befragungen von Personen oder über allgemein zugängliche Quellen gewinnen lassen. Andererseits sind Situationen denkbar, in denen Aufklärungsmaßnahmen unter unmittelbarem Einsatz von Menschen für die beteiligten Personen zu gefährlich sind, so dass sich in solchen Fällen Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen (TKÜ-Maßnahmen) besser zur kontextualisierten Informationsgewinnung eignen.

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass sich deutliche und belastbare Erkenntnisse über relevante außen- und sicherheitspolitische Lagebilder in der Regel erst durch die „geschickte Kombination“¹⁶⁷ bzw. „funktionale Symbiose“¹⁶⁸ von Aufklärungsmaßnahmen ergeben, so dass hinsichtlich des Ziels einer effektiven kontextualisierten Informationsgewinnung in der Regel mehrere Aufklärungsmethoden parallel zueinander oder auch nacheinander durchgeführt werden.¹⁶⁹ Das gilt umso mehr wenn man bedenkt, dass der BND in seiner Eigenschaft als eine Gefahrenvorfeldaufklärungsbehörde oftmals weit im Vorfeld eines konkreten Verdachts tätig wird und somit schon seiner Natur nach nicht in der Lage ist, den Einsatz von konkreten Erhebungsmaßnahmen auf einen bereits hinreichend bestimmten Sachverhalt abzustimmen.¹⁷⁰ So

¹⁶⁶ Vgl. *Jakob* (1999), S. 77.

¹⁶⁷ *Jakob*, a. a. O., S. 88.

¹⁶⁸ *Albrecht* in: *Borchert* (Hrsg.) (2007), S. 54.

¹⁶⁹ Zu dieser Praxis auch *Hanning* in: *van Knop/Neisser/van Creveld* (Hrsg.) (2004), S. 350.

¹⁷⁰ Das gilt insbesondere für den Zeitpunkt, indem es noch keine hinreichenden Erkenntnisse über bestimmte Gebiete bzw. Themenfelder gibt, insbesondere noch keine tatsächlichen Anhaltspunkte für den Verdacht gegenüber einer Person bestehen. Im letztgenannten Fall

eignet sich im Zeitpunkt der Ungewissheit über bestehende Gefahrenlagen vor allem die Datenerhebung über allgemein zugängliche Quellen (OSINT) dazu, kontinuierlich sowie als Ein- bzw. Ausgangserhebungsmethode Daten zu gewinnen und somit das Fundament für weitere gegebenenfalls eingriffsintensivere Beschaffungsmaßnahmen zu bilden.¹⁷¹

Stellt man sich also Fälle vor, in denen gleich mehrere Erhebungsmethoden geeignet sind, potentiell relevante Daten über einen aufzuklärenden Sachverhalt zu gewinnen, so liegt die Vermutung nahe, dass der BND angesichts des Ziels einer ergiebigen kontextualisierten Informationsgewinnung auf sämtliche in Frage kommenden Erhebungsmaßnahmen zurückgreifen wird. Für die Beurteilung der Geeignetheit der Erhebungsmaßnahme reicht es hierbei aus, dass durch deren Einsatz das Aufklärungsziel gefördert werden kann.¹⁷² Einer derart schrankenlosen Praxis stehen jedoch sowohl außerrechtliche als auch rechtliche Aspekte entgegen.

aa) Außerrechtliche Aspekte

Nach der grundsätzlichen Frage der tatsächlichen Geeignetheit einer Erhebungsmethode hat der BND im Rahmen der Entscheidungsfindung ökonomische Aspekte zu berücksichtigen. Die Geheimdienste sind grundsätzlich danach bestrebt, in größtmöglicher Form *effizient* (d.h. schnelle Datengewinnung unter möglichst geringem finanziellem Aufwand) und *effektiv* (d.h. Gewinnung nachrichtendienstlich relevanter Daten unter möglichst minimalem Risikoeinsatz) zu arbeiten.¹⁷³ Erweisen sich demnach unterschiedliche Erhebungsmethoden als gleichermaßen geeignet, so hat der BND im Vorfeld zu überprüfen, anhand welcher Erhebungsmethoden er am schnellsten, sichersten und günstigsten die erforderlichen Daten gewinnen kann.¹⁷⁴

wäre es dem BND etwa möglich auf Antrag eine individuelle und somit im Hinblick auf das Vorliegen eines gereiften Sachverhaltes zielgerichtete TKÜ durchzuführen.

¹⁷¹ So auch Gusy, § 2 BNDG in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.) (2014), Rn. 1.

¹⁷² Vgl. BVerfGE 125, 260 (317 f.) m.w.N.

¹⁷³ Vgl. Clark (2014), S. 7.

¹⁷⁴ Bestätigend hierzu der ehemalige Präsident des BND (1998-2005) August Hanning: „Gleichzeitig darf das Verhältnis zwischen Risiko und Aufwand einerseits und dem Wert der

Finanziell ist der BND als Bundesoberbehörde abhängig von den *Zuschüssen aus dem Bundeshaushaltsplan*. Er hat seine Verwaltungsaufgaben an dem ihm zur Verfügung stehenden Budget auszurichten und ist somit im Rahmen der Entscheidung für die Durchführung konkreter Erhebungsmaßnahmen durch die Höhe des insgesamt zur Verfügung stehenden Budgets beschränkt.¹⁷⁵ Die jüngste Entwicklung der Bundeszuschüsse zeigt, dass die Bundesregierung der Aufklärung des BND eine immer stärker werdende Bedeutung zukommen lässt. In den letzten drei Jahren konnte ein erheblicher Etatanstieg des BND verzeichnet werden.¹⁷⁶ Inwiefern das zugebilligte Budget tatsächlich ausreicht, dem BND im Rahmen der Entscheidung für die Durchführung konkreter Erhebungsmaßnahmen finanzielle Handlungsfreiheit zuzubilligen, lässt sich nicht aufklären. Die Entwicklung legt jedoch die Annahme nahe, dass die Ausrichtung der finanziellen Zuschüsse aus dem Bundeshaushalt eng mit dem tatsächlichen Aufklärungsbedarf des BND zusammenhängt.

Im Rahmen der Effizienz- und Effektivitätsüberlegungen des BND sind weiter der *Risikoaspekt* der jeweiligen Erhebungsmaßnahme sowie der *Aspekt der Schnelligkeit der Datengewinnung* von Bedeutung. Besonders risikoreich stellt sich die Datengewinnung mittels menschlicher Quellen dar (HUMINT). Das gilt sowohl für die im Ausland verdeckt operierenden Mitarbeiter des BND, die sich bei einer Enttarnung im Ausland in der Regel strafrechtlich zu verantworten haben, als auch für die Adressaten einer nachrichtendienstlichen Operation, die sich entweder gegenüber ihrem Heimatland wegen Landesverrats zu verantworten haben bzw. die Selbstjustiz der benachteiligten Organisation (z.B. terroristische oder extremistische Organisationen) befürchten müssen.¹⁷⁷ Für die Auswahl der geeigneten Erhebungsmethoden bedeutet dies, dass den technischen Erhebungsmethoden (Bsp.: SIGINT) bzw. den Erhebungsmaßnahmen, die über allgemein zugängliche Quellen erfolgen (OSINT) Vorrang zu geben ist, soweit allein hierdurch ein gesichertes und

zu erwartenden Informationen andererseits nicht aus dem Auge verloren werden.“ Vgl. Hanning in: Schreckenberger (Hrsg.) (2005), S. 87.

¹⁷⁵ Zur Bedeutung des Faktors Geld in der BND-Praxis, vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll (NSA-UA) 18/22, S. 16.

¹⁷⁶ Etat 2014: 552.590.000 €, vgl. BT-Drs. 18/1825, S. 2.

¹⁷⁷ Vgl. Klocke, in: ES & T 10 (2012), S. 17.

belastbares Lagebild für die politischen Entscheidungsträger möglich ist.¹⁷⁸ Anderenfalls gilt es dem Quellenschutz oberste Priorität zuzuschreiben¹⁷⁹ und die Erhebungsmaßnahmen derart aufeinander abzustimmen, dass gefährliche Erhebungsmaßnahmen auf den äußersten Notfall begrenzt bleiben.

Der Beitrag der jeweiligen Erhebungsmaßnahme zur Schnelligkeit einer generellen Datengewinnung gewinnt vor dem Hintergrund, dass die Auftraggeber des BND in der Regel auf eine stets *aktuelle und schnelle Berichterstattung* angewiesen sind, um im Bedarfsfall effektiv auf Krisenlagen reagieren zu können, eine besondere Bedeutung. Eine zügige Einordnung der gewonnenen Erkenntnisse in das aktuelle Geschehen ist jedoch nur bedingt möglich, wenn die eigentliche Datengewinnung und die Übermittlung an die Bedarfsträger, infolge von manuellen Auswertungsprozessen oder unregelmäßigen Übermittlungen durch menschliche Quellen, längere Zeit in Anspruch nehmen. In der nachrichtendienstlichen Praxis ist daher der Begriff der „Echtzeitüberwachung“ von aktueller Relevanz. Das Ziel einer solchen „Echtzeitüberwachung“ besteht darin, Daten im Zeitpunkt der Wiedergabe und somit ohne wesentliche zeitliche Verzögerung¹⁸⁰ auswertbar zu machen. Entscheidend für die Effektivität der Echtzeitüberwachung ist dabei nicht ausschließlich die eigentliche Echtzeiterhebung der Daten sondern vielmehr auch die Möglichkeit der automatisierten Analyse der Daten in Echtzeit. Die Begriffe „*Big Data*“ und „*Metadaten*“ sind hierbei von übergeordneter Bedeutung.¹⁸¹

Die Entscheidung des BND für oder gegen die Durchführung einer Erhebungsmaßnahme hängt danach von mehreren außerrechtlichen Aspekten ab. An erster Stelle steht dabei die Frage, wie unter minimalstem Risikoeinsatz die größtmögliche Menge an Daten gewonnen werden kann, die für die politischen Bedarfsträger von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung sind. Echtzeitüberwachungen gewinnen im Zeitalter der digitalisierten Welt dabei zunehmend an Bedeutung. Der tatsächliche Umfang der sich

¹⁷⁸ In diesem Sinne auch *Rieger* in: *Gaycken/Kurz* (Hrsg.) (2008), S. 58.

¹⁷⁹ Vgl. *Klocke*, in: *ES & T* 10 (2012), S. 17.

¹⁸⁰ Bezugnehmend auf die Ausführungen zur „Echtzeitkommunikation“ bei *Sieber* in: *Hoeren/Sieber/Holzngel* (Hrsg.) (2014), Teil 1, Rn. 116-117.

¹⁸¹ Vgl. hierzu *B. III. 3) c) aa) bis ee)*.

anschließenden *automatisierten Verarbeitungsprozesse* hängt dabei entscheidend von den verfügbaren bundesnachrichtendienstlichen Überwachungs- und Analyseressourcen ab. Der BND ist im Rahmen der Ressourcenplanung insoweit auf bedarfsgerechte Zuschüsse aus dem Bundeshaushalt angewiesen.

bb) Rechtliche Aspekte

Neben den vorbezeichneten außerrechtlichen Aspekten, die sich primär an den Gesichtspunkten der Effizienz und Effektivität orientiert haben, hat der BND bei der Ressourcenplanung *rechtliche Faktoren* zu berücksichtigen. Diese sind im Bereich des bundesnachrichtendienstlichen Sicherheitsrechts einfachgesetzlich geregelt und im Rahmen der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung konkretisiert worden. Die aus rechtlicher Sicht zu berücksichtigenden Aspekte bezwecken den Schutz der durch die Erhebungsmaßnahme betroffenen Personen. Der BND ist verpflichtet, ein *angemessenes Verhältnis* zwischen einer *effektiven Datengewinnung* und einer hinreichenden *Berücksichtigung der Persönlichkeitsrechte des Betroffenen* zu gewährleisten.

Die Ressourcenplanung des BND wird einfachgesetzlich durch den in § 2 Abs. 4 BNDG festgelegten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beeinflusst. Die Geltung dieses Grundsatzes erstreckt sich auf sämtliche Erhebungsmaßnahmen, die aus dem Inland heraus durchgeführt werden (§ 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG). Der BND hat vor Durchführung der rein auslandsbezogenen BNDG-SFÜ nach den §§ 3, 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG sowie der grenzüberschreitenden G 10-SFÜ nach § 5 G 10 grundsätzlich davon Kenntnis zu nehmen, dass die beabsichtigten Eingriffe in die Privatsphäre von Betroffenen auf ein unerlässliches Minimum zu beschränken sind.¹⁸²

Von mehreren geeigneten Erhebungsmaßnahmen ist diejenige auszuwählen, die den Betroffenen voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt. Die Erhebungsmaßnahme darf keinen Nachteil herbeiführen, der erkennbar außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg steht. Neben der bereits erwähnten

¹⁸² Vgl. BT-Drs. 11/4306, S. 61; verweisend auch *Mallmann*, § 9 BVerfSchG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 10.

Geeignetheit einer Erhebungsmaßnahme hat der BND also dafür Sorge zu tragen, dass die Erhebungsmaßnahmen sowohl dem „Prinzip der Erforderlichkeit“ als auch der „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“ gerecht werden. Das nachrichtendienstliche „Prinzip der Erforderlichkeit“ entspricht nicht dem in § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG festgelegtem Grundsatz der „Erforderlichkeit zur bundesnachrichtendienstlichen Erkenntnisgewinnung“, sondern bezieht sich auf die Erforderlichkeit über die Wahl eines am wenigsten beeinträchtigenden Mittels, um die betroffenen Personen nicht unnötig durch freiheitsbeschränkende Maßnahmen zu belasten.¹⁸³ Hinsichtlich der Eingriffsintensität staatlich veranlasster Erhebungsmaßnahmen ist zu berücksichtigen, dass heimliche Erhebungsmaßnahmen grundsätzlich zu einer Erhöhung des Gewichts gesetzgeberischer Freiheitsbeeinträchtigung führen.¹⁸⁴ Heimliche Erhebungsmaßnahmen des Staates haben daher stets *ultima ratio* zu bleiben. Aus dem zu beachtenden Prinzip der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne folgt darüber hinaus das Gebot, bereits bei der Ressourcenplanung darauf hinzuwirken, dass zwischen dem Erhebungszweck und der Eingriffsintensität der jeweiligen Erhebungsmaßnahme ein angemessenes Verhältnis hergestellt wird. Konkret gilt es zu hinterfragen, unter welchen Voraussetzungen welche und wie viele Grundrechtsträger, wie intensiven Beeinträchtigungen ausgesetzt sind.¹⁸⁵ Dabei sind für die Zahl der betroffenen Grundrechtsträger und der Intensität der jeweiligen Beeinträchtigung insbesondere die *Streubreite der Erhebungsmaßnahme* sowie die *Gestaltung der Einschreitschwellen* von Bedeutung. Anlasslose bzw. verdachtsunabhängige Erhebungsmaßnahmen sind von höherer Eingriffsintensität als anlassbezogene Erhebungsmaßnahmen.¹⁸⁶ Die Streubreite verdachtsunabhängiger Erhebungsmaßnahmen ist in erheblichem Maße dazu geeignet, bei dem Bürger ein Gefühl des Überwachtwerdens zu erzeugen, das die Unbefangenheit des Verhaltens im Bereich der

¹⁸³ Vgl. u.a. Merten in: Merten/Papier (Hrsg.) (2009), § 68 Rn. 66 m.w.N.

¹⁸⁴ Vgl. BVerfGE 120, 379 (402-403 m.w.N.). Zurückzuführen ist dies auf den Umstand, dass heimliche Erhebungsmaßnahmen präventive Rechtsschutzmöglichkeiten faktisch unmöglich machen und nachträgliche Rechtsschutzalternativen zumindest erschweren.

¹⁸⁵ Vgl. BVerfGE 100, 313 (376).

¹⁸⁶ Vgl. BVerfGE 120, 378 (402 m.w.N.).

Kommunikation gefährdet.¹⁸⁷ Darüber hinaus hat der BND zu hinterfragen, welchen Persönlichkeitswert die Informationen bei der Erhebung und bei den nachgelagerten Verarbeitungs- und Verknüpfungsprozessen erlangen können.¹⁸⁸ Ebenfalls gilt es zu beachten, dass das bundesnachrichtendienstliche Sicherheitsrecht zahlreiche Übermittlungsvorschriften vorsieht, die es dem BND ermöglichen, die gewonnenen Daten in einen neuen Verwendungszweck zu überführen. Hierdurch erfolgt nicht nur eine Ausweitung der Stellen oder Personen, die über die Kommunikation informiert werden, sondern in der Regel auch eine Zweckänderung der erhobenen Daten, die unter Umständen mit schwereren Folgen verbunden sein kann, als es der Zweck der ursprünglichen Datenerhebung vorsah.¹⁸⁹

Die vorbezeichneten Berücksichtigungsgebote beziehen sich als allgemeine Rechtsgrundsätze ausdrücklich auf die grenzüberschreitende G 10-SFÜ (§ 5 G 10) und auf die aus dem Inland heraus erfolgende BNDG-SFÜ der rein auslandsbezogenen TK-Beziehungen (§§ 3, 1 Abs. 2 Satz BNDG). Für die G 10-SFÜ haben sich darüber hinausgehend restriktive Vorgaben entwickelt, die der besonderen Eingriffsqualität der SFÜ im Anwendungsbereich des Art. 10 GG Rechnung tragen. Zu diesen gehört namentlich die ausdrückliche gesetzliche *Konkretisierung der relevanten Aufklärungszwecke*,¹⁹⁰ ein die SFÜ *konkretisierendes Vorabverfahren*,¹⁹¹ eine *quantitative Beschränkung der SFÜ*¹⁹² sowie eine *externe und unabhängige Kontrolle* durch ein den gerichtlichen Rechtsweg ersetzendes hinreichend wirksames Ersatzkontrollorgan (G 10-Kommission)¹⁹³. Die Anordnung der G 10-SFÜ erfordert in diesem Sinne einen beträchtlichen Begründungsaufwand des BND¹⁹⁴ und unterliegt der präventiven Rechtmäßigkeitskontrolle der G 10-Kommission¹⁹⁵. Es bedarf im Rahmen des Anwendungsbereichs des Art. 10 GG danach auf Behördenebene einer verstärkten rechtlichen

¹⁸⁷ Vgl. BVerfGE 107, 299 (328).

¹⁸⁸ Vgl. BVerfGE 120, 378 (402).

¹⁸⁹ Vgl. BVerfGE 100, 313 (360).

¹⁹⁰ Vgl. § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 bis 8 G 10.

¹⁹¹ Vgl. §§ 5 Abs. 1 Satz 2, 9, 10 G 10.

¹⁹² Vgl. § 10 Abs. 4 Satz 3, Satz 4 G 10.

¹⁹³ Vgl. § 15 G 10.

¹⁹⁴ Vgl. § 9 Abs. 3 G 10.

¹⁹⁵ Vgl. § 15 Abs. 5 Satz 1 G 10.

Auseinandersetzung bezüglich des Vorliegens der rechtlichen Voraussetzungen der SFÜ. Der besonderen Eingriffsintensität der Erhebungsmaßnahme wird somit auf der Anwendungsebene besonders Rechnung getragen. Hierin unterscheidet sich die G 10-SFÜ von der aus dem Inland heraus erfolgenden BNDG-SFÜ der rein auslandsbezogenen TK-Beziehungen, deren Durchführung, abgesehen von dem aus § 2 Abs. 4 BNDG resultierenden Grundsatz überwiegend anhand des Effektivitätsgedankens beurteilt wird. Das gilt angesichts der bestehenden Gesetzessystematik noch stärker für die satellitengestützte BNDG-SFÜ, die auf Grundlage der „Weltraumtheorie“ allein auf die allgemeine Aufgabennorm des § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG gestützt wird und nicht an den aus Art. 2 Abs. 4 BNDG resultierenden Grundsatz gebunden ist. Indes hat auch für die satellitengestützte BNDG-SFÜ ein unabdingbarer, verfassungsrechtlicher Schutzstandard, der im Vorfeld einer strategischen Beschränkungsmaßnahme durch den BND zu berücksichtigen ist, Gültigkeit zu beanspruchen. Der BND bleibt auch in dieser Überwachungskonstellation an die allgemeine Rechtsordnung (Art. 20 Abs. 3 GG)¹⁹⁶ und das Übermaßverbot, an die Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) sowie an die Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG) gebunden.¹⁹⁷

Der BND hat bei der Auswahl und Verwendung der geeignet erscheinenden Erhebungsmaßnahmen somit den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Heimliche Erhebungsmaßnahmen haben zu unterbleiben, wenn die außen- und sicherheitspolitisch bedeutsame Erkenntnisgewinnung über offene Erhebungsmaßnahmen oder über allgemein zugängliche Quellen bzw. durch Auskunftsersuchen¹⁹⁸ erreicht werden kann. Bei der SFÜ handelt es sich im Anwendungsbereich des Art. 10 GG um eine *besonders eingriffsintensive Beschränkungsmaßnahme*, für deren Einsatz es einer besonderen, rechtlich nachvollziehbaren Begründung bedarf. Der Einsatz der BNDG-SFÜ kann nach der gegenwärtigen Gesetzessystematik demgegenüber überwiegend durch das Kriterium der Effektivität gerechtfertigt werden können.

¹⁹⁶ Soweit diese bei rein auslandsbezogenen Überwachungsmaßnahmen im Ausland Geltung beanspruchen kann.

¹⁹⁷ Vgl. Gusy (2015), S. 71 ff.; in diesem Sinne auch Lampe, in: NStZ 7 (2015), S. 371; Graulich (2015), S. 50.

¹⁹⁸ Vgl. hierzu die Regelfeststellung des § 9 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BVerfSchG.

g) Zwischenergebnis

Nach alledem ist festzuhalten, dass der BND sowohl über heimliche als auch über offen durchgeführte Erhebungsmaßnahmen eine kontextualisierte Informationssammlung zum Zwecke der außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnisgewinnung betreibt. Die interne Ressourcenplanung des BND wird hierbei durch außerrechtliche und rechtliche Faktoren beeinflusst. Die Durchführung heimlicher Erhebungsmaßnahmen hat ultima ratio zu bleiben. Zugleich stellt die heimliche Datenerhebung in vielen Fällen ein wichtiges Instrument zur außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnisgewinnung dar. Die SFÜ stellt im Anwendungsbereich des Art. 10 GG eine besonders eingriffsintensive Erhebungsmaßnahme, für deren Durchführung es einer besonderen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf. Der Anwendungsbereich des Art. 10 GG ist nach der BND-internen Rechtsansicht lediglich in Fällen der grenzüberschreitenden G 10-SFÜ (§ 5 G 10) eröffnet. Die Rechtsgrundlage für die rein auslandsbezogene SFÜ ergibt sich ausschließlich aus dem bundesnachrichtendienstlichen Fachgesetz (BNDG). Entsprechend der BNDG-immanenten Gesetzssystematik ergibt sich die einschlägige Rechtsgrundlage für die rein auslandsbezogenen SFÜ-Konstellationen über eine Feststellung des Erhebungsortes. Die von staatsfreien Gebieten (Weltall, Hohe See) oder vom Ausland ausgehende BNDG-SFÜ kann nach der derzeitigem Gesetzesverständnis allein auf Grundlage der allgemeinen Aufgabennorm (§ 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG) erfolgen. Der BND vertritt für die satellitengestützte rein auslandsbezogene BNDG-SFÜ die sog. „Weltraumtheorie“. Für die aus dem Inland heraus erfolgende rein auslandsbezogene BNDG-SFÜ ist demgegenüber der Anwendungsbereich der speziellen Befugnisnormen der §§ 2 ff. BNDG eröffnet. Als einschlägige Rechtsgrundlage kommen allein die §§ 3, 1 Abs. 2 BNDG in Betracht. Nach der BND-internen Rechtspraxis fallen rein auslandsbezogene TK-Beziehungen nicht unter den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG. Rein auslandsbezogene TK-Beziehungen unterliegen demnach einem deutlich geringeren grundrechtlichen Schutzstandard als grenzüberschreitende TK-Beziehungen.

3) Prozess der Auswertung

Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG ist der BND nicht nur berechtigt, die für die Auslandsaufklärung erforderlichen Informationen zu sammeln, sondern diese auch auszuwerten.

Auf Grundlage der Begriffsbestimmungen des BDSG handelt es sich bei der „Auswertung“ um eine Untergliederung des datenschutzrechtlichen Begriffs der „Nutzung“ aus § 3 Abs. 5 BDSG.¹⁹⁹ Nach diesem Verständnis wäre der Aufbau des Intelligence-Zyklus durch jeweils eigenständige Phasen der „Verarbeitung“ und „Nutzung“ darzustellen, wobei der Prozess der „Auswertung“ innerhalb der letztgenannten Phase zu berücksichtigen wäre. Vorliegend wird eine andere Zuordnung gewählt.

Entsprechend der von § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG vorgenommenen Zweiteilung in die Prozesse „Sammeln“ und „Auswerten“ zur Erkenntnisgewinnung über das Ausland werden die Begriffe „Verarbeiten“ und „Nutzen“ dem Oberbegriff „Auswerten“ zugeordnet.²⁰⁰ Angeknüpft wird damit an das Begriffsverständnis von *Borgs*, der unter dem nachrichtendienstlichen Prozess der Auswertung all das zusammenfasst was geeignet und erforderlich ist, um die gesammelten Informationen ihrem Zweck zuzuführen.²⁰¹

Die speziellen Befugnisse zur Verarbeitung und Nutzung nach den §§ 2 bis 6 und 8 bis 11 BNDG finden nach § 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG grundsätzlich nur in Fällen Anwendung, in denen die Erhebungsmaßnahme im Geltungsbereich des BNDG stattgefunden hat. Offen bleibt das Anwendungserfordernis der speziellen Befugnisnormen in Fällen, in denen die personenbezogenen Daten im Weltall, auf Hoher See oder im Ausland erhoben (BNDG-SFÜ) und anschließend im Inland verarbeitet oder genutzt werden. Entscheidend ist, ob die nachfolgende Datenverarbeitung als *Fortsetzung des anfänglichen Erhebungsaktes* einzustufen ist oder aber als eine *eigenständige, von dem*

¹⁹⁹ Vgl. *Dammann*, § 3 BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), § 3 Rn. 195; *Buchner*, § 3 BDSG in: *Taeger/Gabel* (Hrsg.) (2013), § 3 Rn. 42; *Schild*, § 3 BDSG in: *Wolff/Brink* (Hrsg.) (2013), Rn. 92.

²⁰⁰ So auch *Gusy*, § 1 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 37.

²⁰¹ Vgl. *Borgs-Maciejewski*, § 3 BVerfSchG in: *Borgs-Maciejewski/Ebert* (Hrsg.) (1986), § 3 BVerfSchG Rn. 29.

Erhebungsakt unabhängige, Maßnahme angesehen wird.²⁰² Im ersteren Falle kämen die speziellen Befugnisnormen des BNDG im Rahmen des Auswertungsprozesses nicht zur Anwendung, mit der Folge, dass die Verarbeitung und Nutzung ausschließlich auf Grundlage der allgemeinen Aufgabennorm des § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG erfolgen könnte. Im letzteren Falle kämen die §§ 2 bis 6 und 8 bis 11 BNDG uneingeschränkt zur Anwendung.

Über diesen Problemkreis steht die Erkenntnis, dass eine allein auf Grundlage der allgemeinen Aufgabennorm erfolgende personenbezogene Datenauswertung von vornherein unzulässig wäre, wenn eine generelle Grundrechtsbindung auch im Rahmen rein auslandsbezogener SFÜ-Konstellationen anzunehmen ist. Der an die Datenauswertung zu stellende grundrechtliche Schutzstandard hinge dann vom Umfang der bundesnachrichtendienstlichen Grundrechtsbindung in reinen Auslandskonstellationen ab, der wegen des reinen Auslandsbezugs der Erhebungsmaßnahme gegenüber den inlandsbezogenen Sachverhaltskonstellationen eingeschränkt sein könnte („Grundrechtsminderung“).²⁰³

Unabhängig hiervon werden im Folgenden die Auswertungsprozesse der „Verarbeitung“ und „Nutzung“ begrifflich erläutert. Unerwähnt bleiben die Befugnisse zur Übermittlung bzw. Weitergabe der erhobenen Daten,²⁰⁴ da die Übermittlung der gewonnenen Daten nach dem Gesetzestext, wie sich an späterer Stelle zeigen wird,²⁰⁵ nicht notwendigerweise eine vorherige Verarbeitung in Sachen einer Auswertung voraussetzt. Im Anschluss daran werden die sich aus der Digitalisierung des Nachrichtenübertragungssektors ergebenden Erneuerungen der bundesnachrichtendienstlichen Auswertungspraxis vorgestellt.

²⁰² Vgl. Gusy, § 1 BNDG in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.) (2014), Rn. 48. Vorzugswürdig ist es, in der inländischen Datenauswertung einen reinen Fortsetzungsakt der rein auslandsbezogenen Datenerhebung zu erblicken, vgl. hierzu *D. I. 2 c*).

²⁰³ Vgl. hierzu ausführlich unter *D*.

²⁰⁴ Nach § 3 Abs. 4 BDSG wäre die „Übermittlung“ eine Phase der Verarbeitung.

²⁰⁵ Vgl. hierzu *B. III. 4*).

a) Verarbeitung

Nach der Legaldefinition des § 3 Abs. 4 BDSG umfasst die Verarbeitung das Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen personenbezogener Daten. Die für die Verarbeitungsprozesse relevanten Befugnisse des BND befinden sich in den §§ 4, 5, 9 und 12 BNDG sowie §§ 1, 6, 7 und 7a G 10.²⁰⁶

Nach § 4 Abs. 1 BNDG darf der BND personenbezogene Daten nach § 10 BVerfSchG speichern, verändern und nutzen, soweit es zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist.²⁰⁷ § 1 Abs. 1 G 10 führt aus, dass der BND zu den in § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 G 10 benannten Zwecken berechtigt ist, die TK zu überwachen und aufzuzeichnen. Unter „Aufzeichnung“ ist jede Form der Archivierung auf magnetischen und optischen Datenträgern oder sonstigen, sich erst im Laufe der weiteren technischen Entwicklung ergebenden, Speichermedien zu verstehen.²⁰⁸ Die Bezugnahme des § 1 Abs. 1 G 10 auf die bundesnachrichtendienstliche Befugnis zur Aufzeichnung legitimiert den BND demnach auch zur Speicherung von sog. G 10-Daten.

Unter „Speichern“ versteht man nach § 4 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 BDSG das „Erfassen, Aufnehmen oder Aufbewahren personenbezogener Daten auf einem Datenträger zum Zwecke ihrer weiteren Verarbeitung oder Nutzung“. Zu trennen sind die Elemente des „Erfassens“ und „Aufnehmens“ von der Datenerhebung, obwohl beide Schritte in der Regel zeitlich nicht weit auseinanderliegen bzw. in einem Zug vollzogen werden.²⁰⁹ Eine Speicherung liegt nur dann vor, wenn die „Daten zum Zwecke ihrer weiteren Verarbeitung oder Nutzung“ auf einem Datenträger fixiert werden. Unerheblich ist, ob eine weitere Verarbeitung oder Nutzung gewünscht und direkt angestrebt wird oder ob die Daten nur für den Fall, dass sie benötigt werden, festgehalten werden.²¹⁰ Die Speicherung hat auf einem Datenträger zu erfolgen. Ein Datenträger ist jedes Medium auf dem Daten lesbar festgehalten und wiedergewonnen werden

²⁰⁶ Auf die für die Übermittlung relevanten Befugnisse (§§ 9, 12 BND; §§ 7, 7a G 10) wird an dieser Stelle nicht näher eingegangen.

²⁰⁷ § 4 Abs. 2 BNDG enthält Restriktionen für die Speicherung, Veränderung und Nutzung personenbezogener Daten über Minderjährige. Diese Vorschrift bleibt im weiteren Verlauf unberücksichtigt.

²⁰⁸ Vgl. Roggan, § 1 G 10 in: Das deutsche Bundesrecht (Hrsg.) (2012), Rn. 14.

²⁰⁹ Vgl. Dammann, § 3 BDSG in: Simitis (Hrsg.) (2014), § 3 Rn. 116.

²¹⁰ Vgl. hierzu Dammann, a. a. O., Rn. 120-122 m.w.N..

können.²¹¹ Darunter fallen insbesondere Disketten, Magnetplatten sowie Schreibpapier.²¹² Die Speicherdauer ist sowohl für die BNDG-Daten als auch für die G 10-Daten auf das für die bundesnachrichtendienstliche Aufgabenerfüllung erforderliche Maß zu beschränken. Das ergibt sich einerseits aus dem Verweis des § 4 Abs. 1 BNDG auf § 10 BVerfSchG²¹³, andererseits aus § 6 Abs. 1 Satz 1 G 10, wobei für die G 10-Daten wesentlich engere Überprüfungspflichten vorgesehen sind. So hat der BND nach § 6 Abs. 1 Satz 1 G 10 unverzüglich²¹⁴ und sodann in Abständen von höchstens sechs Monaten zu prüfen, ob die erhobenen personenbezogenen Daten im Rahmen seiner Aufgaben allein oder zusammen mit bereits vorliegenden für die Zwecke des § 5 Abs. 1 Satz 3 G 10 erforderlich sind. Für die BNDG-Daten gilt demgegenüber eine Prüffrist von zehn Jahren.²¹⁵

Eine „*Veränderung*“ liegt vor, wenn bereits gespeicherte Daten durch eine Aufbereitung oder Verknüpfung mit anderen Daten einen neuen Informationsgehalt bekommen.²¹⁶ Hierunter fällt das inhaltliche Umgestalten ebenso wie das Verknüpfen von personenbezogenen Daten aus verschiedenen Quellen, soweit hierdurch ein veränderter Informationsgehalt der Daten erzeugt wird.²¹⁷ Eine Veränderung kann auch dann vorliegen, wenn die Daten im Falle einer Verknüpfung nicht verändert werden, jedoch durch den neuen Zusammenhang in einem neuen Kontext stehen.²¹⁸ Insoweit muss die erzeugte Gesamtinformation jedoch eine andere sein als die Summe der Teilinformationen.²¹⁹

Nach § 5 BNDG ist der BND zur „*Berichtigung*“, „*Löschung*“ und „*Sperrung*“ personenbezogener Daten berechtigt und verpflichtet. Nach § 6 Abs. 1 Satz 2 – 7 G 10 bestehen ähnliche Verpflichtungen hinsichtlich der erhobenen personenbezogenen G 10-Daten.

²¹¹ Vgl. *Dammann*, a. a. O., Rn. 118.

²¹² Vgl. *Dammann*, a. a. O..

²¹³ Vgl. § 10 Abs. 3 BVerfSchG.

²¹⁴ „Ohne jede Verzögerung, die sich nicht aus sachlichen (tatsächlichen oder rechtlichen) Gründen rechtfertigen lasse“, vgl. BVerwGE 45, 51 (63 f.).

²¹⁵ Vgl. § 5 Abs. 1 BNDG i.V.m. § 12 Abs. 3 Satz 1 BVerfSchG.

²¹⁶ Vgl. *Buchner*, § 3 BDSG in: *Taeger/Gabel* (Hrsg.) (2013), § 3 Rn. 30.

²¹⁷ Vgl. *Dammann*, § 3 BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), Rn. 135.

²¹⁸ Vgl. *Schild*, § 3 BDSG in: *Wolff/Brink* (Hrsg.) (2013), Rn. 65.

²¹⁹ Vgl. *Dammann*, § 3 BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), Rn. 135.

Eine „Berichtigung“ von in Dateien oder Akten gespeicherten personenbezogenen Daten hat nach § 5 Abs. 1 und 2 BNDG i.V.m. § 12 Abs. 1 BVerfSchG zu erfolgen, wenn die BNDG-Daten unrichtig sind. Das ist der Fall wenn die Information, welche die einzelnen Angaben über die persönlichen oder sachlichen Verhältnisse des Betroffenen vermittelt, nicht mit der Realität übereinstimmt.²²⁰ In diesem Fall müssen die in Dateien oder Akten gespeicherten personenbezogenen Daten durch eine inhaltliche Umgestaltung der gespeicherten Daten (Veränderung) wieder in Übereinstimmung mit der Realität gebracht werden.²²¹

Eine „Löschung“ der in Dateien gespeicherten personenbezogenen Daten hat nach § 5 BNDG i.V.m. § 12 Abs. 2 BVerfSchG zu erfolgen, wenn ihre Speicherung unzulässig war oder ihre Kenntnis für die Aufgabenerfüllung des BND nicht mehr erforderlich ist. G 10-Daten sind nach § 6 Abs. 1 Satz 2 G 10 unter Aufsicht eines Bediensteten, der die Befähigung zum Richteramt hat, zu löschen, wenn sie im Rahmen der bundesnachrichtendienstlichen Aufgaben allein oder zusammen mit bereits vorliegenden Daten für die in § 5 Abs. 1 Satz 3 G 10 bestimmten Zwecke nicht mehr erforderlich sind und auch nicht für eine Übermittlung an andere Stellen benötigt werden. Eine Löschung hat zu unterbleiben, wenn hierdurch schutzwürdige Interessen des Betroffenen²²² beeinträchtigt würden oder wenn die G 10-Daten für eine Mitteilung an den Betroffenen nach § 12 Abs. 2 G 10 bzw. für eine gerichtliche Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Beschränkungsmaßnahme von Bedeutung sein können. Nach § 6 Abs. 1 Satz 3 G 10 ist die Löschung für die sog. G 10-Daten zu protokollieren. Nach der Legaldefinition des § 3 Abs. 4 Satz 2 Nr. 5 BDSG ist „Löschen“ das Unkenntlichmachen gespeicherter personenbezogener Daten. Erforderlich ist eine Maßnahme, die irreversibel bewirkt, dass eine Information nicht länger aus gespeicherten Daten gewonnen werden kann.²²³ Die

²²⁰ Vgl. BVerwGE, 120, 188 (190).

²²¹ Vgl. Mallmann, § 12 BVerfSchG in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.) (2014), Rn. 6.

²²² Vgl. § 5 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 2 Satz 2 BVerfSchG, Beispiele bei Mallmann, a. a. O., Rn. 10.

²²³ Beispiele bei Dammann, § 3 BDSG in: Simitis (Hrsg.) (2014), Rn. 177 ff.

Kenntnisnahme des den Daten innewohnenden Informationsgehalts muss dem BND unmöglich werden.²²⁴

Eine „Sperrung“ der in Dateien oder Akten gespeicherten personenbezogenen Daten hat zu erfolgen, wenn eine Löschung aus den zuvor benannten Gründen zu unterbleiben hat. Die personenbezogenen BNDG-Daten dürfen in diesen Fällen nur noch mit Einwilligung des Betroffenen übermittelt werden.²²⁵ Gesperrte G 10-Daten dürfen ausschließlich zu den Zwecken verwendet werden, aufgrund derer eine Löschung zu unterbleiben hatte (§ 6 Abs. 1 Satz 7 G 10). Unter einer „Sperrung“ versteht man nach § 3 Abs. 4 Satz 2 Nr. 4 BDSG das „Kennzeichnen gespeicherter personenbezogener Daten, um ihre weitere Verarbeitung oder Nutzung einzuschränken“. Es geht im Rahmen einer Sperrung demnach entscheidend darum, den jeweiligen Sachbearbeitern oder automatisierten Verarbeitungsprogrammen den künftigen Verarbeitungs- und Nutzungsumfang der erhobenen personenbezogenen Daten vorzugeben.²²⁶ Hierzu sind die Daten bzw. Datensätze mit einem Vermerk zu versehen, der geeignet ist, dem BND die angeordnete Verarbeitungs- und Nutzungsbeschränkung auch tatsächlich anzuzeigen.²²⁷ In der Praxis wird die eingeschränkte Nutzbarkeit der personenbezogenen Daten im Falle von Datenträgern z.B. über Zugriffsrechte gewährleistet, bei schriftlichen Unterlagen z.B. durch die Verwahrung in einem nicht allgemein zugänglichen Archiv.²²⁸

Nach Feststellung der Erforderlichkeit der im Rahmen der SFÜ nach § 5 G 10 erhobenen personenbezogenen Daten, sind die verbleibenden Daten nach § 6 Abs. 2 Satz 1 G 10 als G 10-Daten zu kennzeichnen. Dies soll entsprechend dem Gedanken der Zweckbindung der Daten gewährleisten, dass auch nach einer Übermittlung der Daten erkennbar bleibt, dass es sich um Daten handelt, die über Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis erhoben wurden.²²⁹

²²⁴ Vgl. *Dammann*, a. a. O., Rn. 183.

²²⁵ Vgl. § 5 Abs. 1 BNDG i.V.m. § 12 Abs. 2 Satz 4 BVerfSchG.

²²⁶ Vgl. *Dammann*, a. a. O., Rn. 165.

²²⁷ Vgl. *Dammann*, a. a. O., Rn. 166.

²²⁸ Vgl. *Roggan*, § 6 G 10 in: *Das deutsche Bundesrecht* (Hrsg.) (2012), Rn. 6.

²²⁹ Vgl. BVerfGE 100, 313 (360 f.).

b) Nutzung

Nach der hier vorgenommenen Einordnung der im Rahmen des Intelligence-Zyklus relevanten Begriffe fällt die „Nutzung“ der erhobenen personenbezogenen Daten als ein eigenständiger Teilbereich in den bundesnachrichtendienstlichen Auswertungsprozess. Die Befugnis des BND zur konkreten Nutzung der erhobenen personenbezogenen Daten resultiert u.a. aus § 4 Abs. 1 und 2 BNDG und § 6 Abs. 3 G 10.

Nach der Legaldefinition des § 3 Abs. 5 BDSG versteht man unter „Nutzen“ jede Verwendung personenbezogener Daten, soweit es sich nicht um „Verarbeitung“ handelt. Entscheidend für die Einordnung der Datenverwendung als eine Datennutzung ist die konkrete Nutzung des personenbezogenen Informationsgehalts der erhobenen Daten.²³⁰ Ein Nutzen der erhobenen personenbezogenen Daten liegt demnach bei jedem Gebrauch bzw. bei jedem Arbeiten mit diesen Daten vor,²³¹ solange die Art der Datenverwendung keiner Phase der Datenverarbeitung zugeordnet werden kann²³².

So liegt ein konkretes Nutzen der in den Daten enthaltenen Informationen seitens des BND etwa in der Analyse, Aufbereitung und dem Vergleich der beschafften Einzelinformationen mit dem Informationsaufkommen aus offenen Quellen vor²³³ oder aber auch in dem Fertigen von konkreten Erkenntnis- bzw. Lagebildern für die jeweiligen Bedarfsträger. Unter die Nutzung fällt demnach auch der in § 6 Abs. 3 G 10 geregelte Metadatenabgleich, mit dem der BND auf Antrag die durch eine G 10-SFÜ erhobenen Daten in einem automatisierten Verfahren mit bereits vorliegenden Rufnummern oder anderen Kennungen abgleichen darf, um die Relevanz der erfassten TK-Vorgänge festzustellen. Genutzt werden alle bereits vorliegenden Rufnummern oder anderen Kennungen, die zu einem „Treffer“ geführt haben und somit zur bundesnachrichtendienstlichen Relevanzfeststellung beitragen.²³⁴

²³⁰ Vgl. *Dammann*, § 3 BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), § 3 Rn. 189.

²³¹ Vgl. *Schaffland/Wiltfang*, BDSG - Kommentar (2014), § 3 Rn. 106.

²³² Vgl. *Buchner*, § 3 BDSG in: *Taeger/Gabel* (Hrsg.) (2013), § 3 Rn. 42.

²³³ „Abgleich“, *Schild*, § 3 BDSG in: *Wolff/Brink* (Hrsg.) (2013), Rn., 92.

²³⁴ Verallgemeinernd *Dammann*, § 3 BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), Rn. 192.

c) Auswertungspraxis der Neuzeit

Eine effektive bundesnachrichtendienstliche Auswertung der erhobenen personenbezogenen Daten setzt die „Überprüfung der Erforderlichkeit der personenbezogenen Daten zur eigenen Aufgabenerfüllung“ voraus. Die Erforderlichkeitsprüfung²³⁵ muss sowohl im Rahmen der Verarbeitungs- als auch im Rahmen der konkreten Nutzungsphase vorgenommen werden. So ergibt sich aus § 4 Abs. 1 BNDG für die Speicherungs-, Veränderungs- und Nutzungsbefugnis des BND, dass diese nur insoweit zulässig ist, als dass sie für die Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist. Eine Löschung hat zu erfolgen, wenn die personenbezogenen Daten für die Aufgabenerfüllung des BND (§ 5 Abs. 1 BNDG i.V.m. § 12 Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG) bzw. für die in § 5 Abs.1 Satz 3 Nr. 1 bis 8 G 10 bezeichneten Zwecke nicht mehr erforderlich sind.

Eine sachgerechte Vornahme der Erforderlichkeitsprüfung zur eigenen Aufgabenerfüllung setzt eine *tatsächliche und umfassende Kenntnis des Informationsgehalts* der erhobenen Daten voraus, um verlässliche Beurteilungen im Hinblick auf den von der Bundesregierung erteilten Aufklärungsauftrag erteilen zu können. Entscheidend für die Erforderlichkeitsprüfung des BND ist danach die *Lesbarkeit der gesammelten Informationen*. Angesichts des im Zeitalter der Digitalisierung immer größer werdenden und den Sicherheitsdiensten zur Verfügung stehenden Datenvolumens geht es dabei primär um die Frage, wie man anhand der in vielfältiger Weise („Variety“) zur Verfügung stehenden Datenmengen („Volume“) in möglichst kurzer Zeit („Velocity“) möglichst große Erkenntnisgewinne gewährleisten kann („Big Data“).²³⁶ Manuelle Analyseprozesse durch Mitarbeiter des BND sind schon auf Grund der Vielzahl der potentiell auszuwertenden Rohdatenströme auf einer ersten Stufe

²³⁵ Das Regelungselement der Erforderlichkeit ist an dieser Stelle nicht mit dem aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz resultierenden Erforderlichkeitsprinzip zu verwechseln. Es geht vorliegend allein um die Frage, ob der Verarbeitungsprozess zur Erkenntnisgewinnung über das Ausland nötig ist, ohne dass hierbei in Betracht kommende Alternativen berücksichtigt werden. Vgl. *Albers* (2005), S. 516-517; *Trute* in: *Roßnagel* (Hrsg.) (2003), S. 178 Rn. 43.

²³⁶ Diese Frage stellt sich insbesondere für die überwiegend in „Eigenregie“ durchführbare rein auslandsbezogene BNDG-SFÜ.

des Auswertungsprozesses wenig effektiv. In der Praxis wird man für eine Vorauswertung (Vorabfilterung) der Rohdatenströme daher zunehmend auf *automatisierte Analyseverfahren* zurückgreifen. Über *Algorithmen* werden Daten aus unterschiedlichen Quellen miteinander kombiniert und zueinander in Beziehung gesetzt, um eventuell darin enthaltene Muster oder Querverbindungen zu erkennen.²³⁷ Die über die automatisierte Analyse als potentiell verdächtig ausgewiesenen Daten können anschließend durch speziell ausgebildete Analysten einer genaueren Beobachtung unterzogen werden und in Abhängigkeit von ihrer Bedeutung für die bundesnachrichtendienstliche Aufgabenerfüllung entweder verworfen oder weiter verarbeitet werden.²³⁸

aa) Ausgangspunkt Digitalisierung

Ausgangspunkt der automatisierten Analyseverfahren war die durch die *Digitalisierung* des Nachrichtenübertragungssektors ermöglichte *Maschinenlesbarkeit* der übertragenen Daten. Digitale Kommunikation erfolgt einheitlich auf Grundlage eines computerlesbaren Signalfolgen austausches (sog. Binärcodes), der typischerweise durch die Zustände 0 und 1 symbolisiert wird.²³⁹ Heutzutage werden nahezu sämtliche TK-Beziehungen aus dem Festnetz, vom Handy und über das Internet digital übertragen.²⁴⁰ Die Gründe für die explosionsartige Zunahme digitaler Datenbestände²⁴¹ sind vielschichtig. Einen Beitrag leistet unter anderem die Entwicklung in Richtung einer vollständigen Netzkonzvergenz,²⁴² die einen netzübergreifenden Datenaustausch ermöglicht, ohne dass es hierfür auf die der Kommunikationen zu Grunde liegenden Netzwerktechnologien ankommt. Von Bedeutung ist insbesondere auch die zunehmende Konzentration der Kommunikation auf das Internet.²⁴³ Das World Wide Web hat sich in der Vergangenheit zu einer universell

²³⁷ Vgl. *Waidner* (2014) S. 16.

²³⁸ Vgl. *Gaycken* (2014), S. 3.

²³⁹ Vgl. *Meinel/Sack* (2009), S. 11.

²⁴⁰ Für die durchgängig digitale Übertragungsform internationaler TK, vgl. BT-Drs. 14/5655, S. 17; vgl. auch *Schaar* (2014), S. 68 sowie *Lochmann* (2002), S. 23.

²⁴¹ Vgl. *Meinicke* in: *Taeger* (Hrsg.) (2014), S. 183.

²⁴² Zur Netzkonzvergenz, vgl. *Küpper* in: *Hess* (Hrsg.) (2007), S. 186; *Xavier/Ypsilanti* in: *Klumpp* et al. (Hrsg.) (2009), S. 50 ff..

²⁴³ Das Internet überträgt Daten zwischen Computersystemen. Es ist ein Netzwerk von sämtlichen Netzwerken weltweit, die durch Kabel, Funknetze oder Satellitenstrecken verbunden sind, ausführlich *Bonnekoh* (2007), S. 26 ff..

genutzten Kommunikationsinfrastruktur entwickelt, das heute nahezu für jede elektronische Kommunikation genutzt werden kann und vor allem im Weitverkehrsbereich zur Überwindung großer räumlicher Distanzen eine große Bedeutung besitzt.²⁴⁴ Im Jahre 2013 wurde das im Internet kursierende Datenvolumen auf 1,9 Zettabyte (ZB) geschätzt, wobei von einer jährlichen Steigerungsrate hinsichtlich der verfügbaren Daten von 50 % ausgegangen wurde.²⁴⁵ Nicht umsonst steht das Internet auch im Mittelpunkt der elektronischen nachrichtendienstlichen Überwachung.²⁴⁶ Zentrale Angriffspunkte sind sämtliche Stellen über die typischerweise ein großes Datenvolumen abgegriffen werden kann, insbesondere die sog. „Internet Exchange Points“ (IXP) sowie die einzelnen Übertragungswege selbst (Tiefseekabel, Satellitenverbindungen, Überlandkabel, Richtfunkstrecken).²⁴⁷

bb) Big Data

Der Begriff „*Big Data*“ wird häufig im Zusammenhang mit seiner Bedeutung für die wirtschaftliche Unternehmensplanung verwendet. So kann die Auswertung großer Datenmengen etwa dazu beitragen, dass Unternehmen fundiertere Entscheidungen treffen, indem Marktpotentiale und das Kundenverhalten über die sog. „Big Data-Lösung“ besser abgeschätzt werden.²⁴⁸ Die Bedeutung von „Big Data“ erstreckt sich jedoch nicht allein auf eine wirtschaftliche Komponente. Vielmehr können die Vorteile von „Big Data-Lösungen“ in verschiedenen Bereichen genutzt werden. Als ein Phänomen und inzwischen fester Bestandteil der gesellschaftlichen Praxis ist „Big Data“ in einem bereichsübergreifenden Sinne zu verstehen. Das ist auch der Grund dafür, warum sich der Begriff „Big Data“ einer exakten Definition entzieht.²⁴⁹ „Big Data“ ist ein Begriff, dessen Sinnzuschreibung nicht allein auf die Daten selbst begrenzt bleibt, sondern die Praxis der Datenspeicherung, die hierfür erforderlich werdenden Analysewerkzeuge und die Verwendung von „Big-Data Lösungen“ für soziale Zwecke gleichermaßen umfasst.²⁵⁰ „Big

²⁴⁴ Vgl. *Waidner* (2014), S. 9.

²⁴⁵ Vgl. *Weichert*, in: ZD 6 (2013), S. 252.

²⁴⁶ Vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/22, S. 19; *Schaar* (2014), S. 71.

²⁴⁷ Vgl. *Waidner* (2014), S. 14.

²⁴⁸ Vgl. *Helbing*, in: K&R 3 (2015), S. 145.

²⁴⁹ Vgl. auch *Schefzig* in: *Taeger* (Hrsg.) (2014), S. 109.

²⁵⁰ Vgl. *Trute*, in: *Journal of Law & Economic Regulation* 1 (2015), S. 63.

Data“ beschreibt demnach einen Prozess, bei dem große Datenmengen verfügbar gemacht und ausgewertet werden, um hieraus jeweils einen spezifischen Nutzen zu ziehen. Im Mittelpunkt steht demnach insbesondere die Zielrichtung der jeweiligen „Big Data-Anwendung“. Diese kann unter Berücksichtigung des thematischen Kontextes ihrer Verwendung unterschiedlich definiert sein.

Im Kontext der bundesnachrichtendienstlichen Auslandsaufklärung steht „Big Data“ für die Sammlung und mit hoher Geschwindigkeit vorgenommene Analyse einer großen und vielfältigen Datenmenge, die das Ziel verfolgt, einen möglichst fundierten und aussagekräftigen außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnisgewinn über das Ausland zu erzielen.²⁵¹

Während es für den bundesnachrichtendienstlichen „Sammlungsprozess“ entscheidend darauf ankommt, an den richtigen Stellen ein möglichst großes und vielfältiges Datenvolumen („Volume“ & „Variety“) abzugreifen, ist es für den bundesnachrichtendienstlichen „Prozess der Auswertung“ von übergeordneter Bedeutung, dass die massenhaft zur Verfügung stehenden Daten möglichst schnell („Velocity“) und effizient analysiert („Analysis“)²⁵² werden. „Big Data-Anwendungen“ leben also davon, aus einer großen Masse von Daten zuverlässige Ergebnisse zu erzielen.²⁵³ *Manuelle Auswertungsprozesse* sind auf einer ersten Stufe der Auswertung *nicht zielfördernd*. Es bedarf vielmehr automatisierter Analyseverfahren, die mithilfe von Informationstechnologien und Rechentechnik bewerkstelligt werden können.²⁵⁴

cc) Analysealgorithmen

Die für die Vorauswertung der Daten erforderlichen Analyseverfahren werden über sog. „*Analysealgorithmen*“ wahrgenommen.²⁵⁵

²⁵¹ Mit generellen begrifflichen Ausführungen *Weichert*, in: ZD 6 (2013), S. 251; *Rofnagel*, in: ZD 11 (2013), S. 562; *Martini*, in: DVBl 23 (2014), S. 1482; vgl. auch die einzelnen Fachbeiträge in *Taeger* (Hrsg.), *Big Data & Co* (2014).

²⁵² Zu den vier Strukturmerkmalen von Big Data, vgl. u.a. *Martini*, a. a. O.

²⁵³ Vgl. *Klein* in: *Taeger* (Hrsg.) (2014), S. 7 m.w.N..

²⁵⁴ Vgl. *Kastl* in: *Taeger* (Hrsg.) (2014), S. 204.

²⁵⁵ Vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/22, S. 14.

Ein Algorithmus definiert sich als eine „Rechenvorschrift, die so präzise formuliert ist, dass die einzelnen Verarbeitungsschritte eindeutig daraus hervorgehen und so ein mechanisch oder elektronisch arbeitendes Gerät die Regel ausführen kann. Im Wege des Durchlaufens dieser Rechenregeln werden bestimmte Eingaben in eine Ausgabe umgewandelt und so die umgeformte Version der Daten sichtbar gemacht“²⁵⁶. Im weitesten Sinne geht es also um die Umwandlung erhobener Rohdaten im Sinne eines vorher festgelegten bereichsspezifischen Kontextes.²⁵⁷

„Big Data-Algorithmen“ sind in der Lage ein Erkenntnispotenzial auf Grundlage von zunächst wertlosen Daten zu erschließen und diese anschließend in eine nutzbare Auswertungsform zu überführen.²⁵⁸ Hierzu werden Daten aus verschiedenen Quellen miteinander kombiniert und in Beziehung zueinander gesetzt, um nach Mustern und Korrelationen zu suchen, die Zusammenhänge sichtbar machen, die zuvor noch nicht bekannt waren.²⁵⁹ So bezwecken die automatisierten Analyseverfahren vorrangig bestimmte Ereignisse vorherzusagen und zu beeinflussen („Makro-Level“) oder noch unbekannte Eigenschaften von bestimmten Personen besser und schneller zu erkennen und auszunutzen („Mikro-Level“).²⁶⁰

Gegenstand von „Analysealgorithmen“ können sowohl Sachdaten als auch Daten mit Personenbezug sein, wobei im letzteren Fall erforderlich ist, dass die „Analysealgorithmen“ in einer datenschutzkonformen Art und Weise ausgestaltet sind.²⁶¹ Im Rahmen der personenbezogenen Auswertung von „Big Data“ lässt sich in der Regel zwischen dem sog. „Tracking“, „Scoring“, „Personalizing“ und „Profiling“ unterscheiden. Über das „Tracking“ lassen sich z.B. künftige Aufenthaltsorte einer Person über die Auswertung von Bewegungsdaten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit voraussagen. Über das „Profiling“ können die Ergebnisse verschiedener „Big Data-Analysen“ miteinander kombiniert werden und so zu einem

²⁵⁶ Kastl, a. a. O., S. 204 m.w.N..

²⁵⁷ Vgl. Trute, in: Journal of Law & Economic Regulation 1 (2015), S. 66.

²⁵⁸ Vgl. Martini, in: DVBl 23 (2014), S. 1482.

²⁵⁹ Vgl. Waidner (2014), S. 19; Klein in: Taeger (Hrsg.) (2014), S. 9.

²⁶⁰ Vgl. Roßnagel, in: ZD 11 (2013), S. 562.

²⁶¹ Vgl. Ohrtmann/Schwiering, in: NJW 41 (2014), S. 2984.

Persönlichkeitsbild über eine bestimmte Person zusammengefasst werden.²⁶² Unter Berücksichtigung der zeitlichen Komponente kann die zur Verfügung stehende Datenmenge hierbei entweder nahezu in Echtzeit („*Big Data in Motion*“) oder nach einer vorherigen Speicherung zu einem beliebigen Zeitpunkt per „Data Mining“ („*Big Data in Rest*“) aufbereitet werden.²⁶³ Entscheidend für die Anwendbarkeit der Analyse-Tools ist die Maschinenlesbarkeit der ihnen zugrunde liegenden Daten. Zu unterscheiden ist hierbei zwischen den in unstrukturierter Form vorliegenden Daten (insb. Inhaltsdaten), die vor einer automatisierten Analyse einer Vorverarbeitung bedürfen²⁶⁴ und den strukturierten Daten (z.B. „*Metadaten*“), die von der Analysemaschine ohne größere Probleme ausgewertet werden können.²⁶⁵

Den „Metadaten“ kommt im Rahmen der „Big Data-Analysen“ eine übergeordnete Bedeutung zu. Dazu führt nicht nur die zuvor erwähnte leichte Auswertbarkeit der „Metadaten“, sondern auch der Umstand, dass selbst eine Verschlüsselung nicht vor einer Ausspähung der „Metadaten“ schützt.²⁶⁶ Darüber hinaus können „Metadaten“, solange sie in großem Umfang vorliegen, aussagekräftiger sein als Inhaltsdaten.²⁶⁷

Der Begriff des „Metadatum“ findet im Gesetz keine Grundlage. Bezug genommen wird jedoch auf Daten, die Informationen zu verschiedenen Aspekten anderer Daten enthalten (z.B. Inhaltsdaten).²⁶⁸ Im Bereich des TK-Rechts handelt es sich um die in § 3 Nr. 30 TKG legaldefinierten Verkehrsdaten, „die bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erhoben, verarbeitet oder genutzt werden“. Hierunter fallen nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 TKG unter anderem die Nummern der beteiligten Anschlüsse (z.B.

²⁶² Zu den Begriffen, vgl. *Weichert*, in: ZD 6 (2013), S. 255; *Martini*, in: DVBl 23 (2014), S. 1483.

²⁶³ Vgl. *Waidner* (2014), S. 20.

²⁶⁴ Vgl. *Martini*, in: DVBl 23 (2014), S. 1482 Fn. 12 m.w.N.; ebenso *Waidner* (2014), S. 20.

²⁶⁵ Vgl. *Schaar* (2014), S. 19; *Waidner* (2014), S. 16.

²⁶⁶ Vgl. *Hansen*, in: DuD 7 (2014), S. 443; *Waidner* (2014), S. 30; zur Möglichkeit der Durchsicht der nutzerindividuellen Datenpakete im Rahmen der sog. Deep Packet Inspection (DPI), vgl. *Holznapel/Schumacher* in: *Kloepfer* (Hrsg.) (2011), S. 47 ff.

²⁶⁷ Vgl. *Gercke*, in: CR 11 (2013), S. 750; *Schaar* (2014), S. 21; *Hackenberg* in: *Hoeren/Sieber/Holznapel* (Hrsg.) (2014), Rn. 22.

²⁶⁸ Vgl. *Waidner* (2014), S. 16.

Mobil- bzw. Festnetztelefonnummern, IP-Adressen²⁶⁹), bei mobilen Anschlüssen auch die Standortdaten (Nr. 1)²⁷⁰ sowie die Daten, die Informationen über den Beginn und das Ende der jeweiligen Verbindung nach Datum und Uhrzeit enthalten (Nr. 2). Umfasst sind darüber hinaus namentlich die Adressen angesteuerter Webseiten (URLs)²⁷¹ sowie der Zeitpunkt und der Ort des Abrufs.²⁷² „Metadaten“ können somit grundlegende Informationen z.B. über Personen, genutzte Technologien, geografische Regionen und Kommunikationsverhaltensweisen liefern.²⁷³

Werden diese „Metadaten“ über speziell ausgelegte „Analysealgorithmen“ ausgewertet, so können unter anderem Rückschlüsse auf die Art und Intensität von Beziehungen sowie auf Interessen und Neigungen gezogen werden,²⁷⁴ die sowohl Aufschluss über persönliche Gewohnheiten und Freunde²⁷⁵ als auch über den potentiellen Kommunikationsinhalt²⁷⁶ liefern können. Danach ist es grundsätzlich nicht ausgeschlossen, dass über eine systematische Auswertung von „Metadaten“ *umfassende Kommunikationsprofile*²⁷⁷ gebildet werden, die an die Qualität eines Persönlichkeitsprofils heranreichen können²⁷⁸.

Die automatisierten Vorauswertungsverfahren sind somit in der Lage über spezifische Mustererkennungsanalysen aus der Vielzahl der vorhandenen TK-Beziehungen und Daten bereits einige verdächtige Kommunikationen auszusondern, die anschließend von speziell ausgebildeten Analysten bezüglich ihrer nachrichtendienstlichen Relevanz spezifischer zu überprüfen sind.

dd) Gefährdungspotenzial

Die Effizienz und Effektivität von „Big Data-Analysen“ hängt maßgeblich von der zur Verfügung stehenden Datenmenge ab, die über die

²⁶⁹ Vgl. Sander, in: CR 3 (2014), S. 181, Fn. 19 m.w.N.

²⁷⁰ Nach § 3 Nr. 19 TKG sind dies Daten, die in einem TK-Netz erhoben oder verwendet werden und die den Standort des Endgerätes eines Endnutzers eines TK-Dienstes für die Öffentlichkeit angeben.

²⁷¹ Vgl. Schaar (2014), S. 19.

²⁷² Vgl. Waidner (2014), S. 16.

²⁷³ Vgl. Gaycken (2014), S. 4.

²⁷⁴ Vgl. Breyer, in: StV 4 (2007), S. 218.

²⁷⁵ Vgl. Schaar (2014), S. 21.

²⁷⁶ Vgl. Breyer, in: StV 4 (2007), S. 218.

²⁷⁷ Vgl. Schaar, in: ZRP 7 (2013), S. 214.

²⁷⁸ Vgl. Breyer, in: StV 4 (2007), S. 218 m.w.N.; Roßnagel, in: NJW 18 (2010), S. 1239.

„Analysealgorithmen“ ausgewertet werden. Ein Auswertungsergebnis wird in der Regel umso nützlicher sein, je größer die der Analyse zu Grunde liegende Datenmenge ist.²⁷⁹ Der Idee von „Big Data“ wird daher in der Regel der Gedanke zu Grunde liegen, die erfassten Daten möglichst lange aufzubewahren und mit anderen Daten anzureichern, um im Rahmen des relevanten Verwendungskontextes hinreichend fundierte Erkenntnisse zu erzielen.²⁸⁰ Eine solche Praxis steht im *Spannungsverhältnis* zu wesentlichen datenschutzrechtlichen Grundprinzipien.

Nach dem *Grundsatz der Datensparsamkeit* des § 3a Satz 1 BDSG sind die Auswahl und Gestaltung von Datenverarbeitungssystemen an dem Ziel auszurichten, so wenig personenbezogene Daten wie möglich zu erheben, zu verarbeiten oder zu nutzen. Es geht also einerseits um die Reduzierung der Datenmenge (Quantität), andererseits um die Verringerung der Eingriffstiefe (Qualität).²⁸¹ § 3a BDSG berechtigt und verpflichtet die verantwortliche Stelle in Sachen einer vorverlagerten Erforderlichkeitsprüfung plausibel festzulegen, ob und in welchem Umfang die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten für den angestrebten Zweck erforderlich ist.²⁸² Im Rahmen von „Big Data-Anwendungen“ wird die Erforderlichkeit zur Erhebung, Verwendung und Nutzung der Daten jedoch gerade nicht im Vorfeld festgelegt. Es erfolgt in diametraler Art und Weise vielmehr eine massenhafte Sammlung und Auswertung zum Zwecke einer nachgelagerten erstmaligen Prüfung der Erforderlichkeit. Der tatsächliche Bedarf der Daten in Sachen der Erforderlichkeit zur eigenen Aufgabenerfüllung steht im Zeitpunkt der Erhebung noch gar nicht fest.²⁸³ Aus der Perspektive der Massendatenverwertung wären Daten daher prinzipiell immer erforderlich²⁸⁴ und somit entgegen dem Gebot der Datensparsamkeit unabhängig vom

²⁷⁹ Insofern wird der Auswertung der sog. G 10-Daten durch die Begrenzung auf 20 % der gesamten Übertragungskapazität eines Übertragungsweges Grenzen gesetzt (§ 10 Abs. 4 Satz 3 und 4 G 10). Zweifel an der Effektivität der Kapazitätsbeschränkung äußert *Bäcker* (2014), S. 13.

²⁸⁰ Vgl. im Ganzen, *Roßnagel*, in: ZD 11 (2013), S. 562.

²⁸¹ Vgl. *Scholz*, § 3a BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), Rn. 33 m.w.N.

²⁸² Vgl. *Schulz*, § 3a BDSG in: *Wolff/Brink* (Hrsg.) (2013)

²⁸³ Vgl. *Weichert*, in: ZD 6 (2013), S. 256.

²⁸⁴ Vgl. *Martini*, in: DVBl 23 (2014), S. 1484.

jeweiligen Verwendungszweck in breitem Umfang zu sammeln und auszuwerten.²⁸⁵

Eine „Big Data-Anwendung“ würde auch dann im Widerspruch zum geltenden Datenschutzrecht stehen, wenn Entscheidungen, die für den Betroffenen eine rechtliche Folge nach sich ziehen würden oder ihn erheblich beeinträchtigen würden, einzig auf Grundlage der automatisierten Analyse personenbezogener Daten gestützt würden, die der Bewertung einzelner Persönlichkeitsmerkmale dienen (§ 6a Abs. 1 BDSG).²⁸⁶ „Analysealgorithmen“ dürfen demnach nicht das einzige Mittel zur Bewertung personenbezogener Daten²⁸⁷ in Sachen eines Persönlichkeitsprofils sein.²⁸⁸ Das gilt verstärkt vor dem Hintergrund, dass „Analysealgorithmen“ ihre Entscheidungen nicht scharf, sondern lediglich auf der Basis von Wahrscheinlichkeiten und Vorhersagemodellen treffen.²⁸⁹ Der Nutzen automatisierter Analyseverfahren erschöpft sich in der Abarbeitung zuvor festgelegter Parameter über mehr oder minder komplexe Algorithmen.²⁹⁰ Eine einem Menschen vergleichbare Analyse in Sachen einer Bewertung bzw. Interpretation der in einem spezifischen Kontext erhobenen personenbezogenen Daten durch einen Computer ist nicht möglich. Es lässt sich im Wege einer ausschließlich automatisiert durchgeführten Analyse nie vollkommen ausschließen, dass auch solche Personen in den nachrichtendienstlichen Fokus geraten, die sich nachweislich nichts zu Schulden kommen lassen haben. So geht unter den Bedingungen moderner Datenanalysen bereits von der Zugehörigkeit eines Einzelnen zu einer Gruppe, der die Analysealgorithmen aufgrund berechneter Korrelationen bestimmte Eigenschaften zuschreiben, ein Risiko für die unbefangene gesellschaftliche Entfaltung aus. Der Rückschluss vom Kollektiv auf das Individuum lädt zur „Selektivität der Realitätserfassung und zur vorverurteilenden Diskriminierung

²⁸⁵ Zu diesem Spannungsverhältnis auch *Hackenberg* in: *Hoeren/Sieber/Holznapel* (Hrsg.) (2014), Rn. 17.

²⁸⁶ Mit den Ausnahmen des § 6a Abs. 2 BDSG.

²⁸⁷ Die Voraussetzung „Persönlichkeitsmerkmal“ i.S.d. § 6a Abs. 1 BDSG kann mit dem „personenbezogenem Datum“ i.S.d. § 3 Abs. 1 BDSG gleichgesetzt werden, vgl. *Lewinski*, § 6a BDSG in: *Wolff/Brink* (Hrsg.) (2013), Rn. 8.

²⁸⁸ Für den Blick des § 6a BDSG auf die elektronische Auswertung von Persönlichkeitsprofilen, vgl. *Scholz*, § 6a BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), Rn. 21-22 m.w.N..

²⁸⁹ Vgl. *Waidner* (2014), S. 23.

²⁹⁰ Vgl. auch *Lewinski*, § 6a BDSG in: *Wolff/Brink* (Hrsg.) (2013), Rn. 10.1.

ein²⁹¹ und birgt somit ein nicht zu unterschätzendes Gefährdungspotential für die kommunikative Entfaltungsfreiheit der betroffenen Personen. In diesem Sinne umschreibt *Martini* die Gefahr der automatisierten Datenverarbeitungsprozesse für die private Persönlichkeitsentfaltung in zutreffender Art und Weise, wenn er ausführt: „Wer zum Shoppen nach New York möchte, muss damit rechnen, dass er diesen Plan durch Eingabe sensibler Suchbegriffe im Internet, wie z.B. >>Al Qaida<<, akut gefährden kann.“²⁹²

Die zur Überprüfung der Notwendigkeit der erhobenen personenbezogenen Daten zur bundesnachrichtendienstlichen Aufgabenerfüllung vorzunehmende Erforderlichkeitsprüfung bedarf daher umso mehr spezieller durch den Menschen vorzunehmender *Relevanz- und Plausibilitätskontrollen*.²⁹³ Angesichts der Internationalität der Aufklärungsfelder sind hierzu Analysten mit einer vielfältigen Sprachausbildung sowie einem ausgeprägtem Fachwissen zu Themen und Regionen, die im Beobachtungsspektrum des BND liegen, erforderlich.²⁹⁴ Darüber hinaus gebietet die Prävention subjektiv geprägter Falschmeldungen, dass es sich bei den Analysten in aller Regel um Persönlichkeiten mit ausgeprägter politischer Sachkunde, absoluter Nüchternheit und Objektivität handelt.²⁹⁵

Erst nachdem die Erforderlichkeit der erfassten TK-Verkehre für die bundesnachrichtendienstliche Aufgabenerfüllung durch die automatisierten und manuellen Auswertungsprozesse festgestellt ist, ist der BND befugt, die erhobenen personenbezogenen Daten zu speichern, zu verändern und zu nutzen. Eine Speicherung personenbezogener Daten „auf Vorrat“, für den Fall einer sich gegebenenfalls später ergebenden Relevanz der TK-Vorgänge für den bundesnachrichtendienstlichen Aufklärungsauftrag, wäre *nicht zulässig*.

ee) Gesetzlicher Rahmen für Big Data

Die zuletzt getroffene Feststellung, wonach die gesetzlichen Regelungen des G 10 und des BNDG eine Speicherung von personenbezogenen Daten „auf

²⁹¹ *Martini*, in: DVBl 23 (2014), S. 1488 m.w.N.

²⁹² *Martini*, a. a. O.

²⁹³ Vgl. *Hackenberg* in: *Hoeren/Sieber/Holznapel* (Hrsg.) (2014), Rn. 65.

²⁹⁴ Vgl. *Hanning* in: *Schreckenberger* (Hrsg.) (2005), S. 91; zur Erforderlichkeit von Übersetzungen, vgl. *Clark* (2014), S. 105, 461; *Jakob* (1999), S. 89.

²⁹⁵ Vgl. schon *Wessel*, in: *Beiträge zur Konfliktforschung* 2 (1985), S. 17.

Vorrat“ nicht zulassen, setzt voraus, dass die einschlägigen Vorschriften des G 10 und des BNDG anwendbar sind.

Zu beachten hat man wiederum, dass § 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG die Anwendbarkeit der speziellen Rechtsgrundlagen der §§ 2 bis 6 und 8 bis 11 BNDG auf Fälle begrenzt, in denen Informationen einschließlich personenbezogener Daten im Inland erhoben werden. Der Anwendungsbereich des § 5 G 10 ist daneben nur für die Fälle einer grenzüberschreitenden SFÜ eröffnet. Der im Rahmen der rein auslandsbezogenen BNDG-SFÜ anzuwendende Regelungsapparat hängt danach von der bereits erwähnten Entscheidung ab, ob man den sich an die Erhebung anschließenden Datenverarbeitungsprozessen einen von der Erhebung unabhängigen Regelungscharakter beimisst oder diese als unselbständige Folgemaßnahmen betrachtet.²⁹⁶ Im letztbenannten Fall kämen die restriktiven bundesnachrichtendienstlichen Vorgaben nicht zur Anwendung, mit der Folge, dass der Idee von „Big Data“, die erfassten Massedaten möglichst lange aufzubewahren und mit weiteren Daten anzureichern, aus einfachgesetzlicher Sicht nichts entgegengebracht werden könnte. Eine Datensammlung „auf Vorrat“ wäre insofern über der Begründung zu rechtfertigen, dass diese zur Gewinnung von außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnissen über das Ausland erforderlich ist.²⁹⁷ Praxisbezogen bedeutet dies, dass der Umfang der Zulässigkeit von „Big Data-Analysen“ entscheidend durch das gesetzliche Ausmaß der ihr zugrundeliegenden Erhebungs- und Analyseziele geprägt wird.²⁹⁸

Im Falle der generellen Anwendbarkeit der speziellen datenverarbeitungsrechtlichen Vorschriften käme es darüber hinaus darauf an, dass die „Big Data-Analyse“ auch *personenbezogene Daten* betrifft.²⁹⁹

Personenbezogene Daten sind nach § 3 Abs. 1 BDSG Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren

²⁹⁶ Vgl. hierzu schon *B. III. 3)* sowie *D. I. 2) c)*.

²⁹⁷ Einzige Grenze wäre das auch Rahmen der rein auslandsbezogenen BNDG-SFÜ geltende Übermaßverbot staatlicher Tätigkeit.

²⁹⁸ Vgl. *Ohrtmann/Schwiering*, in: *NJW* 41 (2014), S. 2987.

²⁹⁹ Vgl. *Buchner*, § 3 BDSG in: *Taeger/Gabel* (Hrsg.) (2013), Rn. 3; *Schefzig* in: *Taeger* (Hrsg.) (2014), S. 104; *Helbing*, in: *K&R* 3 (2015), S. 145.

natürlichen Person (Betroffener). Mit der Begriffsverwendung „Einzelangaben“ wird auf Informationen Bezug genommen, die sich auf eine bestimmte -einzelne- natürliche Person beziehen oder geeignet sind, einen Bezug zu ihr herzustellen.³⁰⁰ Die Informationen enthalten Angaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse immer dann, wenn sie etwas über die Bezugsperson aussagen, unabhängig davon, unter welchem Aspekt sie gesehen und welcher Lebensbereich angesprochen ist.³⁰¹ Unter die persönlichen und sachlichen Verhältnisse einer Person fallen deren körperliche und geistige Eigenschaften (z.B. Aussehen), ihre Verhaltensweisen (einschließlich Bewegungsdaten) und Beziehungen (z.B. beruflich oder privat) ebenso wie identifizierende Angaben (z.B. Name, Personenkennzeichen, teilweise auch IP-Adressen³⁰²).³⁰³ Erforderlich ist jeweils, dass auf Grundlage der Informationen die Möglichkeit besteht, die Identität einer natürlichen Person festzustellen („Bestimmbarkeit“).³⁰⁴ Das ist nach überwiegender Ansicht nicht der Fall, wenn das Risiko der Personenbeziehbarkeit so gering ist, dass es praktisch irrelevant erscheint.³⁰⁵ Es kommt für die Personenbeziehbarkeit der erhobenen Daten mithin nicht auf die hypothetische Möglichkeit an, dass sich ein Personenbezug generell herstellen ließe, sondern darauf, ob die datenverarbeitende Stelle mit den ihr zur Verfügung stehenden Kenntnissen, Mitteln und Möglichkeiten vernünftiger Weise einen Personenbezug herstellen kann.³⁰⁶ Von zentraler Bedeutung ist danach die Frage, ob es für die Herstellung eines Personenbezugs eines *unverhältnismäßigen Aufwands* bedarf. Für die Bewertung des Aufwands sind die Aspekte Zeit, Kosten und Arbeitskraft ebenso zu berücksichtigen, wie das bereits vorhandene Wissen

³⁰⁰ Vgl. Schild, § 3 BDSG in: Wolff/Brink (Hrsg.) (2013), Rn. 9.

³⁰¹ Vgl. Dammann, § 3 BDSG in: Simitis (Hrsg.) (2014), Rn. 7.

³⁰² Vgl. hierzu Specht/Müller-Riemenschneider, in: ZD 2 (2014), S. 71 ff.

³⁰³ Vgl. Buchner, § 3 BDSG in: Taeger/Gabel (Hrsg.) (2013), Rn. 4; ausführlich Dammann, § 3 BDSG in: Simitis (Hrsg.) (2014), Rn. 10 ff.

³⁰⁴ Vgl. Schild, § 3 BDSG in: Wolff/Brink (Hrsg.) (2013), Rn. 17; Buchner, § 3 BDSG in: Taeger/Gabel (Hrsg.) (2013), Rn. 11.

³⁰⁵ So die wohl h.M., vgl. u.a. Dammann, § 3 BDSG in: Simitis (Hrsg.) (2014), Rn. 23 ff.; Schild, § 3 BDSG in: Wolff/Brink (Hrsg.) (2013), S. 17 ff.; Schefzig in: Taeger (Hrsg.) (2014), S. 106 ff.

³⁰⁶ Vgl. Gola/Schomerus, BDSG - Kommentar (2012), Rn. 10; Forgó/Krügel, in: MMR 1 (2010), S. 19; Dammann, § 3 BDSG in: Simitis (Hrsg.) (2014), Rn. 24 m.w.N.

sowie das beschaffbare Zusatzwissen Dritter.³⁰⁷ Die Personenbeziehbarkeit einer Information lässt sich also nicht aus einer Angabe allein ableiten, sondern ist abhängig vom jeweiligen Zusatzwissen des Datenverwenders.³⁰⁸ Es bedarf für die Herstellung eines Personenbezugs im Rahmen einer „Big Data-Analyse“ daher im Regelfall einer Kombination verschiedener Informationen. Hierbei kommt es darauf an, inwiefern es dem BND mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln und Quellen unter verhältnismäßigen Aufwand möglich ist, einen Personenbezug herzustellen.

Zu berücksichtigen ist hierbei das Zusatzwissen, das relativ leicht über öffentlich verfügbare Quellen (z.B. Internet, öffentliche Verzeichnisse, kommerzielle Informationsdienste) abgerufen werden kann.³⁰⁹ Darüber hinaus ermöglichen automatisierte Analyseverfahren in der Regel bereits für sich allein eine Kombination von Informationen aus verschiedenen Quellen und können somit letztlich zur Herstellung des Personenbezugs führen (sog. Verkettung).³¹⁰ Die Identifikation der Betroffenen ist umso wahrscheinlicher, je stärker es sich um einzigartige Datensätze handelt (z.B. Telefonnummern).³¹¹ Daten über bestimmte Orte oder Dinge, die einer konkreten Person mehr oder weniger eindeutig zugeordnet werden können, sind danach als personenbezogene Daten zu bewerten. Hierzu zählen Daten über genutzte digitale Media-Geräte ebenso wie Daten zu einem Handy, einem Kfz, einer Kreditkarte wie auch Identifikationsdaten von Geräten mit einer personalen Zuordnung, also z.B. IP-Adressen, Browser „Fingerabdrücke“ oder Kartennummern.³¹² Nicht zu vergessen sind die bundesnachrichtendienstlichen Befugnisse zur Auskunftseinholung bei Telediensten, Luftfahrtunternehmen, Kreditinstituten und Telekommunikationsdiensten (§ 2a BNDG i.V.m. §§ 8a und 8b BVerfSchG). So kann der BND im Einzelfall Auskunft über

³⁰⁷ Vgl. *Dammann*, a. a. O., Rn. 25-26.

³⁰⁸ Zur wohl h.M. des sog. relativen Personenbezugs auch *Roßnagel/Scholz*, in: MMR 12 (2000), S. 723; *Gola/Schomerus*, BDSG - Kommentar (2012), § 3 Rn. 44; *Meyerdiercks*, in: MMR 11 (2013), S. 706. m.w.N. sowie *Schaller* (2016), S. 15 ff.

³⁰⁹ Vgl. *Dammann*, § 3 BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), Rn. 27; ebenso *Schefzig* in: *Taeger* (Hrsg.) (2014)

³¹⁰ Re-Identifikation, vgl. *Katko/Babaei-Beigi*, in: MMR 6 (2014), S. 361.

³¹¹ Vgl. *Schefzig* in: *Taeger* (Hrsg.) (2014), S. 110.

³¹² Vgl. *Weichert*, in: ZD 6 (2013), S. 257 m.w.N.

Bestandsdaten³¹³ einholen und auf diese Weise eine Identifizierung der Betroffenen ermöglichen. In Anbetracht dessen lässt sich eine Personenbeziehbarkeit der erhobenen Daten im Rahmen einer „Big Data-Analyse“ häufig annehmen.³¹⁴

Schwierigkeiten könnte diese pauschale Feststellung allerdings vor dem Hintergrund bereiten, dass es sich bei einer Vielzahl der erhobenen Daten um solche von Ausländern im Ausland handelt. Insoweit würde bereits eine Befugnis zur Auskunftseinholung bei Erbringern von Telekommunikationsdiensten (TK-Diensten) im Ausland nicht bestehen. Darüber hinaus ist die Beziehbarkeit einer Telefonnummer auf eine bestimmte natürliche Person aus rein tatsächlicher Sicht jedenfalls nicht ohne Zweifel möglich, wenn die Telefonnummer von einer Vielzahl an Personen genutzt wird.³¹⁵

Im Ergebnis kann es hierauf jedoch nicht entscheidend ankommen. Entscheidend ist vielmehr die Frage nach dem verhältnismäßigen Aufwand der Personenbeziehbarkeit. Ins Verhältnis zu setzen ist der Aufwand zur Personenbestimmung zu dem durch die Bestimmung des Betroffenen zu erlangenden Informationswert.³¹⁶ Eine Unverhältnismäßigkeit wäre nur anzunehmen, wenn der Aufwand den Informationswert so wesentlich übertrifft, dass man vernünftigerweise davon ausgehen kann, dass niemand den Versuch der Personenbestimmung unter Verwendung der betreffenden Daten unternimmt wird.³¹⁷ Ist der über die Bestimmung des Betroffenen zu erlangende Informationswert für die bundesnachrichtendienstliche

³¹³ Bestandsdaten sind nach § 3 Nr. 3 TKG die Daten eines Teilnehmers, die für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung, Änderung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses über Telekommunikationsdienste erhoben werden. Hierzu gehören insbesondere Name und Anschrift des Kunden, Nummer, Kennung und Art des Anschlusses, Kontoverbindungen, feste IP-Adressen u.a., vgl. *Säcker*, § 3 TKG in: *Säcker* (Hrsg.) (2013), Rn. 9 und *Kleszczewski*, § 95 TKG in: *Säcker* (Hrsg.) (2013), Rn. 3.

³¹⁴ So bereits aufgrund der vielfältigen Kombinierbarkeit und der vorhandenen Datenmengen, *Katko/Babaei-Beigi*, in: MMR 6 (2014), S. 361.

³¹⁵ So die derzeitige Rechtsauffassung der BND-Abteilung Technische Aufklärung (TA), vgl. Vorläufiges Stenografischer Protokoll 18/16 (NSA-UA), S. 25; Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/22, S. 22-23.

³¹⁶ Vgl. *Dammann*, § 3 BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), Rn. 25; *Gola/Schomerus*, BDSG - Kommentar (2012), § 3 BDSG Rn. 44.

³¹⁷ Vgl. *Dammann*, § 3 BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), Rn. 25.

Auftragserfüllung von überragender Bedeutung, so ist der hierzu erforderliche Aufwand als umso geringer einzustufen. Erlangt der BND demnach Kenntnis über nicht personenbezogene Daten, die jedoch im Verdacht stehen, einen bestimmten Erkenntniswert hinsichtlich unmittelbar bevorstehender terroristischer Anschläge zu enthalten, so wird der BND weitere Maßnahmen veranlassen, die für die Herstellung des Personenbezugs erforderlich sind. Als weitere Maßnahmen kommen dabei unter anderem spezifizierte Erhebungsmaßnahmen sowie Übermittlungsersuche in Richtung weiterer nationaler oder internationaler Sicherheitsbehörden in Betracht. So ist eine bestehende Wahrscheinlichkeit, dass mit ähnlicher Zielrichtung operierende Sicherheitsbehörden identifizierende Informationen über einen als „verdächtig“ eingestuften TK-Verkehr besitzen, nicht gänzlich auszuschließen, so dass in diesem Fall auch nicht von einem unverhältnismäßigen Aufwand zur personenbezogenen Informationsgenerierung auszugehen wäre.

Der BND hat daher bereits im Vorfeld der Auswertung zu hinterfragen, inwiefern mit einer Identifizierung von Bezugspersonen zu rechnen ist. Ein Personenbezug kann zwar nicht für alle Auswertungsdaten pauschal anzunehmen sein, er wird jedoch in aller Regel bestimmbar sein, soweit ein bestimmter Verdacht hinsichtlich eines in den Daten enthaltenen Informationswertes vorhanden ist.³¹⁸

Die bundesnachrichtendienstlichen Regelungen zur Auswertung der erhobenen Daten kommen somit aufgrund der in der Regel vorliegenden Personenbeziehbarkeit zur Anwendung, soweit die Erhebung aus dem Inland heraus erfolgt bzw. die sich an die rein auslandsbezogenen Erhebungsmaßnahmen anschließenden Verarbeitungsprozesse als selbständige und unabhängige Maßnahmen bewertet werden. Eine voraussetzungslose Speicherung „auf Vorrat“, die im Rahmen der auf die Aufgabennorm des § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG gestützten Auslandsaufklärung denkbar ist, ist bei Vorliegen eines territorialen Bezugspunktes zum Staatsgebiet der BRD

³¹⁸ Vgl. hierzu auch die Ansicht des ehemaligen Bundesbeauftragten für den Datenschutz *Peter Schaar*, Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/31, NSA-UA, S. 10, 24.

ausgeschlossen, soweit sich die Verarbeitung nicht ausschließlich auf Sachdaten³¹⁹ oder sonstige anonymisierte Daten bezieht.³²⁰

d) Zwischenergebnis

Die Digitalisierung des Nachrichtenübertragungssektors und der damit zusammenhängende Anstieg des potentiell überwachbaren Datenvolumens erforderte eine *Neuausrichtung der sicherheitsbehördlichen Auswertungsprozesse*. Neben manuelle Auswertungsprozesse traten automatisierte Analyseverfahren, die auf einer Vorstufe mithilfe von „Analysealgorithmen“ nach potentiell relevanten Querverbindungen und Mustern suchen. Die Vorabfilterung potentiell verdächtiger TK-Beziehungen erfolgt vermehrt über die sog. „Metadaten“, die für sich lediglich Informationen über bestimmte Aspekte anderer Daten enthalten. Ihren besonderen Aussagewert enthalten „Metadaten“ jedoch durch die Masse des verfügbaren Datenvolumens und die technisch vorhandenen Möglichkeiten zur automatisierten Kombination der aus den verschiedenen Datenquellen resultierenden Informationen. War in der Vergangenheit noch überwiegend davon ausgehen, dass eine Identifizierung der an einer TK beteiligten Personen nur möglich ist, wenn diese sich im Gesprächsverlauf selbst zu ihrer Identität äußern,³²¹ so haben sich die Grundvoraussetzungen durch die zur Verfügung stehende Datenmenge und die daraus resultierenden Kombinationsmöglichkeiten inzwischen drastisch verändert. Der Begriff „Big Data“ ist aufgrund dessen auch im Bereich des nachrichtendienstlichen Sicherheitsrechts von aktueller Bedeutung. Die Nutzung der mit den „Big Data-Analysen“ verbundenen Vorteile im Rahmen der Auswertung von Massedaten ist für den BND aus rechtlicher Sicht jedoch nur in begrenztem Umfang möglich. Soweit die einschlägigen bundesnachrichtendienstlichen Vorschriften zur Anwendung kommen, verbietet das datenschutzrechtliche Prinzip der Erforderlichkeit eine voraussetzungslose Speicherung personenbezogener Daten „auf Vorrat“. Der BND ist insbesondere nicht dazu

³¹⁹ Diese dürfen keine Rückschlüsse auf Personen zulassen, vgl. *Dammann*, a. a. O., Rn. 57 ff.

³²⁰ Solche Datenverarbeitungen fallen aus dem Regime des Datenschutzrechts heraus, vgl. *Martini*, in: DVBI 23 (2014), S. 1487.

³²¹ Technisch *Arndt*, in: NJW 3 (1985), Rn. 108.

befugt, die erhobenen personenbezogenen Daten mit der Intention beliebig lange aufzubewahren, dass diese allein oder zusammen mit bereits vorliegenden Daten gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt von nachrichtendienstlicher Relevanz sein können.³²² Entscheidend sind vielmehr die gesetzlich vorgegebenen Fristen zur Erforderlichkeitsprüfung, die für die G 10-Daten im Übrigen weitaus enger gefasst sind als für die BNDG-Daten. Solange demnach ein territorialer Bezugspunkt zum Staatsgebiet der BRD gegeben ist, sind Datensammlungen auf Vorrat oder „ins Blaue hinein“ unzulässig.³²³

4) Prozess der Übermittlung

Unter Berücksichtigung der Begriffsbestimmungen des BDSG wäre die „Übermittlung“ von personenbezogenen Daten als ein Teilaspekt der datenschutzrechtlichen „Verarbeitung“ im Rahmen der Erläuterungen zum „Prozess der Auswertung“ hervorzuheben gewesen.³²⁴ Danach ließe sich die Datenverarbeitung als notwendige Voraussetzung bundesnachrichtendienstlicher Übermittlungsbefugnisse einordnen, um hieraus resultierende Erkenntnisse an den jeweiligen Empfänger zu übermitteln. Die bundesnachrichtendienstlichen Übermittlungsmaßnahmen stünden insoweit in einem gedachten Abhängigkeitsverhältnis zu vorherigen Auswertungsprozessen.

Im Rahmen des bundesnachrichtendienstlichen Intelligence-Zyklus stellt sich die Übermittlung jedoch nicht notwendigerweise als eine von der vorherigen Auswertung abhängige Phase dar. Die Übermittlungsbefugnisse des G 10 beziehen sich vielmehr ausdrücklich auf die Übermittlung von „erhobenen personenbezogenen Daten“, also auf diejenigen „rohen Quelldaten“³²⁵, die

³²² Vgl. auch *Bäcker* (2014), S. 8.

³²³ Vgl. auch *Gusy*, § 2 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 18.

³²⁴ Übermitteln bedeutet nach der Legaldefinition des § 3 Abs. 4 Nr. 3 lit. a) und b) BDSG das Bekanntgeben gespeicherter oder durch Datenverarbeitung gewonnener personenbezogener Daten an einen Dritten in der Weise, dass die Daten an den Dritten weitergegeben werden oder der Dritte zur Einsicht oder zum Abruf bereitgehaltene Daten einsieht oder abrufen.

³²⁵ So die Bezeichnung von *Bäcker* (2014), S. 7, 15.

einer Auswertung noch nicht zugänglich gemacht wurden.³²⁶ Gleichzeitig zeigt eine Stellungnahme der Bundesregierung, dass von den einschlägigen Übermittlungsvorschriften im Rahmen der bundesnachrichtendienstlichen Praxis auch Übermittlungen von sog. „*finished intelligence*“ (Erkenntnisse) umfasst sind.³²⁷ Eine Übermittlung kann demnach zeitlich sowohl vor als auch nach einer Auswertung erfolgen.

Die einschlägigen bundesnachrichtendienstlichen Übermittlungsbefugnisse befinden sich in den §§ 9, 12 BNDG sowie in den §§ 4 Abs. 4, 7, 7a G 10. Diese stellen die Befugnis des BND zur Übermittlung der gewonnenen Informationen unter spezifische Voraussetzungen, die eine vorherige Auswertung der erhobenen Daten, also eine möglichst genaue Kenntnis über das außen- und sicherheitspolitische Lagebild erfordern. Beispielhaft hervorzuheben ist das auch im Rahmen der Übermittlungsvorschriften geltende datenschutzrechtliche Prinzip der Erforderlichkeit, das eine Übermittlung nur in Fällen zulässt, in denen es entweder zur Aufgabenerfüllung des BND³²⁸ oder zur Aufgabenerfüllung des Empfängers³²⁹ erforderlich ist. Eine Entscheidung über die Erforderlichkeit einer Datenübermittlung setzt eine vorherige Einschätzung bzw. Bewertung seitens des BND voraus, die nur dann möglich ist, wenn eine hinreichende Kenntnis über den Informationsgehalt der erhobenen Daten vorhanden ist. Die Formulierungen der §§ 4, 7 und 7a G 10 sind insoweit misslich, wenn zum Gegenstand der Übermittlung ausschließlich die „*erhobenen*“ personenbezogenen Daten gemacht werden, nicht jedoch die hieraus potentiell resultierenden Erkenntnisse in Gestalt sog. „*finished intelligence*“.³³⁰

Berücksichtigt man dies, so kann die Übermittlung von personenbezogenen Daten nur in Fällen als zulässig erachtet werden, in denen bereits aus diesen

³²⁶ Die Übermittlung von Rohdaten erfolgt darüber hinaus auch auf Grundlage des BNDG, vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/16, S. 66; die Weitergabe von BNDG-Daten erfolgt in diesen Fällen im Anschluss an eine automatisierte G 10-Filterung, vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/41, NSA-UA, S. 113; zur Übermittlung von Rohdaten, vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/28, NSA-UA, S. 26.

³²⁷ Vgl. BT-Drs. 17/14560, S. 25.

³²⁸ Vgl. § 9 Abs. 1 BNDG.

³²⁹ Vgl. § 7 Abs. 5 G 10.

³³⁰ Vgl. auch *Bäcker*, a. a. O.

selbst hinreichend fundierte Rückschlüsse auf das Vorliegen der gesetzlichen Übermittlungsvoraussetzungen gezogen werden können. *Pauschale Übermittlungen* von personenbezogenen Daten unter Außerachtlassung der für die Datenübermittlung geltenden Voraussetzungen sind dem BND *nicht gestattet*.³³¹

Im Rahmen der gesetzlichen Übermittlungsbefugnisse des BND lassen sich die sog. „*Spontan bzw. Eigeninitiativübermittlungen*“³³² von den „*Übermittlungen kraft Übermittlungsanfragen*“³³³ unterscheiden,³³⁴ wobei wiederum zwischen *Übermittlungspflichten*³³⁵ und *im Ermessen des BND stehenden Übermittlungsbefugnissen*³³⁶ zu differenzieren ist.³³⁷ Die Verantwortung für die Überprüfung der Zulässigkeit der Übermittlung liegt grundsätzlich bei der übermittelnden Stelle, also beim BND.³³⁸ Dieser hat sicherzustellen, dass die Voraussetzungen der Übermittlungsvorschriften nicht umgangen werden. Das gilt auch für diejenigen Fälle, in denen die Übermittlung auf Grundlage bestehender Vereinbarungen zwischen den Diensten³³⁹ und somit nicht auf Grundlage eines Gesetzes erfolgt. Etwaig bestehende politische Vereinbarungen für einen personenbezogenen Datenaustausch sind daher stets im Lichte der gesetzlichen Vorgaben auszulegen und anzuwenden.³⁴⁰

Der BND übermittelt die gewonnenen Informationen als Erkenntnisse einerseits unmittelbar an die *politischen Auftraggeber*,³⁴¹ andererseits an *weitere Bedarfsträger*³⁴². § 12 Satz 1 BNDG statuiert eine generelle

³³¹ Vgl. *Hoffmann-Riem* (2014), S. 12; *Hoffmann-Riem*, in: JZ 2 (2014), S. 55; Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/31, NSA-UA, S. 27.

³³² Vgl. u.a. § 9 Abs. 1 BNDG; § 7 Abs. 2 G 10; § 7 a G 10.

³³³ Vgl. u.a. § 2a BNDG i.V.m. §§ 8a und 8b BVerfSchG; § 9 Abs. 3 BNDG i.V.m § 20 Abs. 2 Satz 1 und 2 BVerfSchG.

³³⁴ Vgl. *Bock*, § 19 BVerfSchG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 19.

³³⁵ Vgl. u.a. § 9 Abs. 3 BNDG i.V.m. § 20 Abs. 1 BVerfSchG.

³³⁶ Vgl. u.a. § 9 Abs. 1, Abs. 2 i.V.m § 19 Abs. 2-5 BVerfSchG.

³³⁷ Vgl. hierzu *Riegel* in: *Roßnagel* (Hrsg.) (2003), S. 1504 Rn. 108; *König* (2005), S. 263.

³³⁸ Vgl. *Riegel* in: *Roßnagel* (Hrsg.) (2003), S. 1502 Rn. 102; *Soiné*, in: DöV 5 (2006), S. 212; *Schantz*, § 4b BDSG in: *Wolff/Brink* (Hrsg.) (2013), Rn. 34.

³³⁹ Sog. „Memorandum of Understanding“ (MoU) bzw. „Memorandum of Agreement“ (MoA). Bezugnehmend auf ein sog. „No Spy-Abkommen“, *Schmahl*, in: JZ 5 (2014), S. 222; *Talmon* (2014), S. 31.

³⁴⁰ Vgl. *Gusy*, § 9 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 5.

³⁴¹ Bundesregierung und Ressorts.

³⁴² In- oder ausländische Stellen.

Berichtspflicht seiner Tätigkeiten gegenüber dem Bundeskanzleramt. Nach § 12 Satz 2 BNDG ist der BND darüber hinaus verpflichtet, die gewonnenen Erkenntnisse („finished intelligence“) unter Einschluss personenbezogener Daten an die zuständigen Bundesministerien zu übermitteln. Eine vergleichbare Regelung für die Unterrichtung der Bundesregierung befindet sich in § 7 Abs. 1 G 10. Nach dieser Vorschrift entscheidet der BND jedoch aus eigener Kompetenz über eine entsprechende Datenübermittlung.³⁴³ Der § 7a G 10 sowie die §§ 9 Abs. 2 BNDG i.V.m. 19 Abs. 2 bzw. Abs. 3 BVerfSchG legitimieren den BND zur Übermittlung personenbezogener Daten an ausländische öffentliche Stellen. Daneben ist der BND nach § 9 Abs. 1 BNDG, § 9 Abs. 2 BNDG i.V.m. § 19 Abs. 4 BVerfSchG, § 9 Abs. 3 BNDG i.V.m. § 20 BVerfSchG sowie nach § 7 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4 G 10 befugt, personenbezogene Daten an inländische öffentliche Stellen zu übermitteln.

Bei der Überprüfung der Voraussetzungen für eine Übermittlung hat der BND sicherzustellen, dass die datenschutzrechtlichen Prinzipien der „Erforderlichkeit“ und „Zweckbindung“ gewahrt bleiben und den grundsätzlichen Vorgaben des „Trennungsgebots“³⁴⁴ auch im Rahmen des informationellen Austauschs zwischen Nachrichtendiensten und den Polizeibehörden hinreichend Rechnung getragen wird. Nachfolgend werden die in diesem Rahmen bestehenden bundesnachrichtendienstlichen Verantwortlichkeiten näher erläutert.

a) Prinzip der Erforderlichkeit

Das *Prinzip der Erforderlichkeit* verpflichtet den BND, im Rahmen der einschlägigen Übermittlungsvorschriften eine Abhängigkeitsbeziehung zwischen der Übermittlung und dem der Übermittlung zu Grunde liegenden Übermittlungszweck herzustellen.³⁴⁵ Es gilt das Gebot des Erfordernisses einer *kausalen Zweckförderung*. Die Datenübermittlung muss objektiv tauglich sein,

³⁴³ Vgl. Huber, §§ 1-21 G 10 in: Erbs/Kohlhaas/Ambis (Hrsg.) (2012), § 7 G 10 Rn. 1.

³⁴⁴ Vgl. schon B. I. 1).

³⁴⁵ Vgl. Albers, § 15 BDSG in: Wolff/Brink (Hrsg.) (2013), Rn. 15.

den festgelegten Übermittlungszweck zu erreichen.³⁴⁶ Der Übermittlungszweck kann hierbei per Gesetz in unterschiedlicher Weise konkretisiert sein. So bezieht sich der Übermittlungszweck im Rahmen der bundesnachrichtendienstlichen Übermittlungsvorschriften entweder auf die Aufgabenerfüllung des BND,³⁴⁷ auf die Aufgabenerfüllung der datenempfangenden Behörde³⁴⁸ oder auf die „sonstigen tatbestandlichen Voraussetzungen“ für eine Übermittlung³⁴⁹. Soweit die Übermittlung jedoch „zur Förderung sonstiger tatbestandlicher Voraussetzungen“ erfolgt, wird zugleich auch das Aufgabenfeld der datenempfangenden Behörde angesprochen. Denn eine Übermittlung zur Erreichung des gesetzlich festgelegten Zwecks wird nur erfolgen, soweit die datenempfangende Behörde auch über dementsprechende Befugnisse zur Zweckerreichung verfügt.

Zentrales Element des Prinzips der Erforderlichkeit ist im Rahmen einer Übermittlungsmaßnahme mithin die positive Feststellung, dass das Bekanntgeben oder Zugänglichmachen der betreffenden Daten ein notwendiger Schritt für die Aufgabenerfüllung der übermittelnden Stelle oder der des Datenempfängers ist.³⁵⁰ Soweit die Datenübermittlung von der Erforderlichkeit zur bundesnachrichtendienstlichen Aufgabenerfüllung abhängt, bedeutet dies, dass die Datenübermittlung zur außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnisgewinnung über das Ausland notwendig sein muss.

Die Erforderlichkeit zur Datenübermittlung gilt es grundsätzlich anzunehmen, wenn die in Bezug genommenen Stellen ihre Aufgaben ohne Kenntnis der jeweiligen Daten nicht, nicht vollständig oder nicht in rechtmäßiger Weise

³⁴⁶ Vgl. *Wolff*, Syst. A. Prinzipien des Datenschutzrechts in: *Wolff/Brink* (Hrsg.) (2013), Rn. 28.

³⁴⁷ So z.B. in § 9 Abs. 1 BNDG.

³⁴⁸ So z.B. in § 7 Abs. 5 G 10 für Übermittlungen i.S.d. § 7 Abs. 1 bis 4 G 10.

³⁴⁹ So z.B. in § 7a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 G 10, soweit die Übermittlung an ausländische öffentliche Stellen erfolgen kann, wenn dies zur Wahrung erheblicher Sicherheitsinteressen des ausländischen Staates erforderlich ist.

³⁵⁰ Vgl. *Dammann*, § 15 BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), Rn. 11.

erfüllen könnten.³⁵¹ Dies setzt seitens des BND eine genaue Analyse der sachlichen Aufgaben der datenempfangenden Stellen voraus.³⁵²

b) Prinzipien der Zweckbindung und Zweckänderung

Nach den bundesnachrichtendienstlichen Übermittlungsregelungen fällt es in den Verantwortungsbereich des BND, die datenempfangende Stelle über die Geltung des *Zweckbindungsgebots* in Kenntnis zu setzen. Dies gilt sowohl für Datenübermittlungen an inländische³⁵³ als auch an ausländische Stellen³⁵⁴. Im Rahmen der Übermittlung von G 10-Daten an ausländische öffentliche Stellen ist der ausländische Datenempfänger durch den BND zu verpflichten, die übermittelten Daten nur zu dem Zweck zu verwenden, zu dem sie ihm übermittelt wurden.³⁵⁵

Die einschlägigen Vorschriften machen deutlich, dass das datenschutzrechtliche Prinzip der Zweckbindung in erster Linie den jeweiligen Datenempfänger trifft. Eine Zweckbindung setzt jedoch voraus, dass bereits ein Zweck besteht, an den der Datenempfänger im Rahmen der weiteren Verwendung gebunden sein soll. Erforderlich ist in einem ersten Schritt daher eine *primäre Zweckfestlegung bzw. Zweckbestimmung*, infolge derer eine Zweckbindung des Datenempfängers in Sachen einer „Zukunftsbindung“³⁵⁶ bzw. „Rechtsbindung“³⁵⁷ erfolgen kann.

Aus dem „Volkszählungsurteil“ des BVerfG resultiert die Vorgabe, dass den Datenerhebungs- und Datenverarbeitungsprozessen eine hinreichend klare und bestimmte Mittel-Zweck-Relation zu Grunde liegen muss, die den von einer Beschränkungsmaßnahme Betroffenen ein Mindestmaß an Transparenz zugesteht.³⁵⁸ Dieser Zweck ergibt sich an erster Stelle aus der gesetzlichen

³⁵¹ Vgl. Sokol/Scholz, § 13 BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), Rn. 26 m.w.N.; Albers, § 15 BDSG in: *Wolff/Brink* (Hrsg.) (2013), Rn. 15, 18.

³⁵² Vgl. Albers, a. a. O., Rn. 18.

³⁵³ Vgl. z.B. § 9 Abs. 1 Satz 3 BNDG;

³⁵⁴ Vgl. z.B. § 9 Abs. 2 BNDG i.V.m. § 19 Abs. 3 Satz 4 BVerfSchG.

³⁵⁵ Vgl. § 7a Abs. 4 Nr. 1 G 10. Die Empfängerverpflichtung ist auf die besondere Sensibilität der übermittelten G 10-Daten zurückzuführen, vgl. BT-Drs. 16/509, S. 11.

³⁵⁶ Albers (2005), S. 509.

³⁵⁷ Trute in: *Roßnagel* (Hrsg.) (2003), S. 177 Rn. 40.

³⁵⁸ Vgl. BVerfGE 65, 1 (43 f.).

Aufgabenumschreibung³⁵⁹ nach Maßgabe der hierfür zugeschriebenen Befugnisse.³⁶⁰ Eine Konkretisierung erfährt die primäre Zweckbestimmung innerhalb der bundesnachrichtendienstlichen Auslandsaufklärung durch das von den politischen Bedarfsträgern entwickelte APB in Richtung der aus aktuellem Anlass relevanten thematischen und regionalen Aufklärungsziele. Dem BND sind Datenerhebungs- und Verarbeitungsmaßnahmen demnach ausschließlich im Rahmen seines Auftrags zur außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnisgewinnung über das Ausland gestattet. Diese Primärzweckfestlegung sorgt für eine rechtliche Verklammerung der Informations- und Datenverarbeitung mit den sachlichen Aufgaben und Befugnissen der betreffenden Behörde.³⁶¹

Der tatsächliche Bedeutungsinhalt der personenbezogenen Daten vergegenwärtigt sich in aller Regel erst im Rahmen der bundesnachrichtendienstlichen Auswertungsmaßnahmen. Eine sachgemäße Vornahme der bundesnachrichtendienstlichen Erforderlichkeitsprüfung ist somit erst nach einer Kontextualisierung der erhobenen Daten möglich. Zu berücksichtigen ist, dass der BND im Rahmen seines Aufklärungsauftrags und insbesondere bei der Durchführung der SFÜ, an Daten gelangen wird, die keine unmittelbare Bedeutung für die bundesnachrichtendienstliche Aufgabenerfüllung besitzen (sog. „Beifang“ oder „Zufallsfund“³⁶²), gleichwohl aber für die spezifische Aufgabenwahrnehmung einer anderen Stelle von Relevanz sind. Ein ganzheitlicher Ansatz einer effektiven Aufgabenwahrnehmung gebietet es hierbei, die erhobenen Daten auch einem insoweit erweiterten Verwendungskontext zugänglich zu machen (sog. „Zweckänderung“). Der Grundsatz der Zweckbindung schließt Zweckänderungen also keineswegs aus.³⁶³ So weist *Gärditz* zutreffend darauf hin, dass niemand ernstlich behaupten wird, dass eine Nachrichtendienstbehörde Anhaltspunkte, die auf einen möglichen Anschlag hindeuten, nicht den Polizeibehörden mitteilen darf.³⁶⁴ In diesem Sinne ist eine

³⁵⁹ Vgl. *Eßer*, § 14 BDSG in: *Eßer/Kramer/Lewinski* (Hrsg.) (2014), Rn. 23.

³⁶⁰ Vgl. jüngst BVerfG, Urteil des ersten Senats vom 20.04.2016, - 1 BvR 966/09 -, Rn. 279.

³⁶¹ Vgl. *Albers* (2005), S. 498.

³⁶² BT-Drs. 14/5655, S. 22.

³⁶³ Vgl. *Härting*, in: NJW 45 (2015), S. 3285.

³⁶⁴ Vgl. *Gärditz*, in: JZ 12 (2013), S. 634-635.

rigide Zweckbindung an den primären Erhebungszweck bereits aus Gründen einer effektiven Sicherheitsgewährleistung dauerhaft nicht geboten.³⁶⁵ Die bundesnachrichtendienstlichen Übermittlungsregelungen ermächtigen den BND daher, die erhobenen Daten unter Neubestimmung des Verwendungszweckes einer erweiterten Verarbeitung und Nutzung zuzuführen und den jeweiligen Datenempfänger sodann auf die neugefasste Zweckbestimmung zu verweisen bzw. auf die Einhaltung der Zweckbestimmung zu verpflichten. „Verwendungsbeschränkungen sind den Empfangsbehörden bei der Übermittlung klar und ausdrücklich mitzuteilen“³⁶⁶.

Die Neubestimmung des Verwendungszwecks ist jedoch nur insoweit zulässig, als dass der BND anhand einer genauen inhaltlichen Analyse der sachlichen Aufgaben der datenempfangenden Stelle, die Erforderlichkeit der Datenübermittlung zur Erreichung des neuen Verwendungszwecks im Einzelfall festgestellt hat. Darüber sind die Zweckänderungsbefugnisse nur unter engen verfassungsrechtlichen Grenzen zulässig.

Voraussetzung einer Zweckänderung ist die Kompatibilität des neugefassten Verwendungszwecks mit dem ursprünglichen Erhebungszweck.³⁶⁷ Die unterschiedlichen Verwendungszwecke der verarbeitenden Behörden dürfen nicht in einem unverträglichen Verhältnis zueinander stehen.³⁶⁸ Nach neuerer Rechtsprechung ist dabei auf die *Zulässigkeit einer hypothetischen Neuerhebung* abzustellen, wobei es ausschließlich darauf ankommen soll, dass die neue Nutzung der Daten dem Schutz von Rechtsgütern oder der Aufdeckung von Straftaten eines solchen Gewichts dient, die verfassungsrechtlich ihre Neuerhebung mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln rechtfertigen könnten.³⁶⁹ Unterschiedliche Aufgabenbereiche der datenaustauschenden Behörden stehen einem Datenaustausch demnach nicht prinzipiell entgegen.

³⁶⁵ Sie wird vom Gesetzgeber regelmäßig auch nicht durchgehalten, sondern durch Ausnahmen immer weiter durchbrochen, vgl. *Trute* in: *Roßnagel* (Hrsg.) (2003), S. 177 Rn. 40, *Albers* (2005), S. 513.

³⁶⁶ BVerfG, Urteil des ersten Senats vom 20.04.2016, - 1 BvR 966/09 -, Rn. 331.

³⁶⁷ Vgl. BVerfGE 65, 1, (51, 62); BVerfGE 100, 313, (360).

³⁶⁸ Vgl. BVerfGE 65, 1 (61 ff.).

³⁶⁹ Vgl. BVerfG, Urteil des ersten Senats vom 20.04.2016, - 1 BvR 966/09 -, Rn. 287 m.w.N.

Gleichwohl sind in diesen Fällen restriktive Übermittlungsvoraussetzungen notwendig, die den unterschiedlichen Aufgabenspektren der datenaustauschenden Behörden hinreichend Rechnung tragen. Dies gilt insbesondere für den Bereich der aufklärend und somit präventiv tätig werdenden Nachrichtendiensten und den überwiegend zu repressiven Zwecken tätig werdenden Polizeibehörden. Den BND trifft danach die Verantwortung, den Vorgaben des „*informationellen Trennungsprinzips*“ im Rahmen seiner Sammlungs- und Auswertungsprozesse Rechnung zu tragen.

c) Informationelles Trennungsprinzip

Das „*informationelle Trennungsprinzip*“ verpflichtet den BND darauf hinzuwirken, seine weitreichenden Befugnisse zur Informationserhebung im Vorfeld von konkreter Gefahr und Anfangsverdacht nicht zur gezielten Erlangung von „*Zufallsfunden*“ für nicht-nachrichtendienstliche Zwecke zu missbrauchen.³⁷⁰ Darüber hinaus folgt aus den einfachgesetzlich in § 1 Abs. 1 Satz 2 BNDG und § 2 Abs. 3 BNDG geregelten Dimensionen des Trennungsgebots kein informationelles Zusammenarbeitsverbot. Eine „*funktional limitierte Zusammenarbeit*“³⁷¹ ist vielmehr Voraussetzung einer effektiven Gewährleistung des gesellschaftlichen Sicherheitsbedürfnisses.

Das „*informationelle Trennungsprinzip*“ wurde als solches erstmals durch das bundesverfassungsgerichtliche Urteil³⁷² zum „*Antiterrordateigesetz*“³⁷³ (ATDG) ausdrücklich hervorgehoben.³⁷⁴ Es trägt den unterschiedlichen Aufgaben- und Befugnisprofilen von Nachrichtendiensten und Strafverfolgungsbehörden Rechnung.³⁷⁵ Im Grundsatz gilt dabei, dass Daten zwischen Nachrichtendiensten und Polizeibehörden nicht ausgetauscht werden

³⁷⁰ Vgl. Zöller (2002), S. 325.

³⁷¹ Gusy, § 1 BNDG in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.) (2014), Rn. 17.

³⁷² Vgl. BVerfGE 133, 277 ff.

³⁷³ BGBl. I. S. 3409 ff.

³⁷⁴ Vgl. BVerfGE 133, 277 (329); vgl. auch Bäcker/Giesler/Harms/Hirsch/Kaller/Wolff (2013), S. 201.

³⁷⁵ Vgl. BVerfGE 133, 277 (324 ff.).

dürfen.³⁷⁶ Eine informationelle Zusammenarbeit ist demnach als „funktionelle Kehrseite“ des Trennungsgebots anzusehen.³⁷⁷

Diese „funktionelle Kehrseite“ ist jedoch gleichwohl gesetzgeberisch gewollt. Das zeigen bereits die in umfassender Form bestehenden bundesnachrichtendienstlichen Befugnisse zur Übermittlung von personenbezogenen Daten in Richtung der Strafverfolgungsbehörden.³⁷⁸ Könnte der BND im Wege eines funktional limitierten Informationsaustauschs nichts zur operativen Gefahrenabwehr der Polizeibehörden beitragen, so würde die präventiv ausgerichtete bundesnachrichtendienstliche Aufgabenwahrnehmung, in Sachen der Sammlung und Auswertung von außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Informationen, zu einem bloßen Selbstzweck erfolgen, der aus Verhältnismäßigkeitserwägungen heraus keinen Sinn ergeben würde.³⁷⁹ Die bestehenden Übermittlungsbefugnisse sind daher einerseits als „funktionelle Kehrseite“ des „informationellen Trennungsprinzips“, andererseits als *notwendige Voraussetzung* für eine effektive bundesnachrichtendienstliche Aufgabenerfüllung anzuerkennen.

Ist ein Informationsaustausch demnach aus Gründen der Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns geboten, so folgt unter Berücksichtigung der übrigen Komponenten des Trennungsgebots zugleich, dass eine Durchbrechung des „informationellen Trennungsgebots“³⁸⁰ selbst auch dem Anspruch verhältnismäßigen staatlichen Handelns genügen muss. Zu Beginn steht hierbei die Erkenntnis, dass eine Datenübermittlung in Sachen einer Zuführung der personenbezogenen Daten in einen neuen Verwendungskontext, als ein erneuter Grundrechtseingriff zu werten ist und daher einer eigenen formellen und materiell mit dem Grundgesetz im Einklang stehenden Rechtsgrundlage bedarf.³⁸¹

³⁷⁶ Vgl. BVerfGE 133, 277 (329).

³⁷⁷ Vgl. *Nehm*, in: NJW 46 (2004), S. 3294; *Gazeas* (2014), S. 61 m.w.N.

³⁷⁸ Vgl. § 7 Abs. 4 G 10; § 9 Abs. 1 und 3 BNDG.

³⁷⁹ So ausdrücklich *Zöller* (2002), S. 325; verweisend *Gazeas* (2014), S. 61 m.w.N.

³⁸⁰ Zur Gleichsetzung von „informationellem Trennungsprinzip“ und dem „informationellen Trennungsgebot“, vgl. *Gazeas*, a. a. O., S. 63.

³⁸¹ Vgl. BVerfGE 100, 313 (360, 391).

Die Datenübermittlungsbefugnisse dürfen nicht dazu führen, dass mit der Zweckänderung grundrechtsbezogene Beschränkungen des Einsatzes bestimmter Erhebungsmethoden umgangen werden, die Informationen also für den geänderten Zweck nicht oder nicht in dieser Art und Weise hätten erhoben werden dürfen (*Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung*³⁸²).³⁸³ So führte das BVerfG im „ATDG-Urteil“ konkretisierend aus, dass die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die Erhebung, Speicherung und Verarbeitung von Daten nicht dadurch unterlaufen werden dürfen, dass Behörden, für die auf Grund ihrer Aufgabenstellung weniger strenge Anforderungen gelten, Daten im Wege der Übermittlung an Behörden weiterleiten, die ihrerseits strengeren Anforderungen unterliegen.³⁸⁴ Vor diesem Hintergrund kommt der Zusammenführung von Daten der Nachrichtendienste und der Polizeibehörden, die sich in ihrer funktionellen Ausrichtung grundlegend voneinander unterscheiden, ein erhöhtes Eingriffsgewicht zu.³⁸⁵

Die Datenübermittlung zwischen dem BND und den Polizeibehörden muss daher grundsätzlich einem „*herausragenden öffentlichen Interesse*“ dienen, das den Zugriff auf Informationen unter den erleichterten Bedingungen, wie sie den Nachrichtendiensten zur Verfügung stehen, rechtfertigt. Hierzu bedarf es hinreichend konkreter und qualifizierter Eingriffsschwellen auf der Grundlage normenklarer gesetzlicher Regelungen, die zugleich die bestehenden Eingriffsschwellen für die Erlangung der Daten umfänglich berücksichtigen.³⁸⁶ Die Anforderungen, die an eine Übermittlung zu stellen sind, können dabei umso weniger fundierend ausfallen, je gewichtiger das Rechtsgut ist, das durch die jeweiligen Handlungen beeinträchtigt wird.³⁸⁷ Gleichzeitig kann die Übermittlungsschwelle auch dann vergleichsweise niedrig gehalten werden,

³⁸² Ausdrücklich jüngst BVerfG, Urteil des ersten Senats vom 20. April 2016, - 1 BvR 966/09 -, Rn. 292, 330.

³⁸³ Grundsätzlich auch schon BVerfGE 125, 260 (333); BVerfGE 100, 313, (390).

³⁸⁴ Vgl. BVerfGE 133, 277 (324).

³⁸⁵ Vgl. BVerfGE, a.a.O.

³⁸⁶ Vgl. BVerfGE 133, 277 (329).

³⁸⁷ Vgl. BVerfGE 100, 313 (392).

wenn der neugefasste Verwendungszweck in einer Beziehung zu dem ursprünglichen Erhebungszweck steht.³⁸⁸

Unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben differenziert die Übermittlungsregelung des § 7 Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 2 G 10 für die sog. G 10-Daten zwischen „tatsächlichen Anhaltspunkten für den Verdacht“ (Nr. 1) und „bestimmten Tatsachen, die den Verdacht begründen“ (Nr. 2). Der Gesetzgeber verfolgte hiermit einerseits eine Angleichung an die Eingriffsvoraussetzungen des § 100a StPO; andererseits wollte er dem Umstand Rechnung tragen, dass sich die Übermittlung von Erkenntnissen im Rahmen der Nummer 2 auf sog. „Zufallsfunde“ erstreckt, die in keiner direkten Beziehung zu den ursprünglichen Erhebungszwecken stehen.³⁸⁹ Demgegenüber bestehen für Übermittlungen von BNDG-Daten keine derart ausdifferenzierten Übermittlungsschwellen. Spezifische Verdachtsmomente sind lediglich für Datenübermittlungen erforderlich, die zur Verhinderung oder Verfolgung von Staatsschutzdelikten erforderlich sind.³⁹⁰ Datenübermittlungen zur Verhinderung oder Verfolgung weiterer Delikte kann der BND verdachtsunabhängig und in freiem Ermessen stehend übermitteln.³⁹¹

Vor dem Hintergrund der engen verfassungsgerichtlichen Vorgaben für einen Informationsaustausch zwischen Nachrichtendiensten und den Polizeibehörden hat der BND dafür Sorge zu tragen, dass die Übermittlungsvoraussetzungen im Vorfeld einer Übermittlung hinreichend festgestellt sind. Es steht insbesondere vor der Aufgabe, über das Vorhandensein bestimmter Verdachtsmomente zu befinden. Darüber hinaus sind auch im Rahmen von Ermessensentscheidungen die restriktiven Vorgaben des „informationellen Trennungsprinzips“ zu berücksichtigen. Eine bundesnachrichtendienstliche Übermittlung an Strafverfolgungsbehörden darf nicht bloß zur „*allgemeinen Kenntnisnahme*“ erfolgen, sondern muss zwingend im Rahmen der gesetzlich festgelegten Zwecke erfolgen.³⁹² So hat der BND auch im Rahmen der an ihn herangetragenen Übermittlungersuche stets dafür Sorge zu tragen, dass seine

³⁸⁸ Vgl. BT-Drs. 14/5655, S. 22.

³⁸⁹ Vgl. Huber, § 7 G 10 in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.) (2014), Rn. 10.

³⁹⁰ Vgl. § 9 Abs. 3 BNDG i.V.m. § 20 Abs. 1 BVerfSchG.

³⁹¹ Vgl. § 9 Abs. 1 BNDG; hierzu auch Gazeas (2014), S. 399.

³⁹² Vgl. Zöller (2002), S. 325.

spezifischen Kompetenzen im Gefahrenvorfeld nicht missbraucht werden. Nach § 8 Abs. 3 Satz 2 BNDG i.V.m. § 17 Abs. 1 BVerfSchG darf der BND daher nur solche personenbezogenen Daten übermitteln, die bei der ersuchten Behörde bereits bekannt sind oder aus allgemein zugänglichen Quellen entnommen werden können. Umgekehrt hat der BND sicherzustellen, dass die Datenerhebung nicht zu einer gezielten Erhebung zum Zwecke der Einleitung konkreter Strafverfolgungsmaßnahmen führt, der BND sich also einen faktischen „Vollzugsarm“ schafft.³⁹³

Maßnahmen die darauf ausgelegt sind, die spezifischen polizeilichen Befugnisse auszunutzen, um dabei den eigenen Zuständigkeitsbereich zu umgehen, sind dem BND untersagt.³⁹⁴

d) Zwischenergebnis

Es fällt somit grundsätzlich in den Aufgabenbereich des BND im Einzelfall festzustellen, dass die spezifischen Voraussetzungen für eine Datenübermittlung gegeben sind. Die von ihm durchzuführende Rechtmäßigkeitsprüfung wird entscheidend durch die datenschutzrechtlichen Prinzipien der „Erforderlichkeit“, „Zweckbindung“ und „Zweckänderung“ sowie durch die verfassungsrechtlichen Vorgaben bezüglich des sog. „informationellen Trennungsprinzips“ beeinflusst. Die vorbenannten Prinzipien stehen hierbei in einem engen Verhältnis der Wechselwirkung.

Nach dem Prinzip der „Erforderlichkeit“ setzt eine Übermittlung voraus, dass diese zur Aufgabenerfüllung des Datenübersmitters oder zur Erfüllung der Aufgaben des Datenempfängers erforderlich ist. Eine Übermittlung hat zu unterbleiben, wenn sie zur Förderung des Übermittlungszwecks nichts beitragen kann. Die Kenntnis des Übermittlungszwecks ist daher notwendige Voraussetzung einer Übermittlungsmaßnahme. Dieser ergibt sich in erster Linie aus der gesetzlichen Aufgabenumschreibung der datenerhebenden Stelle. Datenübermittlungen, die zu diesem Zwecke erfolgen, bedürfen keiner „Zweckänderung“ und sind daher unter vergleichsweise niedrigen

³⁹³ Vgl. Zöller in: Roggan/Kutscha (Hrsg.) (2006), S. 499.

³⁹⁴ Vgl. Gusy, § 2 BNDG in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.) (2014), Rn. 36; Roth, § 8 BVerfSchG in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.) (2014), Rn. 50; Gazeas (2014), S. 62.

Voraussetzungen zulässig. „Zweckänderungen“ liegen hingegen vor, wenn der BND über „Zufallsfunde“ an Informationen gelangt, die in keiner Verbindung zu dem ursprünglichen Erhebungszweck stehen, gleichwohl jedoch an andere Stellen unter Neubestimmung des Verwendungszwecks übermittelt werden dürfen. Solche „Zweckänderungen“ sind von besonders hoher Eingriffsintensität, soweit sich das Aufgabenfeld und die hiermit in Zusammenhang stehenden Befugnisse von Datenübermittler und Datenempfänger grundlegend voneinander unterscheiden. Es handelt sich hierbei im Ergebnis um eine Durchbrechung des datenschutzrechtlichen Prinzips der „Erforderlichkeit“, nachdem Daten, die für die Aufgabenerfüllung nicht erforderlich sind, zu löschen wären.³⁹⁵ Das BVerfG hat für die Beurteilung der Zulässigkeit solcher Datenübermittlungen daher erhöhte Anforderungen aufgestellt. Die Übermittlung muss grundsätzlich einem „herausragenden öffentlichen Interesse“ dienen und auch im Übrigen den unterschiedlichen Aufgaben- und Befugnisprofilen der jeweiligen Stellen hinreichend Rechnung tragen.

5) Grundsatz der Kontrolle

Der Kontrolle bundesnachrichtendienstlicher Aufklärungsmaßnahmen kommt vor dem Hintergrund der überwiegenden Intransparenz bundesnachrichtendienstlicher Befugnisnormen und der gegebenen Schwierigkeiten, den gerichtlichen Rechtsweg gegen (strategische) Überwachungsmaßnahmen zu bestreiten,³⁹⁶ eine übergeordnete Bedeutung zu.

Aus einer Vielzahl der einschlägigen Befugnisnormen des BND resultieren bloße „generalklauselartige Blankettermächtigungen“³⁹⁷. Auf der Rechtsfolgenseite wird dem BND in vielen Fällen ein *weites*

³⁹⁵ So im Hinblick auf die bundesnachrichtendienstliche Verpflichtung zur unverzüglichen Löschung im Falle des Nichtvorliegens der Erforderlichkeit, *Roggan*, § 7 G 10 in: Das deutsche Bundesrecht (Hrsg.) (2012), Rn. 2. Für die sog. BNDG-Daten ergibt sich die Notwendigkeit der Löschung bei Nichterforderlichkeit im Übrigen aus einem Umkehrschluss zu § 4 Abs. 1 BNDG. Danach darf eine Speicherung von personenbezogenen Daten nur erfolgen, soweit es zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist.

³⁹⁶ Für den fachgerichtlichen Rechtsweg, vgl. *C. II. 3) g*).

³⁹⁷ *Gusy*, Vorbemerkung BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 10.

Entschließungsermessen zugestanden.³⁹⁸ Die Entscheidung über die Tatbestands- und Zweckmäßigkeit einer konkreten Maßnahme kann der BND danach im Rahmen eines *weitgefassten Beurteilungsspielraums* treffen. Gleichzeitig ist der BND in einer Vielzahl in Fällen dazu befugt, die von einer Beschränkungsmaßnahme betroffenen Personen über die Durchführung einer Beschränkungsmaßnahme in Unkenntnis zu lassen. So setzt die Kenntnis, von einer BNDG-SFÜ betroffen zu sein, einen Auskunftsantrag³⁹⁹ voraus, der aber regelmäßig unterbleiben wird, wenn die von einer Erhebungsmaßnahme betroffenen Personen schon wegen der Heimlichkeit der Maßnahme nicht von der eigenen Betroffenheit ausgehen. Selbst im Falle eines gestellten Auskunftsantrags bestehen darüber hinaus weitreichende Auskunftsverweigerungsgründe,⁴⁰⁰ von denen seitens der Nachrichtendienste in weitem Umfang Gebrauch gemacht wird.⁴⁰¹

Sowohl die weitgefassten, dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot zuwiderlaufenden Befugnisnormen als auch die bestehenden Befugnisse, die von einer bundesnachrichtendienstlichen Beschränkungsmaßnahme betroffenen Personen über die Durchführung einer Beschränkungsmaßnahme in Unkenntnis zu lassen, bezwecken die „*bundesnachrichtendienstliche Handlungseffektivität*“ im weitesten Sinne. Nach Ansicht der BVerfG zwingt das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot den Gesetzgeber nicht dazu, Gesetzestatbestände stets mit genau erfassbaren Maßstäben zu umschreiben. Vielmehr können Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe schon deshalb grundsätzlich zulässig sein, weil sich die Vielfalt der Verwaltungsaufgaben nicht immer in klar umrissene Begriffe einfangen lässt.⁴⁰² Das hat in besonderem Maße auch für solche

³⁹⁸ Sog. „Koppelungstatbestände“ bzw. „Koppelungsvorschriften“, vgl. hierzu *Voßkuhle*, in: JuS 2 (2008), S. 119; *Rudersdorf* (2012), S. 38 f.

³⁹⁹ Vgl. § 7 BNDG.

⁴⁰⁰ Vgl. § 7 BNDG i.V.m. § 15 Abs. 2 BVerfSchG.

⁴⁰¹ Nach der Rechtsprechung des BVerfG nimmt dies dem Auskunftsanspruch in tatsächlicher Hinsicht zwar erheblich an Wirksamkeit, gleichwohl sei dies für eine effektive Aufgabenwahrnehmung aber unvermeidlich und daher verfassungsrechtlich hinzunehmen, vgl. BVerfG, Urteil vom 20. April 2016, -1 BvR 966/09-, Rn. 264; ebenso BVerfGE 133, 277 (367 f.); zu dieser Praxis auch *Gusy*, § 7 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 6 sowie *Roggan*, § 12 G 10 in: *Das deutsche Bundesrecht* (Hrsg.) (2012), Rn. 4; neuerdings aber *Huber*, § 12 G 10 in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 6.

⁴⁰² Vgl. BVerfGE 49, 168 (181 ff.) m.w.N.

Sachverhaltskonstellationen Gültigkeit zu beanspruchen, die sich wegen ihrer Komplexität und Dynamik einer inhaltlich präzisen und jeden Zweifel ausschließenden gesetzlichen Festlegung von vornherein entziehen.⁴⁰³ Die Mitteilungsausschlussgründe des BNDG i.V.m. BVerfSchG und des G 10 bezwecken darüber hinaus den *nachrichtendienstlichen Methodenschutz*. Unterrichtungen haben zu unterbleiben, wenn durch diese die bundesnachrichtendienstlichen Vorgehensweisen und Arbeitsmethoden transparent werden würden und somit eine zukünftige Aufgabenerfüllung erheblich beeinträchtigen würde.

Das BVerfG hat diese besondere Form der bundesnachrichtendienstlichen Aufgabenwahrnehmung in seiner „*ersten Abhörentscheidung*“ gebilligt,⁴⁰⁴ sie jedoch gleichzeitig unter den Vorbehalt der Existenz externer Kontrollorgane gestellt, die materiell und verfahrensmäßig der gerichtlichen Kontrolle *gleichwertig* und insbesondere *ebenso wirkungsvoll* sein müssen.⁴⁰⁵ Das der effektiven bundesnachrichtendienstlichen Aufgabenwahrnehmung gerecht werdende „*bereichsspezifische Kontrollsystem*“ soll dem Defizit an gerichtlicher Nachprüfung Rechnung tragen und den von einer Beschränkungsmaßnahme betroffenen Personen ein *Mindestmaß an individuellem Rechtsschutz* gewährleisten. Das gegenwärtige bundesnachrichtendienstliche Kontrollsystem wird durch die Kontrollzuständigkeiten des Bundeskanzleramts (BKamt), des Parlamentarischen Kontrollgremiums (PKGr), des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) und der G 10-Kommission geprägt. Die Kontrollorgane kompensieren dabei in mehr oder weniger stark ausgeprägtem Umfang, die mangelhaft vorhandenen gerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten.

Nachfolgend werden die Kontrollfunktionen der Kontrollorgane vor dem Hintergrund ihres jeweiligen Beitrags zum Individualgüterrechtsschutz vorgestellt.

⁴⁰³ Vgl. hierzu D. III. 2) a).

⁴⁰⁴ Vgl. hierzu C. II. 2) c) aa).

⁴⁰⁵ Vgl. BVerfGE 30, 1 (23).

a) Bundeskanzleramt

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BNDG ist der BND als eine Bundesoberbehörde dem Geschäftsbereich des BKamt unterstellt. Die Vorordnung des BKamt ist Ausdruck der rechtlichen und politischen Verantwortung des Kanzleramtes für die Aufgabenwahrnehmung des BND.⁴⁰⁶ Zu diesem Zwecke obliegt dem Kanzleramt sowohl die *Dienst- als auch die Fachaufsicht* über die bundesnachrichtendienstliche Aufgabenerfüllung.⁴⁰⁷ Inhaltlich sind von der Dienst- und Fachaufsicht sowohl *Aufsichts- und Weisungsrechte des Kanzleramtes* als auch *Unterrichtungspflichten des BND* umfasst.

Letztere werden einfachgesetzlich durch die Berichtspflichten des § 12 BNDG sichergestellt. Der BND hat die politischen Entscheidungsträger danach regelmäßig und bedarfsabhängig über seine Handlungen und deren Ergebnisse zu unterrichten.⁴⁰⁸ Über § 7 Abs. 1 G 10 findet § 12 BNDG auch im Rahmen der nach § 5 G 10 erhobenen personenbezogenen Daten Anwendung. Die ministerielle Kontrolle ist somit unter anderem eine *reine Ergebniskontrolle* der bundesnachrichtendienstlichen Aufklärungstätigkeit. Die Bedarfsträger des BND beurteilen die Ergebnisse nachrichtendienstlicher Tätigkeit und melden anschließend gegebenenfalls weiteren Aufklärungsbedarf an. Zwischen der bundesnachrichtendienstlichen Ergebniskontrolle und der ministeriellen Koordinierung der bundesnachrichtendienstlichen Aufgabenwahrnehmung lässt sich somit in der Regel keine trennscharfe Grenze ziehen.⁴⁰⁹

Mit den auf den technischen Fortschritt zurückzuführenden Befugnisweiterungen der Nachrichtendienste und der damit verbundenen neuartigen Grundrechtsintensität der technikbasierten nachrichtendienstlichen Aufklärung, gewann auch die sog. *ministerielle Prozesskontrolle* eine übergeordnete Bedeutung.⁴¹⁰ Unter diese fallen das Recht des BKamt, dem BND Weisungen zu erteilen und Erklärungen einzufordern (Dienstaufsicht) ebenso wie die Kontrolle der eingesetzten Mittel entlang der geltenden

⁴⁰⁶ Vgl. Gusy, § 1 BNDG in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.) (2014), Rn. 9.

⁴⁰⁷ Vgl. Zöller (2002), S. 305; Gazeas (2014), S. 142.

⁴⁰⁸ Vgl. Gusy, § 12 BNDG in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.) (2014), Rn. 1.

⁴⁰⁹ Zur ministeriellen Ergebniskontrolle, Fritsche in: Röttgen/Wolff (Hrsg.) (2008), S. 78-79.

⁴¹⁰ Vgl. Fritsche, a. a. O.

Rechtsnormen und die Zweckmäßigkeitkontrolle (Fachaufsicht).⁴¹¹ Für das BKamt ergibt sich daraus die Verpflichtung dafür Sorge zu tragen, dass sich die bundesnachrichtendienstliche Aufklärungstätigkeit im Rahmen rechtsstaatlicher Vorgaben bewegt, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung trägt. So hat das BKamt unter anderem sicherzustellen, dass die rechtlichen Vorgaben aus der geheimen Dienstvorschrift zu den besonderen Formen der Datenerhebung⁴¹² eingehalten werden. Im Rahmen der ministeriellen Prozesskontrolle geht es mithin nicht mehr ausschließlich um die Frage, ob und welche Informationen durch den BND erhoben werden, sondern verstärkt auch darum, auf welche Art und Weise der BND die Informationen erhebt.⁴¹³ Das BKamt hat demnach einerseits die Grundrechtsintensität des Einsatzes bestimmter Erhebungsmethoden, andererseits die verhältnismäßige Umsetzung bzw. Durchführung der bundesnachrichtendienstlichen Erkenntnisgewinnung zu berücksichtigen. Dem BND kommt hinsichtlich der praktischen Ausgestaltung seiner Aufklärungstätigkeiten somit weder ein politischer noch ein rechtlicher Einschätzungsprimat zu.⁴¹⁴ Gleichzeitig dürfen die Aufsichts- und Weisungsrechte des Kanzleramtes jedoch nicht zu einer Übernahme des BND führen, indem sich das Kanzleramt faktisch an die Stelle des BND stellt und somit letztlich selbst operativ tätig wird.⁴¹⁵

Vor dem Hintergrund der hier maßgeblich interessierenden Frage nach dem Beitrag der ministeriellen Kontrolle zum Individualrechtsgüterschutz ist festzuhalten, dass die ministerielle Kontrolle allein nicht geeignet ist, der BND-Praxis öffentlich akzeptiert Schranken zu setzen und den Individualrechtsgüterschutz in einer dem gerichtlichen Rechtsschutz vergleichbar wirksamen Weise zu gewährleisten. Die ministerielle Kontrolle soll im Kern einem bundesnachrichtendienstlichen Eigenleben entgegenwirken, indem die bundesnachrichtendienstliche Aufgabenwahrnehmung über Aufsichts- und Weisungsbefugnisse des

⁴¹¹ Vgl. BND (2014), S. 23.

⁴¹² Vgl. § 3 BNDG i.V.m. § 8 Abs. 2 BVerfSchG.

⁴¹³ Vgl. *Fritsche* in: *Röttgen/Wolff* (Hrsg.) (2008), S. 81.

⁴¹⁴ Vgl. *Gusy*, § 1 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 10.

⁴¹⁵ Zu den Grenzen der ministeriellen Kontrolle, *Gusy*, a. a. O., Rn. 9-10; erwähnend auch *Fritsche* in: *Röttgen/Wolff* (Hrsg.) (2008), S. 81.

Kanzleramtes auf einen aus rechtsstaatlichen Gründen abgesteckten Umfang begrenzt bleibt. Darüber hinaus erscheint es naheliegend, dass die Bundesregierung wegen ihrer Doppelstellung als bundesnachrichtendienstlicher Auftraggeber einerseits und ministerielles Kontrollorgan (BKamt) andererseits, mehr einen Effektivitätsbeitrag als einen Beitrag zur Rechtskonformität des BND leisten kann.⁴¹⁶

Das gilt umso stärker vor dem Hintergrund, dass eine gesellschaftsumfassende Sicherheitsgewährleistung eines der primären Anliegen der Bundesregierung sein wird.

b) Parlamentarisches Kontrollgremium

Die parlamentarische Kontrolle ist eine notwendige Voraussetzung für die Legitimation staatlicher Tätigkeit. Dies gilt umso eindringlicher, je unbestimmter die der staatlichen Tätigkeit zugrunde liegenden Rechtsgrundlagen ausgelegt und je defizitärer die Möglichkeiten sind, hiergegen den gerichtlichen Rechtsschutz herbeizuführen.⁴¹⁷

Die parlamentarische Kontrolle wird im Bereich des Nachrichtendienstrechts im Wesentlichen durch das PKGr wahrgenommen.⁴¹⁸ § 1 Abs. 1 PKGrG⁴¹⁹ führt aus, dass die Bundesregierung hinsichtlich der Tätigkeit des BfV, des MAD und des BND der Kontrolle durch das PKGr unterliegt. Die parlamentarische Kontrolle umfasst danach sämtliche Maßnahmen des BND, unabhängig davon, ob diese auf das G 10 oder auf das BNDG gestützt werden. Parlamentarisches Kontrollobjekt ist jedoch nicht unmittelbar der BND selbst, sondern die für die Beauftragung und Steuerung verantwortliche Bundesregierung. Die Regelung des § 1 Abs. 1 PKGrG zielt damit auf das Bekenntnis der Bundesregierung ab, sich ihrer politischen Verantwortung

⁴¹⁶ Vgl. hierzu *Hörauf* (2011), S. 152-153.

⁴¹⁷ In diesem Sinne *Gusy* in: *Röttgen/Wolff* (Hrsg.) (2008), S. 20 ff.; vgl. auch *Hirsch* (1996), S. 133; *Weisser*, in: *DöV* 19 (2014), S. 832.

⁴¹⁸ Weitere wichtige parlamentarische Kontrollinstrumente stellen unter anderem die Fach- und Untersuchungsausschüsse sowie die Finanzkontrolle dar, ausführlich *Hirsch* (1996), S. 132 ff.; vgl. auch *Hörauf* (2011), S. 158 ff.

⁴¹⁹ BGBl. I. 2009 S. 2346.

gegenüber dem BND zu stellen und sich nicht hinter dem Dienst zu verstecken.⁴²⁰

Die maßgebliche Aufgabe des PKGr besteht darin die Regierung und Nachrichtendienste durch Erzeugung einer gewissen Grundtransparenz auf Distanz zu halten.⁴²¹ Hierzu obliegen der Bundesregierung einerseits bestimmte *Unterrichtungspflichten*,⁴²² andererseits bestehen spezielle *parlamentarische Auskunftspflicht- und Herausgabeansprüche* gegenüber der Bundesregierung bzw. den jeweiligen Diensten selbst.⁴²³ Über die auf Grundlage dieser Pflichten und Ansprüche vorzunehmende parlamentarische Kontrolltätigkeit hat das PKGr dem Deutschen Bundestag Bericht zu erstatten⁴²⁴ und somit den *Leitgedanken der Transparenzschaffung* zu erfüllen.

Die Effektivität der parlamentarischen Kontrolle ist in erhöhtem Maße von der Informationsweitergabe der zu kontrollierenden Stelle abhängig.⁴²⁵ Angesichts dessen sind die aus § 6 Abs. 2 Satz 1 PKGrG resultierenden Verweigerungsgründe geeignet, die in tatsächlicher Hinsicht bestehende Transparenzeigenschaft des PKGr zu beeinträchtigen.⁴²⁶ Darüber hinaus wirken der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit der parlamentarischen Beratungen⁴²⁷ sowie der spärliche Umfang der parlamentarischen Kontrollberichte⁴²⁸ einer effektiven Transparenzeignung des PKGr entgegen.

Im Übrigen ist die parlamentarische Kontrolle des PKGr auch auf eine politische Kontrolle des BND begrenzt. Sie ist weder mit einer Fachkontrolle gleichzusetzen⁴²⁹ noch mit einer konkreten Administrativkontrolle zu

⁴²⁰ Vgl. *Smidt* in: *Röttgen/Wolff* (Hrsg.) (2008), S. 50.

⁴²¹ Vgl. *Peitsch/Polzin*, in: *NVwZ* 4 (2000), S. 390.

⁴²² Vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1 PKGrG; § 14 Abs. 1 Satz 1 G 10 (BMI).

⁴²³ Vgl. § 4 Abs. 1 Satz 2 PKGrG; 5 Abs. 1 PKGrG.

⁴²⁴ Vgl. § 13 PKGrG; § 14 Abs. 1 Satz 2 G 10.

⁴²⁵ Vgl. auch *Gusy* in: *Röttgen/Wolff* (Hrsg.) (2008), S. 24; *Dietrich*, in: *ZRP* 7 (2014), S. 204.

⁴²⁶ Vgl. auch *Hornung*, *Kontrollgremiumgesetz/BeckOK* (2012), § 6 PKGrG, Rn. 2; zur restriktiven Anwendbarkeit der Verweigerungsgründe, vgl. *Huber*, § 6 PKGrG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 14 ff.

⁴²⁷ Vgl. § 10 Abs. 1 PKGrG.

⁴²⁸ Vgl. auch *Heumann/Wetzling* (2014), S. 17; *Petri*, in: *ZD* 11 (2013), S. 561.

⁴²⁹ Vgl. *Peitsch/Polzin*, in: *NVwZ* 4 (2000), S. 388-389.

vergleichen⁴³⁰ ⁴³¹. Das PKGr rückt angesichts der gegenüber der Bundesregierung und dem BND bestehenden Unterrichts-, Auskunfts- und Herausgabeansprüche zu keiner Zeit in eine politisch mitverantwortliche Position.⁴³²

Darüber hinaus ist die parlamentarische Kontrolle für sich allein nicht geeignet, eine vollständige Kompensation des nur defizitär verfügbaren gerichtlichen Rechtsschutzes herbeizuführen.⁴³³ Zwar ist von der politischen Kontrolle zugleich auch eine parlamentarische *Zweck- und Rechtmäßigkeitskontrolle* umfasst,⁴³⁴ jedoch sind die dem PKGr zur Verfügung stehenden Instrumente zur Überprüfung der Einhaltung grundrechtskonformer Standards nicht in hinreichender Form vorhanden. So setzen parlamentarische Auskunftsansprüche in Richtung allgemeiner bundesnachrichtendienstlicher Aufklärungstätigkeiten⁴³⁵ grundsätzlich bereits parlamentarische Vorkenntnisse voraus, die in der Regel aufgrund der bundesnachrichtendienstlichen Tätigkeit „im Verborgenen“ nicht vorhanden sein werden. Darüber hinaus besitzt der BND auch im Falle eines tatsächlichen parlamentarischen Informationsverlangens umfassende Befugnisse, um dem PKGr einen Informationszugang zu verwehren. So ermöglicht etwa § 6 Abs. 1 PKGrG die Informationsverweigerung in Fällen, in denen die Informationen von ausländischen Behörden übermittelt worden sind.⁴³⁶ Daneben ist die Unterrichtsverweigerung nach § 6 Abs. 2 Satz 1 PKGrG auch in Fällen zulässig, in denen der Unterrichtung Persönlichkeitsrechte Dritter entgegenstehen oder der Kernbereich der bundesnachrichtendienstlichen Eigenverantwortung betroffen ist.

⁴³⁰ Vgl. *Huber*, § 4 PKGrG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 19; in diesem Sinne auch, *Heumann/Wetzling* (2014), S. 16.

⁴³¹ Eine mittelbare Einflussnahme des PKGr auf die konkrete Aufgabenerfüllung des BND ließe sich lediglich in dem Zustimmungserfordernis des § 5 Abs. 1 Satz 2 G 10 erblicken.

⁴³² Vgl. *Huber*, § 4 PKGrG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 19.

⁴³³ Vgl. auch *Kornblum* (2011), S. 471; *Gusy*, in: NJW 30 (1981), S. 1585; „Die parlamentarische Kontrolle der Exekutive ist keine Institution im System des Individualrechtsschutzes“, so der BayVerfGH in seiner Entscheidung vom 11.12.1991, vgl. BayVBl. 5 (1992), S. 141-142.

⁴³⁴ Vgl. hierzu die Unterrichtungen durch das PKGr i.S.d. § 13 PKGrG aus den Jahren 2011 und 2013, BT-Drs. 17/8247 S. 3 bzw. BT-Drs. 18/217, S. 3; vgl. auch *Mehde*, Art. 45 d GG in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.) (2009), Rn. 20.

⁴³⁵ Vgl. § 4 Abs. 1 Satz 2 PKGrG.

⁴³⁶ Vgl. BT-Drs. 14/539, S. 7.

In Anbetracht dessen ist von einer umfassenden und in die Tiefe gehenden parlamentarischen Rechtmäßigkeitskontrolle nicht auszugehen. Das „stumpfe Schwert“⁴³⁷ der parlamentarischen Kontrolle ist allenfalls geeignet, ein gewisses Maß an Grundtransparenz bundesnachrichtendienstlicher Aufklärungstätigkeiten herzustellen. Einer darüber hinausgehenden Forderung nach einer dem gerichtlichen Rechtsschutz vergleichbaren und mindestens ebenso wirksamen Kontrolle können die derzeit bestehenden parlamentarischen Kontrollbefugnisse hingegen nicht gerecht werden.

c) Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit

Die Aufgabe des *BfDI* besteht darin, als *unabhängiges* und *vom Deutschen Bundestag gewählt*⁴³⁸ Kontrollorgan „eigener Art“⁴³⁹ die Einhaltung der Vorschriften des BDSG und anderer Vorschriften über den Datenschutz bei den öffentlichen Stellen des Bundes zu überprüfen.⁴⁴⁰

Von der Zuständigkeit umfasst sind im Grundsatz sämtliche Maßnahmen, die auf Rechtsgrundlagen des BNDG, des G 10 oder des BVerfSchG gestützt werden, soweit diese von datenschutzrechtlicher Relevanz sind. Dies setzt voraus, dass der Anwendungsbereich des BDSG oder sonstiger Datenschutzvorschriften eröffnet ist. Es muss sich also um die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von personenbezogenen Daten handeln. Eine der wesentlichen Aufgaben des *BfDI* besteht danach in der *Vorausfeststellung einer datenschutzrechtlichen Relevanz* der jeweiligen Maßnahmen.⁴⁴¹

Soweit ein Personenbezug herstellbar ist, umfasst die Kontrolle des *BfDI* eine *Vereinbarkeitsüberprüfung* von behördlichen Maßnahmen mit all solchen Vorschriften, die den Einzelnen davor schützen sollen, dass er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird. Hierunter fallen neben Gesetzen auch Verordnungen und Verwaltungsvorschriften sowie insbesondere auch die Grundrechte als über

⁴³⁷ Huber, § 4 PKGrG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 16.

⁴³⁸ Vgl. § 22 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 2 BDSG.

⁴³⁹ *Hörauf* (2011), S. 166.

⁴⁴⁰ Vgl. § 24 Abs. 1 BDSG.

⁴⁴¹ Vgl. *Schiedermair*, § 24 BDSG in: *Wolff/Brink* (Hrsg.) (2013), Rn. 5.

Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar geltendes Recht.⁴⁴² Der BfDI kontrolliert unter anderem die Einhaltung der die Betroffenen unmittelbar schützenden Vorschriften, namentlich die bestehenden Verarbeitungs- und Nutzungsverbote sowie Auskunfts-, Berichtigungs-, Sperrungs- und Löschungspflichten.⁴⁴³

Soweit der BfDI einen Verstoß gegen das BDSG oder gegen andere datenschutzrechtliche Vorschriften bzw. sonstige Mängel bei der Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten feststellt, obliegt ihm das *Recht der Beanstandung*.⁴⁴⁴ Hiervon ausgenommen bleiben Sachverhaltskonstellationen, die sich innerhalb des Ermessens- und Beurteilungsspielraums der kontrollierten Behörde befinden.⁴⁴⁵ Der BfDI ist nicht befähigt, seine fachliche Beurteilung durch die fachliche Beurteilung des BND zu ersetzen. Gleichwohl ist es ihm nicht verwehrt, über *Empfehlungen und Beratungen*,⁴⁴⁶ auch im Rahmen vorhandener Beurteilungs- und Ermessensspielräume, auf einen verbesserten Datenschutz hinzuwirken. Die Befugnisse des BfDI proaktiv auf datenschutzrechtlich relevante Sachverhaltskonstellationen einzuwirken, werden dennoch besonders wirkungsarm ausfallen, wenn die Beurteilungs- und Ermessensspielräume der zu kontrollierenden besonders weitreichend angelegt sind.

Aus dem Kontrollbereich des BfDI gänzlich ausgenommen bleiben personenbezogene Maßnahmen, die der Kontrolle der G 10-Kommission nach § 15 G 10 unterliegen, es sei denn die Kommission ersucht den BfDI, die Einhaltung der Vorschriften über den Datenschutz bei bestimmten Vorgängen oder in bestimmten Bereichen zu kontrollieren und ausschließlich ihr darüber zu berichten.⁴⁴⁷ Der BfDI ist demnach aus eigener Kompetenz nicht befugt Vorgänge der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen G 10-Daten auf ihre datenschutzrechtliche Konformität zu überprüfen.⁴⁴⁸

⁴⁴² Vgl. *Dammann*, § 24 BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), Rn. 9; *Schiedermair*, § 24 BDSG in: *Wolff/Brink* (Hrsg.) (2013), Rn. 2.

⁴⁴³ Vgl. *Dammann*, § 3 BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), Rn. 10; *Schiedermair*, § 24 BDSG in: *Wolff/Brink* (Hrsg.) (2013), Rn. 6.

⁴⁴⁴ Vgl. § 25 Abs. 1 BDSG.

⁴⁴⁵ Vgl. *Dammann*, § 24 BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), Rn. 12; *Grittmann*, § 24 BDSG in: *Taeger/Gabel* (Hrsg.) (2013), Rn. 11.

⁴⁴⁶ Vgl. § 26 Abs. 3 BDSG.

⁴⁴⁷ Vgl. § 24 Abs. 2 Satz 3 BDSG.

⁴⁴⁸ Zum Kontrollumfang der G 10-Kommission, vgl. § 15 Abs. 5 Satz 2 G 10.

Praktisch fallen aus dem Kontrollbereich des BfDI auch solche Maßnahmen, die nicht auf Grundlage des G 10 erfolgen, deren Legitimation jedoch auf Informationen gestützt wird, die im Rahmen einer G 10-Beschränkungsmaßnahme gewonnen wurden. Die Kontrollkompetenz der G 10-Kommission ist für derartige „Sekundärmaßnahmen“ nicht eröffnet. In der Kontrollpraxis des BfDI bestehen danach teils gänzlich „kontrollfreie Räume“⁴⁴⁹, für deren Behebung es einer gesetzgeberischen Klarstellung in Richtung einer eindeutigen Kompetenzzuweisung bedarf.⁴⁵⁰

Die Art und Weise des Nachkommens seiner nach dem BDSG bestehenden Verpflichtungen steht grundsätzlich im Ermessen des BfDI. Er allein hat darüber zu befinden, welche öffentliche Stelle zu welchem Zeitpunkt und in welcher Weise kontrolliert wird.⁴⁵¹ Beeinflusst wird die Entscheidung unter anderem durch das „Jedermann-Recht“ des § 21 BDSG, nachdem sich jedermann an den BfDI wenden kann, soweit die Befürchtung besteht, bei der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung seiner personenbezogenen Daten durch öffentliche Stellen des Bundes in seinen Rechten verletzt worden zu sein. Dies kann beim in der Regel verdeckt operierenden BND jedoch nur in Ausnahmefällen der Fall sein. Die Rechtskontrolle des BfDI hat sich angesichts dessen verstärkt auf solche Behörden zu konzentrieren, die typischerweise ohne Kenntnis der Betroffenen operieren.

Der Beitrag des BfDI zur Stärkung des Individualrechtsgüterschutzes im Rahmen der bundesnachrichtendienstlichen Auslandsaufklärung ist zusammenfassend als gering einzustufen. Dies gilt insbesondere deswegen, weil sich die Beanstandungsfähigkeit des BfDI nicht auf Vorgänge bezieht, die sich innerhalb des weitgefassten bundesnachrichtendienstlichen Aufklärungsauftrags befinden. Die Wirksamkeit der datenschutzrechtlichen

⁴⁴⁹ So der ehemalige Bundesbeauftragte für den Datenschutz *Schaar*, vgl. BT-Drs. 17/13000, S. 105-106, 110.

⁴⁵⁰ *Dammann* verweist darauf, dass sich die Kontrollkompetenz des BfDI auch auf Stellen erstreckt, die sog. G 10-Daten erhalten haben, vgl. *Dammann*, § 24 BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), Rn. 23. *Schaar* fordert eine gesetzliche Klarstellung in § 15 Abs. 5 G 10 bzw. § 24 Abs. 4 BDSG, vgl. BT-Drs. 17/13000, S. 110. *Huber* verweist auf drohende „doppelte Kontrollkompetenzen“ und bejaht eine bereits vorhandene Kontrollkompetenz der G 10-Kommission, *Huber*, § 15 G 10 in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 51.

⁴⁵¹ Vgl. *Grittmann*, § 24 BDSG in: *Taeger/Gabel* (Hrsg.) (2013), Rn. 3 m.w.N.

Kontrollinstrumente des BfDI nimmt mit der Weite der bundesnachrichtendienstlichen Beurteilungs- und Ermessensspielräume signifikant ab. So sind die Einwirkungsmöglichkeiten des BfDI im Rahmen der bundesnachrichtendienstlichen Verarbeitungsbefugnisse bereits wegen der Einschätzungsprärogative des BND bezüglich der Feststellung der Erforderlichkeit der Datenverarbeitung zur eigenen Aufgabenerfüllung überwiegend auf bloße Verbesserungsvorschläge begrenzt, denen der BND jedoch nicht verpflichtet ist nachzukommen. Die Beratungsfunktion des BfDI zielt dann nicht auf die Beachtung der Vorschriften, sondern lediglich darauf, dass bestehende Gestaltungsspielräume nicht zu Lasten der Betroffenen ausgenutzt werden.⁴⁵² Darüber hinaus unterliegen bereits solche Vorgänge nicht der Rechtskontrolle des BfDI, die mit einem Eingriff in Art. 10 GG zusammenhängen. Einem einer gerichtlichen Rechtskontrolle vergleichbaren und mindestens ebenso wirksamen Rechtsschutz kann die Tätigkeit des BfDI daher nicht entsprechen.

d) G 10-Kommission

Bei der *G 10-Kommission* handelt es sich um vom PKGr bestellte, ehrenamtlich tätig werdende Mitglieder, die für die Dauer von einer Wahlperiode in geheimen Beratungen *weisungsunabhängig, von Amts wegen oder auf Grund von Beschwerden*, über die *Zulässigkeit und Notwendigkeit* über die vom BMI angeordneten bzw. durch den BND bereits durchgeführten *G 10-Beschränkungsmaßnahmen* tagen.⁴⁵³

Die Kontrollbefugnis erstreckt sich nach § 15 Abs. 5 Satz 2 G 10 auf den *gesamten Erhebungs-, Verarbeitungs- und Nutzungsprozess* der nach dem G 10 erlangten personenbezogenen Daten einschließlich der Mitteilung an Betroffene. Der Kontrollbereich der G 10-Kommission entspricht somit der verfassungsrechtlichen Vorgabe, nach der sich eine externe und unabhängige Kontrolle auf den gesamten Erkenntnisprozess, von der Erhebung der Daten bis hin zur konkreten Nutzung, zu beziehen hat. Durch ihre sowohl *präventive*

⁴⁵² Vgl. *Grittmann*, a. a. O., Rn. 11; auch *Dammann*, § 24 BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), Rn. 12.

⁴⁵³ Vgl. § 15 Abs. 1 bis 5 G 10.

als auch *repressive* Kontrolltätigkeit erfüllt die G 10-Kommission eine „quasi-richterliche Aufgabe“⁴⁵⁴. Die Kontrolltätigkeit lässt sich in diesem Sinne faktisch mit der eines „gerichtsähnlichen Verfahrens“⁴⁵⁵ umschreiben.⁴⁵⁶ Gleichwohl lässt sie sich nicht eindeutig dem institutionellen Bereich der Judikative zuordnen. Die G 10-Kommission ist vielmehr als ein „Kontrollorgan eigener Art außerhalb der rechtsprechenden Gewalt“⁴⁵⁷ anzusehen, deren quasi-richterliche Tätigkeit „innerhalb des Funktionsbereichs der Exekutive“⁴⁵⁸, die im Bereich des Nachrichtendienstrechts defizitär vorhandenen Rechtsschutzmöglichkeiten kompensieren soll, indem ein der gerichtlichen Kontrolle gleichwertiges und ebenso wirksames „Ersatzverfahren“ zur Verfügung gestellt wird.⁴⁵⁹ Die G 10-Kommission lässt sich also institutionell keiner der drei Gewalten eindeutig zuordnen.⁴⁶⁰ Aus einer rein funktionellen Betrachtungsweise heraus wird die G 10-Kommission jedoch *judikativ* „im weiteren Sinne“⁴⁶¹ tätig.

Für die Beurteilung der Zulässigkeit und Notwendigkeit einer Beschränkungsmaßnahme, hat das für die Anordnung der Beschränkungsmaßnahmen zuständige BMI die G 10-Kommission monatlich über die von ihm angeordneten Beschränkungsmaßnahmen noch vor deren Vollzug zu unterrichten.⁴⁶² Die G 10-Kommission hat eigenverantwortlich und sorgfältig zu überprüfen, ob die Eingriffsvoraussetzungen der Beschränkungsmaßnahme im Einzelfall vorliegen (Zulässigkeit).⁴⁶³ Darüber hinaus bedarf es einer umfassenden Abwägung der zur Feststellung der Angemessenheit des Eingriffs im konkreten Fall führenden Gesichtspunkte

⁴⁵⁴ Vgl. BT-Drs. 17/12773, S. 3; BT-Drs. 18/218, S. 4.

⁴⁵⁵ Huber in: Albers/Weinzierl (Hrsg.) (2010), S. 110.

⁴⁵⁶ Nach Arndt ist die G 10-Kommission als ein Organ anzusehen, dass sich dem Charakter eines besonderen Verwaltungsgerichts stark annähert, Arndt in: Bundesministerium des Innern (Hrsg.) (1981), S. 55.

⁴⁵⁷ BVerfGE 67, 157 (171).

⁴⁵⁸ BVerfGE 30, 1 (28).

⁴⁵⁹ Vgl. hierzu BVerfGE 30, 1 (23 ff.).

⁴⁶⁰ „Staatsorgan sui generis“; vgl. Arndt, a. a. O., S. 54.

⁴⁶¹ Huber, § 15 G 10 in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.) (2014), Rn. 14.

⁴⁶² Vgl. § 15 Abs. 6 Satz 1 G 10. Bei Gefahr im Verzug kann das BMI den Vollzug der Beschränkungsmaßnahme auch bereits vor der Unterrichtung der G 10-Kommission anordnen (§ 15 Abs. 6 Satz 2 G 10). Die Bestätigung der G 10-Kommission ist in diesem Fall jedoch unverzüglich nachzuholen (§ 15 Abs. 6 Satz 5 G 10).

⁴⁶³ Vgl. BT-Drs. 16/2551, S. 4; Huber, a. a. O., Rn. 40.

(Notwendigkeit).⁴⁶⁴ Dies umfasst einerseits die Feststellung, ob mildere und gleichermaßen geeignete Mittel zur Aufklärung eines bestimmten Sachverhaltes zur Verfügung stehen, andererseits auch die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, also die Feststellung, ob das durch die Beschränkungsmaßnahme zu wahrende Sicherheitsinteresse das Gewicht der grundrechtlich geschützten Rechtsgüter überwiegt.

Angesichts der in umfassender Form bestehenden Kontrollbefugnisse, die sich auf den gesamten bundesnachrichtendienstlichen Intelligence-Zyklus beziehen, ist die G 10-Kommission im Grundsatz als Institution anzuerkennen, die die Rechtsbindung des BND effektivieren⁴⁶⁵ und somit den Individualrechtsgüterschutz der Betroffenen stärken kann. Nach *Huber* ist die Kontrolle durch die G 10-Kommission gar „intensiver als jede gerichtliche Kontrolle“. So kann sich die Exekutive gegenüber der Kommission z.B. weder auf die Dienstverschwiegenheit der Angehörigen des öffentlichen Dienstes, noch auf den Kernbereich der exekutiven Eigenverantwortung berufen, so dass grundsätzlich sämtliche Auskunftersuchen der Kommission seitens der Bundesregierung umfassend und vollständig zu beantworten sind.⁴⁶⁶

Der Wirksamkeit der vorhandenen Befugnisse sind jedoch die Kapazitäten gegenüberzustellen, die für die Umsetzung der Befugnisse zur Verfügung stehen. So ist für eine effektive Wahrnehmung der Kontrollbefugnisse zumindest eine ausreichende personelle Ausstattung erforderlich. Teilweise wird geltend gemacht, dass die G 10-Kommission aufgrund der knapp bemessenen personellen Kapazitäten anstatt einer umfassenden rechtlichen Kontrolle, eine lediglich summarische Prüfung der Beschränkungsanordnungen durchführen könne.⁴⁶⁷

Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 G 10 besteht die Kommission in entscheidungsberechtigter Funktion aus einem Vorsitzenden,⁴⁶⁸ drei Beisitzern sowie vier stellvertretenden Mitgliedern. Zu den Befugnissen der Kommission

⁴⁶⁴ Vgl. BT-Drs. 16/2551, S. 4.

⁴⁶⁵ Vgl. *Schwabenbauer* (2013), S. 347.

⁴⁶⁶ Hierzu und noch weiter ausführend *Huber*, § 15 G 10 in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 15; ebenso *Arndt*, in: *ZParl 4* (1993), S. 632.

⁴⁶⁷ Vgl. *Roggan*, § 15 G 10 in: *Das deutsche Bundesrecht* (Hrsg.) (2012), Rn. 11.

⁴⁶⁸ Mit Befähigung zum Richteramt.

zählt auch die Überprüfung der Überlegungen, die zur Aufstellung von Suchbegriffen i.S.d. § 5 Abs. 2 G 10 führen.⁴⁶⁹ Angesichts des der G 10-Kommission zukommenden Auftrags, die von dem BMI angeordneten Beschränkungsmaßnahmen nach dem G 10 einer umfassenden rechtlichen Überprüfung und Bewertung zu unterziehen,⁴⁷⁰ obliegt es der G 10-Kommission in diesem Sinne insbesondere auch die Zulässigkeit des beantragten Suchbegriffsprofils bereits im Rahmen der Anordnungsgenehmigung positiv festzustellen. Inhaltlich handelt es sich hierbei um eine *Nachprüfung der ministeriellen Vorabkontrolle*, die umso wichtiger ist, wenn die ministerielle Anordnung aus Gründen nachrichtendienstlicher Effektivität in der Regel nur selten vom bundesnachrichtendienstlichen Antragsumfang abweichen wird. Nach § 5 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und 2, Satz 3 G 10 hat die Kommission danach festzustellen, dass in der Beschränkungsanordnung keine Suchbegriffe enthalten sind, die Identifizierungsmerkmale enthalten, die zu einer gezielten Erfassung bestimmter TK-Anschlüsse im Inland führen oder den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung betreffen.

Berücksichtigt man, dass in dem Berichtszeitraum „1. Januar bis 31. Dezember 2014“ ca. 15.700 Suchbegriffe zu den Gefahrenbereichen „Internationaler Terrorismus“, „Proliferation und konventionelle Rüstung“ sowie „Illegale Schleusung“ angeordnet wurden,⁴⁷¹ so erscheint es in der Tat zweifelhaft, ob die G 10-Kommission tatsächlich in der Lage ist, die angeordneten Suchbegriffe hinsichtlich ihrer rechtlichen Zulässigkeit umfassend zu überprüfen.⁴⁷²

Man wird jedoch beachten müssen, dass § 15 Abs. 3 Satz 1 G 10 sicherstellt, dass der G 10-Kommission die für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendige Personal- und Sachausstattung zur Verfügung zu stellen ist. Personell wird die G 10-Kommission danach durch das in der Bundestagsverwaltung zuständige

⁴⁶⁹ Vgl. Roggan, a. a. O., Rn. 14.

⁴⁷⁰ Vgl. Huber, § 15 G 10 in: Schenkel/Graulich/Ruthig (Hrsg.) (2014), Rn. 41.

⁴⁷¹ Vgl. BT-Drs. 18/7423, S. 7-8.

⁴⁷² Der rechtliche Überprüfungsumfang reduziert sich hierbei um denjenigen Suchbegriffsanteil, der TK-Anschlüsse im Ausland betrifft. Insoweit sind nach § 5 Abs. 2 Satz 3 G 10 auch Suchbegriffe zulässig, die zu einer gezielten Erfassung bestimmter TK-Anschlüsse im Ausland führen.

Sekretariat unterstützt. Den Mitarbeitern fällt die Aufgabe zu, die monatlichen Sitzungen der G 10-Kommission vollinhaltlich vorzubereiten, indem die zur Beratung anstehenden Fälle in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vorgeprüft werden, ohne dass die Kommissionsmitglieder an diese Voreinschätzung gebunden sind.⁴⁷³ Der Gesetzeswortlaut verdeutlicht auch, dass dem Gesetzgeber die Bedeutung der personellen Kapazitätsstärke für die effektive Aufgabenwahrnehmung der Kommission bewusst war. Der Bezug auf eine für die Aufgabenerfüllung „notwendige Personal- und Sachausstattung“ ermöglicht danach eine flexible Anpassung an den in tatsächlicher Hinsicht bestehenden Kontrollumfang und stellt somit auf gesetzlicher Ebene auch in Zeiten eines erhöhten Kontrollbedarfs eine effektive rechtliche Kontrolle der Kommission sicher. Es ist insofern mangels anderweitiger Erkenntnisse bezüglich vorhandener personeller Defizite davon auszugehen, dass einzig die G 10-Kommission geeignet ist, die nur sehr eingeschränkt zur Verfügung stehenden gerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten bis zu einem gewissen Maße zu kompensieren.⁴⁷⁴

Angesichts dessen sind jedoch erhebliche Zweifel an der überwiegenden Kontrollfreiheit der sog. BNDG-Maßnahmen angebracht. Diese unterliegen ausschließlich den weitaus weniger effektiven Kontrollmaßnahmen der zuvor benannten Kontrollorgane.⁴⁷⁵ Über die Auswahl und Anwendung von formalen und inhaltlichen Suchbegriffen kann der BND im Rahmen der rein auslandsbezogenen BNDG-SFÜ „in eigener Verantwortung und Kontrolle“ entscheiden.⁴⁷⁶ Der hierdurch entstehende „quasi-kontrollfreie Raum“ der rein auslandsbezogenen BNDG-SFÜ ist aus verfassungsrechtlicher Sicht jedoch bedenklich, wenn man Ausländern teilweise oder vollständig den gleichen aus Art. 10 Abs. 1 GG resultierenden Grundrechtsstandard zukommen lässt. Insoweit wäre eine in unterschiedlichem Umfang ausgeprägte Kontrollintensität aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu rechtfertigen.

⁴⁷³ Vgl. *Huber*, a. a. O., Rn. 28.

⁴⁷⁴ Vgl. auch SPD-Bundestagsfraktion (2015), S. 8.

⁴⁷⁵ Bemängelnd, *Löning* (2015), S. 5; *Heumann/Wetzling* (2014), S. 16; *Huber*, in: NJW 35 (2013); *Huber*, in: NJW 35 (2013), S. 2575.

⁴⁷⁶ Vgl. *Seifert* in: *Kraske* (Hrsg.) (2002), S. 179-180.

e) Zwischenergebnis

Es wurde ersichtlich, dass die Kontrolle der bundesnachrichtendienstlichen Auslandsaufklärung über ein *bereichsspezifisches Mehrebenensystem* erfolgt. Die nur sehr eingeschränkt zur Verfügung stehenden Möglichkeiten den gerichtlichen Rechtsschutz gegen SFÜ-Maßnahmen herbeizuführen, sollen durch unterschiedliche Kontrollorgane kompensiert werden, die in unterschiedlich stark ausgeprägtem Umfang zum Individualgüterrechtsschutz beitragen. Das BVerfG gab entscheidend vor, dass die Kontrollsystematik ein Ersatzverfahren vorsehen müsse, dass der gerichtlichen Kontrolle, trotz der fehlenden Möglichkeit an diesem Ersatzverfahren teilzunehmen, gleichwertig sein muss. Im Ergebnis konnte festgehalten werden, dass lediglich die G 10-Kommission geeignet ist, eine derart effektive Rechtskontrolle zu gewährleisten.

IV. Zusammenfassende Erkenntnisse zum Auslandsaufklärungsauftrag des BND

Die Darstellung des bundesnachrichtendienstlichen Intelligence-Zyklus verdeutlichte, dass der BND über die Sammlung, Auswertung und Übermittlung von außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnissen zur Entscheidungs- und Entschlussbildung der politischen Entscheidungsträger beiträgt. Daneben zeigte sich, dass der BND über eine Vielzahl an Übermittlungsbefugnissen in einen umfassenden inländischen aber auch grenzüberschreitenden Informationsverbund eingebunden ist und somit einen wichtigen Beitrag für die nationalen und internationalen Sicherheitsbedürfnisse der Gesellschaft leisten kann.

Die dem BND zur Verfügung stehenden Befugnisse und Verpflichtungen resultieren im Schwerpunkt aus dem bundesnachrichtendienstlichen Fachgesetz (BNDG) sowie aus dem Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (G 10). Das BNDG enthält, über eine bereichsspezifische Auflistung datenschutzrechtlich relevanter Vorschriften, maßgebliche Vorgaben für die Praxis der bundesnachrichtendienstlichen Aufgabenerfüllung. Dementsprechend ist es als bundesnachrichtendienstliches

„Stammgesetz“ anzusehen, dessen grundsätzliche Aussagen in Sachen einer Zielvorgabe bundesnachrichtendienstlicher Tätigkeit (§ 1 Abs. 2 BNDG) permanent zu beachten sind. Über das G 10 ist der BND dazu befugt, durch Eingriffe in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis zu einer vertiefenden Informationsgenerierung beizutragen. Die lex specialis Wirkung des G 10 schließt Eingriffe in Art. 10 GG auf Grundlage des BNDG aus, soweit eine Zitierung des Art. 10 GG in Sachen des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG nicht erfolgt. Das BNDG kann demnach im Grundsatz ausschließlich zu Grundrechtseingriffen legitimieren, die wie das informationelle Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG auch ohne eine Zitierung eingeschränkt werden können. Daneben fungieren das BDSG und BVerfSchG als ergänzende Rechtsquellen, die entweder dann Anwendung finden, wenn die BND-Vorschriften hierauf ausdrücklich verweisen oder die bereichsspezifischen bundesnachrichtendienstlichen Vorschriften für bestimmte Sachverhaltskonstellationen keine spezielleren Aussagen treffen. So findet das BVerfSchG als nachrichtendienstliches „Muttersgesetz“ im Rahmen der bundesnachrichtendienstlichen Aufgabenerfüllung über diverse Querverweise unmittelbare Anwendung, während das BDSG als „Auffanggesetz“ nur für diejenigen Fälle zur Anwendung kommt, für die die bereichsspezifischen bundesnachrichtendienstlichen Vorschriften keine Aussage treffen.

Die auf Grundlage der zur Verfügung stehenden Befugnisse durchzuführende Auslandsaufklärung hat nach der allgemeinen Aufgabennorm des § 1 Abs. 2 BNDG stets und ausschließlich der außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnisgewinnung über das Ausland zu dienen. Die Bundesregierung hat im Rahmen der Auftragsgestaltung zu berücksichtigen, dass die weitgefassten bundesnachrichtendienstlichen Vorfeldebefugnisse nicht für andere Zwecke, insbesondere nicht zur gezielten Strafverfolgung missbraucht werden. Darüber hinaus eröffnet der generalklauselartige Verweis der Aufgabennorm auf eine „außen- und sicherheitspolitisch bedeutsame Auslandsaufklärung“ dem BND generell ein weites Tätigkeitsfeld.

Innerhalb dessen trägt der BND über operative und rezeptive Maßnahmen, sowohl heimlich als auch offen, zu einer kontextualisierten

Informationssammlung zugunsten der politischen Entscheidungsträger bei. Das übergeordnete Ziel der Informationssammlung ist stets die Generierung eines informationellen Mehrwerts an Wissen in Sachen einer außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnisgewinnung über das Ausland, die bestenfalls zu einer Veränderung oder Stabilisierung eines bereits bestehenden Lagebildes beiträgt. Als Mittel zur Erkenntnisgewinnung dienen insbesondere die unterschiedlichen Konstellationen der SFÜ. Diese stützt der BND derzeit auf unterschiedliche Rechtsgrundlagen und sorgt somit für die Existenz eines im Rahmen des Art. 10 GG differenzierenden Grundrechtsschutzes. Im weiteren Verlauf zeigte sich, dass die interne Ressourcenauswahl des BND sowohl durch Effektivitätserwägungen als auch durch rechtliche Faktoren beeinflusst wird. So hat der BND bei der Auswahl geeigneter Erhebungsmethoden sowohl die Erforderlichkeit eines Erhebungsmittels zu berücksichtigen als auch darauf hinzuwirken, dass die Maßnahme keinen Nachteil herbeiführt, der erkennbar außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg steht (§ 2 Abs. 4 BNDG). Verdeutlicht werden konnte, dass die Entscheidung für oder gegen den Einsatz der BNDG-SFÜ dabei überwiegend durch bundesnachrichtendienstliche Effektivitätserwägungen geprägt sein wird.

Im Rahmen der Auswertungsphase zeigte sich, dass die bundesnachrichtendienstliche Auswertungspraxis durch die Digitalisierung des Nachrichtenübertragungssektors und dem hiermit im Zusammenhang stehenden Anstieg der zur Verfügung stehenden Datenmengen eine Neuausrichtung erfuhr. Neben manuelle Analyseverfahren traten automatisierte Voranalysen, die zur Mustererkennung und Aufdeckung potentiell verdächtiger TK-Beziehungen beitragen und somit den Grundstein für nachfolgende manuelle Auswertungsprozesse bilden. Eine Datenspeicherung auf Vorrat für eine sich erst später ergebende nachrichtendienstliche Relevanz ist hierbei nicht zulässig, soweit die datenschutzrechtlichen Vorschriften des BNDG und des G 10 zur Anwendung gelangen.

Im Anschluss daran konnte festgestellt werden, dass die bundesnachrichtendienstlichen Übermittlungsvorschriften eine pauschale Übermittlung von Daten nicht zulassen. Eine Übermittlung in Richtung in- oder ausländischer Stellen setzt stets eine Feststellung der Erforderlichkeit der

Übermittlung zur eigenen bzw. zur Aufgabenerfüllung des Datenempfängers voraus. Darüber hinaus sind Übermittlungen unter Vornahme von Zweckänderungen aus Gründen einer umfassend effektiven Sicherheitsgewährleistung geboten, gleichwohl jedoch nur unter Berücksichtigung enger verfassungsrechtlicher Grenzen zulässig („informationelles Trennungsprinzip“).

Letztlich wurde aufgezeigt, dass die bundesnachrichtendienstliche Tätigkeit hinsichtlich der nur eingeschränkt zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten in ein bereichsspezifisches Kontrollsystem eingegliedert ist, das den bundesnachrichtendienstlichen Geheimhaltungsinteressen und Effektivitätsgedanken ebenso Rechnung tragen soll wie den schutzbedürftigen Interessen der durch die Beschränkungsmaßnahmen betroffenen Personen. Der bundesverfassungsgerichtlichen Vorgabe nach einer dem gerichtlichen Rechtsschutz vergleichbaren und mindestens ebenso wirkungsvollen Kontrolle kann hierbei nur die G 10-Kommission gerecht werden.

C. Historischer Rechtsrahmen der SFÜ

Nachdem sich der vorherige Abschnitt überwiegend auf abstrakte Ausführungen zum generellen bundesnachrichtendienstlichen Auftrag zur Auslandsaufklärung konzentrierte und somit auch Inhalte umfasste, die nicht unmittelbar mit der Erhebungsmethode der SFÜ zusammenhängen, wird im weiteren Verlauf über eine historische Rechtsrahmenuntersuchung ein konkreter Bezug zur SFÜ hergestellt.

Anhand der vorherigen Ausführungen konnte bereits hervorgehoben werden, dass es sich bei der SFÜ um ein heimliches Erhebungsinstrument des BND handelt, mit der eine Vielzahl an TK-Beziehungen im Gefahrenvorfeld strategisch überwacht werden. Die hierfür potentiell zur Verfügung stehenden Rechtsgrundlagen befinden sich nach der gegenwärtigen Rechtspraxis des BND sowohl im G 10 als auch im BNDG. Die historische Rechtsrahmenuntersuchung hat sich dementsprechend sowohl auf das G 10 als auch auf das BNDG zu beziehen.

Anknüpfungspunkt einer historischen Rechtsrahmenuntersuchung hat in aller Regel der Zeitpunkt des Inkrafttretens der zu untersuchenden Rechtsquelle zu sein, soweit nicht vorherige Umstände einen bedeutenden Einfluss auf die Gestaltung des Rechtsrahmens genommen haben und daher ebenso erläuterungsbedürftig sind. Der Umfang einer solchen Untersuchung ergibt sich darüber hinaus aus der Häufigkeit und Bedeutsamkeit gesetzlicher Novellierungsmaßnahmen.

Vor diesem Hintergrund liegt der Schwerpunkt der gegenständlichen Untersuchung auf der Entwicklung des G 10-Rechtsrahmens. Dazu führt zum einen, dass das G 10 (1968) eine im Vergleich zum BNDG (1990) weitaus ältere Gesetzesgeschichte aufweisen kann und zugleich wesentlich öfter Gegenstand gesetzlicher Anpassungen und Ergänzungen war. Zum anderen hatten bereits die sicherheitspolitischen Umstände der unmittelbaren Nachkriegszeit einen entscheidenden Einfluss auf den Ursprungsrechtsrahmen des G 10, so dass dessen Rechtsgeschichte genau genommen weit vor dem Jahre 1968 begann.

Angesichts dessen behandelt der erste Untersuchungsabschnitt die historischen Einflussgrößen der unmittelbaren Nachkriegszeit, die für die Entwicklung des G 10-Rechtsrahmens eine maßgebliche Bedeutung hatten (1945-1968). Im weiteren Verlauf konzentriert sich die historische Untersuchung auf die rechtlichen Entwicklungen zur Zeit des Kalten Krieges (1968-1990), während abschließend diejenigen rechtlichen Entwicklungen erläutert werden, die für den Überwachungsrechtsrahmen der Neuzeit (1990-2016) eine maßgebliche Bedeutung besaßen.

Über die historische Untersuchung des SFÜ-Rechtsrahmens sollen diejenigen Einflussfaktoren besonders hervorgehoben werden, die die SFÜ in ihrem heutigen Umfang entscheidend beeinflusst haben. Von Bedeutung waren hierbei neben den politischen Verpflichtungen der BRD nach Beendigung des zweiten Weltkrieges vor allem diverse, den Rechtsrahmen des G 10 betreffende Gesetzespakete sowie eine im Übrigen doch überschaubare Anzahl an Gerichtsentscheidungen.

Für ein besseres Verständnis der Rechtsrahmenentwicklung wird der historischen Untersuchung im Vorwege eine Erläuterung des heutigen Rechtsrahmens der SFÜ vorangestellt. Auf diesem Wege soll dem Leser bereits zu Beginn der Ausführungen ein Vergleichsgegenstand an die Hand gegeben werden, der einerseits eine zeitliche Einordnung der gesetzlichen Reformierungen erleichtert, andererseits ein besseres Verständnis für die praktische Durchführung der SFÜ ermöglicht.

I. Aktueller Rechtsrahmen

Die Darstellung des aktuellen Rechtsrahmens der SFÜ hat sich entsprechend der vorherigen Ausführungen einerseits auf den Rechtsrahmen der sog. G 10-SFÜ, andererseits auf den Rechtsrahmen der sog. BNDG-SFÜ zu konzentrieren. Da sich die BNDG-SFÜ in der praktischen Umsetzung nicht maßgeblich von der G 10-SFÜ unterscheidet, gleichwohl aber weitaus geringeren gesetzlichen Regelungen unterliegt, sind die rechtlichen Grundlagen und die praktischen Vorgehensweisen im Rahmen der G 10-SFÜ vorrangig zu erläutern.

1) G 10-SFÜ

Die auf Grundlage des G 10 durchgeführte SFÜ umfasst die vom deutschen Staatsgebiet ausgehende Überwachung von TK-Beziehungen, die einen technischen Bezugspunkt zur Gebietshoheit der BRD besitzen (*grenzüberschreitende G 10-SFÜ*) Die hierfür erforderliche Rechtsgrundlage befindet sich in den §§ 5, 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 G 10.

a) Voraussetzungen

Als übergeordnete Voraussetzung muss die SFÜ nach den §§ 5, 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 G 10 entweder der Abwehr von drohenden Gefahren für die freiheitliche demokratische Grundordnung, der Abwehr von drohenden Gefahren für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes⁴⁷⁷ einschließlich der Sicherheit der in der BRD stationierten Truppen der nichtdeutschen Vertragsstaaten des Nordatlantikvertrages oder der Abwehr einer der in § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 bis 8 G 10⁴⁷⁸ bezeichneten Gefahren dienen.

Bei den in § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 bis 8 G 10 bezeichneten Gefahrenbereichen handelt es sich um Konkretisierungen der in § 1 G 10 bezeichneten

⁴⁷⁷ Zu diesen Voraussetzungen, vgl. schon *B. III. 1) a) und b)*.

⁴⁷⁸ *Nr. 1*: Bewaffneter Angriff auf die BRD; *Nr. 2*: Begehung internationaler terroristischer Anschläge mit unmittelbarem Bezug zur BRD; *Nr. 3*: Internationale Verbreitung von Kriegswaffen im Sinne des Gesetzes über die Kontrolle von Kriegswaffen sowie des unerlaubten Außenwirtschaftsverkehrs mit Waren, Datenverarbeitungsprogrammen und Technologien von erheblicher Bedeutung; *Nr. 4*: Unbefugte gewerbs- oder bandenmäßig organisierte Verbringung von Betäubungsmitteln in das Gebiet der Europäischen Union in Fällen von erheblicher Bedeutung mit Bezug zur BRD; *Nr. 5*: Beeinträchtigung der Geldwertstabilität im Euro-Währungsraum durch im Ausland begangene Geldfälschungen; *Nr. 6*: International organisierte Geldwäsche in Fällen von erheblicher Bedeutung; *Nr. 7*: Gewerbs- oder bandenmäßig organisiertes Einschleusen von ausländischen Personen in das Gebiet der Europäischen Union in Fällen von erheblicher Bedeutung mit Bezug zur BRD a) bei unmittelbarem Bezug zu den Gefahrenbereichen nach Nr. 1 bis 3 oder b) in Fällen, in denen eine erhebliche Anzahl geschleuster Personen betroffen ist, insbesondere wenn durch die Art der Schleusung von einer Gefahr für ihr Leib oder Leben auszugehen ist, oder c) in Fällen von unmittelbarer oder mittelbarer Unterstützung oder Duldung durch ausländische öffentliche Stellen; *Nr. 8*: Internationaler krimineller, terroristischer oder staatlicher Angriff mittels Schadprogrammen oder vergleichbaren schädlich wirkenden informationstechnischen Mitteln auf die Vertraulichkeit, Integrität oder Verfügbarkeit von IT-Systemen in Fällen von erheblicher Bedeutung mit Bezug zur Bundesrepublik Deutschland.

Rechtsgüter. Bei Vorliegen einer solchen Gefahr ist dementsprechend auch eine Gefahr für die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes gegeben.⁴⁷⁹ Die zweckgebundene Durchführung der SFÜ nach § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 bis 8 G 10 setzt anders als § 3 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 G 10 *keine drohende Gefahr* in Gestalt einer *auf tatsächlichen Umständen gegründeten Wahrscheinlichkeit* des Eintritts eines Schadens für eine rechtlich geschützte Rechtsposition⁴⁸⁰ voraus. Das folgt aus dem fehlenden Verweis des § 5 Abs. 1 Satz 1 G 10 auf § 1 Abs. 1 Nr. 1 G 10.⁴⁸¹ Das Vorliegen einer bestehenden Wahrscheinlichkeit für den Eintritt eines bestimmten Schadens soll über die SFÜ regelmäßig gerade erst festgestellt werden. Die SFÜ ist somit zwar kein rein anlassloses Überwachungsinstrument, da zumindest *bestimmte Vermutungen* für das Bestehen einer der in § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 bis 8 G 10 bezeichneten Gefahren vorliegen. Eine darüber hinaus gehende Wahrscheinlichkeit für den Eintritt eines Schadens für eine geschützte Rechtsposition ist jedoch nicht Voraussetzung.

Der in diesem Sinne teils verdachtsunabhängigen Überwachung dürfen ausschließlich *internationale TK-Beziehungen* unterliegen, die im Bündel übertragen werden. Das Merkmal „Internationalität“ schließt rein inländische TK-Beziehungen von der Überwachung des BND von vornherein aus.⁴⁸² Umfasst sind nach der gegenwärtigen Rechtsansicht ausschließlich solche TK-Beziehungen, die *von oder nach Deutschland* erfolgen.⁴⁸³ Die Voraussetzung der „gebündelten Übertragung“ berücksichtigt die Digitalisierung des Nachrichtenübertragungssektors, die eine Übertragung mehrerer zehntausend TK-Verkehre in einem Kabel ermöglicht. Überwachbar sind TK-Beziehungen, wenn sie an den großen Knotenpunkten des Welt-Telekommunikationsnetzes gebündelt und anschließend über den jeweils günstigsten Weg (z.B. über

⁴⁷⁹ Vgl. Roewer (1987), § 1 G 10 Rn. 7; auch Borgs-Maciejewski, §1 G 10 in: Borgs-Maciejewski/Ebert (Hrsg.) (1986), Rn. 3; Vgl. insoweit auch den Umfang des TB-Merkmals „außen- und sicherheitspolitisch bedeutsam“ aus § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG, vgl. hierzu B. II. 1) c).

⁴⁸⁰ Vgl. Roggan, § 1 G 10 in: Das deutsche Bundesrecht (Hrsg.) (2012), Rn. 3 m.w.N.

⁴⁸¹ Anderer Ansicht Huber, § 5 G 10 in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.) (2014), Rn. 17.

⁴⁸² Vgl. Huber, § 5 G 10 in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.) (2014), Rn. 2

⁴⁸³ Vgl. BT-Drs. 17/9640, S. 6.

Lichtwellenkabel, Koaxialkabel, Satellitenverbindung) übertragen werden.⁴⁸⁴ Umfasst sind sowohl *kabelgestützte TK-Übertragungen*, also die herkömmliche leitungsgebundene TK und die moderne paketvermittelte TK, als auch die *nicht leitungsgebundene Übertragung* via Satellit oder Richtfunk.⁴⁸⁵

Der Einsatz der SFÜ muss notwendig sein, um die gesetzlich konkretisierten Gefahrenlagen rechtzeitig zu erkennen und ihnen zu begegnen. Sie muss also rechtzeitig Aufschluss über eine der nachrichtendienstlich relevanten Gefahren geben können⁴⁸⁶ und somit inhaltlich der Früherkennung bestimmter aus dem Ausland resultierender Gefahren dienen⁴⁸⁷.

b) Verfahren

Aus verfahrensrechtlicher Sicht bedarf die SFÜ vor ihrer Durchführung eines *Antrags* des BND.⁴⁸⁸ In diesem muss in schlüssiger Form dargelegt werden, warum die konkret betroffenen TK-Beziehungen⁴⁸⁹ rechtzeitig Aufschluss über die relevanten Gefahren geben können.⁴⁹⁰ Im Übrigen muss er alle Angaben enthalten, die für die Anordnung der SFÜ erforderlich sind.⁴⁹¹ Der Bedarf für eine *G 10-Anordnung* wird durch die auswertenden Fachbereiche des BND in ihrer Funktion als interne Bedarfsträger formuliert und anschließend an das für die Erstellung des Antrags zuständige Referat für Rechtsangelegenheiten / G 10 angetragen, welches im Wege einer juristischen Prüfung über die

⁴⁸⁴ Vgl. hierzu die amtliche Begründung aus dem Jahre 2001, BT-Drs. 14/5655, S. 17; dazu auch Roggan, § 5 G 10, Rn. 6.

⁴⁸⁵ Vgl. Huber, § 5 G 10 in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.) (2014), Rn. 2.

⁴⁸⁶ Vgl. BVerfGE 100, 313 (384).

⁴⁸⁷ Vgl. Roggan, § 5 G 10 in: Das deutsche Bundesrecht (Hrsg.) (2012), Rn. 10.

⁴⁸⁸ Vgl. § 9 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 4, Abs. 3 G 10.

⁴⁸⁹ Der zur Überwachung freigegebene geografische Raum wird zuvor vom BMI mit Zustimmung des PKGr bestimmt (§ 5 Abs. 1 Satz 2 G 10). Praktisch handelt es sich hierbei um bestimmte Staaten oder Krisenregionen, vgl. BVerfGE 100, 313 (336).

⁴⁹⁰ Vgl. BVerfGE 100, 313 (384).

⁴⁹¹ Im Rahmen der Zeugenvernehmungen des NSA-UA wurde ersichtlich, dass der BND teilweise bereits vor Antragsstellung in Vorgespräche mit den Betreibern der TK-Anlage tritt, um die technische Vorgehensweise im Falle einer Anordnung abzustimmen, vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/43, NSA-UA, S. 37, 53.

Erforderlichkeit des Antrags zu entscheiden hat.⁴⁹² Nach Antragserstellung ist dieser an das zur Anordnung berechnigte BMI zu übermitteln.⁴⁹³

Die an die Anordnung gestellten inhaltlichen Anforderungen ergeben sich aus § 10 Abs. 2 bis 5 G 10. Danach hat die Anordnung sowohl den *Grund der SFÜ* anzugeben, als auch deren *Umfang und die Dauer*⁴⁹⁴ zu bestimmen.⁴⁹⁵ Daneben sind die genehmigten *Suchbegriffe* zu benennen⁴⁹⁶ sowie das *Gebiet*, über das Informationen gesammelt werden sollen⁴⁹⁷ und die der SFÜ konkret unterliegenden *Übertragungswege*⁴⁹⁸ zu bezeichnen. Ferner hat die Anordnung festzulegen, welcher *Anteil* der jeweiligen *Übertragungskapazität* der SFÜ unterliegen soll. Der Anteil darf höchstens 20 % der Gesamtkapazität des angeordneten Übertragungsweges⁴⁹⁹ betragen.⁵⁰⁰ Nach Anordnung der SFÜ-Maßnahmen hat das BMI die G 10-Kommission monatlich und noch vor deren Vollzug über die von ihm angeordneten Beschränkungsmaßnahmen zu *unterrichten* (§ 15 Abs. 6 Satz 1 G 10).⁵⁰¹ Diese entscheidet in der Folge auf

⁴⁹² Vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/41, NSA-UA, S. 109.

⁴⁹³ Vgl. § 10 Abs. 1 Hs. 2 G 10.

⁴⁹⁴ Nach § 10 Abs. 5 Satz 1 G 10 kann die Anordnung auf höchstens 3 Monate befristet werden. Verlängerungen um nicht mehr als 3 Monate sind nach § 10 Abs. 5 Satz 2 G 10 auf Antrag jedoch zulässig, soweit die Voraussetzungen der Anordnung fortbestehen.

⁴⁹⁵ Vgl. § 10 Abs. 2 Satz 2 G 10.

⁴⁹⁶ Vgl. § 10 Abs. 4 Satz 1 G 10. Die Suchbegriffe müssen den Anforderungen des § 5 Abs. 2 G 10 entsprechen. Es dürfen keine Suchbegriffe verwendet werden, die Identifizierungsmerkmale enthalten, die zu einer gezielten Erfassung bestimmter TK-Anschlüsse führen (*Nr. 1*), oder den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung betreffen (*Nr. 2*). Vgl. *C. II. 3) f*).

⁴⁹⁷ Es handelt sich in aller Regel um die konkrete Bezeichnung von Staaten oder ganzer geografischer Regionen, vgl. *Bäcker* (2014), S. 12.

⁴⁹⁸ Z.B. konkrete Satelliten- oder Kabelverbindungen. Vgl. die entsprechenden Ausführungen der Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/5655, S. 23; ebenso *Roggan*, § 10 G 10, Rn. 12. Nach Aussage eines ehemaligen Mitarbeiters des BND handelt es sich um „bestimmte technische Übermittlungswege, wie zum Beispiel einzelne Lichtwellenleiteranteile“. Vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/24, NSA-UA, S. 12.

⁴⁹⁹ Der Anteil richtet sich also nach der Gesamtübertragungskapazität des angeordneten Übertragungsweges und nicht nach dessen tatsächlichem Übertragungsinhalt, vgl. BT-Drs. 17/14739, S. 14; demgegenüber ging man auf Betreiberseite in der Vergangenheit teilweise davon aus, dass sich die prozentuale Beschränkung auf den tatsächlichen Übertragungsinhalt bezieht, vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/43, NSA-UA, S. 47-48.

⁵⁰⁰ Damit sollte einer lückenlosen Überwachung bestimmter TK-Beziehungen vorgebeugt werden, vgl. *Huber*, § 10 G 10 in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 10.

⁵⁰¹ Vgl. § 15 Abs. 6 Satz 1 G 10. Zu beachten ist die Ausnahme bei Gefahr im Verzug, vgl. § 15 Abs. 6 Satz 2 G 10.

Grundlage einer umfassenden rechtlichen Überprüfung und Bewertung⁵⁰² über die *Zulässigkeit und Notwendigkeit* der strategischen Beschränkungsmaßnahme. Anordnungen, die die Kommission für unzulässig oder nicht notwendig erklärt, hat das BMI unverzüglich aufzuheben.

c) Praktische Umsetzung

Die praktische Umsetzung der angeordneten SFÜ beginnt bei der Überwachung der leitungsgebundenen TK in aller Regel zunächst mit einer *Mitteilung*⁵⁰³ gegenüber dem an einer Beschränkungsmaßnahme zur Mitwirkung verpflichteten TK-Dienstleister^{504, 505}. Dieser hat nach § 27 Abs. 6 TKÜV seine Überwachungseinrichtungen⁵⁰⁶ so zu gestalten und die organisatorischen Vorkehrungen so zu treffen, dass eine Anordnung unverzüglich umgesetzt werden kann. Eine Mitteilung entfällt lediglich in Fällen, in denen es dem BND tatsächlich möglich ist, die Überwachung und Aufzeichnung der TK auch ohne seine Mitwirkung durchzuführen.⁵⁰⁷ Hierfür wäre allerdings erforderlich, dass die technischen Voraussetzungen für den BND bereits geschaffen worden sind, um etwa bestimmte TK-Vorgänge ohne weiteres Zutun des Betreibers ausfiltern zu können.⁵⁰⁸ In der Regel wird die Umsetzung einer Überwachungsmaßnahme daher die Mitwirkung des Betreibers erfordern.

Praktisch erfolgt die Mitwirkung über die *Bereitstellung einer Kopie* der TK, die über die in der Beschränkungsanordnung bezeichneten Übertragungswege verläuft. Hierzu wird an den (elektrischen) Koaxialkabeln oder

⁵⁰² Vgl. *Huber*, § 15 G 10 in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 41.

⁵⁰³ Vgl. § 10 Abs. 6 Satz 1 G 10.

⁵⁰⁴ Vgl. § 2 Abs. 1 Satz 3 G 10.

⁵⁰⁵ Die Mitteilung erfolgt durch den BND und nicht durch das BMI, vgl. BT-Drs. 15/2042, S. 8.

⁵⁰⁶ Die für die technische Umsetzung von Anordnungen erforderlichen technischen Einrichtungen des Betreibers einer TK-Anlage einschließlich der zugehörigen Programme und Daten, § 2 Nr. 13 TKÜV. Eine TK-Anlage sind nach § 3 Nr. 23 TKG technische Einrichtungen oder Systeme, die als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden, übertragen, vermitteln, empfangen, steuern oder kontrollieren können. Insb. z.B. geeignete Kabelverbindungen, Funkanlagen sowie auch für VoIP notwendige Router, vgl. *Säcker*, § 3 TKG in: *Säcker* (Hrsg.) (2013), Rn. 60.

⁵⁰⁷ Vgl. § 10 Abs. 6 Satz 2 G 10.

⁵⁰⁸ Vgl. *Huber*, § 10 G 10 in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 14.

Lichtwellenleitern ein „*Splitter*“ eingebaut, um den TK-Verkehr zu duplizieren und auszuleiten.⁵⁰⁹ Das vollständige „*Duplikat*“ der zu überwachenden TK wird dem BND anschließend an einem *Übergabepunkt*⁵¹⁰ im Inland zur Verfügung gestellt. Dieser befindet sich regelmäßig noch in den Räumen des Betreibers der TK-Anlage.⁵¹¹ Der Betreiber hat den Übergabepunkt nach § 8 Abs. 2 TKÜV so zu gestalten, dass die Qualität der an dem Übergabepunkt bereitgestellten Überwachungskopie grundsätzlich nicht schlechter ist als die der zu überwachenden TK.⁵¹²

Noch zeitlich vor der Selektion mittels des Einsatzes von Suchbegriffen durchläuft die Überwachungskopie aus Kapazitätsgründen mehrere *technische Filterkriterien*. So werden die übertragenen Daten über den sog. „*G 10-Filter*“ zunächst in die sog. „*G 10-Verkehre*“ und „*Routineverkehre*“⁵¹³ separiert.⁵¹⁴ Gleichzeitig ist es an dieser Stelle technisch möglich, eine Filterung der erfassten TK-Verkehre dergestalt vorzunehmen, dass ausschließlich solche TK-Verkehre der weiteren Verarbeitung zugänglich gemacht werden, die unter Berücksichtigung des regionalen Aufklärungsbedarfs von nachrichtendienstlichem Interesse sind. Darüber hinaus kann auch bereits derjenige Überwachungsanteil festgelegt werden, der der weiteren Verarbeitung zugänglich gemacht werden soll.⁵¹⁵ Angesichts der Vorgabe des § 10 Abs. 4 Satz 4 G 10, wonach der Überwachungsanteil höchstens 20 vom Hundert der in der Beschränkungsanordnung bezeichneten Übertragungswege

⁵⁰⁹ Vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/26, NSA-UA, S. 8-10; auch als T-Glied bezeichnet, vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/30, NSA-UA, S. 16; Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/33, NSA-UA, S. 17.

⁵¹⁰ Der Punkt der technischen Einrichtungen des Verpflichteten, an dem er die Überwachungskopie bereitstellt; der Übergabepunkt kann als systeminterner Übergabepunkt gestaltet sein, der am Ort der TK-Anlage nicht physikalisch dargestellt ist, vgl. § 2 Nr. 11 TKÜV.

⁵¹¹ Vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/24, NSA-UA, S. 34; ebenso, Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/22, NSA-UA, S. 32. In der Regel wird sich der Übergabepunkt in einem vom BND angemieteten Betriebsraum des Betreibers befinden, vgl. Stenografisches Protokoll 18/26, NSA-UA, S. 10.

⁵¹² Vgl. § 8 Abs. 2 Nr. 4 TKÜV.

⁵¹³ Die Routineaufklärung des BND umschreibt die rein auslandsbezogene SFÜ, vgl. *Seifert* in: *Kraske* (Hrsg.) (2002), S. 177.

⁵¹⁴ „Separator“, zu dieser Praxis, vgl. Vorläufiges Stenografische Protokoll 18/28, NSA-UA, S. 33; Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/24, NSA-UA, S. 12, 35.

⁵¹⁵ Zu diesen Vorabfilterungen, vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/22, NSA-UA, S. 13-14; vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/33, NSA-UA, S. 18.

betragen darf, wird eine Vorauswahl praktisch dergestalt getroffen, dass von zehn „überwachungsfähigen“ Übertragungswegen lediglich zwei, dann jedoch „vollständig“ überwacht werden.⁵¹⁶ Die weitere Bearbeitung der auf diesen Übertragungswegen vorhandenen TK-Verkehre erfolgt anschließend über eine „erste bundesnachrichtendienstliche Relevanzüberprüfung“ in Form eines mittels *Analysealgorithmen* durchgeführten Abgleichs mit den in die Geräte des BND eingepassten G 10-Suchbegriffen.⁵¹⁷ Eine Einsichtnahme durch Mitarbeiter des BND erfolgt zu diesem frühen Zeitpunkt der Auswertung noch nicht.⁵¹⁸ Die nach der Selektion verbleibende Kopie wird in der Folge über angemietete und gesicherte Kommunikationsstrecken⁵¹⁹ an den BND übermittelt.

In den Räumen des BND erfolgt anschließend die „zweite bundesnachrichtendienstliche Relevanzüberprüfung“ in Gestalt einer manuellen „händischen“ Prüfung durch hierfür speziell ausgebildete Mitarbeiter des BND.⁵²⁰ Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 G 10 hat der BND unverzüglich und sodann in Abständen von höchstens sechs Monaten zu überprüfen, ob die erhobenen personenbezogenen Daten im Rahmen seiner Aufgaben allein oder zusammen mit bereits vorliegenden Daten für die in § 5 Abs. 1 Satz 3 G 10 bestimmten Zwecke *erforderlich* sind. Die auch nach dieser zweiten Relevanzüberprüfung verbleibenden Daten sind nach § 6 Abs. 2 Satz 1 G 10 letztlich als sog. G 10-Daten zu kennzeichnen.

Nach § 11 Abs. 2 Satz 1 G 10 sind die Überwachungsmaßnahmen *unverzüglich* zu beenden, wenn sie nicht mehr erforderlich sind oder die Voraussetzungen der Anordnung nicht mehr vorliegen. In diesen Fällen ist die

⁵¹⁶ Vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/33, NSA-UA, S. 92. Vor dem Hintergrund der „vollständigen“ Überwachung einzelner Übertragungswege verfehlt die Vorgabe des § 27 Abs. 3 Nr. 1 TKÜV, nach der die Geräte des BND sicherstellen müssen, dass die durch den TK-Dienst bereitgestellte TK in der Weise bearbeitet wird, dass die Festlegung des § 10 Abs. 4 Satz 3 G 10 eingehalten wird, ihren Zweck.

⁵¹⁷ Die Einspielung der hinzukommenden Suchbegriffe oder Übertragungswege erfolgt durch einen BND-Mitarbeiter, der die Befähigung zum Richteramt hat, vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/24, NSA-UA, S. 14. Vgl. hierzu auch § 11 Abs. 1 G 10.

⁵¹⁸ Vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/22, NSA-UA, S. 14-15; ebenso Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/26, NSA-UA, S. 15, 20.

⁵¹⁹ Vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/22, NSA-UA, S. 16.

⁵²⁰ Vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/24, NSA-UA, S. 13.

Maßnahmenbeendigung dem BMI und dem Betreiber der TK-Anlage anzuzeigen.⁵²¹ Nach ihrer Einstellung sind die Beschränkungsmaßnahmen den Betroffenen grundsätzlich *mitzuteilen*, sofern die personenbezogenen Daten nicht unverzüglich gelöscht wurden und eine Gefährdung des Zwecks der Beschränkung nicht ausgeschlossen werden kann oder solange der Eintritt übergreifender Nachteile für das Wohl des Bundes oder eines Landes absehbar ist.⁵²² Eine *unverzügliche Löschung* wird in der Regel erfolgen, wenn sich die Erforderlichkeit der personenbezogenen Daten im Rahmen der „händischen“ Relevanzüberprüfung nicht weiter feststellen lässt und die personenbezogenen Daten nicht für eine Übermittlung an andere Stellen benötigt werden.⁵²³

Vor Löschung der personenbezogenen Daten trifft dem BND nach § 6 Abs. 1 Satz 6 G 10 die Verpflichtung zu überprüfen, ob die Daten für eine Mitteilung nach § 12 Abs. 2 G 10 oder für eine gerichtliche Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Beschränkungsmaßnahme von Bedeutung sein können. Die unverzügliche Löschung der personenbezogenen Daten ist somit vor dem Hintergrund der grundrechtsrelevanten Eingriffsqualität einer weitergehenden Speicherung auf der einen Seite geboten, auf der anderen Seite jedoch angesichts der zu wahrenen Rechtsschutzmöglichkeiten der Betroffenen zugleich *ultima ratio*. Insofern trifft das Gesetz an dieser Stelle bereits eine Gewichtung der abzuwägenden Rechtsgüter⁵²⁴ zu Gunsten der aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG resultierenden *Rechtsschutzgarantie der Betroffenen*, soweit die aus § 12 Abs. 1 Satz 2 G 10 resultierenden Ausschlussgründe für eine Mitteilung nicht vorliegen. Die von der G 10-Kommission vorzunehmende Überprüfung hinsichtlich einer potentiellen Mitteilung an Betroffene⁵²⁵ hat für den Rechtsgüterschutz der Betroffenen eine überragende Bedeutung und ist dementsprechend mit äußerster Sorgfalt vorzunehmen. Stellt die G 10-Kommission fest, dass die Mitteilung dem Betroffenen gegenüber geboten ist,

⁵²¹ Vgl. § 11 Abs. 2 Satz 2 G 10.

⁵²² Vgl. § 12 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 Satz 1 G 10; ausführlich *Huber*, § 12 G 10 in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 17 ff.

⁵²³ Vgl. § 6 Abs. 1 Satz 2 G 10.

⁵²⁴ In der Abwägung hat es um die Frage zu gehen, ob der durch die fortlaufende Speicherung der personenbezogenen Daten resultierende Eingriff in Art. 10 GG unverzüglich zu beenden oder zur Wahrung der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG zeitlich befristet fortzuführen ist.

⁵²⁵ Vgl. § 10 Abs. 5 Satz 2 G 10.

fällt es in den Zuständigkeitsbereich des BND diese Mitteilung vorzunehmen.⁵²⁶

Neben diesen den leitungsgebundenen TK-Verkehr betreffenden Beschränkungsanordnungen kontrolliert der BND im Rahmen der G 10-Überwachung auch den über Satelliten verlaufenden TK-Verkehr. Die praktische Umsetzung der *funkgestützten Satellitenüberwachung* unterscheidet sich von der Überwachung der leitungsgebundenen TK dabei nur insoweit, als dass es einer Mitwirkung des Betreibers einer TK-Anlage im Rahmen des Anwendungsbereichs der TKÜV nicht bedarf. Der BND überwacht die funkgestützten TK-Verkehre über eigene, auf deutschem Boden stehende Empfangsanlagen bzw. Abhörstationen.

Darüber hinaus ist die praktische Durchführung dieser Überwachungsform mit der leitungsgebundenen Überwachung vergleichbar. Insbesondere ist es im Rahmen der funkgestützten Satellitenüberwachung ebenso möglich, zwischen allen über den Satelliten verlaufenden Übertragungswegen diejenigen auszuwählen, die unter Berücksichtigung des bundesnachrichtendienstlichen Auftragsprofils von nachrichtendienstlicher Relevanz sind.⁵²⁷ Daneben werden auch in diesem Bereich *automatisiert arbeitende „G 10-Filter“* zwischengeschaltet,⁵²⁸ die eine Trennung zwischen G 10-relevanten Verkehren und Routineverkehren bewirken und somit eine Zuordnung der TK-Verkehre zu den vorhandenen Verarbeitungsvorschriften des G 10 oder des BNDG ermöglichen.⁵²⁹ Die Auswertungspraxis der übrig gebliebenen Daten in den Räumen des BND folgt anschließend denselben Mustern, die auch die Auswertung der leitungsgebundenen TK-Verkehre prägen. Insbesondere erfolgt ein automatisierter Abgleich mit den durch die G 10-Kommission genehmigten Suchbegriffen sowie eine „händische“ nachrichtendienstliche Relevanzüberprüfung durch Mitarbeiter des BND.

⁵²⁶ Vgl. § 12 Abs. 3 Satz 1 G 10.

⁵²⁷ Vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/22, NSA-UA, S. 13.

⁵²⁸ Die technische Ausrichtung des G 10-Filters ist hierbei jeweils auf die spezifische Informationserhebungsart (kabelgestützt, satellitengestützt) zugeschnitten, vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/16, NSA-UA, S. 20.

⁵²⁹ Für die automatisierte Zuordnung der erhobenen Informationen zu den Rechtsquellen, vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/41, NSA-UA, S. 102.

2) BNDG-SFÜ

Unter die *BNDG-Überwachung* fällt die Überwachung *rein auslandsbezogener TK-Beziehungen*, die nach der derzeitigen Rechtspraxis des BND nicht unter den Schutzbereich des Art. 10 GG fallen. Unter Berücksichtigung des territorial geprägten Geltungsbereichs des BNDG erfolgt die BNDG-SFÜ derzeit einerseits auf Grundlage der allgemeinen Aufgabennorm des § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG für die *Fälle eines fehlenden territorialen Bezugspunkts zum Staatsgebiet der BRD*, andererseits auf Grundlage des §§ 3, 1 Abs. 2 BNDG für die *Fälle der aus dem Inland heraus erfolgenden SFÜ*.

a) Voraussetzungen und Verfahren

Die Vorstellung der Voraussetzungen und des Verfahrens der BNDG-SFÜ kann vorliegend vergleichsweise kurz ausfallen. Der Grund hierfür besteht zum einen darin, dass das BNDG generell wenig bis gar keine restriktiven tatbestandlichen Voraussetzungen für die Umsetzung der SFÜ-Maßnahmen vorhält. Zum anderen ist ein legitimierendes Genehmigungsverfahren im Voraus der Beschränkungsmaßnahme gesetzlich nicht vorgesehen.

Für die von staatsfreien Gebieten oder aus dem Ausland heraus erfolgende SFÜ ist es danach ausreichend, dass diese im Rahmen des allgemeinen Auftrags zur Auslandsaufklärung erfolgt. Erforderlich ist lediglich, dass die Erhebungsmaßnahme Erkenntnisse erwarten lässt, die *für die außen- und sicherheitspolitisch Entscheidungsfindung der BRD von Bedeutung* sind.

Für die aus dem Inland heraus erfolgende SFÜ sind darüber hinaus *Tatsachen* erforderlich, *die die Annahme eines Aufgabenbezugs rechtfertigen*. „Tatsachen“ sind Wahrnehmungen bekannter oder erkennbarer faktischer Umstände, die den Schluss auf andere, noch nicht bekannte oder erkennbare Fakten ermöglichen können.⁵³⁰ Der Tatsachenbasis müssen konkrete und verdichtete Umstände zu Grunde liegen.⁵³¹ Die konkrete und verdichtete Tatsachenbasis wird sich in der Regel aus den bereits bekannten und als nachrichtendienstlich „verdächtig“ eingestuften Daten (sog. „*strong selectors*“)

⁵³⁰ Vgl. Gusy, § 3 BNDG in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.) (2014), Rn. 7.

⁵³¹ Vgl. Mallmann, § 9 BVerfSchG in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.) (2014)

bzw. aus der Beobachtung und Analyse anderweitiger bekannter Verdachtsfälle⁵³² ergeben und sich in einem dementsprechend ausgerichteten Suchbegriffsprofil wiederfinden.

Faktisch wird diesem „restriktiven“ Tatbestandsmerkmal jedoch *keine begrenzende Wirkung* zukommen. Zu bedenken gilt, dass sich das Vorliegen der erforderlichen Tatsachen umso einfacher rechtfertigen werden lässt, je weitreichender der bundesnachrichtendienstliche Auftrag einer Auslegung zugänglich ist. Aufgezeigt wurde in diesem Sinne bereits, dass der generalklauselartige Verweis des § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG auf eine „außen- und sicherheitspolitisch bedeutsame Auslandsaufklärung“ dem BND grundsätzlich ein *weites und schwer nachprüfbares Betätigungsfeld* eröffnet.⁵³³ Der Aufgabenbezug von konkreten und verdichteten Wahrnehmungen wird sich dementsprechend praktisch in einer Vielzahl an Fällen herstellen lassen. Das Abhängigkeitsverhältnis zwischen den „Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen“ und der „Aufgabenerfüllung des BND“ kann demnach nur in sehr schwachem Umfang zur restriktiven Anwendung der aus dem Inland heraus erfolgenden BNDG-SFÜ beitragen.

Eine Einschränkung kann folglich lediglich über den generellen Hinweis des § 2 Abs. 1 Nr. 4 BNDG erfolgen, wonach aktive und zielgerichtete Datenerhebungsmaßnahmen nur in Fällen anzuwenden sind, in denen die erforderlichen Informationen nicht auf andere Weise zu erlangen sind. In Betracht käme danach insbesondere eine Direkterhebung beim Betroffenen i.S.d. § 2 Abs. 2 BNDG. Eine solche ist im Bereich der bundesnachrichtendienstlichen Auslandsaufklärung jedoch nur in Ausnahmefällen effizient und effektiv einsetzbar, um die für die Erkenntnisgewinnung erforderlichen Informationen zu erheben. Die Rechtfertigung des Einsatzes der BNDG-SFÜ zur heimlichen Datenbeschaffung kann somit mit *relativ geringem Begründungsaufwand* gelingen.

Daneben bedarf es für die praktische Umsetzung der BNDG-SFÜ *keines formellen Genehmigungsverfahrens*. Der BND kann über die inhaltliche

⁵³² Vgl. Gaycken (2014), S. 3.

⁵³³ Vgl. B. III. 1) a) und b).

Ausrichtung der rein auslandsbezogenen SFÜ, die im Rahmen der G 10-SFÜ Gegenstand der G 10-Anordnung ist, weitestgehend frei befinden. So können die Auswahl und die Anwendung der inhaltlichen und formalen Suchbegriffe *in bundesnachrichtendienstlicher Eigenverantwortung* und *ohne Kontrolle* erfolgen. Darüber hinaus ist eine Beschränkung der der Überwachung unterliegenden Übertragungskapazität eines Übertragungsweges von Gesetzes wegen nicht vorgesehen.

Vorgaben für die praktische Ausrichtung der BNDG-SFÜ resultieren danach einzig aus den thematischen und geografischen Aufklärungswünschen der politischen Bedarfsträger. Faktisch ist die BNDG-SFÜ derzeit ausschließlich durch die zur Verfügung stehenden personellen und technischen Überwachungsressourcen begrenzt.⁵³⁴

b) Praktische Umsetzung

Die BNDG-SFÜ selektiert die für den nachrichtendienstlichen Auftrag relevanten Übertragungswege, vergleichbar der G 10-SFÜ, über *inhaltliche* und *formale Suchbegriffe*.⁵³⁵ Unterscheidungsmerkmal ist einzig die geografische Ansässigkeit der an der TK beteiligten Personen. Während sich bei der G 10-Überwachung jedenfalls eine Person innerhalb des Staatsgebiets der BRD aufhalten muss, befinden sich im Rahmen des BNDG-SFÜ sowohl der Sender als auch der Empfänger des TK-Vorgangs im Ausland. Ein Bezugspunkt zur territorialen Gebietshoheit der BRD besteht unter diesem Gesichtspunkt nicht.

Überwachungsgegenstand können grundsätzlich sowohl *kabelgestützte* als auch *funkgestützte TK-Vorgänge* sein. Hinsichtlich der funkgestützten und überwiegend über Satelliten verlaufenden Überwachung kann vorliegend auf das bereits Ausgeführte verwiesen werden.⁵³⁶ Die Überwachung erfolgt über auf deutschem Boden oder im Ausland stehende Abhöreinrichtungen. Eine Einbindung eines Betreibers einer TK-Anlage i.S.d. TKÜV ist nicht erforderlich.

⁵³⁴ Vgl. auch schon *Bäcker* (2014), S. 17.

⁵³⁵ Vgl. *Seifert* in: *Kraske* (Hrsg.) (2002), S. 179.

⁵³⁶ Vgl. *C. I. 1) c*.

Etwas anderes galt in der Vergangenheit für die SFÜ der sog. „*kabelgestützten Transitverkehre*“. Unter die „Transitverkehre“ fallen TK-Vorgänge, die vom Sender ausgehend die deutsche Grenze in Richtung eines innerstaatlichen Vermittlungsknotens überqueren, um von dort aus das deutsche Staatsgebiet in Richtung des Empfängers im Ausland wieder zu verlassen.⁵³⁷ Infolge der zunehmend *paketvermittelten, digitalen Datenübertragung*,⁵³⁸ bediente sich BND auch für diese SFÜ-Konstellation in der Vergangenheit einer G 10-Anordnung, wonach die Betreiber einer TK-Anlage gem. § 27 Abs. 2 TKÜV verpflichtet waren, dem BND eine vollständige Kopie derjenigen TK bereitzustellen, die über die in der Anordnung bezeichneten Übertragungswege übertragen werden. Eine solche G 10-Anordnung war erforderlich geworden, da sich infolge der paketvermittelten Datenübertragung,⁵³⁹ die auf Grundlage des sog. „*Best-Effort-Prinzips*“⁵⁴⁰ erfolgt, nicht mehr sicher vorhersehen ließ, dass über eine als „rein auslandsbezogen“ deklarierte Übertragungsstrecke auch tatsächlich nur rein auslandsbezogene TK-Vorgänge übertragen werden. Eine sichere Trennung von „Transitverkehren“ (rein auslandsbezogen) und „G 10-Verkehren“ ist infolge der technologischen Entwicklungen nicht mehr möglich. Über den Umweg der G 10-Anordnung und unter Einbindung der Betreiber einer TK-Anlage konnte der BND demnach in der Vergangenheit auch kabelgestützte „Transitverkehre“ als „Beifang“ der G 10-SFÜ vom Inland aus strategisch überwachen. Das Vorliegen einer G 10-Anordnung führte somit zur „doppelten Zulässigkeit“⁵⁴¹ einer G 10- und BNDG-SFÜ.⁵⁴²

⁵³⁷ Vgl. hierzu auch die Zeugenaussage eines ehemaligen Mitarbeiters der Telekom im Rahmen des NSA-UA, Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/30, NSA-UA, S. 16.

⁵³⁸ Bei dieser handelt es sich um die konzeptionelle Grundlage des Internets, vgl. *Meinel/Sack* (2009), S. 103.

⁵³⁹ Bei der paketvermittelten, digitalen Datenübertragung werden eine große Anzahl von Datenpaketen eines TK-Vorgangs parallel und zeitgleich mit Datenpaketen anderer TK-Vorgänge (von verschiedenen Absendern und für verschiedene Empfänger) auf den gleichen Übertragungskanälen im Bündel in Richtung des Empfängers übertragen, vgl. *Sieber* in: *Hoeren/Sieber/Holzner* (Hrsg.) (2014), Rn. 51.

⁵⁴⁰ Nach dem sog. „Best-Effort-Prinzip“ erfolgt die über die Vermittlungsknoten vorzunehmende Festlegung der Übertragungswege der Datenpakete (z.B. Koaxialkabel, Glasfaser) den Grundsätzen der „Auslastung“ und „Kapazität“, vgl. *Schaar*, in: *ZRP* 7 (2013), S. 214; vgl. auch BT-Drs. 14/5655, S. 17.

⁵⁴¹ „(...) Juristisch bin ich auf sicherer Seite.“, vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/41, NSA-UA, S. 110-111.

Die Auswertung der erhobenen BNDG-Daten gleicht im weiteren Verlauf dem Verfahren der G 10-Überwachung. Vor der Erfassung werden über eine spezifische Streckenauswahl zunächst diejenigen rein auslandsbezogenen Strecken ausgewählt, die von nachrichtendienstlichem Interesse sein könnten und zugleich möglichst wenig G 10-Vorgänge enthalten.⁵⁴³ Daran anschließend wird über den „*Separator*“ eine Trennung von G 10-Vorgängen und rein auslandsbezogenen TK-Vorgängen ermöglicht, um anschließend die rein auslandsbezogene TK nochmals anhand des sog. G 10-Filters um grundrechtsgeschützte TK-Vorgänge zu bereinigen.⁵⁴⁴ Nach der automatisierten Vorabfilterung⁵⁴⁵ erfolgt der ebenso automatisierte Abgleich mit den BNDG-Suchbegriffen, bevor letztlich der übrig gebliebene Datensatz über gesicherte Kommunikationsstrecken zur „manuellen“ Auswertung i.S.d. §§ 4 ff. BNDG weitergeleitet wird. Eine Benachrichtigung der von der BNDG-SFÜ betroffenen Personen ist gesetzlich nicht vorgesehen. Nach § 7 BNDG ist dem von einer Beschränkungsmaßnahme Betroffenen jedoch auf Antrag Auskunft über zu seiner Person nach § 4 BNDG gespeicherte Daten zu erteilen.

3) Zwischenergebnis

Es zeigte sich, dass die unterschiedlichen SFÜ-Konstellationen in ihrer praktischen Durchführung durchaus vergleichbar sind. Die SFÜ-Maßnahmen durchlaufen vor der ersten Kenntnisnahme durch Mitarbeiter des BND mehrere allein technisch umsetzbare Filterkriterien, die den zunächst erfassten Datenstrom entsprechend der der SFÜ-Maßnahme zugrunde liegenden Rechtsgrundlage selektieren und anschließend entweder spurlos verwerfen oder für eine tiefere Verarbeitung durch den BND zur Verfügung stellen. Der G 10-SFÜ liegen hierbei restriktive Durchführungsvoraussetzungen zu Grunde, die im Rahmen der BNDG-SFÜ weitestgehend fehlen. Insbesondere sind die der BNDG-SFÜ zu Grunde

⁵⁴² Ausführlich zu dieser Praxis, vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/41, NSA-UA, S. 152.

⁵⁴³ Vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/41, NSA-UA, S. 102.

⁵⁴⁴ Vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/28, NSA-UA, S. 22.

⁵⁴⁵ Unter Umständen erfolgt bereits nach der G 10-Filterung eine (automatisierte) Weiterleitung an externe Stellen, vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/22, NSA-UA, S. 17; vgl. auch Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/28, NSA-UA, S. 22.

liegenden Aufklärungszwecke gesetzlich nicht vorgeschrieben. Es ist darüber hinaus kein formelles Genehmigungsverfahren vorgesehen, das die inhaltliche Ausrichtung der BNDG-SFÜ sowohl qualitativ als auch quantitativ konkretisiert. Ebenso fehlt es an einer fortlaufenden und hinreichend wirksamen Kontrolle, die geeignet wäre, die bundesnachrichtendienstliche Tätigkeit im „Verborgenen“ sowie die damit verbundenen Schwierigkeiten den gerichtlichen Rechtsweg zu bestreiten, bis zu einem gewissen Maße zu kompensieren. Die insoweit auffälligen Differenzierungen zwischen grenzüberschreitenden und rein auslandsbezogenen Überwachungsmaßnahmen sind die Konsequenz der BND-internen Rechtsansicht, nach der die rein auslandsbezogene TK-Beziehungen nicht an dem aus Art. 10 GG resultierenden grundrechtlichen Schutzstandard zu messen sind.

II. Historischer Rechtsrahmen

Nachfolgend werden die politischen und rechtlichen Einflussfaktoren verdeutlicht, die für den zuvor erläuterten Rechtsrahmen der SFÜ einen entscheidenden Einfluss hatten. Entsprechend der bereits herausgearbeiteten Differenzierungen bezieht sich die historische Untersuchung bis zum Inkrafttreten des BNDG im Jahr 1990 ausschließlich auf die Entstehungsgeschichte des G 10.

1) Nachkriegszeit (1945-1968)

Der erste Untersuchungsabschnitt bezieht sich auf die epochalen Einflüsse des sicherheitspolitischen Kontextes der unmittelbaren Nachkriegszeit.

Beginnend mit dem Jahr der bedingungslosen Kapitulation der deutschen Wehrmacht im Jahre 1945 werden die vorherrschenden sicherheitspolitischen Rahmenbedingungen erläutert, die die BRD nach Beendigung des zweiten Weltkrieges in einem System struktureller Abhängigkeiten wiederfinden ließen. Daran anschließend wird verdeutlicht, inwiefern die sicherheitspolitischen Rahmenbedingungen dazu beitrugen, dass der BND in seinen Anfangsjahren über keinerlei gesetzliche Befugnisse verfügte. Zugleich wird aufgezeigt, inwiefern der sicherheitspolitische Kontext der Nachkriegszeit

einen entscheidenden Einfluss auf den zukünftigen G 10-Überwachungsrechtsrahmen nehmen konnte.

a) Sicherheitspolitischer Kontext

Mit der bedingungslosen Kapitulation der deutschen Wehrmacht am 8. Mai 1945 und der Übernahme der obersten Regierungsgewalt durch die alliierten Siegermächte verlor Deutschland die Souveränität über seine inneren und äußeren Angelegenheiten. Die Alliierten konnten auf deutschem Boden sämtliche Maßnahmen, die zur Herstellung des künftigen Friedens und der künftigen Sicherheit erforderlich waren, nach freiem Ermessen und weitestgehend schrankenlos durchführen. Darunter fielen insbesondere auch Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit und Unversehrtheit der auf deutschem Boden stationierten Truppen.⁵⁴⁶

Mit dem am 10. April 1949 in Kraft getretenen „*Besatzungsstatut*“⁵⁴⁷ wurde dem deutschen Volke für die Dauer der weiteren Besatzungszeit die Selbstverwaltung in einem größtmöglichen und mit der Besatzung verträglichen Maße zugestanden.⁵⁴⁸ Prägend für die Entstehung des Besatzungsstatuts war die fehlende Mitwirkung und inhaltliche Einflussnahme von deutscher Seite, so dass es sich bei dem Besatzungsstatut letztlich nicht um eine vertragliche Abrede zwischen den Alliierten und Deutschland handelte,⁵⁴⁹ sondern vielmehr um eine mit Vorbehalten ausgestattete einseitige Fortschreibung alliierten Besatzungsrechts.⁵⁵⁰ Die hieraus resultierenden Maßnahmen überlagerten das seit dem 23. Mai 1949 existierende Grundgesetz. Dessen abwehrrechtliche Dimension war somit durch die im Besatzungsstatut verfasste Besatzungshoheit der Alliierten begrenzt.⁵⁵¹ Das Besatzungsstatut

⁵⁴⁶ Vgl. *Terstiege* (2010), S. 61.

⁵⁴⁷ Abgedruckt u.a. bei *Model* (1949).

⁵⁴⁸ Ziff. 1 Besatzungsstatut.

⁵⁴⁹ Vgl. *Terstiege* (2010), S. 72 m.w.N.; zur Anwendbarkeit der Haager Landkriegsordnung (HLKO) im benannten Fall, ebenso *Terstiege*, a. a. O., S. 90 ff.

⁵⁵⁰ Ausdrückliche Rechtsetzungsbefugnisse behielten sich die Westalliierten danach z.B. im Bereich „des Schutzes, des Ansehens und der Sicherheit der alliierten Streitkräfte“ ausdrücklich vor (Ziffer 2 lit. e Besatzungsstatut).

⁵⁵¹ So die einhellige Ansicht der Rechtsprechung, vgl. BVerfGE 3, 368 (375); BVerfGE 2, 181 (201), BGHZ 1, 363 (368); i.Ü. wurde die Überlagerungseigenschaft des alliierten

wurde als positives, aus der völkerrechtlichen Besatzungshoheit resultierendes Sonderrecht⁵⁵² anerkannt. Mit Übernahme der obersten Regierungsgewalt und der damit zusammenhängenden einseitigen Rechtsetzungsgewalt bezweckten die Alliierten eine vollständige Entmilitarisierung und umfassende Kontrolle des gesamten politischen und wirtschaftlichen Lebens Deutschlands. Der sicherheitspolitische Kontext stand zunächst vollständig im Zeichen der Vorbeugung einer erneuten kriegerischen Auseinandersetzung.⁵⁵³

Mit Bildung der ersten westdeutschen Regierung im Jahre 1949 wuchs das Bedürfnis der BRD nach Wiederherstellung der Souveränität über seine inneren und äußeren Angelegenheiten. Gleichzeitig verlagerte sich die Stoßrichtung des westalliierten Sicherheitsbedürfnisses zunehmend in Richtung Osten.⁵⁵⁴ Die BRD wurde aufgrund ihrer regionalen Stellung unmittelbar an der Grenze des Eisernen Vorhangs zu einem zentralen Vorposten der Westalliierten in der Auseinandersetzung mit der Sowjetunion.⁵⁵⁵

Über den „*Vertrag über die Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Drei Mächten*“⁵⁵⁶ (Deutschlandvertrag; DV) aus dem Jahre 1955 und den mit diesem im Zusammenhang stehenden Rahmenverträgen und Zusatzabkommen versuchte man sowohl den Interessen der BRD als auch den Interessen der alliierten Siegermächte gerecht zu werden. Mit der Integration der BRD in die westliche Sicherheitspolitik bezweckten die Westalliierten eine antisowjetisch ausgerichtete „Gegenmachtbildung in Europa“. Zugleich hielt man eine „Eindämmung Westdeutschlands“ aus alliierter Sicht weiterhin für erforderlich.⁵⁵⁷ Mit Abschluss des DV wurde das Besatzungsregime in der BRD vertraglich für

Besatzungsrechts im Genehmigungsschreiben der westalliierten Militärgouverneure zum Grundgesetz (12. Mai 1949) vorausgesetzt, vgl. die Nachweise bei *Giegerich*, Art. 123 GG in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), Rn. 23 und BT-Drs. V/1879, S. 12-13.

⁵⁵² Vgl. auch *Bötsch* (2000), S. 67 m.w.N.

⁵⁵³ Vgl. *Puttkamer*, in: *ZaöRV* 17 (1956/57), S. 455, 456.

⁵⁵⁴ Vgl. *Puttkamer*, a. a. O., S. 457.

⁵⁵⁵ Vgl. *Haftendorn* in: *Haftendorn/Riecke* (Hrsg.) (1996), S. 37.

⁵⁵⁶ BGBl. 1955 II, S. 306 ff.

⁵⁵⁷ Nach *Foschepoth* die sog. „Strategie der doppelten Eindämmung“, vgl. *Foschepoth* (2013), S. 24.

beendet erklärt und die BRD mit der vollen Macht eines souveränen Staates⁵⁵⁸ anerkannt.

Im Ergebnis erschien der DV jedoch als ein Rechtskonstrukt, das aus der Besatzungszeit tatsächlich bereits Bestehendes lediglich erneut bestätigte.⁵⁵⁹ Der Grund hierfür waren zahlreiche vertragliche Zugeständnisse der westdeutschen Regierung, die die Westalliierten als unabdingbare Voraussetzung für die endgültige Beendigung des Besatzungsregimes ansahen. Die teilweise Wiedererlangung westdeutscher Souveränität ging einher mit einer Einbindung in ein *Rechtssystem struktureller Abhängigkeiten*, das einerseits beträchtliche Auswirkungen auf den außenpolitischen Handlungsspielraum der BRD hatte,⁵⁶⁰ andererseits für die Ausrichtung der zukünftigen Ost-West-Politik der Westalliierten einen bedeutsamen sicherheitsrelevanten Parameter darstellte.

In etwa zeitgleich mit Abschluss des DV im Jahre 1955 fasste die damalige Bundesregierung per Kabinettsbeschluss den Entschluss, die Einrichtung einer Dienststelle mit dem Namen „Bundesnachrichtendienst“ vorzunehmen. Auf dessen Grundlage wurde der BND am 1. April 1956 offiziell gegründet.⁵⁶¹ Zuvor firmierte der BND unter der Bezeichnung „*Organisation Gehlen*“ (OG), deren Name auf den gleichnamigen Organisationsleiter *Reinhard Gehlen* zurückzuführen war. Dieser hatte zu Zeiten des zweiten Weltkrieges mit der Abteilung „*Fremde Heere Ost*“ (FHO) die gen Osten gerichtete Feindaufklärung betrieben und den russischen Feind nicht nur im Hinblick auf dessen militärische Stärke aufgeklärt,⁵⁶² sondern den Aufklärungsapparat auf einen Großteil des sowjetischen Machtpotentials (Industrie, Eisenbahn- und Nachrichtenwesen, Politik und Verwaltung)⁵⁶³ ausgedehnt. Angesichts dessen gelang es Gehlen nach Kriegsende, die Amerikaner von den Aufklärungsfähigkeiten der Abteilung zu überzeugen, so dass die FHO Ende

⁵⁵⁸ Vgl. Art. 1 Abs. 2 DV.

⁵⁵⁹ Vgl. *Maier/Tobler*, in: *Europa-Archiv* 10 (1955), S. 8084.

⁵⁶⁰ Vgl. *Haftendorn* in: *Haftendorn/Riecke* (Hrsg.) (1996), S. 11; *Tomuschat* in: *Haftendorn/Riecke* (Hrsg.) (1996), S. 31.

⁵⁶¹ Vgl. BND (2013), S. 53.

⁵⁶² Vgl. *Müller/Mueller/Schmidt-Eenboom* (2002), S. 31.

⁵⁶³ Vgl. *Zolling/Höhne* (1971), S. 73 ; *Rieger*, in: *ZRP* 1 (1985), S. 3.

1946 unter dem Namen OG in eine amerikanische Treuhandschaft⁵⁶⁴ übergang und von den Amerikanern finanziert wurde.⁵⁶⁵ Die OG erfuhr in Abhängigkeit des stärker werdenden Ost-West-Konfliktes eine immer breitere Akzeptanz. So versorgte sie die Amerikaner in Zeiten einer akuten Kriegsgefahr mit wertvollen und überwiegend aus HUMINT resultierenden Erkenntnissen über sowjetische Truppenbewegungen.⁵⁶⁶

Zeitgleich mit Bildung der ersten westdeutschen Nachkriegsregierung im Jahre 1949 und dem immer stärker aufkommenden Souveränitätsbedürfnis der BRD trat Gehlen mit führenden Regierungsvertretern zusammen, um über eine Übernahme der OG in den bundesdeutschen Behördenapparat zu verhandeln.⁵⁶⁷ Die Einrichtung des BND per Kabinettsbeschluss der Bundesregierung zögerte sich letztlich jedoch noch bis in das Jahr 1955 hinaus.⁵⁶⁸

b) Fehlende gesetzliche Befugnisse (1955-1968)

Der Kabinettsbeschluss der Bundesregierung enthielt zugleich die durch den BND zukünftig wahrzunehmenden Aufgabenbereiche.

Die bundesnachrichtendienstliche Zuständigkeit umfasste danach die „nachrichtendienstliche Auslandsaufklärung durch Beschaffung und Auswertung von Informationen auf außenpolitischem, wirtschaftlichem, rüstungstechnischem und militärischem Gebiet; die Aufklärung der gegnerischen Nachrichtendienste (Gegenspionage); die Erledigung sonstiger nachrichtendienstlicher Aufträge des Bundeskanzlers und der Bundesregierung im Ausland sowie die Spionageabwehr innerhalb des BND“. Daneben wurde festgelegt, dass der BND nicht auf innenpolitischem Gebiet tätig wird sowie Exekutivbefugnisse nur besitzt, soweit sie ihm für besondere Aufgaben durch Bundesgesetz übertragen werden.⁵⁶⁹

⁵⁶⁴ Vgl. *Rieger*, a. a. O., S. 3.

⁵⁶⁵ Vgl. *Wagner/Uhl* (2007), S. 48.

⁵⁶⁶ Vgl. *Reese* (1992), S. 159.

⁵⁶⁷ Vgl. *Wagner/Uhl* (2007), S. 63.

⁵⁶⁸ Vgl. *Müller/Mueller/Schmidt-Eenboom* (2002), S. 235; *Felfe* (1986), S. 234.

⁵⁶⁹ Vgl. BT-Drs. 7/3246, S. 47; detailliert *Rieger*, in: ZRP 1 (1985), S. 4.

Gesetzliche Befugnisse waren in der Zeitspanne zwischen 1955 und 1968 nicht vorhanden.

Als Rechtfertigung wurde teilweise vorgetragen, dass der BND wegen des aus dem Kabinettsbeschluss deutlich werdenden fehlenden Grundrechtsrechtsbezugs bundesnachrichtendienstlicher Tätigkeiten, keiner dem Vorbehalt des Gesetzes entsprechenden Gesetzesgrundlage bedürfe. Verwiesen wurde dabei einerseits sowohl auf die dem BND weitestgehend fehlenden Exekutivbefugnisse als auch auf das dem BND obliegende Verbot einer nach innen gerichteten Tätigkeit.⁵⁷⁰ Andererseits wurde geltend gemacht, dass der BND nach seinem auf das Ausland gerichteten Auftrag nicht in die Rechtssphäre solcher Personen eingreifen dürfe, die im Geltungsbereich des Grundgesetzes leben.⁵⁷¹

Soweit die Ansichten danach von einer fehlenden Inlandstätigkeit auf eine grundrechtsfreie Auslandsaufklärung schlossen, so konnte dies tatsächlich nur für solche Fälle gelten, in denen die Aufklärungsmaßnahmen tatsächlich außerhalb des Geltungsbereiches des Grundgesetzes durchgeführt wurden und keine deutschen Grundrechtsträger betrafen.

Der Kabinettsbeschluss der Bundesregierung enthielt tatsächlich jedoch kein generelles Verbot, Aufklärungsmaßnahmen auch aus dem Inland heraus vorzunehmen. Aus dem Verbot zur innenpolitischen Tätigkeit ließ sich lediglich schlussfolgern, dass die Aufklärungsmaßnahmen des BND thematisch nicht überwiegend innenpolitisch geprägt sein durften und somit ihrem Schwerpunkt nach auf ausländische Sachverhalte bezogen sein mussten. Faktisch wird den aus dem Inland heraus erfolgenden Überwachungsmaßnahmen auch spätestens seit dem Mauerbau im Jahre 1961 und der damit verbundenen Schwierigkeit, die erforderlichen Erkenntnisse ausschließlich über HUMINT-Aufklärungsmaßnahmen im Ausland zu beschaffen, eine größere Bedeutung zugekommen sein.

Für aus dem Inland heraus erfolgende grundrechtsrelevante Aufklärungsmaßnahmen besaß der BND jedoch keine gesetzlichen Befugnisse.

⁵⁷⁰ Vgl. *Stern* (1977), S. 186; demgegenüber *Lisken*, in: ZRP 6 (1984), S. 144 ff.

⁵⁷¹ Vgl. *Klein*, in: VVDStRL 37 (1979), S. 92.

Dieser hätte es jedoch, angesichts des auch damals schon aus Art. 10 GG resultierenden Gesetzesvorbehalts, bedurft.⁵⁷² Der BND war somit faktisch bis ins Jahr 1968 nicht zu Eingriffen in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses befugt.

aa) Alliiertes Überwachungsrecht

Die fehlenden bundesnachrichtendienstlichen Befugnisse zur Überwachung des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs standen in einem engen Zusammenhang mit den fortbestehenden, vertraglich zugestandenen Vorbehaltsrechten der Alliierten. Zu diesen zählte insbesondere auch der sog. „*alliierte Überwachungsrecht*“.

Unter die *Vorbehaltsrechte* fallen grundsätzlich die aus der Besetzung herrührenden Rechte der Vier Mächte in Bezug auf Deutschland als Ganzes und auf Berlin als auch die mit der BRD vertraglich vereinbarten Rechte der Drei Westmächte.⁵⁷³

Eine trennscharfe Abgrenzung zwischen den aus der Besetzung herrührenden Rechten und den vertraglich zugestandenen Rechten der BRD ist dabei nicht möglich. In der Regel handelt es sich bei den vertraglich zugestandenen Rechten lediglich um eine Fortschreibung von aus der Besatzungszeit resultierenden Vorbehaltsrechten der Alliierten.⁵⁷⁴ In diesem Sinne sind die vertraglich zugestandenen Vorbehaltsrechte auch als Überreste gebietsbezogener Rechte der Siegermächte anzusehen, die aus der bedingungslosen Kapitulation der Deutschen Wehrmacht und der darauf folgenden Besatzungszeit resultieren.⁵⁷⁵

Bedeutendste Rechtsquelle der alliierten Vorbehaltsrechte war der bereits erwähnte DV, der zwischen der BRD und den Westalliierten im Rahmen der Pariser Verträge zur Beendigung des Besatzungsstatuts geschlossen wurde. Nach dessen Art. 2 Satz 2 Alt. 2 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 DV behielten die Westalliierten ihre bisher innegehabten und ausgeübten Rechte und

⁵⁷² Zur Erstfassung des Art. 10 GG, vgl. *Doemming/Füsslein/Matz*, in: JöR 1 (1951), S. 125.

⁵⁷³ Vgl. *Haftendorn* in: *Haftendorn/Riecke* (Hrsg.) (1996), S. 16.

⁵⁷⁴ Richtigerweise sprechen *Wolf* und *Bötsch* somit auch von der „Nachbefolgung westalliierten Besatzungsrechts“, vgl. *Wolf*, in: JZ 21 (2013), S. 1044; *Bötsch* (2000).

⁵⁷⁵ Vgl. *Riecke* in: *Haftendorn/Riecke* (Hrsg.) (1996), S. 243.

Verantwortlichkeiten hinsichtlich des Schutzes der Sicherheit ihrer auf deutschem Boden stationierten Streitkräfte bei. Diese Rechte sollten nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 DV erst erlöschen, sobald die zuständigen deutschen Behörden entsprechende Vollmachten durch die deutsche Gesetzgebung erhalten hatten und dadurch in Stand gesetzt waren, wirksame Maßnahmen zum Schutz der Sicherheit der Streitkräfte zu treffen.

Die Drei Mächte konnten auf eine zukünftige deutsche Gesetzgebung somit insoweit Einfluss nehmen, als dass diese wirksame Befugnisse deutscher Behörden zum Schutz der auf deutschem Boden stationierten Streitkräfte vorsehen musste. Was dies konkret bedeutete, zeigt ein Briefwechsel zwischen dem damaligen deutschen Bundeskanzler Konrad Adenauer und den Außenministern der drei Westmächte, der sich inhaltlich mit der Reichweite des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 DV auseinandersetzte. Daraus wurde ersichtlich, dass die deutsche Gesetzgebung insbesondere Befugnisse zur Überwachung von Fernmeldeverbindungen gewährleisten musste, die zum Zwecke der Beschaffung von Sicherheitsinformationen und strategischen Informationen erforderlich war.⁵⁷⁶ Im Umkehrschluss bedeutete dies, dass die drei Westmächte bis zum Inkrafttreten einer gleichgelagerten deutschen Gesetzgebung eine Monopolstellung auf dem Gebiet der strategischen Überwachung von Fernmeldeverbindungen besaßen.

Der BND war demnach nicht nur infolge der fehlenden Eingriffsbefugnisse, sondern insbesondere auch vor dem Hintergrund der alliierten Vormachtstellung auf dem Gebiet der Fernmeldeüberwachung nicht befugt, Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses vorzunehmen.

Parallel zum DV unterzeichneten die Unterzeichnerstaaten den „*Vertrag über die Rechte und Pflichten ausländischer Streitkräfte und ihrer Mitglieder in der Bundesrepublik Deutschland*“⁵⁷⁷ (Truppenvertrag; TV). Dieser sollte nach Art. 8 Abs. 1 lit. b) DV bis zum Inkrafttreten neuer Vereinbarungen über die Rechte und Pflichten der Streitkräfte der Drei Mächte in Kraft bleiben. Mit Inkrafttreten des „*NATO-Truppenstatuts*“ (NTS)⁵⁷⁸ und dem „*Zusatzabkommen*

⁵⁷⁶ Briefwechsel abgedruckt bei Foschepoth (2013), Dokument Nr. 11b, S. 287-288.

⁵⁷⁷ BGBl. II 1955, S. 321 ff.

⁵⁷⁸ BGBl. II 1961, S. 1190 ff.

zum *NATO-Truppenstatut*⁵⁷⁹ (ZA-NTS) wurde der TV i.S.d. Art. 8 Abs. 1 lit. b) DV abgelöst. Sowohl der TV als auch das ZA-NTS enthielten eine umfassende nachrichtendienstliche Kooperationsverpflichtung der Unterzeichnerstaaten. Diese bezog sich im Schwerpunkt jeweils auf die Sammlung und den Austausch sämtlicher Nachrichten, die für die Sicherheit und den Schutz der auf dem Bundesgebiet stationierten Streitkräfte erforderlich waren.⁵⁸⁰

Art. 2 TV sowie auch der ablösende Art. 2 NTS verpflichtete die Entsendestaaten, das Recht des Aufnahmestaates im Rahmen ihrer Tätigkeiten auf fremden Boden zu achten. Der Vorbehalt zugunsten des deutschen Rechts wurde durch die Entsendestaaten jedoch in der Regel dahingehend ausgelegt, dass weder eine formelle noch materielle Bindung an das deutsche Recht bestand, vielmehr das „Beachten“ lediglich eine Obliegenheit statuierte, das deutsche Recht zu respektieren,⁵⁸¹ es zur Kenntnis zu nehmen und sich um einen Ausgleich zu bemühen⁵⁸². In diesem Sinne stellt Art. 3 Abs. 3 ZA-NTS bis heute ausdrücklich klar, dass die Vertragsparteien im Rahmen ihrer nachrichtendienstlichen Kooperationsvereinbarung nicht zur Durchführung von Maßnahmen verpflichtet sind, die gegen ihre Gesetze verstoßen würden oder denen ihre überwiegenden Interessen am Schutz der Sicherheit des Staates oder der öffentlichen Sicherheit entgegenstehen.⁵⁸³ Daraus folgt, dass den NATO-Staaten, soweit diese über Truppenkontingente auf deutschem Boden verfügen, keinerlei vertragliche Verpflichtung obliegt, eine Abwägung zwischen den staatlichen Sicherheitsinteressen und den Rechten der von einer Beschränkungsmaßnahme betroffenen Personen vorzunehmen.⁵⁸⁴ Die Freistellung vom Berücksichtigungsgebot des deutschen Rechts resultierte darüber hinaus auch bereits aus der weiterhin bestehenden überverfassungsrechtlichen Geltung der alliierten Vorbehaltsrechte, die im

⁵⁷⁹ BGBl. II 1961, S. 1218 ff.

⁵⁸⁰ Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 TV; Art. 3 Abs. 2 lit. a) ZA-NTS.

⁵⁸¹ Vgl. Raap (1992), S. 210.

⁵⁸² Vgl. Lepsius (1995), S. 53 m.w.N.

⁵⁸³ „(...) datenschutzrechtlicher Vorbehalt zugunsten des nationalen Rechts und der nationalen Sicherheitsinteressen jedes Vertragsstaats (...)“. Wolf, in: JZ 21 (2013), S. 1044.

⁵⁸⁴ Vgl. Wolf, a. a. O.

Rahmen des Besatzungsrechts zunächst einseitig auferlegt und anschließend im Wege eines beidseitigen Einvernehmens vertraglich manifestiert wurden.

Die Alliierten waren somit in der Zeit zwischen 1955 und 1968 nicht nur in der Lage vom deutschen Boden aus Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses vorzunehmen, sondern konnten über den vertraglich vereinbarten Kooperationsgrundsatz auch an der sonstigen bundesnachrichtendienstlichen Nachrichtengenerierung teilhaben. Darüber hinaus sicherten sich die Alliierten einen maßgeblichen Einfluss auf einen zukünftigen, den alliierten Überwachungsvorbehalt endgültig ablösenden Gesetzestext, indem dieser nicht nur gleichgelagerte Befugnisse enthalten musste, sondern sich darüber hinaus auch auf den Schutzzweck „Sicherheit der alliierten Truppen“ beziehen musste.

bb) Partizipation an alliierterem Überwachungsvorbehalt

Die rechtliche Konstruktion aus alliierterem Überwachungsvorbehalt, fehlenden bundesnachrichtendienstlichen Eingriffsbefugnissen und bestehender nachrichtendienstlicher Kooperationsvereinbarungen zum Zwecke eines gemeinsam verfolgten Ziels, ließ schon damals eine Konstellation denkbar erscheinen, die in der heutigen Zeit auch als „Ringtausch“ bzw. „Befugnis-Hopping“ bezeichnet wird. Dabei geht es letztlich um eine Konstellation, in der fehlende gesetzliche Befugnisse zur Datenerhebung im Wege eines umfassenden Informationsaustauschs in grundrechtswidriger Weise umgangen werden.⁵⁸⁵

In der vorliegenden Konstruktion ist eine bundesnachrichtendienstliche Partizipation an dem alliierterem Überwachungsvorbehalt über einen umfassenden Nachrichtenaustausch auf Grundlage der Kooperationsverpflichtung des TV und des ZA-NTS jedenfalls nicht gänzlich auszuschließen gewesen. Eine solche Praxis lässt sich grundsätzlich auch dem heute gesetzlich festgelegten nachrichtendienstlichen Grundsatz des „*do-ut-des*“ (Prinzip der Gegenseitigkeit)⁵⁸⁶ zuordnen, nachdem eine nachrichtendienstliche Informationsweitergabe in der Regel gegen eine

⁵⁸⁵ Mit Verweis auf eine „Grundrechtsverletzung in mittelbarer Täterschaft“ schon früh der Bundesvorstand der FDP, vgl. den Nachweis bei Foschepoth (2013), S. 128 Fn. 33.

⁵⁸⁶ Vgl. § 7a Abs. 1 Nr. 3 G 10.

informationelle Gegenleistung zu erfolgen hat. So liegt es nahe, dass die alliierten Siegermächte im Gegenzug zu ihren aus Fernmeldeüberwachungsmaßnahmen resultierenden Informationen, an den aus HUMINT-Aufklärungsmaßnahmen resultierenden Erkenntnissen des BND partizipieren konnten.

Eine vergleichbare Praxis wurde im Rahmen der „*Abhöraffaire*“ im Jahre 1963 auch beim Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) offen gelegt. So konnte das BfV über mehrere Jahre hinweg offensichtlich unter dem Deckmantel der alliierten Vorbehaltsrechte, von der nach innen gerichteten Überwachung der alliierten Stellen durch einen anschließenden Nachrichtenaustausch profitieren.⁵⁸⁷ Auch *Hindenburg* verwies schon darauf, dass die alliierten Vorbehaltsrechte von der BRD immer dann instrumentalisiert wurden, wenn man an der Macht der Drei Mächte partizipieren und sich hinter den breiten Schultern der Drei Mächte verstecken wollte.⁵⁸⁸

Angesichts dessen ist davon auszugehen, dass der BND zwischen den Jahren 1955 und 1968 trotz fehlender gesetzlicher Eingriffsbefugnisse an Informationen gelangen konnte, die dem Schutzbereich des Art. 10 GG unterfielen. Einzige Grenze einer auf dieser Grundlage erfolgenden Kooperationspraxis wäre hierbei die dem Informationsaustausch zu Grunde liegende rechtliche Zielbindung des TV bzw. des ZA-NTS gewesen. So hätte der Informationsaustausch als Mindestvoraussetzung jedenfalls der „Sicherheit der BRD und der beteiligten Mächte“ bzw. dem „Schutz deutschen Vermögens sowie dem Schutz von Truppen der Entsendestaaten“ dienen müssen.⁵⁸⁹

c) Zwischenergebnis

Die Ausführungen verdeutlichen, dass sich das Fehlen der bundesnachrichtendienstlichen Eingriffsbefugnisse im Zeitraum zwischen 1955 und 1968 mit der alliierten Vormachtstellung auf dem Gebiet der Fernmeldeüberwachung erklären lässt. Darüber hinaus beeinflussten die

⁵⁸⁷ Zur „*Abhöraffaire*“ und insb. zur Problematik der sog. „Anregungsfälle“, vgl. *Foschepoth*, a. a. O., S. 120 ff. (124).

⁵⁸⁸ Vgl. *Hindenburg* in: *Haftendorn/Riecke* (Hrsg.) (1996), S. 121.

⁵⁸⁹ Zu den Schutzzwecken, vgl. *Wolf*, in: *JZ* 21 (2013), S. 1043.

Alliierten über die inhaltliche Auslegung des aus Art. 5 Abs. 2 Satz 1 DV resultierenden Überwachungsvorbehalts eine zukünftig erforderlich werdende deutsche Gesetzgebung. Die bundesnachrichtendienstlichen Vollmachten mussten danach jedenfalls geeignet sein, den Schutz der Sicherheit der auf deutschem Boden stationierten Streitkräfte sicherzustellen sowie zur Gewinnung von strategischen Informationen beitragen. Darüber hinaus hatte sich die BRD in der unmittelbaren Nachkriegszeit auf vertraglicher Ebene zu einer umfassenden nachrichtendienstlichen Kooperation verpflichtet. Diese verpflichtete den BND nicht nur zur Übermittlung aller der rechtlichen Zielbindung der Verträge dienenden Nachrichten, sondern ermöglichte ihm aller Voraussicht nach auch eine informationelle Teilhabe an den grundrechtsrelevanten Überwachungsergebnissen der alliierten Stellen.

2) Kalter Krieg (1968-1990)

Der zweite Untersuchungsabschnitt beschäftigt sich mit dem Ursprungsrechtsrahmen der G 10-Überwachung und dessen rechtlicher Entwicklung in der Zeit zwischen 1968 und 1990.

Es wird zunächst die Vollmachtserteilung des deutschen Gesetzgebers im Rahmen der G 10-Gesetzgebung vorgestellt und herausgearbeitet, inwieweit die inhaltlichen Vorgaben der Alliierten durch die deutsche Gesetzgebung berücksichtigt worden sind. In der Folge wird auf den rechtlichen Rahmen Bezug genommen, der es den Entsendestaaten auch nach Übernahme der Überwachung durch deutsche Stellen ermöglichte, an den Ergebnissen der bundesnachrichtendienstlichen Überwachungsmaßnahmen zu partizipieren. Daran anschließend wird auf Gerichtsentscheidungen Bezug genommen, die sich sowohl mit der Frage der Rechtmäßigkeit der SFÜ selbst als auch mit der Rechtmäßigkeit der mit ihr zusammenhängenden Verfahrensvorschriften beschäftigen mussten. Abschließend werden die sich aus der deutschen Wiedervereinigung ergebenden sicherheitspolitischen Konsequenzen vor dem Hintergrund ihres Einflusses auf die Ausrichtung der strategischen Aufklärungszwecke dargestellt.

a) G 10-Gesetzgebung (1968)

Die Ablösung des alliierten Überwachungsvorbehalts setzte nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 DV voraus, dass die deutschen Behörden gleich geeignete Vollmachten durch den deutschen Gesetzgeber erhalten. Der deutsche Gesetzgeber hatte somit im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens die alliierte Auslegung des Überwachungsvorbehalts entscheidend zu berücksichtigen. Die deutschen Behörden mussten in die Lage versetzt werden, Überwachungsmaßnahmen sowohl in *außerordentlichen Krisensituationen*⁵⁹⁰ als auch zu „Normalzeiten“ durchzuführen.⁵⁹¹ Die Vollmachten mussten dabei zugleich Befugnisse umfassen, die es den deutschen Behörden ermöglichen, den von einer Beschränkungsmaßnahme Betroffenen *von der Kenntnis* über die Durchführung der Überwachungsmaßnahme *auszuschließen*.⁵⁹²

Angesichts der bestehenden grundrechtlichen Vorgaben ergab sich für den deutschen Gesetzgeber danach die Verpflichtung ein dem Vorbehalt des Gesetzes (Art. 10 GG) entsprechendes Gesetz zu verabschieden. Daneben musste dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Geheimhaltung einer Beschränkungsmaßnahme faktisch zu einem der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG entgegenstehenden Rechtswegausschluss führt.

In der Konsequenz zu Letzterem bestand eines der Resultate der sog. „*Notstandsgesetzgebung*“⁵⁹³ in der Ergänzung des Art. 10 GG und der Art. 19 Abs. 4 GG. Nach Art. 10 GG war die Nichtmitteilung einer Beschränkungsmaßnahme und der Rechtswegausschluss nunmehr verfassungsgemäß, solange die Beschränkung dem *Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung* oder der *Sicherung des Bundes oder eines Landes* diene und die Beschränkung der *Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane* unterlag.⁵⁹⁴ Art. 19 Abs. 4 Satz 3 GG sah daneben eine Klarstellung im Hinblick auf die *Nichtgeltung der Rechtsweggarantie* für Überwachungsmaßnahmen i.S.d. Art. 10 Abs. 2 GG vor

⁵⁹⁰ Diese musste die Sicherheit der in der BRD stationierten Streitkräfte bedrohen.

⁵⁹¹ Vgl. BT-Drs. V/1879, S. 13.

⁵⁹² Zu einer dementsprechenden Praxis der Drei Mächte, vgl. BT-Drs. V/1879, S. 17.

⁵⁹³ „17. Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 24.6.1968“, BGBl. I 1968, S. 709 ff.

⁵⁹⁴ Vgl. BT-Drs. V/1879, S. 2.

und verdeutlichte somit zugleich die Ersetzungsfunktion der von der Volksvertretung bestellten Organe und Hilfsorgane.⁵⁹⁵

Die entsprechend der alliierten Vorgaben durchgeführte Anpassung des Grundgesetzes schuf die verfassungsrechtlichen Grundlagen für das Zustandekommen des „*Gesetzes zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses*“⁵⁹⁶ (G 10).

Nach dessen § 1 Abs. 1 Nr. 3 G 10 war die Überwachung des Fernmeldeverkehrs unter anderem zur Abwehr von Gefahren für die Sicherheit der in der BRD stationierten Streitkräfte zulässig. Die bereits von den Alliierten herangezogene Begründung für die Überwachung des Fernmeldeverkehrs i.S.d. Art. 5 Abs. 2 Satz 1 DV hatte somit unmittelbaren Einzug in die deutsche Gesetzgebung gefunden.

§ 3 G 10 ermächtigte den BND zur strategischen Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs zu „*Normalzeiten*“. Die SFÜ durfte dabei ausschließlich der Abwehr eines „*bewaffneten Angriffs auf die Bundesrepublik Deutschland*“ dienen.⁵⁹⁷ Der sicherheitspolitische Kontext des Kalten Krieges führte jedoch dazu, dass sich eine Kriegsgefahr selbst zu Zeiten „*relativer politischer Entspannung*“ begründen ließ. Die dauerhaft begründbare Kriegsgefahr konnte somit gleichsam zur Rechtfertigung einer dauerhaft notwendigen Überwachung herangezogen werden.⁵⁹⁸ Das rechtzeitige Erkennen und Begegnen eines bewaffneten Angriffs auf die BRD durch eine dauerhaft durchzuführende strategische Überwachung wurde zum „*Kerngeschäft des BND*“.⁵⁹⁹ Ansatzpunkt der Überwachung konnte sowohl die drahtgebundene als auch die drahtlose Nachrichtenübermittlung sein.⁶⁰⁰ § 3 Abs. 2 G 10 verwies auf den sachbezogenen Zweck der SFÜ, deren Erkenntnisse nur in den in § 3 Abs. 2

⁵⁹⁵ Vgl. BT-Drs. V/2873, S. 8-9.

⁵⁹⁶ BGBl. I 1968, S. 949 ff.

⁵⁹⁷ Vgl. heute § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 G 10.

⁵⁹⁸ Vgl. auch Foschepoth (2013), S. 181.

⁵⁹⁹ Vgl. Huber, § 5 G 10 in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.) (2014), Rn. 8.

⁶⁰⁰ Vgl. BT-Drs. V/1880, S. 9.

Satz 2 G 10 bezeichneten Fällen⁶⁰¹ zum Nachteil von Personen verwendet werden durften.

In § 5 Abs. 5 G 10 machte der Gesetzgeber von der durch die Grundgesetzergänzungen geschaffenen Möglichkeit Gebrauch, den Betroffenen über die Durchführung von Beschränkungsmaßnahmen nicht zu unterrichten. § 9 G 10 regelte das durch den Rechtswegausschluss des § 9 Abs. 5 G 10 erforderlich gewordene und nach Ansicht der Bundesregierung zur Nachprüfung hinreichend adäquate Ersatzverfahren.⁶⁰²

b) Alliierte Partizipation

Mit Inkrafttreten der deutschen Notstandsgesetze im Jahre 1968 erklärten die Drei Mächte ihre aus Art. 5 Abs. 2 DV resultierenden Vorbehaltsrechte und somit insbesondere auch die alliierte Überwachung auf Grundlage des alliierten Überwachungsvorbehalts für endgültig beendet.⁶⁰³

Daraus folgte jedoch nicht, dass die alliierten Stellen nicht auch weiterhin an den nunmehr durch den BND beschafften Überwachungsergebnissen partizipieren konnten. Denn, die im Rahmen des DV abgeschlossenen Zusatzverträge, also insbesondere der das Aufenthaltsrecht der auf deutschem Boden stationierten Truppen regelnde „*Gesetz betreffend den Vertrag vom 23. Oktober 1954 über den Aufenthalt ausländischer Streitkräfte in der Bundesrepublik Deutschland*“⁶⁰⁴ (Aufenthaltsvertrag; AV) sowie das stationierungsrechtliche Fragen der Truppen regelnde NTS mit den dazugehörigen ZA-NTS, beanspruchten unabhängig vom Schicksal des aus Art. 5 Abs. 2 DV resultierenden alliierten Sicherheitsvorbehalts, weiterhin Geltung.⁶⁰⁵ In einer Verbalnote vom 27. Mai 1968 erklärte sich die

⁶⁰¹ Nach § 3 Abs. 2 Satz 2 G 10 durften die aus der SFÜ erlangten Kenntnisse nur dann zum Nachteil von Personen verwendet werden, wenn gegen die Person bereits eine Beschränkung nach § 2 G 10 (individuelle Überwachung bei tatsächlichen Anhaltspunkten für einen dort näher bestimmten Straftatverdacht) angeordnet wurde oder wenn tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht bestanden, dass jemand einer der in § 2 G 10 oder eine andere in § 138 StGB a.F. genannte Handlung plant, begeht oder begangen hat.

⁶⁰² Vgl. BT-Drs. V/1879, S. 18.

⁶⁰³ Vgl. den entsprechenden Nachweis bei *Wolf*, in: JZ 21 (2013), S. 1044.

⁶⁰⁴ BGBl. II 1955, S. 253 ff.

⁶⁰⁵ Vgl. *Deiseroth*, in: ZRP 7 (2013), S. 194-196; *Wolf*, in: JZ 21 (2013), S. 1044.

Bundesregierung darüber hinaus ausdrücklich mit der Fortgeltung der aus Art. 3 Abs. 2 lit. a ZA-NTS resultierenden Verpflichtungen einverstanden.⁶⁰⁶ Die aus Art. 3 Abs. 2 lit. a ZA-NTS resultierende Kooperationsverpflichtung, die sich unter anderem auf die Förderung und Wahrung der Sicherheit sowie den Schutz des Vermögens der BRD, der Entsendestaaten und der Truppen, namentlich auf die Sammlung, den Austausch und den Schutz aller Nachrichten bezog, verpflichtete den BND somit auch nach 1968 zu einer gegenseitigen, engen nachrichtendienstlichen Zusammenarbeit.

Die Konkretisierung der Zusammenarbeit erfolgte hierbei über Verwaltungsabkommen, die die BRD mit den Drei Mächten⁶⁰⁷ abschloss. Zuvor hatte die Bundesregierung die Ermächtigung zum Abschluss solcher Verwaltungsabkommen ausdrücklich erteilt.⁶⁰⁸ Aus dem Verwaltungsabkommen, das die Regierung der BRD mit der Regierung des Vereinigten Königreichs von Großbritannien vereinbart hatte, ergab sich, dass die Verpflichtung zur gegenseitigen Zusammenarbeit aus Art. 3 Abs. 2 lit. a ZA-NTS auch solche Nachrichten umfassen sollte, die aus der Individualkontrolle (§ 2 G 10) und der strategischen Kontrolle (§ 3 G 10) resultierten.⁶⁰⁹ Verfahrensrechtlich wurde die Teilhabe an der strategischen Überwachung des BND über sog. „Ersuchen der Alliierten“ sichergestellt, die durch den BND überprüft und anschließend gegebenenfalls unverzüglich umgesetzt werden mussten.⁶¹⁰

Die Verwaltungsvereinbarungen bestätigen und konkretisieren demnach das gegebenenfalls auch schon zuvor existent gewesene nachrichtendienstliche Partizipationsverhältnis, kehrten es jedoch ab dem Jahre 1968 in der Weise um, dass sich der Informationsaustausch nunmehr auf Informationen bezog, die durch den BND kraft gesetzgeberischer Vollmachtserteilung beschafft wurden.

⁶⁰⁶ Vgl. Dokument Nr. 18b Ziff. 2 bei *Foschepoth* (2013), S. 298.

⁶⁰⁷ Vgl. *Wolf*, in: *JZ* 21 (2013), S. 1045.

⁶⁰⁸ Vgl. Dokument Nr. 18b Ziff. 4 bei *Foschepoth* (2013), S. 298.

⁶⁰⁹ Vgl. die Verwaltungsvereinbarung zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung des Vereinigten Königreichs von Großbritannien und Nordirland zu dem Gesetz zu Art. 10 des Grundgesetzes, abgedruckt bei *Foschepoth*, a. a. O., S. 298-299 (Dokument Nr. 18c, Artikel 1) m.w.N.

⁶¹⁰ Vgl. Dokument Nr. 18c, Art. 2 Abs. 1, Art. 3 bei *Foschepoth*, a. a. O., S. 299-300.

Die Drei Mächte konnten somit auch nach Ablösung des alliierten Überwachungsvorbehalts, über eine vertraglich abgesicherte nachrichtendienstliche Zusammenarbeit, an den G 10-Überwachungsergebnissen des BND partizipieren.⁶¹¹

c) G 10 auf gerichtlichem Prüfstand

Nachdem der Sicherheitsvorbehalt der Alliierten durch die Vollmachtserteilung des deutschen Gesetzgebers endgültig abgelöst werden konnte, hatten sich die Gerichte sowohl auf nationalrechtlicher als auch auf europarechtlicher Ebene mit der Vereinbarkeit der hieraus resultierenden Vorschriften zu beschäftigen.

aa) Erste Abhörentscheidung (1970)

Im Jahre 1970 hatte das BVerfG im Rahmen eines abstrakten Normenkontrollverfahrens sowie anhand zweier Verfassungsbeschwerden die Vereinbarkeit einzelner Bestimmungen des „*siebzehnten Grundgesetzergänzungsgesetzes*“ und des „*G 10*“ mit dem Grundgesetz zu überprüfen.

Im Schwerpunkt ging es um die Frage der Verfassungsmäßigkeit des in Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG niedergelegten Rechtswegausschlusses und des gleichzeitig an seine Stelle tretenden „Ersatzrechtsweges“ sowie um die Verfassungsmäßigkeit der sich hierauf beziehenden einfachgesetzlichen Regelungen der §§ 9 Abs. 5, 5 Abs. 5 G 10^{612 613}.

⁶¹¹ Im August 2013 vermeldete der damalige Bundesaußenminister *Guido Westerwelle*, dass die entsprechende Verwaltungsvereinbarung mit den USA außer Kraft getreten ist. Eine unmittelbare nachrichtendienstliche Partizipationsmöglichkeit der USA an den bundesnachrichtendienstlichen G 10-Überwachungsergebnissen auf Grundlage des ZA-NTS ist demnach aktuell nicht mehr gegeben, vgl. *Deiseroth*, in: ZRP 7 (2013), S. 195.

⁶¹² Rechtswegausschluss / Ersatzrechtsweg; Nichtmitteilung.

⁶¹³ 1) Die Regierung des Landes Hessen beantragte im Rahmen eines abstrakten Normenkontrollverfahrens festzustellen, dass die an die Stelle des ordentlichen Rechtsweges gestellte Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane des Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG gegen Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 und 20 GG und der einfachgesetzliche Rechtswegausschluss des § 9 Abs. 5 G 10 gegen die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG verstoßen. 2) Eine Gruppe Mannheimer Richter und Rechtsanwälte sowie ein Frankfurter Rechtsanwalt erhoben im Schwerpunkt jeweils Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG, 19 Abs. 3 Satz 3 GG sowie gegen die §§ 5 Abs.

Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden begründete das BVerfG trotz des Umstandes, dass die Beschwerdeführer durch das Gesetz erst durch einen Akt der vollziehenden Gewalt verletzt werden würden mit der Feststellung, dass die Nichtmitteilungsverpflichtung des § 5 Abs. 5 G 10 faktisch zu einem Rechtswegausschluss führe und daher die Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen ein Gesetz auch ohne die Behauptung einer selbstbetroffenen, gegenwärtigen und unmittelbaren Verletzung zulässig sein müsse.⁶¹⁴

In der Begründetheit führte das BVerfG aus, dass die über Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG ermöglichte Nichtmitteilung des § 5 Abs. 5 G 10 nicht gegen Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verstoße.⁶¹⁵ Zum anderen solle der Ausschluss des Rechtswegs, von dem einfachgesetzlich in § 9 Abs. 5 G 10 Gebrauch gemacht wurde, nicht zur Verletzung des in Art. 20 GG geregelten Prinzips der Gewaltenteilung und des Rechtsstaatsprinzips⁶¹⁶ führen.⁶¹⁷ Zum Sinn und Zweck der Nichtmitteilung einer Beschränkungsmaßnahme hob das BVerfG ausdrücklich hervor, dass eine Nichtmitteilung im Grundsatz der *nachrichtendienstlichen Effektivität* diene.⁶¹⁸ Es folgte hiermit der Ansicht der Bundesregierung, wonach eine aus *Gründen des Staatsschutzes* angeordnete Überwachung ihren Zweck von vornherein verfehlen würde, wenn sie den Betroffenen mitgeteilt werden würde.⁶¹⁹ Gleichzeitig hielt es fest, dass das Prinzip der Verhältnismäßigkeit eine nachträgliche Benachrichtigung des Betroffenen jedoch in Fällen erfordere, in denen eine Gefährdung des Zwecks der Überwachungsmaßnahme ausgeschlossen werden könne.⁶²⁰

Die Vorschrift des § 5 Abs. 5 G 10 wurde danach insoweit für nichtig erklärt, als dass sie die Unterrichtung des Betroffenen auch ausschloss, wenn sie ohne eine Gefährdung des Zwecks der Beschränkung erfolgen konnte. Im Übrigen erklärte das BVerfG sowohl die Nichtmitteilungsnorm des § 5 Abs. 5 G 10 als

5, 9 Abs. 5 G 10 und rügten unter anderem eine Verletzung der Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde), Art. 10 Abs. 1 i.V.m. 19 Abs. 2 GG, Art. 19 Abs. 4, Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und Art. 103 Abs. 1 GG.

⁶¹⁴ Vgl. BVerfGE 30, 1, (16-17).

⁶¹⁵ Vgl. BVerfGE 30, 1 (26).

⁶¹⁶ Vgl. BVerfGE 30, 1 (27-28).

⁶¹⁷ Zur fragwürdigen Begründung des BVerfG, vgl. *Müller-Terpitz*, in: *Jura* 6 (2000), S. 297.

⁶¹⁸ Vgl. BVerfGE 30, 1 (19).

⁶¹⁹ Vgl. BT-Drs. V/1879, S. 17.

⁶²⁰ Vgl. BVerfGE 30, 1 (21).

auch den Rechtswegausschluss des § 9 Abs. 5 G 10 für verfassungsgemäß und verwies auf die Existenz der parlamentarischen „Ersatzkontrollorgane“ (Parlamentarisches Gremium, G 10-Kommission), die infolge ihres Kontrollumfangs, ihrer Unabhängigkeit sowie ihrer sachlichen und personellen Ausstattung der gerichtlichen Kontrolle gleichwertig seien.⁶²¹

bb) Klaas u.a. / BRD (1979)

In Anknüpfung an die „Erste Abhörentscheidung“ des BVerfG hatte sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in seinem Urteil „*Klass u.a. / Bundesrepublik Deutschland*“⁶²² auf europarechtlicher Ebene mit der Vereinbarkeit des Art. 10 Abs. 2 GG und des G 10 mit dem aus Art. 8 EMRK⁶²³ resultierenden Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens zu beschäftigen.

Schwerpunkt des europarechtlichen Urteils war auch in diesem Verfahren nicht die Verhältnismäßigkeit der Überwachung als solche, sondern wiederum die Frage nach der Zulässigkeit der Nichtmitteilung und des Rechtswegausschlusses. Die Beschwerdeführer machten das Fehlen von im deutschen Recht fehlenden Sicherheitsvorkehrungen geltend, die einem nicht auszuschließenden Missbrauch der Überwachungsbefugnisse entgegenwirken könnten. In Erweiterung der bereits im Jahre 1970 durch das BVerfG festgestellten Verfassungswidrigkeit einer uneingeschränkten nachträglichen Nichtmitteilung, begehrt die Beschwerdeführer die weiterführende Feststellung der Notwendigkeit einer nachträglichen Benachrichtigungspflicht „*in jedem Fall*“.

Hinsichtlich der von der Bundesregierung behaupteten Unzulässigkeit der Beschwerde führte der EGMR einleitend aus, dass es im Bereich des Rechtsschutzes gegenüber nicht mitzuteilenden Maßnahmen bereits ausreichen müsse, wenn eine Person unter „*gewissen Voraussetzungen*“ geltend machen könne, dass sie durch die bloße Existenz geheimer Maßnahmen oder der

⁶²¹ Vgl. BVerfGE 30, 1 (31).

⁶²² Vgl. EGMR, Entscheidung vom 06. September 1978, - 5029/71 - = NJW 35 (1979), S. 1755 ff.

⁶²³ Auf die Erläuterung der Argumentation bzgl. der weiterhin behaupteten Verletzungen der Art. 13 und 6 EMRK wird an dieser Stelle der Übersichtlichkeit halber verzichtet.

dahinter stehenden Gesetze in ihren Rechten aus der EMRK verletzt zu sein scheint, ohne behaupten zu müssen, dass solche Maßnahmen tatsächlich gegen sie getroffen worden sind. Die erforderlichen „gewissen Voraussetzungen“ lägen insbesondere in solchen Fällen vor, in denen die zugesicherten Gewährleistungen eines von der Konvention garantierten Rechts bereits durch die einfache Tatsache beseitigt werden können, dass der Betroffene in Unkenntnis über die Verletzung gelassen wird. Bereits das bloße Vorhandensein gesetzlicher Überwachungsbefugnisse stelle demnach für alle Personen, die hiervon betroffen sein könnten, einen „Eingriff einer öffentlichen Behörde“ in die Ausübung des Rechts der Beschwerdeführer auf Schutz ihres Privat- und Familienlebens sowie ihres Briefverkehrs dar.⁶²⁴

Angesichts der durch die Beschwerdeführer behaupteten Verletzung des Art. 8 EMRK führte der EGMR aus, dass der Ausschluss der richterlichen Kontrolle unter Berücksichtigung des im G 10 vorhandenen mehrstufigen Kontrollverfahrens im Grundsatz nicht die Grenze dessen, was in einer demokratischen Gesellschaft als notwendig angesehen werden könne, überschreite. Zur Begründung verwies er auf die mit ausreichenden Machtbefugnissen und Kompetenzen ausgestatteten „Ersatzkontrollorgane“ (Parlamentarisches Gremium, G 10-Kommission), die eine ständige, wirksame und hinreichend unabhängige Kontrolle ausüben könnten.⁶²⁵

Im Hinblick auf die begehrte Feststellung einer nachträglichen Benachrichtigungspflicht „in jedem Fall“ konstatierte der EGMR weiterführend, dass eine solche einerseits geeignet wäre, den *langfristigen Aufklärungszweck* einer Überwachungsmaßnahme zu *gefährden*, andererseits zur *Aufdeckung der Arbeitsweise* und den *Beobachtungsfeldern* der Geheimdienste führen könne.⁶²⁶ Im Übrigen verwies er ausdrücklich darauf, dass er vor dem Hintergrund der in hinreichender Form bestehenden Kontrollmechanismen sowie mangels anderweitiger Anhaltspunkte davon

⁶²⁴ Vgl. EGMR, NJW 35 (1979), S. 1756.

⁶²⁵ Vgl. EGMR, NJW 35 (1979), S. 1758.

⁶²⁶ Vgl. EGMR, a.a.O.

ausgehen müsse, dass eine missbräuchliche Anwendung der bundesdeutschen Vorschriften in der Praxis nicht erfolge.⁶²⁷

Danach verstießen weder Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG noch das auf Grundlage dieser Vorschrift erlassene G 10 gegen das aus Art. 8 EMRK resultierende Recht auf Privatleben.

cc) Zweite Abhörentscheidung (1984)

In einem Beschluss des BVerfG aus dem Jahre 1984 beschäftigte sich das Erste Senat erstmalig mit der *Verfassungsmäßigkeit der SFÜ als solcher*. Die Beschwerdeführerin griff im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde die durch den Bundesminister der Verteidigung angeordneten Maßnahmen zur Überwachung des Brief- und Telefonverkehrs von und nach Ländern des Warschauer Paktes an und rügte hiermit eine Verletzung des aus Art. 10 GG resultierenden Brief- Post- und Fernmeldegeheimnisses.⁶²⁸

Das BVerfG hielt die Verfassungsbeschwerde für zulässig, gleichsam aber nicht für begründet. Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung stellte es fest, dass es für die Annahme der Beschwerdebefugnis ausreichen müsse, wenn der Bürger darlegen könne, dass er mit *einiger Wahrscheinlichkeit* durch die ministerielle Anordnung in seinem Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG verletzt sei, da es ihm anderweitig in der Regel nicht gelingen werde, den *Nachweis der tatsächlichen Betroffenheit* zu führen.⁶²⁹ Hinsichtlich des Erfordernisses der vorherigen Rechtswegerschöpfung führte das BVerfG aus, dass der aus der „Ersatzkontrolle“ resultierende Rechtswegausschluss nicht zur Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde führen dürfe. Zur Begründung diene die Feststellung, dass es sich bei der Kommission statusrechtlich um ein Kontrollorgan eigener Art außerhalb der rechtsprechenden Gewalt handele. Die Beschwerdemöglichkeit i.S.d. § 9 Abs. 2 Satz 3 G 10 sollte danach grundsätzlich keinen Rechtsweg i.S.d. § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG darstellen.⁶³⁰

⁶²⁷ Vgl. EGMR, a.a.O.

⁶²⁸ Vgl. BVerfGE 67, 157 (164).

⁶²⁹ Vgl. BVerfGE 67, 157 (169-170).

⁶³⁰ Vgl. BVerfGE 67, 157 (170).

In der Begründetheit der Verfassungsbeschwerde setzte sich das BVerfG anschließend im Schwerpunkt mit der Verhältnismäßigkeit der SFÜ und der potentiell bestehenden Missbrauchsgefahr dieses Aufklärungsinstruments auseinander.

Nach Ansicht des Senats schränkte die SFÜ in ihrer damaligen rechtlichen Ausgestaltung das Brief- Post- und Fernmeldegeheimnis nicht unverhältnismäßig ein. Zur Geeignetheit der SFÜ verwies es einerseits ausdrücklich auf die Zweckrichtung⁶³¹, andererseits auf die prinzipielle Sachbezogenheit der SFÜ. Nach der Argumentation des Gerichts musste das Mittel der SFÜ den Aufklärungszweck nicht auch tatsächlich erreichen. Für die Geeignetheit der strategischen Beschränkungsmaßnahme sollte es bereits ausreichen, wenn eine *abstrakte Möglichkeit zur Zweckerreichung* vorhanden sei. In diesem Sinne war es ausreichend, wenn die gegen eine unbestimmte Anzahl von Post- und Fernmeldevorgängen gerichtete Überwachung von Post- und Fernmeldeverkehrsbeziehungen⁶³², der Sammlung von Nachrichten über Sachverhalte i.S.d. § 3 Abs. 1 G 10 förderlich sei. Einer globalen oder pauschalen Überwachung⁶³³ sollte bereits die ministerielle Bestimmung der konkret zu überwachenden Post- und Fernmeldeverkehrsbeziehungen entgegenstehen, da die Post- und Fernmeldeverkehrsbeziehungen eine geografische Raumbezogenheit aufweisen mussten und in keiner konkreten Beziehung zu einer betroffenen Einzelperson stehen durften.⁶³⁴

Daneben sah das BVerfG die laufende strategische Überwachung bestimmter Post- und Fernmeldeverkehrsbeziehungen auch als erforderlich an. Hierzu trug

⁶³¹ Nachrichtendienstliche Erkenntnisgewinnung zur rechtzeitigen Aufklärung bewaffneter Angriffe auf die Bundesrepublik Deutschland.

⁶³² „Post- und Fernmeldeverkehrsbeziehung bezeichnet einen planmäßig festgelegten Post- und Fernmeldeverkehr zwischen zwei bestimmten Endpunkten in beiden Richtungen. Darunter ist beispielsweise ein bestimmtes, stets grenzüberschreitendes Sammelkabel zwischen zwei Fernsprechknoten zu verstehen, das in der Regel nach internationalem Brauch oder Verträgen mit einer Kennnummer bezeichnet ist.“ BVerfGE 67, 157 (174).

⁶³³ Die Beschwerdeführerin hielt die SFÜ schon deshalb für ungeeignet, weil eine pauschale Überprüfung des Post- und Telefonverkehrs allenfalls ein kaum repräsentatives Bild über die Stimmungslage in den betreffenden Ländern geben könne, vgl. BVerfGE 167, 157 (173).

⁶³⁴ Vgl. BVerfGE 67, 157 (174 f.).

es vor, dass zwar mildere Mittel ersichtlich seien⁶³⁵, diese jedoch unter Berücksichtigung des Prinzips der Güterabwägung für sich allein oder zusammengenommen nicht für die Sammlung von Nachrichten über Sachverhalte i.S. des § 3 Abs. 1 Satz 2 G 10 genügen würden.⁶³⁶

Relativ knapp blieben abschließend die bundesverfassungsgerichtlichen Erwägungen im Hinblick auf die Überprüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Einleitend hob es hierzu die überragende Wichtigkeit des Schutzgutes „*Sicherung des Bestandes des Staates vor bewaffneten Angriffen von außen*“ hervor. Daran anschließend verwies es einerseits auf die für den Bürger nur geringfügig bestehende Wahrscheinlichkeit von der SFÜ betroffen zu sein, andererseits auf die im Falle der Betroffenheit überwiegend gewährte Anonymität.⁶³⁷

Unter ergänzender Berücksichtigung der verfahrensrechtlichen Antrags- und Anordnungsvoraussetzungen kam das BVerfG insgesamt zu der Erkenntnis, dass die SFÜ einen *Grundrechtseingriff von einer eher geringeren Intensität* zur Folge habe.⁶³⁸

Abschließend hob das BVerfG Fälle hervor, in denen ein missbräuchlicher Einsatz der SFÜ dennoch generell vorstellbar wäre. Denkbar sollte dies insbesondere in Konstellationen sein, in denen die SFÜ konkret zur Einzelüberwachung von Personen oder zur Erkenntnisgewinnung über Gefahren, die die innere Sicherheit der BRD betreffen⁶³⁹, eingesetzt würde. Bezüglich ersterem sollte ein Missbrauch gegeben sein, wenn die SFÜ durch die Verwertung von Zufallserkenntnissen gezielt zur Sammlung von Anhaltspunkten i.S. des § 2 Abs. 1 G 10⁶⁴⁰ eingesetzt und dadurch eine

⁶³⁵ Z.B. eine optische Erkenntnisgewinnung durch den Einsatz von Satelliten oder eine Erkenntnisgewinnung durch den Einsatz von Aufklärungspersonen im Gebiet des Warschauer Paktes, vgl. BVerfGE 67, 157 (177).

⁶³⁶ Vgl. BVerfGE 67, 157 (178).

⁶³⁷ Die Absender und Empfänger von Briefen und Telefonaten blieben in aller Regel anonym, da diese nicht registriert wurden, vgl. BVerfGE 67, 157 (179); die Identifizierung der Gesprächspartner wäre darüber hinaus technisch nur dann möglich gewesen, wenn sie sich im Gesprächsverlauf zu ihrer Identität geäußert hätten, vgl. *Arndt*, in: NJW 3 (1985), S. 108.

⁶³⁸ Vgl. BVerfGE 67, 157 (179-180).

⁶³⁹ „Sachfremde Zwecke“, vgl. BVerfGE 67, 157 (180-181).

⁶⁴⁰ Gemeint sind Anhaltspunkte für den Verdacht, dass jemand eine der in § 2 Abs. 1 Nr. 1-7 G 10 normierten Straftaten plant, begeht oder begangen hat.

Überwachung unter Umgehung von § 2 G 10 durchgeführt würde. Gleichzeitig hielt das BVerfG zurückruderd fest, dass es seiner Ansicht nach bereits aus technischen Gründen zur damaligen Zeit nicht möglich gewesen sei, eine Einzelüberwachung unter dem Deckmantel der SFÜ durchzuführen.⁶⁴¹ Dabei verwies es auf die Besonderheit, wonach die Auswertung der Ferngespräche vollautomatisch, d.h. ohne eine Zwischenschaltung menschlicher Arbeitskraft erfolge und die eigentliche Kontrolle lediglich auf die Überwachung von bestimmten Silben und Begriffen gerichtet sei. Die an einem Ferngespräch beteiligten Gesprächspartner blieben daher bereits zwangsläufig unbekannt. Darüber hinaus sollte eine gezielte Überwachungsmaßnahme schon deswegen unmöglich gewesen sein, weil in einem automatisierten Telefonnetz nicht vorhersehbar sei, welchen Weg ein Telefongespräch nehmen werde.

Abschließend verwies das BVerfG auch im Jahre 1984 auf die im Gesetz hinreichend vorhandenen, einem Missbrauch generell vorbeugenden Verfahrensregelungen⁶⁴² sowie auf die mit hinreichend wirksamen Befugnissen ausgestatten, unabhängigen und an keine Weisungen gebundenen Ersatzkontrollorgane.⁶⁴³

dd) Zwischenergebnis

Die gerichtlichen Entscheidungen verdeutlichten, dass die anfängliche SFÜ-Praxis des BND zunächst weniger wegen der Überwachung selbst, sondern vielmehr wegen der die Überwachung begleitenden Umstände in der Kritik stand. Erst ca. fünfzehn Jahre nach Inkrafttreten des die individuelle und strategische Überwachung legitimierenden G 10, hatte sich der Erste Senat des BVerfG schwerpunktmäßig mit der Verhältnismäßigkeit der SFÜ zu beschäftigen.

⁶⁴¹ Vgl. BVerfGE 67, 157 (181).

⁶⁴² So verbot § 3 Abs. 2 Satz 1 G 10 ausdrücklich, die zufällig erlangten personenbezogenen Erkenntnisse zum Nachteil von Personen zu verwenden, soweit nicht gegen diese Person eine Beschränkung nach § 2 G 10 angeordnet war oder wenn tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht bestanden, dass jemand eine der in § 138 StGB genannten Handlungen plante, begehen würde oder begangen hatte. Nach § 4 Abs. 2 Nr. 1 lit. a bis d G 10 durfte der BND die zufällig erlangten personenbezogenen Daten nur an die für die Einzelüberwachung antragsbefugten Stellen weitergeben.

⁶⁴³ Vgl. BVerfGE 67, 157 (182-183).

Auffällig war, dass sich die Gerichte im Rahmen der Zulässigkeitsprüfungen gezwungen sahen, die vorhandenen Rechtsschutzdefizite durch ein Mindestmaß an gerichtlichem Rechtsschutz zu entkräften. So hielt etwa das BVerfG die Verfassungsbeschwerden unmittelbar gegen das G 10 im Rahmen seiner „ersten Abhörentscheidung“ für zulässig, obwohl die Beschwerdeführer nicht behaupten konnten, durch das Gesetz selbst, gegenwärtig und unmittelbar verletzt zu sein.⁶⁴⁴

Hinsichtlich der Frage nach einer erforderlichen nachträglichen *Benachrichtigungs- bzw. Mitteilungsverpflichtung* seitens der überwachenden Behörde wurde deutlich, dass die Gerichte die Notwendigkeit hiervon abzusehen, mit der erforderlichen Aufrechterhaltung der *nachrichtendienstlichen Effektivität* begründeten. Die Wirksamkeit nachrichtendienstlicher Tätigkeit könnte durch eine Offenlegung in Sachen einer nachträglichen Benachrichtigung danach in hohem Maße beeinträchtigt werden.⁶⁴⁵ Gleichzeitig verwies man darauf, dass die zu einem faktischen Rechtswegausschluss führende Nichtmitteilung verfassungsrechtlich nur kompensiert werden könne, wenn an die Stelle des Rechtsweges eine *gleichwertige, mindestens ebenso wirkungsvolle „Ersatzkontrolle“* trete. Eine solche sei insbesondere durch die der Kommission zustehenden Befugnisse gewährleistet.⁶⁴⁶

Letztlich bewertete das BVerfG die konkrete Ausrichtung der SFÜ selbst auch als vollumfänglich verfassungsgemäß. Zur Begründung führte es unter anderem aus, dass es sich bei der SFÜ wegen ihrer *überwiegenden Sachbezogenheit*, der *gewahrten Anonymität* der von ihr potentiell betroffenen Personen, der aus technischen Gründen in der Regel *nicht vorhandenen Missbrauchsgefahr* sowie der *umfassend vorhandenen Kontrollregelungen* im Ergebnis um ein *Eingriffsinstrument von einer eher geringeren Intensität* handele.

⁶⁴⁴ Vgl. BVerfGE 30, 1 (16-17).

⁶⁴⁵ Vgl. BVerfGE 30, 1, 19; bestätigend EGMR, NJW 35 (1979), S. 1758; ebenso BVerfGE 67, 157 (185).

⁶⁴⁶ Vgl. BVerfGE 30, 1 (31); bestätigend EGMR, NJW 35 (1979), S. 1757; ebenso BVerfGE 67, 157 (185).

d) Poststrukturgesetz (1989)

Mit dem „Gesetz zur Neustrukturierung des Post- und Fernmeldewesens und der Deutschen Bundespost“⁶⁴⁷ (Poststrukturgesetz-PostStruktG) erhielt das Aufklärungsinstrument der SFÜ seine heute gängige Bezeichnung.

So ordnete Art. 4 Abs. 16 PostStruktG in Art. 1 § 1 Abs. 1 an, dass an die Stelle der Formulierung in § 1 G 10 „Fernschreibverkehr mitzulesen, Fernmeldeverkehr abzuhören und auf Tonträger aufzunehmen“ nunmehr die Formulierung „Fernmeldeverkehr zu überwachen und aufzuzeichnen“ treten sollte. Ursächlich für die Modifizierung des § 1 G 10⁶⁴⁸ war die Intention des Gesetzgebers, die aus technologischer Hinsicht überholten Begrifflichkeiten an die gegebenen technischen Fortschritte anzupassen, dem Gesetz auf diese Weise eine größere Transparenz zu verschaffen und hinsichtlich der Überwachungsfähigkeit neuer Technologien jeden Zweifel auszuräumen.⁶⁴⁹

Die Anpassung des Gesetzestextes an die technologischen Entwicklungen führte zur Erweiterung der der bundesnachrichtendienstlichen Überwachung unterliegenden „Angriffspunkte“. Überwachbar waren zukünftig auch die sog. „Neuen Medien“⁶⁵⁰.⁶⁵¹ Die Überwachung war nicht mehr lediglich auf die seit dem Zeitpunkt der ministeriellen Anordnung eingehenden Nachrichten gerichtet, sondern konnte zugleich auch solche Nachrichten umfassen, die bereits zum Zeitpunkt der Anordnung auf den einschlägigen Datenträgern gespeichert waren.⁶⁵² Verbunden war hiermit unweigerlich ein sowohl aus *quantitativer* als auch aus *qualitativer*⁶⁵³ Hinsicht verstärkter Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Dazu trug auch die Erweiterung des an einer Überwachungsmaßnahme verpflichtungsfähigen Adressatenkreises bei. § 1 Abs. 2 G 10 verpflichtete zukünftig nicht mehr

⁶⁴⁷ BGBl. I 1989, S. 1026 ff.

⁶⁴⁸ Die begriffliche Modifizierung des § 1 G 10 war für die SFÜ nach § 3 G 10 insoweit von Bedeutung, als dass in § 3 Abs. 1 G 10 ausdrücklich auf die in § 1 G 10 für zulässig erklärten Beschränkungsmaßnahmen Bezug genommen wurde.

⁶⁴⁹ Vgl. BT-Drs. 11/4316, S. 90.

⁶⁵⁰ Z.B. Bildschirmtext, Elektronische Briefkästen, ISDN-fähige Systeme.

⁶⁵¹ Vgl. Riegel, in: RiA 4 (1992), S. 169; weiterführend Fangmann, in: CR 7 (1989), S. 652.

⁶⁵² Vgl. Riegel, in: RiA 4 (1992), S. 169; zu den datenschutzrechtlichen Bedenken die Tätigkeitsberichte 3 und 5 des BfDI, vgl. BT-Drs. 9/93, S. 68 und BT-Drs. 9/2386, S. 36 ff.

⁶⁵³ Vgl. Riegel, a. a. O.; Riegel, in: ZRP 10 (1991), S. 392.

ausschließlich die *Deutsche Bundespost* zur anordnungsfähigen Mitwirkung bei der Umsetzung der bundesnachrichtendienstlichen Überwachungsmaßnahmen, sondern auch jeden anderen *privaten Diensteanbieter*⁶⁵⁴, soweit dieser Fernmeldeanlagen betrieb, die für den öffentlichen Verkehr bestimmt waren.⁶⁵⁵ Sowohl die Deutsche Bundespost als auch die privaten Diensteanbieter konnten danach im Wege einer ministeriellen Anordnung zur Mitwirkung an der Durchführung einer strategischen Beschränkungsmaßnahme verpflichtet werden.⁶⁵⁶ Sie hatten grundsätzlich dafür Sorge zu tragen, dass sämtliche technisch-praktischen Voraussetzungen für die Umsetzung einer Beschränkungsmaßnahme im Falle einer ministeriellen Anordnung unverzüglich umgesetzt werden konnten.⁶⁵⁷ Zur eigenen Umsetzung der Beschränkungsmaßnahmen waren die Stellen demgegenüber nicht berechtigt.⁶⁵⁸ Darüber hinaus eröffnete der neue § 1 Abs. 2 G 10 den mitwirkungsverpflichteten Stellen kein Mitwirkungsmonopol⁶⁵⁹, d.h. der BND konnte auch außerhalb des Verfügungsbereichs der in § 1 Abs. 2 G 10 bezeichneten Stellen den Fernmeldeverkehr überwachen und aufzeichnen, soweit dies unter Berücksichtigung technischer und praktischer Gesichtspunkte möglich war.⁶⁶⁰

Die technologischen Entwicklungen auf dem TK-Sektor führten demnach zur Anpassung der bundesnachrichtendienstlichen Überwachungsbefugnisse. Die terminologischen Korrekturen des § 1 Abs. 1 G 10 und die Erweiterung des verpflichtungsfähigen Adressatenkreises des § 1 Abs. 2 G 10 ermöglichte es dem BND zukünftig, eine weitaus umfangreichere, den Art. 10 GG betreffende Nachrichtensammlung zu betreiben. Aus Datenschutzkreisen stieß der

⁶⁵⁴ Vgl. *Riegel*, a. a. O.

⁶⁵⁵ § 1 Abs. 2 Satz 2 G 10 lautete seitdem: Die Deutsche Bundespost und jeder andere Betreiber von Fernmeldeanlagen, die für den öffentlichen Verkehr bestimmt sind, haben der berechtigten Stelle auf Anordnung Auskunft über den nach Wirksamwerden der Anordnung durchgeführten Fernmeldeverkehr zu erteilen, Sendungen, die ihnen zur Übermittlung auf dem Fernmeldeweg anvertraut sind auszuhändigen sowie die Überwachung und Aufzeichnung des Fernmeldeverkehrs zu ermöglichen.

⁶⁵⁶ Vgl. heute § 2 Abs. 1 Satz 3 G 10.

⁶⁵⁷ Ähnlich *Borgs-Maciejewski*, § 1 G 10 in: *Borgs-Maciejewski/Ebert* (Hrsg.) (1986), Rn. 22.

⁶⁵⁸ So schon zu § 1 Abs. 2 G 10 a.F. *Riegel*, in: ZRP 12 (1987), S. 432.

⁶⁵⁹ *Roewer* (1987), § 1 G 10 Rn. 17.

⁶⁶⁰ Für die Vorgängerregelung (§ 1 Abs. 2 G 10 a.F.) schon *Arndt*, in: DVBl 11 (1978), S. 388; verweisend *Roewer* (1987), § 1 G 10 Rn. 17.

erweiterte Überwachungsumfang auf Kritik. Die gesetzlichen Schutzvorkehrungen wurden als für nicht mehr ausreichend erachtet, um die grundrechtlich geschützten Rechte der Betroffenen hinreichend wirksam zu schützen. Die Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder forderten daher, die gesetzlichen Überwachungsbefugnisse enger und präziser zu fassen, die Speicherdauer personenbezogener Daten nach Dauer und Umfang auf ein notwendiges Maß zu beschränken, eine strenge Zweckbindung sicherzustellen und eine wirksame Kontrolle durch geeignete technisch-organisatorische Maßnahmen zu gewährleisten.⁶⁶¹

e) Konsequenzen der Wiedervereinigung (1989)

Der Fall der Mauer am 9. November 1989 hatte sowohl vor dem Hintergrund des zukünftig vorherrschenden sicherheitspolitischen Kontextes bundesnachrichtendienstlicher Überwachungsmaßnahmen als auch angesichts der weiterhin in Westberlin durchgeführten überkonstitutionellen Überwachung der alliierten Schutzmächte eine wesentliche Bedeutung.

Mit Wirkung zum 03.10.1990 erklärten die Vier Mächte, dass sie ihre Rechte und Verantwortlichkeiten in Bezug auf Berlin und Deutschland als Ganzes in Anlehnung an Art. 7 des „*Vertrages über die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland*“⁶⁶² (sog. „2+4 Vertrag“) beenden.⁶⁶³ Nach Art. 7 Abs. 1 Satz 2 des „2+4 Vertrages“ führte dies zur Beendigung aller damit zusammenhängenden vierseitigen Vereinbarungen, Beschlüsse und Praktiken sowie zur Auflösung aller dementsprechenden Einrichtungen der Vier Mächte. Nach Art. 7 Abs. 2 des „2+4 Vertrages“ hatte das vereinte Deutschland endgültig die volle Souveränität über seine inneren und äußeren Angelegenheiten wiedererlangt.⁶⁶⁴

⁶⁶¹ Vgl. den Beschluss der Konferenz der Datenschutzbeauftragten v. 4./5. Oktober 1990, u.a. abgedruckt im 13. Tb. des LfD Rheinland-Pfalz, LT-Drs. 12/800, Anlage 3, S. 113.

⁶⁶² BGBl. II 1990, S. 1318 ff.

⁶⁶³ Erklärung der Vier Mächte zur Aussetzung der Wirksamkeit der Vier-Mächte Rechte und – Verantwortlichkeiten in bezug auf Deutschland v. 01.10.1990, vgl. BR-Drs. 706/90.

⁶⁶⁴ Vgl. hierzu noch die anders lautende Formulierung des Art. 1 Abs. 2 DV aus dem Jahre 1955: „Die Bundesrepublik wird demgemäß „die volle Macht eines souveränen Staates über ihre inneren und äußeren Angelegenheiten haben“.

Über § 1 des „Gesetzes zur Überleitung von Bundesrecht nach Berlin (West)“⁶⁶⁵ („Sechstes Überleitungsgesetz“) sowie Art. 8 des „Vertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands“⁶⁶⁶ (Einigungsvertrag) erfolgte die Überleitung von Bundesrecht in das Gebiet Berlin sowie in die restlichen Gebiete der ehemaligen DDR⁶⁶⁷. Der bis dato von den Alliierten zurückbehaltene Vorbehalt bezüglich der aus Westberlin heraus erfolgenden Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, der zuvor weiterhin auf Grundlage alliierter Besatzungsrechts erfolgte, erlosch hiermit endgültig. Das G 10 gilt seitdem für das gesamte Gebiet der BRD einschließlich der neuen Bundesländer.⁶⁶⁸

Unberührt hiervon blieben das Recht der Drei Westmächte zur Stationierung von Truppen auf dem Gebiet der BRD auf Grundlage des AV sowie die damit zusammenhängenden Befugnisse, die sich unter anderem aus dem ZA-NTS ergeben.⁶⁶⁹ Die Wiedervereinigung führte demnach ausschließlich zum Erlöschen der westalliierten Besatzungsvorbehalte für das ehemalige Gebiet Westberlins, hingegen nicht zur Beendigung der mit der Truppenstationierung zusammenhängenden, völkervertraglichen Verpflichtungen der BRD.

Unter Berücksichtigung sicherheitspolitischer Aspekte sorgte die formale Beendigung des Kalten Krieges für einen überwiegenden Fortfall des mit der SFÜ verfolgten Aufklärungszwecks. Dieser bestand als Folge der im Kalten Krieg dauerhaft begründbaren Kriegsgefahr nach § 3 Abs. 1 Satz 1 G 10 ausschließlich in der rechtzeitigen Gefahrenaufklärung eines bevorstehenden bewaffneten Angriffs auf die BRD und richtete sich im Schwerpunkt gegen die sowjetischen Interessen auf der östlichen Seite des Eisernen Vorhangs. Zwar war nicht davon auszugehen, dass sich Anträge zur Überwachung von

⁶⁶⁵ BGBl. I 1990, S. 2106 ff.

⁶⁶⁶ BGBl. II 1990, S. 889 ff.

⁶⁶⁷ Zukünftig die Bundesländer Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen.

⁶⁶⁸ Vgl. auch *Riegel*, in: ZRP 10 (1991), S. 394.

⁶⁶⁹ Für die Fortgeltung des Rechts zur Truppenstationierung auf Grundlage des AV, vgl. den deutsch-alliierten Notenwechsel v. 25. September 1990, abgedruckt in BGBl. II 1990, S. 1390. Hierauf beziehend auch *Deiseroth*, in: ZRP 7 (2013), S. 194 und *Wolf*, in: JZ 21 (2013), S. 1044-1045; die Fortgeltung annehmend auch *Aust* (2014), S. 19 Rn. 50.

Fernmeldeverkehrsbeziehungen mit sowjetischem Gebietskontakt fortan nicht weiter begründen ließen.⁶⁷⁰ Dennoch war anzuerkennen, dass dem historisch bedingten Kerngeschäft des BND, durch die Wiedervereinigung und der hiermit verbundenen Veränderung der außen- und sicherheitspolitischen Rahmenbedingungen, überwiegend die Grundlage entzogen war.⁶⁷¹ Der bereits durch die Alliierten herangezogene und von dem deutschen Gesetzgeber übernommene Begründungsansatz für die Rechtfertigung einer fortlaufenden Auslandsüberwachung zur Gefahrenfrüherkennung konnte nicht mehr im selben Umfang wie zuvor zur Rechtfertigung strategischer Überwachungsmaßnahmen beitragen.

Das Ende des Kalten Krieges erforderte daher eine *inhaltliche und organisatorische Neuorientierung der bundesnachrichtendienstlichen Auslandsaufklärung*^{672 673}.

f) Zwischenergebnis

Die Ablösung des alliierten Überwachungsvorbehalts stellte den deutschen Gesetzgeber vor die Herausforderung, einen Überwachungsrechtsrahmen zu schaffen, der sowohl dem Interesse der Alliierten nach einem Schutz der auf deutschem Boden stationierten Truppen gerecht wurde, als auch einer zur Zeit des Kalten Krieges fortdauernden Kriegsgefahr wirksam begegnen konnte. Unter Berücksichtigung der bisherigen alliierten Überwachungspraxis wurden

⁶⁷⁰ Für die weiterhin in geringem Umfang betriebene SFÜ, vgl. BT-Drs. 12/5759, S. 1; vgl. auch *Wieck* (2014), S. 7, der darauf verwies, dass sich das bundesnachrichtendienstliche Aufklärungsinteresse nach der Wiedervereinigung auf die Umsetzung der mit der Sowjetunion ausgehandelten Abrüstungs- und Abzugsvereinbarungen bezog. Demgegenüber stellte *Riegel* fest, dass die SFÜ nach der Wiedervereinigung faktisch eingestellt wurde, vgl. *Riegel*, in: ZRP 10 (1991), S. 394.

⁶⁷¹ So auch *Riegel*, a. a. O.

⁶⁷² So auch der Abgeordnete *Blens* (CDU/CSU) im Rahmen der 2. Beratung zum Gesetzesentwurf eines „Gesetzes zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes“, vgl. Plenarprotokoll 11/214, S. 16778; gegen eine Abschaffung und für eine Neuorientierung der Nachrichtendienste, ebenso *Bull*, vgl. BR-Plenarsitzung 615, S. 374

⁶⁷³ Darüber hinausgehend wurde teilweise eine vollständige Neubestimmung des bundesnachrichtendienstlichen Aufgabenfeldes gefordert. Vgl. hierzu den Antrag der Fraktion „Die Grünen“ in der 78. Sitzung des Innenausschusses vom 7. März 1990, vgl. BT-Drs. 11/7235, S. 85; teilweise wurde gar über die vollständige Abschaffung der Nachrichtendienste debattiert, vgl. stellvertretend das Plenarprotokoll 11/214, S. 16787 ff

hierzu einerseits verfassungsrechtliche Änderungen erforderlich, um den von einer Beschränkungsmaßnahme Betroffenen über die Durchführung der Maßnahme in Unkenntnis zu lassen. Andererseits bedurfte es vor dem Hintergrund der Grundrechtsrelevanz staatlicher Fernmeldeüberwachungsmaßnahmen eines dem Gesetzesvorbehalt des Art. 10 GG gerecht werdenden Gesetzes.

In der Konsequenz hieraus ebnete das „17. Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes“ mit der Erweiterung des Art. 10 GG um Art. 10 Abs. 2 GG den Weg für das „Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses“ (G 10). Über dessen § 1 Abs. 1 G 10 fand der ehemalige alliierte Überwachungszweck „Sicherheit der in der BRD stationierten Truppen“ unmittelbaren Einzug in das deutsche Recht. Die SFÜ wurde daneben über § 3 Abs. 1 G 10 zum Zwecke des „rechtzeitigen Erkennens und Begegnens eines bewaffneten Angriffs auf die BRD“ ausdrücklich für zulässig erklärt. Vor dem Hintergrund der zur Zeit des Kalten Krieges dauerhaft begründbaren Kriegsgefahr, ließ sich die Anordnung der SFÜ faktisch auch zu Zeiten „relativer politischer Entspannung“ anordnen.

In der Folge mussten sich die Gerichte sowohl auf nationalrechtlicher als auch auf europarechtlicher Ebene mit der Rechtmäßigkeit des SFÜ-Rechtsrahmens beschäftigen. Im Schwerpunkt ging es hierbei zunächst weniger um die Verhältnismäßigkeit der SFÜ selbst, sondern vielmehr um die mit der heimlichen Ausrichtung der SFÜ verbundenen defizitären Rechtsschutzmöglichkeiten. Die überwiegende Zulässigkeit der Nichtmitteilung sowie die damit verbundenen Schwierigkeiten, den gerichtlichen Rechtsweg zu bestreiten, wurde dabei mit Verweis auf das Gebot der nachrichtendienstlichen Effektivität sowie vor dem Hintergrund der Existenz hinreichend wirksamer Ersatzkontrollorgane gerechtfertigt. Gleichzeitig verwies man jedoch auf die Notwendigkeit, eine nachträgliche Benachrichtigungsverpflichtung in Fällen vorzusehen, in denen eine Gefährdung des Zwecks der Beschränkungsmaßnahme ausgeschlossen werden konnte. Die Verhältnismäßigkeit der SFÜ selbst ergab sich nach Ansicht des BVerfG in der Folge insbesondere aus dem aus tatsächlichen und technischen Gesichtspunkten nur bedingt grundrechtsbeschränkenden Charakter der SFÜ

sowie im Übrigen aus den vorhandenen, eine globale und pauschale Überwachung verhindernden Verfahrens- und Kontrollvorschriften des G 10.

Das Poststrukturgesetz aus dem Jahre 1989 führte neben einer Erweiterung der bundesnachrichtendienstlichen Überwachungsbefugnisse vor allem zur Einbeziehung privater TK-Dienste in den bei der Umsetzung einer Überwachungsmaßnahme zur Mitwirkung verpflichteten Adressatenkreis. Die gesetzlichen Reformierungen waren zugleich Ausdruck der technologischen Entwicklungen auf dem Gebiet der Nachrichtenübertragungstechnik.

Der Fall der Mauer im Jahre 1989 führte letztlich zu einem überwiegenden Fortfall des mit der SFÜ seit jeher verbundenen thematischen Aufklärungszwecks. Die Gefahr eines aus dem Osten herrührenden bewaffneten Angriffs auf die BRD war nach Beendigung des Kalten Krieges nicht mehr ohne weiteres begründungsfähig. Neben teilweise aufkommende Stimmen, die eine Neubestimmung des bundesnachrichtendienstlichen Aufgabenfeldes forderten bzw. die vollständige Abschaffung des BND favorisierten, herrschte überwiegend Konsens dahingehend, dass die Aufrechterhaltung der strategischen Auslandsaufklärung jedenfalls eine inhaltliche Neuausrichtung erforderlich machte.

3) Neuzeit (1990-2016)

Der nachfolgende Untersuchungsabschnitt widmet sich den rechtlichen und politischen Entwicklungen nach Beendigung des Kalten Krieges.

Von besonderer Bedeutung waren dabei nicht nur die aus tatsächlicher Hinsicht eingetretenen Veränderungen der außen- und sicherheitspolitischen Rahmenbedingungen, sondern ebenso die sich aus dem „Volkszählungsurteil“ des BVerfG⁶⁷⁴ ergebenden rechtlichen Notwendigkeiten im Bereich der staatlichen Informationsgenerierung. Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend sowohl auf die aus rechtlicher Sicht notwendig gewordene *Entstehung des BNDG* im Jahre 1990 eingegangen werden als auch die rechtlichen *Novellierungen des G 10* vorgestellt werden, die infolge der neuartigen außen-

⁶⁷⁴ BVerfGE 65, 1 ff.

und sicherheitspolitischen Rahmenbedingungen erforderlich geworden waren. Gleichzeitig wird auf *gerichtliche Entscheidungen* Bezug genommen, die sowohl das Argumentationsmuster des BVerfG für die Rechtfertigung der erweiterten bundesnachrichtendienstlichen SFÜ-Befugnisse als auch die verwaltungsprozessualen Probleme im Hinblick auf einen gegen strategische Überwachungsmaßnahmen gerichteten verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz verdeutlichen. Abschließend wird ein kurzer Überblick über die bisherigen Erkenntnisse des im Zeitpunkt der Fertigstellung dieser Arbeit noch laufenden *NSA-Untersuchungsausschusses* (NSA-UA) gegeben sowie auf die für diese Arbeit wesentlichen und zu erwartenden Inhalte einer sich abzeichnenden *BND-Reform* Bezug genommen.

a) Bundesnachrichtendienstgesetz (1990)

Die bisherigen Ausführungen verdeutlichen, dass die Errichtung des BND im Jahre 1955 ausschließlich auf Grundlage eines *Organisationsaktes der Bundesregierung* (Kabinettsbeschluss) erfolgte. In diesem wurde zugleich der von ihm wahrzunehmende Aufgabenbereich festgelegt. Gesetzliche Befugnisse waren bis zur Ablösung der alliierten Vorbehaltsrechte durch die G 10-Gesetzgebung im Jahre 1968 nicht vorhanden.⁶⁷⁵

Die alliierte Vormachtstellung auf dem Gebiet der Beschränkung des Brief-Post-, Fernmeldegeheimnisses konnte die fehlenden gesetzlichen Befugnisse nur hinsichtlich solcher Eingriffe rechtfertigen, die mit einer Beschränkung des aus Art. 10 GG resultierenden Fernmeldegeheimnisses verbunden waren. Bezüglich aller weiteren Aufklärungstätigkeiten des BND blieb die Frage offen, warum lange Zeit keine gesetzlichen Befugnisse vorhanden waren.

Zur Beantwortung dieser Frage ist eine Differenzierung zwischen politischen und rechtlichen Argumenten ebenso erforderlich wie eine Differenzierung zwischen der „BNDG-SFÜ“ und der „G 10-SFÜ“.

Unter Berücksichtigung sicherheitspolitischer Aspekte wurde einer Gesetzgebung unter anderem die *mangelnde Kodifizierbarkeit* eines

⁶⁷⁵ Vgl. C. II. 1) a) und b) aa).

geheimdienstlichen Gesetzes entgegnet. Eine effektive nachrichtendienstliche Tätigkeit erfordere danach grundsätzlich ein weitgefasstes Ermessen, das auf Grundlage präziser Befugnisumschreibungen nicht realisierbar ist.⁶⁷⁶ Ebenso sprächen *Sicherheits- und Effizienzgedanken* gegen eine Gesetzgebung. So vertrat *Gerhard Wessel*⁶⁷⁷ vor dem Parlamentarischen Vertrauensmännergremium seinerzeit, dass ein BNDG die Verhängung von Todesstrafen von Auslandsagenten erleichtern würde.⁶⁷⁸ Ebenso wurde das *innen- und außenpolitische Konfliktpotential* einer bundesnachrichtendienstlichen Verrechtlichung hervorgehoben. Derartige nachrichtendienstliche Gesetzesinitiativen würden sowohl von fremden Staaten als auch von der deutschen Öffentlichkeit mit besonderem Interesse verfolgt. Eine relevante Beeinträchtigung der innen- oder außenpolitischen Belange der BRD sei im Wege einer bundesnachrichtendienstlichen Verrechtlichung grundsätzlich nicht auszuschließen.⁶⁷⁹

Demgegenüber wurde der Notwendigkeit eines BNDG aus rechtlicher Sicht im Schwerpunkt das Argument der *fehlenden Grundrechtsrelevanz* bundesnachrichtendienstlicher Aufklärungstätigkeiten entgegnet. Zur Begründung verwies man einerseits auf die bereits im Kabinettsbeschluss der Bundesregierung im Jahre 1955 deutlich gewordene territoriale Ausrichtung des BND, andererseits auf die im Übrigen nicht gegebene Eingriffsintensität anderweitiger bundesnachrichtendienstlicher Tätigkeiten⁶⁸⁰. So ergebe sich aus dem Verbot einer nach innen gerichteten Tätigkeit, dass sich die Aufgabenstellung des BND von vornherein nicht auf solche Personen beziehen dürfe, die sich im Geltungsbereich des Grundgesetzes aufhielten.⁶⁸¹ Darüber hinaus besitze der BND, neben der inzwischen im Wege der G 10-Gesetzgebung geregelten G 10-Überwachung, keine anderweitig grundrechtsrelevanten Befugnisse. Exekutivbefugnisse in Form von Geboten, Verboten oder Zwangsmaßnahmen standen dem BND nach seinem im Kabinettsbeschluss niedergelegten und später im Rahmen der

⁶⁷⁶ So *Friesenhahn* in: Bundesministerium des Innern (Hrsg.) (1981), S. 89.

⁶⁷⁷ Präsident des BND vom 1. Mai 1968 bis zum 31. Dezember 1978.

⁶⁷⁸ Vgl. *Riegel*, in: NJW 18 (1979), S. 956.

⁶⁷⁹ Vgl. *Borgs-Maciejewski*, in: APuZ B 6 (1977), S. 12.

⁶⁸⁰ Alle sonstigen, nicht in den Schutzbereich des Art. 10 GG eingreifende, Maßnahmen.

⁶⁸¹ So *Klein*, in: VVDStRL 37 (1979), S. 92.

bundesnachrichtendienstlichen Dienstanweisung⁶⁸² fortgeschriebenen Aufgabenfeld nicht zu.⁶⁸³ Maßnahmen der den Exekutivmaßnahmen in der Regel vorgelagerten Informationsbeschaffung wurden darüber hinaus noch überwiegend als grundrechtsneutral bewertet.⁶⁸⁴

Erstgenannte Ansicht, nach der der BND bereits aufgrund des fehlenden Inlandsbezugs keiner gesetzlichen Eingriffsbefugnisse bedürfe, vermochte bereits vor dem Hintergrund der G 10-Gesetzgebung aus dem Jahre 1968 nicht zu überzeugen. Der Gesetzgeber hatte hiermit selbst konkludent festgestellt, dass bundesnachrichtendienstliche Eingriffsmaßnahmen auch aus dem Inland heraus erfolgten und somit potentiell auch Grundrechtsträger betrafen.⁶⁸⁵ Daneben war es nicht anzuzweifeln, dass der BND die sich an die Erhebungsmaßnahmen anschließenden Verarbeitungsprozesse jedenfalls auch im Inland und somit innerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes durchführte.⁶⁸⁶ Die Überzeugungskraft der zweitbenannten Ansicht ging spätestens mit den grundlegenden Feststellungen des „*Volkszählungsurteils*“ aus dem Jahre 1983 verloren. Die zuvor noch überwiegend als grundrechtsneutral bewerteten Erhebungs- und Verarbeitungsmaßnahmen stellten danach in weiten Teilen einen Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht dar und bedurften daher einer zum Eingriff legitimierenden gesetzlichen Grundlage, die die Voraussetzungen und den Umfang der Beschränkungsmaßnahmen für den Bürger klar erkennbar regelte und somit das rechtsstaatliche Gebot der Normenklarheit hinreichend würdigte.⁶⁸⁷ Dem Gesetzgeber war hierdurch aufgegeben, die schrittweise

⁶⁸² Die bundesnachrichtendienstliche Dienstanweisung aus dem Jahre 1968 erging im Einklang mit dem Kabinettsbeschluss aus dem Jahre 1955, vgl. BT-Drs. 7/3246, S. 47.

⁶⁸³ Die fehlende gesetzliche Grundlage sei daher unbedenklich, so ursprünglich *Stern* (1977), S. 186.

⁶⁸⁴ Vgl. *Gusy*, Vorbemerkung BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 6; ebenso *Lampe*, in: *NStZ* 7 (2015), S. 362.

⁶⁸⁵ Feststellend *Gusy*, Vorbemerkung BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 7; ähnlich schon *Lisken*, in: *ZRP* 6 (1984), S. 146.

⁶⁸⁶ So auch *Rieger*, in: *ZRP* 1 (1985), S. 7.

⁶⁸⁷ Vgl. *BVerfGE* 65, 1 (41 ff.).

„Volllegalisierung“ des BND durch punktuelles Erwähnen und Beschreiben in förmlichen Bundesgesetzen⁶⁸⁸ endgültig aufzugeben.

Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung für ein „*Gesetz zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes*“⁶⁸⁹ führte in diesem Sinne einleitend aus, dass das BNDG⁶⁹⁰ den Zweck verfolge, für informationserhebende und –verarbeitende Tätigkeiten des BND die gesetzliche Grundlage zu schaffen, die nach der Entwicklung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in Rechtslehre, Rechtsprechung und Gesetzgebung zur Fortsetzung dieser Tätigkeiten notwendig geworden war.⁶⁹¹ Der endgültige Gesetzestext übernahm die durch die Beschlussempfehlung des Innenausschusses erstmals vorgeschlagene Differenzierung zwischen der bundesnachrichtendienstlichen Aufgabenbeschreibung auf der einen und den zur Aufgabenerfüllung zur Verfügung stehenden Befugnissen auf der anderen Seite.⁶⁹² Trotz anhaltender Kritik seitens der Opposition konnte sich darüber hinaus sowohl der generalklauselartig verfasste bundesnachrichtendienstliche Aufklärungsauftrag⁶⁹³ in den Gesetzestext integrieren, als auch die auf das Inland beschränkte Geltungskraft der speziellen Befugnisregelungen der §§ 2 ff. BNDG⁶⁹⁴. Die Gesetzssystematik des BNDG ist seitdem Ausdruck eines in Abhängigkeit von dem Erhebungsort und des hierdurch potentiell betroffenen Personenkreises abgestuften Grundrechtsschutzes.

Die rechtliche Differenzierung zwischen der BNDG-SFÜ und der G 10-SFÜ trat erstmals im Jahre 1993 durch ein Interview des „Spiegels“⁶⁹⁵ mit dem

⁶⁸⁸ Sog. „Blumenstraußtheorie“, vgl. *Roewer* (1987), § 1 PKKG Rn. 11; konkretes Beispiel bei *Riegel*, in: RiA 4 (1992), S. 171.

⁶⁸⁹ BGBl. I 1990, S. 2954 ff. Das Gesetzespaket enthielt eine Neufassung des BDSG (Art. 1), umfangreiche Änderungen des BVerfSchG (Art. 2) sowie erstmalig gesetzliche Regelungen über die Organisation sowie Aufgaben und Befugnisse des MAD (Art. 3) und des BND (Art. 4).

⁶⁹⁰ BGBl. I 1990, S. 2979 ff.

⁶⁹¹ Vgl. BR-Drs. 618/88, S. 183; BT-Drs. 11/4306, S. 70.

⁶⁹² § 0 BNDG (Organisation und Aufgaben), § 1 ff. BNDG (Befugnisse), vgl. BT-Drs. 11/7235, S. 77. Zuvor noch § 1 BNDG-E (Aufgaben und Befugnisse).

⁶⁹³ Sammeln von Informationen, die für die außen- und sicherheitspolitisch bedeutsame Erkenntnisgewinnung der BRD erforderlich sind. Kritisch hierzu die „SPD“, vgl. BT-Drs. 11/7325, S. 110.

⁶⁹⁴ „Untragbarer Zustand“, „DIE GRÜNEN“, vgl. BT-Drs. 11/7325, S. 110.

⁶⁹⁵ „Spiegel“, Nr. 15/1993.

ehemaligen Leiter der Abteilung „Technische Aufklärung“ *Gerhard Güllich* hervor. Aus diesem wurde deutlich, dass der BND neben der „strategischen Kontrolle“ nach § 3 G 10 auch eine „anders geartete globale Fernmeldekontrolle“⁶⁹⁶ („Routineaufklärung“) betrieb⁶⁹⁷, die den nicht leitungsgebundenen, über Fernmeldesatelliten, Richtfunk oder Kurzwellen vermittelten rein auslandsbezogenen Fernmeldeverkehr betraf.⁶⁹⁸ Im Gegensatz zu der vom BVerfG im Rahmen der „zweiten Abhörentscheidung“⁶⁹⁹ unter anderem wegen des Bezuges zu konkreten Post- und Fernmeldeverkehrsbeziehungen für verfassungsgemäß eingeordneten G 10-SFÜ, erfolgte die Erfassung im Rahmen der BNDG-SFÜ per Zufallsprinzip, vergleichbar einem „Staubsauger im Äther“⁷⁰⁰. *Dr. Klaus Kinkel*, Präsident des BND in der Zeit zwischen 1979 und 1982, hatte die für die Post- und Fernmeldeüberwachung zuständigen Kontrollgremien in den Jahren 1979 und 1980 erstmals über den technisch erweiterten Umfang der Fernmeldeaufklärung unterrichtet.⁷⁰¹ Auszugehen war jedoch davon, dass der BND bereits vor 1979 (soweit erfassbar) den über Funk abgewickelten Fernmeldeverkehr der UdSSR überwachte.⁷⁰²

Die rein auslandsbezogene SFÜ konnte somit über Jahre hinweg über das *Argument der grundrechtlichen Irrelevanz* gerechtfertigt werden. So stützte sich die Argumentation einerseits auf die grundrechtsneutrale Ausrichtung der BNDG-SFÜ, mit der ausschließlich abstrakte Sachinhalte und somit *keine personenbezogenen Kommunikationen* erfasst werden sollten.⁷⁰³ Andererseits ging es insbesondere um die nach Ansicht der Bundesregierung *territoriale Gebundenheit des Art. 10 GG*. So erwähnte die Bundesregierung im Jahre 1993 erstmals ausdrücklich, dass sie das BNDG als ausreichende Rechtsgrundlage für die ihr seit dem Jahre 1979 bekannt gewesene „anders geartete globale

⁶⁹⁶ Vgl. BT-Drs. 12/5759, S. 1.

⁶⁹⁷ In der Vergangenheit wurde begrifflich zwischen der „strategischen Überwachung“ nach dem G 10 und der „elektronischen Überwachung“ nach dem BNDG unterschieden, vgl. u.a. *Seifert* in: *Nahamowitz/Breuer* (Hrsg.) (1995), S. 301.

⁶⁹⁸ Vgl. *Seifert*, a. a. O., S. 301-302.

⁶⁹⁹ Vgl. hierzu C. 2) c) cc).

⁷⁰⁰ So die Bezeichnung von *Gerhard Güllich*, vgl. *Seifert*, a. a. O.

⁷⁰¹ Vgl. BT-Drs. 12/5759, S. 2.

⁷⁰² Mit dieser Vermutung *Seifert*, a. a. O., S. 303.

⁷⁰³ Vgl. *Seifert* in: *Kraske* (Hrsg.) (2002), S. 177.

Fernmeldekontrolle“ betrachte.⁷⁰⁴ Art. 10 GG galt danach ausschließlich für das Gebiet der BRD sowie für deutsche Staatsangehörige im Ausland.

Die Notwendigkeit eines BNDG konnte somit vor dem Hintergrund der fehlenden Eingriffsqualität bundesnachrichtendienstlicher Erhebungs- und Verarbeitungsmaßnahmen lange Zeit vermieden werden. Die sich daran anschließende rechtliche Neuorientierung im Wege des BNDG war ausschließlich der rechtlichen Neubewertung des BVerfG hinsichtlich der Eingriffsqualität staatlicher Erhebungs- und Verarbeitungsmaßnahmen geschuldet. Die Überwachung des rein auslandsbezogenen Fernmeldeverkehrs vermochte nach Ansicht der Bundesregierung daneben keinen Einfluss auf die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage zu nehmen.

b) Verbrechensbekämpfungsgesetz (1994)

Mit Artikel 13 des „*Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und anderer Gesetze*“⁷⁰⁵ (Verbrechensbekämpfungsgesetz; VerbrBekG) wurden eine Reihe von Vorschriften des G 10 verändert. Die Novellierung wurde damit begründet, dass die Überwachung des internationalen Fernmeldeverkehrs auch ermöglicht werden müsse, 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 bedrohen würden.⁷⁰⁶ Die Gesetzesnovellierung ergänzte die vorhandenen G 10-Vorschriften sowohl in thematischer als auch in personeller Hinsicht.

Aus thematischer Sicht führte das „VerbrBekG“ im Schwerpunkt zur *Befugniserweiterung* hinsichtlich der für die SFÜ als zulässig erachteten Aufklärungszwecke. Neben den ursprünglichen Aufklärungszweck „Abwehr eines bewaffneten Angriffs“ i.S.d. § 3 Abs.1 Satz 2 Nr. 1 G 10 traten fünf

⁷⁰⁴ Vgl. BT-Drs. 12/5759, S. 5.

⁷⁰⁵ BGBl. I 1990, S. 3186 ff..

⁷⁰⁶ Vgl. BT-Drs. 12/6853, S. 42.

weitere strafrechtlich relevante Verhaltensweisen⁷⁰⁷, die die Anordnung der SFÜ rechtfertigten. Die Überwachung der hinzugekommenen Themengebiete (Nr. 2 bis 6) durfte sich ausschließlich auf internationale nicht leitungsgebundene Fernmeldeverkehrsbeziehungen⁷⁰⁸ beziehen, während die Überwachung zur Abwehr eines bewaffneten Angriffs auf die BRD (Nr. 1) weiterhin sowohl drahtgebundene als auch drahtlos übertragene Fernmeldeverkehrsbeziehungen erfassen konnte. Nach der Gesetzesbegründung sollte die thematische Befugnisenerweiterung nicht zur Erweiterung des bundesnachrichtendienstlichen Aufgabenbereichs führen, sondern lediglich die Nutzungsalternativen des ihm zur Verfügung stehenden technischen Instrumentariums vergrößern.⁷⁰⁹ Daneben trug die Befugnisenerweiterung dem Umstand Rechnung, dass mit Beendigung des Kalten Krieges dem ursprünglichen strategischen Aufklärungsweck überwiegend die thematische Grundlage entzogen war. Soweit die thematischen Befugnisenerweiterungen danach die ursprüngliche Stellung und Zielsetzung des BND unverändert ließen,⁷¹⁰ so resultierte aus den neu eingeführten Gefahrentatbeständen der Nummern 2 bis 6 doch eine *beträchtliche Ausweitung der geographischen Reichweite* der Überwachung.⁷¹¹

Aus personeller Sicht führte das „VerbrBekG“ zur überwiegenden *Aufgabe der mit der SFÜ verbundenen Sachbezogenheit*, die durch das BVerfG im Rahmen seiner „zweiten Abhörentscheidung“⁷¹² noch ausdrücklich eingriffsmindernd hervorgehoben wurde. Hierzu trug einerseits die Tatsache bei, dass es technisch inzwischen möglich war, die beteiligten Fernmeldeanschlüsse über die miterfassten Verbindungsdaten zu identifizieren,⁷¹³ andererseits begrenzte §

⁷⁰⁷ Nr. 2: Gefahr der Begehung internationaler terroristischer Anschläge, Nr. 3: internationale Verbreitung von Kriegswaffen und des konventionellen Rüstungshandels i.S.d. Teils I der Ausfuhrliste, Nr. 4: Drogenexport in die Bundesrepublik Deutschland, Nr. 5: im Ausland begangene Geldfälschungen, Nr. 6: Geldwäsche im Zusammenhang mit den in den Nummern 3 bis 5 genannten Handlungen.

⁷⁰⁸ Via Satellit oder Richtfunk.

⁷⁰⁹ Vgl. BT-Drs. 12/6853, S. 42.

⁷¹⁰ So auch die Ansicht des damaligen BMI, vgl. BVerfGE 100, 313 (342).

⁷¹¹ „Während eine Kriegsgefahr seinerzeit nur aus dem Gebiet des Warschauer Paktes befürchtet wurde, sind die neuen Gefahren nicht auf ein einziges Gebiet beschränkt.“ BVerfGE 100, 313 (318-319).

⁷¹² Vgl. C. II. 2) c) cc).

⁷¹³ Vgl. BVerfGE 100, 313 (319).

3 Abs. 2 Satz 3 G 10 die Verwendung sachbezogener Suchbegriffe ausschließlich auf deutsche TK-Anschlüsse. Der BND konnte danach für die Überwachung von Fernmeldeverkehrsbeziehungen auch solche Suchbegriffe verwenden, die zu einer gezielten Erfassung und Identifizierung von Fernmeldeanschlüssen im Ausland führten, soweit ausgeschlossen werden konnte, dass es sich um Anschlüsse deutscher Staatsbürger handelte. Das zuvor noch in § 3 Abs. 2 G 10 geregelte Nachteilsverbot, nach der die aus der SFÜ erlangten Erkenntnisse nur ausnahmsweise zum Nachteil von Personen verwendet werden durften, war nach dem „VerbrBekG“ hinfällig geworden. Es bestand nach § 3 Abs. 5, Abs. 3 G 10 zukünftig vielmehr die Verpflichtung, die (zufällig) erlangten personenbezogenen Daten an weitere Sicherheitsbehörden⁷¹⁴ zum Zwecke der Verhinderung, Aufklärung oder Verfolgung dort näher bezeichneter Straftaten zu übermitteln. Der Katalog der Straftaten, die eine Verwendung personenbezogener Daten rechtfertigten war gegenüber der Ursprungsfassung erheblich erweitert worden. § 3 Abs. 8 G 10 entkräftete letztlich die bereits durch das BVerfG im Rahmen seiner „ersten Abhörentscheidung“⁷¹⁵ hervorgehobene nachträgliche Mitteilungsverpflichtung des BND. Eine nachträgliche Mitteilung konnte zukünftig unterbleiben, soweit die Daten vom BND innerhalb von drei Monaten nach Erlangung (Nr. 1) oder von der Behörde, der sie nach § 3 Abs. 5 G 10 übermittelt worden sind, innerhalb von drei Monaten nach Empfang (Nr. 2) vernichtet worden sind.

Die vorbezeichneten Novellierungen des G 10 waren in der Folge starker Kritik ausgesetzt.⁷¹⁶

Bedenken bestanden insbesondere hinsichtlich der in § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2-6 G 10 normierten Befugnisenerweiterungen, die nach überwiegender Ansicht, jedenfalls teilweise, untrennbar mit einer *bundesnachrichtendienstlichen Aufgabenerweiterung* zusammenhingen.⁷¹⁷ Die Aufgabenerweiterung führe faktisch dazu, dass der BND als ein „*verlängerter Arm der Polizei*“ agiere⁷¹⁸

⁷¹⁴ Insbesondere auch Strafverfolgungsbehörden (Staatsanwaltschaften, Polizeien).

⁷¹⁵ Vgl. hierzu C. II. c) aa).

⁷¹⁶ Vgl. hierzu u.a. die Ausführungen von *Arndt*, in: NJW 3 (1995), S. 169 ff. und *Pfeiffer*, in: ZRP 7 (1994), S. 253 ff.

⁷¹⁷ So u.a. *Huber*, in: NVwZ 4 (2000), S. 394.

⁷¹⁸ „Staatspolizei“, so *Köhler*, in: StV 7 (1994), S. 387; „Bundesgeheimpolizei?“, fragend *Roggan* in: *Roggan/Kutscha* (Hrsg.) (2006); vgl. auch *Roggan*, § 5 G 10, Rn. 24-25 m.w.N..

und somit in einem unüberwindbaren Widerspruch zum prinzipiellen Trennungsgebot⁷¹⁹ von Geheimdiensten und der Polizei agiere.⁷²⁰ Der BND werde „entgegen seiner gesetzlichen Zuständigkeit und entgegen dem verfassungsrechtlichen Trennungsgebot zu einer auf die innere Sicherheit bezogenen Geheimpolizei-Ermittlungsbehörde“⁷²¹. Darüber hinaus unterliege die gegenständliche Erweiterung der SFÜ auf allgemeine Kriminalitätsgefahren nicht der Ausnahmenorm des Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG, wonach Beschränkungen nur zum Schutz der freiheitlich demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder der Sicherung eines Landes zulässig seien.⁷²² Im Rahmen der bestehenden Übermittlungsverpflichtungen gegenüber den Strafverfolgungsbehörden müssten jedenfalls die diesen obliegenden polizei- und strafverfahrensrechtlichen Eingriffsprinzipien berücksichtigt werden.⁷²³ Darüber hinaus führe die Erweiterung der SFÜ auf den drahtlos übertragenen TK-Verkehr zu einer globalen und pauschalen Überwachung⁷²⁴, der das BVerfG im Jahre 1984 noch mit dem Verweis auf die ministerielle Bestimmung der der Überwachung konkret unterliegenden Post- und Fernmeldeverkehrsbeziehungen entgegneten konnte.⁷²⁵ Nicht zuletzt richtete sich die Kritik auch gegen den durch § 3 Abs. 2 Satz 3 G 10 vermittelten divergierenden Grundrechtsschutz von In- und Ausländern. Die Vorschrift führe dazu, dass die SFÜ für Ausländer faktisch wie eine personenbezogene Individualkontrolle wirke.⁷²⁶ Dies widerspreche jedoch sowohl dem Wesen der SFÜ, die ihrem Ursprung nach nicht zur gezielten Überwachung einzelner Telefonanschlüsse dienen solle, als auch dem personellen Schutzbereich des Art. 10 GG, der In- und Ausländer gleichermaßen unter den Schutz des Fernmeldegeheimnisses stelle.⁷²⁷

⁷¹⁹ Vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2, § 2 Abs. 3 BNDG.

⁷²⁰ Vgl. Roggan in: Roggan/Kutscha (Hrsg.) (2006), S. 431-432 m.w.N.; verstärkt wird dies noch durch die bestehende Übermittlungsverpflichtung i.S.d. § 3 Abs. 5, 3 G 10, vgl. Pfeiffer, in: ZRP 7 (1994), S. 254.

⁷²¹ BVerfGE 100, 313 (326).

⁷²² Vgl. BVerfGE 100, 313 (328-329).

⁷²³ Vgl. Müller-Terpitz, in: Jura 6 (2000), S. 298.

⁷²⁴ Vgl. Arndt, in: NJW 3 (1995), S. 171; vgl. BVerfGE 100, 313 (326).

⁷²⁵ Vgl. C. II. 2 c) cc).

⁷²⁶ Vgl. Arndt, a. a. O., S. 172; ebenso Huber, in: NVwZ 4 (2000), S. 394.

⁷²⁷ Vgl. Arndt, in: NJW 3 (1995).

c) Dritte Abhörentscheidung (1999)

Im Jahre 1999 hatte sich der Erste Senat des BVerfG im Rahmen seiner „*dritten Abhörentscheidung*“⁷²⁸ mit der Verfassungsmäßigkeit der durch das „VerbrBekG“ geänderten Befugnisse des BND zur Überwachung, Aufzeichnung und Auswertung des TK-Verkehrs sowie zur Übermittlung der daraus erlangten Daten an andere Behörden und weiterer Regelungen zu beschäftigen. Die Verfassungsbeschwerden bezogen sich im Wesentlichen auf die bereits zuvor durch die wissenschaftliche Literatur angedeuteten Kritikpunkte.

In der Zulässigkeitsprüfung behielt das BVerfG seinen im Rahmen der ersten beiden „Abhörentscheidungen“⁷²⁹ entwickelten rechtsschutzfreundlichen Kurs bei. Es verwies auf die Notwendigkeit, dass in Fällen der Unkenntnis des Betroffenseins von einer Beschränkungsmaßnahme die Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen ein Gesetz genauso zulässig sein müsse wie in Fällen, in denen die grundrechtliche Beschwer ohne vermittelnden Vollzugsakt durch das Gesetz selbst eintrete.⁷³⁰ Für die Begründung einer Verfassungsbeschwerde müsse es darüber hinaus ausreichend sein, wenn die Beschwerdeführer geltend machen können, dass sie *mit einiger Wahrscheinlichkeit* durch Maßnahmen, die auf den angegriffenen Rechtsnormen beruhen, in ihren Grundrechten *betroffen* sind.⁷³¹

In der Begründetheit überprüfte das BVerfG zunächst die Zugehörigkeit der hinzugekommen thematischen Aufklärungszwecke der § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 bis 6 G 10 zum Regelungs- und Verwendungszusammenhang der Auslandsaufklärung.

Formell betraf dies die Frage, ob sich die Befugnisweiterungen weiterhin dem Kompetenztitel des Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG⁷³² zuordnen ließen oder

⁷²⁸ BVerfGE 100, 313 ff.

⁷²⁹ Vgl. C. II. 2) c) aa) sowie C. II. 2) c) cc).

⁷³⁰ Vgl. BVerfGE 100, 313 (354) mit Verweis auf BVerfGE 30, 1 (16 f.).

⁷³¹ Vgl. BVerfGE 100, 313 (354) mit Verweis auf BVerfGE 67, 157, (170).

⁷³² „Auswärtige Angelegenheiten“. Hierunter sind „diejenigen Fragen zu verstehen, die für das Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zu anderen Staaten oder zwischenstaatlichen Einrichtungen, insbesondere für die Gestaltung der Außenpolitik, Bedeutung haben,“ vgl. BVerfGE 100, 313 (368-369).

bereits Fragen betrafen, die auf die Verhütung, Verhinderung oder Verfolgung von Straftaten als solche gerichtet waren und somit in die Zuständigkeit der Länder fielen. Im Rahmen dieser Überprüfungen berücksichtigte das BVerfG auch die bestehende Übermittlungsverpflichtung gegenüber den Strafverfolgungsbehörden.⁷³³ Der Senat stellte fest, dass die hinzugekommenen thematischen Aufklärungsfelder zwar durch bestimmte strafrechtlich relevante Verhaltensweisen geprägt waren, der BND zukünftig auch stärker in die Verbrechensbekämpfung einbezogen werden sollte, gleichzeitig jedoch nicht den ihm kompetenziell zugewiesenen Aufgabenbereich zur Auslandsaufklärung verließen. Der Bezug zur Aufklärung auswärtiger Gefahren stand nach Ansicht des Gerichts auch weiterhin im Vordergrund. Verdeutlichen tat dies nach hiesigem Verständnis insbesondere § 1 Abs. 1 Nr. 2 G 10, der die themenbezogene SFÜ ausschließlich im Rahmen der allgemeinen Aufgabenumschreibung des BND (§ 1 Abs. 2 BNDG) zuließ. Die hinzugekommenen Übermittlungspflichten änderten zur Überzeugung des Gerichts hieran nichts, soweit durch diese sichergestellt werden konnte, dass die Ermächtigungen und die auf ihnen beruhenden Maßnahmen über hinreichende Zweckbestimmungen, Zweckbindungen sowie weitere sachgerechte Schutzvorkehrungen auf die Aufgaben des BND bezogen blieben und anderweitige Verwendungsmöglichkeiten diese Primärfunktion nicht überlagerten.⁷³⁴

In materieller Hinsicht stellte der Senat fest, dass die hinzugekommenen Gefahrenfelder einem bewaffneten Angriff auf die BRD an Gewicht zwar nicht völlig gleichzustellen waren, gleichzeitig die außen- und sicherheitspolitischen Interessen der BRD jedoch ebenfalls in erheblichem Maße berühren konnten.⁷³⁵ Lediglich den in § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 G 10 geregelten „*Geldfälschungen im Ausland*“ versagte das BVerfG einen hinreichend bedeutsamen Bezug zum außen- und sicherheitspolitischen Aufklärungsauftrag des BND.⁷³⁶

⁷³³ Vgl. BVerfGE 100, 313 (372).

⁷³⁴ Zur formellen Vereinbarkeit, vgl. BVerfGE 100, 313 (368-373).

⁷³⁵ Vgl. BVerfGE 100, 313 (373, 382).

⁷³⁶ Vgl. BVerfGE 100, 313 (385).

Die Eignung der SFÜ zur Gewinnung außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamer Erkenntnisse scheiterte nach Ansicht des Gerichts nicht an der großen Streubreite der Erfassungsmethode. Denn die vorhandenen Antrags- und Anordnungsvoraussetzungen und die nachträgliche Kontrolle würden einerseits eine hinreichende, die Eignung fördernde Konkretisierung der Überwachungsmaßnahme, andererseits eine stetige Kontrolle der Überwachungsmaßnahmen ermöglichen, die auch die fortlaufende Überprüfung der weiterhin bestehenden Geeignetheit betraf.⁷³⁷

Die Erforderlichkeit der SFÜ ergab sich darüber hinaus aus fehlenden, gleich wirksamen aber die Grundrechtsträger weniger beeinträchtigenden Mitteln zur außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnisgewinnung. Insbesondere versprach die Zusammenarbeit mit denjenigen Staaten, in denen sich die Gefahrenquellen befanden, nach Ansicht des BVerfG keinen ähnlich großen Erfolg.⁷³⁸

Die SFÜ konnte durch das BVerfG letztlich auch als verhältnismäßig im engeren Sinne bewertet werden. Die Einbuße an grundrechtlich geschützter Freiheit stand nach hiesiger Auffassung nicht in einem unangemessenen Verhältnis zu den Gemeinwohlzwecken, denen die SFÜ zu dienen bestimmt war. Generell galt es hierbei sowohl die Voraussetzungen der SFÜ, die Zahl der durch sie betroffenen Grundrechtsträger sowie die Intensität der mit ihr zusammenhängenden Grundrechtsbeeinträchtigungen als auch das Gewicht und die Ziele, denen die SFÜ zu dienen bestimmt war, zu berücksichtigen. Bezüglich ersterem ergab sich nach Ansicht des BVerfG aus der SFÜ, anders als dies noch im Rahmen der „zweiten Abhörentscheidung“ festgestellt wurde, ein *schwerwiegender Eingriff in das Fernmeldegeheimnis*.⁷³⁹ Die gestiegene Grundrechtsrelevanz der SFÜ ergab sich aus der über das „VerbrBekG“ eingeführten erheblichen Ausweitung der geografischen Reichweite der SFÜ. Darüber hinaus konnte die zuvor noch überwiegend gewährte Anonymität der Kommunikation nicht mehr in derselben Weise gewährleistet werden wie zuvor. Dazu trug zum einen die technisch bedingte Miterfassung der

⁷³⁷ Vgl. BVerfGE 100, 313 (374).

⁷³⁸ Vgl. BVerfGE 100, 313 (375).

⁷³⁹ Vgl. BVerfGE 100, 313 (376).

Verbindungsdaten bei, zum anderen waren die in das Gesetz aufgenommenen Aufklärungszwecke im Unterschied zur Kriegsgefahr bereits für sich stärker subjektbezogen und konnten vielfach erst im Zusammenhang mit der Individualisierung der Kommunikationspartner die angestrebten Erkenntnisse liefern. Darüber hinaus gewann die SFÜ eine besondere Grundrechtsintensität durch die Tatsache, dass jeder Teilnehmer am internationalen TK-Verkehr der SFÜ ausgesetzt werden konnte, ohne dass dies mit seinem Verhalten in irgendeiner Weise in Beziehung gebracht werden konnte oder durch ihn veranlasst worden war. Die Befürchtung einer Überwachung ausgesetzt zu sein, konnte somit schon im Vorfeld einer tatsächlichen Überwachung gesellschaftsumfassend und somit nicht nur bei einzelnen Grundrechtsträgern zu einer Befangenheit in der Kommunikation und zu Verhaltensanpassungen führen.

Trotz dessen konnte die SFÜ nach Ansicht des BVerfG sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht weder mit einer globalen und pauschalen noch mit einer voraussetzungslosen Überwachung gleichgesetzt werden. Dazu trug aus tatsächlicher Sicht der Bezugspunkt der SFÜ in den Fällen der Nr. 2 bis 6 auf den nicht leitungsgebundenen TK-Verkehr (Satelliten, Richtfunk) bei, der im Vergleich zum leitungsgebundenen TK-Verkehr nur einen verhältnismäßig geringen Übertragungsanteil ausmachte. Aus rechtlicher Sicht sollte eine Eingrenzung sowohl über die vorhandenen, restriktiv wirkenden Voraussetzungen als auch über die verfahrensrechtlichen Antrags- und Anordnungsvoraussetzungen erfolgen. Darüber konnte sich die Angemessenheit der SFÜ aus dem hohen Gewicht der in § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 4 und Nr. 6 G 10 geregelten Aufklärungszwecke ergeben, die dem Schutze hochrangiger Gemeinschaftsgüter⁷⁴⁰ zu dienen bestimmt waren und somit eine erhebliche Bedeutung für die außenpolitische Handlungsfähigkeit und das außenpolitische Ansehen der BRD besaßen.⁷⁴¹ Letztlich trug nach

⁷⁴⁰ Vgl. BVerfGE 100, 313 (342, 382).

⁷⁴¹ Lediglich die in § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 G 10 a.F. geregelte „Geldfälschung“ kam nach Ansicht des BVerfG einer Gefahr, die in ihrer Schwere einem bewaffneten Angriff nahekommen musste oder derart gewichtige Rechtsgüter betraf wie die übrigen durch das „VerbrBekG“ eingefügten Gefahrentatbestände, nicht gleich. Dem Gesetzgeber war daher aufgegeben, den § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 G 10 a.F. durch entsprechende Eingrenzungen in einen verfassungsmäßigen Zustand zu überführen.

Auffassung des Senats auch das bestehende Verbot einer gezielten Überwachung inländischer TK-Anschlüsse zur Angemessenheit der grenzüberschreiten G 10-SFÜ bei.⁷⁴²

Im weiteren Verlauf überprüfte das BVerfG die aus § 3 Abs. 5, 3 G 10 resultierende Übermittlungsverpflichtung des BND, nach der die aus der SFÜ erlangten Daten an andere Behörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben zu übermitteln waren. Einleitend hob der Senat hierzu die große Bedeutung einer Datenübermittlung in Richtung der mit polizeilichen Aufgaben betrauten Stellen zur Aufrechterhaltung eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens hervor.⁷⁴³ Gleichzeitig verwies er jedoch darauf, dass eine dementsprechende Übermittlungsbefugnis stets spezielle Sicherheitsanforderungen vorsehen müsse, da mit der Übermittlung größere Beeinträchtigungen verbunden sein konnten als mit dem Ersteingriff.⁷⁴⁴ Vor diesem Hintergrund war ein hohes Gewicht des jeweils bedrohten Rechtsguts für die Verhältnismäßigkeit der Übermittlung zwingend geboten. Gleichzeitig hielt das Gericht fest, dass die Wahrscheinlichkeit mit der auf eine drohende oder erfolgte Verletzung geschlossen werden könnte, im Rahmen der Übermittlung umso geringer ausfallen durfte, je höher das Gewicht des bedrohten Rechtsguts zu bewerten war und je weitreichender es durch die jeweiligen Handlungen beeinträchtigt wurde. Von diesen Erwägungen ausgehend, ließ sich auch die Zulässigkeit der Verlagerung der Übermittlungsschwelle in das Gefahrenvorfeld beurteilen.⁷⁴⁵ In diesem Sinne setzte eine verfassungsmäßige Übermittlungsregelung sichtbare Differenzierungen voraus, die für die Fälle der Verhütung von Straftaten einerseits und für die Aufklärung von Straftaten andererseits unterschiedliche Konsequenzen bereithalten musste.⁷⁴⁶ In Anbetracht dessen konnte § 3 Abs. 3 Satz 1 G 10 den verfassungsrechtlichen Anforderungen nach Ansicht des BVerfG nicht vollständig gerecht werden. Dem Gesetzgeber war daher aufgegeben worden, eine zwischen den unterschiedlichen

⁷⁴² Zur Begründung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, vgl. BVerfGE 100, 313 (375 f.).

⁷⁴³ Vgl. BVerfGE 100, 313 (389) m.w.N.

⁷⁴⁴ Vgl. BVerfGE 100, 313 (392).

⁷⁴⁵ Vgl. BVerfGE 100, 313 (392).

⁷⁴⁶ Vgl. BVerfGE 100, 313 (394).

Übermittlungszwecken und Verdachtsgraden hinreichend differenzierende und somit verfassungsmäßige Regelung zu schaffen.

Ein weiterer Schwerpunkt der „dritten Abhörentscheidung“ galt der Frage der territorialen Reichweite des Art. 10 GG. Ein im Ausland lebender uruguayischer Staatsbürger trug vor, dass Art. 10 GG auch von Ausländern gegenüber Maßnahmen geltend gemacht werden können müsste, die die deutsche Staatsgewalt im Ausland durchführte.⁷⁴⁷ Das BMI entgegnete dem seinerzeit, dass die Geltendmachung der abwehrrechtlichen Dimension des Art. 10 GG einen territorial bezogenen Eingriff voraussetzen würde. Voraussetzung für die Grundrechtsgeltung sei eine die Schutzbedürftigkeit begründende Gebietsbezogenheit der eingriffsrelevanten Sachverhaltskonstellation, die im Rahmen der rein auslandsbezogenen SFÜ aber regelmäßig nicht vorhanden sei. Unabhängig hiervon käme eine Grundrechtsgeltung in rein auslandsbezogenen Sachverhaltskonstellationen nur in Fällen in Betracht, in denen sich die Ausübung deutscher Staatsgewalt im Ausland auf die Gebiets- oder Personalhoheit zurückführen ließe.⁷⁴⁸ Das BVerfG trug diesbezüglich vor, dass ein hinreichender territorialer Bezugspunkt zum Staatsgebiet der BRD jedenfalls in Fällen anzunehmen sei, in denen eine *technisch-informationelle Beziehung* zu den jeweiligen Kommunikationsteilnehmern und ein – den Eigenarten von Daten und Informationen entsprechender – *Gebietskontakt* durch die *inländische Erfassung und Aufzeichnung* des TK-Verkehrs mit Hilfe der *auf deutschem Boden stationierten Empfangsanlagen* hergestellt werde. Es konnte somit eine Entscheidung über die Frage, wie der Grundrechtsschutz im Rahmen rein auslandsbezogener, keinen Inlandsbezug aufweisender Überwachungskonstellationen zu bewerten sei, ausdrücklich offen lassen. Gleichzeitig verwies es jedoch darauf, dass der Ansatzpunkt für die Frage nach der räumlichen Geltung des Art. 10 GG grundsätzlich in *Art. 1 Abs. 3 GG* zu erblicken sei, der den Geltungsumfang der Grundrechte im Allgemeinen bestimme, gleichzeitig aber keine abschließende Festlegung über die räumliche Geltungsreichweite der Grundrechte vorsehe. Es bedürfe für die Bestimmung des Geltungsumfangs der Grundrechte danach einer ergänzenden *Abgrenzung und Abstimmung mit anderen Staaten und Rechtsordnungen*, wobei der

⁷⁴⁷ Im Ganzen, vgl. BVerfGE 100, 313 (330).

⁷⁴⁸ Vgl. BVerfGE 100, 313 (338-339).

Umfang der Verantwortlichkeit und Verantwortung deutscher Staatsorgane bei der Reichweite grundrechtlicher Bindungen ebenso zu berücksichtigen sei, wie eine *Abstimmung des nationalen Verfassungsrechts mit dem Völkerrecht*. Die territoriale Reichweite der Grundrechte müsse je nach den einschlägigen Verfassungsnormen im Einzelfall ermittelt werden, wobei *Modifikationen und Differenzierungen zulässig oder geboten* sein könnten.⁷⁴⁹

Die Frage nach der Grundrechtsrelevanz der BNDG-SFÜ, die der BND derzeit auf die allgemeine Aufgabennorm (§ 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG) stützt, blieb durch das BVerfG demnach ausdrücklich unentschieden. Gleichzeitig wurden jedoch Kriterien entwickelt, die als Orientierungshilfe für die Überprüfung dieser Frage herangezogen werden konnten.⁷⁵⁰

Für die Umsetzung der auf Grundlage dieses Urteils ergangenen verfassungsrechtlichen Vorgaben⁷⁵¹ setzte das BVerfG dem Gesetzgeber eine Frist bis zum 30. Juni 2001.⁷⁵²

d) Gesetz zur Neuregelung von Beschränkungen des Art. 10 GG (2001)

Mit dem am 29. Juni 2001 in Kraft getretenen „*Gesetz zur Neuregelung von Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses*“⁷⁵³ setzte der Gesetzgeber die Vorgaben des BVerfG aus dem Jahre 1999 um. Er nahm das Urteil dabei zugleich zum Anlass, an die Stelle des bisher geltenden G 10 ein neues Stammgesetz zu setzen,⁷⁵⁴ dass verständlicher formuliert und übersichtlicher gestaltet werden sollte.⁷⁵⁵ Das Gesetz führte zu der bis heute im Grundsatz weitestgehend unverändert gebliebenen Systematik des G 10.⁷⁵⁶

⁷⁴⁹ Im Ganzen, vgl. BVerfGE 100, 313 (362-364).

⁷⁵⁰ Vgl. hierzu insgesamt unter *D*.

⁷⁵¹ Vgl. hierzu zusammenfassend die Entscheidungsformel, BVerfGE 100, 313 (315).

⁷⁵² Vgl. BVerfGE 100, 313 (402).

⁷⁵³ BGBl. I 2001, S. 1254 ff.

⁷⁵⁴ Vgl. BT-Drs. 14/5655, S. 1, 12.

⁷⁵⁵ Vgl. *Huber*, Vorbemerkungen G 10 in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 12.

⁷⁵⁶ § 3a G 10 (Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung), § 3b G 10 (Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Personen), § 5a G 10 (Schutz des Bereichs privater Lebensgestaltung i.R.d. SFÜ) und § 7a G 10 (Übermittlungen durch den Bundesnachrichtendienst an ausländische öffentlichen Stellen) wurden mit Gesetz vom 31. Juli 2009 (BGBl. I. 2009, S. 2499) nachträglich eingefügt.

Auffälligste Neuregelungen waren die Neufassung der Gefahrentatbestände des § 3 G 10, die Erweiterung der SFÜ in den Fällen des § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2-6 G 10 auf den leitungsgebundenen Fernmeldeverkehr sowie die damit zusammenhängende Festlegung einer quantitativen Kapazitätsschranke (§ 10 Abs. 4 Satz 3 und 4 G 10), die Einfügung der Befugnis zur SFÜ bei Gefahr für Leib oder Leben einer Person im Ausland (§ 8 G 10) sowie die Einfügung der Übermittlungsregelung des § 7 G 10.

Mit der Neufassung der Gefahrentatbestände der § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 bis 6 G 10⁷⁵⁷ kam der Gesetzgeber der Forderung des BVerfG nach einer einengenden Konkretisierung des Aufklärungszwecks „Geldfälschungen im Ausland“⁷⁵⁸ nach. Zugleich nutzte er die Gesetzesnovellierung für eine *thematische Ausweitung* der durch das BVerfG für verfassungsrechtlich unbedenklich erachteten Gefahrentatbestände. Nach § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 G 10 konnte die SFÜ nun zum Zwecke des rechtzeitigen Erkennens und Begegnens von im Ausland begangener Geldfälschungen erfolgen, die zu einer Beeinträchtigung der Geldwertstabilität im Euro-Währungsraum führten. Der Gesetzgeber setzte somit die bundesverfassungsgerichtliche Vorgabe um, nach der die Verhältnismäßigkeit einer Aufklärung zu diesem Zwecke eine tatbestandliche Eingrenzung auf Fälle von Geldfälschungen großen Stils erfordere.⁷⁵⁹ Für die Gefahrentatbestände des § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, 3 und 6 G 10⁷⁶⁰ sah der Gesetzgeber demgegenüber eine thematische Ausweitung der Aufklärungsbefugnisse für erforderlich an. So bezog sich der Aufklärungszweck „internationaler Terrorismus“ (Nr. 2) nicht mehr auf „in der BRD drohende internationale terroristische Anschläge“, sondern ließ es ausreichen, wenn die „internationalen terroristischen Anschläge einen unmittelbaren Bezug zur BRD“ aufwiesen. Aufklärungsfähig waren danach zukünftig auch solche Sachverhaltskonstellationen, die auf drohende Anschläge im Ausland mit unmittelbarem Bezug zur BRD hinwiesen oder

⁷⁵⁷ Vgl. heute § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 bis 6 G 10

⁷⁵⁸ Vgl. § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 G 10 a.F.

⁷⁵⁹ Vgl. BVerfGE 100, 313 (385); hierzu auch die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, vgl. BT-Drs. 14/5655, S. 19.

⁷⁶⁰ Vgl. § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2, 3 und 6 G 10 n.F.

Aus- und Nachwirkungen in der BRD hatten.⁷⁶¹ Für den Gefahrenbereich „Proliferation“ (Nr. 3) wurde darüber hinaus die Bezugnahme auf die Ausfuhrliste I der Anlage AL zur Außenwirtschaftsverordnung aufgegeben. Die SFÜ konnte nunmehr insbesondere auch zum Zwecke des rechtzeitigen Erkennens und Begegnens drohender Zuwiderhandlungen gegen ein gesetzliches Ausfuhrverbot (§ 34 Abs. 1 Satz 2 AWG) angeordnet werden.⁷⁶² Letztlich verzichtete der Gesetzgeber im Rahmen des Aufklärungszwecks „Geldwäsche“ (Nr. 6) zukünftig auf den zuvor noch geforderten Zusammenhang zu den in Nr. 3 bis 5 geregelten Gefahrentatbeständen mit der Begründung, dass die „Geldwäsche“ eine typische Erscheinungsform der Organisierten Kriminalität (OK) darstelle und somit nicht nur im Zusammenhang mit der Proliferation oder Drogenhandel vorkomme. Der Bezug auf den bundesnachrichtendienstlichen Aufklärungsauftrag könne auch weiterhin durch den Verweis des § 1 Abs. 1 Nr. 2 G 10 auf § 1 Abs. 2 BNDG gewährleistet werden.⁷⁶³

Die SFÜ konnte thematisch uneingeschränkt zukünftig sowohl den nicht leitungsgebundenen als auch den leitungsgebundenen (kabelgestützten) TK-Verkehr betreffen. Der Gesetzgeber sah sich infolge der *zunehmenden Digitalisierung des Nachrichtenübertragungssektors* gezwungen, die bundesnachrichtendienstlichen Überwachungsbefugnisse an die tatsächlichen Gegebenheiten der internationalen TK-Übertragung anzupassen. Die nicht leitungsgebundenen Übertragungswege würden überwiegend nur noch als Auffangwege dienen. Darüber hinaus ermögliche die Übertragungsform der Paketvermittlung, dass die Datenpakete auf ihrem Weg zum Empfänger sowohl nicht leitungsgebundene als auch leitungsgebundene Übertragungswege wählen. Mit der Einengung auf den nicht leitungsgebundenen TK-Verkehr würde der BND Gefahr laufen, eine Vielzahl der relevanten TK lediglich fragmentarisch und somit nicht zielführend überwachen zu können. Um

⁷⁶¹ So z.B. in Fällen in denen terroristische Anschläge gegen im Ausland befindliche deutsche Einrichtungen, Streitkräfte oder Staatsbürger drohen oder eine Gruppe ausländischer Terroristen enge Kontakte nach Deutschland hat oder dass eine terroristische Gruppe des Auslands von Deutschland aus finanziell oder logistisch unterstützt wird. Vgl. BT-Drs. 15/5655, S. 19; vgl. auch *Huber*, in: NJW 45 (2001), S. 3298.

⁷⁶² Insbesondere die Ausfuhr von Waren mit doppeltem Verwendungszweck (sog. dual-use-Güter) betreffend, vgl. BT-Drs. 14/5655, S. 19.

⁷⁶³ Vgl. BT-Drs. 14/5655, S. 19.

zukünftig weiterhin hinreichende Erkenntnisse über die relevanten Gefahrenbereiche liefern zu können, sei es daher geboten, die SFÜ für sämtliche Fälle auf den leitungsgebundenen Verkehr auszuweiten.⁷⁶⁴ Die SFÜ bezog sich nach § 5 Abs. 1 Satz 1 G 10 daher fortan generell auf sämtliche „internationale Telekommunikationsbeziehungen, soweit eine gebündelte Übertragung erfolgt“. Zur Wahrung des strategischen Charakters der SFÜ wurde zugleich eine quantitative Kapazitätsschranke eingefügt, die sicherstellen sollte, dass der BND auch weiterhin nur einen verhältnismäßig geringen Teil der nachrichtendienstlich relevanten TK erfassen konnte.⁷⁶⁵ § 10 Abs. 4 Satz 4 G 10 stellte klar, dass der BND lediglich einen Anteil von 20 vom Hundert der auf den angeordneten Übertragungswegen zur Verfügung stehenden Übertragungskapazität überwachen durfte.

Das Instrument der SFÜ konnte zukünftig nach § 8 G 10 auch zum Zwecke des rechtzeitigen Erkennens und Begegnens einer im Einzelfall bestehenden Gefahr für Leib oder Leben einer Person im Ausland eingesetzt werden. Im Ergebnis handelte es sich hierbei um eine Individualmaßnahme, bei der sich der BND den Mitteln der SFÜ bedienen konnte.⁷⁶⁶ Die Regelung war nach Ansicht des Gesetzgebers erforderlich geworden, nachdem im Jahre 2000 auf der touristischen Insel Jolo auch deutsche Staatsbürger entführt worden waren.⁷⁶⁷ Die SFÜ sei neben den diplomatischen Bemühungen gegenüber jenem Staat, auf dessen Gebiet sich die Geiselnahme ereignete, eine wirksame Maßnahme, um Erkenntnisse z.B. über den Aufenthaltsort der Opfer oder über Verhandlungsziele der Entführer zu erlangen. Die SFÜ dürfte sich dabei nicht nur auf deutsche Staatsangehörige beziehen. Entscheidend sei vielmehr, dass die Gefährdung Belange der BRD unmittelbar in besonderer Weise berühre.⁷⁶⁸

Über § 7 G 10 setzte der Gesetzgeber die Forderung des BVerfG nach einer differenzierenden Übermittlungsregelung um, die die in präventiver und repressiver Hinsicht divergierenden Aufgabenbereiche von BND und Strafverfolgungsbehörden ebenso berücksichtigte wie die nach Ansicht des

⁷⁶⁴ Im Ganzen, vgl. BT-Drs. 14/5655, S. 17.

⁷⁶⁵ Vgl. BT-Drs. 14/5655, S. 23.

⁷⁶⁶ Vgl. *Huber*, § 8 G 10 in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 1.

⁷⁶⁷ Vgl. *Huber*, in: *NJW* 45 (2001), S. 3300; BT-Drs. 14/5655, S. 22.

⁷⁶⁸ Vgl. BT-Drs. 14/5655, S. 22.

BVerfG erforderlich gewordenen abgestuften Übermittlungsschwellen.⁷⁶⁹ Eine Datenübermittlung zur Verhinderung von Straftaten konnte nach § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 G 10 danach erfolgen, wenn „*tatsächliche Anhaltspunkte*“ für den Verdacht gegeben waren, dass eine Person Straftaten nach den §§ 129a, 146, 151-152a oder 261 StGB, §§ 34 Abs. 1 bis 4, Abs. 8, 35 AWG, §§ 19-21, 22a Abs. 1 Nr. 4, 5 und 7 KWKG oder §§ 29a Abs. 1 Nr. 2, 30 Abs. 1 Nr. 1 und 4, 30a BtMG plante oder beging. Die Übermittlung unter einer vergleichsweise niedrigen Verdachtsschwelle sei nach Ansicht des Gesetzgebers in diesen Fällen gerechtfertigt, da die dort aufgeführten Straftaten durchweg die in § 5 Abs. 1 Satz 3 G 10 angesprochenen Gefahrenbereiche berührten und damit in enger Beziehung zu den eigentlichen Erhebungszwecken standen.⁷⁷⁰ Ferner durften Daten zu „präventiven Zwecken“ übermittelt werden, wenn „*bestimmte Tatsachen*“ den Verdacht begründeten, dass jemand Straftaten, die in § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 sowie 7 und Satz 2 G 10 bzw. in § 129a Abs. 1 StGB bezeichnet waren oder Straftaten nach den §§ 130, 181, 249-251, 255, 315b Abs. 3 oder § 316a StGB plante oder beging. Nach § 7 Abs. 4 Satz 2 G 10 durften die erhobenen personenbezogenen Daten letztlich auch zum Zwecke der „*Strafverfolgung*“ an die zuständigen Behörden übermittelt werden, wenn „*bestimmte Tatsachen*“ den Verdacht begründeten, dass jemand eine in § 7 Abs. 4 Satz 1 G 10 bezeichnete Straftat beging oder begangen hatte. Die angehobene Übermittlungsschwelle der beiden letztbenannten Fälle trug nach Ansicht des Gesetzgebers einerseits dem Umstand Rechnung, dass die Erkenntnisse im Falle des § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 G 10 den Charakter von „*Zufallsfunden*“ hatten, also nicht in Beziehung zu den eigentlichen Erhebungszwecken standen. Andererseits wurde für die Fälle der Übermittlung zum Zwecke der Strafverfolgung (§ 7 Abs. 4 Satz 2 G 10) sichergestellt, dass die hohen Übermittlungsschwellen, die den Strafverfolgungsbehörden in Fällen der Erhebung dieser Daten obliegen würden (§ 100a StPO), nicht unterlaufen wurden.⁷⁷¹

Auffällig war darüber hinaus, dass der Gesetzgeber den § 3 Abs. 2 Satz 3 G 10 in identischer Form durch § 5 Abs. 2 Satz 3 G 10 übernommen hatte. Die nicht

⁷⁶⁹ Vgl. auch *Huber*, a. a. O., S. 3299.

⁷⁷⁰ Vgl. BT-Drs. 14/5655, S. 22.

⁷⁷¹ Vgl. BT-Drs. 14/5655, S. 21-22.

rechtsverbindlichen Feststellungen des BVerfG bezüglich der Geltungserstreckung des Art. 10 GG auf Ausländer in Fällen eines vorhandenen territorialen Bezugspunktes bei Vorliegen einer technisch-informationellen Beziehung zum Staatsgebiet der BRD wurden durch den Gesetzgeber gänzlich unberücksichtigt gelassen.

Die Reform des G 10 sah sich erneut vereinzelter Kritik ausgesetzt. Ansatzpunkt dieser Kritik war insbesondere die mit der Neufassung der Gefahrentatbestände des § 5 G 10 erfolgte Ausweitung der aufklärbaren Gefahrenfelder sowie die Konturlosigkeit hiermit zusammenhängender tatbestandlicher Begrenzungen. So wurden insbesondere die unbestimmten Rechtsbegriffe nicht als geeignet angesehen, eine restriktive Anwendung des eingriffsintensiven Aufklärungsinstruments der SFÜ zu gewährleisten.⁷⁷² Daneben richtete sich die Kritik gegen die gesetzgeberische Umsetzung der bundesverfassungsgerichtlichen Vorgaben im Hinblick auf die an Übermittlungen an die Strafverfolgungsbehörden zu stellenden Anforderungen. Angezweifelt wurden hierbei im Schwerpunkt die durch § 7 Abs. 4 G 10 umgesetzten Differenzierungen. Diese machten die an eine Übermittlung zu stellenden Verdachtsanforderungen⁷⁷³ nicht von der Schwere des jeweils bedrohten Rechtsguts abhängig⁷⁷⁴, sondern vielmehr von der Zugehörigkeit der dort geregelten Straftatbestände zu den bundesnachrichtendienstlichen Erhebungszwecken.⁷⁷⁵ Darüber hinaus sei nicht ersichtlich geworden, worin sich der „einfache Tatsachenverdacht“ von dem durch „bestimmte Tatsachen“ begründenden Verdacht unterscheiden sollte.⁷⁷⁶ Die gezogene theoretische Trennlinie könnte sich in der Praxis allenfalls minimal bemerkbar machen.⁷⁷⁷

⁷⁷² Mit Verweis auf das in § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 und 6 G 10 n.F. verwendete TB-Merkmal „von erheblicher Bedeutung“, vgl. *Schafranek*, in: DöV 20 (2002), S. 848-849.

⁷⁷³ „tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht“ (*Nr. 1*); „bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen“ (*Nr. 2*).

⁷⁷⁴ Nach Vorgabe des BVerfG hätte es insoweit eines Abhängigkeitsverhältnisses zwischen Verdachtsstufe und Gewichtung des bedrohten Rechtsguts bedurft. Vgl. BVerfGE 100, 313 (392).

⁷⁷⁵ Vgl. *Schafranek*, a. a. O., S. 851.

⁷⁷⁶ Neuerdings in Richtung eines klarstellenden Rangverhältnisses feststellend jedoch *Bäcker/Giesler/Harms/Hirsch/Kaller/Wolff* (2013), S. 132.

⁷⁷⁷ Vgl. *Schafranek*, in: DöV 20 (2002), S. 851.

e) Weber und Saravia / Bundesrepublik Deutschland (2006)

Im Jahre 2006 zogen die Beschwerdeführer *Weber* und *Saravia*, die bereits im Rahmen der „dritten Abhörentscheidung“ des BVerfG für eine Grundrechtsgeltung im Ausland vortrugen, mit einer Beschwerde vor den EGMR.⁷⁷⁸ Diese richteten sich gegen die durch die „dritte Abhörentscheidung“⁷⁷⁹ des BVerfG bestätigten und durch das „Gesetz zur Neuregelung von Beschränkungen des Art. 10 GG“⁷⁸⁰ übernommenen Befugnisse zur Überwachung des internationalen Fernmeldeverkehrs und der Verwertung der hieraus erlangten Erkenntnisse und rügten hiermit im Schwerpunkt Eingriffe in Art. 8 EMRK (Recht auf Privatleben) und Art. 13 EMRK (Recht auf wirksame Beschwerde).

Die Befugnisse des BND zur Überwachung des Fernmeldeverkehrs waren nach Ansicht der Beschwerdeführer geeignet, einen unerlaubten Eingriff in die territoriale Souveränität ausländischer Staaten zu begründen.⁷⁸¹ Die Bundesregierung erwiderte, dass die einschlägigen Befugnisse in völkerrechtskonformer Art und Weise „gesetzlich vorgesehen“ seien und somit nicht in die territoriale Souveränität fremder Staaten eingreifen könnten.⁷⁸² Darüber hinaus verfolgen die angegriffenen Maßnahmen auch berechtigte Ziele, deren Erreichung in einer demokratischen Gesellschaft als notwendig zu erachten sei.⁷⁸³ Unabhängig hiervon könne die Überwachung des vom Ausland aus geführten Fernmeldeverkehrs als extraterritoriale Maßnahme schon nicht der Hoheitsgewalt Deutschlands unterliegen, so dass eine konventionswidrige Beeinträchtigung der Beschwerdeführer von vornherein ausscheiden müsse.⁷⁸⁴

Der EGMR konnte die Frage der extraterritorialen Anwendbarkeit der aus Art. 8 EMRK folgenden Menschenrechtsgarantie (Privatsphäre) in der vorliegenden

⁷⁷⁸ Vgl. EGMR, Entscheidung vom 29. Juni 2006, - 54934/00 - = NJW 20 (2007), S. 1433 ff.

⁷⁷⁹ Vgl. C. II. 3) c).

⁷⁸⁰ Vgl. C. II. 3) d).

⁷⁸¹ Vgl. EGMR, NJW 20 (2007), S. 1435, Rn. 86.

⁷⁸² Vgl. EGMR, NJW 20 (2007), S. 1435, Rn. 81-83.

⁷⁸³ Vgl. EGMR, NJW 20 (2007), S. 1436, Rn. 103.

⁷⁸⁴ Vgl. EGMR, NJW 20 (2007), S. 1433, Rn. 66-68.

Entscheidung offen lassen.⁷⁸⁵ Denn die Beschwerde war bereits unzulässig, da die angegriffenen Maßnahmen gerechtfertigt waren.

Der EGMR erkannte zunächst an, dass schon in der bloßen Existenz von Rechtsvorschriften, die eine geheime Überwachung des Fernmeldeverkehrs durch den Staat gestatten, ein Eingriff in die Rechte der Beschwerdeführer nach Art. 8 EMRK gesehen werden könne, unabhängig davon, ob gegen sie tatsächlich Maßnahmen ergriffen worden seien.⁷⁸⁶ Er knüpfte hiermit an seine bereits im Jahre 1978 getroffene Entscheidung in der Sache „Klaas u.a. / BRD“⁷⁸⁷ an.

Im weiteren Verlauf lehnte der EGMR einen durch die gesetzlichen Überwachungsbefugnisse erzeugten völkerrechtlichen Verstoß gegen die territoriale Souveränität eines ausländischen Staates ab. Er hielt fest, dass ein diesbezüglicher Verstoß jedenfalls dann nicht angenommen werden könne, wenn die von ausländischen Staaten ausgehenden Signale von Überwachungsanlagen auf deutschem Gebiet kontrolliert, und die erlangten Daten in Deutschland verwendet werden würden. Die Geltendmachung eines Völkerrechtsverstoßes setze insofern einen Nachweis in Form von überzeugenden Anhaltspunkten voraus, dass die Behörden des beklagten Staates außerhalb ihres Hoheitsgebiets in einer Art und Weise vorgegangen sind, die mit der Souveränität des ausländischen Staates unvereinbar und daher als völkerrechtswidrig einzuordnen ist.⁷⁸⁸ Der EGMR kam somit um eine Entscheidung bezüglich der Frage herum, ob von einem völkerrechtlichen Verstoß gegen die territoriale Souveränität eines ausländischen Staates ausgegangen werden müsse, wenn die Überwachung und Verwertung der hieraus erlangten Daten außerhalb der Staatsgrenzen der BRD erfolge.

Darüber hinaus hielt der EGMR die durch die Beschwerdeführer konkret angegriffenen gesetzlichen Regelungen für gerechtfertigt. Er hob insbesondere hervor, dass die Voraussetzung „Vorhersehbarkeit eines Gesetzes“ nicht bedeuten könne, dass Personen in die Lage versetzt werden müssten,

⁷⁸⁵ Vgl. EGMR, NJW 20 (2007), S. 1434, Rn. 72.

⁷⁸⁶ Vgl. EGMR, NJW 20 (2007), S. 1434, Rn. 79.

⁷⁸⁷ Vgl. C. II. 2) c) bb).

⁷⁸⁸ Vgl. EGMR, NJW 20 (2007), S. 1435, Rn. 86-88.

vorherzusehen, wann die Behörden ihre Kommunikation überwachen werden, so dass sie ihr Verhalten entsprechend anpassen könnten.⁷⁸⁹ Wegen der besonderen Missbrauchsgefahr im Rahmen geheimer Kommunikations-Überwachungsmaßnahmen seien jedoch gleichzeitig spezifische Mindestgarantien zu gewährleisten, die geeignet sein müssten, einen Machtmissbrauch auf der Anwendungsebene zu vermeiden.⁷⁹⁰ Dazu stellte der EGMR fest, dass die Regelungen zur grenzüberschreitenden G 10-SFÜ jedenfalls hinreichend deutlich erkennen ließen, unter welchen Voraussetzungen die Behörden befugt seien, die angegriffenen Maßnahmen zu ergreifen.⁷⁹¹ Darüber hinaus verfolge die G 10-SFÜ nach Ansicht des EGMR auch berechtigte Ziele und sei daher nach einer Abwägung des Interesses der BRD, die nationale Sicherheit durch geheime Überwachungsmaßnahmen zu schützen, mit dem Interesse der Beschwerdeführer auf Schutz des Privatlebens auch als notwendig und somit verhältnismäßig anzusehen.

Zur Überzeugung des EGMR sah das G 10 wirksame Garantien gegen einen Missbrauch der staatlichen Überwachungsbefugnisse vor.⁷⁹² Dabei hob er zum einen diejenigen Schutzvorkehrungen besonders hervor, die die Eingriffsmaßnahmen auf ein zeitliches Maß beschränkten.⁷⁹³ Zum anderen verwies er auf die Existenz der unabhängigen Kontrollaufsicht durch die Kontrollorgane der G 10-Kommission und des PKGr.⁷⁹⁴ Die durch die Beschwerdeführer angegriffenen Vorschriften des G 10 waren nach Ansicht der EGMR in einen Regelungszusammenhang eingebettet, der angemessene und wirksame Garantien gegen einen Missbrauch der staatlichen Überwachungsbefugnisse vorsah.

Im Ergebnis konnte der EGMR daher anerkennen, dass die BRD berechtigt war, die auf den Vorschriften des G 10 beruhenden Eingriffe in das

⁷⁸⁹ Vgl. EGMR, NJW 20 (2007), S. 1435, Rn. 93.

⁷⁹⁰ Vgl. EGMR, NJW 20 (2007), S. 1435-1436, Rn. 93-95.

⁷⁹¹ Vgl. EGMR, NJW 20 (2007), S. 1436, Rn. 101.

⁷⁹² Vgl. EGMR, NJW 20 (2007), S. 1440, Rn. 137.

⁷⁹³ Vgl. EGMR, NJW 20 (2007), S. 1438, Rn. 116.

⁷⁹⁴ Vgl. EGMR, NJW 20 (2007), S. 1438, Rn. 117.

Fernmeldegeheimnis als im Interesse der nationalen Sicherheit und zur Verhütung von Straftaten für erforderlich anzusehen.⁷⁹⁵

f) Erstes Gesetz zur Änderung des G 10 (2009)

Mit dem „*Ersten Gesetz zur Änderung des Artikel 10-Gesetzes*“⁷⁹⁶ wurde der Rechtsrahmen der SFÜ letztmals maßgeblich ergänzt bzw. präzisiert.

Ausgangspunkt der Gesetzesänderung war ein Evaluierungsbericht der Bundesregierung über die Erfahrungen mit dem „Gesetz zur Neuregelung von Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses“ aus dem Jahre 2003.⁷⁹⁷ In diesem vertrat die Bundesregierung die Auffassung, dass das im Jahre 2001 novellierte G 10 den Nachrichtendiensten insgesamt hinreichende Befugnisse zur Erfüllung ihrer Aufgaben zur Verfügung stelle und dabei sowohl den veränderten technischen Gegebenheiten als auch den Anforderungen des Datenschutzes gerecht werde.

Gleichzeitig meldete die Bundesregierung jedoch weiteren Prüfbedarf hinsichtlich der Ergänzung einzelner Befugnisregelungen an.⁷⁹⁸ So kritisierte sie zunächst die weiterhin vorhandene Notwendigkeit, dass das BMI mit Zustimmung des PKGr die der Überwachung unterliegenden geografischen Regionen und Staaten im Wege einer ministeriellen Vorfeldbestimmung relevanter TK-Beziehungen festlegen müsse.⁷⁹⁹ Bestimmte Gefahrenbereiche wie der internationale Terrorismus ließen sich nicht mehr auf wenige begrenzte Gebiete der Welt beschränken. Darüber hinaus müsse im Rahmen der G 10-Anordnung ohnehin das Gebiet bezeichnet werden, über das Informationen gesammelt werden und das der Überwachung unterliegen solle. Insofern würde eine Doppelung vorliegen, der keine eigenständige praktische Kontroll- und Beschränkungsfunktion zukomme.⁸⁰⁰

⁷⁹⁵ Vgl. EGMR, NJW 20 (2007), S. 1440, Rn. 137.

⁷⁹⁶ BGBl. I 2009, S. 2499 ff.

⁷⁹⁷ Vgl. BT-Drs. 15/2042, vgl. auch *Huber*, in: NVwZ 21 (2009), S. 1323.

⁷⁹⁸ Vgl. BT-Drs. 15/2042, S. 5.

⁷⁹⁹ Vgl. § 5 Abs. 1 Satz 2 G 10.

⁸⁰⁰ Vgl. BT-Drs. 15/2042, S. 11.

Darüber hinaus regte die Bundesregierung einen neuen Gefahrentatbestand „*international organisierte Schleusung*“ an. Ein solcher Gefahrentatbestand sei erforderlich, da von den die „international organisierte Schleusung“ begleitenden Umständen in der Regel auch eine Gefährdung der Sicherheitslage im Inland ausgehe, die mittels anderer nachrichtendienstlicher Mittel nicht hinreichend aufgeklärt werden könnte.⁸⁰¹ Letztlich setzte sich die Bundesregierung auch für einen automatisierten Abgleich von den im Rahmen der SFÜ erfassten Anschlussnummern mit anderweitig bekannt gewordenen Anschlussnummern von Teilnehmern in Deutschland ein (sog. *Metadatenabgleich*). Ein solcher sei sinnvoll, da die bis dato geltende Rechtslage für die spezifische nachrichtendienstliche Relevanzüberprüfung eine manuelle Relevanzüberprüfung („*händische Relevanzüberprüfung*“) durch Mitarbeiter des BND erfordere, da in absehbarer Zeit keine Spracherkennungsprogramme zur Verfügung stünden, die zuverlässig in der Lage wären, den Inhalt eines Telefonats auf bestimmte „Hitworte“ zu durchsuchen. Über diesen Weg würden regelmäßig aber auch unbeteiligte Dritte in den nachrichtendienstlichen Fokus geraten, die sich nachweislich nichts zu Schulden kommen lassen haben. Über einen automatischen Vorabgleich mit bereits als „verdächtig“ eingestuften Anschlussnummern ließe sich die Betroffenheit unbeteiligter Dritter reduzieren.⁸⁰²

Neben diesen Reformvorschlägen enthielt der sich daran anschließende Gesetzesentwurf⁸⁰³ aus dem Jahre 2006 weitere Befugnisergänzungen sowie Präzisierungen der bereits vorhandenen Eingriffsbefugnisse. Der von der Bundesregierung zunächst noch angeregte Verzicht auf die ministerielle Vorfeldbestimmung nachrichtendienstlich relevant eingestufte TK-Beziehungen wurde im Rahmen des Gesetzesentwurfes inhaltlich nicht weiter verfolgt. Hinzu kam demgegenüber eine inhaltliche Anpassung des Gefahrentatbestands „internationaler Rauschgifthandel“ (Nr. 4) an den Wortlaut der anderen Gefahrenbereiche sowie eine ergänzende Ermächtigung zur Übermittlung der aus der SFÜ erlangten Erkenntnisse an ausländische öffentliche Stellen (§ 7a G 10). So wurde klargestellt, dass die SFÜ auch zum

⁸⁰¹ Vgl. BT-Drs. 15/2042, S. 11.

⁸⁰² Vgl. BT-Drs. 15/2042, S. 12.

⁸⁰³ Vgl. BT-Drs. 16/509.

Zwecke „internationaler Rauschgifthandel“ ausschließlich dann eingesetzt werden dürfe, wenn die Gefahrenaufklärung und -abwehr eine „erhebliche Bedeutung mit Bezug zur Bundesrepublik Deutschland“ aufweise. Der Verweis auf die strategische außen- und sicherheitspolitische Bedeutung hierdurch erlangter Erkenntnisse für die BRD sollte noch deutlicher als bisher zum Ausdruck bringen, dass Beschränkungsmaßnahmen nicht zur Bekämpfung der allgemeinen Drogenkriminalität (insbesondere Kleinkriminalität) angeordnet werden dürfe.⁸⁰⁴ Der Gesetzgeber kam hiermit letztlich mit einiger Verzögerung der im Rahmen der „dritten Abhörentscheidung“ hervorgehobenen Klarstellung des BVerfG nach, wonach die erweiterten bundesnachrichtendienstlichen Aufklärungsbefugnisse nicht dazu führen dürften, dass der BND entgegen seiner funktionellen Ausrichtung zu einer auf die „innere Sicherheit bezogenen Geheimpolizei-Ermittlungsbehörde“ werde.⁸⁰⁵ Darüber hinaus sollte die ergänzende Ermächtigung zur Übermittlung der aus der SFÜ resultierenden Erkenntnisse dem Umstand Rechnung tragen, dass im G 10 bislang keine Rechtsgrundlage vorhanden war, nach der die mit der SFÜ erlangten Erkenntnisse im Original an ausländische Stellen übermittelt werden durften. Eine solche sei jedoch erforderlich geworden, da insbesondere die Erfordernisse an die *verstärkte internationale Zusammenarbeit* erheblich gestiegen seien.⁸⁰⁶ Der Gesetzgeber trug hierdurch dem Umstand Rechnung, dass sich die nachrichtendienstliche Aufklärungstätigkeit inzwischen nicht mehr nur auf einige wenige Themen- und Krisengebiete bezog, sondern zunehmend global geprägt war und daher eines international funktionierenden Nachrichtenaustausches bedurfte.

Die durch den Gesetzesentwurf angeregten Änderungen wurden durch das im Jahre 2009 in Kraft getretene Änderungsgesetz übernommen. Die Befugnis der strategischen Überwachung zum Zwecke „*international organisierte Schleusung*“ (Nr. 7) wurde sowohl auf Fälle von „erheblicher Bedeutung mit Bezug zur Bundesrepublik Deutschland“ (lit. a-c) als auch auf Fälle des „gewerbs- und bandenmäßig organisierten Einschleusens“ begrenzt. Einzelfälle mit wenigen Beteiligten - mit Ausnahme von Schleusungen potenzieller

⁸⁰⁴ Vgl. BT-Drs. 16/509, S. 8.

⁸⁰⁵ Vgl. BVerfGE 100, 313 (326); vgl. hierzu auch C. II. 3) b).

⁸⁰⁶ Vgl. BT-Drs. 16/509, S. 10.

Mitglieder terroristischer Vereinigungen - fielen von vornherein nicht unter die neue Befugnis.⁸⁰⁷ § 6 Abs. 3 G 10 enthielt zukünftig die Befugnis für einen *automatisierten Metadatenabgleich*⁸⁰⁸, der von der Bundesregierung im Rahmen des Evaluierungsberichts zur Reduzierung manueller Verarbeitungsvorgänge von nachrichtendienstlich irrelevanten Kommunikationsvorgängen angeregt wurde. Über § 7a G 10 war es dem BND darüber hinaus möglich, die erhobenen G 10-Daten unter Berücksichtigung enger Voraussetzungen an ausländische öffentliche Stellen oder an Dienststellen der Stationierungstreitkräfte zu übermitteln.

Daneben enthielt das Änderungsgesetz im Gesetzesentwurf noch nicht vorgesehene Vorschriften zum *Schutze des Kernbereichs privater Lebensgestaltung*.⁸⁰⁹ Diese wurden durch den federführenden Innenausschuss angesichts der sich weiterentwickelnden verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ergänzend hinzugefügt.⁸¹⁰ So führte das BVerfG für die Fälle der „akustischen Wohnraumüberwachung“⁸¹¹ und später für die Fälle der sog. „Online-Durchsuchung“⁸¹² feststellend aus, dass ein nicht abwägungsfähiger Eingriff in die durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Menschenwürde vorläge, wenn der „Kernbereich privater Lebensgestaltung“ nicht respektiert würde.⁸¹³ Gleichzeitig sollte dies nicht dazu führen, dass staatlichen Stellen der Einsatz von Aufklärungsinstrumenten, mit denen nicht ausschließbar auch kernbereichsrelevante Informationen erhoben werden konnten⁸¹⁴, von vornherein verwehrt war. Es bedurfte in diesen Fällen jedoch besonderer gesetzlicher Vorkehrungen, die den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung schützten.⁸¹⁵ § 5 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 G 10 stellte daher zukünftig bereits auf der Anordnungsebene sicher, dass keine Suchbegriffe verwendet werden dürfen,

⁸⁰⁷ Vgl. BT-Drs. 16/509, S. 8.

⁸⁰⁸ Vgl. Huber, § 6 G 10 in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.) (2014), Rn. 4.

⁸⁰⁹ Vgl. auch Huber, in: NVwZ 21 (2009), S. 1323.

⁸¹⁰ Vgl. BT-Drs. 16/12448, S. 9.

⁸¹¹ Vgl. BVerfGE 109, 279 ff.

⁸¹² Vgl. BVerfGE 120, 274 ff.

⁸¹³ Vgl. BVerfGE 109, 279 (314); BVerfGE 120, 274 (335).

⁸¹⁴ So hob die Beschlussempfehlung des Innenausschusses hervor, dass bei Anordnung einer TKÜ in der Regel nicht sicher vorhersehbar sei, welche Inhalte die abgehörten Gespräche haben werden, vgl. BT-Drs. 16/12448, S. 10.

⁸¹⁵ Vgl. BVerfGE 120, 274, (336); BVerfGE 113, 348 (391); vgl. auch Hoffmann-Riem, in: JZ 21 (2008), S. 1020.

die zur Erfassung von kernbereichsrelevanten Daten führen. Das Gebot bezog sich hierbei ausschließlich auf die Verwendung inländischer TK-Anschlüsse. Dem Kernbereichsschutz ausländischer TK-Anschlüsse sollte erst auf der Auswertungsebene Rechnung getragen werden. Auf diesen bezog sich zukünftig der § 5a G 10. Stellte sich danach im Rahmen der manuellen Auswertung heraus, dass bestimmte TK-Inhalte, die durch eine Beschränkungsmaßnahme nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 G 10 erfasst worden waren,⁸¹⁶ einen kernbereichsrelevanten Inhalt aufwiesen, so durften diese nicht weiter verwertet werden (Satz 2). Soweit bereits im Rahmen der Überwachung neben einer automatischen Aufzeichnung zugleich auch eine unmittelbare Kenntnisnahme erfolgte, war die Maßnahme nach § 5a Satz 4 i.V.m. § 3a Satz 2 G 10 unverzüglich zu unterbrechen, soweit sich während der Überwachung tatsächliche Anhaltspunkte dafür ergaben, dass Inhalte, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen waren, erfasst wurden. Darüber hinaus waren die erfassten TK-Inhalte unter Aufsicht eines Bediensteten, der die Befähigung zum Richteramt haben musste, zu löschen (Satz 3). Einer solchen Löschung stand die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nach Ansicht des BVerfG nicht entgegen, da auch im Rahmen des nachträglichen Rechtsschutzes insoweit nur die Feststellung getroffen werden könne, dass das Abhören und Aufzeichnen der gelöschten Information rechtswidrig gewesen sei und eine Pflicht zur Datenvernichtung bestanden habe. Dieses Anliegen könne jedoch auch mit einer sofortigen Löschung in verfassungsrechtlich hinreichender Weise erreicht werden, wenn der Löschung die Feststellung der Behörde zu Grunde gelegt werde, dass die Aufzeichnung rechtswidrig gewesen sei.⁸¹⁷

Letztlich ergänzte der Innenausschuss den Gesetzesentwurf der Bundesregierung um eine Klarstellung der möglichen Mitteilungsausschlussgründe des § 12 G 10. Nachdem das BVerfG das Unterbleiben einer nachträglichen Nichtmitteilung im Rahmen seiner „ersten Abhörentscheidung“ im Jahre 1970 ausschließlich für Fälle als zulässig

⁸¹⁶ Der Verweis auf die in § 1 Abs. 1 Nr. 2 G 10 bezeichneten Gefahrentatbestände verdeutlichte, dass § 5a G 10 auf den Gefahrentatbestand „Gefahr eines bewaffneten Angriffs“ keine Anwendung finden sollte.

⁸¹⁷ Vgl. BVerfGE 109, 279 (332).

erachtete, in denen eine nachträgliche Mitteilung den Zweck der Beschränkungsmaßnahme gefährden könnte,⁸¹⁸ gleichzeitig für den Zweck der Nichtmitteilung jedoch fortlaufend mit dem Verweis auf das Gebot der nachrichtendienstlichen Effektivität argumentierte, stellte § 12 Abs. 1 G 10 fortan klar, dass eine nachträgliche Mitteilung auch in Fällen unterbleiben könne, in denen „*der Eintritt übergreifender Nachteile für das Wohl des Bundes oder eines Landes absehbar*“ sei. Der Innenausschuss verwies hierbei auf die Feststellungen des BVerfG, wonach ein Absehen von der Mitteilung an den Betroffenen jedenfalls auch dann zulässig sein müsse, wenn mit der „Offenlegung von Erkenntnissen oder auch von eingesetzten Methoden, die im konkreten Fall (noch) geheim gehalten werden müssten, die Aufgabenwahrnehmung gefährdet würde“⁸¹⁹.

g) BVerwG, Urteil zur G 10-SFÜ (2014)

Im Jahre 2014 hatte das BVerwG über die Zulässigkeit einer gegen die G 10-SFÜ gerichteten Feststellungsklage zu befinden. Im Schwerpunkt ging es hierbei um die Feststellung einer durch die SFÜ verursachten „*tatsächlichen Betroffenheit*“ des Klägers.

Dieser trug vor, dass es für die Zulässigkeit der Feststellungsklage schon ausreichen müsse, wenn er geltend machen könne, dass er durch die SFÜ „*mit einiger Wahrscheinlichkeit*“ in seinem Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG verletzt sei. Von einer solchen Wahrscheinlichkeit sei in seinem Falle auszugehen, da die grenzüberschreitende G 10-SFÜ durch die Verwendung tausender auch allgemein gängiger Suchbegriffe im Jahre 2010 ca. 37 Mio. „Treffer“ hervorbrachte. Da er als Rechtsanwalt und Mitglied verschiedener (deutscher und internationaler) Anwaltsorganisationen häufig auf die Kommunikation mit ausländischen Personen angewiesen sei, sei es insofern wahrscheinlich, dass auch seine anwaltliche E-Mail Korrespondenz erfasst und auf nachrichtendienstliche Relevanz hin ausgewertet worden sei.⁸²⁰

⁸¹⁸ Vgl. hierzu C. II. 2) c) aa).

⁸¹⁹ BVerfGE 100, 313 (397 f.); verweisend BT-Drs. 16/12448, S. 12.

⁸²⁰ Vgl. BVerwG, Urteil vom 28. Mai 2014, - 6 A 1.13 -, Rn. 3.

Das BVerwG führte daraufhin aus, dass die Feststellung eines „konkreten Rechtsverhältnisses“ i.S.d. § 43 Abs. 1 VwGO einen bestimmten, bereits überschaubaren Sachverhalt voraussetze, auf Grundlage dessen die Anwendung einer öffentlich-rechtlichen Rechtsnorm streitig gewesen ist. Das Rechtsmittel der Feststellungsklage dürfe nicht der Klärung abstrakter Rechtsfragen auf Grundlage eines nur erdachten oder als möglich vorgestellten Sachverhalts dienen.⁸²¹ Entscheidend sei daher der Nachweis der „tatsächlichen Betroffenheit“,⁸²² der nur dann gelingen könne, wenn die Korrespondenz des Klägers *tatsächlich erfasst* worden sei oder jedenfalls eine *hohe Wahrscheinlichkeit* hierfür bestanden hätte.⁸²³

Angesichts dessen überprüfte das BVerwG in der Folge, ob im Jahre 2010 eine oder mehrere E-Mail-Verkehre des Klägers durch die SFÜ „tatsächlich betroffen“ waren.⁸²⁴ Die Überprüfung der „tatsächlichen Betroffenheit“ erfolgte auf drei Ebenen der bundesnachrichtendienstlichen Verarbeitungspraxis. Ausgangspunkt dieser Prüfung war die Feststellung, dass ein Eingriff schon in der Erfassung selbst gesehen werden könne, insofern sie die Kommunikation für den BND verfügbar mache und die Basis des nachfolgenden Abgleichs mit den Suchbegriffen bilde.⁸²⁵ Eine „tatsächliche Betroffenheit“ des Klägers wäre danach bereits dann anzunehmen gewesen, wenn sich nachweislich eine oder mehrere E-Mail-Verkehre in der von dem TK-Dienst erstellten Überwachungskopie i.S.d. § 27 Abs. 2 TKÜV befunden hätten.⁸²⁶

Auf der ersten Ebene der bundesnachrichtendienstlichen Verarbeitung (*Verfügbarmachung der Überwachungskopie durch den TK-Dienst*) konnte der Senat nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststellen, dass sich im Jahre 2010 eine oder mehrere klägerische E-Mail-Verkehre innerhalb der Überwachungskopie befunden haben und somit in grundrechtsrelevanter

⁸²¹ Vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 21.

⁸²² Vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 35.

⁸²³ Vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 31.

⁸²⁴ Vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 20.

⁸²⁵ Vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 23; auch schon BVerfGE 100, 313 (366).

⁸²⁶ Insofern stellte das BVerwG fest, dass eine grundrechtsrelevante Erfassung bereits im Zeitpunkt der Zuleitung der Überwachungskopie an BND anzunehmen sei, BVerwG, a.a.O., Rn. 23-24.

Art und Weise erfasst worden sind. Das Gericht stellte ausdrücklich fest, dass eine bloß nicht auszuschließende Möglichkeit von der SFÜ betroffen zu sein, dem Nachweis der „tatsächlichen Betroffenheit“ nicht genügen könne.⁸²⁷

Auf Ebene zwei prüfte das BVerwG die „tatsächliche Betroffenheit“ im Zeitpunkt der ersten „händischen Relevanzüberprüfung“ i.S.d. § 6 G 10. Es stellte sich die Frage, ob über die gegebenenfalls bloß „flüchtige Erfassung“⁸²⁸ auf der ersten Ebene hinaus, eine „tiefergreifende Erfassung“ in Sachen einer automatisierten Relevanzfeststellung vorgelegen habe. Das Gericht stellte fest, dass es diese Frage schon aus tatsächlichen Gründen nicht beantworten könne. Denn es ließ sich wegen der Löschung der einschlägigen Protokolldaten nicht mehr ermitteln, ob ein TK-Verkehr des Klägers zunächst erfasst, anhand angeordneter Suchbegriffe selektiert, gem. § 6 Abs. 1 G 10 unverzüglich auf nachrichtendienstliche Relevanz überprüft und sodann, weil diese Prüfung negativ verlief, unverzüglich gelöscht wurde.⁸²⁹ Unabhängig hiervon, so führte das Gericht aus, stünden aber jedenfalls die rechtlichen Schutzvorkehrungen (Beschränkung der Überwachung auf einzelne Übertragungswege und eine lediglich begrenzte Übertragungskapazität), der Annahme einer „tatsächlichen Betroffenheit“ des Klägers entgegen. Unter Berücksichtigung dieser, weise die SFÜ im Ergebnis einen lediglich *fragmentarischen Charakter* auf.⁸³⁰ Die Wahrscheinlichkeit einer grundrechtsrelevanten Erfassung sei zu diesem Zeitpunkt der Verarbeitung nicht so hoch, dass sie als überwiegend eingestuft werden könne.⁸³¹ Ein konkretes Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 Abs. 1 VwGO konnte danach auch nicht auf Ebene zwei der bundesnachrichtendienstlichen Verarbeitungspraxis begründet werden.

Letztlich ergab sich die „tatsächliche Betroffenheit“ des Klägers auch nicht auf Ebene drei der bundesnachrichtendienstlichen Verarbeitungspraxis, d.h. nach Feststellung der nachrichtendienstlichen Relevanz der erfassten TK-Verkehre. Der BND konnte insoweit glaubhaft mitteilen, dass sich kein TK-Verkehr des

⁸²⁷ Vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 25.

⁸²⁸ Vgl. hierzu auch *D. II. 2) a) und b)*.

⁸²⁹ Vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 27.

⁸³⁰ Vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 28-29.

⁸³¹ Vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 28, 30.

Klägers unter denjenigen befand, die sich im Ergebnis als nachrichtendienstlich relevant erwiesen haben und vom BND weiterverarbeitet worden sind.⁸³²

Der Kläger vermochte den erforderlichen Nachweis einer „tatsächlichen Betroffenheit“ somit im Ergebnis nicht zu führen. Die Feststellungsklage war demnach bereits unzulässig,⁸³³ so dass es keiner abschließenden Entscheidung darüber bedurfte, ob die SFÜ infolge der erheblichen Ausweitung der Überwachungsbefugnisse, der inzwischen größeren Überwachungs- und Auswertungskapazitäten des BND sowie mangels effektiver gesetzlicher Vorkehrungen zur Eingrenzung des Umfangs der Überwachung gegen das Übermaßverbot staatlichen Handelns verstieß.⁸³⁴

Auffällig war an der Entscheidung des BVerwG, dass sich der klägerische Vortrag bezüglich der Zulässigkeit der Klage im Wesentlichen auf die im Rahmen der „zweiten Abhörentscheidung“⁸³⁵ vorgenommenen Ausführungen des BVerfG bezog. So hatte das BVerfG im Jahre 1984 festgestellt, dass es für die Annahme der Beschwerdebefugnis im Rahmen der Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde ausreichen müsse, wenn der Bürger darlegen könne, dass er mit „einiger Wahrscheinlichkeit“ durch die ministerielle Anordnung in seinem Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG verletzt sei, da es ihm anderweitig in der Regel nicht gelingen werde, den Nachweis über die tatsächliche Betroffenheit zu führen. Die Unzulässigkeit der Klage verdeutlichte, dass die Zulässigkeit der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage gegen eine geheime SFÜ-Maßnahme des BND grundsätzlich anders zu beurteilen ist, als die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde gegen das ihr zugrunde liegende Gesetz. Während für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde eine „gewisse Wahrscheinlichkeit“ der Betroffenheit für ausreichend erachtet wird, wird für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage eine „tatsächliche Betroffenheit“⁸³⁶ vorausgesetzt, deren Nachweis im Rahmen der SFÜ nur schwer zu führen sein wird.

⁸³² Vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 26.

⁸³³ Vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 14.

⁸³⁴ Zum Vortrag des Klägers, vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 4-5.

⁸³⁵ Vgl. hierzu C. II. 2) c) cc).

⁸³⁶ Vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 35.

Da die von einer SFÜ-Maßnahme (möglicherweise) betroffenen Personen auf diesem Wege faktisch direkt an das BVerfG verwiesen werden, wird dieser Rechtspraxis jüngst Kritik entgegnet. So verstoße eine solche Praxis nach *Schantz* gegen die übliche Arbeitsteilung zwischen Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit.⁸³⁷ Nach Ansicht des BVerwG sei dies jedoch schon aufgrund der rechtlichen Unabhängigkeit der Prozessordnungen gerechtfertigt. Danach müsse es den jeweiligen Prozessordnungen überlassen bleiben, die Voraussetzungen und Bedingungen des Zugangs zum Gericht auszugestalten, soweit hierdurch der Anspruch des Einzelnen auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise beeinträchtigt werde.⁸³⁸ Das Verwaltungsprozessrecht sei in diesem Sinne gerade darauf ausgerichtet, Popularklagen nichtbetroffener Dritter auszuschließen sowie justizielle Entscheidungsressourcen auf tatsächlich vorhandene – statt lediglich hypothetische – Streitfälle zu konzentrieren.⁸³⁹ Die mit der Voraussetzung einer „tatsächlichen Betroffenheit“ verbundenen Schwierigkeiten, den verwaltungsgerichtlichen Rechtsweg gegen eine SFÜ-Maßnahme zu bestreiten, könnten durch die Kontrollbefugnisse des unabhängigen und parlamentarisch bestellten Ersatzkontrollorgans der G 10-Kommission effektiv kompensiert werden. Durch die Existenz eines hinreichend kompensatorisch wirkenden Ersatzkontrollorgans könne der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG hinreichend Rechnung getragen werden.⁸⁴⁰

h) Verfassungsschutzreform (2015)

Mit dem am 03. Juli 2015 verabschiedeten „*Gesetzesentwurf zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes*“⁸⁴¹ (Verfassungsschutzreform) wurde die Zentralstellenfunktion des BfV näher ausgeformt und die Analysefähigkeit sowie die Zusammenarbeit zwischen den

⁸³⁷ Vgl. *Schantz*, in: NVwZ 13 (2015), S. 876.

⁸³⁸ Vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 36 m.w.N.

⁸³⁹ Vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 37.

⁸⁴⁰ Vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 40.

⁸⁴¹ Vgl. BT-Drs. 18/4654.

Sicherheitsbehörden verbessert.⁸⁴² Obwohl sich die mit dem Gesetzesentwurf einhergehenden Reformierungen in unmittelbarer Anwendung lediglich an das BfV als nachrichtendienstliche Zentralstelle richteten, gewann das Reformpaket durch entsprechende Querverweisungen auch für die SFÜ-Praxis des BND an Bedeutung. Das Reformpaket trug dem bereits einleitend hervorgehobenen „Stammgesetzcharakter“ des BVerfSchG⁸⁴³ Rechnung. Darüber hinaus würdigte das Reformpaket die aktuellen internationalen Bedrohungsszenarien und eröffnete dem BND eine weitere strategische Überwachungsbefugnis.

Über den Querverweis in § 5 Abs. 2 Satz 2 BNDG auf § 13 Abs. 4 BVerfSchG ist der BND künftig auf einer rechtsklaren Grundlage zu einer *elektronischen Aktenführung* ermächtigt. Allerdings findet nach § 13 Abs. 4 BVerfSchG der § 5 Abs. 2 Satz 2 BNDG mit der einschränkenden Maßgabe Anwendung, dass die Erforderlichkeit der elektronischen Akten für die Aufgabenerfüllung spätestens nach 10 Jahren zu überprüfen ist und somit nicht, wie für das BfV in § 13 Abs. 2 Satz 2 BVerfSchG vorgeschrieben, spätestens nach fünf Jahren. Eine Fristsetzung sei laut Gesetzesentwurf, anders als bei einer Papierakte des BND, grundsätzlich erforderlich, um dem höheren Gefährdungspotential einer elektronischen Akte (e-Akte) für die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen gerecht zu werden.⁸⁴⁴ Über die im Übrigen verlängerte Speicherungsbeugnis müsse aber dem strategischen und typischerweise längerfristig ausgerichteten Tätigkeitsfeld des BND Rechnung getragen werden. So hebt der Gesetzesentwurf ausdrücklich hervor, dass eine fundierte Beurteilung der politischen Entwicklungen im Ausland regelmäßig nur in Fällen möglich sei, in denen die personenbezogenen Daten zu relevanten Akteuren als Hintergrund- und Detailwissen länger als fünf Jahre zur Verfügung stehen. Darüber hinaus sei die verlängerte Speicherungsbeugnis auch vor dem Hintergrund gerechtfertigt, dass die BND-Akten einen deutlich *weniger stark ausgeprägten Personenbezug* aufweisen und daher ein als niedriger einzuschätzendes

⁸⁴² Vgl. BT-Drs. 18/4654, S. 18.

⁸⁴³ Vgl. hierzu oben *B. II. 3*).

⁸⁴⁴ Die größere datenschutzrechtliche Sensitivität ergebe sich aus der Möglichkeit einer automatisierten Recherchierbarkeit, vgl. BT-Drs. 18/4654, S. 37.

Gefährdungspotential für den Betroffenen im Falle ihrer Verwendung besitzen.⁸⁴⁵

Der neue § 9 Abs. 1 BNDG, der die Übermittlung von Informationen einschließlich personenbezogener Daten an inländische öffentliche Stellen regelt, trägt nunmehr stärker den sich grundsätzlich unterscheidenden Tätigkeitsfeldern von Nachrichtendiensten und Polizeibehörden Rechnung. Der Gesetzesentwurf folgt damit den im Rahmen des Urteils des ATDG gemachten Vorgaben des BVerfG, wonach der Austausch von Daten zwischen den Nachrichtendiensten und den Polizeibehörden für ein mögliches operatives Tätigwerden grundsätzlich einem „herausragenden öffentlichen Interesse“ dienen muss.⁸⁴⁶ § 9 Abs. 1 BNDG i.V.m. § 19 Abs. 1 Satz und 3 BVerfSchG sieht daher die dieser Entscheidung gerecht werdenden, spezifizierten Übermittlungsschwellen vor. Die Übermittlung von Informationen einschließlich personenbezogener Daten darf nur noch erfolgen, wenn der Empfänger die Daten für „erhebliche Zwecke“ der öffentlichen Sicherheit (§ 9 Abs. 1 Satz 1 BNDG) benötigt⁸⁴⁷, die Abwehr „erheblicher“ Gefahren⁸⁴⁸ oder die Verhütung oder Verfolgung von „erheblichen Straftaten“⁸⁴⁹ zu besorgen ist oder der Empfänger die Daten zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder sonst für „erhebliche Zwecke“ der öffentlichen Sicherheit benötigt⁸⁵⁰. Der Gesetzgeber passte danach die Übermittlungsschwellen weitestgehend, wenn auch nicht vollständig,⁸⁵¹ den Befugnissen der Datenempfänger zur Anwendung besonderer Mittel der Datenerhebung an.

Aus thematischer Sicht erweiterte das Reformpaket den thematischen Anwendungsbereich der G 10-SFÜ um einen weiteren Aufklärungszweck. Nach § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 8 G 10 ist die grenzüberschreitende G 10-SFÜ künftig auch zum Zwecke der Sammlung von Informationen über Sachverhalte, deren Kenntnis notwendig ist, um die Gefahr des

⁸⁴⁵ Vgl. BT-Drs. 18/4654, a.a.O.

⁸⁴⁶ Vgl. BVerfGE 133, 277 (329); vgl. hierzu auch schon *B. III. 4) c)*.

⁸⁴⁷ Vgl. § 9 Abs. 1 Satz 1 BNDG.

⁸⁴⁸ Vgl. § 9 Abs. 1 Satz 2 BNDG i.V.m. § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BVerfSchG.

⁸⁴⁹ Vgl. § 9 Abs. 1 Satz 2 BNDG i.V.m. § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und 4 BVerfSchG.

⁸⁵⁰ Vgl. § 9 Abs. 1 Satz 2 BNDG i.V.m. § 19 Abs. 1 Satz 3 BVerfSchG.

⁸⁵¹ „Verfassungsrechtlich bedeutungslos“, zu den Gründen, vgl. *Marschollek*, in: NJW 50 (2015), S. 3614.

„internationalen kriminellen, terroristischen oder staatlichen Angriffs mittels Schadprogrammen oder vergleich schädlich wirkenden informationstechnischen Mitteln auf die Vertraulichkeit, Integrität oder Verfügbarkeit von IT-System in Fällen von erheblicher Bedeutung mit Bezug zur Bundesrepublik Deutschland“ rechtzeitig zu erkennen und einer solchen Gefahr zu begegnen, zulässig. Über die Erweiterung des thematischen Aufklärungskatalogs soll den sog. neuen Gefahren des Cyberraums Rechnung getragen werden und dem BND die Möglichkeit gegeben werden, Cyber-Angriffe in Form von Cyber-Spionage, Cyber-Ausspähung oder Cyber-Sabotage wirkungsvoll zu begegnen. Wie schon im Rahmen der Befugnisweiterungen des „VerbrBekG“⁸⁵² wurde auch im Rahmen der Begründung zum Gesetzesentwurf der Verfassungsschutzreform besonderer Wert darauf gelegt, hervorzuheben, dass mit der thematischen Aufklärungserweiterung keine Aufgabenerweiterung selbst erfolgt, sondern die Befugnisse vielmehr an die sich dynamisch entwickelnden internationalen Bedrohungsszenarien angepasst werden. So soll sich der neue Aufklärungsansatz schon deswegen im Rahmen des allgemeinen Aufklärungsauftrags des BND nach § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG halten, da der BND hierdurch einen Beitrag zum Ausbau der IT-Sicherheit bei Unternehmen sowie für einen verstärkten Schutz der Bürgerinnen und Bürger in einem sicheren Netz leisten kann.⁸⁵³

Parallel zu der zuvor bezeichneten Erweiterung des thematischen Aufklärungsansatzes, erhielt der BND durch das Reformpaket ergänzende Befugnisse zur Übermittlung der aus der G 10-SFÜ zum Zwecke des § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 8 G 10 resultierenden personenbezogenen Daten an das BfV und den MAD,⁸⁵⁴ an das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI),⁸⁵⁵ an die mit nachrichtendienstlichen Aufgaben betrauten ausländischen öffentlichen Stellen⁸⁵⁶ sowie an die Dienststellen der Stationierungstreitkräfte⁸⁵⁷. Durch die zugleich mit der Erweiterung des

⁸⁵² Vgl. hierzu C. 3) b).

⁸⁵³ Vgl. BT-Drs. 18/4654, S. 41.

⁸⁵⁴ Vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 3 G 10.

⁸⁵⁵ Vgl. § 7 Abs. 4a G 10.

⁸⁵⁶ Vgl. § 7a Abs. 1 G 10.

⁸⁵⁷ Vgl. § 7a Abs. 2 G 10.

Aufklärungskatalogs ergänzten Übermittlungsbefugnisse soll nach der Begründung des Gesetzesentwurfs dem Umstand Rechnung getragen werden, dass ein effektives Begegnen von Cybergefahren nur durch einen wirksamen nationalen und internationalen Informationsverbund entgegengewirkt werden kann.⁸⁵⁸

Der Gesetzgeber bemühte sich im Rahmen der Verfassungsschutzreform nach alldem ersichtlich darum, einen gerechten Ausgleich zwischen der nachrichtendienstlichen Effektivität (Befugnisserweiterungen) und den mit der zunehmenden Automatisierung einhergehenden größeren Gefährdungspotentialen für das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen (insb. restriktive Speicherungs-, Prüf- und Löschungsfristen) herbeizuführen.

i) NSA-UA (2014-2016)

Nach den Enthüllungen des „Whistleblowers“ *Edward Snowden* im Jahre 2013 beschäftigt sich seit März 2014 der NSA-UA⁸⁵⁹ mit der nachrichtendienstlichen Internet- und Telekommunikationsüberwachungspraxis der sog. „Five Eyes“⁸⁶⁰ und des BND für den Zeitraum ab dem Jahre 2001. Nach dem Themenkomplex III des Einsetzungsantrags stellen sich hierbei insbesondere Fragen nach Empfehlungen für rechtliche und technische Veränderungen am deutschen System der nachrichtendienstlichen Auslandsüberwachung, der Übermittlung, der Entgegennahme und des Austausches von Informationen mit ausländischen Sicherheitsbehörden.⁸⁶¹

Zu den wesentlichen Erkenntnissen des NSA-UA zählen bis dato die über die Zeugenaussagen ersichtlich gewordenen strukturellen Defizite innerhalb der

⁸⁵⁸ Vgl. BT-Drs. 18/4654, S. 41-42.

⁸⁵⁹ Vgl. den Einsetzungsantrag der Fraktionen CDU/CSU, SPD, DIE LINKE und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 18.03.2014, BT-Drs. 18/843.

⁸⁶⁰ Nachrichtendienste der Vereinigten Staaten von Amerika, des Vereinigten Königreichs, Kanadas, Australiens und Neuseelands.

⁸⁶¹ Vgl. BT-Drs. 18/843, S. 4.

internationalen Kooperationspraxis mit anderen Partnerdiensten (insb. NSA)⁸⁶² sowie diejenigen bundesnachrichtendienstlichen Rechtsansichten, die offenbaren, dass der BND die in Art. 10 GG verbürgten Garantien in rein auslandsbezogenen SFÜ-Konstellationen für nicht anwendbar hält. So wurde deutlich, dass der BND zur Rechtfertigung der Nichtgeltung des Art. 10 GG in reinen Auslandskonstellationen Argumentationsmuster vertritt, die BND-intern als „Weltraumtheorie“ oder „Theorie des virtuellen Auslands“ bezeichnet werden.⁸⁶³ So steht die bereits an vorheriger Stelle hervorgehobene „Weltraumtheorie“⁸⁶⁴ für die Annahme, dass die Erfassung der rein auslandsbezogenen TK-Verkehre im Rahmen der satellitengestützten SFÜ bereits am TK-Satelliten selbst und somit außerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes erfolgt. Demgegenüber konnte der BND mithilfe der „Theorie des virtuellen Auslands“ einen reinen Auslandsbezug der sog. „Transitverkehre“ und somit eine grundrechtsirrelevante Datenerfassung in Fällen der kabelgestützten und aus dem Inland heraus erfolgenden SFÜ rechtfertigen. Der BND hatte sich in der Vergangenheit hierfür einer G 10-Anordnung bedient und sich somit letztlich die Verpflichtung zur Mitwirkung des TK-Betreibers unter dem Vorwand einer grundrechtsrelevanten G 10-Überwachung erschlichen.⁸⁶⁵

Der öffentliche Diskurs über die zuvor erwähnten Rechtspraktiken des BND, die in Politik und Rechtswissenschaft teils erheblich auf Kritik gestoßen sind,

⁸⁶² So zeigte sich, dass der bundesnachrichtendienstliche Suchbegriffsabgleich in weiten Teilen auch über amerikanische Suchbegriffe erfolgte, die von den Amerikaner zunächst auf speziellen Servern hinterlegt und anschließend von Mitarbeitern des BND in die Erfassungssysteme eingepflegt wurden, vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/14, NSA-UA, S. 31; Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/26, NSA-UA, S. 60. Dabei verstieß ein Großteil der Suchbegriffe gegen deutsche und europäische Interessen und stand somit im Widerspruch zur deutschen-amerikanischen Kooperationsvereinbarung aus dem Jahre 2002 (Memorandum of Agreement) als auch im Widerspruch zu dem aus § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG resultierenden Aufklärungsauftrag des BND, vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/11, NSA-UA, S. 173; vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/14, NSA-UA, S. 21; hierzu grundsätzlich auch *Graulich* (2015), S. 206, 211-212.

⁸⁶³ Vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/28, NSA-UA, S. 66; Vorläufiges Stenografisches Protokoll 18/41, NSA-UA, S. 121.

⁸⁶⁴ Vgl. hierzu schon *B. III. 2) e) bb*.

⁸⁶⁵ Vgl. hierzu schon *C. I. 2) b)*.

fürte dazu, dass sich aktuell eine grundlegende rechtliche Reform des BND abzeichnet.⁸⁶⁶

j) Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes (2016)

Unmittelbar vor Abschluss dieser Arbeit veröffentlichte die Bundesregierung im Juni 2016 den „*Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes*“⁸⁶⁷ (Gesetzesentwurf des Bundeskanzleramtes; BNDG-E). Mit dem Gesetzesentwurf sollen die bestehende Rechtslage präzisiert und spezielle rechtliche Grundlagen für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung sowie eine diesbezügliche Kooperation mit ausländischen öffentlichen Stellen anderer Staaten geschaffen werden.⁸⁶⁸

Der Gesetzesentwurf sieht zum Zwecke der Übersichtlichkeit eine Unterteilung des BNDG in sieben Abschnitte vor.⁸⁶⁹ Die für die vorliegende Arbeit interessanten und auffälligsten Regelungen des BNDG-E befinden sich im Abschnitt zwei. Dieser sieht klarstellende Regelungen für *die aus dem Inland heraus erfolgende rein auslandsbezogene BNDG-SFÜ* vor, die der BND derzeit als eine besondere Form der Datenerhebung noch auf § 3 BNDG stützen muss. Die Regelungen des zweiten Abschnitts (§§ 6 ff. BNDG-E) sollen den § 3 BNDG (§ 5 BNDG-E) als *lex-specialis* Regelungen ersetzen und nach dem insoweit ausdrücklichen Anliegen des Entwurfs – nicht zuletzt für die mit der Aufgabe der strategischen Fernmeldeaufklärung betrauten

⁸⁶⁶ Vgl. hierzu die konkreten Reformvorschläge von der SPD-Bundestagsfraktion (2015); *Löning* (2015); Reformbedarf sehen ebenfalls insb. *Bäcker* (2014), S. 16 ff; *Huber*, in: NJW 35 (2013), S. 2575 ff.; *Caspar*, in: PinG 1 (2014), S. 3 ff.; *Lampe*, in: NStZ 7 (2015), S. 371 ff.

⁸⁶⁷ Gesetzesentwurf des Bundeskanzleramtes (2016), abrufbar unter: https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2016/06/2016-06-28-entwurf-bnd-gesetz.pdf;jsessionid=9A834DF59F4487FCB0328B10160A04DF.s2t1?__blob=publicationFile&v=1., (04.08.2016).

⁸⁶⁸ Vgl. Gesetzesentwurf des Bundeskanzleramtes, S. 1.

⁸⁶⁹ *Abschnitt 1*: Organisation, allgemeine Befugnisse des Bundesnachrichtendienstes; *Abschnitt 2*: Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung; *Abschnitt 3*: Datenverarbeitung; *Abschnitt 4*: Übermittlungen und gemeinsame Dateien; *Abschnitt 5*: Gemeinsame Bestimmungen; *Abschnitt 6*: Straf- und Bußgeldvorschriften; *Abschnitt 7*: Schlussvorschriften.

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des BND – die Rechtsklarheit und Rechtssicherheit mit dem Einsatz des SFÜ gewährleisten.⁸⁷⁰

Beibehalten werden soll auch weiterhin die grundsätzliche Differenzierung zwischen einer grundrechtirrelevanten und einer grundrechtsrelevanten rein auslandsbezogenen BNDG-SFÜ. Die rein auslandsbezogene BNDG-SFÜ (vom Ausland aus und daher grundrechtsirrelevant) soll auch künftig weiterhin auf Grundlage des § 1 Abs. 2 BNDG durchzuführen sein. Mit dem BNDG-E werden damit – mit einer nicht zu rechtfertigenden Verspätung – lediglich die Mindestvorgaben des BVerfG aus der „*dritten Abhörentscheidung*“ aus dem Jahre 1999 umgesetzt. In dieser hielt das BVerfG ausdrücklich fest, dass eine Grundrechtsgeltung in rein auslandsbezogenen Überwachungskonstellationen anzunehmen sei, wenn ein hinreichender territorialer Bezugspunkt zum Staatsgebiet der BRD gegeben ist. Ein hinreichender territorialer Bezugspunkt zum Staatsgebiet der BRD musste danach jedenfalls in Fällen der inländischen Erfassung und Aufzeichnung des TK-Verkehrs mit Hilfe der auf deutschem Boden stehenden Empfangsanlagen angenommen werden.⁸⁷¹ Ein mit den G 10-Überwachungskonstellationen identischer Grundrechtsstandard wird mit dem Gesetzesentwurf demgegenüber nicht bezweckt. Das ergibt sich einerseits schon aus dem Regelungsort der Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung im BNDG, andererseits aus den von den einschlägigen Regelungen der G 10-SFÜ deutlich abweichenden Tatbestands- und Verfahrensvoraussetzungen der BNDG-SFÜ.

So unterscheiden sich die in § 6 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BNDG-E geregelten Aufklärungszwecke⁸⁷² in ihrer Reichweite deutlich von den Aufklärungszwecken der G 10-SFÜ. Einen ausdrücklichen Themenbezug sieht der Gesetzesentwurf für außereuropäische Überwachungsziele nicht vor.

⁸⁷⁰ Vgl. Gesetzesentwurf des Bundeskanzleramtes, S. 32, 1.

⁸⁷¹ Vgl. BVerfGE 100 313 (362 ff.), vgl. hierzu auch schon C. II. 3) c).

⁸⁷² Nr. 1: Frühzeitiges Erkennen und Begegnen von Gefahren für die innere oder äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland; Nr. 2: Wahrung der Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland; Nr. 3: Gewinnung von Erkenntnissen von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung über Vorgänge, 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 der Wirtschaft und Energie und dem Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung bestimmt werden.

Vielmehr werden die Aufklärungszwecke in generalklauselartiger Art und Weise umschrieben. Eine Konkretisierung des Aufklärungsbedarfs im Sinne einer Erforderlichkeit von themenspezifischen Informationen einschließlich personenbezogener Daten soll dem APB der Bundesregierung vorbehalten bleiben, das das BKamt im Einvernehmen mit den zuständigen Bundesministern festlegt.⁸⁷³ Etwas anderes gilt gem. § 6 Abs. 3 Nr. 1 und 2 BNDG-E lediglich für die Auswahl und den Einsatz von Suchbegriffen, die zu einer gezielten Erfassung von europäischen Aufklärungszielen⁸⁷⁴ führen. Solche Suchbegriffe sollen grundsätzlich nur in Fällen eingesetzt werden dürfen, in denen es um Gefahren im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 3 G 10 geht (Nr. 1). Eine Ausnahme hiervon soll gelten, soweit ausschließlich Daten über Vorgänge in Drittstaaten gesammelt werden sollen, die von besonderer Relevanz für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland sind (Nr. 2). Über den besonderen Schutz von europäischen Aufklärungszielen versucht die Bundesregierung danach ersichtlich dem aus Art. 18 Abs. 1 AEUV resultierenden Diskriminierungsverbot gerecht zu werden.

Der Gesetzentwurf führt mit dem Begriff des „Telekommunikationsnetzes“ in § 6 Abs. 1 BNDG-E eine aus dem TKG (§ 3 Nr. 27 TKG) stammende Begrifflichkeit ein. Hiermit verbunden ist eine im Vergleich zur G 10-SFÜ deutlich erweiterte Überwachbarkeit von Übertragungsstrecken. Denn während die G 10-SFÜ über § 10 Abs. 4 S. 2 und 3 G 10 einerseits auf bestimmte Übertragungswege, d.h. konkrete Satelliten- oder Kabelverbindungen zu beschränken ist, andererseits nur ein bestimmter Anteil der auf diesen Übertragungswegen vermittelten TK überwacht werden darf, soll die aus dem Inland heraus erfolgende BNDG-SFÜ nach dem Gesetzesentwurf, entsprechend der Legaldefinition in § 3 Nr. 27 TKG, künftig die *Gesamtheit von Übertragungssystemen und gegebenenfalls Vermittlungs- und Leitweegeinrichtungen sowie anderweitige Ressourcen* betreffen. Eine die Überwachung begrenzende prozentuale Kapazitätsbeschränkung ist nicht

⁸⁷³ Vgl. hierzu schon oben *B. III. 1*).

⁸⁷⁴ Einrichtungen der europäischen Union, öffentliche Stellen ihrer Mitgliedsstaaten, Unionsbürgerinnen oder Unionsbürger.

vorgesehen.⁸⁷⁵ Danach kann künftig nicht nur eine bestimmte Art von Übertragungswegen überwacht werden, sondern ein ganzes Übertragungsnetz und zwar unabhängig von der jeweiligen Übertragungsart⁸⁷⁶. Selbst wenn die zu überwachenden Telekommunikationsnetze im Wege eines Antrags- und Anordnungsverfahrens unter Beteiligung des BKamt (§ 6 Abs. 1 S. 2 BNDG-E) und des Behördenleiters (§ 9 Abs. 1 und 2 BNDG-E) konkretisiert werden müssen, so ebnet die vorgesehenen Regelungen – vorbehaltlich der dem BND tatsächlich zur Verfügung stehenden Überwachungsressourcen – doch den Weg in eine gesetzlich vorgesehene Totalüberwachung rein auslandsbezogener TK-Verkehre.

Diesem wird weiter Vorschub geleistet, indem der Gesetzesentwurf zwei weitere, vorher nicht bekannte Überwachungsarten ausdrücklich für zulässig erklärt. Dabei handelt es sich um die sog. „Eignungsprüfungsüberwachung“ gem. § 12 BNDG-E und die sog. „Kooperationsüberwachung“ gem. §§ 13 ff. BNDG-E. Im Rahmen der sog. „Eignungsprüfungsüberwachung“ soll der BND künftig zur Bestimmung geeigneter Suchbegriffe (§ 12 Abs. 1 Nr. 1 BNDG-E) oder zur Bestimmung geeigneter Telekommunikationsnetze (§ 12 Abs. 1 Nr. 2 BNDG-E) für Maßnahmen der aus dem Inland heraus erfolgenden BNDG-SFÜ nach § 6 BNDG-E Informationen einschließlich personenbezogener Daten aus Telekommunikationsnetzen erheben und auswerten dürfen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass in dem zu prüfenden Telekommunikationsnetz geeignete Daten übertragen werden (§ 12 Abs. 2 BNDG-E). Die „Eignungsprüfungsüberwachung“ („Eignungsprüfungs-SFÜ“) lässt sich in diesem Sinne als „Vorab-SFÜ“ zwecks Steigerung der Effektivität der BNDG-SFÜ im eigentlichen Sinne beschreiben. Vergleichbare Regelungen im G 10 fehlen. Insbesondere bleibt offen, warum die aus dem Inland heraus erfolgende BNDG-SFÜ hinsichtlich der Relevanzfeststellung geeigneter Suchbegriffe und Übertragungstrecken anders zu behandeln ist, als die G 10-SFÜ.⁸⁷⁷ Die geplanten Regelungen zur „Kooperationsüberwachung“

⁸⁷⁵ Diese wird als nicht erforderlich angesehen, da der BND aus tatsächlichen Gründen nur einen sehr geringen Anteil der weltweiten TK erfassen kann, vgl. Gesetzesentwurf der Bundeskanzleramts, S. 41.

⁸⁷⁶ Z.B. Satellitenverkehre, Richtfunkverkehre, Kurzwellenverkehre, Kabelverkehre.

⁸⁷⁷ Für die G 10-SFÜ ist hierbei insbesondere der in § 6 Abs. 3 G 10 geregelte sog. „Metadatenabgleich“ hervorzuheben.

(Kooperations-SFÜ) betonen die besondere Bedeutung der internationalen Zusammenarbeit mit anderen EU-Partnern oder NATO-Mitgliedsstaaten und sollen dem BND künftig per Gesetz die Befugnis erteilen, im Rahmen der rein auslandsbezogenen SFÜ in einen engen, internationalen Informationsverbund zu treten, der vom Grundsatz der Wechselseitigkeit geprägt sein muss. Die §§ 13 ff. BNDG-E sollen dabei lex-specialis Regelungen zu den §§ 6 ff. BNDG-E⁸⁷⁸ darstellen. Die „Kooperationsüberwachung“ wird an tatbestandliche Voraussetzungen geknüpft, die den Voraussetzungen der G 10-SFÜ nicht ganz fern liegen. So muss die Kooperations-SFÜ stets die in § 13 Abs. 4 Nr. 1 bis 7 BNDG-E⁸⁷⁹ normierten Aufklärungsziele verfolgen, die sich teilweise in vergleichbarer Form auch im Regelungsrahmen des § 5 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 bis 8 G 10 wiederfinden lassen. Dabei ist sicherzustellen, dass die aus der Kooperations-SFÜ gewonnenen Informationen einschließlich personenbezogener Daten und die Verwendung der Suchbegriffe in Einklang mit den außen- und sicherheitspolitischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland stehen (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNDG-E) und die aus dem Inland heraus erfolgende SFÜ im Rahmen einer Kooperation nach § 13 BNDG-E ausschließlich durch den BND selbst erfolgt (§ 14 Abs. 3 BNDG-E). Durch die umfangreichen Regelungsbemühungen zur Kooperations-SFÜ wird deutlich, dass die Bundesregierung der Kooperations-SFÜ im Vergleich zur einfachen BNDG-SFÜ nach den §§ 6 ff. BNDG-E ein erhöhtes Eingriffsrisiko beimisst.

Die Kontrolle der aus dem Inland heraus erfolgenden BNDG-SFÜ nach den §§ 6 ff. BNDG-E bzw. den §§ 13 ff. BNDG-E soll künftig durch ein Unabhängiges Gremium (UGr) erfolgen, bestehend aus zwei BGH-Richtern und einem Bundesanwalt (§ 16 BNDG-E). Neben das PKGr, den BfDI und der G 10-Kommission soll nach der Intention der Bundesregierung demnach ein viertes externes Kontrollorgan treten. Aus der Gesetzesystematik des

⁸⁷⁸ Vgl. Gesetzesentwurf des Bundeskanzleramtes, S. 48.

⁸⁷⁹ *Nr. 1:* Erkennung und Begegnung von Gefahren durch den internationalen Terrorismus; *Nr. 2:* Erkennung und Begegnung von Gefahren durch die illegale Verbreitung von Massenvernichtungs- und Kriegswaffen; *Nr. 3:* Unterstützung der Bundeswehr und Schutz der Streitkräfte der an der Kooperation beteiligten Staaten; *Nr. 4:* Krisenhafte Entwicklungen im Ausland; *Nr. 5:* Gefährdungs- und Sicherheitslage von deutschen Staatsangehörigen sowie von Staatsangehörigen der an der Kooperation beteiligten Staaten im Ausland; *Nr. 6:* Politische, wirtschaftliche oder militärische Vorgänge im Ausland, die von außen- und sicherheitspolitische Bedeutung sind; *Nr. 7:* Vergleichbare Fälle.

Gesetzesentwurfs ergibt sich dabei, dass sich die Zuständigkeit des UGr ausschließlich auf die aus dem Inland heraus erfolgende rein auslandsbezogene BNDG-SFÜ erstrecken soll. Anderenfalls ließe sich die strikte Trennung zwischen den allgemeinen Befugnissen des BND in Abschnitt eins und den konkreten Befugnissen im Rahmen der Ausland-Ausland-Aufklärung sowie dem Regelungsort des UGr in Abschnitt zwei nicht erklären. Die auf Grundlage des § 1 Abs. 2 BNDG erfolgende BNDG-SFÜ soll der BND nach dem eindeutigen Willen der Bundesregierung auch weiterhin in Eigenregie durchführen können. Hinsichtlich der Vorab-Kontrolle von strategischen Überwachungsmaßnahmen nach den §§ 6 ff. BNDG-E bzw. §§ 13 ff. BNDG-E gleichen die Kompetenzen des UGr den Kontrollbefugnissen der G 10-Kommission. Nach § 6 Abs. 4 BNDG-E, der gem. § 14 Abs. 2 BNDG-E auch im Rahmen der Kooperations-SFÜ entsprechende Anwendung finden soll, hat das UGr über die Zulässigkeit und Notwendigkeit von Überwachungsanordnungen des BKamt regelmäßig noch vor deren Vollzug zu entscheiden. Ähnlich wie in § 15 Abs. 6 S. 2 G 10 soll ein Vollzug jedoch auch schon vor Unterrichtung in den sog. Gefahr-im-Verzug-Fällen möglich sein, d.h. wenn das Ziel der Maßnahme ansonsten vereitelt oder wesentlich erschwert würde (§ 9 Abs. 4 S. 3 BNDG-E). In diesen Fällen ist die Unterrichtung der UGr unverzüglich nachzuholen (§ 9 Abs. 4 S. 4 BNDG-E).

Nach einer ersten Bewertung des Gesetzesentwurfs bleibt die Erkenntnis, dass jedenfalls für die aus dem Inland heraus erfolgenden rein auslandsbezogenen Überwachungsmaßnahmen eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden soll. Dies mag gerade im Vergleich zu den Rechtspraktiken anderer Staaten ein großer Fortschritt sein. Zugleich drängt sich aber der Eindruck auf, dass sich an der derzeitigen Rechtspraxis des BND auch künftig nicht viel ändern wird. Dazu trägt einerseits die Tatsache bei, dass die aus dem Ausland heraus erfolgende BNDG-SFÜ weiterhin ohne rechtliche Restriktionen durchgeführt werden soll, andererseits ist davon auszugehen, dass die auf den Weg gebrachte BND-Reform lediglich dazu dient, das zuvor rechtswidrige Handeln des BND nachträglich zu legalisieren. Wesentliche Kompensationsfaktoren, die für die Durchführung der G 10-SFÜ prägend sind und die vom BVerfG auch als entscheidend für die verfassungsmäßige Bewertung der SFÜ hervorgehoben worden, bleiben von dem Gesetzesentwurf unberücksichtigt. So

fehlt es der BNDG-SFÜ nach den §§ 6 ff. BNDG-E schon an hinreichenden Zweckbestimmungen. Der Aufklärungskatalog des § 6 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BNDG-E ist gänzlich unbestimmt und einer weiten Auslegung zugänglich. Die Konkretisierung im Rahmen des APB genügt den Anforderungen an eine hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage keinesfalls. Ebenfalls fehlt es an einer Kapazitätsbeschränkung, die eine flächendeckende Überwachung ausschließen kann. Die Begründung des Gesetzesentwurfs, wonach es einer rechtlichen Kapazitätsbeschränkung schon aufgrund der tatsächlich nur eingeschränkt zur Verfügung stehenden Überwachungsressourcen des BND nicht bedürfe, überzeugt nicht. Schon vor dem Hintergrund des stetigen technischen Fortschritts, der auch vor den technischen Erfassungssystemen und –kapazitäten des BND nicht halt machen wird, ist eine Kapazitätsbeschränkung innerhalb der aus dem Inland heraus erfolgenden BNDG-SFÜ angezeigt. Nicht zuletzt lässt der Gesetzesentwurf auch ein System von Mitteilungsregelungen vermissen. Eine Mitteilung an Betroffene, ähnlich wie in § 12 G 10, ist nicht vorgesehen. Der Auskunftsanspruch nach § 22 BNDG-E kann den Mangel an Rechtsschutzmöglichkeiten der Betroffenen im Anwendungsbereich der SFÜ schon deswegen nicht hinreichend kompensieren, da die TK-Teilnehmer regelmäßig nicht von ihrer Betroffenheit erfahren werden.

Der im Vergleich zu dem G 10-Regelungsapparat deutlich abweichende Gesetzesentwurf ist insoweit die Folge der weiterhin bestehenden Rechtsansicht in Regierungskreisen, wonach der Grundrechtsstandard in rein auslandsbezogenen Überwachungskonstellationen gegenüber Überwachungskonstellationen mit einem territorialen Bezugspunkt zum Staatsgebiet der BRD deutlich abgemindert bzw. nicht existent ist. Ob diese Rechtsansicht Bestand haben kann, wird im Abschnitt *D.* eingehend überprüft werden.

k) Zwischenergebnis

Die historische Entwicklung des Rechtsrahmens der SFÜ wurde in der Zeit zwischen 1990 bis 2016 vor allem durch die technischen Fortschritte auf dem Gebiet der Informationsübertragung und die diesen Aspekt berücksichtigenden gerichtlichen Entscheidungen beeinflusst.

So machte das „Volkszählungsurteil“ des BVerfG aus dem Jahre 1983 eine rechtliche Grundlage für sämtliche Formen der Datenerhebung- und Verarbeitung erforderlich, die zuvor sowohl aus tatsächlichen als auch aus rechtlichen Gründen zumindest teilweise als nicht geboten bzw. erforderlich angesehen wurde. Etwa drei Jahre nach Verabschiedung des BNDG im Jahre 1990 wurde der Öffentlichkeit erstmals bekannt, dass der BND neben der grenzüberschreitenden G 10-SFÜ noch eine weitere „anders geartete Fernmeldekontrolle“ praktizierte, für deren Durchführung das BNDG nach Ansicht der Bundesregierung eine ausreichende Rechtsgrundlage zur Verfügung stellte (BNDG-SFÜ). Die diesbezügliche Einlassung der Bundesregierung aus dem Jahre 1993 war zugleich Ausdruck der sich bis heute gehaltenen Rechtsansicht des BND, wonach die rein auslandsbezogene BNDG-SFÜ (Routineaufklärung) nicht am Schutzbereich des Art. 10 GG zu messen ist.

Mit dem „VerbrBekG“ im Jahre 1994 erfolgte eine erhebliche Ausweitung der bundesnachrichtendienstlichen Aufklärungsbefugnisse. Diese wurde erforderlich, nach dem nach Beendigung des Kalten Krieges der ursprüngliche Aufklärungszweck der SFÜ überwiegend fortgefallen war und neu aufkommende internationale Bedrohungsszenarien den sicherheitspolitischen Handlungsapparat zunehmend vor neue Herausforderungen stellte. Neben einer thematischen Erweiterung des Aufklärungsansatzes trat eine rechtliche Neuorientierung der SFÜ, die technikbedingt zum Verlust der überwiegenden Sachbezogenheit der SFÜ führte. In der Konsequenz gewann das Aufklärungsinstrument der SFÜ eine erhöhte grundrechtliche Eingriffsintensität, die durch die hinzugekommenen ergänzenden Übermittlungsbefugnisse weiter verstärkt wurde.

Das BVerfG urteilte im Jahre 1999, dass die grenzüberschreitende G 10-SFÜ in ihrem erweiterten Umfang trotz der insoweit inzwischen anders zu beurteilenden Eingriffsintensität überwiegend mit der Verfassung im Einklang stand. Die Verfassungsmäßigkeit ergab sich nach Ansicht des Gerichts insbesondere vor dem Hintergrund der in effektiver Form vorhandenen Verfahrens- und Kontrollvorschriften des G 10 sowie über die Hervorhebung der erheblichen Bedeutung der neu hinzugekommenen Aufklärungszwecke für

die außen- und sicherheitspolitische Handlungsfähigkeit der BRD. Nachbesserungsbedarf sah man im Kern lediglich hinsichtlich des Aufklärungszwecks „Geldfälschung“ sowie hinsichtlich der bestehenden Übermittlungsregelungen in Richtung der mit polizeilichen Aufgaben betrauten Stellen, die den grundsätzlich unterschiedlichen Aufgabenzuschnitten von Nachrichtendiensten und Polizeibehörden nicht vollends gerecht wurden. In der Konsequenz führte die Erweiterung des G 10-Katalogs und die darauf bezogene Bestätigung des BVerfG, dass sich die neu hinzugekommenen Gefahrenfelder weiterhin dem Aufgabenfeld des BND zuordnen ließen dazu, dass der BND seine geografischen und themenbezogenen Zugriffsmöglichkeiten auch im Rahmen der rein auslandsbezogenen SFÜ beträchtlich ausweiten konnte, ohne dass hierfür eine der G 10-Kontrolle vergleichbare Kontrollsystematik vorhanden war.⁸⁸⁰

Mit dem „Gesetz zur Neureglung von Beschränkungen des Art. 10 GG“ aus dem Jahre 2001 wurden die bundesverfassungsgerichtlichen Vorgaben aus dem Jahre 1999 im Wege einer „Rundumerneuerung“ des G 10 berücksichtigt und in den Gesetzestext integriert. Neben eine punktuelle Ausweitung der bereits bestehenden thematischen Aufklärungsfelder und eine vom BVerfG geforderte Präzisierung des Gefahrenabwehrzwecks „Geldfälschungen“ trat insbesondere auch eine differenzierende Übermittlungsregelung, die die in präventiver und repressiver Hinsicht divergierenden Aufgabenbereiche von BND und Strafverfolgungsbehörden ebenso berücksichtigte wie die nach Ansicht des BVerfG erforderlich gewordenen abgestuften Übermittlungsschwellen. Zugleich konnte die Überwachung der im Jahre 1994 hinzugekommenen thematischen Aufklärungsfelder zukünftig auch den nicht leitungsgebundenen TK-Verkehr betreffen.

Im Jahre 2009 wurde das G 10 über das „Erste Gesetz zur Änderung des G 10“ letztmalig entscheidend konkretisiert und um einige Vorschriften ergänzt. Auffälligste Neuregelungen waren die Erweiterung der strategischen Aufklärungszwecke um den Gefahrentatbestand „international organisierte Schleusung“, die Befugnis zur Übermittlung personenbezogener Daten an die mit nachrichtendienstlichen Aufgaben betrauten ausländischen öffentlichen

⁸⁸⁰ Vgl. *Seifert* in: *Kraske* (Hrsg.) (2002), S. 181.

Stellen sowie die im Zuge der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung erforderlich gewordenen Klarstellungen zum Schutze des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung.

Das Urteil des BVerwG aus dem Jahre 2014 verdeutlichte die Schwierigkeiten, über das Rechtsmittel der Feststellungsklage den verwaltungsprozessualen Rechtsweg gegen eine strategische Beschränkungsmaßnahme des BND zu bestreiten. Es zeigte sich, dass der Nachweis der „tatsächlichen Betroffenheit“ nur in seltenen Ausnahmefällen gelingen kann. Die Möglichkeit, den verwaltungsprozessualen Rechtsweg gegen eine strategische Beschränkungsmaßnahme zu bestreiten, wird danach unter strengere Voraussetzungen gestellt als die Möglichkeit, gegen die ihr zugrundeliegenden Rechtsgrundlagen den Weg über die Verfassungsbeschwerde zu gehen.

Mit der „Verfassungsschutzreform“ aus dem Jahre 2015 wurde der Aufklärungskatalog des G 10 um einen weiteren Aufklärungszweck (internationale Cybergefahren) ergänzt. Die Verfassungsschutzreform bezweckte, ebenso so schon wie das „VerbrBekG“ aus dem Jahre 1994, keine bundesnachrichtendienstliche Aufgabenerweiterung als solche, sondern eine gesetzliche Anpassung der Überwachungsbefugnisse an die sich dynamisch entwickelnden internationalen Bedrohungsszenarien zwecks Wahrung einer zukünftigen bundesnachrichtendienstlichen Handlungseffektivität.

Die bisherigen Erkenntnisse aus dem NSA-UA konnten teils schwerwiegende strukturelle und organisatorische Defizite in der nachrichtendienstlichen Kooperationspraxis zwischen dem BND und der NSA aufzeigen. Darüber hinaus wurde deutlich, dass die rein auslandsbezogene SFÜ des BND (BNDG-SFÜ) nicht am grundrechtlichen Schutzstandard des Art. 10 GG gemessen wird.

Die sich abzeichnende BND-Reform wird der letztgenannten Rechtsansicht aller Voraussicht nach gesetzlichen Ausdruck verleihen. Mit dem „Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes“ soll lediglich die aus dem Inland heraus erfolgende BNDG-SFÜ auf eine gesetzliche Grundlage gestellt werden. Dabei bleiben die grundsätzlichen Wertentscheidungen des Art. 10 GG auch in dieser Überwachungskonstellation weiterhin unberücksichtigt. Das verdeutlicht

einerseits der Regelungsort im BNDG, andererseits die fehlende Zitierung des Art. 10 GG im Rahmen des BNDG-E. Die aus dem Ausland heraus erfolgende BNDG-SFÜ soll demgegenüber auch künftig allein auf Grundlage der allgemeinen Aufgabennorm des § 1 Abs. 2 BNDG durchgeführt werden können.

4) Zusammenfassung

Die historische Untersuchung des Rechtsrahmens der SFÜ konnte aufzeigen, dass die gesetzliche Entwicklung maßgeblich durch die Einflussfaktoren „*technischer Fortschritt*“, „*außen- und sicherheitspolitische Rahmenbedingungen*“ sowie „*gerichtliche Vorgaben*“ geprägt wurde.

Die technischen Entwicklungen auf dem Gebiet des Nachrichtenübertragungssektors (*Digitalisierung*) hatten zur Konsequenz, dass die TK-Inhalte nicht mehr zwangsläufig über national abgegrenzte physische Leitungen übertragen, sondern mitunter über internationale Übertragungswege geleitet werden. Unter Berücksichtigung der zunehmenden territorialen Ungebundenheit der TK-Vorgänge „haben sich die empirischen Grundlagen von Kommunikation gegenüber früheren Zeiten verändert“.⁸⁸¹ Die *Rechtsansicht der territorialen Gebundenheit des Art. 10 GG*, die sich in Zeiten entwickelte, in denen die Kommunikation weit überwiegend auf dem territorial gebundenen Postwege bzw. über territorial gebundene physische TK-Leitungen vermittelt wurde, musste folglich auf Sachverhalte Anwendung finden, die eine territoriale Gebundenheit nicht mehr gewährleisteten. Verbunden waren hiermit zwangsläufig Rechtsunsicherheiten, die sich heute insbesondere in der Diskussion über die territoriale Reichweite des Art.10 GG zeigen.

Die dynamischen außen- und sicherheitspolitischen Rahmenbedingungen erforderten darüber hinaus flexible gesetzliche Anpassungen an den jeweils vorherrschenden tatsächlichen Aufklärungsbedarf. Vor diesem Hintergrund sind die teilweise als erheblich einzustufenden Befugnisweiterungen des BND auf dem Gebiet der strategischen Auslandsüberwachung aus außen- und

⁸⁸¹ Hoffmann-Riem (2014), S. 10.

sicherheitspolitischer Sicht überwiegend selbsterklärend. Die zunehmende Globalisierung und die damit einhergehende Internationalität der die bundesdeutsche Außen- und Sicherheitspolitik bedrohenden Gefahrenfelder erforderte dementsprechend eine Abkehr von der eindimensionalen Überwachung zum Zwecke des rechtzeitigen Erkennens und Begegnens einer aus der ehemaligen Sowjetunion herrührenden Kriegsgefahr und eine Neuausrichtung der SFÜ zum Zwecke der Überwachbarkeit mehrdimensionaler internationaler Gefahrenfelder. Für die Ausrichtung der grenzüberschreitenden G10-SFÜ gewannen die vorherrschenden außen- und sicherheitspolitischen Rahmenbedingungen darüber hinaus bereits zu einem Zeitpunkt an Bedeutung, in dem gesetzliche Überwachungsbefugnisse noch nicht einmal existent waren. Insofern hatten bereits die politischen Umstände der unmittelbaren Nachkriegszeit, insbesondere die Übernahme der obersten Regierungsgewalt durch die alliierten Siegermächte und die damit zusammenhängenden Vorgaben für die Übernahme der alliierten Überwachung durch deutsche Stellen, für die Gestaltung des ursprünglichen und auch heute noch erkennbaren G 10-Rechtsrahmens eine maßgebliche Bedeutung.

Letztlich besaß die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung einen entscheidenden Einfluss für den derzeitigen Rechtsrahmen der SFÜ. Die Urteile lieferten neben verbindlichen Vorgaben für eine zukünftig verfassungsgemäße Ausgestaltung der strategischen Überwachungsregelungen nebst Begleitmaßnahmen insbesondere auch eine Klarstellungswirkung in Richtung der grundsätzlichen Notwendigkeit strategischer Überwachungsmaßnahmen für die Sicherheitsgewährleistung der BRD. Das BVerfG stand hierbei vor der Herausforderung, die Verfassungsmäßigkeit des Regelungsapparates unter Berücksichtigung der fortschreitenden technischen Entwicklungen neu zu bewerten und angesichts der ansteigenden Eingriffsintensität der SFÜ durch verstärkte Verfahrens- und Kontrollregelungen zu legitimieren. Die grundsätzliche Bedeutung der Aufklärungsfunktion der SFÜ wurde durch das BVerfG hierbei zu keiner Zeit ernsthaft in Zweifel gezogen.

D. Grundrechtsrelevanz der rein auslandsbezogenen SFÜ

Die zunehmende Technisierung der nachrichtendienstlichen Arbeitsmethoden und Vorgehensweisen in Kombination mit der seit jeher bestehenden extraterritorialen Ausrichtung der SFÜ stellt die rechtliche Bewertung der Grundrechtsrelevanz der SFÜ vor neue Herausforderungen. Sowohl die grenzüberschreitende als auch die rein auslandsbezogene Datengenerierung kann heutzutage in weiten Teilen technikbedingt umgesetzt werden, ohne dass es hierfür eines unmittelbaren menschlichen Beitrags bedarf. Reicht der technische Fortschritt über die innerstaatlichen Grenzen hinaus, so kann dies Spielräume zugunsten unterschiedlicher rechtlicher Bewertungen eröffnen, die sowohl durch die technischen Besonderheiten als auch durch den extraterritorialen Charakter der Beschränkungsmaßnahmen beeinflusst werden.

Die nachfolgenden Ausführungen widmen sich der Grundrechtsrelevanz der rein auslandsbezogenen SFÜ aus nationalrechtlicher Sicht. Untersucht werden neben den grundrechtlichen Bindungen des BND in rein auslandsbezogenen Überwachungskonstellationen auch diejenigen technischen Einflussgrößen, die für die Bewertung der Grundrechtsrelevanz der SFÜ eine besondere Bedeutung besitzen. Eine extraterritorial zu verstehende Grundrechtsbindung des BND hätte für die bestehende BND-Rechtspraxis erhebliche Auswirkungen. Die rein auslandsbezogene SFÜ bedürfte in diesem Falle eines dem einfachen Gesetzesvorbehalt des Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG gerecht werdenden Eingriffsgesetzes.

Das BVerfG stellte in seiner „dritten Abhörentscheidung“⁸⁸² aus dem Jahre 1999 fest, dass ein (reiner) Auslandsbezug prinzipiell geeignet sein könne, gewisse Modifikation und Differenzierungen staatlicher Grundrechtsbindungen im Rahmen rein auslandsbezogener Überwachungskonstellationen zu rechtfertigen. Gleichzeitig entwickelte das Gericht spezifische Rechtskriterien, mithilfe derer sich eine etwaig erforderliche Minderung des innerstaatlichen Grundrechtsstandards begründen ließe. Der Ausgangspunkt für die

⁸⁸² Vgl. hierzu C. II. 3) c).

Überprüfung der Frage nach der räumlichen Geltungsbereichweite des Art. 10 GG sei danach in Art. 1 Abs. 3 GG zu erblicken, der für sich allein jedoch noch keine abschließende Aussage über die Geltungsbereichweite treffen könne. Die konkrete territoriale Reichweite der Grundrechte müsse vielmehr *grundrechtsspezifisch* und *im Einzelfall* ermittelt werden. Potentiell erforderliche „Grundrechtsminderungen“ müssten sich aus einer ergänzenden *Abgrenzung und Abstimmung mit anderen Staaten und Rechtsordnungen* ergeben, wobei der *Umfang der Verantwortlichkeit und Verantwortung deutscher Staatsorgane* bei der Reichweite grundrechtlicher Bindungen ebenso zu berücksichtigen sei, wie eine *Abstimmung des nationalen Verfassungsrechts mit dem Völkerrecht*.

Die durch das BVerfG aufgestellten Kriterien werden nachfolgend in die Grundrechtsprüfung der rein auslandsbezogenen SFÜ integriert und hinterfragt, ob vor diesem Hintergrund grundrechtliche Anpassungen im Einzelfall der rein auslandsbezogenen SFÜ geboten erscheinen. Ergänzend wird hierbei das *„Kriterium der bundesnachrichtendienstlichen Handlungseffektivität“* berücksichtigt, dass nach Ansicht des Verfassers ebenso geeignet ist, gegebenenfalls erforderlich werdende „Grundrechtsminderungen“ zu rechtfertigen.

I. Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG

Die schutzbereichsrechtlichen Ausführungen gliedern sich vorliegend in den sachlichen, territorialen und persönlichen Schutzbereich des Art. 10 GG. Die Dreiteilung ist erforderlich, um sowohl den verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt der SFÜ als auch die Reichweite der grundrechtlichen Bindungen staatlicher Stellen im Anwendungsbereich des Art. 10 GG positiv festzustellen.

1) Sachlicher Schutzbereich des Art. 10 GG

Das Fernmeldegeheimnis schützt die Vertraulichkeit der mit Einrichtungen, Netzen und anderen Übertragungswegen vermittelten elektronischen

Kommunikation.⁸⁸³ Das Grundrecht knüpft somit anders als das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht an einen konkreten Personenbezug an, sondern ausschließlich an das zur Vermittlung eingeschaltete Übertragungsmedium⁸⁸⁴. Art. 10 Abs. 1 GG schützt allein die „Vertraulichkeit des Mediums“⁸⁸⁵, nicht hingegen das Vertrauen in den Kommunikationsteilnehmer.⁸⁸⁶ Es besteht insofern ein formaler Anknüpfungspunkt.⁸⁸⁷ Sinn und Zweck dieses formalen Anknüpfungspunkts bestehen darin, individuelle Kommunikationen, die wegen der räumlichen Distanz zwischen den Beteiligten auf einen durch Dritte hergestellten Übermittlungsvorgang angewiesen sind, vor den Gefahren zu schützen, die gerade aus dem Übermittlungsvorgang und der Entstehung fremder Übermittler resultieren.⁸⁸⁸ Der Meinungs- und Informationsaustausch mittels TK-Anlagen soll nicht deshalb unterbleiben oder nach Form und Inhalt verändert werden, weil sich staatliche Stellen möglicherweise Kenntnis über die Kommunikationsbeziehungen oder Kommunikationsinhalte verschaffen können (Einschüchterungseffekt).⁸⁸⁹ Geschützt werden ausschließlich Übermittlungen an einen individuellen Empfänger (individuelle Kommunikationen) und somit insbesondere nicht an jedermann adressierte Inhalte des Internets.⁸⁹⁰ In diesem Sinne sind etwa Kommunikationsvorgänge, die sich über offene und allgemein zugängliche Foren vollziehen, nicht durch den sachlichen Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG geschützt. Darüber hinaus kann sich der (sachliche) Schutzbereich nur auf verfestigte, objektiv schutzgeeignete und gesicherte TK-Verbindungen beziehen. Der Schutz von „Verborgenen“ setzt in diesem Sinne einen „verbergenden“ Übertragungsweg notwendig voraus. Was technisch so anfällig und unvollkommen ist, dass es einer öffentlichen Kommunikation mit allgemeiner Teilnahmemöglichkeit

⁸⁸³ Vgl. *Badura*, Art. 10 GG in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.) (2014), Rn. 29.

⁸⁸⁴ Vgl. *Gusy*, Art. 10 GG in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.) (1999), Rn. 40.

⁸⁸⁵ *Gusy*, a. a. O., Rn. 42.

⁸⁸⁶ So auch *Durner*, Art. 10 GG in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.) (2010), Rn. 50.

⁸⁸⁷ Vgl. BVerfGE 106, 28 (37); verweisend *Badura*, Art. 10 GG in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.) (2014), Rn. 29; vgl. auch *Horn* in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.) (2009), Rn. 98.

⁸⁸⁸ Vgl. *Horn*, a. a. O.

⁸⁸⁹ Vgl. BVerfGE 100, 313 (359); BVerfGE 107, 299 (313); vgl. auch *Jarass*, Art. 10 GG in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.) (2014), Rn. 1; *Schantz*, in: NVwZ 13 (2015), S. 875.

⁸⁹⁰ Grundsätzlich *Gusy*, Art. 10 GG in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.) (1999), Rn. 43; vgl. auch *Jarass*, Art. 10 GG in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.) (2014), Rn. 6 m.w.N.

entspricht (elektronisch offen liegendes System) lässt sich ebenso wenig dem Geheimnisschutz zuordnen wie ein lauter Zuruf, der für jedermann hörbar ist.⁸⁹¹ Aus dem formalen Anknüpfungspunkt an den technischen Vorgang der Übermittlung folgt weiterhin, dass neben den Kommunikationsinhalten, gleich ob privater, geschäftlicher, politischer oder sonstiger Natur⁸⁹², auch die näheren Umstände der TK, also insbesondere Name, Adresse und Standort der Teilnehmer, Ort, Uhrzeit, Dauer, Häufigkeit sowie Art und Weise der Kommunikation geschützt sind.⁸⁹³ Vom sachlichen Schutzbereich sind also insbesondere auch die Verkehrsdaten bzw. Verbindungsdaten (§ 3 Nr. 30 TKG), hingegen mangels eines hinreichenden Zusammenhangs zu einem konkreten Kommunikationsvorgang nicht die Bestandsdaten (§ 3 Nr. 3 TKG) als solche umfasst.⁸⁹⁴ Darüber hinaus unterfallen nicht nur die traditionellen Sprachübermittlungsdienste dem Fernmeldegeheimnis, sondern auch alle anderen Formen individueller Datenübermittlung und somit auch jede Kommunikationsform durch das Internet.⁸⁹⁵ Das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG ist somit grundsätzlich „*entwicklungsoffen*“; sein (sachlicher) Schutzbereich erstreckt sich auch auf neuartige Übertragungstechniken.⁸⁹⁶

In Abgrenzung zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung gilt, dass der Schutz des Fernmeldegeheimnisses erst dann endet, wenn der Übermittlungsvorgang im eigentliche Sinne abgeschlossen ist, d.h. die Nachrichten beim Empfänger angekommen sind und somit nicht mehr den besonderen Zugriffsmöglichkeiten ausgesetzt sind, die die fernmeldetechnische Übertragungsart (leitungsgebunden, nicht leitungsgebunden) mit sich bringt.⁸⁹⁷ Handelt es sich bei den übermittelten Nachrichten um personenbezogene Daten

⁸⁹¹ Vgl. hierzu *Pagenkopf*, Art. 10 GG in: *Sachs* (Hrsg.) (2014), Rn. 14a.

⁸⁹² Entscheidend für den Schutz ist auch nicht, ob es sich um personenbezogene oder nicht personenbezogene Kommunikationsinhalte handelt, vgl. *Rieß* in: *Roßnagel* (Hrsg.) (2003), Rn. 11; vgl. auch *Durner*, Art. 10 GG in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.) (2010), Rn. 41.

⁸⁹³ St. Rspr., vgl. u.a. BVerfGE 100, 313 (358); BVerfGE 120, 274 (307) m.w.N.; vgl. auch *Horn* in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.) (2009), Rn. 101; *Badura*, Art. 10 GG in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.) (2014), Rn. 29.

⁸⁹⁴ Differenzierend *Kluszczewski*, § 88 TKG in: *Säcker* (Hrsg.) (2013), Rn. 5, 14; vgl. auch *Durner*, Art. 10 GG in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.) (2010), Rn. 88 m.w.N.

⁸⁹⁵ Vgl. *Hermes*, Art. 10 GG in: *Dreier* (Hrsg.) (2013), Rn. 40 m.w.N.

⁸⁹⁶ Vgl. BVerfGE 46, 120 (144); anknüpfend BVerfGE 115, 166 (182); vgl. auch *Huber*, § 1 G 10 in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 11 m.w.N.

⁸⁹⁷ Vgl. *Hermes*, Art. 10 GG in: *Dreier* (Hrsg.) (2013), Rn. 42; vgl. auch *Badura*, Art. 10 GG in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.) (2014), Rn. 52 m.w.N.

so greifen von diesem Punkt an die Gewährleistungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses umfasst demgegenüber sämtliche Informations- und Datenverarbeitungsprozesse, die sich an die Kenntnisnahme von geschützten Kommunikationsvorgängen anschließen, und den Gebrauch, der von den erlangten Kenntnissen gemacht wird.⁸⁹⁸ Zwischen Folgeeingriffen, die auf Grundlage von Eingriffen in den technischen Vorgang einer Daten- bzw. Informationsübermittlung erfolgen und Eingriffen, die sich erst nach Abschluss des technischen Übermittlungsvorgangs vollziehen und unabhängig von den hierdurch erlangten Kenntnissen erfolgen, ist somit genau zu differenzieren. Während die sog. „Folgemaßnahmen“ weiterhin am Schutzbereich des Art. 10 I GG zu messen sind, fallen die sonstigen eingriffsrelevanten Maßnahmen unter den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in Sachen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Der Abschluss des technischen Übermittlungsvorgangs stellt in diesem Sinne die Schnittstelle zum persönlichkeitsrechtlichen Datenschutz dar.⁸⁹⁹ Das Fernmeldegeheimnis ist für die Zeit des technischen Übermittlungsvorgangs jedoch ein deckungsgleicher Sonderfall des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.⁹⁰⁰ Soweit ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis die Erfassung personenbezogener Daten betrifft, sind die für das informationelle Selbstbestimmungsrecht entwickelten Maßgaben aus dem Volkszählungsurteil des BVerfG⁹⁰¹ auf die Garantien des Art. 10 GG zu übertragen.⁹⁰² In der Konsequenz hieraus erfüllt das Fernmeldegeheimnis als „datenschutzrechtliches Spezialgrundrecht“⁹⁰³ für den Vorgang der technischen Übermittlung von (persönlichkeitsrelevanten) Daten eine Ersetzungsfunktion (*lex specialis*). Daneben bleibt der durch Art. 10 GG erzeugte Schutz vor einer Erfassung nicht persönlichkeitsrelevanter Daten (z.B.

⁸⁹⁸ Für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, vgl. BVerfGE 65, 1 (46); i.Ü. herrschende Rspr., vgl. BVerfGE 100, 313 (359); BVerfGE 110, 33 (68 f.); BVerfGE 113, 348 (364).

⁸⁹⁹ Vgl. auch *Badura*, a. a. O.

⁹⁰⁰ Vgl. nur *Durner*, Art. 10 GG in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.) (2010), Rn. 209.

⁹⁰¹ Vgl. BVerfGE 65, 1 (44 ff.).

⁹⁰² Vgl. BVerfGE 100, 313 (359); BVerfGE 124, 43 (57); BVerfGE 125, 260 (310); vgl. auch *Baldus*, Art. 10 GG in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.) (2009), Rn. 64.

⁹⁰³ OVG Bremen, Urteil vom 28. Juni 1994, - OVG 1 BA 30/92 - = CR 11 (1994), S. 703.

Sachdaten) bestehen.⁹⁰⁴ Der aus Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG resultierende Gesetzesvorbehalt entfaltet demnach unabhängig von dem Inhalt der übermittelten Daten für den konkreten „Akt der Datenerfassung“ einen generellen Geltungsanspruch.⁹⁰⁵ Das hat insbesondere deswegen Gültigkeit zu beanspruchen, da sich die Persönlichkeitsrelevanz eines konkreten TK-Vorgangs bei der Verwendung inhaltlicher Suchbegriffe in der Regel erst nach Kenntnisnahme des Kommunikationsinhalts ergeben wird.

Dementsprechend nehmen die einschlägigen Regelungen des G 10 erst im Rahmen der konkreten bundesnachrichtendienstlichen Auswertungsphase (§§ 6, 7 G 10) ausdrücklich auf das Rechtskonstrukt der personenbezogenen Daten Bezug, nicht hingegen schon bei der Befugnis zur Beschränkung internationaler TK-Beziehungen i.S.d. § 5 G 10. Zwar wird mit dem Verbot, Suchbegriffe zu verwenden, die zu einer gezielten Erfassung bestimmter TK-Anschlüsse führen (§ 5 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 G 10) oder den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung betreffen (§ 5 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 G 10) indirekt auf die spezifische Relevanz personenbezogener Daten für den Grundrechtsschutz verwiesen, gleichwohl unterbleibt eine ausdrückliche Hervorhebung der personenbezogenen Daten. Die bezeichneten Verbote sollen einer Personenbeziehbarkeit lediglich entgegenwirken, schließen ein zufälliges Erlangen von personenbezogenen Daten jedoch nicht aus. Der spezifischen Grundrechtsrelevanz personenbezogener Daten wird erst auf der Auswertungsebene hinreichend Rechnung getragen.⁹⁰⁶ Der Schutzzweck des Art. 10 Abs. 1 GG, der vor einem Vertrauensmissbrauch des fremden Übermittlers schützen will und seiner Intention nach für den „Akt der Datenerfassung“ gerade nicht an einen konkreten Personenbezug der übermittelten Daten anknüpft, wird hierdurch besonders deutlich. Nach Abschluss des technischen Vorgangs der Übermittlung sind die Datenerhebungs- und verarbeitungsmaßnahmen demgegenüber allein am Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zu messen,

⁹⁰⁴ Missverständlich insoweit *Durner*, Art. 10 GG in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.) (2010), Rn. 122.

⁹⁰⁵ Anderer Rechtsauffassung der BND-Jurist A.F., vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll, NSA-UA, 18/41. S, 101, der eine Eingriffsqualität der Fernmeldeaufklärung ohne personenbezogene Daten grundsätzlich verneint.

⁹⁰⁶ Zur Erforderlichkeit kompensierender Regelungen auf der Auswertungsebene, vgl. BVerfGE 120, 274 (337).

soweit es sich nicht um „Folgebmaßnahmen“ eines Eingriffs in Art. 10 Abs. 1 GG handelt. Wie zuvor erwähnt, finden die für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung entwickelten Schutzgarantien jedoch auch für die sog. „Folgebmaßnahmen“ Anwendung. Der technische Vorgang der Übermittlung ist auch in diesen Fällen beendet, so dass es gerechtfertigt ist, ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit der Individualisierung der erhobenen Kommunikationsdaten (personenbezogene Daten) als Voraussetzung für einen weitergehenden Grundrechtsschutz anzunehmen. Während sich demnach durch den konkreten „Akt der Datenerfassung“ gerade diejenigen Gefahren realisieren, vor deren Eintritt Art. 10 Abs. 1 GG schützen soll (Eingriff in den technischen Vorgang der Übermittlung), sind im Rahmen des „Aktes der Datenverarbeitung“ diese Gefahren nicht mehr allgegenwärtig. Es ergeben sich durch die vielfältigen Möglichkeiten der Transferierbarkeit und Kombinationsmöglichkeit erhobener Daten vielmehr neue Gefährdungspotenziale (Herstellung eines Personenbezugs/personenbezogene Datenverarbeitung), für deren Abwehr das Recht auf informationelle Selbstbestimmung einschlägig ist. Erhebungs- und Auswertungsmaßnahmen von nicht personenbezogenen Daten außerhalb grundrechtlich besonders geschützter Sphären (z.B. Art. 10, Art. 13 GG) bedürfen demnach keiner besonderen Ermächtigungsgrundlage. Sie sind ausschließlich auf Grundlage des aus § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG resultierenden Auslandsaufklärungsauftrags zulässig.⁹⁰⁷

Die Schutzgarantie des Fernmeldegeheimnisses gleicht der Schutzgarantie des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung danach in weiten Teilen. Erstere geht jedoch hinsichtlich des Schutzes nicht personenbezogener Informationsübertragungen über den Schutzzumfang des informationellen Selbstbestimmungsrechts hinaus. Zugleich sind die für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung entwickelten Maßgaben des BVerfG auf solche personenbezogenen Daten anzuwenden, die durch Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis gewonnen wurden. Die bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten (z.B. Zweckbindung, Mitteilungs- und Löschungspflichten)⁹⁰⁸ besitzen

⁹⁰⁷ Vgl. auch *Gusy*, § 2 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 2.

⁹⁰⁸ Überblick bei *Durner*, Art. 10 GG in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.) (2010), Rn. 158 ff.

insofern eine Leitfunktion für sog. „Folgemaßnahmen“, die am Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG zu messen sind.

2) Territoriale Reichweite des Art. 10 GG

Die positive Feststellung der territorialen Reichweite des Fernmeldegeheimnisses gewinnt vor dem Hintergrund der bundesnachrichtendienstlichen SFÜ-Praxis eine entscheidende Bedeutung. Die Annahme einer territorialen Begrenztheit des Art. 10 GG auf das Staatsgebiet der BRD hätte zur Konsequenz, dass der Menschenrechtscharakter des Art. 10 Abs. 1 GG im Rahmen grenzüberschreitender oder rein auslandsbezogener Überwachungskonstellationen von vornherein ins Leere liefe. Ausländische Personen im Ausland wären danach nicht vom Schutzzumfang des Art. 10 Abs. 1 GG umfasst. Die rein auslandsbezogene SFÜ bedürfte in der Folge keiner zum Eingriff legitimierenden Ermächtigungsgrundlage.

Nachfolgend gilt es zu überprüfen, ob die Grundrechtsbindung des deutschen Staates auf das Staatsgebiet der BRD begrenzt bleibt oder extraterritorial zu verstehen ist, mit der Folge einer grenzüberschreitenden Grundrechtsbindung deutscher Stellen auch in reinen Auslandskonstellationen. Für die Beantwortung dieser Frage bedarf es eines Ansatzpunktes in der Verfassung. Zu überprüfen ist, ob sich eine Grundrechtsbindung *über einen generellen Ansatzpunkt hinaus* auch im Wege einer *schutzzweckbezogenen Auslegung* des jeweils einschlägigen Grundrechts (*grundrechtsspezifische Auslegung*) ermitteln bzw. verstärken lässt. Anschließend ist die Frage aufzuwerfen, inwiefern bei der Feststellung einer generellen und etwaig im Einzelfall auch gebotenen Grundrechtsbindung staatlicher Stellen im Ausland, grundrechtliche Anpassungen allein wegen des Auslandsbezugs der Beschränkungsmaßnahme zulässig oder geboten sind.

a) Ausgangspunkt Art. 1 Abs. 3 GG

Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt der Frage nach der generellen Grundrechtsbindung deutscher Staatsgewalt in (reinen) Auslandskonstellationen ist nach gefestigter Ansicht in der Rechtsprechung

und Literatur Art. 1 Abs. 3 GG.⁹⁰⁹ Dieser regelt als „Schlüssel- und Leitnorm“ für die Geltungsweise und Durchsetzungskraft der Grundrechte im Verfassungsstaat des Grundgesetzes⁹¹⁰ neben der Frage nach der Grundrechtsverpflichtung insbesondere auch die Frage des *räumlichen Anwendungsbereichs des Grundgesetzes*. Die Grundrechtsverpflichtung betrifft danach den gesamten Wirkungsbereich deutscher Staatsgewalt (Legislative, Exekutive, Judikative), auch soweit sie im Ausland stattfindet oder sich dort auswirkt⁹¹¹ und somit unter anderem auch den BND als bundesbehördlichen Teil der Exekutive (§ 1 Abs. 1 BNDG)⁹¹². Maßgeblich ist demnach *nicht* „wo“ die deutsche Staatsgewalt ausgeübt wird, *sondern* „ob“ deutsche Staatsgewalt ausgeübt wird.⁹¹³ Danach kommt es für die Annahme der generellen Grundrechtsbindung deutscher Staatsgewalt im Ausland allein auf die Feststellung eines zurechenbaren und freiheitsbeschränkenden Handelns deutscher Hoheitsgewalt an, nicht hingegen auf den Ort des Handelns.⁹¹⁴ So führte schon das BVerfG aus, dass die Grundrechte die deutsche öffentliche Gewalt auch dann binden, soweit Wirkungen ihrer Betätigungen im Ausland eintreten.⁹¹⁵ Eine „generelle Grundrechtsbindung“ des deutschen Staates ist daher auch in Sachverhaltskonstellationen mit reinem Auslandsbezug gegeben.

b) Berücksichtigung des grundrechtsspezifischen Schutzzwecks

Die Annahme der territorialen Begrenztheit der grundrechtlichen Bindungen deutscher Staatsgewalt widerspräche im Anwendungsbereich des Art. 10 GG auch dessen „entwicklungsoffener“ Schutzzweckausrichtung. Dessen Rechtfertigung ergibt sich aus den fortschreitenden technologischen

⁹⁰⁹ Vgl. BVerfGE 100, 313 (362); *Stern* (1988), § 72, S. 1232; *Schröder* in: *Münch* (Hrsg.) (1981), S. 138; *Lorenz* (2005), S. 159; *Baldus*, Art. 87a GG in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.) (2010), Rn. 90; *Ruthig* in: *Wolter/Riedel/Taupitz* (Hrsg.) (1999), S. 289.

⁹¹⁰ Vgl. *Dreier*, Art. 1 Abs. 3 GG in: *Dreier* (Hrsg.) (2013), Rn. 27 m.w.N.

⁹¹¹ Vgl. u.a. *Jarass*, Art. 1 GG in: *Jarass/Piero* (Hrsg.) (2014), Rn. 35, 44; *Dreier*, Art. 1 Abs. 3 GG in: *Dreier* (Hrsg.) (2013), Rn. 44; *Stern* (1988), § 72, S. 1230; *Schröder* in: *Münch* (Hrsg.) (1981), S. 138.

⁹¹² Vgl. *Gröpl*, in: ZRP 1 (1995), S. 16.

⁹¹³ Vgl. *Zimmermann*, in: ZRP 4 (2012), S. 117; *Caspar*, in: PinG 1 (2014), S. 4; *Arnauld* in: *Weingärtner* (Hrsg.) (2008), S. 63.

⁹¹⁴ Vgl. auch *Dreier*, Art. 1 Abs. 3 GG in: *Dreier* (Hrsg.) (2013), Rn. 44.

⁹¹⁵ Vgl. BVerfGE 6, 290 (295); bestätigt durch BVerfGE 57, 9 (23).

Entwicklungen, die eine dynamische Anwendbarkeit der Schutzgarantien des Fernmeldegeheimnisses auch im Falle neuartiger Übertragungsmedien und Vermittlungstechniken erfordern.⁹¹⁶ Ist der sachliche Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses vor dem Hintergrund der technologischen Entwicklungen dynamisch ausgestaltet, so ist es nicht gerechtfertigt, den territorialen Anwendungsbereich des Art. 10 GG ungeachtet der technologischen Entwicklungen statisch auf das Inland zu begrenzen. Das hat verstärkt zu gelten, wenn die technologischen Entwicklungen einen besonderen Einfluss auf die zunehmende Bedeutungslosigkeit staatlicher Grenzen ausüben. So standen dem Fernmeldegeheimnis ursprünglich territorial begrenzte Sachverhaltskonstellationen gegenüber. Die Nutzung physischer TK-Leitungen war territorial gebunden.⁹¹⁷ Darüber hinaus trug die staatliche Monopolisierung auf dem TK-Sektor lange Zeit dazu bei, dass „die Staatsgrenzen im allgemeinen zugleich die Grenzen der Staatsgewalt“⁹¹⁸ waren. Mit der Globalisierung und Privatisierung der Netze entfiel demgegenüber nicht nur die territoriale Gebundenheit der TK-Leitungen, sondern gleichermaßen auch die technische Begrenzung der Einwirkungsmöglichkeiten staatlicher Hoheitsgewalt auf inländische TK-Leitungen.⁹¹⁹ Die TK-Vermittlung der Neuzeit folgt in aller Regel nicht mehr dem Kriterium des „kürzesten Weges“, der eine TK-Beziehung innerhalb eines Staates hält, sondern richtet sich primär nach technischen und wirtschaftlichen Kriterien (sog. Best-Effort-Prinzip).⁹²⁰ In der Konsequenz ist nur noch selten vorhersehbar, welche Wege eine elektronisch vermittelte Kommunikation nehmen wird. Inländische TK ist hierbei ebenso wenig auf das Inland beschränkt wie ausländische TK auf das Ausland. Aus einer zunehmend grenzüberschreitend geprägten TK-Vermittlung folgen grenzüberschreitend geprägte Kenntnisnahmemöglichkeiten der staatlichen Exekutive.⁹²¹ Sind die äußeren Umstände der TK danach einer dynamischen Entwicklung ausgesetzt, die das BVerfG dazu bewogen haben, den sachlichen Schutzbereich des

⁹¹⁶ Vgl. *D. I. 1)*.

⁹¹⁷ Vgl. *Hoffmann-Riem* (2014), S. 10.

⁹¹⁸ BVerfGE 100, 313 (362).

⁹¹⁹ Vgl. *Gusy* (2015), S. 14.

⁹²⁰ Vgl. nur *Schaar*, in: ZRP 7 (2013), S. 214; *Ufer*, in: K&R 6 (2010), S. 385; vgl. auch schon *C. I. 2) b)*.

⁹²¹ Hervorhebend auch schon BVerfGE 100, 313 (362).

Fernmeldegeheimnisses als grundsätzlich „*entwicklungsoffen*“ zu gestalten, so ist es nicht gerechtfertigt, diesen Schutzzumfang dadurch leer laufen zu lassen, dass die Schutzwirkung des Art. 10 GG bereits an den inländischen Staatsgrenzen endet. Der rechtsstaatliche Freiheitsschutz gilt dem TK-Vorgang.⁹²² Zeichnet sich dieser durch eine zunehmend fehlende territoriale Bindung aus, so kann der rechtsstaatliche Freiheitsschutz diesem nicht hintanstellen, ohne dass hierdurch der sachliche Schutzzweck zunehmend in Gefahr stünde leer zu laufen. Ebenso gilt es, den formalen Anknüpfungspunkt des Fernmeldegeheimnisses zu berücksichtigen. Geschützt ist der technische Vorgang der Übermittlung, unabhängig davon, ob es sich um inländische oder ausländische Kommunikationsinhalte handelt.⁹²³ Eine unerlaubte Kenntnisnahme von den Inhalten oder den näheren Umständen eines TK-Vorgangs soll unabhängig von der territorialen Ausrichtung des TK-Vorgangs vermieden werden. Art. 10 Abs. GG setzt dann aber wesensgemäß gerade keine bestimmte Beziehung zur Lebensordnung im Geltungsbereich der Verfassung voraus, so dass eine uneingeschränkte Durchsetzung in ganz oder überwiegend auslandsbezogenen Sachverhalten den Sinn des Grundrechtsschutzes nicht verfehlen würde.⁹²⁴

Die Notwendigkeit der extraterritorialen Grundrechtsbindung des deutschen Staates ergibt sich somit auch unter Berücksichtigung schutzzweckbezogener Erwägungen, soweit man die Reichweite des Grundrechtsschutzes nicht von einem Wandel der Realität abhängig machen möchte.

c) Uneingeschränkte Bindung bei Inlandsbezug

Die zuvor ermittelte „*generelle Grundrechtsbindung*“ deutscher Staatsgewalt in grenzüberschreitenden und rein auslandsbezogenen (strategischen) Überwachungskonstellationen kann nicht ohne weiteres mit einer undifferenzierten Beibehaltung konstellationsübergreifender Grundrechtsstandards gleichgesetzt werden. Vielmehr hat das BVerfG

⁹²² Vgl. *Hoffmann-Riem* (2014), S. 7.

⁹²³ Hierauf abstellend schon *Gusy/Hueck*, in: NJ 9 (1995), S. 465; *Hermes*, Art. 10 GG in: *Dreier* (Hrsg.) (2013), Rn. 43.

⁹²⁴ Auf das Kriterium der „wesensgemäßen Beziehung eines Grundrechts zur Lebensordnung im Geltungsbereich der Verfassung“ abstellend BVerfGE 31, 58 (77).

anerkannt, dass der Auslandsbezug einer Beschränkungsmaßnahme geeignet sein kann, Modifikationen und Differenzierungen hinsichtlich des Umfangs der Grundrechtsbindung staatlicher Hoheitsgewalt mit einzuschließen. Je nach den einschlägigen Verfassungsnormen können Modifikationen und Differenzierungen hinsichtlich der Reichweite der Grundrechtsgeltung zulässig oder geboten sein.⁹²⁵ Zu berücksichtigen ist neben dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der jeweils einschlägigen Grundrechtsverbürgungen,⁹²⁶ der Umfang der Verantwortung und Verantwortlichkeit deutscher Staatsorgane im Rahmen auslandsbezogener Maßnahmen ebenso wie eine sinnvolle Abstimmung mit völkerrechtlichen Vorgaben.⁹²⁷ Eine „Minderung des Grundrechtsstandards“⁹²⁸ ist dabei nicht ausgeschlossen, soweit die Ausübung des Grundrechts die Rechtsordnungen anderer Staaten berührt. Für den Gesetzgeber ergeben sich in diesen Konstellationen dann größere Gestaltungsspielräume als bei der Regelung von Rechtsbeziehungen mit inländischem Schwerpunkt. Er bleibt dabei jedoch stets verpflichtet, den Grundrechten unter Berücksichtigung der besonderen Bedingungen von Sachverhalten mit Auslandsbezug, die größtmögliche Anwendung zu sichern.⁹²⁹ Relativierungen und Abschwächungen bedürfen grundsätzlich einer besonderen Begründung,⁹³⁰ die sich auf allen Ebenen der Grundrechtsprüfung ergeben kann. Begründungsbedürftig ist dementsprechend nicht die Grundrechtsbindung, sondern deren Ausnahme.⁹³¹

Eine differenzierende Betrachtungsweise hinsichtlich eines etwaig abzumindernden grundrechtlichen Schutzstandards stellt sich nach Ansicht des BVerfG jedoch von vornherein nicht in Fällen, die durch einen „hinreichenden Inlandsbezug“ geprägt sind. Es bedarf daher der Überprüfung, in welchen Fällen von einem hinreichenden Inlandsbezug im Rahmen der SFÜ auszugehen ist.

⁹²⁵ Vgl. BVerfGE 31, 39 (77); BVerfGE 100, 313 (363).

⁹²⁶ Vgl. BVerfGE 31, 39 (77); vgl. auch *Krieger* in: *Röttgen/Wolff* (Hrsg.) (2008), S. 37; *Gusy/Hueck*, in: NJ 9 (1995), S. 465.

⁹²⁷ Vgl. BVerfGE 100, 313 (363).

⁹²⁸ BVerfGE 92, 26 (42).

⁹²⁹ Vgl. BVerfGE 92, 26 (41 f.).

⁹³⁰ Vgl. *Baldus*, Art. 87a GG in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.) (2010), Rn. 92; dieser verweisend auf *Yousif* (2007), S. 112.

⁹³¹ Vgl. *Gusy/Hueck*, in: NJ 9 (1995), S. 462.

Unzweifelhaft anzunehmen ist ein „hinreichender Inlandsbezug“, soweit die TK-Vorgänge einen unmittelbaren Gebietskontakt zum Staatsgebiet der BRD aufweisen („*bewusste Grenzüberschreitung*“). Der Gesetzgeber hat diese Fälle im Rahmen der Gesetzgebung zum G 10 hinreichend gewürdigt. Eine uneingeschränkte Bindung an die grundrechtlichen Vorgaben des Art. 10 GG liegt somit jedenfalls im Falle der grenzüberschreitenden G 10-SFÜ vor.

Das BVerfG hat einen hinreichenden territorialen Bezug zum Inland darüber hinaus für diejenigen Fälle angenommen, in denen sowohl die *Erfassung über auf deutschem Boden stehende Empfangsanlagen*, als auch die *Auswertung über sich im Inland befindliche Liegenschaften* erfolgt.⁹³² Auch das kumulative Vorliegen dieser Kriterien sorgt mithin dafür, dass die SFÜ in reinen Auslandskonstellationen uneingeschränkt an den grundrechtlichen Vorgaben des Art. 10 GG zu messen ist.

Soweit die Kumulation von „Erfassung“ und „Auswertung“ auf deutschem Boden danach einen hinreichenden Inlandsbezug begründen kann, stellt sich die Frage, ob ein die grundrechtlichen Wirkungen des Art. 10 GG auslösender Inlandsbezug darüber hinaus auch dann anzunehmen ist, wenn lediglich eines der zuvor benannten Kriterien erfüllt ist, also entweder die „Erfassung“ oder die „Auswertung“ über auf deutschem Boden stehende Liegenschaften des BND erfolgt. Dabei ist vorab festzuhalten, dass diese Differenzierung regelmäßig an Bedeutung verliert, wenn bereits die Erfassung auf deutschem Staatsgebiet erfolgt, da der BND die inländisch erfassten Daten zur weiteren Auswertung nicht in das Ausland transferieren wird. Vermag man sich dennoch Fälle vorstellen, in denen die Kriterien territorial auseinanderfallen, so sprechen die besseren Argumente dafür, *ausschließlich* in der „*inländischen Erfassung*“ der rein auslandsbezogenen TK einen hinreichenden territorialen Bezug zum Staatsgebiet der BRD zu erkennen. Zwar ist anerkannt, dass es sich bei personenbezogenen Datenauswertungsmaßnahmen ebenfalls um Grundrechtseingriffe handelt, die ebenso wie die Datenerhebung einer Ermächtigungsgrundlage bedürfen. Gleichzeitig handelt es sich bei der vorausgehenden Datenerhebung jedoch um einen die nachfolgenden

⁹³² Zu diesen zwei Kriterien, vgl. BVerfGE 100, 313 (363).

Verarbeitungsmaßnahmen prägenden Grundrechtseingriff.⁹³³ Die Prägung der Datenauswertungsprozesse als Folgeeingriffe der Datenerhebung zeigt sich besonders deutlich, wenn das BVerfG die Datenverarbeitung und Übermittlung als „zusätzliche Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 10 GG“⁹³⁴ bezeichnet oder von der Erstreckung der Schutzwirkung des Art. 10 GG auf die Informations- und Datenverarbeitungsprozesse⁹³⁵ die Rede ist. Auch legt es die vom BVerfG in der „dritten Abhörentscheidung“⁹³⁶ gewählte Begriffswahl „hinreichender territorialer Bezug“⁹³⁷ nahe, dass nicht jeder wie auch immer geartete Inlandsbezug die uneingeschränkte Bindungswirkung des Art. 10 GG begründet, sondern vielmehr auch Fälle denkbar sind, in denen ein Inlandsbezug nicht zwangsläufig eine (uneingeschränkte) Bindungswirkung zur Folge hat. Die inländische Datenauswertung kann einen Inlandsbezug und somit eine uneingeschränkte Bindung an Art. 10 GG danach verstärken, für sich allein aber nicht begründen.⁹³⁸

Eine uneingeschränkte Bindung des BND an die Vorgaben des Art. 10 GG besteht danach in allen G 10-Überwachungskonstellationen. Differenzierungen, die an die Staatsangehörigkeit der Kommunikationsteilnehmer bei natürlichen Personen oder an den Aufenthaltsort anknüpfen, verbieten sich in dieser Überwachungskonstellation von vornherein.⁹³⁹ § 5 Abs. 2 Satz 3 G 10, der zwischen in- und ausländischen TK-Anschlüssen unterscheidet und somit Differenzierungen auf Ebene des persönlichen Schutzbereichs des Art. 10 Abs. 1 GG vornimmt, ist vor diesem Hintergrund als *verfassungswidrig* anzusehen.⁹⁴⁰ Ein hinreichender Inlandsbezug besteht darüber hinaus auch in der Konstellation der rein auslandsbezogenen kabelgestützten Überwachung der sog. „*Transitverkehre*“⁹⁴¹ aus dem Inland heraus. Soweit man die Ansicht vertreten mag, dass der Inlandsbezug an dieser Stelle nicht bereits durch den

⁹³³ In dieser Ansicht *Gusy* folgend, vgl. *Gusy* (2015), S. 35.

⁹³⁴ BVerfGE 113, 348 (365).

⁹³⁵ Vgl. BVerfGE 125, 260 (309).

⁹³⁶ Vgl. hierzu *C. II. 3) c*).

⁹³⁷ BVerfGE 100, 313 (364).

⁹³⁸ So wie schon *Gusy*, a. a. O., S. 35.

⁹³⁹ Vgl. auch *Bäcker* (2014), S. 19.

⁹⁴⁰ So wie u.a. auch schon *Huber*, § 5 G 10 in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 44; *Caspar*, in: *PinG 1* (2014), S. 5; *Müller-Terpitz*, in: *Jura 6* (2000), S. 302; *Roggan*, § 5 G 10 in: *Das deutsche Bundesrecht* (Hrsg.) (2012), Rn. 22.

⁹⁴¹ Vgl. hierzu *C. I. 2) b*) sowie *C. II. 3) i*).

Gebietskontakt des TK-Vorgangs mit dem Staatsgebiet der BRD begründet werden kann, da der rein ausländische TK-Verkehr nicht gezielt, sondern ausschließlich auf Grundlage des Best-Effort-Prinzips die deutsche Staatsgrenze passiert („keine bewusste Grenzüberschreitung“), wird ein hinreichender Inlandsbezug jedenfalls durch die inländische Erfassung erzeugt. An die Verfassungsmäßigkeit einer potentiellen Ermächtigungsgrundlage für die Erfassung der sog. „Transitverkehre“ sind demnach dieselben Anforderungen zu stellen, die der Gesetzgeber auch bei Schaffung des § 5 G 10 zu beachten hatte.⁹⁴² Der „Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes“⁹⁴³ kann vor diesem Hintergrund nicht überzeugen, da er einerseits deutlich von dem Regelungsstandard des G 10 abweicht, andererseits eine insoweit erforderliche gewordene Zitierung des Art. 10 GG als durch das BNDG eingeschränktes Grundrecht nicht vorsieht.

Letztlich bleibt die uneingeschränkte Grundrechtswirkung des Art. 10 GG einzig in den Fällen zweifelhaft, in denen der BND die rein auslandsbezogene TK über im Weltraum kreisende TK-Satelliten überwacht bzw. (strategische) Überwachungsmaßnahmen auf fremdem Staatsgebiet durchführt. Für die erstbenannte Überwachungskonstellation kommt es entscheidend auf den Zeitpunkt einer grundrechtsrelevanten Eingriffshandlung (Erfassung) an. Folgt man der BND-internen Rechtsansicht, wonach die Erfassung selbst am TK-Satelliten erfolgt („Weltraumtheorie“), so würde es an einem hinreichenden Inlandsbezug für eine uneingeschränkt anzunehmende Grundrechtsbindung fehlen, da wie festgestellt, die inländische Auswertung für sich allein nicht geeignet ist, einen hinreichenden territorialen Bezug zu begründen. Es wäre dann zu prüfen, in welchem Umfang eine abgeschwächte Grundrechtswirkung des Art. 10 GG in Betracht kommt. Gleiches ist für diejenigen Überwachungskonstellationen zu prüfen, bei denen sowohl die Erfassung als auch die Auswertung im Ausland erfolgt, und somit von vornherein ein hinreichender Inlandsbezug fehlt.

⁹⁴² Vgl. auch Gusy (2015), S. 56.

⁹⁴³ Vgl. hierzu C. II. 3) j).

d) Differenzierung nach Grundrechtsdimensionen

Eine uneingeschränkte Grundrechtsbindung ist nach den vorherigen Ausführungen zunächst nur für diejenigen Fälle denkbar, in denen ein hinreichender Inlandsbezug vorhanden ist. Grundrechtliche Differenzierungen kommen demnach von vornherein ausschließlich für reine Auslandskonstellationen in Betracht, soweit diese einer besonderen grundrechtlichen Begründung zugänglich sind.

Eine besondere Begründung für eine Differenzierung hinsichtlich eines identischen grundrechtlichen Schutzstandards lässt sich vorab, unabhängig von der rechtlichen Erforderlichkeit, über das „*Kriterium des tatsächlich Leistbaren*“ finden. Zu beachten ist, dass Art. 10 GG über seinen reinen Abwehrcharakter hinaus, objektiv-rechtliche Prinzipien beinhaltet, die den Staat verpflichten, die Schutzgüter des Grundrechts gegen Beeinträchtigungen durch Dritte (Private, fremde Staaten) zu schützen (Schutzpflichtdimension).⁹⁴⁴ Die territorial ungebundene Auferlegung einer solchen Schutzpflicht bringt den deutschen Staat allerdings an die Grenzen des „*tatsächlich Leistbaren*“. Er ist weder faktisch noch rechtlich in der Lage das Fernmeldegeheimnis weltweit zu gewährleisten.⁹⁴⁵ Eine planetarische Anerkennung staatlicher Schutzpflichten würde zur Auferlegung unbegrenzter Pflichten und somit zur Überforderung deutscher Staatsgewalt im Rahmen seines verfassungsrechtlichen Schutzauftrages führen.⁹⁴⁶ An das Bestehen einer solchen Schutzpflicht ist daher, wie auch schon für die Annahme der uneingeschränkten Grundrechtsbindung, ein Inlandsbezug zu fordern.⁹⁴⁷ Die Verpflichtung der BRD, die Schutzgüter des Art. 10 GG vor Beeinträchtigungen durch Dritte zu schützen, ist danach auf das Inland begrenzt. Der Abwehrcharakter des Art. 10 GG (status negativus) bleibt durch das Kriterium des „*tatsächlich Leistbaren*“

⁹⁴⁴ Vgl. Bizer, Art. 10 GG in: *Denninger et al.* (Hrsg.) (2001), Rn. 113 ff. m.w.N.; Gusy, Art. 10 GG in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.) (1999), Rn. 61 ff. m.w.N. Eine leistungsrechtliche Dimension enthält Art. 10 GG demgegenüber nicht, vgl. Gusy, a. a. O., Rn. 57-58; Löwer, Art. 10 GG in: *Münch/Kunig* (Hrsg.) (2012), Rn. 4.

⁹⁴⁵ So insbesondere Bäcker (2014), S. 21 sowie Quaritsch in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.) (1992), § 120, Rn. 82.

⁹⁴⁶ Vgl. Quaritsch, a. a. O.

⁹⁴⁷ Überwiegende Auffassung, vgl. Bäcker (2014), S. 21; Hoffmann-Riem (2014), S. 21; Lorenz (2005), S. 168; Arnould in: *Weingärtner* (Hrsg.) (2008), S. 73; Quaritsch in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.) (1992), § 120, Rn. 76; Kötter/Nolte, in: *DöV* 5 (2007), S. 190-191.

demgegenüber unberührt. Modifikationen und Differenzierungen des abwehrrechtlichen Grundrechtsstandards des Art. 10 GG bedürften einer tragfähigen verfassungsrechtlichen Begründung.

e) Zwischenergebnis

Es ist somit von einer „generellen Grundrechtsbindung“ des deutschen Staates in grenzüberschreitenden und rein auslandsbezogenen Auslandskonstellationen auszugehen. Im Anwendungsbereich des Art. 10 GG wird die extraterritoriale Geltungserstreckung durch die schutzzweckbezogene Auslegung des sachlichen Schutzbereichs verstärkt. Darüber hinaus gilt es grundsätzlich zwischen der „generellen Grundrechtsbindung“ und dem „tatsächlichen Umfang der Grundrechtsbindung“ zu differenzieren. Ein konstellationsübergreifender identischer Grundrechtsstandard kann wegen eines Auslandsbezugs an tatsächliche und rechtliche Grenzen stoßen. Differenzierungen und Modifikationen können zulässig oder geboten sein, bedürfen dann aber stets einer aus verfassungsrechtlichen Gründen nachvollziehbaren Begründung. Eine solche Differenzierung ergibt sich aus tatsächlichen Gründen bereits für die aus Art. 10 GG resultierende grundrechtliche Schutzpflicht. Eine planetarische Verantwortung des deutschen Staates würde die Grenze des „tatsächlich Leistbaren“ überschreiten. Die grundrechtlichen Schutzpflichten des deutschen Staates sind daher von vornherein auf Sachverhaltskonstellation im Inland begrenzt. Darüber hinaus schließt ein hinreichender Inlandsbezug grundrechtliche Differenzierungen auch auf der abwehrrechtlichen Ebene des Art. 10 GG aus. Ein Inlandsbezug ergibt sich für die SFÜ des BND einerseits durch den unmittelbaren Gebietskontakt der überwachten TK-Vorgänge, andererseits durch die inländische Erfassung. So ist eine uneingeschränkte Grundrechtsbindung auch in Fällen der inländischen Erfassung rein auslandsbezogener TK gegeben (sog. „Transitverkehre“). Modifikationen hinsichtlich des grundrechtlichen Schutzstandards können danach allein in Fällen der rein auslandsbezogenen SFÜ-Maßnahmen zulässig und geboten sein, die keinen „hinreichenden Inlandsbezug“ aufweisen. Diese bedürfen jedoch einer besonderen rechtlichen

Begründung, dessen Vorliegen es auf der Schutzbereichs-, Eingriffs- und Rechtfertigungsebene zu ermitteln gilt.

3) Persönlicher Schutzbereich des Art. 10 GG

Eine besondere Begründung für eine rechtlich gebotene Ungleichbehandlung von In- und Ausländern ließe sich dem persönlichen Schutzbereich des Art. 10 GG entnehmen, soweit dieser die grundrechtlichen Schutzgarantien ausdrücklich deutschen Staatsbürgern vorbehalten würde.⁹⁴⁸ Demgegenüber könnte die Eigenschaft des Art. 10 GG als Menschenrecht auch als ein „Fingerzeig“ zur extraterritorialen Deutung des Geltungsbereichs des Art. 10 GG verstanden werden.⁹⁴⁹

a) Natürliche Personen

Nach Art. 10 Abs. 1 GG sind das Briefgeheimnis sowie das Post- und Fernmeldegeheimnis unverletzlich. Art. 10 Abs. 1 GG stellt somit kein „Deutschengrundrecht“ dar, dass die Anwendbarkeit der grundrechtlichen Schutzgarantien von der Staatsangehörigkeit (Art. 116 GG) der betroffenen Personen abhängig macht. Vielmehr handelt es sich bei Art. 10 Abs. 1 GG um ein Menschenrecht,⁹⁵⁰ dass allen natürlichen Personen, unabhängig von ihrer Staatszugehörigkeit, den Schutz des Fernmeldegeheimnisses garantiert. Der Fernmeldeverkehr zwischen allen natürlichen Personen (Deutschen, Ausländern, Staatenlosen) unterfällt regelmäßig uneingeschränkt der Schutzgarantie des Art. 10 Abs. 1 GG.⁹⁵¹ Erforderlich ist einzig, dass die Personen als „tatsächliche Kommunikationsteilnehmer“⁹⁵² auftreten, also in

⁹⁴⁸ Zur Notwendigkeit der Berücksichtigung des Schutzbereichs bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, vgl. auch *Baldus* (2000), S. 160.

⁹⁴⁹ Vgl. *Oppermann* in: *Kroneck/Oppermann* (Hrsg.) (1981), S. 528; verweisend *Lorenz* (2005), S. 176.

⁹⁵⁰ Vgl. u.a. *Pagenkopf*, Art. 10 GG in: *Sachs* (Hrsg.) (2014), Rn. 11; *Guckelberger*, Art. 10 GG in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke* (Hrsg.) (2014), Rn. 12; *Durner*, Art. 10 GG in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.) (2010), Rn. 100.

⁹⁵¹ Vgl. *Gröpl*, in: *ZRP* 1 (1995), S. 15.

⁹⁵² *Durner*, Art. 10 GG in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.) (2010)

ihrer Eigenschaft als (Ab-)Sender oder Anrufer bzw. als Empfänger oder Angerufener agieren.⁹⁵³

Eine grundrechtliche Differenzierung in der Grundrechtsberechtigung zwischen Deutschen und Ausländern wäre darüber hinaus auch nur insoweit zulässig, als dass elementare Gerechtigkeitserwägungen beachtet und sachliche Gründe für die Unterscheidung existieren würden.⁹⁵⁴ National radizierte Grundrechte gründen auf einer spezifischen Verantwortungsbereitschaft und Verantwortlichkeit deutscher Staatsgewalt für das vom Grundgesetz konstituierte Staatswesen.⁹⁵⁵ Eine vergleichbare spezifische Verantwortlichkeit des deutschen Staates besteht im Rahmen des Gewährleistungsgehalts des Fernmeldegeheimnisses aber gerade nicht. Eine begrenzte spezifische Verantwortlichkeit der deutschen Staatsgewalt besteht einzig auf der Ebene der aus Art. 10 GG resultierenden Schutzpflicht, die nur im Landesinneren umfassend anzuerkennen sein kann.⁹⁵⁶ Diese schlägt aber nicht auf den persönlichen Schutzbereich über, sondern besteht unabhängig von der Staatsangehörigkeit der von den staatlichen oder privaten Eingriffsmaßnahmen betroffenen Personen. Eine darüber hinausgehende Differenzierung auf Ebene des persönlichen Schutzbereichs ist nicht geboten. Vielmehr spricht die zunehmend extraterritoriale Ausrichtung staatlicher Hoheitsgewalt gegen eine Begrenzung des persönlichen Schutzbereichs auf deutsche Staatsbürger.⁹⁵⁷ Wenn es der deutschen Staatsgewalt zunehmend einfacher möglich ist, im Inland wie im Ausland in ähnlicher Weise in die geschützten Rechtsgüter einzugreifen, dann ist es umso weniger gerechtfertigt, das grundrechtliche Schutzniveau von den Faktoren „Inland“ und „Ausland“ abhängig zu machen und somit im Umkehrschluss zwischen In- und Ausländern zu differenzieren.⁹⁵⁸

⁹⁵³ Vgl. *Baldus*, Art. 10 Abs. 1 GG in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.) (2015), Rn. 15; auch *Jarass*, Art. 10 GG in: *Jarass/Piero* (Hrsg.) (2014), Rn. 10.

⁹⁵⁴ Vgl. *Stern* (1988), § 70, S. 1031.

⁹⁵⁵ Vgl. *Stern*, a. a. O., § 70, S. 1029.

⁹⁵⁶ Vgl. hierzu *D. 2) d)*.

⁹⁵⁷ Vgl. hierzu *D. 2) b)*.

⁹⁵⁸ Es wäre mit dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 GG auch nicht zu vereinbaren, wenn sich die deutsche Staatsgewalt durch ein vermehrtes Tätigwerden im Ausland ihrer grundrechtlichen Bindung entziehen könnte. Vgl. *Krieger* in: *Röttgen/Wolff* (Hrsg.) (2008), S. 34; ähnlich *Arnauld* in: *Weingärtner* (Hrsg.) (2008), S. 63.

Der persönliche Schutzbereich schließt eine rechtliche Ungleichbehandlung von In- und Ausländern demnach aus. Darüber hinaus kann der Menschenrechtscharakter des Art. 10 GG als ein weiteres Indiz für die extraterritoriale Geltungserstreckung der abwehrrechtlichen Dimension des Art. 10 GG verstanden werden.

b) Juristische Personen

In der Folge bleibt zu hinterfragen, wie sich der vorbezeichnete Grundrechtsschutz für juristische Personen verhält. Zu klären ist insbesondere, ob der grundrechtliche Schutz von In- und Ausländern auch im Rahmen ihrer Tätigkeit innerhalb einer inländischen oder ausländischen juristischen Person bestehen bleibt. Dabei ist an erster Stelle festzuhalten, dass sich der persönliche Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG nach Art. 19 Abs. 3 GG grundsätzlich auch auf inländische juristische Personen erstreckt, soweit Art. 10 GG seinem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar ist. Vor diesem Hintergrund ist nachfolgend einerseits zu klären, ob das Fernmeldegeheimnis seinem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar ist, andererseits zu überprüfen, in welchen Fällen von einer „inländischen“ juristischen Person (im Ausland) auszugehen ist. Anschließend lässt sich hinterfragen, ob die Tätigkeit von In- und Ausländern in einer ausländischen juristischen Person zu einer „Entledigung der grundrechtlichen Schutzgarantien“ führen kann.

Unabhängig davon, ob man für die Anwendbarkeit eines speziellen Grundrechts auf juristische Personen das „personale Substrat“ der juristischen Person für entscheidend hält⁹⁵⁹ oder den (inländischen) juristischen Personen unmittelbar, d.h. unabhängig von einer Betroffenheit der diese „bildenden“ natürlichen Individuen, einen Grundrechtsstatus zusprechen möchte,⁹⁶⁰ setzt die wesensmäßige Anwendbarkeit des Art. 10 GG auf juristische Personen das Vorliegen einer „grundrechtstypischen Gefährdungslage“ voraus.⁹⁶¹ Eine

⁹⁵⁹ Vgl. BVerfGE 75, 192 (196); BVerfGE 61, 82 (101); i.E. auch *Remmert*, Art. 19 GG in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.) (2009), Rn. 35.

⁹⁶⁰ So u.a. *Dreier*, Art. 19 GG in: *Dreier* (Hrsg.) (2013), Rn. 29, 33; *Mutius*, Art. 19 Abs. 3 GG in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.) (1975), Rn. 29 ff; *Isensee* in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.) (1992), Rn. 3.

⁹⁶¹ Vgl. *Jarass*, Art. 19 GG in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.) (2014), Rn. 16.

solche würde grundsätzlich nicht bestehen, soweit Art. 10 GG seinem sachlichen Schutzbereich nach an natürliche Qualitäten des Menschen anknüpft.⁹⁶² Aufgrund des formalen Anknüpfungspunktes an den technischen Vorgang der Übermittlung ist dies im Rahmen des Art. 10 GG jedoch nicht der Fall. Der TK-Vorgang kann inhaltlich sowohl der natürlichen als auch der juristischen Person zugerechnet werden. Eine staatliche Ausspähung des Kommunikationsinhalts kann die grundrechtlich geschützten Interessen von natürlichen und juristischen Personen in einer vergleichbaren Art und Weise beeinträchtigen.⁹⁶³ Gegen eine wesensmäßige Anwendbarkeit des Art. 10 GG auf (inländische) juristische Personen bestehen daher keine Bedenken.

Der Grundrechtsschutz des Art. 10 GG lässt sich jedoch nach Art. 19 Abs. 3 G lediglich auf inländische juristische Personen erstrecken. Ausländische juristische Personen werden nach herrschender Meinung nicht unter den Schutzbereich des Art. 10 GG gefasst,⁹⁶⁴ selbst dann nicht, wenn die ausländische juristische Person in tatsächlicher Hinsicht durch inländische natürliche Personen ganz oder überwiegend beherrscht wird.⁹⁶⁵ Die Staatsangehörigkeit der Mitglieder ist für die „inländische“ Qualität einer juristischen Person ohne Belang.⁹⁶⁶ Für die Beurteilung der Inlandseigenschaft der juristischen Person kommt es letztlich entscheidend auf den effektiven Sitz, d.h. auf den tatsächlichen Mittelpunkt ihrer Tätigkeit an („selbstgewähltes Aktionszentrum“).⁹⁶⁷ Soweit eine juristische Person ihren tatsächlichen Verwaltungssitz außerhalb der Staatsgrenzen der BRD und nicht im EU-Gebiet hat, ist sie prinzipiell nicht als grundrechtsberechtigt anzuerkennen.

⁹⁶² Vgl. u.a. *Remmert*, Art. 19 GG in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.) (2009), Rn. 27; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (2014), Rn. 166 ff.

⁹⁶³ Vgl. u.a. BVerfGE 100, 313 (356); *Sachs*, Art. 19 GG in: *Sachs* (Hrsg.) (2014), Rn. 79; mit einer Auflistung prinzipiell anwendbarer Grundrechte u.a. *Dreier*, Art. 19 GG in: *Dreier* (Hrsg.) (2013), Rn. 37; *Stern* (1988), S. 1126.

⁹⁶⁴ Allerdings ist eine Anwendungserweiterung auf ausländische juristische Personen mit Sitz im EU-Gebiet statthaft, vgl. BVerfGE 129, 78 (97).

⁹⁶⁵ Vgl. *Remmert*, Art. 19 GG in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.) (2009), Rn. 91; *Dreier*, Art. 19 GG in: *Dreier* (Hrsg.) (2013), Rn. 91.

⁹⁶⁶ Vgl. *Dreier*, a. a. O., Rn. 80 ff; *Sachs*, Art. 19 GG in: *Sachs* (Hrsg.) (2014), Rn. 56 m.w.N.; zu den Ausnahmen bei grundrechtsgleichen Rechten des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und Art. 103 GG, vgl. *Remmert*, Art. 19 GG in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.) (2009), Rn. 112.

⁹⁶⁷ Vgl. u.a. *Dreier*, Art. 19 GG in: *Dreier* (Hrsg.) (2013), Rn. 29; *Jarass*, Art. 19 GG in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.) (2014), Rn. 22.

Der Beurteilung des Grundrechtsschutzes der in der ausländischen juristischen Person beschäftigten in- und ausländischen natürlichen Personen kann sich sodann ausschließlich über eine Überprüfung des konkreten Kommunikationsinhalts ergeben. Entscheidend ist hierbei, ob der Kommunikationsinhalt den Interessen der juristischen Person im Sinne einer „kollektiven Grundrechtsausübung“⁹⁶⁸ zugerechnet werden kann oder, hiervon gänzlich unabhängig, die individuellen Belange der in ihr beschäftigten Mitglieder betrifft. Insofern gilt es einen „*konkurrierenden Individualrechtsschutz*“ von einem *von der juristischen Person losgelösten Grundrechtsschutz* zu unterscheiden. Während ersterer in Fällen in Betracht kommt, in denen ein Eingriff in die Interessen der juristischen Person mittelbar zugleich die Individualgrundrechte der Mitglieder verletzt,⁹⁶⁹ betrifft letzterer die Konstellation, in denen ein Interessenverbund zwischen der juristischen und natürlichen Person im konkreten Einzelfall nicht gegeben ist.

Die Nichtanwendbarkeit des Art. 10 GG auf Mitglieder ausländischer juristischer Personen ist danach nur in Fällen eines „*funktionellen Tätigwerdens*“ der natürlichen Personen für die ausländische juristische Person zulässig (sog. „*Funktionsträgertheorie*“)⁹⁷⁰. Dabei ist die Zuordnung des Kommunikationsinhalts zur juristischen Person zweifelsfrei erst durch eine manuelle Durchsicht des Inhalts der automatisiert erfassten TK-Vorgänge möglich („*händische Relevanzüberprüfung*“). Die Aufnahme ausländischer Telefonnummern oder E-Mail Adressen als formale Suchbegriffe, die einer ausländischen juristischen Person zugeordnet werden können, kann hierbei regelmäßig nicht mehr als eine Indizwirkung für die funktionelle Zuordnung des Kommunikationsvorgangs zu der ausländischen juristischen Person darstellen. Die in einer ausländischen juristischen Person beschäftigten Mitglieder, die über TK-Anschlüsse der ausländischen juristischen Person korrespondieren, unterfallen danach faktisch bis zum Zeitpunkt einer positiven

⁹⁶⁸ Ladeur, Art. 19 Abs. 3 GG in: *Denninger et al.* (Hrsg.) (2001), Rn. 18.

⁹⁶⁹ „Durchschlagen des Grundrechtseingriffs gegen die juristische Person auf deren Mitglieder“, vgl. *Isensee* in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.) (1992), Rn. 71; vgl. auch *Ladeur*, Art. 19 Abs. 3 GG in: *Denninger et al.* (Hrsg.) (2001), Rn. 19; *Bleckmann* (1997), § 9, Rn. 155.

⁹⁷⁰ Vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll, NSA-UA, 18/22, S. 50-51, 64; Vorläufiges Stenografisches Protokoll, NSA-UA, 18/24, S. 47-48; Vorläufiges Stenografisches Protokoll, NSA-UA, 18/41, S. 132-133.

Feststellung der Grundrechtsrelevanz des Kommunikationsvorgangs nicht dem Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG. Die Konstellation gleicht damit der Problematik, die sich im Rahmen der Erfassung und anschließenden Feststellung eines kernbereichsrelevanten Inhalts aus dem Bereich der privaten Lebensgestaltung stellt. Ob ein TK-Vorgang Inhalte aus dem Kernbereich der privaten Lebensgestaltung betrifft, wird sich auch hier in aller Regel erst im Laufe der Auswertungsphase herausstellen.

Wenn der grundrechtliche Schutz danach nicht bereits auf der Erfassungsebene gewährleistet werden kann, so kommt es entscheidend darauf an, dass den grundrechtlichen Vorgaben auf der Auswertungsebene hinreichend Rechnung getragen wird. Durch geeignete Vorschriften ist dafür Sorge zu tragen, die Grundrechtsverletzung so gering wie möglich zu halten. Informationen, die sich nachträglich als der natürlichen Person zugehörig erweisen, müssen gelöscht werden, um sowohl die Übermittlung als auch die weitere Verwertung der Daten unmöglich zu machen.⁹⁷¹

4) Zwischenergebnis

Die uneingeschränkte Grundrechtsbindung des BND an die Vorgaben des Art. 10 GG bei Vorliegen eines „hinreichenden Inlandsbezuges“ impliziert das Erfordernis, die Voraussetzungen für die rein auslandsbezogene SFÜ (BNDG-SFÜ) denselben verfassungsrechtlichen Anforderungen zu unterstellen, die der Gesetzgeber schon der grenzüberschreitenden SFÜ (G 10-SFÜ) zu Grunde gelegt hat. Danach ist bei Vorliegen eines „hinreichenden Inlandsbezuges“ nicht nur eine uneingeschränkte Bindung des BND bei seinen Tätigkeiten im Ausland gegeben, sondern ebenfalls ein subjektives Abwehrrecht der Betroffenen vorhanden.⁹⁷² „Grundrechtsminderungen“ kommen einzig in „*rein auslandsbezogenen Überwachungskonstellationen ohne Inlandsbezug*“ in Betracht.

⁹⁷¹ Für den Kernbereichsschutz, vgl. *Becker*, in: NVwZ 19 (2015), S. 1337.

⁹⁷² Anders *Becker* in: *Pfahl-Traughber/Rose-Stahl* (Hrsg.) (2007), S. 53, 57, der ein subjektives Abwehrrecht wegen fehlender deutscher Staatsgewalt im Ausland zwar nicht anerkennt, die Grundrechtsbindung jedoch über die Funktion der Grundrechte als objektive Werteordnung durchgreifen lässt.

Für die satellitengestützte Überwachung gilt es daher, im weiteren Verlauf den Zeitpunkt der grundrechtsrelevanten Erfassung zu ermitteln. Erblickt man diesen erst auf dem Staatsgebiet der BRD, da die Erfassung über auf deutschem Boden stehende Empfangsanlagen erfolgt, so wäre eine uneingeschränkte Grundrechtsbindung des BND auch in dieser Überwachungskonstellation anzunehmen. Anderenfalls kämen, wie schon im Falle der aus dem Ausland heraus erfolgenden Überwachung, etwaig „Grundrechtsminderungen“ in Betracht. Diese vermögen die aus Art. 1 Abs. 3 GG resultierende generelle Grundrechtsbindung des BND jedoch nicht gänzlich aufzuheben. Die äußerste Grenze einer im Einzelfall gebotenen Reduktion des Grundrechtsschutzes besteht in dem „unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz“, den das BVerfG über den Wesensgehalt der Grundrechte identifiziert.⁹⁷³ Auch ist der durch Art. 25 GG zu beachtende „völkerrechtlich verbindliche Mindeststandard“⁹⁷⁴ zu berücksichtigen,⁹⁷⁵ der als „rechtliche Minimalgarantie“ durch die Vertragsparteien zwar nicht unterschritten, wohl aber überschritten werden darf.⁹⁷⁶ Der grundrechtliche Schutz auf der Erfassungsebene endet nach alledem erst dort, wo sich die TK-Teilnehmer als „Funktionsträger“ in einer ausländischen juristischen Person beteiligen und sich somit infolge ihres individuellen Freiheitsgebrauchs von ihrer grundrechtlichen Schutzbedürftigkeit entledigen.

II. Rein auslandsbezogene SFÜ als Eingriff

Ein Eingriff in ein grundrechtlich geschütztes Recht liegt im Grundsatz vor, wenn der grundrechtsverpflichtete Staat in zurechenbarer Weise gegen den Willen des Grundrechtsträgers nicht nur unerheblich auf eines seiner grundrechtlich geschützten Rechtsgüter einwirkt.⁹⁷⁷ Differenzierungen hinsichtlich eines abgeminderten grundrechtlichen Schutzstandards beziehen sich dabei grundsätzlich nicht auf das Eingriffskonzept, sondern auf die Ebene

⁹⁷³ Vgl. BVerfGE 89, 155 (174 f.) m.w.N.; ebenso *Lampe*, in: NStZ 7 (2015), S. 371.

⁹⁷⁴ BVerfGE 59, 280 (283); BVerfGE 63, 332 (374).

⁹⁷⁵ Vgl. auch *Baldus* (2000), S. 130.

⁹⁷⁶ Vgl. *Gusy* (2015), S. 20, 24 m.w.N.

⁹⁷⁷ Vgl. *Dreier*, Vorb. vor Art. 1 GG in: *Dreier* (Hrsg.) (2013), Rn. 123; *Jarass*, Vorb. vor Art. 1 GG in: *Jarass/Piero* (Hrsg.) (2014), Rn. 26.

der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung staatfindender Eingriffe.⁹⁷⁸ Ein grundrechtsrelevanter Eingriff kann dem BND jedoch nicht in allen Fällen zwangsläufig uneingeschränkt zugerechnet werden. So stellte das BVerfG fest, dass der *Umfang der Verantwortlichkeit und Verantwortung deutscher Staatsorgane* bei der Reichweite der grundrechtlichen Bindungen stets zu berücksichtigen ist.⁹⁷⁹

Grundsätzlich lässt sich festhalten, dass die strategische Überwachung von Inländern, Ausländern sowie inländischen juristischen Personen im Inland einen ebenso rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis darstellen kann, wie die strategische Überwachung desselben Adressatenkreises im Ausland. Die Feststellung der Eingriffsqualität und des Eingriffszeitpunktes einer strategischen Beschränkungsmaßnahme besitzt hierbei eine besondere Bedeutung, da diese über die uneingeschränkte oder (soweit geboten) lediglich „abgeminderte Grundrechtsbindung“ des BND entscheidet.

Im Anwendungsbereich des Fernmeldegeheimnisses ist ein Eingriff generell zu bejahen, wenn sich staatliche Stellen in zurechenbarer Art und Weise Kenntnis von dem Inhalt oder den Umständen der geschützten Übermittlungsvorgänge verschaffen oder von den so gewonnenen Informationen Gebrauch machen, ohne dass eine Zustimmung der Kommunikationsteilnehmer für derartige Beschränkungsmaßnahmen gegeben ist.⁹⁸⁰

1) Fehlende Zustimmung der Kommunikationsteilnehmer

Die Zustimmung aller Kommunikationsteilnehmer⁹⁸¹ schließt einen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG von vornherein aus. Von einer Zustimmung der Kommunikationsteilnehmer in die Datenerhebung und Auswertung ist aber regelmäßig bereits infolge der „Heimlichkeit“ der bundesnachrichtendienstlichen Beschränkungsmaßnahmen nicht auszugehen.

⁹⁷⁸ Vgl. *Gusy* (2015), S. 32; *Yousif* (2007), S. 123 m.w.N.

⁹⁷⁹ Vgl. BVerfGE 66, 39 (57 ff.); BVerfGE 92, 26 (47); verweisend BVerfGE 100, 313 (363).

⁹⁸⁰ Vgl. *Hermes*, Art. 10 GG in: *Dreier* (Hrsg.) (2013), Rn. 53; *Badura*, Art. 10 GG in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.) (2014), Rn. 55.

⁹⁸¹ Vgl. BVerfGE 85, 386 (398); verweisend *Baldus*, Art. 10 GG in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.) (2009), Rn. 27; *Hermes*, Art. 10 GG in: *Dreier* (Hrsg.) (2013), Rn. 58.

Eine Mitteilung an die von einer strategischen Beschränkungsmaßnahme betroffenen Personen hat vor ihrer Einstellung grundsätzlich zu unterbleiben (§ 12 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 G 10). Von einer Einstellung ist erst dann auszugehen, wenn sich die erfassten Daten über die Auswertung ihres Informationsgehalts für die bundesnachrichtendienstliche Aufgabenerfüllung als nicht erforderlich erweisen. Eine Kenntniserlangung von dem „Betroffensein“ scheidet dementsprechend regelmäßig sowohl auf der Erfassungs- als auch auf der Auswertungsebene aus. Eine Zustimmung setzt eine positive Kenntnis von der Informationsbeschaffungsmaßnahme jedoch notwendig voraus. Wer die Betroffenheit von einer Beschränkungsmaßnahme aber nicht kennt oder nicht bemerkt, kann eine Zustimmung weder ausdrücklich noch konkludent erteilen. Von einer fehlenden Zustimmung der von einer strategischen Beschränkungsmaßnahme betroffenen Personen ist daher auszugehen.

2) „Kenntnis verschaffen“ / „flüchtige Erfassung“ als Eingriff?

Die Grundrechtsrelevanz der Eingriffsmaßnahme setzt weiterhin voraus, dass der BND sich Kenntnis von dem Inhalt oder den Umständen der geschützten Übermittlungsvorgänge verschafft. Die Ermittlung des Eingriffszeitpunktes hat hierbei für die Feststellung der Reichweite der bundesnachrichtendienstlichen Grundrechtsbindung im Rahmen der rein auslandsbezogenen SFÜ ohne Inlandsbezug eine entscheidende Bedeutung.⁹⁸²

a) Möglichkeit der Kenntnisnahme

Ein „Kenntnis verschaffen“ in Sachen der Eingriffsdefinition liegt bei einer tatsächlichen Kenntnisnahme durch Mitarbeiter des BND unzweifelhaft vor (manuelle Relevanzüberprüfung) und wird vom BVerfG zu diesem Zeitpunkt auch ohne weitere Ausführungen anerkannt.⁹⁸³ Darüber hinaus ist eine tatsächliche Kenntnisnahme für die Annahme der Eingriffsqualität einer strategischen Beschränkungsmaßnahme jedoch nicht zwingend erforderlich. So ist anerkannt, dass bereits in der Erfassung der TK-Vorgänge eine

⁹⁸² Vgl. hierzu *D. I. 2) c)* sowie *D. I. 4)*.

⁹⁸³ Vgl. BVerfGE 100, 313 (366).

eingriffsrelevante Maßnahme gesehen werden kann.⁹⁸⁴ Das „Kenntnis verschaffen“ in Sachen der Eingriffsdefinition ist somit vielmehr dahingehend auszulegen, dass bereits die „*Möglichkeit der Kenntnisnahme*“ durch staatliche Stellen ausreichend sein kann. Unter das „Kenntnis verschaffen“ können dann auch Maßnahmen fallen, die erst die Basis für eine spätere Kenntnisnahme und weitere Verarbeitung der Daten bilden.

Zu klären ist demnach, zu welchem Zeitpunkt der satellitengestützten Überwachung der rein auslandbezogenen TK dem BND die Basis für die Kenntnisnahme von dem Inhalt oder den Umständen der geschützten Übermittlungsvorgänge verschafft wird.

b) Zeitpunkt der „Kenntnisnahmemöglichkeit“

Für die Bestimmung des Zeitpunktes der „Kenntnisnahmemöglichkeit“ des BND ist es erforderlich, diejenigen rechtlichen Kriterien zu berücksichtigen, die das BVerfG für die Abgrenzung einer eingriffsneutralen Erfassung („*flüchtige Erfassung*“) von einer eingriffsrelevanten Erfassung entwickelt hat. Grundsätzlich gilt hierbei, dass eine der Datenauswertung vorangehende Erfassung nicht zwangsläufig einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 10 GG begründen muss.

Sowohl das BVerfG als auch das BVerwG stellen für die Begründung der Eingriffsrelevanz einer SFÜ-Maßnahme darauf ab, dass die Erfassung die Kommunikation für den BND *verfügbar macht* und die *Basis des nachfolgenden Abgleichs* mit den Suchbegriffen bildet.⁹⁸⁵ Dabei soll es grundsätzlich unerheblich sein, dass die Erfassung eines größeren Datenbestandes letztlich nur Mittel zum Zweck für eine weitere Verkleinerung der Treffermenge ist.⁹⁸⁶ Eine grundrechtsrelevante Erfassung ist danach nicht erst bei Abgleich mit den Suchbegriffen anzunehmen, sondern kann bereits im

⁹⁸⁴ Vgl. BVerfGE 100, 313 (366); BVerwG, Urteil vom 28. Mai 2014, - 6 A 1.13 -, Rn. 23.

⁹⁸⁵ Vgl. BVerfGE 100, 313 (366); BVerwG, a.a.O.

⁹⁸⁶ Vgl. BVerfGE 120, 378 (398).

Zeitpunkt des „*Verfügbarmachens*“ zwecks Schaffung einer späteren „*Kenntnisnahmemöglichkeit*“ gegeben sein.⁹⁸⁷

Für die konkrete Festlegung des Zeitpunktes einer grundrechtsrelevanten Erfassung kommt es auf eine Gesamtbetrachtung an. So hob das BVerfG in seiner Entscheidung zur „*automatisierten Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen*“ hervor, dass es für die Bestimmung des Eingriffszeitpunktes maßgeblich darauf ankommen soll, ob sich bei einer Gesamtbetrachtung mit Blick auf den durch den Überwachungs- und Verwendungszweck bestimmten Zusammenhang das behördliche Interesse an den betroffenen Daten bereits derart verdichtet hat, dass ein „*Betroffensein*“ in einer einen Grundrechtseingriff auslösenden Qualität zu bejahen ist.⁹⁸⁸ Danach kommt es für die Beurteilung der Eingriffsvoraussetzung „*Kenntnis verschaffen*“ einerseits auf die Sicht der datenerhebenden Stelle (BND), andererseits auf die Sicht der von einer Beschränkungsmaßnahme betroffenen Personen an. Beide Sichtweisen sind jedoch eng miteinander verbunden. Ein „*Betroffensein*“ ist umso eher anzunehmen, je größer das bundesnachrichtendienstliche Interesse an den einschlägigen Daten ist.

Angesichts der Primärfunktion der Grundrechte, umfassend vor freiheitsverkürzenden Maßnahmen der Staatsgewalt zu schützen, hat die subjektive „*Betroffenheit*“ im Rahmen der Gesamtbetrachtung im Vordergrund zu stehen. Die Feststellung der „*grundrechtlichen Betroffenheit*“ hat sich somit in einem ersten Schritt hauptsächlich an dem durch Art. 10 GG verfolgten Schutzzweck zu orientieren. Dieser ist darauf ausgerichtet einen Einschüchterungseffekt zu vermeiden, der von staatlichen Überwachungsmaßnahmen ausgehen kann. Ein solcher besteht regelmäßig bereits dann, wenn der Bürger „*nicht ohne Grund*“ befürchtet, in den Fokus staatlicher Überwachung zu geraten.⁹⁸⁹ Ein „*diffus bedrohliches Gefühl des Beobachtetseins*“⁹⁹⁰ reicht für die Annahme eines Eingriffs in das Fernmeldegeheimnis aus. Ein solches ist insbesondere dann vorhanden, wenn

⁹⁸⁷ Vgl. BVerwG, Urteil vom 28. Mai 2014, - 6 A 1.13 -, Rn. 24.

⁹⁸⁸ Vgl. BVerfGE 115, 320 (343); verweisend BVerfGE 120, 378 (398).

⁹⁸⁹ Vgl. BVerfGE 100, 313 (376); BVerfGE 120, 378 (403); vgl. hierzu auch *Schantz*, in: NVwZ 13 (2015), S. 875.

⁹⁹⁰ BVerfGE 125, 260 (320).

Aufklärungsinstrumente eine anlasslose Überwachung ermöglichen und die Personen unabhängig von einem konkreten Verdacht in das Visier der Ermittlungsbehörden geraten lassen. So hob das BVerfG im Rahmen seines Urteils zur „Vorratsdatenspeicherung“ die Anlasslosigkeit und Streubreite einer Beschränkungsmaßnahme ausdrücklich als besondere Gefahren für das Fernmeldegeheimnis hervor.⁹⁹¹ Insbesondere die SFÜ ist danach geeignet, einen Einschüchterungseffekt in der Bevölkerung zu erzeugen.⁹⁹² So hat der BND vor dem BVerwG zutreffend ausgeführt, dass eine Erfassung grundsätzlich schon mit der Zuleitung einer vollständigen Überwachungskopie durch den verpflichteten Betreiber einer TK-Anlage angenommen werden kann.⁹⁹³

In Übertragung auf die satellitengestützte SFÜ des BND bedeutet dies, dass eine grundrechtsrelevante Erfassung schon am TK-Satelliten selbst vorliegen kann. Auf einen „Trefferfall“ in dem Sinne, dass sich ein positiver Befund über den Abgleich mit den Suchbegriffen ergibt, kommt es demgegenüber nicht an.

Jedoch kann an dieser Stelle aus den zuvor bezeichneten Gründen noch nicht stehen geblieben werden. Es kommt im Rahmen der Gesamtbetrachtung eben auch auf ein verdichtetes bundesnachrichtendienstliches Interesse an den betroffenen Daten an. Der Verweis auf das behördliche Interesse an den betroffenen Daten könnte hierbei den Schluss nahe legen, dass die Bestimmung der grundrechtlichen „Betroffenheit“ durch die subjektive Sichtweise einer staatlichen Stelle beeinflusst werden kann. Zu überzeugen vermag eine solche Sichtweise jedoch schon deswegen nicht, da hierdurch der Sinn des Grundrechtsschutzes verfehlt würde, gerade vor Eingriffen staatlicher Stellen zu schützen. Könnte der BND den Zeitpunkt des Eingriffes zumindest mitbestimmen, so würde die Feststellung der grundrechtlichen „Betroffenheit“ auch in die Hand des Grundrechtsverpflichteten gelegt und somit nicht von dem Kriterium der „Schutzbedürftigkeit der Grundrechtsadressaten“ geprägt sein. Der Verweis auf ein „verdichtetes behördliches Interesse“ kann daher einzig auf die begleitenden Umstände einer SFÜ-Maßnahme bezogen sein, die

⁹⁹¹ Vgl. BVerfGE 125, 260 (320).

⁹⁹² Vgl. hierzu *Schantz*, a. a. O., S. 875-876.

⁹⁹³ Vgl. BVerwG, a.a.O.

sich, wie bereits an anderer Stelle erwähnt,⁹⁹⁴ infolge der Digitalisierung des TK-Sektors gravierend verändert haben. Führen diese Veränderungen notwendigerweise zu Anpassungen auf der sachlichen Schutzbereichsebene, so können die Veränderungen auch auf der Eingriffsebene nicht unberücksichtigt bleiben. Die Beurteilung eines „verdichteten bundesnachrichtendienstlichen Interesses“ bedarf somit der Berücksichtigung der technischen Besonderheiten der SFÜ. Insoweit sind die bereits gewonnenen Erkenntnisse zur praktischen Umsetzung der SFÜ in die Überlegungen miteinzubeziehen.⁹⁹⁵

Festgestellt werden konnte, dass die durch den Betreiber einer TK-Anlage erfassten und in Form einer vollständigen Kopie i.S.d. § 27 Abs. 2 TKÜV für den BND bereitgestellten TK-Verkehre noch vor Abgleich mit den Suchbegriffen einer Datenreduktion durch den Einsatz verschiedener Filterkriterien unterzogen werden. So ist im Rahmen der G 10-SFÜ sicherzustellen, dass ausschließlich der in der G 10-Anordnung bezeichnete Übertragungsanteil der Überwachung zugänglich gemacht wird (§ 27 Abs. 3 Nr. 1 TKÜV). Daneben erfolgt über den sog. „Separator“ eine Ausscheidung der erfassten TK-Verkehre entsprechend der der Überwachung zu Grunde liegenden Rechtsgrundlage. So sind im Rahmen der G 10-SFÜ etwa rein inländische TK-Verkehre aus der erfassten TK auszusondern, während im Rahmen der BNDG-SFÜ die sog. G 10-Verkehre einer weiteren Verarbeitung zu entziehen sind. Eine Einsichtnahme durch Mitarbeiter des BND erfolgt zu diesem Zeitpunkt der Verarbeitungskette noch nicht.⁹⁹⁶

Ergibt sich danach, dass nach der ursprünglichen Erfassung am Übergabepunkt (§§ 27 Abs. 2, 2 Nr. 11 TKÜV) eine allein technisch umsetzbare Datenreduktion zu einer spurlosen Aussonderung rechtlich nicht relevanter TK-Vorgänge führt, so kann sich das bundesnachrichtendienstliche Interesse im Zeitpunkt der Zuleitung durch den TK-Dienst auch noch nicht hinreichend verdichtet haben. Die Basis für eine spätere Kenntnis und Verarbeitung können nur solche Daten bilden, die tatsächlich vorhanden sind. Die zunächst subjektiv zu bestimmende Eingriffsqualität der Erfassung wird demnach technisch

⁹⁹⁴Vgl. B. III. 3) sowie B. IV.

⁹⁹⁵Vgl. hierzu C. I. 1) c) sowie C. I. 2) b).

⁹⁹⁶Zur praktischen Umsetzung der G 10-SFÜ und BNDG-SFÜ, vgl. C. I. 1) c) sowie C. I. 2) b).

relativiert, indem die Grundrechtsrelevanz der Erfassung zeitlich verlagert wird. Aus einer lediglich „*flüchtigen Erfassung ohne Eingriffscharakter*“ wird eine „*Erfassung mit Eingriffscharakter*“. Die technisch notwendigen Anpassungen auf der sachlichen Schutzbereichsebene sind auf der Eingriffsebene fortzuführen. Es ist im Rahmen der Bewertung der grundrechtlichen „Betroffenheit“ somit zwischen unterschiedlichen Datensätzen zu differenzieren, die unter Berücksichtigung rechtlicher Kriterien technisch unterschiedlich zu behandeln sind. Eine grundrechtliche „Betroffenheit“ kann nur für solche Datensätze anzunehmen sein, die tatsächlich vorhanden sind, dem BND verfügbar gemacht werden können und anschließend die Basis für tiefgreifende Auswertungsmaßnahmen bilden. Dementsprechend führten das BVerfG und das BVerwG auch relativierend aus, dass es an einem Eingriff dann fehlen muss, sofern TK-Verkehre ungezielt und allein technikbedingt zunächst miterfasst, aber unmittelbar nach der Erfassung technisch wieder anonym, spurenlos und ohne Erkenntnisinteresse für die Behörden ausgesondert werden.⁹⁹⁷

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Sachverhalt der SFÜ nicht mit den Sachverhalten vergleichbar ist, die den Feststellungen des BVerfG im Rahmen seines Urteils zur „*Rasterfahndung*“⁹⁹⁸ oder zur „*automatisierten Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen*“⁹⁹⁹ zu Grunde gelegen haben. So kann in der Verpflichtung des TK-Dienstes zur Bereitstellung einer vollständigen Kopie der TK nicht in vergleichbarer Weise ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis gesehen werden, wie es das BVerfG für das informationelle Selbstbestimmungsrecht im Rahmen seines Urteils zur „*Rasterfahndung*“ bereits in der Übermittlungsanordnung (§ 31 PolG NW 2003) angenommen hatte.¹⁰⁰⁰ Bereits die Übermittlungsanordnung konnte damals einem Eingriff gleich kommen, da sich diese bereits auf die Übermittlung von personenbezogenen Daten bestimmter Personengruppen bezog (§ 31 Abs. 1 PolG NW 1990) und insofern bereits ein gewisses Maß an Konkretisierung erfuhr, ohne dass es darauf ankam, dass vor dem Datenabgleich eine weitere

⁹⁹⁷ Vgl. BVerfGE 100, 313 (366); verweisend BVerfGE 115, 320 (343); BVerfGE 120, 378 (399); ebenso BVerwG, Urteil vom 28. Mai 2014, - 6 A 1.13 -, Rn. 3. 23.

⁹⁹⁸ BVerfGE 115, 320 ff.

⁹⁹⁹ BVerfGE 120, 378 ff.

¹⁰⁰⁰ Vgl. BVerfGE 115, 320 (343).

Datenreduktion erfolgen musste. Diese Konkretisierung besteht bei der SFÜ aber gerade nicht, soweit die TK-Dienste verpflichtet werden, eine vollständige Kopie der TK bereitzustellen (§ 27 Abs. 2 TKÜV), die in der Folge zunächst noch einer weiteren technischen Verarbeitung zugänglich gemacht werden muss. Auch bei Durchführung der „automatisierten Kennzeichenerfassung“ kommt es auf eine vorherige automatisierte Datenreduktion nicht an. Der Abgleich mit dem Fahndungsbestand erfolgt vielmehr unverzüglich, d.h. ohne weitere Zwischenschritte. Das BVerfG nahm einen Eingriff dementsprechend lediglich für den sog. „Trefferfall“ an, bei dem das Kraftfahrzeugkennzeichen im Fahndungsbestand aufgefunden wird und nachfolgend zur weiteren Auswertung durch staatliche Stellen zur Verfügung steht, demgegenüber nicht für den sog. „Nichttrefferfall“, bei dem rechtlich und technisch gesichert ist, dass die Daten spurlos gelöscht werden.¹⁰⁰¹ Der durch das BVerfG hervorgehobene „Nichttrefferfall“ ist insofern mit der automatisierten Vorabfilterung im Rahmen der SFÜ zu vergleichen, bei der ein bestimmter Übertragungsanteil spurlos ausgesondert wird und somit einer spezifischen bundesnachrichtendienstlichen Auswertung von vornherein entzogen ist.

Die grundrechtliche „Betroffenheit“ folgt der automatisierten Datenreduktion demnach innerhalb einer „*juristischen Sekunde*“.

Dieser Annahme könnte letztlich lediglich noch entgegenstehen, dass auch der allein technisch umsetzbare Suchbegriffsabgleich zu einer spurlosen Aussonderung nachrichtendienstlich nicht relevanter TK-Verkehre beiträgt. Dafür würden auch die durch die Zeugenvernehmungen des NSA-UA hinzugekommenen Erkenntnisse sprechen, die nahe legen, dass eine Speicherung bereits aus Kapazitätsgründen erst nach Abgleich mit den Suchbegriffen erfolgt,¹⁰⁰² mithin ein „Kenntnis verschaffen“ in Sachen der Eingriffsdefinition durch Mitarbeiter des BND erst nach Abgleich mit den Suchbegriffen vorhanden sein kann.¹⁰⁰³ Die praktische Umsetzung der SFÜ hätte demnach dergestalt eine Änderung erfahren, dass eine Speicherung der erfassten Daten nicht mehr vor, sondern vielmehr erst nach dem Abgleich mit

¹⁰⁰¹ Vgl. BVerfGE 120, 378 (399-400).

¹⁰⁰² Vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll, NSA-UA, 18/41, S. 117; Vorläufiges Stenografisches Protokoll, NSA-UA, 18/26, S. 15.

¹⁰⁰³ Vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll, NSA-UA, 18/26, S. 14-15, 20.

den Suchbegriffen erfolgt.¹⁰⁰⁴ Die Eingriffsqualität ließe sich demzufolge mit dem Hinweis auf einen bis hierhin fehlenden „Einschüchterungseffekt“ verneinen, da ein „Kenntnis verschaffen“ durch Mitarbeiter des BND tatsächlich nicht vorhanden ist und im Übrigen eine allein technisch realisierbare, spurlose Aussonderung nicht relevanter TK-Vorgänge erfolgt.

Eine solche Auslegung würde den schutzzweckbezogenen Absichten des Art. 10 GG allerdings nicht gerecht werden. Ein „Kenntnis verschaffen“ in Gestalt einer „tatsächlichen Kenntnisnahme“ durch Mitarbeiter des BND ist für einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG nicht erforderlich. Vielmehr ist das „Kenntnis verschaffen“ als „*technisches Verfügbarbarmachen*“¹⁰⁰⁵ zu verstehen. Die tatsächliche Kenntnisnahme wird danach in der Regel zwar die Konsequenz aus dem vorangehenden Erfassungsakt sein, ist aber gleichzeitig nicht zwingende Voraussetzung für einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis.¹⁰⁰⁶ Es bleibt daher dabei, dass die Grundrechtsrelevanz der SFÜ bereits vor Abgleich mit den Suchbegriffen gegeben ist.¹⁰⁰⁷

Überträgt man dieses Ergebnis auf die satellitengestützte SFÜ der rein auslandsbezogenen TK, so erfolgt die eingriffsrelevante Erfassung bereits am TK-Satelliten selbst, soweit die automatisierte Datenreduktion nicht erst innerhalb der auf deutschem Boden befindlichen Liegenschaften stattfindet. Die hinzuzudenkende „*juristische Sekunde*“, innerhalb derer die spurlose Aussonderung nachrichtendienstlich nicht relevanter TK-Vorgänge erfolgt, endet danach bereits auf staatsfreiem Gebiet und somit außerhalb eines absoluten Hoheitsanspruchs der BRD. Es läge in diesem Fall kein hinreichender Inlandsbezug vor, so dass die Erfassungsmaßnahme gegebenenfalls nicht uneingeschränkt an den grundrechtlichen Vorgaben des

¹⁰⁰⁴ Anders noch BVerfGE 100, 313 (366).

¹⁰⁰⁵ Vgl. BVerwG, Urteil vom 28. Mai 2014, - 6 A 1.13 -, Rn. 32.

¹⁰⁰⁶ Vgl. insofern auch die ausdrückliche Differenzierung des BVerfG zwischen „Erfassung“ und Kenntnisnahme“, BVerfGE 85, 366 (398); BVerfGE 100, 313 (366).

¹⁰⁰⁷ Eine stärker am Schutzzweck des Art. 10 GG und weniger an den technischen Besonderheiten der SFÜ orientierte Ansicht vertritt Gusy (2015), S. 47 ff., der bereits der „automatisierten Datenreduktion“ als sog. „Kategorisierung“ eine grundrechtsrelevante Qualität zusprechen möchte.

Art. 10 GG zu messen wäre.¹⁰⁰⁸ Erfolgt die automatisierte Datenreduktion hingegen erst innerhalb der bundesnachrichtendienstlichen Liegenschaften auf deutschem Territorium, so wäre ein hinreichender Inlandsbezug und somit eine uneingeschränkte Bindung an die Vorgaben des Art. 10 gegeben. Der vom BND vertretenen „Weltraumtheorie“ wäre in diesem Fall das rechtliche Fundament entzogen. Die satellitengestützte Überwachung der rein auslandsbezogenen TK bedürfte einer verfassungsmäßigen Ermächtigungsgrundlage, die sich an der tatbestandlichen und verfahrensrechtlichen Struktur der §§ 5 ff. G 10 zu orientieren hätte.

c) Zwischenergebnis

Eine lediglich „flüchtige Erfassung“ von TK-Vorgängen, die ohne Erkenntnisinteresse für den BND allein mit technischen Mitteln spurlos wieder ausgesondert werden können, kann nach den vorherigen Ausführungen keine eingriffsrelevante Eingriffsmaßnahme des BND darstellen. Die Eingriffsrelevanz folgt der automatisierten Datenreduktion jedoch innerhalb einer „juristischen Sekunde“, so dass bereits die Erfassung am TK-Satelliten einen rechtfertigungsbedürftigen grundrechtlichen Eingriff darstellt, sofern davon auszugehen ist, dass die automatisierte Datenreduktion bereits auf staatsfreiem Gebiet (Weltall) erfolgt. Die Erfassung sowie die sich daran anschließenden Auswertungsmaßnahmen als „Folgemaßnahmen“ der prägenden Erfassung unterlägen den grundrechtlichen Wertungen des Art. 10 GG danach gegebenenfalls nur in abgeschwächter Form.

3) „Gebrauch machen“

Das „Gebrauch machen“ von den gewonnenen Daten kommt nach der Eingriffsdefinition des Art. 10 Abs. 1 GG einem Eingriff durch „Kenntnisverschaffung“ gleich. Neben den Akten der „Erfassung und Kenntnisnahme“ von den Kommunikationsdaten stellen die Akte der

¹⁰⁰⁸ Gleiches müsste dann auch, wegen des prägenden Charakters der Erfassung, für die sich anschließenden Auswertungsmaßnahmen als sog. „Folgemaßnahmen“ der Erfassung gelten, vgl. hierzu *D. I. 2) c)*.

„Aufzeichnung“ und „Verwertung“ mithin ebenso rechtfertigungsbedürftige Eingriffe dar.¹⁰⁰⁹

Anders als noch auf der Erfassungsebene ist jedoch nun die *Individualisierbarkeit der Kommunikationsteilnehmer* für die Annahme der Eingriffsqualität vorauszusetzen. Die Herstellung eines Personenbezugs bezüglich der erfassten Daten darf praktisch nicht ausgeschlossen sein. In diesem Sinne führte das BVerfG aus, dass es der Eingriffsqualität nicht entgegensteht, wenn die erfassten Daten nicht sofort bestimmten Personen zugeordnet werden können.¹⁰¹⁰ Es ließ somit konkludent erkennen, dass es für die Eingriffsqualität der Auswertungsebene jedenfalls auf die Personenbeziehbarkeit der Kommunikationsdaten ankommt. Nach der allein technischen und ohne Zwischenspeicherung realisierten Datenreduktion in Gestalt der Vorabfilterung und des Suchbegriffsabgleichs ist es demnach nunmehr entscheidend, dass der BND mit den ihm zur Verfügung stehenden Kenntnissen, Mitteln und Möglichkeiten mit einem nicht unverhältnismäßigen Aufwand einen Personenbezug herstellen kann.¹⁰¹¹ Sachdaten sowie sonstige anonymisierte Daten, bei denen eine Zuordnung zu einer bestimmten oder bestimmbar Person nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand möglich ist, unterliegen nicht den restriktiven bundesnachrichtendienstlichen Verarbeitungsregelungen (§§ 4 ff. BNDG; §§ 6 ff. G 10). So greift die Auswertung von Daten, die allein der Aufklärung staatlicher oder terroristischer Organisationen, der Aufklärung fremden Militärs oder auch der Aufklärung inländischer juristischer Personen dient, nicht in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG ein.¹⁰¹² Vorauszusetzen ist jedoch, dass die Sachangaben im konkreten Einzelfall keine Auswirkungen auf die rechtliche, wirtschaftliche oder soziale Position des Betroffenen haben bzw. keine Rückschlüsse auf seine individuellen Verhältnisse zulassen.¹⁰¹³ So kann die Auswertung von Daten einer inländischen juristischen Person insbesondere

¹⁰⁰⁹ St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 85, 386 (398); BVerfGE 100, 313 (366); BVerwG, Urteil vom 28. Mai 2014, - 6 A 1.13 -, Rn. 23.

¹⁰¹⁰ Vgl. BVerfGE 100, 313 (366).

¹⁰¹¹ Zu der tatsächlich vorhandenen Möglichkeit einen Personenbezug in vielen Fällen herzustellen, vgl. *B. III. 3) c) ee*.

¹⁰¹² So auch die BND-interne Rechtsansicht, vgl. Vorläufiges Stenografisches Protokoll, NSA-UA, 18/41, S. 101.

¹⁰¹³ Vgl. *Dammann*, § 3 BDSG in: *Simitis* (Hrsg.) (2014), Rn. 60.

dann einen Personenbezug aufweisen, wenn hieraus Informationen offenbart werden, die das Privat- und Familienleben der in ihr beschäftigten Personen betreffen oder Rückschlüsse auf deren Aktivitäten im Zusammenhang mit Arbeitsbeziehungen oder ihrem ökonomischen oder sozialen Verhalten zulassen, mithin unabhängig zu ihrer Funktionsträgereigenschaft stehen.¹⁰¹⁴ Eine solche Feststellung wird sich in der Regel erst nach einer tatsächlichen Kenntnisnahme durch Mitarbeiter des BND treffen lassen. Es ist daher auch umso mehr gerechtfertigt, die Individualisierbarkeit der Kommunikationsteilnehmer als Voraussetzung für einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG erst ab dem Zeitpunkt zu fordern, in denen die Möglichkeit einer Kenntnisnahme durch Mitarbeiter des BND tatsächlich gegeben ist. Anderenfalls liefe der durch Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG bezweckte Schutz für (inländische) juristische Personen auf der „Erfassungsebene“ vollständig leer. In diesem Sinne führte das BVerfG im Rahmen seiner „dritten Abhörentscheidung“ aus, dass die besonderen Maßgaben, die das BVerfG im „Volkszählungsurteil“¹⁰¹⁵ aus Art 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entwickelt hat, auf die speziellere Garantie des Art. 10 GG zu übertragen sind, gerade wenn es um die Verarbeitung personenbezogener Daten geht, welche mittels eines Eingriffs in das Fernmeldegeheimnis erlangt worden sind.¹⁰¹⁶ Das BVerfG unterscheidet demnach, wenn auch nicht ausdrücklich, zwischen Eingriffen in den technischen Vorgang der Übermittlung und Folgeeingriffen, die durch das „Kenntnis verschaffen“ von den Kommunikationsdaten erst ermöglicht werden und auf die in der Folge die speziellen Maßgaben des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung weitestgehend zu übertragen sind.¹⁰¹⁷

Zu den Folgeeingriffen gehören solche Maßnahmen, die nach Abgleich mit den Suchbegriffen erfolgen. Namentlich zählen hierzu die Prüfung der weiteren Erforderlichkeit (§ 6 Abs. 1 Satz 1 G 10), die Löschung der in Dateien gespeicherten Daten (§ 6 Abs. 1 Satz 3 G 10; § 5 Abs. 1 BNDG i.V.m. § 12 Abs. 2 BVerfSchG), die Übermittlung der personenbezogenen Daten an die

¹⁰¹⁴ Vgl. *Forgó/Krügel*, in: MMR 1 (2010), S. 20-21.

¹⁰¹⁵ Vgl. BVerfGE 65, 1 (44 ff.).

¹⁰¹⁶ Vgl. BVerfGE 100, 313 (359).

¹⁰¹⁷ Vgl. hierzu auch *Seifert* in: *Nahamowitz/Breuer* (Hrsg.) (1995), S. 307 m.w.N.

Bundesregierung (§ 7 Abs. 1 G 10 i.V.m. § 12 BNDG; § 12 BNDG) oder an sonstige in- und ausländische Stellen (§§ 7, 7a G 10; § 9 BNDG) oder auch die Begrenzung der Mitteilungspflicht in Fällen strategischer Beschränkungsmaßnahmen (§ 12 Abs. 2, Abs. 1 Satz 2 G 10).¹⁰¹⁸ Den Folgemaßnahmen kommt jeweils ein eigenständiger Eingriffscharakter zu.¹⁰¹⁹ Dabei richten sich die an die Folgemaßnahmen (Datenauswertung, Übermittlung) zu stellenden verfassungsrechtlichen Anforderungen danach, ob sich diese im Rahmen der ursprünglichen Zwecke befinden oder aber einer Zweckänderung¹⁰²⁰ gleichstehen. Während es im ersteren Fall ausreichend ist, dass sich die Folgemaßnahmen auf die der Datenerhebung zugrundeliegenden Rechtfertigungsgründe stützen, unterliegen Zweckänderungen vergleichsweise höheren verfassungsrechtlichen Anforderungen.¹⁰²¹ Vor dem Hintergrund des prägenden Charakters der vorausgehenden Erfassung ist es darüber hinaus angezeigt, das rechtliche Schicksal der Auswertungsmaßnahmen dem rechtlichen Schicksal der Erfassung anzupassen. Soweit die Erfassung außerhalb des Staatsgebiets der BRD erfolgt, ist zu berücksichtigen, dass ein gegebenenfalls lediglich abgeschwächter Grundrechtsstandard gilt, der den sich anschließenden Auswertungsmaßnahmen in das Inland folgt.

4) Zurechenbarkeit des Eingriffs

Das BVerfG hob in der „dritten Abhörentscheidung“ hervor, dass die Reichweite der grundrechtlichen Bindungen unter anderem auch von der *Verantwortlichkeit und Verantwortung deutscher Staatsorgane* abhängt.¹⁰²² Eine grundrechtsrelevante Eingriffshandlung kann vom deutschen Staat danach unter Umständen nicht allein zu verantworten sein.

¹⁰¹⁸ Zu den potentiell eingriffsrelevanten Folgemaßnahmen, vgl. auch schon *B. III. 3)* und *B. III. 4)*.

¹⁰¹⁹ Vgl. BVerfGE 100, 313 (366-367); BVerfGE 125, 260, (310); ausdrücklich auch jüngst, BVerfG, Urteil des ersten Senats vom 20. April 2016, -1 BvR 966/09-, Rn. 285; vgl. auch *Papier* (2014), S. 2; *Hermes*, Art. 10 GG in: *Dreier* (Hrsg.) (2013), Rn. 53.

¹⁰²⁰ Vgl. hierzu *B. III. 4) b)*.

¹⁰²¹ Ausführlich BVerfG, Urteil des ersten Senats vom 20. April 2016, -1 BvR 966/09-, Rn. 278 ff.

¹⁰²² Vgl. BVerfGE 100, 313 (363); vgl. auch BVerfGE 66, 39 (57 ff.); BVerfGE 92, 26 (47).

Die Frage der grundrechtlichen Verantwortlichkeit hängt eng zusammen mit der Frage, inwiefern eine freiheitsbeschränkende Maßnahme dem deutschen Staat als Grundrechtseingriff zugerechnet werden kann. Eine grundrechtliche Verantwortlichkeit setzt grundsätzlich voraus, dass das Verhalten der deutschen öffentlichen Gewalt bestimmend oder zumindest mitbestimmend für das Entstehen der grundrechtlichen Gefährdungslage geworden ist.¹⁰²³

In Fällen, in denen die rein auslandsbezogene SFÜ zielgerichtet und ohne jegliche Fremdbeeinflussung aufgrund eigener Erkenntnisinteressen erfolgt, ist dabei von einer uneingeschränkten Verantwortlichkeit der deutschen Staatsgewalt auszugehen. Ein abgeschwächter grundrechtlicher Schutzstandard für rein auslandsbezogene SFÜ-Maßnahmen lässt sich danach allenfalls im Rahmen internationaler Kooperationslagen diskutieren, in denen die Grundrechtseingriffe dem BND nicht ausschließlich zuzurechnen sind.¹⁰²⁴ Dies kann jedoch angesichts des oben genannten Maßstabs nur in Fällen in Betracht kommen, in denen der BND nicht einmal mitbestimmend tätig wird, somit hinsichtlich der Ausrichtung und konkreten Durchführung der Überwachungsmaßnahmen über keinerlei Mitspracherecht verfügt. Die Grundrechtsbeeinträchtigung muss demnach „entscheidend erst durch einen eigenständigen Entschluss deutscher Hoheitsgewalt nicht unterstehender Organe eines fremden souveränen Staates herbeigeführt“ werden.¹⁰²⁵ Eine solche Konstellation ist jedoch in Zeiten, in denen die internationalen nachrichtendienstlichen Kooperationsverhältnisse überwiegend auf Grundlage des „do-ut-des-Grundsatzes“ und unter Berücksichtigung eines gemeinsamen Interesses erfolgen, nur schwer vorstellbar. Auch wenn der BND die Überwachung aufgrund von Überwachungsersuchen ausländischer Stellen durchführt, liegt die Überwachung selbst weiterhin in der Hand des BND und ist daher auch voll von ihm zu verantworten.¹⁰²⁶ Selbst in Fällen, in denen die Überwachung nicht durch den BND selbst, sondern durch eine ausländische Behörde durchgeführt wird, wird man ohne größere Schwierigkeiten zu einer Zurechnung der freiheitsbeschränkenden Maßnahme zur deutschen

¹⁰²³ Vgl. BVerfGE 66, 39 (61); ebenso, *Soiné*, in: DöV 5 (2006), S. 210-211 m.w.N.

¹⁰²⁴ So wie *Bäcker* (2014), S. 20.

¹⁰²⁵ Vgl. BVerfGE 66, 39 (61); vgl. auch *Becker* in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.) (2013), § 240, Rn. 40.

¹⁰²⁶ Vgl. *Bäcker* (2014), S. 21.

Staatsgewalt kommen. Entscheidend und ausreichend ist es insoweit, wenn der BND durch ein bestimmtes Vorverhalten (z.B. Datenabfrage bei einer ausländischen Sicherheitsbehörde) einen objektiv vorhersehbaren Beitrag zur Vornahme einer grundrechtsbeeinträchtigenden Maßnahmen durch die ausländische Stelle leistet.¹⁰²⁷ Maßgeblich für die Verantwortlichkeit des deutschen Staates ist danach nicht der ausländische Realakt, sondern das (Vor-)Verhalten der deutschen Hoheitsträger.¹⁰²⁸

Eine lediglich eingeschränkte Verantwortlichkeit wird im Rahmen der (strategischen) bundesnachrichtendienstlichen Auslandsaufklärung somit regelmäßig nicht vorhanden sein. Ein materiell abgeschwächter grundrechtlicher Schutzstandard lässt sich demzufolge unter Berücksichtigung des Kriteriums der „*Verantwortlichkeit deutscher Staatsorgane*“ nicht herleiten.

5) Zwischenergebnis

Für die Beurteilung der Eingriffsqualität einer strategischen Beschränkungsmaßnahme kommt es verstärkt auf die Berücksichtigung der technischen Komponente an. Technische Entwicklungen sind auf der Eingriffsebene ebenso zu berücksichtigen wie auf der Schutzbereichsebene.

Soweit danach die anwendbaren Rechtskriterien zunehmend technisch beeinflusst werden, so steigt auch die Bedeutung, die technischen Besonderheiten genauestens zu analysieren, um den hierdurch bedingten Rechtsschutz sachgerecht anpassen zu können. Ungenauigkeiten hierbei gehen zu Lasten des grundrechtlichen Freiheitsschutzes. So zeigte sich, dass es für die uneingeschränkte Anwendbarkeit der aus Art. 10 GG resultierenden grundrechtlichen Schutzgarantien maßgeblich auf die „Ermittlung des Erfassungszeitpunktes“ ankommt, der im Rahmen der satellitengestützten SFÜ der rein auslandsbezogenen TK entweder im Weltraum oder innerhalb der Staatsgrenzen der BRD zu erblicken ist. In der ersten Konstellation sind die abwehrrechtlichen Garantien des Art. 10 GG gegebenenfalls lediglich in

¹⁰²⁷ Vgl. Baldus (2000), S. 169; auch Heidebach, in: DöV 14 (2015), S. 597.

¹⁰²⁸ Vgl. Heidebach, a. a. O. m.w.N.

abgeschwächter Form auf die Überwachungsmaßnahmen anzuwenden, während die grundrechtlichen Vorgaben in der zweiten Konstellation von vornherein uneingeschränkt zu übertragen sind. Die Erfassung auf staatsfreiem oder ausländischem Gebiet und der damit gegebenenfalls abgeminderte Abwehrcharakter des Art. 10 GG schlagen hierbei zugleich auf die Auswertungsebene des bundesnachrichtendienstlichen Erkenntnisprozesses über. Eine Grundrechtsbindung staatlicher Stellen auf der Auswertungsebene entfällt jedoch, soweit eine Individualisierbarkeit der Kommunikationsteilnehmer nicht möglich ist bzw. nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand realisierbar wäre. Letztlich konnte festgestellt werden, dass eine grundrechtliche Verantwortung deutscher Staatsgewalt auch für Grundrechtseingriffe in Fällen internationaler Kooperationslagen regelmäßig in Betracht kommt, soweit der BND jedenfalls mitbestimmend tätig wurde und somit einen ihm zurechenbaren Beitrag zur Grundrechtsverletzung geleistet hat.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der rein auslandsbezogenen SFÜ

Nachdem festgestellt werden konnte, dass die SFÜ in sämtlichen Konstellationen eine grundrechtsrelevante Eingriffsmaßnahme darstellt, soweit keine allein mit technischen Mitteln umsetzbare spurlose Aussonderung nachrichtendienstlich irrelevanter TK-Vorgänge erfolgt, stellt sich nachfolgend die Frage nach der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der rein auslandsbezogenen SFÜ. Diese hat zu berücksichtigen, dass ein fehlender „hinreichender Inlandsbezug“ geeignet sein kann, den grundrechtlichen Schutzstandard gegenüber inlandsbezogenen Maßnahmen abzumindern. Die von staatsfreiem oder vom Ausland ausgehende Erfassung der rein auslandsbezogenen TK kann somit auf der abwehrrechtlichen Ebene des Art. 10 GG, soweit dies aufgrund des Auslandsbezugs geboten erscheint, gegebenenfalls weiteren „Grundrechtsminderungen“ unterliegen. Die aus dem Inland heraus erfolgende kabelgestützte Überwachung der rein auslandsbezogenen TK hat demgegenüber wegen der inländischen Erfassung

denselben grundrechtlichen Anforderungen zu unterliegen, die auch an die strategische G 10-SFÜ (§ 5 G 10) gestellt werden.

Ausgangspunkt für die gegebenenfalls vorzunehmende Minderung des Grundrechtsstandards hat insofern der G 10-Regelungsapparat zu sein, deren Vorgaben durch die „Abhörentscheidungen“ des BVerfG über längere Zeit konkretisiert wurden und insofern das Höchstmaß an Rechtsstaatlichkeit für Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 10 GG repräsentieren. Zu den unabdingbaren Voraussetzungen einer verhältnismäßigen SFÜ gehört es namentlich, dass sich der Umfang der Beschränkungen klar und für den Einzelnen erkennbar aus dem Gesetz ergibt, insbesondere die Eingriffszwecke bereichsspezifisch und präzise bestimmt sind,¹⁰²⁹ dass den Grundrechtsträgern bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ein Anspruch auf Kenntnis von Maßnahmen der Fernmeldeüberwachung zugestanden wird, soweit diese von der Fernmeldeüberwachung betroffen sind¹⁰³⁰ sowie eine Kontrolle durch unabhängige und an keine Weisung gebundene staatliche Organe und Hilfsorgane gewährleistet ist¹⁰³¹.

Aus den Grundrechten als Abwehrrechten folgt grundsätzlich eine doppelte Bindung des deutschen Gesetzgebers. Er darf einerseits nur in einer bestimmten Weise in die Grundrechte eingreifen, andererseits sind den Eingriffen materielle Grenzen gesetzt.¹⁰³² Erforderlich sind bereichsspezifische Eingriffsbefugnisse, die dem Grundsatz der Bestimmtheit und dem Zitiergebot hinreichend Rechnung tragen sowie eine verhältnismäßige Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt garantieren.

Nachfolgend wird überprüft, ob und inwieweit die von staatsfreien oder aus dem Ausland heraus erfolgende rein auslandsbezogene SFÜ einer gesetzlichen Regelung zugänglich ist. Zu berücksichtigen sind hierbei neben den aus dem *Völkerrecht* gegebenenfalls resultierenden Restriktionen auch die *bereichsspezifischen Besonderheiten bundesnachrichtendienstlicher Aufklärung im Ausland*.

¹⁰²⁹ Vgl. BVerfGE 100, 313 (360).

¹⁰³⁰ Vgl. BVerfGE 100, 313 (361).

¹⁰³¹ Vgl. BVerfGE 100, 313 (361).

¹⁰³² So grundsätzlich *Bleckmann* (1997), S. 248.

1) Erforderlichkeit eines einschränkenden Gesetzes

Nach Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG sind Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses auf Grund eines Gesetzes zulässig. Dem einfachen Gesetzesvorbehalt kann grundsätzlich auch eine Verordnung genügen, sofern diese entsprechend den Anforderungen des Art. 80 GG erlassen worden ist.¹⁰³³ Prinzipiell ist danach neben dem G 10 auch das BNDG geeignet, Eingriffe in das durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützte Fernmeldegeheimnis zu rechtfertigen.¹⁰³⁴ Die TKÜV bezieht sich demgegenüber ausschließlich auf die technische und organisatorische Umsetzung von zuvor auf einer anderen Rechtsgrundlage ergangenen Überwachungsanordnungen. Sie setzt förmliche Eingriffsbefugnisse voraus, stellt aber selbst keine Rechtsgrundlagen für Grundrechtseingriffe zur Verfügung.¹⁰³⁵

Die vorherigen Ausführungen zeigten, dass die rein auslandsbezogene SFÜ derzeit ausschließlich auf die allgemeine Aufgabenzuweisungsnorm des § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG gestützt wird.¹⁰³⁶ Diese kann für eingriffsrelevante Aufklärungsmaßnahmen indes keine hinreichende Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung stellen.¹⁰³⁷ § 5 G 10 entzieht sich darüber hinaus der Geltung für die rein auslandsbezogene SFÜ über seinen tatbestandlich eingeschränkten Anwendungsbereich auf die unter Umständen auch nur rein virtuell grenzüberschreitende TK. Die rein auslandsbezogene SFÜ erfolgt dementsprechend derzeit in einem weitestgehend rechtsfreien Raum. Aus nationalrechtlicher Sicht ist eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage vor dem Hintergrund der festgestellten „generellen Grundrechtsbindung“ staatlicher Stellen in reinen Auslandskonstellationen allerdings geboten. Abweichungen bedürften einer besonderen Begründung, die sich hinsichtlich

¹⁰³³ Vgl. *Jarass*, Art. 10 GG in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.) (2014), Rn. 16; *Kloepfer* (2010), § 65, Rn. 29; *Bleckmann* (1997), § 31, Rn. 11; *Hermes*, Art. 10 GG in: *Dreier* (Hrsg.) (2013), Rn. 61; a.A. *Baldus*, Art. 10 GG in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.) (2009), Rn. 28.

¹⁰³⁴ Vgl. hierzu die §§ 2a, 2b BNDG, die Art. 10 GG als eingeschränktes Grundrecht ausdrücklich benennen.

¹⁰³⁵ Vgl. *Abel*, Praxiskommentar Telemediengesetz, Telekommunikationsgesetz und TKÜV (2013), S. 353; *Bock*, § 110 TKG in: *Geppert et al.* (Hrsg.) (2006), Rn. 4.

¹⁰³⁶ Vgl. hierzu *B. III. 2) e) bb*.

¹⁰³⁷ Einhellige Auffassung, vgl. nur *Hoffmann-Riem* (2014), S. 11; *Bäcker* (2014), S. 18; *Huber*, in: NJW 35 (2013), S. 2576; *Caspar*, in: PinG 1 (2014), S. 4; *Cornelius*, in: JZ 14 (2015), S. 699; *Gusy* (2015), S. 64 ff.

der Geltung des Vorbehalts des Gesetzes für reine Auslandskonstellationen aus *völkerrechtlichen Vorgaben* ergeben könnte. Nachfolgend stellt sich daher die Frage, ob die Normierung gesetzlicher Befugnisse zur Vornahme rein auslandsbezogener strategischer Überwachungsmaßnahmen einen Verstoß gegen völkerrechtliche Vorgaben begründen würde.

a) Verfassungsrecht vs. Völkerrecht

Zur Klärung dieser Frage sind einleitende Ausführungen zum rangrechtlichen Verhältnis von Verfassungsrecht und Völkerrecht erforderlich.

Ausgangspunkt für das Verhältnis von Verfassungsrecht und Völkerrecht ist Art. 25 GG, der die allgemeinen Regeln des Völkerrechts ausschließlich dem Bundesrecht, nicht hingegen der Verfassung überordnet. Die Geltungsreichweite des Art. 10 GG kann demnach nicht bereits über die Existenz völkerrechtlicher Regelungen bestimmt werden.¹⁰³⁸ Hieraus lässt sich einerseits der Schluss ziehen, dass jedenfalls in der „*Überschreitung*“ des internationalen Schutzniveaus durch nationale Grundrechte kein Verstoß gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts gesehen werden kann. Der deutsche Grundrechtsstandard ist insofern allein maßgeblich, soweit der internationale Schutzstandard durch die Anwendbarkeit der deutschen Grundrechte überlagert wird.¹⁰³⁹ Andererseits folgt aus der Überordnung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts (Art. 25 Satz 2 GG) das Gebot zur völkerrechtsfreundlichen Interpretation des nationalen Rechts („*Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*“).¹⁰⁴⁰ Das Grundgesetz stellt die Staatsorgane mittelbar in den Dienst der Durchsetzung des Völkerrechts und vermindert auf diesem Wege das Risiko der Nichtbefolgung des internationalen Rechts.¹⁰⁴¹ Das Völkerrecht setzt der Geltungskraft der innerstaatlichen Rechtsordnung in Sachverhaltskonstellationen mit Auslandsbezug danach insoweit Grenzen, als dass es den äußeren Rahmen für die Bindungswirkung deutscher Grundrechte vorgibt.

¹⁰³⁸ Vgl. *Baldus*, in: RTKom 3/4 (1999), S. 136; *Yousif* (2007), S. 87.

¹⁰³⁹ Vgl. auch *Gusy* (2015), S. 20.

¹⁰⁴⁰ Vgl. *Jarass*, Art. 25 GG in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.) (2014), Rn. 4 ff.; *Stein/Buttlar* (2009), Rn. 190 ff.

¹⁰⁴¹ Vgl. BVerfGE 112, 1 (25); BVerfGE 111, 307 (328).

Ein Konfliktverhältnis zu völkerrechtlichen Vorgaben kann somit zweifellos in Fällen entstehen, in denen der nationalrechtliche Grundrechtsstandard unter dem Schutzstandard des internationalen Rechts zurückbleibt. Demgegenüber bestehen Konflikte nicht, soweit sich Überschreitungen der internationalen Rechtsschutzgarantien durch nationale Grundrechte im Rahmen des völkerrechtlich Zulässigen bewegen.

Angesichts dessen ist zu überprüfen, in welchen Überwachungskonstellationen sich eine dem einfachen Gesetzesvorbehalt des Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG entsprechende Ermächtigungsgrundlage in einem Konfliktverhältnis zu völkerrechtlichen Vorgaben bewegen würde.

b) Konfliktpotentiale

Zur Ermittlung von etwaig vorhandenen Konfliktpotentialen ist es zunächst angezeigt, zwischen dem „Anwendungsbereich“ (jurisdiction to prescribe) und dem „Geltungsbereich“ (jurisdiction to enforce) deutscher Rechtsnormen zu differenzieren.

Während der Anwendungsbereich denjenigen Raum definiert, in denen sich Tatbestände abspielen, die von der Rechtsordnung bzw. von den Staatsorganen geschaffen werden, umschreibt der Geltungsbereich denjenigen Raum, in dessen Grenzen die staatlichen Rechtsakte zusätzlich mit Staatsgewalt durchgesetzt werden können.¹⁰⁴² Es geht also einerseits um die generelle Regelungskompetenz des deutschen Gesetzgebers, andererseits um den rechtlichen Rahmen, innerhalb derer staatliche Stellen die vom Gesetzgeber zugestandenen Befugnisse auch tatsächlich wahrnehmen können. Eine Deckungsgleichheit zwischen „Anwendungsbereich“ und „Geltungsbereich“ deutscher Rechtsvorschriften muss dabei nicht zwangsläufig gegeben sein. Sie liegt jedoch vor, soweit der Anwendungsbereich mit der Territorial- oder Personalhoheit des deutschen Staates zusammenfällt.¹⁰⁴³ Ist dies nicht der Fall, so kann der „Anwendungsbereich“ dennoch eine „überschießende Tendenz“ annehmen und sich somit grundsätzlich auch auf extraterritoriale

¹⁰⁴² Vgl. *Kment* (2010), S. 69-70 m.w.N.

¹⁰⁴³ Vgl. *Gusy* (2015), S. 10; *Kment* (2010), S. 72; *Arnauld* in: *Weingärtner* (Hrsg.) (2008), S. 67.

Sachverhaltskonstellationen erstrecken.¹⁰⁴⁴ Der „Geltungsbereich“ deutscher Rechtsnormen bleibt dann jedoch auf den Raum der uneingeschränkten Vollzugsgewalt des Staates, also auf das Inland begrenzt.¹⁰⁴⁵ Der Anwendungsbereich deutscher Rechtsvorschriften ist somit grundsätzlich nicht von vornherein auf innerstaatliche Sachverhaltskonstellationen beschränkt.¹⁰⁴⁶ Die extraterritoriale Anwendungsabsicht setzt jedoch eine hinreichende Verknüpfung zwischen dem inländischen Hoheitsgebiet und dem von ihm normierten Auslandssachverhalt („*genuine link*“)¹⁰⁴⁷ voraus.¹⁰⁴⁸ Auch wird man die extraterritoriale Anwendbarkeit der Rechtsvorschriften im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln haben^{1049 1050}.

Ist danach grundsätzlich zwischen dem „Anwendungsbereich“ und dem „Geltungsbereich“ zu differenzieren, so verbietet sich gleichwohl eine unsystematische Trennung dieser Bereiche. Vielmehr wird der „Anwendungsbereich“ regelmäßig durch den eingeschränkten „Geltungsbereich“ deutscher Rechtsvorschriften beeinflusst. So wird die Inanspruchnahme der Regelungsbefugnis dort ihre Grenzen finden, wo die Geltungsverschaffung aus rechtlichen Gründen nicht möglich ist. Der Anwendungsbereich deutscher Rechtsvorschriften wird dementsprechend

¹⁰⁴⁴ Vgl. *Kment* (2010), S. 71-72

¹⁰⁴⁵ Vgl. *Kment*, a. a. O., S. 72; *Arnauld* (2014), Rn. 344.

¹⁰⁴⁶ Mit gleichzeitigem Verweis auf die „Lotus-Entscheidung“ des Ständigen Internationalen Gerichtshofs, StIGH, Ur. 27.9.1927-, Series A 10 (1927), S. 18 ff, *Vogel* (1965), S. 102; *Kment* (2010), S. 72; *Krieger* in: *Röttgen/Wolff* (Hrsg.) (2008), S. 34; grundsätzlich auch *Baldus* (2000), S. 234-235; mit Verweis auf die §§ 6 und 8 BPolG, *Zimmermann*, in: *ZRP* 4 (2012), S. 118.

¹⁰⁴⁷ Vgl. *Arnauld* in: *Weingärtner* (Hrsg.) (2008), S. 73; *Kokott* in: *Coester-Waltjen/Kronke/Kokott* (Hrsg.) (1997), S. 98; *Kment* (2010), S. 72.

¹⁰⁴⁸ Ein „*genuine link*“ ergibt sich im Bereich der bundesnachrichtendienstlichen Auslandsaufklärung aus der Tatsache, dass ein Großteil des Erkenntnisprozesses, insbesondere der Prozess der Datenauswertung, unter dem territorialen Hoheitsanspruch der BRD erfolgt. Nach *Baldus*, in: *RTkom* 3/4 (1999), S. 136, ergibt sich ein sinnvoller Anknüpfungspunkt für die Regelung eines extraterritorialen Sachverhalts bereits aus der Involvierung deutscher Staatsgewalt in grenzüberschreitende Sachverhalte.

¹⁰⁴⁹ Vgl. *Baldus* (2000), S. 235-236; verweisend *Soiné*, in: *DöV* 5 (2006)

¹⁰⁵⁰ Die extraterritoriale Anwendungsabsicht folgt bereits aus dem bundesnachrichtendienstlichen Auftrag zur Auslandsaufklärung, auf den in § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG, § 2 Abs. 1 Nr. 4 BNDG, § 1 Abs. 1 Nr. 2 G 10 ausdrücklich Bezug genommen wird, vgl. auch *Kment* (2010), S. 720.

durch deren Geltungshoheit begrenzt.¹⁰⁵¹ Konfliktpotentiale können dann bei Verstößen gegen völkerrechtliche Vorgaben bestehen und somit einer rechtlichen Festlegung strategischer Fernmeldeüberwachungsbefugnisse in Fällen eines fehlenden Inlandsbezugs entgegenstehen.

So folgt aus dem Gebot der Achtung der territorialen Souveränität fremder Staaten das Verbot, auf fremdem Staatsgebiet hoheitlich tätig zu werden, ohne hierfür eine Zustimmung durch den betroffenen Staat zu besitzen (Grundsatz der Gebietsausschließlichkeit).¹⁰⁵² Die Bewertung strategischer bundesnachrichtendienstlicher Überwachungsmaßnahmen stößt hierbei auf das grundsätzliche Problem, dass die staatliche Spionagetätigkeit im Ausland *kein völkerrechtliches Unrecht* darstellt. Sie wird vielmehr als *völkerrechtlich neutrale* und somit „*legale Handlung*“ betrachtet, an die der betroffene Staat keine Unrechtsfolgen knüpfen kann.¹⁰⁵³ Daraus ließe sich der Schluss ziehen, dass der Regelungsbefugnis des deutschen Gesetzgebers im internationalen Kontext nachrichtendienstlicher Spionagetätigkeiten keine völkerrechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Jedoch gilt es zu beachten, dass es aufgrund des Fehlens einer positiven Erlaubnisnorm grundsätzlich ebenso wenig ausgeschlossen ist, dass zumindest einzelne Erscheinungsformen oder Begleitumstände der Spionage gegen völkerrechtliche Vorgaben verstoßen.¹⁰⁵⁴ Hinsichtlich der mit den völkerrechtlichen Vorgaben verfolgten Schutzzwecke hat man hierbei zwischen den einzelnen Erscheinungsformen bundesnachrichtendienstlicher Fernmeldeüberwachung zu differenzieren.

Ein Verstoß gegen das *völkerrechtliche Territorialitätsprinzip* wäre in einer zu strategischen Überwachungsmaßnahmen ermächtigenden Rechtsgrundlage nur für diejenigen Überwachungskonstellationen anzunehmen, die ein unberechtigtes Eindringen hoheitlicher Amtsträger der BRD in fremdstaatliches Territorium erfordern. Der Verstoß gegen das territoriale

¹⁰⁵¹ In diesem Sinne begrenzt § 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG die spezifischen Befugnisse der §§ 2 und 8 bis 11 BNDG auf den „Geltungsbereich dieses Gesetzes“ (Inland).

¹⁰⁵² Vgl. *Stein/Buttlar* (2009), Rn. 537; *Arnauld* (2014), Rn. 334; *Herdegen* (2014), § 23 Rn. 2; *Jarass*, Art. 25 GG in: *Jarass/Piero* (Hrsg.) (2014), Rn. 9; *Talmon* (2014), S. 19;

¹⁰⁵³ Vgl. *Talmon*, a. a. O., S. 18; *Krieger* in: *Röttgen/Wolff* (Hrsg.) (2008), S. 39; *Aust* (2014), S. 14. Andererseits ist es ihm nicht verwehrt nachrichtendienstliche Spionagetätigkeiten nationalrechtlich zu sanktionieren.

¹⁰⁵⁴ Vgl. *Ewer/Thienel*, in: *NJW* 1-2 (2014), S. 31; *Talmon* (2014), S. 19.

Souveränitätsprinzip läge dann nicht in der Überwachung selbst begründet, sondern wäre auf das damit verbundene Eindringen in fremdstaatliches Territorium zurückzuführen, zu dem die zu Grunde liegende Rechtsnorm (ausdrücklich) ermächtigt. Soweit die praktische Durchführung der SFÜ also einen physischen Auslandsbezug in Form eines fremdstaatlichen Gebietskontaktes erforderlich macht, ist ein Verstoß gegen die territoriale Souveränität des ausgespähten Staates anzunehmen. Die geheime Datenerhebungsmaßnahme selbst verliert hierdurch allerdings nicht den Charakter einer völkerrechtsneutralen Spionagehandlung, da diese schon infolge ihrer „Heimlichkeit“ nicht als öffentlich vorgenommene Ausübung von Hoheitsgewalt angesehen werden kann. Es fehlt insofern an einer gegenüber den von einer Beschränkungsmaßnahme Betroffenen hoheitlich wirkenden Befehlsgewalt.¹⁰⁵⁵ Auch stellt der von staatsfreien Gebieten oder vom Ausland ausgehende tatsächliche Vorgang der Überwachung kein Verstoß gegen das *völkergewohnheitsrechtliche Interventionsverbot* dar.¹⁰⁵⁶ Dieses schützt den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der Staaten in ihren inneren und äußeren Angelegenheiten vor Einmischungen von außen.¹⁰⁵⁷ Dabei stellt jedoch nicht jede Einmischung von außen einen Verstoß gegen das Nichteinmischungsprinzip dar, sondern nur eine solche, mit der der betroffene Staat durch die Anwendung von Zwang oder dessen Androhung die Kontrolle über seine Angelegenheiten verliert.¹⁰⁵⁸ Das ist jedoch weder bei der aus staatsfreien Gebieten heraus erfolgenden noch bei der aus dem Ausland heraus erfolgenden Überwachung der Fall. Die Funktionsfähigkeit des betroffenen Staates wird durch die praktische Durchführung dieser Überwachungsmaßnahmen nicht beeinträchtigt. Der betroffene Staat maßt sich durch den tatsächlichen Vorgang der Überwachung weder zwangsweise das Recht an, derartige Erhebungsmaßnahmen im betroffenen Staat

¹⁰⁵⁵ Vgl. *Gusy*, in: NZWehrr 5 (1984), S. 192; *Sule* (2006), S. 83 ff.; a.A. *Simma/Volk*, in: NJW 14 (1991), S. 871-872; *Ewer/Thienel*, in: NJW 1-2 (2014), S. 31.

¹⁰⁵⁶ Überwiegende Auffassung, vgl. *Ipsen* (2014), § 51, Rn. 48; *Sule* (2006), S. 85; *Talmon* (2014), S. 20; *Aust* (2014), S. 16; *Gusy*, in: NZWehrr 5 (1984), S. 192; a.A. *Arnauld* (2014), Rn. 367.

¹⁰⁵⁷ Vgl. *Ipsen* (2014), § 51, Rn. 47.

¹⁰⁵⁸ Vgl. *Stein/Buttlar* (2009), Rn. 644; *Ipsen* (2014), Rn. 48; *Talmon* (2014), S. 21.

durchzuführen¹⁰⁵⁹ noch wird der betroffene Staat durch die staatliche Spionagetätigkeit faktisch an der Vornahme von Hoheitsakten gehindert.¹⁰⁶⁰

Etwas anderes könnte lediglich dann gelten, wenn die Voraussetzungen unter denen der BND in fremden Staaten heimlich operieren darf, in nationalen Gesetzen ausdrücklich festgelegt würden. Die Normierung von ausdrücklichen Überwachungsbefugnissen könnte dann von den betroffenen Staaten als zwanghaft wirkende Rechtsanmaßung empfunden werden.¹⁰⁶¹ Dagegen spricht jedoch schon die weiterhin bestehende „Heimlichkeit“ der Überwachung. Selbst wenn Überwachungsbefugnisse ausdrücklich festgelegt würden, wird die tatsächliche Betroffenheit von den Staaten regelmäßig nicht erkannt werden, so dass die Willensfreiheit der Staaten rein tatsächlich auch nicht beeinträchtigt werden wird.

Für die Beurteilung der völkerrechtlichen Zulässigkeit der bundesnachrichtendienstlichen Überwachung kommt es nach alldem allein auf die eine SFÜ-Maßnahme begleitenden Besonderheiten an, die insbesondere durch den Ort der Überwachungsmaßnahme (Erfassung) geprägt werden.¹⁰⁶² Eine dem Gesetzesvorbehalt des Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG entsprechende Regelung für die von staatsfreien Gebieten oder aus dem Ausland heraus erfolgende strategische Überwachung würde im Ergebnis nur dann in Konflikt zu völkerrechtlichen Vorgaben treten, soweit die praktische Umsetzung der SFÜ ein unberechtigtes Eindringen staatlicher Hoheitsträger in fremdstaatliches Territorium erfordern würde. Dagegen würde eine rechtliche Festlegung von Überwachungsbefugnissen nicht gegen das völkerrechtliche Interventionsverbot verstoßen.

c) Konfliktfreiheit auf der abwehrrechtlichen Ebene des Art. 10 GG

Der zuvor aufgezeigte Konflikt wird jedoch aufgelöst, wenn man sich die Funktion des Gesetzesvorbehalts auf der abwehrrechtlichen Ebene des Art. 10 GG vergegenwärtigt. Dieser dient nicht dazu, die

¹⁰⁵⁹ Vgl. *Sule* (2006), S. 85.

¹⁰⁶⁰ Vgl. *Gusy*, in: NZWehrr 5 (1984), S. 191.

¹⁰⁶¹ In diesem Sinne wohl *Lampe*, in: NStZ 7 (2015), S. 371.

¹⁰⁶² Vgl. *Talmon* (2014), S. 19.

bundesnachrichtendienstlichen Aufklärungstätigkeiten zu erweitern, sondern diese vielmehr im Dienste eines notwendigen Mindestmaßes an Freiheitsschutz an gewisse Voraussetzungen und Beschränkungen zu binden. Insofern wirken die Grundrechte in ihrer abwehrrechtlichen Dimension *nicht zuständigkeitserweiternd, sondern zuständigkeitsbegrenzend*.¹⁰⁶³ Wenn in der Überschreitung des internationalen Schutzniveaus durch nationale Grundrechte kein Verstoß gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts erblickt werden kann,¹⁰⁶⁴ dann kann in der Geltungserstreckung des eingriffsbeschränkenden Gesetzesvorbehalts auf rein auslandsbezogene Überwachungsmaßnahmen auch kein Verstoß gegen das völkerrechtlich anerkannte territoriale Souveränitätsprinzip gesehen werden.¹⁰⁶⁵ Völkerrechtlich nicht verbotene Aufklärungsmaßnahmen wären auf nationalrechtlicher Ebene dann zumindest gewissen Handlungsrestriktionen unterworfen und somit im Ergebnis weniger konfliktträchtig als Aufklärungsmaßnahmen in einem überwiegend rechtsfreien Raum.

Die Geltung des Gesetzesvorbehalts des Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG ist unter diesen Umständen auch für diejenigen Überwachungskonstellationen geboten, deren praktische Durchführung ein unberechtigtes Eindringen hoheitlicher Amtsträger in fremdstaatliches Territorium erfordert.

d) Zwischenergebnis

Nach den vorherigen Ausführungen ist der im Einzelfall bestehende extraterritoriale Anwendungsbereich innerstaatlicher Rechtsnormen im Rahmen rein auslandsbezogener SFÜ-Maßnahmen durch deren eingeschränkte Geltungshoheit beschränkt. So ist die extraterritoriale Regelungsbefugnis des deutschen Gesetzgebers nur soweit sinnvoll, wie die praktische Wahrnehmung der Befugnisse rechtlich möglich ist. Insofern setzen völkerrechtliche Vorgaben den äußeren Rahmen für die Bindungswirkung deutscher Grundrechte.

¹⁰⁶³ Vgl. *Walter/Ungern-Sternberg*, in: DöV 22 (2012), S. 865.

¹⁰⁶⁴ Vgl. hierzu *D. III. 1) a)*.

¹⁰⁶⁵ Vgl. nur *Krieger* in: *Röttgen/Wolff* (Hrsg.) (2008), S. 35; *Zimmermann*, in: ZRP 4 (2012), S. 117; *Gröpl*, in: ZRP 1 (1995), S. 17; *Walter/Ungern-Sternberg*, in: DöV 22 (2012), S. 865; *Arnauld* in: *Weingärtner* (Hrsg.) (2008), S. 73; *Lorenz* (2005), S. 162; *Yousif* (2007), S. 88.

Festgestellt werden konnte jedoch auch, dass die Geltungserstreckung des Gesetzesvorbehalts aus Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG auf rein auslandsbezogene SFÜ-Maßnahmen allenfalls einen Verstoß gegen die territoriale Souveränität fremder Staaten darstellen kann, soweit die praktische Umsetzung der SFÜ ein unberechtigtes Eindringen staatlicher Hoheitsträger in fremdstaatliches Gebiet erfordert. Einer den Gesetzesvorbehalt des Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG gerecht werdenden gesetzlichen Regelung für die reine Auslandsaufklärung würde dementsprechend nichts im Wege stehen, wenn hierfür ein physischer Auslandsbezug in Form eines unberechtigten fremdstaatlichen Gebietskontakts nicht erforderlich wäre. So wäre die satellitenbasierte Aufklärung des BND, sofern man davon ausgeht, dass die grundrechtsrelevante Erfassung bereits am TK-Satelliten selbst und somit außerhalb des fremdstaatlichen Hoheitsgebiets erfolgt,¹⁰⁶⁶ dem Gesetzesvorbehalt des Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG von vornherein unproblematisch unterworfen.¹⁰⁶⁷

Gleiches wird man darüber hinaus jedoch auch für die aus dem Ausland heraus erfolgende SFÜ annehmen müssen. Die Zulässigkeit der Geltungserstreckung des Gesetzesvorbehalts auf fremdstaatliche Überwachungskonstellationen ergibt sich insofern aus der abwehrrechtlichen Schutzdimension der Art. 10 GG. Ein aus der abwehrrechtlichen Komponente des Art. 10 GG resultierendes Eingriffsgesetz würde lediglich den rechtlichen Rahmen für Grundrechtseingriffe in Form von Handlungsrestriktionen vorgeben und somit keinesfalls über den sonstigen Umfang der Überwachung hinausgehen. Wenn nachrichtendienstliche Tätigkeit im Ausland völkerrechtlich weder erlaubt noch verboten ist und von einer Vielzahl an Staaten auch ohne einen restriktiven Regelungsapparat betrieben wird, dann stehen klarstellende gesetzliche Regelungen für die bundesnachrichtendienstliche Tätigkeit im Ausland jedenfalls in einem schwächeren Konflikt zu völkerrechtlichen Vorgaben als rechtliche Freiräume.

In der Geltungserstreckung des Gesetzesvorbehalts des Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG auf fremdstaatliche Überwachungskonstellationen ließe danach zwar

¹⁰⁶⁶ Vgl. hierzu *D. II. 2) b)*.

¹⁰⁶⁷ Auf die fehlende Verletzung der territorialen Souveränität von Fremdstaaten in diesen Fällen verweisend *Classen* (1987), S. 123, 126; *Karg*, in: *Jura* 2 (2003), S. 132; *Talmon* (2014), S. 20; extensiv auch *Stein/Marauhn*, in: *ZaöRV* 60 (2000), S. 33.

weiterhin ein Verstoß gegen das territoriale Souveränitätsprinzip fremder Staaten erblicken. Die inhaltliche Reichweite dieses Verstoßes wäre aber angesichts des abwehrrechtlichen Ursprungs dieses Gesetzesvorbehalts geeignet, den formellen Verstoß gegen das Völkerrecht an Gewicht vollständig aufzuwiegen.

2) Grenzen der Einschränkung

Nachdem zuvor festgestellt werden konnte, dass die Geltungserstreckung des Gesetzesvorbehalts auch für Konstellationen angebracht ist, in denen Grundrechtseingriffe einen ausschließlichen Auslandsbezug aufweisen, stellt sich weiterführend die Frage, inwiefern ein solcher Auslandsbezug bundesnachrichtendienstlicher Eingriffsmaßnahmen geeignet ist, die allgemeinen verfassungsrechtlichen Grenzen für Grundrechtseingriffe zu beeinflussen.

Konkret ist zu hinterfragen, inwiefern die Geheimhaltungsbedürftigkeit bundesnachrichtendienstlicher Aufklärung zwecks Wahrung der „*bundesnachrichtendienstlichen Handlungseffektivität*“ geeignet ist, Abweichungen von den generellen Vorgaben des BVerfG zuzulassen. Abweichungen sind im Hinblick auf die Bestimmtheit potentieller Eingriffsnormen, im Hinblick auf die generelle Berücksichtigung des Zitiergebots sowie im Hinblick auf die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit bundesnachrichtendienstlicher Tätigkeit vorstellbar.

a) Bestimmtheit des Gesetzes

Das allgemeine rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot setzt voraus, dass die Gesamtheit der Gesetze und die daraus abgeleiteten Rechtsnormen und Einzelfallentscheidungen hinreichend bestimmt sind.¹⁰⁶⁸ Die gesetzlichen Regelungen müssen klar und widerspruchsfrei gefasst sein, so dass der Betroffene seine Normunterworfenheit und die daraus resultierende Rechtslage

¹⁰⁶⁸ Vgl. Sommermann, Art. 20 Abs. 3 GG in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.) (2010), Rn. 289; Huster/Rux, Art. 20 GG in: Epping/Hillgruber (Hrsg.) (2009), Rn. 169.

so konkret erkennen kann, dass er sein Verhalten daraufhin ausrichten kann.¹⁰⁶⁹ Das Bestimmtheitsgebot soll darüber hinaus sicherstellen, dass der demokratisch legitimierte Parlamentsgesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen über Grundrechtseingriffe und deren Reichweite selbst trifft, dass Regierung und Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden und dass die Gerichte eine wirksame Rechtskontrolle durchführen können.¹⁰⁷⁰ Die Anforderungen an die Normenklarheit der gesetzlichen Regelungen sind generell umso höher anzusiedeln, je intensiver eine staatliche Maßnahme in die grundrechtlich geschützten Rechte des Betroffenen eingreift.¹⁰⁷¹ Demgegenüber ist ebenso anerkannt, dass ein „Weniger“ an gesetzlicher Bestimmtheit zulässig und erforderlich sein kann, um den spezifischen Besonderheiten der zu regelnden Sachmaterie gerecht zu werden. So wird die Bestimmtheit einer Norm insbesondere durch die Komplexität und Dynamik der zu regelnden Sachverhaltskonstellationen beeinflusst.¹⁰⁷² Soweit der Gesetzgeber danach vor der Aufgabe steht, komplexe und sich dynamisch entwickelnde Sachverhaltskonstellationen gesetzlich zu regeln, so wird es ihm in vielen Fällen nicht möglich sein, Gesetzestatbestände mit genau erfassbaren Maßstäben zu umschreiben. Dem Gesetzgeber ist es in diesen Fälle gestattet, über die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen oder generalklauselartiger Ermessenstatbestände „zukunfts offene Regelungen“ zu schaffen, die der Komplexität und Dynamik der zu regelnden Sachverhaltskonstellationen gerecht werden.¹⁰⁷³ Selbst Verweisungen auf unbestimmte Rechtsbegriffe oder Ermessenstatbestände anderer Gesetze stehen der Annahme der Bestimmtheit dabei nicht von vornherein entgegen.¹⁰⁷⁴ Infolgedessen sind Konstellationen vorstellbar, in denen die gesetzlichen Regelungen wegen ihrer besonderen Grundrechtsintensität auf der einen Seite

¹⁰⁶⁹ Vgl. BVerfGE 17, 306 (314); BVerfGE 108, 52 (75) m.w.N.

¹⁰⁷⁰ Vgl. BVerfGE 110, 33 (53); BVerfGE 113, 348 (375); BVerfGE 120, 378 (407).

¹⁰⁷¹ Vgl. BVerfGE 83, 130 (145); BVerfGE 108, 52 (75); BVerfGE 110, 33 (55).

¹⁰⁷² Vgl. *Sommermann*, Art. 20 Abs. 3 GG in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.) (2010), Rn. 289; *Huster/Rux*, Art. 20 GG in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.) (2009), Rn. 169; vgl. auch BVerfGE 49, 168 (181).

¹⁰⁷³ Vgl. *Sommermann*, Art. 20 Abs. 3 GG in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.) (2010), Rn. 289; die technikoffene Bestimmung von Überwachungsmitteln hervorhebend nun auch, BVerfG, Urteils des ersten Senats vom 20. April 2016, -1 BvR 966/09-, Rn. 161.

¹⁰⁷⁴ Vgl. *Sommermann*, a. a. O., Rn. 290.

ein erhöhtes Maß an Regelungsdichte erfordern, auf der anderen Seite aufgrund der Eigenarten der regulierungsbedürftigen Sachverhaltskonstellationen ein gewisses Maß an „*Unterbestimmtheit*“ voraussetzen.

Vor einer dementsprechend schwierigen Konstellation steht der Gesetzgeber im Bereich des Regelungsapparates der SFÜ. Die SFÜ ermöglicht grundsätzlich schwerwiegende Grundrechtseingriffe¹⁰⁷⁵ deren Anlass, Zweck und Grenzen in der Ermächtigungsgrundlage bereichsspezifisch, hinreichend präzise und normenklar festgelegt werden muss. Demgegenüber liegen der SFÜ des BND regelmäßig überaus komplexe und sich dynamisch entwickelnde Themenfelder zu Grunde, deren effektive Aufklärung sich oftmals nicht im Wege hinreichend präziser Aufklärungsbefugnisse realisieren lässt. Besteht der Zweck der SFÜ gerade darin, strategisch relevante Informationen zu einem nicht hinreichend konkretisierten Sachverhalt zu erhalten, so kann die Regelungsdichte der hierfür zur Verfügung stehenden Ermächtigungsgrundlage nicht über ein „*abstrakt-generelles Maß*“ an Bestimmtheit hinausgehen.

Die Normierung von relativ unbestimmten Aufklärungszwecken¹⁰⁷⁶ zur Früherkennung bestimmter aus dem Ausland drohender schwerer Gefahren ist dann in Anbetracht des Ziels einer *effektiven bundesnachrichtendienstlichen Aufgabenerfüllung* geboten, bedarf gleichzeitig jedoch einer geeigneten rechtsstaatlichen Kompensation, die insbesondere durch die Zurverfügungstellung hinreichend wirksamer Kontrollmechanismen erreicht werden kann.¹⁰⁷⁷

aa) Nachrichtendienstlicher Methodenschutz

Ein darüber hinausgehendes und mitunter gebotenes Maß an „*Unterbestimmtheit*“ gesetzlicher Eingriffsbefugnisse kann sich daneben aus der Geheimhaltungsbedürftigkeit nachrichtendienstlicher Arbeitsmethoden ergeben.

¹⁰⁷⁵ Vgl. BVerfGE 100, 313 (376).

¹⁰⁷⁶ Vgl. hierzu die Ausführungen von Roggan, § 5 G 10 in: Das deutsche Bundesrecht (Hrsg.) (2012), Rn. 10 ff. m.w.N.

¹⁰⁷⁷ Für den gerichtlichen Rechtsschutz, vgl. BVerfGE 49, 168 (181-182).

So hob das BVerfG hervor, dass eine nähere Bestimmung der Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe angesichts der spezifischen Aufgabe und Arbeitsweise von Nachrichtendiensten unmöglich sein kann.¹⁰⁷⁸ Den spezifischen Besonderheiten nachrichtendienstlicher Tätigkeit wird man dementsprechend schon auf Ebene der gesetzlichen Bestimmtheit Rechnung tragen müssen, soweit eine den Vorgaben des Bestimmtheitsgebots Rechnung tragende Norm zur Offenlegung der schutzbedürftigen Methoden und Arbeitsweisen einer staatlichen Stelle beitragen würde, deren Geheimhaltung zur effektiven Durchsetzung des verfassungsmäßig legitimierten Auftrags jedoch gleichsam erforderlich ist.¹⁰⁷⁹ Die Offenlegung vorhandener Befugnisse zur heimlichen Informationsbeschaffung im Sinne einer präzisen Umschreibung der technischen Aufklärungsfähigkeiten des BND könnte danach tendenziell nicht nur dazu geeignet sein, die *bundesnachrichtendienstliche Handlungseffektivität* erheblich zu beeinträchtigen sondern auch dazu beitragen, die Sicherheit der BRD zu gefährden oder ihren Interessen schweren Schaden zuzufügen und damit das Staatswohl zu gefährden.¹⁰⁸⁰

Die Grenze einer aus diesen Gründen gebotenen „Unterbestimmtheit“ gesetzlicher Eingriffsnormen muss im Umkehrschluss allerdings dort gezogen werden, wo eine gesetzliche Festlegung nachrichtendienstlicher Eingriffsbefugnisse die nachrichtendienstliche Aufgabenwahrnehmung und den Schutz der mit ihr zusammenhängenden Arbeitsmethoden nicht beeinträchtigt. Das ist nach den Vorgaben des BVerfG aus der „dritten Abhörentscheidung“ der Fall, wenn der Gesetzgeber die Zwecke, zu denen TK-Beziehungen überwacht und die so erlangten Erkenntnisse verwendet werden dürfen sowie den Umfang der Überwachung¹⁰⁸¹ in einer die Besonderheiten der nachrichtendienstlichen Tätigkeit hinreichend würdigenden Art und Weise gesetzlich festlegt. Der Regelungsapparat des G 10 erfüllt in diesem Sinne eine Leitbildfunktion für eine sach- und bereichsspezifische Abwägung zwischen den an die gesetzliche Bestimmtheit zu stellenden Mindestanforderungen und

¹⁰⁷⁸ Vgl. BVerfGE 100, 313 (373).

¹⁰⁷⁹ Vgl. BVerfGE 100, 313 (397-398).

¹⁰⁸⁰ Vgl. hierzu die entsprechenden Antworten der Bundesregierung auf Anfragen zur spezifischen Arbeitsweise des BND, u.a. BT-Drs. 17/14739, S. 2 (Vorb.); BT-Drs. 17/9640, S. 3 (Antwort zur Frage 2); vgl. auch EGMR, NJW 35 (1979), S. 1757.

¹⁰⁸¹ Vgl. BVerfGE 100, 313 (372).

den aus nachrichtendienstlichen Geheimhaltungsgründen gebotenen Einschränkungen.

bb) Verstärkte Geheimhaltungsbedürftigkeit bei reinem Auslandsbezug?

Es fragt sich folglich, ob der reine Auslandsbezug bundesnachrichtendienstlicher Aufklärungsmaßnahmen geeignet ist, Abweichungen von den an die gesetzliche Bestimmtheit zu stellenden Mindestanforderungen zu rechtfertigen. So wurde bereits hervorgehoben, dass dem Gesetzgeber im Rahmen der Regelung von Sachverhaltskonstellationen mit Auslandsbezug größere Gestaltungsspielräume zustehen als bei der Regelung von Rechtsbeziehungen mit inländischem Schwerpunkt, wobei er jedoch gleichzeitig verpflichtet bleibt, den Grundrechten unter Berücksichtigung der bereichsspezifischen Besonderheiten, die größtmögliche Anwendung zu sichern.¹⁰⁸² Ein Abweichen von den vom BVerfG gestellten Mindestanforderungen an die Bestimmtheit strategischer Überwachungsmaßnahmen wäre angesichts dessen grundsätzlich nur dann anzunehmen, wenn der reine Auslandsbezug im Vergleich zu der grenzüberschreitenden G 10-SFÜ mit hinreichendem Inlandsbezug eine *erhöhte Geheimhaltungsbedürftigkeit* erfordern würde.

Gründe, die für die erhöhte Geheimhaltungsbedürftigkeit der strategischen SFÜ in reinen Auslandskonstellationen sprechen, sind jedoch nicht ersichtlich. Zu berücksichtigen ist insoweit, dass auch die G 10-SFÜ einen Auslandsbezug aufweist und somit von fremden Staaten und ihren Angehörigen als ein dem BND zur Verfügung stehendes Aufklärungsinstrument erkannt werden kann. Die Geheimhaltungsbedürftigkeit nachrichtendienstlicher Aufklärungsmethoden würde durch die Geltungserstreckung der grenzüberschreitend geltenden Bestimmtheitsanforderungen auf reine Auslandskonstellationen dementsprechend nicht übermäßig belastet und die *Handlungseffektivität des BND* nicht übermäßig beeinträchtigt werden. Vielmehr rechtfertigt die festgestellte Grundrechtsrelevanz der rein auslandsbezogenen SFÜ, dass der Regierung und Verwaltung im Rahmen der rein auslandsbezogenen Überwachungskonstellationen ebenso steuernde und

¹⁰⁸² Vgl. hierzu D. I. 2) c).

begrenzende Handlungsmaßstäbe an die Hand gelegt werden, wie es im Rahmen der G 10-SFÜ geschehen ist. Angesichts der erhöhten Grundrechtsrelevanz der SFÜ ist es insbesondere nicht gerechtfertigt, die SFÜ als ein zur Verfügung stehendes nachrichtendienstliches Mittel zur Informationsbeschaffung im Ausland lediglich in einer internen (nicht öffentlich zugänglichen) Dienstvorschrift¹⁰⁸³ zu benennen und die praktischen Erwägungen für deren Einsatz überwiegend in die Hand der Exekutive zu legen. Daneben sind auch keine Gründe dafür ersichtlich, aus einem im Vergleich zur G 10-SFÜ potentiell anderem Aufgabenzuschnitt der reinen Auslandsaufklärung, eine verstärkte Geheimhaltungsbedürftigkeit der Aufklärungszwecke zu folgern.¹⁰⁸⁴ Der generalklauselartige Verweis des § 1 Abs. 2 BNDG auf die „außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Belange der BRD“ rechtfertigt Aufklärungsmaßnahmen, soweit diese dem *Schutze wesentlicher Sicherheitsinteressen*¹⁰⁸⁵ der BRD zu dienen bestimmt sind. Eine über die Aufklärungszwecke des G 10 hinausgehende Normierung von Aufklärungsbefugnissen wäre daher unbedenklich, soweit diese sich weiterhin den wesentlichen Sicherheitsinteressen der BRD zuordnen ließen. Sie wäre darüber hinaus sogar geboten, da nur auf diesem Wege eine zweckgebundene Verarbeitung, Nutzung und Übermittlung der gewonnenen Informationen gewährleistet werden könnte.

Einer abstrakt-generellen Eingriffsermächtigung, die sowohl die Überwachungs- und Verwendungszwecke als auch den Umfang der Überwachung festlegt und begrenzt, bedarf es somit auch für Überwachungskonstellationen mit reinem Auslandsbezug. Zweckergänzungen, die vor dem Hintergrund eines gegebenenfalls divergierenden Themenzuschnitts der reinen Auslandsaufklärung erforderlich werden könnten, wären dabei nicht von vornherein ausgeschlossen, soweit sich diese weiterhin dem verfassungsrechtlich anerkannten Auftrag zur Auslandsaufklärung zuordnen ließen.

¹⁰⁸³ Vgl. § 3 BNDG i.V.m. 8 Abs. 2 BVerfSchG.

¹⁰⁸⁴ Auf einen anderen Zuschnitt der reinen Auslandsaufklärung verweisend *Löffelmann*, in: *recht+politik* 6 (2015), S. 4.

¹⁰⁸⁵ Vgl. hierzu *B. III. 1) b)*.

cc) Zwischenergebnis

Die bestehende Grundrechtsrelevanz der SFÜ im In- und Ausland macht es erforderlich, dass der demokratisch legitimierte Parlamentsgesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen über Grundrechtseingriffe und deren Reichweite selbst trifft und nicht in die alleinige Verfügungsbefugnis der Exekutive legt.

Der Gesetzgeber steht im Rahmen der Bestimmtheit gesetzlicher Eingriffsbefugnisse hierbei vor der schwierigen Herausforderung sowohl die erhebliche Grundrechtsintensität der SFÜ zu würdigen als auch den nachrichtendienstlichen Besonderheiten im Rahmen ihrer Auftragserfüllung Rechnung zu tragen. Eine mit dem allgemeinen rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot zu vereinbarende Ermächtigungsgrundlage für die rein auslandsbezogene SFÜ hat somit letztlich eine Kombination sicherzustellen, die der Grundrechtsintensität der zu treffenden Maßnahme ebenso Rechnung trägt, wie den berechtigten Interessen des Staates. Eine effektive nachrichtendienstliche Auftragserfüllung ist hierbei nicht selten durch die Geheimhaltungsbedürftigkeit der mit ihr zusammenhängenden Arbeitsweisen und Methoden geprägt. Eine über den Maßstab der §§ 5 ff. G 10 hinausgehende Geheimhaltungsbedürftigkeit der SFÜ ist für die rein auslandsbezogenen Überwachungskonstellationen indes nicht angezeigt. Die Vorgaben des BVerfG aus der „dritten Abhörentscheidung“ sind als Mindestvorgaben für eine sachgemäße und bereichsspezifische Abwägung zwischen grundrechtlichem Schutzinteresse und bundesnachrichtendienstlicher Handlungseffektivität auch im Rahmen der rein auslandsbezogenen SFÜ zu berücksichtigen. Präzise Regelungen hinsichtlich des Anlasses, des Zwecks und der Grenzen einer SFÜ-Maßnahme sind in diesem Sinne ebenso erforderlich wie gewisse Handlungs- und Beurteilungsspielräume zugunsten des BND. Einer danach verbleibenden gesetzlichen „Unterbestimmtheit“ ist im Wege kompensatorischer Kontrollmechanismen Rechnung zu tragen.

b) Zitiergebot, Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG

Nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG ist die formell-rechtliche Garantie des Zitiergebots eine obligatorische Voraussetzung für Grundrechtseingriffe, die nach dem Grundgesetz allein durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes

eingeschränkt werden können. Angesichts der vorangestellten Feststellungen bezüglich der „generellen Grundrechtsbindung“ staatlicher Stellen im Ausland, dem nicht auf das Inland begrenzten sachlichen Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG und der Erkenntnis, dass bundesnachrichtendienstliche Eingriffsmaßnahmen in den Schutzbereich des Art. 10 Abs.1 GG sowohl im In- und Ausland als auch innerhalb staatsfreier Gebiete vorgenommen werden können, entfacht das Zitiergebot generell eine vom Eingriffsort unabhängige Wirkung. Das verpflichtende Berücksichtigungsgebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG spricht darüber hinaus gegen eine etwaig aus Gründen bereichsspezifischer Besonderheiten erforderlich werdende Differenzierung. Unabhängig hiervon bedürfte eine solche grundsätzlich einer tragfähigen Begründung, die die funktionellen Zielsetzungen des Zitiergebots zu berücksichtigen hätte.

Das Zitiergebot entfaltet in diesem Sinne eine dreifache Funktion, die sich sowohl an den Staat als Grundrechtsverpflichteten, als auch an die Grundrechtsträger als Grundrechtsberechtigte richtet.

Gegenüber dem Staat erfüllt das Zitiergebot neben einer „Warn- und Besinnungsfunktion“¹⁰⁸⁶ auch eine Hinweisfunktion¹⁰⁸⁷. Der Gesetzgeber soll einerseits nur solche Eingriffe vornehmen, die ihm als solche bewusst sind und über deren Auswirkungen auf die betroffenen Grundrechte er sich Rechenschaft ablegt¹⁰⁸⁸. Andererseits soll der Gesetzgeber durch die Befolgung des Zitiergebots von der Grundrechtsrelevanz der Norm in Kenntnis gesetzt und damit einer unbedachten Grundrechtsverkürzung bei ihrer Umsetzung vorgebeugt werden. Soweit sich die Funktionen des Zitiergebots danach allein auf einen innerstaatlichen Adressatenkreis beziehen, sind grundrechtliche Differenzierungen von vornherein nicht geboten.

Konfliktpotentiale könnten einzig aus der an die Grundrechtsträger adressierten Funktion des Zitiergebots resultieren. Demnach erfüllt das Zitiergebot für die Grundrechtsträger eine Informationsfunktion. Dem betroffenen Grundrechtsträger gilt es gegenüber die vom Gesetzgeber vorgenommene

¹⁰⁸⁶ So die h.M., vgl. BVerfGE 35, 185 (188 ff.); BVerfGE 64, 72 (79); BVerfGE 129, 208 (236 ff.).

¹⁰⁸⁷ Vgl. Dreier, Art. 19 GG in: Dreier (Hrsg.) (2013), Rn. 19 m.w.N.

¹⁰⁸⁸ BVerfGE 113, 348 (366).

Einschränkung deutlich auszusprechen und somit Rechtsgewissheit hinsichtlich der mit dem Gesetz bezweckten Freiheitsverkürzung zu gewährleisten.¹⁰⁸⁹ Die Informationsfunktion steht somit in einem engen Zusammenhang mit den aus dem Bestimmtheitsgebot resultierenden Vorgaben. Entscheidend ist letztlich, dass den Betroffenen die „Normunterworfenheit“ in einer hinreichenden und rechtsstaatlich gebotenen Art und Weise verdeutlicht wird, so dass sich diese auf die hieraus resultierenden (Rechts-)Folgen einstellen können.

Die Schaffung von Transparenz im Wege informativer gesetzlicher Regelungen könnte hierbei dem *nachrichtendienstlichen Methodenschutz* und somit der „*bundesnachrichtendienstlichen Handlungseffektivität*“ entgegenstehen. Allerdings ist nicht davon auszugehen, dass die „*bundesnachrichtendienstliche Handlungseffektivität*“ durch die Berücksichtigung des Zitiergebots im Rahmen der rein auslandsbezogenen SFÜ beeinträchtigt werden könnte. Es sind an dieser Stelle insofern diejenigen Erwägungen maßgeblich, die auch schon gegen eine grundrechtlich „gebotene“ Differenzierung auf Ebene der Bestimmtheit sprechen.¹⁰⁹⁰ Die grundrechtliche Betroffenheit von Ausländern im Ausland kann in vergleichbarer Art und Weise sowohl aus einer grenzüberschreitenden, als auch aus einer rein auslandbezogenen Überwachung resultieren. Die Überwachungskonstellationen beziehen sich somit überwiegend auf einen vergleichbaren Sachverhalt. Wenn § 21 G 10 das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis im Rahmen grenzüberschreitender Überwachungskonstellationen als eingeschränktes Grundrecht zitiert, dann muss dies auch für die reine Auslandsüberwachung Gültigkeit beanspruchen.¹⁰⁹¹ Der vorhandene Inlandsbezug im Rahmen grenzüberschreitender Überwachungskonstellationen vermag eine verstärkte Geheimhaltungsbedürftigkeit bereits wegen der vergleichbaren Auslandsausrichtung nicht zu begründen.

¹⁰⁸⁹ Vgl. Enders, Art. 19 GG in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.) (2009), Rn. 15; Dreier, Art. 19 GG in: *Dreier* (Hrsg.) (2013), Rn. 19 m.w.N.

¹⁰⁹⁰ Vgl. hierzu *D. III. 2) a) bb*).

¹⁰⁹¹ Vgl. auch *Gusy* (2015), S. 66.

c) Verhältnismäßigkeit des Gesetzes

Nachdem bis hierhin festgestellt werden konnte, dass grundrechtliche Differenzierungen vor dem Hintergrund einer verstärkten Geheimhaltungsbedürftigkeit bundesnachrichtendienstlicher Aufklärungsmaßnahmen in reinen Auslandskonstellationen weder auf Ebene der Bestimmtheit bundesnachrichtendienstlicher Aufklärungsnormen, noch im Rahmen des Zitiergebots geboten sind, stellt sich letztlich die Frage, ob der reine Auslandsbezug grundrechtsrelevanter Überwachungsmaßnahmen geeignet ist, geringere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns zu stellen.

Dabei wird man als Ausgangspunkt wiederum die §§ 5 ff. G 10 heranziehen müssen, die vor dem Hintergrund der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung das Mindestmaß an Voraussetzungen und Handlungsrestriktionen zugunsten einer verhältnismäßigen SFÜ abbilden. Verfassungsrechtlich gebotene Abweichungen werden vor diesem Hintergrund nur dann als zulässig und geboten zu erachten sein, wenn die unmodifizierte Beibehaltung des innerstaatlichen Grundrechtsstandards den verfassungsrechtlich anerkannten Überwachungszweck vereiteln würde. Eine gänzlich voraussetzungslose und unbegrenzte SFÜ wäre demgegenüber verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.¹⁰⁹² Angesichts dessen müsste die rein auslandsbezogene SFÜ unter Berücksichtigung der etwaig erforderlichen Differenzierungen generell einem dem G 10 vergleichbaren Regelungsapparat unterworfen sein.

aa) Zweckgebundenheit der rein auslandsbezogenen SFÜ

Die rein auslandsbezogene SFÜ müsste an erster Stelle der Verfolgung legitimer Anliegen des Gemeinwohls förderlich sein. Bei diesen darf es sich angesichts der Breite und Tiefe der mit der SFÜ erwirkten Grundrechtseingriffe nur um solche handeln, die sich auf den *Schutz von Rechtsgütern mit hohem Gewicht* beziehen und der Aufklärung internationaler außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamer Gefahrenlagen dienen.¹⁰⁹³ Die mit der rein auslandsbezogenen SFÜ bezweckten Aufklärungserfolge müssen sich

¹⁰⁹² Vgl. BVerfGE 100, 313 (376).

¹⁰⁹³ Eine ausdrückliche Zweckgebundenheit fordert auch Caspar, in: PinG 1 (2014), S. 5.

somit ebenso wie die Aufklärungserfolge der grenzüberschreitenden SFÜ eindeutig dem bundesnachrichtendienstlichen Auftrag zur Auslandsaufklärung zuordnen lassen. Ein Primärzweck, der von vornherein auf die Verhinderung oder Verfolgung von Straftaten zielte, ließe sich mit der Tätigkeit des BND im Rahmen des Kompetenztitels der „auswärtigen Angelegenheiten“ (Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG) von vornherein nicht vereinbaren.

Unabhängig hiervon wäre es dem BND auf Grundlage seines verfassungsrechtlich anerkannten Aufgabenzuschnittes grundsätzlich möglich, im Wege der rein auslandsbezogenen SFÜ einem breit aufgestellten Aufgabenkatalog nachzukommen. Schon die „dritte Abhörentscheidung“¹⁰⁹⁴ des BVerfG zeigte, dass die SFÜ nicht mehr ausschließlich dem rechtzeitigen Erkennen und Begegnen eines „bewaffneten Angriffs auf die BRD“ (§ 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 G 10) zu dienen bestimmt sein muss. Vielmehr kann sie auch den Schutz sonstiger hochrangiger Gemeinschaftsgüter bezwecken, soweit deren Verletzung schwere Schäden für den äußeren und inneren Frieden in der BRD zur Folge hätte.¹⁰⁹⁵ In Anbetracht dessen erklärte das BVerfG die im Jahre 1994 durch das „VerbrBekG“¹⁰⁹⁶ hinzugekommenen Aufklärungszwecke der „international organisierten Kriminalität“ für überwiegend verfassungsgemäß.¹⁰⁹⁷ Die mit der SFÜ verfolgten Aufklärungszwecke sind somit grundsätzlich nicht an die historische Konstellation gebunden, die dem Gesetzgeber bei Erlass des G 10 im Jahre 1968 vor Augen stand.¹⁰⁹⁸ Vielmehr sind die außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Aufklärungszwecke vor dem Hintergrund der tatsächlichen Veränderungen internationaler Bedrohungsszenarien *dynamisch fortzuschreiben*. Das Begriffsverständnis der „außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Belange“, dass in der allgemeinen Auftragsnorm des § 1 Abs. 2 BNDG seinen Niederschlag gefunden hat, ist somit nicht statisch zu verstehen, sondern angesichts tatsächlicher Veränderungen in der Realität und dem zu unterstellenden

¹⁰⁹⁴ Vgl. hierzu C. II. 3) c).

¹⁰⁹⁵ Vgl. BVerfGE 100, 313 (373).

¹⁰⁹⁶ Vgl. hierzu C. II. 3) b).

¹⁰⁹⁷ Die nach der „dritten Abhörentscheidung“ des BVerfG aus dem Jahre 1999 erforderlich gewordenen Ergänzungen wurden durch das „Gesetz zur Neuregelung von Beschränkungen des Art. 10 GG“ durch den Gesetzgeber im Jahre 2001 berücksichtigt. Vgl. hierzu C. II. 3) d).

¹⁰⁹⁸ Vgl. BVerfGE 100, 313 (382).

Bestreben der Regierung nach einem effektiv arbeitenden Auslandsnachrichtendienst dynamisch auszulegen.¹⁰⁹⁹ In diesem Sinne ist die durch die „Verfassungsschutzreform“ erfolgte Erweiterung der G 10-Aufklärungszwecke um § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 8 G 10 (Aufklärung von Cyberbedrohungen) als eine weitere notwendige Folge anzusehen, die bestehenden technischen Mittel der SFÜ inhaltlich an neu entstandene Gefahrenlagen anzupassen.¹¹⁰⁰

Die außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Belange, zu deren Erreichen der Einsatz der SFÜ gerechtfertigt ist, sind nach alledem nicht mehr allein auf die Schutzgüter des „Staats- und Verfassungsschutzes“ zu reduzieren, sondern entsprechend dem im EU-Recht geläufigen Begriffsverständnis generell auf den „Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen“ zu erstrecken.¹¹⁰¹ Dies wird einerseits der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung gerecht, andererseits wahrt ein solches Begriffsverständnis eine flexible Anpassung nachrichtendienstlicher Aufklärungsmaßnahmen an tatsächlich vorhandene Bedrohungsszenarien. Daraus folgt, dass die rein auslandsbezogene SFÜ des BND sowohl zur Aufklärung der in § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 bis 8 G 10 aufgelisteten Überwachungszwecke, als auch zu darüber hinaus gehenden Zwecken eingesetzt werden könnte, soweit dies zum Schutze wesentlicher Sicherheitsinteressen der BRD erforderlich ist. In jedem Falle bräuchte es jedoch eine zumindest *abstrakt-generelle Norm*, die die im Rahmen des generellen Auslandsaufklärungsauftrags für zulässig zu erachtenden Aufklärungszwecke ausdrücklich festlegt und somit den inhaltlichen Rahmen für die SFÜ und Auswertung vorgibt.¹¹⁰² Abzulehnen sind demgegenüber diejenigen Bemühungen, die entweder aus Gründen der Geheimhaltungsbedürftigkeit bundesnachrichtendienstlicher Aufklärung oder wegen bestehender völkerrechtlicher Konfliktpotentiale eine ausdrückliche Normierung der relevanten Aufklärungszwecke vermeiden wollen und

¹⁰⁹⁹ Vgl. hierzu auch *Lampe*, in: NStZ 7 (2015), S. 363.

¹¹⁰⁰ Vgl. hierzu *C. II. 3) h)*. Kritik hieran äußert *Bäcker* (2015), S. 11.

¹¹⁰¹ Vgl. hierzu *B. III. 1) b)*.

¹¹⁰² Vgl. hierzu *D. III. 2) a) bb)*.

demzufolge ein durch die Exekutive auszufüllendes Auftrags- und Befugnisblankett für ausreichend erachten.¹¹⁰³

bb) Notwendigkeit verfahrensrechtlicher Vorkehrungen

Dem Einsatz der rein auslandsbezogenen SFÜ müsste darüber hinaus ein konkretisierendes Verfahren vorangestellt werden, dass auf der Anwendungsebene sowohl die Geeignetheit als auch die Erforderlichkeit der SFÜ fortwährend gewährleistet.

Die Notwendigkeit eines „*konkretisierenden Vorabverfahrens*“ resultiert aus dem auf der Gesetzesebene grundsätzlich weitgefassten Beurteilungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers. So bemisst sich die Zwecktauglichkeit eines Eingriffsgesetzes nicht nach der späteren Entwicklung, sondern ausschließlich danach, ob der Gesetzgeber aus seiner Sicht davon ausgehen konnte, dass eine Maßnahmenkategorisierung zur Erreichung des gesetzten Ziels geeignet war. Die abstrakte Möglichkeit zur Zweckerreichung reicht auf der Gesetzesebene bereits aus.¹¹⁰⁴ Lediglich sich von vornherein als untauglich erweisende gesetzliche Regelungen sind als zur Zweckerreichung ungeeignet anzusehen.¹¹⁰⁵ Die Erforderlichkeit eines zum Eingriff legitimierenden Gesetzes hätte er darüber hinaus ausschließlich dann abzulehnen, wenn der hiermit bezweckte Erfolg ebenso wirkungsvoll auch durch weniger fühlbar einschränkende Mittel zu erreichen wäre.¹¹⁰⁶ In übertragenem Sinne bedeutet dies, dass eine gesetzliche Regelung für die rein auslandsbezogene SFÜ nur dann als nicht erforderlich anzusehen wäre, wenn eine ausreichende Gewinnung nachrichtendienstlich relevanter Informationen zur außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnisgewinnung der BRD auch ohne bzw. über den ausschließlichen Einsatz weniger intensiver Eingriffe in die Grundrechte sichergestellt werden könnte.¹¹⁰⁷

¹¹⁰³ In diesem Sinne aber *Lampe*, in: NStZ 7 (2015), S. 372; wohl auch die SPD-Bundestagsfraktion (2015), S. 10.

¹¹⁰⁴ Vgl. BVerfGE 67, 157 (175); BVerfGE 100, 313 (373); auch *Jarass*, Art. 20 GG in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.) (2014), Rn. 84..

¹¹⁰⁵ Vgl. nur *Merten* in: *Merten/Papier* (Hrsg.) (2009), § 68 Rn. 65 m.w.N.

¹¹⁰⁶ Vgl. BVerfGE 67, 157 (176); BVerfGE 100, 313 (375).

¹¹⁰⁷ Vgl. BVerfGE 67, 157 (177); auch *Durner*, Art. 10 GG in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.) (2010), Rn. 147.

Dem Gesetzesgeber ist es bei der Bewertung der Zwecktauglichkeit und Erforderlichkeit eines eingreifenden Gesetzes dabei grundsätzlich auch nicht verwehrt, die bereichsspezifischen Besonderheiten des regulierungsbedürftigen Sachverhalts in die Bewertung miteinzubeziehen.¹¹⁰⁸ So hat er im Bereich der bundesnachrichtendienstlichen Auslandsaufklärung maßgeblich zu berücksichtigen, dass sich die nachrichtendienstliche Erkenntnisgewinnung zur konkreten Zweckerreichung in der Regel erst durch das *funktionale Zusammenwirken* der unterschiedlichsten bundesnachrichtendienstlichen Erkenntnisquellen und in der Folge durch die Kombination der aus ihr resultierenden Informationen ergeben wird.¹¹⁰⁹ Auf lange Sicht verspricht danach nur der gebündelte Einsatz aller in Frage kommenden nachrichtendienstlichen Mittel Erfolg.¹¹¹⁰ Die Bewertung der Geeignetheit und Erforderlichkeit eines Gesetzes ist auf der Gesetzesebene danach in einem übergreifenden Zusammenhang vorzunehmen, die im Bereich der bundesnachrichtendienstlichen Auslandsaufklärung durch den umfassenden Informationsbedarf der Bundesregierung maßgeblich geprägt wird. Das Kriterium der „*bundesnachrichtendienstlichen Handlungseffektivität*“ gewinnt auf der Gesetzesebene somit eine entscheidende Bedeutung. Eine tatsächliche Wirkungsentfaltung in jedem erdenklichen Einzelfall ist für die Annahme der Geeignetheit der rein auslandsbezogenen SFÜ nicht erforderlich.¹¹¹¹ Die Geeignetheit der rein auslandsbezogenen SFÜ kann in diesem Sinne auch nicht bereits an der großen Streubreite der Erfassungsmethode scheitern.¹¹¹² Auch steht ein lediglich „geringer Ertrag“ von als nachrichtendienstlich relevant eingestuften TK-Verkehren der Geeignetheit der rein auslandsbezogenen SFÜ nicht von vornherein entgegen.¹¹¹³

¹¹⁰⁸ Auf die Abhängigkeit von gesetzgeberischem Spielraum und Regelungsmaterie verweisend auch *Robbers*, Art. 20 GG in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.) (2009), Rn. 1924.

¹¹⁰⁹ Sog. „additiver“ Grundrechtseingriff, vgl. BVerfG, Urteil des ersten Senats vom 20.04.2016, - 1 BvR 966/09 -, Rn. 130; für die ein- und ausgehende G 10-Postüberwachung schon BVerfGE 67, 157 (176).

¹¹¹⁰ So das BfV hinsichtlich der Subsidiarität von Überwachungsmaßnahmen nach dem G 10, vgl. VG Berlin, Urteil vom 01. März 2012, - VG 1 A 391/08 - = NJOZ 4 (2013), S. 124.

¹¹¹¹ Vgl. BVerfGE 67, 157 (175); auch *Jarass*, Art. 20 GG in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.) (2014), Rn. 84.

¹¹¹² Vgl. BVerfGE 100, 313 (373).

¹¹¹³ Der im Jahre 2014 vor dem BVerwG klagende Rechtsanwalt hatte insoweit vorgetragen, dass die Geeignetheit der SFÜ schon an der mangelnden Effizienz der

Soweit aus diesen Gründen die Geeignetheit und Erforderlichkeit der rein auslandsbezogenen SFÜ auf der Gesetzesebene mit dem überwiegenden Allgemeininteresse begründet werden kann, so ist den Individualinteressen auf der Anwendungsebene verstärkt Rechnung zu tragen.¹¹¹⁴ Die Geeignetheit und Erforderlichkeit der rein auslandsbezogenen SFÜ ist auf der Anwendungsebene dabei durch verfahrensrechtliche Vorkehrungen sicherzustellen und zu fördern.¹¹¹⁵ Im Rahmen des G 10-Regelungsapparates ist dies im Wege eines *mehrstufigen Antrags- und Anordnungsverfahrens* erfolgt. So hat ein auf die Anordnung einer SFÜ-Maßnahme gerichteter Antrag des BND alle für die Anordnung erforderlichen Angaben zu enthalten, also insbesondere den Grund für die Durchführung, den Umfang und die Dauer der Beschränkungsmaßnahmen.¹¹¹⁶ Ferner erfolgt eine inhaltliche Konkretisierung der G 10-SFÜ sowohl über die präzisierende Festlegung der als geeignet erscheinenden Suchbegriffe als auch über die geografische Einengung des Überwachungsgebiets und der überwachbaren Übertragungswege.¹¹¹⁷ Die zu wahrende Erforderlichkeit der G 10-SFÜ wird daneben durch die Begründungslast des BND¹¹¹⁸ operationalisiert. Er hat im Rahmen seines an das BMI gerichteten Antrags darzulegen, dass die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.¹¹¹⁹ Das „konkretisierende Vorabverfahren“ setzt insofern eine schlüssige Darlegung des BND voraus, warum die betroffenen TK-Beziehungen

Überwachungsmaßnahme scheitere, die insbesondere auch auf den technischen Fortschritt im Bereich der Verschlüsselungstechnologien zurückzuführen sei. Es sei insofern nur von einer „zufälligen Förderung“ des Gefahrenabwehrzwecks auszugehen, vgl. BVerwG, Urteil vom 28.05.2014, - 6 A 1.13 -, Rn. 4.

¹¹¹⁴ Zur grundsätzlichen Differenzierung zwischen Gesetzes- und Anwendungsebene, vgl. *Albers* (2000), S. 241 ff.

¹¹¹⁵ Vgl. BVerfGE 100, 313 (373); auch *Bizer*, Art. 10 GG in: *Denninger et al.* (Hrsg.) (2001), Rn. 81.

¹¹¹⁶ Vgl. § 10 Abs. 2 G 10.

¹¹¹⁷ Vgl. § 10 Abs. 4 Satz 1, Satz 2 G 10.

¹¹¹⁸ Vgl. § 9 Abs. 3 Satz 1 G 10.

¹¹¹⁹ Für die Darlegungslast des BND in Fällen des § 5 G 10, vgl. *Huber*, § 9 G 10 in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 6; dem Darlegungserfordernis wird nur dann hinreichend Rechnung getragen, wenn die Untauglichkeit anderer Aufklärungsmöglichkeiten substantiiert und nachprüfbar begründet wird, also die aus operativer Sicht wesentlichen Tatsachen konkret benannt werden, vgl. VG Berlin, Urteil vom 01.03.2012, - VG 1 A 391/08 - = NJOZ 4 (2013), a.a.O.

rechtzeitigen Aufschluss über eine der relevanten Gefahren geben könnten.¹¹²⁰ Dabei ist zwischen der Schlüssigkeit seiner Darlegungslast und den notwendigen Geheimhaltungsbedürfnissen ein angemessener Ausgleich herbeizuführen. Eine Darlegung sämtlicher Einzelheiten und Details der Arbeits- und Vorgehensweise des BND ist dabei aus Gründen der *bundesnachrichtendienstlichen Effektivität* nicht geboten.¹¹²¹

Dass die Sicherstellung der Geeignetheit und Erforderlichkeit auf der Anwendungsebene dienende „Vorabverfahren“ ist in gleichem Umfang auch für die rein auslandsbezogene SFÜ angezeigt. Anderenfalls droht aus der Übergewichtung der Allgemeininteressen auf der Gesetzesebene und der Missachtung der Individualinteressen auf der Anwendungsebene der Schluss der Unverhältnismäßigkeit der rein auslandsbezogenen SFÜ. Gründe die für ein gebotenes Abweichen von dem zuvor benannten Verfahrensstandard im Rahmen der rein auslandsbezogenen SFÜ sprechen könnten sind nicht ersichtlich. Ein „Mehr“ an Kontrolle im Vorfeld einer SFÜ-Maßnahme stünde der *Handlungseffektivität des BND* nicht entgegen. Auch würde die Geheimhaltungsbedürftigkeit nachrichtendienstlicher Aufklärungsmethoden durch ein konkretisierendes Vorabverfahren nicht beeinträchtigt werden.

cc) Notwendigkeit einer quantitativen Kapazitätsschranke

Die rein auslandsbezogene SFÜ müsste darüber hinaus einer im Gesetz ausdrücklich geregelten quantitativen Kapazitätsschranke unterliegen. Nach den ausdrücklichen Feststellungen des BVerfG verbietet sich insoweit eine „globale und pauschale“ Überwachung des Fernmeldeverkehrs¹¹²² selbst in solchen Fällen, in denen sie der Aufklärung großer Gefahren dient¹¹²³. Eine flächendeckende, totale Überwachung ist grundsätzlich als unzulässig anzusehen.¹¹²⁴

¹¹²⁰ BVerfGE 100, 313 (384); verweisend *Huber*, § 5 G 10 in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 18.

¹¹²¹ Vgl. BVerfGE 67, 157 (177); vgl. auch *Huber*, § 3 G 10 in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 28.

¹¹²² Vgl. BVerfGE 67, 157 (174); verweisend BVerfGE 100, 313 (376).

¹¹²³ Vgl. BVerfGE 100, 313 (383).

¹¹²⁴ Vgl. BVerfGE 100, 313 (377); grundsätzlich auch *Papier* (2014), S. 1 ff.

Die Notwendigkeit einer im Gesetz ausdrücklich geregelten Kapazitätsschranke für die SFÜ ergab sich erstmals vor dem Hintergrund der mit der Digitalisierung erfolgten tatsächlichen Veränderung der TK-Vermittlung. So trug die Digitalisierung nicht nur zum wiedererlangten Bedeutungszuwachs der kabelgestützten TK-Vorgänge bei, sondern ermöglichte es zugleich in ein und demselben Kabel mehrere Zehntausend TK-Verkehre gleichzeitig zu übertragen.¹¹²⁵ Der Gesetzgeber sah sich aus diesen Gründen gezwungen, die Befugnisse zur strategischen Überwachung internationaler TK-Beziehungen an die Realität der TK-Übertragung anzupassen und die Überwachung auf den leitungsgebundenen TK-Verkehr zu erweitern.¹¹²⁶ Er hatte hierbei zu berücksichtigen, dass das BVerfG im Rahmen seiner „dritten Abhörentscheidung“ aus dem Jahre 1999 die aus tatsächlichen Gründen bestehende Kapazitätsbeschränkung ausdrücklich hervorhob,¹¹²⁷ dabei gleichzeitig jedoch anmahnte, dass der gegenwärtige Umfang der Erfassung gesetzlich nicht vorgegeben sei und daher der tatsächliche Umfang der Überwachung überwiegend von den technischen und personellen Kapazitäten abhinge¹¹²⁸. Die mit der Digitalisierung obsolet gewordene tatsächliche Kapazitätsschranke der Überwachung machte demzufolge einen Ersatz in Form einer rechtlichen Kapazitätsschranke erforderlich. Diese führte der G 10-Gesetzgeber durch das „Gesetz zur Neuregelung von Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses“ aus dem Jahre 2001 ein,¹¹²⁹ wobei er den Überwachungsanteil der auf den festgelegten Übertragungswegen zur Verfügung stehenden Übertragungskapazität nach oben auf 20 % der Gesamtübertragungskapazität begrenzte.¹¹³⁰ Die rechtliche Kapazitätsobergrenze sollte sicherstellen, dass der BND von vornherein nur einen verhältnismäßig geringen Teil der nachrichtendienstlich relevanten TK-Vorgänge erfassen konnte und somit der fragmentarische Charakter der G10-SFÜ auch zukünftig erhalten blieb.¹¹³¹ Das BVerwG hob die wesentliche Bedeutung der rechtlichen Kapazitätsschranke für den fragmentarischen

¹¹²⁵ Vgl. BT-Drs. 14/5655, S. 17.

¹¹²⁶ Vgl. BT-Drs. 14/5655, a.a.O.

¹¹²⁷ Vgl. BVerfGE 100, 313 (377).

¹¹²⁸ Vgl. BVerfGE 100, 313 (380).

¹¹²⁹ Vgl. hierzu *C. II. 3) d*).

¹¹³⁰ Vgl. § 10 Abs. 4 Satz 4 G 10.

¹¹³¹ Vgl. BT-Drs. 14/5655, S. 23.

Charakter der G 10-SFÜ und somit für deren Verhältnismäßigkeit letztmalig im Jahre 2014 ausdrücklich hervor.¹¹³²

Vor dem Hintergrund der „generellen Grundrechtsbindung“ des BND in reinen Auslandskonstellationen und den Vorgaben des BVerfG, ist eine rechtliche Kapazitätsschranke auch für die rein auslandsbezogene SFÜ angezeigt. Der bisherige Zustand, nach dem der tatsächliche Umfang der rein auslandsbezogenen SFÜ ausschließlich durch die technischen und personellen Kapazitäten des BND begrenzt ist, lässt den fragmentarischen Charakter der SFÜ vollständig vermissen. Die übergeordnete Voraussetzung, wonach sich die SFÜ von vornherein nur auf einen geringen Anteil des Fernmeldeverkehrs beziehen darf, hat grundsätzlich auch für die rein auslandsbezogene SFÜ Gültigkeit zu beanspruchen.¹¹³³ Inwiefern infolge eines erhöhten Aufklärungsbedarfs im Rahmen der rein auslandsbezogenen SFÜ etwaig eine höhere Kapazitätsschranke in Betracht kommt, kann an dieser Stelle nicht beurteilt werden. Jedoch liegt es aufgrund der Tatsache, dass der Übertragungsanteil der auf den einzelnen Übertragungswegen vermittelten TK regelmäßig keine 20 %-Auslastung erreichen wird¹¹³⁴ nahe, dass auch im Rahmen der rein auslandsbezogenen SFÜ die 20%-Obergrenze beizubehalten ist.

dd) Absehen von einer nachträglichen Mitteilungsverpflichtung?

Fraglich erscheint weiterhin, ob das Konstrukt der „nachträglichen Mitteilungsverpflichtung“ auf die rein auslandsbezogene SFÜ zu übertragen ist.

Die Ausführungen zu der historischen Entwicklung der SFÜ verdeutlichen, dass das Kriterium der „Mitteilung“ seit jeher eine entscheidende Bedeutung für die Ausrichtung der strategischen bundesnachrichtendienstlichen Überwachung besitzt. So war es eine für die Ablösung des alliierten Überwachungsvorbehalts unabdingbare Voraussetzung, dass der deutsche

¹¹³² Vgl. BVerwG, Urteil vom 28.05.2014, - 6 A 1.13 -, Rn. 28-29. Bedenken an der tatsächlichen Wirksamkeit dieser Beschränkung äußert *Bäcker* (2014), S. 12-13.

¹¹³³ Eine quantitative Beschränkung fordernd auch SPD-Bundestagsfraktion (2015), S. 11 sowie *Caspar*, in: PinG 1 (2014), S. 5.

¹¹³⁴ Vgl. *Bäcker* (2014), S. 13 m.w.N.; verweisend auch *Cornelius*, in: JZ 14 (2015), S. 698.

Gesetzgeber den zur Überwachung befugten innerstaatlichen Stellen einen Regelungsapparat an die Hand legte, der es vorsehen musste, den von einer Beschränkungsmaßnahme Betroffenen von der Kenntnis über die Durchführung der Überwachungsmaßnahme auszuschließen.¹¹³⁵ Folglich legte § 5 Abs. 5 G 10 a.F. fest, dass der von einer Beschränkungsmaßnahme Betroffene nicht zu unterrichten ist. Im Jahre 1970 kam das BVerfG in seiner „ersten Abhörentscheidung“ zu einer überwiegenden Billigung des Konstrukts der „Nichtmitteilung“. Zum Sinn und Zweck hob es hervor, dass eine Nichtmitteilung im Grundsatz der nachrichtendienstlichen Effektivität diene. Es folgte hiermit der Ansicht der Bundesregierung, die vortrug, dass eine aus Gründen des Staatsschutzes angeordnete Überwachung ihren Zweck von vornherein verfehlen würde, wenn sie den Betroffenen mitgeteilt wird. Einschränkend konstatierte es allerdings, dass eine nachträgliche Mitteilung jedenfalls in Fällen geboten sei, in denen eine Gefährdung des Zwecks der Überwachungsmaßnahme ausgeschlossen werden könne.¹¹³⁶ Die Entscheidung des BVerfG führte zu der bis heute bestehenden Mitteilungssystematik des G 10. So besteht gem. §§ 12 Abs. 1 Satz 1, 2, Abs. 2 G 10 auch in strategischen Überwachungskonstellationen eine nachträgliche Mitteilungsverpflichtung, soweit eine Gefährdung des Zwecks der Beschränkung ausgeschlossen werden kann oder solange der Eintritt übergreifender Nachteile für das Wohl des Bundes oder eines Landes nicht abzusehen ist. Die nachträgliche Mitteilungsverpflichtung bezweckt ein erforderliches Mindestmaß an effektivem Grundrechtsschutz¹¹³⁷ und soll zu einer Teilkompensation der im Übrigen nur defizitär zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten beitragen.¹¹³⁸ Die nachträgliche Mitteilung hat in diesem Sinne die Regel, das Absehen von der Mitteilung, die Ausnahme zu sein.¹¹³⁹

Wenn eine nachträgliche Mitteilungsverpflichtung danach bereits bei grenzüberschreitenden Überwachungskonstellationen (Inlandsbezug) aus Geheimhaltungsgründen der staatlichen Überwachungstätigkeit oder aus Gründen des Staatsschutzes unterbleiben kann, dann erscheint es auf den ersten

¹¹³⁵ Vgl. hierzu C. II. 2) a).

¹¹³⁶ Vgl. hierzu C. II. 2) c) aa).

¹¹³⁷ Vgl. BVerfGE 100, 313 (361).

¹¹³⁸ Vgl. auch BVerfG, Urteil vom 20. April 2016, - 1 BvR 966/09 -, Rn. 141.

¹¹³⁹ Vgl. *Huber*, § 12 G 10 in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 3.

Blick nicht ausgeschlossen, in reinen Auslandskonstellationen gänzlich von der nachträglichen Mitteilungspflicht abzusehen. Eine dementsprechende Abweichung von dem innerstaatlichen Grundrechtsstandard bedürfte dann allerdings einer rechtfertigenden Begründung. In diesem Sinne gilt es zu bedenken, dass durch die Mitteilung der „Betroffenheit“ von einer SFÜ-Maßnahme, die „Heimlichkeit“ der staatlichen Spionagetätigkeit erstmals aufgegeben würde. Die Tatsache, dass auf fremden Hoheitsgebiet „heimliche“ Überwachungsmaßnahmen durchgeführt wurden, würde öffentlich werden und könnte somit nachträglich den Charakter einer völkerrechtsneutralen Spionagehandlung verlieren.¹¹⁴⁰ Allerdings gilt es auch an dieser Stelle zu berücksichtigen, dass die nachträgliche Mitteilungsverpflichtung lediglich eine Konsequenz der abwehrrechtlichen Grundrechtsdimension der Art. 10 Abs. 1 GG ist. Die Übertragung des Konstrukts der „nachträglichen Mitteilungsverpflichtung“ auf rein auslandsbezogene Überwachungskonstellationen kann danach allenfalls eine beschränkende Wirkung entfalten, die in jedem Fall in einem schwächeren Konflikt zu den fremdstaatlichen Interessen steht, als eine im Umkehrschluss unbegrenzte staatliche Überwachungstätigkeit. Eine gegenüber dem innerstaatlichen Grundrechtsstandard abweichende Mitteilungspraxis im Rahmen der rein auslandsbezogenen SFÜ ist daher nicht geboten.

Ein Absehen von der „nachträglichen Mitteilungsverpflichtung“ könnte jedoch noch unter dem Aspekt zu rechtfertigen sein, dass der Staat mit der öffentlich wirkenden Mitteilung zugleich die Tatsache transparent werden lassen würde, dass deutsche Stellen auf fremden Staatsgebiet regelmäßig strafbare Handlungen vorgenommen hätten und somit in Ausübung ihres aus nationalrechtlicher Sicht anerkannten Auftrags, der fremdstaatlichen Sanktionsgewalt unterliegen würden. Allerdings wird man ein Absehen von der nachträglichen Mitteilung dann nur in Fällen diskutieren können, in denen die Durchführung der SFÜ ein grundrechtseingreifendes Tätigwerden auf fremden Staatsgebiet erfordern würde.¹¹⁴¹ Daran könnte es etwa von vorherein fehlen, wenn man im Rahmen der satellitengestützten SFÜ den Erfassungszeitpunkt

¹¹⁴⁰ Vgl. hierzu *D. III. 1) b)*.

¹¹⁴¹ In diesem Sinne auch *Gusy* (2015), S. 62.

am TK-Satelliten selbst erblickt und die Auswertung der so erlangten Daten innerhalb der Staatsgrenzen der BRD erfolgt.

Unabhängig hiervon stellt sich die Frage, ob es anstatt eines Abweichens von der nachträglichen Mitteilungspflicht nicht schon ausreichen würde, die in § 12 Abs. 1 Satz 2 G 10 festgelegten Ausschlussgründe für eine Mitteilung auch für die rein auslandsbezogene SFÜ extensiv zu berücksichtigen. Anerkannt ist insofern, dass das Wohl des Bundes etwa dann beeinträchtigt sein kann, wenn sich durch eine nachträgliche Mitteilung einer erfolgten SFÜ-Maßnahme und eines etwaig sich daran anschließenden Gerichtsverfahrens Rückschlüsse auf geheimhaltungsbedürftige Vorgänge und Arbeitsweisen des Nachrichtendienstes sowie auf das konkrete Beobachtungsfeld ziehen lassen würden.¹¹⁴² Zu den legitimen Belangen kann z.B. auch der Schutz von Informationsquellen zählen.¹¹⁴³ Eine Mitteilung der „Betroffenheit“ in reinen Auslandskonstellationen wäre in aller Regel geeignet sowohl Aufschluss über die konkreten Aufklärungsfelder als auch über die im bundesnachrichtendienstlichen Fokus liegenden Aufklärungsgebiete des BND zu liefern. Insofern könnten dementsprechende Mitteilungen das Wohl des Bundes erheblich beeinträchtigen und somit auch den Ausschluss der Mitteilung rechtfertigen. Auch wäre es durchaus vertretbar, die drohende Unterwerfung der im Ausland tätigen Amtsträger unter die fremdstaatliche Sanktionsgewalt als eine das Wohl des Bundes gefährdende Beeinträchtigung anzusehen, so dass auch in diesen Fällen ein Absehen von der nachträglichen Mitteilungsverpflichtung in Betracht käme. Die Ausschlussgründe für eine nachträgliche Mitteilungspflicht würden danach in reinen Auslandskonstellationen in besonderem Maße einschlägig sein. Gleichzeitig dürfte dies jedoch nicht einen nachträglichen „Mitteilungsausschluss in jedem Fall“ zur Folge haben. Die nachträgliche Mitteilungsverpflichtung hätte aus Gründen eines effektiven Grundrechtsschutzes vielmehr weiterhin die Regel, das Absehen hiervon die begründungsbedürftige Ausnahme zu sein. Insofern müsste auch in rein auslandsbezogenen SFÜ-Konstellationen grundsätzlich an

¹¹⁴² Vgl. BVerfGE 30, 1 (19); verweisend *Huber*, § 12 G 10 in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 28; vgl. auch BVerfGE 57, 250 (284).

¹¹⁴³ Für die Wahrung der Identität von V-Leuten nach dem Einsatz, vgl. BVerfGE 57, 250 (284); verweisend BVerfGE 100, 313 (398).

dem Konstrukt einer „nachträglichen Mitteilungsverpflichtung“ festgehalten werden.

ee) Notwendigkeit einer kompensatorisch wirkenden Ersatzkontrolle

Die rein auslandsbezogene SFÜ müsste wegen der nur defizitär vorhandenen Rechtsschutzmöglichkeiten letztlich auch einer kompensatorisch wirkenden Ersatzkontrolle unterworfen werden. Wenn eine präventive gerichtliche Überprüfung wegen der Unkenntnis der zukünftigen „Betroffenheit“ regelmäßig ausscheiden und eine nachträgliche Nichtmitteilung wegen der Geheimhaltungsbedürftigkeit der SFÜ im Ausland eher die Regel statt die Ausnahme sein wird, ist von dem Bestehen einer *vergleichbaren grundrechtlichen Gefährdungslage in reinen Auslandskonstellationen* auszugehen, die es erforderlich macht, ein *adäquates Ersatzkontrollverfahren* für rein auslandsbezogene Überwachungskonstellationen zur Verfügung zu stellen.

Die Existenz eines adäquaten Ersatzkontrollverfahrens ist im Grundsatz als notwendige Kehrseite der dem BND über Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG i.V.m. §§ 12, 13 G 10 ausdrücklich zugestandenen Befugnisse anzusehen, den Betroffenen über die Durchführung einer Beschränkungsmaßnahme in Unkenntnis zu lassen. Ein faktischer Rechtswegausschluss erfordert insoweit eine kompensatorisch wirkende Ersatzkontrolle.¹¹⁴⁴ Diese ist für die rein auslandsbezogene SFÜ aktuell nicht vorhanden. So konnte bereits aufgezeigt werden, dass weder die ministerielle Kontrolle durch das Bundeskanzleramt noch die Kontrolltätigkeiten des PKGr oder der BfD geeignet sind, eine adäquate Ersatzkontrolle für rein auslandsbezogene SFÜ-Maßnahmen zur Verfügung zu stellen.¹¹⁴⁵ Lediglich die der G 10-Kommission zur Verfügung stehenden Kontrollbefugnisse können für eine hinreichende Kompensation des faktischen Rechtswegausschlusses eintreten.¹¹⁴⁶

Der Kontrollumfang der G 10-Kommission erstreckt sich nach den Vorgaben des BVerfG aus der „dritten Abhörentscheidung“ auf den gesamten Prozess der

¹¹⁴⁴ Vgl. jüngst BVerfG, Urteil vom 20 April 2016, - BvR 966/09 -, Rn. 141.

¹¹⁴⁵ Vgl. hierzu B. III. 5) a) bis c).

¹¹⁴⁶ Vgl. hierzu B. III. 5) d). Ausdrücklich festgestellt durch das BVerfG erstmals in der „ersten Abhörentscheidung“, vgl. BVerfGE 30, 1 (31).

Erfassung und Verwertung der Daten.¹¹⁴⁷ Sie ist sowohl präventiv als auch repressiv tätig und kommt einer „quasi-richterlichen“ Aufgabe nach. Umfasst ist insbesondere die Überprüfung der Notwendigkeit einer SFÜ-Maßnahme, mithin also die Prüfung der Frage, ob sich die SFÜ-Maßnahme als mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang stehend erweist.¹¹⁴⁸ Zu überprüfen ist danach einerseits, ob mildere und gleichermaßen geeignete Mittel zur Aufklärung eines bestimmten Sachverhaltes zur Verfügung stehen (Erforderlichkeit) und andererseits, ob das durch die Beschränkungsmaßnahme zu wahrende Sicherheitsinteresse das Gewicht der grundrechtlich geschützten Rechtsgüter überwiegt (Angemessenheit). Darüber hinaus trifft die G 10-Kommission eine abschließende Entscheidung über die Notwendigkeit einer Mitteilung an Betroffene.¹¹⁴⁹ Die G 10-Kommission erfüllt demnach nicht nur eine rechtswegersetzende Funktion, sondern entscheidet in letzter Instanz auch über die Möglichkeit der Betroffenen, einen repressiv wirkenden gerichtlichen Rechtsweg in Anspruch zu nehmen.

Zu beachten ist, dass die funktionelle Wirksamkeit eines Ersatzkontrollorgans nur dann sichergestellt werden kann, wenn dieses über verfahrensrechtliche Vorkehrungen in die Lage versetzt wird, die exekutiven Entscheidungen im Rahmen des aus Geheimhaltungsgründen Möglichen nachzuvollziehen. So stellt das Darlegungserfordernis des BND aus § 9 Abs. 3 G 10 sicher, dass die G 10-Kommission in ihrer Funktion als externes und unabhängiges Ersatzkontrollorgan in die Lage versetzt wird, über die Zulässigkeit und Notwendigkeit einer SFÜ-Maßnahme nach eigenem Befinden zu entscheiden. Die funktionale Symbiose zwischen konkretisierendem Vorabverfahren und Kontrolle trägt damit den auf der Gesetzesebene überwiegenden Allgemeininteressen Rechnung und schränkt diese auf der Anwendungsebene zugunsten eines verfassungsrechtlich gebotenen Mindestmaßes an effektivem Grundrechtsschutz ein. Zu einem effektiven Grundrechtsschutz gehört in diesem Sinne insbesondere die auch weiterhin geltende Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, die durch die „Heimlichkeit“ der

¹¹⁴⁷ Vgl. BVerfGE 100, 313 (401).

¹¹⁴⁸ Vgl. *Huber*, § 15 G 10 in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 40.

¹¹⁴⁹ Vgl. § 15 Abs. 5 Satz 2 G 10 a.E.

bundesnachrichtendienstlichen Überwachung zwar tangiert aber nicht vollends aufgehoben werden darf.¹¹⁵⁰

Vor dem Hintergrund der festgestellten „generellen Grundrechtsbindung“ des BND in rein auslandsbezogenen Überwachungskonstellationen ist der aus § 7 BNDG resultierende Auskunftsanspruch der Betroffenen, der sich gem. § 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG auch auf die rein auslandsbezogene SFÜ erstreckt,¹¹⁵¹ nicht geeignet, eine hinreichende Kompensation auf der Anwendungsebene zu gewährleisten. Der Auskunftsanspruch lebt von der *Eigeninitiative* der potentiell von einer grundrechtsrelevanten Beschränkungsmaßnahme Betroffenen und gewährleistet somit gerade keine fortlaufende Kontrolle durch eine unabhängige und externe Stelle. Selbst im Falle eines Auskunftsbegehrens bestünden darüber hinaus zahlreiche Möglichkeiten, aus Gründen der Geheimhaltung von der Auskunftserteilung abzusehen,¹¹⁵² so dass die Möglichkeit einen Rechtsweg zu bestreiten in rein auslandsbezogenen Überwachungskonstellationen tatsächlich erheblich erschwert wird.¹¹⁵³ Eine kompensierende Ersatzkontrolle wäre aus diesen Gründen zwingend erforderlich.¹¹⁵⁴ Eine aus Gründen der besonderen Geheimhaltungsbedürftigkeit der rein auslandsbezogenen SFÜ gebotene Abweichung von der grenzüberschreitenden G 10-Kontrollpraxis ist nicht ersichtlich. Wie bereits eingangs erwähnt, wäre eine Abweichung im Grundsatz auch nur dann zu rechtfertigen, wenn durch die undifferenzierte Beibehaltung der G 10-Standards die *effektive Aufgabenerfüllung des BND* vereitelt werden würde. Ein erhöhtes bundesnachrichtendienstliches Begründungsaufkommen stünde der bundesnachrichtendienstlichen Handlungseffektivität in diesem Sinne nicht von vornherein entgegen. Im Übrigen würde die Geheimhaltungsbedürftigkeit der bundesnachrichtendienstlichen Arbeitsmethoden und Vorgehensweise durch

¹¹⁵⁰ Vgl. Gusy, § 7 BNDG in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.) (2014), Rn. 1.

¹¹⁵¹ § 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG lässt § 7 BNDG unerwähnt.

¹¹⁵² Vgl. § 7 BNDG i.V.m. § 15 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 4 BVerfSchG; für die in vergleichbarer Form bestehenden Befugnisse des BKA (§ 19 Abs. 4 BDSG) jüngst, BVerfG, Urteil vom 20. April 2016, - 1 BvR 966/09 -, Rn. 264.

¹¹⁵³ Vgl. Gusy, a. a. O., Rn. 6.

¹¹⁵⁴ So die nunmehr überwiegende Ansicht, vgl. Huber, in: NJW 35 (2013), S. 2576; Caspar, in: PinG 1 (2014), S. 6; Löning (2015), S. 2, 5; SPD-Bundestagsfraktion (2015), S. 8.

ein geheim tagendes Kontrollorgan nicht übermäßig belastet werden.¹¹⁵⁵ Der besonderen Handlungsflexibilität in akuten Krisenlagen könnte letztlich wie im Falle der G 10-Kontrolle durch eine Regelung der sog. „Gefahr im Verzug-Fälle“¹¹⁵⁶ Rechnung getragen werden.

ff) Zwischenergebnis

Das auf der Gesetzesebene überwiegende Allgemeininteresse würde es rechtfertigen, die rein auslandsbezogene SFÜ einer gesetzlichen Regelung zugänglich zu machen. Ein aus tatsächlichen Gründen gebotenes Abweichen von dem als Vergleichsmaßstab fungierenden G 10-Regelungsapparat ist hierbei allenfalls dann als zulässig zu erachten, wenn der verfassungsrechtlich anerkannte Auftrag zur Auslandsaufklärung durch die undifferenzierte Beibehaltung des G 10-Regelungsstandars vereitelt werden würde. Insofern galt es, die auf die Handlungseffektivität und Geheimhaltung seiner Arbeitsmethoden gerichteten Interessen des BND im Rahmen rein auslandsbezogener Überwachungskonstellationen besonders zu berücksichtigen.

Es konnte festgestellt werden, dass es selbst ein gegebenenfalls abweichender Aufgabenzuschnitt des BND in reinen Auslandskonstellationen nicht rechtfertigt, von einer gesetzlichen Festlegung der Aufklärungszwecke abzusehen. Unabhängig von der konkreten Form ihrer Festlegung, müssten die Aufklärungszwecke stets der außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnisgewinnung zu dienen bestimmt sein. Es ist nicht ersichtlich, warum eine gesetzliche Festlegung der rein auslandsbezogenen Aufklärungszwecke die besondere Geheimhaltungsbedürftigkeit bundesnachrichtendienstlicher Arbeitsmethoden im Vergleich zur grenzüberschreitenden G 10-SFÜ übermäßig beeinträchtigen würde.

Dem auf der Gesetzesebene noch überwiegenden Allgemeininteresse ist auf der Anwendungsebene auch im Rahmen der rein auslandsbezogenen SFÜ verstärkt Rechnung zu tragen. Erforderlich sind verfahrensrechtliche Vorkehrungen, die die rein auslandsbezogene SFÜ auf der Anwendungsebene

¹¹⁵⁵ Vgl. § 15 Abs. 2 G 10.

¹¹⁵⁶ Vgl. § 15 Abs. 6 Satz 2 G 10.

sowohl qualitativ als auch quantitativ konkretisieren. Dazu zu zählen ist insbesondere auch das beizubehaltende Erfordernis einer nachträglichen Mitteilungsverpflichtung in Fällen, in denen eine Gefährdung des Zwecks der Beschränkungsmaßnahme ausgeschlossen werden kann oder sonstige übergreifende Nachteile für das Wohl des Bundes oder eines Landes nicht zu erwarten sind. Der reine Auslandsbezug wird hierbei regelmäßig dazu führen können, dass eine Mitteilung aus den zuvor erwähnten Gründen unterbleiben kann. Das Erfordernis, die rein auslandsbezogene SFÜ (BNDG-SFÜ) ebenso wie die G 10-SFÜ unter die Kontrolle eines unabhängigen und externen Ersatzkontrollorgans zu stellen, gewinnt aus diesem Grund verstärkt an Bedeutung. Sowohl die konkretisierenden verfahrensrechtlichen Vorkehrungen als auch die präventiv und repressiv wirkende Tätigkeit eines Ersatzkontrollorgans sind nicht geeignet, die bundesnachrichtendienstliche Handlungseffektivität und somit den verfassungsrechtlich anerkannten Auftrag zur Auslandsaufklärung dauerhaft zu gefährden.

Ein wesentliches Abweichen von dem G 10-Regelungsapparat im Rahmen der rein auslandsbezogenen Überwachungskonstellationen kommt nach der hier vertretenen Ansicht daher nicht in Betracht.

IV. Gesetzgeberischer oder rechtspolitischer Handlungsbedarf

Aus der festgestellten Erforderlichkeit eines dem einfachen Gesetzesvorbehalt des Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG gerecht werdenden Eingriffsgesetzes für die rein auslandsbezogene SFÜ resultiert ein rechtlicher Handlungsbedarf, der entweder durch einen legislativen Gesetzgebungsakt oder über eine rechtspolitische Neuorientierung der Exekutive bedient werden kann.

Dieser Feststellung vorausgehend steht die Erkenntnis, dass der rein auslandsbezogenen SFÜ derzeit keine hinreichende Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung steht. So kann die allgemeine Aufgabennorm des § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG aus den zuvor bezeichneten Gründen nicht als hinreichende Ermächtigungsgrundlage für Grundrechtseingriffe angesehen werden. Gleiches gilt für die §§ 2 ff. BNDG i.V.m. § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG (hier: §§ 3, 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG), die ebenfalls einen dem G 10-Standard vergleichbaren

Bestimmtheitsgrad, die Berücksichtigung des Zitiergebots sowie die notwendigen verfahrensrechtlichen Vorkehrungen vermissen lassen. Darüber hinaus scheidet die Anwendbarkeit der §§ 2 bis 6 und 8 bis 11 BNDG bereits von vornherein für diejenigen Fälle aus, die keinen „hinreichenden Inlandsbezug“¹¹⁵⁷ aufweisen (§ 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG). Die direkte Anwendbarkeit des § 5 G 10 für die rein auslandsbezogene SFÜ scheidet daneben an der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „internationale Telekommunikationsbeziehungen“ aus § 5 Abs. 1 Satz 1 G 10, von dem ausschließlich TK-Verkehre von und nach Deutschland, also ausschließlich grenzüberschreitende TK-Verkehre erfasst werden.¹¹⁵⁸ Es fehlt den rein auslandsbezogenen TK-Vorgängen hierbei an dem Merkmal der „bewussten Grenzüberschreitung“ des TK-Vorgangs, das durch die an dem TK-Vorgang beteiligten Personen unmittelbar beeinflusst wird. Insofern bleibt der direkte Anwendungsbereich des § 5 G 10 auch den Fällen der lediglich „virtuell grenzüberschreitenden TK-Vorgänge“ verschlossen, bei denen der grenzüberschreitende Charakter ausschließlich technisch und somit regelmäßig ohne Wissen der beteiligten Personen erzeugt wird.

Die hiermit festgestellte Regelungslücke für den Bereich der rein auslandsbezogenen SFÜ ließe sich entweder über klarstellende Regelungen im BNDG (BNDG-interne Lösung) oder über eine analoge Anwendung des § 5 G 10 (G 10-Lösung) schließen. Im Folgenden sind daher die Vor- und Nachteile dieser Lösungsalternativen darzustellen, um abschließend eine Bewertung bezüglich eines erforderlichen gesetzgeberischen oder lediglich rechtspolitischen Handlungsbedarfs erzielen zu können.

¹¹⁵⁷ Das ist im Rahmen der satellitengestützten SFÜ zumindest dann der Fall, wenn man entsprechend der BND-internen Rechtspraxis die Erfassung bereits am Überwachungssatelliten selbst erblickt, vgl. *D. II. 2) b)*.

¹¹⁵⁸ Vgl. BT-Drs. 17/9640, S. 6; BT-Drs. 14/5655, S. 18; BT-Drs. 18/59, S. 4; zu der Vorgängerregelung § 3 G 10 a.F., vgl. schon *Arndt*, in: NJW 3 (1985), S. 108; *Borgs-Maciejewski*, § 3 G 10 in: *Borgs-Maciejewski/Ebert* (Hrsg.) (1986); Rn. 4; *Roewer* (1987), § 3 G 10, Rn. 4.

1) Gesetzgeberischer Handlungsbedarf (BNDG-interne Lösung)

Eine BNDG-interne Lösung für die rein auslandsbezogene SFÜ würde ein gesetzgeberisches Tätigwerden in Form klarstellender Regelungen verlangen, die dem Bestimmtheitsgebot im Rahmen des aus Geheimhaltungsgründen möglichen hinreichend Rechnung tragen, das Zitiergebot berücksichtigen sowie verfahrensrechtliche Vorkehrungen bereitstellen, die die SFÜ sowohl qualitativ als auch quantitativ konkretisieren und der Kontrolle eines unabhängigen und externen Ersatzkontrollorgans unterstellen.

Im Rahmen der BNDG-internen Lösung könnten die spezifischen Besonderheiten der rein auslandsbezogenen SFÜ eine besondere Berücksichtigung finden. Die spezifischen Besonderheiten bestehen nach der hier vertretenen Ansicht jedoch von vornherein nicht in einer gegenüber der grenzüberschreitenden G 10-SFÜ hinausgehenden Geheimhaltungsbedürftigkeit bundesnachrichtendienstlicher Arbeitsmethoden oder in einem lediglich abgeschwächten Grundrechtsstandard. Die formell-rechtlichen Kriterien für strategische Überwachungseingriffe müssten im Rahmen der rein auslandsbezogenen SFÜ ebenso Berücksichtigung finden wie im Rahmen der G 10-SFÜ. Berücksichtigungsfähig wären jedoch gegebenenfalls abweichende materiell-rechtliche Voraussetzungen, die dem etwaig vorhandenen besonderen Aufgabenzuschnitt der rein auslandsbezogenen SFÜ Rechnung tragen.¹¹⁵⁹ So wäre die rein auslandsbezogene SFÜ bei einer analogen Anwendung des § 5 G 10 an die speziellen formellen und materiellen Voraussetzungen des G 10-Regelungsapparates gebunden¹¹⁶⁰ und dürfte somit insbesondere nicht über die in § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 bis 8 G 10 geregelten Aufklärungszwecke hinausgehen. Es wäre im Rahmen einer BNDG-internen Regelungslösung generell auch nicht ausgeschlossen, Aufklärungszwecke zu berücksichtigen, die den Einsatz der grenzüberschreitenden G 10-SFÜ nicht rechtfertigen würden. Die spezifischen BNDG-Aufklärungszwecke müssten sich in diesem

¹¹⁵⁹ In diesem Sinne etwa *Löffelmann*, in: *recht+politik* 6 (2015), S. 2 sowie auch die SPD-Bundestagsfraktion (2015), S. 10, die die rein auslandsbezogene SFÜ i.E. wohl weiterhin auf einer überwiegenden Blankettnorm für zulässig erachtet, deren inhaltliche Konkretisierung in stärker kontrolliertem Umfang der Exekutive überlassen bleibt.

¹¹⁶⁰ Vgl. auch *Gusy* (2015), S. 62.

Fall allerdings weiterhin der außen- und sicherheitspolitisch bedeutsamen Erkenntnisgewinnung („wesentliche Sicherheitsinteressen der BRD“) und somit dem allgemeinen Auftrag des BND zur Auslandsaufklärung zuordnen lassen. Darüber hinaus wären die Aufklärungszwecke zumindest abstrakt-generell und somit in einer dem G 10-Regelungsapparat vergleichbaren Weise gesetzlich festzulegen.

Gegen eine BNDG-interne Lösung für die Regelung der rein auslandsbezogene SFÜ sprechen indes systemimmanente Gründe. So ist das im Jahre 1968 erlassene G 10 ist als ein eingriffsspezifisches Spezialgesetz zu verstehen, das die Befugnisse der nachrichtendienstlichen Sicherheitsbehörden für die klassische Überwachung des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs abschließend regeln soll.¹¹⁶¹ Zwar haben mit den §§ 2a, 2b BNDG jüngst auch Eingriffsbefugnisse in das BNDG Einzug erhalten, die das Grundrecht des Art. 10 Abs. 1 GG einschränken, allerdings handelt es sich bei diesen ausschließlich um Befugnisse zur Geltendmachung bestimmter Auskunftersuchen und somit nicht um Befugnisse zur Vornahme von TKÜ-Maßnahmen. Eine dem G 10-Regelungsapparat vergleichbare Festlegung von Voraussetzungen, Verfahren und Kontrolle im Rahmen des BNDG wäre demnach dem Vorwurf der Systemfremdheit ausgesetzt und würde eine befugnisrechtliche Gemengelage im Bereich der bundesnachrichtendienstlichen SFÜ erzeugen, die die Gebote nach Transparenz und Normenklarheit gesetzlicher Regelungen übermäßig beanspruchen würde. Zudem sollte der den grenzüberschreitenden Überwachungskonstellationen vergleichbare Grundrechtsstandard in reinen Auslandskonstellationen auch durch den Regelungsort hinreichend verdeutlicht werden. Die gesetzlichen Grundlagen für die rein auslandsbezogene SFÜ müssten somit zukünftig nicht dem BNDG sondern dem G 10 entnommen werden. Angesichts dessen ist der aktuelle Gesetzesentwurf des Bundeskanzleramtes („Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes“¹¹⁶²) auch nicht geeignet, die verfassungsrechtlichen und gesetzessystematischen Erfordernisse zu

¹¹⁶¹ Vgl. Gusy, § 3 BNDG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 15; Huber, § 1 G 10 in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 1; Roth, § 8 BVerfSchG in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.) (2014), Rn. 39; zu dem Verhältnis der relevanten Rechtsquellen, vgl. B. II.

¹¹⁶² Vgl. C. II. 3) j).

erfüllen. Die dem Gesetzesentwurf zuzuschreibende Intention, die Handlungseffektivität des BND unter Zurückstellung grundrechtlicher Garantien zu wahren, ist nach Ansicht des *Verfassers* eindeutig abzulehnen, zumal ein Mehr an grundrechtlich erforderlicher Regelungsdichte die bundesnachrichtendienstliche Handlungseffektivität nach der hier vertretenen Ansicht nicht übermäßig beeinträchtigen würde.

2) Rechtspolitischer Handlungsbedarf (G 10-Lösung)

Eine G 10-Lösung für die rein auslandsbezogene SFÜ könnte mangels eines direkten Anwendbarkeit des § 5 G 10¹¹⁶³ allenfalls über eine analoge Anwendung des § 5 G 10 umgesetzt werden. In diesem Falle wären die formellen und materiellen Voraussetzungen des § 5 G 10 sowie die diese begleitenden Verfahrens- und Kontrollvorschriften auch im Rahmen der rein auslandsbezogenen SFÜ einzuhalten. Der aus verfassungsrechtlicher Sicht erforderliche Handlungsbedarf wäre dann lediglich von rechtspolitischer Natur. Ein darüber hinausgehendes Tätigwerden des Gesetzgebers wäre nicht erforderlich. Zu überprüfen ist daher zum einen, ob im Anwendungsbereich des § 5 G 10 die Voraussetzungen für dessen analoge Anwendung gegeben sind und zum anderen, ob der § 5 G 10 als eine Norm aus dem grundrechtlichen Eingriffsbereich einer analogen Anwendung zugänglich ist (Analogiefähigkeit).

Die analoge Anwendung einer Rechtsnorm setzt im Grundsatz eine planwidrige Regelungslücke bei einem im Übrigen vergleichbaren Sachverhalt voraus. Das Bestehen einer Regelungslücke kann angenommen werden, wenn der Gesetzgeber zur Erfassung eines Lebenssachverhalts keine aus Tatbestand und Rechtsfolge bestehende Rechtsnorm zur Verfügung gestellt hat.¹¹⁶⁴ Anhand der vorherigen Ausführungen konnte festgehalten werden, dass der rein auslandsbezogenen SFÜ derzeit keine Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung steht, obwohl es einer solchen wegen des vergleichbaren

¹¹⁶³ *Bäcker* hält eine direkte Anwendung des § 5 G 10 nach dessen Wortlaut für möglich, vgl. *Bäcker* (2014), S. 22. Dagegen spricht jedoch die historisch bedingte Ausrichtung der SFÜ auf grenzüberschreitende TK-Vorgänge und die dementsprechende Auslegung des im Jahre 2001 eingefügten Tatbestandsmerkmals „internationale Telekommunikationsbeziehungen“.

¹¹⁶⁴ Vgl. *Gern*, in: NVwZ 12 (1995), S. 1146.

Grundrechtsstandards in rein auslandsbezogenen Überwachungskonstellationen jedoch gleichwohl bedurft hätte. Das Vorhandensein einer Regelungslücke für die rein auslandsbezogene SFÜ wird man daher schon aus diesem Grund bejahen müssen.

Darüber hinaus ist auch die Planwidrigkeit dieser Regelungslücke auf Grundlage einer vorzunehmenden rechts- und verfassungskonformen Gesamtauslegung der einschlägigen Normsysteme (BNDG, G 10, GG hier: Art. 10 GG)¹¹⁶⁵ gegeben. Eine solche Planwidrigkeit hat man generell anzunehmen, wenn die fehlende Regelung dem sich aus den Materialien ergebenden gesetzgeberischen Plan oder zumindest der sich aus einer höherrangigen Norm ergebenden Wertung widerspricht.¹¹⁶⁶ Selbst wenn hinsichtlich einer fehlenden Regelung für die rein auslandsbezogenen SFÜ der Nachweis einer unvollständigen Realisierung des gesetzgeberischen Plans nur schwer zu führen sein dürfte,¹¹⁶⁷ ergibt sich die Planwidrigkeit jedenfalls aus der dem einfachen Gesetzesvorbehalt aus Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG widersprechenden Überwachungspraxis des BND in reinen Auslandskonstellationen. Die Geltungserstreckung des Gesetzesvorbehalts für die rein auslandsbezogene SFÜ folgt dabei schon aus der „generellen Grundrechtsbindung“ des BND in rein auslandsbezogenen Überwachungskonstellationen sowie aus dem in diesen Fällen festgestellten, nicht weniger stark präsenten abwehrrechtlichen Grundrechtsstandard.

Die Vergleichbarkeit der regulierungsbedürftigen Sachverhaltskonstellationen¹¹⁶⁸ ergibt sich letztlich aus der nicht strenger zu bewertenden Geheimhaltungsbedürftigkeit der bundesnachrichtendienstlichen Vorgehensweisen und Arbeitsmethoden in reinen Auslandskonstellationen. Die die grenzüberschreitende Überwachungskonstellationen begleitenden Rechtsfolgen ließen sich nach der hier vertretenen Ansicht auf die rein auslandsbezogene SFÜ übertragen, ohne dass die „bundesnachrichtendienstliche Handlungseffektivität“ über Gebühr beeinträchtigt würde.

¹¹⁶⁵ Vgl. Gern, in: DöV 14 (1985), S. 561.

¹¹⁶⁶ Vgl. *Beaucamp*, in: AöR 134 (2009), S. 84; auch *Müller/Christensen* (2009), S. 389.

¹¹⁶⁷ So generell *Müller/Christensen*, a. a. O.

¹¹⁶⁸ Vgl. hierzu u.a. *Beaucamp*, in: AöR 134 (2009), S. 85; *Gern*, in: DöV 14 (1985), S. 561.

Das Vorliegen der Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 5 G 10 für die rein auslandsbezogene SFÜ ist aus diesen Gründen zu bejahen.

Die analoge Anwendung des § 5 G 10 scheidet gleichzeitig auch nicht an der mangelnden Analogiefähigkeit des § 5 G 10 in ihrer Eigenschaft als eine zum Eingriff legitimierende Ermächtigungsgrundlage. Zwar wird in der Rechtswissenschaft teilweise ein allgemeines Verbot einer analogen Rechtsanwendung im Eingriffsbereich vertreten.¹¹⁶⁹ Zu beachten hat man jedoch, dass die eine Analogie ablehnenden Ansichten sich von vornherein ausschließlich auf solche Sachverhaltskonstellationen beziehen, die sich für die betroffenen Personen als belastend erweisen.¹¹⁷⁰ Eine belastende Analogie wird man dabei in Fällen annehmen können, in denen die betroffenen Personen ohne die Analogiebildung völlig unbehelligt bleiben würden.¹¹⁷¹ Insofern hat man für den Bereich der rein auslandsbezogenen SFÜ die Frage aufzuwerfen, ob die von ihr betroffenen Personen ohne eine Analogiebildung nicht oder geringer belastet würden. Das wird man jedoch ausdrücklich zu verneinen haben, soweit die rein auslandsbezogene SFÜ ohne einen Analogieschluss weiterhin auf Grundlage der allgemeinen Aufgabennorm des § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG erfolgt und somit keinen restriktiven Regelungen unterworfen wäre. Die zuständigkeitbegrenzende Wirkung der abwehrrechtlichen Funktion des Art. 10 Abs. 1 GG ist auch an dieser Stelle besonders deutlich hervorzuheben.¹¹⁷² Die Rechtsstellung der von der rein auslandsbezogenen SFÜ betroffenen Personen würde durch die Geltungserstreckung eines dem Gesetzesvorbehalt des Art. 10 Abs. 1 GG entsprechenden Gesetzes demnach nicht verschlechtert, sondern verbessert werden. Die Analogiefähigkeit des § 5 G 10 scheidet demzufolge auch nicht an dessen eingriffsrelevantem Charakter.

Einer analogen Anwendung des § 5 G 10 in rein auslandsbezogenen Überwachungskonstellationen stünde unter Berücksichtigung der vorbezeichneten Voraussetzungen demnach nichts entgegen.

¹¹⁶⁹ Vgl. u.a. *Konzak*, in: NVwZ 9 (1997), S. 873; *Zuleeg*, in: JuS 2 (1985), S. 109; *Gusy*, in: DöV 11 (1992), S. 464; für die Zulässigkeit einer Analogie, *Sachs*, Art. 20 GG in: *Sachs* (Hrsg.) (2014), Rn. 21; enger *Beaucamp*, in: AöR 134 (2009), S. 105.

¹¹⁷⁰ Ausführlich *Beaucamp*, a. a. O., S. 86 ff. m.w.N.

¹¹⁷¹ Vgl. *Beaucamp*, a. a. O., S. 101.

¹¹⁷² Vgl. hierzu *D. III. 1) c)*.

Unabhängig hiervon besäße der Analogieschluss gegenüber der BNDG-internen Lösung auch den Vorteil, dass sich dieser in die bestehende Systematik zwischen bundesnachrichtendienstlichem Fachgesetz auf der einen und dem spezifischen Überwachungsgesetz des G 10 auf der anderen Seite nahtlos einreihen würde. Unklarheiten hinsichtlich des jeweiligen Geltungsanspruchs der Rechtsquellen könnten auf diesem Wege vermieden werden. Die analoge Anwendung würde darüber hinaus den telekommunikationstechnischen Besonderheiten gerecht werden, die sich dadurch auszeichnen, dass auch in rein auslandsbezogenen SFÜ-Konstellationen nicht sicher vorhersehbar ist, dass sich ausschließlich ausländische Staatsangehörige an den als rein ausländisch deklarierten TK-Vorgängen beteiligen. Ein Leerlaufen des Grundrechtsschutzes deutscher Staatsbürger könnte somit von vornherein vermieden werden. Über eine rechtspolitische Neuausrichtung ließe sich die rein auslandsbezogene SFÜ auch einem bereits vollständigen und durch das BVerfG überwiegend anerkannten Regelungsapparat zugänglich machen und somit ein verfassungsgemäßer Zustand ohne eine wesentliche zeitliche Verzögerung herstellen.¹¹⁷³ Ein darüber hinaus gehendes gesetzgeberisches Tätigwerden wäre nicht erforderlich. Die in § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 bis 8 G 10 geregelten Aufklärungszwecke sind wegen ihrer inhaltlichen Reichweite auch in reinen Auslandskonstellationen als geeignet anzusehen, hinreichende außen- und sicherheitspolitisch bedeutsame Erkenntnisse für die BRD zu generieren. Nicht ersichtlich ist, warum das Erkenntnisinteresse der BRD in reinen Auslandskonstellationen von grundlegend anderer Natur sein sollte, als in grenzüberschreitenden Sachverhaltskonstellationen. Dabei ließe sich eine analoge Anwendung des § 5 G 10 für rein auslandsbezogene Überwachungskonstellationen potentiell auch leichter begründen, als eine explizit zu rein auslandsbezogenen SFÜ-Maßnahmen ermächtigende Ermächtigungsgrundlage¹¹⁷⁴ im BNDG. So könnte ein dem Gesetzesvorbehalt des Art. 10 Abs. 2 Satz 1 entsprechendes und ausdrücklich zu strategischen Überwachungsmaßnahmen im Ausland ermächtigendes Gesetz zwar nicht als

¹¹⁷³ Den positiven Zeiteffekt im Rahmen eines Analogieschlusses generell hervorhebend auch *Beaucamp*, a. a. O., S. 86.

¹¹⁷⁴ Vgl. *Gusy* (2015), S. 61-62.

ein völkerrechtlicher Verstoß angesehen werden, wohl aber jedenfalls als ein gegenüber den Fremdstaaten erfolgender unfreundlicher Akt. Der im Vergleich zur grenzüberschreitenden G 10-SFÜ abweichenden Ausgangslage im Rahmen rein auslandsbezogener Überwachungskonstellationen, bei der die deutsche Staatsgewalt wesentlich stärker mit den Handlungen fremder Staaten und mit den Vorgaben anderer Rechtsordnungen (fremdstaatliches Recht, Völkerrecht) vernetzt ist, könnte über die analoge Anwendung des § 5 G 10 stärker Rechnung getragen werden als über den Umweg einer BNDG-internen Lösung, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen für strategische Überwachungseingriffe gerecht werden müsste.

3) Zwischenergebnis

Die Herstellung eines verfassungsgemäßen Zustands für die rein auslandsbezogene SFÜ bedarf nach der hier vertretenen Ansicht ausschließlich einer rechtspolitischen Neuausrichtung der reinen Auslandsaufklärung. Die mit dem „Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes“ verfolgten Bestrebungen einer BNDG-internen Lösung, die die Grundrechtsbindung des BND in reinen Auslandskonstellationen verkennt, sind abzulehnen. Die Ansicht einer fehlenden Grundrechtsbindung des BND in reinen Auslandskonstellationen ist endgültig aufzugeben und die rein auslandsbezogene SFÜ auf eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage zu stützen, die den spezifischen Geheimhaltungsbedürfnissen der bundesnachrichtendienstlichen Auslandsaufklärung Rechnung trägt. Hierfür ist ein gesetzgeberisches Tätigwerden in Form einer „*nachträglichen Legalisierung*“ der reinen Auslandsaufklärung im Wege einer BNDG-internen Lösung nicht erforderlich. Eine verfassungsgemäße Ermächtigungsgrundlage für die rein auslandsbezogene SFÜ ist mit § 5 G 10 analog bereits vorhanden. Die G 10-Lösung vermeidet einen Systembruch und wird dem vergleichbaren Grundrechtsstandard in rein auslandsbezogenen Überwachungskonstellationen gerecht. Die analoge Übertragung des G 10-Regelungsapparates für die rein auslandsbezogene SFÜ ist geeignet, dem umfassenden Erkenntnisinteresse der Bundesregierung und den spezifischen Geheimhaltungsbedürfnissen der

bundesnachrichtendienstlichen Vorgehensweisen und Arbeitsmethoden zu entsprechen. Gleichzeitig erfordert die Geltungserstreckung des G 10-Regelungsapparates für die rein auslandsbezogene SFÜ jedoch tatsächliche Anpassungen, die vor allem auf einen erhöhten Prüf- und Kontrollaufwand zurückzuführen sein werden. So würde eine personelle Stärkung des BND ebenso erforderlich werden wie eine personelle Stärkung der G 10-Kommission, deren Kontrollbefugnis sich im Falle einer analogen Anwendung des § 5 G 10 auch auf die rein auslandsbezogene SFÜ erstrecken würde.

V. Zusammenfassung

Der Umfang der grundrechtlichen Verbürgungen des aus Art. 10 Abs. 1 GG resultierenden Fernmeldegeheimnisses wird zunehmend durch den technischen Fortschritt der TK-Technik und dem hiermit verbundenen Standhalten eines effektiven Grundrechtsschutzes beeinflusst. Der ursprünglich für den sachlichen Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses anerkannte Grundsatz der „Entwicklungsoffenheit“ des Grundrechts ist angesichts der zunehmenden Bedeutungslosigkeit staatlicher Grenzen sowohl auf der territorialen Schutzbereichsebene als auch auf der Eingriffsebene fortzuführen. So folgt die Notwendigkeit einer generellen Grundrechtsbindung des deutschen Staates in grenzüberschreitenden oder rein auslandsbezogenen Sachverhaltskonstellationen einerseits aus Art. 1 Abs. 3 GG, im konkreten Anwendungsbereich des Art. 10 Abs. 1 GG andererseits aber eben auch aus dessen grundsätzlich entwicklungsöffener Schutzzweckausrichtung. Der sachliche Schutzzweck des Art. 10 GG stünde zunehmend in Gefahr leer zu laufen, würde dessen territoriale Reichweite nicht an die tatsächlichen Verhältnisse der TK-Realität angepasst. Die schutzbereichsrelevanten Erwägungen zu Art. 10 GG sind dementsprechend zunehmend einer einem effektivem Grundrechtsschutz gerecht werdenden dynamischen Auslegung ausgesetzt. Diese setzen sich auf der Eingriffsebene unvermindert fort. So verdeutlichen die Wertungen des BVerfG bezüglich der Eingriffsqualität einer allein mit technischen Mitteln vollzogenen Datenerfassung, dass die technologischen Fortschritte auch auf der Eingriffsebene nicht an Bedeutung verlieren. Für den Bereich der SFÜ hat dies zur Konsequenz, dass es für die

Bewertung der Eingriffsqualität einer Überwachungsmaßnahme auf die grundsätzliche Differenzierung zwischen einer „flüchtigen Erfassung ohne Eingriffscharakter“ und einer „Erfassung mit Eingriffscharakter“ ankommt. Die punktuelle Festlegung des Erfassungsorts besitzt hierbei angesichts der generellen Grundrechtsbindung des BND keine Bedeutung für das „Ob“ der Grundrechtsbindung sondern für das „Wie“, also für die Intensität der Grundrechtsbindung, die in reinen Auslandskonstellationen schwächer sein kann als in Sachverhaltskonstellationen, die durch einen hinreichenden Inlandsbezug geprägt sind. Abstufungen vom innerstaatlich gebotenen grundrechtlichen Schutzstandard können hierbei zulässig oder geboten sein, bedürfen jedoch stets einer besonderen grundrechtsspezifischen Begründung. Neben die vom BVerfG hervorgebrachten Kriterien (Abstimmung zwischen Verfassungsrecht und Völkerrecht, Umfang der Verantwortlichkeit und Verantwortung deutscher Staatsorgane, Besonderheiten der einschlägigen Verfassungsnormen), die für die Ermittlung der Reichweite der grundrechtlichen Bindungen eine generelle Bedeutung besitzen, tritt im Bereich der bundesnachrichtendienstlichen Überwachung die Geheimhaltungsbedürftigkeit und somit der Aspekt der „bundesnachrichtendienstlichen Handlungseffektivität“ als ein weiteres Kriterium zur Bewertung der grundrechtlichen Bindungsreichweite hinzu. Im Ergebnis konnte hierzu festgehalten werden, dass es lediglich auf der Schutzpflichtebene des Art. 10 GG angezeigt ist, eine Abweichung vom innerstaatlichen Grundrechtstandard zuzulassen. Eine planetarische Verantwortung, die Schutzgüter des Grundrechts gegen Beeinträchtigungen durch Dritte zu schützen, wäre dem deutschen Staat weder rechtlich noch faktisch möglich und brächte ihn an die unüberwindbare Grenze des „tatsächlich Leistbaren“. Darüber hinaus sind „Grundrechtsminderungen“ jedoch nicht anzuerkennen. Aus der abwehrrechtlichen Ebene des Art. 10 GG folgt daraus die Notwendigkeit, eines dem einfachen Gesetzesvorbehalt des Art. 10 Abs. 1 Satz 1 GG gerecht werdenden restriktiven Eingriffsgesetzes für die rein auslandsbezogene SFÜ, das den überwiegenden Allgemeininteressen auf der Gesetzesebene ebenso Rechnung zu tragen hat, wie dem Gebot einer hinreichenden Kompensation auf der Anwendungsebene. Vergleichsmaßstab eines solchen Gesetzes haben dabei die Regelungen des G 10 zu sein, die durch

das BVerfG bereits überwiegend überprüft und für verfassungsgemäß befunden wurden. Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf stellt sich angesichts dessen nur für den Fall einer von der grenzüberschreitenden G 10-SFÜ abweichenden Ausrichtung der rein auslandsbezogenen SFÜ bzw. im Falle der weder direkten noch analogen Anwendbarkeit des § 5 G 10 für die rein auslandsbezogene SFÜ. Vor dem Hintergrund der weitreichenden Aufklärungszwecke des G 10 ist indes nicht davon auszugehen, dass das Erkenntnisinteresse der Bundesregierung durch eine analoge Anwendung des § 5 G 10 für die rein auslandsbezogene SFÜ wesentlich beeinträchtigt werden könnte. Der Analogieschluss im Eingriffsbereich ist darüber hinaus auch als zulässig anzusehen, da die Analogie die von der SFÜ betroffenen Personen keinesfalls schlechter stellen würde, als eine weiterhin auf Grundlage der allgemeinen Aufgabennorm des § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG erfolgende Aufklärung. Zur Herstellung eines verfassungsgemäßen Zustands wird nach alldem ein Handeln auf rechtspolitischer Ebene für ausreichend erachtet.

E. Zusammenfassende Erkenntnisse

Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit war das Ziel, die Arbeitsweise und die zur Verfügung stehenden Aufklärungsmethoden des überwiegend verdeckt agierenden Bundesnachrichtendienstes vorzustellen und innerhalb dieses äußeren Rahmens der Arbeit, schwerpunktartig das Aufklärungsinstrument der strategischen Fernmeldeüberwachung (SFÜ) sowohl historisch als auch grundrechtlich zu untersuchen.

Vor diesem Hintergrund unterteilte sich die Arbeit in drei Hauptabschnitte: Im ersten Hauptabschnitt sollten, über eine überwiegend abstrakt gehaltene Darstellung des bundesnachrichtendienstlichen Intelligence-Zyklus, die Grundlagen der bundesnachrichtendienstlichen Arbeitsweise erläutert werden, um auf diesem Wege der bundesnachrichtendienstlichen Auslandsaufklärung, im Rahmen der vorhandenen Möglichkeiten, eine gewisse Grundtransparenz zu verschaffen. Nachdem hierdurch der Einstieg für die sich daran anschließenden konkreteren Ausführungen zur SFÜ erleichtert wurde, widmete sich der zweite Hauptabschnitt der historischen Entwicklung des Rechtsrahmens der SFÜ, der ein sowohl technisches als auch rechtliches Verständnis über die heutigen rechtlichen Grundlagen und Konstellationen der SFÜ verschaffen sollte und somit zugleich der Einleitung des dritten Hauptabschnitts dieser Arbeit förderlich war. Dieser beschäftigte sich abschließend mit der Grundrechtsrelevanz der rein auslandsbezogenen SFÜ, einer Überwachungskonstellation, die der BND derzeit überwiegend auf Grundlage der allgemeinen Aufgabennorm des § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG durchführt und somit nicht als grundrechtsrelevante Eingriffsmaßnahme einstuft.

Die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Hauptabschnitt B: Auftrag Auslandsaufklärung

1. Der BND erfüllt seinen ihm über § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG zugewiesenen Auftrag zur Auslandsaufklärung sowohl über Datenerhebungsmaßnahmen im Ausland als auch über

- Datenerhebungsmaßnahmen im Inland. Ihm obliegt neben der Befugnis zur Gefahrenabwehr vor allem auch die Befugnis zur weitestgehend verdachtsunabhängigen Gefahrenvorfeldbeobachtung. Die Informationssammlung darf weder zum Zwecke der Verhütung, Verhinderung oder Verfolgung von Straftaten als solchen (sog. Trennungsgebot), noch zum Zwecke der Aufklärung des innenpolitischen Geschehens (Verbot der Inlandsaufklärung) erfolgen. Der außenpolitische Bezug der Aufklärungsmaßnahmen muss stets und eindeutig überwiegen.
2. Unmittelbar anwendbare Rechtsquellen der bundesnachrichtendienstlichen Auslandsaufklärung sind das BNDG (Fachgesetz) und das G 10 (Spezialgesetz für Eingriffe in Art. 10 GG). Mittelbare Anwendung über Querverweisungen finden das BVerfSchG (nachrichtendienstliches Stammgesetz) sowie die TKÜV; subsidiäre Anwendung das BDSG.
 3. Der Auslandsaufklärungsauftrag des BND („außen- und sicherheitspolitisch bedeutsame Erkenntnisgewinnung für die BRD“) ist historisch bedingt weit auszulegen und auf den „Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen der BRD“ zu beziehen. Er reduziert sich nicht mehr ausschließlich auf das unverändert fortbestehende Interesse nach einem „Staats- und Verfassungsschutz“, sondern umfasst ebenso Aufklärungsmaßnahmen aus allgemeinem sicherheitspolitischem Interesse.
 4. Der BND sammelt und übermittelt sach- und personenbezogene Daten (Rohinformationen), erzeugt hieraus kontextualisierte Informationen und übermittelt die bestenfalls aus diesen resultierenden Erkenntnisse an die Bundesregierung sowie an weitere in- und ausländische Bedarfsträger (bundesnachrichtendienstlicher Intelligence-Zyklus). Der Intelligence-Zyklus untersteht der wechselseitigen Kontrolle unterschiedlicher Kontrollorgane (Bundeskanzleramt, PKGr, BfDI, G 10-Kommission). Einzig die G 10-Kommission ist geeignet, eine effektive Kompensation der lediglich defizitär vorhandenen gerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten zu gewährleisten.

5. Die Digitalisierung des Nachrichtenübertragungssektors führte zu einem erheblichen Anstieg des überwachbaren Datenvolumens (Big Data) und zu einer Neuausrichtung der bundesnachrichtendienstlichen Auswertungspraxis. An die Stelle sog. „händischer Relevanzüberprüfungen“ traten automatisierte Vorauswertungen. Über den Einsatz von Analysealgorithmen können potentiell nachrichtendienstlich relevante TK-Verkehre ausgesondert und einer intensiveren Relevanzfeststellung zugänglich gemacht werden.
6. Die SFÜ stellt ein heimliches Erhebungsinstrument des BND dar, durch deren Einsatz eine strategische, verdachtsunabhängige und weitestgehend anlasslose Überwachung und Aufzeichnung einer großen Anzahl verschiedenster TK-Beziehungen im Gefahrenvorfeld ermöglicht wird. Über den Einsatz der SFÜ wird ein umfassendes Erkenntnisbild über das Ausland verschafft und eine planerisch und taktisch sinnvolle Außenpolitik der BRD unterstützt.
7. Hinsichtlich der geografischen Ausrichtung der SFÜ gilt es grundsätzlich zwischen der rein inlandsbezogenen SFÜ (Inland-zu-Inland), der grenzüberschreitenden SFÜ (Inland-zu-Ausland / Ausland-zu-Inland) und der rein auslandsbezogenen SFÜ (Ausland-zu-Ausland) zu differenzieren. Wegen des auf das Ausland bezogenen Aufklärungsauftrags des BND, dürfen rein inlandsbezogene TK-Verkehre von vornherein nicht Gegenstand der bundesnachrichtendienstlichen Fernmeldeüberwachung werden.
8. Der BND stützt die grenzüberschreitende SFÜ auf 5 G 10 (G 10-SFÜ) und die rein auslandsbezogene SFÜ (BNDG-SFÜ) auf § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG bzw. §§ 3, 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG. Er vertritt die sog. Weltraumtheorie, nach der die Datenerfassung bei der satellitengestützten BNDG-SFÜ bereits im Weltall erfolgt und somit gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs des BNDG. Das den SFÜ-Konstellationen zu Grunde gelegte grundrechtliche Schutzniveau hängt danach maßgeblich von der geografischen Ausrichtung der überwachten TK-Beziehungen ab. Datenerfassungsmaßnahmen, die weder durch den Datenerfassungsort

noch durch die geografische Ausrichtung der TK-Beziehungen selbst einen Inlandsbezug aufweisen, unterfallen nach der Rechtsansicht des BND somit faktisch nicht den aus Art. 10 GG resultierenden grundrechtlichen Wertungen.

Hauptabschnitt C: Historischer Rechtsrahmen der SFÜ

1. Der BND war bis in das Jahr 1968 nicht befugt, Beschränkungen des seit 1949 grundrechtlich verankerten Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses vorzunehmen. Bis in das Jahr 1955 ließ sich dies mit der Übernahme der obersten Regierungsgewalt durch die alliierten Siegermächte erklären. Das alliierte Besatzungsrecht überlagerte das Grundgesetz und wurde als positives, aus der völkerrechtlichen Besatzungshoheit resultierendes Sonderrecht anerkannt. Mit Abschluss des DV im Jahre 1955 war das Besatzungsregime in der BRD vertraglich für beendet erklärt worden. Gleichzeitig behielten sich die alliierten Siegermächte auf Grundlage des DV (Art. 2 Abs. 2 Alt. 2 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 Satz DV) weiterhin Rechte zur (strategischen) Überwachung des Fernmeldeverkehrs vor („alliiertes Überwachungsvorbehalt“). Darüber hinaus nahmen die alliierten Siegermächte unmittelbaren Einfluss auf eine zukünftige deutsche Überwachungsgesetzgebung, indem die Ablösung der alliierten Vorbehaltsrechte nach § 5 Abs. 2 Satz 1 DV voraussetze, dass die zuständigen deutschen Behörden entsprechende und somit gleichgelagerte Befugnisse vorsehen musste. Die deutschen Behörden mussten in die Lage versetzt werden, Überwachungsmaßnahmen sowohl in außerordentlichen Krisensituationen als auch zu Normalzeiten durchzuführen sowie den von einer Beschränkungsmaßnahme Betroffenen über die Durchführung der Überwachungsmaßnahme in Unkenntnis zu lassen.
2. Die endgültige Ablösung des alliierten Überwachungsvorbehalts erfolgte im Jahre 1968 durch die im Rahmen der sog. „Notstandsgesetzgebung“ geschaffenen Voraussetzungen für das „Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses“ (G 10). Nach Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG war

die Nichtmitteilung einer Beschränkungsmaßnahme und der Rechtswegausschluss nunmehr zulässig, soweit die Beschränkung dem Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes diene und der Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane unterlag. Art. 19 Abs. 4 Satz 3 GG verdeutlichte gleichzeitig die Nichtgeltung der Rechtsweggarantie für Überwachungsmaßnahmen i.S.d. § 10 Abs. 2 GG. Auf Grundlage dieser verfassungsrechtlichen Ergänzungen sah das G 10 in § 3 G 10 die SFÜ-Befugnis zur Abwehr eines „bewaffneten Angriffs auf die Bundesrepublik Deutschland“ vor. Der sicherheitspolitische Kontext des Kalten Krieges führte dazu, dass sich eine Kriegsgefahr auch in Zeiten „relativer politischer Entspannung“ begründen ließ. § 5 Abs. 5 G 10 regelte den über Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG ermöglichten Mitteilungsausschluss und § 9 G 10 das durch den Rechtswegausschluss des § 9 Abs. 5 G 10 erforderlich gewordene Ersatzkontrollverfahren.

3. Im Jahre 1970 bestätigte das BVerfG in seiner „ersten Abhörentscheidung“ die Verfassungsmäßigkeit einer Nichtmitteilung zwecks Wahrung der nachrichtendienstlichen Effektivität. Einschränkend führte es aus, dass eine nachträgliche Mitteilung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geboten sei, wenn eine Gefährdung des Zwecks der Überwachungsmaßnahme ausgeschlossen werden könne. Der EGMR bestätigte diese Rechtsansicht in seiner Entscheidung „Klaas u.a. / Bundesrepublik Deutschland“ im Jahre 1978. Zugleich verneinte er aus Gründen der nachrichtendienstlichen Effektivität eine von den Beschwerdeführern begehrte Feststellung einer nachträglichen Benachrichtigungspflicht „in jedem Fall“. Im Jahre 1984 hielt das BVerfG in seiner „zweiten Abhörentscheidung“ fest, dass es sich bei der SFÜ wegen ihrer überwiegenden Sachbezogenheit insgesamt um ein Eingriffsinstrument von einer eher geringeren Intensität handelte. Zur Unterstützung ihres Vortrags bezüglich der Verfassungsmäßigkeit der SFÜ sowie der sie begleitenden Eingriffsbefugnisse, verwiesen die Gerichte letztlich auf die, ihrer

- Ansicht nach, in hinreichend effektiver Form vorhandenen Verfahrens- und Kontrollvorschriften des G 10.
4. Der Fall der Mauer im Jahre 1989 führte zu einem überwiegenden Fortfall des mit der SFÜ seit jeher verbundenen Aufklärungszwecks (Abwehr eines „bewaffneten Angriffs auf die BRD“; § 3 Abs. 1 Satz 1 G 10 a.F.). Das formale Ende des Kalten Krieges erforderte eine sowohl inhaltliche als auch organisatorische Neuorientierung der bundesnachrichtendienstlichen Auslandsaufklärung.
 5. Im Jahre 1990 setzte der Gesetzgeber mit der Verabschiedung des BNDG, die aus dem „Volkszählungsurteil“ des BVerfG aus dem Jahre 1983 resultierenden Vorgaben um. Danach war für sämtliche informationserhebende und -verarbeitende Maßnahmen, die einen Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht begründeten, eine gesetzliche Grundlage erforderlich. Wegen des auf das Inland begrenzten Geltungsbereichs der §§ 2 ff. BNDG ist die Gesetzessystematik des BNDG seit Anbeginn Ausdruck eines in Abhängigkeit von dem Erhebungsort und des hierdurch potentiell betroffenen Personenkreises abgestuften Grundrechtsschutzes. Im Jahre 1993 wurde der Öffentlichkeit erstmals bekannt, dass der BND neben der G 10-SFÜ auch eine „anders geartete Fernmeldekontrolle“, die sog. BNDG-SFÜ (rein auslandsbezogene SFÜ bzw. Routineaufklärung), durchführte. Nach Ansicht der Bundesregierung und der bis heute bestehenden Rechtspraxis des BND, stellt das BNDG vor dem Hintergrund der grundrechtlichen Irrelevanz der rein auslandsbezogenen SFÜ eine ausreichende Rechtsgrundlage für die rein auslandsbezogene SFÜ zur Verfügung.
 6. Mit dem „VerbrBekG“ aus dem Jahre 1994 reagierte die Gesetzgeber auf den überwiegenden Fortfall des primären Aufklärungszwecks der G 10-SFÜ über eine erhebliche Ausweitung der bundesnachrichtendienstlichen Überwachungsbefugnisse. Entgegen der Ansicht kritischer Stimmen aus der Literatur, erfolgte aus Sicht des Gesetzgebers hiermit keine kompetenziell unzulässige Aufgabenerweiterung des BND, sondern eine Anpassung der

bundesnachrichtendienstlichen Befugnisse an die aus tatsächlicher Sicht neu hinzugekommenen internationalen Bedrohungsszenarien. Konsequenz des „VerbrBekG“ war neben einer thematischen Ausweitung des bundesnachrichtendienstlichen Aufklärungsansatzes, eine rechtliche Neuorientierung der SFÜ dergestalt, dass diese ihre Eigenschaft als überwiegend sachbezogenes Aufklärungsinstrument verlor und somit fortan eine verstärkte grundrechtliche Eingriffsintensität aufwies.

7. Im Rahmen seiner „dritten Abhörentscheidung“ aus dem Jahre 1999 stellte das BVerfG fest, dass sich die neu hinzugekommenen thematischen Aufklärungszwecke, auch unter Berücksichtigung der weitreichenden Übermittlungsbefugnisse gegenüber den Strafverfolgungsbehörden, weiterhin überwiegend (Ausn: „Geldfälschungen im Ausland“) dem Regelungs- und Verwendungszusammenhang der Auslandsaufklärung zuordnen ließen. Die G 10-SFÜ sei selbst vor dem Hintergrund ihrer großen Streubreite verhältnismäßig, da der insofern schwerwiegende Grundrechtseingriff durch die vorhandenen Verfahrens- und Kontrollvorschriften hinreichend kompensiert werden könne. Hinsichtlich der Frage nach der territorialen Reichweite des Art. 10 GG führte das BVerfG aus, dass der Ansatzpunkt für die Beantwortung dieser Frage grundsätzlich in Art. 1 Abs. 3 GG gesehen werden müsse. Eine uneingeschränkte Grundrechtsbindung in reinen Auslandskonstellationen sei darüber hinaus anzunehmen, wenn sich die Ausübung deutscher Staatsgewalt im Ausland auf die Gebiets- oder Personalhoheit zurückführen ließe. Dies sei jedenfalls der Fall, wenn die Erfassung und Aufzeichnung über auf deutschen Boden stationierte Empfangsanlagen erfolge. Im Übrigen bedürfe die Bestimmung des Geltungsumfangs der einschlägigen Grundrechte eine Abgrenzung und Abstimmung mit anderen Staaten und Rechtsordnungen, wobei der Umfang der Verantwortlichkeit und Verantwortung deutscher Staatsorgane ebenso zu berücksichtigen sei, wie eine Abstimmung des nationalen Verfassungsrechts mit dem Völkerrecht. Modifikationen und Differenzierungen könnten bei der

- Bestimmung der territorialen Reichweite der einschlägigen Grundrechte danach zulässig oder geboten sein.
8. Mit dem „Gesetz zur Neuregelung von Beschränkungen des Art. 10 GG“ aus dem Jahre 2001 und dem „ersten Gesetz zur Änderung des G 10“ aus dem Jahre 2009 erfolgten weitere gesetzliche Anpassungen, die aus rechtlichen („dritte Abhörentscheidung des BVerfG“) und tatsächlichen Gründen (Digitalisierung des Nachrichtenübertragungssektors, dynamische Entwicklung internationaler Bedrohungsszenarien) erforderlich geworden waren. Die SFÜ konnte zukünftig insbesondere, thematisch uneingeschränkt, sowohl den nicht leitungsgebundenen als auch den leitungsgebundenen (kabelgestützten) TK-Verkehr betreffen, unterlag dabei jedoch fortan einer quantitativen Kapazitätsschranke (§ 10 Abs. 4 Satz 3 und 4 G 10).
 9. Die „Entscheidung des BVerwG vom 28.05.2014“ verdeutlichte die Schwierigkeiten, den fachgerichtlichen Rechtsweg gegen eine SFÜ-Maßnahme des BND zu bestreiten. Anders als im Rahmen der Verfassungsgerichtsbarkeit, bei der bereits eine „gewisse Wahrscheinlichkeit“ der Betroffenheit zur Bejahung der Zulässigkeit eines außerordentlichen Rechtsbehelfs für ausreichend erachtet wird, ist im Rahmen der Fachgerichtsbarkeit der Nachweis einer „tatsächlichen Betroffenheit“ erforderlich. Ein solcher wird auf allen Ebenen der bundesnachrichtendienstlichen Erfassungs- und Verarbeitungspraxis jedoch faktisch nur sehr selten zu führen sein. Die Zulässigkeitskriterien sind auf Ebene der Fachgerichtsbarkeit somit grundsätzlich anderes zu beurteilen als auch Ebene der Verfassungsgerichtsbarkeit.
 10. Im Rahmen der „Verfassungsschutzreform“ aus dem Jahre 2015 wurde der rechtliche Rahmen des SFÜ vor dem Hintergrund rechtlicher Entwicklungen und tatsächlicher Veränderungen in der internationalen Bedrohungsrealität letztmalig angepasst und erweitert. Auf Grundlage der durch das BVerfG gemachten Vorgaben („Urteil zum ATDG“), erfolgten Anpassungen des BNDG, die sicherstellen, dass Übermittlungen zwischen dem BND und den Polizeibehörden nur im

Fälle eines bestehenden "herausragenden öffentlichen Interesse" erfolgen. Die Vorgaben trugen damit den sich grundsätzlich voneinander unterscheidenden Tätigkeitsfeldern der Nachrichtendienste und den Polizeibehörden (präventiv/repressiv) Rechnung. Gleichzeitig erweiterte die „Verfassungsschutzreform“ mit § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr.8 G 10 („Abwehr von Cybergefahren“) den thematischen Anwendungsbereich der G 10-SFÜ. Sie reihte sich somit nahtlos in die spätestens seit dem „VerbrBekG“ aus dem Jahre 1994 bestehende Gesetzgebungspraxis ein, wonach die strategischen Überwachungsbefugnisse in Abhängigkeit von einem tatsächlich bestehenden Aufklärungsbedarf stetig erweitert werden.

11. Die bisherigen Erkenntnisse des „NSA-UA“ verdeutlichen teils erhebliche Kontrolldefizite innerhalb der bundesnachrichtendienstlichen Auslandsaufklärung und offenbaren, dass der BND in der Vergangenheit in weiten Teilen ein unkontrolliertes Eigenleben entwickelt hat. In der Kritik stehen daneben die durch den BND entwickelte „Weltraumtheorie“ sowie die „Theorie des virtuellen Auslands“, über die der BND die weitestgehend voraussetzungslose strategische Überwachung rein auslandsbezogener TK-Beziehungen rechtfertigt.
12. Mit dem „Entwurf eines Gesetzes zur Ausland-Ausland Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes“ soll eine Rechtsgrundlage für die aus dem Inland heraus erfolgende BNDG-SFÜ geschaffen und in das BNDG integriert werden. Die aus dem Ausland heraus erfolgenden BNDG-SFÜ soll demgegenüber auch weiterhin auf Grundlage der allgemeinen Augabennorm des § 1 Abs. 2 BNDG durchgeführt werden können. Der durch das BKamt gewählte Regelungsort für die rein auslandsbezogene SFÜ innerhalb des BNDG verdeutlicht, dass in Regierungskreisen auch weiterhin von der Nichtanwendbarkeit der grundrechtlichen Garantien des Art. 10 GG in rein auslandsbezogenen Überwachungskonstellationen ausgegangen wird.

Hauptabschnitt D: Grundrechtsrelevanz der rein auslandsbezogenen SFÜ (BNDG-SFÜ)

1. Das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG) stellt für die Zeit des technischen Übermittlungsvorgangs einen deckungsgleichen Sonderfall des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung dar (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) dar („datenschutzrechtliches Spezialgrundrecht“). Gleichzeitig geht die Schutzgarantie des Art. 10 GG über die Schutzgarantie des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hinaus, indem auch sachbezogene Daten vom sachlichen Schutzbereich des Art. 10 GG umfasst sind.
2. Eine „generelle“ Grundrechtsbindung des BND in reinen Auslandskonstellationen (BNDG-SFÜ) ergibt sich einerseits aus Art. 1 Abs. 3 GG, andererseits über eine grundrechtspezifische Auslegung des Schutzzwecks des Art. 10 GG. Art. 1 Abs. 3 GG fragt nicht danach „wo“ deutsche Staatsgewalt ausgeübt wird, sondern danach „ob“ deutsche Staatsgewalt ausgeübt wird. Der rechtsstaatliche Freiheitsschutz des Art. 10 GG gilt darüber hinaus dem TK-Vorgang. Zeichnet sich dieser durch eine zunehmend fehlende territoriale Bindung aus, so kann der rechtsstaatliche Freiheitsschutz der territorialen Ungebundenheit der TK-Vorgänge nicht hintanstellen, ohne dass hierdurch der sachliche Schutzzweck des Art. 10 Abs. 1 GG in Gefahr stünde leer zu laufen. Der den sachlichen Schutzbereich prägende Grundsatz der „Entwicklungsoffenheit des Art. 10 GG“ hat somit auch für die Bestimmung der territorialen Reichweite des Art. 10 GG Gültigkeit zu beanspruchen.
3. Nach den Feststellungen des BVerfG aus der „dritten Abhörentscheidung“, können im Rahmen der Bestimmung des konkreten Umfangs der Grundrechtsbindung staatlicher Stellen im Ausland, Modifikationen und Differenzierungen zulässig oder geboten sein. Modifikationen und Differenzierungen verbieten sich jedoch von vornherein in Überwachungskonstellationen, die einen hinreichenden Inlandsbezug begründen. Ein solcher ist gegeben, wenn die Datenerfassung auf deutschem Territorium erfolgt. Insofern besteht

- eine uneingeschränkte Grundrechtsbindung des BND im Rahmen der G 10-SFÜ ebenso, wie im Rahmen der Erfassung rein auslandsbezogener TK-Verkehre vom deutschen Staatsgebiet. § 5 Abs. 2 Satz 3 G 10 ist aus diesen Gründen verfassungswidrig und der „Theorie des virtuellen Auslands“ der rechtliche Boden entzogen.
4. Eine grundrechtliche Differenzierung ist indes unter Berücksichtigung einer aus Art. 10 GG resultierenden objektiv-rechtlichen Schutzpflicht des deutschen Staates angezeigt (Schutzpflichtdimension des Art. 10 GG). Die planetarische Anerkennung staatlicher Schutzpflichten im Rahmen rein auslandsbezogener SFÜ-Konstellationen hätte die Auferlegung unbegrenzter Pflichten zur Folge und würde zur Überforderung deutscher Staatsgewalt im Rahmen seines verfassungsrechtlichen Schutzauftrages führen (Prinzip des „tatsächlich Leistbaren“). Der verfassungsrechtliche Schutzauftrag setzt einen hinreichenden Inlandsbezug danach zwingend voraus.
 5. Der persönliche Schutzbereich des Art. 10 GG schließt eine rechtliche Ungleichbehandlung von In- und Ausländern aus. Vom persönlichen Schutzbereich umfasst sind auch inländische juristische Personen, nicht hingegen ausländische juristische Personen (Art. 19 Abs. 3 GG). Die in einer ausländischen juristischen Person beschäftigten Personen unterfallen bis zum Zeitpunkt der positiven Feststellung der Grundrechtsrelevanz des erfassten TK-Vorgangs faktisch nicht dem Schutzbereich des Art. 10 GG.
 6. Ein Eingriff in den Schutzbereich der Art. 10 Abs. 1 GG liegt unter anderem vor, wenn sich staatliche Stellen in zurechenbarer Art und Weise Kenntnis vom Inhalt oder den Umständen der geschützten Übermittlungsvorgänge verschaffen, ohne dass eine Zustimmung der Kommunikationsteilnehmer vorhanden ist. Grundsätzlich kann schon die Erfassung der TK-Verkehre eine eingriffsrelevante Maßnahme begründen. Schon die „Möglichkeit der Kenntnisnahme“ ist ausreichend. Entscheidend für die Beurteilung einer grundrechtlichen Betroffenheit ist somit der Zeitpunkt Kenntnisnahmemöglichkeit, der durch die technischen Grundlagen der bereichsspezifischen Erfassung

maßgeblich beeinflusst wird. Die SFÜ-basierte Erfassung muss die Kommunikation für den BND verfügbar machen und die Basis des nachfolgenden Abgleichs bilden. Insofern folgt die grundrechtliche Betroffenheit der automatisierten Datenreduktion innerhalb einer „juristischen Sekunde“. Wähnt man die „juristische Sekunde“, ähnlich wie die vom BND vertretene „Weltraumtheorie“, außerhalb des Geltungsbereichs des BND (Überwachungssatellit), so kommt es für den Umfang der Grundrechtsbindung des BND in rein auslandsbezogenen Überwachungskonstellationen darauf an, ob auf der abwehrrechtlichen des Art. 10 GG weitere Modifikationen oder Differenzierungen geboten sind.

7. Eine lediglich abgestufte abwehrrechtliche Bindung des BND in rein auslandsbezogenen Überwachungskonstellationen ist indes nicht geboten. Eine rechtliche Normierung von rein auslandsbezogenen Aufklärungsbefugnissen würde weder gegen geltendes Völkerrecht verstoßen, noch die bundesnachrichtendienstliche Handlungseffektivität über Gebühr beeinträchtigen. Der BND unterliegt, nach der hier vertretenen Ansicht, auch in rein auslandsbezogenen Überwachungskonstellationen, einer den Überwachungskonstellationen mit hinreichendem Inlandsbezug identischen abwehrrechtlichen Grundrechtsbindung. Zur Herstellung der Verfassungsmäßigkeit der rein auslandsbezogenen SFÜ bedarf es somit eines dem G 10 vergleichbaren Regelungsapparates.
8. Zur Herstellung der Verfassungsmäßigkeit der rein auslandsbezogenen SFÜ ist ein gesetzgeberisches Reformpaket nicht erforderlich. Eine zukünftige Verfassungsmäßigkeit der rein auslandsbezogenen SFÜ ließe sich über die analoge Anwendung des § 5 G 10 Rechnung tragen. Die Voraussetzungen für einen Analogieschluss lägen vor. Gleichzeitig bedürfte es jedoch einer personellen Aufstockung der Kontrollorgane (insb. der G 10-Kommission), um dem erhöhten Kontrollumfang gerecht werden zu können. Die mit der BND-Reform bezweckte Angleichung des innerstaatlich geltenden Grundrechtsschutz für europäische Aufklärungsziele greift zu kurz. Die vorherigen

Ausführungen verdeutlichen vielmehr, dass die Übertragung eines identischen abwehrrechtlichen Grundrechtsstandards über die europäischen Grenzen hinaus Gültigkeit zu beanspruchen hat.

9. Nach alledem steht die bundesnachrichtendienstliche Auslandsaufklärung in einem Spannungsverhältnis zwischen der Notwendigkeit nach einer umfassenden Sicherheitsgewährleistung und der Notwendigkeit nach einem umfassenden grundrechtlichen Freiheitsschutz. Ein hundertprozentiger Ausgleich zwischen diesen, für das konstitutive Staatswesen als überragend wichtig einzuordnenden Interessen, ist nicht erreichbar. Eine Übergewichtung der einen Seite führt zwangsweise zur Beeinträchtigung der anderen Seite. Wenn die Übergewichtung der einen Seite aber nicht zu vermeiden ist, dann hat der grundrechtliche Freiheitsschutz die äußere Grenze der staatlichen Sicherheitsinteressen zu sein und somit den übergewichtigen Teil des unausweichlichen Spannungsverhältnisses zu repräsentieren. Das Kriterium der „bundesnachrichtendienstlichen Handlungseffektivität“ kann ausschließlich in diesem Rahmen an Bedeutung gewinnen. Modifikationen und Differenzierungen des grundrechtlichen Freiheitsschutzes können zwar zulässig und geboten sein („Grundrechtsminderung“), dürfen aber in keinem Fall die Grenze eines erforderlichen Mindestmaßes an effektivem Grundrechtsschutz überschreiten. Grundrechtsminderungen scheiden letztlich von vornherein aus, wenn weder rechtliche noch tatsächliche Gründe eine negative Abweichung vom innerstaatlich gebotenen Grundrechtsschutz rechtfertigen. So wird mit dieser Arbeit vertreten, dass eine Grundrechtsminderung auf der abwehrrechtlichen Ebene des Art. 10 GG im Rahmen der rein auslandsbezogenen SFÜ weder aus rechtlichen noch aus tatsächlichen Gründen angezeigt ist.

Literaturverzeichnis

- Abel, Horst (Hrsg.): Praxiskommentar Telemediengesetz, Telekommunikationsgesetz und TKÜV, 3. Auflage, Kissingen, 2013.
- Albers, Marion: Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, Berlin, 2000.
- Albers, Marion: Informationelle Selbstbestimmung, Baden-Baden, 2005.
- Albers, Marion: § 15 BDSG (2013), in: Wolff, Heinrich A./Brink, Stefan (Hrsg.), Datenschutzrecht in Bund und Ländern, 1. Auflage, München (2013).
- Albrecht, Markus: OSINT-Management unter neuen Vorzeichen (2007), in: Borchert, Heiko (Hrsg.), Verstehen, dass die Welt sich verändert hat, Baden-Baden (2007), S. 44–56.
- Arnauld, Andreas von: Das (Menschen-)Recht im Auslandseinsatz (2008), in: Weingärtner, Dieter (Hrsg.), Streitkräfte und Menschenrechte, Baden-Baden (2008), S. 61–83.
- Arnauld, Andreas von: Völkerrecht, 2. Auflage, Heidelberg u.a, 2014.
- Arndt, Claus: Gesetzliche Neuregelungen auf dem Gebiet der Nachrichtendienste, in: DVBl (11) (1978), S. 385–389.
- Arndt, Claus: Das G 10-Verfahren (1981), in: Bundesministerium des Innern (Hrsg.), Verfassungsschutz und Rechtsstaat, Köln u.a. (1981), S. 43–65.
- Arndt, Claus: Die "strategische Kontrolle" von Post- und Fernmeldeverkehrsbeziehungen, in: NJW (3) (1985), S. 107–111.
- Arndt, Claus: 25 Jahre Post- und Telefonkontrolle, Die G 10-Kommission des Deutschen Bundestages, in: ZParl (4) (1993), S. 621–635.
- Arndt, Claus: Die Fernmeldekontrolle im Verbrechensbekämpfungsgesetz, in: NJW (3) (1995), S. 169–172.
- Augsberg, Ino: Informationsverwaltungsrecht, Zur kognitiven Dimension der rechtlichen Steuerung von Verwaltungsentscheidungen, Tübingen, 2014.
- Aust, Helmut P.: NSA-UA "Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung" (2014), [Quelle: http://www.bundestag.de/blob/282870/fc52462f2ffd254849bce19d25f72fa2/mat_a_sv-4-1_aust-pdf-data.pdf (30.05.2016)].
- Bäcker, Matthias: § 4 BDSG (2013), in: Wolff, Heinrich A./Brink, Stefan (Hrsg.), Datenschutzrecht in Bund und Ländern, 1. Auflage, München (2013).

Bäcker, Matthias: NSA-UA "Erhebung, Bevorratung und Übermittlung von Telekommunikationsdaten durch die Nachrichtendienste des Bundes" (2014), [Quelle: http://www.bundestag.de/blob/280844/35ec929cf03c4f60bc70fc8ef404c5cc/mat_a_sv-2-3-pdf-data.pdf (30.05.2016)].

Bäcker, Matthias: Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes (2015), [Quelle: <https://www.bundestag.de/blob/377230/9703d84d57f45123695995701811891b/18-4-328-a-data.pdf> (30.05.2016)].

Bäcker, Matthias/Giesler, Volkmar/Harms, Monika/Hirsch, Burkhard/Kaller, Stefan/Wolff, Heinrich A.: Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetzgebung in Deutschland, 2013, [Quelle: http://www.wzb.eu/sites/default/files/u32/clemens_arzt_regierungskommission-sicherheitsgesetzgebung.pdf (30.05.2016)].

Badura, Peter: Art. 10 GG (2014), in: Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg (2014).

Baldus, Manfred: Rechtliche Grenzen der Fernmeldeüberwachung durch den Bundesnachrichtendienst, Anmerkungen zum Urteil des BVerfG vom 14. Juli 1999, 1 BvR 2226/94 u.a., in: RTKom (3/4) (1999), S. 133–138.

Baldus, Manfred: Transnationales Polizeirecht, Verfassungsrechtliche Grundlagen und einfach-gestzliche Ausgestaltung polizeilicher Eingriffsbefugnisse in grenzüberschreitenden Sachverhalten, Baden-Baden, 2000.

Baldus, Manfred: Art. 10 GG (2009), in: Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, München (2009).

Baldus, Manfred: Art. 87a GG (2010), in: Mangoldt, Hermann v./Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz: Art. 83 bis 146, 6. Auflage, München (2010).

Baldus, Manfred: Art. 10 Abs. 1 GG (2015), in: Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), BeckOk-GG, 25. Auflage, München (2015).

Beaucamp, Guy: Zum Analogieverbot im öffentlichen Recht, in: AöR (134) (2009), S. 83–106.

Becker, Florian: Grenzüberschreitende Reichweite deutscher Grundrechte (2013), in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts: Band XI - Internationale Bezüge, Heidelberg (2013), S. 515–559.

Becker, Florian: Grundrechtliche Grenzen staatlicher Überwachung zur Gefahrenabwehr, in: NVwZ (19) (2015), S. 1335–1341.

Becker, Guido: Die Reichweite der Grundrechte im Ausland (2007), in: Pfahl-Traughber, Armin/Rose-Stahl, Monika (Hrsg.), Festschrift zum 25-jährigen Bestehen der Schule für Verfassungsschutz und für Andreas Hübsch, Brühl / Rheinland (2007), S. 47–61.

Bergemann, Nils: Nachrichtendienste und Polizei (2012), in: Denninger, Erhard/Rachor, Frederik (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Auflage, München (2012), S. 914–969.

Bergmann, Lutz/Möhrle, Roland/Herb, Armin (Hrsg.): Datenschutzrecht - Kommentar, Stuttgart u.a., 2014.

Bizer, Johann: Art. 10 GG (2001), in: Denninger, Erhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans-Peter/Stein, Ekkehart (Hrsg.), AK-GG, 3. Auflage, Neuwied (2001).

Blancke, Stephan: Geheimdienste und globalisierte Risiken, Rough states, failed states, information warfare, social hacking, data mining, Netzwerke, Proliferation, 1. Auflage, Berlin, 2006.

Bleckmann, Albert: Staatsrecht II - Die Grundrechte, 4. Auflage, Köln u.a., 1997.

BND: Der Auslandsnachrichtendienst Deutschlands, Informationsbroschüre (2014), [Quelle: http://www.bnd.bund.de/DE/Service/Downloads/Dateien/BND_Broschuere.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (30.05.2016)].

Bock, Wolfgang: § 110 TKG (2006), in: Geppert, Martin/Piepenbrock, Hermann-Josef/Schütz, Raimund/Schuster, Fabian (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Auflage, München (2006).

Bock, Wolfgang: § 19 BVerfSchG (2014), in: Schenke, Wolf-Rüdiger/Graulich, Kurt/Ruthig, Josef (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 1. Auflage, München (2014).

Bonnekoh, Mareike: Voice over IP, Rechtsprobleme der Konvergenz von Internet und Telefonie, Münster, 2007.

Borgs-Maciejewski, Hermann: Parlament und Nachrichtendienste, Die unzulängliche Kontrolle der geheimen Nachrichtendienste, in: APuZ (B 6) (1977), S. 12–27.

Borgs-Maciejewski, Hermann: § 3 BVerfSchG (1986), in: Borgs-Maciejewski, Hermann/Ebert, Frank (Hrsg.), Das Recht der Geheimdienste, 1. Auflage, Stuttgart u.a. (1986).

Borgs-Maciejewski, Hermann: § 3 G 10 (1986), in: Borgs-Maciejewski, Hermann/Ebert, Frank (Hrsg.), Das Recht der Geheimdienste, 1. Auflage, Stuttgart u.a. (1986).

- Borgs-Maciejewski, Hermann: §1 G 10 (1986), in: Borgs-Maciejewski, Hermann/Ebert, Frank (Hrsg.), *Das Recht der Geheimdienste*, 1. Auflage, Stuttgart u.a. (1986).
- Bötsch, Christine: *Die Nachbefolgung des westalliierten Besatzungsrechts im Lichte des Staats- und Völkerrechts*, Frankfurt am Main, New York, 2000.
- Breyer, Patrick: Rechtsprobleme der Richtlinie 2006/24/EG zur Vorratsdatenspeicherung und ihrer Umsetzung in Deutschland, in: *StV* (4) (2007), S. 214–220.
- Buchner, Benedikt: § 3 BDSG (2013), in: Taeger, Jürgen/Gabel, Detlev (Hrsg.), *Kommentar zum BDSG*, 2. Auflage, Frankfurt am Main (2013).
- Caspar, Johannes: Strategische Auslandsüberwachung - Jenseits der Grenze des Rechtsstaats? in: *PinG* (1) (2014), S. 1–6.
- Clark, Robert M.: *Intelligence collection*, California, 2014.
- Classen, Claus D.: *Fernerkundung und Völkerrecht, Völkerrechtliche Probleme der Fernerkundung der Erde aus dem Weltraum*, Berlin, 1987.
- Cornelius, Kai: Strafrechtliche Verantwortlichkeiten bei der Strategischen Telekommunikationsüberwachung, in: *JZ* (14) (2015), S. 693–702.
- Dammann, Ulrich: §§ 3, 15, 24 BDSG (2014), in: Simitis, Spiros (Hrsg.), *Bundesdatenschutzgesetz*, 8. Auflage, Baden-Baden (2014).
- Daun, Anna: *Die deutschen Nachrichtendienste* (2009), in: Jäger, Thomas/Daun, Anna (Hrsg.), *Geheimdienste in Europa: Transformation, Kooperation und Kontrolle*, 1. Auflage, Wiesbaden (2009), S. 56–78.
- Daun, Anna: *Auge um Auge? Intelligence-Kooperation in den deutsch-amerikanischen Beziehungen*, Wiesbaden, 2011.
- Deiseroth, Dieter: Nachrichtendienstliche Überwachung durch US-Stellen in Deutschland - Rechtspolitischer Handlungsbedarf? in: *ZRP* (7) (2013), S. 194–197.
- Deutsch, Markus: *Die heimliche Erhebung von Informationen und deren Aufbewahrung durch die Polizei*, Mannheim, 1991.
- Dietrich, Jan-Hendrik: Reform der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste als rechtsstaatliches Gebot und sicherheitspolitische Notwendigkeit, in: *ZRP* (7) (2014), S. 205–209.
- Dix, Alexander: § 1 BDSG (2014), in: Simitis, Spiros (Hrsg.), *Bundesdatenschutzgesetz*, 8. Auflage, Baden-Baden (2014).
- Doemming, Klaus-Berto von/Füsslein, Rudolf W./Matz, Werner: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, in: *JöR* (1) (1951).

Dreier, Horst: Art. 1 Abs. 3 GG (2013), in: Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, 3. Auflage, Tübingen (2013).

Dreier, Horst: Art. 19 GG (2013), in: Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, 3. Auflage, Tübingen (2013).

Dreier, Horst: Vorb. vor Art. 1 GG (2013), in: Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, 3. Auflage, Tübingen (2013).

Droste, Bernadette: Handbuch des Verfassungsschutzrechts, 1. Auflage, Stuttgart, 2007.

Durner, Wolfgang: Art. 10 GG (2010), in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.), Grundgesetz, München (2010).

Enders, Christoph: Art. 19 GG (2009), in: Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, München (2009).

Eßer, Martin: § 14 BDSG (2014), in: Eßer, Martin/Kramer, Philipp/Lewinski, Kai von (Hrsg.), BDSG, 4. Auflage, Köln (2014).

Ewer, Wolfgang/Thienel, Tobias: Völker-, unions und verfassungsrechtliche Aspekte des NSA-Datenskandals, in: NJW (1-2) (2014), S. 30–35.

Fangmann, Helmut: Telekommunikation und Poststrukturgesetz, in: CR (7) (1989), S. 647–652.

Felfe, Heinz: Im Dienst des Gegners, 10 Jahre Moskaus Mann im BND, Hamburg, 1986.

Forgó, Nikolaus/Krügel, Tina: Der Personenbezug von Geodaten, Cui bono, wenn alles bestimmbar ist? in: MMR (1) (2010), S. 17–23.

Foschepoth, Josef: Überwachtes Deutschland, Post- und Telefonüberwachung in der alten Bundesrepublik, 2. Auflage, Göttingen, 2013.

Friesenhahn, Ernst: Die Kontrolle der Dienste (1981), in: Bundesministerium des Innern (Hrsg.), Verfassungsschutz und Rechtsstaat, Köln u.a. (1981), S. 87–117.

Fritsche, Klaus-Dieter: Die Organisation der ministeriellen Kontrolle der Nachrichtendienste innerhalb der Bundesregierung (2008), in: Röttgen, Norbert/Wolff, Heinrich A. (Hrsg.), Parlamentarische Kontrolle: Die Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat (2008), S. 77–82.

Gärditz, Klaus F.: Anmerkung zu BVerfG 1 BvR 1215/07, in: JZ (12) (2013), S. 633–636.

Gaycken, Sandro: NSA-UA "IT-Infrastruktur" (2014), [Quelle: http://www.bundestag.de/blob/285124/7115462c38da14ffa77b68489318253f/mat_a_sv-1-1-pdf-data.pdf (30.05.2016)].

Gazeas, Nikolaos: Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, Berlin, 2014.

Gercke, Marco: PRISM, TEMPORA und das deutsche Strafverfahren - Verwertbarkeit der Erkenntnisse ausländischer Nachrichtendienste Wann nachrichtendienstliche Erkenntnisse an deutsche Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet und verwertet werden dürfen, in: CR (11) (2013), S. 749–754.

Gern, Alfons: Analogie im Verwaltungsrecht, in: DöV (14) (1985), S. 558–565.

Gern, Alfons: Aktuelle Probleme des Kommunalabgabenrechts, in: NVwZ (12) (1995), S. 1145–1248.

Giegerich, Thomas: Art. 123 GG, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.), Grundgesetz, München, 2012.

Gola, Peter/Schomerus, Rudolf (Hrsg.): BDSG - Kommentar, 11. Auflage, München, 2012.

Graulich, Kurt: Nachrichtendienstliche Fernmeldeaufklärung mit Selektoren in einer transnationalen Kooperation, Bericht im Rahmen des 1. Untersuchungsausschusses der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages (2015), [Quelle: https://www.bundestag.de/blob/393598/b5d50731152a09ae36b42be50f283898/mat_a_sv-11-2-data.pdf (30.05.2016)].

Grittmann, Joachim: § 24 BDSG (2013), in: Taeger, Jürgen/Gabel, Detlev (Hrsg.), Kommentar zum BDSG, 2. Auflage, Frankfurt am Main (2013).

Gröpl, Christoph: Die Nachrichtendienste im Regelwerk der deutschen Sicherheitsverwaltung, Legitimation, Organisation und Abgrenzungsfragen, Berlin, 1993.

Gröpl, Christoph: Das Fernmeldegeheimnis vor dem Hintergrund des internationalen Aufklärungsauftrages des BND, in: ZRP (1) (1995), S. 13–18.

Guckelberger, Anette: Art. 10 GG (2014), in: Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann/Henneke, Hans-Günter (Hrsg.), GG Kommentar, 13. Auflage, Köln (2014).

Gusy, Christoph: Der Schutz vor Überwachungsmaßnahmen nach dem Gesetz zur Beschränkung des Art. 10 GG, in: NJW (30) (1981), S. 1581–1586.

Gusy, Christoph: Spionage im Völkerrecht, in: NZWehrr (5) (1984), S. 187–199.

Gusy, Christoph: Polizeiliche Befragung am Beispiel des § 9 NRWPolG, in: NVwZ (7) (1991), S. 614–620.

Gusy, Christoph: Richterrecht und Grundgesetz, in: DöV (11) (1992), S. 461–470.

Gusy, Christoph: Art. 10 GG (1999), in: Mangoldt, Hermann v./Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 4. Auflage, München (1999).

Gusy, Christoph: Mehr als die Polizei erlaubt? (2008), in: Huster, Stefan/Rudolph, Karsten (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, 1. Auflage, Frankfurt am Main (2008), S. 120–133.

Gusy, Christoph: Parlamentarische Kontrolle der Geheimdienste im demokratischen Rechtsstaat - Die Aufgabenverschiebung der Nachrichtendienste (2008), in: Röttgen, Norbert/Wolff, Heinrich A. (Hrsg.), Parlamentarische Kontrolle: Die Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat (2008), S. 13–31, [Quelle: http://www.kas.de/wf/doc/kas_13433-544-1-30.pdf?080415121415 (30.05.2016)].

Gusy, Christoph: Gefahraufklärung zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, in: JA (9) (2011), S. 641–720.

Gusy, Christoph: Vorb. BNDG; §§ 1, 2, 3, 7, 9, 12 BNDG (2014), in: Schenke, Wolf-Rüdiger/Graulich, Kurt/Ruthig, Josef (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 1. Auflage, München (2014).

Gusy, Christoph: Rechtmäßigkeit der Erfassung ausländischer Telekommunikation durch deutsche Stellen (2015), [Quelle: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5UqyspQUdLUJ:www.jura.uni-bielefeld.de/lehrstuehle/gusy/veroeffentlichungen/bndgtKFneu-2.docx+&cd=1&hl=de&ct=clnk&gl=de> (30.05.2016)].

Gusy, Christoph/Hueck, Ingo: Fernmeldegeheimnis für Auslandsgespräche? Grundrechtsschutz und Grundrechtsweite, in: NJ (9) (1995), S. 461–465.

Hackenberg, Wolfgang: Big Data (2014), in: Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holznapel, Bernd (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 38. Auflage, München (2014).

Haedge, Karl-Ludwig: Das neue Nachrichtendienstrecht für die Bundesrepublik Deutschland, Ein Leitfaden mit Erläuterungen, Heidelberg, 1998.

Haftendorn, Helga: Das institutionelle Instrumentarium der Alliierten Vorbehaltsrechte. (1996), in: Haftendorn, Helga/Riecke, Henning (Hrsg.), ...die volle Macht eines souveränen Staates...": Die Alliierten Vorbehaltsrechte als Rahmenbedingung westdeutscher Außenpolitik 1949-1990, 1. Auflage, Baden-Baden (1996), S. 37–81.

Haftendorn, Helga: Die Alliierten Vorbehaltsrechte und die Außenpolitik der Bundesrepublik Deutschland (1996), in: Haftendorn, Helga/Riecke, Henning (Hrsg.), ...die volle Macht eines souveränen Staates...", 1. Auflage, Baden-Baden (1996), S. 9–27.

Hanning, August: Die Rolle des Bundesnachrichtendienstes bei der Aufklärung des Internationalen Terrorismus (2004), in: van Knop, Katharina/Neisser, Heinrich/van Creveld, Martin (Hrsg.), *Countering Modern Terrorism: History, Current Issues and Future Threats*, Bielefeld (2004), S. 347–351.

Hanning, August: Ziele und Schwerpunkte des Bundesnachrichtendienstes (2005), in: Schreckenberger, Waldemar (Hrsg.), *Polizei und Nachrichtendienste unter veränderten Sicherheitsbedingungen* (2005), S. 85–100.

Hansen, Marit: Datenschutz nach dem Summer of Snowden
Schlussfolgerungen für Politik und Praxis, in: *DuD* (7) (2014), S. 439–444.

Härtig, Niko: Zweckbindung und Zweckänderung im Datenschutzrecht, in: *NJW* (45) (2015), S. 3284–3288.

Heidebach, Martin: Die NSA-Affäre in Deutschland - Stößt der Grundrechtsschutz an seine Grenzen? in: *DöV* (14) (2015), S. 593–599.

Helbing, Thomas: Big Data und der datenschutzrechtliche Grundsatz der Zweckbindung, in: *K&R* (3) (2015), S. 145–150.

Herdegen, Matthias: *Völkerrecht*, 13. Auflage, München, 2014.

Hermes, Georg: Art. 10 GG (2013), in: Dreier, Horst (Hrsg.), *Grundgesetz: Kommentar*, 3. Auflage, Tübingen (2013).

Heumann, Stefan/Wetzling, Thorsten: *Strategische Auslandsüberwachung: Technische Möglichkeiten, rechtlicher Rahmen und parlamentarische Kontrolle*, 2014, [Quelle: http://www.bigs-potsdam.org/images/weitere_Publikationen/SNV%20Policy_Brief_Strategische%20Auslandsberwachung%20LANGVERSION.pdf (30.05.2016)].

Hindeburg, Hanfried von: Die Einhegung deutscher Macht (1996), in: Haftendorn, Helga/Riecke, Henning (Hrsg.), *...die volle Macht eines souveränen Staates...: Die Alliierten Vorbehaltsrechte als Rahmenbedingung westdeutscher Außenpolitik 1949-1990*, 1. Auflage, Baden-Baden (1996), S. 81–125.

Hirsch, Alexander: *Die Kontrolle der Nachrichtendienste, Vergleichende Bestandsaufnahme, Praxis und Reform*, München, 1996.

Hoffmann-Riem, Wolfgang: Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, in: *JZ* (21) (2008), S. 1009–1022.

Hoffmann-Riem, Wolfgang: Freiheitsschutz in den globalen Kommunikationsinfrastrukturen, in: *JZ* (2) (2014), S. 53–63.

Hoffmann-Riem, Wolfgang: NSA-UA "Stellungnahme" (2014), [Quelle: http://www.bundestag.de/blob/280846/04f34c512c86876b06f7c162e673f2db/mat_a_sv-2-1neu--pdf-data.pdf (30.05.2016)].

- Holznagel, Bernd/Schumacher, Pascal: Kommunikationsfreiheiten und Netzneutralität (2011), in: Kloepfer, Michael (Hrsg.), Netzneutralität in der Informationsgesellschaft, Berlin (2011), S. 47–67.
- Hörauf, Dominic: Die demokratische Kontrolle des Bundesnachrichtendienstes, Ein Rechtsvergleich vor und nach 9/11, Hamburg, 2011.
- Horn, Hans-Detlef: Schutz der Privatsphäre (2009), in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts: Band VII -Freiheitsrechte, 3. Auflage, Heidelberg u.a. (2009), S. 147–206.
- Hornung, Gerrit (Hrsg.): Kontrollgremiumgesetz/BeckOK, 1. Auflage, Baden-Baden, 2012.
- Huber, Berthold: Post aus Pullach - Das G 10-Urteil des BVerfG vom 14.7.1999, in: NVwZ (4) (2000), S. 393–396.
- Huber, Berthold: Das neue G 10-Gesetz, in: NJW (45) (2001), S. 3296–3302.
- Huber, Berthold: Die Reform der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste und des Gesetzes nach Art. 10 GG, in: NVwZ (21) (2009), S. 1321–1328.
- Huber, Berthold: Informationsbedürfnis und Geheimhaltungserfordernisse: Menschenrechtsorientierte Evaluierung von Sicherheitsgesetzen aus der Sicht parlamentarischer Kontrollgremien (2010), in: Albers, Marion/Weinzierl, Ruth (Hrsg.), Menschenrechtliche Standards in der Sicherheitspolitik, Baden-Baden (2010), S. 105–113.
- Huber, Berthold: §§ 1-21 G 10 (2012), in: Erbs, Georg/Kohlhaas, Max/Amb, Friedrich (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, München (2012).
- Huber, Berthold: Die strategische Rasterfahndung des Bundesnachrichtendienstes - Eingriffsbefugnisse und Regelungsdefizite, in: NJW (35) (2013), S. 2572–2577.
- Huber, Berthold: Vorb. G 10; §§ 1, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 15 G 10 (2014), in: Schenke, Wolf-Rüdiger/Graulich, Kurt/Ruthig, Josef (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 1. Auflage, München (2014).
- Huber, Berthold: §§ 4, 6 PKGrG (2014), in: Schenke, Wolf-Rüdiger/Graulich, Kurt/Ruthig, Josef (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 1. Auflage, München (2014).
- Huster, Stefan/Rux, Johannes: Art. 20 GG (2009), in: Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, München (2009).
- Ipsen, Knut: Völkerrecht, 6. Auflage, München, 2014.
- Irashko-Luscher, Stephanie: Einwilligung - ein stumpfes Schwert des Datenschutzes? in: DuD (11) (2006), S. 706–710.

Isensee, Josef: Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen (1992), in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts: Band V - Allgemeine Grundrechtslehren, Heidelberg (1992), S. 563–617.

Jaeckel, Liv: Art. 346 AEUV (2015), in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, München (2015).

Jakob, Bernd: Geheime Nachrichtendienste und Globalisierung, Der Faktor "Intelligence" zwischen staatenweltlicher Bedrohungsanalyse und weltgesellschaftlicher Risikoperzeption, Frankfurt am Main, New York, 1999.

Jarass, Hans: Vorb. vor Art. 1 GG; Art. 1, 10, 19, 20, 25 GG (2014), in: Jarass, Hans/Pieroth, Bodo (Hrsg.), Grundgesetz, 13. Auflage, München (2014).

Karg, Moritz: Völkerrechtliche Probleme eines Höhenfluges, in: Jura (2) (2003), S. 129–134.

Kastl, Graziana: Algorithmen - Fluch oder Segen? Eine Analyse der Autocomplete-Funktion der Google- Suchmaschine (2014), in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Big Data & Co: Neue Herausforderungen für das Informationsrecht, Oldenburg (2014), S. 203–218.

Katko, Peter/Babaei-Beigi, Ayda: Accountability statt Einwilligung? Führt Big Data zum Paradigmenwechsel im Datenschutz? in: MMR (6) (2014), S. 360–364.

Klein, David: Neue Lizenzen braucht das Land: Nutzungsart Big Data Miner? (2014), in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Big Data & Co: Neue Herausforderungen für das Informationsrecht, Oldenburg (2014), S. 5–17.

Klein, Hans H.: Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, in: VVDStRL (37) (1979), S. 53–113.

Kluszczewski, Diethelm: § 88 TKG (2013), in: Säcker, Franz J. (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 3. Auflage, Frankfurt am Main (2013).

Kluszczewski, Diethelm: § 95 TKG (2013), in: Säcker, Franz J. (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 3. Auflage, Frankfurt am Main (2013).

Klocke, Dieter: Der Bundesnachrichtendienst - Für die Zukunft gerüstet, in: ES & T (10) (2012), S. 16–21.

Kloepfer, Michael: Verfassungsrecht II, Grundrechte, München, 2010.

Kment, Martin: Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln, Tübingen, 2010.

Köhler, Michael: Unbegrenzte Ermittlung und justizfreie Bundesgeheimpolizei: Der neue Strafprozeß? in: StV (7) (1994), S. 386–389.

- Kokott, Juliane: Grund- und Menschenrechte als Inhalt eines internationalen ordre public (1997), in: Coester-Waltjen, Dagmar/Kronke, Herbert/Kokott, Juliane (Hrsg.), Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsbezug, Heidelberg (1997), S. 71–108.
- König, Marco: Trennung und Zusammenarbeit von Polizei und Nachrichtendiensten, 1. Auflage, Stuttgart, München [u.a.], 2005.
- Konzak, Olaf: Analogie im Verwaltungsrecht, in: NVwZ (9) (1997), S. 872–874.
- Kornblum, Thorsten: Rechtsschutz gegen geheimdienstliche Aktivitäten, Berlin, 2011.
- Korte, Guido: Die Informationsgewinnung der Nachrichtendienste mit nachrichtendienstlichen Mitteln (2001), in: Korte, Guido/Zoller, Manfred (Hrsg.), Informationsgewinnung mit nachrichtendienstlichen Mitteln (nd-Mittel), Brühl / Rheinland (2001), S. 41–97.
- Kötter, Matthias/Nolte, Jakob: Staatliche Verpflichtung zur Befreiung deutscher Geiseln im Ausland? in: DöV (5) (2007), S. 186–195.
- Krieger, Heike: Die Reichweite der Grundrechtsbindung bei nachrichtendienstlichem Handeln (2008), in: Röttgen, Norbert/Wolff, Heinrich A. (Hrsg.), Parlamentarische Kontrolle: Die Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat (2008), S. 31–45, [Quelle: http://www.kas.de/wf/doc/kas_13433-544-1-30.pdf?080415121415 (30.06.2015)].
- Küpper, Axel: Konvergenzscenarien in der Mobilkommunikation (2007), in: Hess, Thomas (Hrsg.), Ubiquität, Interaktivität, Konvergenz und die Medienbranche, Göttingen (2007), S. 183–205.
- Ladeur, Karl-Heinz: Art. 19 Abs. 3 GG (2001), in: Denninger, Erhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans-Peter/Stein, Ekkehart (Hrsg.), AK-GG, 3. Auflage, Neuwied (2001).
- Lampe, Joachim: Die Schwierigkeiten mit der Rechtfertigung nachrichtendienstlicher Tätigkeit, in: NStZ (7) (2015), S. 361–424.
- Lepsius, Oliver: Deutsches Recht auf Nato-Truppenübungsplätzen, Am Beispiel des Truppenübungsplatzes Bergen, Münster, 1995.
- Lewinski, Kai von: § 6a BDSG (2013), in: Wolff, Heinrich A./Brink, Stefan (Hrsg.), Datenschutzrecht in Bund und Ländern, 1. Auflage, München (2013).
- Leyendecker, Hans/Mascolo, Georg: Kanzleramt will BND beim Abhören bremsen (2016), [Quelle: <http://www.sueddeutsche.de/politik/geheimdienste-kanzleramt-will-bnd-beim-abhoeren-bremsen-1.2823233> (30.05.2016)].
- Lisken, Hans: "Nachrichtendienste" extra legem? in: ZRP (6) (1984), S. 144–147.

- Lochmann, Dietmar: Digitale Nachrichtentechnik, 3. Auflage, Berlin, 2002.
- Löffelmann, Markus: Datenerhebungen der Geheimdienste im Internet, in: recht+politik (6) (2014), S. 1–5, [Quelle: <http://www.recht-politik.de/wp-content/uploads/2014/06/Ausgabe-vom-10.-Juni-2014-Datenerhebungen-der-Geheimdienste-im-Internet-PDF-Download.pdf> (30.05.2016)].
- Löffelmann, Markus: Regelung der "Routineaufklärung", in: recht+politik (6) (2015), S. 1–6, [Quelle: <http://www.recht-politik.de/wp-content/uploads/2015/06/Ausgabe-vom-22.-Juni-2015-Regelung-der-Routineaufkl%C3%A4rung-PDF-Download.pdf> (30.05.2016)].
- Löning, Markus: Eine Reformagenda für die deutschen Geheimdienste: Rechtsstaatlich, Demokratisch, Effektiv (2015), [Quelle: http://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/snv_impulse_reformagenda_geheimdienste_.pdf (30.05.2016)].
- Lorenz, Dirk: Der territoriale Anwendungsbereich der Grund- und Menschenrechte, Zugleich ein Beitrag zum Individualschutz in bewaffneten Konflikten, Berlin, 2005.
- Löwer, Wolfgang: Art. 10 GG (2012), in: Münch, Ingo v./Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar: Band 1: Präambel bis Art. 69, 6. Auflage, München (2012).
- Maier, Hedwig/Tobler, Achim: Die Ablösung des Besatzungsstatuts in der Bundesrepublik Deutschland, in: Europa-Archiv (10) (1955), S. 8081–8097.
- Mallmann, Otto: §§ 9, 12, 27 BVerfSchG (2014), in: Schenke, Wolf-Rüdiger/Graulich, Kurt/Ruthig, Josef (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 1. Auflage, München (2014).
- Marschollek, Dietmar: Das Gesetz zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes, in: NJW (50) (2015), S. 3611–3616.
- Martini, Mario: Big Data als Herausforderung für den Persönlichkeitsschutz und das Datenschutzrecht, in: DVBl (23) (2014), S. 1481–1489.
- Mehde, Veith: Art. 45 d GG (2009), in: Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, München (2009).
- Meinel, Christoph/Sack, Harald: Digitale Kommunikation, Berlin u.a., 2009.
- Meinicke, Dirk: Big Data und Data Mining: Automatisierte Strafverfolgung als neue Wunderwaffe der Verbrechensbekämpfung (2014), in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Big Data & Co: Neue Herausforderungen für das Informationsrecht, Oldenburg (2014), S. 183–202.
- Merten, Detlef: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (2009), in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte: in Deutschland und Europa, Heidelberg (2009), S. 517–569.

- Meyerdiercks, Per: Personenbeziehbarkeit statischer IP-Adressen - Datenschutzrechtliche Einordnung der Verarbeitung durch Betreiber von Webseiten, in: MMR (11) (2013), S. 705–708.
- Model, Otto: Bonner Grundgesetz und Besatzungsstatut, Düsseldorf, 1949.
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph: Juristische Methodik I, Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 10. Auflage, Berlin, 2009.
- Müller, Peter F./Mueller, Michael/Schmidt-Eenboom, Erich: Gegen Freund und Feind, 1. Auflage, Reinbek bei Hamburg, 2002.
- Müller-Terpitz, Ralf: Die strategische Kontrolle des internationalen Telekommunikationsverkehrs durch den Bundesnachrichtendienst BVerfG, Urt. des Ersten Senats vom 14. Juli 1999, E 100, 313, I, in: Jura (6) (2000), S. 296–302.
- Mutius, Albert von: Art. 19 Abs. 3 GG (1975), in: Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg (1975).
- Nehm, Kay: Das nachrichtendienstliche Trennungsgebot und die neue Sicherheitsarchitektur, in: NJW (46) (2004), S. 3289–3295.
- Ohrtmann, Jan-Peter/Schwiering, Sebastian: Big Data und Datenschutz - Rechtliche Herausforderungen und Lösungsansätze, in: NJW (41) (2014), S. 2984–2989.
- Oppermann, Thomas: Transnationale Ausstrahlungen deutscher Grundrechte? (1981), in: Kroneck, Friedrich J./Oppermann, Thomas (Hrsg.), Im Dienste Deutschlands und des Rechts: Festschrift für Wilhelm G. Grewe zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 1981, Baden-Baden (1981), S. 521–537.
- Pagenkopf, Martin: Art. 10 GG (2014), in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage, München (2014).
- Papier, Hans-Jürgen: NSA-UA "Gutachtliche Stellungnahme" (2014), [Quelle: https://www.bundestag.de/blob/280842/9f755b0c53866c7a95c38428e262ae98/mat_a_sv-2-2-pdf-data.pdf (30.05.2016)].
- Peitsch, Dietmar/Polzin, Christina: Die parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste, in: NVwZ (4) (2000), S. 387–393.
- Petri, Thomas: Déjà vu - datenschutzpolitische Aufarbeitung der PRISM-Affäre, Appell nach mehr Transparenz der nachrichtendienstlichen Tätigkeit, in: ZD (11) (2013), S. 557–561.
- Pfaff, Dietmar: Competitive intelligence in der Praxis, Mit Informationen über Ihre Wettbewerber auf der Überholspur, Frankfurt/Main, New York, 2005.
- Pfeiffer, Christian: Telefongespräche im Visier der elektronischen Rasterfahndung, in: ZRP (7) (1994), S. 253–255.

- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf: Grundrechte, Staatsrecht II, 30. Auflage, Heidelberg u.a., 2014.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael: Polizei- und Ordnungsrecht, München, 2002.
- Puttkamer, Ellinor von: Vorgeschichte und Zustandekommen der Pariser Verträge vom 23. Oktober 1954, in: ZaöRV (17) (1956/57), S. 448–475.
- Quaritsch, Helmut: Der grundrechtliche Status des Ausländer (1992), in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts: Band V - Allgemeine Grundrechtslehren, Heidelberg (1992), S. 663–737.
- Raap, Christian: Die Souveränität der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung des militärischen Bereichs und der deutschen Einheit, Frankfurt am Main, 1992.
- Reese, Mary E.: Organisation Gehlen, Der kalte Krieg und der Aufbau des deutschen Geheimdienstes, Berlin, 1992.
- Remmert, Barbara: Art. 19 GG (2009), in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.), Grundgesetz, München (2009).
- Riecke, Henning: Rechtliche und politische Rahmenbedingungen für den Handlungsspielraum der Bundesrepublik Deutschland im Verhältnis zu den Drei Mächten (1996), in: Haftendorn, Helga/Riecke, Henning (Hrsg.), ...die volle Macht eines souveränen Staates...": Die Alliierten Vorbehaltsrechte als Rahmenbedingung westdeutscher Außenpolitik 1949-1990, 1. Auflage, Baden-Baden (1996), S. 243–258.
- Riegel, Reinhard: Die Tätigkeit der Nachrichtendienste und ihre Zusammenarbeit mit der Polizei, in: NJW (18) (1979), S. 952–957.
- Riegel, Reinhard: Zur Novellierungsbedürftigkeit des Gesetzes zu Art. 10 GG, in: ZRP (12) (1987), S. 431–436.
- Riegel, Reinhard: Rechtliche Neuerungen und politische Veränderungen des Gesetzes zu Art. 10 GG (G 10), in: ZRP (10) (1991), S. 392–396.
- Riegel, Reinhard: Datenschutz bei den Sicherheitsbehörden, Mit einem Anhang der wichtigsten Fachbegriffe in deutscher, englischer, italienischer und spanischer Sprache, 2. Auflage, Köln, 1992.
- Riegel, Reinhard: Recht und Rechtspolitik am Beispiel des Gesetzes zu Art. 10 GG (G 10), in: RiA (4) (1992), S. 168–176.
- Riegel, Reinhard: Datenschutz bei den Nachrichtendiensten (2003), in: Roßnagel, Alexander (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, München (2003), S. 1473–1516.
- Rieger, Frank: Abhören und Lokalisieren von Telefonen. Der Stand der Dinge (2008), in: Gaycken, Sandro/Kurz, Constanze (Hrsg.), 1984.exe, Bielefeld (2008), S. 53–66.

- Rieger, Thomas: Nachrichtendienst und Rechtsstaat, in: ZRP (1) (1985), S. 3–11.
- Rieger, Thomas: Der Bundesnachrichtendienst im demokratischen Rechtsstaat, Ellwangen, 1986.
- Rieß, Joachim: Datenschutz in der betrieblichen Telekommunikation (2003), in: Roßnagel, Alexander (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, München (2003), S. 1019–1051.
- Robbers, Gerhard: Art. 20 GG (2009), in: Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg (2009).
- Roewer, Helmut: Nachrichtendienstrecht der Bundesrepublik Deutschland, Kommentar und Vorschriftensammlung für die Praxis der Verfassungsschutzbehörden, des Bundesnachrichtendienstes und des Militärischen Abschirmdienstes, Köln, 1987.
- Roggan, Fredrik: Strategische Rasterfahndung - der BND als Bundesgeheimpolizei? (2006), in: Roggan, Fredrik/Kutschka, Martin (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2. Auflage, Berlin (2006), S. 427–439.
- Roggan, Fredrik: §§ 1, 5, 6, 7, 10, 12, 15 G 10 (2012), in: Das deutsche Bundesrecht (Hrsg.), Das deutsche Bundesrecht, Baden-Baden (2012).
- Rose-Stahl, Monika: Recht der Nachrichtendienste, 2. Auflage, Brühl / Rheinland, 2006.
- Roßnagel, Alexander: Die "Überwachungs-'Gesamtrechnung" - Das BVerfG und die Vorratsdatenspeicherung, in: NJW (18) (2010), S. 1238–1242.
- Roßnagel, Alexander: Big Data - Small Privacy? Konzeptionelle Herausforderungen für das Datenschutzrecht, in: ZD (11) (2013), S. 562–566.
- Roßnagel, Alexander/Scholz, Philip: Datenschutz durch Anonymität und Pseudonymität, Rechtsfolgen der Verwendung anonymer und pseudonymer Daten, in: MMR (12) (2000), S. 721–731.
- Roth, Wolfgang: §§ 1, 3, 4, 8 BVerfSchG (2014), in: Schenke, Wolf-Rüdiger/Graulich, Kurt/Ruthig, Josef (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 1. Auflage, München (2014).
- Rudersdorf, Michael: Das intendierte Ermessen, Köln, 2012.
- Ruthig, Josef: Globalisierung und Grundgesetz - Die Grundrechte in Sachverhalten mit Auslandsbezug (1999), in: Wolter, Jürgen/Riedel, Eibe/Taupitz, Jochen (Hrsg.), Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht: Mannheimer Fakultätstagung über 50 Jahre Grundgesetz, Heidelberg (1999), S. 271–297.

- Sachs, Michael: Art. 19 GG (2014), in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage, München (2014).
- Sachs, Michael: Art. 20 GG (2014), in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage, München (2014).
- Säcker, Franz J.: § 3 TKG (2013), in: Säcker, Franz J. (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 3. Auflage, Frankfurt am Main (2013).
- Sander, Stefan: E-Mails und die Telekommunikation i.S.d. TKG Von der Stellung des Fernmeldegeheimnisses in der Systematik des Datenschutzes und der Eigenständigkeit des § 88 TKG gegenüber Art. 10 GG, in: CR (3) (2014), S. 176–183.
- Schaar, Peter: Lässt sich die globale Internetüberwachung noch bändigen? in: ZRP (7) (2013), S. 214–216.
- Schaar, Peter: Überwachung total: Wie wir in Zukunft unsere Daten schützen, Berlin, 2014.
- Schaffland, Hans-Jürgen/Wiltfang, Noeme (Hrsg.): BDSG - Kommentar, Berlin, 2014.
- Schafranek, Frank: Die strategische Aufklärung durch den BND nach dem neuen G 10, in: DöV (20) (2002), S. 846–851.
- Schafranek, Frank: Die strategische Aufklärung durch den BND nach dem neuen G 10, in: DöV (20) (2002), S. 846–851.
- Schaller, Christian: Kommunikationsüberwachung durch den Bundesnachrichtendienst, Rechtlicher Rahmen und Regelungsbedarf (2016), [Quelle: https://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/studien/2016S07_slr.pdf (30.05.2016)].
- Schantz, Peter: § 4b BDSG (2013), in: Wolff, Heinrich A./Brink, Stefan (Hrsg.), Datenschutzrecht in Bund und Ländern, 1. Auflage, München (2013).
- Schantz, Peter: Rechtsschutz gegen die strategische Fernmeldeüberwachung: Ein "blinder Fleck" im Rechtsstaat", in: NVwZ (13) (2015), S. 873–876.
- Schefzig, Jens: Big Data = Personal Data? Der Personenbezug von Daten bei Big Data-Analysen (2014), in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Big Data & Co: Neue Herausforderungen für das Informationsrecht, Oldenburg (2014), S. 103–118.
- Schiedermaier, Stephanie: § 24 BDSG (2013), in: Wolff, Heinrich A./Brink, Stefan (Hrsg.), Datenschutzrecht in Bund und Ländern, 1. Auflage, München (2013).
- Schild, Hans-Hermann: § 3 BDSG (2013), in: Wolff, Heinrich A./Brink, Stefan (Hrsg.), Datenschutzrecht in Bund und Ländern, 1. Auflage, München (2013).

- Schmahl, Stefanie: Effektiver Rechtsschutz gegen Überwachungsmaßnahmen ausländischer Geheimdienste? in: JZ (5) (2014), S. 220–228.
- Schmidt, Bernd: § 1 BDSG (2013), in: Taeger, Jürgen/Gabel, Detlev (Hrsg.), Kommentar zum BDSG, 2. Auflage, Frankfurt am Main (2013).
- Schmidt-Eenboom, Erich: The Bundesnachrichtendienst, the Bundeswehr and Sigint in the Cold War and After (2001), in: Aid, Matthew M./Wiebes, Cees (Hrsg.), Secrets of Signals Intelligence during the Cold War and Beyond, Portland, Oregon (2001), S. 129–176.
- Scholz, Philip: §§ 3a, 6a BDSG (2014), in: Simitis, Spiros (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, 8. Auflage, Baden-Baden (2014).
- Schröder, Meinhard: Zur Wirkkraft der Grundrechte bei Sachverhalten mit grenzüberschreitenden Elementen (1981), in: Münch, Ingo v. (Hrsg.), Staatsrecht - Völkerrecht - Europarecht: Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer zum 75. Geburtstag, Berlin u.a. (1981), S. 137–177.
- Schulz, Sebastian: § 3a BDSG (2013), in: Wolff, Heinrich A./Brink, Stefan (Hrsg.), Datenschutzrecht in Bund und Ländern, 1. Auflage, München (2013).
- Schwabenbauer, Thomas: Heimliche Grundrechtseingriffe, Ein Beitrag zu den Möglichkeiten und Grenzen sicherheitsbehördlicher Ausforschung, Tübingen, 2013.
- Seifert, Jürgen: Entscheidet der BND über die Grenzen des Fernmeldegeheimnisses? (1995), in: Nahamowitz, Peter/Breuer, Stefan (Hrsg.), Politik-Verfassung-Gesellschaft: Traditionslinien und Entwicklungsperspektiven: Otwin Massing zum 60. Geburtstag, 1. Auflage, Baden-Baden (1995), S. 301–319.
- Seifert, Jürgen: Die elektronische Aufklärung des Bundesnachrichtendienstes (BND) (2002), in: Kraske, Bernd M. (Hrsg.), Pflicht und Verantwortung: Festschrift zum 75. Geburtstag von Claus Arndt, 1. Auflage, Baden-Baden (2002), S. 175–185.
- Sieber, Ulrich: Technische Grundlagen (2014), in: Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holznagel, Bernd (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 38. Auflage, München (2014), S. 1–62.
- Siems, Thomas: § 1 MADG (2014), in: Schenke, Wolf-Rüdiger/Graulich, Kurt/Ruthig, Josef (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 1. Auflage, München (2014).
- Simitis, Spiros: Einleitung BDSG; § 1 BDSG (2014), in: Simitis, Spiros (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, 8. Auflage, Baden-Baden (2014).
- Simma, Bruno/Volk, Klaus: Der Spion, der in der Kälte kam, Zur BGH-Entscheidung über die Strafbarkeit der DDR-Spionage, in: NJW (14) (1991), S. 871–875.

Smidt, Wolbert: Kritik des mehrpoligen parlamentarischen Kontrollsystems in Deutschland (2008), in: Röttgen, Norbert/Wolff, Heinrich A. (Hrsg.), *Parlamentarische Kontrolle: Die Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat* (2008), S. 45–65.

Soiné, Michael: Die Aufklärung der Organisierten Kriminalität durch den Bundesnachrichtendienst, in: *DöV* (5) (2006), S. 204–213.

Sokol, Bettina/Scholz, Philip: §§ 4, 13 BDSG (2014), in: Simitis, Spiros (Hrsg.), *Bundesdatenschutzgesetz, 8. Auflage*, Baden-Baden (2014).

Sommermann, Karl-Peter: Art. 20 Abs. 3 GG (2010), in: Mangoldt, Hermann v./Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz: Artikel 20 bis 82, 6. Auflage*, München (2010).

SPD-Bundestagsfraktion: Rechtsstaat wahren - Sicherheit gewährleisten!, Erste Konsequenzen aus dem NSA-Skandal: Eckpunkte der SPD-Bundestagsfraktion für eine grundlegende Reform der Strategischen Fernmeldeaufklärung des BND mit internationaler Vorbildwirkung (2015), [Quelle: http://www.spdfraktion.de/sites/default/files/2015-06-16-eckpunkte_reform_strafma-r-endfassung.pdf (30.05.2016)].

Specht, Louisa/Müller-Riemenschneider, Severin: Dynamische IP-Adressen: Personenbezogene Daten für den Webseitenbetreiber? Aktueller Stand der Diskussion um den Personenbezug, in: *ZD* (2) (2014), S. 71–75.

Stein, Thorsten/Buttlar, Christian von: *Völkerrecht, 12. Auflage*, Köln u.a., 2009.

Stein, Thorsten/Marauhn, Thilo: Völkerrechtliche Aspekte von Informationsoperationen, in: *ZaöRV* (60) (2000), S. 1–41.

Stern, Klaus: *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*, München, 1977.

Stern, Klaus: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Allgemeine Lehren und Grundrechte*, München, 1988.

Sule, Satish: *Spionage, Völkerrechtliche, nationalrechtliche und europarechtliche Bewertung staatlicher Spionagehandlungen unter besonderer Berücksichtigung der Wirtschaftsspionage, 1. Auflage*, Baden-Baden, 2006.

Talmon, Stefan: NSA-UA Sachverständigengutachten, gemäß Beweisbeschluss SV-4 des 1. Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages der 18. Wahlperiode (2014), [Quelle: http://www.bundestag.de/blob/282872/2b7b605da4c13cc2bc512c9c899953c1/mat_a_sv-4-2_talmon-pdf-data.pdf (30.05.2016)].

Terstiege, Kai: *Die Rechtsstellung von Streitkräften in fremdem Territorium, Der strafrechtliche Schutz in Deutschland seit 1945, 1. Auflage*, Baden-Baden, 2010.

Tomuschat, Christian: Die Alliierten Vorbehaltsrechte im Spannungsverhältnis zwischen friedenspolitischer Sanktion und nationaler Selbstbestimmung (1996), in: Haftendorn, Helga/Riecke, Henning (Hrsg.), ...die volle Macht eines souveränen Staates...": Die Alliierten Vorbehaltsrechte als Rahmenbedingung westdeutscher Außenpolitik 1949-1990, 1. Auflage, Baden-Baden (1996), S. 27–37.

Trute, Hans-Heinrich: Verfassungsrechtliche Grundlagen (2003), in: Roßnagel, Alexander (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, München (2003), S. 157–187.

Trute, Hans-Heinrich: Wissen - Einleitende Bemerkungen (2010), in: Röhl, Christian (Hrsg.), Wissen - Zur kognitiven Dimension des Rechts, Berlin (2010), S. 11–39.

Trute, Hans-Heinrich: Big Data and Algorithm: Preliminary Notes from Germany, in: Journal of Law & Economic Regulation (1) (2015), S. 62–87.

Ufer, Frederic: Der Kampf um die Netzneutralität oder die Frage, warum ein Netz neutral sein muss, in: K&R (6) (2010), S. 383–389.

Uhle, Arnd: Art. 73 GG, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.), Grundgesetz, München.

Vogel, Klaus: Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, Frankfurt am Main [u.a.], 1965.

Voßkuhle, Andreas: Grundwissen - Öffentliches Recht: Entscheidungsspielräume der Verwaltung (Ermessen, Beurteilungsspielraum, planerischer Gestaltungsfreiheit), in: JuS (2) (2008), S. 117–119.

Wagner, Armin/Uhl, Matthias: BND contra Sowjetarmee, Westdeutsche Militärsplionage in der DDR, Bonn, 2007.

Waidner, Michael: NSA-UA "Stellungnahme" (2014), [Quelle: http://www.bundestag.de/blob/285122/2f815a7598a9a7e9b4162d70173ecedb/mat_a_sv-1-2-pdf-data.pdf (30.05.2016)].

Walde, Thomas M.: ND-Report, Die Rolle der Geheimen Nachrichtendienste im Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, München], 1971.

Walter, Christian/Ungern-Sternberg, Antje: Piratenbekämpfung vor Somalia, Zum Zusammenspiel europäischer und deutscher Grundrechte, in: DöV (22) (2012), S. 861-.

Weichert, Thilo: Big Data und Datenschutz, Chancen und Risiken einer neuen Form der Datenanalyse, in: ZD (6) (2013), S. 251–259.

Weisser, Niclas-Frederic: Der Richtervorbehalt im Nachrichtendienstrecht, in: DöV (19) (2014), S. 831–836.

Werthebach, Eckart/Droste, Bernadette: Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG (1998), in: Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg (1998).

Wessel, Gerhard: BND - der geheime Auslandsnachrichtendienst der Bundesrepublik Deutschland, in: Beiträge zur Konfliktforschung (2) (1985), S. 5–23.

Wieck, Hans-Georg: Der Bundesnachrichtendienst in den Entscheidungsprozessen der Aussenpolitik (1998), in: Eberwein, Wolf-Dieter/Kaiser, Karl (Hrsg.), Deutschlands neue Außenpolitik: Band 4: Institutionen und Ressourcen, München (1998), S. 47–59.

Wieck, Hans-Georg: 25 Jahre Mauerfall, Berlin, 2014, [Quelle: http://www.bnd.bund.de/DE/Organisation/Geschichtsaufarbeitung/MFGBND_Uebersicht/MFGBND_pdf_Dateien/MFGBND8_Dokument1.pdf?__blob=publicationFile&v=5=publicationFile&v=5 (30.05.2016)].

Wolf, Joachim: Der rechtliche Nebel der deutsch-amerikanischen "NSA-Abhöraffäre", US-Recht, fortbestehendes Besatzungsrecht, deutsches Recht und Geheimabkommen, in: JZ (21) (2013), S. 1039–1046.

Wolf, Joachim: Der rechtliche Nebel der deutsch-amerikanischen "NSA-Abhöraffäre" US-Recht, fortbestehendes Besatzungsrecht, deutsches Recht und Geheimabkommen, in: JZ (21) (2013), S. 1039–1046.

Wolff, Heinrich A.: Syst. A. Prinzipien des Datenschutzrechts (2013), in: Wolff, Heinrich A./Brink, Stefan (Hrsg.), Datenschutzrecht in Bund und Ländern, 1. Auflage, München (2013).

Wölm, Benjamin: Schutz der Internetkommunikation und "heimliche Internetaufklärung", Hamburg, 2014.

Xavier, Patrick/Ypsilanti, Dimitri: Universaldienste und Next Generation Networks (2009), in: Klumpp, Dieter/Kubicek, Herbert/Roßnagel, Alexander/Schulz, Wolfgang (Hrsg.), Netzwelt - Wege, Werte, Wandel, Berlin u.a. (2009), S. 49–62.

Yousif, Muna A.: Die extraterritoriale Geltung der Grundrechte bei der Ausübung deutscher Staatsgewalt im Ausland, Frankfurt am Main [u.a.], 2007.

Zimmermann, Andreas: Grundrechtseingriffe durch deutsche Streitkräfte im Ausland und das Grundgesetz, in: ZRP (4) (2012), S. 116–119.

Zöller, Mark A.: Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten, Zur Vernetzung von Strafverfolgung und Kriminalitätsverhütung im Zeitalter von multimedialer Kommunikation und Persönlichkeitsschutz, Heidelberg, 2002.

Zöller, Mark A.: Datenübermittlungen zwischen Polizei, Strafverfolgungsbehörden und Nachrichtendiensten (2006), in: Roggan, Fredrik/Kutscha, Martin (Hrsg.), Handbuch zum Recht der inneren Sicherheit, 2. Auflage, Berlin (2006), S. 445–509.

Zolling, Hermann/Höhne, Heinz: Pullach intern, General Gehlen und die Geschichte des Bundesnachrichtendienstes, Hamburg, 1971.

Zuleeg, Manfred: Öffentlich-rechtliche Bürgschaften? in: JuS (2) (1985), S. 106 ff.

