

Finn Ove Körner*

Die strategische Fernmeldeaufklärung im Lichte des BND-Urteils

Impulsgeber für eine Dogmatik im Recht der Nachrichtendienste

Abstract

Die *Snowden*-Enthüllungen aus dem Jahre 2013 vergegenwärtigten der deutschen Öffentlichkeit die Beteiligung des Bundesnachrichtendienstes (BND) an der ausufernden globalen Überwachungspraxis westlicher Nachrichtendienste. Der daran anschließende politische Reformprozess erhellte zwar das Schattendasein des BND, die überfällige „rechtsstaatliche Einhegung“ musste jedoch durch das *Bundesverfassungsgericht* mit Urteil vom 19.5.2020 (BVerfGE 154, 152) vorgezeichnet werden. In epischer Breite justiert das Gericht das Spannungsfeld zwischen Vertraulichkeit von Kommunikationsbeziehungen und der Wehrfähigkeit einer Demokratie. Ferner gibt das Diktum Gelegenheit, einen dogmatischen Diskurs über das Recht der Nachrichtendienste einzuleiten.

The Snowden revelations of 2013 brought home to the German public the involvement of the Federal Intelligence Service (BND) in a rampant global surveillance practice, and the resulting political reform process illuminated the shocking shadow existence of the BND. In finding that the BND's actions abroad are bound by the Basic Law, the *BVerfG* readjusted the balance between the opposing poles of privacy of communication and militant democracy in a monumental way. Moreover, the verdict offers an opportunity to launch a discourse on the law concerning intelligence services.

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft im zehnten Fachsemester an der Universität Leipzig mit Schwerpunkt Völker- und Europarecht. Der vorliegende Beitrag geht aus einem Zulassungsseminar hervor, das im Wintersemester 2020/21 von Prof. Dr. Wilfried Bernhardt und RA Dr. Barbara Sandfuchs zum Thema „Verfassungs- und europarechtliche Fragen der IT-Nutzung“ gestellt wurde. Besonderer Dank gilt RA Dr. Barbara Sandfuchs für ihre wertvollen Anmerkungen und die tatkräftige Begleitung des Beitrags.

A. Sachverhalt und Hintergründe des BND-Urteils

Der Werdegang des BND-Urteils vom 19.5.2020 beruht zumindest mittelbar auf den *Snowden*-Enthüllungen aus dem Jahre 2013, die die umfangreiche Überwachungspraxis der *US National Security Agency* und der anderen Nachrichtendienste der „*Five-Eyes*“-Allianz (USA, Großbritannien, Neuseeland, Kanada, Australien) einer breiten Öffentlichkeit bekannt machten.¹ Die Beanstandungen des daraufhin einberufenen *NSA-Untersuchungsausschusses* mündeten in einer Neufassung des Gesetzes über den Bundesnachrichtendienst (BNDG).²

Daraufhin legten im Dezember 2018 – circa 1,5 Jahre nach Beschlussfassung des Ausschusses – Journalisten³ und Menschenrechtsanwälte, die ihrer Arbeit hauptsächlich in Krisenregionen nachgehen, beim *BVerfG* Verfassungsbeschwerde gegen die jüngst erst vergesetzlichten Befugnisse des BND ein. Durch *strategic litigation* sollten Schutzstandards für Berufsgeheimnisträger, deren Tätigkeit regelmäßig von der Vertraulichkeit ihrer Kommunikation mit Quellen oder Mandanten abhängt, vor Überwachung durch den BND erstritten werden.

Das Gericht hatte nun endgültig die umstrittene Frage zu entscheiden, ob und inwiefern deutsche Staatsgewalt im Ausland an Grundrechte gebunden ist, nachdem es diese im Vorgänger-Urteil 1999 noch offen gelassen hatte.⁴

Die im Mittelpunkt der Beschwerde stehende Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung bzw. strategische Fernmeldeaufklärung des BND (§§ 6 – 18 BNDG)⁵ hat solche Kommunikationsverbindungen zum Gegenstand, die

¹ BT-Drucks. 18/12850, S. 210 ff.

² Die Gesetzesangaben dieses Beitrags beziehen sich noch auf das BNDG in seiner Fassung vom 27.5.2020 (BGBl. I S. 1963). An den entsprechenden Stellen finden sich Verweise auf das aktuelle Änderungsgesetz: Art. 1 Gesetz zur Änderung des BND-Gesetzes zur Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts sowie des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. April 2021 (BGBl. I, S. 771). Fortfolgend: BNDGÄndG (nicht amtliche Abkürzung) abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/976020/1829370/3299c2a2c74446424413b4363d6fb035/2020-12-16-rege-ge-bnd-data.pdf?download=1> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

³ Berufsbezeichnungen sind im Sinne der Sprachklarheit im generischen Maskulinum verfasst; es sind stets alle Geschlechter impliziert.

⁴ Dazu unten: **C. I.**

⁵ Nunmehr: §§ 19 – 62 BNDGÄndG (Sämtliche Befugnisse des BND sowie die neuen Vorschriften zur Kontrollstruktur wurden nun unter einem Abschnitt „Technische Aufklärung“ zusammengefasst).

zwischen Ausländern im Ausland erfolgen. Auf Anordnung des Bundeskanzleramts (§§ 6 Abs. 1 ff. S. 2; 9 BNDG)⁶ können Telekommunikationsdienstleister zur Ausleitung der Kommunikationsdaten an den BND gesetzlich verpflichtet werden (vgl. § 8 BNDG).⁷ Dieser Rohdatenstrom durchläuft anschließend die Filtersysteme des BND, wobei insbesondere Verbindungen automatisch gelöscht werden müssen, die zwischen Inländern stattfanden (zum Inländer-Begriff vgl. § 6 Abs. 4 BNDG).⁸ Die verbleibende Datenmenge darf der BND dann gemäß § 6 Abs. 2 BNDG⁹ „strategisch“, d. h. mittels sog. Selektoren¹⁰, größtenteils ohne sachlichen und zeitlichen Anlass, nach Anhaltspunkten durchsuchen, die einen Verdacht möglich erscheinen lassen, dass die Verbindung außen- oder sicherheitspolitische Interessen der BRD gefährdet (bspw. im Bereich des internationalen Terrorismus, Cyberkriminalität, Auslandsmissionen der Bundeswehr). Die Schlüsselaufgabe des BND in der Sicherheitsarchitektur besteht schließlich darin, die Vielzahl von Treffern auszuwerten und an die Bundesregierung und andere Stellen im In- und Ausland¹¹ zu übermitteln („analytischer Informationsdienstleister“).¹² Der BND agiert also als „Frühwarnsystem“ im Bereich der Gefahrenabwehr, die nach dem

⁶ Nunmehr: § 23 BNDGÄndG.

⁷ Nunmehr: § 25 BNDGÄndG. Nennenswert ist insbesondere die DE-CIX GmbH in Frankfurt am Main, die Betreiberin eines der größten Internet-Knotenpunkte der Welt, dessen Datendurchsatz 2018 einen Weltrekordwert von 6,7 Terrabits/Sekunde erreichte. Vgl. DE-CIX Annual Report 2018, S. 16, abrufbar unter: <https://www.de-cix.net/Files/8/f/f/e/8ffebd3a21b647976f5a229d54f169233dfad082/DE-CIX%20Annual%20Report%202018.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

⁸ Nunmehr: § 19 Abs. 7 BNDGÄndG. Der BND ist als alleinige Behörde mit nachrichtendienstlichen Befugnissen im Ausland ausgestattet. Gleichwohl ist auch er nach dem G 10 berechtigt, Daten der internationalen Kommunikation abzufangen (Inland-Ausland; siehe dazu unten: **B. I.**). Für gefahrenträchtige Kommunikation zwischen Inländern sind die Verfassungsschutzämter zuständig.

⁹ Nunmehr: § 19 Abs. 5 BNDGÄndG.

¹⁰ Selektoren sind Suchbegriffe, die entsprechend dem Aufklärungsauftrag der Bundesregierung eingesetzt werden, um gefilterte Datenmengen nach Treffern zu durchsuchen. Formale Suchbegriffe werden vor allem aus Telefonnummern, Gerätekennungen von Mobiltelefonen, Adressen und E-Mail-Adressen gebildet, die zur Internettelefonie gebildet werden (vgl. BT-Drucks. 18/9041, S. 23). Dazu zählen auch unterschiedliche technische Schreibweisen (Permutationen). Inhaltliche Suchbegriffe sind z. B. geeignete Wörter, die mit einem bestimmten Gefahrenbereich in Verbindung stehen; vgl. *Karl/Soiné*, Neue Rechtsgrundlagen für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung, NJW 2017, 919 (920).

¹¹ Hierzu zählen unter anderem: das Bundeskriminalamt, das Bundesverfassungsschutzamt und die Verfassungsschutzämter der Länder, Strafverfolgungsbehörden sowie verbündete ausländische Nachrichtendienste.

¹² *Lindner/Unterreitmeier*, Grundlagen einer Dogmatik des Nachrichtendienstrechts, DÖV 2019, 165 (168).

Grundgesetz eine funktionell und institutionell getrennte Arbeitsweise von Gefahraufklärung (Nachrichtendienste) hin zur Gefahrintervention (Polizeistellen) vorsieht.¹³

Die Rechtssatz-Verfassungsbeschwerde rügte maßgeblich, dass der BND bei der Datenerhebung und -verwertung anlasslos und massenhaft Überwachungsmaßnahmen ergreifen kann, die umso tiefer in die Privatsphäre der Kommunikationsteilnehmer eingreifen, je individualisierter die Selektoren eingesetzt werden. Das Gericht stellt über eine als „bewusst“ bezeichnete Verletzung des Zitiergebots (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG)¹⁴ hinaus die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Vorschriften fest und macht umfassende Vorgaben zu deren verfassungsmäßiger Ausgestaltung.

Nachfolgend wird die Entscheidung in die jüngere Rechtsprechung zur nachrichtendienstlichen Überwachungspraxis eingeordnet (**B.**). Danach folgt eine Analyse ausgewählter Kernaussagen des Urteils (**C.**), bevor der Frage nach einer Dogmatik im Recht der Nachrichtendienste nachgegangen wird (**D.**). Daran anknüpfend soll der aktuelle Gesetzesentwurf zur Änderung des BNDG im Lichte der Vorgaben aus dem BND-Urteil begutachtet werden (**E.**). Schließlich erfolgt ein perspektivischer Blick auf die Auswirkungen des Urteils in der Praxis (**F.**).

B. Kontext der jüngeren verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur nachrichtendienstlichen Überwachungspraxis

I. G 10-Urteil (1999)

In den 1990er Jahren begann eine intensive Debatte über die auslandsbezogenen Aufgaben und Aktivitäten des BND, im Zuge derer das Aufgabenspektrum des Nachrichtendienstes erheblich erweitert wurde.¹⁵ Bis zum Ende des Kalten Krieges war der BND allein damit betraut, Angriffsbestrebungen des Ostblocks gegen die Bundesrepublik zu beobachten.¹⁶ Das geopolitische Spannungsfeld veränderte sich jedoch durch den Fall des Eisernen Vorhangs und die zunehmende Internationalisierung des Kriegswaffenhandels, des Terrorismus, der Geldwäsche und anderer Erscheinungsformen organisierter Kriminalität.¹⁷

¹³ *Lindner/Unterreitmeier*, Grundlagen einer Dogmatik des Nachrichtendienstrechts, DÖV 2019, 165 (168).

¹⁴ BVerfGE 154, 152 (152) = *BVerfG*, NJW 2020, 2235, 2. Ls.

¹⁵ *Arndt*, Die Fernmeldekontrolle im Verbrechenbekämpfungsgesetz, NJW 1995, 169 (169).

¹⁶ *Arndt*, Zum Abhörurteil des BVerfG, NJW 2000, 47 (48).

¹⁷ *BVerfG*, NJW 2000, 55 ff.

Als Reaktion fiel die politische Entscheidung, den Anwendungsbereich der strategischen Fernmeldeaufklärung des BND auf die neuen Gefahrenbereiche auszuweiten (§ 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 bis 6 Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (G 10) a. F.; jetzt: § 5 G 10). Diese Befugnisse standen sodann 1999 auf dem Karlsruher Prüfstand (sog. G 10-Urteil).¹⁸ Das damalige Verfahren betraf die Verfassungsmäßigkeit der Überwachung der sog. Inland-Ausland-Kommunikation bzw. internationalen Kommunikation via Satelliten, also solcher, bei der ein Endpunkt im Inland und der andere im Ausland liegt (§ 3 Abs. 1 a. F. G 10). Die verfassungsrechtlich klassische Frage der extraterritorialen Grundrechtsbindung wurde bereits damals an das *BVerfG* herangetragen, jedoch mangels Entscheidungserheblichkeit unbeantwortet gelassen.¹⁹

II. BKAG-Urteil (2016)

Als Reaktion auf die hoch bleibende Anzahl an terroristischen Anschlägen in Europa²⁰ wurde 2008 eine Bundeskompetenz zur Abwehr länderübergreifender Terrorismusgefahren für das *Bundeskriminalamt* (BKA) geschaffen (Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG).²¹ Das BKAG wurde etwa zur Überwachung außerhalb von Wohnräumen, zur akustischen, optischen Überwachung und zum Zugriff auf informationstechnische Systeme ermächtigt. Die zahlreichen Befugnisse des BKA zur Abwehr terroristischer Gefahren (§§ 20 g, h, j, k, l, m BKAG a. F.; §§ 38 – 62 BKAG n. F.) wurden 2016 vom *BVerfG* für teilweise verfassungswidrig erklärt.²² Während das BKAG-Urteil von zwei Verfassungsrichtern bemängelt wurde, die in ihren Sondervoten insbesondere den Detailgrad der gerichtlichen Vorgaben kritisierten²³, stand die Richterbank im BND-Urteil geschlossen hinter der Entscheidung.

¹⁸ *BVerfG*, NJW 2000, 55 ff.

¹⁹ *Ebd.*, S. 58.

²⁰ Vgl. EU, Terrorism Situation and Trend Report 2009, S. 11 ff., abrufbar unter: <https://data.europa.eu/euodp/en/data/dataset/te-sat-2009-eu-terrorism-situation-and-trend-report/resource/d016f3b7-ec2f-4fe0-9d3a-53bbbb692f00> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

²¹ Gesetz v. 25.12.2008, BGBl. I S. 3083 (Nr. 66); zum politischen Kontext: *Wiemers*, Teilweise Verfassungswidrigkeit des BKA-Gesetzes, NVwZ 2016, 839 (841).

²² *BVerfG*, ZD 2016, 374 (Ls.), nachfolgend „BKAG-Urteil“.

²³ *Wiemers* (Fn. 21), S. 841.

Das BKAG-Urteil entfachte in der Folge einen Streit darüber, ob die Anforderungen an Befugnisse für informationelle Eingriffe verallgemeinernd auf die Befugnisse der Nachrichtendienste übertragen werden können.²⁴

C. Kernaussagen des BND-Urteils

Nachfolgend werden zwei ausgewählte²⁵ Problemkreise erörtert, die Gegenstand reger Kontroverse sind: die extraterritoriale Grundrechtsbindung und einige diskussionsträchtige Aspekte der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die strategische Fernmeldeaufklärung.

I. Extraterritoriale Grundrechtsbindung deutscher Staatsgewalt

Die Streitfrage der Auslandsgeltung von Grundrechten ist für die nachrichtendienstliche Tätigkeit von zentraler Bedeutung, da mit „nahezu 50 % des Meldeaufkommens“ essenzielle Erkenntnisse des BND mit der Aufklärung ausländischer Aktivitäten gewonnen werden.²⁶

1. Trifft das Grundgesetz eine allgemeine Aussage zur Auslandsgeltung von Grundrechten?

Wie bereits im G 10-Urteil angeklungen, nähert sich das BVerfG obiger Frage ausgehend von Art. 1 Abs. 3 GG an. So entnimmt das BVerfG der Aufzählung aller drei Staatsgewalten in Art. 1 Abs. 3 GG die Aussage, dass die Bindung der Staatsgewalt an das Grundgesetz lückenlos zu gewährleisten sei – unabhängig von Funktionen, Handlungsformen oder Gegenständen staatlicher Aufgabenwahrnehmung.²⁷ Damit wird der restriktiven Auffassung eine Absage erteilt, welche für die Auslandsgeltung von Grundrechten ein Gewaltverhältnis

²⁴ Unterreitmeier, Folgewirkungen des BKAG-Urteils für die Nachrichtendienste?, NWVBl. 2018, 227 ff.

²⁵ Nicht beleuchtet werden etwa: Aspekte der Zulässigkeit, formellen Verfassungsmäßigkeit, internationalen Kooperation und Einzelheiten in der rechtsstaatlichen Einhegung; s. a. Aust, Auslandsaufklärung durch den Bundesnachrichtendienst, DÖV 2020, 715 ff.; Dietrich, Zusammenfassung und Anmerkung zu BVerfG, Urt. v. 19.5.2020, GSZ 2020, 173 ff.; Huber, Das BVerfG und die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND, NVwZ-Beilage 2020, 3 ff.; Muckel, Fernmeldeaufklärung im Ausland im BND-Gesetz verfassungswidrig geregelt, JA 2020, 631 ff.; Petri, Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nach dem BND-Gesetz in ihrer derzeitigen Form, ZD 2020, 410 ff.; Schmahl, Grundrechtsbindung der deutschen Staatsgewalt im Ausland, NJW 2020, 2221 ff.

²⁶ BT-Drucks. 18/12850, S. 707.

²⁷ BVerfG, NJW 2020, 2235 (2241) mit Verweis auf Hölscheidt, Das neue Recht des Bundesnachrichtendienstes, Jura, 2017, 148 (150 f.); ausführlich: Schmahl (Fn. 25), S. 2221.

fordert, das auf einem Mindestmaß an territorialer Kontrolle beruht.²⁸ Um den „Leitnormcharakter“²⁹ von Art. 1 Abs. 3 GG zu realisieren, muss staatliche Gewalt vielmehr „vom Eingriff her“ gedacht werden, also überall dort Bindung entfalten, wo sie sich mittelbar oder unmittelbar auswirkt.³⁰ Dieses weite Verständnis von Hoheitsgewalt wird nun auch vom *BVerfG* auf Fälle angewendet, in denen die Wirkungen deutscher Staatsgewalt im Ausland eintreten.

Diese Auslegung aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 3 GG allein zu folgern, wäre logisch jedoch nicht zwingend, da die Vorschrift (wie auch das Grundgesetz insgesamt) weder eine positive noch eine negative Aussage zur Auslandsgeltung von Grundrechten trifft.³¹ Aus dem Schweigen der Vorschrift wurde in weiten Teilen der Literatur der Schluss gezogen, der räumliche Geltungsbereich müsse sich aus dem spezifischen Grundrecht selbst ableiten lassen.³² Diese normative Offenheit füllt das *BVerfG* unter Bezugnahme auf den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit mit Leben (Präambel, Art. 25, Art. 9 Abs. 2 GG).³³ Treten die Wirkungen staatlichen Handelns im Ausland ein, dürfe der Grundrechtsschutz nicht an den nationalen Grenzen enden. Dieser Schutz sei auch bei reinen Auslandssachverhalten nicht auf bloß objektiv-rechtliche Verpflichtungen beschränkt. Im Mittelpunkt des Grundgesetzes stehe vielmehr der individuelle Grundrechtsschutz.

Das Ergebnis des *BVerfG* kann insofern angezweifelt werden, als es die Extraterritorialität zusätzlich in dem Menschenrechtsbekenntnis des Art. 1 Abs. 2 GG verankert: „Die Grundrechte des Grundgesetzes werden [durch das Bekenntnis] in den Zusammenhang internationaler Menschenrechtsgewährleistungen gestellt“.³⁴ *Löffelmann* führt aus, dass der normative Gehalt von Art. 1 Abs. 2 GG „vorkonstitutioneller“ Natur sei, sich also von dem limitierten Grundrechtekatalog abhebt.³⁵ Auch *Gärditz* weist auf

²⁸ *Gärditz*, Die Rechtsbindung des Bundesnachrichtendienstes bei Auslandstätigkeiten, Die Verwaltung 48 (2015), 463 (467).

²⁹ *Höfling*, in: Sachs, 8. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 84.

³⁰ *Schwandner*, Extraterritoriale Wirkungen von Grundrechten im Mehrebenensystem, 2019, S. 85 ff.

³¹ *Löffelmann*, in: Dietrich/Gärditz/Graulich/Gusy/Warg, Reform der Nachrichtendienste zwischen Vergesetzlichung und Internationalisierung, 2019, S. 33 (35).

³² *Löffelmann*, in: Dietrich/Eiffler, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, VI § 3 Rn. 15.

³³ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2240 f., 2259).

³⁴ *Ebd.*, S. 2241.

³⁵ *Löffelmann* (Fn. 32), S. 36.

die grundsätzlich territoriale – nicht universalistische – Struktur menschenrechtlicher Vertragswerke hin.³⁶ Entscheidend ist dieser Streit freilich nicht, da das *BVerfG* das Menschenrechtsbekenntnis lediglich als zusätzliche, nicht als einzige Argumentationslinie heranzieht.

2. Räumlicher Geltungsbereich von Art. 10 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG

Das *BVerfG* begründet den umfassenden räumlichen Geltungsbereich von Art. 10 und Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG teleologisch mit der Internationalisierung der Kommunikationstechnik, die ungeachtet territorialer Grenzen Informationsaustausch ermögliche.³⁷ Der zunehmend grenzüberschreitende Austausch gehe mit ständig steigenden Datenverarbeitungs- und -übertragungskapazitäten der Nachrichtendienste einher,³⁸ sodass die weltweite Zivilgesellschaft – insbesondere Berufsgruppen wie Journalisten, die auf Vertraulichkeit angewiesen sind – einer „ubiquitären Angreifbarkeit“ ihrer Kommunikations- und Informationsfreiheiten gegenüberstehe.³⁹

Dennoch wird teilweise vertreten, die Gewährung subjektiver Rechtspositionen aus Art. 10 Abs. 1 GG an ausländische Betroffene der strategischen Fernmeldeaufklärung verletze den völkerrechtlichen Territorialitätsgrundsatz, da dadurch ausländische Sachverhalte nach nationalem Recht geregelt würden.⁴⁰ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass eine Intervention im Sinne des Völkerrechts allenfalls in der Überwachungstätigkeit selbst läge, nicht aber in der Begrenzung derselben.⁴¹ Die Selbstbindung trägt vielmehr zur innerstaatlichen Effektivierung des Völkerrechts bei,⁴² sodass das Ergebnis des *BVerfG* richtig ist.

³⁶ Gärditz, Grundrechtliche Grenzen strategischer Ausland-Ausland-Telekommunikationsaufklärung, JZ 2020, 825 (827).

³⁷ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2243 ff).

³⁸ *Ebd.*, S. 2244.

³⁹ Becker, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland XI, 3. Aufl. 2013, S. 515 (547 f).

⁴⁰ Proelss/Daum, Verfassungsrechtliche Grenzen der Routinefernmeldeaufklärung durch den Bundesnachrichtendienst, AöR 141 (2016), 373 (381 ff).

⁴¹ Gröpl, Das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG vor dem Hintergrund des internationalen Aufklärungsauftrages des Bundesnachrichtendienstes, ZRP 1995, 13 (17).

⁴² Krieger, in: Röttgen/Wolff, Parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat, 2008, S. 35.

II. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die strategische Fernmeldeaufklärung

Das *BVerfG* sieht in der strategischen Fernmeldeaufklärung in diverser Hinsicht zu Recht schwerwiegende Grundrechtseingriffe, deren Rechtfertigung nur unter Einhaltung zusätzlicher Voraussetzungen möglich ist.

1. Der informationelle Eingriff durch die strategische Fernmeldeaufklärung

Das *BVerfG* prüft dogmatisch eine Reihe verschiedener mit der strategischen Fernmeldeaufklärung zusammenhängender Eingriffe durch die Erfassung, Auswertung und Übermittlung von Daten.⁴³ Hierbei kommt es zu dem Schluss, dass besonders schwerwiegende Grundrechtseingriffe vorliegen:

So weise die strategische Fernmeldeaufklärung gemäß §§ 6 – 18 BNDG⁴⁴ einen sehr großen Kreis (potentiell) Betroffener auf, da anstatt von partiellen Satellitensignalen⁴⁵ gesamte Telekommunikationsnetze nach relevanten Daten abgesucht werden können.⁴⁶ In diesem Zusammenhang führt das *BVerfG* allerdings auch aus, in der anfänglichen Erfassung der Daten deutscher Staatsangehöriger (§ 6 Abs. 4 BNDG)⁴⁷ liege kein Eingriff, solange diese allein technisch bedingt miterfasst und vor einer händischen Sichtung eines Mitarbeiters durch Filterprozesse technisch wieder aussortiert werden.⁴⁸ Angesichts der Allgegenwärtigkeit der Überwachung und des Einflusses sog. *Chilling Effects*⁴⁹ auf den Einzelnen ließe sich dies wohl auch anders sehen.

⁴³ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2244 ff).

⁴⁴ Nunmehr: §§ 19 – 62 BNDGÄndG (siehe auch: Fn. 2).

⁴⁵ Das Verfahren im G 10-Urteil hatte die Überwachung der satellitengebundenen Inland-Ausland-Kommunikation zum Gegenstand (§ 3 G 10 a. F.), mit der wesentlich gezielter und fragmentarischer Kommunikationsbeziehungen abgefangen wurden. Auch gemäß § 10 Abs. 4 S. 3, 4 G 10 ist die maximale Datenübertragung auf 20 % der Kapazität eines Übertragungsweges begrenzt. § 19 Abs. 8 BNDGÄndG beschränkt das Volumen der strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung nunmehr auf 30 %.

⁴⁶ BT-Drucks. 18/9041, S. 22 f., 26; so auch die Legaldefinition in § 3 Nr. 27 TKG.

⁴⁷ Nunmehr: § 19 Abs. 7 BNDGÄndG.

⁴⁸ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2244 f.); vgl. die Entscheidung des *BVerfG* zur automatisierten Erfassung von Autokennzeichen, NJW 2008, 1505 ff. und *Proels/Daum* (Fn. 40), S. 393 f.; zur zweifelhaften technischen Umsetzbarkeit eines präzisen Filterprogramms: BT-Drucks. 18/12850, S. 717 ff.

⁴⁹ Der Begriff entstammt der angloamerikanischen Rechtstradition und beschreibt Effekte staatlichen Handelns, die Bürger durch störende, einschüchternde Beeinflussung davon abhalten, von ihren Grundrechten Gebrauch zu machen, vgl. *Assion*, Überwachung und Recht, in: *Telemedicus-Schriftenreihe I*, 2014, S. 31 ff., abrufbar

Maßgeblich für die Intensität der strategischen Fernmeldeaufklärung sei insbesondere der Aspekt der Anlasslosigkeit von Überwachungsmaßnahmen. Die Tatbestandsmäßigkeit zentraler gegenständlicher Ermächtigungsgrundlagen im BNDG (§§ 6 Abs. 1, Abs. 2; 7 Abs. 1; 13 Abs. 2 BNDG)⁵⁰ setzt lediglich voraus, dass die Maßnahme erforderlich zur Erfüllung der Aufklärungszwecke gemäß §§ 1 Abs. 2, 6 Abs. 1 S. 1 BNDG ist, womit die Schwellen zum Eingriff angesichts des weitläufigen Aufklärungsauftrags unbestimmt und niedrig bleiben (§ 1 Abs. 2 BNDG). Eine Begrenzung im BNDG liegt in dem Erfordernis der vorherigen Anordnung durch das *Bundeskanzleramt* (§§ 6 Abs. 1 S. 2, 9 BNDG). Wie aus § 6 Abs. 1 S. 2 BNDG hervorgeht („nur“), umfasst die Anordnung lediglich den Gegenstand der Überwachung, erstreckt sich aber nicht auf die konkreten Maßnahmen, wodurch der *BND* etwa in der Auswahl und Steuerung der Selektoren frei bleibt.⁵¹

Auch wenn mildernd ins Gewicht falle, dass die Durchsuchung eines Netzes mittels Suchbegriffen nicht umfassend und teilweise wenig ertragreich erfolge,⁵² müssen bei der Bestimmung der Eingriffsintensität die hochentwickelten Datenanalysemethoden mitberücksichtigt werden. So können auch Hinweise aus der Erfassung von Internetnutzungsverhalten, Geo-Tracking und Kommunikationsinhalten hinreichend Material für die Erstellung eines tiefgehenden Persönlichkeitsprofils geben.⁵³ Wie an § 6 Abs. 3 BNDG und § 5 Abs. 2 S. 2 G 10 deutlich wird, ist der Einsatz individuell zugeschnittener Suchbegriffe eine gesetzlich geduldete Aufklärungsmethode.

Ferner wohne der Überwachungstätigkeit des *BND* auch ein hohes Maß an Heimlichkeit inne.⁵⁴ § 22 BNDG i. V. m. § 15 BVerfSchG sehen zwar eine Auskunftserteilung an Betroffene über gespeicherte Daten des *BND* vor. Diese muss jedoch verwehrt werden, soweit dem Verlangen einer der vier Geheimhaltungsgründe aus § 15 Abs. 2 BVerfSchG entgegensteht. Dadurch werden die Möglichkeiten des individuellen Rechtsschutzes stark eingeschränkt.

unter: <https://www.telemedicus.info/uploads/Dokumente/Ueberwachung-und-Recht-Tagungsband-Soko14.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

⁵⁰ Bspw.: §§ 19 Abs. 1 (Datenverarbeitung); 20 Abs. 1 (Datenerhebung); 29 Abs. 1 (Datenübermittlung) BNDGÄndG.

⁵¹ Vgl. die Beschwerdeschrift des Verfahrens, S. 74 f., abrufbar unter: https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2018/01/GFF_Verfassungsbeschwerde_BNDG_anonym.pdf (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

⁵² *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2248).

⁵³ *Ebd.*; *Aust* (Fn. 25), S. 715 (719 f).

⁵⁴ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2248).

Demgegenüber falle das einzigartige Aufgabenprofil des BND als Sicherheitsbehörde ohne eigene operative Befugnisse mildernd ins Gewicht, da er insbesondere gegenüber Ausländern im Ausland keine unmittelbare Hoheitsgewalt ausüben könne.⁵⁵

2. Rechtsstaatliche Einhegung der strategischen Fernmeldeaufklärung

Diesen schwerwiegenden Eingriffen stehen überragend wichtige Verfassungs- und sonstige Schutzgüter gegenüber. Zum einen sei die nationale Strafverfolgung gerade im Bereich der Terrorismusabwehr auf die Erkenntnisse des BND innerhalb seiner auslandsbezogenen Aufklärungstätigkeit angewiesen, um die körperliche Unversehrtheit, Leben und Freiheit der Inländer zu schützen (vgl. § 5 Abs. 1 BKAG).⁵⁶ Ohne den Punkt explizit anzuführen, wird in den Ausführungen des *BVerfG* deutlich, dass hinter ihnen die Idee der „wehrhaften Demokratie“ steht: Eine liberale Demokratie muss sich um ihrer selbst willen gegen Gefahren von außen behaupten können.⁵⁷ Dem BND komme daher im Informationszeitalter auch eine staatstragende Rolle zu. Darüber hinaus könne die Bestandskraft eines Staates heutzutage nur durch eine Integration in die internationale Gemeinschaft sichergestellt werden.⁵⁸ Ohne effektive Teilhabe am *do ut des* im internationalen Datenaustausch mit verbündeten Nachrichtendiensten werde die Handlungsfähigkeit der Bundesregierung in außen- und sicherheitspolitischen Fragen stark beeinträchtigt.⁵⁹

Das *BVerfG* kommt vor diesem Hintergrund zu dem Schluss, die strategische Fernmeldeaufklärung sei trotz ihres sehr intensiven Eingriffsgewichts nicht per se verfassungswidrig und dürfe auf Ebene der Datenerhebung und -verarbeitung grundsätzlich anlasslos und allein zweckgeleitet bleiben. Tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr fordert das *BVerfG* ausnahmsweise bereits auf diesen Ebenen, wenn „besonders schutzwürdige Vertrauensbeziehungen“ (bspw. Journalist zu Quelle) überwacht werden.⁶⁰ Allerdings bedürfe die strategische Fernmeldeaufklärung einer „rechtsstaatlichen Einhegung“.⁶¹ Dafür macht das *BVerfG* – in diesem hohen Detailgrad recht ungewöhnliche und den Umfang dieser Abhandlung übersteigende – Vorgaben

⁵⁵ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2249, 2253).

⁵⁶ *Ebd.*, S. 2250.

⁵⁷ *Lindner/Unterreitmeier* (Fn. 12), S. 167.

⁵⁸ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2250, 2259 ff).

⁵⁹ *Ebd.*, S. 2249; BT-Drucks. 18/9041, S. 29.

⁶⁰ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2253 f.); § 21 des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zur Änderung des BND-Gesetzes v. 16.12.2020 verankert darüber hinaus auch den Schutz weiterer Kommunikationsbeziehungen.

⁶¹ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2251).

und differenziert hierbei zwischen den verschiedenen Ebenen der Grundrechtseingriffe.⁶² Angesichts des erheblichen Eingriffsgewichts der strategischen Fernmeldeaufklärung wären insbesondere für den Einsatz gezielter Suchbegriffe sicherlich auch strengere Vorgaben denkbar gewesen.

Parallel zu diesen differenzierten Anforderungen wendet das *BVerfG* den datenschutzrechtlichen Grundsatz der Zweckbindung nunmehr auch auf die strategische Fernmeldeaufklärung bei reinen Auslandssachverhalten an. Der verfolgte Zweck einer Erhebung begründe unterschiedlich strenge Anforderungen an ihren Konkretisierungsgrad und anschließende Schutzmechanismen.⁶³ Die äußerst vagen Zweckbestimmungen der Schlüsselvorschrift des § 6 Abs. 1 S. 1 BNDG⁶⁴, die auch nach der Gesetzesbegründung die Befugnisse des BND nicht einengen sollten⁶⁵, strukturierten die Überwachungstätigkeit unzureichend. Nunmehr muss aus einer Maßnahme des BND deutlich hervorgehen, ob sie lediglich der allgemeinen politischen Information der Bundesregierung dient oder ob Strafverfolgungsinteressen verfolgt werden.⁶⁶

Die vom *BVerfG* ausgemachten Defizite im individuellen Rechtsschutz, in der Transparenz und in der anlasslosen Datenerhebung müssen künftig zusätzlich durch eine neue duale Kontrollstruktur ausgeglichen werden.⁶⁷ Die erste Stelle ist „gerichtsähnlich“ auszugestalten, muss also richterliche Unabhängigkeit genießen und die Letztentscheidungsbefugnis gegenüber Bundesregierung und BND haben. Die zweite muss als administrative Stelle eingerichtet werden, die stichprobenartig den gesamten Prozess der strategischen Überwachung überprüfen und beanstanden kann. Das *BVerfG* ordnet an, den Kontrollstellen ein eigenes Budget zuzubilligen sowie das Recht, Personalfragen (abgesehen von der Leitungsebene) eigenständig zu bestimmen. Die gerichtsähnliche Stelle wird insbesondere die Netzanordnungen, die Selektorenlisten oder Listen von besonders gefährdeten Personen zu überprüfen haben.⁶⁸

An den Ausführungen des *BVerfG* zur Kontrollstruktur lässt sich kritisieren, ihre Detailliertheit stelle einen verfassungsgerichtlichen Übergriff auf den

⁶² *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2251 ff.), 5.-8. Ls.; *Huber* (Fn. 25), S. 3 (5 ff.).

⁶³ *BVerfG*, Urt. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17 mit Anm. u. Bspr. *Dietrich*, GSZ 2020, 174 (178).

⁶⁴ Vgl. § 19 Abs. 4 BNDGÄndG.

⁶⁵ BT-Drucks. 18/9041, S. 22.

⁶⁶ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2252, 2256 ff.).

⁶⁷ *Ebd.*, S. 2263.

⁶⁸ *Ebd.*

Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers dar.⁶⁹ Ähnliche Bedenken gegenüber allzu strengen Vorgaben des Gerichts bewogen den ehemaligen Richter des *Ersten Senats Michael Eichberger* im Jahr 2016, das BKAG-Urteil mit seinem Sondervotum nicht mitzutragen.⁷⁰

3. Fazit: Kernaussagen

Im BND-Urteil fällt die Entscheidung des *BVerfG* zur Reichweite der Grundrechtsbindung deutscher Staatsgewalt im Ausland, nachdem diese Frage im G10-Urteil mangels Entscheidungserheblichkeit unbeantwortet verblieb. Auch wenn es zunächst nur den räumlichen Geltungsbereich des Telekommunikationsgeheimnisses und der Pressefreiheit ausdehnt, werden die Weichen für eine grundrechtsübergreifende Dogmatik bei Sachverhalten mit Auslandsbezug gestellt. Ausgehend von den Defiziten des BNDG entwickelt das *BVerfG* zahlreiche Vorgaben zur verfassungsmäßigen Kodifizierung verschiedener Befugnisse des BND im Rahmen der Ausland-Ausland-Aufklärung sowie zu einer neuen dualen Kontrollstruktur des Nachrichtendienstes. Die besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriffe der strategischen Fernmeldeaufklärung sind dem Gericht zufolge nur dann mit dem Grundgesetz vereinbar, wenn sie durch „rechtsstaatliche Einhegungen“ flankiert werden. Diese materiell-rechtlichen Vorgaben, welche vom Gericht aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgeleitet werden, sollen als Ausgleich für die Einbußen in Sachen Eingriffsintensität, Transparenz und individuellem Rechtsschutz dienen. Das *BVerfG* entwickelt damit sein Konzept des kompensatorischen Grundrechtsschutzes weiter,⁷¹ das die goldene Mitte zwischen Individual- und Sicherheitsinteressen anvisiert.

D. Systembildung im Recht der Nachrichtendienste

Trotz des zunehmenden Interesses am Recht der Nachrichtendienste fehlt es dem Rechtsgebiet an einer „übergreifenden Ordnungsidee“.⁷² Neben der Geheimhaltungsbedürftigkeit der Materie dürften die maßgeblichen Gründe hierfür einerseits in der späten gesetzlichen Fixierung nachrichtendienstlicher Befugnisse liegen.⁷³ Andererseits haben die erheblich eingeschränkten

⁶⁹ *Gürditz* (Fn. 36), S. 830, 832 f.

⁷⁰ S. o.: **A. II.**; *BVerfG*, NJW 2016, 1781 (1809 ff); kritisch auch: *Wiemers* (Fn. 21), S. 840.

⁷¹ Siehe zur Entwicklung dieses Konzepts maßgeblich das BKAG-Urteil: *BVerfG*, NJW 2016, 1781 (Ls. 1 b.; 1784 ff.). Aber auch in Ansätzen bereits hier: *BVerfG*, NJW 2008, 822; 2010, 833.

⁷² *Dietrich* (Fn. 32), III § 3 Rn. 71.

⁷³ Erst im Jahre 1990 wurde die Befugnisse des Bundesamtes für Verfassungsschutz, des BND und des Militärischen Abschirmdienstes vergesetzlicht, vgl.: Art. 2 bis 4 des

Möglichkeiten, individuellen Rechtsschutz gegen die Überwachungstätigkeit der Nachrichtendienste zu erlangen, zur Folge, dass sich das Rechtsgebiet nicht durch die wechselseitige Beeinflussung von Rechtsprechung und Literatur weiterentwickeln konnte.⁷⁴ Im Folgenden soll daher anhand von zwei Aspekten untersucht werden, inwiefern das BND-Urteil geeignet ist, eine Systembildung im Recht der Nachrichtendienste einzuleiten bzw. fortzubilden.

I. Übertragung der Anforderungen aus dem BKAG-Urteil auf den BND

Eine Dogmatik des Rechts der Nachrichtendienste wird sich an den Trennlinien und Konvergenzen zum sachverwandten Polizei- und Ordnungsrecht orientieren müssen, da der Prozess der Gefahrenabwehr von der Informationsgewinnung bis zur Intervention in mehreren Arbeitsschritten verläuft. Aufgrund der institutionellen Trennung von Gefahr(früh)aufklärungs- und -interventionsbehörden soll unter dogmatischen Gesichtspunkten erhöhtes Augenmerk auf die Voraussetzungen gelegt werden, unter denen Nachrichtendienste ihre generierten Informationen bspw. an Polizeistellen weiterleiten dürfen.⁷⁵ Von überragendem Interesse ist vor diesem Hintergrund, wie das *BVerfG* im BND-Urteil auf seine Rechtsprechung aus dem BKAG-Urteil zurückgreift.

Anknüpfend an die allgemein gehaltenen Vorgaben aus dem BKAG-Urteil, bildet das Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung im BND-Urteil den Ausgangspunkt für Datenübermittlungen durch den BND an andere inländische⁷⁶ öffentliche Stellen.⁷⁷ Das Kriterium gründet auf dem Umstand, dass eine Übermittlung an eine andere Stelle einen selbstständigen und daher rechtfertigungsbedürftigen Grundrechtseingriff darstellt.⁷⁸ Durch die

Gesetzes zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes v. 20.12.1990 (BGBl. I, S. 2954). Die Vergesetzlichung der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung folgte erst 2016 (s. o.: A.).

⁷⁴ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2263). Die Genehmigung von Auskunftersuchen der Bürger muss regelmäßig aus Sicherheitsgründen verweigert werden, vgl. etwa § 25 LVerfSchG-Schleswig-Holstein. Zu sog. In-Camera-Verfahren unter Ausschluss der Öffentlichkeit vor den oberen Verwaltungsgerichten siehe: § 99 Abs. 2 VwGO.

⁷⁵ Näher zur Bedeutung des sog. grundgesetzlichen „Trennungsgebots“ zwischen Polizei und Nachrichtendiensten siehe: *Lindner* (Fn. 12), S. 165 ff.

⁷⁶ Das *BVerfG* macht zudem Vorgaben zur Datenübermittlung an ausländische Stellen, *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2257 ff). Beachtlich ist hier, dass das *BVerfG* zur Gewährleistung eines angemessenen Datenschutzniveaus im Empfängerstaat das Vorliegen einer „verbindliche[n] Zusicherung“ ausreichend lässt. Ein strengerer Maßstab wäre durchaus denkbar gewesen.

⁷⁷ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2256).

⁷⁸ *Gärditz* (Fn. 36), S. 830 f.; vgl. zur einfachgesetzlichen Kodifizierung: § 12 BKAG.

Übermittlung dürfen grundsätzlich keine Voraussetzungen umgangen werden, denen die Empfängerbehörde – im fiktiven Falle einer eigenen Erhebung – unterlegen hätte. Beim BND erfolgt die Erhebung von Daten im Gegensatz zum BKA (oder einer anderen Behörde mit operativen Befugnissen) jedoch grundsätzlich nicht für eigene Zwecke. Die Aufgabe des BND besteht allein darin, aufbereitete Datensätze für andere Stellen bereitzustellen („Analytischer Informationsdienstleister“).⁷⁹ So sieht das *BVerfG* auch die Konkretisierungsbedürftigkeit seiner Rechtsprechung in diesem Punkt. Die Umgehungsgefahr bestehe darin, dass Datenerhebungen aus der weitgehend anlasslosen Fernmeldeüberwachung nicht ohne Weiteres an Stellen übermittelt werden sollen, welche nicht über dieses Aufklärungsinstrument verfügen.⁸⁰

Für Datenübermittlungen aus Eingriffen besonders intensiver Art (mittels gezielter Suchbegriffe) zieht das *BVerfG* nunmehr die Anforderungen heran, die 2016 im BKAG-Urteil formuliert wurden.⁸¹ Demnach müsse die Übermittlung dem Schutz eines vergleichbar gewichtigen Rechtsguts dienen sowie eine „hinreichend konkret absehbare Gefahrenlage“ vorliegen.⁸² Zu verlangen sei eine „hinreichend konkretisierte Gefahr in dem Sinne, dass zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter bestehen“.⁸³ Dadurch muss der BND künftig in größerem Maße engere Gefahrprognoseentscheidungen treffen, bevor er Daten an Interventionsbehörden übermittelt. Damit führt der *Erste Senat* seine Linie der Harmonisierung von Anforderungen von repressivem und präventivem Sicherheitsrecht fort, die mit dem BKAG-Urteil konsolidiert wurde.⁸⁴ Besonders deutlich wird diese Konvergenz, wenn in engen Ausnahmen für Übermittlungen aus nachrichtendienstlichen Erkenntnissen sogar das Vorliegen einer „unmittelbaren Gefahr“ gefordert wird.⁸⁵

⁷⁹ *Lindner/Unterreitmeier* (Fn. 12), S. 168 f.

⁸⁰ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2256).

⁸¹ *BVerfG*, NJW 2016, 1781 (1801 f.).

⁸² *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2256); In Fällen der Weiterleitung an Strafverfolgungsbehörden müsse ein „bestimmter“ Verdachtsgrad erreicht werden, der über einen Anfangsverdacht i. S. v. § 152 Abs. 2 StPO hinausgeht. Bei Übermittlungen zur Information der Bundesregierung sei hingegen keine konkretisierte Gefahrenlage erforderlich, *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2257).

⁸³ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2257).

⁸⁴ Vgl. *Masing*, Überwachung durch Polizei oder Nachrichtendienst – Stellungnahme zum Beitrag von Johannes Unterreitmeier, GSZ 2018, 6 (6).

⁸⁵ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2257).

Diese von Teilen der Literatur mitgetragene Auffassung (sog. Konvergenztheorie)⁸⁶ ist nicht ohne Kritik geblieben.⁸⁷ Erörterungsbedürftig ist, ob die Übertragung derart strenger Maßstäbe an den Konkretisierungsgrad der Tatsachenlage auf den BND überzeugt. In der Literatur wird argumentiert, Eingriffsschwellen für den BND genössen gegenüber polizeilichen Befugnissen das „verfassungsrechtliche Privileg“, niedrigere Voraussetzungen enthalten zu dürfen, da der BND eine einzigartige Sicherheitsbehörde ohne eigene operative Befugnisse sei.⁸⁸ Daraus wird gefolgert, Datenübermittlungen durch den BND stellen keine Zweckänderung und somit keinen eigenständigen Grundrechtseingriff dar.⁸⁹ Die Konvergenztheorie enthielte einen logischen Bruch, da das Fehlen operativer Befugnisse umgekehrt ein Absenken der Eingriffsschwellen gebieten würde.⁹⁰

Die teilweise sehr engen Voraussetzungen, die an die Übermittlungen angelegt werden, müssen jedoch im Zusammenspiel mit den niedrigeren Anforderungen an Datenerhebung und -verarbeitung gesehen werden. Weil das „Privileg“ des BND auf erster Ebene sehr großzügig ausgelegt wurde, um die Handlungsfähigkeit hinreichend zu gewährleisten, folgen daraus – logisch stringenter – im Gegenzug auf Übermittlungsebene strengere Voraussetzungen.⁹¹

Der Ansatz der Konvergenztheorie überzeugt auch vor dem Hintergrund, dass die grundrechtliche Gefährdungslage heimlicher Überwachungsmaßnahmen – sei es ein Auswertungsergebnis der strategischen Fernmeldeaufklärung oder der Mitschnitt einer Observation – miteinander vergleichbar ist.⁹² Ob die Anforderungen, die bei informationellen Eingriffen von Interventionsbehörden gelten, auf den BND übertragbar sind, ist letztlich also eine Frage, wie weit das „Privileg“ des BND ausgelegt werden darf.

⁸⁶ *Bäcker*, Zur Reform der Eingriffstatbestände im Nachrichtendienstrecht, in: Dietrich/Gärditz/Graulich/Gusy/Warg, Kontrolle – Rechtsschutz – Kooperationen, 2018, S. 137 (144).

⁸⁷ *Lindner/Unterreitmeier* (Fn. 12), S. 172.

⁸⁸ *Ebd.*, S. 170 f.

⁸⁹ *Ebd.*, S. 173 f.

⁹⁰ *Ebd.* S. 172 f.

⁹¹ Vgl. *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2256).

⁹² *Siems*, Folgewirkungen des BVerfG-Urteils zum BKAG bei den Sicherheitsbehörden – eine erste Bilanz, NWVBl. 2018, 1 (4). Aufgrund von *Chilling Effects* wird die grundrechtliche Gefährdungslage bei Nachrichtendiensten eher als schärfer gewertet. Zu Gefahraufklärungs- und -interventionsbehörden siehe oben: **A**.

II. Das Entstehen eines nachrichtendienstlichen Gefahrbegriffs

Das Gesamtkonzept des *BVerfG* zielt darauf ab, einheitliche Anforderungen an Eingriffsschwellen für Gefahraufklärungs- und -interventionsbehörden aufzustellen, wo der informationelle Eingriff bereits Anhaltspunkte enthält, die auf die Entwicklung einer gefahrträchtigen Kausalkette hinweisen.

Der Rückgriff des *BVerfG* auf seine Ausführungen im BKAG-Urteil bietet – auch für den Gesetzgeber – Anlass, dem Recht der Nachrichtendienste ein ausdifferenzierteres dogmatisches Gepräge zu geben. Relevant wird insbesondere die Frage, wie sich ein nachrichtendienstlicher Gefahrbegriff vom klassischen polizeirechtlichen Gefahrbegriff unterscheidet.

Möchte man einem nachrichtendienstlichen Gefahrbegriff Konturen verleihen, muss im Rahmen der strategischen Fernmeldeaufklärung beachtet werden, dass diese auf Erhebungsebene – unabhängig von einer konkreten Gefahr im Sinne des Polizeirechts – zur Aufgabe hat, Verdachtsmomente für Gefahrentwicklungen zu generieren (Gefahrfrühaufklärung).⁹³ Würde man also den Einsatz und die Anpassung von Selektoren zu früh an Tatsachen binden, könnte der Dienst seinen Auftrag kaum mehr erfüllen.⁹⁴

Somit könnte die Formulierung eines nachrichtendienstlichen Gefahrbegriffs dort ansetzen, wo Suchbegriffe zur gezielten Erhebung von personenbezogenen Daten verwendet werden (§ 6 Abs. 3 BNDG⁹⁵, § 5 Abs. 1, 2 S. 1 – 3 G 10), da in diesen Fällen regelmäßig tatsächliche Anhaltspunkte für eine gefahrträchtige Situation vorliegen werden.

Im Einklang mit diesen Überlegungen und dem Privileg der Nachrichtendienste urteilte das *BVerfG* bereits in einer Entscheidung zum Verfassungsschutzgesetz von Nordrhein-Westfalen. Datenerhebungen, bei denen lediglich „Anhaltspunkte für einen Zustand bestehen, in dem das Schutzgut konkret bedroht ist“, genügen dort den verfassungsrechtlichen Anforderungen.⁹⁶

Für die Systembildung im Recht der Nachrichtendienste könnte die Dogmatik im Vorfeldrecht der Gefahraufklärungsbefugnisse der Polizei fruchtbar gemacht werden, welches ebenfalls strukturell-proaktiv aufgebaut ist.⁹⁷ Entscheidend ist

⁹³ Lindner/Unterreitmeier (Fn. 12), S. 170 f.

⁹⁴ Ebd.

⁹⁵ Nunmehr: §§ 20 Abs. 1, 2; 21 Abs. 1, 2 BNDGÄndG.

⁹⁶ *BVerfG*, NJW 2008, 822 (837).

⁹⁷ Vgl. zur damaligen Diskussion des „neuen“ informationellen Polizeirechts: Mästl, Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts, DVBl. 2007, 581 (581 f.).

dabei, ein „dynamisches Gefahrverständnis“ anzulegen, das den Prozess von der Informationsbeschaffung bis zur Gefahrintervention als einen zusammenhängenden Prozess des Sicherheitsrechts begreift. Es gilt, gerichtlich kontrollierbare und unmissverständliche⁹⁸ Termini zu finden, die dem Wesen der nachrichtendienstlichen Vorfeldarbeit gerecht werden. Der indiziengeprägte Prozess der strategischen Fernmeldeaufklärung könnte in verschiedene Stufen von „Verdachtsgraden“ eingeteilt werden, deren Überschreiten den gezielteren Einsatz von Selektoren und schließlich die Übermittlung rechtfertigt. Unterschieden werden könnte zwischen einem rein „lagebezogenen abstrakten Gefahrverdacht“, einem „personenbezogenen abstrakten Gefahrverdacht“ und einem „konkreten Gefahrverdacht“.⁹⁹ Die Konkretisierung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe würde der einzurichtenden Kontrollstruktur obliegen. Aus den Treffern der Auslandsaufklärung müssten Indizien hervorgehen, die darauf hinweisen, dass die betroffene Person eine „spezifische individuelle Nähe“ zur aufzuklärenden Bestrebung aufweist.¹⁰⁰ Je weiter die Person in die abstrakte Gefahrenlage involviert ist, desto präzisere Suchbegriffe dürften verwendet werden. Beispielsweise wäre eine Übereinstimmung des Treffers mit Hinweisen aus der internationalen Kooperation ein „tatsächlicher Anhaltspunkt“ für eine Erhöhung des Verdachtsgrades.¹⁰¹

Die vom *BVerfG* im BND-Urteil entwickelten Vorgaben bieten reichlich Impulse, um das dogmatische Vakuum mithilfe wesensspezifischer Termini aufzufüllen.¹⁰²

E. Das BNDG-Änderungsgesetz

Wie etwa von *Aust* vorausgesagt, verfolgte die Bundesregierung das Ziel, lediglich die Vorgaben des *BVerfG* vor Ablauf der Frist (31.12.2021) umzusetzen, ohne das Recht der Nachrichtendienste grundlegend zu reformieren.¹⁰³ Das Änderungsgesetz der Bundesregierung passierte am 25.3.2021 – circa 10 Monate nach dem Urteil – den Bundestag und wurde anschließend dem Bundesrat

⁹⁸ Das *BVerfG* benutzt im Zusammenhang mit den Vorgaben gelegentlich den polizeirechtlich konnotierten Begriff der „Gefahr“, obwohl auf nachrichtendienstlicher Ebene in aller Regel nur von Verdachtsmomenten für eine Gefahrentwicklung gesprochen werden kann.

⁹⁹ *Möstl* (Fn. 97), S. 587 f.; in diese Richtung auch: *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2252 f).

¹⁰⁰ *BVerfG*, NJW 2016, 1781 (1786); *Lindner/Unterreitmeier* (Fn. 12), S. 173 plädieren auch für einen nachrichtendienstlichen „Störerbegriff“ in Form einer „involvierten Person“.

¹⁰¹ In diesem Sinne können auch Ausführungen des *BayVerfGH* zur sog. „erhöhten abstrakten Gefahr“ verstanden werden, *BayVerfGH*, NVwZ 2006, 1284 (Ls., 1287 f.).

¹⁰² Vgl. auch: *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2256 f.).

¹⁰³ *Aust* (Fn. 25), S. 723.

zugeleitet. Es sollen hier drei praxisrelevante Aspekte der Umsetzung näher beleuchtet werden.

I. Begriffsbestimmungen und neue Ermächtigungsgrundlagen

Trotz akribischer Umsetzungsarbeit stellte der Gesetzgeber im BNDGÄndG keine Definitionen für Begriffe der nachrichtendienstlichen Praxis wie zum Beispiel tatsächliche Anhaltspunkte (§ 19 Abs. 4 BNDGÄndG), Gefahrfrühaufklärung (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 BNDGÄndG) oder Verdacht (§ 21 Abs. 2 BNDGÄndG) auf. Nach aktuellem Stand können diese bisher nur unter Rückgriff auf Ausführungen des *BVerfG* selbst¹⁰⁴ sowie der straf- und polizeirechtlichen Dogmatik¹⁰⁵ einer rechtlichen Kontrolle durch den *Unabhängigen Kontrollrat* unterzogen werden. Dies wird vor dem Hintergrund der vorgeschriebenen Differenzierung zwischen Aufklärungsmaßnahmen zu allgemein politischen Unterrichtungszwecken der Bundesregierung einerseits und zu Zwecken der „Gefahrfrühaufklärung“ und Strafverfolgung andererseits bedeutsam.¹⁰⁶ Der Gesetzgeber hat – wie vom *BVerfG* ausdrücklich für verfassungsgemäß erachtet – die strategische Ausland-Fernmeldeaufklärung zur politischen Unterrichtung der Bundesregierung auf Ebene der Datenerhebung und -verwertung nicht an Eingriffsschwellen gebunden (vgl. §§ 19 Abs. 3; 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BNDGÄndG).¹⁰⁷ Dienen die Aufklärungsmaßnahmen dagegen der „Gefahrfrühaufklärung“, sieht die Eingriffsschwelle „tatsächliche Anhaltspunkte“ vor (vgl. § 19 Abs. 4 S. 1 BNDGÄndG).

Bemerkenswerterweise hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, für Datenübermittlungen an in- und ausländische öffentliche Stellen allein zweckgebundene anlasslose Ermächtigungsgrundlagen beizubehalten, obwohl das Verfassungsgericht ihm diese Gestaltungsmöglichkeit offengelassen hatte (vgl. §§ 29 und 30 BNDGÄndG).¹⁰⁸

¹⁰⁴ Das *BVerfG* versteht unter „tatsächlichen Anhaltspunkten“ eine Tatsachenbasis, die den Verdacht einer besonders schweren Straftat in konkretisierter Weise begründet. Bloße Anhaltspunkte, wie sie ausreichen, um erste allgemeine Ermittlungen der Strafverfolgung einzuleiten, (vgl. § 152 Abs. 2 StPO) genügen nicht. Vielmehr soll der Verdichtungsgrad demjenigen einer Wohnraumüberwachung gemäß § 100c StPO entsprechen, *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2257).

¹⁰⁵ *Brunns*, in: KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 100c Rn. 10.

¹⁰⁶ Siehe oben: **B. II. 2.**

¹⁰⁷ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2252 f.).

¹⁰⁸ *Ebd.*, S. 2257, auch auf Ebene der Datenerhebung und -verwertung ist der Gesetzgeber über die Vorgaben des *BVerfG* hinausgegangen, indem er auch die gezielte Erhebung personenbezogener Daten gemäß § 20 Abs. 1, 2 BNDÄndG an qualifizierte

Begrüßenswert für eine Systembildung im Recht der Nachrichtendienste ist, dass der Gesetzgeber dem Impuls des *BVerfG*, „Gründe und Gesichtspunkte, unter denen strategische Überwachungsmaßnahmen gezielt auf bestimmte Personen gerichtet werden, festzulegen“, nachgekommen ist.¹⁰⁹ So setzen mehrere Eingriffsbefugnisse des BND nunmehr voraus, dass die Zielperson „Verursacher von Gefahren i. S. d. § 19 Abs. 4 BNDGÄndG“ ist.¹¹⁰ Ausweislich der Gesetzesbegründung des BNDGÄndG bezog die Bundesregierung ebenfalls die Ausführungen des *BVerfG* ein, im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung bei der Auswahl von Suchbegriffen Präferenzregeln für den Grad der Verstrickung der Zielperson in die aufzuklärende Gefahrenlage aufzustellen.¹¹¹ Dementsprechend sind die Verhältnismäßigkeitsanforderungen an die Überwachung von unbeteiligten Dritten („informationelles Sonderopfer“¹¹²) wesentlich höher als von unmittelbar Beteiligten. Auch hier kann die Rechtsprechung aus dem BKAG-Urteil fruchtbar gemacht werden, die von heimlichen Überwachungsmaßnahmen verlangt, dass die Zielperson eine „spezifische individuelle Nähe“ zur entstehenden Gefahrenlage aufweist.¹¹³ Unglücklicherweise verwendet der Gesetzgeber im BNDÄndG missverständlich den polizeirechtlich geprägten Begriff des „Verursachers“. Einer Dogmatik dienlicher wäre ein unbesetzter Terminus wie etwa der einer „involvierten Person“ gewesen.¹¹⁴

Während der Personenkreis von Zielpersonen nachrichtendienstlicher Aufklärungsmaßnahmen durch das Änderungsgesetz nunmehr hinreichend bestimmt kodifiziert wurde, lässt das Gesetz Konkretisierungen zu einem „nachrichtendienstlichen Gefahrbegriff“ bzw. zum Begriff der „tatsächlichen Anhaltspunkte“ für eine gefahrenträchtige Lage vermissen. Der Gefahrenbegriff könnte mit der oben (C. II.) vorgestellten Differenzierung zwischen Verdachtsgraden von tatsächlichen Anhaltspunkten konkretisiert werden.

Eingriffsschwellen geknüpft hat, obwohl das Gericht ihn selbst hiervon (fraglicherweise) freigestellt hat, *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2253).

¹⁰⁹ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2253).

¹¹⁰ § 20 Abs. 2 Nr. 1; § 34 Abs. 5 BNDÄndG.

¹¹¹ Vgl. S. 71, 110 und 119 der aktuellen Gesetzesbegründung, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/976020/1829370/3299c2a2c74446424413b4363d6fb035/2020-12-16-rege-ge-bnd-data.pdf?download=1> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

¹¹² So der Verfassungsrichter a. D. *Schluckebier* in seinem Sondervotum zum BKAG-Urteil: NJW 2016, 1781 (1811). Befürwortend für Nachrichtendienste bereits: *Lindner/Unterreitmeier* (Fn. 12), S. 173.

¹¹³ Vgl. oben: C. II.

¹¹⁴ So: *Lindner/Unterreitmeier* (Fn. 12), S. 173.

II. Harmonisierung der Kontrollstruktur?

Um die Zersplitterung im Recht der Nachrichtendienste wenigstens im Ansatz zu vereinheitlichen, hätte der Gesetzgeber die Aufspaltung der Befugnisse des BND in G 10 und BNDG aufheben können, da die Trennung Folge der nunmehr für verfassungswidrig erklärten Auffassung war, es gäbe keine extritoriale Grundrechtsbindung.¹¹⁵ Somit bleiben weiterhin auch zwei Spruchkörper im Rahmen ihrer derzeit zugewiesenen Kompetenz tätig; die internationale Kommunikation nach dem G 10 verbleibt bei der *G10-Kommission* und die Ausland-Ausland-Kommunikation nunmehr bei dem *Unabhängigen Kontrollrat* (vgl. §§ 41 ff. BNDGÄndG).

Die Rechtskontrolle durch das derzeit noch tätige *Unabhängige Gremium* (§ 16 BNDG) und den *Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit* (BfDI) genügten den Ansprüchen des *BVerfG* an die Kontrolltätigkeit nicht.¹¹⁶ Das *Unabhängige Gremium* wird fortan durch den *Unabhängigen Kontrollrat* abgelöst, während die Kompetenzen des BfDI unberührt bleiben (vgl. § 58 BNDGÄndG).

III. Individueller Rechtsschutz vor der gerichtsähnlichen Stelle?

Durchaus kritisiert werden kann, dass der derzeitige Gesetzesentwurf nicht den Vorschlag des *BVerfG* aufgreift, auch einzelnen Bürgern (bei nachgewiesener plausibler Betroffenheit) das Recht einzuräumen, spezielle Beschwerdeverfahren vor der gerichtsähnlichen Kontrollstelle einzuleiten.¹¹⁷ Dies hätte dazu beitragen können, die weiterhin bestehenden Rechtsschutz- und Transparenzdefizite des kompensatorischen Konzepts abzufedern. In Großbritannien werden sogenannte In-Camera-Verfahren bereits seit der Reform des Investigatory Powers Act im Jahre 2016 durchgeführt, die in Abwesenheit des Beschwerdeführers vor einer ebenfalls unabhängigen gerichtsähnlichen Stelle – dem Investigatory Powers Tribunal – verhandelt werden.¹¹⁸ Die Herausbildung einer konsistenten Rechtsprechung zum Schutz der Zivilgesellschaft in

¹¹⁵ *Aust* (Fn. 25), S. 723; siehe auch die umfangreichen Vorschläge der Stiftung Neue Verantwortung zur Vereinheitlichung der Kontrollgremien in: BND-Reform, die Zweite, S. 9 ff., abrufbar unter: https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/bnd_reform_die_zweite_vorschlaege_zur_neustrukturierung.pdf, (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

¹¹⁶ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2268 f).

¹¹⁷ *Aust* (Fn. 25), S. 723.

¹¹⁸ *McKay/Walker*, in: Dietrich/Gärditz/Graulich/Gusy/Warg, Reform der Nachrichtendienste zwischen Vergesetzlichung und Internationalisierung, 2019, S. 119 (125), die auf die überschaubare Erfolgsrate derartiger Verfahren in Großbritannien hinweisen (zwischen 2012 und 2016 obsiegten die Beschwerdeführer in nur 23 von 1002 Fällen).

nachrichtendienstlichen Fällen obliegt nun allein dem Wechselspiel der neuen Kontrollstruktur mit dem Bundeskanzleramt und dem BND.

IV. Fazit zu den Gesetzesänderungen

Der Gesetzgeber hat sich – soweit es den Gegenstand dieser Arbeit betrifft – die Vorgaben des *BVerfG* im Wesentlichen zu eigen gemacht. Hervorzuheben ist jedoch, dass Eingriffs- und Übermittlungsschwellen geschaffen wurden, die über die Anforderungen des BND-Urteils hinausgehen. Das Gesetz konkretisiert nunmehr hinreichend den Personenkreis der durch Aufklärungsmaßnahmen Betroffenen, sodass der Ausbildung eines nachrichtendienstlichen „Störerbegriffs“ nichts mehr im Wege steht. Unglücklicherweise unterblieb bisher eine gesetzgeberische Begriffsbestimmung für den nachrichtendienstlichen Gefahrbegriff sowie die Einbeziehung der Zivilbevölkerung in Verfahren vor dem gerichtsähnlichen Kontrollrat.

F. Folgen des Urteils für die Praxis

Das BND-Urteil wird bereits jetzt als „Meilenstein“ im Außen- und Sicherheitsverfassungsrecht gehandelt¹¹⁹, dessen Auswirkungen erst ansatzweise im Gesetzesentwurf zur Änderung des BNDG¹²⁰ absehbar sind. Durch die Schutzmechanismen, die für Journalisten und andere Berufsgeheimnisträger¹²¹ weltweit erstritten wurden, setzt das BND-Urteil ein Zeichen für die Bedeutung einer freien Presse.

In der effektiven Koordination der neuen Kontrollstruktur mit der Bundesregierung dürfte eine harte Bewährungsprobe für die wehrhafte Demokratie liegen.¹²² Insbesondere die neuen, umfassenden Befugnisse und Erlaubnisvorbehalte¹²³ der gerichtsähnlichen Stelle werden die Effektivität der Aufklärungsarbeit des BND herausfordern. Durch die Erhöhung der Arbeitsschritte wird auch der BND personell aufzustocken sein, um einer Verlangsamung des gesamten Prozesses entgegenzuwirken.

Es bleibt zudem abzuwarten, ob die verbindliche Trennung zwischen inländischer, internationaler und ausländischer Kommunikation langfristig Bestand haben wird. Angesichts der erheblichen Zweifel an der technischen

¹¹⁹ *Dietrich* (Fn. 25), S. 182.

¹²⁰ Vgl. Fn. 2.

¹²¹ Nunmehr: § 21 und § 35 BNDGÄndG.

¹²² *Ebd.*

¹²³ Vgl. *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2252).

Umsetzbarkeit von Filtersystemen¹²⁴, die nach Staatsangehörigkeit und Aufenthaltsort präzise differenzieren können, sind Beanstandungen durch das neue administrative Kontrollorgan des *Unabhängigen Kontrollrats* vorprogrammiert (vgl. § 19 Abs. 7 S. 2 BNDGÄndG).¹²⁵

Ferner ist auch trotz der berechtigten Kritik¹²⁶ an den Verweisen des *BVerfG* auf aktuell laufende Verfahren¹²⁷ vor dem *EGMR* im Zusammenhang mit Art. 1 Abs. 2 GG nicht auszuschließen, dass der *EGMR* das deutsche Diktum bei der Konkretisierung des Geltungsbereichs der EMRK beachten wird (vgl. Art. 1 EMRK).

Schließlich bricht das BND-Urteil in bemerkenswerter Weise mit einem Trend im internationalen Recht, der in Richtung normative Unverbindlichkeit („soft law“) geht.¹²⁸ Das *BVerfG* entnimmt dem Grundgesetz vielmehr eine Aufgabe, sicherheits- und außenpolitischen Gefahren durch Kosmopolitismus mit konstitutiver Rückbindung entgegenzutreten.

¹²⁴ Vgl. Fn. 48.

¹²⁵ Vgl. § 52 Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des BND-Gesetzes zur Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts sowie des Bundesverwaltungsgerichts.

¹²⁶ S. o.: C. I. 1.; Gärditz (Fn. 36), S. 827 f.

¹²⁷ *EGMR, Big Brother Watch and others v. The United Kingdom*, Urt. v. 13.9.2018, Rs. 58170/13, 62322/14, 24960/15, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186048> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021) = NVwZ 2018, 1457.

¹²⁸ Vgl. Schäfer, Soft law im System des Völkerrechts, JuS 2020, 827 (829 f.).