

Schaller, Christian

**Research Report**

## Detaillierte Regeln für die Auslandsüberwachung: Auch nach der Reform des BND-Gesetzes bleibt rechtlicher und politischer Klärungsbedarf

SWP-Aktuell, No. 66/2016

**Provided in Cooperation with:**

Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP), German Institute for International and Security Affairs, Berlin

*Suggested Citation:* Schaller, Christian (2016) : Detaillierte Regeln für die Auslandsüberwachung: Auch nach der Reform des BND-Gesetzes bleibt rechtlicher und politischer Klärungsbedarf, SWP-Aktuell, No. 66/2016, Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP), Berlin

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/255410>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*

## Detaillierte Regeln für die Auslandsüberwachung

**Auch nach Reform des BND-Gesetzes bleibt rechtlicher und politischer Klärungsbedarf**

*Christian Schaller*

**Am 21. Oktober 2016 hat der Deutsche Bundestag erstmals ein Gesetz zur sogenannten Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung verabschiedet. Dabei geht es um die Überwachung elektronischer Kommunikation von Ausländern im Ausland durch den Bundesnachrichtendienst (BND). Diesbezüglich konnte sich der BND bislang nicht auf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage stützen. Das Gesetz schafft insofern ein gewisses Maß an Rechtssicherheit, wirft aber auch Fragen zur Reichweite des deutschen Grundrechtsschutzes auf. Außerdem zeichnet sich ab, dass es unter den Bedingungen moderner Datenübertragung zu praktischen Problemen bei der Umsetzung kommen wird.**

Im Zuge der noch laufenden Aufarbeitung der NSA-Affäre vor dem Untersuchungsausschuss des Bundestages war eine rechtspolitische Debatte darüber entbrannt, ob die Kommunikationsüberwachung durch den BND in vollem Umfang von den bestehenden Gesetzen gedeckt ist. Einer der Hauptkritikpunkte lautete, dass die Überwachung von Ausländern im Ausland ohne gesetzliche Grundlage erfolge. Immerhin handelt es sich dabei gewissermaßen um das »Kerngeschäft« des BND. Unklar war auch, worauf sich die Weitergabe der betreffenden Daten an ausländische Nachrichtendienste stützt. Außerdem wurden seit langem Defizite bei der Geheimdienstkontrolle bemängelt. Insbesondere der Bereich der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung war einer Überprüfung durch

die zuständigen Gremien bislang weitgehend entzogen.

Zugleich hatten die terroristischen Anschläge in Frankreich und Belgien erneut deutlich gemacht, wie wichtig ein reibungsloser grenzüberschreitender Informationsaustausch zwischen den Sicherheitsbehörden ist. Nachrichtendienste müssen in der Lage sein, Informationen gemeinsam auszuwerten und Erkenntnisse zusammenzuführen. Auch insoweit sah der Gesetzgeber Handlungsbedarf.

Das Gesetzespaket, das der Bundestag jetzt beschlossen hat, besteht aus zwei Teilen. Zum einen wurden spezielle Vorgaben für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung im bereits existierenden BND-Gesetz (BNDG) verankert (BT-Drs. 18/9041 und 18/9529). Diese Vorgaben betreffen auch die

Kooperation mit ausländischen Diensten. Außerdem enthält das BND-Gesetz nun spezielle Rechtsgrundlagen für die Schaffung gemeinsamer Dateien. Zum anderen wurde das Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes überarbeitet (BT-Drs. 18/9040). Die folgende Analyse konzentriert sich im Wesentlichen auf die Reform des BNDG.

Im Ergebnis ist hervorzuheben, dass die Regelungen, die der Gesetzgeber für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung geschaffen hat, relativ detailliert sind. Im internationalen Vergleich dürfte dies eher die Ausnahme sein. Bisher üben die Staaten größte Zurückhaltung darin, durch gesetzliche Regelungen transparent zu machen, wie viel Spielraum sie ihren Diensten bei der Überwachung von Ausländern im Ausland zugestehen. Aus Sicht der Nachrichtendienst-Kontrolleure ist es sicher wünschenswert, dass die gesetzlichen Vorgaben ein höheres Maß an Detailliertheit aufweisen.

Darüber hinaus fällt auf, dass den neuen Regelungen im BND-Gesetz ein Verständnis zugrunde liegt, wonach Ausländer keinen Grundrechtsschutz genießen, wenn sie sich im Ausland befinden und dort vom BND abgehört werden. Ob sich diese Auffassung mit dem Grundgesetz vereinbaren lässt, ist umstritten.

Problematisch ist auch die grundlegende Annahme, der BND könne zuverlässig zwischen Kommunikationsverkehren deutscher und ausländischer Staatsangehöriger unterscheiden und den Aufenthaltsort der Kommunikationsteilnehmer eindeutig lokalisieren. Dass dies unter den Bedingungen moderner Datenübertragung nicht mehr ohne weiteres möglich ist, dürfte die Umsetzbarkeit der für die Kommunikationsüberwachung geltenden Vorschriften insgesamt in Frage stellen.

### **Die bisherige Gesetzeslage**

Bislang waren die nachrichtendienstlichen Instrumente der strategischen Fernmeldeaufklärung und der gezielten Telekommunikationsüberwachung nur im Gesetz zur

Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (G 10) geregelt. Gemäß § 5 G 10 darf der BND internationale Telekommunikationsbeziehungen überwachen, um bestimmte Gefahren rechtzeitig zu erkennen und abzuwehren (z.B. die Gefahr terroristischer Anschläge oder der internationalen Verbreitung von Kriegswaffen). § 3 G 10 ermächtigt den BND dazu, die Kommunikation einzelner Personen gezielt abzuhören, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht bestehen, dass gewisse Straftaten geplant werden oder begangen worden sind. Da es sich bei all diesen Maßnahmen um Eingriffe in das durch Art. 10 des Grundgesetzes (GG) garantierte Fernmeldegeheimnis handelt, dürfen sie nur unter engen Voraussetzungen angeordnet und durchgeführt werden.

Nach Ansicht der Bundesregierung und des BND schützt Art. 10 GG jedoch nur deutsche Staatsangehörige und inländische juristische Personen sowie Ausländer, die sich in Deutschland aufhalten. Hingegen seien Ausländer im Ausland nicht durch den Verfassungsartikel geschützt; die Überwachung ihrer Kommunikation unterliege daher nicht dem G 10. BND-intern hat sich für die Kommunikation von Personen, die als nicht grundrechtsgeschützt angesehen werden, der Begriff »Routineverkehre« durchgesetzt (im Gegensatz zu den vom G 10 erfassten »G 10-Verkehren«). Die Überwachung von Routineverkehren sei durch die allgemeine Aufgabenzuweisung in § 1 Abs. 2 S. 1 BNDG gedeckt. Konkrete Vorgaben für die Kommunikationsüberwachung hat das BND-Gesetz vor seiner Überarbeitung nicht enthalten.

### **Wichtige Neuerungen im Überblick**

Wie detailliert die neuen Regelungen zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung im BND-Gesetz sind, soll anhand einiger Beispiele illustriert werden.

- ▶ Rechtliche Grundlage für die Überwachung der Telekommunikation von Ausländern im Ausland ist § 6 BNDG. Danach hat der BND deutlich größere

Spielräume als im Rahmen des G 10. Beispielsweise muss gemäß § 6 BNDG – anders als nach § 5 G 10 – kein Bezug zu einem bestimmten Gefahrenbereich gegeben sein. Ausreichend ist, dass die Maßnahme etwa dazu dienen soll, die Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik zu wahren oder sonstige Erkenntnisse von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung über Vorgänge zu gewinnen, zu deren Beobachtung der BND von der Bundesregierung beauftragt ist. Damit liegt die Eingriffsschwelle relativ niedrig.

- ▶ Ein Gefälle zwischen dem G 10 und dem BND-Gesetz zeigt sich auch im Bereich des Datenschutzes, der für Ausländer, die im Ausland abgehört werden, vergleichsweise gering ist.
- ▶ Die Voraussetzungen für eine stärker formalisierte Kooperation des BND mit ausländischen Nachrichtendiensten sind nun erstmals gesetzlich normiert worden (§ 13 BNDG). Sind die betreffenden Voraussetzungen gegeben, so eröffnet sich dem BND unter anderem die Möglichkeit, die im Rahmen der Zusammenarbeit gewonnenen Informationen, einschließlich personenbezogener Daten, in einem automatisierten Verfahren an den Kooperationspartner weiterzuleiten (§ 15 BNDG). Dabei ist wohl auch die direkte Übermittlung großer Mengen von Kommunikationsverkehren rechtlich abgedeckt – was unter den strengen Regularien des G 10 nicht möglich wäre.
- ▶ Dass eine formalisierte Kooperation vom BND nicht dazu genutzt werden darf, seine eigenen Rechtsbindungen zu umgehen, stellt § 14 Abs. 2 BNDG klar. Demnach ist es dem BND zum Beispiel untersagt, sich im Wege einer Zusammenarbeit Daten zu verschaffen, die er in eigener Regie nicht erheben dürfte. Außerdem darf es ausländischen Nachrichtendiensten im Rahmen der Kooperation nicht gestattet werden, von deutschem Boden aus Fernmeldeaufklärung zu betreiben (§ 14 Abs. 3 BNDG).
- ▶ Der Umstand, dass der Gesetzgeber Möglichkeiten einer institutionalisierten

Kooperation in den §§ 13 bis 15 BNDG ausdrücklich geregelt hat, schließt nicht aus, dass der BND darüber hinaus von Fall zu Fall auch weiterhin ohne entsprechend formalisierte Absprache mit anderen Diensten zusammenarbeitet. Auf welcher rechtlichen Grundlage ein Datenaustausch dann stattfinden soll, ist nach wie vor unklar. Bislang hat der BND die Auffassung vertreten, dass die bereits existierenden Vorschriften im BND-Gesetz, die auf das Bundesverfassungsschutzgesetz verweisen und zumindest einen gewissen Rahmen für die Datenübermittlung abstecken, beim Abhören von Satellitenkommunikation und internationalen Kabelverbindungen nicht anwendbar seien. Stattdessen sah sich der BND insoweit lediglich an elementare Rechtsstaatsprinzipien gebunden. Offen ist, ob diese Haltung weiterhin besteht.

- ▶ Geradezu revolutionär ist der Versuch, das Ausspähen von EU-Institutionen und EU-Mitgliedstaaten sowie von Unionsbürgerinnen und -bürgern gesetzlich einzugrenzen. So sieht § 6 Abs. 3 BNDG beispielsweise vor, dass Suchbegriffe, die zur gezielten Erfassung entsprechender Einrichtungen oder Personen führen, nur verwendet werden dürfen, wenn dies erforderlich ist, um Gefahren im Sinne von § 5 G 10 zu erkennen oder abzuwehren; oder wenn dabei ausschließlich Daten über Vorgänge in Drittstaaten gesammelt werden sollen, die von besonderer Relevanz für die Sicherheit der Bundesrepublik sind. Auch verfahrensrechtlich unterliegen Überwachungsmaßnahmen mit EU-Bezug verschärften Anforderungen. Das Besondere an dieser Regelung ist, dass nunmehr gesetzlich abgesichert ist, was vor einiger Zeit noch bestritten wurde – dass nämlich auch der BND unter Umständen »Freunde ausspähen« muss. Gleichzeitig ist bemerkenswert, dass der Gesetzgeber den Spielraum des BND in dieser Hinsicht nun eingengt hat. In anderen EU-Staaten dürften kaum vergleichbare Regelungen bestehen.

- ▶ Maßnahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nach § 6 BNDG müssen vom Bundeskanzleramt angeordnet werden. Für die Prüfung der Zulässigkeit und Notwendigkeit solcher Anordnungen ist das neugeschaffene Unabhängige Gremium zuständig. Erklärt das Unabhängige Gremium eine Überwachungsanordnung für unzulässig oder nicht notwendig, so ist diese unverzüglich aufzuheben (§ 9 Abs. 4 BNDG). Das Unabhängige Gremium setzt sich aus Richtern und Bundesanwälten des Bundesgerichtshofs zusammen, die vom Bundeskabinett berufen werden (§ 16 BNDG). Dies unterscheidet das Gremium von der G 10-Kommission, der die Überprüfung von Maßnahmen nach dem G 10 obliegt; deren Mitglieder sind unabhängige Ehrenamtliche, die vom Parlamentarischen Kontrollgremium des Bundestages bestellt werden.

© Stiftung Wissenschaft und Politik, 2016  
Alle Rechte vorbehalten

Das Aktuell gibt die Auffassung des Autors wieder

**SWP**  
Stiftung Wissenschaft und Politik  
Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit

Ludwigkirchplatz 3–4  
10719 Berlin  
Telefon +49 30 880 07-0  
Fax +49 30 880 07-200  
www.swp-berlin.org  
swp@swp-berlin.org

ISSN 1611-6364

## Verfassungsrechtliche Bedenken

Die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung wurde ohne Bezugnahme auf Art. 10 GG im BND-Gesetz geregelt. Dies zeigt, dass der Gesetzgeber die von der Bundesregierung und vom BND vertretene Auffassung hinsichtlich des begrenzten persönlichen und räumlichen Schutzbereichs von Art. 10 GG übernommen hat. Die über viele Jahre in der Praxis getroffene Unterscheidung zwischen G 10-Verkehren und Routineverkehren wurde damit nun im Gesetz verankert. Aus verfassungsrechtlicher Sicht wirft diese Unterscheidung Probleme auf. So lässt sich durchaus argumentieren, dass ausländische Staatsangehörige auch dann Grundrechtsschutz genießen (zumindest in modifizierter Form), wenn sie im Ausland von Überwachungsmaßnahmen des BND betroffen sind. Die Mehrheit der deutschen Verfassungsrechtler scheint jedenfalls dieser Auffassung zu sein. Das Bundesverfassungsgericht hat sich dazu allerdings noch nicht geäußert.

## Umsetzbarkeit

Den Regelungen im BND-Gesetz und im G 10 liegt die zentrale Annahme zugrunde, dass der BND tatsächlich nach der Nationalität und dem Aufenthaltsort der Kommunizierenden verschiedene Arten von Kommunikationsverkehren unterscheiden kann. So sind zum Beispiel rein innerdeutsche Verkehre, zu deren Überwachung der BND nicht befugt ist, vollständig aus den gewonnenen Datenströmen herauszufiltern; G 10-Verkehre müssen von Routineverkehren getrennt werden; Kommunikationsvorgänge mit EU-Bezug sind ebenfalls gesondert zu behandeln; und nicht zuletzt soll der BND »die richtigen Leitungen« treffen, über die Kommunikationsverkehre in bestimmten Auslandsregionen abgewickelt werden. In einer solchen Zuordnung und Lokalisierung von Kommunikationsverkehren dürfte derzeit die größte praktische Herausforderung bestehen.

Zum einen zweifeln Experten an der Effektivität der existierenden Filtersysteme. Zum anderen ist es im Zeitalter der paketvermittelten Übertragung von Telekommunikationsdaten über das Internet ohnehin nicht mehr möglich, eindeutig zwischen inländischen und ausländischen Datenverkehren zu unterscheiden. Paketvermittlung bedeutet, dass eine Kommunikation in einzelne Bestandteile zerlegt wird, die über verschiedene Wege zum Empfänger transportiert und erst dort wieder zusammengesetzt werden. Welche Route diese Pakete nehmen, lässt sich kaum vorhersagen.

Die vom BND-Gesetz und vom G 10 geforderten Unterscheidungen können offenbar nicht in vollem Umfang zuverlässig getroffen werden. Damit aber stellt sich die Frage, welches Maß an Unschärfe auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten hinzunehmen ist und ob die eingeführten Kategorien im Lichte der technologischen Entwicklung nicht grundsätzlich überdacht werden müssen.