

Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat

Herausgegeben von
JAN-HENDRIK DIETRICH,
KLAUS FERDINAND GÄRDITZ,
KURT GRAULICH,
CHRISTOPH GUSY
und GUNTER WARG

*Beiträge zum Sicherheitsrecht
und zur Sicherheitspolitik*

1

Mohr Siebeck

Beiträge zum Sicherheitsrecht und zur Sicherheitspolitik

herausgegeben von

Jan-Hendrik Dietrich, Klaus Ferdinand Gärditz
und Kurt Graulich

1



Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat

Kontrolle – Rechtsschutz – Kooperationen

Herausgegeben von

Jan-Hendrik Dietrich, Klaus Ferdinand Gärditz,
Kurt Graulich, Christoph Gusy und Gunter Warg

Mohr Siebeck

Jan-Hendrick Dietrich

ist Professor für Verwaltungsrecht, Staatsrecht und Sicherheitsverwaltungsrecht am Fachbereich Nachrichtendienste an der Hochschule des Bundes in München/Haar.

Klaus Ferdinand Gärditz

ist Professor für Öffentliches Recht an der Universität Bonn, stellvertretender Richter am Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen und Richter im Nebenamt am Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen.

Kurt Graulich

ist Honorarprofessor an der Humboldt-Universität zu Berlin und Richter am Bundesverwaltungsgericht a.D.

Christoph Gusy

ist Professor für Öffentliches Recht, Staatslehre und Verfassungsgeschichte an der Universität Bielefeld.

Gunter Warg

ist hauptamtlich Lehrender am Fachbereich Nachrichtendienste der Hochschule des Bundes in Brühl.

ISBN 978-3-16-155923-5 / eISBN 978-3-16-156234-1

DOI 10.1628/978-3-16-156234-1

ISSN 2568-731X / eISSN 2569-0922 (Beiträge zum Sicherheitsrecht und zur Sicherheitspolitik)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Den deutschen Nachrichtendiensten ist gesetzlich ein wichtiger Teil staatlicher Sicherheitsgewährleistung überantwortet: Für politische Entscheidungsträger fungieren sie als Frühwarnsysteme für Gefährdungen der inneren und äußeren Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland; im Wirkungsverband mit Polizeibehörden und Staatsanwaltschaften tragen sie zur Verhinderung und Aufklärung von Straftaten bei. Die Bevölkerung bringt Nachrichtendiensten wie dem Bundesnachrichtendienst (BND) oder dem Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) hohe Funktionserwartungen entgegen, allgemeine Sicherheitsbedürfnisse zu befriedigen. Zugleich sind die Nachrichtendienste wie andere Behörden auch an das geltende Recht gebunden und dürfen durch ihre Aufklärungsarbeit die Grund- und Menschenrechte nicht verletzen.

Den Rechtsgrundlagen nachrichtendienstlicher Tätigkeit kommt die Aufgabe zu, den Schutz grundrechtlicher Freiheiten und die wirksame Erfüllung nachrichtendienstlicher Aufgaben miteinander in Einklang zu bringen. Die von Bundeskanzleramt und Bundesministerium des Innern gemeinsam initiierte Veranstaltungsreihe „Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat“ etabliert in diesem Zusammenhang erstmals ein Forum für einen rechtswissenschaftlichen Diskurs über das Recht der Nachrichtendienste, das als Begegnungsplattform über die Nachrichtendienste, die betroffenen Sicherheitsbehörden und die beteiligten Ressorts hinaus auch eine Fachöffentlichkeit zu einem sachverständigen Austausch einlädt. Die Veranstaltungsreihe wendet sich daher sowohl an Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler als auch an Vertreterinnen und Vertreter aus Justiz, Anwaltschaft, Verwaltung, Medien und Politik.

Der vorliegende Tagungsband dokumentiert die Ergebnisse des 1. Symposiums in der Reihe, das vom 3. bis zum 4. November 2016 in Berlin stattfand und inhaltlich den Schwerpunkten „Kontrolle“, „Rechtsschutz“ und „Kooperationen“ gewidmet war. Die wissenschaftliche Leitung des Symposiums wurde von den Veranstaltern den Herausgebern dieses Bandes übertragen. Bei der Organisation der Tagung hat die wissenschaftliche Leitung wertvolle Unterstützung erhalten. Zu danken ist insbesondere Herrn Ministerialrat *Dietmar Marscholleck* und Frau Regierungsdirektorin Dr. *Annett Bratouss* (Bundesministerium des Innern) sowie Herrn Ministerialrat Dr. *Carsten Maas*, Herrn Ministerialrat Dr. *Sven-Rüdiger Eiffler* und Frau Regierungsdirektorin Dr. *Dorothee Maurmann* (Bundeskanzleramt). Die wesentliche Last der Vorbereitung hat Frau

Laura Becker (Bundesministerium des Innern) getragen. Sie hat gemeinsam mit dem Team des Tagungsbüros für einen reibungslosen und angenehmen Tagungsablauf gesorgt und zusammen mit Frau *Maria Geismann*, LL.M. (seinerzeit Universität Bonn) die Erstellung dieses Bandes umsichtig begleitet. Hierfür sind die Herausgeber den Beteiligten sehr verbunden. Herrn Dr. *Franz-Peter Gillig* vom Verlag Mohr Siebeck ist sehr herzlich für die prompte Bereitschaft zu danken, den Tagungsband in das Verlagsprogramm aufzunehmen.

München,
Bonn,
Berlin,
Bielefeld,
Brühl, Juli 2017

Jan-Hendrik Dietrich
Klaus Ferdinand Gärditz
Kurt Graulich
Christoph Gusy
Gunter Warg

Inhalt

Thomas de Maizière

Grußwort anlässlich des ersten Symposiums zum Recht
der Nachrichtendienste: Kontrolle – Rechtsschutz – Kooperationen XI

Klaus-Dieter Fritsche

Grußwort anlässlich des ersten Symposiums zum Recht
der Nachrichtendienste XV

Fachvorträge

Johannes Masing

Nachrichtendienste im freiheitlichen Rechtsstaat 3

Stefanie Schmahl

Nachrichtendienste in der Völkerrechtsordnung 21

Panel 1

Kontrolle der Nachrichtendienste durch Parlament und Regierung

Günter Heiß

Schnittstellen zwischen Aufsicht und parlamentarischer Kontrolle
von Nachrichtendiensten 45

Burkhard Lischka/Kurt Graulich

Stand und Perspektiven der gesetzlichen Fortentwicklung
der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste 55

Heinrich Amadeus Wolff

Entwicklungslinien und Prinzipien der parlamentarischen Kontrolle
der Nachrichtendienste 69

Maria Geismann, Fabian Gilles und Alexandra Adenauer

Diskussionsbericht Panel 1:

Kontrolle der Nachrichtendienste durch Parlament und Regierung 93

Panel 2

Rechtsschutz gegen nachrichtendienstliche Aktivitäten

Reinhard Klaushofer

Die Rechtsschutzbeauftragten – das österreichische Modell
des kommissarischen Rechtsschutzes bei nachrichtendienstlichen
Tätigkeiten 99

Elisabeth Buchberger

Gerichtlicher Rechtsschutz gegen nachrichtendienstliche Aktivitäten? . . . 107

Maria Geismann, Fabian Gilles und Alexandra Adenauer

Diskussionsbericht Panel 2:

Rechtsschutz gegen nachrichtendienstliche Aktivitäten 125

Panel 3

Nachrichtendienste zwischen Aufgabenbeschreibung
und Befugnisnorm

Wilfried Karl

SIGINT Support to Cyber Defense 129

Matthias Bäcker

Zur Reform der Eingriffstatbestände im Nachrichtendienstrecht 137

Maria Geismann, Fabian Gilles und Alexandra Adenauer

Diskussionsbericht Panel 3:

Nachrichtendienste zwischen Aufgabenbeschreibung
und Befugnisnorm 153

Panel 4

Nachrichtendienste in der behördlichen Kooperation

Rainer J. Schweizer

Völkerrechtliche Grenzen internationaler nachrichtendienstlicher
Aktivitäten – ein Diskussionsbeitrag 159

Mark Alexander Zöller

Der Rechtsrahmen für die Übermittlung personenbezogener Daten
unter Beteiligung der Nachrichtendienste 185

Maria Geismann, Fabian Gilles und Alexandra Adenauer

Diskussionsbericht Panel 4:
Nachrichtendienste in der behördlichen Kooperation 195

Fachvortrag und Podiumsdiskussion

Michael O'Flaherty

Grundrechtsschutz und Rechtsbehelfe in der Europäischen Union
im Zusammenhang mit der Überwachung durch Nachrichtendienste:
die Position der Agentur der Europäischen Union für
Grundrechte (FRA) 201

Maria Geismann, Fabian Gilles und Alexandra Adenauer

Podiumsdiskussion: Der Gesetzgeber in der verfassungsrechtlichen
Aufgabenfalle – Gegenwärtige und zukünftige Herausforderungen
der deutschen Nachrichtendienste? 221

Autorenverzeichnis 229

Stichwortverzeichnis 231

Grußwort anlässlich des ersten Symposiums
zum Recht der Nachrichtendienste
Kontrolle – Rechtsschutz – Kooperationen

Thomas de Maizière

Ich begrüße Sie recht herzlich zur Tagung „Nachrichtendienste im Rechtsstaat“. Wie Sie wissen, ist dies die erste Veranstaltung dieser Art. Wir waren etwas überrascht, zugleich aber erfreut, welche Resonanz wir im Vorfeld bereits erhalten haben. Offenbar haben wir mit der Ausrichtung der Veranstaltung ein Format getroffen, das auf reges Interesse der Fachwelt und Medien stößt.

Lassen Sie mich kurz zu unserem Anliegen, zu meinem Anliegen der Veranstaltung etwas sagen. Wenn in der Öffentlichkeit Begriffe wie Verfassungsschutz oder Nachrichtendienst/Geheimdienste fallen, dann assoziieren viele Menschen damit eine Materie, die sich im Dunklen abspielt. Und allein, weil sie sich im Dunkeln abspielt, wird sie oft mit Skepsis betrachtet. Dem wollen wir etwas entgegensetzen, indem wir die Dienste selbst bewusst zum Gegenstand der Erörterung machen und einer Fachöffentlichkeit. Und auch in anderen Bereichen ist „dunkel“ und „nicht Erkennbarkeit“ etwas was durchaus als Teil der Aufgabenerfüllung wahrgenommen und geschützt wird. Denken Sie etwa an die Beichte, die wir sogar rechtsstaatlich schützen. Da kann man schon auf die Idee kommen, dass sie allein deswegen schlecht ist, weil sie nicht öffentlich stattfindet. Also ich sage das nur als methodisches Argument: Allein, weil etwas nicht öffentlich stattfindet, ist es nicht kritikwürdig, sondern verlangt besondere Begründung, besonderer Kontrolle, aber nicht besonderer Kritik.

Wenn Sie sich umschauchen, werden Sie bemerken, dass hier Experten aus ganz unterschiedlichen Lebenswelten eingeladen sind. Natürlich aus den Diensten selbst, aber auch ihre Kritiker und Beobachter aus den Medien, aus den Parlamenten (manche, die besonders laut kritisieren, sind nicht gekommen, obwohl eingeladen), wie auch Vertreter der Justiz, die die Rechtmäßigkeit nachrichtendienstlichen Handelns gerichtlich kontrollieren. Und nicht zuletzt Professoren, die sich mit den rechtswissenschaftlichen Grundlagen und Rahmenbedingungen der Arbeit der Nachrichtendienste befassen.

Für mich sind zwei Erkenntnisse wichtig und sozusagen Ausgangspunkt der Diskussion. 1.: Wir brauchen Nachrichtendienste. Ihre erfolgreiche Arbeit ist für die Sicherheit und die Bewahrung unserer freiheitlichen Demokratie grundlegend und das haben wir heute Nacht wieder erlebt. Und Nachrichtendienste brauchen auch nationale und internationale Zusammenarbeit. Das ist nicht etwas, das man irgendwie notgedrungen machen muss, sondern das ist etwas, was der Sicherheit dient und der Aufgabenerfüllung auch. All dies ist in vielen guten und alten Demokratien unstrittiger als in Deutschland. Und 2.: Die deutschen Nachrichtendienste sind keine Akteure irgendwo im rechtsfreien Raum, sondern sie sind Teil der rechtsstaatlichen Verwaltung. Sie haben zwar besondere Aufgaben, die auch besondere Formen der Aufgabenerfüllung bedingen – sie muss naturgemäß in vielen Fällen mit Geheimhaltung einhergehen. Aber sie sind integriert in gesicherte staatliche demokratische Strukturen. Und es ist gut und richtig, dass ihre interne und externe Kontrolle auch etwas Besonderes ist – anders als bei anderen Behörden. Effektive Kontrollstrukturen sind nicht zuletzt tragend für die breite Akzeptanz dieser weithin verdeckten Aufgabewahrnehmung. Dazu gehört in einem weiteren Sinne auch die Offenheit zum kritischen Diskurs mit der Bereitschaft, die eigene Sicht zu hinterfragen ebenso wie mit dem Ziel, im Dialog ein verbessertes Verständnis zu befördern.

Diesen kritischen Diskurs wollen wir heute vertiefen. Wir eröffnen heute mit dieser Veranstaltung eine Plattform für eine interdisziplinäre Auseinandersetzung und die Vernetzung von fachlicher Expertise, wie sie im angloamerikanischen Raum bereits längst existiert. Und ich habe an anderer Stelle auch schon mehrfach gesagt – für die Bedeutung und die Größe unseres Landes ist im Prinzip die sicherheitspolitische Community zu klein. Sie müsste größer sein. Viel größer sein – bei denen, die darin arbeiten, bei denen, die das kritisieren, bei denen, die das beobachten. Auch der Wechsel hinein in die Sicherheitsbehörden und hinaus aus den Sicherheitsbehörden in andere Bereiche – ministerieller und außenministerieller Verwaltung oder in den wissenschaftlichen Bereich hin wie her – ist in anderen Staaten sehr viel mehr üblich als bei uns. Diese Form des Diskurses, die heute und morgen stattfinden soll, erfüllt zweierlei Funktionen. Zum einen stellen sich die Nachrichtendienste als Gesprächspartner zur Verfügung, um Sachwissen und Hintergründe nachrichtendienstlicher Arbeit zu vermitteln. Und zum anderen sollen die bei der wissenschaftlichen Durchdringung gewonnenen Einsichten uns und die praktische Seite befruchten.

Das Recht der Nachrichtendienste, wie das Thema im engeren Sinne heißt, ist eine der im Wissenschaftsbereich am wenigsten durchdrungenen Rechtsmaterien. Das liegt sicher nicht nur am etwas exotischen Charakter, sondern auch am schwierigen Zugang zu rechtstatsächlichen Materialien. Kein Wunder. Das lädt natürlich wenig zur wissenschaftlichen Diskussion ein. Umso mehr freue ich

mich, dass sie unsere Einladung angenommen haben – insbesondere, soweit sie aus dem wissenschaftlichen Bereich kommen. Wir möchten mit dieser Tagung die Chance bieten, den Gegenstand der wissenschaftlichen Befassung besser kennenzulernen und Sie und ihre Kollegen ermuntern, sich mehr und intensiver, kritischer, konstruktiv mit dem Recht der Nachrichtendienste zu befassen.

Ich wünsche mir, dass diese Veranstaltung der Auftakt wird für einen Dialog zwischen den Beteiligten, der sich im Laufe der Zeit immer mehr verstetigt. Wir haben unser Symposium – darauf wurde schon hingewiesen – nicht als einmaliges Ereignis konzipiert, sondern als Beginn eines langfristigen Dialogs. Und besonders schön wäre es natürlich, wenn in ein, zwei, drei, vier Jahren ein solches Symposium nicht mehr als etwas Besonderes und als etwas Exotisches, sondern als etwas ganz Normales betrachtet würde. Denn zu einer normalen wehrhaften Demokratie gehören Sicherheitsbehörden und die bestehen aus Polizeien und Nachrichtendiensten, die beide ihre Aufgabe zu erfüllen haben. Beide im rechtsstaatlichen Rahmen und beide zum Wohle der Bürgerinnen und Bürger und zum Schutz der Demokratie. Vielen Dank.

Grußwort anlässlich des ersten Symposiums zum Recht der Nachrichtendienste*

Klaus-Dieter Fritsche

Sehr geehrter Herr Minister,
sehr geehrte Abgeordnete,
sehr geehrte Damen und Herren,

ich freue mich, Sie heute hier anlässlich des ersten Symposiums zum Recht der Nachrichtendienste begrüßen zu dürfen.

Die Bedeutung der Nachrichtendienste steigt stetig. Das liegt zum einen an der Gefährdungslage durch den internationalen Terrorismus. Die jüngsten Anschläge in Deutschland und Europa haben das allen klar vor Augen geführt. Es stellen sich aber auch viele andere Herausforderungen. Ich will nur kurz Themen wie russische Desinformationskampagnen oder den Ukraine-Konflikt nennen.

All diesen Herausforderungen kann man auch im nachrichtendienstlichen Bereich nur durch internationale Zusammenarbeit erfolgreich begegnen. Das verändert die Arbeit der Nachrichtendienste, das hat aber auch Auswirkungen auf die drei Themenfelder, die Thema des heutigen Symposiums sind: „Kontrolle – Rechtsschutz – Kooperationen“.

Die Bundesregierung hat auf diese Situation rechtlich reagiert und mit dem neuen BNDG einen wichtigen Schritt geleistet.

Ende Oktober hat der Bundestag das von der Bundesregierung eingebrachte Gesetz zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung verabschiedet. Das Gesetz sorgt mit klaren Regelungen für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes für mehr Rechtssicherheit und Rechtsklarheit.

Ein Novum auch im Vergleich zu den Nachrichtendienstgesetzen anderer Staaten sind die Regelungen zum Schutz der Kommunikation von Einrichtungen der Europäischen Union, öffentlicher Stellen ihrer Mitgliedsstaaten oder von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern. Eine Überwachung dieser Kommunikationen durch den Bundesnachrichtendienst darf nur in eng umgrenzten

* Es gilt das gesprochene Wort.

Ausnahmefällen, zum Beispiel zur Aufklärung von Gefahrenlagen des internationalen Terrorismus, erfolgen.

Des Weiteren stärkt das Gesetz die internationale Zusammenarbeit: Neben klaren Regelungen für Kooperationen auf dem Gebiet der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung findet die gemeinsame Datenhaltung mit ausländischen öffentlichen Stellen Eingang in das BNDG.

Die Kontrolle des BND wird ebenfalls verbessert: Zusätzlich zu der parlamentarischen Kontrolle durch das PKGr wird ein neues unabhängiges Gremium speziell für die Kontrolle der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung geschaffen. Das Gremium besteht aus zwei Richterinnen oder Richtern am Bundesgerichtshof und einer Bundesanwältin oder einem Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof und überprüft künftig die Anordnungen des Bundeskanzleramts zur Überwachung von Telekommunikationsnetzen im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND.

Auch die Pflicht zur Anordnung durch das Bundeskanzleramt ist neu. Diese sowie weitere Verfahrenssicherungen bedeuten zwar einen administrativen Mehraufwand. Ich bin jedoch davon überzeugt, dass wir damit nicht nur ein höheres Maß an Rechtssicherheit für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des BND leisten, sondern die Legitimität der Aufgabenerfüllung durch den BND insgesamt stärken.

Kontrolle – Rechtsschutz – Kooperationen – diese Ziele liegen nicht nur der Novelle des BND-Gesetzes zu Grunde, sondern auch dem Vorhaben des Parlaments zur Reform des Parlamentarischen Kontrollgremiums, das die Bundesregierung von Anfang an unterstützt hat. Bereits im Koalitionsvertrag wurde eine weitere Verbesserung der parlamentarischen Kontrolle vereinbart. Denn der Bundesregierung ist eine effektive Kontrolle der Nachrichtendienste ebenso ein Anliegen wie die Gewährleistung der effektiven Arbeit der Nachrichtendienste.

Meine sehr geehrten Damen und Herren, ich möchte noch einmal unterstreichen: Rechtssicherheit ist für die Mitarbeiter unserer Nachrichtendienste unverzichtbar. Denn Rechtssicherheit schafft Handlungssicherheit in der täglichen Arbeit.

Wichtig ist aber auch eine fundierte rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit den Nachrichtendiensten, ihrer Arbeit und den Rechtsgrundlagen ihrer Arbeit. Das erfordert ein Verständnis der faktischen Anforderungen an die Dienste und einen Einblick in ihre Arbeitsweise. Daher ist für die Weiterentwicklung einer klaren Fachterminologie, aber auch eines differenzierten Verständnisses von interpretationsoffenen Rechtsnormen ein Diskurs zwischen Experten aus Wissenschaft, Justiz, Parlament und selbstverständlich aus den Nachrichtendiensten selbst erforderlich.

Zu einem derartigen Diskurs soll das heutige Symposium einen Beitrag leisten. Das Besondere an der heutigen Veranstaltung ist nicht allein die Tatsache,

dass es sich um das erste Symposium dieser Art handelt. Es ist vielmehr der umfassende Ansatz, der besondere Beachtung verdient:

Das Recht der Nachrichtendienste soll umfassend inhaltlich beleuchtet werden. Aus nationaler Perspektive, aus europarechtlicher Perspektive und aus völkerrechtlicher Perspektive. Die unterschiedlichen Blickrichtungen auf das Recht der Nachrichtendienste sollen offen und kritisch analysiert werden. Dieser Ansatz bietet die Chance für einen intensiven und anregenden – und ich vermute mitunter kontroversen – Austausch.

In meiner Funktion als Beauftragter für die Nachrichtendienste des Bundes und als Jurist ist mir die Etablierung eines solchen Austausches zwischen Wissenschaft und Praxis ein besonderes Anliegen. Deswegen arbeite ich auch mit großem Nachdruck an der Einführung eines Masterstudiengangs für das Nachrichtendienstwesen. Neudeutsch: „Master of Intelligence Studies“. Auch in diesem Bereich werden wir Neuland betreten.

Denn eines ist gewiss: Die faktischen Herausforderungen werden für die Nachrichtendienste in den kommenden Jahren weiter wachsen. Untrennbar sind damit gleichzeitig zunehmend komplexere und anspruchsvollere Bewertungen der rechtlichen Rahmenbedingungen nachrichtendienstlicher Tätigkeit verbunden.

Dieser Diskussion stellen wir uns gerne. Wir suchen sie geradezu, denn sie ist ein wesentlicher Bestandteil einer richtig verstandenen Transparenzoffensive der Nachrichtendienste. Es liegt in der Natur der Sache, dass viele Aspekte nachrichtendienstlicher Arbeit nur innerhalb der Bundesregierung und mit den zuständigen parlamentarischen Gremien besprochen werden können. Nachrichtendienste müssen sich deswegen aber nicht verstecken. Wir suchen den kritischen Diskurs und sind uns sicher, sehr gute Argumente für unsere Positionen zu haben.

Meine sehr geehrten Damen und Herren,
ich wünsche Ihnen daher interessante Diskussionen, von denen auch Impulse über die Veranstaltung selbst hinausgehen.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Fachvorträge

Nachrichtendienste im freiheitlichen Rechtsstaat*

Johannes Masing

I. Einleitung	3
II. Die Veränderung des Aufgabencharakters der Nachrichtendienste – ein qualitativer Sprung	4
III. Herausforderungen nach Innen	7
1. Ausgestaltung der Befugnisse	7
2. Aufgabenabgrenzung gegenüber der Polizei	9
3. Gestaltung der Übermittlungsbefugnisse	10
4. Fragen der föderalen Kompetenzordnung	11
5. Ausbau der Kontrolle	12
6. Anforderungen an Transparenz	13
IV. Herausforderungen nach Außen	14
1. Die Grundfrage nach Macht und Recht	14
2. Reichweite der Grundrechtsgeltung im Ausland	15
3. Zusammenarbeit der Dienste	17
4. Die Übermittlung von Daten an andere Dienste	18
V. Schluss	19

I. Einleitung

Nachrichtendienste im freiheitlichen Rechtsstaat – ein großes Thema, das schon immer wichtig war, in der kommenden Zeit aber noch bedeutsamer werden wird. Infolge der Entwicklung der Informationstechnik kommt der Einbindung der Nachrichtendienste in die demokratisch-rechtstaatlichen Strukturen unserer Ordnung eine Rolle zu, die bisher noch kaum erfasst ist – oder vielleicht auch: der sich keiner wirklich zu nähern traut, weil man fürchtet, keinen Fuß auf den Boden zu bekommen. Und doch wird sich nicht zuletzt hier die Zukunft unserer demokratisch-rechtstaatlichen Strukturen entscheiden, nämlich in der Frage, wieweit sich moderne Regierungen künftig auf ein Netz intransparenter Machtapparate mit einem umfänglichen Geheimwissen über uns

* Der nachfolgende Beitrag wurde vom Verfasser als Einleitungsvortrag zum 1. Symposium zum Recht der Nachrichtendienste: Kontrolle – Rechtsschutz – Kooperationen – Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat im November 2016 in Berlin gehalten. Er ist in der Vortragsform belassen.

alle stützen werden und stützen müssen, welche darüber immer mehr zu den maßgeblichen Akteuren im Hintergrund werden.

Das Thema ist abstrakt formuliert, kann aber nur in seinem konkreten Zeitbezug und hier auch nur in Blick auf die deutsche Situation aufgenommen werden. Und soll es ersichtlich auch. Denn es steht offenkundig im Zusammenhang mit der gerade auf den Weg gebrachten Reform der Nachrichtendienste, zu welcher ich mich selbstverständlich nicht äußern werde.¹ Über verfassungsrechtliche Fragen ist für einen Richter erst dann zu entscheiden, wenn sie ihm gestellt sind.

Unabhängig von dem genaueren Inhalt der Reform möchte ich aber doch betonen, dass ich es als sehr gutes Zeichen für unseren Rechtsstaat ansehe, dass hier überhaupt eine Reform mit grundlegendem Anspruch angegangen wird. Wenn hier der ernste Versuch unternommen wird, die Befugnisse unserer Nachrichtendienste klarer zu bestimmen und damit eine größere politische Verantwortung für deren Tätigkeit zu übernehmen, kann man unseren Institutionen nur Respekt bekunden. Nur wenige Staaten finden hierzu heute die Kraft. Ich kann nur wünschen, dass diese Kraft bis zum Schluss als ernster Wille zu einer rechtsstaatlichen Einhegung dieser Dienste durchhält – verbunden mit einer klareren Profilierung und damit zugleich auch Effektivierung.

Eine Reform dürfte in der Sache freilich auch erforderlich sein – wobei ich diese wie alle meine weiteren Aussagen nicht als Aussagen zu positivem Verfassungsrecht zu verstehen bitte, sondern als Erwägungen zu den sachlich-politischen Herausforderungen, vor denen die Ordnung der Nachrichtendienste heute steht. Sie ist notwendig, weil sich die Bedingungen der Aufgabenwahrnehmung der Nachrichtendienste grundlegend geändert haben.

II. Die Veränderung des Aufgabencharakters der Nachrichtendienste – ein qualitativer Sprung

Der Aufgabencharakter der Nachrichtendienste hat einen qualitativen Sprung erfahren. Seine Ursache liegt in der Informationstechnologie und damit zugleich auch in der Internationalisierung der Handlungsbedingungen der Informationsbeschaffung.

Durch die Informationstechnologie erhalten die den Nachrichtendiensten übertragenen Aufgaben eine grundlegend neue Dimension – im gemeinwohlfördernden wie im freiheitsbeeinträchtigenden Sinne. Die Beobachtung von gegen den Staat gerichteten „Bestrebungen“ (wie es im Verfassungsschutzgesetz

¹ Gesetz zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes vom 23.12.2016, BGBl. I S. 3346.

heißt²) oder die Gewinnung von sicherheitspolitisch relevanten Auslandsinformationen (wie es das Bundesnachrichtendienstgesetz erstrebt³) bekommen durch die neuen Kommunikationsmöglichkeiten ein grundlegend erweitertes Ermittlungsfeld.⁴ Durch die Ubiquität von Daten erweitern sich der potentielle Gegenstand und die in Betracht kommenden Anknüpfungspunkte für Ermittlungen kategorial. Elektronische Signale und Spuren bieten heute Schlüssel zu praktisch allen Lebensbereichen. Es dürfte kaum mehr eine uns irgend nahestehende Person geben, mit der wir uns nicht auch elektronisch austauschen, und auch unsere beruflichen wie kommerziellen Kontakte dürften praktisch alle irgendwelche elektronischen Spuren hinterlassen, oftmals unter vollständiger Abbildung des jeweiligen Geschehens. Im dichten Netz der von jeder Stelle getätigten Telefonate, Mails und ausgetauschten Nachrichten, in den Spuren von über das Internet in Anspruch genommenen Dienstleistungen und Auskünften oder im schnelllebigen Austausch über soziale Netzwerke materialisieren sich Kontakte zu elektronischen Signalen, die Zeit und Handlung ihre Flüchtigkeit nehmen. Kein größerer Einkauf mehr, der nicht hinsichtlich Gegenstand, Ort und Summe elektronisch dokumentiert ist, keine Bestellung oder in Anspruch genommene Dienstleistung, kein Arzt, keine Beratung, kein Flug oder Fernbus, in der Praxis immer weniger selbst auch nur eine Bahn- oder Autofahrt, die nicht an irgendeiner Stelle elektronisch nachvollzogen wird. Private wie öffentliche Kameras erfassen uns im öffentlichen Raum, und über unsere Smartphones und Computer lassen sich unsere Bewegungen zeitlich wie örtlich weitestgehend mit- oder zurückverfolgen. All diese Spuren erstrecken sich zunehmend auf jedermann und reichen bis in intimste Bereiche hinein. In ihrer Verselbständigung als informationstechnische Informationen können sie potentiell von Dritten erfasst, gespeichert und mit weiteren Informationen verbunden werden. Dabei erlaubt die Technik in immer weiterem Umfang, auf sie auch von außen Zugriff zu nehmen, sie zu aggregieren und miteinander abzugleichen. Als elektronisch kondensierte und damit verfügbare Spuren entschwinden sie nicht in der Unwiederholbarkeit eines kommunikativen Moments, sondern können sie gesammelt abgefangen oder ausgeforscht werden⁵ – und damit auch Gegenstand nachrichtendienstlicher Ermittlungen sein.

² § 3 Abs. 1 BVerfSchG.

³ § 1 Abs. 2 BNDG.

⁴ Vgl. nur: *Beuth*, Alles Wichtige zum NSA-Skandal, Stand 29.01.2016, <http://www.zeit.de/digital/datenschutz/2013-10/hintergrund-nsa-skandal> (Abruf: 25.05.2017); *Deiseroth ZRP* 2013, 194; *Hoffmann-Riem JZ* 2014, 53; *Lachenmann DÖV* 2016, 501, 502; *Schaar ZfAS* 2015, 447; ausführlich dazu: *Bötticher*, in: *Lange/Lanfer* (Hrsg.), *Verfassungsschutz – Reformperspektiven zwischen administrativer Effektivität und demokratischer Transparenz*, 2016, S. 171 ff.

⁵ *Bergt ZD* 2014, 269; *Münch ZRP* 2015, 130; *Schliesky ZRP* 2015, 56; *Weichert ZD* 2013, 251.

Es geht mir hier noch nicht um die Frage, wie die Rechtsordnung mit der Erschließung dieser Informationen umgeht, insbesondere auch nicht, wieweit sie dafür sorgt, dass die Daten wieder gelöscht werden oder wann sie welchen Zugriff auf diese erlaubt. Auch bedarf hier keiner Vertiefung, dass es technisch wie praktisch bisher doch auch nur sehr begrenzt möglich ist, die verstreuten Informationen tatsächlich zu erschließen. Bedeutend ist zunächst das ungeheure Ausmaß der unter den heutigen Bedingungen überhaupt anfallenden Daten, deren potentielle Aussagekraft die Kommunikation zwischen Tätern, aber auch eine jede Person technisch bis tief in ihr Inneres auszuleuchten erlaubt. Das Vorhandensein dieser Daten, die umfassende Vergegenständlichung von Kommunikation zu Informationen in der Form von Daten, macht diese zum potentiellen Objekt von Ermittlungen und öffnet der Aufgabe der Nachrichtendienste einen ganz neuen Horizont. Das gilt für die darin liegenden neuen Chancen ebenso wie für die darin liegenden Risiken für die Freiheit der Bürger. In Anknüpfung an die weit gefassten Aufgaben der Dienste, allgemein gegen den Staat gerichtete Bestrebungen zu beobachten und hierbei – weit im Vorfeld von konkreten Gefahren – Bedrohungsszenarien aufzuspüren⁶, gibt es nunmehr Datenmaterial, das eine wesentlich genauere Beobachtung gesellschaftlicher Kommunikation und eine wesentlich weiterreichende Erschließung von Informationen erlaubt. Dies ist aus der Perspektive der Sicherheit schon deshalb wichtig, weil die Informationstechnik auch den beobachteten Gruppen weitreichende neue – insbesondere Raum und Zeit überwindende – Kooperationsmöglichkeiten ermöglicht und hierdurch erhebliche neue Gefahren schafft. Die Informationstechnik erlaubt es, Hass und Angriffe Zeit und Raum übergreifend kurzfristig zu koordinieren – und ermöglicht es, diese Spuren abzufangen und zur Sicherheit aller zu verfolgen. Freilich eröffnet es den Diensten damit zugleich, wesentlich tiefer in die Gesellschaft einzudringen und in neuem Umfang in die Freiheitssphäre der Bürger einzugreifen.

Das Potential der Nachrichtendienste hat somit heute nur noch wenig zu tun mit dem von vor 60 Jahren. Das „Sammeln von Nachrichten“, wie es so scheinbar unverfänglich heißt, ist im Internetzeitalter etwas grundlegend anderes als in Zeiten, in denen Agenten durch Einzelaktionen in einem spezifisch po-

⁶ Gusy, in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2014, § 1 BNDG Rn. 34 ff.; Roth, in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2014, § 1 BVerfSchG Rn. 10 und §§ 3,4 BVerfSchG Rn. 87; Papier, Gutachtliche Stellungnahme in der Anhörung des NSA-Untersuchungsausschusses, Mai 2014, https://www.bundestag.de/blob/280842/9f755b0c53866c7a95c38428e262ae98/mat_a_sv-2-2-pdf-data.pdf (Abruf: 25.05.2017), S. 5; Pieroth/Schlink/Kniesel/Kingreen/Poscher, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 9. Aufl. 2016, § 2 Rn. 18; Rux JZ 2007, 285, 287; Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Taskforce „Reformbedarf Nachrichtendienste“ zur Reform der Nachrichtendienste, Nr. 47/2015 vom September 2015, https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-47-15-reformbedarf-nachrichtendienste?file=files/anwaltverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2015/DAV-SN_47_15.pdf (Abruf: 25.05.2017), S. 4.

litischen Milieu an brisante Informationen heranzukommen suchten und hierfür Fangschaltungen einrichteten oder Briefe abfingen. Während früher von vornherein nur spezifisch fokussierte, offensichtlich für die Ordnung insgesamt bedrohliche „Bestrebungen“ beobachtet werden konnten, kann nun – je nach Befugnis, Ausstattung und Fähigkeit – theoretisch annähernd jede Bewegung jedes Bürgers rekonstruiert werden.

Die Aufgabenwahrnehmung der Dienste hat damit eine grundlegend neue Bedeutung. Sie wirkt auf ihre Stellung materiellrechtlich wie institutionell zurück – was auch an ihrem Budget, ihrer Präsenz in den Medien bis hin zu ihren Räumlichkeiten erkennbar wird.⁷ Von daher scheint es angezeigt, auch die Herausforderungen an ihre rechtsstaatliche Einhebung neu zu bedenken.⁸

III. Herausforderungen nach Innen

1. Ausgestaltung der Befugnisse

Angesichts dieser veränderten Rahmenbedingungen verändert sich – erstens – die rechtsstaatliche Bedeutung und Reichweite der den Diensten eingeräumten Befugnisse. Schon die Telekommunikationsüberwachung ist heute, wo jeder jeden Augenblick telefoniert, etwas anderes als zu der Zeit, als dies nur gegen viel Geld von zu Hause aus oder aus einer Telefonzelle möglich war. Erst recht wird die neue Dimension der Befugnisse für die Freiheit der Bürger sichtbar, wenn man die weiteren, zum Teil auch neuen Überwachungsbefugnisse wie die Telekommunikationsverkehrsdatenerhebung, die Onlinedurchsuchung oder auch den Einsatz von immer verfeinerten technischen Mitteln bei der Observation – von Kleinstgeräten zur Ton- und Bildaufnahme über Peilsendern bis zu Drohnen – hinzunimmt. Die heute erschließbaren Informationen reichen äußerst weit.

Selbstverständlich brauchen die Sicherheitsbehörden solche Befugnisse und brauchen sie weitreichende Informationen. Den neuen Kommunikationsmöglichkeiten entspringen auch neue Gefahren, wie nicht zuletzt der Terrorismus

⁷ Übergabe der neuen BND-Zentrale im Nov. 2016, Baukosten ca. 1 Mrd. €, vgl. Berliner Zeitung/DPA vom 01.12.2016, <http://www.bz-berlin.de/berlin/mitte/neue-bnd-zentrale-in-berlin-an-bauherren-uebergeben> (Abruf: 25.05.2017); *Meister*, Projekt „ANISKI“: Wie der BND mit 150 Millionen Euro Messenger wie WhatsApp entschlüsseln will (Update), vom 29.11.2016, <https://netzpolitik.org/2016/projekt-aniski-wie-der-bnd-mit-150-millionen-euro-messenger-wie-whatsapp-entschluesseln-will/> (Abruf: 25.05.1017).

⁸ Vgl. aus jüngerer Zeit hierzu: *Bäcker*, Der BND baut sich einen rechtsfreien Raum: Erkenntnisse aus dem NSA-Untersuchungsausschuss, VerBlog vom 19.01.2015, <http://verfassungsblog.de/der-bnd-baut-sich-einen-rechtsfreien-raum-erkenntnisse-aus-dem-nsa-untersuchungsausschuss/> (Abruf: 25.05.2017); *Lachenmann* DÖV 2016, 501; *Tinnefeld* ZD 2013, 581; Deutscher Anwaltsverein (Fn. 6), S. 4 ff.