

9. September 2016

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

von

Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (ARD)

Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger (BDZV)

Deutscher Journalisten-Verband (DJV)

Deutscher Presserat

Verband Deutscher Zeitschriftenverleger (VDZ)

Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (dju in ver.di)

Verband Privater Rundfunk und Telemedien (VPRT)

Zweites Deutsches Fernsehen (ZDF)

A Einleitung

1. Das Zeugnisverweigerungsrecht von Journalistinnen und Journalisten (bzw. anderer Medienangehöriger, wie z.B. Justiziaren) über Informanten und selbstrecherchiertes Material sowie das Redaktionsgeheimnis sind essentielle Voraussetzungen für die journalistische Tätigkeit. Zahlreiche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts¹ oder des EGMR² bestätigen darüber hinaus die konstitutive Bedeutung dieser Voraussetzungen auch für das Funktionieren der Demokratie.

¹ Vgl. nur BVerfGE 117, 244 (260)

² Vgl. nur Urteil vom 14.09.2010, Nr. No 38224/04,
Case of Sanoma Uitgevers BV vs. The Netherlands

Gemeinsame Stellungnahme

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

ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF

- 2) Im letzten Jahrzehnt sind einige gesetzgeberische Verbesserungen des Informantenschutzes vorgenommen worden³. Jedoch haben gesetzgeberische Maßnahmen in diesem Zeitraum auch zu Gefährdungen des Informantenschutzes geführt, insbesondere soweit es um die Gewährleistung des Schutzes im Rahmen von Ermittlungsverfahren geht⁴. Im Ermittlungsverfahren sind der Informantenschutz und das Redaktionsgeheimnis in deutlich geringerem Umfang gesetzlich sichergestellt. Dies belegen Normen wie § 100g, § 160 a StPO, § 20 u BKA-Gesetz, § 23 a Zollfahndungsdienstgesetz (ZFdG) oder § 3 b G-10-Gesetz, die allesamt einen nicht mehr dem Zeugnisverweigerungsrechts § 53 StPO entsprechenden Schutz vorsehen, sondern lediglich und trotz bestehendem Zeugnisverweigerungsrecht eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme in Abwägung des Interesses an der Aufrechterhaltung des Informantenschutzes bzw. des Redaktionsgeheimnisses.
- 3) Ermittlungsverfahren noch vorgelagert sind Aufklärungsmaßnahmen, z.B. des Bundesnachrichtendienstes (BND). Im vorliegenden Entwurf des BND-Gesetzes sind Schutzmechanismen, die wenigstens den zitierten Normen vergleichbar wären, dem Wortlaut nach nicht enthalten. Nach Auffassung der Stellung nehmenden Medienunternehmen und -verbände sind jedoch auch im BND-Gesetz Regelungen notwendig, die unter Berücksichtigung der Arbeit des BND den Quellenschutz und das Redaktionsgeheimnis der Medien soweit wie möglich sicherstellen. Im Einzelnen:

B Notwendigkeit des Quellenschutzes

- 1) Nach dem Gesetzentwurf soll Gegenstand der Novelle des BND-Gesetzes eine Präzisierung der bestehenden Rechtslage sowie die Schaffung der rechtlichen Grundlagen für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung und die insoweit vorgesehene Kooperation mit ausländischen öffentlichen Stellen sein⁵. Bisher stützt sich der BND bei der Durchführung der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung auf § 1 Abs. 2 des BND-Gesetzes i.V.m. § 5 G-10-Gesetz. Danach dürfen auf Antrag des Bundesnachrichtendienstes für internationale Telekommunikationsbeziehungen, soweit eine gebündelte Übertragung erfolgt, unter den in § 5 G-10-Gesetz im Einzelnen genannten Voraussetzungen Überwachungen angeordnet

³ zuletzt: Gesetz zur Stärkung der Pressefreiheit im Straf- und Strafprozessrecht, BGBl. I 2012, S. 1374 ff.

⁴ zuletzt: Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten, BGBl. I 2015, S. 2218

⁵ Vgl. Gesetzentwurf, S. 1 f.

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

ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF

werden. Zu den Voraussetzungen gehört, dass die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation nur unter Verwendung von Suchbegriffen zulässig sind, die nicht zu einer gezielten Erfassung bestimmter Telekommunikationsanschlüsse führen können oder den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung betreffen. Zudem ist in § 3 b Abs. 2 G-10-Gesetz geregelt, dass zumindest (u. a.) hinsichtlich zeugnisverweigerungsberechtigter Journalistinnen und Journalisten eine Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation nur in Betracht kommt, wenn die Verhältnismäßigkeitsprüfung ergibt, dass trotz bestehendem Zeugnisverweigerungsrecht die Überwachungsmaßnahme geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne ist.

- 2) Zukünftig soll in § 6 Abs. 1 des BND-Gesetzes geregelt sein, dass der Bundesnachrichtendienst zur Erfüllung seiner Aufgaben vom Inland aus mit technischen Mitteln Informationen einschließlich personenbezogener Daten aus Telekommunikationsnetzen über die Telekommunikation von Ausländern im Ausland erheben und verbreiten darf, wenn diese Daten erforderlich sind, um Gefahren für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland erkennen und diesen begegnen zu können, oder um die Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland zu wahren oder wenn sonstige Erkenntnisse von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung von Relevanz sind. Die Erhebung von Inhaltsdaten durch den Bundesnachrichtendienst aus den genannten Kommunikationsbeziehungen ist nur anhand von Suchbegriffen zulässig, § 6 Abs. 2 des Entwurfs. Dabei sind inhaltliche Suchbegriffe auf solche begrenzt, die mindestens in Bezug zu einer der genannten Aufgaben stehen. Formale Suchbegriffe sind solche wie z. B. Telefonnummern oder E-Mailadressen, die Personen oder Einrichtungen zuzuordnen sind, die einen Bezug zu den genannten Gefahren etc. haben⁶.

Nach § 6 Abs. 4 des Entwurfs des BND-Gesetzes soll die Erhebung von Daten aus Telekommunikationsverkehren von deutschen Staatsangehörigen, von inländischen juristischen Personen oder von sich im Bundesgebiet Aufhaltenden unzulässig sein.

Die Anordnung der Überwachung von Telekommunikationsnetzen inklusive des Grundes und der Dauer der Maßnahme, des konkret betroffenen Netzes sowie des konkreten Netzdienstleisters trifft nach § 6 Abs. 1 des Entwurfs das Bundeskanzleramt. Dieses hat regelmäßig ein neu zu schaffendes unabhängiges Gremium vor Vollzug der Anordnung zu unterrichten und die Anordnung aufzuheben, wenn das Gremium sie für unzulässig erklärt. Jedoch kann in Eilfällen die Anordnung auch ohne Unterrichtung vollzogen werden, § 9

⁶ Vgl. zur Definition der Suchbegriffe: Papier, Beschränkungen der Telekommunikationsfreiheit durch den BND an Datenaustauschpunkten. NVwZ-Extra, 15/2016, S. 2

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

*ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF*

Abs. 4 des Entwurfs. Die Unterrichtungspflicht betrifft auch die Mitteilung, dass und in welchem Rahmen Suchbegriffe verwendet werden. Das unabhängige Gremium ist befugt, Suchbegriffe stichprobenartig auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben hin zu überprüfen, § 9 Abs. 5 des Entwurfs.

Ohne Anordnung ist die Verarbeitung und Nutzung der Daten zulässig, wenn der BND vom Ausland aus agiert, dann ist auch eine Unterrichtung der parlamentarischen Kontrollkommission nicht nötig, § 7 Abs. 1 des Entwurfs.

Nach § 13 des Entwurfs darf der BND bei der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung mit anderen ausländischen nachrichtlichen Diensten zusammenarbeiten, wenn die Kooperation den Zielen dient, die auch der BND zu verfolgen hat und u. a. eine Absprache existiert, nach der die Verwendung der in der Kooperation genutzten Daten mit grundlegenden rechtsstaatlichen Prinzipien vereinbar ist. Auch kommen im Rahmen der Kooperation die Erhebung von Informationen sowie die automatische Datenübermittlung nach § 14 bzw. § 15 des Entwurfs in Betracht.

- 3) Der Entwurf des BND-Gesetzes sieht eine **deutliche Ausweitung der Telekommunikationsüberwachung** vor. Die strategische Überwachung nach § 5 G-10-Gesetz ist nur zulässig für internationale Telekommunikationsbeziehungen, soweit eine gebündelte Übertragung erfolgt. Das bedeutet, dass sich strategische Überwachungsmaßnahmen nicht gegen den (oder Teile des) inländischen Telekommunikationsverkehr richten dürfen. Zudem darf die Anordnung nach § 10 Abs. 4 G-10-Gesetz nur bestimmte, im Einzelnen bezeichnete Übertragungswege betreffen. Schließlich dürfen nach § 10 Abs. 4 G-10-Gesetz auch nicht die gesamten angeordneten Übertragungswege überwacht werden, sondern lediglich ein Anteil von maximal zwanzig Prozent der auf den angeordneten Übertragungswegen zur Verfügung stehenden Übertragungskapazität.
- 4) Die vorgenannten Beschränkungen sind nach dem vorliegenden Entwurf nicht mehr als Begrenzung der Überwachungsmaßnahmen des BND im Gesetz vorgesehen. Dies betrifft zunächst die **mengenmäßige Überwachungsgrenze** nach § 10 Abs. 4 G-10-Gesetz. Eine tatsächliche Begrenzung der Überwachung des Fernmeldeverkehrs, wie sie das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich für notwendig erachtet⁷, ist im Entwurf zum BND-Gesetz **nicht mehr enthalten**.

⁷ Vgl. BVerfGE 100, 313 (375ff.)

Gemeinsame Stellungnahme

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

ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF

- 5) Die Anordnung der Überwachung betrifft nach dem Entwurf auch nicht mehr „nur“ bestimmte Übertragungswege wie in § 10 Abs. 4 G-10-Gesetz vorgesehen, sondern **Telekommunikationsnetze** insgesamt. Dabei richtet sich der Begriff des Telekommunikationsnetzes nach § 3 Nr. 27 des Telekommunikationsgesetzes (TKG). Die Definition des im Entwurf verwendeten Begriffes des Telekommunikationsnetzes führt dazu, dass deutlich mehr an Telekommunikationsbeziehungen überwacht werden dürfen, als bisher nach § 5 G-10-Gesetz. Nach dem Entwurf betroffen sein können Netze, deren Signalübertragung über Kabel, Funk oder über optische elektromagnetische Einrichtungen erfolgt. Zu Telekommunikationsnetzen i.S.d. § 3 Nr. 27 TKG gehören insbesondere Satellitennetze, feste und mobile terrestrische Netze, Stromleitungssysteme, Hörfunk- und Fernsehnetze sowie Kabelfernsehnetze. Während nach der bisherigen Regelung lediglich einzelne Übertragungstrecken der Anordnung zur Überwachung zugänglich waren, sollen zukünftig u. a. sämtliche Satellitenverkehre, Richtfunkverkehre, Kurzwellenverkehre oder auch und ohne Begrenzung leitungsgebundene Strecken, u. a. Kabelnetze, der Anordnung zur Überwachung grundsätzlich unterliegen⁸. Da die Datenerhebung und -verarbeitung aus Telekommunikationsnetzen nach dem Entwurf angeordnet werden dürfen, ist insoweit eine normative Limitierung der Überwachungsmöglichkeiten, die der BND nach dem Entwurf erhalten soll, nicht mehr erkennbar.
- 6) Schließlich ist nach dem Entwurf auch höchst fraglich, ob „lediglich“ Telekommunikationsnetze von den dem BND nach dem Entwurf eingeräumten Überwachungsmöglichkeiten erfasst werden, über die Telekommunikation von Ausländern im Ausland erfolgt (so die legale Definition in § 6 Abs. 1 Satz 1 des Entwurfs). Zwar sieht der Gesetzentwurf in § 6 Abs. 4 vor, dass eine Erhebung von Daten aus Telekommunikationsverkehren von deutschen Staatsangehörigen etc. unzulässig ist, jedoch wird in der Begründung zu einer zulässigen Anordnung einer Maßnahme im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass solche Telekommunikationsnetze potenziell einer Anordnung unterliegen, die auch ausländische Telekommunikation führen. Dabei spielt es keine Rolle, ob diese Netze über deutsches Territorium geführt werden und vor allem steht es einer Anordnung nicht entgegen, dass über ein solches Telekommunikationsnetz **auch nationale Verkehre** abgewickelt werden⁹.

Der Gesetzgeber selbst geht daher offensichtlich davon aus, dass nicht nur Telekommunikationsverkehre von Ausländern im Ausland grundsätzlich der Überwachung unterliegen, sondern die Anordnung der Überwachung eines Telekommunikationsnetzes auch nationale

⁸ Vgl. Begründung, S. 34

⁹ Vgl. Begründung, S. 35

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

*ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF*

Telekommunikationsverkehre nach § 6 Abs. 1 des Entwurfs des BND-Gesetzes erfassen kann. § 6 Abs. 4 des Entwurfs erweist sich insoweit als von vornherein wirkungslos.

- 7) Der rechtliche Befund, dass die Anordnung der Erhebung und Verarbeitung von Inhalts- und Verkehrsdaten aus Telekommunikationsnetzen durch den Bundesnachrichtendienst nach dem vorliegenden Entwurf des BND-Gesetzes nicht „nur“ ausländische Telekommunikation erfasst, sondern auch die von deutschen Staatsangehörigen, von inländischen juristischen Personen oder sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen, deckt sich mit den **technischen Voraussetzungen des Telekommunikationsverkehrs**. Da der Gesetzgeber nach der Begründung des Entwurfs an § 3 Nr. 27 TKG zur Bestimmung des Begriffs des Telekommunikationsnetzes anknüpft, erfasst er grundsätzlich alle technischen Netzwerkeinrichtungen, die sich zur Signalübertragung eignen. Erfasst werden damit vor allem auch Datenaustauschpunkte, die den Telekommunikationsverkehr zwischen den einzelnen Netzbetreibern sicherstellen. Die Dienstleistung der Betreiber solcher Internet-exchange-points besteht darin, Datenverkehr auszutauschen, zusammen zu schließen oder zu routen. Die Betreiber solcher Knoten wurden und werden mit Anordnungen auf der Grundlage von § 5 G-10-Gesetz konfrontiert und gehören auch zu den verpflichteten Anbietern von Telekommunikationsdiensten nach § 8 des Entwurfs des BND-Gesetzes. Mindestens an diesen Knoten können technische Unterscheidungen zwischen den verschiedenen Typen von Telekommunikationsbeziehungen nicht getroffen werden. So ist etwa die Differenzierung nach Inlandsverkehren, Inlands-Ausland-Verkehren, Transitverkehren, Ausland-Ausland-Verkehren nicht möglich, weil die dafür erforderliche Inhaltsanalyse nicht erforderlich ist, seitens des Anbieters aber auch technisch und rechtlich nicht vorgenommen werden kann bzw. darf¹⁰.

Die technischen Gegebenheiten sind entgegen § 6 Abs. 1 des Entwurfs die, dass von der Anordnung der Überwachung eines Telekommunikationsnetzes stets alle im Netz befindlichen Verkehre betroffen sind.

- 8) Soweit der Gesetzentwurf nach § 6 Abs. 4 vorsieht, dass eine Erhebung von Daten aus Telekommunikationsverkehren von deutschen Staatsangehörigen etc. unzulässig ist, wird in der Begründung darauf abgestellt, dass die Überwachung eines solchen Verkehrs sich entweder nach dem G-10-Gesetz richtet oder ein mehrstufiges automatisiertes Filtersystem eingesetzt wird, um solche Verkehre zu erkennen und unverzüglich und unwiederbringlich

¹⁰ Vgl. Papier, NVWZ-Extra 15/2016, S. 12

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

ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF

zu löschen. Dabei wird die Erhebung sonstiger personenbezogener Daten von deutschen Staatsangehörigen etc. nicht ausgeschlossen¹¹.

Solche Filtersysteme enthalten die bereits erwähnten Suchbegriffe, eine unabhängige durchgehende Überprüfung der Suchbegriffe und der **Filtersysteme** im Übrigen ist aber nach dem Gesetz nicht vorgesehen, § 9 Abs. 4 des Entwurfs. Das nach dem Entwurf neu einzurichtende Gremium soll lediglich die Möglichkeit erhalten, stichprobenartig Suchbegriffe auf die Vereinbarkeit mit den gesetzlichen Vorgaben zu überprüfen¹².

Selbst wenn aber davon auszugehen wäre, dass Filtersysteme und Suchbegriffe der Begründung nach so eingerichtet würden, dass sie den Anforderungen des § 6 Abs. 4 genügen, sind Zweifel an der Funktionsfähigkeit angebracht. So müssten Suchbegriffe und Filtersysteme z.B. Spracherkennungen vornehmen können. In der Begründung des Gesetzes wird aber darauf hingewiesen, dass das **vom BND eingesetzte mehrstufige Filtersystem** zur Prüfung der erfassten Verkehre bzw. Suchbegriffe **nicht in der Lage** ist, **geschützte Verkehre** unverzüglich als solche **zu erkennen**. Angeführt wird insoweit das Beispiel eines französischen Staatsangehörigen, dessen Staatsangehörigkeit unter Umständen erst dann erkannt werden könne, wenn er erkennbar macht, dass er französischer Staatsangehöriger ist¹³.

Es sind daher schon nach der Gesetzesbegründung Zweifel angebracht, dass der BND über Filtersysteme verfügt, die in der Lage sind, einen nationalen Telekommunikationsverkehr zu erkennen und unverzüglich und unwiederbringlich zu löschen, dessen Überwachung nach § 6 Abs. 4 des Entwurfs unzulässig ist. Hinzu kommt, dass der Gesetzentwurf bei den heutigen technischen Gegebenheiten zu Unrecht davon ausgeht, ein Telekommunikationsverkehr sei in sich geschlossen und werde über die Netze insgesamt übertragen, so dass er mit Hilfe von Filtersystemen ausgesondert werden könnte. Heutige Telekommunikationsnetze arbeiten auf der Grundlage eines Systems der **Paketvermittlung**. Es müssen daher schon aus technischen Gründen alle Verkehre in einem Telekommunikationsnetz, das von einer Überwachungsanordnung betroffen ist, ausgeleitet werden, die Pakete müssen zusammengesetzt werden und erst dann ist eine Analyse möglich. M.a.W., auch automati-

¹¹ Vgl. Begründung, S. 37

¹² Vgl. Begründung, S. 42

¹³ Vgl. Begründung, S. 36

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

*ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF*

sierte Filtersysteme sind nicht ohne weiteres in der Lage einen Verkehr, dessen Überwachung zulässig ist, von einem solchen zu unterscheiden, dessen Überwachung unzulässig ist¹⁴.

- 9) Wie dargelegt, können Anordnungen zur Überwachung von Telekommunikationsnetzen auf der Grundlage des § 6 Abs. 1 durch den BND in rechtlich und technisch kaum unterscheidbarer Weise alle in einem angeordneten Telekommunikationsgesetz stattfindenden Telekommunikationsverkehre betroffen sein. Erfasst wird damit grundsätzlich auch jedes Telekommunikationsverhalten von Journalistinnen und Journalisten (oder anderen zeugnisverweigerungsberechtigten Personen). Auf Grund der aufgezeigten rechtlichen Voraussetzungen und technischen Gegebenheiten ist dabei davon auszugehen, dass nicht nur die Erhebung und Verarbeitung der Telekommunikation von Ausländern im Ausland in Rede steht, sondern grundsätzlich die **gesamte Telekommunikation eines angeordneten Netzes**.
- 10) Die ungestörte berufliche Kommunikation auch mittels jeder Form der Telekommunikation ist eine wesentliche Grundbedingung für die Presse- und Rundfunkfreiheit. Diese Freiheitsrechte sind ohne diese Kommunikation nicht denkbar. Die konstituierende Bedeutung der Freiheitsrechte für die Demokratie wäre in Frage gestellt, wenn weder der Quellenschutz noch das Redaktionsgeheimnis sichergestellt werden. **Redaktionsgeheimnis und Quellenschutz sind durch die Presse- und Rundfunkfreiheit abgesichert**¹⁵. Die berufliche Kommunikation von Journalistinnen und Journalisten mittels Telekommunikation ist darüber hinaus durch das Fernmeldegeheimnis, Art. 10 Abs. 1 GG, geschützt¹⁶.
- 11) Das Grundrecht der Presse- und Rundfunkfreiheit ist nicht uneingeschränkt geschützt, allgemeine Gesetze ziehen auch der Vertraulichkeit der beruflichen Kommunikation von Journalistinnen und Journalisten Grenzen, z. B. durch **allgemeine Gesetze**¹⁷. Allerdings ist die Einschränkung der Presse- und Rundfunkfreiheit durch allgemeine Gesetze ihrerseits im Lichte der Freiheitsrechte zu beurteilen¹⁸.

¹⁴ Vgl. Papier, NVwZ-Extra, 15/2016, S. 13

¹⁵ Vgl. nur BVerfGE 20,162 (187); 36,193 (204)

¹⁶ Vgl. BVerfGE 107,299 (Rdn. 47)

¹⁷ Vgl. BVerfGE 77,65 (75)

¹⁸ Vgl. BVerfGE 7,198 (209); 50,234 (241)

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

*ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF*

Auch die Einschränkung des Grundrechts aus Art. 10 Abs. 1 ist möglich, nämlich auf Grund eines Gesetzes. Jedoch muss eine solche gesetzliche Regelung einem legitimen Gemeinwohlzweck dienen und zudem den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** wahren. Darüber hinaus müssen gesetzliche Beschränkungen des Art. 10 GG bestimmt und für den Einzelnen nachvollziehbar der gesetzlichen Regelung zu entnehmen sein. Der Zweck, weswegen ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis erfolgt, muss bereichsspezifisch und präzise bestimmt und das erhobene Datenmaterial muss für diesen Zweck geeignet und erforderlich sein¹⁹.

Grundsätzlich erkennt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an, dass ebenso wie eine effektive Strafverfolgung oder Gefahrenabwehr²⁰ auch die Erfüllung der Aufgaben der Nachrichtendienste einen Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis rechtfertigen können²¹. Aber auch der Bundesnachrichtendienst²² hat bei seiner Tätigkeit sicherzustellen, dass „den besonders gewichtigen Belangen des Informantenschutzes und der Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit Rechnung“ getragen wird²³.

- 12) Allerdings würden selbst die etwa in § 5 G-10-Gesetz genannten Zwecke eine Überwachung der Telekommunikation zu Zwecken der **Auslandsaufklärung ohne jegliche Voraussetzungen und Begrenzungen verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen**²⁴. Im Hinblick auf die Wahrung der Grundrechte der Presse- und Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ist zudem zu berücksichtigen, dass zwar einerseits eine effektive Strafverfolgung oder die Verfolgung legitimer Zwecke durch die Nachrichtendienste nicht hinter der Presse- und Rundfunkfreiheit zurückzutreten haben. Umgekehrt gilt aber in gleicher Weise, dass Strafverfolgungsinteressen und die Aufgaben der Nachrichtendienste nicht generell der Presse- und Rundfunkfreiheit vorgehen²⁵.
- 13) Eine gesetzliche Regelung, die Voraussetzungen für die Erhebung und Verarbeitung von Inhalts- und Verbindungsdaten durch den Bundesnachrichtendienst im Verhältnis zur Presse- und Rundfunkfreiheit regeln will, hat daher abzuwägen, ob und inwieweit die Erfüllung der publizistischen Aufgaben einen Vorrang der Medienfreiheit gegenüber dem

¹⁹ Vgl. BVerfGE 100,313 (359 f)

²⁰ zuletzt: BVerfG NJW 2016,1781 (1783), Rdn. 96

²¹ Vgl. BVerfGE 125,260 (316 f); 100,313 (373)

²² und der Gesetzgeber bei der Formulierung des BND-Gesetzes

²³ Vgl. BVerfGE 100, 313 (385)

²⁴ Vgl. BVerfGE 100,313 (383)

²⁵ Vgl. BVerfGE 107,299 (Rdn. 115 f)

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

*ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF*

Interesse der Aufgabenerfüllung durch die Nachrichtendienste rechtfertigt bzw. inwieweit die Presse- und Rundfunkfreiheit an diesem Interesse ihre Grenzen findet.

Anders als das G-10-Gesetz sieht der Entwurf des BND-Gesetzes keine Beschränkung der Zulässigkeit der Telekommunikationsüberwachung durch den BND im Hinblick auf Zeugnisverweigerungsrechte vor. Das G-10-Gesetz enthält in § 3 b zumindest einen relativen Schutz der Quellen und des Redaktionsgeheimnisses. Eine entsprechende Regelung ist im BND-Gesetz nicht vorgesehen. Insoweit ist zu konstatieren, dass der Gesetzgeber **keine Abwägung** vornimmt zwischen den sich gegenüberstehenden Interessen der Arbeit des BND und der Presse- und Rundfunkfreiheit, und diese auch nicht für die konkrete Anordnung trifft.

- 14) Mit Art. 10 Abs. 1 GG wird die Vertraulichkeit der Telekommunikation geschützt. Jede Kenntnisnahme, Aufzeichnung und Verwertung von Kommunikationsdaten durch den Staat²⁶ ist ein Eingriff in das Grundrecht des Telekommunikationsgeheimnisses²⁷. Auch die Erfassung der Kommunikation selbst ist als Eingriff zu sehen, da sie die Inhalts- und Verbindungsdaten der betroffenen Telekommunikationsverkehre für den Bundesnachrichtendienst verfügbar macht und die Basis des nachfolgenden Abgleichs mit den Suchbegriffen bildet²⁸. Nur dann, wenn die Daten ungezielt und allein technikbedingt mit erfasst, aber unmittelbar nach der Signalaufbereitung technisch wieder spurenlos ausgesondert werden, ist ein Eingriff zu verneinen²⁹. Letzteres kann jedoch bereits nach der Gesetzesbegründung nicht angenommen werden. Zum einen wird darauf hingewiesen, dass angeordnete Telekommunikationsnetze auch z.B. nationale Verkehre enthalten können, zum anderen weist die Begründung selbst darauf hin, dass trotz des Einsatzes von Filtersystemen die Erhebung personenbezogener Daten, z.B. inländischer (juristischer) Personen, nicht ausgeschlossen ist.
- 15) Nicht nur nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind flächendeckende, vorsorgliche und anlasslose Erhebungen und Speicherungen aller Telekommunikationsdaten, die etwa für die Aufgabenerfüllung der Nachrichtendienste von Nutzen sein könnten, mit dem Grundgesetz nicht vereinbar³⁰. Auch der **Europäische Gerichtshof** hat in seiner Entscheidung zur Ungültigkeit der EU-Richtlinie über die Vorratsdatenspeicherung darauf

²⁶ der BND übt vollziehende Gewalt i.S.d. Art. 1 Abs. 3 GG aus

²⁷ Vgl. BVerfGE 85, 386 (398); 100, 313 (366)

²⁸ Vgl. BVerfGE 100, 313 (366)

²⁹ Vgl. BVerfGE aaO.

³⁰ Vgl. Papier, NVwZ-Extra 15/2016, S. 9

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

ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF

hingewiesen, dass ein Eingriff etwa in das Grundrecht des Schutzes personenbezogener Daten nach Art. 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union unzulässig ist, wenn der Eingriff sich generell auf alle Personen und alle elektronischen Kommunikationsmittel sowie auf sämtliche Verkehrsdaten erstreckt ohne irgendeine Differenzierung, Einschränkung oder Ausnahme anhand des Zieles der Bekämpfung schwerer Straftaten vorzusehen³¹. Einschränkungen müssen sich auf das absolut Notwendige beschränken³².

Schließlich geht auch der **Europäische Gerichtshof für Menschenrechte** (EGMR) davon aus, dass Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation einer Vielzahl von Personen strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen unterliegen und z.B. grundsätzlich einer vorherigen Kontrolle durch eine unabhängige Stelle, etwa in Form einer richterlichen Anordnung, bedürfen³³. In der Sache Zakharov vs. Russland³⁴ hat der EGMR betont, dass auch Überwachungsmaßnahmen, die mit dem Ziel des Staats- und Individualschutzes erfolgten, eine Gefahr für die Demokratie und ihre Grundprinzipien darstellen können. Deswegen sei ein angemessener und wirksamer Rechtsschutz gegen solche Überwachungsmaßnahmen unabdingbar und gesetzlich zu regeln³⁵.

- 16) Die Voraussetzungen und der Umfang der Überwachungsmaßnahmen müssen sich **klar und für den Einzelnen erkennbar aus dem Gesetz** ergeben³⁶. Dazu müssen die Zwecke, zu denen Eingriffe in das Telekommunikationsgeheimnis erfolgen, präzise bestimmt sein³⁷.

Im vorliegenden Entwurf sind die Zwecke, weswegen Daten erhoben und verarbeitet werden dürfen, darauf begrenzt, frühzeitig Gefahren für die innere und äußere Sicherheit der Bundesrepublik zu erkennen und diesen begegnen zu können, die Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik zu wahren oder sonstige Erkenntnisse von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung über Vorgänge zu gewinnen, die in Bezug auf Art und Umfang durch näher bestimmte Bundesbehörden festgelegt werden. Zumindest im Hinblick auf den Zweck einer Erhebung und Verarbeitung von Telekommunikationsdaten zur Wahrung der

³¹ Vgl. EuGH NJW 2014, 2169 (2172) Rdn. 57

³² Vgl. EuGH NJW 2014, 2169 (2172) Rdn. 62

³³ Vgl. BVerfG NJW 2016 aaO (1786) mit Hinweisen auf zwei Urteile des EGMR v. 04.12.2015 bzw. 12.01.2016)

³⁴ Urteil vom 04.12.2015, Az.: 47134/06

³⁵ EGMR, MMR-Aktuell 2016, 375935

³⁶ Vgl. Papier aaO, S. 8; BVerfGE 125,216 (315) unter Hinweis auf BVerfGE 100,313 (359 f)

³⁷ Vgl. Papier aaO, S. 9; BVerfGE 125,260 (316)

Gemeinsame Stellungnahme

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

ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF

Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland sind Zweifel angebracht, ob dieser Zweck hinreichend klar bestimmt ist. Das Gesetz muss Voraussetzungen festlegen, unter denen die Überwachung der Telekommunikation zu Zwecken der Auslandsaufklärung zulässig ist. Dabei gehört zu den materiellen Voraussetzungen insbesondere, dass nur **Nachrichten** über Sachverhalte gesammelt werden dürfen, deren Kenntnis zur rechtzeitigen Erkennung **von Gefahrenlagen** notwendig ist³⁸. Hinsichtlich der Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland ist schon nicht klar, auf welche Aspekte der Handlungsfähigkeit sich die Datenerhebung und Verarbeitung beziehen soll. In der Begründung wird lediglich angeführt, es gehe **auch** um die außenpolitische bzw. um wirtschaftspolitisch bedeutsame Vorgänge³⁹.

- 17) Hinsichtlich der Verwirklichung des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** hat das Bundesverfassungsgericht in bisherigen Entscheidungen zur Telekommunikationsüberwachung vor allem darauf abgestellt, dass die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht begrenzt war⁴⁰. Nach dem vorliegenden Entwurf kann von einer solchen Begrenzung nicht ausgegangen werden. Im Gegenteil wird gegenüber den bisher entschiedenen Fällen die Möglichkeit der Überwachung ausgedehnt⁴¹. Statt einzelne Übertragungswege sollen ganze Telekommunikationsnetze angeordnet werden können. Ausgeschlossen wird auch nicht, dass nationale Telekommunikationsverkehre erfasst werden. Verwiesen wird darauf, dass Filtersysteme wohl nicht in der Lage sind, unzulässige Überwachungsmaßnahmen unverzüglich und unwiederbringlich zu verhindern. Schließlich sind (vorherige) Kontrollen durch unabhängige Stellen (unabhängiges Gremium oder parlamentarisches Kontrollgremium) nicht in jedem Fall vorgesehen ist⁴².
- 18) Die Stellung nehmenden Verbände und Unternehmen sind der Meinung, dass auch dann, wenn „lediglich“ **ausländische Journalisten** im Ausland durch Überwachungsmaßnah-

³⁸ Vgl. BVerfGE 100,313 (384)

³⁹ Vgl. Begründung, S. 33

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 100,313 (375 ff)

⁴¹ Vgl. BVerfGE 100, 313 (380) zum Umfang der Erfassung, dabei weist das Gericht daraufhin, dass der „gegenwärtige Umfang der Erfassung (...) freilich nicht gesetzlich vorgegeben (ist), sondern vor allem durch die vorhandenen technischen und personellen Kapazitäten bedingt und daher ohne Rechtsverstoß ausweitbar“.

⁴² So darf z.B. eine Anordnung auch ohne vorherige Unterrichtung des unabhängigen Gremiums vollzogen werden, wenn das Ziel der Maßnahme ansonsten vereitelt oder wesentlich erschwert würde. Auch darf eine Verarbeitung und Nutzung der vom Ausland aus erhobenen Daten ohne Mitwirkung des parlamentarischen Kontrollgremiums stattfinden.

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

ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF

men des Bundesnachrichtendienstes betroffen wären, **keine anderen verfassungsrechtlichen Maßstäbe** angelegt werden könnten. Dazu ist zudem und zunächst festzuhalten, dass deutsche Medien, Verlage, Rundfunkanstalten und private Rundfunkanbieter von derartigen Überwachungen unmittelbar betroffen sein werden, weil sie auch im Ausland Korrespondentenbüros und Auslandsstudios unterhalten, in denen ausländische Journalisten (sog. Ortskräfte) Tätigkeiten im Sinne des § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO erbringen. Auch steht das Grundrecht auf Presse- und Rundfunkfreiheit wie auch das auf Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses nicht nur Deutschen zu. Der Bundesnachrichtendienst ist, weil er vollziehende Gewalt i.S.d. Art. 1 Abs. 3 GG ausübt, an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden⁴³.

Nach Art. 19 Abs. 3 GG gelten zwar Grundrechte nur für inländische juristische Personen, jedoch hat das Bundesverfassungsgericht wegen des sonst unauflösbaren Konfliktes mit dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots geurteilt, dass die Grundfreiheiten der EU und das allgemeine Diskriminierungsverbots nach Art. 18 AEUV einer Ungleichbehandlung in- und ausländischer Unternehmen aus EU entgegenstehen und insoweit die in Art. 19 Abs. 3 GG vorgesehene Beschränkung der Grundrechtserstreckung zurückdrängen⁴⁴. Das Bundesverfassungsgericht hat zudem darauf hingewiesen, dass der räumliche Schutzzumfang des Telekommunikationsgeheimnisses nach Art. 10 Abs. 1 GG nicht auf das Inland beschränkt ist. Mindestens könne Art. 10 GG dann eingreifen, wenn eine im Ausland stattfindende Telekommunikation durch Erfassung und Auswertung im Inland mit inländischem Handeln verknüpft ist⁴⁵. Die Anforderungen an die Bestimmtheit der Normen und die Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit von Überwachungsmaßnahmen sowie der Abwägungsvorgang zwischen Presse- und Rundfunkfreiheit einerseits, der Aufgabenerfüllung des Bundesnachrichtendienstes andererseits, sind daher nicht deswegen andere, weil „lediglich“ die Telekommunikation von Ausländern im Ausland vom Inland aus überwacht werden kann.

C Zusammenfassung

Die Stellung nehmenden Medienverbände und -unternehmen sind nach alledem der Auffassung, dass **auch nach dem BND-Gesetz ein adäquater und effektiver Schutz** zeugnisverweigerungsberechtigter Personen **notwendig** ist. Das ist nicht gewährleistet. Eine

⁴³ Vgl. Papier, NVwZ-Extra 15/2016, S. 3

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 129,78 (99f)

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 100,313, LS 2

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

ARD • BDZV • DJV • Deutscher Presserat
VDZ • ver.di • VPRT • ZDF

gesetzliche Neuregelung des BND-Gesetzes sollte daher bestimmen, dass eine Erhebung von Daten aus Telekommunikationsverkehren von in § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 – 5 StPO genannten Personen, die das Zeugnis verweigern dürften, unzulässig ist. Dennoch erlangte Erkenntnisse dürfen nicht verwendet werden. Aufzeichnungen über solche Erkenntnisse sind unverzüglich und unwiederbringlich zu löschen. Die Tatsache ihrer Erlangung und der Löschung der Aufzeichnung ist aktenkundig zu machen.



Benno H. Pöppelmann
– DJV-Justiziar –