

8.

Lieber Hr. [redacted], wie gestern bereits gesagt 7.8.2013 habe ich starke Bedenken gegen die im BND-Gutachten dargestellte Rechtsposition. Anbei reakt. Bewertung an Sie GMD. Soll ich das Papier auch ALG zu. geben?

Bewertung Kurzgutachten (BND) zur Weitergabe von Metadaten an AND [redacted]

→ Papier an 7.8.13 Hr. SU ALG 000068 vorgelegt. [redacted] 7/8

1. Die Formulierung in der Vorbemerkung „[...] Eine Übermittlung von Daten von deutschen Telekommunikationsverkehren, die dem Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 GG unterfallen, wird damit verhindert. [...]“ legt nahe, dass es auch deutsche Telekommunikationsverkehre geben könnte, die nicht dem Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 GG unterliegen. Dem ist nicht so. Hier wird davon ausgegangen, dass auch BND diese Ansicht teilt. Anderes ist hier nicht bekannt.

→ Paper lag am 7.8.13 Hr. ALG vor

2. BND legt im Folgenden unter Ziff. 1 „Erhebung im Ausland“ dar, dass für im Ausland erhobene Daten ein grundsätzlich anderes Rechtsregime Anwendung finde, als für Daten, welche im Geltungsbereich des BNDG (Inland) erhoben würden. Er begründet dies unter Verweis auf das Volkszählungsurteil des BVerfG mit der auf Inland und deutsche Staatsbürger beschränkten Grundrechtsgeltung, hier des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG. Sofern der Lebenssachverhalt ausschließlich auslandsbezogen sei, könne das BNDG keine Geltung beanspruchen, es bedürfe auch keiner Befugnisnorm zum Eingriff in ein Grundrecht. Der potentiell betroffene Ausländer sei kein Grundrechtsträger. Diese Meinung habe der historische Gesetzgeber des BNDG in der Vorschrift des § 1 Abs. 2 S. 2 BNDG zum Ausdruck gebracht. Soweit im Geltungsbereich des Gesetzes Informationen einschließlich personenbezogener Daten erhoben werden, so richtet sich ihre Erhebung, Verarbeitung und Nutzung nach den §§ 2 bis 6 und 8 bis 11 (BNDG). E contrario folge hieraus, dass das BNDG keine Anwendung finde, wenn die Daten nicht im Geltungsbereich dieses Gesetzes – sprich im Ausland – erhoben würden. Eine Regelung für im Ausland erhobene Daten sei dem Gesetzgeber auch aufgrund des völkerrechtlichen Souveränitätsprinzips verwehrt.

[redacted] 8/8
ZDA (12)
[redacted] 14/18

Ein solcher Fall liege bei den ausschließlich auf ausländische Lebenssachverhalte ausgerichteten Datenerhebungen im Kontext Bad Aibling vor. Die Datenerfassung – mithin auch die Erhebung der Daten im rechtlichen Sinne – finde an sich im Ausland befindlichen Richtfunkstrecken sowie Satellitenempfangsanlagen statt. Im Anschluss erfolge lediglich eine Weiterleitung nach Bad Aibling. Das BNDG finde somit auf diese Daten keine Anwendung. Insbesondere sei BND auch nicht an die Übermittlungsvorschriften – hier § 9 BNDG mit der Verweisung auf § 19 Abs. 3 BVerfSchG (Übermittlung an ausländische öffentliche Stellen) – gebunden. Andere rechtliche Regelungen, die mglw. für den Umgang mit den entsprechenden Daten Geltung beanspruchen könnten, finden im Kurzgutachten keine Erwähnung.

3. Rechtlich ist diese Ansicht h.E. kaum vertretbar.

- Dies selbst dann, wenn man die im Kurzgutachten vertretene Meinung teilt, dass BNDG nicht gilt, sofern die Daten im Ausland erhoben werden: Ein Erheben von Daten im datenschutzrechtlichen Sinne ist das Beschaffen von Daten über einen Betroffenen, also eine zielgerichtete „Aktivität, durch die die erhebende Stelle Kenntnis von den betreffenden Daten erhält oder Verfügung über diese begründet“ (Simitis, BDSG, 2011, § 3 Rn. 102 m.w.N.). Unter Zugrundelegung der Angaben des BND werden die Daten zwar technisch im Ausland ersterfasst. Ihrer Zweckbestimmung (Auswertung, Speicherung, Übermittlung im Sinne datenschutzrechtlicher Verarbeitung) können sie jedoch lediglich im Anschluss an die weitere Erfassung der Daten durch die Satellitenempfangsanlagen in Bad Aibling zugeführt werden. Erst hier ist der technisch erforderliche Vorgang abgeschlossen, so dass die erhebende Stelle (BND) „Kenntnis von den betreffenden Daten erhält“ (s.o.). Die Erhebung ist mithin nicht schon im Ausland, sondern erst im Inland zur Vollendung gelangt. Die sich im Ausland befindliche

Erfassunganlage ist lediglich ein notwendiger Mittler zur Erhebung der Daten; abgeschlossen ist diese dort jedoch nicht.

- Zwar ist die grundrechtsdogmatisch und am Wortlaut des § 1 Abs. 2 S. 2 BNDG orientierte im Kurzgutachten niedergelegte Meinung durchaus praxisorientiert und findet im spärlich vorhandenen Schrifttum auch Erwähnung (vgl. Krieger, Die Reichweite der Grundrechtsbindung bei nachrichtendienstlichem Handeln, Berliner Online-Beiträge zum Völker- und Verfassungsrecht Nr. 1/2008, 10 f., freilich unter Beschränkung auf die Datenerhebung und unter Zugrundelegung des Erfordernisses eines weiteren mglw. verfassungsunmittelbaren und/oder völkerrechtlichen Rechtsrahmens für die Erhebung von Daten im Ausland). Die Annahme, dass aus den geschilderten Argumenten folge, dass Grundrechte unter den beschriebenen Umständen keinerlei Geltung beanspruchen, erscheint jedoch nicht vertretbar. So geht schon das aus § 1 Abs. 2 S. 2 BNDG abgeleitete Wortlautargument gekoppelt mit dem erwähnten e contrario Schluss des Verfassers fehl. Für im Ausland erhobene Daten müsste nach der im Kurzgutachten dargelegten Meinung gelten: Ihre Erhebung, Verarbeitung und Nutzung richtet sich **nicht** nach den §§ 2 bis 6 und 8 bis 11. Fände § 11 BNDG jedoch keine Anwendung, würde sich die rechtliche Beurteilung der sich unbestritten physikalisch in Deutschland (sprich im Geltungsbereich deutscher Gesetze) befindlichen personenbezogenen Daten nach den Vorschriften des BDSG richten. Eine Anwendung des BDSG – hier insbesondere der Übermittlungsvorschriften – erstrebt der Verfasser des Kurzgutachtens jedoch erkennbar nicht.
- Der vom Verfasser des Kurzgutachtens angenommene Ausschluss des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG ist auch aus verfassungsrechtlichen Gründen für in Deutschland vorhandene Daten nicht vertretbar. Zwar erscheint die Frage durchaus berechtigt, welcher Rechtsrahmen für die **bloße Erhebung**

sofern sie **ausschließlich im Ausland** erfolgt, gilt (auf die bloße Erhebung, nicht auf die Verarbeitung stellt auch der Wortlaut des § 1 Abs. 2 S. 2 BNDG ab; eine solche Erhebung im Ausland liegt jedoch hier nicht vor, s.o.). Jede weitere Verarbeitung – insbesondere auch die Übermittlung – ist jedoch auch grundrechtsrelevant im Sinne eines Eingriffs in den Schutzbereich der Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG (so schon seit dem Volkszählungsurteil st. Rspr. BVerfG, beispielhaft: BVerfG 100, 313 ff.). Ein derartiger Eingriff kann mithin nur bei vorhandener Befugnisnorm verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Eine solche stellt im hiesigen Übermittlungskontext (Übermittlung von Daten an ausländische öffentliche Stellen) § 9 BNDG i.V.m. § 19 Abs. 3 BVerfSchG dar.

Verarbeitung und Nutzung von Daten in Deutschland unterfallen mithin den Vorschriften des BNDG; auch sofern sie einen ausländischen Lebenssachverhalt betreffen.

- Auch das Argument des Verfassers, eine Regelung für im Ausland erhobene Daten sei dem Gesetzgeber des BNDG aufgrund des völkerrechtlichen Souveränitätsprinzips verwehrt, geht mithin fehl. Beim in Rede stehenden Sachverhalt handelt es sich gerade nicht um die Erhebung der Daten im Ausland, sondern um die Verarbeitung (hier Übermittlung) der Daten im Inland. Dass der deutsche Gesetzgeber diesen Vorgang einer gesetzlichen Regelung zuführen kann, scheint unbestreitbar.
- Dies deckt sich auch mit der von BKAm und BND seit Inkrafttreten des BNDG vertretenen Rechtsansicht: „Verarbeitung von Informationen unabhängig vom Erhebungsort: § 2 BNDG enthält die Befugnis zur Verarbeitung aller Informationen, unabhängig davon, ob diese im In- oder Ausland erhoben worden sind. Bei der Verarbeitung wird nicht wie bei der Erhebung nach dem Ort der jeweiligen Tätigkeit differenziert. Bei der

Übermittlung sind jedoch stets die §§ 9, 10 BNDG zu beachten." (BKAm, Verfügung vom 13. Juli 1995, 611-15100-Bu 11/95).

4. In **praktischer** Hinsicht hätte die vom Verfasser des Kurzgutachtens vertretene Rechtsmeinung für den BND weitreichende Folgen. Sie steht im Widerspruch zur bisherigen auf der hier dargelegten Rechtsmeinung gründenden Verfahrensweise des BND und entspricht auch nicht den von BKAm genehmigten Dienstvorschriften (hier insb. die sog. „DV Übermittlung“).
 - Würde BND auch bei der Datenverarbeitung grundsätzlich zwischen Daten differenzieren, die er im Ausland oder im Inland erhoben hat, müsste er seine Dateilandschaft grundsätzlich umgestalten. So müsste ein Dateisystem für *Auslandsdaten* vorgehalten werden (keine Löschrufen, keine Prüfkompetenz BfDI, keine Übermittlungsbeschränkungen etc.) sowie ein Dateisystem für nach BNDG zu verarbeitenden Daten. Ein solches Dateisystem besteht nicht. Eine entsprechende Differenzierung müsste auch dem BfDI und mithin öffentlichkeitswirksam kommuniziert werden. Für den BfDI würde eine solche Umstellung eine weitgehende Einschränkung seiner Prüfkompetenz bedeuten. So erhebt der BND tatsächlich die meisten Daten im Ausland. Die einer rechtlichen Regelung (BNDG) unterworfenen Daten würden lediglich einen vergleichsweise geringen Restbestand ausmachen.
 - Desweiteren müssten die dienstinternen Vorschriften zum Datenschutz grundlegend überarbeitet werden. Sie gehen von einer umfassenden Datenverarbeitung nach BNDG aus.
5. Zu bedenken sind nicht zuletzt die **politischen** Implikationen der im Kurzgutachten geäußerten Rechtsmeinung:

- Mit einer juristisch h.E. kaum zu bestehenden intensiven öffentlichen Diskussion (BfDI, BMJ, Presse) und entsprechend negativen Auswirkungen auf Ansehen und Tätigkeit des BND (insb. Schaffung neuer, restriktiver gesetzlicher Grundlagen) wäre zu rechnen.
 - Der deutsche Rechtsstandard in datenschutzrechtlicher Sicht würde hinter den Rechtsstandard der USA und GBR zurückfallen (entsprechende Regelungen sind insb. in GBR als vergleichbarem EU-Staat vorhanden, Intelligence Service Act von 1994).
 - Bisher getätigte Äußerungen („Stärke des Rechts...“) würden relativiert.
6. Die in Ziff. 2 geäußerte Ansicht, dass es sich bei den erfassten Metadaten (Verbindungsdaten, insb. auch Rufnummern, Mailadressen etc) nicht um personenbezogene Daten handle, ist rechtlich nicht vertretbar. So erscheint ausgeschlossen, dass kein einziges der angefallenen Daten zu keinem Zeitpunkt durch den BND auf eine bestimmbar natürliche Person zurückgeführt werden könnte (vgl. zur Definition personenbezogener Daten: Simitis, BDSG, 2011, § 3 Rn 4 ff., Gola/Schumerus, BDSG, 2012, § 3, Rn 2 ff. m.w.N.). Insbesondere schließt die erforderliche technische Aufbereitung des im Kurzgutachten beschriebenen Rohdatenstroms die Bestimmbarkeit nicht aus. So ist die technische Aufbereitung nichts Anderes als die tatsächliche Umsetzung des rechtlichen Erfordernisses der Bestimmbarkeit. Sie wohnt dem Begriff inne.