

**Rechtmäßigkeit der Erfassung ausländischer Telekommunikation
durch deutsche staatliche Stellen**

Christoph Gusy¹

Unter Mitarbeit von Katherina Jung

¹ Für wertvolle Unterstützung und engagierte Mitarbeit danke ich F. Wiesner, J.P. Moehle und G. Bulut.

Inhalt

I.	Einleitung	3
II.	Zur Reichweite des Art. 10 GG	4
1.	Das Schutzgut des Fernmeldegeheimnisses	4
2.	Grundrechtsträger.....	9
3.	Zum territorialen Anwendungsbereich des Fernmeldegeheimnisses aus Art. 10 GG ...	9
4.	„Abgestufte Grundrechtswirkungen“ im Ausland	20
5.	„Open sky“ und „open net“ als Grenzen des Schutzbereichs?.....	27
6.	Zwischenresultat	32
III.	Grundrechtseingriffe in das Fernmeldegeheimnis durch Aufklärungsmaßnahmen	32
1.	Aufklärung „im Inland“ bzw. „im Ausland“	33
2.	Netzüberwachung als Möglichkeit einer „Flucht“ aus den Grundrechtsbindungen? ..	37
3.	Kategorisieren als Vorstufe der Überwachung - Vorüberlegungen.....	40
4.	Zwischenresultat	50
IV.	Befugnisnormen zur nachrichtendienstlichen Überwachung grundrechtlich geschützter Telekommunikation.....	50
1.	§ 5 G-10 als Befugnisnorm zur Überwachung grenzüberschreitender Telekommunikation.....	51
2.	§ 1 Abs. 2 S. 1 BNDG als Befugnisnorm zur Überwachung ausländischer Telekommunikation?	54
V.	Befugnisnormen zur nachrichtendienstlichen Telekommunikationsüberwachung außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 10 GG.....	67
1.	Zur Abgrenzung grundrechtlich geschützter von sonstiger Telekommunikation.....	67
2.	Überwachung grundrechtlich nicht geschützter Telekommunikation nach § 1 Abs. 2 BNDG: Verfassungsrechtliche und menschenrechtliche Voraussetzungen und Grenzen ...	70
VI.	Zur Verfassungsmäßigkeit des § 5 Abs. 2 S. 3 G-10	81
VII.	Zusammenfassung.....	86

I. Einleitung

Die Aktivitäten deutscher Stellen zur Informationserhebung und –auswertung im Ausland haben in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft lange Zeit hindurch ein Schattendasein geführt. Erst die massenhafte Erfassung und Speicherung von Telekommunikationsvorgängen durch ausländische, namentlich US-amerikanische und britische Nachrichtendienste, haben der Materie auch in Deutschland erhöhte Aufmerksamkeit verschafft.² Die Frage nach Rechtsgrundlagen und –bindungen deutscher Stellen bei Auslandsaktivitäten hat dabei gezeigt: Hier sind sowohl verfassungsrechtliche Vorgaben als auch einfach-gesetzliche Ausformungen unklar und umstritten. Inwieweit ist das ältere Nachrichtendienstrecht noch in der Lage, neuere Eingriffsformen angemessen zu steuern und zu begrenzen? Im Fokus zahlreicher Diskussionen stehen dabei weniger die – bereits mehrfach verfassungsgerichtlich geprüften und rechtswissenschaftlich untersuchten – Inlandsaktivitäten als vielmehr auslandsbezogene Tätigkeiten deutscher Stellen, namentlich des BND.³

Die nachfolgende Untersuchung stellt zunächst Geltungsinhalt sowie personalen und territorialen Geltungsbereich des Fernmeldegeheimnisses aus Art. 10 GG dar. Sodann fragt sie nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben für eine Unterscheidung von grundrechtlich geschützten und nicht-geschützten Kommunikationen. Weiterhin wird das Gesetzesrecht daraufhin untersucht, inwieweit es diesen Vorgaben entspricht. Anschließend werden die Rechtsfragen einer strategischen Überwachung grundrechtlich geschützter und sonstiger Telekommunikation dargelegt.

² Hier sind namentlich die Aufklärungsaktivitäten des NSA-Untersuchungsausschusses des deutschen Bundestages zu nennen. Dazu insbes. die Expertisen von Papier, Gutachtliche Stellungnahme zum Beweisbeschluss SV-2 des 1. Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages in der 18. Wahlperiode, 2014 (im Folgenden zitiert als: Papier, Gutachten); Hoffmann-Riem, Stellungnahme zur Anhörung des NSA-Untersuchungsausschusses am 22.5.2014, 2014 (zitiert: Hoffmann-Riem, Gutachten); Bäcker, Erhebung, Bevorratung und Übermittlung von Telekommunikationsdaten durch die Nachrichtendienste des Bundes, Stellungnahme zur Anhörung des NSA-Untersuchungsausschusses vom 22.5.2014, 2014 (zitiert: Bäcker, Gutachten); Talmon, JZ 2014, 783.

³ Dazu aus jüngerer Zeit Huber, NJW 2013, 2572; weiter zahlreiche Kommentierungen in dem Handbuch von Graulich/Schenke/Ruthig (Hg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2014 (zitiert: Sicherheitsrecht).

II. Zur Reichweite des Art. 10 GG

1. Das Schutzgut des Fernmeldegeheimnisses

Telekommunikation unterfällt in der Bundesrepublik jedenfalls auch dem Schutzbereich des Art. 10 GG.⁴ Dies gilt jedenfalls insoweit, als dort Kommunikationsvorgänge stattfinden, welche als Fernmeldeverkehr zu qualifizieren sind und damit dem „Fernmeldegeheimnis“ unterfallen. Dazu zählt die Kommunikation. Fernmeldeverkehr in diesem Sinne ist nach einhelliger Auffassung jede elektronisch vermittelte Übertragung von Informationen an individuelle Empfänger.⁵ Konstituierend ist also ein Kommunikationsvorgang per Distanz und ein Übertragungsmedium oder –weg, welcher nicht an eine körperliche Übermittlung anknüpft.⁶ Dabei ist es nicht von Bedeutung, ob die elektronische Kommunikation durch Leitungen oder durch Funk übermittelt wird. Dazu zählt **nicht jede Kommunikation im internationalen Funkverkehr bzw. im Internet**: Maßgeblich für die Abgrenzung ist die Zahl der Beteiligten und die Individualisierung ihrer Kommunikation, also ihre technische Abschottung gegen Kenntnisnahme Außenstehender. Auch wenn hier manche Einzelheiten noch ungeklärt sein mögen, so lässt sich doch festhalten: Zahlreiche Formen der Funk- wie auch der Netzkommunikation erfüllen die Anforderungen an das Merkmal des „Fernmeldeverkehrs“ und unterfallen daher dem Schutzbereich des Art. 10 GG.⁷

Das Grundrecht schützt die Vertraulichkeit der Fernmeldekommunikation. Der Bereich der Vertraulichkeit ist formell begründet und abgegrenzt: Geschützt ist die Vertraulichkeit des Mediums unabhängig von einem Vertrauen der Beteiligten im Einzelfall, also unabhängig von ihrem Wissen oder Glauben um dessen Schutz oder in die Geheimhaltungsbedürftigkeit ihrer Kommunikation bzw. ihrer Inhalte.⁸ Auch wenn die Teilnehmer keinen Wert auf Geheimhaltung legen oder allein öffentlich bekannte Inhalte austauschen, ist ihre Kommunikation per Distanz im Medium geschützt. Art. 10 GG löst also die Vertraulichkeit des Mediums vom diesbezüglichen Vertrauen der Teilnehmer ab. Dies reagiert auf den Umstand, dass sie selbst die Vertraulichkeit ihrer Kommunikation im Netz nicht wahren können. Hinsichtlich derartiger Kommunikationsvorgänge ist das Schutzgut des Fernmeldegeheimnisses im Wesentlichen konsentiert. Es bezieht sich auf zwei Gegenstände:

⁴ BVerfGE 85, 386, 395.

⁵ BVerfGE 46, 120, 143; Hermes, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar I, 3. Aufl. (2013) (zitiert: Dreier), Art. 10 Rn 37; Gusy, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetzkommentar I, 6. Aufl. (2012) (zitiert: vMKS), Art. 10 Rn 39; Groß, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz (zitiert: Friauf/Höfling), Art. 10 Rn 18; Durner, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar II, EGL Juli 2014 (zitiert: Maunz/Dürig), Art. 10 Rn 81.

⁶ Zur Abgrenzung vom Brief- und Postverkehr BVerfGE 85, 386, 396.

⁷ Zu Einzelheiten etwa Hermes, in: Dreier, Art. 10 Rn 37; Gusy, in: vMKS, Art. 10 Rn 21 f, 42 ff, Durner, in: Maunz/Dürig, Art. 10 Rn 82.

⁸ Näher Gusy, in: vMKS, Art. 10 Rn 14 ff (Nachw.).

- (1) Schutz der **Vertraulichkeit der Kommunikationsinhalte**:⁹ Dazu zählen diejenigen Informationen, welche im Kommunikationsvorgang übermittelt werden. Sie sind gegen inhaltliche Ausspähung, Kenntnisaufnahme oder Aufzeichnung geschützt. Dieser Schutz richtet sich also gegen das klassische „Abhören“ wie auch deren neuere technische Äquivalente unabhängig davon, ob dies durch eine mithörende oder –schneidende Person oder aber mittels technischer Aufzeichnungsanlagen – also das „Mitschneiden“ der Inhalte - erfolgt. Die Inhalte sind im Medium formell geschützt: Geschützt ist also die Vertraulichkeit des Mediums selbst und die daraus resultierende Beschränkung des Zugangs zu den Kommunikationsinhalten der Beteiligten. Die Information nimmt demnach am Schutz des Mediums teil und ist deshalb vertraulich. Nicht maßgeblich ist demgegenüber der Inhalt der einzelnen Information selbst; also der Umstand, ob die Information allein den Beteiligten, nur begrenzten Dritten oder aber potentiell Jedermann bekannt ist. Im Telekommunikationsvorgang können auch öffentliche Informationen vertraulich ausgetauscht werden und sind als dessen Teil grundrechtlich geschützt.
- (2) Schutz der **Vertraulichkeit der Kommunikationsvorgänge**.¹⁰ Diese Dimension bezieht sich auf die „näheren Umstände des Fernmeldeverhältnisses“, also zunächst die Kenntnisaufnahme von der Tatsache der Kommunikation selbst; von der Identität der Teilnehmer, und zwar jedes einzelnen von ihnen; schließlich von Termin und Dauer des Kontakts. Vertraulich bleiben soll nicht nur, was die Teilnehmer ausgetauscht haben; sondern auch, wer mit wem wann in welchem Umfang welche Informationen übermittelt hat. Grundrechtlich geschützt ist dann **nicht nur der Kommunikationsinhalt, sondern auch der Kommunikationsvorgang** selbst. Auch dies ist unabhängig davon, ob die soziale Beziehung zwischen den Kommunikationsteilnehmern, innerhalb derer der Kontakt per Distanz stattfindet, gegenüber Dritten vertraulich oder aber allgemein bekannt ist. Ebenso wie die Inhalte sind derartige **Verbindungsdaten** während des Kommunikationsvorgangs selbst bei den Beteiligten wie auch bei den die Kommunikation vermittelnden Unternehmen geschützt.
- (3) **Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikationspartner: Geschützt sind alle Teilnehmer eines Kommunikationsvorgangs; also alle Personen**, die an ihm beteiligt waren ohne Rücksicht darauf, ob sie als Anrufer, Angerufene der sonst mithörende Dritte teilgenommen haben. Geschützt ist auch, wer eine solche Kommunikation per Distanz initiiert bzw. versucht hat, und zwar auch dann, wenn dieser Kontakt im Einzelfall nicht zustande gekommen ist. Vertraulich ist das Medium und nicht alleine der einzelne (stattfindende) Kommunikationsvorgang.

Nicht dem Schutzbereich des Art. 10 GG unterfallen demgegenüber **Informationen, welche sich auf Kommunikationsunternehmen, -teilnehmer oder -umstände beziehen, nicht aber**

⁹ Dazu näher Gusy, in: vMKS, Art. 10 Rn 45; ders., JuS 1986, 89.

¹⁰ Dazu näher BVerfGE 86, 386, 396; Hermes, in: Dreier, Art. 10 Rn 38; Gusy, in: vMKS, Art. 10 Rn 45.

einzelne Kommunikationsvorgänge zum Gegenstand haben. Dazu zählen Bestandsdaten,¹¹ IP-Adressen,¹² aber auch Informationen über Standorte von Kommunikationsgeräten während der Fernmeldekommunikation.¹³ Solche und ggf. andere Metadaten unterfallen ebenso wie Informationen, welche über einzelne Kommunikationsvorgänge hinaus auf Handys oder PCs gespeichert sind, in der Bundesrepublik nicht dem Schutz des Art. 10 GG, sondern demjenigen des Art. 2 Abs. 1 GG.¹⁴ Diese rechtliche Differenzierung unterscheidet sich möglicherweise von der Rechtsprechung des EGMR, der auch die hier genannte Gruppe von Informationen – ebenso wie Inhalte und Verbindungsdaten der Telekommunikation – einheitlich in Art. 8 EMRK geschützt sieht.¹⁵ Wegen des andersartigen Schutzzumfangs der Garantie des Art. 8 EMRK, insbesondere der dort im Unterschied zu Art. 10 GG ausdrücklich genannten „Privatsphäre“ – liegen derartige Auslegungsdifferenzen nahe. Das gilt umso mehr, als in der EMRK ein dem Art. 2 Abs. 1 GG entsprechendes subsidiäres Auffanggrundrecht, welches seinerseits zugleich die Privatsphäre mitgarantiert,¹⁶ in der Konvention fehlt. Insoweit spricht manches dafür, dass bei unterschiedlicher rechtlicher Anknüpfung die Rechtsprechung von BVerfG und EGMR im Ergebnis zu vergleichbaren Beurteilungsmaßstäben gelangen wird.

Sinn und Zweck jener Differenzierung der Schutzgüter innerhalb und außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 10 GG liegen zentral darin, Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Eingriffsbefugnisse herauszuarbeiten. Dabei gilt zunächst: Die o. unter (1), (2) genannten Dimensionen der Inhalts- und Verbindungsdaten unterliegen dem Schutzbereich und damit zugleich den Eingriffsvoraussetzungen des Art. 10 GG.¹⁷ Die unter (3) genannten Dimensionen sind nicht in Art. 10 GG geschützt und unterliegen deshalb nicht den speziell hierfür, wohl allerdings den Eingriffsvoraussetzungen der jeweils für sie maßgeblichen Grundrechte. Dies sind im Grundgesetz regelmäßig die Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 1 GG in ihrem Gehalt als Schutz von Persönlichkeitsrechten.¹⁸

Ob hingegen die innerhalb des Grundrechts aus Art. 10 GG geschützten Daten, also die Kommunikationsinhalte (s. o. (1) und die Verbindungsdaten iSv o. (2)), denselben oder unterschiedlichen Eingriffsvoraussetzungen unterliegen, ist demgegenüber bislang nicht eindeutig geklärt. Für einen einheitliche Schutz sprechen insbesondere zwei Umstände: Zu-

¹¹ Dazu differenzierte Ansichten, bejahend Breyer, RDV 2003, 218 f; Verneinend OVG Münster, MMR 2002, 563, 564; vgl. zur Problematik Neumann/Wolf, TKMR 2003, 110, 114 ff.

¹² BVerfGE 130, 151, 179.

¹³ BVerfGE 9, 62 (IMSI-Catcher); Roggan, KritV 2003, 76, 89 f; Nachbaur, NJW 2007, 335; Zum Ganzen: Gusy, in: vMKS, Art. 10 Rn 45.

¹⁴ BVerfGE 115, 166; zustimmend: Rauschenberger, Kriminalistik 2006, 328; weitere Nachweise bei Gusy, in: vMKS, Art. 10 Rn 45.

¹⁵ Maurauhn/Thorn, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar I, 2. Aufl. (2013), Kap. 16 Rn 60 f.

¹⁶ Zur Garantie der Privatsphäre in Art. 2 Abs. 1 GG näher BGHZ 13, 334, 338.

¹⁷ Überblick bei Gusy, vMKS Art. 10 Rn 64 ff.

¹⁸ So etwa BVerfGE 107,299; Gusy, DuD 2009, 33; zum Schutz der Persönlichkeitssphäre in Art. 2 Abs. 1 GG im Unterschied zur Sozialsphäre nach wie vor grundlegend Scholz, AöR 100 (1975), 80; Schertz, NJW 2013, 721; Enders, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte IV, § 89. Für eine Annäherung des Schutzniveaus von Art. 10 GG einerseits und Art. 2 Abs. 1 GG in den seinen hier genannten Dimensionen andererseits Durner, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, 72. EGL (2014) (zitiert: Maunz/Dürig), Art. 10 Rn 58, 91 ff.

nächst die Subsumtion beider Dimensionen des Fernmeldegeheimnisses unter einen einheitlichen Grundrechtstatbestand: Was in einem einheitlichen Grundrecht geschützt ist, sollte danach einem einheitlichen Schutz unterliegen. Sodann aber auch die in der Rechtsprechung mehrfach anzutreffende Feststellung, wonach die **Verbindungsdaten zentrale Elemente der Vertraulichkeit von Telekommunikation enthalten und daher ebenso wie die Kommunikationsinhalte grundrechtlichen Schutz genießen**.¹⁹ Doch gibt es auch Anhaltspunkte gegen jene Gleichwertigkeit des Schutzzumfangs und damit für einen abgestuften Vertraulichkeitsschutz.²⁰ Danach liegt es näher, dem Grundrecht ein differenziertes Schutzkonzept zu entnehmen. Die Einheitlichkeit des Grundrechts begründet demzufolge nicht notwendig eine Einheitlichkeit des garantierten Schutzniveaus. Manches spricht dafür, dass hier zwischen unterschiedlichen Graden und Formen möglicher Eingriffe und Eingriffstiefen zu differenzieren ist und dabei

- der unantastbare Kernbereich der Privatsphäre²¹ als engster Bereich,²²
- die Kommunikationsinhalte als weiterer Bereich mit einem „effektiven Grundrechtsschutz“,²³ der aber im Einzelnen hinter demjenigen der Inhalte zurückbleiben kann,
- die Verbindungsdaten als noch weiterer Bereich und schließlich
- die sonstigen Kommunikationsumstände als Elemente des Schutzes aus Art. 2 Abs. 1 GG

einen inhaltlich abgestuften Schutz genießen kann. Maßgeblich hierfür sind nicht allein die schutzbereichsbezogenen Formulierungen, sondern zugleich die Abwägungen im Hinblick auf kollidierende Rechtsgüter bei der Rechtsprechung zu den Grundrechtsschranken. Hier spricht manches dafür, dass in der Rechtsprechung zur Überwachung der Gesprächsinhalte höhere Rechtfertigungsanforderungen gestellt werden als zu bestimmten Eingriffsnormen hinsichtlich der Verbindungsdaten. Demnach richtet sich das grundrechtliche Schutzniveau nicht zuletzt danach, **was** im Einzelfall von grundrechtsgebundenen Stellen **überwacht, an Informationen erhoben bzw. gespeichert wird**.

Unterschiedlich kann das Schutzniveau aber auch im Hinblick darauf sein, zu welchem Zeitpunkt eine Überwachung stattfindet. Nachträgliche Eingriffe können hier anderen Anforderungen unterliegen als zeitgleiche.²⁴ Unterschiede können sich etwa auch bei Abhörmaßnahmen, welche von einer Person in Echtzeit durchgeführt wird, im Unterschied zu elektronischen Abhörmaßnahmen mit nachträglicher Überprüfung durch das Personal ergeben.²⁵ In

¹⁹ So BVerfGE 125, 260, 309.

²⁰ Nach Gusy, in: vMKS, Art. 10 Rn 72.

²¹ Dazu näher Warnten, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung. Eine Konzeption im Anschluss an das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung, BVerfGE 109, 279, 2007.

²² Dazu zählt etwa auch der Schutz vor Totalüberwachung oder Erstellung flächendeckender Bewegungsbilder; zu deren verfassungsrechtlichen Grenzen BVerfGE 125, 260, 310 ff; VGH München, DuD 2013, 465, 466 ff.

²³ BVerfGE 115, 166; 125, 260.

²⁴ Auf diesen Aspekt weist Groß, in: Friauf/Höfling, Art. 10 Rn 45 ff, hin.

²⁵ Ein für Einzelfälle geforderter Abbruch einer Abhörmaßnahme kann jedenfalls allein bei einer Überwachung in Echtzeit stattfinden. Hier kann dann ein Erhebungsverbot gelten (so etwa BVerfGE 109, 279). Bei einer allein

solchen Fällen kommt es demnach für die Zulässigkeitsanforderungen an Grundrechtseingriffe darauf an, **wann** im Einzelfall von grundrechtsgebundenen Stellen **überwacht, Informationen erhoben oder gespeichert werden**.

Schließlich kann das Schutzniveau aber auch danach differenzieren, in welchem Umfang die einzelnen Maßnahmen den geschützten Vertraulichkeitsschutz zu beeinträchtigen geeignet sind. Je schwerwiegender der Eingriff auch durch die Art und Weise seiner Durchführung, umso höher sind die zu ihrer Rechtfertigung notwendigen Belange.²⁶ Werden Informationen nur kurzfristig bzw. vorübergehend erhoben und nach Relevanzprüfung sogleich wieder gelöscht, so können die Eingriffsschwellen niedriger liegen als im Falle mittel- oder gar längerfristiger Informationsspeicherung. Ähnliches kann gelten, wenn Informationen zwar erhoben, die Möglichkeiten ihrer Verwendung aber eng umgrenzt sind und zugleich für den Fall der Nicht-Verwendbarkeit eine Löschung bzw. Vernichtung der erhobenen Daten rechtlich angeordnet und technisch sichergestellt ist.²⁷ In solchen Fällen kann das Schutzniveau ein unterschiedliches sein: Zwar sind auch Relevanzermittlungs- bzw. –überprüfungseingriffe Grundrechtseingriffe, aber ggf. unter niedrigeren Zulässigkeitsanforderungen zu rechtfertigen. In diesem Falle kommt es also auch darauf an, **wie** im Einzelfall von grundrechtsgebundenen Stellen **überwacht, Informationen erhoben oder gespeichert werden**.

Verfassungsrechtlich relevante Unterschiede im Hinblick auf Eingriffsrechtfertigungen können sich dabei namentlich ergeben im Hinblick auf

- **Richtervorbehalte:** Ein derartiger Grundrechtsschutz durch vorgängige richterliche Verfahren ist bei der Überwachung von Gesprächsinhalten (wohl) stets notwendig.²⁸ Bei der Erhebung und Verarbeitung von Verbindungsdaten wird dieses Instrument vielfach gefordert,²⁹ im Einzelfall kann es daneben aber auch durch andere äquivalente Formen der Sicherung des Fernmeldegeheimnisses ersetzt werden. Hier kommt es dann weniger auf das einzelne Verfahren als vielmehr auf ein adäquates Schutzniveau der Privatsphäre insgesamt auch durch andere parallele und im Ergebnis gleichwertige Schutzvorkehrungen an.³⁰
- **Bestimmtheitsgebote hinsichtlich der Eingriffsregelungen:** Auch im Anwendungsbereich des Art. 10 GG gilt: Je schwerwiegender der Eingriff, desto bestimmter muss das diesen rechtfertigende Gesetz sein.³¹
- **Konkretheitsanforderungen bei der Bestimmung von Gefahren und Gefährdern:** Je bestimmter das Gesetz sein muss, desto konkreter müssen die durch einzelne Maß-

automatischen Aufzeichnung mit erst nachträglicher Kontrolle durch Personen kommt regelmäßig allein ein Verwertungsverbot in Betracht, das aber in der Rechtsprechung für diese Konstellation gleichfalls als ausreichend angesehen wird. So etwa BVerfGE 120, 274; Gusy, DuD 2009, 33.

²⁶ Dazu grundsätzlich Gusy, FS Schenke, 2012, S. 395.

²⁷ BVerfGE 129, 208; 130, 151.

²⁸ S. dazu BVerfGE 129, 274, 331 ff; NJW 2009, 2431 ff; Gusy, JZ 1998, 167, 168 f (Nachw.).

²⁹ BVerfGE 107, 299, 313 ff; 125, 260, 337 ff.

³⁰ Zu möglichen Ausnahmen auf dieser Grundlage etwa BVerfGE 120, 274, 323; 103, 142, 152. Zu einer solchen Gesamtbetrachtung neigt auch EuGH, MMR 2014, 421.

³¹ BVerfGE 85, 286, 303 f; 125, 260, 319 ff.

nahmen abzuwehrenden Gefahren und die zu diesem Zweck zu überwachenden Personen im Gesetz beschrieben werden. Je weniger bestimmt hingegen das Gesetz sein muss, umso größere Entscheidungsfreiräume entstehen für die Gesetzgeber bei der Frage nach der Konkretisierung abzuwehrender Gefahren und ihrer potentiellen, durch Überwachungsmaßnahmen festzustellenden Urheber.

2. Grundrechtsträger

Träger der Garantie aus Art. 10 Abs. 1 GG sind alle Rechtssubjekte, denen das je einzelne Grundrecht Rechte zuweist. Im Hinblick auf **natürliche Personen** folgt diese Zuweisung aus der einzelnen Garantie selbst. Das Fernmeldegeheimnis ist in diesem Sinne ein **Menschenrecht**,³² da seine **Anwendbarkeit nicht auf Deutsche beschränkt** ist. Damit sind alle Menschen berechtigt, sich auf das Grundrecht zu berufen. Dies gilt unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit. **Der personale Grundrechtsschutz beschränkt sich also nicht allein auf Deutsche.**

Hinsichtlich **juristischer Personen** begründet Art. 19 Abs. 3 iVm Art. 10 GG die Grundrechtsträgerschaft **inländischer juristischer Personen des Privatrechts**.³³ Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind grundsätzlich keine Grundrechtsträger.³⁴ **Ausländische juristische Personen** genießen den Grundrechtsschutz **nicht**,³⁵ erst recht **keine ausländischen Staaten**, Träger öffentlicher Gewalt, deren Organe, Amtswalter oder sonstige Mitarbeiter im Rahmen ihrer dienstlichen Tätigkeit.

3. Zum territorialen Anwendungsbereich des Fernmeldegeheimnisses aus Art. 10 GG

a) Vorfragen und Meinungsstand

Die Frage danach, wer sich auf Art. 10 GG berufen kann, ist grundsätzlich zu trennen von derjenigen, wo sich diese Personen auf die Grundrechtsgarantie berufen können. Die Thematik wird teils unter dem Thema der Grundrechtsträgerschaft, teils unter demjenigen der territorialen Grundrechtsgeltung abgehandelt. Da beide Ansätze mit vergleichbaren Argu-

³² Hermes, in: Dreier, Art. 10 Rn 26; Löwer in: von Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar I, 6. Aufl. (2012) (zitiert: Münch/Kunig), Art. 10 Rn 4; Gusy, in: vMKS, Art. 10 Rn 47; Durner, in: Maunz/Dürig, Art. 10 Rn 100.

³³ BVerfGE 107, 28 (Ls. 4); Badura, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar, EGl. 167 (2014) (zitiert: Bonner Kommentar), Art. 10 Rn 22 ff; Hermes, in: Dreier, Art. 10 Rn 29; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetzkommentar, 13. Aufl. (2014) Art. 10 Rn 10; Gusy, in: vMKS, Art. 10 Rn 18; Durner, in: Maunz/Dürig, Art. 10 Rn 102.

³⁴ Ausnahme nach BVerfGE 107, 299, 309 f.

³⁵ BVerfGE 100, 313, 364; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 10 Rn 10. Anderes kann allenfalls gelten für juristische Personen des Privatrechts aus EU-Staaten gem. Art. 18 AEUV; für eine erweiternde Auslegung des Art. 19 Abs. 3 GG in diesem Sinne BVerfGE 129, 78, 94. Für das Fernmeldegeheimnis ist die Anwendbarkeit dieser Rechtsprechung bislang nicht näher diskutiert.

menten zu vergleichbaren Ergebnissen gelangen, kann hier der Ausgangspunkt offen bleiben.

Traditionell stehen sich **zwei prinzipiell gegenläufige Sichtweisen** gegenüber:

- Eine Richtung geht davon aus, dass sich der Anwendungsbereich der Grundrechte des GG aus der territorialen Reichweite des GG insgesamt ergebe. Danach ist das Grundgesetz die rechtliche Reaktion auf die Territorial- und Personalhoheit der Staaten. Wo die Staaten sind, da sind auch ihre Verfassungen und deren Grundrechte. In diesem Sinne **folgt die Grundrechtsgeltung der Territorialhoheit der Bundesrepublik und bezieht sich auf deren Territorium**, also (allein) das Inland. Eine Grundrechtsgeltung im Ausland kann es daneben und darüber hinaus namentlich geben, wenn dort Deutsche von Maßnahmen deutscher Staatsgewalt betroffen sind. Hier wird das Kriterium der Territorialhoheit durch dasjenige der Personalhoheit ergänzt.³⁶
- Eine andere Richtung geht davon aus, dass sich auch die territoriale Geltung des GG aus Art. 1 Abs. 3 GG bestimmen lasse. Dieser regele zwar unmittelbar insbesondere die (unmittelbar) Grundrechtsverpflichteten, also die Träger deutscher öffentlicher Gewalt. Deren Grundrechtsverpflichtung sei dort aber nicht weiter begrenzt, und zwar weder in funktionaler noch etwa in territorialer Sicht. Daraus folgt danach: Wo immer die deutsche Staatsgewalt tätig wird und zulässigerweise tätig werden darf, ist sie an die Grundrechte des GG gebunden. Dies gilt unabhängig davon, ob sie im Inland oder aber (zulässigerweise) im Ausland handelt. Danach gelten die Grundrechte des GG prinzipiell auch im Ausland, soweit deutsche Staatsorgane dort tätig werden.³⁷

Dass beide Richtungen für die Frage nach dem territorialen Geltungsbereich des Fernmeldegeheimnisses zu unterschiedlichen Ausgangspunkten gelangen, liegt auf der Hand.

- Für die **zuerst genannte Auffassung** würde sich die Garantie des Art. 10 Abs. 1 GG **allein auf das Inland beschränken**. Im Ausland würde sie allenfalls dann Geltung beanspruchen können, soweit dort Deutsche von Eingriffen betroffen sein können.
- Für die sodann genannte Auffassung würde gelten: Das Fernmeldegeheimnis als Menschenrecht gilt für alle Menschen, welche von Abhör- oder sonstigen Eingriffen

³⁶ In diesem Sinne etwa Badura, in: Bonner Kommentar, Art. 10 Rn 87. Einen gewissen verfassungstextlichen Anhaltspunkt fand diese Auffassung in Art. 23 GG a.F., wonach dieses Grundgesetz „zunächst im Gebiete der Länder ... gilt“. In anderen Gebieten, in denen es nicht „nach deren Beitritt in Kraft zu setzen ist“, gilt es demnach nicht (Art. 23 S. 2 GG a.F.). Die Vorschrift ist jedoch im Jahre 1990 aufgehoben worden. Welche Auswirkungen dies auf die territoriale „Geltung“ des GG erlangt haben könnte, ist aber m.W. nirgends vertieft erörtert. Seitdem ist der räumliche Geltungsbereich im GG nicht mehr explizit erwähnt, stattdessen findet sich eine Hinweis darauf, für wen es gilt (nämlich das „gesamte deutsche Volk“, s. Präambel, Art. 146 GG). Diese Formulierung lässt die Frage nach dem territorialen Geltungsbereich offen.

³⁷ So etwa Durner, in: Maunz-Dürig, Art. 10 Rn 65; Stettner, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte IV, § 92 Rn 26; dagegen explizit Woelms, Schutz der Internetkommunikation und „heimliche Internetaufklärung“, 2014, S. 67 ff (Nachw.).

deutscher Staatsorgane betroffen sein könnten, und zwar unabhängig von den Wirkungen der Maßnahme im In – bzw. im Ausland. Hier würde also eine **Erstreckung der Grundrechtsgeltung auf alle Menschen im In- und Ausland stattfinden.**

Neuere Auffassungen gehen davon aus, dass hinsichtlich des territorialen Geltungsanspruchs der Grundrechte nicht mehr allein von gegenläufigen, für alle Garantien gleichermaßen Geltung beanspruchenden Theorien auszugehen ist, sondern stattdessen zumindest auch auf **Besonderheiten der einzelnen Garantien und ihrer Schutz- und Anwendungsbereiche sowie darüber auch auf funktionale Erwägungen hinsichtlich der Grundrechtsschutzgüter**, ihrer Wirkungsweisen und Gefährdungslagen einzugehen ist. Dies führt zu einer gewissen Relativierung der dargestellten Theorien und des auf sie gestützten Meinungsstreits. Zugleich führt eine derartige Sichtweise auch zur Möglichkeit von Differenzierungen zwischen unterschiedlichen Grundrechten. So setzt etwa Wohnungsdurchsuchung das Betreten dieser Wohnung voraus; sie kann deshalb nur in dem Staat und von seinem Territorium aus geschehen, in welchem die Wohnung liegt. Auslandswirkungen können der Garantie des Art. 13 GG daher insoweit kaum zukommen. Ähnliches kann auch für eine Freiheitsentziehung gelten. Sie kann gegenwärtig nur vom Inland, nicht vor Ausland hervorgenommen werden. Schon deshalb bleiben auslandsbezogene Wirkungen der entsprechenden Garantien notwendigerweise gering. Davon kann sich etwa das Fernmeldegeheimnis unterscheiden, das nicht nur am Anschluss, sondern auch am Medium, nicht nur am Netz, sondern auch durch das Netz überwacht werden kann. Die Globalisierung der Netze kann so zugleich eine Globalisierung von Gefährdungsmöglichkeiten mit sich bringen. Daher kann sich schon aus Gründen der Besonderheit dieser Garantie die Frage nach den Auslandswirkungen des Grundrechts anders stellen. Insoweit ist die Klärung seines territorialen Anwendungsbereichs demnach mehr und anderes als die Anwendung voraus liegender allgemeiner Grundrechtstheorien. Sie sind jeweils um Aspekte des Telekommunikationsgeheimnisses, seiner Schutzrichtungen und Schutzbedürfnisse, zu ergänzen.

Solche Aspekte prägen auch den Meinungsstand in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, welcher inzwischen stärker auf grundrechtsimmanente als auf grundrechtstheoretische und damit -transzendente Anknüpfungspunkte Bezug nimmt.

Ein Ausgangspunkt ist die Frage nach dem betreffenden Territorium. Danach gilt Art. 10 insbesondere für Telekommunikation im und durch das Bundesgebiet.³⁸ Hier wird also an einen territorialen Ausgangspunkt angeknüpft. Wo das Staatsgebiet der Bundesrepublik ist, gilt der Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses. Maßgeblich ist nicht notwendig, dass beide Kommunikationspartner vom Inland aus teilnehmen: Vielmehr gilt der territoriale Ausgangspunkt auch bei Verbindungen von Deutschland in das Ausland³⁹ und vom Ausland in das Ausland, solange die durch Funk oder Leitung getragene Verbindung durch oder über deutsches Staatsgebiet, also den Anwendungsbereich deutscher Territorialhoheit, führt und somit die

³⁸ BVerfGE 100, 313, 362 f; Hermes, in: Dreier, Art. 10 Rn 43.

³⁹ BVerfGE 100, 313, 363.

Territorialhoheit der Bundesrepublik betroffen sein kann.⁴⁰ Das soll auch gelten unabhängig von der Frage, ob die Kommunikationsteilnehmer Deutsche oder Ausländer sind⁴¹ und ob sie die Verbindung durch das Territorium der Bundesrepublik selbst gewählt haben oder diese ohne ihr Zutun nur durch die TK-Unternehmen so geschaltet bzw. geleitet werden. Wo die Kommunikation – aus Sicht der Teilnehmer – freiwillig oder unfreiwillig das Inland erreicht, unterliegt sie dem Schutz durch Art. 10 GG. Und dies gilt grundsätzlich für alle Kommunikationsteilnehmer weltweit.

Das BVerfG leitet diesen Aspekt aber primär aus Art. 1 Abs. 3 GG her, geht also vom Boden der zweiten genannten Auffassung aus. Von dort gelangt es allerdings zu einem abgestuften Schutz, welcher auch Fragen des Gebiets- wie des Inländerbezugs der Staatsgewalt einschließt und sich damit eher der zuerst genannten Auffassung annähert. Eine eindeutige Stellungnahme zu jenen rechtlichen Ausgangspunkten findet sich bislang in der Rechtsprechung nicht. Erkennbar ist nach den verfassungsgerichtlichen Erkenntnissen bislang: Wo deutsche Staatsgewalt im Einklang mit dem internationalen Recht tätig wird, gilt grundsätzlich der Schutz durch Art. 10 Abs. 1 GG. Das gilt namentlich im Inland, soweit die deutschen Staatsorgane überwachend tätig werden. Im Ausland darf die deutsche Staatsgewalt jedenfalls gegenüber Deutschen in bestimmten Fällen tätig werden, und insoweit gelten die Grundrechte auch für sie. Ob und inwieweit die deutsche Staatsgewalt auch im Ausland und gegenüber Ausländern tätig werden darf, ist demgegenüber in der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt. Deshalb ist auch die Grundrechtsträgerschaft in solchen Fällen noch nicht judiziert.

Von hier aus erklärt sich die Rechtsprechung des BVerfG,⁴² wonach das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG jedenfalls anwendbar sei, wenn

- die Erfassung und Aufzeichnung des Telekommunikationsverkehrs mit Hilfe auf deutschem Boden stationierter Empfangsanlagen einen – den Eigenarten von Daten und Informationen entsprechenden - „Gebietskontakt herstellen“ unabhängig davon wo sich die Teilnehmer aufhalten oder welche Telekommunikationsverbindungen sie nutzen, und auch
- die Auswertung der erlangten Daten auf deutschem Boden stattfindet
- und unabhängig davon, ob die von einer solchen Überwachungsmaßnahme Betroffenen Deutsche oder Ausländer sind.

Jedenfalls wenn diese Kriterien zusammenfallen, ist Art. 10 GG anwendbar. Ob sie nur gemeinsam oder je für sich den Geltungsanspruch des deutschen Grundrechts begründen können, ist den genannten Passagen nicht zweifelsfrei zu entnehmen. Fest steht jedenfalls, dass die genannten Grundsätze nicht allein Inhalt einzelner Entscheidungen des BVerfG sind, sondern auf die nahezu einhellige Zustimmung in der Rechtswissenschaft stoßen.

⁴⁰ BVerfGE 100, 313, 363 f.

⁴¹ So auch BVerfGE 100, 313, 362.

⁴² BVerfGE 100, 313, 363 f. Dem folgend etwa Hermes, in: Dreier, Art. 10 Rn 43.

Offen ist demgegenüber neben dem Verhältnis der angesprochenen Kriterien zueinander (alternativ oder kumulativ) insbesondere die Frage nach der **Grundrechtsanwendung im Falle der Überwachung ausländischer Kommunikationsteilnehmer im Ausland und vom Ausland her**.⁴³ Soweit die Maßnahme gegenüber Ausländern von deutschem Boden aus geschieht, ist dagegen nach praktisch einhelliger Auffassung das Grundrecht des Art. 10 GG anwendbar. Angesichts der Einhelligkeit dieser Ansicht lohnt es hier kaum, auf Begründungsschwächen oder Inkonsequenzen dieser Auffassung aufmerksam zu machen, wenn es um die Ermittlung des geltenden Rechts geht, zumal kaum Aussicht besteht, dass ein derart einhelliger Grundsatz in naher Zukunft aufgegeben würde. Ebenso kann umgekehrt die Anwendbarkeit von Grundrechten in derartigen Rechtsbeziehungen mit dem Argument verneint werden, die Gerichte hätten Rechtsschutzbegehren Betroffener als unzulässig abgewiesen, weil ihnen die Klage- oder Verfassungsbeschwerdebefugnis fehle.⁴⁴ Denn die Antragsbefugnis ist nicht allein von der Innehabung eines Rechts, sondern daneben zugleich von der Möglichkeit bzw. Wahrscheinlichkeit seiner Verletzung im Einzelfall anhängig. Hier geht es also neben der allgemeinen Rechtsträgerschaft um einzelfallbezogene Fragen im konkreten Rechtsschutzverfahren: Man kann durchaus in ein und demselben Verfahren die Innehabung eines Rechts im Allgemeinen annehmen und zugleich die Möglichkeit seiner Geltendmachung im Einzelfall verneinen. In solchen Fällen ist die Antwort auf die zweite noch nicht notwendig zugleich eine Antwort auf die erste Frage.⁴⁵

b) Grundrechtsfunktion und –schutzrichtung: Zur neueren Diskussion um den territorialen Anwendungsbereich des Art. 10 Abs. 1 GG

Das Grundrecht aus Art. 10 GG stellt – in der Nachfolge seiner Vorläufer in früheren deutschen Verfassungen – eine Reaktion auf den technisch bedingten Wandel privater Kommunikation durch die Möglichkeit medialer Vermittlung dar. Mit der Einführung von Post- und Fernmeldekommunikation entstand die Situation, dass die Menschen nicht mehr selbst und allein die Öffentlichkeit bzw. Vertraulichkeit ihrer Kommunikation kontrollieren konnten. Auf diesen faktischen Kontrollverlust reagierte die Rechtsordnung durch rechtliche Garantien von Vertraulichkeit und Privatheit in bestimmten Medien.⁴⁶ Zu diesen zählte seit 1919 in Deutschland das Fernmeldegeheimnis. Das Recht reagierte damit auf die Schaffung, rechtliche Anerkennung und – zunehmend – staatliche Trägerschaft der Netze und der Betreiber. Der Verstaatlichung der Kommunikationsnetze korrespondierte so die rechtliche Garantie der Vertraulichkeit der Kommunikationsinhalte. Die davon betroffenen Netze waren nicht allein in staatlicher Trägerschaft, sondern zudem national organisiert und betrieben. Insbesondere waren sie national getrennt: Sie stellten Verbindungen innerhalb der Staaten her und wiesen nur wenige Verbindungen zu ausländischen Netzen auf. Die jeweilige nationale

⁴³ Formulierung nach Bäcker, Gutachten, S. 20; in Anlehnung an BVerfGE 100, 313, 364.

⁴⁴ So etwa BVerfGE 100, 313, 357, für einen ausländischen Beschwerdeführer aus dem Ausland. Nicht getrennt werden beide Fragen namentlich bei Löwer, in: Münch/Kunig, Art. 10 Rn 11.

⁴⁵ Dies zeigt zuletzt BVerwG, U.v. 28.5.2014, 6 A 1.13, wo die Verneinung der Klagebefugnis des Revisionsführers ungeachtet der Anerkennung der grundsätzlichen Berechtigung des (hier deutschen und inländischen) Klägers aus Art. 10 GG erfolgte.

⁴⁶ BVerfGE 85, 386, 396; Gusy, in: vMKs, Art. 10 Rn 40.

Organisation, Aufteilung und weitgehende Monopolisierung der Netze schloss unter den damaligen Bedingungen zugleich eine Wahlfreiheit der Teilnehmer weitestgehend aus. Sie hatten weder rechtlich noch tatsächlich die Möglichkeit der Auswahl, und zwar auch nicht im Hinblick auf die Möglichkeit stärkerer oder schwächerer Privatheitsgarantien. Dabei entsprach schon aus technischen Gründen der nationalen Differenzierung der Netze zugleich die weitgehende Unmöglichkeit der Einwirkung eines Staates auf andere als die eigenen Netze. Die technischen Einwirkungsmöglichkeiten der Staaten bezogen und beschränkten sich weitestgehend auf die eigenen Netze. Diese technischen Grundlagen staatlicher Einwirkungsmöglichkeiten stellten sich zugleich als Vorbedingungen der rechtlichen Anerkennung des Fernmeldegeheimnisses dar. Wären die Staaten außerhalb ihres Staatsgebietes nicht in der Lage, Fernmeldeverkehr zu überwachen, so spricht viel dafür, dass das Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses auf das je eigene Staatsgebiet bezogen und begrenzt war.⁴⁷ Daraus ließ sich der Schluss ziehen, der Schutz des Fernmeldegeheimnisses gelte allein für inländische Kommunikationen.⁴⁸

Von diesem Ausgangspunkt her stellt sich demnach die Frage, ob der Wandel der technischen und rechtlichen Rahmenbedingungen der Telekommunikation nicht nur den Gegenstand der Garantie,⁴⁹ sondern auch ihren räumlichen Geltungsbereich verändert haben könnte. Dabei lassen sich zwei Richtungen des Wandels unterscheiden:

- Die Privatisierung der Netze – nicht zuletzt infolge der Privatisierung der Telefongesellschaften in zahlreichen Staaten – hat dazu geführt, dass das Fernmeldegeheimnis nicht mehr allein aus seiner Funktion als Reaktion auf staatliche Netz- oder Betriebsmonopole begriffen werden kann. Damit wandelt sich der Grundrechtsschutz von der „Betreiberpflicht“ zur Gewährleistungsverantwortung, von dem Schutz durch Abwehrrechte hin zu einer Garantie (auch) durch Schutzpflichten, vom Unterlassungs- zum Regulierungs- und Gewährleistungsanspruch.⁵⁰
- Die Globalisierung der Netze beendete nicht allein die staatliche Monopolisierung, sondern zugleich die technische Begrenzung der Einwirkungsmöglichkeiten der staatlichen Exekutiven auf innerstaatliche Verbindungen. Funkverkehr und Internet eröffneten so neue und verbesserte grenzüberschreitende Kommunikationen, aber auch neue und verbesserte Überwachungsmöglichkeit außerhalb des Territoriums der Einzelstaaten. Namentlich die Kontrolle des Funkverkehrs via Satellit und die Überwachung von Kommunikation im Netz durch das Netz – und nicht bloß von außen an das Netz – und mithilfe des Netzes nicht nur als Träger von Kommunikation, sondern auch von Überwachungsmaßnahmen⁵¹ ermöglicht grenzüberschreitende Kenntnis-

⁴⁷ S. etwa Hermes, in: Dreier, Art. 10 Rn 43.

⁴⁸ So auch Bäcker, Gutachten, S. 17.

⁴⁹ Zum Funkverkehr näher BVerfGE 100, 313, 358; zum Internet näher Bäcker, Das IT-Grundrecht: Funktion, Schutzgehalt, Auswirkungen auf staatliche Ermittlungen, in: Das neue Computergrundrecht, 2009, S. 1; Gusy, in: vMKS, Art. 10 Rn 43 ff.

⁵⁰ Näher Gusy, in: vMKS, Art. 10 Rn 41.

⁵¹ Am Beispiel der online-Überwachung BVerfGE 120, 274.

nahmemöglichkeiten nicht nur privater Betreiber und Hacker, sondern auch staatlicher Exekutiven.

Fallen damit die technischen und rechtlichen Vorbedingungen als Konstitutionselemente des grundrechtlichen Fernmeldegeheimnisses weg, so stellt sich die Frage nach einem daraus herzuleitenden Wandel auch der territorialen Begrenzung des Geltungsbereichs der Garantie. Die Diskussion dieser Frage setzte in den 90er Jahren des 20. Jh. ein. Sie nahm jedoch nicht sogleich Aufgaben und Befugnisse von Auslandsnachrichtendiensten wie des BND in den Fokus. Hier lassen sich – von unterschiedlichen Ausgangspunkten her⁵² - drei Argumentationsrichtungen unterscheiden.

- (1) Eine Argumentation setzt bei Art. 1 Abs. 3 GG an. Danach binden die Grundrechte in ihrem jeweiligen Schutzbereich die deutsche öffentliche Gewalt auch, soweit Wirkungen ihrer Betätigung außerhalb des Hoheitsbereichs der Bundesrepublik Deutschland eintreten.⁵³ Grundrechtsschutz knüpft danach an das Verhalten von Grundrechtsträgern an: Deren Privatsphäre besteht demnach immer dort, wo sie sich gerade aufhalten. Deren Bestehen oder Nichtbestehen sowie der rechtlicher Schutz richtet sich nicht nach den Zufälligkeiten eines von Dritten ohne Einwilligung der Kommunikationsteilnehmer bestimmten Übertragungsweges. Daraus wird der Schluss gezogen: Wer für seine grundrechtlich geschützte Kommunikation die international/globalen Kommunikationsinfrastrukturen nutzt, ist genauso schutzwürdig und – bedürftig wie jemand, dessen Kommunikation über rein lokale Kommunikationswege erfolgt. Deshalb greife der Grundrechtsschutz des Art. 10 GG auch, falls deutsche Hoheitsträger sich Zugang zu der Kommunikation außerhalb Deutschlands verschaffen.

Aus der vergleichbaren Schutzwürdigkeit und –bedürftigkeit unterschiedlicher Kommunikationsmedien und ihrer Nutzer wird hier die „Notwendigkeit der Anpassung des Freiheitsschutzes an Änderungen in der Kommunikationsrealität“⁵⁴ gefolgert und sodann ein gleicher Grundrechtsschutz postuliert. Die Realitätsänderung bewirkt danach zugleich eine Rechtsänderung. Allerdings sind Inlands- und Auslandskommunikationen nicht in jeder Hinsicht gleich. Das gilt zunächst im Hinblick auf die unterschiedliche Angewiesenheit von Inlands- und Auslandskommunikation auf die jeweiligen technischen Medien. Wer im oder in das Inland mediengestützt kommuniziert, ist auf die Wahl inländischer Verbindungen angewiesen, welche schon wegen der Territorialhoheit der Staaten deren Überwachungsmaßnahmen im rechtlich vorgesehen Umfang offenstehen. Eine eigene Wahl- bzw. Ausweichmöglichkeit – auch mit dem Ziel einer verbesserten Möglichkeit des Schutzes der eigenen Privatsphäre – steht bei inländischen oder inlandsbezogenen Medien nicht zur Verfügung. Anders kann dies im Ausland sein, wo immerhin unterschiedliche Netzbetreiber und Medien

⁵² Dazu o. II. Zum territorialen Anwendungsbereich des Fernmeldegeheimnisses aus Art. 10 GG.

⁵³ BVerfGE 57, 9, 23; Kment, Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln, 2010, S. 183. Zu Folgenden Hoffmann-Riem, Gutachten, S. 10; Durner, in: Maunz/Dürig, Art. 10 Rn 64.

⁵⁴ Hoffmann-Riem, Gutachten, S. 9.

zur Verfügung stehen können, welche auf unterschiedliche Weise gegenüber staatlichen Ausspähungsbemühungen gesichert sein können. Im Ausland können sich immerhin Wahlmöglichkeiten finden, im Inland nicht. Darin kann neben dem technischen auch ein rechtlicher Unterschied liegen. Ob also die Schutzbedürftigkeit im Ausland gleich derjenigen im Inland ist, ist zumindest diskussionsbedürftig. Ob aus der Vergleichbarkeit des Schutzbedürfnisses zugleich eine Vergleichbarkeit des rechtlichen Schutzes folgt, ist zudem nicht nur technisch, sondern auch juristisch begründungsbedürftig. Und ob dies durch dieselbe Grundrechtsgarantie, nämlich Art. 10 Abs. 1 GG, und nicht etwa durch andere, thematisch gleichfalls nahe liegende Grundrechte zu gewährleisten ist, bedarf gleichfalls weiterer Begründung.

- (2) Eine andere Argumentation hierzu setzt an der Frage nach möglichen rechtlichen Alternativen an. Werde ein Schutz durch Art. 10 GG im Besonderen bzw. deutsche Grundrechte im Allgemeinen verneint, so sei Auslandskommunikation rechtlich schutzlos. In solchen Fällen existierten keine rechtlichen Bindungen deutscher Staatsgewalt zum Schutz bedrohter Privatsphären. Würde Art. 10 GG insoweit nicht eingreifen, so „könnte der BND Daten über solche Auslandsverkehre annähernd nach Belieben erheben, auswerten, bevorraten und übermitteln.“ Denn in solchen Fällen dürfe „der BND allein aufgrund seiner Aufgabenzuweisung Telekommunikationsverkehre im Ausland überwachen“.⁵⁵ Dies gelte umso mehr, als es gegenwärtig einen allgemein-verbindlichen Rechtsrahmen des internationalen Rechts für die Überwachung von Telekommunikation bislang nicht gebe.⁵⁶

Diese Argumentation kann die zuvor genannte Schutzwürdigkeitslehre rechtlich fortsetzen. Wenn ein grundsätzliches Schutzbedürfnis aner kennenswert sei und für dessen Realisierung ein angemessener Rechtsrahmen gefunden werden müsse, so liege es nahe, die notwendige Fortentwicklung des einschlägigen Rechts durch Anknüpfung an auf vorhandene rechtliche Regime vorzunehmen. Dies sei allemal vorzugswürdig gegenüber dem bloßen Postulat einer Schaffung neuer Rechtsformen und –figuren. Der sinn gemäße oder analoge Rekurs auf geltendes Recht entlastet die Diskussion von zwei notwendigen Folgefragen: Zunächst der offenen Frage nach der Geltung neu zu schaffender Rechtsfiguren und sodann der Folgefrage nach deren möglichen Inhalt und Schutzniveau. Insoweit erscheint der Rekurs auf geltende Rechtsfiguren vorzugswürdig gegenüber der (bloßen) Forderung nach Schaffung neuen Rechts. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie behauptet – das geltende Recht alternativlos ist; wenn es also neben Art. 10 GG keine anderen Rechtsnormen geben würde, welche die ausländische Telekommunikation gegen Eingriffe deutscher Staatsgewalt schützen könnten. Ließen sich hingegen mehrere rechtliche Alternati-

⁵⁵ Bäcker, Gutachten, S. 1.

⁵⁶ Auch aus diesem Grund plädiert Papier, Gutachten, S. 9 ff, für die Schaffung eines solchen Rechtsrahmens.

ven finden, so wäre jedenfalls die Auswahl einer Alternative gegenüber der anderen weiter begründungsbedürftig.

Die These von der Alternativlosigkeit des Art. 10 GG bei der Verbürgung des Telekommunikationsgeheimnisses im Ausland ist jedoch zumindest problematisch. Immerhin finden sich neben dem nationalen Recht auch internationale Verträge, Grund- und Menschenrechtspakte, welche ein Telekommunikationsgeheimnis anerkennen und rechtliche Eingriffsgrenzen statuieren.⁵⁷ Ob und inwieweit auf deren Grundlage allein nach Maßgabe der Aufgabennorm des BND Eingriffe zulässig wären oder ob sie daneben noch weiteren allgemeinen oder besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen unterliegen würden, bedarf gewiss Erörterung. Jedenfalls ist die These von der Alternativlosigkeit des Grundrechtsschutzes nach Art. 10 GG zumindest klärungsbedürftig. Erst danach kann über die Validität dieses Arguments für die Ausländerstreckung der Anwendung des Art. 10 GG entschieden werden.

- (3) Eine dritte Argumentation⁵⁸ setzt bei der Frage nach der Abgrenzung und Nachprüfung der Grundrechtsträgerschaft an. Art. 10 GG schützt die Telekommunikation als formell geheim; geschützt sind demnach die Inhalte der Kommunikation, deren nähere Umstände sowie die Identität der beteiligten Personen. Dem entspricht das grundrechtliche Verbot, die Teilnehmer eines Fernmeldevorgangs zu ermitteln, zur Kenntnis zu nehmen oder aufzuzeichnen.⁵⁹ Demnach sind die Staatsorgane grundsätzlich auch gehindert. So **dürfen grundrechtsgebundene Stellen auch nicht feststellen, wer an einer Kommunikation beteiligt ist**, um aus dieser Information sodann die Teilnehmer nach der Eigenschaft als Deutsche oder Ausländer, Gebietsansässige oder Gebietsfremde, Grundrechtsträger oder sonstige Teilnehmer zu differenzieren. Hier weist der Schutzbereich des Art. 10 GG eine Besonderheit auf: Sind in- und ausländische Telekommunikationen und deren Teilnehmer technisch äußerlich untrennbar und setzt die Feststellung ihres Charakters als in- oder ausländisches die staatliche Kenntnisnahme von der Kommunikation bzw. ihren Umständen voraus, so liegt bereits in dieser Kenntnisnahme potentiell ein Grundrechtseingriff. Enthält in diesem Sinne Art. 10 GG gerade wegen seines Schutzes eines formellen Geheimnisbereichs ein Verbot der Intervention in diesen Bereich, so gilt dies auch für die Aufklärung der Person der Beteiligten und damit ihrer Grundrechtsberechtigung. Das gilt nicht nur hinsichtlich der Identität der Beteiligten, sondern auch für ihre Staatsangehörigkeit oder andere grundrechtsschutzbegründenden Eigenschaften. An dieser Stelle enthält Art. 10 GG die Besonderheit, dass ausnahmsweise die Prüfung der Grundrechtsberechtigung anhand eines Telekommunikationsvorgangs in dasselbe Grundrechte eingreifen könnte wie Überwachungsmaßnahmen gegen – bereits also solche identifi-

⁵⁷ Zu diesen näher u. V.2.b).

⁵⁸ Gusy/Hueck, NJ 1995, 465.

⁵⁹ Dazu bereits o. II.1.

zierte – Grundrechtsträger.⁶⁰ Aus diesem personenbezogenen Aufklärungsverbot folgt demnach die **Vermutung der Grundrechtsträgerschaft**. Diese darf nur überprüft werden unter den Voraussetzungen und am Maßstab der Schranken des Art. 10 Abs. 2 GG. Die gilt namentlich hinsichtlich der Frage der Identität der Teilnehmer, ihrer – wohl nur anhand der Identität feststellbaren – Staatsangehörigkeit und des Charakters des Gesprächs als innerstaatliches, grenzüberschreitendes oder ausländisches.⁶¹

Anderes könnte allenfalls gelten, wenn die Feststellung der Grundrechtsträgerschaft mit anderen Mitteln als Eingriffen in die geschützte Telekommunikation selbst stattfinden könnte. So ist etwa die Feststellung des Standortes eines Endgerätes nach vorherrschender Auffassung kein Eingriff in dieses Grundrecht⁶² und damit nicht erst aufgrund von dessen Grundrechtschranken zulässig. Doch könnte mithilfe einer solchen Prüfung zwar möglicherweise eine Grundrechtsberechtigung festgestellt (Gespräche mit einem Teilnehmer mit inländische Standort unterliegen dem Schutz des Art. 10 GG), umgekehrt eben diese aber in keinem Falle bereits definitiv ausgeschlossen werden (Gespräche ohne Teilnehmer im Inland sind nicht stets vom Grundrechtsschutz ausgeschlossen).⁶³ Sollten sich technische Verfahren finden lassen, welche im Hinblick auf die zu schützende Telekommunikation eingriffsneutral wären, so ließe sich auf diese Weise der Grundrechtsträgerschaft außerhalb der Maßstäbe des Art. 10 Abs. 2 GG überprüfen. Solange dies nicht der Fall ist, muss wegen der Besonderheiten des Schutzbereichs eben dieser Garantie gelten: **Soweit die Prüfung der Grundrechtsberechtigung von Kommunikationsteilnehmern Eingriffe in eben diesen Kommunikationsvorgang oder seine Umstände voraussetzt, unterliegt diese Prüfung ihrerseits den Anforderungen und Maßstäben des Art. 10 GG**. Soweit dies nicht möglich ist, hat daher zu gelten: Der Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG ist kraft Vermutung bzw. Nachprüfungsverbot auch auf Fernmeldeverbindungen mit ausschließlich ausländischen Teilnehmern anwendbar.

(4) Als **Zwischenresultat** bleibt festzuhalten:

Die zuletzt genannte funktionale Ansicht ermöglicht demnach eine Differenzierung der Grundrechtsträgerschaft in zwei unterschiedliche Gruppen:

- Grundrechtsberechtigt sind nach der Rechtsprechung auch in Deutschland **Beteiligte inländischer Ferngespräche**; also Personen, deren Kommunikation im Inland, vom Inland aus oder in das Inland hinein stattfindet; weiter **Personen, deren Kommunikati-**

⁶⁰ Dadurch unterscheidet sich Art. 10 GG etwa von Art. 8 GG: Die Aufklärung der Frage, ob eine Person als Träger des Grundrechts der Versammlungsfreiheit in Betracht kommt, setzt keinen Eingriff in eben dieses Grundrecht voraus, sondern allenfalls in andere Grundrechte, etwa die informationelle Selbstbestimmung. Ein solcher Eingriff unterliegt anderen Voraussetzungen und Grenzen als derjenige in das Grundrecht der Versammlungsfreiheit.

⁶¹ So auch Hermes, in: Dreier, Art. 10 Rn 43; Gusy, in: VMKS, Art. 10 Rn 66.

⁶² Stattdessen läge dann hier ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG vor; s. näher BVerfGK 9, 62.

⁶³ Zu beiden Fallkonstellationen bereits o. II.3.b).

on durch das Inland vermittelt wird und darüber hinaus Inländer, die an anderen – auch ausländischen – Fernsprechverbindungen teilnehmen.

- **Teilnehmer sonstiger Telekommunikation** gelten darüber hinaus als Grundrechtsträger auch im Inland, sofern sich ihre fehlende Grundrechtsberechtigung allein durch Informationen feststellen lässt, die ihrerseits dem Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses unterfallen. Sie sind insoweit und solange als Grundrechtsträger zu behandeln, wie ihre fehlende Grundrechtsberechtigung nicht positiv festgestellt werden kann. **Ihre Grundrechtsberechtigung wird demnach widerleglich vermutet**, wobei Art. 10 GG zum Schutz der Vertraulichkeit des Mediums das grundsätzliche Verbot statuiert, diese Widerlegung durch Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung durchzuführen.⁶⁴ Dies gilt namentlich für **ausländische Teilnehmer ausländischer Kommunikationsverbindungen**.

Insoweit stellt das Grundrecht des Art. 10 GG einen rechtlichen Sonderfall dar, welcher sich von anderen Grundrechten unterscheidet. Das gilt jedenfalls in solchen **Konstellationen, in welchen die grundrechtsgebundenen Instanzen (wie etwa deutsche Sicherheitsbehörden) die Prüfung der Grundrechtsberechtigung potentiell eingriffsbetroffener Personen (wie etwa der Telekommunikationsteilnehmer) nur durch Eingriffe in dasselbe Grundrecht erheben können, in welches durch eine geplante Überwachung eingegriffen werden soll**. Diese Konstellation unterscheidet sich maßgeblich von anderen nachrichtendienstlichen Eingriffen, bei denen die Prüfung der Anwendbarkeit einzelner Grundrechte nicht durch Eingriff in dieselben, sondern in andere rechtliche Garantien vorgenommen wird. Wenn etwa in einer Wohnung eine Überwachungseinrichtung angebracht werden soll, so setzt die Prüfung der grundrechtlichen Zulässigkeit dieses Eingriffs regelmäßig keine vorgelagerten Aufklärungsmaßnahmen gerade im Schutzbereich der Unverletzlichkeit der Wohnung voraus.

Zugleich bleibt festzuhalten: Nicht jede Überwachung des Internets unterliegt den Anforderungen des Fernmelde- bzw. Telekommunikationsgeheimnisses. Dies gilt nur für solche Kontakte, welche tatsächlich und rechtlich als Fernmeldeverkehr anzusehen sind. Dies ist namentlich der Fall bei Kommunikation zwischen einzelnen Personen, die weder technisch noch rechtlich öffentlich sind.⁶⁵ Im Gegensatz zur älteren Formen von Kommunikation findet die Kommunikation im Netz global und grenzüberschreitend statt. Infolge der weitest gehenden Verknüpfung des Netzes sind inländische, grenzüberschreitende und ausländische Kommunikationen nicht ex ante voneinander abgrenzbar. Ähnliches gilt für die Kommunikationswege und die durch die einzelnen Übermittlungsvorgänge bedingte Berührung unterschiedlicher staatliche Territorien.

⁶⁴ Solche Grundrechtsberechtigungsaufklärungseingriffe liegen insbesondere vor, wenn die Inhalte, Teilnehmer oder Verbindungsdaten einzelner Gespräche erhoben werden. Die Ermittlung sonstiger Telekommunikationsumstände, insbesondere des Standorts eines Anschlusses, unterfallen hingegen nicht dem Grundrecht des Art. 10 GG und sind daher auch außerhalb von dessen Schranken nach Maßgabe der hierfür geltenden (sonstigen) Grundrechtsgarantien zulässig. Dazu BVerfGK 9, 62.

⁶⁵ Dazu o. II.1. Einleitung

Die Anwendbarkeit des Art. 10 GG auf eine internationale oder ausländische Telekommunikationsverbindung begründet demnach einen besonderen grundrechtlichen Schutz. Sie unterscheidet sich hinsichtlich ihres Rangs in der Rechtsordnung wie hinsichtlich möglicher Inhalte von demjenigen sonstiger Garantien für ausländische Telefonate aus dem internationalen Recht.⁶⁶ Insoweit gilt hier: **Wo, wenn und soweit der Mindeststandard des internationalen Rechts durch die Anwendbarkeit deutscher Grundrechte überlagert wird, ist der deutsche Grundrechtsschutz maßgeblich.**

Die Anwendbarkeit des deutschen Rechts begründet das Schutzniveau der Grundrechte des GG. Es lässt daneben den internationalen Schutz bestehen, schließt aber dessen Anwendbarkeit im Schutzzumfang des inländischen Rechts aus. Dies entspricht dem Charakter des Völkerrechts als grund- und menschenrechtlicher Mindeststandard. Er begründet einerseits rechtliche Minimalgarantien, welche von den Vertragsparteien nicht unterschritten werden dürfen. Andererseits lässt eine solche Regelungssystematik gerade wegen ihres Charakters als Minimalgarantie Überschreitungen des internationalen Schutzniveaus durch nationale Rechtsordnungen zu,⁶⁷ ist vielfach sogar auf eine solche angelegt. Dem entspricht eine zweifache rechtliche Bindung der Staaten: Einerseits an die Standards des internationalen Rechts; andererseits jedenfalls an höhere Standards des nationalen Rechts. Wo letztere einsetzen, werden erstere unanwendbar; wo letztere enden, setzt die Bindung an erstere ein.

4. „Abgestufte Grundrechtswirkungen“ im Ausland

Die Frage nach dem territorialen Geltungsumfang des Art. 10 Abs. 1 GG ist zu unterscheiden von der Frage nach seinem Geltungsinhalt: Welches also sind die Rechtsfolgen und Garantien, welche das Grundrecht im In- und im Ausland begründet? Sind diese identisch oder unterschiedlich? Die Frage wird unter dem Stichwort möglicher „abgestufter Grundrechtswirkungen“ im Ausland diskutiert.

- (1) Ein Ausgangspunkt knüpft hierzu an Art. 1 Abs. 3 GG an.⁶⁸ Danach binden die Grundrechte alle deutsche öffentliche Gewalt, und zwar grundsätzlich ohne Unterschied im Hinblick auf die Modalitäten ihres jeweiligen Handelns. Diese prinzipielle Gleichheit der Rechtswirkungen beziehe sich sowohl auf alle Grundrechtsträger (In- und Ausländer) als auch auf alle Kommunikationsmedien (inländische und ausländische), den Standort der Kommunikationsteilnehmer und den Ort der jeweiligen Eingriffshandlung im In- oder Ausland. Diese grundsätzliche Gleichheit der Rechtswirkungen folge neben Art. 1 Abs. 3 GG zugleich aus Art. 3 Abs. 1 GG. Danach seien Differenzierungen

⁶⁶ Dazu u. IV.1d).

⁶⁷ S. etwa Art. 17 IPBPR; Art. 8EMRK; zum IPBPR: Nowak, CCPR-Kommentar, 1989; Joseph/Castan, The International Covenant on Civil and Political Rights, 2014; zur EMRK: Meyer-Ladewig, EMRK Handkommentar, 3. Aufl. (2011).

⁶⁸ Baldus, in: Epping/Hillhuber (Hrsg.), Beckscher Online-Kommentar GG (zitiert: Beck-OK), Art. 10 Rn 18; Bäcker, Gutachten, S. 23.

- wenn überhaupt - allein unter den Voraussetzungen des allgemeinen Gleichheitssatzes und seiner keinen verfassungstextlich Einschränkungsvorbehalten unterliegenden grundgesetzlichen Garantie zulässig. Dies gelte auch für die Frage nach den Grundrechtswirkungen im In- und Ausland. Sie stünden unter dem Primat prinzipieller Gleichheit. Das gelte sowohl für die Frage nach dem Schutzzumfang der garantierten Freiheit wie auch der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit von Grundrechtseingriffen, welche demnach grundsätzlich auch nicht nach dem Ort der Kommunikation bzw. des Eingriffs in sie differenzieren dürfe. Grundrechtswirkungen im In – und Ausland seien daher nicht solche abgestufter und damit ungleicher, sondern vielmehr prinzipiell gleicher Art.⁶⁹

- (2) Ein anderer Ausgangspunkt geht hingegen davon aus, dass „die Grundrechtsbindungen deutscher Staatsgewalt bei Handlungen mit Auslandsbezug angesichts der Offenheit des Grundgesetzes für internationale Zusammenarbeit der Notwendigkeit außenpolitischer Flexibilität und des politischen Gesamtinteresses gegenüber der Völkergemeinschaft gewissen Modifikationen unterliegt“.⁷⁰ Auslandsbezug könne demnach jedenfalls Abstufungen in der Steuerungskraft deutscher Grundrechte bewirken. Dafür werden allerdings ganz unterschiedliche Begründungen angeführt, die auch hinsichtlich der durch sie möglichen Rechtsfolgen divergieren können. Eher konsentiert erscheint dabei die Auffassung, dass solche Abstufungen sich sowohl aus verfassungsrechtlichen wie auch aus völkerrechtlichen und ggf. aus weiteren Besonderheiten ergeben können, soweit diese tatsächlich und rechtlich geeignet sind, die Realisierungsbedingungen der Grundrechte zu prägen.

Hinsichtlich möglicher **verfassungsrechtlicher Abstufungen** ist zunächst davon auszugehen, dass grundrechtliche Vorgaben auch für Maßnahmen mit Auslandsbezug Geltung beanspruchen. Dabei finden sich in eine Reihe grundgesetzlicher Regelungen Fragen des territorialen Bezugs von Grundrechten, Grundrechtsschraken bzw. – wirkungsbedingungen. Einzelne Bestimmungen gelten schon ihrem Schutzzumfang nach allein im territorialen Geltungsbereich des GG. Für sie ist nicht deren Begrenzung, sondern vielmehr deren Geltungserstreckung auf das bzw. im Ausland begründungsbedürftig. Vergleichbares kann aber auch hinsichtlich grundrechtlich gewährleisteter Rechte und Ansprüche gelten, soweit deren jeweiligen Anspruchsvoraussetzungen nur im Inland, nur im Ausland bzw. an beiden Orten eintreten können. Grundrechtliche Abwehransprüche finden sich im Ausland nur selten, nämlich dann, wenn deutsche Staatsgewalt dort in Grundrechte rechtlich eingreifen darf und faktisch eingreifen kann. Da dies nur selten der Fall ist, stehen im Vordergrund der Aus-

⁶⁹ Zu rechtlichen Konsequenzen aus dieser Position im Hinblick auf Aufklärungseingriffe deutscher Nachrichtendienste im Ausland Bäcker, Gutachten, S. 23.

⁷⁰ Dreier, in: Dreier, Art. 1 Rn 45, unter Berufung auf BVerfGE 92, 26, 41 ff; ähnlich Herdegen, in: Maunz-Dürig, Art. 1 Rn 76; Badura, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte II, § 47 Rn 20; Kunig, in: Münch/Kunig, Art. 1 Rn 53. Grundlegend R. Hofmann, Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte, 1994, S. 30 ff.

landsgeltung deutscher Grundrechte auch eher die – vergleichsweise weitmaschigen – Schutzpflichten⁷¹ als die - vergleichsweise engmaschigen – Abwehransprüche. Das gilt auch dann, wenn Grundrechtseingriffs- oder –schutzpflichtfragen wegen ihres Auslandsbezuges eher komplexen Kausalitäts- oder Wirkungsmechanismen unterliegen.⁷² Zudem ist zu berücksichtigen, dass das Grundgesetz von der Existenz und der Andersartigkeit ausländischer Rechtsordnungen ausgeht und an verschiedenen Stellen (etwa: Art. 1 Abs. 2, 24 Abs. 1 GG) von deren Anerkennung jedenfalls unter den Bedingungen struktureller Vergleichbarkeit des in ihnen enthaltenen Schutz- und Anspruchsniveaus ausgeht.⁷³ Maßgeblich hierfür ist neben expliziten verfassungstextlichen Anhaltspunkten auch die Anerkennung völkerrechtlicher Regelungen im deutschen Recht (Art. 25, 59 Abs. 2 GG) und der aus diesen und anderen Verfassungsnormen hergeleitete Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit⁷⁴ der deutschen Rechtsordnung bzw. der offenen Staatlichkeit der Bundesrepublik. Auch wenn die vereinzelt beschworenen Risiken eines deutschen „Grundrechtsimperialismus“⁷⁵ bzw. einer „Diskriminierung fremder Rechtsordnungen“⁷⁶ wohl eher fernliegend sind: Wo und wenn in anderen Staaten ein anderes Grundrechtsniveau gilt als in Deutschland, so kann und darf danach jedenfalls bei Maßnahmen deutscher Staatsgewalt außerhalb des Bundesgebiets nicht einfach vom Vorrang der deutschen Rechtsordnung und des in ihr enthaltenen Schutzniveaus ausgegangen werden. Die Einzelheiten einschließlich der daraus herzuleitenden Rechtsfolgen bedürfen der Klärung im Einzelfall und sind insbesondere von der Eigenart der jeweiligen staatlichen Maßnahme, dem Grad der Involvierung ausländischen Rechts, des Inhalts dieser anwendbaren ausländischen Rechtsordnung und möglichen Kollisionsregeln des innerstaatlichen wie des internationalen und des ausländischen Rechts abhängig. Diese können je nach Fallgestaltung erheblich variieren; ebenso variationsreich können die dazu im Einzelfall anzustellenden Zuordnungs-, Abwägungserwägungen und Falllösungen sein. In diesem Sinne wird das Grundgesetz als eine mögliche Realisierung internationalrechtlicher Vorgaben und Mindeststandards angesehen, welche gerade wegen des Charakters jener Vorgaben als Mindeststandards von diesen abweichen und namentlich über sie hinausgehen darf. Die Berechtigung des deutschen Modells im internationalen Kontext und seiner Anerkennung durch andere Staaten hängt demnach nicht zuletzt davon ab, dass die Bundesrepublik und das deutsche Recht jedenfalls außerhalb des territorialen und personalen Geltungsbereichs ihrer eigenen Rechtsordnung die Geltung des Rechts anderer Staaten gleichfalls anerkennt. Auch wenn die meisten Ein-

⁷¹ Exemplarisch dafür die Darstellung bei Dreier, in: Dreier, Art. 1 III Rn 46 ff, wo ganz überwiegend Schutzpflichtkonstellationen dominieren.

⁷² Exemplarisch das Beispiel bei Dreier, in: Dreier, Art. 1 III Rn 48; zu den dort angesprochenen Auslieferungskonstellationen schon früher Gusy, GA 1983, 73.

⁷³ So etwa BVerfGE 73, 339.

⁷⁴ Zu den völkerrechtlichen Bedingungen der Auslandswirkung deutscher Grundrechte sogleich im nächsten Absatz.

⁷⁵ Isensee, VVDStRL 32 (1974), 49, 63.

⁷⁶ Dreier, in: Dreier, Art. 1 III Rn 49.

zelheiten hier noch keineswegs endgültig geklärt sind, lassen sich doch zwar Mindestbedingungen formulieren: Zunächst müssen **im jeweiligen Ausland überhaupt menschenrechtliche Garantien rechtlich anerkannt** und faktisch angewandt werden. Und **Handlungen deutscher Staatsorgane dürfen auch im Ausland jedenfalls das dort anerkannte Niveau menschenrechtlicher Garantien nicht unterschreiten**.

Hinsichtlich möglicher **völkerrechtlicher Abstufungen** ist einerseits die gerade in Deutschland anerkannte Unterschiedlichkeit der nationalen und internationalen Rechtssysteme, andererseits – namentlich unter der Geltung des GG – der grundsätzliche Vorrang des Grundgesetzes jedenfalls im Inland und für die deutschen Staatsorgane zu berücksichtigen. Das Völkerrecht ist in diesem Sinne zunächst eine Ausübungsbedingung und –grenze der deutschen Staatsgewalt: Sie darf im Umfang der völkerrechtlich anerkannten Staatsgewalt der Bundesrepublik und ihrer Grenzen tätig werden. In diesem Rahmen kann auch das deutsche Recht einschließlich der Grundrechte Anwendung finden. Das gilt namentlich bei Handlungen mit Auslandsbezug: Wo das Völkerrecht ein Tätigwerden deutscher Staatsorgane untersagt, verliert auch deren Bindung an deutsche Grundrechte ihre Anwendbarkeit und ihren Gegenstand.⁷⁷ Das gilt namentlich dort, wo Territorial- bzw. Personalhoheit anderer Staaten dem Wirken deutscher Staatsgewalt Grenzen setzen; aber auch dort, wo das Völkerrecht bestimmte Regionen (Weltraum, staatsfreie Gebiete),⁷⁸ Personen (Diplomaten u.a.) oder Gegenstände⁷⁹ dem Wirken nationaler und damit auch deutscher Staatsorgane ganz oder teilweise entzieht. Insoweit ist das Völkerrecht jedenfalls Anwendungsvoraussetzung der deutschen Grundrechte. Dieser Rechtszustand ist aus der Sicht des GG aber nicht bloß als Vorbedingung oder äußere Handlungsgrenze zu qualifizieren. Er ist vielmehr durch zahlreiche Einzelbestimmungen des deutschen Verfassungsrechts in Bezug genommen und integriert (namentlich die Präambel, Art. 23, 24, 25, 26 GG u.a.). Die Völkerrechtsfreundlichkeit des deutschen Rechts⁸⁰ qualifiziert die internationalen Vor- und Rahmenbedingungen des deutschen Rechts nicht bloß als externe Begrenzung, sondern auch als interne Geltungsbedingung der deutschen Rechtsordnung. Diese kann durch das internationale Recht sowohl Modifikationen hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit wie aber auch ihres Inhalts erfahren.⁸¹ Das kann sich im Kollisionsfall grundsätzlich auch auf im Einzelfall anwendbare Grundrechte beziehen. Hier – wie auch in den anderen Fälle diskutierter „abgestufter Grundrechtswirkungen – sind allerdings zahlreiche Einzelfragen schon wegen ihrer unterschiedlichen Regelungsgegenstände und einzelfallbezogenen Anwendungsbedingungen keineswegs abschließend geklärt. Für die nachrichtendienstliche Tätigkeit deutscher Stellen

⁷⁷ Allenfalls kann das deutsche Recht die deutschen Staatsorgane verpflichten, auf eine Änderung der völkerrechtlichen Rechtszustandes hinzuwirken – nach Maßgabe und im Rahmen der dafür vorgesehenen völkerrechtlichen Mechanismen.

⁷⁸ Zu deren Rechtsstatus im Völkerrecht etwa Herdegen, *Völkerrecht*, 13. Aufl. (2014), § 32.

⁷⁹ Zu den völkerrechtlichen Grundlagen und Grenzen von Staatsaufgaben etwa Ress, *VVDStRL* 48 (1990), 48, 56.

⁸⁰ Dazu zuletzt Calliess, *Staatsrecht III*, 2014, S. 91 ff (Nachw.).

⁸¹ Dazu am Beispiel des Art. 25 GG erneut Dreier, in: Dreier, *Art. 1 III Rn 45; Präambel Rn 43 ff; Art. 1 II Rn 21; Art. 25 Rn 15, 40* (Nachw.)

im Ausland ist allerdings zu berücksichtigen: Das geltende Völkerrecht enthält zwei einzelne Regelungen zur Auslandsaufklärung; im Grundsatz gilt jedoch: **Spionagetätigkeit im Ausland ist völkerrechtlich neutral, sie ist weder ausdrücklich zugelassen noch ausdrücklich verboten.**⁸² Aus diesem Grund sind No-Spy-Abkommen im zwischenstaatlichen Bereich weder selbstverständlich noch einfach durchsetzbar; sie wären im Gegenteil schon allein wegen des allseitigen Wissens um die (eigene und fremde, vergangene, gegenwärtige und zukünftige) nachrichtendienstliche Tätigkeit weitgehend leerlaufend und ohne Sinn. Zudem gilt auch hier: Das **Völkerrecht statuiert** bisweilen im Verhältnis zwischen Staaten, aber erst recht **im Verhältnis zwischen Staaten und Einzelpersonen rechtliche Mindestbedingungen, welche von den Einzelstaaten zwar nicht unterschritten, wohl aber überschritten werden dürfen.** Eine höheres Schutzniveau etwa der Grund- und Menschenrechte in den Einzelstaaten bzw. für deren Staatsgewalt ist daher völkerrechtlich ausdrücklich zugelassen (s. etwa Art. 5 Abs. 2 IPBPR; Art. 5 Abs. 2 IPWirtR; Art. 53 EMRK u.ö.), wenn nicht gar intendiert. Daraus ergäbe sich dann eine Zweistufigkeit der Rechtsbindung deutscher Staatsorgane: Die elementare Bindung an die allgemeinen völkerrechtlichen Vorgaben und die über deren Schutzniveau hinausgehende Bindung an grundrechtliche Vorgaben des innerstaatlichen Rechts. Ein inhaltlicher **Widerspruch zwischen beiden Rechtsordnungen, welcher zu einer Relativierung der grundrechtlichen Garantien des GG führen könnte, ist durch dieses zweistufige Schutzsystem weitestgehend ausgeschlossen.** Daraus folgt dann zugleich: Wo der Geltungsanspruch des (höheren) Schutzstandards des nationalen Rechts beginnt, hört der Schutzanspruch des (niedrigen) international-rechtlichen Standards auf. Und umgekehrt gilt gleichermaßen: Wo der höhere nationale Schutzstandard endet, beginnt die Einschlägigkeit völkerrechtlicher Normen im Einzelfall.

(3) Neben den rechtlichen Rahmenbedingungen auslandsbezogenen Handelns durch das Völkerrecht sind auch die sonstigen rechtlichen Bedingungen in den jeweiligen Staaten, in denen gehandelt wird, zu berücksichtigen. Dazu zählen grundsätzlich:⁸³

- der Umfang der Kontrolle, den die deutsche Staatsgewalt im Ausland über dort stattfindende Handlungen ausübt. Soweit die Auswirkungen deutschen Staatshandelns vom Verhalten anderer Staaten abhängig sind, gelten die Grundrechte anders als im Inland.⁸⁴
- die Abstimmung mit dem internationalen Recht aufgrund der **Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes,**⁸⁵
- die **tatsächlichen und rechtlichen Besonderheiten der jeweiligen Handlungsumstände im Einzelfall.**

⁸² BGHSt 39, 260; Gusy, ZWehrR 1984, 187 ff.

⁸³ Zum Folgenden Thym, DöV 2010, 621, 629 (Nachw.); dem folgend Gusy, in: Sicherheitsrecht, § 1 BNDG Rn 53.

⁸⁴ BVerfGE 100, 313, 362; 92, 26, 41, 47; 66, 39, 57 ff; 63, 343, 377 f; 57, 9, 24.

⁸⁵ BVerfGE 111, 307, 313; 100, 313, 363. Dazu bereits o. II.4.(2.).

Zu letzteren zählen auch die rechtlichen Rahmenbedingungen am Handlungsort. Diese sind bei Maßnahmen der Aufklärung im Ausland nicht allein vom deutschen Recht geprägt. Vielmehr zählt zu den verfassungsrechtlich relevanten Rahmenbedingungen auch das nationale Recht der aufzuklärenden Staaten. Als rechtlicher Ausgangspunkt ist festzuhalten: Völkerrechtlich ist kein Staat verpflichtet, die Ausübung von Hoheitsgewalt anderer Staaten auf seinem eigenen Territorium zu dulden; es sei denn, diese Auslandstätigkeit ist durch besondere völkerrechtliche Regelungen vorgeschrieben oder zugelassen. Über diese vereinzelt völkerrechtlichen Rahmenbedingungen hinaus steht es jedem Staat frei, Handlungen anderer Staaten auf seinem Territorium rechtlich zu untersagen, zu begrenzen oder besonderer Kontrolle zu unterwerfen. Dies gilt auch für die nachrichtendienstliche Aufklärungstätigkeit. Da sie völkerrechtlich weder zugelassen noch aber untersagt, sondern vielmehr rechtlich neutral ist,⁸⁶ enthält das Völkerrecht auch keine eigenen Regelungen über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit staatlicher Reaktionen auf derartige Aktivitäten anderer Staaten. Sie sind insbesondere weder verpflichtet, solche hinzunehmen, zu untersagen oder gar effektiv zu unterbinden. Doch sind sie innerhalb des genannten Rahmens berechtigt, zu derartigen Aktivitäten zu schreiten und Aufklärungstätigkeit nach eigenen Maßstäben hinzunehmen oder zu verhindern. Dies ist jedenfalls auf der rechtlichen Ebene in nahezu allen Staaten der Welt geschehen. Aufklärungstätigkeit durch fremde Staaten, im Namen fremder Staaten und erst recht auf dem eigenen Territorium oder gegenüber eigenen Staatsbürgern ist in praktisch allen Staaten der Welt unter Strafe gestellt. Aufklärungshandlungen eines Staates in einem anderen Staat stellen sich dort aus der Sicht des inländischen Rechts regelmäßig als strafbare Handlungen dar. Damit **unterliegt Auslandsaufklärung rechtlich gegenläufigen Wertungen**: Aus der Sicht des aufklärenden Staates ist sie rechtlich zulässig bzw. gebilligt, steht also jedenfalls im Einklang mit der eigenen Rechtsordnung. Aus der Sicht des aufzuklärenden Staates hingegen ist eine derartige Tätigkeit hingegen rechtswidrig und unzulässig, steht also im Widerspruch zur eigenen Rechtsordnung. Einzelne Handlungen unterliegen so rechtlich widersprüchlichen Wertungen: Es entsteht insoweit eine **Kollision unterschiedlicher Rechtsordnungen**. Diese Kollision kann durch unterschiedliche Rechtsordnungen in unterschiedlichen Staaten unterschiedlich aufgelöst werden.

Für den BND folgt daraus nach deutschem Recht: Die Aufklärungstätigkeit im Ausland wird als verfassungsrechtlich zulässig angesehen.⁸⁷ Er ist ein Element der auswärtigen Gewalt, welche durch das GG dem Bund zugeordnet und von diesen Zuweisungen mit umfasst ist.⁸⁸ Zwar ist er weder notwendiger Bestandteil des „auswärtigen Dienstes“ iSd Art. 87 Abs. 1 S. 1 GG⁸⁹ noch aber der Bundeswehr iSd Art. 87a GG. Doch jenseits derartiger institutioneller Zuweisungen ist er Element der „auswärtigen Angelegenheiten“ iSd Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG

⁸⁶ S. dazu o.II.4.(2).

⁸⁷ Dazu näher Gusy, in: Sicherheitsrecht, § 1 BNDG Rn 26 ff (Nachw.).

⁸⁸ Gröpl, Die Nachrichtendienste im Regelwerk der deutschen Sicherheitsverwaltung, 1993, S. 69 ff; Brenner, Bundesnachrichtendienste im Rechtsstaat, S. 34 ff.

⁸⁹ Dazu Lerche in; Maunz/Dürig, Art. 87 Rn 52 ff; Hermes, in: Dreier, Art. 87 Rn 85 ff, 90 ff.

und weist zudem gewisse Bezüge zur „Verteidigung“ auf.⁹⁰ Aus diesen - und ggf. weiteren - Kompetenzregelungen folgt auch die Bundeskompetenz für den Erlass des BNDG. Dies lässt mehrfache Rückschlüsse zu: der Bund ist zum Erlass des BNDG wie auch zur Unterhaltung und Betätigung des BND berechtigt. Dies gilt aber nicht nur für die Existenz, sondern auch für die Tätigkeit des BND aufgrund grundgesetzlicher Kompetenz- und gesetzlicher Aufgabenbeschreibungen, soweit sie den grundgesetzlich vorgesehenen Rahmen einhalten. Die Aufklärungstätigkeit des BND im Ausland wird dadurch also für die Rechtsordnung der Bundesrepublik als jedenfalls zulässig und grundsätzlich rechtmäßig angesehen. Dies gilt unabhängig von ihrer Bewertung durch die Rechtsordnung anderer Staaten. Was dort für strafbar angesehen wird, kann also in der Bundesrepublik rechtmäßig sein und ist jedenfalls für die auslandsbezogene Tätigkeit des BND im Grundsatz so bewertet worden. Dabei ist nicht entscheidend, ob diese Bewertung bereits im GG selbst angelegt ist; maßgeblich ist vielmehr, dass sie in Einklang mit den grundgesetzlichen Vorgaben durch verfassungsgemäßes Gesetz so vorgenommen worden ist. Diese rechtlichen Wertungen können für die Anwendbarkeit der deutschen Grundrechte im Ausland nicht ohne Auswirkungen bleiben. Im Inland – bei voller Anwendung der Grundrechte des GG – ist die Bundesrepublik in der Lage, sowohl die als notwendig und zulässig anerkannte Tätigkeit deutscher Sicherheitsorgane als auch deren grundrechtliche Bindungen durch eigenes Recht abzuwägen und zu verwirklichen. Dies geschieht regelmäßig nicht auf der Ebene des „Ob“, sondern vielmehr des „Wie“ der Verfolgung öffentlicher Zwecke. Dies ist im Ausland nur eingeschränkt möglich: Dort kann das deutsche Recht die Rechtmäßigkeitsbedingungen des Handelns deutscher Stellen jedenfalls insoweit nicht (allein) steuern, als sie im Widerspruch zur dortigen Rechtslage steht. Das gilt jedenfalls insoweit, als die Rechtmäßigkeitsanforderungen nach deutschem Recht dazu führen würden, dass das (dort rechtswidrige) Handeln deutscher Stellen dort bekannt würde und zu Reaktionen der dortigen Staatsgewalt führen könnte, welches die geplanten Aufklärungsmaßnahmen unmöglich machen oder zur Strafverfolgung der handelnden Personen führen würde. Am (extremen) Beispiel: Das deutsche System der Rechtmäßigkeitsbedingungen eingreifenden Staatshandelns mit Anhörung (potentiell) Betroffener, Bescheid, Rechtsbehelfsbelehrung und Rechtsschutz würde bei nachrichtendienstlicher Tätigkeit im Ausland zur Unmöglichkeit heimlicher personenbezogener Aufklärungsmaßnahmen führen. Aber auch die insoweit herab gesetzten und situationsangepassten Rechtmäßigkeitsbedingungen etwa polizeilichen oder nachrichtendienstlicher Tätigkeit können nicht ohne weiteres auf die Auslandsaktivitäten des BND übertragen werden. Denn die besonderen Vorkehrungen des deutschen Rechts sollen dazu führen, dass die Betroffenen selbst von den gegen sie geplanten Maßnahmen nichts erfahren. Im Ausland hingegen geht es nicht allein um die Verheimlichung der Aufklärung gegenüber den Betroffenen selbst, sondern auch gegenüber dort stattfindenden nachrichtendienstlichen oder polizeilichen Abwehrmaßnahmen gegen ausländisches Handeln. Auch ihnen gegenüber müssen die deutschen Auslandsaktivitäten verborgen bleiben. **Die maßgebliche Handlungssituation im Inland unterscheidet sich demnach von der-**

⁹⁰ Näher dazu Gröpl, Die Nachrichtendienste im Regelwerk der deutschen Sicherheitsverwaltung, 1993, S. 68 ff (Nachw.).

jenigen im Ausland durch tatsächliche und rechtliche Differenzen, welche auf die Bedingungen von Aufklärungstätigkeit im Ausland zurückwirken. **Entweder kann und darf sie dort gar nicht stattfinden oder sie muss dort stattfinden unter anderen grundrechtlichen Vorgaben als denjenigen im Inland.** Die damit beschriebene Kollisionslage ist – so formuliert – keine solche allein zwischen dem in- und dem ausländischen Recht, sondern auch eine solche zwischen Normen des Grundgesetzes selbst: **Eine rechtlich zugelassene Behördenaufgabe würde durch die volle Wahrung der Grundrechte des GG jedenfalls im Ausland weitestgehend unmöglich gemacht**, ohne dass der deutsche Gesetzgeber seinerseits in der Lage wäre, rechtliche Bedingungen für die Aufklärungstätigkeit deutscher Stellen im Ausland zu statuieren, welche denjenigen für das Inland entsprechen würden. Steht also der grundgesetzliche Regelfall der Kollisionslösung im Ausland nicht oder nur eingeschränkt zur Verfügung, so bedarf es einer Kollisionslösung auf Verfassungsebene. Diese hat bekanntlich nicht dem einen oder anderen Belang einerseits den Vorzug einräumen, sondern ist nach den Grundsätzen der „praktischen Konkordanz“ bzw. Übermaßverbots is einer möglichst allseitig schonenden Konfliktlösung vorzunehmen. Dabei sind

- einerseits die grundgesetzlich zulässige Aufklärungstätigkeit im Ausland rechtlich zu ermöglichen,
- andererseits die grundrechtlichen Standards auf das zu deren Durchführung notwendige Maß abzusenken und
- gleichzeitig in diesem Spannungsfeld den grundrechtlichen Vorgaben soweit wie möglich Rechnung zu tragen. Eine einseitige Vorordnung des Aufklärungszwecks gegenüber dem Schutz der Grundrechte „um jeden Preis“ ist mit einem solchen Modell ausgeschlossen.

5. „Open sky“ und „open net“ als Grenzen des Schutzbereichs?

Als Vorfrage der Prüfung eines Grundrechtseingriffs stellt sich die Frage nach der Grundrechtsrelevanz von Erfassungs- und Überwachungsmaßnahmen. Hier stellen die technischen Rahmenbedingungen aktuell diskutierte Grundrechtsfragen. Strategische Aufklärung findet vielfach – aber nicht stets – dadurch statt, dass Kommunikationen via Satellit bzw. im Internet erfasst werden. Der Eingriff findet also in das Medium statt, genauer: Es werden die technischen Instrumente und Verfahren genutzt, welche zur Übertragung und Vermittlung der Kommunikation per Distanz verwendet werden. Soweit sich diese außerhalb des deutschen Staatsgebietes befinden, stellt sich die Frage nach der Grundrechtsrelevanz ihrer Überwachung. Denn was nicht grundrechtsrelevant ist, kann auch keinen Grundrechtseingriff darstellen.

Ausgangspunkt hierfür ist die Vorstellung vom *open sky*. Die ursprünglich aus anderen Rechtsgebieten, namentlich der Luftfahrt stammende Idee⁹¹ hat inzwischen auch im Recht nachrichtendienstlicher Aufklärung Resonanz gefunden.⁹² Deren Grundgedanken lassen sich wir folgt umreißen. Ausgangspunkt ist die Aufklärung des Funkverkehrs. Dabei wird davon ausgegangen, dass Funkwellen überall sind und insbesondere nicht allein auf oder über Staatsgebieten anzutreffen sind, sie also nicht notwendig die Gebietshoheit der Staaten passieren. Wo dies nicht der Fall ist, soll sich das Recht der Aufklärung nicht nach dem Recht des aufklärenden Staates, sondern nach demjenigen des Ortes der Aufklärung richten. Am Beispiel der Satellitenüberwachung: Wird etwa die über einen Satelliten vermittelte Kommunikation aufgeklärt, so befindet sich der von ihm übertragene Funkverkehr dort, so befinden sich die von ihm übertragenen Funkverbindungen jedenfalls zeitweise – d.h. mindestens für Sekundenbruchteile - auch dort, wo sich der Satellit befindet. Dieser befindet sich im Weltraum, welcher nicht der Territorialhoheit eines Staates untersteht. Im Gegenteil befindet er sich nach allgemeinen völkerrechtlichem Verständnis in einem staatsfreien Raum, auf welchen weder die allgemeine Rechtsordnung der Einzelstaaten noch das staatsbezogene Völkerrecht anwendbar ist. Vielmehr gilt dort das Recht der staatsfreien „Gebiete“. Für diese gelten zwar gewisse allgemeine völkerrechtliche Normen.⁹³ Diese Normen enthalten aber keine Regel, wonach die Grundrechte bestimmter Staaten oder Verfassungen anwendbar sind. Das gilt auch nicht für die Grundrechte des GG. In diesem Sinne ist der Weltraum dann also zwar nicht rechtsfrei, wohl aber grundrechtsfrei. Und weil er grundrechtsfrei ist, ist danach seine Aufklärung auch außerhalb der Grenzen der nationalen Grundrechte, etwa des Art. 10 GG, zulässig. Wenn aber keine Grundrechte anwendbar sind, dann kann es auch keine Grundrechtseingriffe geben, folglich sind Überwachungsmaßnahmen auch nicht an die Rechtmäßigkeitsbedingungen von Grundrechtseingriffen gebunden.

Was hier für die Aufklärung des Funkverkehrs via Satellit am Beispiel des Weltraums angedeutet worden ist, wird zumindest andernorts offenbar auch auf andere staatsfreie Gebiete erstreckt. Dies kann namentlich die Hohe See⁹⁴ sein, wenn Funkverbindungen über See aufgeklärt werden sollen. Erfolgt die Aufklärung dort, so würde diese entsprechend den dargestellten Grundsätzen rechtlich ebenso zu behandeln sein wie die Aufklärung im Weltraum. Der „open sky“ befände sich danach nicht allein im All, sondern auch über der Hohen See. Noch weiter gehend ließe sich jenes Konzept auch von seinem rechtlichen Ausgangspunkt der Funküberwachung ablösen. Nach Medienberichten werden jedenfalls von Nachrichtendiensten anderer Staaten nicht allein Funkverbindungen von Satelliten, sondern auch kabelgestützte Ferngespräche in der Weise aufgeklärt, dass Unterseekabel außerhalb der von Einzelstaaten in Einklang mit dem Völkerrecht in Anspruch genommenen Meereszonen „angezapft“ werden. Für den dadurch bedingten erhöhten technischen und wirtschaftlichen Aufklärungsaufwand mag eine Vielzahl von Motiven ausschlaggebend sein. Ein möglicher Grund

⁹¹ Dazu näher Schladebach, EuR 2006, 773, 778.

⁹² Darstellend Huber, NJW 2013, 2572, 2574; ders., in: Sicherheitsrecht, Art. 10 GG-Gesetz, Vorb. Rn 23 ff.

⁹³ Überblick bei Wolfrum, Staatsgebiete und staatsfreie Räume. Neuere Entwicklungen des Völkerrechts, 1988, S. 23 ff.

⁹⁴ Dazu als staatsfreies Gebiet Herdegen, Völkerrecht, 2014, § 31 Rn 10 ff.

hierfür kann in einer Fortschreibung des „open-sky“-Konzepts liegen, also der Annahme, dass die Staatsfreiheit der Hohen See sich nicht allein auf diese selbst und den über ihre liegenden Luftraum, sondern auch auf deren Untergrund bezieht. Entsprechend der zuvor genannten Logik wäre dieser dann gleichfalls staats-, verfassungs- und grundrechtsfrei. Insofern würde eine Aufklärung dort nicht an grundrechtliche Grenzen nationaler Verfassungen stoßen. Darin läge eine zweifache Ausweitung und Fortschreibung des open-sky-Konzepts:

- Die **Öffnung des Konzepts über ihren Ausgangspunkt der Funkaufklärung hinaus** auch auf terrestrische Übertragungswege der Telekommunikation in traditionellen transozeanischen Kabeln, aber auch des am Meeresgrund via Kabel übertragenen Internets.
- Die **Ausweitung des Konzepts weg vom Himmel („sky“) hin zu anderen staatsfreien Gebieten**, etwa dem Meeresgrund.

Der damit umrissene Diskussionsstand könnte also ansatzweise mit den Schlagwörtern „**vom open sky zum open net**“ zusammengefasst werden. Damit ist keine bloße Verlagerung des Überwachungsregimes vom Himmel unter die Erde gemeint, sondern eine Ausweitung: Die alten Anwendungsbereich der Funküberwachung am offene Himmel wurden nicht aufgegeben, sondern durch neue ergänzt.

Im Kontext der hier zu erörternden Fragen stellt sich diejenige nach den **Auswirkungen jenes Konzepts auf die Grundrechtsrelevanz möglicher Aufklärungstätigkeit deutscher Stellen** am „open sky“ bzw. im „open net“. Da die völkerrechtlichen Ausgangspunkte jener Konzepte der weithin vorherrschenden Auffassung entsprechen und insoweit nicht weiter diskussionsbedürftig sind, stellt sich diese Frage als solche einer möglichen Kollision bzw. Konkurrenz von internationalem und nationalem Recht. Die Antwort auf diese Frage richtet sich nach den dafür geltenden allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen. Gerade nach der in Deutschland vorherrschenden Lehre vom gemilderten Dualismus⁹⁵ sind nationale Behörden als staatliche Stellen sowohl an die völkerrechtlichen Bedingungen und Grenzen staatlichen Handelns wie auch an die entsprechenden Bedingungen und Grenzen des innerstaatlichen Rechts gebunden. Im Falle unterschiedlicher rechtlicher Vorgaben für dasselbe Verhalten ist demnach zunächst die Anwendbarkeit der jeweiligen Regelungen und – im Falle ihrer beiderseitigen Anwendbarkeit (Konkurrenz) – die Frage nach der Auflösung möglicherweise divergierender rechtlicher Vorgaben (Kollision) zu stellen. Für die Auflösung dieser Fragen kann an die bereits angedeuteten Grundlagen im Kontext der personalen und territorialen Auslandswirkungen des Art. 10 GG⁹⁶ angeknüpft werden. Danach enthält das Völkerrecht eine rechtliche Mindestordnung, welche den Staaten und ihren nationalen Rechtsordnungen eine Unterschreitung untersagen, zugleich allerdings mögliche Überschreitungen grundsätzlich zulassen, soweit diese nicht im Einzelfall ausnahmsweise untersagt sind. Für das Völkerrecht der staatsfreien Gebiete bedeutet dies: Die geltenden internationalen Regelungen entziehen diese Gebiete der Territorialhoheit einzelner Staaten und untersagen diesen daher, den Gel-

⁹⁵ Statt aller nochmals Calliess, Staatsrecht III, S. 67 ff (Nachw.)

⁹⁶ Dazu o. II.3.

tungsanspruch ihrer Rechtsordnung auf dieses Gebiet auszudehnen. Diese Untersagung ergibt sich bereits daraus, dass die **Erstreckung nationaler Rechtsordnungen in diesen Bereich hinein Geltungsansprüche auch gegenüber anderen Staaten** oder ihren Angehörigen, welche sich dort aufhalten oder tätig werden wollen, **begründen würden**. Eine derartige Ausweitung ginge also rechtlich auch zulasten Dritter. Darin läge eine Überschreitung der den einzelnen Staaten völkerrechtlich zugewiesenen Hoheiten.⁹⁷ Insoweit ist der staatsfreie Raum also notwendig (staats)rechtsfrei.

Eine davon zu unterscheidende Frage ist allerdings diejenige, ob Einzelstaaten das Verhalten ihrer eigenen Organe in jenem Gebiet rechtlichen Regeln unterwerfen dürfen, welche sich nur an diese, nicht hingegen an Dritte richten. **Was das Völkerrecht allgemein frei lässt, dürfen die Einzelstaaten für sich und ihre Organe rechtlich binden**,⁹⁸ soweit sie dadurch weder die Grenzen der internationalen Rechtsordnung überschreiten noch geschützte Rechte und Belange Dritter verletzen. Da andere Staaten und ihre Angehörigen von solchen Normen nicht betroffen wären, läge eine unzulässige Ausweitung der Rechtssetzungshoheit eines Staates nicht vor. Ebenso wenig läge darin ein Eingriff in die Rechtssetzungshoheit anderer Staaten, soweit diese das Verhalten ihrer eigenen Organe auf dem jeweiligen staatsfreien Gebiet weiterhin nach ihren eigenen Maßstäben regeln können und dürfen. Ob die Einzelstaaten solche Regelungen erlassen haben, ist durch Auslegung ihres nationalen Rechts zu entnehmen.

Die Bundesrepublik könnte eine solche Regelung durch das Grundrecht aus Art. 10 GG getroffen haben. Dieser gilt – wie festgestellt – jedenfalls nicht allein im Inland, sondern darüber hinaus jedenfalls im Grundsatz auch außerhalb des deutschen Staatsgebietes.⁹⁹ Dieser extraterritoriale Geltungsanspruch kann sich nicht allein auf das Territorium anderer Staaten, sondern auch auf staatsfreie Gebiete beziehen. Darin läge zunächst kein Verstoß gegen die internationale Rechtsordnung: Das Völkerrecht als Mindestordnung gebietet einen solchen Schutz nicht, verbietet ihn aber auch nicht. Darin läge weiter aber auch kein Verstoß gegen die völkerrechtlich garantierten Rechte und Ansprüche anderer Staaten: Sie sind nicht an die Grundrechte des GG gebunden und können daher das Verhalten ihrer Organe dort nach ihren eigenen Vorstellungen regeln. Für die deutschen Staatsorgane gelten umgekehrt die Regelungen des deutschen Rechts und daneben diejenigen des Völkerrechts. Sie untersagen den Schutz des Fernmeldegeheimnisses dort ebenso wenig wie eine Adressierung dieses Schutzes an die Organe des jeweils schützenden Staates, also der deutschen Regelungen an deutsche Staatsorgane. Unzulässig wären dort demgegenüber allein Regelungen des deutschen Rechts mit Geltungsanspruch gegenüber ausländischen Staaten oder ausländischer Staaten mit Geltungsanspruch gegenüber der Bundesrepublik.

⁹⁷ So etwa Beier, GRUR Int 1985, 6, 6 f (zum Weltraum).

⁹⁸ Umgekehrt läge dagegen ein Verstoß gegen Normen des internationalen Rechts vor, soweit dieses ein bindendes Verhalten von Staaten vorschreibt, das nationales Recht dasselbe Verhalten hingegen frei stellt.

⁹⁹ Dazu o. II.4.

Dementsprechend gilt: Soweit Art. 10 GG Auslandsgeltung erlangt und eigene Geltungsansprüche weder gegenüber Drittstaaten noch deren Organen noch gegenüber deren Bürgern erheben, ist er auch unter, auf und über staatsfreien Gebieten anwendbar. Deutsche Staatsorgane sind dort demnach auch an das deutsche Recht gebunden. Auch dort begründen die deutschen Grundrechte jene abgestuften Rechtsfolgen, welche sie im Ausland begründen können. Was nach den völkerrechtlichen Mindestgarantien „open“ ist, ist es nach deutschem Recht für deutsche Stellen nur insoweit, als es das deutsche Recht in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht zulässt. Da das Völkerrecht für das Fernmeldegeheimnis in staatsfreien Gebieten keine eigenen zwingenden Einschränkungen enthält, ist Art. 10 GG dort in demselben Umfang von deutschen Stellen zu beachten wie andernorts außerhalb der Grenzen des Bundesgebiets.

Für das Konzept vom „open sky“ oder gar vom „open net“ bedeutet dies: Das Konzept mag ein völkerrechtliches Mindestregime beschreiben, welches jedenfalls im Grundsatz dem Recht der staatsfreien Gebiete entspringt. Ob dies in allen Teilen so ist, welche rechtlichen Regelungen hier allgemein gelten können und was dies aus völkerrechtlicher Sicht für die Überwachung der Telekommunikation über, in und unter jenen Gebieten bedeuten kann, bedarf hier keiner weiteren Klärung.¹⁰⁰

Soweit Einzelstaaten für ihre eigenen Organe innerstaatliche Regelungen erlassen, die auch auf den staatsfreien Gebieten Geltung beanspruchen, können sich daraus unterschiedliche rechtliche Regimes ergeben. Demnach können dort die Organe und Amtswalter unterschiedlicher Staaten Adressaten unterschiedlicher Rechte und Pflichten aus ihrer je eigenen Rechtsordnung sein. Was für die Nachrichtendienste eines Staates dort gilt, muss nicht notwendig identisch sein mit der Rechtsstellung der Nachrichtendienste anderer Staaten am selben Ort. Dies ist kein Verstoß des nationalen Rechts gegen das internationale Recht, sondern steht in Einklang mit dessen Grundlagen von der territorial und personal begründeten, aber auch begrenzten Staatsgewalt. Demnach können dort für die Organe eines dort handelnden Staates andere rechtliche Regelungen gelten als für die Organe anderer Staaten. Dies ist insoweit zulässig, als jeder Staat nur sein eigenes Verhalten regelt und dabei den völkerrechtlichen Rahmen zulasten Dritter nicht unterschreitet.

Aus der Sicht des deutschen Rechts, namentlich des Art. 10 GG, ergibt sich demnach: Der Geltungsbereich des Grundrechts wird durch das „open sky“ Konzept nicht begründet oder begrenzt. In Gegenteil: **Der Anwendungsbereich der „open sky“-Konzepte wird für deutsche Staatsorgane durch die Auslandswirkungen der deutschen Grundrechte begründet und begrenzt.** Sky und Net sind für deutsche Stellen in staatsfreien Gebieten insoweit open, als Art. 10 GG hier keine rechtlichen Vorgaben begründet.

Der Anwendungsbereich der Lehre vom Grundrechtseingriff folgt also dem personalen und territorialen Anwendungsbereich des Art. 10 GG im Inland wie im Ausland, also auch am „o-

¹⁰⁰ Einzelfragen dazu u. V.2.

pen sky. Demnach gelten auch hier die bereits genannten Grundrechtsanwendungs- und –schutzbereichslehren.

6. Zwischenresultat

Die Zulässigkeit von Eingriffen in die beschriebenen Grundrechtsgarantien aus Art. 10 GG durch Überwachungsmaßnahmen setzt zunächst die Grundrechtsrelevanz der Überwachungsmaßnahmen nicht nur im Hinblick auf den objektiven, sondern auch den subjektiven Anwendungsbereich dieser Garantien voraus. Welches sind in diesem Kontext die verfassungsrechtlichen **Vorgaben für eine solche Prüfung und Differenzierung der Innehabung des Grundrechtsschutzes** in Anbetracht der Tatsache, dass in ein und demselben Netz sowohl grundrechtlich geschützter wie auch grundrechtlich nicht geschützter Fernmeldeverkehr stattfinden kann? Im Zentrum wird dabei die Frage stehen, ob die Abgrenzung geschützter von nicht-geschützter Kommunikation selbst einen Grundrechtseingriff darstellt oder aber als grundrechtsneutrale Vorprüfung ausgestaltet werden kann (dazu u. II 3, 4).

Sofern ein Grundrechtseingriff stattfinden kann, stellt sich weiter die Frage nach den rechtlichen Maßstäben für deren Zulässigkeit. Auf Verfassungsebene ist insbesondere die Vorfrage zu beantworten: **Wann unterfällt eine Überwachung der Telekommunikation den vollen, wann den abgestuften Grundrechtswirkungen?** Dabei kommt es maßgeblich auf die hier grundrechtlich vorzunehmende Unterscheidung danach an, in welchen Fällen die Überwachung als inländische, in welchen hingegen sie als ausländische anzusehen ist (dazu u. II 1, 2).

Diese beiden Fragen soll hier zunächst auf Verfassungsebene nachgegangen werden.

III. Grundrechtseingriffe in das Fernmeldegeheimnis durch Aufklärungsmaßnahmen

Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 10 GG finden statt, wenn grundrechtlich geschützte Informationen¹⁰¹ von staatlichen Stellen erhoben, gespeichert bzw. verarbeitet werden.¹⁰² Soweit auch ausländische Telekommunikationsverbindungen vom Schutzbereich erfasst sind, ist auch deren Erhebung bzw. Verarbeitung als Grundrechtseingriff iSd Art. 10 Abs. 1 GG zu qualifizieren. Möglichen Differenzierungen im Hinblick auf die „abgestufte Grundrechtswirkung“ im Ausland unterliegt nicht das Eingriffskonzept, sondern dasjenige der Rechtfertigung stattfindender Eingriffe.¹⁰³

¹⁰¹ Dazu o. II.1.

¹⁰² Näher Gusy, in: vMKS, Art. 10 Rn 142.

¹⁰³ Dazu u. III.3.b).

1. Aufklärung „im Inland“ bzw. „im Ausland“

Hinsichtlich der Grundrechtswirkungen hat das BVerfG ebenso wie die wohl einhellige Literatur danach unterschieden, ob die Aufklärung „im Geltungsbereich dieses Gesetzes“ (so die Formulierung des § 1 Abs. 2 S. 1 BNDG) stattfindet oder nicht. Die Differenzierung war vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung notwendig, weil in der Vergangenheit allein die Aufklärung Entscheidungsgegenstand war. Über andere geheimdienstliche Tätigkeiten „wie über die Frage, was für ausländische Kommunikationsteilnehmer im Ausland gilt“, war dort bislang nicht zu entscheiden.¹⁰⁴ Genau um diese Frage geht es demgegenüber hier. Diese Entscheidung ist zunächst eine grundrechtliche: Geht es doch dabei um die Frage, ob dort die vollen oder aber abgestufte Grundrechtswirkungen anwendbar sind.¹⁰⁵ Danach kann diese Frage aber auch eine solche des Gesetzesrechts sein, wenn es um die Frage nach den möglicherweise anwendbaren Gesetzen und den an sie anzulegenden grundgesetzlichen Maßstäben geht.

Ausgangspunkt der Beurteilung muss der Umstand sein, dass die genannte Differenzierung zwischen Grundrechtseingriffen „im Inland“ bzw. „im Ausland“ ausschließlich durch das geltende Recht gefordert wird. Die Abgrenzungsnotwendigkeit ist durch das Recht begründet, sie ist am Maßstab des Rechts zu leisten und kann sodann weitere Rechtsfolgen begründen. Ausgangspunkt müssen also **rechtlich geforderte und daher rechtliche begründbare Differenzierungen** sein. Nicht maßgeblich ist demgegenüber die Frage, ob eine derartige Unterscheidung hinsichtlich bestimmter Eingriffsformen technisch geboten oder technisch sinnvoll sei. Verknüpfungen zwischen rechtlichen Vorgaben und technischen Gegebenheiten stellen sich erst dann, wenn die Anforderungen der Rechtsordnung durch die Technik nicht erfüllt werden können, weil sie in der Technik keinen sinnvollen Anknüpfungspunkt finden und daher „technisch unmöglich“ sind. Sofern dies der Fall ist, stellt sich sodann die Frage nach daraus möglicherweise notwendigen Folgerungen.

Eine Telekommunikationsüberwachung „im Ausland“ findet statt, wenn sie nicht „im Inland“ stattfindet. Dieses ist der rechtliche Ausgangspunkt, jenes die rechtliche Folgerung. Denn die Maßstäbe für inländisches Handeln sind nach der Rechtsprechung im Wesentlichen geklärt, für ausländisches hingegen nicht. Erstere sind daher in vollem Umfang anwendbar, solange die Überwachung im Inland und eben nicht im Ausland stattfindet.

Die Abgrenzung der Verfassungsrechtsprechung knüpft als Mindestbedingung an einen „hinreichenden territorialen Bezug“ bzw. „Gebietskontakt“ einer „Kommunikation“ an.¹⁰⁶ Sofern ein solcher vorhanden ist, unterfällt die Telekommunikation in jedem Falle dem Schutz des Grundrechts. Ob und ggf. wann dies auch in anderen Fällen sein kann, lässt sich daraus aller-

¹⁰⁴ So wörtlich BVerfGE 100, 313, 364; zu den prozessualen Gründen hierfür BVerfGE 100, 313, 357: Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde. Auch danach hat sich die Notwendigkeit einer derartigen Entscheidung für die Gerichte bislang nicht ergeben; zuletzt BVerwG, U. v. 28.05.2014 – 6 A 1.13.

¹⁰⁵ Zu dieser Frage o. II.4.

¹⁰⁶ BVerfGE 100, 313, 363, 364.

dings noch nicht vollständig herleiten, denn diese Frage war nicht zu entscheiden. Was für „ausländische Kommunikationsteilnehmer im Ausland“ gilt, blieb daher offen. Maßgeblich für jenen Gebietsbezug sind nach der Rechtsprechung drei Kriterien:¹⁰⁷

- (1) Der **Gebietskontakt der Kommunikationsverbindung bzw. des Kommunikationsmediums**: Damit wird auf die geschützte Fernsprechverbindung und deren Teilnehmer abgestellt. Auf deren Eigenschaft als Deutsche oder Ausländer kommt es dafür nicht an; Art. 10 GG ist kein Deutschen-, sondern ein Menschenrecht. Entscheidend ist vielmehr der Ort des Mediums und – daraus abgeleitet – der Aufenthaltsort der Teilnehmer während des Telefonkontakts: Befinden sich die Teilnehmer oder auch nur einer von ihnen im Inland, so ist das Gespräch ein solches im Inland, in das Inland herein oder aus dem Inland hinaus und unterfällt damit dem Schutzbereich des Art. 10 GG.¹⁰⁸

- (2) Der Gebietskontakt der „Erfassung und Aufzeichnung des Telekommunikationsverkehrs“, also der Informationserhebung mit technischen Mitteln. Maßgeblich dafür war der **Standort der „auf deutschem Boden stationierten Empfangsanlagen des BND“**. Dafür kam es nicht darauf an, ob die Kommunikation in oder durch Deutschland hindurch stattfand. Vielmehr lag die damals entschiedene Situation dermaßen, dass die Fernmeldekommunikation über Satelliten vermittelt wurden, die weder allein Verbindungen zwischen Deutschen oder solche in oder aus dem Inland vermittelten, sondern jedenfalls technisch auch dafür ausgerüstet waren, Ferngespräche zwischen allein ausländischen Beteiligten mit Standort im Ausland ohne technisch oder physikalisch bedingte Inlandbeziehung zu überwachen. Noch anders ausgedrückt: **Der Inlandsbezug wurde durch die Überwachungsvorkehrungen nicht notwendigerweise bereits vorgefunden, sondern erst hergestellt**. Weitere Differenzierungen auf dieser Grundlage wurden sodann nicht vorgenommen. Durch den Standort der Empfangsanlage wurde der Charakter der Maßnahme als inländische also ggf. erst begründet, ohne dass an diesen Umstand weitere Rechtsfolgen geknüpft worden wären. „Inländisch“ konnte der Sachverhalt also schon dann sein, wenn nicht die Kommunikation, sondern erst ihre Aufklärung eine inländische war. Was technisch oder physikalisch keinen Gebietsbezug zu Deutschland aufwies, konnte ihn also durch die Aufklärung in oder von Deutschland aus erlangen. Diese von den Behörden erst hergestellte Eigenschaft einer Verbindung als inländische konnte danach hinreichender Anknüpfungspunkt für die Anwendung der vollen Rechtswirkungen des Art. 10 GG sein.

- (3) Die **Auswertung der erfassten Telekommunikationsvorgänge auf deutschem Boden**: Maßgeblich hierfür war demnach der Standort der technischen Anlagen bzw. des Personals, welche die erhobenen Informationen überprüfen und ggf. nutzen konn-

¹⁰⁷ BVerfGE 100, 313, 363.

¹⁰⁸ Dazu o. II.1.

ten. Da diese „durch den Bundesnachrichtendienst“ stattfand und stattfindet, kommt es dafür maßgeblich auf den Standort der dafür bestimmten und geeigneten Behördeneinrichtungen und –mitarbeiter des BND an. Befinden sich diese im Inland, so stellt dies ein weiteres Indiz für den „Gebietskontakt“ des Grundrechtseingriffs zum deutschen Territorium und damit für die volle Anwendbarkeit des Art. 10 GG dar.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG lässt sich festhalten: Liegen die drei genannten Indizien nebeneinander vor, so ist der Charakter einer Überwachungsmaßnahme als inländische hinreichend begründet. Nicht beantwortet ist dadurch allerdings die Frage, was im Falle des Vorliegens nur einzelner dieser Kriterien gilt: **Gelten jene Maßstäbe ausschließlich kumulativ oder möglicherweise daneben ganz oder teilweise auch alternativ?** Als Ausgangspunkt hierbei kann gelten: Das zuerst genannte Kriterium (1) ist für sich geeignet, die Maßnahme als „inländische“ zu begründen. Denn hier wird der Gebietsbezug der Kommunikation vom BND nicht erst hergestellt, sondern schon vorgefunden. Die Kommunikation weist den erforderlichen Bezug zum deutschen Territorium unabhängig von den Maßnahmen deutscher Stellen auf. Das bedeutet zugleich: Die diesbezüglichen Maßnahmen sind stets als „im Inland“ stattfindende anzusehen.

Dagegen gehen die Kriterien (2) und (3) über das zuerst genannte hinaus. Sie sind geeignet, einen Inlandsbezug auch dann zu begründen, wenn dieser nach dem Kriterium (1) nicht vorlag bzw. nicht überprüft werden konnte oder durfte.¹⁰⁹ Hier bleibt aber noch offen, ob sie beide nebeneinander vorliegen müssen oder aber eines von ihnen bereits genügt. Hierzu kann an den bereits erwähnten Grundsatz der Rechtsprechung angeknüpft werden, wonach im Falle telekommunikationsbezogener Informationserhebung und –verarbeitung der **Erhebungseingriff den Verarbeitungseingriff prägt**: Der Rechtscharakter der Informationserhebung prägt denjenigen der nachfolgenden Informationsverarbeitung. Informationen, welche durch einen Eingriff in Art. 10 GG erhoben worden sind, bleiben durch diese Garantie geschützt, weitere Verarbeitungsvorgänge sind gleichfalls am Maßstab desselben Grundrechts zu messen.¹¹⁰ Demnach spricht viel dafür, dass als zentrales Kriterium der Ort der Informationserhebung, nicht hingegen derjenige ihrer Verarbeitung anzunehmen ist. Letztere kann also den Inlandsbezug verstärken, für sich allein aber nicht begründen. Dafür spricht auch die verbreitete Auffassung, wonach Art. 10 GG nicht anwendbar ist, wenn der BND durch Telekommunikationsaufklärung Dritter erhobene Informationen von diesen erlangt und weiter verarbeitet.¹¹¹ Demnach spricht viel dafür, **dass die Verarbeitung im Inland allein keinen hinreichenden Inlandsbezug indiziert und für sich allein nicht die Anwendbarkeit der inlandsbezogenen Rechtsfolgen des Art. 10 GG begründen kann.**¹¹²

¹⁰⁹ Dazu o. II.3.

¹¹⁰ Dazu bereits o. II.3.b).

¹¹¹ Dazu etwa Hoffmann-Riem, Gutachten, S. 13; Bäcker, Gutachten, S. 7 f; Anders: Papier, Gutachten, S. 8, der dafür eine eigene Ermächtigungsgrundlage verlangt.

¹¹² Andernfalls würde bereits der Behördensitz des BND in Deutschland einschließlich der hier betriebenen Informationsauswertung und –verarbeitung den Inlandsbezug begründen, so dass alle Maßnahmen des BND zur Telekommunikationsaufklärung als inländische zu behandeln wäre.

Maßgeblich kommt es demnach auf die genannten Kriterien (1) und (2) an. **Wenn weder die Person der Kommunikationsteilnehmer noch der zwischen ihnen stattfindende Kommunikationsvorgang noch aber die auf ihn bezogene Aufklärung einen Inlandsbezug begründen kann, dann ist die Maßnahme keine inländische.** Dieser Zwischenbefund fügt sich zu den bereits vorgestellten¹¹³ Grundsätzen der Auslandsgeltung des Art. 10 GG. Der Charakter eines Grundrechtseingriffs als inländischer wird entweder durch

- den Territorialbezug der Teilnehmer, ihres Standortes oder der zwischen ihnen stattfindenden Kommunikationsverbindung zum deutschen Staatsgebiet
- oder den Territorialbezugs der zur Aufklärung bestimmten Empfangsanlagen auf deutschem Staatsgebiet begründet.

Ein dafür notwendiger **Gebiets- bzw. Inlandsbezug fehlt dagegen, wenn die Informationserhebung durch deutsche Stellen sich nicht gegen inländische Kommunikationsvorgänge richtet und der Erhebungsvorgang im Widerspruch zur Territorialhoheit anderer Staaten bzw. der dort geltenden Rechtsordnung steht und dadurch dem Risiko von Gegenmaßnahmen durch Sicherheitsorgane anderer Staaten ausgesetzt ist.** Maßgeblich hierfür ist eine allein rechtliche Betrachtung. Auf den Umstand, ob der andere Staat im Einzelfall mit einer Maßnahmen deutscher Stellen einverstanden ist oder aber ob er ein gegen einzelne Maßnahmen deutscher Stellen gerichtetes Gesetz erlassen und durchsetzen kann oder ob er über eigene dafür geeignete und ausgestattete Sicherheitsorgane verfügt, kommt es demgegenüber nicht an.

Zwischenresultat:

Demnach sind die Maßnahmen der Überwachung ausländischer Telekommunikation am Maßstab deutscher Grundrechte rechtlich gestuft zu betrachten.

Ist das **Grundrecht aus Art. 10 GG im Einzelfall nicht anwendbar**,¹¹⁴ so ist ein Grundrechtseingriff insoweit zu verneinen. Das Grundrecht gilt allein für solche Kommunikation, welche dem Fernmeldeverkehr tatsächlich und rechtlich entspricht, also bei elektronisch vermittelter Kommunikation zwischen einzelnen Personen, die weder technisch noch rechtlich öffentlich ist.¹¹⁵ Soweit auf derartige Verbindungen das Grundrecht des Art. 10 GG personell und territorial anwendbar ist, finden Grundrechtseingriffe statt. In allen anderen Fällen sind mangels Schutzbereichsrelevanz regelmäßig auch sonstige Grundrechte des GG nicht anwendbar.

Findet im Einzelfall ein Grundrechtseingriff statt, so unterliegt dieser den **vollen Grundrechtswirkungen der Garantie des Art. 10 GG, sofern er nach den genannten Maßstäben als inländisch anzusehen ist.**¹¹⁶

¹¹³ S.o. II.3.

¹¹⁴ Dazu o. I. a E.

¹¹⁵ Dazu o. II.1.

¹¹⁶ Dazu o. II.1.

Ist ein stattfindender **Eingriff** demgegenüber nicht als inländischer, sondern **als ausländischer anzusehen und findet er gegenüber Ausländern statt, so sind die abgestuften Grundrechtswirkungen des Art. 10 GG maßgeblich.**¹¹⁷

2. Netzüberwachung als Möglichkeit einer „Flucht“ aus den Grundrechtsbindungen?

Diese Abgrenzung ist – wie ausgeführt – eine solche des Rechts und keine solche der Wirklichkeit. Ob und wie sie im Internet eine Entsprechung findet bzw. dort abgebildet werden kann, ist eine Frage der Rechtsanwendung. Dabei ist darauf hinzuweisen: Territorial radiziert und damit der Unterscheidung zwischen in- und ausländisch zugänglich sind Staat und Staatsgewalt. Hingegen sind globalisierte Netze – nicht allein das Internet, das hier exemplarisch genannt wird, sondern auch sonstige vergleichbare Übertragungsnetze - derartigen Unterscheidungen nur eingeschränkt zugänglich. So kann die Telekommunikationsüberwachung unmittelbar am Netz stattfinden, indem Überwachungstechniken an dieses Netz herangetragen werden und mit deren Hilfe die Integrität und Vertraulichkeit des Übertragungsweges selbst beeinträchtigt wird.¹¹⁸ In diesem Falle wird das **Netz als Überwachungsobjekt** genutzt. Daneben besteht aber auch die Möglichkeit einer Kommunikationsüberwachung per Distanz durch das Netz, indem Überwachungssoftware in das Netz eingespielt wird und dadurch Zugänge solcher Kommunikationsverbindungen geschaffen werden, die an anderen Orten im Netz stattfinden. In derartigen Fällen wird das **Netz als Überwachungsinstrument** genutzt. Beide Formen des Eingriffs in die Vertraulichkeit von Kommunikationsverbindungen können technisch unterschieden werden, indem etwa die Überwachung durch das Netz auf bestimmte Netzverbindungen – etwa im Ausland – beschränkt und technisch gegen sonstigen „Beifang“ etwa aus inländischen Verbindungen abgeschottet werden. Eine derartige Kommunikationsüberwachung durch das Netz ermöglicht also vom Inland her eine Überwachung auch ausländischer Kommunikation. Schließlich erscheinen auch technische Mischformen von Überwachung des Netzes und durch das Netz denkbar – die Unterscheidung von Inland und Ausland ist eben eine solche des Rechts und nicht der Technik.

Zugleich ist darauf hinzuweisen: Derartige Kommunikations- und Überwachungsmöglichkeiten sind durch das Internet nicht gänzlich neu entstanden; im Gegenteil: Sie wurden bereits früher durch den Funkverkehr ermöglicht. Neu ist durch das Internet am ehesten die Eröffnung früher allein funktechnisch möglicher Kommunikationsformen auf terrestrische Medien. Aus diesem Grund erscheint auch die Übertragung der älteren Rechtsprechung zur Funküberwachung auf die neueren Formen der Netzüberwachung keineswegs ausgeschlossen, sondern sogar sinnvoll. Solche Netze sind jedenfalls dazu geeignet, **Handlungs- und Erfolgsorte netzbezogener Maßnahmen** voneinander zu distanzieren, ohne zugleich notwendiger-

¹¹⁷ Dazu o. II.4.

¹¹⁸ Zu dieser Formulierung Gusy, DuD 2009, 33.

weise den Effekt einer Maßnahme zu beeinträchtigen. Entsprechend der Rechtsprechung des BVerfG zur Überwachung des Funkverkehrs¹¹⁹ ist festzuhalten:

- Findet die Überwachungshandlung im Inland statt, so ist auf den Ort der Vornahme dieser Handlung (Handlungsort), nicht hingegen auf denjenigen der Beeinträchtigung der Vertraulichkeit eines Kommunikationsvorgangs (Erfolgsort) abzustellen.
- Findet die Überwachung nicht durch menschliche Handlungen, sondern durch technische Vorgänge oder Anlagen statt, so ist auf den Standort dieser Anlagen abzustellen.

Dementsprechend entstehen hinsichtlich möglicher Eingriffe in das Internet potentiell Gestaltungsalternativen für technische Beschränkungsmaßnahmen. **Wenn Eingriffshandlungen und ihr Recht standortgebunden sind und Eingriffseffekte nicht, so kann daraus die Möglichkeit einer Rechtswahl entstehen**, indem die Wahl des Handlungsorts zugleich die Wahl des maßgeblichen Rechts mitbestimmt. Eine technische Überwachung vom Inland her wäre dann an die Maßstäbe des Art. 10 GG selbst gebunden, eine solche vom Ausland an möglicherweise abgestufte Maßstäbe. Ob eine Telekommunikationsverbindung vom Inland oder vom Ausland her überwacht wird, wäre so hinsichtlich des jeweils anwendbaren Rechts und damit der Maßstäbe von Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Eingriffs von erheblicher Bedeutung. Oder anders ausgedrückt: Die Wahl des Überwachungsstandorts im Ausland könnte so eine „Flucht aus dem Grundrechtsbindungen“ des Art. 10 GG ermöglichen.

Für staatliche Stellen wie den BND, welche sowohl im Inland als auch im Ausland tätig werden und daher Informationen innerhalb und außerhalb des Staatsgebiets der Bundesrepublik erheben können, könnte also eine derartige Ortswahl zugleich eine Rechtswahl bewirken, welche im Endeffekt als „Flucht aus den Bindungen des deutschen Rechts“ qualifiziert werden könnte. Das Fernmeldegeheimnis Betroffener wäre besser geschützt, wenn die nachrichtendienstlichen Aufklärungsmaßnahmen vom deutschen Territorium aus stattfänden, als wenn sie vom Ausland her vorgenommen würden. Dadurch **könnte für den BND ein rechtlicher Anreiz entstehen, Vorkehrungen zur Informationserhebung vom deutschen Territorium weg in das Ausland zu verlagern und sich so den Bindungen des Art. 10 GG zu entziehen**.¹²⁰ Darin ließe sich jedoch kaum ein rechtlicher Freibrief für nachrichtendienstliche Aktivitäten im Netz herleiten. Denn die dem zugrunde liegende Bilanz wäre eine einseitige: Zwar würde die Verlagerung von Aufklärungsaktivitäten in das Ausland eine Freistellung von der Anwendbarkeit der deutschen Grundrechte mit sich bringen. Zugleich würde diese jedoch eine erhebliche **Erhöhung rechtlicher, administrativer und politischer Risiken in dem jeweiligen anderen Staat** mit sich bringen. Darin läge allerdings keine Verlagerung des Schutzes inländischer Grundrechte auf ausländische Rechtsordnungen und Sicherheitsbehörden anderer Staaten; also von Gesetzen und Administrationen, deren Auftrag sich im Extremfall nicht für, sondern gegen die Bundesrepublik und ihre Wert- und Rechtsordnung richten. Dies wäre allenfalls eine faktische Folge der Ortswahl, hingegen kein rechtlicher Aspekt. Die Chance der Ortswahl birgt für deutsche Stellen eben auch das Risiko der Ortswahl. Das Niveau des recht-

¹¹⁹ BVerfGE 100, 313, 363 f.

¹²⁰ Bäcker, Gutachten, S. 21.

lichen Schutzes des Fernmeldegeheimnisses im Ausland kann die Bundesrepublik ohnehin nicht bestimmen. Die Differenzierung zwischen in- und ausländischen Überwachungsmaßnahmen und rechtlichen Maßstäben ist eine bloße Vorbedingung des Rechts und einer möglichen Rechtswahl. Sie ist durch die deutsche Rechtsordnung nicht geschaffen und – schon wegen der besonderen Bedingungen der Geltung deutscher Grundrechte im Ausland¹²¹ – auch nicht vollständig korrigierbar.

Die Konsequenzen der Globalisierung von Netz und Technik einerseits sowie der Standortbindung von Recht und Rechtsanwendung andererseits zeigt das Beispiel der Netzüberwachung im bzw. durch das Netz. Soweit ein Zugang zum Netz geschaffen wird, der die „angezapften“ Knoten oder Verbindungen selbst überwachen bzw. geschützte Informationen aufzeichnen kann, fallen Eingriffsort und Ort des überwachten Mediums zusammen. **Stimmen Handlungs- wie Erfolgsort überein**, so bestimmen sie den Ort des Eingriffs und damit das jeweils anwendbare Recht. Findet die Maßnahme in Deutschland statt, gilt Art. 10 GG; findet sie im Ausland statt, kann das Grundrecht allenfalls in seiner abgestuften Geltungsintensität anwendbar sein. Wie aber verhält es sich im umgekehrten Fall, wenn Handlungs- und Erfolgsort auseinanderfallen? Dies gilt stets dann, wenn ein Zugang zum Netz genutzt wird, um durch das Netz hindurch Überwachungstechnik einzuschleusen, welche andernorts stattfindende Fernmeldekommunikation überwachen soll. Wenn also das Netz von Deutschland her genutzt wird, um geschützte Kommunikation in einem anderen Staat oder gar Kontinent zu überwachen, so **fallen Handlungsort (Deutschland) und Erfolgsort (anderer Staat) auseinander**.¹²² In diesem Falle einer „Überwachung per Distanz“ wird das Internet nicht allein als überwachtes Medium, sondern daneben zugleich als Überwachungsmedium genutzt. Hier wäre also der Ort des Netzzugangs inländisch, derjenige des Schutzguts ausländisch. Da beide Orte die Anwendbarkeit unterschiedlicher rechtlicher Garantien indizieren können, kann sich hier die Abgrenzungsfrage in voller Schärfe stellen. Gegen die Anwendbarkeit des Art. 10 GG spricht hier, dass weder die Kommunikationsteilnehmer noch der Kommunikationsvorgang einen Bezug zum deutschen Staatsgebiet aufweisen und daher das Schutzgut sich in allen Teilen im Ausland befindet. Bei schutzguts- und grundrechtsträgerbezogener Betrachtung ist die Kommunikation in allen Teilen eine ausländische und wäre daher grundsätzlich nicht in vollem Umfang dem Anwendungsbereich des Art. 10 GG unterstellt. Anders hingegen könnte sich die Konstellation darstellen, wenn man **nicht den Ort des Schutzguts, sondern denjenigen der Planung und Steuerung des Überwachungsvorgangs** in den Blick nimmt. Dieser liegt in der hier genannten Konstellation im Inland, wie eine deutsche Behörde sich den Zugang zum Netz in Deutschland verschafft. Zwar wäre nicht der Grundrechtsträger, wohl aber der Grundrechtsadressat inländisch. Und stellt man auf diesen ab, könnte dies für die Unterstellung der Maßnahme unter deutsches Recht und damit zugleich unter das Grundrecht aus Art. 10 GG sprechen. Eine Betrachtung unterschiedlicher „Seiten“ des

¹²¹ Dazu o. II.4.

¹²² Dabei soll hier davon ausgegangen werden, dass eine derartige Trennung technisch möglich ist. Die auslandsbezogene Überwachungstechnik müsste also derart programmiert sein, dass sie allein die durch ausländische Verbindungen ermöglichte Kommunikation überwachen kann und daneben keine anderen – etwa inländischen – Verbindungen zur Kenntnis nehmen bzw. aufzeichnen kann.

Eingriffs kann also zu unterschiedlichen rechtlichen Ergebnissen führen. Das BVerfG hat in dieser Konstellation – zwar nicht für das Internet, wohl aber für den gleichfalls internationalen und grenzüberschreitenden Funkverkehr – auf die zuletzt genannte Perspektive abgestellt¹²³ und nicht den Erfolgs-, sondern den Handlungsort für maßgeblich erklärt. Eine von Deutschland aus stattfindende Aufzeichnung von Daten eines Satelliten aus dem Weltraum wurde nicht dem (staatsfreien) Erfolgsort, sondern dem deutschen Aufzeichnungsort zugewiesen und damit deutschem Recht unterstellt. Die ausschließlich handlungsorientierte Argumentation des Gerichts lässt wenig Raum für die Annahme, dass dafür Besonderheiten der Funküberwachung maßgeblich sein könnten, welche im Netz nicht oder nur anders vorliegen könnten. Von daher spricht viel dafür auch auf das Netz vergleichbare Grundsätze anzuwenden.

Zwischenresultat:

Bei einem Auseinanderfallen von deutschem Handlungs- und ausländischem Erfolgsort im Netz ist das Grundrecht aus Art. 10 GG (voll) anwendbar, wenn (auch) inländische Kommunikationsteilnehmer betroffen sein können oder aber eine rechtlich notwendige Differenzierung zwischen in- und ausländischen Kommunikationsteilnehmern allein durch Eingriffe in das Schutzgut des Art. 10 GG festgestellt werden kann.¹²⁴ Er ist hingegen nur abgestuft anwendbar, wenn Handlungs- und Erfolgsort im Ausland liegen.

Das Niveau des Grundrechtsschutzes hängt im Einzelfall vom Standort der Überwachungstechnik an. Für den BND bedeutet dies: Da er Informationen sowohl im Inland als auch im Ausland erheben darf und erheben kann, hängt das Grundrechtsschutzniveau vom **Standort der Überwachungstechnik** ab.

- Befindet sich diese rechtlich, technisch und administrativ eher unproblematisch im Inland, so ist Art. 10 GG in vollem Umfang anwendbar. Dies gilt etwa für Überwachungstechnik am Standort Berlin oder Pullach.
- Wählt er hingegen den rechtlich, administrativ und politisch risikoreicheren Weg einer Überwachungstechnik vom Ausland, so ist Art. 10 GG nur abgestuft anwendbar. Das gilt etwa für Überwachungstechnik am Standort einer Residentur auf dem Gebiet eines anderen Staates.

3. Kategorisieren als Vorstufe der Überwachung - Vorüberlegungen

- a) Kategorisieren als Telekommunikationsüberwachungsvorbereitungs- und Überwachungsverhinderungsvorgang

¹²³ BVerfGE 100, 313, 363 f; Ebenso Huber, NJW 2013, 2572, 2575 f.

¹²⁴ Dazu bereits o. II.3.

Strategische Fernmelde-Überwachung ist auf Breitenwirkung angelegt. Sie ist als **Informationsvorbereitungseingriff** darauf ausgelegt, einen strategischen Überblick über mögliche Informationsquellen zu gewinnen. Was sie erfasst, ist nur zu einem geringen Teil nachrichtendienstlich relevant. Doch kann ein Teil der erlangten Informationen relevant werden, ohne dass im Vorhinein erkennbar ist, welcher Teil dies sein könnte. Strategische Überwachung findet demnach notwendig zweistufig statt:

- (1) Am Anfang steht die Informationsgewinnung; genauer die Erfassung einer großen Menge von Daten, welche die Grundlage der nachrichtendienstlichen Relevanzprüfung darstellen. Diese im Folgenden als **Eingangsbestand** bezeichnete Informationsmenge stellt die Grundlage und äußerste Grenze der Informationsauswertung statt: Was nicht im Eingangsbestand vorhanden ist, kann im Folgenden nicht als Informationsquelle nutzbar gemacht werden. Zugleich ist er aber auch nachrichtendienstlich noch nicht nutzbar, weil die Relevanz für Auswertungs- und Verarbeitungszwecke der Dienste eben noch nicht feststeht, sondern erst geprüft werden muss. Aus ihm wird also die nutzbare Informationsmenge erst hergestellt. Sie ist das Ergebnis einer Vorselektion, welche vor der eigentlichen Informationsnutzung für nachrichtendienstlichen Zwecke notwendig vorgeschaltet sein muss.

- (2) Deren Ziel ist die Herstellung einer ganz erheblich kleineren Informationsmenge, welche sodann zur Grundlage der Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland herangezogen werden kann. Diese im Folgenden als **Ausgangsbestand** bezeichnete Informationsmenge stellt einen Teilausschnitt des Eingangsbestandes dar. Die Aufnahme in den Eingangsbestand ist notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung zur Herstellung des Ausgangsbestandes. Die Herstellung des Ausgangsbestandes aus dem Eingangsbestand setzt eine mehrfache Informationsselektion voraus. Da ist zunächst die **Auswahl nach dem rechtlichen Gesichtspunkt**, welche Informationen zwar in ersteren, aber nicht in letzteren aufgenommen werden dürfen. Die Auswahl ist so eine solche nach rechtlichen Kriterien der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit von Informationsverarbeitungsmaßnahmen. Da ist weiter die Auswahl hinsichtlich des Inhalts der Informationen im Hinblick auf ihre weitere nachrichtendienstliche Relevanz. Diese **Auswahl nach dem Inhalt und Kontext der Informationen** ist primär eine solche anhand tatsächlicher Kriterien. Sie ist allerdings mittelbar rechtlich dadurch geprägt, dass die Zwecke der Nachrichtendienste wie auch ihrer Informationen sich eben nicht nur an ihrer faktischen Relevanz, Eignung und Notwendigkeit, sondern auch an verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vorgaben orientieren. Denn wozu die Informationen relevant, geeignet bzw. notwendig sein können, richtet sich im Rechtsstaat zentral nach Vorgaben aus der Rechtsordnung.

Mithilfe derartiger Verfahren wäre es für den Ausgangsbestand – im Unterschied zum Eingangsbestand – **grundsätzlich möglich, zwischen grundrechtlich geschützter und grundrechtlich nicht geschützter Telekommunikation als Objekt weitere Informationsverarbeitung und –auswertung zu unterscheiden**. Die hier zu erörternde grundrechtliche Frage liegt

darin: Wann wird die strategische Überwachung grundrechtlich relevant? Stellt schon die Aufnahme eines Telekommunikationsvorgangs in den Eingangsbestand notwendigerweise einen Grundrechtseingriff dar? Oder gilt dies erst für dessen Aufnahme in den Ausgangsbestand? Oder gibt es technische bzw. rechtliche Ausgestaltungsmöglichkeiten, welche den Eingriffszeitpunkt zwischen den beiden Datenbeständen hinausschieben könnten? Diese Fragen hat das BVerfG in seiner bisherigen BND-Rechtsprechung nicht behandelt.

Für die hier verfolgte Fragestellung bedeutet dies: Die **Abgrenzung der Grundrechtsträger** des Art. 10 GG nach solchen kraft Grundrechtsberechtigung und solchen kraft Vermutung¹²⁵ bereitet in solchen Fällen besondere grundrechtliche Schwierigkeiten, in denen die entsprechenden Feststellungen allein **mithilfe von Eingriffen in den Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses** vorgenommen werden können. Wenn es hingegen technisch und rechtlich möglich ist, die (Vor-)Prüfung nach der Grundrechtsberechtigung und die nachträgliche Prüfung nach der Verwertbarkeit der Informationen so voreinander zu trennen, dass erstere als rechtlich irrelevante Vorprüfung und erst letztere als grundrechtsrelevant erscheinen könnte, so wäre die Unterscheidung geschützter und nicht geschützter Personenkreise grundrechtsneutral möglich. Insbesondere wäre es dann möglich, die Überwachung grundrechtlich geschützter Telekommunikation als Grundrechtseingriff, die Überwachung sonstiger Kommunikation als grundrechtsneutrale Maßnahme auszugestalten.

Damit stellt sich namentlich die Frage nach der **Grundrechtsrelevanz des Kategorisierens** des Eingangsbestandes. Dabei geht es um Folgendes: Die Verwendbarkeit des Inhalts des Eingangsbestandes für die Arbeit des BND¹²⁶ setzt schon wegen der großen Zahl irrelevanter Suchergebnisse neben der Erlangung der Informationen deren möglichst rasche und zielgenauere Durchsuchung voraus, um einerseits rechtlich zulässige und hinreichend relevante Ergebnisse zu erzielen und andererseits die Auswertungskapazitäten der Nachrichtendienste nicht vollständig zu verstopfen. Die notwendige Vorsortierung der Ergebnisse erfolgt elektronisch, und zwar regelmäßig in Sekundenschnelle unter automatischer gleichzeitiger Löschung der nachrichtendienstlich irrelevanten Treffer. Soweit diese Löschung ohne weitere Spuren erfolgt, sind demnach in Sekundenschnelle die Kommunikationsinhalte und die Verbindungsdaten gelöscht und für keinen Mitarbeiter des BND mehr greifbar. Weder hatte von ihnen zuvor ein Mitarbeiter oder eine Aufzeichnungsanlage eine Zugriffsmöglichkeit noch entsteht eine solche nach der Aussortierung, so dass hinsichtlich der automatisch ausgesorterten Informationsmenge keine technische Möglichkeit entsteht, dass ein Mitarbeiter die

¹²⁵ Dazu o. II.2.

¹²⁶ Auch für den BND ist Informationserhebung kein Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck. Informationserhebung ist allein zur Erfüllung und im Rahmen der gesetzlich zugelassenen Behördenaufgaben zulässig. Sonstige Informationen dürfen weder erhoben noch gespeichert werden. Dieser Zweck wird durch strategische Fernmeldeüberwachung zum Teil erfüllt, zum Teil aber auch vereitelt: Einerseits ist es nie ausgeschlossen, dass nachrichtendienstlich relevante Informationen im „Heuhaufen“ aufgefunden werden können. Andererseits wird gerade die Suche nach ihnen durch die Bandbreite strategischer Überwachung erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht.

Informationen zur Kenntnis erlangt, speichert oder verarbeitet. Dieser automatische Vorgang wird hier als „Kategorisieren“ bezeichnet. **Charakteristika des Kategorisierens** sind also

- die Durchführung der **Vorprüfung ausschließlich mit Mitteln der Technik**,
- die sekundenschnelle **Sortierung und Trennung der Ergebnisse nach rechtlich und tatsächlich verwertbaren bzw. unverwertbaren Informationen** unter spurloser Löschung der letzteren,
- die **vollständige Abschottung dieses Vorgangs mit technischen Mitteln**, insbesondere Vorkehrungen gegen fehlende menschliche oder technische Wahrnehmbarkeit bzw. Rekonstruierbarkeit dieses Vorgangs von außen oder im Nachhinein.

Dieses so verstandene und durchgeführte Kategorisieren erlangt hinsichtlich der behördlichen Fernmeldeüberwachung eine ambivalente Wirkung. Es ist einerseits ein Instrument zur Ermöglichung der Erlangung, Aufzeichnung und weiteren Nutzung telekommunikationsbezogener Informationen. Andererseits ist es zugleich ein Instrument zur automatischen Verhinderung der behördlichen Erlangung, Aufzeichnung und weiteren Nutzung jener Informationen durch die Behörde. Er ist also technisches Vorbereitungs- und Vorprüfungsverfahren zugleich. Zugleich findet er angesichts der Bedingungen elektronisch gesteuerte und durchgeführte Netzaufklärung längst nicht mehr manuell durch Mitarbeiter selbst, sondern ausschließlich automatisiert in informationsverarbeitenden technischen Anlagen und Verfahren statt. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach der **Grundrechtsrelevanz jenes ausschließlich technischen Vorgangs, soweit diese in eine allein automatische Auswertung und Verarbeitung erlangter Informationen** ohne weitere technische oder menschliche Kenntnismöglichkeit einmündet. Sollte ein solches Kategorisieren grundrechtlich relevant sein, würde sich sodann die Frage nach dem anwendbaren Grundrecht stellen. Maßgeblich hierfür ist nach der Rechtsprechung des BVerfG eine „Gesamtbetrachtung“ des maßgeblichen Vorgangs.¹²⁷ Dabei wird auf mehrere Gesichtspunkte abgestellt. So kann die Erfassung eines größeren Datenbestandes als Mittel zur Zwecke für eine Verkleinerung der Treffermenge bereits einen Grundrechtseingriff darstellen, soweit sie die Informationen für die Behörde verfügbar macht und die Basis für einen nachfolgenden Abgleich mit Suchkriterien bildet. Ausschlaggebend für die Beurteilung dieses Vorgangs sei das behördliche Interesse an den betroffenen Daten: Hat sich dieses für den jeweiligen Überwachungs- und Verwendungszweck bereits hinreichend verdichtet, so kann die daraus entstehende Betroffenheit einen Grundrechtseingriff auslösen.¹²⁸ Maßgeblich hierfür sei nicht allein der Erhebungs-, sondern daneben auch der Verwendungszusammenhang der vorhandenen Informationen. Insbesondere die **Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten von Daten mit – je für sich – nur geringem Informationsgehalt kann eine Grundrechtsrelevanz des gesamten Erhebungs- und Verarbeitungszusammenhangs begründen.**¹²⁹ Umgekehrt soll ein Grundrechtseingriff („Gefährdungstatbestand“) nicht vorliegen, soweit Daten unmittelbar nach der Erfassung technisch wieder spurlos, anonym und ohne die Möglichkeit, einen Personen-

¹²⁷ BVerfGE 120, 378, 398.

¹²⁸ BVerfGE 120, 370, 398, unter Hinweis auf BVerfGE 100, 313, 366; 100, 337, 380; 115, 320, 343.

¹²⁹ BVerfGE 120, 370, 398 f, unter Hinweis auf BVerfGE 65, 1, 45; 118, 168, 185.

bezug herzustellen, ausgesondert werden. Dies sei jedenfalls dann der Fall, wenn ein Abgleich der erhobenen Daten mit einem anderen, vorhandenen Datenbestand unverzüglich und allein mit technischen automatisierten Mitteln vorgenommen wird, dieser Abgleich negativ ausfällt sowie zusätzlich rechtlich und technisch gesichert ist, dass die aussortierten Daten anonym bleiben und sofort spurlos und ohne die Möglichkeit, einen Personenbezug herzustellen, gelöscht werden.¹³⁰ Sind derartige rechtliche und technische Vorkehrungen in ausreichendem Maße vorhanden, könnte **danach der Grundrechtseingriff für den „Nichttrefferfall“ entfallen**. Er stellt dann keinen eigenständigen Grundrechtseingriff dar, sondern bleibt grundrechtlich neutral. Insoweit erscheint vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung des BVerfG eine eingriffsneutrale Ausgestaltung des Kategorisierens erfasster Telefonate mit technischen Mitteln jedenfalls möglich. Dies wäre insbesondere der Fall, soweit

- nachrichtendienstlich relevante von nachrichtendienstlich irrelevanten Ferngesprächen ausschließlich mit technischen Anlagen und Verfahren unterschieden werden,
- die dabei als irrelevant befundenen Informationen automatisch gelöscht und danach keine Möglichkeit mehr besteht, sie wieder herzustellen oder ansonsten zur Kenntnis zu erlangen,¹³¹
- sofern dieser Vorgang gegen gleichzeitige oder nachträgliche, automatisierte oder persönliche Kenntnisnahme Dritter mit hinreichenden rechtlichen, organisatorischen und technischen Vorkehrungen abgeschirmt ist.

Maßgeblich hierfür sind nicht allein die dafür geltenden rechtlichen Regeln, sondern darüber hinaus die organisatorischen, personellen und technische Vorkehrungen im Hinblick auf deren Einhaltung und Durchsetzung. Sind die genannten rechtlichen, administrativen und technischen Bedingungen nachweisbar erfüllt, soll für derartige Konstellationen kein „Gefährdungstatbestand“ vorliegen. Das BVerfG hat jedenfalls die grundrechtliche Relevanz derartiger Informationserhebungs- und -verarbeitungsverfahren nicht weiter geprüft. Die genannte Formulierung soll wohl darauf hindeuten, dass in solchen Fällen ein Grundrechtseingriff nicht vorliegt und daher zu einer (weiteren) Vereinbarkeitsprüfung mit dem GG keine Veranlassung besteht. Insoweit und unter Wahrung der genannten Anforderungen wäre also ein Grundrechtseingriff zu verneinen.

Was danach für die sog. „Nichttrefferfälle“ gelten soll, ist demgegenüber für die „**Trefferfälle**“ nicht anwendbar. Sie sind weder dafür geeignet noch gar dazu bestimmt, ausschließlich mit technischen Mitteln registriert, überprüft, gelöscht und von niemandem zur Kenntnis genommen zu werden. Im Gegenteil: Sie sind im Sinne der genannten Grundsätze vielmehr dazu bestimmt, „im Speicher festgehalten und ggf. Grundlage weiterer Maßnahmen“ zu werden.¹³² Dies gilt insbesondere dann, wenn im Hinblick auf technisch registrierte Fernmeldekontakte weitere Informationen in anderen Daten der erhebenden oder anderer Behör-

¹³⁰ BVerfGE 120, 370, 399.

¹³¹ Etwa aufgrund der Anlage von Protokollspeichern u.a., sofern diese nicht gleichzeitig automatisch gelöscht werden.

¹³² So die Formulierung in BVerfGE 120, 370, 399.

den vorhanden sind, aufgrund derer eine Speicherung und damit zugleich Verfügbarmachung der jeweiligen Informationen für weitere technische und menschliche Kenntnisnahme ermöglicht wird. Maßgeblich hierfür ist allein der Umstand, dass eine Information nicht allein unter den genannten Voraussetzungen mit den genannten Mitteln kategorisiert und aussortiert wird. Es kommt auf den Speichervorgang und damit die Verfügbarmachung an. Nicht notwendig ist dafür eine bestimmte Form der Kenntnisnahme oder Verarbeitung selbst. Insoweit trifft die Terminologie des BVerfG vom „Gefährdungstatbestand“ den Sachverhalt recht genau: **Es kommt nicht auf die Verarbeitung selbst, sondern auf die Möglichkeit – bzw. aus der Sicht Betroffener: die „Gefahr“ - der Verarbeitung an.** Eine solche kann bereits dadurch entstehen, indem „die Erfassung eines größeren Datenbestandes letztlich nur Mittel zum Zweck für eine weitere Verkleinerung der Treffermenge ist“,¹³³ sofern dies anders als mit den automatisierten Vorgängen – wie o. beschrieben - stattfindet. Insbesondere liegt ein Eingriff durch die Informationserhebung bereits dann vor, wenn die weitere Feststellung, Relevanzprüfung und ggf. spätere (endgültige) Speicherung bzw. Löschung von Behördenmitarbeitern auch manuell durchgeführt werden. Dem steht eine Verkleinerung der erfassten Datenmengen mit technischen Mitteln, welche möglichen Kenntnis- oder Einflussnahmen von Mitarbeitern offen sind, gleich. Nochmals bleibt festzuhalten: Dieser Grundrechtseingriff entsteht bereits mit der über eine bloße technische Vorprüfung hinausgehenden weiteren Relevanzprüfung, also der technik- oder aber manuell gesteuerten Überprüfung einzelner, nicht bereits vorab aussortierter und gelöschter Informationen. Für diesen Eingriff ist es rechtlich ohne Bedeutung, ob die Daten im Ergebnis als nachrichtendienstlich relevant oder irrelevant erkannt und sodann möglicherweise für längere Zeit aufgezeichnet werden. Diese vermag einen vorgelagerten Grundrechtseingriff möglicherweise zu intensivieren, nicht hingegen erst zu begründen.

Bis hierher sind demnach drei Informationsgewinnungs- und Relevanzprüfungsstufen denkbar:

- das Kategorisieren, **also die allein technische Vorprüfung ohne Möglichkeit der Kenntnisnahme durch andere Datenverarbeitungsanlagen oder Mitarbeiter mit sofortiger und spurloser Löschung** irrelevanter Daten: Dies ist die große Mehrheit aller erfassten Informationen. Sie ist bis hierher jedenfalls nach den Kriterien der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG grundrechtsneutral (1. Stufe).
- die dem **nachgelagerte weitere Relevanzprüfung**¹³⁴ **nicht schon vorab aussortierter einzelner Informationen mit technischen oder manuellen Mitteln:** Spätestens in dieser Phase wird die Relevanzüberprüfung zum Relevanzprüfungseingriff. Dies ist unabhängig von dem Ausgang der Relevanzprüfung, insbesondere der Bereitstellung oder Bereithaltung als relevant erkannter Daten für weitere nachrichtendienstliche Zwecke (2. Stufe).

¹³³ BVerfGE 120, 370, 398.

¹³⁴ Dazu BVerfGE 120, 370, 398: „Auch dann, wenn die Erfassung eines größeren Datenbestandes letztlich nur Mittel zum Zweck für eine weitere (d.h. nicht erstmalige, sondern nach Abschluss des Kategorisierens) Verkleinerung der Treffermenge ist, kann bereits in der Informationserhebung ein Eingriff liegen.“

- die **nach positivem Ausgang der Relevanzprüfung (Trefferfälle) erfolgende weitere Speicherung und Verarbeitung erhobener Informationen für weitere nachrichtendienstliche Zwecke**: Sie begründet nicht erst den Eingriff, sind allerdings sehr wohl in der Lage, diesen zu intensivieren (3. Stufe).¹³⁵

Nach den allgemeinen beschriebenen Grundsätzen beginnen die Grundrechtsrelevanz und damit die Möglichkeit eines Grundrechtseingriffs zwischen der 1. und der 2. Stufe. Die Intensität des Eingriffs und damit die Notwendigkeit seiner verfassungsrechtlichen Rechtfertigung mögen unterschiedlich ausgeprägt sein. Doch ändert dies nichts daran: Die Grenze der Grundrechtsbetroffenheit beginnt demnach nicht erst mit der „endgültigen“ Speicherung und Verarbeitung von Informationen durch den BND, sondern bereits vorher mit dem Einsetzen des nicht mehr allein automatischen Kategorisierens, also mit der 2. Stufe. Von der 2. zur 3. Stufe ändert sich also nicht der Eingriffscharakter, sondern die Eingriffsintensität.¹³⁶

Für die hier erörterten Rechtsfragen der Überwachung ausländischer Telekommunikation folgt daraus:

- **Sofern Fernmeldeverkehr allein nach den beschriebenen Grundsätzen kategorisiert wird, so läge darin allein kein Grundrechtseingriff.**
- **Sofern bei dem Kategorisieren inländische und ausländische Telekommunikation¹³⁷ nach den beschriebenen Grundsätzen getrennt wird, so dass am Ende allein ausländische Ferngespräche im Vorrat verbleiben und wird diese sodann weiter überprüft, so läge mangels Anwendbarkeit des Art. 10 GG auf diese Telekommunikation weder im Kategorisieren noch in der nachfolgenden Speicherung und Überprüfung ein Eingriff in dieses Grundrecht.**
- **Sofern nach den genannten Grundsätzen inländische Kommunikation nicht gleich automatisch aussortiert wird, sondern weiter gespeichert, überprüft und ggf. verarbeitet wird, läge ihnen gegenüber in dem gesamten Vorgang auf allen 3 Stufen ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 10 GG.**

¹³⁵ BVerfGE 120, 378, 399: „Demgegenüber kommt es zu einem Eingriff in das Grundrecht, wenn ein erfasstes Kennzeichen im Speicher festgehalten wird und ggf. Grundlage weiterer Maßnahmen werden kann ... (sog. Trefferfall).“

¹³⁶ Ergänzend sei nur darauf hingewiesen, dass diese Stufenfolge nicht das einzige Kriterium für die Steigerung der Eingriffsintensität darstellt. Vielmehr können weitere hinzutreten: Das gilt namentlich dann, wenn neben der bloßen Aufzeichnung der Kommunikationsinhalte oder -umstände weitere Informationen hinzutreten können, die über diese Daten hinausgehen und zusätzliche persönlichkeitsrelevante Informationen enthalten können. Näher dazu BVerfGE 120, 370, 400 f, mit Beispielen aus der dort beschriebenen Sachverhaltskonstellation (Kfz-Kennzeichen-Massenspeicherung). Solche zusätzlichen Informationen können etwa sein: Person oder Sprache eines Teilnehmers; der Standort seines Anschlusses, die Information, dass sich ein Teilnehmer während des Gesprächs an diesem Standort befunden hat; die entsprechenden Informationen über jeweilige Gesprächspartner einschließlich des Umstands, dass diese beiden in Kontakt standen oder stehen; erst recht die Verknüpfung der Kommunikationsdaten mit anderen personenbezogenen Daten (etwa aus vorhandenen nachrichtendienstlichen Beständen oder solchen anderer staatlicher Stellen).

¹³⁷ Zur Abgrenzung o. III.1.

b) Zur Grundrechtsrelevanz des Kategorisierens von Telekommunikationsverbindungen – Die G-10-Erkennung

Die zuvor zitierten Formulierungen des BVerfG von der Grundrechtsneutralität bzw. dem fehlenden „Gefährdungstatbestand“, also wohl dem fehlenden Eingriffsgehalt des Kategorisierens, sind anhand der automatischen Überwachung von Kfz-Kennzeichen entwickelt worden. Dieses ist ein Vorgang, welcher dem Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG, nicht hingegen demjenigen des Art. 10 GG zuzuordnen ist. Damit bedarf die Möglichkeit einer Übertragbarkeit jener Grundsätze auf die Telekommunikationsüberwachung einer gesonderten Überprüfung. Das gilt umso mehr, als das BVerfG zwar im Ergebnis von der Grundrechtsneutralität des Kategorisierens ausgegangen ist, andererseits in der Herleitung und Begründung dieses Ergebnisses auf spezifische Fragen der Verkehrsüberwachung und der damit verknüpften Rechtsfragen eingegangen ist. Für deren **Übertragbarkeit auf Art. 10 GG** stellt sich demnach die Frage, ob bei einer solche Übertragung eher auf das Ergebnis (also der Grundrechtsneutralität) oder auf die Begründung des BVerfG (anhand der Spezifika des zur Beurteilung anstehenden Falles und des auf ihn anwendbaren Art. 2 Abs. 1 GG) abzustellen ist.

Der Fall des BVerfG betraf einen Sachverhalt, welcher einen für sich genommen nicht besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriff zum Gegenstand hatte. Die Aufzeichnung von Kfz-Kennzeichen im Straßenverkehr betraf Informationen, welche öffentlich zugänglich sind und zudem rechtlich zur Information und zur Identifizierung bestimmt waren.¹³⁸ Zwar hat das BVerfG deren Schutz durch die informationelle Selbstbestimmung nicht völlig verneint, das Gewicht möglicher Eingriffe allerdings weniger aus der Kenntnisnahme und der Registrierung selbst als vielmehr aus den durch sie eröffneten weiteren Kontroll-, Verwendungs- und Sanktionsmöglichkeiten gegenüber Betroffenen hergeleitet.¹³⁹ Je enger diese Verwendungsmöglichkeiten der erhobenen Informationen rechtlich begrenzt seien, desto geringer sei die Eingriffswirkung der Erhebung selbst. Je weiter hingegen die Informationsverwendung zugelassen werde, desto höher seien die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die gesetzliche Regelung der Informationserhebungsbefugnis.¹⁴⁰ Die **These von dem fehlenden Grundrechtseingriff steht also im Kontext der prinzipiellen Öffentlichkeit der betroffenen Informationen**, geringer Eingriffsintensität der Informationserhebung selbst und der Grundrechtsrelevanz weniger der Informationserhebungs- als des Informationsverwendungszusammenhangs.

Von jenen tatsächlichen und rechtlichen Vorbedingungen unterscheiden sich die Kenntnisnahme und das Kategorisieren des Fernmeldeverkehrs jedoch in mehrfacher Hinsicht. Dies gilt schon ganz grundsätzlich: Art. 10 GG als Grundrechtsschutz der Privatsphäre schützt die Privatsphäre von Individuen. Zu diesem Zweck begründet die Garantie der formellen Vertraulichkeit bestimmter Kommunikationsmedien. Die Vertraulichkeit des Mediums hängt von der Vertraulichkeit der übermittelten Inhalte ab. Sie besteht auch dann, wenn die in

¹³⁸ BVerfGE 120, 378, 399.

¹³⁹ Dazu näher BVerfGE 120, 378, 401 ff.

¹⁴⁰ Hierzu BVerfGE 120, 378, 433, am Beispiel des Brandenburger Polizeigesetzes.

einem Gespräch kommunizierten Inhalte allgemein bekannt sind und keinerlei Vertraulichkeit beanspruchen können. Art. 10 GG schützt also das Medium der Telekommunikation unabhängig von den Kommunikationsinhalten. Geschützt ist das grundsätzliche Vertrauen der Beteiligten auf die Abwesenheit von Überwachungsvorkehrungen in diesem Medium unabhängig davon, ob sie vertrauliche oder öffentlich bekannte Informationen übermitteln. Dieser formelle Vertraulichkeitsschutz umfasst nicht allein die individuelle, sondern auch die kommunikative Privatheit einschließlich der Privatheit des Kommunikationsvorgangs selbst. In diesem Sinne hat Privatsphäre nicht nur eine individualschützende Funktion iS einer Abgrenzung der Sphären von privatem Individuum einerseits sowie Staat und Gesellschaft andererseits. Sie hat vielmehr zugleich eine überindividuelle Funktion iS einer Aufrechterhaltung der Distanz zwischen Staat und Gesellschaft.¹⁴¹ Dazu zählt im Grundsatz auch die Distanz zwischen staatlichem und gesellschaftlichem Wissen und damit zwischen staatlicher und gesellschaftlicher Kommunikation. Der Aufrechterhaltung dieser Distanz dient auch der Schutz der formellen Vertraulichkeitssphäre der Telekommunikation.¹⁴² Bei der Überwachung der Telekommunikation geht es demnach gerade nicht um Informationen, die grundsätzlich öffentlich und zur Identifizierung rechtlich bestimmt sind. Im Gegenteil geht es Informationen, die sowohl

- im Interesse der einzelnen Teilnehmer und ihrer individuellen Privatsphäre selbst als auch
- im Interesse der Beteiligten gemeinsam, namentlich der Vertraulichkeit ihrer Kommunikation und des dafür zur genutzten Mediums als auch
- zur Ermöglichung und Stabilisierung gesellschaftlicher Autonomie gegenüber staatlichem Zugriff

gegen eine öffentliche Kenntnisnahme, Aufzeichnung oder Überwachung geschützt sein sollen. Der tatsächliche und rechtliche Ausgangspunkt der Telekommunikationsüberwachung ist also gegenüber demjenigen der Aufzeichnung von Kfz-Kennzeichen ein exakt entgegengesetzter. Wenn gerade die Überwachungsfreiheit der Kommunikation im Sinne einer Abwesenheit des Staates aus dem Netz geschützt werden soll, so spricht viel dafür, dass **hier auch das Kategorisieren grundrechtlich relevant sein** könnte. Denn dieses setzt immerhin das grundsätzliche Vorhandensein technischer Aufzeichnungsinstrumente und –verfahren im Netz voraus.

Die durch diese Instrumente immerhin ermöglichte Vorhaltung von Telekommunikationsdaten für weitere staatliche Zwecke ist vom BVerfG inzwischen als Grundrechtseingriff qualifiziert. Bereits im Hinblick auf die erwähnte Aufzeichnung von Kfz-Kennzeichen war darauf hingewiesen worden, dass der Verwendungszusammenhang Rückwirkungen auf den Erhe-

¹⁴¹ Gusy, FS Schenke, 2011, S. 410 ff (Nachw.).

¹⁴² Zur Begründung eines derartigen Ergebnisses bedarf es demnach gar nicht des Rückgriffs auf den Erfahrungssatz, wonach für Nachrichtendienste die Frage, wer mit wem in Kontakt ist (also die grundrechtlich geschützten Verbindungsdaten) vielfach wichtiger sind als die (ggf. von den beteiligten Personen zu abstrahierenden) kommunizierten Inhalte.

bungszusammenhang der Daten erlangen könne. Für Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis hat das BVerfG inzwischen explizit darauf hingewiesen, dass dies nicht nur für die Erhebung von Daten zur späteren Nutzung, sondern auch für Maßnahmen der Informationsvorsorge gelten könne. Dies betraf den Fall der Vorratsdatenspeicherung, bei dem die Erhebung der Daten nicht unmittelbar zum Zwecke ihrer Nutzung stattfinden, sondern allein zur Ermöglichung zukünftiger Nutzung, die im Erhebungszeitpunkt in Folge tatsächlicher Umstände und rechtlicher Vorkehrungen eher unwahrscheinlich, aber eben auch nicht ausgeschlossen war. Denn durch derartige vorbereitende Überwachungsinstrumente würden „Aufklärungsmöglichkeiten geschaffen, die sonst nicht bestünden und angesichts der zunehmende Bedeutung der Telekommunikation auch für die Vorbereitung und Begehung von Straftaten in vielen Fällen erfolgversprechend sind“.¹⁴³ Eine derartige Ausweitung der Überwachungsmöglichkeiten wird durch das Kategorisieren von Telekommunikationsverbindungen erst recht geschaffen, wo die tatsächliche und rechtliche Hürde der Vorbereitung von Straftaten nicht notwendig ist. Nachrichtendienstliche Aufklärungszwecke beziehen sich nicht allein auf die Begehung von Straftaten, sondern können weit darüber hinausgehen (s. etwa § 1 Abs. 2 S 1 BNDG).¹⁴⁴ Demnach hat das BVerfG die „Eingriffsschwelle“ im Hinblick auf das Fernmeldegeheimnis zu Recht vorverlagert und nicht erst auf die Aufklärung selbst, sondern bereits die Schaffung von Aufklärungsmöglichkeiten erstreckt.

Hierfür spricht schließlich ein weiterer Aspekt. Schon das bloße **Vorhandensein von Überwachungstechnologie** – unabhängig von deren Einsatzmöglichkeiten oder gar seinem tatsächlichen Einsatz – **ist geeignet, auf das Grundrechts des Art. 10 GG zurückzuwirken**. Da „sie selbst und die vorgesehene Verwendung der gespeicherten Daten von den betroffenen unmittelbar nicht bemerkt werden, zugleich aber Verbindungen erfassen, die unter Vertraulichkeitserwartungen aufgenommen werden“, ist die Überwachung geeignet, „ein diffus bedrohliches Gefühl des Beobachtetseins hervorzurufen, das ein unbefangene Wahrnehmung der Grundrechte in vielen Bereichen beeinträchtigen kann.“¹⁴⁵ Dies gilt nicht erst für das Vorhandensein von Aufzeichnungstechnik oder das Einstellen in einen Datenvorrat. Dies kann ebenso gelten für das Vorhandensein von Überwachungstechnik zum Zweck des Kategorisierens für eine mögliche behördliche Informationsnutzung.

Alle hier genannten Aspekte sprechen dafür: Das Kategorisieren zur Kenntnis genommener Telekommunikationsverbindungen mit dem Ziel ihrer möglichen späteren Nutzung stellt einen Tatbestand dar, dem die Qualität einer „Grundrechtsgefährdung“ nicht abgesprochen werden kann. Im Gegenteil: Hier wird aufgrund staatlicher Veranlassung technisch und prozedural vorbereitet, was nach Art. 10 GG rechtlich grundsätzlich unterbleiben sollte. Die spätere Möglichkeit der Kenntnisnahme, Speicherung und Verwendung erhobener Informationen wirkt so auf den Erhebungsvorgang auch zum **Vorgang des Kategorisierens** zurück: Ihm **kommt im Anwendungsbereich des Art. 10 GG ein grundrechtseingreifender Gehalt zu**.

¹⁴³ BVerfGE 125, 260, 317; Zum Ganzen näher Papier, Gutachten, S. 3 ff.

¹⁴⁴ Dazu Gusy, in: Sicherheitsrecht, § 1 BNDG Rn 23.

¹⁴⁵ BVerfGE 125, 260, 320.

Darin unterscheidet er sich möglicherweise vom Kategorisieren aufgenommener Kfz-Kennzeichen.

4. Zwischenresultat

Die **Überwachung ausländischer Telekommunikation durch den BND stellt einen grundrechtlich relevanten Vorgang iSd Art. 10 GG dar**. Der „open sky“ bzw. das „open net“ schränken weder den Anwendungsbereich des Grundrechts ein noch schließen sie die Möglichkeit von Grundrechtseingriffen aus. Vielmehr ist deren mögliche Offenheit ein Resultat des Grundrechtsschutzes; genauer: seines Fehlens.

Soweit die Überwachung den Grundrechtsschutzbereich berührt und deutschen Stelle zuzurechnen ist, kann sie einen **Grundrechtseingriff** darstellen. Dieser ist an das Grundrecht des Art. 10 GG in vollem Umfang gebunden, soweit die technischen Vorkehrungen der Überwachung bzw. das dafür eingesetzte Personal sich in Deutschland befinden. Soweit sie sich im Ausland befinden, ist der Grundrechtsschutz infolge der abgestuften Grundrechtswirkung geringer.

Eine Differenzierung zwischen in- und ausländischen Betroffenen ist allein zulässig, soweit die Möglichkeit besteht, diese ohne Eingriff in das Grundrecht des Art. 10 GG zu trennen. Das technische Kategorisieren der erhobenen Telekommunikationsverbindungen danach, ob es sich insoweit um geschützte oder nicht geschützte Telekommunikation handelt, unter sofortiger Ausscheidung grundrechtlich geschützter bzw. sonst nicht relevanter Telekommunikationsverbindungen ist jedenfalls im Anwendungsbereich des Art. 10 GG **nicht grundrechtsfrei**. Dadurch mag es sich von anderen Anwendungsfällen des Kategorisierens unterscheiden. Es stellt seinerseits eine vorgelagerte Form des Grundrechtseingriffs dar.

Auch eine derartige Form des **Kategorisierens bedarf demnach der gesetzlichen Befugnisnorm**, die ihrerseits zu Eingriffen in das Grundrecht des Art. 10 GG berechtigen kann. Jedoch sind die an diese Befugnisnorm zu stellenden grundrechtlichen Anforderungen geringer als diejenigen an die Ermächtigung zu Überwachungsmaßnahmen selbst.

IV. Befugnisnormen zur nachrichtendienstlichen Überwachung grundrechtlich geschützter Telekommunikation

Als gesetzliche Eingriffsermächtigung zur Telekommunikationsüberwachung – die als ihre Vorstufe auch des Kategorisierens umfasst – kommen diejenigen gesetzlichen Bestimmungen in Betracht, welche die grundgesetzlichen Anforderungen an Grundrechtseingriffe erfüllen.

1. § 5 G-10 als Befugnisnorm zur Überwachung grenzüberschreitender Telekommunikation

Als mögliche Befugnisnorm einer Überwachung ausländischer Telekommunikation¹⁴⁶ kann zunächst § 5 G-10 in Betracht kommen. Die dort geregelte „strategische“ Überwachung¹⁴⁷ ist eine eigenständige Grundform der in jenem Gesetz geregelten unterschiedlichen Arten von Überwachungsmaßnahmen der Telekommunikation. Die entstehungsgeschichtlich herleitbare Bedeutung der Vorschrift lag zunächst darin, für grundrechtsbeschränkende Eingriffe in Art. 10 GG durch die Nachrichtendienste eine als notwendig angesehene Ermächtigungsnorm zu schaffen, ohne Aufgaben, Organisation und Tätigkeit der Dienste in höherem als dem damals geltenden – noch sehr rudimentären – Regelungsstand zu verrechtlichen. Vielfach, namentlich hinsichtlich des BND und des MAD, kannte das G-10 damals zahlreiche noch unregelte Voraussetzungen. Jener ältere Rechtszustand hat sich inzwischen gewandelt: Nicht nur hinsichtlich der Ämter für Verfassungsschutz, sondern auch für BND und MAD gelten inzwischen eigene Gesetze, welche das Umfeld des G-10 nicht mehr in vergleichbar hohem Maße unregelt erscheinen lassen wie zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens. In der Gegenwart stellt sich eher die Frage nach der **Bestimmung des Verhältnisses des G-10 einerseits zu den dienstbezogenen Fachgesetzen (BNDG, MADG) andererseits**. Dieses Verhältnis lässt sich inzwischen so beschreiben:

- Das G-10 regelt bestimmte Befugnisse der Nachrichtendienste, knüpft hingegen an deren Aufgaben und deren Organisation in den jeweiligen Fachgesetzen an. Die **Aufgaben der Dienste richten sich allein nach den jeweils für sie geltenden Fachgesetzen** und werden durch das G-10 nicht berührt (dazu § 9 Abs. 2 G-10: „... im Rahmen ihres Geschäftsbereichs“)¹⁴⁸. Insbesondere erweitert das G-10 deren Aufgabenbestand nicht. Umgekehrt kann es allerdings die Befugnis zur Wahrnehmung einzelner Befugnisse auf die Wahrnehmung einzelner gesetzlich zugewiesener Aufgaben begrenzen. Darin läge keine aufgabenrechtliche, sondern eine befugnisrechtliche Regelung.¹⁴⁹
- Hingegen **erweitert das G-10 die in den jeweiligen Fachgesetzen statuierten Befugnisse** der Nachrichtendienste, indem es eine zusätzliche Befugnis verleiht. Dieser Umstand zeigt sich bereits darin, dass die Fachgesetze keine Zitierklausel iSd Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG enthalten, welche die Beschränkung der Art. 10 GG durch das jeweilige Gesetz indizieren könnte und zwar weder für ausländische noch für inländische Telekommunikation. Eine solche findet sich für die Nachrichtendienste allein in § 21 G-10.

¹⁴⁶ Zur daneben möglichen, hier aber nicht weiter verfolgten strategischen Postüberwachung § 5 Abs. 1 S. 4 G-10; dazu Huber, in: Sicherheitsrecht, § 5 G-10 Rn 26 ff.

¹⁴⁷ S.a. Huber, in: Sicherheitsrecht, § 5 G-10 Rn 1 („strategische Beschränkungsmaßnahme“).

¹⁴⁸ Zur Bestimmung dieses „Geschäftsbereichs“ aus den jeweiligen Fachgesetzen (BNDG u.a.) Huber, in: Sicherheitsrecht, § 9 G-10 G Rn 3; S.a. Gazeas, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 181: „...Voraussetzung für eine strategische Überwachung, dass der BND im Rahmen seiner Aufgaben nach § 1 Abs. 2 BNDG handelt...“.

¹⁴⁹ Zum rechtlichen Sinn dieser Differenzierung näher Huber, in: Sicherheitsrecht, § 9 G-10-Gesetz Rn 3.

Demnach sind jedenfalls hinsichtlich aufgaben- und organisationsbezogener Regelungen die Fachgesetze vorrangig (entweder kraft Spezialität oder als jüngeres Recht); hinsichtlich der Befugnisse ist das G-10 die maßgebliche Spezialregelung. Im Hinblick auf die Möglichkeit von Grundrechtseinschränkungen ist demnach das BNDG gegenüber dem G-10 subsidiär. Was in diesem Gesetz an Eingriffsbefugnissen ausgeformt ist, darf durch Rückgriff auf das BNDG weder unterlaufen noch umgangen noch ausgeweitet werden.

Dies gilt jedenfalls im Rahmen des Anwendungsbereichs der Befugnisnormen. Maßgeblich für die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen ist der Charakter der zu überwachenden Fernmeldekommunikation als „**internationale Telekommunikationsbeziehung**“ iSd § 5 Abs. 1 S. 1 BNDG.¹⁵⁰ Das erst im Wege der Gesetzesänderung eingeführte Merkmal „international“ ist aus seiner Entstehung und seiner systematischen Funktion auszulegen. Danach ist **nicht jedes ausländische Telefongespräch** „international“; das gilt etwa dann nicht, wenn es außerhalb des Bundesgebietes, aber nur innerhalb der Grenzen eines anderen Staates stattfindet. Vielmehr ist es lediglich international, wenn die Teilnehmer sich in unterschiedlichen Staaten aufhalten und zwischen denen eine elektronisch vermittelte Kommunikation aufgebaut wird. Maßgeblich ist demnach das Vorhandensein einer Staatsgrenze zwischen den Standorten der jeweiligen Teilnehmer. Doch kommt dafür nicht jede Staatsgrenze in Betracht. Im Zeitpunkt der Schaffung der Vorgängerregelung (§ 3 G-10 a.F.) wurde die Überwachung des damals regelmäßig leitungsgestützten Fernmeldeverkehrs allein vom Bundesgebiet her durchgeführt. Dies war nur möglich, wenn ein Teilnehmer seinen Standort im Inland hatte und das inländische Netz für seine Telekommunikation nutzte. Waren die Standorte aller Teilnehmer im Inland, so war ihre Kommunikation iSd Terminologie des § 5 G-10 eine „nationale“. „International“ wurde sie hingegen dadurch, dass sie über die Außengrenzen der Bundesrepublik hinweg mit einem Teilnehmer in einen anderen Staat vermittelt wurde. Die dafür maßgebliche Staatsgrenze war demnach die Grenze des deutschen Staates. Schon nach der alten Rechtslage war „hierunter der Post- und Fernmeldeverkehr zwischen zwei bestimmten Endpunkten in beiden Richtungen zu verstehen, wobei ein Endpunkt sich außerhalb der Bundesrepublik befindet“¹⁵¹ – und ein anderer eben innerhalb dieses Gebiets. In diesem Sinne musste sich schon damals „einer der beiden Endpunkte ... auf das Gebiet beziehen, von dem aus die Gefahr eines bewaffneten Angriffs droht“, die „Überwachung des gesamten Post- und Fernmeldeverkehrs mit bestimmten Ländern wäre unzulässig.“¹⁵² „Mit“ bestimmten Ländern fand der Austausch statt, wenn dieser einen Endpunkt in Deutschland aufwies. An der entsprechenden Zielrichtung hat sich seitdem trotz anderen Gesetzeswortlauts nichts geändert. Im Gegenteil: Dieser sollte nicht zuletzt jenen Befund auch im Normtext zum Ausdruck bringen. Ein „internationaler Telekommunikationsverkehr liegt danach dann vor, wenn sich zu den Zeitpunkten von Absendung bzw. Empfang der kommunizierten Inhalte mindestens einer der Kommunikationspartner in der Bundesrepublik und mindestens einer im Aus-

¹⁵⁰ Hier Huber, in: Sicherheitsrecht, § 5 G-10 Gesetz Rn 5, ohne nähere Definition.

¹⁵¹ Roewer, Nachrichtendienstrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1987, § 3 G-10 Rn 4.

¹⁵² Borgs-Maciejewski, in: Borgs/Ebert (Hrsg.), Das Recht der Geheimdienste, 1986m § 3 G-10 Rn 4.

land aufhält.“¹⁵³ „International“ besagt demnach „grenzüberschreitend“ und die dafür maßgebliche Grenze ist die Außengrenze des Bundesgebiets.

Die „internationale“ Kommunikation hat demnach notwendig nicht nur Auslands-, sondern auch Inlandsberührung. Diese Inlandsberührung kommt auch in anderen Vorschriften des G-10 zum Ausdruck. Schon die Entstehungsgeschichte des G-10 zeigt: In ihr wurde die Grundrechtsrelevanz nachrichtendienstlicher Überwachung der Telekommunikation durch alle deutschen Nachrichtendienste anerkannt und gleichermaßen für verrechtlichungsbedürftig gehalten. Im Vordergrund standen dabei **Überwachungsmaßnahmen im Inland gegenüber Inländern**, welche einen Arbeitsschwerpunkt insbesondere von MAD und ÄfV darstellten und darstellen. Da vergleichbare Grundrechtseingriffe aber auch – wenn auch mit anderer Zielrichtung – beim BND vorkamen, wurden dessen insoweit gleichgelagerte Aktivitäten im Gesetz mitgeregelt.¹⁵⁴ Was den anderen Nachrichtendiensten gestattet sein sollte, sollte fortan auch dem BND im Rahmen seiner Aufgaben erlaubt sein. Schon im Hinblick auf den Regelungsanlass setzte das G-10 demnach die parallele Eingriffswirkung der Tätigkeit aller Nachrichtendienste, namentlich im Inland gegenüber Inländern, voraus. Was für das Gesetz insgesamt galt, gilt auch für einzelne seiner Regelungen, namentlich § 5 Abs. 2 G-10 (Grenzen der Überwachung), aber auch § 3 Abs. 1a S. 2 G-10 (deutsche Schiffe außerhalb deutscher Hoheitsgewässer). Die Tendenz dieser Vorschriften liegt am ehesten darin, beteiligte inländische bzw. deutsche Kommunikationsteilnehmer in besonderer Weise zu schützen. **Das rechtliche Schutzniveau für die Teilnehmer im Inland und im Ausland soll demnach offenbar abgestuft sein.** Ob diese Abstufung auch implizit für andere Bestimmungen des Gesetzes gilt, ohne dort eigens genannt zu werden, ist bislang nicht näher untersucht.

Zugleich zeigt diese Konkretisierung der „internationalen“ Telekommunikationsbeziehungen, dass **die Bestimmung auf die Überwachung von Fernspreverbindungen ausschließlich zwischen Teilnehmern außerhalb der Bundesrepublik nicht anwendbar ist.** Wo kein inländischer Teilnehmer vorhanden ist, gibt es auch keinen „internationalen“ Fernspreverkehr im Sinne des § 5 G-10. Das gilt unabhängig davon, ob die Kommunikation innerhalb eines anderen Staates oder zwischen Teilnehmern aus mehreren anderen Staaten stattfindet. Maßgeblich für die „Internationalität“ in § 5 G-10 ist allein die Bundesgrenze.

Daraus folgt zugleich: **Die Überwachung allein ausländischer Telekommunikation durch den BND kann nicht auf § 5 G-10 gestützt werden.** Eine nicht anwendbare Vorschrift kann auch keine anwendbare Befugnisnorm sein.

Sie könnte allein außerhalb ihres Anwendungsbereichs und demnach **allenfalls analog** herangezogen werden, sofern Befugnisnormen überhaupt analogiefähig sind¹⁵⁵ und die allgemeinen Voraussetzungen der Analogie vorliegen, namentlich die Überwachungstätigkeit im

¹⁵³ Bäcker, Gutachten, S. 11.

¹⁵⁴ Dazu bereits o. II.1.(1).

¹⁵⁵ Dies wird vom BVerfG mit Einschränkungen bejaht; s. BVerfG, JZ 1990, 811. Hingegen verneint die Rechtswissenschaft partiell die analoge Anwendung von Befugnisnormen im Bereich des Gesetzesvorbehalts; so etwa Gusy, DöV 1992, 431, 463.

Ausland gesetzlich nicht geregelt ist, also eine Regelungslücke besteht, die vom Gesetzgeber nicht gewollt ist und § 5 als sachgerechte Regelung innerhalb dieser Lücke erscheint.

2. § 1 Abs. 2 S. 1 BNDG als Befugnisnorm zur Überwachung ausländischer Telekommunikation?

- a) Der Ausgangspunkt: Gesetzeskonkurrenz zwischen § 5 G-10 und § 1 Abs. 2 BNDG

Eine derartige Regelungslücke kann allerdings lediglich entstehen, soweit keine andere Befugnisnorm anwendbar wäre. Also solche wird § 1 Abs. 2 S. 1 BNDG diskutiert.¹⁵⁶ Der **Wortlaut** dieser Vorschrift kann immerhin auch Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung erfassen: Auch sie kann eine Maßnahme der „Sammlung von Informationen“ zur „Gewinnung von Erkenntnissen“ darstellen. Weniger sicher ist demgegenüber die Eigenschaft der Bestimmung als Eingriffsermächtigung: Immerhin findet sie sich in einer Vorschrift mit der Überschrift „Organisation und Aufgaben“ des BND, scheint danach also **eher eine Aufgaben- als eine Befugnisregelung** darzustellen.¹⁵⁷ Dafür spricht auch die Überschrift zu § 2 BNDG („Befugnisse“), welche im Unterschied zu § 11 BNDG demnach Eingriffsermächtigungen begründen kann. Dafür ist ihr Anwendungsbereich enger als derjenige des § 1 BNDG, bezieht sich die Befugnisnorm doch allein auf die Informationserhebung „im Geltungsbereich dieses Gesetzes“ (§ 1 Abs. 2 S. 2 BNDG).

Für Maßnahmen der strategischen Telekommunikationsüberwachung würde dies bedeuten: Nach dem bereits Ausgeführten¹⁵⁸ geht das G-10 von der Regelung der Aufgaben der Nachrichtendienste in anderen Gesetzen aus und erweitert seinerseits deren Befugnisse. Diese Systematik spricht dafür, dass eine **Befugnis nach dem G-10 nicht gleichzeitig im allgemeinen Nachrichtendienstrecht geregelt** sein kann. Andernfalls würde die Bestimmung des § 5 G-10 zumindest teilweise leerlaufen, soweit sie höhere Zulässigkeitsanforderungen an Grundrechtseingriffe enthält als das BNDG. Der Leerlauf eines Gesetzes (ganz oder in zentralen Teilen) kann allerdings als Auslegungsergebnis allenfalls dann akzeptabel sein, wenn genau dieses Ergebnis sich als das vom Gesetzgeber Gewollte nachweisen lässt.¹⁵⁹ Dafür spricht hier jedoch nichts. Der Gesetzgeber des BNDG hat das ältere G-10 bereits vorgefunden und keinerlei Aussage darüber getroffen, wie das Verhältnis beider Gesetze im Falle einer tatbestandlichen Überschneidung bei Eingriffen in Art. 10 GG gestaltet sein könnte.¹⁶⁰ Daraus lässt sich implizit schließen, dass er von der Fortgeltung des G-10 auch für den BNDG ausging und

¹⁵⁶ Z.B. bei Huber, NJW 2013, 2572, 2576; Bäcker, Gutachten, S. 10 f.

¹⁵⁷ Zu den Unterschieden Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. (2014), § 3, 4.

¹⁵⁸ S. dazu o. II.2.

¹⁵⁹ Zum Verbot einer Gesetzesauslegung, welche zum Bedeutungsverlust eine Vorschrift führt, s. Rieger, NVwZ 2003, 17, 18.

¹⁶⁰ Zur Entstehungsgeschichte des BNDG näher Gusy, in: Sicherheitsrecht, Vorbemerkung BNDG Rn 6 ff.

dessen Anwendungsbereich nicht erweitern wollte. Dieses Ergebnis wird auch nahe gelegt durch spätere Änderungen des G-10, welche auch die Befugnisse des BND betrafen, ohne dass dabei eine parallele Anwendung des BNDG in Erwägung gezogen worden wäre. Bis hierher kann also davon ausgegangen werden, dass der **Gesetzgeber selbst eine derartige Überschneidung der Befugnisnormen von § 5 G-10 und § 1 Abs. 2 BNDG auch im Bereich der Telekommunikationsüberwachung und damit auch ein partielles Leerlaufen des § 5 G-10 nicht angenommen** hat. Was demnach aufgrund der methodischen Erwägungen nachweisbedürftig wäre, kann aus der Entstehungsgeschichte demnach nicht nachgewiesen werden. Die vorhandenen **Anhaltspunkte sprechen eher für ein rechtliches Exklusivitätsverhältnis als für eine Gesetzeskonkurrenz beider Regelungen**.

Dies gilt jedenfalls innerhalb des Anwendungsbereichs des G-10, also bei der Überwachung der grenzüberschreitenden Telekommunikation.

b) Telekommunikationsüberwachung nach § 1 Abs. 2 BNDG außerhalb des Anwendungsbereichs des § 5 G-10

§ 1 Abs. 2 S. 1 BNDG kann als mögliche Zulassungsnorm für Telekommunikationsüberwachung des BNDG demnach lediglich in Betracht kommen, soweit § 5 G-10 tatbestandlich nicht anwendbar ist. Das G-10 regelt – wie gesehen¹⁶¹ – die strategische Telekommunikationsüberwachung nicht abschließend. Offen bleiben insbesondere drei denkbare Fallkonstellationen:

- (1) Die **vom Bundesgebiet aus stattfindende Überwachung grundrechtlich geschützten ausländischen, nicht die Bundesgrenze überschreitenden Fernmeldeverkehrs**. Dazu kann insbesondere die Telekommunikationsüberwachung innerhalb eines anderen Staates sowie solcher zwischen anderen Staaten als der Bundesrepublik zählen, soweit diese Kommunikation nicht durch das Bundesgebiet vermittelt wird.
- (2) Die vom **Ausland her stattfindende Überwachung grundrechtlich geschützten ausländischen Fernmeldeverkehrs**, welche im G-10 nicht geregelt ist. Dieses geht vielmehr von einem Stattfinden des Grundrechtseingriffs im Inland aus.
- (3) Maßnahmen der **Telekommunikationsüberwachung, welche keinen Eingriff in das Grundrecht des Art. 10 GG darstellen**. Die betrifft die Überwachung ausschließlich ausländischer Telekommunikation ohne Inlandsbezug vom Ausland her. Die Fallgruppe in Abgrenzung zu den zuvor genannten rechtlich voraus, dass die Betroffenheit grundrechtlich geschützter Personen ausgeschlossen worden ist.¹⁶²

¹⁶¹ Dazu IV.

¹⁶² Zu dieser Fallkonstellation näher o. III.3.

- c) Überwachung ausländischer, nicht die Bundesgrenze überschreitender Telekommunikation vom Inland

Die **vom Bundesgebiet aus stattfindende Überwachung** des ausländischen Fernmeldeverkehrs **stellt regelmäßig einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 10 GG dar.**¹⁶³ Dies gilt schon allein wegen des Gebietsbezugs der Informationserhebung zum Bundesgebiet. Es gilt daneben aber auch deshalb, weil durch sie Grundrechtsträger des Art. 10 GG – dieser Kreis beschränkt sich keineswegs allein auf Deutsche¹⁶⁴ - unabhängig von ihrem Aufenthaltsort betroffen sein können. Insoweit ist der grundrechtliche Anknüpfungspunkt hier ein zweifacher. Soweit sich die Überwachung allein auf die Kommunikation von Ausländern im Ausland bezieht, liegt zwar auf der Betroffenenenseite kein Inlandsbezug vor. Doch findet die Informationserhebung von deutschem Territorium aus statt¹⁶⁵ und weist daher den erforderlichen Grundrechtsbezug auf. Die hier abgehandelten Maßnahmen weisen den vom BVerfG genannten Inlandsbezug auf.¹⁶⁶ Die hier behandelte Konstellation zeichnet sich rechtlich durch mehrere Besonderheiten aus. Verfassungsrechtlich ist sie eine Überwachung vom Inland her und somit an das Grundrecht des Art. 10 GG gebunden.¹⁶⁷ Der **Grundrechtsschutz ist hier zudem in vollem Umfang** und nicht bloß „abgestuft“ **anwendbar**, unterfällt also nicht dem umschriebenen Anwendungsbereich des § 5 G-10.¹⁶⁸ Sie bedarf also einer gesetzlichen Einschränkungsnorm.

aa) Anforderungen des § 5 G-10 als Befugnisnorm? Als solche kommt primär § 5 G-10 in Betracht. Dafür kombiniert § 5 G-10 mehrere Anforderungen. § 5 G-10 verleiht dem BND die Befugnis zur „Überwachung“ und „Aufzeichnung“ (§ 1 Abs. 1 G-10) „internationaler Telekommunikationsbeziehungen“, d.h. des grenzüberschreitenden Fernmeldeverkehrs zum Zweck der „Sammlung von Informationen über Sachverhalte“ (§ 5 Abs. 1 G-10) unabhängig vom Medium, über welches die Übertragung vermittelt wird,¹⁶⁹ **vom Inland aus**¹⁷⁰

- unter enumerativ genannten weitmaschigen **materiellen Voraussetzungen** (§ 5 Abs. 1 S. 3 G-10),¹⁷¹
- prinzipiell hinsichtlich Sachinformationen, daneben aber auch (wenn auch möglicherweise nicht „gezielt“, s. § 5 Abs. 2 S. 2 G-10) hinsichtlich **personenbezogener Daten** (s. etwa § 7 Abs. 1 G-10: ... „durch Beschränkungen nach § 5 erhobene personenbezogene Daten...“),

¹⁶³ BVerfGE 110, 313, 363 f; s. schon o. III.1.

¹⁶⁴ Dazu o. II.2.

¹⁶⁵ Dazu o. III.1.

¹⁶⁶ Dazu o. III.1.

¹⁶⁷ Dau o. III.1.

¹⁶⁸ S. dazu o. IV.1.

¹⁶⁹ S. zum Folgenden auch Gazeas, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 178 ff.

¹⁷⁰ Dazu o. III.1.

¹⁷¹ Dazu Huber, in: Sicherheitsrecht, § 5 G-10 Rn 6 ff; Roggan, in: Das deutsche Bundesrecht, § 5 Kommentar zum G-10 Rn 1.

- **suchwortgestützt** (§ 5 Abs. 2 G-10), dagegen ist das Kategorisieren von aufgrund der Suchwörter erfassten Kommunikationsvorgängen im Hinblick auf deren Bezug zu den Schutzgütern des § 5 Abs. 1 S. 3 G-10 im Einzelfall im Gesetz eher vorausgesetzt als geregelt,
- unter Geltung des grundgesetzlichen **Übermaßverbots**,¹⁷²
- unter näher umrissenen verfahrensrechtlichen Kautelen, namentlich einem **limitiertem Behördenleitervorbehalt** (§ 5 Abs. 1 S. 2 G-10: (für Anträge: „zuständiger Bundesminister“; unlimitiert hingegen § 10 G-10 (für die Durchführung: BMI)) und gleichfalls **limitiertem Vorbehalt zugunsten des Parlamentarischen Kontrollgremiums** (nicht der G-10-Kommission) des Deutschen Bundestages (dazu § 14 G-10);
- unter vorheriger **formbedürftiger Anordnung und Begrenzung von Art, Umfang und Dauer der Beschränkung** (§ 10 Abs. 2 G-10),¹⁷³
- im Rahmen festzulegender **quantitativer (Höchst-)Grenzen** (§ 10 Abs. 4 S. 3, 4 G-10),¹⁷⁴
- mit gleichfalls eher weitmaschigen **Speicherungs-, Überprüfungs- (§ 6 G-19)¹⁷⁵ und Übermittlungsregelungen und -grenzen** (§§ 7, 7a G-10),
- mit eingeschränkten, nur äußerst selten praktisch relevanten **Mitteilungspflichten an Betroffene** (§ 12 Abs. 2 G-10),¹⁷⁶
- und **weitgehendem, aber nicht vollständigem Ausschluss des Rechtswegs** (§ 13 G-10).¹⁷⁷ Soweit er durch diese Bestimmung rechtlich nicht ausgeschlossen ist, ist er hingegen durch Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG eröffnet.¹⁷⁸

Bis hierher bleibt das Zwischenresultat ambivalent:

Einerseits stellt § 5 G-10 die **einzigste Rechtsgrundlage für Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis zur strategischen Fernmeldeaufklärung** dar, deren Grundrechtskonformität das BVerfG bereits grundsätzlich geprüft und bejaht hat.¹⁷⁹ Ihr kommt insoweit hohe rechtliche Bedeutung zu, als im Zeitpunkt der Maßnahme regelmäßig noch nicht feststeht, ob auch grundrechtlich geschützte Kommunikationsverbindungen überwacht werden bzw. welche der überwachten Verbindung grundrechtlich geschützt sein können. Dies gilt namentlich für die ausländische Telekommunikation von Ausländer, welcher als grundrechtlich geschützt zu

¹⁷² Dazu Huber, in: Sicherheitsrecht, § 5 G-10 Rn 23, 27; Roggan, in: Das deutsche Bundesrecht, § 5 Kommentar zum G-10 Rn 24.

¹⁷³ Zur Protokollierung der „Durchführung“ von Beschränkungen § 5 Abs. 2 S. 4 G-10 und Huber, in: Sicherheitsrecht, § 5 G-10 Rn 57.

¹⁷⁴ Dazu näher Huber, in: Sicherheitsrecht, § 10 G-10 Rn 10; Bäcker, Gutachten, S. 9 ff.

¹⁷⁵ Zu den Überprüfungspflichten und den dabei entstehenden Kontrollaufgaben und –befugnissen der G-10-Kommission näher Gusy, Grundrechte und Verfassungsschutz, 2011.

¹⁷⁶ Huber, in: Sicherheitsrecht, § 12 G-10 Rn 54 f.

¹⁷⁷ Formulierung nach Huber, in: Sicherheitsrecht, § 13 G-10 Rn 1.

¹⁷⁸ Dazu Huber, in: Sicherheitsrecht, § 13 G-10 Rn 6 ff. Eine noch weiter gehende Aufschlüsselung überwiegend prozeduraler Rechtmäßigkeitsbedingungen enthält BVerwG, U.v. 28.5.2014, 6 A 1/13, a.E.

¹⁷⁹ Zuletzt BVerwG, U.v. 28.05.2014, 6 A 1/13.

vermuten ist, soweit ihre fehlende Grundrechtsberechtigung noch nicht festgestellt worden ist.¹⁸⁰

§ 5 G-10 ist auf die **strategische Fernmeldeüberwachung vom Inland aus** anwendbar. Inso- weit gilt er ausschließlich für Telekommunikationsbeziehungen, die unzweifelhaft Grund- rechtsschutz genießen. Dieser Grundrechtsschutz wird schon durch die Tatsache der Über- wachung vom Inland aus hergestellt; und zwar ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit oder den Aufenthaltsort der Teilnehmer der jeweils überwachten Ferngespräche. Insoweit unterliegt § 5 G-10 seinem Anwendungsbereich nach den höchsten grundrechtlichen Vorga- ben und Anforderungen.

Andererseits **umfasst § 5 G-10 die „internationalen Telekommunikationsbeziehungen“ kei- neswegs vollständig**, sondern nur in einem allerdings wichtigen Teilbereich, nämlich ihrer **grenzüberschreitenden Dimension**. Dabei ist nicht auf jede internationale Grenze, sondern allein auf diejenigen **des Bundesgebiets** abzustellen. Nicht erfasst sich demnach sowohl Fernmeldekommunikation innerhalb eines anderen Staates ohne Bezug zum Bundesgebiet als auch solche zwischen anderen Staaten ohne einen derartigen Bezug. Auf derartige Tele- kommunikationsbeziehungen kann § 5 G-10 demnach **allenfalls analog** angewendet werden. Verfassungsrechtliche Gründe stehen dem – bis auf die Frage nach der grundsätzlichen Ana- logiefähigkeit von Befugnisnormen – nicht entgegen. Insbesondere erfüllt die Bestimmung nach der ständigen Rechtsprechung die grundrechtlichen Anforderungen und Vorgaben für Eingriffe in die Telekommunikation mit dem höchsten grundrechtlichen Schutz. Mögliche Anwendungsfälle einer analogen Heranziehung dieser Bestimmungen sind in keine Falle in höherem Maße grundrechtlich geschützt, sondern unterliegen allenfalls demselben bzw. ei- nem geringen Schutz.

bb) Anforderungen des § 1 Abs. 2 S. 1 BNDG als Befugnisnorm? Telekommunikationsüberwa- chung innerhalb eines anderen Staates sowie solcher zwischen anderen Staaten als der Bun- desrepublik, soweit diese Kommunikation nicht durch das Bundesgebiet vermittelt wird, sollen im Folgenden als **Überwachung des ausländischen Fernmeldeverkehrs** bezeichnet werden. Gesetzlich ist diese Art des Eingriffs vom Tatbestand des § 5 G-10 nicht umfasst.¹⁸¹ Hingegen unterfällt er dem Anwendungsbereich des BNDG, welches somit allein als an- wendbare Befugnisnorm in Betracht kommen kann.

Doch erfüllt das BNDG aus mehreren Gründen die grundgesetzlichen Anforderungen an Be- schränkungen des Art. 10 GG nicht. Schon ganz grundsätzlich gilt: Das **BNDG enthält keine eigene Zitierklausel iSd Art. 19 Abs. 2 GG**, welche die Einschränkung des Fernmeldege- heimnisses durch dieses Gesetz zulassen würde. Da die Zitierklausel nach unbestrittener Auf- fassung im Anwendungsbereich des Art. 10 GG anwendbar ist,¹⁸² spricht viel dafür, dass der

¹⁸⁰ Dazu o.II.3.b).

¹⁸¹ Dazu o. IV.1.

¹⁸² So etwa BVerfGE 113, 348, 366.

Gesetzgeber mit dem BNDG eine Einschränkung des Art. 10 GG gerade nicht zulassen wollte.¹⁸³ Wenn und soweit eine Einschränkung des Art. 10 GG in Betracht kommt, kann nicht vom Willen des Gesetzgebers zur Zulassung derartiger Grundrechtseingriffe und damit von deren Zulassung im Gesetz ausgegangen werden.¹⁸⁴ Im Gegenteil ist inzwischen anerkannt: Fehlt innerhalb des Geltungsbereichs des Art 19 Abs. 2 GG eine Zitierklausel im Gesetz, so ist die Einschränkung des nicht zitierten Grundrechts unzulässig. Solche Vorschriften, welche ausschließlich derart zitierbedürftige Grundrechte einschränken, wären verfassungswidrig.¹⁸⁵ Hingegen sind solche Gesetze, welche im Anwendungsbereich nach ohne Zitat sowohl zitierbedürftige als auch nicht zitierbedürftige Grundrechte einschränken können, im Wege der verfassungskonformen Auslegung restriktiv auszulegen und hinsichtlich ihres Einschränkungsgehalts auf nicht zitierbedürftige Grundrechte zu beschränken.¹⁸⁶ Der zuletzt genannten Gruppe unterfallen auch die Befugnisnormen des BNDG.

Gestützt wird diese Annahme durch gesetzessystematische Erwägungen. Das BVerfG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass gesetzliche Befugnisnormen umso bestimmter sein müssen, je schwerwiegender die in ihnen angeordneten Grundrechtseingriffe sind. Dieses dynamische Bestimmtheitsgebot¹⁸⁷ bewirkt im Anwendungsbereich des Art. 10 GG vergleichsweise hohe Bestimmtheitsanforderungen, weil ein Eingriff in diese besondere Privatheitgarantie als vergleichsweise schwerwiegend angesehen wird und daher vergleichsweise hohen Bestimmtheitsanforderungen genügen muss.¹⁸⁸ Hierin bleiben sowohl § 1 Abs. 2 BNDG als auch § 2 BNDG hinter § 5 G-10 weit zurück. Trotz der relativen Weite der Regelung der strategischen Fernmeldeaufklärung im G-10¹⁸⁹ sind die Regelungen des BNDG noch weiter und fallen in ihrer Bestimmtheit deutlich hinter das G-10 zurück. Dies gilt sowohl hinsichtlich der materiell-rechtlichen Einschränkungsvoraussetzungen – also dem Normatbestand der Regelungen des BNDG – wie auch hinsichtlich ihrer prozeduralen Anforderungen an die Vornahme von Beschränkungen im Einzelfall – sie fehlen im BNDG völlig im Unterschied zu den immerhin vorhandenen Vorkehrungen im G-10 – wie auch hinsichtlich der möglichen Rechtsfolgen einer Informationssammlung, -auswertung und -verarbeitung zu den Zwecken des § 1 Abs. 1 BNDG. Je weniger bestimmt eine gesetzliche Regelung ist, desto weniger schwerwiegend müssen auch die auf ihrer Grundlage vorzunehmenden Grundrechtseingriffe sein. Das recht wenig bestimmte BNDG kann demnach nur weniger schwerwiegende Grundrechtsbeschränkungen als der – gleichfalls nicht besonders bestimmte - § 5 G-10.

¹⁸³ Zu dieser Indizwirkung fehlender Zitierklauseln näher BVerfGE 5, 13, 15 f.

¹⁸⁴ Etwas Anderes könnte sich allenfalls noch aus der Erwägung ergeben, dass der Gesetzgeber des BNDG im Jahre 1990 um die bereits damals geltende Einschränkungbarkeit des Art. 10 GG wusste und daher § 2 BNDG nicht für eine eigenständige Einschränkungsklausel, sondern für eine Modifikation schon fortgeltender Befugnisnormen hielt und aufgrund der damaligen Rechtsprechung (ausdrücklich aufgegeben in BVerfGE 113, 348, 365 f.) derartige Modifikationen nicht für zitierbedürftig hielt. Aber auch hierfür finden sich im Gesetzgebungsverfahren von 1990 keine Anhaltspunkte.

¹⁸⁵ Seit BVerfGE 113, 348, 365.

¹⁸⁶ Dazu näher Dreier, in: Dreier, Art. 19 GG Rn 11.

¹⁸⁷ BVerfGE 49, 168, 181 f.

¹⁸⁸ Gusy, in: vMKS, Art. 10 Rn 71; ders., FS Schenke, S. 395.

¹⁸⁹ Zu dieser Weite näher Huber, in: Sicherheitsrecht, § 1 G-10 Rn 1.

Demnach ist festzuhalten:

- Soweit die **Aufklärung der ausländischen Telekommunikation vom Bundesgebiet aus einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 10 GG darstellt, kommt § 5 G-10 als Eingriffsermächtigung** zur Überwachung der grenzüberschreitenden Telekommunikation in Betracht. Sie ist zu diesem Zweck insoweit zulässig, soweit der Anwendungsbereich der Regelung reicht. Dessen Vereinbarkeit mit den grundgesetzlichen Vorgaben ist vom BVerfG mehrfach im Grundsatz angenommen worden; in diesem Rahmen wurden mehrfach verfassungsrechtlich gebotene Randkorrekturen ange-mahnt.
- **Keine Rechtfertigungsnorm für derartige Beschränkungen sind demgegenüber die Regelungen des BNDG**; und zwar weder gegenüber inländischen noch gegenüber ausländischen Teilnehmern. Das gilt sowohl innerhalb des Anwendungsbereichs des G-10 (wegen Subsidiarität des BNDG) wie auch außerhalb seiner Anwendbarkeit (also bei der Überwachung ausländischer, nicht die deutschen Grenzen überschreitender Telekommunikation) **wegen fehlender Erfüllung der grundgesetzlichen Anforderungen an Einschränkungen des Art. 10 GG**. Im letzteren Falle wäre also das BNDG tatbestandlich einschlägig; Eingriffe in Art. 10 GG auf seiner Grundlage hingegen aus verfassungsrechtlichen Gründen unzulässig.

d) Überwachung grundrechtlich geschützter ausländischer Telekommunikation im Ausland

Die hier anwendbaren **grundgesetzlichen Vorgaben** sind in der Rechtsprechung bislang eher negativ als positiv geklärt. „Über geheimdienstliche Tätigkeiten, die nicht dem G-10 unterliegen, ist hier ebenso wenig zu entscheiden wie über die Frage, was für ausländische Kommunikationsteilnehmer im Ausland gilt.“¹⁹⁰ Dieser Ausgangspunkt des BVerfG ist bis in die Gegenwart unverändert geblieben: Die Überwachung ausländischer Telekommunikation im Ausland ist bislang in der Rechtsprechung nicht als grundrechtlich relevant angesehen worden. Doch stellt dieser Ausgangspunkt die hier beschriebene Konstellation nicht automatisch von der Bindung an die deutschen Grundrechte frei. Deren offen ausgesprochene Prämisse liegt nämlich in dem Wissen, dass an einem Ferngespräche allein Personen teilnehmen, die nicht durch Art. 10 GG geschützt sind. Der Standort der Informationserhebungstechnik ist eben nicht der einzige Indikator der **Grundrechtsbindung**. Sie **kann bei Überwachungsmaßnahmen vom Ausland her jedenfalls auch dann eintreten, wenn**

- **Inländer an einzelnen Kommunikationsvorgängen beteiligt sind, oder**
- **das im Einzelfall überwachte Ferngespräch aus dem Inland heraus stattfindet oder**
- **das im Einzelfall überwachte Ferngespräch in das Inland hinein stattfindet.**

¹⁹⁰ BVerfGE 100, 313, 364.

Die Telekommunikationsüberwachung vom Ausland kann sich also auf grundrechtlich geschützte oder auf grundrechtlich nicht geschützte Kommunikationsvorgänge beziehen. Ob ein solcher Schutz besteht, ist ex ante regelmäßig allein durch Informationen festzustellen, die ihrerseits allein durch Eingriffe in Art. 10 GG erlangt werden können.¹⁹¹ Darin liegt ein gewisser Unterschied gegenüber ex-post-Kontrolle der Rechtsprechung, die jedenfalls aus der im Zeitpunkt der Klageerhebung festzustellenden Staatsangehörigkeit des Klägers dessen Grundrechtsberechtigung feststellen kann. Dies können die Überwachungsbehörden regelmäßig nicht, ohne die Person des Kommunikationsteilnehmers zu ermitteln und dadurch in das Fernmeldegeheimnis einzugreifen. Hierdurch unterscheidet sich die Situation der Überwachungsbehörden einerseits von derjenigen der gerichtlichen Kontrollinstanzen andererseits.

Zugleich gilt aber auch: Die **Überwachungstätigkeit im Ausland unterliegt den Grundrechtswirkungen nur in abgestufter**, also in regelmäßig herabgesetzter **Intensität**.¹⁹² Nicht anwendbar sind namentlich diejenigen Grundrechtswirkungen, welche wegen der Besonderheiten des Handlungsortes, des an ihm geltenden Rechts und dessen Vollzuges nicht vorgenommen werden können, ohne den Erfolg der nach deutschem Recht zulässigen Überwachungsmaßnahme zu gefährden.

aa) § 5 G-10 als Befugnisnorm? Die **gesetzlichen Regelungen** sind von diesem Ausgangspunkt her zu erschließen. Da auch grundrechtlich geschützte Ferngespräche betroffen sein können, käme § 5 G-10 als Befugnisnorm in Betracht. Ebenso wie für inländische Maßnahmen würde sie auch die grundgesetzlichen Vorgaben erfüllen, da deren abgestufte Anforderungen für Maßnahmen im Ausland nicht höher, sondern allenfalls niedriger als im Inland anzusetzen wären. Auch bei ausländischen Maßnahmen würde als § 5 G-10 die verfassungsrechtlichen Anforderungen erfüllen. Doch kann diese gesetzliche Bestimmung auch auf ausländische Maßnahmen nur angewendet werden, soweit ihr eigener Anwendungsbereich reicht. Dafür gilt: Auch im Ausland

- ist § 5 G-10 möglicherweise schon deshalb unanwendbar, weil er die Informationserhebung im Inland voraussetzt.
- ist § 5 G-10 in jedem Falle nur insoweit anwendbar, als er die Überwachung des grenzüberschreitenden Fernmeldeverkehrs aus der Bundesrepublik oder in sie hinein ermöglicht,¹⁹³ nicht aber den gesamten internationalen Telekommunikationsbeziehungen von und in Drittstaaten,
- wäre **§ 5 G-10 auch hier hinsichtlich der internationalen Telekommunikationsbeziehungen allenfalls analog** anwendbar.

Eine analoge Anwendung könnte bei Maßnahmen im Ausland sogar eher begründet werden als bei solchen im Inland. Dafür könnte der Gedanke sprechen, dass es im internationalen

¹⁹¹ Dazu o. III.

¹⁹² Dazu o. II.4.

¹⁹³ Dazu o. IV.1.

Verkehr jedenfalls als unfreundlicher Akt angesehen werden könnte, wenn Gesetze eines Staates explizit zu Überwachungsmaßnahmen in einem anderen Staat ermächtigen würden. Zugleich würde aber auch gelten: Eine **analoge Anwendung würde für einzelne Überwachungsmaßnahmen zugleich die Einhaltung der formellen und materiellen Voraussetzungen des § 5 G-10 erforderlich machen.**

Davon könnte allenfalls abgesehen werden, soweit einerseits der Handlungsort im Ausland die Einhaltung einzelner Tatbestandsvoraussetzungen unmöglich machen und andererseits die **abgestuften Wirkungen des Art. 10 GG** einerseits sowie das G-10 andererseits ein **Abweichen im Einzelfall zulassen** würden. Hierfür lassen sich im G-10 allerdings nur wenige Anhaltspunkte finden. Der Hauptgrund hierfür liegt darin, dass auch im Falle einer Stationierung von Überwachungspersonal oder –technik im Ausland die meisten gesetzlich vorgesehenen Vorkehrungen für Grundrechtseingriffe im Inland vorgenommen werden könnten. Dazu würde etwa die Festlegung von Suchwörtern, die Einhaltung von Behördenleiter- oder sonstigen Kontrollzuständigkeiten, die Unterhaltung der notwendigen Informations- und Datenschutztechnik sowie die Eröffnung des Rechtswegs zählen. Die wohl einzige durch den Handlungsort gebotene **Abweichung läge bei der Informationspflicht über stattgefundene Eingriffe im Ausland** (§ 12 Abs. 2 G-10). Sie kann dort nicht ohne gleichzeitige Mitteilung der Tatsache, dass deutsche Stellen dort strafbare Handlungen vorgenommen hätten, durchgeführt werden. Von daher liegt es nahe, von der Anwendung dieser Bestimmung auf Überwachungsmaßnahmen im Ausland abzusehen.

Als **Zwischenresultat** kann demnach festgehalten werden:

Der Schutzbereich des Art. 10 GG in der Rechtsprechung des BVerfG und der ihr weitgehend folgenden Konkretisierung durch die Rechtswissenschaft und der durch Auslegung zu ermittelnde Anwendungsbereich des G-10 sind demnach nicht deckungsgleich. **Nicht überall, wo eine grundrechtlich geschützte Telekommunikation stattfindet, ist namentlich § 5 G-10 anwendbar.** Insbesondere das dem G-10 erkennbar zugrunde liegende Konzept einer Grundrechtsträgerschaft inländischer Kommunikation und deutscher Kommunikationsteilnehmer (für diese im In- und Ausland) entspricht nicht mehr der Entwicklung der Grundgesetzauslegung. **Der Schutzbereich des Art. 10 GG reicht gegenwärtig weiter als der Anwendungsbereich des § 5 G-10.**

Rechtlich eingeschränkt ist zudem der Anwendungsbereich des § 5 G-10. Die in ihm verwendete Terminologie von den „internationalen Telekommunikationsbeziehungen“ bezieht sich ungeachtet des insoweit offenen Gesetzeswortlauts nach der vorherrschenden Auslegung nicht auf jede Form von Fernmeldekommunikation außerhalb des Bundesgebietes, sondern allein auf solche, deren Internationalität sich daraus ergibt, dass mindestens ein Kommunikationsteilnehmer im Inland und mindestens ein anderer außerhalb dieses Gebietes teilnimmt. Darunter fällt weder die Überwachung von Kommunikation innerhalb eines anderen Staates noch aber diejenige von Kommunikation zwischen anderen Staaten.

Insoweit entstehen **mögliche Rechtslücken, soweit der BND Telekommunikation aufklären will, welche grundrechtlich geschützt ist, aber nicht dem § 5 G-10 unterfällt**. Sofern diese nicht hingenommen werden sollen, stellen sich rechtlich zwei denkbare Möglichkeiten: Entweder die Anwendbarkeit anderer Gesetze; namentlich des – insoweit ersichtlich wohl allein in Betracht kommenden - § 1 Abs. 2 S. 1 BNDG; oder aber die analoge Anwendung des G-10 über seinen unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus.

bb) § 1 Abs. 2 BNDG als Befugnisnorm?

Anwendbarkeit des BNDG im Ausland? Eine derartige Analogie käme aber allenfalls dann in Betracht, wenn eine Regelungslücke bestehen würde, wenn also keine unmittelbar anwendbare gesetzliche Bestimmung diesen Sachverhalt regeln könnte. Als solche käme – soweit ersichtlich – allein § 1 Abs. 2 BNDG in Betracht. Ganz allgemeine Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung als Befugnisnorm für Grundrechtseingriffe im Ausland ist, dass das BNDG überhaupt als Ermächtigungsgrundlage für Grundrechtseingriffe im Ausland herangezogen werden könnte. Andernfalls träte der gewiss merkwürdige Effekt ein, dass die Grundrechte des Grundgesetzes im Ausland besser geschützt wären als im Inland: Würden nur sie (jedenfalls teilweise) auch für Ausländer im Ausland gelten, die Befugnisnormen hingegen allein im Inland gelten, so wären die deutschen Grundrechte allein im Inland einschränkbar, nicht hingegen im Ausland.¹⁹⁴

Die daher grundsätzlich notwendige **Kongruenz von territorialem Grundrechtsschutzbereich und territorialer Anwendbarkeit des Einschränkungsvorbehalts** bedarf allerdings für Maßnahmen deutscher Stellen im Ausland - soweit diese überhaupt dem Grundrechtsschutz unterfallen – einer besonderen Begründung. Denn der territoriale Geltungsbereich deutscher Gesetze bezieht sich grundsätzlich allein auf das Staatsgebiet der Bundesrepublik: Hier und nur hier kommt ihr nach dem Völkerrecht die Rechtssetzungshoheit zu.¹⁹⁵ Und wenn der Geltungsbereich des deutschen Rechts allein das Bundesgebiet ist, bedarf es jedenfalls der Überprüfung, inwieweit für Grundrechtsbeschränkungen im Ausland überhaupt ein Gesetz erforderlich sein soll, wenn dieses am Ort der Eingriffshandlung oder des Eingriffserfolgs keine Geltung beanspruchen kann. Darin liegt wohl auch der Sinn des § 1 Abs. 2 S. 2 BNDG, welcher die Voraussetzungen und die meisten Rechtsfolgen des Gesetzes allein auf die Erhebung von Informationen „im Geltungsbereich dieses Gesetzes“ begrenzt, ohne gleichzeitig festzulegen, welche rechtlichen Maßstäbe für Maßnahmen außerhalb dieses „Geltungsbereichs“¹⁹⁶ einschlägig wären.

¹⁹⁴ Auf diese Konsequenz weist Gusy, in: Sicherheitsrecht, § 1 Rn 52, hin.

¹⁹⁵ Dazu grundsätzlich Klaus Vogel, Der Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, 1965, S. 341 ff; zu Ausnahmen ebd., S. 402 ff.

¹⁹⁶ Innerhalb der Systematik des § 1 BNDG liegt es außerordentlich nahe, dass das Gesetz einen räumlichen, aber auch räumlich begrenzten „Geltungsbereich“ aufweist. Dies gilt umso mehr, als die Vorschrift selbst das „Ausland“ erwähnt und daher die Unterscheidung von „Inland“ und „Ausland“ jedenfalls nahelegt. Wie auch immer diese Unterscheidung im Einzelfall konkretisiert werden kann: Das dabei eine territoriale Unterscheidung zwischen deutschen und anderen Staatsgebieten einhergehen sollte und einhergeht, erscheint ebenso

Doch ist die Vorstellung, deutsche Stellen dürften im Ausland Grundrechtseingriffe allein aufgrund ihrer Aufgabenzuweisung im Gesetz vornehmen, in jüngerer Zeit auf Kritik gestoßen.¹⁹⁷ Sie speist sich einerseits aus der Ablehnung der Idee einer möglichen Wahl des in- oder ausländische Handlungsortes und damit der Möglichkeit einer Flucht aus dem deutschen Rechts- und Grundrechtsschutz. Sie speist sich aber auch aus der Vorstellung, dass der **Gesetzesvorbehalt bei Grundrechtseingriffen mehrere rechtliche Funktionen nebeneinander einnimmt**. Es geht ihm nicht allein um die Herstellung von Legitimation und Rechtssicherheit für Grundrechtsträger und mögliche Adressaten staatlicher Eingriffshandlungen. So wichtig die damit zusammenhängenden Ideen eines Gesetzesvorbehalts einschließlich des Bestimmtheitsgrundsatzes für Rechtsstaatlichkeit und Rechtsschutzgarantie sind: Sie sind doch nur ein Aspekt des Grundrechtsschutzes durch Gesetz und des Gesetzesvorbehalts neben anderen.¹⁹⁸ Hinzu tritt aus grundrechtlicher Sicht eine weitere Schutzrichtung: Sie betrifft die Herstellung von Rechtsklarheit für die handelnden staatlichen Stellen. Grundrechtseinschränkende Gesetze markieren den staatlichen Zugriff auf zugänglichen Raum nicht allein für potentiell Betroffene, sondern auch für die handelnden Behörden selbst. Und sie grenzen diesen Raum zugleich von anderen, staatlichen Eingriffshandlungen nicht zugänglichen Räumen ab. Die Bestimmtheitsfunktion des Gesetzesvorbehalts gilt also in zweierlei Richtung: Gegenüber Betroffenen einerseits sowie Rechttanwendern in Behörden und Gerichten andererseits.

Zumindest die letztere Schutzrichtung schließt eine Anwendung des **Gesetzesvorbehalts für Aufklärungshandlungen deutscher Stellen im Ausland** jedenfalls nicht aus. Im Gegenteil: Sie legt diese Anwendung sogar nahe.¹⁹⁹ Dieser Befund ist bislang allerdings allein ein verfassungsrechtlicher. Er bezieht sich auf den Anwendungsbereich des Gesetzesvorbehalts in Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG. Eine andere, davon zu unterscheidende Frage ist diejenige, welche Anforderungen die „abgestufte Grundrechtswirkung“ an die gesetzlichen Befugnisnormen für nachrichtendienstliches Handeln im Ausland richtet, wie also derartige gesetzliche Eingriffsermächtigungen ausgestaltet sein müssen.²⁰⁰ Und wiederum davon zu unterscheiden ist die Frage danach, welche in Deutschland geltenden Gesetze diese Anforderungen erfüllen können.

Anwendbarkeit des § 1 Abs. 2 BNDG als Befugnisnorm im Ausland? Von der soeben bejahten Anwendbarkeit des BNDG allgemein im Ausland ist die Frage nach der Anwendbarkeit des § 1 Abs. 2 BNDG als Befugnisnorm für Eingriffe zu unterscheiden. Der räumliche Anwendungsbereich eines Gesetzes insgesamt kann sich nämlich sowohl von dem räumlichen Anwendungsbereich einzelner seiner Vorschriften wie auch von seinem inhaltlichen Geltungsbereich gerade als Befugnisnormen unterscheiden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn durch Ausle-

zwingend wie die Folge, dass damit territorial differenzierte unterschiedliche Rechtsfolgen für die jeweiligen gebiete angeordnet werden sollen. Dazu noch näher u. V.2.b).

¹⁹⁷ Namentlich bei Bäcker, Gutachten, S. 1 (Zusammenfassung u. 1 d).

¹⁹⁸ Gusy, JA 2002, 610.

¹⁹⁹ Insoweit mit Papier, Gutachten, S. 3 ff.

²⁰⁰ Dazu näher u. VI.

gung einzelner Bestimmungen Anhaltspunkte dafür gewonnen werden können, dass diese Bestimmungen den allgemeinen räumlichen Geltungsanspruch des Gesetzes oder aber bestimmte inhaltliche Elemente nicht teilen wollen oder können. Hinsichtlich des räumlichen Anwendungsbereichs lassen sich für § 1 Abs. 2 BNDG im Geltungsbereich des Art. 10 GG keine Besonderheiten feststellen.

Dagegen **stellt sich die Frage nach seiner inhaltlichen Geltung als Grundrechtsschranke im Ausland** umso nachdrücklicher. Denn da der Text des § 1 Abs. 2 BNDG für Maßnahmen im Ausland keine besonderen Vorkehrungen zum Grundrechtsschutz enthält, könnte insoweit auch gelten: § 1 Abs. 2 ist auf Maßnahmen im Ausland insoweit anwendbar, als dort deutsche Grundrechte keine Anwendung finden, soweit also Aufklärungsmaßnahmen im Ausland aus der Sicht des GG grundrechtsneutral wären. In diesem Sinne hätte **§ 1 Abs. 2 BNDG zur ungeschriebenen Anwendbarkeitsvoraussetzung, dass von den Maßnahmen deutscher Stellen im Ausland deutsche Grundrechte nicht betroffen wären**; die Vorschrift würde lediglich dann gelten, wenn und soweit deutsche Grundrechte im Ausland nicht gelten würden. Dies ist – wie gesehen²⁰¹ - je nach potentiell betroffenem Grundrecht allerdings in unterschiedlichen Umfang und Ausmaß der Fall. Der Geltungsbereich des § 1 Abs. 2 BNDG würde dann im Ausland je nach möglicherweise betroffenem Grundrecht ganz unterschiedlich ausfallen können.

Auch wenn der Text des § 1 Abs. 2 BNDG eine solche Differenzierung nicht eben nahelegen mag, so sprechen für einen solchen Schluss andere Auslegungsaspekte. Dies sind namentlich solche systematischer und teleologischer Art. Da ist zunächst der **verfassungssystematische Aspekt**. Danach darf der Anwendungsbereich von Grundrechtsschranken genau so weit reichen wie derjenige der Zitierklauseln des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG und ihrer Ausformung im Gesetz. Wo Zitierklauseln grundgesetzlich vorgeschrieben sind und im Gesetzesrecht nicht enthalten sind, dürfen Grundrechtseinschränkungen demnach auch nicht vorgenommen werden. Dieser für das BNDG allgemein hervorgehobene Gedanke²⁰² beansprucht Anwendbarkeit auch für den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG, für den das BVerfG in ständiger Rechtsprechung die Bedeutung des Zitiergebots hervorgehoben hat.²⁰³ Wenn also das BVerfG sowohl die Geltungserstreckung des Art. 10 GG in das Ausland hinein als auch die Bedeutung der Zitierklausel des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG gerade für Einschränkungen dieses Grundrechts betont hat, findet sich kein bislang akzeptiertes Argument dafür, von jenen Anforderungen gerade im Anwendungsbereich des BNDG Ausnahmen zuzulassen. Dies kann auch für das immerhin denkbare Argument gelten, wonach eine Einhaltung des Zitiergebots im BNDG unmöglich wäre, weil der Gesetzgeber auf die Eigenart der Aufgabenerfüllung des Dienstes gerade im Ausland Rücksicht nehmen müsse. Diesem Argument, dessen allgemeine Reichweite ohnehin nicht unumstritten ist,²⁰⁴ kann gerade im Hinblick auf Art. 10 GG keine hohe Bedeutung zukommen: Wenn schon **§ 21 G-10 für (bestimmte) telekommunikations-**

²⁰¹ S. dazu o. III.2.

²⁰² Gusy, in: Sicherheitsrecht, § 1 Rn 49.

²⁰³ BVerfGE 5, 13, 16; 85, 386, 404; 113, 348, 366.

²⁰⁴ Dazu Gusy, in: Sicherheitsrecht, Vorb. zum BNDG, Rn 10 (Nachw.).

bezogene Überwachungsmaßnahmen auch des BND auch Grundrechtsträger im Ausland eine Zitierklausel enthält, ist nicht recht erklärbar, wieso dies für (sonstige) Grundrechtseingriffe in dieselbe Garantie im Ausland nicht möglich sein könnte. Was in einem Gesetz möglich ist, kann in einem anderen Gesetz, was vergleichbare Sachverhalte regelt, kaum unmöglich sein. Die verfassungssystematische Auslegung spricht demnach klar dafür, dass § 1 Abs. 2 BNDG jedenfalls für telekommunikationsbezogenen Überwachungsmaßnahmen die Unanwendbarkeit des Art. 10 GG voraussetzt.

Was die verfassungssystematische Auslegung bereits andeutet, bestätigt die Gesetzessystematik, namentlich anhand der Abgrenzung der Anwendungsbereiche des (älteren) G-10 einerseits und des (jüngeren) BNDG andererseits. Viel spricht dafür, dass letzteres gerade dann anwendbar sein sollte, wenn ersteres nicht anwendbar ist. Hier wiederum spricht viel dafür, **dass das G-10 in allen Fällen anwendbar sein sollte, in welchen telekommunikationsbezogene Aufklärungsmaßnahmen in das Grundrecht aus Art. 10 GG eingreifen könnten**, das BNDG hingegen in allen anderen Fällen. Für einen solchen Schluss gibt es zwar weder im Normtext noch in der Entstehungsgeschichte beider Gesetze positive Anhaltspunkte: Weder Text noch Begründung des jüngeren BNDG verhalten sich zu den Anwendungsbereichen einzelner Grundrechte. Doch sprechen hierfür andere gewichtige Gesichtspunkte. Dafür ist insbesondere der Umstand heranzuziehen, dass § 1 Abs. 2 BNDG weder auf die Besonderheit der Grundrechte des GG allgemein noch auf diejenigen des Art. 10 GG überhaupt irgend eine Rücksicht nimmt. Insbesondere fehlt dem BNDG für Grundrechtseingriffe im Ausland jegliche Berücksichtigung der Anforderungen an Einschränkungen der Grundrechte des GG; und zwar weder in der Variante ihrer vollständigen noch aber auch in derjenigen ihrer abgestuften Anwendbarkeit im Ausland. Dies betrifft nicht allein die Vorgaben des bereits erwähnten Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG; sondern auch die sonstigen Anforderungen an Grundrechtseingriffe im Allgemeinen und Eingriffe in Art. 10 GG im Besonderen.²⁰⁵ Dass die abgestufte Grundrechtswirkung im Ausland die deutschen Gesetze und Behörden von jeglichen Einschränkungsanforderungen des GG freistellen würde, wird in der neueren Diskussion auch nicht (mehr) behauptet.²⁰⁶ Auch die Argumente vom „Zufallsfund“ bzw. „Beifang“ grundrechtlich geschützter Informationen anlässlich der Erhebung grundrechtsfreier Daten führen jedenfalls im Anwendungsbereich des Art. 10 GG nicht weiter, weil hier eindeutig ausmachbare Grundrechtsdimensionen auch im Ausland gelten und diese zudem jedenfalls seit 1999²⁰⁷ nicht mehr als bloße Zufallserkenntnisse oder unbeabsichtigte Nebenwirkungen ansonsten zugelassener Beschränkungsmaßnahmen erscheinen können.

Der hier näher dargelegte verfassungssystematische Befund wird **durch teleologische Auslegungen gestützt**. Sie orientieren sich insbesondere an den juristischen wie außerjuristischen Folgen eines bestimmten Auslegungsergebnisses. Würde § 1 Abs. 2 BNDG als Befugnisnorm Eingriffe in Art. 10 GG zulassen, so wäre diese Befugnisnorm verfassungswidrig.²⁰⁸ Würde

²⁰⁵ Zu diesen näher Gusy, in: vMKS, Art. 10 Rn 41.

²⁰⁶ Dazu o. II.4.

²⁰⁷ Seit BVerfGE 100, 313, 363 f.

²⁰⁸ Huber, NJW 2013, 2572, 2576; Bäcker, Gutachten, S. 17.

hingegen § 1 BNDG allein die Überwachung grundrechtlich nicht geschützter Kommunikation zulassen, so könnte die Norm in wesentlichen Elementen immerhin wirksam bleiben. Insofern spricht die teleologische Auslegung gleichfalls für eine **geltungserhaltende Reduktion des Anwendungsbereichs des § 1 Abs. 2 BNDG**.

e) Zwischenresultat

Es ist demnach festzuhalten:

§ 1 Abs. 2 BNDG ist auf Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 10 GG demnach nicht anwendbar, und zwar weder auf derartige Eingriff im Inland noch auf solche im Ausland.²⁰⁹

§ 1 Abs. 2 BNDG kann demnach allein zur Überwachung solcher ausländischer Telekommunikation ermächtigen, welche nicht durch Art. 10 GG geschützt ist.

Für die Überwachung grundrechtlich geschützter Telekommunikation auch im Ausland gilt demgegenüber § 5 G-10 gegenwärtig als einzige grundgesetzkonforme Befugnisnorm zugunsten des BND, und zwar entweder in unmittelbarer oder aber – infolge des Fehlens sonstiger grundgesetzkonformer Befugnisnormen – in analoger Anwendung.

V. Befugnisnormen zur nachrichtendienstlichen Telekommunikationsüberwachung außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 10 GG

Ist strategische Telekommunikationsüberwachung im Anwendungsbereich des Art. 10 GG demnach gegenwärtig allein aufgrund des § 5 G-10 zulässig, so kann § 1 Abs. 2 BNDG als mögliche Rechtsgrundlage allenfalls in Betracht kommen, soweit die Überwachung außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 10 GG stattfindet. Hier kann die Feststellung des BVerfG Anwendung finden, wonach über die Verfassungskonformität der Überwachung von Ausländern im Ausland bislang nicht zu entscheiden war und die maßgeblichen Rechtsfragen demnach offen sind.²¹⁰

1. Zur Abgrenzung grundrechtlich geschützter von sonstiger Telekommunikation

Die grundrechtliche Prämisse dieser Aussage ist schon mehrfach festgehalten worden: Vor der Überwachung des grundrechtlich nicht geschützten Anteils der Telekommunikation be-

²⁰⁹ Davon geht auch die Kommentierung bei Gusy, in: Sicherheitsrecht, auf der Basis der Ausführungen zu § 1 Rn 49 BNDG aus.

²¹⁰ BVerfGE 100, 313, 362.

darf es der Abgrenzung diesen Teils von der grundrechtlich geschützten Kommunikation. Diese ist für Außenstehende wie etwa staatliche Behörden allein aufgrund der Erhebung und Überprüfung von Informationen möglich, die ihrerseits dem Schutzbereich des Art. 10 GG unterfallen.²¹¹ Demnach stellt bereits die Abgrenzung beider Arten von Ferngesprächen einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 10 GG dar, für welchen es einer grundgesetzkonformen Befugnisnorm bedarf. Eine solche findet sich gegenwärtig weder im BNDG noch im sonstigen Nachrichtendienstrecht. Sie kann nach gegenwärtiger Rechtslage allein § 5 G-10 entnommen werden.

Die Vorschrift ermächtigt zur Überwachung der „internationalen“, d.h. des grenzüberschreitenden Fernmeldeverkehrs. Sie ist demnach allein anwendbar, wenn festgestellt werden kann, dass eine Telekommunikation weder allein inländisch noch aber auch allein ausländisch ist. Auf beide Arten von Verbindungen ist die Bestimmung nämlich nicht (unmittelbar) anwendbar. Um den Anwendungsbereich der Bestimmung im Einzelfall festzustellen und damit zugleich die Voraussetzungen einer Überwachungsmaßnahme im Einzelfall festlegen zu können, bedarf es also der Unterscheidung zwischen den unterschiedlichen Arten von Kommunikationsbeziehungen. Diese ist Zulässigkeitsbedingung und Rechtmäßigkeitsvoraussetzung von Maßnahmen nach § 5 G-10 und insoweit vom Anwendungsbereich der Vorschrift umfasst. Sie ermächtigt nicht allein zur Überprüfung der Einhaltung ihrer Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelfall, sondern darüber hinaus und vorab zur Überprüfung von deren Anwendbarkeit auf den jeweiligen Fall. Dazu zählt im Hinblick auf § 5 G-10 die Eigenschaft einer Fernmeldekommunikation als „internationale“.

§ 5 G-10 ermächtigt demnach (auch) zu Grundrechtseingriffen mit dem Ziel, Telekommunikationsverbindungen, welche einer strategischen Überwachung unterliegen könnten, daraufhin zu überprüfen, ob sie

- **inländisch sind:** Dann dürfen sie weder nach dieser noch nach einer anderen Bestimmung Gegenstand strategischer Informationsüberwachung sein; solche Fernmeldekommunikation ist unverzüglich aus der Menge der zu überwachenden Kommunikationsbeziehungen auszusondern und zu löschen;
- **„international“ sind:** In dem Sinne, ob sich ein Kommunikationsteilnehmer im Inland und einer im Ausland befindet; solche Kommunikation darf überwacht werden, sofern im Einzelfall die materiellen und prozeduralen Voraussetzungen des § 5 G-10 erfüllt sind;
- **ausländisch sind:** Dann sind die Anforderungen ihrer strategische Überwachung jedenfalls nicht unmittelbar an § 5 G-10 zu orientieren. **Dies gilt jedenfalls dann, soweit die ausländische Kommunikation nicht dem Schutz des Art. 10 GG unterfällt.**²¹² Soweit dies der Fall ist, kann allein § 5 G-10 analog als Rechtsgrundlage von Überwachungsmaßnahmen herangezogen werden. Ob dies der Fall sein kann – und damit im Einzelfall die Anforderungen des § 5 G-10 analog erfüllt sein müssen oder nicht, ist

²¹¹ Dazu schon o. II.1.

²¹² Dazu o. III.1.

gleichfalls durch Maßnahmen nach § 5 G-10 (analog) zu überprüfen. Auch diese Nachprüfung betrifft die Rechtsfrage nach der Abgrenzung des (allein) nach § 5 G-10 zu überwachenden Fernmeldeverkehrs von sonstiger Telekommunikation. Dass auch derartige Erhebungen vom Anwendungsbereich der Vorschrift umfasst sein können, indiziert insbesondere die Bestimmungen des § 5 Abs. 2 S. 3 G-10, welche eine Unterscheidung nach den hier genannten Kriterien voraussetzt.

Gegen die hier bejahte rechtliche Möglichkeit einer Trennung grundrechtlich geschützter von nicht geschützten Kommunikationsverbindungen werden in jüngerer Zeit einzelne gewichtige Argumente erhoben.²¹³ Aus rechtlicher Sicht wird geltend gemacht, dass namentlich § 5 Abs. 2 S. 3 G-10 nicht auf die Differenzierung nach Grundrechtsträgern und sonstigen Personen, sondern vielmehr auf diejenige zwischen unterschiedlichen Fernmeldeanschlüssen abstelle. Es wird also zu Unrecht nach Kommunikationsanschlüssen und nicht Kommunikationsteilnehmern differenziert. Aus technischer Sicht wird zudem geltend gemacht, dass eine Differenzierung nach geschützten und nicht geschützten Fernsprechteilnehmern gegenwärtig gar nicht möglich sei. Ursächlich dafür sei insbesondere der Umstand, dass TKG und TKÜV eine Identifizierung allein aufgrund der Rufnummer und der Adressierungsangabe der benutzten Anlage, nicht hingegen des Benutzers ermöglichen. Zudem sei namentlich bei E-Mail-Postfächern allein dieses, nicht hingegen die Möglichkeit ihrer Benutzung und damit des Benutzers erkennbar. Ein derartiges Postfach könne grundsätzlich von jedem Telekommunikationsanschluss weltweit angesteuert werden. Daher sei hier eine Identifizierung der Anrufernden, also der Nutzer des zum Anruf verwendeten Anschlusses, gar nicht möglich. Der Anschluss allein sei aber für die Bestimmung und Abgrenzung der Grundrechtsträger des Art. 10 GG unzureichend: Für sie komme es nach der Rechtsprechung des BVerfG und der allgemeinen Auffassung in der Rechtswissenschaft eben nicht auf die Anschlüsse, sondern auf die Kommunikationsteilnehmer an. Doch ist dies ein allgemeines Problem der Telekommunikationsüberwachung, welches etwa auch für Überwachungsmaßnahmen außerhalb des § 5 G-10 auftreten kann. Als Indikator mag hier § 5 Abs. 2 S. 3 G-10 heranzuziehen sein, wonach danach zu differenzieren ist, ob der Inhaber oder regelmäßige Nutzer des Anschlusses grundrechtlich geschützt ist. Ist dies der Fall, so sind die grundrechtlichen Anforderungen des Art. 10 GG regelmäßig anwendbar. Ist dies nicht der Fall, sind jene Anforderungen nicht vollständig ausgeschlossen, können allerdings im Wege des schrittweise fortgesetzten Kategorisierens²¹⁴ im Einzelfall aussortiert werden.

Diese der strategischen Fernmeldeüberwachung vorgelagerte Grundrechtsprüfung ist zulässig, soweit eine Überwachung nach dieser Vorschrift zulässig ist und zu deren Durchführung die Anwendbarkeit dieser Befugnisnorm geprüft werden muss. Dafür gelten grundsätzlich die allgemeinen Voraussetzungen der Bestimmung,²¹⁵ namentlich die materiell-rechtlichen

²¹³ Insbes. von Bäcker, Gutachten, S. 13 f.

²¹⁴ Dazu taz (online) v. 7.11.2014. Danach sei „100-prozentige Filtersicherheit nicht möglich“. Auch dieses Kategorisieren unterfällt dem Anwendungsbereich des Art. 10 GG.

²¹⁵ Dazu o. IV.1.

Anforderungen des § 5 Abs. 1 G-10, die Bindung an Suchwörter und die Grundsätze der Eignetheit und Erforderlichkeit.

Die Rechtsfolgen dieser Vorprüfung nach § 5 G-10 folgen den allgemeinen Regeln des Nachrichtendienst- und des Datenschutzrechts. Sofern die gesetzlichen Voraussetzungen einer strategischen Aufklärung im Einzelfall vorliegen, ist diese Maßnahme wie die zu ihrer Durchführung notwendige Vorprüfung rechtmäßig. Die dazu anfallenden Informationen des BND über die Verbindung und ihre Teilnehmer sind rechtmäßig erlangt. Soweit die Daten in dieser Vorprüfung nach den soeben genannten Kriterien

- **Hinweise auf die Unzulässigkeit strategischer Überwachung etwa infolge des Grundrechtsschutzes Betroffener liefern, wäre deren Überwachung grundrechtswidrig** und daher unzulässig. Die sie betreffenden Daten sind unverzüglich zu löschen.²¹⁶
- Hinweise auf die Zulässigkeit der strategischen Überwachung liefern, ist die Maßnahme unter den allgemeinen Voraussetzungen des G-10 zulässig.
- Hinweise auf die **Zulässigkeit sonstiger Überwachung durch den BND und für Zwecke des § 2 BNDG bzw. des § 5 Abs. 1 G-10 liefern** - das kann allein für Telekommunikation gelten, welche nicht dem Grundrechtsschutz des Art. 10 GG unterliegt -, **so können die erhobenen Daten für eine derartige Überwachung genutzt werden.** Ihnen gegenüber stellt die Überwachung keinen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis des GG dar und unterliegt daher auch nicht dessen Erhebungs-, Speicherungs- oder Verarbeitungsgrenzen.

2. Überwachung grundrechtlich nicht geschützter Telekommunikation nach § 1 Abs. 2 BNDG: Verfassungsrechtliche und menschenrechtliche Voraussetzungen und Grenzen

Letzteres kann der Fall sein, sofern die betroffene Fernmeldeverbindung außerhalb des Art. 10 GG stattfindet, also weder in Deutschland noch aus dem oder in das Inland, noch unter Beteiligung von Inländern stattfindet und die strategische Überwachung nicht vom Inland aus stattfindet. Der rechtlich zugelassene Raum für eine Telekommunikationsüberwachung außerhalb des G-10 ist also vergleichsweise gering.

Als mögliche Rechtsgrundlage für derartige Überwachungsmaßnahmen durch den BND kommt allein § 1 Abs. 2 S. 1 BNDG in Betracht. Dessen Anwendbarkeit stehen insoweit grundrechtliche Bedenken nicht entgegen.²¹⁷ Das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG ist außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 10 GG schon deshalb nicht einschlägig, weil hier kein Grundrecht eingeschränkt werden kann. Und die grundrechtlichen Bestimmtheits-, Ver-

²¹⁶ Entsprechend BVerfGE 120, 274.

²¹⁷ Zu diesen innerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 10 GG o. IV.2.b).

hältnismäßigkeits- und Verfahrensanforderungen sind aus denselben Gründen nicht anwendbar. Da auf diese Überwachung außerhalb des Geltungsbereichs des BNDG auch die meisten Bestimmungen des Gesetzes selbst nicht anwendbar sind (s. dazu § 1 Abs. 2 S. 2 BNDG), stellt sich insoweit die Frage nach den für derartige Überwachungsmaßnahmen maßgeblichen rechtlichen Grundlagen und Grenzen. Diese werden im BNDG selbst (bis auf § 1 Abs. 2 S. 2 iVm § 7 BNDG) nicht genannt. Daraus kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass insoweit keine rechtlichen Maßstäbe und Grenzen anwendbar wären. Im Gegenteil: Eine Überwachung allein aufgrund der Aufgabenklausel des BND ist zu Recht in die Kritik geraten und als rechtsstaatlich sowie grund- und menschenrechtlich nicht hinnehmbar angesehen worden.²¹⁸

a) Rechtliche Vorgaben und Grenzen aus deutschem Recht

Da das BNDG selbst bis auf den Aufgabenbezug und die Erforderlichkeitsklausel des § 1 Abs. 2 S. 1 BNDG keine weiteren rechtlichen Vorgaben und Grenzen enthält, müssen diese aus der sonstigen Rechtsordnung entnommen werden. Sie lassen sich sowohl aus dem nationalen wie auch aus dem internationalen Recht herleiten. Aus dem nationalen Recht kommen als anwendbare rechtliche Vorgaben einer Erfassung ausländischer Telekommunikation außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 10 GG insbesondere in Betracht

- das **Rechtsstaatsprinzip**, namentlich die Bindung des BND an die allgemeine Rechtsordnung (Art. 20 Abs. 3 GG) und das Übermaßverbot,
- die **Rechtsschutzgarantie** (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG) und
- die **Menschenwürdegarantie** (Art. 1 Abs. 1 GG).

Dagegen erscheinen weitere, auf die allgemeine Tätigkeit der Nachrichtendienste bezogene Grundrechtsgarantien²¹⁹ auf die Telekommunikationsüberwachung aus tatbestandlichen Gründen nicht anwendbar.

Die Bindung (auch) des BND an Verfassung und Gesetze (Art. 20 Abs. 3 GG) bezieht sich auf die gesamte Rechtsordnung, soweit sie auf das Handeln von Behörden bei Maßnahmen der Informationserhebung im Ausland Anwendung beanspruchen kann. Aus grundgesetzlicher Sicht zählt namentlich die **Bindung des BND an die Aufgabennormen**, welche in Übereinstimmung mit den Vorgaben des GG verfassungskonform auszugestalten sind.²²⁰ Aus diesem Grundsatz folgt letztlich auch die Bindung des BND an §§ 1, 7 BNDG bei der Aufklärungstätigkeit im Ausland. Art. 20 Abs. 3 GG begründet aber nicht allein den Vorrang des Grundgesetzes, sondern auch des Gesetzesrechts gegenüber Maßnahmen der Exekutive. Solche rechtlichen Vorgaben können der Aufklärungstätigkeit Grenzen ziehen, soweit sie tatbe-

²¹⁸ Bäcker, Gutachten, S. 18; Hoffmann-Riem, Gutachten, S. 11.

²¹⁹ Zu ihnen etwa Gusy, in: Sicherheitsrecht, § 1 BNDG Rn 55.

²²⁰ Dazu Baier, Geheime Überwachungsmaßnahmen zu Staatssicherheitszwecken, 1987, S. 63 ff; Gröpl, Die Nachrichtendienste im Regelwerk der deutschen Sicherheitsverwaltung, 1993, S. 221 ff; Gazeas, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 145 ff.

ständig auf die Telekommunikationsüberwachung anwendbar sind, auch im Ausland Geltung beanspruchen und nicht durch Vorschriften des BNDG im Einzelfall derogiert werden.

Die **Rechtsschutzgarantie** des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ist auch auf Maßnahmen deutscher Stellen im Ausland anwendbar, soweit diese geeignet sein können, in subjektive Rechte – nicht ausschließlich Grundrechte – einzugreifen.²²¹ Dazu können grundsätzlich auch Maßnahmen der Telekommunikationserfassung im Ausland zählen. Dies gilt umso mehr, soweit diese nicht der Ausschlussklausel des Art. 19 Abs. 4 S. 3 GG unterfallen. Dies ist hinsichtlich der strategischen Fernmeldeaufklärung nur hinsichtlich des § 5 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 G-10 der Fall (s. § 13 G 10).²²² Im Übrigen gilt die Rechtsschutzgarantie auch hier.

Schließlich ist der Schutz der **Menschenwürde** (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG) auch auf Tätigkeit deutscher Stellen im Ausland anwendbar.²²³ Hier ist Art. 1 GG ungeachtet seiner relativen Weite und bisweilen geringen Bestimmtheit geeignet, Maßstäbe für das Handeln deutscher Staatsorgane vorzugeben. Dies gilt unabhängig von der Frage nach dem Grundrechtscharakter der Norm²²⁴ und derjenigen danach, ob die Verbindlichkeit aus der Anordnung der Menschenwürde selbst oder aber aus dem Schutz- und Achtungsanspruch des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG hergeleitet wird.²²⁵ Auch im Ausland verpflichtet die Garantie die deutsche Staatsgewalt nicht allein zum Schutz der Menschenwürde gegenüber Beeinträchtigungen durch Dritte.²²⁶ Vielmehr begründet sie hier – ebenso wie im Inland – zugleich die Pflicht, Eingriffe in die Menschenwürde durch eigenes Handeln zu unterlassen. Dabei sind die spezifischen Handlungsbedingungen und –grenzen deutscher Stellen auf fremdem Staatsgebiet ebenso zu berücksichtigen wie daraus möglicherweise herzuleitende Handlungsgrenzen²²⁷ sowohl aus der Menschenwürdegarantie selbst wie auch aus sonstigen Normen des internationalen und des ausländischen Rechts.

Nach allgemeiner Auffassung statuiert Art. 1 GG einen grundsätzlichen Schutz jedenfalls gewisser Elemente der Privatsphäre und damit zugleich elementare Grenzen staatlicher Überwachung.²²⁸ Dessen Grundlagen sind allerdings wenig konturiert, da die hier maßgeblichen rechtlichen Schutzdimensionen (wie Privatsphäre, informationelle Selbstbestimmung bzw. Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme) zentral aus Art. 1 iVm Art. 2 Abs. 1 GG bzw. mit Art. 10 GG konkretisiert werden,²²⁹ nicht hingegen allein aus Art. 1 GG. Insofern ist der Umfang des Schutzes, welcher gerade durch Art. 1 GG garantiert werden soll,

²²¹ BVerfGE 100, 313, 398.

²²² Dazu Huber, in: Sicherheitsrecht, § 13 G-10, Rn 6 f.

²²³ Kunig, in: Münch/Kunig, Art. 1 Rn 33; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 1 Rn 7; Herdegen, in: Maunz-Dürig, Art. 1 Rn 11; wohl auch Dreier, in: Dreier, Art. 1 Rn 131, dessen Formulierung von der Bindung der „inländischen Staatsgewalt“ erkennbar auf die deutsche Staatsgewalt in Abgrenzung zu anderen Staatsgewalten, nicht auf den Ort ihres Handelns im Inland bezogen ist. In diesem Sinne auch ders., in: Dreier, Art. 1 Rn 64.

²²⁴ Dazu Überblick bei Dreier, in: Dreier, Art. 1 Rn 121 ff (Nachw.).

²²⁵ Dazu Überblick bei Dreier, in: Dreier, Art. 1 Rn 128 ff (Nachw.).

²²⁶ Darin wird vielfach die zentrale Verpflichtung der Wahrung der Menschenwürde durch deutsche Stellen im Ausland angesehen; Nachw. bei Kunig, in: Münch/Kunig, Art. 1 Rn 33.

²²⁷ Dazu für das Recht der Nachrichtendienste bereits o. II.4.

²²⁸ So namentlich Kunig, in: Münch/Kunig, Art. 1 Rn 36 (Datenschutz).

²²⁹ So etwa ausdrücklich BVerfGE 125, 260, 310.

schwer zu erkennen. Fest steht allerdings, dass der Schutz der Menschenwürdegarantie prinzipiell enger zu verstehen ist als seine Ausprägungen in den nachfolgenden Einzelgrundrechten des GG.²³⁰ Insoweit **begründet die Menschenwürdegarantie tatsächlich eher Kerngehalte bzw. absolut geschützte Mindestgarantien** des Menschenrechtsschutzes.

Diese gelten auch für den BND und seine Informationserhebung im Ausland. Die aus Art. 1 GG herzuleitenden Grundgedanken des Schutzes der Persönlichkeit und ihrer Rechtsstellung, ihrer Individualität und ihrer Privatsphäre sind daher auch dort verbindlich und können der Telekommunikationserfassung rechtliche Grenzen ziehen. Diese bleiben jedoch hinter denjenigen des Art. 10 GG zurück. Insbesondere ist keineswegs jede – auch nicht jede strategische – Fernmeldeüberwachung geeignet, die Menschenwürde zu tangieren. Die Persönlichkeit äußert und verwirklicht sich keineswegs allein durch elektronische Medien. Auch unter den Bedingungen ihrer zunehmenden Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung und die dazu notwendige Individualkommunikation ist doch festzuhalten: **Die Überwachung allein eines – wenn auch gewiss wichtigen – Mediums kann nur in Extremfällen geeignet sein, den Kerngehalt der Privatsphäre und privater Kommunikation zu tangieren.**²³¹ Dies gilt umso mehr, als unter den rechtlich und tatsächlich begrenzten Handlungsmöglichkeiten im Ausland ergänzende Überwachungsmaßnahmen durch deutsche Stellen kaum möglich sind und so die Möglichkeiten einer Rundumüberwachung, eines flächendeckenden Bewegungsbildes oder sonstiger elementarer Grundrechtsverletzungen dort deutlich geringer ausgeprägt sind als im Inland.²³² Zudem ist der BND auch im Ausland auf Maßnahmen der Informationserhebung und –verarbeitung beschränkt (§ 1 Abs. 2 S. 1 BNDG) und daher schon von seiner rechtlichen Ausstattung her nicht befugt, Informationseingriffe durch andere (etwa: Zwangs-)Maßnahmen zu vertiefen und so zu Menschenwürdegefährdungen durch (eigene) Folgeeingriffe ausufern zu lassen. Demnach ist die **Menschenwürdegarantie auch für den BND im Ausland bindend**; sie begründet rechtliche Mindestgarantien zum Schutz der Privatsphäre auch für Ausländer im Ausland; doch reichen diese weniger weit als die Privatheitsgarantien der Einzelgrundrechte des GG in ihrer Ausformung durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft.

b) Rechtliche Vorgaben und Grenzen aus internationalem Recht

Nachrichtendienstliche Telekommunikationsüberwachung kann auch völkerrechtlichen Vorgaben und Einschränkungen unterliegen.

In objektiv-rechtlicher Hinsicht enthält Art. 22 des Internationalen Fernmeldevertrages²³³ die Verpflichtung der Vertragsstaaten, alle möglichen Maßnahmen zu treffen, die mit dem ver-

²³⁰ Dreier, in: Dreier, Art. 1 Rn 43 („eher restriktiv Auslegung“) (Nachw.).

²³¹ BVerfGE 115, 166, 186; Gusy, NdsVBl 2006, 65.

²³² Zu solchen und anderen Umschreibungen des Kerns der Privatsphäre BVerfGE 109, 279, 313 f; 80, 367, 374; Dammann, der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung, 2011; Warntjen, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung, 2006; Baldus, JZ 2008, 218. Zum Kontext von Telekommunikationsüberwachung und Kernbereichsgarantien noch Roggan, StV 2011, 762.

²³³ Vertrag v. 6.11.1982, BGBl II 1985, S. 425. Dazu Gusy/Hueck, NJ 1995, 463 f.

wendeten Fernmeldesystem vereinbar sind, um die Geheimhaltung der Nachrichten zu gewährleisten. Die wenig bestimmte Norm enthält einerseits ein Optimierungsgebot, andererseits steht sie unter einem nicht weiter spezifizierten Gesetzesvorbehalt (Art. 22 Abs. 2) und wird danach als wenig geeignete Rechtsgrundlage angesehen, um der nachrichtendienstlichen Überwachung der Telekommunikation im In- und Ausland wirksame Grenzen zu ziehen.²³⁴

Weitere Anforderungen können sich aus den **internationalen Menschenrechtspakten** ergeben, welche in ihren Dimensionen als Garantien des Privatlebens bzw. des Briefgeheimnisses einhellig zugleich als Verbürgungen des Fernmeldegeheimnisses qualifiziert werden.²³⁵ Wesentlich umstrittener ist demgegenüber die Frage nach der Anwendbarkeit dieser Garantien auf staatliche Tätigkeit im Ausland.²³⁶ Denn die genannten Vorschriften sollen Geltung gegenüber jedem Staat beanspruchen für „**alle in seinem Gebiet befindlichen und seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen**“ (Art. 2 Abs. 1 IPBPR) bzw. alle „ihrer Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen“ (Art. 1 Abs. 1 EMRK). Diese in der Entstehungsgeschichte der Menschenrechtspakte namentlich von anglo-amerikanischer Seite stark betonte Anwendbarkeitsbedingung geht also davon aus, dass die Menschenrechte weniger ihre eigene Universalität postulieren als vielmehr ihre umfassende Anwendung für die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Diese soll menschenrechtlich geprägt sein gegenüber denjenigen Personen, welche diesen Staaten kraft Staatsangehörigkeit angehören bzw. ihrer besonderen Hoheitsgewalt durch Gebietsbezug unterstehen. Das Bestehen einer konkreten Beziehung kraft Territorial- oder Personalhoheit im Einzelfall soll also die Anwendbarkeitsbedingung menschenrechtlicher Garantien sein. Die internationalen Menschenrechte erscheinen dann weniger als Grundwerte der allgemeinen Rechtsordnung, sondern eher als Korrelate und Korrektive der besonderen Herrschaftsgewalt der Einzelstaaten. Grundrechte beanspruchen Geltung, wo in den Staaten in Übereinstimmung mit und kraft Anerkennung durch das internationale Recht Staatsgewalt ausgeübt wird. Außerhalb dieser Vorbedingungen sollen Menschenrechte keine Anwendung finden können. In der Konsequenz wird daraus u.a. hergeleitet: **Ausländer im Ausland können international garantierte Menschenrechte gegenüber anderen Staaten als denen ihrer Staatangehörigkeit oder Gebietszugehörigkeit nicht geltend machen.**²³⁷ Das soll jedenfalls für die abwehrrrechtliche Dimension der Menschenrechtsgarantien gelten. Hinsichtlich der aus ihnen gleichfalls herzuleitenden Schutzpflichten wird nach mehrheitlicher, aber nicht einhelliger Auffassung²³⁸ in der Staatenwelt dagegen differenziert: Hier werden Schutzpflichten z.T. auch bejaht, wenn Maß-

²³⁴ Bizer, in: Stein/Denninger/Hoffmann-Riem, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (zitiert: AK-GG), Art. 10 Rn 144 ff (Nachw.).

²³⁵ So etwa Nowak, UN-Convenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary, 2. Aufl. (2005), Art. 17 Rn 48.

²³⁶ Dazu jüngst eingehend Talmon, JZ 2014, 783. Nur ganz knapp erwähnt bei Joseph/Schultz/Castan, CCPR, 2004, S. 86 Nr. 4.01 ff.

²³⁷ Dies ist dann auch das Zwischenergebnis des Überblicks von Talmon, JZ 2014, 783, 787; dort finden sich auch Hinweise auf einzelne, hier nicht einschlägige Ausnahmen.

²³⁸ Nachw. bei Talmon, JZ 2014, 783, 786. Zu den auslandsbezogene Schutzpflichten bejahenden Staaten zählt danach etwa die Bundesrepublik; zu den Gegnern etwa die USA, Großbritannien und Australien.

nahmen aus dem oder im Ausland stattfinden, welche eine Berührung von Garantien aus den Verträgen bewirken können. Hier können also Maßnahmen auch außerhalb der unmittelbaren Personal- oder Territorialhoheit der Staaten menschenrechtlich relevant werden. Doch wird auch hier der jeweils zuständige Träger der Personal- oder Gebietshoheit als Adressat der Schutzpflichten verstanden. Bei Handlungen im Ausland ist danach also nicht der handelnde Staat, sondern derjenige Staat, in welchem gehandelt wird, zu Schutzmaßnahmen berechtigt und ggf. verpflichtet. Diese Auffassung geht demnach davon aus: **Handlungen gegenüber Ausländern im Ausland unterliegen nicht den Verpflichtungen aus den internationalen Menschenrechtspakten.** Für die Aufklärung ausländischer Telekommunikation durch den BND bedeutet diese Auslegung: Solche Maßnahmen unterliegen danach nicht den internationalen Menschenrechtsgarantien, und zwar unabhängig davon, ob diese Aufklärung vom Inland oder vom Ausland aus stattfindet.

Doch kann daraus nicht gefolgert werden, dass die völkerrechtlichen Menschenrechtspakte, welche in der Bundesrepublik ratifiziert und in innerstaatliches Recht transformiert worden sind, für die Tätigkeit der Bundesrepublik im Ausland rechtlich ohne Bedeutung wären. Dies entspräche nicht der Haltung der deutschen Staatsorgane in internationalen Verkehr, welche die **menschenrechtliche Relevanz der Überwachung des Internets und anderer Telekommunikationsverbindungen** in und außerhalb der jeweils handelnden Staaten stets hervorgehoben hat. So ist sie Initiatorin einer Resolution der UN-Generalversammlung, nach welcher diese besorgt sei über „die nachteiligen Auswirkungen, die das extraterritoriale Überwachen von Kommunikation auf die Ausübung und den Genuss der Menschenrechte haben“ könne.²³⁹ Im deutschen Entwurf war sogar noch von „Verletzungen und Verstößen gegen die Menschenrechte“ die Rede. Während letztere deren unmittelbare Anwendung voraussetzen, können erstere auch unter Anerkennung des Personal- bzw. Territorialhoheitsbezuges dieser Garantien angenommen werden. Die **Bundesrepublik geht demnach jedenfalls im Hinblick auf die Überwachung privater Kommunikationsmedien von einer internationalen Geltung der Menschenrechtsgarantien aus.** In ähnliche Richtung geht auch die Verpflichtung der Bundesrepublik aus Art. 1 Abs. 2 GG: Das Bekenntnis zu den „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten“ nimmt gewiss Bezug nicht allein auf die in der deutschen Rechtsordnung anerkannte Garantien, sondern auch auf diejenigen des internationalen Rechts.²⁴⁰ Zwar ist deren Transformation in deutsches Recht primär eine Rechtsfolge des Art. 25, 59 Abs. 2 GG iVm dem jeweiligen Gesetzesrecht. Auch ist nicht jede Einzelheit internationaler Pakte als „unveräußerliches“ Menschenrecht zu qualifizieren. Insofern würde es gewiss zu weit gehen, in **Art. 1 Abs. 2 GG** eine Verbindlichkeitsbegründung der Internationalen Pakte für die Bundesrepublik in allen Einzelheiten und Erscheinungsformen und zudem mit dem Rang als Verfassungsrecht im Wege der „dynamischen Verweisung“ zu sehen.²⁴¹ Dies ist mit der genannten Formulierung aber wohl auch kaum gemeint. Vielmehr geht es

²³⁹ UN-Generalversammlung Res. 68/167 v. 18.12. 2013; dazu Talmon, BRJ (Das Bonner Rechtsjournal) 2014, 6, 10 ff.

²⁴⁰ S. dazu näher Dreier, in: Dreier, Art. 1 Rn 20 f; Kunig, in: Münch/Kunig, Art. 1 Rn 43.

²⁴¹ Formulierung nach Kunig, in: Münch/Kunig, Art. 1 Rn 44; krit. dazu Dreier, in: Dreier, Art. 1 Rn 19 f.

dieser Staatszielbestimmung²⁴² primär um die Statuierung von Öffnung und „Völkerrechtsfreundlichkeit“ der deutschen Rechtsordnung im Hinblick auf das internationale Recht auch in menschenrechtlicher Hinsicht.²⁴³ Zum einem solchen Verständnis wollen die Anerkennung einer Menschenrechtsgarantie – wie etwa des Telekommunikationsgeheimnisses – im internationalen Recht durch die Bundesrepublik und ihr grundgesetzliches Bekenntnis zu den Menschenrechten unter gleichzeitiger Bestreitung der Relevanz dieser Rechte für das Handeln eigener Organe im Ausland nicht recht passen. Mehr spricht dafür, die Garantien des internationalen Rechts im Hinblick auf das Fernmeldegeheimnis jedenfalls als Leitlinie für das Handeln deutscher Staatsorgane im Ausland anzusehen. Dies gilt umso mehr, als die jeweiligen Pakte in der Bundesrepublik ohnehin transformiert und damit als geltendes Recht anerkannt sind. Im Übrigen ist jedenfalls nach deutschem Verständnis das Handeln deutscher Stellen im Ausland auch als Ausprägung von öffentlicher Gewalt anerkannt.²⁴⁴ Hier die Menschenrechtspakte als normativen Anknüpfungspunkt rechtlicher Bindungen anzunehmen ist somit nicht allein eine politische Position der Bundesrepublik, sondern zieht aus ihr zugleich naheliegende rechtliche Konsequenzen. Damit geht die Bundesrepublik über die internationalen Mindeststandards der Menschenrechtsgarantien in Einzelheiten hinaus und erkennt für sich einen Menschenrechtsstandard an, der international zwar vielfach geteilt, aber noch von allen Akteuren konsentiert ist. Insoweit lässt sich diese Position auch nicht auf andere Staaten übertragen: Sie ist eine Folge des deutschen Rechts, nicht notwendig eine solche der internationalen Rechtsordnung oder derjenigen anderer Staaten. Wohlgermerkt: Über den Rang solcher Garantien im deutschen Recht ist damit ebenso wenig ausgesagt wie über die Frage nach einer Antragsbefugnis von Ausländern aus dem Ausland vor deutschen²⁴⁵ oder internationalen Instanzen. Auf der Basis dieser Argumentation spricht viel dafür, dass die internationalen Menschenrechtspakte jedenfalls auch als Maßstäbe für das Handeln deutscher Staatsorgane im Ausland qualifiziert werden können.²⁴⁶

Der Inhalt dieser Maßstäbe orientiert sich dann allerdings nicht am deutschen Art. 10 GG, sondern an demjenigen der Garantien der internationalen Pakte. Am ehesten vergleichbar mit dem deutschen Recht ist dabei Art. 8 EMRK,²⁴⁷ der jedoch Anwendbarkeit allein bei Maßnahmen der Fernmeldeaufklärung in Europaratstaaten oder gegenüber deren Angehörigen erlangen kann. Die große Mehrheit der Staaten zählt dazu nicht; hier werden **am ehesten die Garantien des Art. 17 IPBPR maßgeblich. Geschützt ist die Fernmeldekommunikation, also die individuelle Kommunikation unter Nutzung elektronischer Medien einschließlich E-Mails.**²⁴⁸ Insoweit entspricht der Schutzzumfang weitgehend dem deutschen Recht.

²⁴² Kunig, in: Münch/Kunig, Art. 1 Rn 45.

²⁴³ Dreier, in: Dreier, Art. 1 Rn 21 (Nachw.).

²⁴⁴ Dazu schon o. II.4 (Nachw. bei Baldus, s.o.).

²⁴⁵ Zur Antragsbefugnis beim BVerfG 100, 313, 356.

²⁴⁶ So etwa Ewer/Thienel, NJW 2014, 30, 32; Für den Abschluss eines Zusatzprotokolls, Kotzur, ZRP 2013, 216, 217, ähnlich Deiseroth, ZRP 2013, 194, 197.

²⁴⁷ Zu dessen „Konkordanzen“ mit deutschen Grundrechten Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. (2006), Art. 8 Rn 10.

²⁴⁸ Mayer-Ladewig, EMRK, 3. Aufl. (2011), Art. 8 Rn 92 ff; Nowak, CCPR, Art. 17 Rn 47.

Geschützt sind primär die **Kommunikationsinhalte**,²⁴⁹ der Schutz von Verbindungs- und sonstigen Metadaten ist für die EMRK anerkannt,²⁵⁰ im Anwendungsbereich des Art. 17 IPBPR bislang eher als mittelbare Beeinträchtigung des Fernmeldegeheimnisses diskutiert: Sie sind am ehesten geschützt, soweit ihre Überwachung die Vertraulichkeit der Kommunikationsinhalte beeinträchtigen kann. Insoweit erscheint der Schutz der Verbindungsdaten als sekundär und erlangt wohl einen geringeren Rang als derjenige der Inhalte.²⁵¹ Doch ist die Diskussion hierzu bislang nicht allzu intensiv: Jedenfalls die massenhafte Aufzeichnung und lang andauernde Speicherung von Verbindungsdaten durch Nachrichtendienste soll „nachteilige Auswirkungen“ aufweisen.²⁵²

Einschränkungen jener Garantien – außerhalb des Notstandsfalls – bedürfen einer Ermächtigung im **Gesetz** nach den Regeln des jeweiligen nationalen Rechts. Als solche können förmliche Gesetze,²⁵³ im Anwendungsbereich des Art. 17 IPBPR aber auch Exekutivnormen und Richterrecht in Betracht kommen, soweit sie im innerstaatlichen Bereich anerkannt sind. Mindestvoraussetzung ist, dass die Norm öffentlich bekannt (gemacht) ist.²⁵⁴ Die im deutschen Recht geläufige Unterscheidung zwischen Aufgaben- und Befugnisnormen findet sich im internationalen Recht nicht. Darüber hinaus darf die Einschränkung **nicht „willkürlich“** stattfinden. Hier zeichnet sich im Anwendungsbereich des Art. 17 IPBPR eine zweistufige Prüfung ab: Weder darf das Gesetz selbst noch aber auch dessen Anwendung im Einzelfall willkürlich sein. Daraus ergeben sich Mindestanforderungen an die Bestimmtheit der Norm – dem steht die Einräumung von Ermessen für die gesetzesanwendenden Instanzen im Einzelfall nicht entgegen – und die **Willkürfreiheit der Zwecke des Gesetzes** (Verbot von „injustice, unpredictability and unreasonableness“).²⁵⁵ Sofern überhaupt sachliche Gründe für eine Einschränkungsermächtigung vorliegen können, finde eine nähere Prüfung allein an den Maßstäben des Art. 8 Abs. 2 EMRK, nicht jedoch im Kontext des Art. 17 IPBPR statt. Hier ist der Gestaltungsfreiraum der Gesetzgebung zu berücksichtigen. Am ehesten findet sich die Forderung nach Prüfung der Eignung der Beschränkung zum eigenen Zweck; eine eigenständige Erforderlichkeits- oder gar Verhältnismäßigkeitsprüfung findet sich bislang allein im Anwendungsbereich des Art. 8 Abs. 2 EMRK.²⁵⁶ Eine eigenständige Garantie unantastbarer Wesensgehalte oder Kernbereiche findet sich im internationalen Menschenrechtsschutz bislang (entgegen partiell anders lautender Terminologie namentlich der deutschsprachigen Völkerrechtswissenschaft) nicht. Daneben gilt das **Willkürverbot auch für die gesetzesanwendenden Instanzen** im Einzelfall ohne Rücksicht darauf, ob es sich um Behörden oder Gerichte

²⁴⁹ Im Zentrum der Diskussionen steht nach wie vor das wire-tapping; s. Joseph/Schultz/Castan, CCPR, 16.26 (S. 492); s.a. Nowak, CCPR, Art. 17 Rn 48 („withholding, censorship, inspection“).

²⁵⁰ EGMR U. v. 03.04.2007 – 62617/00, MMR 2007, 431, zit. bei Uerpmann-Witzack/u.a., MMR 2008, 83; Pätzold, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 8 Rn 28, 60, 77 (Nachw.).

²⁵¹ Nur schwache Hinweise bei Joseph/u.a., CCPR, Nr. 16.23 (S. 491); Nowak, CCPR, Art. 17 Rn 47.

²⁵² UN-Generalversammlung, Res. 68/167 v. 18.12. 2013.

²⁵³ So für den Anwendungsbereich des Art. 8 EMRK Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 8 Rn 10; Zu den Anforderungen des EMRK näher Marauhn/Merhof, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar (zitiert: Dörr/Grote/Marauhn), Kap. 7 Rn 28 ff.

²⁵⁴ Nowak, CCPR, Art. 17 Rn 11; s.a. Marauhn/Merhof, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 7 Rn 24 Fn 156.

²⁵⁵ Nowak, CCPR, Art. 17 Rn 12.

²⁵⁶ Marauhn/Merhof, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 7 Rn 38, 43, 58.

handelt. Hier gilt insbesondere die Missachtung der formellen oder materiellen Anforderungen der – menschenrechtskonformen – Gesetze als willkürlich.²⁵⁷ Darüber hinaus wird auch eine Gesetzesanwendung, welche gegen völkerrechtliche Diskriminierungsverbote verstößt, als willkürlich angesehen.²⁵⁸ Im Anwendungsbereich der – für die Telekommunikationserfassung im Ausland durch den BND allerdings eher selten anwendbaren – **Art. 8 EMRK können sich höheren rechtliche Anforderungen und Vorgaben ergeben.**

c) Vereinbarkeit des § 1 Abs. 2 S. 1 BNDG mit den genannten Garantien

Die Erfassung ausländischer Telekommunikation, soweit sie nicht durch das Grundrecht des Art. 10 GG geschützt ist, darf allein im Rahmen der hier genannten Grenzen des deutschen und internationalen Rechts stattfinden. Dies ist unabhängig davon ob sie auf § 5 G-10 (unmittelbar oder analog) oder aber auf § 1 Abs. 2 S. 1 BNDG gestützt wird. Eine Anwendung des G-10 hätte einerseits den Vorteil, dass dessen Vereinbarkeit mit den rechtlichen Vorgaben namentlich des GG und der EMRK bereits positiv festgestellt ist. Soweit auf andere als grenzüberschreitende Telekommunikationsverbindungen nur niedrige rechtliche Vorgaben bestünden, wäre es jedenfalls zulässig, wenn das deutsche Gesetzesrecht höhere formelle und materielle Hürden errichten würde. Die Grenzen des deutschen Verfassungs- und des internationalen Rechts sind allenfalls Mindestbedingungen, die nicht unter-, wohl aber überschritten werden dürfen. Sie hätte aber den Nachteil, dass die Vorschrift unmittelbar nur für grenzüberschreitende Fernmeldeverbindungen anwendbar ist und daher in weitesten Teil allein analog angewendet werden könnte. Dies wäre aber nur dann sinnvoll und zulässig, wenn insoweit eine Regelungslücke bestünde.

Hier wäre dann aber vorrangig die Anwendung des **§ 1 Abs. 2 S. 1 BNDG vorrangig, wenn und soweit deren Einhaltung innerhalb des Rahmens des BNDG rechtlich jedenfalls möglich wäre.** In formeller Hinsicht bestehen hier keine Konkordanzprobleme, da namentlich Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG im Hinblick auf die hier zu berücksichtigenden Garantien des GG keine Anwendung findet.

In materieller Hinsicht begrenzt § 1 Abs. 1 Abs. 2 S. 1 BNDG die Zulässigkeit der Telekommunikationserfassung im Hinblick auf die dort zugelassenen Zwecke. Auch wenn diese insgesamt wenig bestimmt sind, so sind sie doch nicht dermaßen unbestimmt, dass sie nicht hinreichend konkretisierbar wären. Das internationale Recht enthält hier ohnehin eher geringe Anforderungen.²⁵⁹ Hinsichtlich der Vorgaben des deutschen Rechts ist hier namentlich das Rechtsstaatsprinzip einschließlich der in ihm statuierten **Bestimmtheitsgrundsätze** maßgeblich. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass dessen Verwirklichung bei Maßnahmen im Ausland ohnehin nur eingeschränkt möglich wäre, da dort das deutsche Recht regelmäßig unbekannt ist und insoweit ein Vertrauenstatbestand im Hinblick auf dessen Voraussetzun-

²⁵⁷ Nowak CCPR, Art. 17 Rn 11; etwas weiter ebd., Rn 13.

²⁵⁸ Nowak CCPR, Art. 17 Rn 13.

²⁵⁹ S.o. b).

gen und Grenzen ohnehin nur schwerlich entstehen kann. Insoweit sind die Bestimmtheitsanforderungen jedenfalls geringer als diejenigen, welche an § 5 G-10 zu stellen sind.²⁶⁰

Wesentlich problematischer ist demgegenüber der Umstand, dass **in § 1 BNDG explizite Hinweise auf rechtliche Grenzen nahezu völlig fehlen**. Während einerseits die Aufklärung im Inland den Regelungen des nachfolgenden Gesetzes unterstellt werden, wird diejenige im Ausland selbst von den dort genannten Grenzen – bis auf § 7 BNDG – ausdrücklich freigestellt, ohne dass aber eine Hinweis darauf erfolgt, dass andere rechtliche Grenzen rechtlich einschlägig sein könnten und diese im Einzelfall zu beachten wären. Die Vorschrift ist so durchaus geeignet, den Eindruck fehlender Begrenzung zu vermitteln. Das gilt nicht nur im Hinblick auf die einschlägigen Vorgaben des internationalen Rechts, sondern auch auf Art. 1 GG. Und dies gilt letztlich auch für die Grenzen des Rechtsstaatsprinzips insoweit, als auch der BND an die **Grenzen der (allgemeinen) deutschen Rechtsordnung** gebunden ist. Deren Einhaltung wird durch diese Regelungstechnik schon deshalb erschwert, weil § 1 Abs. 2 S. 1 BNDG den Eindruck erwecken könnte, diese Vorschrift sei gegenüber allgemeinen Rechtsordnung spezieller und stelle deshalb von sämtlichen anderen generellen Regelungen frei. Dieser Eindruck würde jedoch das Bild eines Rechtszustandes vermitteln, der mit dem Rechtsstaatsprinzip des GG nicht vereinbar wäre. Schließlich ist § 1 Abs. 2 S. 1 BNDG auch insoweit rechtlich unvollständig, als er – im Unterschied zur Aufklärung des BND im Inland – die Auslandsaufklärung von allen **rechtlichen Begrenzungen hinsichtlich der Informationsverarbeitung** freizustellen scheint. Da auf §§ 9 ff BNDG gerade nicht verwiesen wird, stellt sich die Frage nach anderen möglicherweise anwendbaren Regelungen. Zwar stellt diese – außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 10 GG – keinen Folgeeingriff einer grundrechtsgebundenen Telekommunikationsüberwachung durch Informationserhebung dar. Doch scheint der Schluss, wonach aus der fehlenden Bindung der Informationserhebung an Art. 10 GG zugleich der Schluss auf die fehlende Bindung der Informationserhebung nicht nur an dieses Grundrecht,²⁶¹ sondern zugleich an sämtliche anderen Grundrechte und sonstige Vorgaben und Bedingungen des nationalen und internationalen Rechts entfallen würde, als zu weitgehend. Der geltende Rechtszustand legt die Suche nach allgemeinen Regelungen, welche für die hier anfallende Datenverarbeitung anwendbar sein könnten, jedenfalls nahe; seien es die Bestimmungen der §§ 9 ff BNDG analog oder der §§ 14 ff BDSG. Sofern hier bereichsspezifische Besonderheiten einschlägig werden sollten, läge demnach eine gesetzliche Regelung jedenfalls näher. Der ohne solche Hinweise entstehende Eindruck, die Informationsverarbeitung erfolge insoweit im rechtsfreien Raum, erscheint jedenfalls irreführend.

In formeller Hinsicht fordert das BVerfG für schwerwiegende Grundrechtseingriffe, gegen welche effektiver Rechtsschutz nicht rechtzeitig möglich ist, **verfahrensrechtliche Garantien** etwa in Form eines Richtervorbehalts.²⁶² Dieser soll neben die allgemeine Rechtsschutzgarantie treten, welche regelmäßig erst nachträglich einsetzen und so gerade im Recht der Informationserhebung und -verarbeitung nicht mehr hinreichend effektiv sein kann. Die da-

²⁶⁰ Zu diesen BVerfGE 100, 313, 362.

²⁶¹ Zu diesem Schluss o. IV.1 a.E.

²⁶² BVerfG, NJW 2002, 1333, 1333.

mit verknüpften verfahrensrechtlichen Anforderungen werden in Art. 19 Abs. 4 S. 3 GG für den nachträglichen Rechtsschutz im Nachrichtendienstrecht erheblich modifiziert und im G-10 für die strategische Fernmeldeüberwachung im Hinblick auf den Richtervorbehalt nochmals relativiert. Auch wer diese Relativierungen für grundgesetzkonform hält, fordert im Hinblick auf die Überwachung der Telekommunikation im Ausland verfahrensrechtliche Äquivalente.²⁶³ Solche enthält § 1 BNDG jedoch nicht. Dies erscheint aber jedenfalls dann nicht zwingend, wenn die Überwachung nach § 1 Abs. 2 S.1 BNDG ohnehin allein außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 10 GG stattfinden darf, zumal der internationale Menschenrechtsschutz vergleichbare Garantien bei Maßnahmen im Ausland jedenfalls nicht zwingend fordert. Der nachträgliche Rechtsschutz auch ausländischer Betroffener wird durch das BNDG nicht eingeschränkt (s. a. § 7 BNDG).

Als **Zwischenresultat** bleibt festzuhalten:

Die Erfassung ausländischer Telekommunikation durch den BND unterliegt unterschiedlichen rechtlichen Voraussetzungen und Grenzen in Abhängigkeit davon, ob die einzelne Fernsprechverbindung dem Grundrechtsschutz des Art. 10 GG unterfällt oder nicht.

In letztem Fall ist im deutschen Recht keine andere unmittelbar anwendbare Norm als **§ 1 Abs. 2 S. 1 BNDG** in Geltung. Sie **lässt die Erfassung grundrechtlich nicht geschützter Telekommunikation zu, enthält aber zugleich keinen Hinweis auf die dabei im Einzelfall einzuhaltenden rechtlichen Voraussetzungen und Grenzen** derartiger Maßnahmen. Solche sollten schon aus Gründen der Rechtsklarheit nicht allein von außen – etwa durch Verfassungsnormen oder internationale Menschenrechtsgarantien – an das Gesetz herangetragen werden, sondern auch im Gesetz selbst zumindest ansatzweise zum Ausdruck kommen. Demgegenüber ist es gerade der Text dieser Bestimmung, der den Eindruck erwecken kann, insoweit sei Telekommunikationsüberwachung im Ausland allein aufgrund der Aufgabenregelung zulässig.²⁶⁴ Auch wo und wenn dies nicht der Fall ist, weil die hiergenannten Grenzen aus der nationalen und internationalen Rechtsordnung einzuhalten sind, so fehlt doch jeder Hinweis auf diese Grenzen im Gesetzestext. Den daraus entstehenden verfassungsrechtlichen Risiken wäre kann vorgebeugt werden entweder

- Durch eine entsprechende Gesetzesänderung oder durch
- Eine analoge Anwendung des § 5 G-10 auch in diesem Bereich. Die dazu notwendige Regelungslücke würde sich aus dem Fehlen hinreichend bestimmter bereichsspezifischer Bestimmungen im BNDG ergeben.

²⁶³ Huber, NJW 2013, 2572, 2574.

²⁶⁴ Dagegen zu Recht Bäcker, Gutachten, S. 18; Hoffmann-Riem Gutachten, S. 11.

VI. Zur Verfassungsmäßigkeit des § 5 Abs. 2 S. 3 G-10

Die Bestimmung des § 5 Abs. 2 S. 3 G-10 liegt – im Unterschied zu den zuvor erörterten Rechtsfragen – innerhalb und nicht außerhalb des Geltungsbereichs des G-10. Die dort statuierte personale Begrenzung mehrerer grundrechtlicher Schutzdimensionen auf Inländer und Deutsche ist der Sache nach älter als die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu den hier maßgeblichen Fragen des Art. 10 GG. Sie war ursprünglich auf Ausnahmen von der Vorgängerbestimmung des § 5 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 G-10 begrenzt und ist erst später um die gegenwärtig gültige § 5 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 G-10 und die darauf bezogenen Ausnahmen in S. 3 ergänzt worden.²⁶⁵ Die Grundrechtskonformität der Vorgängerfassung hat das BVerfG mangels Entscheidungserheblichkeit²⁶⁶ bislang offen lassen können; diejenige der jetzigen Gesetzesfassung ist bislang nicht Gegenstand seiner Rechtsprechung geworden. Doch soll der in ihr enthaltene Rechtsgedanke wohl auch für die Überwachung grundrechtlich nicht geschützter Telekommunikation nach § 1 Abs. 2 BNDG angewandt werden: Der in § 5 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 G-10 angeordnete Schutz des „Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung“ soll danach die Telekommunikationserfassung nicht begrenzen, wenn im Ausland betroffene Anschlüsse, deren Inhaber oder regelmäßige Nutzer keine deutschen Staatsangehörigen sind. Die Bestimmung begrenzt demnach den Schutz des Kernbereichs jedenfalls gegenüber Maßnahmen der Fernmeldeerfassung auf Telekommunikationsteilnehmer in Deutschland oder mit deutscher Staatsangehörigkeit. Wenn diese Begrenzung schon für Maßnahmen nach § 5 G-10 gelten soll, so spricht viel dafür, dass sie „erst recht“ für entsprechende Maßnahmen außerhalb des G-10 Anwendung beansprucht.

Sind in jüngerer Zeit verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht worden.²⁶⁷ Die genannten Bedenken werden zentral auf den Charakter des **Art. 10 GG als Menschenrecht** gestützt. Wenn danach der Schutz des Fernmeldegeheimnisses nicht als Deutschen-, sondern als Menschenrecht ausgestaltet sei, so sei dieser Gedanke auch auf den Kernbereichsschutz zu übertragen: Wie Art. 10 GG sei auch dessen Kernbereich ein Menschen- und kein Deutschenrecht. Die Grundrechtspositionen von Deutschen und Ausländern seien insoweit identisch. Und der Grundrechtseingriff der Telekommunikationserfassung beziehe sich nicht allein auf den Tatbestand der Informationserhebung, sondern darüber hinaus zudem auf die Informationsverarbeitung im Inland. Diese **Gleichheit des Grundrechtsschutzes bedinge auch die Gleichheit der Einschränkungsründe im Gesetz**. Das gelte nicht allein für die Kernbereichsgarantie, sondern auch für den Schrankentatbestand des § 5 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 G-10. Darüber hinaus werden weitere Argumente für die Unvereinbarkeit dieser Regelung mit

²⁶⁵ Zur Vor- und Entstehungsgeschichte näher Huber, NVwZ 2009, 1321.

²⁶⁶ So ausdrücklich BVerfGE 100, 313, 384: „... weil die Beschwerdeführer, deren Verfassungsbeschwerde zulässig ist, von dieser Vorschrift nicht betroffen sind ...“.

²⁶⁷ Namentlich bei Huber, NJW 2013, 2572; ders., in: Sicherheitsrecht, § 5 G-10 Rn 44; schon früher BfD, zit. in BVerfG 100, 313, 349; schon früher Riegel, § 3 G-10 Rn 28.

dem Schutz der Privatsphäre aus Art. 8 EMRK, 7 EUGRCh, sowie den Diskriminierungsverboten aus Art. 21 AEUV und sekundärem Unionsrecht erhoben.²⁶⁸

Zentrale Gemeinsamkeit jener Argumente ist ihr rechtlicher Ausgangspunkt in dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses und der Gleichheit der von ihm erfassten Grundrechtsträger im deutschen und europäischen Recht. Dieser Gedanke ist jedenfalls insoweit zutreffend, als der Schutzbereich des Art. 10 GG nicht nach der Staatsangehörigkeit der Kommunikationsteilnehmer, sondern nach dem Gebietsbezug des Kommunikationsvorgangs differenziert. Ein solcher wird nach der Rechtsprechung des BVerfG und nach allgemeiner Auffassung nicht allein durch die Staatsangehörigkeit der Teilnehmer konstituiert.²⁶⁹ Auch Ausländer sind danach grundsätzlich durch das deutsche Fernmeldegeheimnis geschützt; und zwar nicht notwendigerweise nur dann, wenn sie inländische Anschlüsse benutzen. Allerdings schließt der Gedanke der Gleichheit des Grundrechtsschutzes für alle Grundrechtsträger gesetzliche Einschränkungen für einzelne Gruppe von ihnen nicht von vornherein aus. Im Gegenteil bedingt die Idee der Beschränkung von Grundrechten durch Gesetz die Notwendigkeit, durch gesetzliche Tatbestände Grenzen für bestimmte Gruppen von ihnen zu umschreiben. Dies gilt jedenfalls, soweit das Grundrecht durch die Schrankennorm eben nur beschränkt und nicht vollständig aufgehoben werden soll.²⁷⁰ Doch stehen gerade solche Einschränkungen unter dem Vorbehalt der grundrechtlichen Grenzen ihrer eigenen Einschränkungbarkeit; also der Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit und des Willkür- sowie – im Europarecht des dieses näher konkretisierenden - Diskriminierungsverbots. Insbesondere bedarf die **Umschreibung des Kreises derjenigen Personen, welche von der Grundrechtseinschränkung erfasst werden sollen, einer hinreichenden Begründung** vor dem Hintergrund der die Einschränkungen rechtfertigenden Ziele und Gründe. Eine solche ist jedoch für § 5 Abs. 2 S. 3 G-10 bislang nicht versucht worden erst recht nicht gelungen. Weder sind ausländische Telekommunikationsteilnehmer generell gefährlicher als deutsche. Noch lässt sich der vielfach als Einschränkunggrund herangezogene Gedanke der Terrorismusabwehr²⁷¹ nach der Staatsangehörigkeit begründen oder begrenzen: Terrorismusverdächtig und daher besonders aufklärungsbedürftig können sowohl In- als auch Ausländer sein: Weder indiziert Ausländereigenschaft einen Terrorismusverdacht noch aber die Inländereigenschaft dessen Gegenteil. Der gesetzliche Einschränkungstatbestand hätte demnach eher am Verdacht bestimmter Straftaten als an der Staatsangehörigkeit Betroffener anzusetzen. Und dass die Überwachung von Ausländern im Hinblick auf die Aufklärung ausländischer Vorgänge, welche das eigentliche Ziel des Grundrechtseingriffs sowohl nach § 1 Abs. 2 S. 1 BNDG wie auch nach § 5 G-10 darstellen, generell ergiebiger wäre als die Überwachung Deutscher, ist gleichfalls nicht belegt. Die Schrankenbestimmung des § 5 Abs. 2 S. 3 G-10 ist demnach vor dem Hintergrund der gesetzlichen Zwecksetzung in ihrer konkreten gesetzlichen Ausgestaltung nicht begründet und – soweit ersichtlich – nicht zu begründen. Die einzige ersichtli-

²⁶⁸ So namentlich bei Huber, in: Sicherheitsrecht, § 5 G-10 G Rn 46-52.

²⁶⁹ Grundlegend BVerfGE 100, 313, 364 f. Dazu schon o. II.3.

²⁷⁰ Eine solche Aufhebung durch Gesetz wäre mit Art. 19 Abs. 2 GG nach allen dazu vertretenen Auffassungen unzulässig; Überblick dazu bei Battis/Gusy, Einführung in das Staatsrecht, 5. Aufl. (2011), Rn 534 ff.

²⁷¹ Näher dargestellt bei Huber, in: Sicherheitsrecht, § 5 G-10 G Rn 48.

che Begründung liegt in der Auffassung, wonach der Grundrechtsschutz von Deutschen und Ausländern nach Art. 10 GG ein unterschiedlicher sei. Dieser Aspekt geht an der Rechtsprechung des BVerfG zum personalen Anwendungsbereich des Art. 10 GG partiell vorbei und ist daher jedenfalls innerhalb des Schutzbereichs dieses Grundrechts nicht zu rechtfertigen. **„Erforderlich ist eine vom Gesetzgeber vorzunehmende Vereinheitlichung der auf deutsche und ausländische Staatsangehörige bezogenen Eingriffsvoraussetzungen.“**²⁷² Dies gilt jedenfalls innerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 10 GG und grundsätzlich für beide Alternativen des § 5 Abs. 2 S. 2 Nr. 1, 2 G-10. Die davon abweichende, im Gesetz angelegte Differenzierung innerhalb der grundrechtlich geschützten Personenkreise ist ein weiterer Beleg für die bislang **partielle Inkongruenz von Grundrechtsschutz einerseits und gesetzlichen Schrankenbestimmungen andererseits**, der sich bereits zuvor bei der Abgrenzung der Eingriffstatbestände des § 5 G-10 einerseits und des § 1 Abs. 2 S. 1 BNDG andererseits gezeigt hat.

Die bislang abgehandelten Einwände gegen die Grundgesetzkonformität des § 5 Abs. 2 S. 3 G-10 erlangen eine zusätzliche Dimension im Hinblick auf § 5 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 G-10. Dieser begrenzt den gesetzlichen Schutz des Kernbereichs unantastbarer Lebensgestaltung auf Inländer und Deutsche. Die Zulässigkeit dieser Eingrenzung setzt voraus, dass dadurch der personale Umfang des Anwendungsbereichs dieser Garantie hinreichend gewahrt wäre. Erkennbar geht das G-10 insoweit davon aus, dass die Kernbereichsgarantie eine Fortsetzung des Art. 10 GG darstellt: Wo ein Schutz des Fernmeldegeheimnisses gilt, gilt dann auch die aus ihm abgeleitete Kernbereichsgarantie. Oder umgekehrt formuliert: Hier geht die Bestimmung von der **Unanwendbarkeit der Kernbereichsgarantie außerhalb des Grundrechtsschutzes durch Art. 10 GG** aus. Tatsächlich hat das BVerfG den Kernbereichsschutz auch im Anwendungsbereich dieses Grundrechts bejaht und auf die Kommunikation per Distanz angewendet.²⁷³ Dies spricht für seine rechtliche Verankerung auch in dieser Grundrechtsgarantie. Doch war der Kernbereichsschutz zu keinem Zeitpunkt darauf beschränkt. Im Gegenteil hat das Gericht die zunächst zur Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) entwickelte Formel²⁷⁴ alsbald von ihrer Begründung und Begrenzung aus diesem Grundrecht gelöst und auch auf andere Garantien der Privatsphäre ausgedehnt. Dies betrifft inzwischen neben dem Art. 13 GG auch den bereits genannten Art. 10 GG und bestimmte andere schwerwiegende Formen von Eingriffen in Privatsphären im Schutzbereich weiterer Garantien, namentlich der Art. 6 und 2 GG.²⁷⁵ Diese Entwicklung spricht dafür, die Kernbereichsdogmatik von ihrer Herleitung aus den Einzelgarantien zu lösen als allgemeine Kategorie der Grundrechtsprechung zum Thema des Privatheitsschutzes anzusehen. „An der Vorstellung eines unantastbaren Kernbereichs privater Lebensgestaltung hält das Gericht sozusagen quer über die betroffenen Grundrechte ... fest.“²⁷⁶ Ihr Anwendungsbereich reicht demnach

²⁷² Huber, in: Sicherheitsrecht, § 5 G-10 G Rn 52.

²⁷³ Seit BVerfGE 115, 166, 186.

²⁷⁴ Dazu BVerfGE 109, 279, 313 ff; Gusy, JuS 2004, 457.

²⁷⁵ Neueste Darstellung wohl bei Tanneberger, Die Sicherheitsverfassung, 2014, S. 130 ff.

²⁷⁶ Dreier, in: Dreier, Art. 2 Rn 92, unter Hinweis auf BVerfGE 109, 279, 311 ff; 113, 348, 390 f; 120, 274, 335 ff; 129, 208, 249 f.

über denjenigen der Einzelgarantien, aus denen die Anwendungsfälle stammen, hinaus. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Privatheitsgrundrechte des GG nicht als Deutschen-, sondern als Menschenrechte ausgestaltet sind. Dass deren Schutz gegenüber der deutschen Staatsgewalt stets an der Staatsgrenze oder bei der deutschen Staatsangehörigen Halt macht, ist jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht zu erkennen. Wesentlich mehr spricht dafür, dass die Kernelemente inzwischen einen über die einzelnen Grundrechtsschutzbereiche hinaus anerkannten allgemeinen unantastbaren Bereich der Privatsphäre konstituieren, für welchen gilt: „Der Schutz ist umso intensiver, je näher die Daten der Intimsphäre des Betroffenen stehen, die als unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung gegenüber aller staatlichen Gewalt Achtung und Schutz beanspruchen.“²⁷⁷ Die Intensität des Schutzes soll demnach also weniger von der Form der Gewinnung als vielmehr vom Inhalt der geschützten Informationen abhängen. Hier ist der Kernbereich der engste geschützte Bereich der Privatsphäre und deshalb besonders geschützt. Für ihn gilt demnach in besonderer Weise, dass wegen Art. 1 Abs. 1 GG ein Kern der Freiheitsbetätigung, ein „letzter Bereich unantastbarer menschlicher Freiheit“ mit Verfassungsrang garantiert sei.²⁷⁸ Diese vielfach im Kontext des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts anzutreffende Formel wird auch auf die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG angewandt²⁷⁹ und gilt damit auch im Anwendungsbereich des Privatsphärenschutzes; und zwar sowohl desjenigen aus Art. 2 Abs. 1 GG wie aber auch desjenigen aus anderen Grundrechten. In diesem Sinne erscheint die **Kernbereichslehre als Ausprägung der Garantie der Menschenwürde** des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG und von deren Schutz grundsätzlich mit umfasst.²⁸⁰ Diese Garantie ist gegenüber der deutschen Staatsgewalt bindend für alle Menschen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und ihres Aufenthaltsortes,²⁸¹ also auch für Ausländer im Ausland.

Diese Ableitung ist zunächst allein eine grundsätzliche. Die aus ihnen herzuleitenden Rechtsfolgen lassen sich daraus nicht eindimensional herleiten. Dies gilt schon angesichts der verbreiteten Kritik an jener Rechtsprechung,²⁸² welche das BVerfG aber nicht davon abgehalten hat, seine Rechtsprechung kontinuierlich fortzusetzen und auszubauen. Das gilt aber auch angesichts der Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Gegenstands und des Schutzes des Kernbereichs. Eine konsentrierte Umschreibung ist trotz zahlreicher Anläufe bislang nicht gelungen und wird auch vom Gesetzgeber nicht mehr gefordert, sondern der Rechtsanwendung überlassen.²⁸³ Viel spricht also dafür, dass hier auch (einzel-)fallabhängige Aspekte Berücksichtigung finden können, wenn nicht gar müssen. Ebenso umstritten wie die Kernbereichslehre ist auch das Postulat ihrer „Unantastbarkeit“, also der Abwägungsfestigkeit gegenüber anderen Gütern mit Verfassungsrang. Hier wird zumindest eine Relativierung des

²⁷⁷ BVerfGE 89, 69, 82 f; ebenso Dreier, in: Dreier, Art. 2 Abs. 1 Rn 92 (Nachw.).

²⁷⁸ Zuerst BVerfGE 6, 32, 40 f; jüngst BVerfGE 130, 1, 22. Nachw. bei Dreier, in: Dreier, Art. 2 Rn 60.

²⁷⁹ BVerfGE 29, 260, 267; 50, 290, 366; 65, 196, 210; Dreier, in: Dreier, Art. 2 Rn 60 (Nachw.).

²⁸⁰ So etwa Kunig, in: Münch/Kunig, Art. 2 Rn 43, offen gelassen bei Tanneberger, Die Sicherheitsverfassung, S. 150 ff.

²⁸¹ Dau schon o. V.2.a).

²⁸² Zusammengefasst bei Dreier, in: Dreier, Art. 2 Abs. 1 Rn 60 ff (Nachw.); Dammann, Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung, 2011.

²⁸³ So etwa BVerfG, NJW 2007, 2753, 2755.

Kernbereichsschutzes für notwendig gehalten.²⁸⁴ Schließlich ist auch nicht zu verkennen, dass aus tatsächlichen Gründen Überwachungsmaßnahmen im Ausland den Kernbereich schon wegen der begrenzten Handlungsmöglichkeiten deutscher Staatsorgane im Ausland und der vielfach gegen ihre Aktivitäten gerichteten Abwehrvorkehrungen des jeweiligen ausländischen Staates möglicherweise nicht unter denselben Bedingungen und in demselben Maße beeinträchtigen können wie Überwachungsmaßnahmen im Inland. Dessen ungeachtet ist das BVerfG in ständiger Rechtsprechung bei seinen zitierten Formeln geblieben.

Auch wenn der Kritik – schon mangels der bislang defizitären Verfassungsdogmatik - eine gewisse Berechtigung kaum abgesprochen werden kann, so bleibt doch für § 5 Abs. 2 S. 3 G-10 insoweit festzuhalten: Die Vorschrift schließt die Anwendbarkeit des Kernbereichsschutzes des § 5 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 G-10 partiell aus. Der Anwendungsausschluss einer Schutznorm im Grundrechtsbereich führt nicht zu deren automatischer Ersetzung durch eine andere Schutznorm, sondern zu einem insoweit regelungsfreien Bereich. Damit entsteht insoweit ein regelungsfreier Raum, der von Exekutive und Justiz nicht allein durch einzelfallabhängige Erwägungen geschlossen werden kann.²⁸⁵ Auch wenn zahlreiche Einzelheiten streitig sind: Das völlige und bewusste Fehlen eines Kernbereichsschutzes ist mit den verfassungsgerichtlichen Anforderungen nicht in Einklang zu bringen. Selbst wenn weniger als ein absoluter Bereich garantiert und weniger als ein unantastbarer Schutz geschuldet sein sollte, so ist dies immer noch mehr und anderes als gar kein Schutz.

Als **Zwischenresultat** bleibt festzuhalten:

§ 5 Abs. 2 S. 3 G-10 ist daher insoweit verfassungswidrig. Dies gilt wegen der zuvor genannten Erwägungen auch für § 5 Abs. 2 S. 3 G-10 im Hinblick auf die § 5 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 GG.

²⁸⁴ Dreier, in: Dreier, Art. 2 Abs. 1 Rn 60 ff; Dammann, Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung (beide mwN).

²⁸⁵ BVerfGE 109, 279, 336, sieht den Kernbereichsschutz zutreffend – jedenfalls dem Grunde nach - als Aufgabe der Legislative an.

VII. Zusammenfassung

Die Sensibilität für die Aufklärungsarbeit der Nachrichtendienste ist in neuer Zeit erheblich gestiegen. Ursächlich dafür sind einerseits das zunehmende Wissen um die Intensität nachrichtendienstlicher Aufklärung, namentlich auf dem Sektor der Telekommunikationsüberwachung; andererseits die öffentlichen Diskussionen über Pannen und versagen der Sicherheitsbehörden bei der Aufklärung schwerster Gefahren für elementare Rechtsgüter der Einzelnen und des States in Deutschland.

Rechtliche Maßstäbe der Auslandsaufklärung von Telekommunikationsbeziehungen können sich sowohl aus dem deutschen Recht wie auch aus dem internationalen Recht begründen lassen. Dabei enthält das internationale Recht Mindeststandards, welche die Einzelstaaten durch ihre Rechtsordnung überschreiten dürfen. Soweit sie dies getan haben, treten die völkerrechtlichen Mindestgarantien dahinter zurück. Der jeweils anwendbare rechtliche Maßstab lässt sich daher allein vom innerstaatlichen Recht her bestimmen.

Die Auslandswirkungen der Grundrechte des GG werden in neuerer Zeit immer weniger aus allgemeinen Lehren, sondern eher durch funktionale Erwägungen konkretisiert. Dies kann je nach Grundrecht und Grundrechtsfunktion unterschiedlich ausfallen. Daher können sich auch die Auslandswirkungen der einzelnen Grundrechte voneinander unterscheiden.

Die Auslandswirkungen des Post- und Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 GG) sind in Verfassungsrechtsprechung und –rechtswissenschaft weithin konsentiert. Der Anwendungsbereich des Grundrechts kann durch den Inlandsbezug der einzelnen Kommunikation wie auch durch den Inlandsbezug der Überwachung begründet werden. Danach sind Ferngespräche mit Inlandsbezug grundrechtlich geschützt. Ihr Schutz richtet sich gegen Überwachungsmaßnahmen aus dem Inland. Beide Kriterien sind nebeneinander geeignet, den Grundrechtsschutz zu begründen. Rechtlich offen ist allein die Überwachung ausländischer Telekommunikation vom Ausland her. Nur hier kann der Mindeststandard des internationalen Rechts Anwendung finden.

Demnach unterliegt die ausländische Telekommunikation nicht stets demselben grundrechtlichen Schutz wie die inländische. Kernproblem ist dabei die Unterscheidung der grundrechtlich geschützten von der sonstigen Telekommunikation. Diese kann regelmäßig allein mithilfe von Maßnahmen durchgeführt werden, die ihrerseits in das Grundrecht eingreifen können. Daher bedarf diese Unterscheidung selbst einer Rechtsgrundlage, welche den Anforderungen an Beschränkungen des Art. 10 GG genügt.

Die gesetzlichen Regelungen des Nachrichtendienstrechts geben die grundgesetzlich gebotenen Differenzierungen nicht vollständig wieder. Sie orientieren sich nicht zur Gänze an den dargestellten Differenzierungen im Hinblick auf die Reichweite von Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsschutz, wie sie sich aus der Rechtsprechung des BVerfG herleiten lassen. Dadurch entstehen Regelungslücken und Inkonsistenzen.

Die speziellen gesetzlichen Regelungen der Telekommunikationsüberwachung in § 5 G-10 lassen Eingriffe in das Grundrecht des Art. 10 GG zu. Dessen Regelungen sind vom BVerfG bereits mehrfach im Grundsatz als grundgesetzkonform angesehen worden; einzelne Randkorrekturen sind angemahnt und durchgeführt worden.

Der Anwendungsbereich der strategischen Fernmeldeaufklärung (§ 5 G-10) bezieht sich auf „internationale Telekommunikationsbeziehungen“, d.h.: auf grenzüberschreitenden Fernmeldeverkehr. Nicht von deren Anwendungsbereich erfasst ist insbesondere die Telekommunikation innerhalb eines ausländischen Staates und diejenige zwischen ausländischen Staaten; und zwar auch dann nicht, wenn diese Kommunikation grundrechtlich geschützt ist. Ein solcher Schutz tritt dann ein, wenn die Überwachung einen Gebietsbezug zum Bundesgebiet aufweist, also vom Inland her stattfindet. Der Anwendungsbereich des G-10 entspricht also nicht in vollem Umfang demjenigen des Art. 10 GG. Vielmehr geht § 5 G-10 erkennbar von einem Konzept aus, wonach dem Grundrechtsschutz allein die inländische Telekommunikation und darüber hinaus diejenige Deutscher im Ausland unterfallen. Diese ältere Konzeption entspricht jedoch nicht (mehr) den Anforderungen des GG und des BVerfG.

Die entstehenden Lücken können durch § 1 Abs. 2 S. 1 BNDG nicht geschlossen werden, da diese Vorschrift nicht den Anforderungen des Art. 10 GG entspricht. Vielmehr kann im Rahmen der Regelungslücke am ehesten eine Analogie zu § 5 G-10 erwogen werden. Dabei unterscheidet der Gesetzestext nicht zwischen Telekommunikationserfassung vom Inland her (die in vollem Umfang den Bindungen an Art. 10 GG unterliegt) und grundrechtseingreifenden Erfassungsmaßnahmen vom Ausland her (die im Sinne der abgestuften Grundrechtsbindung schwächeren Vorgaben unterliegen kann). Hier besteht also eine einheitliche Gesetzesbindung unabhängig von unterschiedlichen grundgesetzlichen Vorgaben.

Das BNDG lässt vielmehr eine Aufklärung ausländischer Telekommunikation lediglich insoweit zu, als diese nicht dem Schutzbereich des Art. 10 GG unterfällt. Dies ist allein dann der Fall,

- sofern die betroffene Fernmeldeverbindung weder in Deutschland noch aus dem oder in oder durch das Inland noch unter Beteiligung von Inländern stattfindet und
- die strategische Überwachung nicht vom Inland aus stattfindet.

Der rechtlich zugelassene Raum für eine Telekommunikationsüberwachung nach § 1 Abs. 2 S. 1 BNDG ist also ein Geringer.

Zudem setzt die Differenzierung zwischen Telekommunikationsüberwachung nach dem G-10 und derjenigen nach dem BNDG eine Unterscheidung danach voraus, ob die jeweils überwachte Fernsprechverbindung grundrechtlich geschützt ist oder nicht. Soweit diese Unterscheidung im Einzelfall allein aufgrund von Informationen möglich ist, welche dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses unterfallen, kommt als mögliche Rechtsgrundlage lediglich der – dafür erkennbar nicht in vollem Umfang zugeschnittene – § 5 G-10 in Betracht.

Die Aufklärung grundrechtlich nicht geschützter Telekommunikation durch den BND ist in § 1 Abs. 2 S. 1 BNDG nicht vollständig geregelt. Vielmehr sind daneben und darüber hinaus die Bindungen an rechtlich bindende Vorgaben des deutschen Rechts aus Grundgesetz und Gesetzen sowie des internationalen Rechts zu beachten. Dazu zählen namentlich

- das **Rechtsstaatsprinzip**, namentlich die Bindung des BND an die allgemeine Rechtsordnung (Art. 20 Abs. 3 GG) und das Übermaßverbot,
- das **Willkürverbot**,
- die **Rechtsschutzgarantie** (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG) und
- die **Menschenwürdegarantie** (Art. 1 Abs. 1 GG).

Eine flächendeckende Speicherung ausländischer Telekommunikationsverbindungs- oder gar –inhaltsdaten ist daher nach geltendem Recht unzulässig. Zudem gilt die Garantie des unantastbaren Kerns privater Lebensgestaltung für Jedermann als Ausprägung der Menschenwürdegarantie sowohl im Inland als auch im Ausland.

Für die Fortentwicklung des Nachrichtendienstrechts auf dem Gebiet der Aufklärung ausländischer Telekommunikation lassen sich daraus folgende Mindestanforderungen herleiten:

- die Harmonisierung der Anwendungsbereiche des Art. 10 GG einerseits und des G-10 andererseits;
- die Aufnahme einer Befugnisnorm zur rechtlich notwendigen und tatsächlich zweckmäßigen Unterscheidung von Telekommunikationsverbindungen im Anwendungsbereich des G-10 und solchen außerhalb seines Anwendungsbereichs – möglichst durch Änderung des G-10;
- die Aufhebung des § 5 Abs. 2 S. 3 G-10;
- ein Hinweis auf die rechtlichen Grenzen der Telekommunikationsüberwachung nach dem BNDG; insbesondere auf die Bindungen aus dem Rechtsstaatsprinzip, der Menschenwürdegarantie sowie den Vorgaben des internationalen Rechts.

Zudem erscheint es zumindest sinnvoll, wenn nicht rechtsstaatlich geboten, im BNDG Mindeststandards für die inländische Verwendung im Ausland erhobener Informationen über § 7 BNDG hinaus zu statuieren.

Bielefeld, den 4.2.2015

(Christoph Gusy)