

Prof. Dr. Matthias Bäcker, LL.M.

Deutscher Bundestag
1. Untersuchungsausschuss
der 18. Wahlperiode
MAT A SV-2/3
zu A-Drs.: 54

Deutscher Bundestag 1.
Untersuchungsausschuss
16. Mai 2014

Erhebung, Bevorratung und Übermittlung von Telekommunikationsdaten durch die Nachrichtendienste des Bundes

Stellungnahme zur Anhörung des NSA-Untersuchungsausschusses am 22. Mai 2014

Gliederung

Ergebnisse

I. Gegenstand, Erkenntnisziel und Gang der Stellungnahme

II. Gezielte Erhebung von Telekommunikationsdaten (§ 3 G 10, § 8a BVerfSchG, § 2a BNDG)

1. Datenerhebung

a) Inhaltsbezogene Telekommunikationsüberwachung (§ 3 G 10)

b) Erhebung von Telekommunikations-Verkehrsdaten (§ 8a BVerfSchG, § 2a BNDG)

2. Datenbevorratung und Datenübermittlung

3. Fazit

III. Strategische Beschränkungen durch den Bundesnachrichtendienst (§ 5 G 10)

1. Datenerhebung

a) Aufklärungsziele

b) Gegenstand der Überwachung

c) Ausmaß der Überwachung

d) Modalitäten der Überwachung

2. Datenbevorratung und Datenübermittlung

3. Fazit

IV. (Strategische) Auslandsaufklärung des Bundesnachrichtendienstes ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung?

1. Rechtsauffassung des Bundesnachrichtendienstes und der Bundesregierung

2. Verfassungsrechtlicher Hintergrund

3. Fazit

Ergebnisse

Im Folgenden fasse ich das Erkenntnisziel und die wesentlichen Ergebnisse der Stellungnahme vorweg zusammen:

1. Die Stellungnahme untersucht, wie weit die Befugnisse der deutschen Nachrichtendienste zur Erhebung, Bevorratung und Auslandsübermittlung von Telekommunikationsdaten reichen. Insbesondere wird auch erörtert, ob die deutschen Nachrichtendienste nach geltendem Recht solche Daten anlasslos und großflächig für nachrichtendienstliche Zwecke vorhalten dürfen.
2. Nach dem geltenden Recht und seiner Interpretation in der Praxis sind drei Formen der Erhebung von Telekommunikationsdaten zu unterscheiden, für die unterschiedliche rechtliche Grenzen bestehen:
 - a) Alle Nachrichtendienste dürfen Telekommunikationsdaten gezielt erheben, um Erkenntnisse über bestimmte Personen zu erlangen. Ermächtigungen hierzu finden sich für Telekommunikationsinhalte in § 3 G 10, für Verkehrsdaten im Fachrecht der Nachrichtendienste. Diese Ermächtigungen sind weit gefasst. Daher genügt insbesondere § 3 G 10 nicht in jeder Hinsicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 10 GG. Die erhobenen Daten dürfen zudem in weitem Umfang für nachrichtendienstliche Zwecke bevorratet werden. Gleichwohl ermöglichen diese Ermächtigungen keine anlasslose und flächendeckende Datenbevorratung, da sie lediglich Datenerhebungen über bestimmte Personen ermöglichen und die Bevorratungsermächtigung sich auf nachrichtendienstlich relevante Daten beschränkt. Zudem dürfen die erhobenen Daten nicht ins Ausland übermittelt werden.
 - b) Der Bundesnachrichtendienst ist nach § 5 G 10 zu strategischen Beschränkungen ermächtigt, mit denen er Inhalte und Verkehrsdaten der grenzüberschreitenden Telekommunikation anlasslos erfassen und auswerten darf. Die Vorgaben zu Gegenstand, Ausmaß und Modalitäten der Überwachung schränken diese Befugnis unter den heutigen technischen Rahmenbedingungen bei einer möglichen großzügigen Interpretation kaum ein. Daher bestehen erhebliche Zweifel, ob diese Ermächtigung den Anforderungen des Art. 10 GG genügt. Eine anlasslose großflächige Bevorratung von Telekommunikationsdaten für nachrichtendienstliche Zwecke verhindert das G 10 hingegen insoweit, als der Bundesnachrichtendienst den erlangten Rohdatenstrom unverzüglich auswerten muss und nur nachrichtendienstlich relevante Daten behalten darf. Zudem bestehen strenge Anforderungen an die Übermittlung der erhobenen Daten ins Ausland.
 - c) Nach Auffassung der Bundesregierung darf der BND allein aufgrund seiner Aufgabenzuweisung Telekommunikationsverkehre im Ausland überwachen. Wäre dem zu folgen, so könnte der BND Daten über solche Auslandsverkehre annähernd nach Belieben erheben, auswerten, bevorraten und übermitteln. Die Rechtsauffassung der Bundesregierung verkennt jedoch den räumlichen Anwendungsbereich und den extraterritorialen Schutzgehalt des Fernmeldegeheimnisses des Art. 10 GG. Von Verfassung wegen bedarf auch die Auslandsaufklärung des BND einer formellgesetzlichen Ermächtigung, die den Geboten der Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit genügt.

I. Gegenstand, Erkenntnisziel und Gang der Stellungnahme

Eine eingehende Stellungnahme zu allen Fragen des deutschen Rechts, die mit dem Einsetzungsauftrag des Untersuchungsausschusses verknüpft sind, lässt sich in dem Zeitrahmen nicht leisten, der mir zur Verfügung stand.¹ Ich beschränke meine schriftliche Stellungnahme daher auf einen Teilkomplex dieser Fragen. Zu Antworten auf weitere Fragen bin ich in der mündlichen Anhörung – im Rahmen meiner Kompetenz – gerne bereit.

Diese Stellungnahme befasst sich mit den Befugnissen der deutschen Nachrichtendienste. Diese Befugnisse sind vom Untersuchungsauftrag des Untersuchungsausschusses in zweierlei Hinsicht umfasst: Zum einen soll die Beteiligung deutscher Sicherheitsbehörden an den untersuchten Vorgängen mit aufgeklärt werden. Hierfür ist auch bedeutsam, in welchem Umfang diese Sicherheitsbehörden, insbesondere die Nachrichtendienste zu einer solchen Beteiligung befugt sind (vgl. Ziffer B. I. des Einsetzungsbeschlusses). Zum anderen soll der Ausschuss auch untersuchen, ob und inwieweit das Sicherheitsrecht fortentwickelt werden muss, um grundrechtliche Vertraulichkeitsgarantien effektiv zu gewährleisten. Der deutsche Gesetzgeber ist primär berufen, das Fachrecht der deutschen Sicherheitsbehörden zu regeln. Im Übrigen hängt die Überzeugungskraft von Vorschlägen, die gegenüber ausländischen Staaten zur Fortentwicklung von deren Sicherheitsrecht unterbreitet werden, auch vom Schutzstandard des eigenen Sicherheitsrechts ab (vgl. Ziffer B. III. des Einsetzungsbeschlusses).

Vor dem Hintergrund der bekannt gewordenen Überwachungstätigkeiten *ausländischer* Nachrichtendienste erörtere ich im Folgenden, inwieweit die *deutschen* Nachrichtendienste zu vergleichbaren Tätigkeiten mit Bezug zur Telekommunikation befugt sind und in welchem Umfang sie die daraus gewonnenen Erkenntnisse an ausländische Nachrichtendienste weitergeben dürfen. Insbesondere ist auch zu erörtern, ob die deutschen Nachrichtendienste nach geltendem Recht solche Daten anlasslos und großflächig für nachrichtendienstliche Zwecke vorhalten dürfen.

Aufgrund dieses Erkenntnisziels sind hier drei Regelungsgegenstände bedeutsam: erstens die Befugnisse zur Erhebung von Telekommunikationsdaten, zweitens die Befugnisse zur Weiterverarbeitung und insbesondere zur Bevorratung solcher Daten und drittens die Befugnisse zu ihrer Übermittlung ins Ausland. Die Ausführungen konzentrieren sich auf die materiellrechtlichen Vorgaben für diese Maßnahmen. Verfahrensrechtliche Sicherungen und Rechtsschutzmöglichkeiten bleiben weitgehend außer Betracht, da sie die inhaltliche Reichweite der materiellen Eingriffsermächtigungen nicht verändern, sondern allein ihre Beachtung gewährleisten können.

Ich erörtere in dieser Stellungnahme die Ermächtigungen des Bundesamts für Verfassungsschutz (im Folgenden: BfV) und des Bundesnachrichtendienstes (im Folgenden: BND). Der Militärische Abschirmdienst bleibt außer Betracht, da seine Befugnisse analog zu denen des BfV geregelt sind.² Die Untersuchung beschränkt sich weiter auf Inhalts- und Verkehrsdaten der Telekommunikation. Die weniger sensiblen Bestandsdaten werden nicht erörtert.

¹ Für eine breiter angelegte, auf Grundsatzfragen fokussierte Ausarbeitung verweise ich auf die Stellungnahme des Sachverständigen Prof. Dr. Hoffmann-Riem, für eine stärker grundrechtlich orientierte Erörterung auf die Stellungnahme des Sachverständigen Prof. Dr. Papier.

² Vgl. § 4a MADG und § 3 G 10.

Das geltende Recht wird in dieser Stellungnahme analysiert und anhand der verfassungsrechtlichen Anforderungen an nachrichtendienstliche Eingriffsermächtigungen bewertet. Die Vorgaben des Völker- und Unionsrechts bleiben hingegen weitgehend außer Betracht, da ich davon ausgehe, dass sie Gegenstand weiterer Anhörungen sein werden.

Im Einzelnen sind nach dem geltenden Recht und seiner Interpretation in der Praxis drei Formen der Erhebung von Telekommunikationsdaten zu unterscheiden, für die unterschiedliche rechtliche Grenzen bestehen und die darum im Folgenden getrennt voneinander analysiert werden: erstens die gezielte Erhebung von Telekommunikationsdaten über bestimmte Personen, zu der alle Nachrichtendienste nach dem G 10 und ihrem jeweiligen Fachrecht befugt sind (unten II.); zweitens die sogenannte strategische Beschränkung der Telekommunikation nach dem G 10 durch den BND (unten III.); drittens die reine Auslandsaufklärung durch den BND, die nach Auffassung der Bundesregierung außerhalb der Eingriffsermächtigungen des BNDG und des G 10 zulässig sein soll (unten IV.).

II. Gezielte Erhebung von Telekommunikationsdaten (§ 3 G 10, § 8a BVerfSchG, § 2a BNDG)

Die Nachrichtendienste können Telekommunikationsdaten gezielt erheben, um Erkenntnisse über bestimmte Personen zu erlangen. Wegen der Ermächtigungsgrundlagen für solche Datenerhebungen ist zwischen Telekommunikationsinhalten und Verkehrsdaten zu differenzieren: Die gezielte Erhebung von Telekommunikationsinhalten ist als sogenannte Beschränkung im Einzelfall im 2. Abschnitt des G 10 geregelt. Die gezielte Erhebung von Telekommunikations-Verkehrsdaten ist im Fachrecht der Nachrichtendienste geregelt. Hingegen richten sich die Bevorratung und Übermittlung von Telekommunikationsdaten einheitlich nach dem G 10. Diese Ermächtigungen sind weit gefasst und begegnen teils verfassungsrechtlichen Bedenken. Sie ermöglichen gleichwohl keine anlasslose flächendeckende Datenbevorratung durch die Nachrichtendienste.

1. Datenerhebung

Für die Datenerhebung ist zwischen inhaltsbezogenen Telekommunikationsüberwachungen und Verkehrsdatenerhebungen zu differenzieren:

a) Inhaltsbezogene Telekommunikationsüberwachung (§ 3 G 10)

Die Voraussetzungen für inhaltsbezogene Telekommunikationsüberwachungen finden sich für alle Nachrichtendienste einheitlich in § 3 G 10.

Diese Norm enthält zwei alternative Eingriffstatbestände: Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 G 10 darf die Telekommunikation überwacht werden, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht bestehen, dass jemand eine Straftat aus einem Straftatkatolog plant, begeht oder begangen hat. Nach § 3 Abs. 1 Satz 2 G 10 ist eine Überwachung zulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht bestehen, dass jemand Mitglied einer Vereinigung ist, die auf Straftaten gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes ausgerichtet ist.

Gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 G 10 darf sich die Überwachung nur gegen den Verdächtigen oder seine Kommunikationsmittler richten.

Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 G 10 muss die Überwachung dazu dienen, Gefahren für die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Bestand oder die Sicherheit des Bundes, eines Landes oder der in Deutschland stationierten NATO-Truppen abzuwehren. Dieses Erfordernis begrenzt allerdings den Ermächtigungstatbestand kaum. Insbesondere kann § 1 Abs. 1 Nr. 1 G 10 angesichts der Aufgabe der Nachrichtendienste, Bedrohungslagen im Vorfeld akuter Krisen aufzuklären, nicht so verstanden werden, dass bereits eine konkrete Gefahr im polizeirechtlichen Sinne vorliegen müsste.³

Die Ermächtigungen in § 3 Abs. 1 G 10 sind weit gefasst und ermöglichen Telekommunikationsüberwachungen bereits in eher diffusen Bedrohungslagen von teils nur geringem Gewicht. Sie stehen darum nicht in vollem Umfang mit dem Grundgesetz in Einklang.

Bei § 3 Abs. 1 Satz 1 G 10 ergibt sich dies zum einen daraus, dass als Überwachungsanlass bereits der Verdacht ausreicht, eine Katalogtat werde geplant. Damit wird eine Überwachung in einer Sachlage ermöglicht, in der vielfach nur ambivalente und ungewisse Anhaltspunkte auf eine Straftat hindeuten.⁴ Zum anderen enthält der Straftatenkatalog auch strafrechtliche Vorfeldtatbestände, die ihrerseits bereits Handlungen im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung unter Strafe stellen. Beispielhaft seien genannt die Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung (§ 129a StGB, Katalogtat nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 Buchstabe a G 10) oder die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (§ 89a StGB,⁵ Katalogtat nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 G 10). Wenn eine Überwachung an den Verdacht der Planung einer solchen Vorfeldstraftat anknüpft, kommt es gleichsam zu einer doppelten Vorverlagerung. Den Überwachungsanlass bildet in solchen Fällen eher die mutmaßliche „Gefährlichkeit“ bestimmter Personen als ein einzelfallbezogenes Wahrscheinlichkeitsurteil. Ob der Eingriffstatbestand des § 3 Abs. 1 Satz 1 G 10 damit in jeder Hinsicht den verfassungsrechtlichen Geboten der Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit genügt,⁶ erscheint darum zumindest sehr problematisch.⁷

Im Übrigen enthält der Straftatenkatalog des § 3 Abs. 1 Satz 1 G 10 teilweise wenig gewichtige Deliktstatbestände. Als besonders krasses Beispiel mag § 20 Abs. 1 VereinsG dienen, auf den § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 G 10 verweist. Diese Vorschrift stellt Fortführungshandlungen von Vereinen unter Strafe, die sofort vollziehbar⁸ verboten sind. Der Strafraum reicht bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe. Dies ist der niedrigste Strafraum, den das deutsche Strafrecht kennt. Es handelt sich darum nach der Bewertung des Strafgesetzgebers um ein Bagatelldelikt. Der Verdacht, dass eine solche Tat begangen oder gar erst geplant wird, kann eine so

³ Allgemeine Auffassung, etwa *F. Roggan*, G 10, 2012, § 1 Rn. 4; *B. Huber*, in: *W.-R. Schenke/K. Graulich/J. Ruthig* (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2014 (im Erscheinen), § 1 G 10 Rn. 28.

⁴ Insoweit kritisch auch *B. Huber*, in: *W.-R. Schenke/K. Graulich/J. Ruthig* (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2014 (im Erscheinen), § 3 G 10 Rn. 13.

⁵ Zur Weite dieses Straftatbestands und den daraus resultierenden rechtsstaatlichen Bedenken das Votum von *M. Bäcker, B. Hirsch und H. Wolff*, in: *Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetzgebung vom 28. August 2013*, S. 37 ff. und 52 ff.

⁶ Zu den Anforderungen mit Blick auf Telekommunikationsüberwachungen BVerfGE 110, 33 (53 ff.); 113, 348 (375 ff.); vgl. ferner BVerfGE 120, 274 (315 f.); 120, 378 (407 f.).

⁷ Zumindest deutliche Skepsis gegen Straftatenkataloge in präventiven Eingriffsermächtigungen äußert BVerfGE 125, 260 (329 f.).

⁸ Nach Bestandskraft des Vereinsverbots greift hingegen zumeist nicht mehr § 20 Abs. 1 VereinsG, sondern § 85 StGB.

schwer wiegende Eingriffsmaßnahme wie eine Telekommunikationsüberwachung nicht rechtfertigen.

Auch § 3 Abs. 1 Satz 2 G 10 ermöglicht eine Telekommunikationsüberwachung bereits deutlich im Vorfeld akuter Krisenlagen. Der Verdacht der Mitgliedschaft in einer Vereinigung kann bereits bestehen, wenn die genauen Ziele und das Gefährdungspotenzial der Vereinigung noch weitgehend unbekannt sind. Bedeutsam ist hierbei auch, dass der Eingriffstatbestand bereits einen strafrechtlich relevanten Zweck der Vereinigung ausreichen lässt; Anhaltspunkte für bereits begangene Straftaten sind danach nicht erforderlich.

b) Erhebung von Telekommunikations-Verkehrsdaten (§ 8a BVerfSchG, § 2a BNDG)

Die Ermächtigung des BfV, Telekommunikations-Verkehrsdaten zu erheben, findet sich in § 8a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 BVerfSchG. Das BfV darf solche Daten danach im Einzelfall bei Telekommunikationsanbietern erheben, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass schwerwiegende Gefahren für die in § 3 Abs. 1 BVerfSchG genannten Schutzgüter vorliegen.

Dieser Eingriffstatbestand weicht im Regelungsansatz von § 3 Abs. 1 G 10 ab und dürfte insgesamt noch weiter reichen. Ob der Begriff der Gefahr hier im Sinne des polizeirechtlichen Gefahrbegriffs zu verstehen ist ist nicht klar.⁹ Bei dieser Interpretation ergäbe sich das Folgeproblem, dass § 3 Abs. 1 BVerfSchG nicht *Schutzgüter* (vergleichbar dem polizeilichen Schutzgut der öffentlichen Sicherheit), sondern *Aufgaben* und *Objekte* des Verfassungsschutzes benennt. Allerdings mag es möglich sein, aus dieser Aufgabenzuweisung bestimmte Schutzgüter zu ermitteln. Dabei handelt es sich dann jedoch teils um eher vage Kollektivgüter wie die freiheitliche demokratische Grundordnung, die auswärtigen Belange der Bundesrepublik oder den Gedanken der Völkerverständigung. Wird eine Gefahrprognose auf solche Kollektivgüter bezogen, so droht sie erheblich an Trennschärfe zu verlieren. So könnte bereits die Existenz verfassungsfeindlicher Gruppierungen als Gefahr für die freiheitliche demokratische Grundordnung begriffen werden. Bei dieser Interpretation würde der Eingriffstatbestand angesichts der erheblichen Eingriffsintensität, die eine Verkehrsdatenerhebung annehmen kann, die Anforderungen des Art. 10 GG verfehlen. Dies gilt selbst dann, wenn davon ausgegangen wird, dass die grundrechtlichen Anforderungen an nachrichtendienstliche Eingriffsermächtigungen mit Blick auf die Aufgaben der Nachrichtendienste niedriger ausfallen als bei polizeirechtlichen Ermächtigungen.¹⁰

Die Ermächtigung in § 8a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 BVerfSchG ist deshalb nur dann verfassungskonform, wenn sie restriktiv am polizeirechtlichen Gefahrbegriff orientiert wird.¹¹ Danach müssen Anhaltspunkte für einen Zustand bestehen, in dem ein Schutzgut des Verfassungsschutzes konkret durch bestimmte drohende Handlungen bedroht ist. Es muss also eine Gefährdungslage im Einzelfall vorliegen, die zumindest ansatzweise nach Art, Ort, Zeit und Be-

⁹ Eingehend zur Verwendung des Gefahrbegriffs in Ermächtigungen des Nachrichtendienstrechts und zu den damit verbundenen Interpretationsproblemen der Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetzgebung vom 28. August 2013, S. 137 ff.

¹⁰ Vgl. zu der Möglichkeit einer solchen Absenkung der grundrechtlichen Maßstäbe einerseits BVerfGE 100, 313 (383); BVerfG, Urteil vom 24. April 2013 – 1 BvR 1215/07 –, Tz. 116 ff.; andererseits – für Maßnahmen höchster Eingriffsintensität – Art. 13 Abs. 4 GG sowie BVerfGE 120, 274 (329 ff.); 125, 260 (331 f.).

¹¹ Ähnlich *F.-R. Jach*, DÖV 2012, S. 797 (802 f.); vgl. zu der gleichlautenden Ermächtigung zur Erhebung von Kontodaten in § 5a Abs. 1 nwVSG BVerfGE 120, 274 (348 f.).

teiligten konturiert werden kann.¹² Zudem muss es sich um eine schwerwiegende Gefährdung handeln. Wird der Eingriffsanlass auf diese Weise als einzelfallbezogene Schadensprognose verstanden, so vermindert sich zugleich das Gewicht der geregelten Verkehrsdatenerhebung. Denn eine einzelfallbezogene Datenerhebung wird in der Regel weniger weit ausgreifen. Insbesondere wird sie normalerweise nicht dazu dienen, umfassende Sozial- und Bewegungsprofile über eine Vielzahl von Personen zu erstellen. Hierzu trägt auch bei, dass sich die Datenerhebung gemäß § 8a Abs. 3 BVerfSchG nur gegen Personen richten darf, die diese Gefahren mutmaßlich nachdrücklich fördern, sowie gegen die Kommunikationsmittler dieser Personen.

Verkehrsdatenerhebungen durch den BND richten sich nach § 2a BNDG. Diese Vorschrift verweist in ihrem Satz 2 wegen des Eingriffsanlasses auf § 8a Abs. 2 BVerfSchG mit der Modifikation, dass schwerwiegende Gefahren für die in § 5 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1-4 oder 6 genannten Gefahrenbereiche¹³ vorliegen müssen.

Auch dieser Eingriffstatbestand bereitet Interpretationsschwierigkeiten, da wenig klar ist, was eine Gefahr für einen Gefahrenbereich sein soll. Nahe liegend erscheint eine Auslegung, welche die Eingriffsschwellen von § 8a BVerfSchG und § 2a BNDG parallelisiert. Danach wäre zu fordern, dass Anhaltspunkte auf bestimmte grenzüberschreitende Gefährdungssachverhalte von erheblicher außen- und sicherheitspolitischer Relevanz deuten.

Die Datenerhebung darf sich gemäß § 2a Satz 3 BNDG nur gegen Personen richten, die mutmaßlich an der Schaffung oder Aufrechterhaltung der Gefahr beteiligt sind, sowie gegen deren Kommunikationsmittler.

2. Datenbevorratung und Datenübermittlung

Die Weiterverarbeitung erhobener Daten richtet sich sowohl für Inhalts- als auch für Verkehrsdaten einheitlich nach § 4 G 10. Denn § 8b Abs. 2 Satz 7 BVerfSchG (für den BND i.V.m. § 2a Satz 4 BNDG) verweist auf diese Norm.

Nach § 4 Abs. 1 G 10 dürfen die erhobenen Daten gespeichert und genutzt werden, soweit und solange sie im Rahmen der Aufgaben des jeweiligen Nachrichtendienstes für die Zwecke des § 1 Abs. 1 Nr. 1 G 10 benötigt werden, also zur Abwehr von Gefahren für die dort genannten nachrichtendienstlichen Belange. Die Relevanz der Daten ist unverzüglich nach der Erhebung und sodann turnusmäßig mindestens alle sechs Monate zu prüfen.

Im Hinblick auf Telekommunikationsinhalte, die nach § 3 Abs. 1 G 10 erhoben wurden, geht dieser Verarbeitungszweck deutlich über den Erhebungsanlass hinaus. Denn die abzuwehrenden Gefahren müssen nach dem Gesetzeswortlaut nicht mit den Straftaten zusammenhängen, deren mutmaßliche Planung oder Begehung zu der Telekommunikationsüberwachung geführt hat. Vielmehr decken sich die Schutzgüter, die § 1 Abs. 1 Nr. 1 G 10 aufführt, weitgehend mit den allgemeinen Schutzgütern des Nachrichtendienstrechts. Einmal erlangte Daten dürfen also nahezu umfassend bevorratet, ausgewertet und genutzt werden, soweit aus ihnen überhaupt Informationen gewonnen werden können, die für den erhebenden Nachrichtendienst

¹² Die m.E. nach wie vor gründlichste Auseinandersetzung mit dem Gefahrbegriff findet sich bei *T. Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge, 1983, S. 22 ff.; weiterführend aus jüngerer Zeit *R. Poscher*, Die Verwaltung 41 (2008), S. 345 ff.

¹³ Siehe zu § 5 Abs. 1 Satz 3 G 10 noch unten III. 1. a).

relevant sind. Der datenschutzrechtliche Zweckbindungsgrundsatz, der auch verfassungsrechtlich fundiert ist,¹⁴ wird damit in erheblichem Maß aufgeweicht.¹⁵

Im Hinblick auf Verkehrsdaten, die nach § 8a Abs. 2 BVerfSchG und § 2a BNDG von vornherein aufgrund einer niedrigeren Eingriffsschwelle erhoben werden dürfen, erweitert § 4 Abs. 1 G 10 den Weiterverarbeitungszweck gegenüber dem Erhebungsanlass weniger weitgehend. Auch insoweit fordert das Gesetz allerdings nicht, dass die Weiterverarbeitung sich gerade auf die Bedrohungslage beziehen muss, die den Erhebungsanlass gebildet hat.

Die erhobenen Telekommunikationsdaten dürfen nach § 4 Abs. 4 G 10 übermittelt werden. Diese Norm enthält keine Ermächtigung zu einer Übermittlung an ausländische Stellen. Sie knüpft vielmehr an die Aufgaben der deutschen Staatsgewalt an, bestimmte Straftaten zu verhindern oder zu verfolgen sowie verfassungsfeindliche Parteien und Vereinigungen zu verbieten.

Allerdings lässt sich einer Stellungnahme der Bundesregierung implizit entnehmen, dass die Nachrichtendienste des Bundes Datenübermittlungen ins Ausland auf der Grundlage von § 4 Abs. 4 G 10 für zulässig halten und in der Praxis auch durchführen oder durchführen wollen.¹⁶ Diese Interpretation der Norm findet im Gesetzeswortlaut keine Stütze und ist unzutreffend. Ausländische Stellen sind nicht dazu berufen, Straftaten nach dem StGB zu verhindern oder zu verfolgen, sondern wahren das Strafrecht ihrer Heimatrechtsordnung, das in § 4 Abs. 4 G 10 nicht in Bezug genommen wird. Es entspricht daher auch datenschutzrechtlichen Gepflogenheiten, Datenübermittlungen ins Ausland gesondert und ausdrücklich zu regeln,¹⁷ was in § 4 Abs. 4 G 10 gerade nicht geschehen ist. Da § 4 Abs. 4 G 10 als abschließende Regelung anzusehen ist, kann nicht auf weitere Übermittlungsermächtigungen zurückgegriffen werden, um eine Übermittlung der erhobenen Telekommunikationsdaten ins Ausland zu legitimieren.¹⁸

Schließlich ist der Anwendungsbereich des § 4 Abs. 4 G 10 problematisch: Diese Vorschrift bezieht sich auf die „erhobenen personenbezogenen Daten“. Unmittelbar durch die Telekommunikationsüberwachung erlangt sind Gesprächsinhalte oder Verkehrsdaten. Im internationalen nachrichtendienstlichen Verkehr werden hingegen gemeinhin nicht solche „rohen“ Quelldaten, sondern daraus gewonnene Erkenntnisse übermittelt.¹⁹ Damit stellt sich die Frage, ob auch die Übermittlung solcher Erkenntnisse unter § 4 Abs. 4 G 10 fällt oder ob sich eine solche Übermittlung, soweit die Erkenntnisse einen Personenbezug aufweisen, nach § 19 Abs. 2

¹⁴ Vgl. zuletzt BVerfG, Urteil vom 24. April 2013 – 1 BvR 1215/07 –, Tz. 106; eingehend mit Blick auf das verfassungsrechtliche Verbot einer Datensammlung auf Vorrat *P. Martini*, in: S. Emmenegger/A. Wiedmann (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 2, 2011, S. 301 (306 ff.), m.w.N. aus der Rechtsprechung des BVerfG.

¹⁵ *H. Wollweber*, ZRP 2001, S. 213 (215), führt beispielhaft an: „Speicherungsfähig kann danach z.B. die G 10-Erkenntnis sein, dass eine Aktivistin sich nach ihrer Schwangerschaft oder Krankheit wieder stärker für eine verfassungsfeindliche Bestrebung engagieren wird, ebenso die Tatsache, dass der Funktionär einer extremistischen Partei verschuldet ist oder über spezielle EDV- oder Sprachkenntnisse verfügt.“ Kritisch auch *F. Roggan*, *Nomos-Kommentar zum G-10-Gesetz*, 2012, § 4 Rn. 4.

¹⁶ Vgl. BT-Drs. 17/14560, S. 24; weniger klar BT-Drs. 17/14739, S. 10.

¹⁷ Vgl. § 7a G 10 sowie außerhalb dieses Gesetzes etwa § 4b BDSG; § 19 Abs. 2 und 3 BVerfSchG; § 32 Abs. 3, § 32a BPolG; §§ 14 f. BKAG.

¹⁸ *B. Huber*, NJW 2013, S. 2572 (2576).

¹⁹ Vgl. etwa BT-Drs. 17/14739, S. 3.

und 3 BVerfSchG (für den BND i.V.m. § 9 Abs. 2 BNDG) richtet. Wie diese Frage in der Praxis gehandhabt wird, ist mir nicht bekannt. Meiner Ansicht nach ist § 4 Abs. 4 G 10 maßgeblich auch für die Übermittlung von Erkenntnissen, die mittelbar aus erhobenen Telekommunikationsdaten gewonnen wurden. Denn die Erzeugung und Weiterleitung dieser Erkenntnisse greifen (wiederum) in das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG ein und müssen vor dem Schutzstandard dieses Grundrechts bestehen.²⁰

3. Fazit

Sowohl die Erhebungsermächtigungen in § 3 G 10, § 8a BVerfSchG und § 2a BNDG als auch die Weiterverarbeitungsermächtigung in § 4 G 10 sind weit gefasst. Einmal erhobene Daten dürfen in großem Ausmaß für nachrichtendienstliche Zwecke bevorratet, ausgewertet und genutzt werden. Die weite Fassung dieser Ermächtigungen begründet insbesondere im Hinblick auf § 3 G 10 teils auch verfassungsrechtliche Bedenken, die im Rahmen dieser Stellungnahme nur angerissen werden konnten.

Trotz ihrer erheblichen Weite ermöglichen die Ermächtigungen zu gezielten Datenerhebungen und die Folgeermächtigungen jedoch keine anlasslose und flächendeckende Datenbevorratung für nachrichtendienstliche Zwecke. Hierfür sind zwei Gründe maßgeblich:

Erstens setzen die Erhebungsermächtigungen voraus, dass es einen nachrichtendienstlich relevanten Erhebungsanlass gibt, wenngleich dieser Anlass nur grob umrissen wird. Zumindest muss eine ansatzweise konturierte Gefährdungslage bestehen, die sich auf bestimmte Personen beziehen lässt. Nur gegenüber diesen Personen und ihren Kommunikationsmittlern ist die Datenerhebung zulässig. Eine Datenerhebung über jedermann oder über weite Bevölkerungskreise ist danach ausgeschlossen.

Zweitens verlangt die Bevorratungsermächtigung, die erhobenen Daten unverzüglich und danach turnusmäßig auf ihre nachrichtendienstliche Relevanz zu prüfen. Fällt diese Prüfung negativ aus, so sind die Daten zu löschen. Daten dürfen darum nicht schon deshalb bevorratet werden, weil sie irgendwann einmal relevant werden könnten.

Schließlich eignen sich die Ermächtigungen zu gezielten Datenerhebungen nicht als Ausgangspunkt für eine internationale nachrichtendienstliche Zusammenarbeit, da die erhobenen Daten nicht ins Ausland übermittelt werden dürfen. Dies gilt auch für nachrichtendienstliche Erkenntnisse, die auf erhobenen Telekommunikationsdaten beruhen. Die teils anscheinend gegenläufige Praxis der Nachrichtendienste ist rechtswidrig.

III. Strategische Beschränkungen durch den Bundesnachrichtendienst (§ 5 G 10)

Der Bundesnachrichtendienst darf über die gezielte Datenerhebung hinaus den internationalen Telekommunikationsverkehr mit bestimmten Ländern oder Regionen auch strategisch überwachen.

Eine solche strategische Überwachung ist nach der gesetzlichen Konzeption ein gestufter Geschehensablauf. Der BND beschafft sich – mittels eigener Überwachungseinrichtungen²¹ oder bei einem Telekommunikationsunternehmen, das zur Mitwirkung verpflichtet ist²² – zunächst

²⁰ BVerfGE 100, 313 (359); BVerfG, Urteil vom 24. April 2013 – 1 BvR 1215/07 –, Tz. 225.

²¹ Vgl. § 10 Abs. 6 Satz 2 G 10.

²² § 2 G 10.

einen Rohdatenstrom. Diesen Rohdatenstrom wertet der BND mit Hilfe von Suchbegriffen aus.²³ Dabei wird zwischen inhaltlichen und formalen Suchbegriffen unterschieden: Mit inhaltlichen Suchbegriffen werden Telekommunikationsverkehre ausgesondert, deren Thema einen Bezug zu den in § 5 Abs. 1 Satz 3 G 10 genannten Gefahrenbereichen aufweist, die der BND aufklären soll. Beispiele bilden die Bezeichnungen bestimmter Stoffe oder bekannte Codewörter. Mit formalen Suchbegriffen sucht der BND nach Telekommunikationskontakten zu Personen oder Einrichtungen, die mit diesen Gefahrenbereichen in Verbindung stehen. Beispiele bilden Telefonnummern oder E-Mail-Adressen.²⁴ In der Praxis werden, soweit aus öffentlich zugänglichen Quellen ersichtlich, überwiegend formale Suchbegriffe eingesetzt, die eine höhere Treffgenauigkeit aufweisen.²⁵ Die Treffer, die sich bei diesem Suchlauf ergeben, werden auf ihre Relevanz für die Aufklärung der Gefahrenbereiche des § 5 Abs. 1 Satz 3 G 10 untersucht. Relevante Daten darf der BND weiterverarbeiten.²⁶

Das Bundesverfassungsgericht hat die Vorgängerregelungen zu den heutigen Ermächtigungen in einem Urteil vom Dezember 1999 (im Folgenden: G 10-Urteil) weitgehend bestätigt.²⁷ Seitdem haben sich allerdings sowohl die Rechtslage als auch die tatsächlichen, insbesondere technischen Umstände erheblich geändert. Ob das geltende Recht einer sehr weitreichenden Erfassung und Auswertung des Telekommunikationsverkehrs zwischen der Bundesrepublik und bestimmten anderen Staaten oder sogar Weltregionen durch den Bundesnachrichtendienst noch wirksame Grenzen setzt, ist fragwürdig. Denn das Gesetz lässt jedenfalls Auslegungen zu, die auf eine annähernd vollständige Erhebung des Telekommunikationsverkehrs mit bestimmten ausländischen Staaten und eine weitreichende Erhebung auch des inländischen Telekommunikationsverkehrs hinauslaufen. Es ist darum zweifelhaft, ob die Ermächtigung zu strategischen Überwachungen heute noch in jeder Hinsicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Erst auf den Ebenen der Datenbevorratung und der Datenübermittlung wird eine anlasslose und flächendeckende Datensammlung zuverlässig unterbunden.

1. Datenerhebung

Das G 10 enthält verschiedene Vorkehrungen, um die Befugnis des BND zu strategischen Beschränkungen zu begrenzen. Im Einzelnen finden sich Regelungen über die zulässigen Aufklärungsziele sowie über Gegenstand, Ausmaß und Modalitäten der Überwachung. Allerdings erscheint bei allen begrenzenden Regelungen fragwürdig, inwieweit sie die Überwachungstätigkeit des BND tatsächlich wirksam einschränken. Dies gilt insbesondere im Vergleich zu den Regelungen, die das Bundesverfassungsgericht im G 10-Urteil verfassungsrechtlich zu beurteilen hatte. Die Verfassungsmäßigkeit der heutigen Ermächtigungen zu strategischen Beschränkungen kann darum nicht einfach mit diesem Urteil begründet werden.

²³ § 5 Abs. 2 G 10.

²⁴ B. Huber, in: W.-R. Schenke/K. Graulich/J. Ruthig (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2014 (im Erscheinen), § 5 G 10 Rn. 33.

²⁵ Vgl. BT-Drs. 17/12773, S. 7; BT-Drs. 18/218, S. 7; wohl auch BT-Drs. 17/9640, S. 7; ebenso auf dem Stand des Jahres 1999 BVerfGE 100, 313 (380).

²⁶ § 6 Abs. 1 G 10.

²⁷ BVerfGE 100, 313.

a) Aufklärungsziele

Die zulässigen Aufklärungsziele strategischer Beschränkungen werden in § 5 Abs. 1 Satz 3 G 10 genannt, der bestimmte Gefahrbereiche aufzählt. Neben der Gefahr eines bewaffneten Angriffs auf die Bundesrepublik werden terroristische Anschläge, Proliferationshandlungen sowie bestimmte Formen der grenzüberschreitenden organisierten Kriminalität (Einfuhr von Betäubungsmitteln, Geldfälschungen, Geldwäsche und Einschleusen von Personen) genannt.

Diese Aufklärungsziele begrenzen zum einen die Auswahl der Zielregionen und Suchbegriffe, zum anderen – aufgrund der datenschutzrechtlichen Zweckbindung²⁸ – die Weiterverarbeitung der erhobenen Daten. Hingegen setzt eine strategische Beschränkung keinen Gefahr- oder Tatverdacht im Einzelfall voraus, sondern allenfalls eine kaum konturierte allgemeine Bedrohungslage.²⁹ Hinsichtlich der meisten Gefahrbereiche ermöglicht das G 10 dem BND deshalb eine permanente Überwachungstätigkeit, da stets mit entsprechenden Gefährdungen zu rechnen ist.

b) Gegenstand der Überwachung

Den Gegenstand der Überwachung regelt § 5 Abs. 1 G 10. Danach darf der BND die Telekommunikation unabhängig vom technischen Übertragungsweg überwachen. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zu der Vorgängerfassung der Ermächtigung, die Gegenstand des G 10-Urteils war. Seinerzeit durfte nur die nicht leitungsgebundene (im Wesentlichen über Satelliten verlaufende) Telekommunikation überwacht werden, was die Reichweite der Überwachungsbefugnis deutlich einschränkte. Darin lag eine der Begrenzungen, aufgrund derer das Bundesverfassungsgericht die damalige Ermächtigung zu strategischen Beschränkungen für verhältnismäßig hielt.³⁰ Praktisch irrelevant ist hingegen die Vorgabe in § 5 Abs. 1 Satz 1 G 10, dass Telekommunikationsbeziehungen nur insoweit überwacht werden dürfen, als eine gebündelte Übertragung erfolgt. Denn nicht-gebündelt wird Telekommunikation nur noch auf der „letzten Meile“ der einzelnen Teilnehmeranschlussleitung bzw. auf der Mobilfunkstrecke zwischen dem einzelnen Endgerät und der Funkzelle übertragen. Auf diesen individualisierten Übertragungswegen kann aber eine strategische Beschränkung ohnehin nicht ansetzen, da sie sich gerade nicht gezielt gegen einzelne Personen richten darf.

Allerdings darf eine strategische Beschränkung allein internationale Telekommunikationsbeziehungen auswerten. Diese Vorgabe folgt der Aufgabe des Bundesnachrichtendienstes zur Auslandsaufklärung.³¹ Der Begriff der internationalen Telekommunikationsbeziehung wird dabei in der Praxis insoweit eng interpretiert, als nur Telekommunikationsverkehre von oder nach Deutschland erfasst sein sollen.³²

²⁸ Zum Ausmaß der Zweckbindung bei der strategischen Telekommunikationsüberwachung unten III. 2.

²⁹ Die Verdachtslosigkeit der Überwachung betont BVerfGE 100, 313 (383); zumindest terminologisch schiefe hingegen *B. Huber*, in: W.-R. Schenke/K. Graulich/J. Ruthig (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2014 (im Erscheinen), § 5 G 10 Rn. 17, der den Überwachungsanlass als „Gefahrverdacht“ kennzeichnet, dabei aber den Einzelfallbezug eines solchen Verdachts nicht berücksichtigt.

³⁰ Vgl. BVerfGE 100, 313 (376 ff., 384).

³¹ *B. Huber*, in: W.-R. Schenke/K. Graulich/J. Ruthig (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2014 (im Erscheinen), § 5 G 10 Rn. 2.

³² Die Überwachung reiner Auslandskommunikation soll dagegen nicht unter das G 10 fallen, sondern wird auf die Aufgabenzuweisung in § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG gestützt, näher unten IV. 1.

Das Bundesverfassungsgericht hat im G 10-Urteil auch die Beschränkung auf internationale Telekommunikation als einen der Faktoren hervorgehoben, welche die strategische Überwachung in Grenzen halten und so ihre Verhältnismäßigkeit gewährleisten.³³ Allerdings erscheint fragwürdig, ob sich diese Beschränkung unter heutigen technischen Bedingungen überhaupt trennscharf handhaben lässt. Dies gilt insbesondere für die Internetkommunikation.

Eine an der Aufgabe des Bundesnachrichtendienstes orientierte Auslegung des Tatbestandsmerkmals der internationalen Telekommunikationsbeziehung muss auf die Kommunikationspartner abstellen. 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 Ausland aufhält. Befinden sich zu den maßgeblichen Zeitpunkten alle Kommunikationspartner in Deutschland, so handelt es sich nicht um internationale Telekommunikation.

Zu beachten ist dabei, dass die Inhalte auch bei einer rein innerdeutschen Kommunikation über das Ausland versandt worden sein können.³⁴ So sind viele Anbieter von netzbasierten Kommunikationsdiensten im Ausland ansässig oder nutzen zumindest informationstechnische Systeme im Ausland, um ihre Leistungen zu erbringen. Zudem nutzen inländische Anbieter von Netzzugangsleistungen teilweise Netze im Ausland, um Daten zu übertragen, und zwar mitunter auch dann, wenn die Daten letztlich nach Deutschland zurückgelangen sollen. Angesichts dessen wäre es unterkomplex, aus der Übertragung von Inhalten über das Ausland auf einen internationalen Telekommunikationsverkehr im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 1 G 10 zu schließen. Auch wenn etwa ein Übertragungskabel überwacht wird, das vom Inland ins Ausland führt, kann ein erheblicher Teil der übertragenen Telekommunikation letztlich für das Inland bestimmt sein.

Allerdings wird es vielfach oder sogar regelmäßig nicht möglich sein, bei einer Überwachung auf der Übertragungsstrecke zuverlässig festzustellen, wo sich Absender und Empfänger eines bestimmten Telekommunikationsverkehrs bei Versendung und Empfang befanden oder befinden werden. Wird beispielsweise eine E-Mail auf dem Weg zwischen den E-Mail-Servern des Absenders und des Empfängers mitgeschnitten, so lässt sich oftmals nicht angeben, von wo aus die E-Mail an den Absender-Server versandt wurde, und zumindest in der Regel nicht absehen, von wo aus die E-Mail letztlich vom Empfänger-Server heruntergeladen wird.

Das Tatbestandsmerkmal der internationalen Telekommunikationsbeziehung birgt damit so erhebliche Anwendungsprobleme, dass sein Begrenzungspotenzial als gering zu veranschlagen ist, zumindest wenn es nicht durch rechtlich verbindliche untergesetzliche Vorgaben konkretisiert wird.³⁵ Denn es liegt ansonsten nahe, dieses Tatbestandsmerkmal mit Faustregeln auszufüllen, die je nach Zuschnitt dazu führen können, dass in erheblichem Ausmaß Inlandskommunikation mit überwacht wird. Beispielsweise könnte doch auf die Internationalität der Übertragungsstrecke abgestellt werden, so dass etwa Datenverkehr über ein Kabel, das von der Bundesrepublik ins Ausland führt, stets als internationaler Verkehr angesehen wird. Alternativ dazu könnte auf der Diensteebene mit entsprechenden Vermutungen gearbeitet wer-

³³ BVerfGE 100, 313 (376 f., 384).

³⁴ Ebenso Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, 24. Tätigkeitsbericht, 2013, S. 107.

³⁵ Kritisch auch *J. Caspar*, PinG 2014, S. 1 (2 f.).

den, etwa dass sich jemand in Deutschland aufhält, der eine E-Mail-Adresse mit der deutschen länderspezifischen Top-Level-Domain .de nutzt. Eine solche Vermutung wäre noch deutlich unpräziser als etwa die Annahme, dass sich ein Mobilfunkgerät mit einer deutschen Landesvorwahl im Inland befindet.

Der Gegenstand der Überwachung ist in einem zweistufigen Verfahren zu konkretisieren: Auf der ersten Stufe sind nach § 5 Abs. 1 Satz 2 G 10 die zu überwachenden Telekommunikationsbeziehungen zu bestimmen. Diese Bestimmung kann sehr weit gefasst werden; in der Praxis werden darin Staaten oder sogar ganze geografische Regionen zu Zielgebieten der Überwachung erklärt.³⁶

Auf der zweiten Stufe sind nach § 10 Abs. 4 Satz 2 G 10 in der Überwachungsanordnung neben dem Zielgebiet der Überwachung die Übertragungswege zu bezeichnen, auf die sich die Überwachung bezieht. Die Gesetzesbegründung nennt als Übertragungswege, die in Betracht kommen, „konkrete Satellitenverbindungen (z.B. die über den Satelliten X)“ sowie „konkrete internationale Kabelverbindungen (z.B. das Lichtwellenleiterkabel von A nach B)“.³⁷ Sprachlich könnte der Begriff des Übertragungswegs allerdings auch weniger kleinteilig verstanden werden. Zum Übertragungsweg könnten bei der Netzkommunikation auch die Netzknoten gezählt werden, an denen mehrere Netze (Kabel) miteinander verbunden sind.³⁸ Selbst bei einem restriktiven Verständnis des Übertragungswegs lässt sich allerdings das Ausmaß der Überwachung praktisch beliebig steigern, indem entsprechend viele Übertragungswege in der Anordnung angegeben werden.

c) Ausmaß der Überwachung

Eine Obergrenze für das Ausmaß der Überwachung enthält § 10 Abs. 4 Sätze 3 und 4 G 10. Danach muss die Überwachungsanordnung festlegen, welcher Anteil der auf den betroffenen Übertragungswegen zur Verfügung stehenden Übertragungskapazität überwacht werden darf. Dieser Anteil darf höchstens 20% betragen.

Nach der Gesetzesbegründung soll diese Obergrenze die Ausdehnung der Überwachungsermächtigung auf den leitungsgebundenen Telekommunikationsverkehr kompensieren und so dazu beitragen, dass die Ermächtigung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt.³⁹ Ob die Obergrenze das Ausmaß der Überwachung tatsächlich vergleichbar wirksam begrenzt, ist aber aus zwei Gründen problematisch:

Zum einen bemisst sich die Obergrenze nicht etwa nach dem tatsächlichen Übertragungsvolumen. Wenn es in der Gesetzesbegründung heißt, die Obergrenze gebe an, „welcher Anteil der mit einem bestimmten Zielgebiet anfallenden Menge von Telekommunikationen“ überwacht werden dürfe,⁴⁰ so ist dies in doppelter Hinsicht eine schiefe Formulierung. Maßgeblich ist zum einen nach dem Wortlaut der Ermächtigung vielmehr die *Übertragungskapazität*.⁴¹

³⁶ B. Huber, in: W.-R. Schenke/K. Graulich/J. Ruthig (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2014 (im Erscheinen), § 5 G 10 Rn. 5.

³⁷ BT-Drs. 14/5655, S. 23.

³⁸ So auch der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit in seiner Unterrichtung vom 14. November 2011, BT-Drs. 18/59, S. 4.

³⁹ BT-Drs. 14/5655, S. 18.

⁴⁰ BT-Drs. 14/5655, S. 18.

⁴¹ So auch die Bundesregierung, BT-Drs. 17/14739, S. 14.

Zum anderen kommt es nicht auf den gesamten Telekommunikationsverkehr in ein bestimmtes Zielgebiet an, der sich praktisch auch nicht mengenmäßig bemessen ließe, sondern auf den einzelnen Übertragungsweg, für den die Überwachungsanordnung gilt.

Übertragungswege werden – zumal im Internet – so angelegt, dass die maximale Übertragungskapazität möglichst nicht ausgeschöpft wird, da es ansonsten zu Überlastungen und Datenverlusten käme. Es erscheint realistisch, dass selbst eine Auslastung von 20% auf vielen Übertragungswegen nur in Stoßzeiten erreicht wird. Zahlen sind etwa für den – gemessen am Datendurchsatz – größten Internet-Knoten der Welt verfügbar, den DE-CIX in Frankfurt. Der DE-CIX verfügt derzeit über eine Übertragungskapazität von 10 Tbit/s.⁴² Die Auslastung liegt selbst in Stoßzeiten lediglich bei etwa 2,5 – 3 Tbit/s. Das bisherige Maximum betrug 3,4 Tbit/s. Im Tagesdurchschnitt bleibt die Auslastung unter 2 Tbit/s.⁴³ Je nach genauer Berechnung der Obergrenze (etwa bei einer tageweisen Berechnung des Überwachungsvolumens) würde es § 10 Abs. 4 Satz 4 G 10 damit zulassen, den Datenverkehr am DE-CIX vollständig mitzuschneiden.

Selbst wenn auf einem bestimmten Übertragungsweg das Übertragungsvolumen regelmäßig die 20%-Grenze überschreitet und darum nicht vollständig überwacht werden darf, ist zum anderen problematisch, wann genau eine Überwachung im Sinne von § 10 Abs. 4 Satz 3 G 10 vorliegt, welche auf das Höchstmaß anzurechnen ist. Eine strenge Auslegung der Norm ginge dahin, eine solche Überwachung für den gesamten Datenstrom anzunehmen, der an den Bundesnachrichtendienst gelangt. Allerdings liegt es nahe, dass der Bundesnachrichtendienst nicht den gesamten Datenstrom mittels der Suchbegriffe auswertet. Vielmehr dürfte vorher zumindest inländischer Telekommunikationsverkehr – wie treffsicher auch immer – ausgesondert werden.⁴⁴ Vorstellbar sind auch weitere Vorselektionsmechanismen, die etwa auf der Ebene des Übertragungsprotokolls ansetzen könnten. Wird als Überwachung erst die inhaltliche Auswertung mittels Suchbegriffen verstanden, so dürfte die 20%-Grenze vielfach keine Restriktion bewirken. Wie die Norm in der Praxis ausgelegt wird, ist mir nicht bekannt. Allerdings hat die Bundesregierung in einer Stellungnahme angegeben, der BND lasse sich von den Telekommunikationsunternehmen eine „vollständige Kopie der Telekommunikationen bereitstellen, die in den angeordneten Übertragungswegen vermittelt wird.“ Diese Überwachungskopie werde „durch Abfolge festgelegter Bearbeitungsschritte“ weiterverarbeitet.⁴⁵ Dieses Vorgehen scheint mir eher für eine großzügige Interpretation von § 10 Abs. 4 Satz 3 G 10 zu sprechen, nach der erst ab einem bestimmten „Bearbeitungsschritt“ eine quotenwirksame Überwachung vorliegt.

d) Modalitäten der Überwachung

Vorgaben für die Modalitäten der Überwachung finden sich in § 5 Abs. 2 Satz 2 G 10. Diese Vorschrift regelt, welche Suchbegriffe genutzt werden dürfen. Insbesondere verbietet die Norm die Verwendung von formalen Suchbegriffen, welche Identifizierungsmerkmale enthalten, die zu einer gezielten Erfassung bestimmter Telekommunikationsanschlüsse führen. Das

⁴² <https://www.de-cix.net/about/quick-facts/> (letzter Abruf am 18. Mai 2014).

⁴³ <https://www.de-cix.net/about/statistics/> (letzter Abruf am 18. Mai 2014).

⁴⁴ So die Praxis des Bundesnachrichtendienstes bei der früheren Überwachung der Satellitenkommunikation, vgl. BVerfGE 100, 313 (380); vgl. zur aktuellen Praxis BT-Drs. 17/14739, S. 14.

⁴⁵ BT-Drs. 17/9640, S. 4.

Bundesverfassungsgericht hat im G 10-Urteil ausgeführt, diese Vorgabe sei verfassungsrechtlich geboten, um die Verdachtslosigkeit der Eingriffe, die Breite der erfassten Fernmeldekontakte und die Identifizierbarkeit der Beteiligten partiell zu kompensieren.⁴⁶ Allerdings verfehlt die Norm bei dem heutigen technischen Stand teils ihr Ziel, eine gezielte Überwachung bestimmter Personen zu verhindern. Zudem enthält § 5 Abs. 2 Satz 3 G 10 eine höchst bedenkliche Ausnahme für ausländische Telekommunikationsanschlüsse.

Das Verbot bestimmter personenbezogener Suchbegriffe ist heute zu eng gefasst. Grund hierfür ist der Bezug dieses Verbots auf Telekommunikations*anschlüsse*. Ein Verbot der gezielten Erfassung bestimmter Telekommunikationsanschlüsse schützt vor der gezielten Erfassung bestimmter Telekommunikationsteilnehmer nur dann umfassend, wenn Telekommunikationskontakte stets durch einen Bezug auf bestimmte Telekommunikationsanschlüsse (insbesondere durch eine Rufnummer) zugeordnet werden. Dies ist jedoch bei der Internetkommunikation nicht durchweg der Fall.

Ein Telekommunikationsanschluss ist nach § 2 Nr. 10 TKÜV der durch eine Rufnummer oder andere Adressierungsangabe eindeutig bezeichnete Zugang zu einer Telekommunikationsanlage, der es einem Nutzer ermöglicht, Telekommunikationsdienste mittels eines geeigneten Endgeräts zu nutzen. Eine Telekommunikationsanlage ist nach § 3 Nr. 23 TKG eine technische Einrichtung, die als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden, übertragen, vermitteln, empfangen, steuern oder kontrollieren kann.

Es liegt nahe, diese Definitionen auch zur Auslegung von § 5 Abs. 2 Satz 2 G 10 heranzuziehen. Die Begriffe der Telekommunikationsanlage und des damit verbundenen Telekommunikationsanschlusses beziehen sich danach auf die technische Ebene der Signalübertragung, nicht aber auf die Diensteebene, die auf der Signalübertragung aufsitzt. Damit sind Teilnehmerkennungen auf der Diensteebene vom Begriff des Telekommunikationsanschlusses nicht umfasst. Solche Kennungen unterfallen deshalb nicht dem Verbot des § 5 Abs. 2 Satz 3 G 10 und dürfen unbeschränkt als formale Suchbegriffe genutzt werden.

Beispielsweise beziehen sich E-Mail-Adressen auf E-Mail-Postfächer und nicht auf Telekommunikationsanschlüsse.⁴⁷ Von welchem Telekommunikationsanschluss aus eine E-Mail versandt oder abgerufen wird, ist für die Individualisierung von Absender und Empfänger irrelevant. Ein E-Mail-Postfach kann vielmehr grundsätzlich von jedem Telekommunikationsanschluss weltweit aus angesteuert werden. Wird der Wortlaut von § 5 Abs. 2 Satz 2 G 10 ernst genommen, so verbietet die Norm darum nicht, den Datenstrom gezielt anhand bestimmter E-Mail-Adressen auszuwerten, obwohl die grundrechtliche Gefährdungslage nicht weniger schwer wiegt als etwa bei einer Auswertung mittels bestimmter Telefonnummern.

Das Verbot einer gezielten Erfassung bestimmter Telekommunikationsanschlüsse wird zudem dadurch erheblich relativiert, dass dieses Verbot nach § 5 Abs. 2 Satz 3 G 10 nicht für Telekommunikationsanschlüsse im Ausland gilt, sofern deren Inhaber oder regelmäßige Nutzer keine deutschen Staatsangehörigen sind. Diese Regelung ist verfassungsrechtlich nicht tragfähig. Das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG ist kein Deutschengrundrecht und schützt auch

⁴⁶ BVerfGE 100, 313 (384).

⁴⁷ Konsequentermaßen regelt § 111 Abs. 1 Satz 3 TKG die Verpflichtung von E-Mail-Anbietern zur Speicherung bestimmter Bestandsdaten zusätzlich zu der entsprechenden Verpflichtung der Anbieter von Telekommunikationsanschlüssen.

die ausländischen Inhaber ausländischer Telekommunikationsanschlüsse.⁴⁸ Die gesetzliche Differenzierung zwischen Deutschen im In- oder Ausland einerseits und Ausländern im Ausland andererseits beruht auf keinem sachlichen Grund und verletzt deshalb Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 GG.⁴⁹

2. Datenbevorratung und Datenübermittlung

Die Weiterverarbeitung der erhobenen Daten richtet sich nach § 6 G 10. Danach dürfen die Daten gespeichert und genutzt werden, soweit und solange der BND sie zur Aufklärung der in § 5 Abs. 1 Satz 3 G 10 bezeichneten Gefahrbereiche benötigt. Die Relevanz der Daten ist unverzüglich nach der Erhebung und sodann turnusmäßig mindestens alle sechs Monate zu prüfen. Weiterverarbeitungszweck und Erhebungszweck sind damit – anders als bei § 4 Abs. 4 G 10⁵⁰ – weitgehend deckungsgleich. Allerdings ermöglicht § 6 G 10 nach seinem Wortlaut die Speicherung von Zufallstreffern, die bei der Recherche zu einem Gefahrbereich aufgefunden werden und für einen anderen Gefahrbereich relevant sind.

Die Übermittlung von Daten, die durch eine strategische Beschränkung gewonnen wurden, an ausländische Nachrichtendienste richtet sich nach § 7a G 10. Eine Übermittlung ist nur bei Beschränkungen zulässig, die sich auf bestimmte Gefahrbereiche (Terrorismus, Proliferation, Schleusungen) beziehen. Auch ansonsten bestehen für die Übermittlung hohe Hürden. Materiell setzt die Übermittlung voraus, dass sie zur Wahrung außen- oder sicherheitspolitischer Belange der Bundesrepublik Deutschland oder erheblicher Sicherheitsinteressen des ausländischen Staates erforderlich ist. Werden diese Kollektivgüter restriktiv bestimmt, so beschränkt sich die Übermittlungsermächtigung auf schwerwiegende Krisenlagen. Die Gesetzesbegründung nennt beispielhaft eine terroristische Gefahr mit Bezug zur Bundesrepublik oder einen unmittelbar bevorstehenden Anschlag im Empfängerland.⁵¹ Darüber hinaus muss der Empfängerstaat ein angemessenes Datenschutzniveau sowie eine Datenverwendung im Einklang mit grundlegenden rechtsstaatlichen Prinzipien gewährleisten. Schließlich muss das Prinzip der Gegenseitigkeit gewahrt sein. In der Praxis wird von der Übermittlungsbefugnis nur selten Gebrauch gemacht: Nach Inkrafttreten von § 7a G 10 im Jahr 2009 erfolgten erstmals im Jahr 2012 drei Übermittlungen aufgrund dieser Vorschrift.⁵²

Ebenso wie bei der gezielten Erhebung von Telekommunikationsdaten stellt sich allerdings auch bei § 7a G 10 die Frage, wie weit der Anwendungsbereich der Norm reicht. Wird als Übermittlung im Sinne dieser Vorschrift nur die Übermittlung der Quelldaten angesehen, die unmittelbar durch eine strategische Beschränkung gewonnen wurden, so richtet sich die Übermittlung von Erkenntnissen, die aufgrund dieser Quelldaten gebildet wurden, nach den

⁴⁸ Näher unten IV. 2.

⁴⁹ Wie hier *R. Müller-Terpitz*, Jura 2000, S. 296 (302); *B. Huber*, NJW 2013, S. 2572 (2573 f.); im Ergebnis ebenso für Verfassungswidrigkeit von § 5 Abs. 2 Satz 3 G 10 etwa *W. Durner*, in: T. Maunz/G. Dürig (Begr.), GG, Stand 2010, Art. 10 Rn. 186; *C. Gusy*, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2010, Art. 10 Rn. 99; *F. Roggan*, G 10, 2012, § 5 Rn. 22; *G. Hermes*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 10 Rn. 43; *J. Caspar*, PinG 2014, S. 1 (5). Das Bundesverfassungsgericht hat im G 10-Urteil offen gelassen, ob die gleichläufige Vorgängerregelung verfassungsgemäß war, weil diese Regelung nicht zulässigerweise gerügt war, BVerfGE 100, 313 (384).

⁵⁰ Dazu oben II. 2.

⁵¹ BT-Drs. 16/509, S. 10.

⁵² Vgl. BT-Drs. 17/12773, S. 8; BT-Drs. 18/218, S. 9.

erheblich weniger restriktiven Regelungen in § 19 Abs. 2 und 3 BVerfSchG i.V.m. § 9 Abs. 2 BNDG. Die Gesetzesbegründung zu § 7a G 10 deutet einen engen Anwendungsbereich der Norm an, indem sie als Anwendungsbeispiel die – in der Praxis selten vorkommende – Übermittlung des Wortlauts eines Telefongesprächs nennt.⁵³ Eine Stellungnahme der Bundesregierung geht hingegen dahin, dass auch die Übermittlung von Auswertungsergebnissen an § 7a G 10 gemessen wird, die auf der Grundlage erhobener Telekommunikationsdaten erzeugt wurden.⁵⁴ Verfassungsrechtlich ist diese weitere Bestimmung des Anwendungsbereichs der Norm geboten.⁵⁵

3. Fazit

Die Ermächtigung zu strategischen Beschränkungen ermöglicht dem Bundesnachrichtendienst eine weitreichende anlasslose Erfassung und Auswertung von Inhalten und Verkehrsdaten der grenzüberschreitenden Telekommunikation. Die Vorgaben zu Gegenstand, Ausmaß und Modalitäten der Überwachung schränken diese Befugnis unter den heutigen technischen Rahmenbedingungen kaum ein. Daher bestehen erhebliche Zweifel, ob § 5 G 10 den Anforderungen des Art. 10 GG genügt.

Eine anlasslose großflächige Bevorratung von Telekommunikationsdaten für nachrichtendienstliche Zwecke verhindert das G 10 hingegen insoweit, als der Bundesnachrichtendienst den erlangten Rohdatenstrom unverzüglich auswerten muss und nur nachrichtendienstlich relevante Daten weiter speichern darf.

Zudem enthält § 7a G 10 restriktive Regelungen für einen Datentransfer an ausländische Nachrichtendienste. Es ist geboten, den Anwendungsbereich dieser Norm auf die Übermittlung von Erkenntnissen zu erstrecken, die auf erhobenen Telekommunikationsdaten beruhen.

IV. (Strategische) Auslandsaufklärung des Bundesnachrichtendienstes ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung?

Mehreren Äußerungen der Bundesregierung lässt sich entnehmen, dass der BND außerhalb der strategischen Telekommunikationsüberwachung nach § 5 G 10 eine Auslandsaufklärung betreibt, die sich auch auf Telekommunikationsdaten erstreckt. Diese Aufklärung beruht auf der Rechtsauffassung, dass eine reine Auslandstätigkeit des BND weitgehend nicht dem Fachrecht dieser Behörde unterfallen soll. Auf dieser Grundlage könnte der BND die Telekommunikation im Ausland anlasslos und flächendeckend überwachen und die Überwachungsergebnisse annähernd nach Belieben bevorraten und übermitteln. Diese Rechtsauffassung ist jedoch verfassungsrechtlich nicht haltbar. Die Auslandsaufklärung des BND ist darum rechtswidrig, soweit sie sich nicht auf die Ermächtigungen des G 10 und des BNDG stützt. Sie muss darum auch die dort vorgesehenen Verfahren einhalten.

1. Rechtsauffassung des Bundesnachrichtendienstes und der Bundesregierung

Aus verschiedenen Äußerungen der Bundesregierung ergibt sich, dass der Bundesnachrichtendienst im Rahmen der Auslandsaufklärung auch Telekommunikationsdaten erhebt, ohne sich dabei auf die Überwachungsermächtigungen des G 10 oder des BNDG zu stützen.

⁵³ BT-Drs. 16/509, S. 10.

⁵⁴ BT-Drs. 17/14560, S. 25.

⁵⁵ Vgl. oben II. 2.

So gibt das Bundesverfassungsgericht im G 10-Urteil die Stellungnahme der Bundesregierung wieder, von seinerzeit 15.000 täglich erfassten Fernmeldevorgängen unterfielen lediglich 700 dem G 10, die anderen würden der Aufgabenzuweisung des § 1 BNDG zugeordnet.⁵⁶ Die Gesetzesbegründung zu der Änderung des G 10, die aufgrund dieses Urteils erforderlich war, geht ebenfalls davon aus, dass dem G 10 nur Telekommunikationsverkehre unterfallen, die „von oder nach Deutschland geführt werden“.⁵⁷ Gleiches hat die Bundesregierung in jüngerer Zeit in Stellungnahmen zu parlamentarischen Anfragen erklärt. Die Fernmeldeaufklärung im Ausland soll vielmehr (allein) auf die Aufgabenzuweisung des § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG zu stützen sein.⁵⁸

Wird diese Rechtsauffassung zugrunde gelegt, so darf der BND Daten über die Ausland-zu-Ausland-Telekommunikation anlasslos und ohne besondere Verfahrenssicherungen und Kontrollmechanismen erheben. Eine rechtliche Grenze der Datenerhebung ergibt sich allein aus der Aufgabe des BND zur Auslandsaufklärung über Erkenntnisse von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik. Soweit sie hierfür nützlich sein können, sind auch großflächige strategische Überwachungen möglich, die sich auf den gesamten Telekommunikationsverkehr in bestimmten Staaten oder Weltregionen erstrecken können. Wirksame Grenzen ergeben sich für solche Überwachungen nicht aus dem (deutschen)⁵⁹ Recht, sondern vor allem aus den faktischen Beschränkungen der personellen und technischen Überwachungsressourcen des BND.

Auch für die Bevorratung und Übermittlung der erhobenen Daten bestehen praktisch keine rechtlichen Grenzen, da sie folgerichtig gleichfalls nur an der Aufgabenzuweisung des § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG zu messen sind. In der Literatur wird zwar angenommen, die Weiterverarbeitung der Daten in der Bundesrepublik richte sich nach den datenschutzrechtlichen Vorgaben des BNDG, also hier insbesondere nach § 4 und § 9 BNDG.⁶⁰ Dabei wird jedoch übersehen, dass diese Regelungen auf die reine Auslandsaufklärung gleichfalls nicht anwendbar sind. Denn § 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG ordnet an, dass die datenschutzrechtlichen Regelungen der §§ 2 ff. BNDG mit Ausnahme des Auskunftsanspruchs (§ 7 BNDG) nur gelten, wenn der BND Daten im Geltungsbereich des BNDG erhebt. Die bloße Weiterverarbeitung von Daten aus der Auslandsaufklärung in Deutschland reicht nach dem klaren Wortlaut der Norm nicht aus, um den Anwendungsbereich dieser Vorschriften zu eröffnen.

⁵⁶ BVerfGE 100, 313 (337, 380).

⁵⁷ BT-Drs. 14/5655, S. 18.

⁵⁸ BT-Drs. 17/9640, S. 6, 10; BT-Drs. 17/14739, S. 14; andeutungsweise auch BT-Drs. 17/14560, S. 2; vgl. ferner gleichläufig zu „Online-Durchsuchungen“ im Ausland BT-Drs. 17/1814, S. 4.

⁵⁹ Nicht zu erörtern sind in dieser Stellungnahme völker- und gegebenenfalls unionsrechtliche Grenzen der Auslandsaufklärung.

⁶⁰ Andeutungsweise *B. Huber*, NJW 2013, S. 2572 (2577); *J. Caspar*, PinG 2014, S. 1 (6). Differenzierend *C. Gusy*, in: W.-R. Schenke/K. Graulich/J. Ruthig (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2014 (im Erscheinen), § 1 BNDG Rn. 50, der meint, hinsichtlich der Weiterverarbeitung von im Ausland erhobenen Daten gälten die Befugnisnormen des BNDG „soweit rechtlich notwendig“. *Gusy* setzt sich allerdings nicht mit dem entgegenstehenden Wortlaut von § 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG auseinander und erörtert auch nicht, ob sein Auslegungsansatz mit dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot in Einklang steht.

2. Verfassungsrechtlicher Hintergrund

Dieser Interpretation des Fachrechts des BND liegt als Prämisse zugrunde, das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG bände deutsche staatliche Stellen nicht oder nur mit stark abgesenktem Schutzniveau, wenn sie Telekommunikationsdaten im Ausland erheben.

Die Bundesregierung hat diese Prämisse in ihrer Stellungnahme zu dem G 10-Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht ausdrücklich vertreten. Darin erklärte sie, Telekommunikationsüberwachungen unterfielen insoweit nicht Art. 10 GG, als sie Telekommunikationsverkehre im Ausland erfassten. Ein Grundrechtseingriff setze eine „die Schutzbedürftigkeit begründende Gebietsbezogenheit“ voraus.⁶¹

In den jüngeren Äußerungen der Bundesregierung finden sich hingegen keine ausdrücklichen Ausführungen zur Verfassungsrechtslage. Die Annahme, die Erhebung von Telekommunikationsdaten im Ausland könne sich allein auf die Aufgabenzuweisung des § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG stützen, ist jedoch nur haltbar, wenn davon ausgegangen wird, dass Art. 10 GG nicht oder nur mit stark vermindertem Schutzniveau greift. Ist hingegen Art. 10 GG auf solche Maßnahmen unmodifiziert anwendbar, so bedürfen die Datenerhebung und die anschließende Weiterverarbeitung der erhobenen Daten zwingend einer formellgesetzlichen Ermächtigung. Diese Ermächtigung muss dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG⁶² und dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot genügen. Sie muss zudem gewährleisten, dass die Aufklärungstätigkeit des BND den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahrt. All dies leistet § 1 Abs. 2 Satz 1 BNDG für sich genommen evident nicht.

Die verfassungsrechtliche Prämisse, Art. 10 GG erfasse die Überwachung ausländischer Telekommunikation nicht, überzeugt jedoch nicht. Vielmehr greift auch die Auslandsaufklärung des Bundesnachrichtendienstes stets in dieses Grundrecht ein, soweit sie sich auf Telekommunikationsinhalte oder Telekommunikations-Verkehrsdaten bezieht. Das grundrechtliche Schutzniveau ist zudem bei (reinen) Auslandsüberwachungen grundsätzlich ebenso hoch wie bei Überwachungen des innerdeutschen oder des deutsch-ausländischen Telekommunikationsverkehrs.

Eine Teilantwort auf die Frage, ob Art. 10 GG auf Auslandsüberwachungen anwendbar ist, enthält das G 10-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Darin lässt das Gericht offen, ob der Schutz des Fernmeldegeheimnisses überhaupt einen territorialen Bezug voraussetzt, wie dies die Bundesregierung vorgebracht hatte. Ein solcher Bezug bestehe jedenfalls bereits dann, wenn ausländischer Fernmeldeverkehr mit Überwachungsanlagen aufgezeichnet werde, die sich auf deutschem Boden befänden.⁶³

Das G 10-Urteil bezog sich auf Satellitenempfangsanlagen, da die Ermächtigung zu strategischen Telekommunikationsüberwachungen seinerzeit noch auf den nicht leitungsgebundenen Verkehr beschränkt war. Für die Überwachung des kabelbasierten Telekommunikationsverkehrs kann jedoch nichts anderes gelten. Setzt der BND für die Überwachung bei einem Kabelende oder einem Netzknoten innerhalb Deutschlands an, so besteht danach ein territorialer Bezug zur Bundesrepublik. Irrelevant ist, wo die Endpunkte eines so überwachten Kommuni-

⁶¹ Vgl. BVerfGE 100, 313 (338 f.).

⁶² Zur Anwendung des Zitiergebots auf Eingriffe in Art. 10 GG BVerfGE 113, 348 (366); 120, 274 (343).

⁶³ BVerfGE 100, 313 (363 f.).

kationsvorgangs liegen. Dies gilt auch dann, wenn reine Auslandskommunikation lediglich durch die Bundesrepublik geleitet wird.⁶⁴

Weiter hat das Bundesverfassungsgericht zwar ausdrücklich nicht darüber entschieden, „was für ausländische Kommunikationsteilnehmer im Ausland gilt.“⁶⁵ Jedoch ist die Antwort auf diese Frage trivial, wenn ein überwachter Telekommunikationsvorgang überhaupt dem Fernmeldegeheimnis unterfällt. Denn Art. 10 GG enthält ein Jedermannsgrundrecht. Ist der sachliche Schutzbereich dieses Grundrechts eröffnet, so kommt es für den Grundrechtsschutz auf die Staatsangehörigkeit der Kommunikationsteilnehmer bei natürlichen Personen⁶⁶ ebenso wenig an wie auf den Aufenthaltsort.⁶⁷

Offen geblieben ist nach dem G 10-Urteil darum lediglich, ob das Grundrecht aus Art. 10 GG auch gegen eine Telekommunikationsüberwachung schützt, die sich auf die Ausland-Ausland-Kommunikation bezieht *und* für die eine deutsche staatliche Stelle eine Überwachungseinrichtung nutzt, die sich gleichfalls im Ausland befindet. Für solche Überwachungen ist fraglich, ob es über das Handeln der deutschen Staatsgewalt hinaus eines territorialen Anknüpfungspunktes bedarf, damit Art. 10 GG anwendbar ist und seine volle Schutzwirkung entfaltet. Diese Frage ist zu verneinen.⁶⁸

Zunächst gibt es keinen Grund, Maßnahmen der Auslandsaufklärung im Ausland generell vom Anwendungsbereich der deutschen Grundrechte auszunehmen. Nach Art. 1 Abs. 3 GG binden diese Grundrechte die deutsche Staatsgewalt umfassend. Eine Bereichsausnahme für extraterritoriales staatliches Handeln ist weder nach dem Wortlaut noch nach dem Sinn dieser Norm angezeigt. Vielmehr hat die deutsche öffentliche Gewalt die Grundrechte des Grundgesetzes auch dann zu beachten, wenn sie im Ausland handelt oder sich ihr Handeln dort auswirkt.⁶⁹

Allerdings ist die extraterritorial handelnde Staatsgewalt faktisch wie rechtlich in weitaus stärkerem Maße mit Handlungen anderer Staaten und mit Vorgaben anderer Rechtsordnungen konfrontiert und vernetzt als dies bei rein innerstaatlichen Sachverhalten der Fall ist. Auch der Grundrechtsschutz muss auf diese transnationale Verflechtung der Bundesrepublik abge-

⁶⁴ Insoweit wie hier *C. Gusy*, in: W.-R. Schenke/K. Graulich/J. Ruthig (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2014 (im Erscheinen), § 1 BNDG Rn. 46, der einen territorialen Bezug fordert und für diesen Bezug bei der Internetüberwachung maßgeblich auf „den Ort des Eintritts des BND in das Netz“ abstellt.

⁶⁵ BVerfGE 100, 313 (364).

⁶⁶ Vgl. Art. 19 Abs. 3 GG.

⁶⁷ Insoweit wie hier *P. Badura*, in: *Bonner Kommentar zum GG*, Art. 10 Rn. 86; ebenso *R. Müller-Terpitz*, *Jura* 2000, S. 296 (302); wohl auch *C. Gusy*, in: W.-R. Schenke/K. Graulich/J. Ruthig (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2014 (im Erscheinen), § 1 BNDG Rn. 48.

⁶⁸ Wie hier die heute überwiegende Auffassung in der Literatur, etwa *W. Durner*, in: T. Maunz/G. Dürig (Begr.), *GG*, Stand 2010, Art. 10 Rn. 65; *W. Löwer*, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), *GG*, 6. Aufl. 2012, Art. 10 Rn. 73; *G. Hermes*, in: H. Dreier (Hrsg.), *GG*, 3. Aufl. 2013, Art. 10 Rn. 43; *M. Baldus*, in: BeckOK GG, Stand 2014, Art. 10 Rn. 21; *C. Gröpl*, *ZRP* 1995, S. 13 (17 f.); *R. Müller-Terpitz*, *Jura* 2000, S. 296 (302); *M. Kment*, *Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln*, 2010, S. 719; wohl auch *R. Stettner*, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. IV, 2011, § 92 Rn. 26; a.A. etwa *P. Badura*, in: *Bonner Kommentar zum GG*, Stand 2014, Art. 10 Rn. 87; *C. Gusy*, in: W.-R. Schenke/K. Graulich/J. Ruthig (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2014 (im Erscheinen), § 1 BNDG Rn. 52.

⁶⁹ BVerfGE 6, 290 (295); 57, 9 (23); *P. Kunig*, in: I. v. Münch/ders. (Hrsg.), *GG*, 6. Aufl. 2012, Art. 1 Rn. 53; *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *GG*, 3. Aufl. 2013, Art. 1 III Rn. 44.

stimmt werden.⁷⁰ Diese Abstimmung ist auf unterschiedlichen Stufen der Grundrechtsprüfung zu leisten. So können grundrechtliche Schutzbereiche mit Blick auf die Besonderheiten extraterritorialen Handelns reduziert sein, oder das Anliegen, dass sich die Bundesrepublik an bestimmten internationalen Kooperationsmechanismen beteiligen kann, kann Grundrechtseingriffe rechtfertigen.⁷¹

Für das Grundrecht aus Art. 10 GG nennt das Bundesverfassungsgericht im G 10-Urteil zwei Kriterien, um Reichweite und Umfang des Grundrechtsschutzes zu bestimmen, die allerdings in diesem Urteil nicht näher ausgeführt werden: Zum einen sei der Umfang der Verantwortung deutscher Staatsorgane zu berücksichtigen. Zum anderen müsse das Verfassungsrecht mit dem Völkerrecht abgestimmt werden.⁷² Auf der Grundlage dieser Kriterien ist kein Grund dafür ersichtlich, den Schutz des Fernmeldegeheimnisses bei der reinen Auslandsüberwachung im Vergleich zu Überwachungsmaßnahmen mit territorialem Bezug zur Bundesrepublik zurückzunehmen.

Die Grenzen der Verantwortung deutscher staatlicher Stellen zeigen sich primär, wenn diese Stellen mit ausländischen Staatsorganen oder mit Organen internationaler Organisationen zusammenwirken. Dieses Zusammenwirken kann Folgen haben, die dem Beitrag der deutschen Staatsgewalt nicht oder nur begrenzt zuzurechnen sind. Dementsprechend trägt die deutsche Staatsgewalt für solche Folgen zumindest nicht die volle grundrechtliche Rechtfertigungslast.⁷³ Darüber hinaus kann es in stark internationalisierten Regelungsbereichen tatsächlich unmöglich sein, den deutschen grundrechtlichen Schutzstandard in vollem Ausmaß durchzusetzen. Hier kann es verfassungsrechtlich zulässig sein, zumindest einen Mindeststandard aufrechtzuerhalten, wenn die Alternative darin bestünde, den Regelungsbereich faktisch ganz aufzugeben.⁷⁴

Mit Blick auf das Grundrecht aus Art. 10 GG sind diese Verantwortungsgrenzen etwa bedeutsam, wenn Telekommunikationsdaten grenzüberschreitend übermittelt werden. So ist es verfassungsrechtlich nicht generell verboten, dass eine deutsche staatliche Stelle Daten aus einer Telekommunikationsüberwachung einer ausländischen Stelle erhält, selbst wenn die rechtlichen Grundlagen dieser Telekommunikationsüberwachung nicht den Anforderungen genügen, die sich für solche Überwachungen durch deutsche Stellen aus Art. 10 GG ergeben. Der Grundsatz des hypothetischen Ersatzeingriffs, der Datenübermittlungen im innerstaatlichen Bereich verfassungsrechtlich begrenzt,⁷⁵ ist im internationalen Datenverkehr zumindest nicht in voller Schärfe anzuwenden. Ein höherer Schutzstandard ist wiederum etwa angezeigt, wenn die deutsche Stelle die Telekommunikationsüberwachung oder die Datenübermittlung veranlasst hat.⁷⁶ Insgesamt sind allerdings die verfassungsrechtlichen Grenzen einer Weiterverar-

⁷⁰ Die „Notwendigkeit einer Abgrenzung und Abstimmung mit anderen Staaten und Rechtsordnungen“ betont BVerfGE 100, 313 (362).

⁷¹ Eingehend mit Blick auf transnationales polizeiliches Handeln *M. Baldus*, Transnationales Polizeirecht, 2001, S. 160 ff., 171 ff.

⁷² BVerfGE 100, 313 (362 f.).

⁷³ Vgl. beispielhaft zur internationalen Rechtshilfe *M. Herdegen*, in: T. Maunz/G. Dürig (Begr.), GG, Stand 2005, Art. 1 Abs. 3 Rn. 77 ff., m.w.N.

⁷⁴ BVerfGE 92, 26 (42).

⁷⁵ Zuletzt BVerfG, Urteil vom 24. April 2013 – 1 BvR 1215/07 –, Tz. 114.

⁷⁶ Näher für die polizeiliche Zusammenarbeit *M. Baldus*, Transnationales Polizeirecht, 2001, S. 227 ff.

beitung von Telekommunikationsdaten ausländischen Ursprungs durch deutsche Stellen bislang kaum ausgelotet.

Daneben liegt es nahe, die staatliche Schutzpflicht für eine vertrauliche Telekommunikation territorial zu begrenzen, weil es der deutschen Staatsgewalt weder faktisch noch rechtlich möglich ist, das Fernmeldegeheimnis weltweit zu gewährleisten.

Eine vergleichbare transnationale Verflechtung, die einen materiell schwächeren grundrechtlichen Schutzstandard bewirken könnte, besteht jedoch bei der Auslandsaufklärung des BND nicht. Soweit der BND diese Auslandsaufklärung aufgrund eigener Erkenntnisinteressen selbstständig durchführt, fehlt es bereits an einer Kooperationslage. Sollte der BND Telekommunikationsüberwachungen im Ausland aufgrund von Überwachungsersuchen ausländischer Stellen durchführen, so läge darin kein Grund, seine grundrechtlichen Bindungen aufgrund von Zurechnungserwägungen zu vermindern. Denn die Überwachung selbst läge gleichwohl in der Hand des BND und wäre von ihm deshalb auch voll zu verantworten.

Eine Abstimmung des deutschen Grundrechtsschutzes mit dem Völkerrecht ist vor allem erforderlich, wenn die Bundesrepublik völkerrechtliche Verpflichtungen verletzen würde, falls sie ihren grundrechtlichen Schutzstandard unmodifiziert aufrechterhielte. Das Bundesverfassungsgericht hat insbesondere in seiner jüngeren Rechtsprechung einen eigenständigen Verfassungsgrundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes herangezogen, um Widersprüche zwischen Völkerrecht und deutschem Recht zu vermeiden, die ansonsten im Außenverhältnis zu einem Völkerrechtsverstoß der Bundesrepublik führen könnten.⁷⁷ Völkerrechtliche Vorgaben können darum auch auf die Grundrechtsinterpretation einwirken.⁷⁸ Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes darf allerdings nicht „zu einem unreflektiert eingesetzten Argumentationstopos werden, der letztlich dazu dient, in komplexen Formen internationalisierten Zusammenwirkens verfassungsrechtliche Standards mit Blick auf faktische Zwänge preiszugeben.“⁷⁹

Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes gibt keinen Anlass, das Schutzniveau von Art. 10 GG für die Auslandsaufklärung des BND abzusenken. Es ist nicht ersichtlich, dass diese Überwachungstätigkeit völkerrechtlich geboten oder auch nur erwünscht⁸⁰ wäre. Allenfalls ist die Auslandsaufklärung als Spionage völkerrechtlich weder erlaubt noch verboten.⁸¹ Aus völkerrechtlicher Sicht ist es daher günstigstenfalls eine autonome, rechtlich nicht determinierte Entscheidung der Bundesrepublik, einen Auslandsnachrichtendienst einzurichten, der auch extraterritoriale Überwachungsmaßnahmen durchführt. Ein Argument dafür, das grundrechtliche Schutzniveau für solche Maßnahmen abzusenken, lässt sich dem Völkerrecht nicht

⁷⁷ BVerfGE 111, 307 (328); 112, 1 (25); 128, 326 (366).

⁷⁸ BVerfGE 111, 307 (317); 128, 326 (366 ff.).

⁷⁹ H. Sauer, Staatsrecht III, 2. Aufl. 2013, § 6 Rn. 40a.

⁸⁰ Den materiellen Schutzgehalt von Art. 104 GG will bereits für (lediglich) „völkerrechtlich erwünschte Maßnahmen der Pirateriebekämpfung“ zurücknehmen VG Köln, Urteil vom 11. November 2011 – 25 K 4280/09 – , juris, Tz. 38 ff.; kritisch hierzu C. Walter/A. v. Ungern-Sternberg, DÖV 2012, S. 861 (865 ff.); H. Sauer, Staatsrecht III, 2. Aufl. 2013, § 6 Rn. 40a f.

⁸¹ So – allerdings mit unterschiedlichen Differenzierungen – die wohl herrschende Auffassung, vgl. etwa K. Doehring, Völkerrecht, 2. Aufl. 2004, Rn. 1159; W. Ewer/T. Thienel, NJW 2014, S. 30 (31); kritisch etwa B. Simma/K. Volk, NJW 1991, S. 871 f.

entnehmen.⁸² Vielmehr gewährleisten auch völkerrechtliche Normen das Fernmeldegeheimnis.⁸³ Diese Gewährleistungen sprechen ebenso wie die zumindest unsichere völkerrechtliche Bewertung der Auslandsaufklärung sogar eher dafür, das Fernmeldegeheimnis mit unvermindertem Schutzniveau anzuwenden.⁸⁴

Schließlich wird für eine Reduktion des Grundrechtsschutzes bei der Auslandsaufklärung angeführt, es käme ansonsten zu einem Wertungswiderspruch, weil dann das Grundgesetz im Ausland ein höheres Schutzniveau anordnete als in Deutschland. Denn die grundrechtseinschränkenden Gesetze gälten nur auf dem deutschen Staatsgebiet.⁸⁵ Dieses Argument beruht jedoch auf einer unzutreffenden Prämisse. Weder das Grundgesetz noch das Völkerrecht hindern den Gesetzgeber generell, die extraterritoriale Tätigkeit deutscher staatlicher Stellen zu regeln.⁸⁶ Da Grundrechtseingriffe nur auf formellgesetzlicher Grundlage zulässig sind, ist eine solche Regelung vielmehr sogar verfassungsrechtlich geboten, wenn deutsche Stellen im Ausland in Grundrechte eingreifen sollen.

Es gibt damit insgesamt keinen Grund, die Auslandsaufklärung des BND vom Anwendungsbereich des Art. 10 GG auszunehmen oder das Schutzniveau dieses Grundrechts hinsichtlich der Anforderungen des Gesetzesvorbehalts, des Zitiergebots und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes generell abzusenken. Ob und inwieweit punktuelle Anpassungen des Grundrechtsschutzes an die Besonderheiten der Auslandsaufklärung angezeigt sind, etwa hinsichtlich der Benachrichtigung des Betroffenen, kann hier nicht näher erörtert werden. Das Vorgehen des BND, Auslandsüberwachungen ohne besondere gesetzliche Ermächtigung allein aufgrund der Aufgabenzuweisung durchzuführen, würde auch unter solchen punktuellen Anpassungen die verfassungsrechtlichen Anforderungen eindeutig und erheblich verfehlen.

Die gegenwärtige Praxis der Auslandsaufklärung ist darum rechtswidrig und muss in dieser Form gestoppt werden.⁸⁷ Um einen verfassungskonformen Rechtszustand herzustellen, könnte die strategische Auslandsaufklärung auf § 5 G 10 gestützt werden, der nach seinem Wortlaut als Rechtsgrundlage passt. Der BND müsste dann allerdings auch das gesetzlich vorgesehene Verfahren einhalten, um eine solche Aufklärung durchzuführen. Insbesondere wäre er der Kontrolle der G 10-Kommission unterworfen. Einer Korrektur durch den Gesetzgeber bedarf hingegen § 1 Abs. 2 Satz 2 BNDG, der den Anwendungsbereich der Datenverarbeitungsermächtigungen dieses Gesetzes auf die Bundesrepublik beschränkt.

⁸² Vgl. mit Blick auf Auslandseinsätze der Bundeswehr, aber verallgemeinerbar *C. Walter/A. v. Ungern-Sternberg*, DÖV 2012, S. 861 (865): „Wenn... ohnehin schon eine extraterritoriale Ausübung deutscher Hoheitsgewalt erfolgt und die Grundrechte lediglich zur Begrenzung... herangezogen werden, dann verliert die Argumentation mit dem völkerrechtlichen Territorialitätsprinzip ihren Sinn.“

⁸³ Vgl. BVerfGE 100, 313 (363) mit Verweis auf Art. 8 EMRK und Art. 12 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte.

⁸⁴ *C. Gröpl*, ZRP 1995, S. 13 (17), verweist darauf, dass „die deutsche Staatsgewalt allenfalls bei einem Bruch des Fernmeldegeheimnisses, nicht aber bei seiner Befolgung, in Konflikt mit ausländischem Recht geriete.“; ähnlich wie hier auch *C. Walter/A. v. Ungern-Sternberg*, DÖV 2012, S. 861 (867).

⁸⁵ So *C. Gusy*, in: W.-R. Schenke/K. Graulich/J. Ruthig (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2014 (im Erscheinen), § 1 BNDG Rn. 52.

⁸⁶ *M. Baldus*, *Transnationales Polizeirecht*, 2001, S. 152 f., 235.

⁸⁷ Wie hier *B. Huber*, NJW 2013, S. 2572 (2575 ff.); *J. Caspar*, PinG 2014, S. 1 (4 f.).

3. Fazit

Wäre der Rechtsauffassung der Bundesregierung zu folgen, dass der BND allein aufgrund seiner Aufgabenzuweisung eine Auslandsaufklärung betreiben darf, die auch die Erhebung von Telekommunikationsdaten umfasst, so könnte der BND solche Daten im und über das Ausland annähernd nach Belieben erheben, auswerten, bevorraten und übermitteln. Damit wäre rechtlich der Weg frei für eine Sammlungspraxis, die dem Vorgehen ausländischer Nachrichtendienste in nichts nachstünde. Allenfalls ethische Erwägungen sowie die Grenzen der Budgetierung könnten diese Sammlungspraxis faktisch beschränken.

Die Rechtsauffassung der Bundesregierung verkennt jedoch den räumlichen Anwendungsbereich und den extraterritorialen Schutzgehalt des Fernmeldegeheimnisses des Art. 10 GG. Von Verfassungs wegen bedarf die Auslandsaufklärung des BND einer formellgesetzlichen Ermächtigung, die den Geboten der Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit genügt.